

~~247~~  
~~Б-24~~ - 14.

719

# СИСТЕМА

# РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Профессора Боннскаго университета

**Ю. Барона.**

ПЕРЕВОДЪ

**Л. Петражицкаго.**

ТРЕТЬЕ ИЗДАНИЕ

(исправленное по 9-му нѣмецкому изданію).

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ

Книга I. Общая часть.



4989 к. гр. пр.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Складъ изданія въ книжномъ магазинѣ Н. К. Мартынова, Невскій, 50.

✓ 1909.

СИСТЕМА

РАСЧЕТНО-ТЕХНИЧЕСКОЕ РАБОТА

Ю. Эрлих

СПЕЦИАЛЬНЫЙ

КНИЖКА I СЕРИИ РАБОТЫ

## Изъ предисловія ко второму изданію.

Уже почти десять лѣтъ прошло со времени перваго изданія «Системы», и въ теченіе этого десятилѣтія не появилось на русскомъ языкѣ книги, которая могла бы замѣнить и сдѣлать лишнимъ учебникъ Барона. До сихъ поръ «Система» является въ то же время единственнымъ полнымъ курсомъ пандектнаго права, переведеннымъ на русскій языкъ. Въ виду этого я не считалъ себя вправе отказаться отъ труда исправленія и изготовленія втораго изданія перевода, какъ бы ни былъ тяжелъ, непріятенъ и неблагодаренъ такой трудъ самъ по себѣ. Главнымъ образомъ имѣлъ я въ виду интересы учащихся. Въ ихъ же интересахъ я счелъ полезнымъ, включивъ въ русскій текстъ тѣ добавленія, которыя содержатся въ девятомъ нѣмецкомъ изданіи по сравненію съ пятымъ, уравновѣсить до извѣстной степени эти добавленія (имѣющія по большей части общій, теоретическій характеръ) сокращеніемъ нѣкоторыхъ казуистическихкихъ перечисленій въ текстѣ, обременяющихъ память учащагося и неважныхъ для его юридическаго развитія. Чтобы не нарушить системы ссылокъ и дать интересующемуся возможность узнать содержаніе исключенныхъ позитивныхъ постановленій римскаго права, я оставилъ въ этихъ сокращенныхъ мѣстахъ прежнюю нумерацію примѣчаній въ текстѣ и самыя примѣчанія, т.-е. указанія фрагментовъ, содержащихъ зачеркнутыя въ текстѣ изытія, спеціальныя рѣшенія и т. п.

Переводъ юридическихъ сочиненій, особенно требующихъ столь большой точности и осторожности, какъ Pandekten Барона, гдѣ каждое слово строго взвѣшено и требуетъ точнаго отраженія въ переводѣ, дѣло далеко не легкое. Главныя за-

трудненія, особливо терминологического свойства, пришлось, конечно, преодолѣть при первоначальномъ переводѣ. Первое изданіе моего перевода встрѣтило въ свое время со стороны критики весьма снисходительную оцѣнку и согласное одобреніе \*). Но удовлетворительность перевода можетъ имѣть не мало степеней. Теперь я подвергъ прежній переводъ тщательной ревизіи и исправленію и старался достигнуть большей степени удовлетворительности, нежели въ первомъ изданіи.

### Предисловіе къ третьему изданію.

При второмъ изданіи не былъ переизданъ четвертый выпускъ, содержащій семейственное, наследственное право и предметный указатель ко всей «Системѣ». Теперешнее, третье, вновь провѣренное и исправленное, изданіе обнимаетъ и эти части. Еще не напечатанное 3-е изданіе третьяго выпуска (Обязательственное право) появится въ скоромъ времени. Второй и четвертый выпуски этого изданія появились въ печати въ 1908 г.

Л. Петражицкій.

— \* —

\*) И система терминовъ, принятая въ этомъ изданіи и отчасти впервые для него выработанная, за отсутствіемъ въ тогдашней литературѣ достаточно развитой терминологіи, по большей части встрѣтила фактическое одобреніе въ формѣ заимствованія ея другими авторами и переводчиками, не оставшись такимъ образомъ безъ вліянія на дальнѣйшее развитіе цивилистической терминологіи.

# ОГЛАВЛЕНИЕ.

## Введение.

### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

§§	Ныѣшнее римское или пандектное право.	стр.
1.	1) Понятіе пандектнаго права. Рецепція римскаго права .	1
2.	2) Источники пандектнаго права . . . . .	4
3.	3) Литература пандектнаго права . . . . .	7

### ГЛАВА ВТОРАЯ.

#### Понятіе права и его виды.

Предварительное замѣчаніе . . . . .	13
-------------------------------------	----

#### Раздѣлъ первый.

Право въ объективномъ смыслѣ или предписанія (нормы) права.

##### I. Источники права.

4.	А. Обычай народа . . . . .	14
	В. Законъ.	
5.	1) Понятіе и условія закона . . . . .	20
6.	2) Толкованіе законовъ . . . . .	23
7.	С. Практика и научное право . . . . .	28
8.	II. Пробѣлы и противорѣчія въ правѣ . . . . .	31
	III. Дѣйствіе нормъ права по отношенію ко времени и къ лицамъ.	
9.	А. По отношенію ко времени . . . . .	32
10.	В. По отношенію къ лицамъ . . . . .	33
	IV. Дѣленія нормъ права.	
11.	А. По ихъ формѣ . . . . .	35
12.	В. По ихъ отношенію къ правоотношеніямъ . . . . .	35
13.	С. По ихъ характеру . . . . .	37
	Д. По области дѣйствія.	
14.	1) По пространственной области дѣйствія . . . . .	39
15.	2) По предметной области дѣйствія . . . . .	40

§§	Раздѣль второй.	стр.
16.	Право въ субъективномъ смыслѣ, или правомочіе, и его виды . . . . .	42

## КНИГА ПЕРВАЯ.

## Общее учение о правахъ въ субъективномъ смыслѣ.

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

## Лица.

## Раздѣль первый.

17.	Понятіе и виды лицъ . . . . .	46
-----	-------------------------------	----

## Раздѣль второй.

## Физическое лицо.

18.	I. Начало физическаго лица . . . . .	46
19.	II. Конецъ физическаго лица. Его доказываніе . . . . .	48
	III. Различія физическихъ лицъ, имѣющія юридическое значеніе.	
20.	1) Полъ . . . . .	50
21.	2) Возрастъ . . . . .	50
22.	3) Болѣзнь . . . . .	52
23.	4) Родство . . . . .	53
24.	5) Принадлежность къ городской общинѣ и мѣсто- жительство . . . . .	57
25.	IV. Правоспособность физическаго лица . . . . .	59
26.	Иныя мнѣнія . . . . .	63
27.	V. Вліяніе чести на правоспособность . . . . .	64
28.	IV. Вліяніе религіи на правоспособность . . . . .	69

## Раздѣль третій.

## Юридическое лицо.

29.	I. Введеніе . . . . .	70
30.	II. Понятіе и виды юридическихъ лицъ . . . . .	73
	III. Корпорация.	
31.	A. Возникновеніе . . . . .	77
32.	B. Имущественныя отношенія . . . . .	78
33.	C. Представительство . . . . .	80
34.	D. Прекращеніе . . . . .	82
35.	E. Сравненіе корпорации съ товариществомъ . . . . .	83
36.	IV. Учрежденія . . . . .	83

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## В е щ и.

§§ Раздѣлъ первый. стр.

37. Понятіе и виды вещей . . . . . 85

## Раздѣлъ второй.

## Юридически важныя различія тѣлесныхъ вещей.

38. I. Недвижимость и движимость . . . . . 87

39. II. Дѣлимость и недѣлимость . . . . . 88

40. III. Замѣнимость и индивидуальная опредѣленность . . . . . 89

41. IV. Употребляемость, погребимость, производительность . . . . . 90

## Въ частности о процентахъ.

42. А. Понятіе и возникновеніе . . . . . 92

43. В. Ограниченія процентовъ . . . . . 95

## Раздѣлъ третій.

44. Отношеніе одной вещи къ другой . . . . . 98

## Раздѣлъ четвертый.

45. Цѣнность вещей . . . . . 99

## Раздѣлъ пятый.

46. Вещи со стороны правоотношеній на нихъ. Вещи, находящіяся въ оборотѣ и изъятія изъ него . . . . . 101

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

## Юридическіе факты.

## Возникновеніе, перенесеніе, прекращеніе, сохраненіе, измѣненіе правъ.

## В в е д е н і е.

47. Объясненіе техническихъ выраженій . . . . . 104

## Раздѣлъ первый.

## Юридическія сдѣлки (акты).

48. I. Понятіе и виды . . . . . 107

## II. Условія дѣйствительности юридической сдѣлки.

Предварительное замѣчаніе . . . . . 109

49. А. Дѣеспособность изъявляющаго волю . . . . . 110

## В. Воля изъявляющаго.

50. 1) Наличность воли . . . . . 111

51. 2) Мотивы воли: заблужденіе (обманъ) и страхъ . . . 114

3) Самоограниченіе воли.

	СТР.
Предварительное замѣчаніе . . . . .	118
а. Условія.	
52.    α. Понятіе . . . . .	119
β. Условія въ собственномъ смыслѣ.	
αα. Суспензивное условіе.	
53.          αα. Во время нерѣшительнаго состоянія условія.	122
54.          ββ. Исполнившееся и неисполнившееся су- спензивное условіе . . . . .	124
55.          γγ. Дѣйствіе неисполненія и исполненія су- спензивнаго условія . . . . .	125
56.          ββ. Резолютивное условіе . . . . .	127
57.          γ. Мнимыя условія . . . . .	128
58.          δ. Недопустимость условій . . . . .	130
59.    b. Сроки . . . . .	132
60.    c. Modus. Предположеніе . . . . .	134
61.    C. Содержаніе юридической сдѣлки . . . . .	138
62.    D. Изъявленіе воли . . . . .	140
63.        Толкованіе изъявленія воли . . . . .	143
64. III. Недѣйствительность юр. сдѣлокъ . . . . .	144
65. IV. Пособничество и представительство при юр. сдѣлкахъ . . . . .	147
66.    Основаніе представительства . . . . .	151
V. Цѣль юр. сдѣлки.	
67.    A. Вообще . . . . .	153
B. Дареніе.	
68.        1) Понятіе и условія даренія . . . . .	154
69.        2) Особыя правила даренія между живыми . . . . .	157
70.        3) Отдѣльные виды дареній . . . . .	160
Раздѣлъ второй.	
71.    Недозволенное дѣйствіе . . . . .	162
Раздѣлъ третій.	
Время, какъ юридическій фактъ.	
72.    1) Общія начала. Въ частности, незапамятное время . . . . .	167
73.    2) Опредѣленіе времени.	
74.        а. Дѣленіе времени . . . . .	171
b. Исчисленіе періода времени . . . . .	173
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.	
75.    Осуществленіе правъ . . . . .	176
ГЛАВА ПЯТАЯ.	
Защита правъ.	
Предварительное замѣчаніе . . . . .	178

§§	Раздѣлъ первый.	СТР.
76.	Мѣры обезпеченія . . . . .	178
	Раздѣлъ второй.	
77.	Самооборона и самоуправство . . . . .	181
	Раздѣлъ третій.	
	Судебное осуществленіе правъ.	
78.	Введеніе . . . . .	182
	I. Искъ.	
79.	А. Понятіе иска. Притязаніе . . . . .	183
	B. Виды исковъ.	
80.	1) Actiones in personam, in rem, quae mixtam causam habent . . . . .	186
81.	2) Actiones rei persecuendae causa, poenae persecuendae causa, mixtae . . . . .	188
82.	3) Такъ наз. actiones vindictam spirantes . . . . .	190
83.	4) Actiones simplices, duplices . . . . .	190
84.	5) Подраздѣленіи исковъ, важныя въ историческомъ отношеніи . . . . .	191
	C. Прекращеніе исковъ.	
85.	1) Стеченіе исковъ . . . . .	197
	2) Исковая давность.	
86.	а. Понятіе, оправданіе и исторія исковой давности. . . . .	200
	b. Условія исковой давности	
	Предварительное замѣчаніе . . . . .	203
87.	α. Истеченіе срока . . . . .	203
88.	β. Неосуществленіе права на искъ . . . . .	207
89.	γ. Vona fides лица, въ пользу котораго течеть давность . . . . .	207
90.	с. Перерывъ и пріостановленіе исковой давности . . . . .	208
91.	d. Послѣдствія исковой давности . . . . .	209
92.	II. Exceptio (возраженіе) . . . . .	210
93.	III. Replicatio, duplicatio и т. д. . . . .	216
	IV. Начало процесса (litiscontestatio).	
	Предварительное замѣчаніе . . . . .	
94.	А. Какой моментъ признается началомъ процесса . . . . .	217
95.	В. Послѣдствія начала процесса . . . . .	218
96.	V. Доказываніе . . . . .	224
	VI. Судебное рѣшеніе.	
97.	А. Законная сила рѣшенія . . . . .	227
	B. Суррогаты рѣшенія.	
98.	1) Судебное признаніе . . . . .	234
99.	2) Присяга . . . . .	234

§§		СТР.
100.	3) Рѣшеніе третейскаго суда . . . . .	235
101.	4) Мирова я сдѣлка . . . . .	237
VII. In integrum restitutio.		
102.	A. Понятіе и сущность . . . . .	239
	B. Условія реституціи.	
103.	1) Laesio . . . . .	242
	2) Основанія реституціи.	
104.	а. Общій обзоръ . . . . .	243
	б. Отдѣльныя основанія реституціи.	
105.	а. Для неполнолѣтнихъ . . . . .	244
	б. Для полнолѣтнихъ.	
106.	аа. Страхъ, возбужденный угрозами . . . . .	245
107.	bb. Заблужденіе . . . . .	246
108.	cc. Обманъ . . . . .	246
109.	dd. Отсутствіе и другія препятствія къ охранѣ и осуществленію права . . . . .	247
110.	3) Давность . . . . .	248
111.	4) Процессъ реституціи . . . . .	249—250



СПЕЦИАЛЬНУ

# ВВЕДЕНИЕ.

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

### Нынѣшнее римское или пандектное право.

#### 1) § 1. Понятіе пандектнаго права. Рецелція римскаго права.

*Wächter*, Gemeines Recht Deutschlands. 1844.—*Bruno* въ *Ersch und Grubers Encyclopädie*. Bd. 57. S. 208 сл.—*Eichhorn*, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. §§ 440 сл.—*Stobbe*, Geschichte der deutschen Rechtsquellen. I, 609—655; II, 1—142.—*Franklin*, Beitr. z. Gesch. der Reception des R. R. 1863.—*C. A. Schmidt*, die Reception des Römischen Rechts in Deutschland. 1868.—*Stölzel*, die Entwickl. des gelehrten Richterthums in den deutschen Territorien. 1872.—*Moddermann*, die Reception des R. R. 1875.—*Stintzing*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Cap. 2. 1880.—*Laband*, über die Bedeutung der Reception des R. R. für das deutsche Staatsrecht. 1880.—*Savigny*, §§ 1. 2. 21.—*Vangrow*, §§ 1. 5.—*Windscheid*, §§ 1. 2. 6.—*Brinz*, § 1.—*Bekker*, §§ 1—4.—*Regeisberger*, §§ 1. 2.

I. *Понятіе пандектнаго права.* Частное право, которое дѣйствовало въ Германіи въ видѣ *субсидіарнаго* права приближительно съ половины 16-го и до конца 18-го вѣка, называется *Общимъ правомъ* (das Gemeine Recht, общегерманское право). Впослѣдствіи *Общее* право во многихъ частяхъ Германіи было замѣнено партикулярными кодификаціями (*Общимъ земскимъ уложеніемъ* для прусскихъ государствъ, *Code Napoléon* или *Земскимъ уложеніемъ* для великаго герцогства Баденскаго, *Общимъ гражданскимъ уложеніемъ* для королевства Саксоніи). Тѣ части Германіи, гдѣ дѣйствуетъ еще *Общее* право, называются странами *Общаго права* (Länder des Gemeinen Rechts). *Общее* право есть продуктъ соединенія туземнаго германскаго права съ реципированными правами: римскимъ, каноническимъ и лангобардскимъ леннымъ; *римская часть Общаго права, въ которой, впрочемъ, произвели различныя измѣненія туземное, германское и каноническое право, а равно и судебная практика (§§ 3.7), называется пандектнымъ правомъ, нынѣшнимъ римскимъ правомъ (Pandektenrecht, heutiges Römisches Recht, Gemeines Civilrecht).*

II. *Рецепція римскаго права* произошла приблизительно въ періодъ времени отъ половины 15-го до половины 16-го столѣтія. Причинами рецепціи послужили различныя обстоятельства: отсутствіе историческаго смысла, сказавшееся въ томъ, что на Германію уже при преемникахъ Карла Великаго смотрѣли, какъ на продолженіе Римской имперіи; стремленіе германскихъ императоровъ со времени Оттона III (въ особенности Фридриха I и II, Гогенштауфеновъ) прибавить къ своему императорскому достоинству права римскихъ императоровъ (владычество надъ всѣмъ земнымъ шаромъ), для чего они старались видѣть въ римскомъ правѣ — право ихъ предшественниковъ и на немъ основывали свои рѣшенія; большое совершенство римскаго права, изучаемаго съ 12-го вѣка въ университетахъ Италіи, Франціи, Германіи и достигшаго полного господства надъ умами тогдашнихъ людей; несовершенство германскихъ источниковъ права, которые, съ одной стороны, не содержали въ себѣ никакихъ руководящихъ принциповъ, а лишь конкретно выраженныя нормы, и которые, съ другой стороны, оставались далеко позади быстро развившихся новыхъ отношеній торговли и промышленности; значеніе римскаго права въ церкви, которая въ своихъ кодексахъ неоднократно признавала его дѣйствующимъ и примѣняла въ судахъ; извѣстное подъ именемъ «гуманизма» великое культурное движеніе 15 и 16 вѣковъ, которое вытѣснило средневѣковыя идеи, замѣнивъ ихъ духомъ древняго міра, и проявилось какъ въ области искусства (ренессансъ) и науки, такъ и въ области права; наконецъ, неспособность германскихъ имперскихъ и мѣстныхъ властей отправлять надлежащимъ образомъ правосудіе при прежнихъ формахъ судоустройства; это было причиною наплыва ученыхъ юристовъ (*doctores juris*) въ административныя и судебныя учрежденія имперіи, отдѣльныхъ территорій, городовъ и церкви (въ качествѣ канцлеровъ, секретарей, ассессоровъ, совѣтниковъ), а равно и вытѣсненія прежнихъ судовъ учрежденіемъ палатъ шеффеновъ и судовъ, въ которыхъ должности замѣщались учеными юристами<sup>1</sup>); кромѣ того судебныя функціи были присвоены въ извѣстной мѣрѣ и юридическимъ факультетамъ; всѣ

<sup>1</sup> Ср. *Goethe*, *Götz von Berlichingen*, первый актъ, предпол. сцена, слова Олеарія.

эти юристы придали римскому праву значеніе дѣйствующаго права въ области администраціи, законодательства, юстиціи; въ особенности заслуживаетъ упоминанія учрежденіе Reichskammergericht'a (верховнаго имперскаго суда) 1495 г., судьи котораго обязывались въ своей присягѣ «имперскимъ и общимъ (т. е. римскимъ) правомъ», и который служилъ образцомъ для мѣстныхъ надворныхъ судовъ (landesherrliche Hofgerichte).—Этому занятію учеными юристами административныхъ и судебныхныхъ должностей надо приписать особенно важную роль въ усвоеніи римскаго права; оно обнаруживаетъ путь, которымъ произошла рецепція; *рецепція была проведена* юристами, которымъ удалось одолѣть противодѣйствіе многихъ общественныхъ круговъ (cf. § 7).—Римское право было реципировано въ качествѣ *субсидіарнаго* права, т. е. оно примѣняется лишь постольку, поскольку не существуетъ мѣстныхъ нормъ права.—Прежде существовало общее мнѣніе, еще и теперь господствующее между романистами, что римское право подверглось рецепціи in complexu; это значить, что предметомъ рецепціи были не отдѣльныя нормы, а римское частное право, какъ цѣлое; въ такомъ случаѣ римское право должно примѣняться во всѣхъ частяхъ, если нѣтъ особыхъ основаній непримѣнимости (прежде это выражали словами: *кто ссылается на римское право, тотъ имѣетъ за собою fundatam intentionem*); но выдающіеся германисты выставили въ новое время противоположное мнѣніе, а именно, что считаются реципированными должны лишь тѣ нормы римскаго права, которыя примѣнила практика (ср. два относящіеся сюда случая въ § 81 кон. и въ § 360 sub 3); ихъ мнѣніе скорѣе можетъ быть принято, во-первыхъ, потому, что соблюденіе и примѣненіе юристами (имѣвшее своимъ послѣдствіемъ рецепцію) можетъ быть направлено не на систему права, какъ цѣлое, а лишь на большее или меньшее число нормъ, и, во-вторыхъ, потому, что и въ самомъ дѣлѣ не подверглась рецепціи значительная часть права (государственнаго), которое заключается въ сводѣ Юстиніана.—Рядомъ съ римскимъ было реципировано и каноническое право, которое установляло новыя положенія не только въ области церковныхъ дѣлъ, но часто и въ области свѣтскихъ отношеній (а въ томъ числѣ иногда и въ области частнаго права, напр., относительно процентовъ, bona fides, присяги, quarta Falcidia и обязательной

доли, ср. §§ 43, 89, 144, 218, 449); каноническое право имѣло и до рецепціи значеніе обязательныхъ нормъ въ судахъ церковныхъ, такъ что его рецепція относилась только къ свѣтскимъ судамъ.—Усвоеніемъ чужеземныхъ правъ германское туземное право было отчасти вытѣснено (§ 2), отчасти же слилось съ различными источниками права въ единую систему — Общаго права.

## 2) § 2. Источники пандектнаго права.

*Witte*, die *leges restitutae* des Justinianischen Codex. 1830.—*Biener und Heimbach*, Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex. 1833.—*Biener*, Geschichte der Novellen Justinians. 1824.—*Landsberg*, über die Entstehung der Regel: *quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*. 1880.—*Vangerow*, §§ 2—4. 6. 7.—*Windscheid*, §§ 3—5.—*Brinz*, §§ 2—6. 8.—*Bekker*, §§ 5—9.—*Regelsberger*, §§ 3—6.

Источниковъ пандектнаго права — три: сводъ Юстиніана, каноническое право и туземное германское право.

I. *Сводъ Юстиніана*. Римское право сдѣлалось извѣстнымъ Европѣ главнымъ образомъ вслѣдствіе дѣятельности глоссаторовъ въ Болоньи; поэтому и рецепціи оно подверглось въ томъ видѣ, въ какомъ оно получило призваніе глоссаторовъ. Глоссаторы признавали только сводъ Юстиніана, получившій впоследствии наименованіе *Corpus juris civilis*, но не признавали такъ называемаго *jus antejustinianeum* (т. е. тѣхъ частей римскаго права, которыя не вошли въ сводъ Юстиніана) и такъ называемаго *jus postjustinianeum* (т. е. законодательства позднѣйшихъ византійскихъ императоровъ, самое главное произведеніе котораго есть *Василики*, конца 9-го вѣка). И то и другое, хотя и не имѣетъ законной силы въ Германіи, однако служить вспомогательнымъ средствомъ для правильнаго пониманія римскаго права; право до-юстиніаново — потому, что оно является продуктомъ дѣятельности тѣхъ же классическихъ юристовъ и императоровъ, сочиненія и мнѣнія которыхъ вошли въ *Дигесты* и *Кодексъ*; право по-юстиніаново — потому, что его творцы стояли по времени гораздо ближе къ юстиніанову праву, чѣмъ мы.—Сводъ Юстиніана состоитъ изъ Институцій (публикованныхъ 21-го ноября 533 г., съ законной силой отъ 30-го декабря 533 г.), *Дигестъ* или *Пандектъ* (публ. 16-го декабря 533 г., съ з. с. отъ 30 декабря 533 г.) и *Кодекса* (*repetitae praelectionis*, публ. 16-го ноября 534 г., съ з. с. отъ 29-го де-

кабря 534 г.). Къ своду присоединяются еще Новеллы, отдѣльные законы, изданные Юстиніаномъ послѣ окончанія кодификаціи.—Изъ свода и Новеллъ реципированы лишь тѣ нормы, которыя признали глоссаторы, снабдивъ ихъ глоссами; отсюда возникла впослѣдствіи юридическая поговорка: *quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*. Нѣкоторыхъ нормъ глоссаторы потому не глоссировали, что считали ихъ неподходящими и нецѣлесообразными, или потому, что въ рукописяхъ *Corpus juris civilis*, которыя были въ ихъ распоряженіи, находились пробѣлы. Нѣсколько мѣстъ въ Дигестахъ и много мѣстъ въ Кодексѣ написаны на греческомъ языкѣ; эти мѣста по большей части не вошли въ рукописи глоссаторовъ, и лишь въ Дигесты былъ вмѣсто нихъ вставленъ латинскій переводъ. Слѣдствіемъ этого явился тотъ фактъ, что въ Институціяхъ все глоссировано, въ Дигестахъ—почти все (за исключеніемъ l. 7. § 5.—l. 11. D. de bon. damn. XLVIII, 20 и l. 10.—l. 19. D. de interd. et rel. XLVIII, 22); въ Кодексѣ—очень много неглоссированнаго<sup>1</sup>; наконецъ, изъ Новеллъ, изъ которыхъ глоссаторы знали только 134 въ латинскомъ переводѣ (изъ такъ наз. *Authenticum*), глоссированныхъ только 96<sup>2</sup>. Лишь въ 16-мъ вѣкѣ сдѣлался извѣстнымъ греческій текстъ означенныхъ законовъ; и вотъ возникъ вопросъ, какъ поступать въ томъ случаѣ, когда употребляемый глоссаторами переводъ (такъ наз. *versio vulgata*) не соотвѣтствуетъ греческому тексту: держаться ли перевода, или грече-

<sup>1</sup> I. 1. 1. 3. 5. 6. 7; I, 2. 1. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26; I, 3. 1. 29. 30. 36. 39. 40. 42—48. 53. 55. 57; I, 4. 1. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32—34; I, 5. 1. 9. 11—18. 20; I, 9. 1. 2. 13; I, 10. 1. 2; I, 11. 1. 9. 10; I, 12. 1. 3. 7. 8; I, 14. 1. 10; I, 15. 1. 2; I, 17. 1. 3; I, 26. 1. 6; I, 27. 1. 1. § 8. 1. 2. §§ 19—23; I, 33. 1. 2; I, 52. 1. 13; II, 2. 1. 4; II, 7. 1. 18. 19; II, 13. 1. 27. 28; II, 59. 1. 3; III, 1. 1. 11. 12; III, 2. 1. 2. 4. 5; III, 10. 1. 1. 2; III, 43. 1. 1. 2; III, 44. 1. 15; IV, 20. 1. 1. 13. 15. 16; IV, 65. 1. 33; V, 1. 1. 6; V, 4. 1. 8<sup>b</sup>. 29; V, 9. 1. 11. sqq.; V, 17. 1. 12; VI, 4. 1. 4; VI, 34. 1. 4; VI, 48. 1. un.; VII, 45. 1. 15; VII, 51. 1. 5; VII, 62. 1. 35. 36; VIII, 10. 1. 12; VIII, 12. 1. 3; VIII, 40. 1. 1; VIII, 41. 1. 29; VIII, 52. 1. 4; IX, 4. 1. 6; IX, 5. 1. 2; IX, 6. 1. 1; IX, 8. 1. 6; IX, 9. 1. 37; IX, 16. 1. 4<sup>b</sup>; IX, 29. 1. 2; IX, 47. 1. 26; IX, 49. 1. 11; X, 1. 1. 11; X, 3. 1. 7; X, 11. 1. 7. 8; X, 16. 1. 1. 13; X, 19. 1. 9; X, 57. 1. 2. 3; X, 30. 1. 4; X, 55. 1. 1; XI, 1. 1. 1. 2; XI, 7. 1. 16; XI, 40. 1. 7; XI, 47. 1. 18; XI, 53. 1. 2; XII, 34. 1. 8; XII, 38. 1. 18. 19; XII, 41. 1. 12; XII, 48. 1. 3; XII, 61. 1. 7; XII, 64. 1. 2.—<sup>2</sup> А именно, по сборнику 168-и Новеллъ, который теперь употребляется: 1—10. 12. 14—20. 22. 23. 33. 34. 38. 39. 44. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. 69—74. 76—86. 88—100. 105—109. 111—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. 159.

скаго текста? Вопросъ слѣдуетъ рѣшить въ пользу греческаго текста, ибо предметомъ рецепціи р. пр. были тѣ нормы, относительно которыхъ научное изслѣдованіе обнаруживаетъ, что они были установлены Юстиніаномъ.—Глоссаторы кромѣ того прибавили къ своду Юстиніана: лангобардское ленное право (*liber feudorum*), затѣмъ *Authenticae Fridericianae*, т. е. 13 законовъ императоровъ Фридриха I и Фридриха II, которые они цѣликомъ или въ извлеченіи поставили за отмѣненными этими законами статьями Кодекса<sup>3</sup>; наконецъ, *Authenticae Ignatii*, т. е. извлеченія изъ Новеллъ Юстиніана, представлявшія первоначально глоссы къ отмѣненнымъ этими Новеллами мѣстамъ Кодекса, но мало-по-малу принятія въ текстъ самаго Кодекса<sup>4</sup>. Если текстъ *Auth. Ignatii* отстаетъ отъ текста Новеллъ, то слѣдуетъ давать предпочтеніе Новелламъ.

Самое распространенное изданіе *Corpus juris civilis* въ послѣдніе вѣка было изданіе братьевъ Кригель; въ послѣдніе годы Момзенъ и Крюгеръ предприняли новое изданіе; появились Институціи, Пандекты и Кодексъ; изданіе Новеллъ началъ Шель; карманное изданіе Новеллъ совершено трудами Захаріи 1881 г.

II. *Каноническое право*. Каноническое право было рецептировано въ томъ видѣ, какой оно получило въ *Corpus iuris canonici clausum*. *Corpus i. c.* состоитъ изъ: *decretum Gratiani* (просто *decretum*), возникшаго въ половинѣ 12-го вѣка, *decretales Gregorii IX* 1234 г. (называемыхъ обыкновенно *liber Extra scil. decretum* и обозначаемыхъ цифрою X), *liber sextus decretalium* Бонифація VIII 1298 г. и *Clementinae* Климента V 1313 г. Къ *Corpus i. c. clausum* не относятся два частные сборника папскихъ декреталій позднѣйшаго времени (*extravagantes Joannis XXII* и такъ наз. *extravagantes communes* отъ Урбана IV до Сикста IV). Каноническое право, поскольку оно опредѣляетъ частныя отношенія, основано на римскомъ правѣ; ибо до конца среднихъ вѣковъ (на основаніи такъ наз. личнаго принципа) примѣнялось положеніе: *ecclesia vivit lege Romana*; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ римское частное право, въ свою очередь, было измѣнено правомъ каноническимъ (ср. § 1 кон.). Въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ давать предпочтеніе канониче-

<sup>3</sup> Напр., *Auth. sacramenta puberum* къ l. 1. C. si adv. vend. 2, 28 (ср. ниже § 218).—<sup>4</sup> Напр., *Auth. si qua mulier* изъ Nov. 134. c. 8 къ l. 22. C. ad sct. Vell. 4, 29 (ср. ниже § 256).

скому праву предъ римскимъ, но не потому, что каноническое право позднѣе по времени (потому что рецепція каноническаго права въ Германіи совершилась не позже, чѣмъ рецепція римскаго, скорѣе даже раньше), а по той причинѣ, что до реформации были убѣждены въ правѣ законодательства церковныхъ учреждений въ области свѣтскихъ отношеній.

III. *Туземное германское право* состоитъ изъ трехъ элементовъ; оно отчасти содержится въ имперскихъ законахъ (Reichsabschiede, Reichsdeputationsabschiede, Reichsschlüsse, Reichsordnungen), отчасти представляетъ германское обычное право, отчасти практику германскихъ юристовъ (§ 3 sub III). Имперскимъ законамъ принадлежитъ преимущество передъ чужеземными реципированными правами, потому что они имѣли своимъ назначеніемъ измѣнять дѣйствующее право, какого бы происхожденія оно ни было. Напротивъ, что касается германскаго обычнаго права, то лишь немногимъ его частямъ удалось удержаться и противостоять вторженію римскаго права; нѣкоторыя части сохранились (напр., крестьянскія права пользованія) или даже внесли модификаціи въ римское право (таковы, напр., договоры въ пользу третьихъ лицъ, принятіе на себя чужихъ долговъ §§ 217, 254 sub IV). — Практика германскихъ судовъ произвела разныя измѣненія римскаго права, ибо при судоговореніи обнаруживалось, какія римскія нормы негодны для Германіи и какія нуждаются въ дальнѣйшемъ развитіи; такимъ образомъ, путемъ судебной практики возникъ такъ называемый *usus modernus Pandectarum*. — *Въ пандектномъ правѣ излагаются лишь тѣ имперскіе законы, нормы обычнаго права и положенія, выработанныя практикою, которыя измѣняютъ римское право.*

### 3) § 3. Литература пандектнаго права.

*Savigny*, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter (Bd. 3—Bd. 6 2. Ausg. 1850). — *Hanbold*, institutiones iuris Romani literariae. Ed. 2. 1826. — *Hugo*, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian. 3. Aufl. 1830. — *Warnkönig*, Vorschule der Institutionen. 2. Ausg. 1854. — *Stintzing*, Gesch. der deutschen Rechtswissenschaft. 2 Abtheilungen. 1880, 1884. — *Vangerow*, §§ 8—10<sup>b</sup>. — *Windscheid*, §§ 7—12<sup>a</sup>. — *Brinz*, §§ 9—16. — *Bekker*, §§ 10—16. — *Regelsteger*, §§ 7. 8.

Литература пандектнаго права имѣетъ отчасти экзегетическое, отчасти систематическое, отчасти непосредственно практическое направленіе.

I. Литература за періодъ отъ глоссаторовъ до истеченія 16-го вѣка имѣетъ преимущественно экзегетическій характеръ, т. е. ограничивается толкованіемъ отдѣльныхъ словъ закона. Слѣдуетъ различать три періода: періодъ глоссаторовъ (1100—1250), періодъ постглоссаторовъ или комментаторовъ (1250—1450), періодъ французской школы (16-е стол.). Замѣчанія болонскихъ профессоровъ права (глоссы), собранныя и пересмотрѣнныя Аккурсіемъ, † около 1260 г. (*glossa ordinaria*), содержатъ весьма остроумное толкованіе источниковъ, основанное на непосредственномъ ихъ изученіи; но глоссаторамъ недоставало историческихъ познаній и историческаго смысла: они не подозрѣваютъ, что римскія нормы развивались у римлянъ лишь постепенно, и что современныя имъ жизненныя отношенія существенно отличны отъ римскихъ; они не воспользовались для толкованія Юстиніанова права ни до-юстиніановыми источниками права, ни послѣ-юстиніановыми, ни прочею древнею литературой. — Объясненія постглоссаторовъ или комментаторовъ являются подробными до растянутости; прельщенные авторитетомъ глоссаторовъ, они занимаются толкованіемъ не столько самихъ источниковъ, сколько глоссъ («*glossant glossas*») и къ тому еще при толкованіи отличаются формализмомъ и схоластичностью, свойственными тогдашнему времени: ихъ сочиненія представляютъ образецъ запутанной и безвкусной учености; только въ области многочисленныхъ юридическихъ экспертизъ (*consilia*) сохраняютъ еще комментаторы связь съ дѣйствительною жизнью, признаютъ ея потребности и способствуютъ успѣху науки: *super digesta codicemque*, говоритъ Лейбницъ<sup>1</sup>, *habemus grandes commentarios veterum: Bartoli, Baldi, Jasonis, Decii, in quorum stercore multa jacent aurea sagaci ingenio eruenda*. Лишь къ концу 15-го вѣка пробудился (въ лицѣ т.-н. гуманистовъ) историческій смыслъ: стали изучать государственное устройство, отправленіе правосудія, древности римскія; къ тому же времени были открыты или опубликованы новые источники права: вестготскій Гай, *fragmenta Ulpiani, Paullus, codex Theodosianus*, отрывки Василикъ. Всѣми этими вспомогательными средствами воспользовалась по преимуществу французская школа, т. е. французскіе юристы

<sup>1</sup> *Methodus jurisprudentiae*. P. II. § 62.

16-го вѣка (въ особенности Яс. Сужасіус † 1590); они представили римское право въ его чистомъ видѣ; вслѣдствіе этого, глосса мало-по-малу была предана забвенію. По слѣдамъ французской школы пошли испанцы 16-го и 17-го вѣковъ и голландцы 17-го и 18-го вѣковъ.

II. Зачатки систематической обработки права мы встрѣчаемъ уже у глоссаторовъ, которые составляютъ *summae* — краткіе обзоры содержанія и руководящихъ началъ отдѣльныхъ частей Юстиніанова свода, располагая свое изложеніе по титуламъ; далѣе глоссаторы выставляютъ часто *brocarda* — общіе юридическіе принципы, которые были собираемы и изъясняемы. Наконецъ, какъ глоссаторы, такъ и ихъ преемники — комментаторы — пишутъ сочиненія по специальнымъ отдѣламъ права; извѣстнѣйшимъ сборникомъ такихъ сочиненій является *tractatus tractatum* (Lugd. 1549). Въ школѣ французской мы находимъ уже систематиковъ (изъ коихъ имѣлъ огромное значеніе Нуго Донеллус † 1591), которые написали большія сочиненія по римскому праву въ оригинальномъ систематическомъ порядкѣ. Обыкновенно же въ 17-мъ и 18-мъ вѣкѣ придерживались такъ наз. легальной системы, т. е. излагали римское право въ порядкѣ титуловъ, находящихся въ Пандектахъ (лишь рѣдко въ порядкѣ титуловъ въ Институціяхъ), поэтому для лекцій и сочиненій по римскому праву установилось названіе «Пандекты». Сочиненія этого рода обладаютъ весьма различнымъ достоинствомъ; нѣкоторыя изъ нихъ написаны въ духѣ сочиненій французской школы, нѣкоторыя же, впадая опять въ недостатки прежнихъ эпохъ, вполне лишены историческаго и критическаго смысла; тѣмъ не менѣе, имъ принадлежитъ та заслуга, что они записывали и удерживали въ памяти юристовъ тѣ туземные правовые обычаи, которые сохранились, несмотря на рецепцію римскаго права. Къ концу 18-го вѣка въ Германіи проложило себѣ путь основательное историческое изученіе, и съ Нуго ведетъ свое начало такъ наз. историческая школа, которая впоследствии, въ лицѣ романиста Савиньи и германиста Эйхгорна, пріобрѣла признанныхъ всеми корифеевъ. Историческая школа является, впрочемъ, не только особымъ научнымъ методомъ, но и принципомъ мышленія и поведенія, ибо она требуетъ какъ отъ государственнаго мужа, такъ и отъ гражданина, чтобъ они слѣдовали пути постепенныхъ реформъ;

она столь же осуждает упорный консерватизмъ въ правѣ, какъ и радикальныя перемѣны. Со времени возникновенія исторической школы появляется богатая литература какъ историческая, такъ и систематическая, которая содержится какъ въ сочиненіяхъ, обнимающихъ всю область частнаго права, такъ и въ монографіяхъ по отдѣльнымъ вопросамъ. Монографіи мы будемъ указывать въ соответствующихъ мѣстахъ, теперь же приведемъ наиболѣе распространенныя сочиненія, обнимающія все римское частное право.

А. Болѣе пространныя сочиненія:

Christian Friedrich Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, 34 тома, 1790—1830; продолжали трудъ Глюка Mühlenbruch, т. 35—43. 1832—1843; Fein, т. 44. 45. 1851—1853; Arndts, т. 46—48. 1868—1878; Leist, 5 т., 1870—1879; Burckhardt, 3 тома, 1871—1881; Czychlarz, 1 т., 1887; Ubbelohde, 4 т., 1889—1893; Salkowski, 1 т., 1889. (Изложено въ легальномъ порядкѣ).

A. F. J. Thibaut: System des Pandektenrechts. 9. Ausgabe. Besorgt von Buchholtz. 1846.

Chr. Fr. Mühlenbruch: Doctrina Pandectarum. Ed. quarta. 1838 г. На нѣмецкомъ языкѣ: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 тома. Четвертое изданіе. 1844.

Joh. Ad. Seuffert: Praktisches Pandektenrecht. 3 тома. Четвертое изданіе. 1860—1872 г.

J. F. Kierulff: Theorie des gemeinen Civilrechts. 1839 г. 1 т. (заключаетъ въ себѣ общую часть и ученіе о владѣніи).

Friedrich Carl von Savigny: System des heutigen Römischen Rechts. 8 томовъ. 1840—1849 г. (общая часть) и das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. 2 тома, 1851. 1853 гг. (закрывающее нѣкоторыя общія ученія изъ области обязат. пр.).

Ed. Böcking: Pandekten des Römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. т. 1. 1853. 2-е изд. и 2-го тома 1-й вып. 1855 г. (общая часть, владѣніе, собственность и сервитуты).

Carl Friedrich Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 3 т., 3-е изд. 1869 г.

Alois Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 4 т., 2-е изданіе

(1873—1895); послѣдніе томы по смерти автора изданы Лотмаромъ.

Bernhard Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 т., 7-е изд. 1891 г.

Carl Georg v. Wächter: Pandekten. 2 т. 1880. 1881 гг.

Heinrich Dernburg: Pandekten. 3 т., 5-е изд. 1896. 1897 гг.

E. J. Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. До сихъ поръ 2 т. 1886. 1890.

E. Hölder: Pandecten. До сихъ поръ 1 т. 1886—1891.

F. Regelsberger: Pandekten. Т. 1. 1893.

Заслуживаютъ также упоминанія два сочиненія, которыя основательно излагаютъ пандектное право въ связи съ партикулярнымъ правомъ:

Carl Georg v. Wächter: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2 т. 1842—1851 г. (исторія вюртембергскаго права и общая часть).

J. Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, тт. 1, 2, 4-е изд. 1876 г. (общая часть); т. 6, 3-е изд. 1879 (наслѣдственное право).

В. Менѣе пространныя:

Georg Friedrich Puchta: Pandekten. 1 т. 12-е изд., сдѣланное Ширмеромъ. 1877 г.

Ludwig Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 1 т. 14-е изд. Пфаффа и Гофмана. 1889 г.

Fr. Ludwig v. Keller: Pandekten. 1 т., второй отіискъ 1886 г.

O. Wendt: Lehrbuch der Pandekten. 1888.

С. Особенной формой отличаются слѣд. соч.:

K. A. v. Vangerow: Leitfaden für Pandektenvorlesungen. 3 т., 7-е изд. 1863—1869 г. подъ загл.: Lehrbuch der Pandekten (главнымъ образомъ подробное изложеніе контроверзь).

Rud. v. Holzschuher: Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. 3 т., 3-е изд. 1863. 1864 гг. (изложеніе посредствомъ отвѣтовъ на отдѣльные вопросы).

K. G. Bruns: Das heutige Römische Recht, въ v. Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 5-е изд., просмотрѣнное Эккомъ. 1890. Стр. 425—564 (краткій обзоръ съ замѣчаніями, касающимися законодательныхъ вопросовъ).

Отдѣльные вопросы изъ области исторіи и догмы римскаго права главнымъ образомъ разрабатываются въ журналахъ, изъ которыхъ мы назовемъ важнѣйшіе:

*Zeitschrift für [geschichtliche Rechtswissenschaft]*; издавали Savigny, Eichhorn и Göschen, послѣ смерти послѣдняго Klenze, а затѣмъ Rudorff. 15 т. 1815—1850.

*Archiv für civilistische Praxis*, изд. Gensler, Mittermaier, Schweitzer, теперь Franklin, Mandry, Wendt, Bülow и Kohlhaas; съ 1818 г. до сихъ поръ 85 т.

*Zeitschrift für Civilrecht und Process*, изд. сначала v. Linde, Marezoll, v. Wening-Jungenheim, наконецъ, v. Linde и Schulte, 42 т. 1827—1865. (*Giessener Zeitschrift*).

*Jahrbücher für Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, изд. сначала Gerber и Jhering, теперь же Regelsberger и Ehrenberg; съ 1857 г. до сихъ поръ 35 т.

*Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts*, изд. Bekker и Muther, затѣмъ также Stobbe. 6 т. 1857—1863.

*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, изд. Rudorff, Bruns, Roth, Merkel и Böhlau, 1861—1878, 13 т.; теперь изд. Bekker, Pernice, Schröder, Brunner, и журн. распадается на два отдѣленія (романистическое и германистическое); первое заключаетъ до сихъ поръ 16 т.

*Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, изд. Grünhut; съ 1874 г. до сихъ поръ 23 т.

III. Зачатки литературы съ непосредственно практическимъ направленіемъ уже встрѣчаются въ періодъ глоссы; въ своихъ ученіяхъ глоссаторы объясняли отдѣльныя мѣста нагляднымъ способомъ, на придуманномъ примѣрѣ (казусѣ); отсюда произошли сборники казусовъ, составленные отдѣльными преподавателями права; кромѣ того, глоссаторы устраивали бесѣды (*quaestiones*) и разборы дѣйствительныхъ и придуманныхъ юридическихъ случаевъ и сами составляли по этимъ вопросамъ цѣлыя книги. Также поступали и постглоссаторы. *Consilia* постглоссаторовъ были собираемы въ большіе сборники; то же дѣлали и съ мнѣніями и рѣшеніями нѣмецкихъ практиковъ 16—18-го стол., которые не подчинялись слѣпо римскому праву, но, часто примѣняя туземное обычное право въ той мѣрѣ, въ какой оно устояло при реценціи р. пр., выработали такъ наз. *usus modernus Pandectarum*. Въ послѣднее время

тому же направленію слѣдуютъ сборники судебныхъ рѣшеній, изъ коихъ слѣдуетъ отмѣтить:

Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in Deutschland, изд. сначала J. Seuffert, затѣмъ A. F. W. Preusser, теперь Schütt. Съ 1847 г. до сихъ поръ вышло 50 т.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Съ 1880 г. до с. п. 34 т.

Въ послѣднее время было также составлено нѣсколько сборниковъ казусовъ для употребленія при университетскомъ преподаваніи; между послѣдними заслуживаютъ вниманія:

R. Jhering: Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 7 изд. 1895.

W. Girtanner: Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten. 4 изд. подъ редакцію Langebeck'a. 1881.

E. Pagenstecher: Pandekten-Praktikum. 1860.

(Анонимъ): Civilrechtsfälle für den academischen Gebrauch. 1881.

## ГЛАВА ВТОРАЯ

### Понятіе права и его виды.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

Слово «право» употребляется въ двойномъ смыслѣ: или въ смыслѣ *предписаній права*, т.-е. правилъ, которыя господствуютъ надъ правоотношеніями (такъ наз. *potestas agendi*, право въ объективномъ смыслѣ), или въ смыслѣ *правомочія*, т.-е. господства, принадлежащаго опредѣленному лицу надъ опредѣленнымъ предметомъ для удовлетворенія интересовъ этого лица, согласно съ предписаніями права (такъ наз. *jus agendi*, право въ субъективномъ смыслѣ). О правѣ въ субъективномъ смыслѣ мы будемъ говорить ниже въ § 16; теперь же займемся правомъ въ объективномъ смыслѣ. Источниками права, т.-е. *силами, творящими право въ объективномъ смыслѣ*, являются: народъ, верховная государственная власть и классъ юристовъ; поэтому различаютъ: обычное право (§ 4), законное право (§ 5) и право практики (§ 7). Начала римскаго права, касающіяся источниковъ права, многіе считаютъ непримѣнимыми, потому что они якобы относятся къ государственному праву; но это можно сказать развѣ только о законахъ, которые находятся въ тѣсной зависимости отъ государственнаго устройства, а не объ обычномъ правѣ и правѣ практики.

## РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Право въ объективномъ смыслѣ или предписанія  
[нормы] права.

## I. Источники права.

## A. § 4. Обычай народа.

t. Dig. I, 3: de legibus senatusque consultis et longa consuetudine.—t. C. VIII, 52: quae sit longa consuetudo.—*Thibaut*, über die Nothwendigkeit eines allg. bürgerl. Rechts für Deutschland. 1814.—*Savigny*, vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. § 2. 1814.—*Puchta*, das Gewohnheitsrecht. 2 Theile. 1828. 1837.—*Beseler*, Volksrecht und Juristenrecht. 1846.—*Mier*, die Rechtsbildung in Staat und Kirche. 1861.—*Brinckmann*, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprocess. 1847.—*Jhering*, der Kampf ums Recht. crp. 7—20. 1872.—*F. Adickes*, zur Lehre v. d. Rechtsquellen. 1873.—*Schwanert*, Gesetz und Gewohnheit. 1873.—*Sturm*, der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877.—*Schmidt*, zur Lehre vom Gewohnheitsrecht. 1881.—*Esser*, die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts. 1889.—*Savigny*, §§ 7 ff. 18. 25. 27—30. Beilage 2.—*Vangerow*, §§ 14—17.—*Windscheid*, §§ 15—19.—*Brinz*, §§ 26. 27.—*Regelsberger*, §§ 19—22.

I. *Понятіе*. Обычнымъ правомъ называется норма права, постоянно соблюдаемая въ гражданскомъ оборотѣ и основанная на убѣжденіи народа.—Нормы права не являются чѣмъ-то произвольнымъ, выдуманнмъ; напротивъ, будучи предназначены для регулированія разумныхъ отношеній людей другъ къ другу и къ вещамъ, онѣ даны сами собою; les lois (лучше le droit) sont les rapports nécessaires, qui dérivent de la nature des choses, et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois (*Montesquieu*), т.-е. нормы права суть необходимыя отношенія, вытекающія изъ природы вещей<sup>1</sup>. Но эти нормы, вытекающія изъ природы людей и вещей, обнаруживаются не тотчасъ; онѣ должны еще быть открыты и какъ бы извлечены изъ лицъ и вещей. Это происходитъ путемъ гражданскаго оборота; вступая въ отношеніе оборота, лица соблюдаютъ тѣ нормы, которыя имъ кажутся разумными, соответствующими данному отношенію (что въ свою очередь зависитъ отъ склада ихъ ума, отъ ихъ возрѣній на отношеніе, отъ ихъ правового чувства). Будучи постоянно соблюдаемо въ одинаковыхъ случаяхъ одинаковымъ образомъ, данное правило становится убѣжденіемъ людей, господствующимъ правиломъ поведения, однимъ словомъ,

<sup>1</sup> cf. Cic. de inv. II, 53. 54.

нормою права, которая, будучи выработана обычаемъ, получаетъ наименование *inveterata consuetudo, longaeva consuetudo, jus moribus constitutum*, обычное право; употребляютъ иногда и названіе «народное право», потому что оборотъ происходитъ между членами народа. — Изъ вышеизложеннаго видно, что обычное право основывается на сознаниі дѣйствующихъ людей: это то право, которое они признаютъ разумнымъ въ гражданскомъ оборотѣ; *его источникомъ слѣдовательно является народный разумъ*. Этотъ разумъ не зависитъ отъ государственнаго строя, поэтому обычное право развивается и въ не демократическихъ государствахъ. Эти положенія установлены историческою школою и являются теперь господствующимъ мнѣніемъ; но нельзя не упомянуть, что римскіе юристы мотивировали дѣйствіе обычнаго права иначе (ср. ниже прим. 9), а равно, что и романисты, предшествовавшіе исторической школѣ, держались иного взгляда (ср. ниже текстъ предъ прим. 10); въ новѣйшее время нѣкоторые романисты выставили утвержденіе, что основанія для обязательности обычнаго права вообще не существуетъ, что его дѣйствіе есть фактъ, не требующій оправданія: ср. опроверженіе ниже sub II. 2 въ концѣ.

II. *Условія*. Условій обычнаго права—три:

1. *Продолжительное непрерывное соблюденіе известнаго правила*.

а. Соблюденіе должно быть *продолжительное*<sup>2</sup> (*consuetudo inveterata, longaeva, diuturna*); для опредѣленія продолжительности времени невозможно установить никакого правила; если норма соблюдается съ особенною энергіей, то достаточно даже сравнительно короткаго промежутка времени. Каноническое право, впрочемъ, предписывало, что обычное право должно быть *legitime, sapienter praescriptum*<sup>3</sup>; эти слова, повидимому (такъ какъ и глоссаторы держались этого мнѣнія), означаютъ, что соблюденіе должно происходить въ теченіе давностнаго срока; но это каноническое предписаніе не можетъ считаться разумнымъ, и уже потому не примѣнимо, что лишено всякой опредѣленности; въ самомъ дѣлѣ, тамъ вѣдь не сказано, какой давности мы должны держаться: трехлѣтней ли, десятилѣтней или же тридцатилѣтней.

б. *Соблюденіе должно быть непрерывно*<sup>4</sup> (въ источникахъ:

<sup>2</sup> 1. 32. § 1. 1. 33. 1. 35. D. h. t. 1, 3; 1. 2. 1. 3. C. h. t. 8, 52.—<sup>3</sup> с. 11. X. de consuet. 1, 4; с. 3. in VI. eod. 1, 4; с. 9. in VI. de off. ord. 1, 16; с. 50. X. de elect. 1, 4.—<sup>4</sup> 1. 3. C. h. t. 8, 52; 1. 3. pr. C. de priv. schol. 12, 30; cf. 1. 34. D. de r. i. 50, 17.

consuetudo tenaciter servata; у новыхъ юр.: actus continui, non interrupti); соблюденіе можетъ быть прервано или тѣмъ, что данное правило перестаютъ соблюдать, или тѣмъ, что соблюдается противоположное правило.

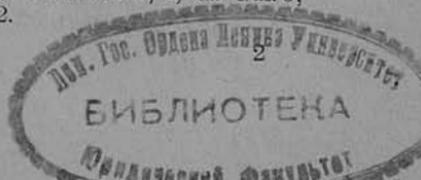
2. *Правовое убѣжденіе народа* (т. н. opinio iuris, necessitatis, obligationis), т.-е. мнѣніе тѣхъ людей, которые соблюдаютъ въ оборотѣ извѣстное правило, что это правило съ точки зрѣнія права умѣстно, правильно. Правовое убѣжденіе не должно необходимо существовать у *всѣхъ* отдѣльныхъ людей; есть такія нормы, которыя по самому своему содержанію дѣйствуютъ лишь въ нѣкоторыхъ кругахъ общества (ремесленные, торговые обычаи), или примѣняются лишь въ нѣкоторыхъ областяхъ госуд. территоріи (мѣстное обычное право); но даже тамъ, гдѣ не существуетъ такихъ ограниченій, мѣра правового убѣжденія у отдѣльныхъ лицъ зависитъ всегда отъ степени ихъ развитія, занятій, образа жизни.—Правового убѣжденія не существуетъ, съ одной стороны, въ области обычнаго соблюденія извѣстныхъ актовъ щедрости (обычай рождественскихъ подарковъ никогда не перейдетъ въ обычное право) и, съ другой стороны, въ области закоренѣлыхъ злоупотребленій: что противорѣчитъ началамъ нравственного или гражданскаго порядка, то не можетъ путемъ соблюденія сдѣлаться нормою права; напримѣръ: обычное примѣненіе такъ наз. берегового права, обычное несоблюденіе законной мѣры процентов<sup>5</sup>, обычное невзысканіе съ виновнаго супруга штрафа за расторженіе брака, обычай, по которому мужъ, потерявъ собственное имущество, можетъ затѣмъ свободно распоряжаться имуществомъ своей жены и т. п.<sup>6</sup> Закоренѣлыя злоупотребленія называются въ источникахъ consuetudines contra rationem, non rationabiles<sup>7</sup>, такъ что къ нимъ относятся слова источниковъ<sup>8</sup> (значеніе которыхъ очень спорно): quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet; это значить, что не можетъ приобрѣсть силы обычнаго права и такое злоупотребленіе, которое произошло не отъ нечестнаго образа мыслей, а вслѣдствіе простаго заблужденія. Нѣкоторые романисты это мѣсто неправильно объясняютъ такъ,

<sup>5</sup> 1. 1. pr. D. de us. 22, 1.—<sup>6</sup> с. 3. с. 10. X. de consuet. 1, 4; с. 26. i. f. X. de test. 2, 20.—<sup>7</sup> 1. 2. C. h. t. 8, 52; Nov. 134. c. 1. i. f.; с. 11. X. de consuet. 1, 4; с. 1. in VI. de const. 1, 2.—<sup>8</sup> 1. 39. D. h. t. 1, 3.

что обычное право может возникнуть вследствие заблужденія (продолжительное ошибочное соблюдение приобретает собственный авторитет), но что тогда такое обычное право не подлежит примѣненію по аналогіи (ср. § 13 прим. 9).

Римскіе юристы невѣрно опредѣляли сущность правового убѣжденія, называя обычное право *tacita civium conventio* и основывая его силу на законодательной власти римскаго народа<sup>9</sup>: устанавливая законы въ комиціяхъ прямо и непосредственно, римскій народъ равнымъ образомъ можетъ устанавливать нормы права и косвеннымъ путемъ, посредствомъ *facta concludentia* (§ 62). Если бы это разсужденіе было правильно, то дѣйствіе обычнаго права всегда бы предполагало конституцію съ народнымъ собраніемъ; но оно неосновательно: народъ въ комиціяхъ, то есть политически организованный народъ, совсѣмъ не совпадаетъ съ тѣмъ народомъ, который въ оборотѣ творить нормы права; первый мы находимъ только въ республиканскомъ государственномъ строѣ древняго міра, послѣдній существуетъ во всѣ времена и у всѣхъ народовъ.—Означенная ошибка римскихъ юристовъ вызвала между романистами ложный взглядъ на обычное право, господствовавшій до 19-го вѣка. Въ самомъ дѣлѣ, если бы обычное право имѣло силу потому, что въ республиканскомъ государствѣ народъ выступаетъ въ роли законодателя, то, строго говоря, обычное право было бы молчаливымъ закономъ, и законъ былъ бы единственнымъ источникомъ права; слѣдовательно, въ *монархическомъ* государствѣ обычное право нуждалось бы въ (прямомъ или молчаливомъ) одобреніи монарха, какъ представителя законодательной власти; поэтому до 19-го вѣка требовали отъ отдѣльныхъ актовъ соблюденія обычая публичности въ томъ смыслѣ, чтобы они могли доходить до свѣдѣнія монарха и быть имъ одобрены или запрещены. Въ настоящее время это воззрѣніе почти всеми отвергнуто<sup>10</sup>; это большая заслуга исторической школы; но теперь спорно отношеніе правового убѣжденія къ актамъ соблюденія. По одному мнѣнію (т. н. спиритуалистической теоріи) правовое убѣжденіе существуетъ у соблюдающихъ еще до соблюденія правила; по этому ученію правовое убѣжденіе ока-

<sup>9</sup> I. 32. § 1. I. 35. D. h. t. 1, 3; §§ 9. 11. I. de iure nat. 1, 2; cf. Gai. 3, 82; Ulp. fr. § 4.—<sup>10</sup> cf. e. 1. in VI. de const. 1, 2.



4989 К. гр. пр.

зывается единственнымъ основаніемъ дѣйствія обычнаго права, а *соблюдение имѣетъ лишь то значеніе, что оно является способомъ обнаруженія уже существующей нормы права*. По другому мнѣнію (т. н. матеріалистической теоріи) до соблюдения правила еще не существуетъ никакого правового убѣжденія, а лишь безсознательное чувство сообразности этого правила (правовое чувство, правосознаніе); лишь вслѣдствіе соблюдения это чувство превращается въ правовое убѣжденіе; другими словами, правовое убѣжденіе является лишь слѣдствіемъ соблюдения, такъ что *соблюдение представляетъ не только способъ обнаруженія, но вмѣстѣ съ тѣмъ и способъ возникновенія обычнаго права*. Кто внимательно прослѣдитъ исторію права, тотъ рѣшитъ этотъ споръ въ пользу второго мнѣнія; есть даже такія нормы, которыя сдѣлались предписаніями права единственно вслѣдствіе продолжительнаго соблюдения,—нормы, которыя совсѣмъ не имѣютъ въ основаніи никакого правового убѣжденія, а получили свое дѣйствіе только вслѣдствіе привычки; таковы, напр., многія правила, опредѣляющія продолжительность сроковъ или формы юридическихъ сдѣлокъ; правда, здѣсь дѣло идетъ, какъ видно изъ приведенныхъ примѣровъ, лишь о немногихъ специальныхъ нормахъ. Нѣкоторые новые юристы пошли дальше и выставили мнѣніе, что правовое убѣжденіе вообще не составляетъ условія обычнаго права, что оправданіе послѣдняго (основаніе его дѣйствія) заключается единственно въ соблюденіи, въ обычаяхъ; обычай получаетъ такую власть въ народѣ, что всѣ ему подчинены. Это мнѣніе въ виду приведенныхъ выше, прим. 5 и сл., положеній слѣдуетъ отвергнуть; къ тому же оно лишаетъ институты обычнаго права (которыя имѣютъ существенное значеніе для нашего общественнаго строя) идеальнаго содержанія: оно превращаетъ ихъ во что-то чисто внѣшнее, признавая ихъ продуктами простой привычки.

3. По постановленію Константина <sup>11</sup>, обычное право должно не противорѣчить существующему закону, а лишь пополнять пробѣлы законодательства. Обыкновенно это выражаютъ слѣд. образомъ: *обычныя нормы допускаются не contra legem, а лишь praeter legem; обычное право имѣетъ не*

<sup>11</sup> 1. 2. С. h. t. 8, 52.

*дерогаторную, а лишь супплеторную силу.* Этотъ принципъ, повидимому, противорѣчитъ тому высокому значенію, которое мы выше (sub I) приписали обычному праву; кромѣ того, нѣсколько мѣстъ въ источникахъ <sup>12</sup> приписываютъ обычному праву дерогаторную силу, т. е. силу отмѣнять существующіе законы (путемъ *desuetudo*). Поэтому господствующее мнѣніе отвергаетъ это третье требованіе и, желая согласить противорѣчіе, относитъ законъ Константина то къ мѣстнымъ обычаямъ, которымъ не принадлежитъ сила отмѣнять общее право, то къ тѣмъ правовымъ обычаямъ, которые напередъ запрещены закономъ; но какъ этихъ, такъ и множества другихъ объясненій, существующихъ по данному вопросу, нельзя согласить со словами закона Константина. Истиннымъ смысломъ этого закона является смыслъ, указанный нами выше; а насколько онъ является разумнымъ, видно изъ того, что новыя законодательства по-становляютъ то же, или даже идутъ дальше, совсѣмъ отказывая обычному праву въ признаніи. Дѣло въ томъ, что обычай является нормальнымъ источникомъ права лишь на извѣстныхъ ступеняхъ развитія народовъ; достигнувъ же высшихъ ступеней развитія, государство освобождается отъ обычнаго права вполнѣ или въ большей части. И въ самомъ дѣлѣ, если, съ одной стороны, матеріаль право развить до подробностей, такъ что почти для каждаго отношенія существуетъ готовая норма, и, съ другой стороны, государственная власть всегда чутко слѣдитъ за состояніемъ права, такъ что законодательная дѣятельность течетъ непрерывно,—въ такомъ случаѣ допустить силу обычнаго права противъ существующихъ законовъ значило бы то же, что добровольно создавать препятствіе для достиженія цѣлей законодателя (§ 5 кон.). Таково было положеніе дѣлъ при Константинѣ, таковымъ оно является и въ наше время; при такихъ обстоятельствахъ образованіе обычнаго права только тогда можетъ быть оправдано, когда законодатель оставляетъ невыполненными пробѣлы въ законодательствѣ. Итакъ, разнорѣчіе въ источникахъ должно быть рѣшено въ пользу закона Константина. Это положеніе идетъ въ разрѣзъ съ мнѣніями исторической школы; послѣдняя крайне

<sup>12</sup> § 11. I. de iure nat. 1, 2; § 7. I. de ini. 4, 4; l. 1. § 1. D. de int. in iure 11, 1; l. 27. § 4. D. ad l. Aq. 9, 2; l. un. pr. C. de cad. toll. 6, 51; Nov. 89. c. 15.

преувеличиваетъ значеніе обычнаго права, считая его нормальнымъ источникомъ права для *всѣхъ* временъ и приписывая ему силу не только дополнять, но и отмѣнять законъ.

III. *Доказываніе*. Прежде существовало мнѣніе, что тотъ, кто ссылается на обычное право, долженъ его и доказывать; это мнѣніе противорѣчитъ источникамъ<sup>13</sup> и поэтому теперь всѣми отвергнуто; напротивъ, судья долженъ примѣнять обычное право такъ же, какъ и всякую другую норму (*iura novit curia*); поэтому онъ долженъ по возможности стараться приобрести знаніе обычнаго права самостоятельно. Но такъ какъ возникаетъ (особенно относительно партикулярнаго обычнаго права) то опасеніе, что усилія судьи могутъ остаться безуспѣшными, то послѣднему дозволяется обратиться за содѣйствіемъ къ той сторонѣ, которая ссылается на обычное право; но къ этому содѣйствію отнюдь не слѣдуетъ примѣнять началъ *onus probandi*, т. е. объ обязанности представлять доказательства въ гражданскомъ процессѣ (§ 96 sub. II); здѣсь дѣло идетъ не объ юридическомъ доказываніи, а о доказываніи научномъ; поэтому особыя процессуальныя правила о срокѣ доставленія доказательствъ и средствахъ доказыванія сюда совсѣмъ не относятся. (Эти начала получили теперь призваніе въ имп. уст. гражд. суд. § 265). — Средствомъ распознаванія обычнаго права служить собственный опытъ судьи, допрашиваніе свидѣтелей и свѣдущихъ людей<sup>14</sup>, заслуживающія довѣрія сообщенія въ ученыхъ или практическихъ сочиненіяхъ, признаніе въ судебномъ рѣшеніи<sup>15</sup>; и въ юридическихъ пословицахъ часто содержится обычное право.

## В. Законъ.

tt. D. I, 3. 4; C. I, 14—16. 19—23.

### 1) § 5. Понятіе и условія.

*Jhering, Schwanert, Adickes* и *Sturm* въ соч., прив. къ § 4.—*Savigny*, §§ 13. 17. 23 f.—*Vangerow*, §§ 12. 13.—*Windcheid*, § 14.—*Brinz*, § 26.—*Regelsberger*, §§ 18. 23. 24.

*Закономъ называется норма права, установленная надлежащимъ порядкомъ (согласно съ основными законами) и надлежащимъ образомъ обнародованная. Условія закона суть слѣд.:*

<sup>13</sup> I. 3. § 6. D. de test. 22, 5; l. 1. C. h. t. 8, 52. — <sup>14</sup> cf. Nov. 106. —

<sup>15</sup> l. 34. D. h. t. 1, 3.

1. *Чтобы онъ былъ установленъ надлежащимъ порядкомъ.*

Начала римскаго права о порядкѣ изданія законовъ составляютъ предметъ исторіи римскаго права; основные законы германскихъ государствъ о законодательной дѣятельности, которые предписываютъ совмѣстную дѣятельность монарха и народнаго представительства и кромѣ того предоставляютъ законодательную власть въ извѣстныхъ границахъ и одному монарху (эта власть отчасти переносится также и на отдѣльные административныя учрежденія; точно также и въ Римѣ законодательная власть принадлежала въ извѣстныхъ предѣлахъ претору и юристамъ императ. періода, получившимъ *jus respondendi*), излагаются въ общемъ и партикулярномъ государ. правѣ; тамъ же подлежитъ рѣшенію спорный вопросъ, имѣетъ ли право и обязанъ ли судья изслѣдовать правомѣрность (конституціонность, участіе народнаго представительства) происхожденія нормы, опубликованной государственной властью въ качествѣ закона.

2. *Чтобы онъ былъ надлежащимъ образомъ обнародованъ.*

Порядокъ публикаціи, обнародованія опредѣляется теперь не римскимъ правомъ, а теперешнимъ общимъ и партикулярнымъ государственнымъ правомъ. Прежде возбуждалъ много споровъ вопросъ, должно ли лицо, ссылающееся на законъ, доказывать его обнародованіе; въ настоящее время всѣ разрѣшаютъ его въ отрицательномъ смыслѣ: судья долженъ самостоятельно заpastись знаніемъ права (*iura novit curia*); по имп. уст. гражд. суд. § 265 судья вмѣняется въ безусловную обязанность знать законы, дѣйствующіе въ томъ государствѣ, къ которому онъ принадлежитъ (прусскій или баварскій судья безусловно долженъ знать Общее право, Прусское земское уложеніе и Code Napoléon, вюртембергскій—только Общее право); что же касается законовъ, дѣйствующихъ въ другомъ государствѣ, то судья, если они ему неизвѣстны, можетъ потребовать содѣйствія стороны, сославшейся на таковыя; въ такомъ случаѣ примѣняютъ начала § 4 sub III.

Отношеніе закона къ обычному праву представляется въ слѣдующемъ видѣ: обычай является обыкновенно въ первыя эпохи исторіи народа почти единственнымъ источникомъ права; въ позднѣйшія эпохи къ нему присоединяется государственная власть въ качествѣ второго источника права. Обычное право возникаетъ путемъ безсознательнаго постепеннаго развитія, законъ—путемъ сознательнаго установленія нормы въ опредѣленный моментъ времени. Обычное право является правомъ народнымъ, уже испытаннымъ въ гражданскомъ оборотѣ, законъ

часто противорѣчить воззрѣніямъ народа и оказывается неудачною попыткой. Но, съ другой стороны, обширные законодательные принципы вводятся обыкновенно въ народную жизнь лишь путемъ закона, а такъ какъ достиженіе цѣлей государства главнымъ образомъ зависитъ отъ хорошаго состоянія права, то въ благоустроенномъ государствѣ развитіе права рѣдко бываетъ предоставлено самому себѣ; напротивъ, государственная власть сама устанавливаетъ нормы права—издаетъ законы. При *быстромъ* развитіи новыхъ отношеній законодательное регулированіе ихъ становится тѣмъ болѣе необходимымъ, что развитіе обычнаго права не происходитъ достаточно быстро. Сюда присоединяется еще то обстоятельство, что въ цивилизованное время противоположность интересовъ и воззрѣній какъ между отдѣльными лицами, такъ и между классами народа становится до того рѣзкою, что образованіе и развитіе новыхъ правовыхъ обычаевъ (по крайней мѣрѣ такихъ, которые бы обнимали *весь* народъ) можетъ совершиться развѣ только въ рѣдкихъ случаяхъ. Отсюда то явленіе, что въ позднѣйшіе періоды жизни народа обычное право почти совсѣмъ бываетъ вытѣснено закономъ и лишается силы отмѣнять законъ. Для современныхъ государствъ надо еще принять во вниманіе то обстоятельство, что всѣ они произошли изъ соединенія малыхъ территорій съ самостоятельнымъ мѣстнымъ правомъ, а *единство* права можетъ быть достигнуто только законодательнымъ путемъ. Вслѣдствіе всего этого законъ въ наше время сталъ главнѣйшимъ источникомъ права (этого, впрочемъ, не признаетъ большинство сторонниковъ исторической школы, которая считаетъ законъ *всегда* лишь второстепеннымъ источникомъ права). Вслѣдствіе этого развитіе права пріобрѣло иной характеръ. Въ эпоху обычнаго права существуетъ непрерывная преемственность юридическихъ нормъ, одна развивается изъ другой, мертвая уступаетъ мѣсто живой; въ эпоху закона преемственность правовыхъ нормъ перестаетъ быть общимъ явленіемъ и дѣлается вопросомъ политики; законодатель долженъ обсудить, требуется ли необходимо отмѣна дѣйствующаго права или возможно дальнѣйшее его развитіе; по началамъ исторической школы въ сомнительныхъ случаяхъ правильнѣе предпочесть второй путь.

## 2) § 6. Толкованіе законовъ.

*Thibaut*, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts. 2. Aufl. 1806.—*Lang*, Beiträge zur Hermeneutik des Römischen Rechts. 1857.—*F. C. Schmidt*, Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher. 1855.—*Mommsen*'a предисловіе къ его изданію Дигестъ. 1870.—*Gradenwitz*, Interpolationen in den Pandekten. 1887.—*Savigny*, §§ 32—41. 48. f.—*Vangerow*, §§ 22—25.—*Windscheid*, §§ 20—22. 25.—*Brinz*, §§ 7. 28—30.—*Regelsberger*, §§ 33—37.

Чтобы уразумѣть законъ въ его истинномъ и полномъ содержаніи, необходимо его истолковать—интерпретировать; послѣдняго слова, впрочемъ, лучше избѣгать, такъ какъ римскіе источники разумѣютъ подъ нимъ не только толкованіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и дальнѣйшее развитіе мысли законодателя путемъ аналогіи (ср. закл. прим. этого §). Начала толкованія законовъ составляютъ предметъ особаго ученія: юридической герменевтики.

I. Основою всякаго толкованія является толкуемый текстъ; дѣятельность, направленная на установленіе подлиннаго текста, называется критикою; въ частности, такъ какъ текстъ законовъ обыкновенно заключается въ письменныхъ актахъ, то приходится изслѣдовать: а) въ какихъ письменныхъ актахъ заключенъ законъ, б) дѣйствительно ли всѣ слова, заключенныя въ письменныхъ актахъ, исходятъ отъ законодателя, или, можетъ быть, они потеряли извѣстныя добавленія, уменьшенія, измѣненія. Для успѣха критики надо стараться собрать по возможности всѣ письменные акты, въ которыхъ передается данный законъ, опредѣлить время ихъ происхожденія и степень подлинности, сравнить ихъ тексты другъ съ другомъ и, наконецъ, избрать одинъ изъ этихъ текстовъ (избирательная критика), или въ случаѣ, если тексты оказываются безсмысленными или невѣроятными, установить новый текстъ путемъ предположеній (исправленіе текста предположительною, конъектуральною критикою); *къ предположительной критикѣ всегда слѣдуетъ прибѣгать съ большою осмотрительностью и сдержанностью.*—Задача критики по отношенію къ законамъ новаго времени сводится къ ничтожнымъ размѣрамъ, потому что теперь мы получаемъ обыкновенно законы въ аутентической формѣ (собраніяхъ узаконеній); не то слѣдуетъ сказать о законахъ прежняго времени и въ частности о компиляціи Юстиніана; до насъ не дошелъ ни одинъ подлинный текстъ этого

памятника; уже во времена глоссаторовъ обнаруживается стремление возстановить его текстъ по различнымъ рукописямъ (текстъ дигестъ, установленный глоссаторами, называется *littera communis*, *littera Bononiensis*, *lectio vulgata*); позднѣйшіе юристы (особенно въ новѣйшее время Моммзенъ и Крюгеръ, ср. § 2 sub I) продолжали трудъ глоссаторовъ, но окончательнаго результата не достигли, да и едва ли таковой можетъ быть когда нибудь достигнуто.

II. Само толкованіе есть свободная умственная дѣятельность: судьи, который долженъ постановить рѣшеніе, адвоката, который произносить рѣчь въ судѣ, ученаго, который желаетъ способствовать развитію науки права, и даже частнаго лица, которое хочетъ устроить свои жизненные отношенія сообразно съ законами. Иногда для свободной умственной дѣятельности нѣтъ мѣста; это бываетъ въ томъ случаѣ, если смыслъ закона устанавливается нормою права; дѣло въ томъ, что а) самъ законодатель можетъ въ позднѣйшемъ законѣ (т. н. *declaratoria*) опредѣлить смыслъ прежняго закона, т. н. аутентическое толкованіе <sup>1</sup>; это дѣлается обыкновенно въ тѣхъ случаяхъ, если плохая редакція даннаго закона возбуждаетъ между юристами много спорныхъ вопросовъ; б) кромѣ того судебная практика можетъ придать закону извѣстный смыслъ (т. н. *узואльное толкованіе* <sup>2</sup>). Какъ аутентическое, такъ и узואльное толкованіе (вмѣстѣ называемыя легальнымъ толкованіемъ) представляютъ собственно не толкованіе, а нормы права. Отсюда вытекаетъ, что имъ слѣдуетъ всегда подчиняться, хотя бы установленный ими смыслъ закона и не былъ правильнымъ.

Толкованіемъ въ собственномъ смыслѣ является только такое, которое основывается на свободной умственной дѣятельности (т. н. доктринальное толкованіе); къ нему относятся слѣдующія правила:

1. *Цель* толкованія состоитъ въ уясненіи принципа, *ratio* (слѣдовательно, и истиннаго и полнаго содержанія) закона и въ развитіи дѣйствительной воли законодателя во всѣхъ ея слѣдствіяхъ. Это равно относится и къ ясному <sup>3</sup>, и къ неясному закону, будетъ ли онъ хорошо выраженъ или его редакція

<sup>1</sup> I. 12. § 1. C. de leg. 1, 14.—<sup>2</sup> I. 37. 1. 38. D. de leg. 1, 3.—<sup>3</sup> I. 1. § 11. D. de insp. ventre 25, 4.

страдаетъ недостатками; ибо принципъ и полное содержаніе даже яснаго и хорошо выраженнаго закона могутъ быть уяснены лишь дѣятельностью мысли. Толкуя законъ, слѣдуетъ принимать во вниманіе, что: а) если законъ запрещаетъ дѣль, то тѣмъ самымъ запрещаются и средства <sup>4</sup>; б) кому законъ предоставляетъ извѣстное право, тому также принадлежитъ притязаніе на средства для осуществленія этого права <sup>5</sup>; в) если законъ устанавливаетъ правило лишь до извѣстныхъ предѣловъ, то за этими предѣлами дѣйствуетъ противоположное правило (*argumentum a contrario* <sup>6</sup>); д) *in majore minus* <sup>7</sup>.—Въ случаѣ темноты и неправильности редакціи закона толкованіе становится затруднительнѣе. Причиною темноты закона по большей части является употребленіе многозначныхъ словъ или возможность различныхъ конструкцій: задачею толкованія является здѣсь отысканіе дѣйствительнаго значенія слова или правильной конструкціи (т. н. *interpretatio declarativa*). Неправильность редакціи состоитъ въ томъ, что по недосмотру употреблены слова, которыя не передаютъ дѣйствительной воли законодателя, а содержатъ либо больше, либо меньше того, что хотѣлъ выразить законодатель: задачею толкованія является исправленіе словъ закона путемъ ограничительнаго <sup>8</sup> или распространительнаго толкованія <sup>9</sup> (т. н. *interpretatio restrictiva* и *extensiva*).

2. *Средствами* толкованія служатъ: 1) слова закона <sup>10</sup> (т. н. грамматическое толкованіе), 2) элементы, изъ которыхъ произошла воля законодателя <sup>11</sup> (т. н. логическое толкованіе); такими элементами являются: свойства тѣхъ жизненныхъ отношеній, къ которымъ относится законъ, и ихъ потребности въ законодательномъ отношеніи, а слѣд., внутренняя сообразность того или иного толкованія <sup>12</sup> (поэтому толкованіе подчасъ

<sup>4</sup> l. 16. D. de spons. 23, 1.—<sup>5</sup> l. 2. D. de iurisd. 2, 1; cf. l. 3. § 3. D. de s. p. r. 8, 3; l. 11. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>6</sup> l. 22. D. de leg. 1, 3; l. 1. pr. D. de off. eius cui mand. 1, 21; l. 18. D. de test. 22, 5.—<sup>7</sup> l. 1. § 4. D. de superf. 43, 18; l. 20. §§ 5. 6. D. qui test. tac. 28, 1; l. 21. l. 110. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>8</sup> Напр., l. 3. pr. D. de tut. 26, 1; l. 11. D. de in i. voc. 2, 4; l. 8. § 6. D. de transact. 2, 15; l. 11. §§ 1—3. D. de his qui not. inf. 3, 2; l. 2. § 1. D. de cust. et exh. 48, 3.—<sup>9</sup> Напр., l. 13. § 2. D. de exc. 27, 1; l. 27. § 13. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 3. D. de l. Pomp. 48, 9.—<sup>10</sup> l. 25. § 1. D. de leg. 3 (32).—<sup>11</sup> l. 17. D. h. t. 1, 3; l. 6. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 19. D. ad exh. 10, 4.—<sup>12</sup> l. 19. D. h. t. 1, 3; l. 67. D. de r. i. 10, 17.

представляетъ втолковываніе); поводъ закона (*occasio legis*)<sup>13</sup>; связь какъ отдѣльныхъ частей закона между собою, такъ и цѣлаго закона съ другими, какъ отмѣненными (въ особенности съ тѣми, которые должны быть исправлены этимъ новымъ закономъ), такъ и дѣйствующими<sup>14</sup>; характеръ законодателя и его времени, а равно и другія мысли, выраженные законодателемъ по предмету даннаго закона; наконецъ, цѣль, къ которой стремится законодатель, издавая законъ. Эта цѣль (*ratio legis*) имѣетъ особенно важное значеніе, такъ что законодатель часто упоминаетъ о ней (какъ и о поводѣ закона) въ самомъ же законѣ<sup>14a</sup>; въ такомъ случаѣ слова закона дѣлятся на *verba dispositiva s. decisiva* (собственно законъ) и на *verba enunciativa s. relativa* (побочныя сообщенія). — Впрочемъ, грамматическое и логическое толкованіе служатъ одной и той же цѣли: изъясненія и развитія смысла закона; грамматическое толкованіе вовсе не противоположно логическому; нельзя, напр., утверждать, что грамматическому толкованію принадлежитъ главное значеніе, а логическому — лишь вспомогательное, такъ что къ послѣднему слѣдуетъ обращаться только въ тѣхъ случаяхъ, если грамматическое толкованіе не дало опредѣленнаго результата. Напротивъ, оба способа толкованія находятся между собою въ тѣснѣйшей связи; если же они не приводятъ къ одному и тому же выводу, то предпочтеніе должно оказывать логическому толкованію, которое есть критерій для грамматическаго<sup>15</sup>: *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*<sup>15a</sup>.

3. Для толкованія Юстиніанова свода вслѣдствіе его своеобразнаго состава (онъ составленъ главнымъ образомъ изъ отрывковъ сочиненій юристовъ и судебныхъ рѣшеній императоровъ) необходимо принять во вниманіе еще слѣд. обстоятельства:

а. Нѣкоторыя отдѣльныя слова въ Дигестахъ и Кодексѣ исходятъ не отъ авторовъ фрагмента, а отъ компиляторовъ, которые измѣнили первоначальный текстъ (напр., *traditio* вмѣсто *mancipatio*, *hypotheca* вм. *fiducia*); такія слова называются *emblemata Triboniani*, интерполяціями. Право совершать такія

<sup>13</sup> 1. 1. pr. D. ad. scf. Mac. 14, 6. — <sup>14</sup> 1. 24. 1. 26 — 28. D. h. t. 1, 3. —

<sup>14a</sup>. Ср., наприм., 1. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61. — <sup>15</sup> 1. 13. § 2. D. de exc. 27, 1. — <sup>15a</sup> 1. 17. D. de leg. 1, 3.

измѣненія далъ компиляторамъ Юстиніанъ съ тою цѣлью, чтобы изреченія болѣе древняго права сдѣлать пригодными для вставленія въ компиляцію <sup>16</sup>.

в. Нѣкоторыя слова и положенія получаютъ въ Дигестахъ и Кодексѣ иное значеніе, нежели то, которое имъ придавали ихъ авторы: напр., говоря: *cessio servitutis*, классическіе юристы разумѣли *in iure cessio*, Юстиніанъ — неформальное установленіе сервитута <sup>17</sup>; нѣкоторыя изреченія, которыя первоначально касались вещнаго права, прибрѣтеннаго неформальнымъ способомъ, въ сводѣ Юстиніана относятся къ добросовѣстному владѣнію этимъ правомъ <sup>18</sup>. Въ такихъ случаяхъ говорятъ о *duplex interpretatio*.

с. Для мѣстъ Институцій, Дигестъ и Кодекса имѣетъ также значеніе и титуль, въ который они вставлены: по титулу можно иногда узнать смыслъ сомнительнаго мѣста; но не слѣдуетъ забывать, что нѣкоторыя мѣста по недосмотру вставлены въ неподходящій титуль (*leges fugitivae*) <sup>19</sup>.

д. Для мѣстъ въ Дигестахъ имѣетъ значеніе и заглавіе, т.-е. надпись, которую авторъ помѣстилъ при фрагментѣ, а равно и книга, изъ которой они взяты: по книгѣ и по точкѣ зрѣнія автора можно иногда заключать о смыслѣ даннаго мѣста; ср. примѣръ въ § 74.

е. Очень много мѣстъ въ Кодексѣ суть императорскіе рескрипты, или примѣненія нормъ права къ конкретнымъ случаямъ (ср. § 15). Рескрипты часто растянуты и содержатъ въ себѣ неважныя побочныя обстоятельства, а часто, напротивъ, уже слишкомъ урѣзаны компиляторами; поэтому *argumentum a contrario* можно къ нимъ примѣнять лишь съ большою осмотрительностью, часто даже лучше будетъ держаться принципа: *unius positio non est alterius exclusio*.

Классическіе юристы подъ *interpretatio* разумѣли не только толкованіе, но и дальнѣйшее развитіе права путемъ аналогіи <sup>20</sup>; мало того, они часто даже исправляли содержаніе закона по

<sup>16</sup> 1. 1. § 7. 1. 2. § 10. C. de vet. i. enucl. 1, 17; const. haec quae nec. § 2; const. summa § 3; const. cordi § 3. — <sup>17</sup> 1. 20. § 1. 1. 39. D. de s. p. u. 8, 2; 1. 3. § 3. 1. 10. 1. 11. 1. 14. D. de s. p. r. 8, 3; 1. 15. 1. 18. D. comm. pr. 8, 4. — <sup>18</sup> 1. 11. § 1. D. de Publ. 6, 2; 1. 5. pr. 1. 18. § 15. D. damn. inf. 39, 2. — <sup>19</sup> cf. 1. 6. D. de transact. 2, 15; 1. 1. § 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3. — <sup>20</sup> 1. 2. §§ 5. 12. D. de or. iur. 1, 2; 1. 11. 1. 13. D. de leg. 1, 3.

началамъ общей справедливости, и такимъ образомъ выступали (очевидно опираясь на *jus respondendi*, которое принадлежало почти каждому изъ нихъ) даже въ роли законодателя<sup>21</sup>; эта функція послѣ паденія классической юриспруденціи была объявлена закономъ Константина<sup>22</sup> исключительнымъ правомъ императора; Юстиніанъ<sup>23</sup> постановилъ то же относительно толкованія неясныхъ законовъ, запретивъ кромѣ того писать комментаріи и приказавъ судьямъ обращаться въ сомнительныхъ случаяхъ за разрѣшеніемъ къ императору. Законъ Юстиніана уже теперь не дѣйствуетъ, потому что германское государственное право запрещаетъ судѣ обращаться за разрѣшеніемъ сомнительныхъ юридическихъ вопросовъ къ государственной власти.

### С. § 7. Практика и научное право.

*Puchta, Beseler, Meier, Brinckmann* въ соч., привед. къ § 4.—*Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, стр. 81 и слѣд. 1883.—*Savigny*, §§ 4. 19. 26 и слѣд.—*Vangerow*, §§ 18. 25.—*Windscheid*, §§ 23. 24.—*Brinz*, §§ 19. 32.—*Regelsberger*, §§ 38. 25.

Классъ юристовъ вліяетъ на состояніе права въ трехъ отношеніяхъ.

1. Первая задача юриста—изъ отдѣльныхъ нормъ права вывести общій принципъ, на которомъ онѣ основаны (*ratio iuris*), и, обратно, изъ этого принципа путемъ умозаключеній вывести положенія права, которыя становятся рядомъ съ уже существующими (ср. § 6).

2. Вторая задача юристовъ—пополнять въ духѣ дѣйствующаго права существующіе въ системѣ права пробѣлы, т.-е. распространять на непредусмотрѣнные правомъ случаи тѣ нормы, которыя дѣйствуютъ для случаевъ сходных<sup>1</sup>; отсюда юридическая поговорка новыхъ юристовъ: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. *Отношеніе найденной такимъ путемъ нормы къ существующему праву называется аналогією: аналогією права, если появляется новый, до сихъ поръ неизвѣстный, институтъ, аналогією закона, если въ известномъ уже*

<sup>21</sup> Напр., l. 40. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 2. § 4. D. ad set. Vell. 16, 1; l. 1. pr. l. 4. D. si quadr. 9, 1; l. 20. D. de re iud. 42, 1; l. 2. § 5. D. de ag. pluv. 39, 3.—<sup>22</sup> l. 1. C. de leg. 1, 14.—<sup>23</sup> l. 12. § 1. C. de leg. 1, 14; l. 2. § 21. C. de vet. i. enucl. 1, 17.

<sup>1</sup> l. 10—13. l. 27. l. 32. pr. D. de leg. 1, 3.

*институтъ возникаетъ какое либо новое юридическое положеніе.* Юстиніанъ постановилъ, что въ случаѣ пробѣловъ въ правѣ, судья долженъ обращаться за разрѣшеніемъ дѣла къ императору<sup>2</sup>; это постановленіе теперь не имѣетъ силы, такъ какъ подобное рѣшеніе было бы кабинетною юстиціею, которая запрещена германскимъ госуд. правомъ.—Для исключительныхъ нормъ (*ius singulare*) аналогія не допускается (§ 13 sub II).

Дѣятельность, обозначенная sub 1. и 2., составляетъ задачу какъ юристовъ-теоретиковъ, такъ и практиковъ; и тѣ, и другіе должны рѣшать эту задачу путемъ точныхъ умозаключеній; поэтому найденнымъ такимъ путемъ нормамъ многіе даютъ наименованіе «научнаго права»; и это тѣмъ болѣе заслуженное имя, что означеннымъ нормамъ не придается иного значенія, нежели то, которое имъ принадлежитъ по внутренней ихъ основательности, по научному содержанію ихъ аргументаціи. Самыя важныя проявленія научнаго права—*praeiudicia* и *communis doctorum opinio*.

а. Подъ преюдиціей разумѣютъ въ данномъ случаѣ (это слово имѣетъ и другое значеніе, ср. § 80) мотивированное научно-правовыми основаніями судебное рѣшеніе прежняго случая, тождественнаго или сходнаго съ тѣмъ случаемъ, который представленъ на рѣшеніе судьи теперь. Судья не обязанъ соображаться съ преюдиціею и не долженъ слѣпо ей подчиняться даже въ томъ случаѣ, если она уже много разъ повторялась въ прежнихъ процессахъ<sup>3</sup> (ибо сила преюдиціи основана единственно на внутренней основательности); но, съ другой стороны, осторожный судья въ затруднительномъ случаѣ едва ли оставитъ безъ вниманія существующія преюдиціи.

б. Подъ *communis doctorum opinio* разумѣютъ мнѣнія, общепринятыя въ сферѣ ученыхъ юристовъ; и послѣднія судья обязанъ отвергнуть, если убѣжденъ въ ихъ несостоятельности.

Въ прежнее время какъ преюдиціямъ, такъ и общему мнѣнію юристовъ приписывали въ большихъ или меньшихъ размѣрахъ обязательную силу, т. е. значеніе источниковъ права. Это мнѣніе теперь всѣми отвергнуто; въ настоящее время за ними признаютъ лишь большой авторитетъ.

3. *Практика.* *Практикою называется право, установлен-*

<sup>2</sup> 1. 2. § 18. C. de vet. iure enucl. 1, 17.—<sup>3</sup> 1. 13. C. de sent. et. int. 7, 45

ное въ судебныхъ рѣшеніяхъ. Имѣя постоянно дѣло съ правомъ, юристъ обладаетъ особеннымъ развитіемъ правосознанія; вслѣдствіе этого у юриста формируются часто новыя убѣжденія какъ о содержаніи дѣйствующаго закона («узואальное толкованіе»<sup>4</sup>, ср. § 6), такъ и о цѣлесообразности новой нормы. Отправляя правосудіе, судья можетъ добиться признанія для такихъ убѣжденій; то же подчасъ удается адвокатамъ, къ которымъ обращаются за совѣтомъ въ вопросахъ права, шеффенамъ и т. п. Это бываетъ въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, если дѣятельность законодательства приостанавливается вообще или въ извѣстномъ отдѣлѣ права, такъ что законы отстаютъ отъ потребностей жизни и современныхъ воззрѣній. И вотъ, если признаніе извѣстной нормы путемъ судебныхъ рѣшеній сдѣлалось постояннымъ и непрерывнымъ, то возникаетъ т. н. право юристовъ (практика, судебный обычай, *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*, такъ наз. *usus fori*); праву юристовъ принадлежитъ та же сила, что и обычному праву народа<sup>5</sup>; мало-по-малу оно и становится обычнымъ правомъ народа, потому что каждый человѣкъ, вступая въ отношеніе, нормированное практикою, въ своемъ же интересѣ будетъ считаться съ послѣднею; но пока этого не произошло, за правомъ юристовъ нельзя еще признать (какъ многіе хотятъ) значенія обычнаго права (юристовъ), ибо обычное право народа возникаетъ путемъ *соблюденія* нормы права въ гражданскомъ оборотѣ, право же юристовъ—путемъ *установленія* нормы въ судебныхъ рѣшеніяхъ; обычное право народа образуется *незамѣтно* и *безсознательно*, право же юристовъ путемъ *прямого* и *сознательнаго* установленія въ рѣшеніяхъ. Уже въ римскомъ правѣ мы находимъ одинъ институтъ (*portio legitima*), который ведетъ свое происхожденіе единственно отъ практики суда центумвировъ (§ 415); такихъ нормъ образовалось бы и болѣе, если бы римляне имѣли нѣсколько *постоянныхъ* судовъ. Въ Германіи, гдѣ съ давнихъ поръ существуютъ постоянные суды и гдѣ дѣятельность законодательства до 18-го столѣтія была весьма незначительна, практика судовъ (не отдѣльныхъ судовъ, а ихъ совокупности) служила живымъ источникомъ правовыхъ нормъ; рецепція римскаго права въ Германіи тоже была про-

<sup>4</sup> 1. 23. 1. 37. 1. 38. D. de leg. 1, 3.—<sup>5</sup> 1. 38. D. de leg. 1, 3.

ведена главнымъ образомъ практикою судовъ (§ 1). — Ученые спорятъ, на какомъ основаніи практикѣ принадлежитъ значеніе источника права; одни объясняютъ это явленіе тѣмъ, что классъ юристовъ является представителемъ народа, а его правовыя убѣжденія представляютъ убѣжденія народа (такъ какъ юристы происходятъ изъ народа и находятся съ нимъ въ постоянной связи); другіе указываютъ на то, что въ тѣхъ областяхъ, гдѣ народъ не допускается къ самостоятельному участию въ управленіи правосудія (черезъ присяжныхъ, шеффеновъ), тамъ юристы обладаютъ рѣшающею властью, пользуясь которою, они приводятъ въ дѣйствіе свои мнѣнія, независимо отъ согласія послѣднихъ съ мнѣніями и воззрѣніями народа. Первое мнѣніе противорѣчитъ признаннымъ фактамъ, въ особенности проведенной юристами рецепціи римскаго права въ Германіи; послѣднее мнѣніе слѣдуетъ признать правильнымъ: фактическая власть юристовъ побуждаетъ на практикѣ, хотя бы она и противорѣчила народнымъ воззрѣніямъ; поэтому приверженцы этого мнѣнія называютъ практику «правомъ юристовъ», другіе же подъ правомъ юристовъ разумѣютъ вообще всѣ продукты ихъ дѣятельности, въ томъ числѣ и научное право. — Новыя законодательства не признаютъ за практикою значенія источника права; и въ самомъ дѣлѣ, въ настоящее время законодательная дѣятельность, находясь въ постоянномъ движеніи, проникаетъ повсюду, гдѣ обнаруживается потребность; при такомъ положеніи дѣла установленіе *новыхъ* нормъ права въ судебныхъ рѣшеніяхъ было бы только нарушеніемъ *дѣйствующихъ* законовъ тѣми, кто призванъ быть ихъ блюстителями.

## II. § 8. Пробѣлы и противорѣчія въ правѣ.

*Savigny*, §§ 42—46. — *Windscheid*, §§ 23. 26.

1. Пробѣлы въ правѣ слѣдуетъ пополнять аналогичнымъ примѣненіемъ наличныхъ нормъ, установленныхъ для сходныхъ случаевъ и отношеній (§ 7).

2. Противорѣчія въ правѣ слѣдуетъ рѣшать по началу, по которому одна противорѣчащая норма отмѣняетъ другую, такъ что надо поступать такъ, какъ если бы вовсе не существовало ни той, ни другой<sup>1</sup>. Но нельзя забывать и того, что

<sup>1</sup> cf. Gai. 1, 7; § 8. I. de iure nat. 1, 2.

утвержденіе наличности противорѣчія, являясь тяжелымъ упрямкомъ противъ автора правоположеній, можетъ быть оправдано лишь въ томъ случаѣ, если исчерпаны всѣ средства выясненія<sup>2</sup>; поэтому, прежде всего надо разсмотрѣть, можетъ быть одна норма точнѣе опредѣляетъ другую, ограничиваетъ, прибавляетъ къ ней исключеніе (систематическое согласованіе противорѣчивыхъ нормъ)<sup>3</sup>; далѣе надо изслѣдовать, не содержится ли въ одной нормѣ просто историческій матеріалъ, а лишь въ другой заключено дѣйствующее право (историческое примиреніе противорѣчивыхъ нормъ)<sup>4</sup>.—Что касается свода Юстиніана, то слѣдуетъ помнить, что Новеллы были изданы послѣ Институцій, Дигестъ и Кодекса, слѣдовательно, имъ принадлежитъ преимущество предъ послѣдними; нѣкоторые юристы хотѣли было и Кодексу, какъ позднѣйшему по времени (§ 2 sub I), придать такую же силу по отношенію къ Институціямъ и Дигестамъ; но господствующее мнѣніе съ полнымъ основаніемъ приписываетъ одинаковую силу всѣмъ тремъ частямъ кодификаціи; намѣреніемъ Юстиніана было издать одинъ большой сводъ законовъ, а если моментъ публикаціи былъ не одинъ и тотъ же для всѣхъ частей, то это дѣло чисто случайное<sup>5</sup>.

### III. Дѣйствіе нормъ права по отношенію ко времени и къ лицамъ.

#### A. § 9. По отношенію ко времени.

v. *Scheurl*, Beiträge. Bd. 1. Nr. 6. 1853.—*Lassalle*, das System der erworbenen Rechte. Bd. 1. 1861.—*R. Schmidt*, die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. Стр. 101—148. 1863.—*Savigny*, § 383 и сл.—*Vangerow*, § 26.—*Windscheid*, §§ 31—33.—*Brinz*, §§ 21. 23.—*Regelsberger*, §§ 47. 48.

I. Дѣйствіе нормы начинается по общему правилу съ момента ея возникновенія<sup>1</sup>; но для основательнаго ознакомленія съ новымъ закономъ въ немъ самомъ часто опредѣляется,

<sup>2</sup> 1. 2. § 15. C. de vet. i. enucl. 1, 17.—<sup>3</sup> ср., напр., съ одной стороны 1. 3. 1. 4. § 2. D. pro suo 41, 10; съ другой стороны 1. 27. D. de usurp. 41, 3; § 11. I. de usuc. 2, 6; наконецъ, 1. 11. D. pro emt. 41, 4; 1. 4. D. pro leg. 41, 8; 1. 5. § 1. D. pro suo 41, 10.<sup>4</sup> Ср., напр., 1. 34. pr. D. mand. 17, 1 съ одной стороны и 1. 15. D. de r. c. 12, 1 съ другой стороны; cf. const. imperatoriam majestatem § 5.—<sup>5</sup> 1. 2. §§ 12. 23. 1. 3. § 15. C. de vet. iure enucl. 1, 17.

<sup>1</sup> Nov. 66. c. 1. pr.

что началомъ дѣйствія будетъ опредѣленный позднѣйшій моментъ времени<sup>2</sup>.—Нормамъ права не принадлежитъ по общему правилу обратное дѣйствіе<sup>3</sup>; но часто самъ законодатель присваиваетъ закону обратную силу<sup>4</sup>; послѣдняя молчаливо приписывается аутентическому толкованію<sup>5</sup> (*declaratoria*, § 6); но это не относится ко всѣмъ тѣмъ случаямъ, которые уже рѣшены судебнымъ рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу, или мировою сдѣлкой<sup>6</sup>, а равно и къ тѣмъ случаямъ, которые ждутъ рѣшенія въ апелляціонной инстанціи<sup>7</sup>, такъ какъ задача высшей инстанціи—провѣрить, соотвѣтствовало ли рѣшеніе низшей инстанціи тому праву, которое дѣйствовало во время объявленія рѣшенія.

II. Нормы права дѣйствуютъ по общему правилу до тѣхъ поръ, пока ихъ не отмѣнитъ новая норма: *ius posterius derogat priori*<sup>8</sup>. вмѣстѣ съ самою нормою отмѣняются и всѣ положенія, вытекающія изъ нея; исключенія изъ нормы признаются отмѣненными лишь въ томъ случаѣ, если на то была направлена воля создателя новой нормы<sup>9</sup>. Позднѣйшая общая норма отмѣняетъ прежнюю партикулярную только въ томъ случаѣ, если была таковая воля<sup>10</sup>. Временные законы (*leges transitoriae*), т. е. такіе законы, о которыхъ прямо выражено, что они издаются лишь на извѣстное время или для извѣстныхъ обстоятельствъ, лишаются силы послѣ истеченія установленнаго времени или перемѣны обстоятельствъ: прежніе юристы требовали примѣненія этого принципа и къ законамъ непереходнымъ въ томъ случаѣ, если перестаетъ существовать ихъ цѣль: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*; но это мнѣніе теперь отвергнуто всѣми.

### В. § 10. По отношенію къ лицамъ.

*Wächter*, der entschuldbare Rechtsirrtum. 1871.—*Savigny*, Beilage 8. Nr. 8. 30—33.—*Vangerow*, § 83 пр. 1.—*Windscheid*, § 79.—*Brinz*, § 319.—*Bekker*, § 84.—*Regelsberger*, § 123.

Нормы права примѣняются по общему правилу одинаково ко всѣмъ лицамъ или къ извѣстному классу лицъ (§ 13);

<sup>2</sup> Nov. 58; Nov. 66. c. 1. pr.; Nov. 116. c. 1.—<sup>3</sup> l. 7. C. de leg. 1, 14; l. 65. i. f. C. de dec. 10, 31; c. 13. X. de constit. 1, 2.—<sup>4</sup> l. 21. C. ad set. Vell. 4, 29; l. 3. C. de pact. pign. 8, 34; l. 27. C. de fide instr. 4, 21.—<sup>5</sup> Nov. 19. pr. c. 1; Nov. 143 кон.—<sup>6</sup> l. 21. C. ad set. Vell. 4, 29; l. 15. § 5. C. de leg. her. 6, 58; l. un. in f. C. de contr. iud. 1, 53; l. 17. C. de fid. instr. 4, 21.—<sup>7</sup> Nov. 115. c. 1.  
<sup>8</sup> l. 4. de const. princ. 1, 4; l. 80. D. de r. i. 50, 17.—<sup>9</sup> l. 41. D. de poen. 48, 19.—<sup>10</sup> l. 3. § 5. de sep. viol. 47, 12; c. 1. in. VI. de const. 1, 2.

поэтому непринятіе во вниманіе нормъ, происшедшее намѣренно или по заблужденію, всегда влечетъ за собою невыгоды<sup>1</sup>.

I. Намѣренное несоблюденіе нормъ права было, повидимому, дозволено римскому императору: въ источникахъ часто повторяется положеніе: *princeps legibus solutus est*; но вѣрнѣе смотрѣть на это изреченіе лишь какъ на теоретическое положеніе, касающееся римскаго государственнаго права, такъ какъ рядомъ сообщается, что императоръ добровольно подчиняется законамъ<sup>2</sup>; во всякомъ случаѣ теперь этотъ вопросъ рѣшается по началамъ германскаго государственнаго права.

II. Что заблужденіе относительно нормъ права<sup>3</sup> влечетъ за собою невыгоды, это обыкновенно выражаютъ слѣд. образомъ: заблужденіе въ правѣ (*error s. ignorantia iuris*) есть заблужденіе неизвинительное (*error iuris nocet*). Но (въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ считается извинительнымъ заблужденіе въ фактѣ, § 51) прощается и заблужденіе въ правѣ:

1. Тому лицу, которое и само по уважительнымъ причинамъ не могло знать какой либо нормы, и не могло обратиться за справками къ свѣдущему человѣку<sup>4</sup>; это можетъ произойти лишь въ исключительныхъ случаяхъ, напр., по отношенію къ партикулярному обычному праву, къ иностранному праву, по отношенію къ спорнымъ положеніямъ права.

2. Нѣкоторымъ лицамъ, вслѣдствіе ихъ неопытности или привилегированнаго положенія: минорамъ, женщинамъ, необразованнымъ людямъ (*rustici*), солдатамъ. Но не ко всѣмъ этимъ лицамъ означенное начало примѣняется въ равной мѣрѣ. Самое обширное примѣненіе оно находитъ по отношенію къ *minores*, которымъ заблужденіе въ правѣ прощается какъ для избѣжанія положительнаго вреда, такъ и для приобрѣтенія прибыли<sup>5</sup> (*de damno vitando et de lucro captando*); затѣмъ, по отношенію къ женщинамъ, которымъ заблужденіе въ правѣ прощается только для предотвращенія положительнаго вреда<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> 1. 12. C. de iur. ign. 1, 10; 1. 9. C. de leg. 1, 14; 1. 48. pr. D. de fid. 46, 1.—<sup>2</sup> 1. 31. D. de leg. 1, 3; 1. 23. D. de leg. 3 (32); 1. 3. C. de test. 6, 22; 1. 4. C. de leg. 1, 14; § 8. i f. I. q. m. test. inf. 2, 17; cf. 1. 26. C. de don. i. v. et u. 5, 16.—<sup>3</sup> t. D. 22, 6; t. C. 1, 18; de iuris et facti ignorantia.  
<sup>4</sup> 1. 9. § 3. D. h. t. 22, 6; 1. 10. D. de b. p. 37, 1; 1. 2. § 5. D. quis ordo 38, 15; c. 1. in VI. de const. 1, 2.—<sup>5</sup> 1. 9. pr. D. h. t. 22, 6; 1. 11. C. h. t. 1, 18.  
<sup>6</sup> 1. 8. 1. 9. pr. D. h. t. 22, 6; 1. 3. 1. 11. 1. 13. C. h. t. 1, 18.

и то не безъ исключеній (тридцатилѣтняя исковая давность<sup>7</sup>); наконецъ, по отношенію къ необразованнымъ<sup>8</sup> и солдатамъ<sup>9</sup>— только въ немногихъ случаяхъ, о которыхъ мы упомянемъ въ соответственныхъ институтахъ.

Въ двухъ фрагментахъ<sup>10</sup> Папиніана выставлено общее положеніе, что заблужденіе въ правѣ прощается *каждому*, если только дѣло идетъ о предотвращеніи положительнаго вреда, и не прощается, если дѣло идетъ о приобрѣтеніи прибыли. Эти фрагменты находятся съ вышеизложенными правилами въ явномъ противорѣчій, примирить котораго еще не удалось, несмотря на множество усилій.

#### IV. Дѣленія нормъ права.

##### A. § 11. По ихъ формѣ.

(*Ius scriptum — non scriptum*).

*Vangerow*, § 12.

По формѣ нормы права дѣлятся на *ius scriptum* и *non scriptum*, писанное право и неписанное<sup>1</sup>. Законы обыкновенно представляютъ писанное право; поэтому многіе отождествляютъ законы съ писаннымъ правомъ, обычное право съ неписаннымъ; это невѣрно, потому что и обычное право часто записывается. Писанное право обладаетъ важнымъ преимуществомъ—достоверностью и определенностью, неписанное способствуетъ произволу и ошибкамъ судьи; отсюда понятно, почему народы (какъ это показываетъ исторія права) всегда проявляютъ большое желаніе имѣть писанное право.

##### B. § 12. По ихъ отношенію къ правоотношеніямъ.

(Такъ наз. *ius cogens—dispositivum*).

*F. Endemann*, über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze. 1887.—  
*Savigny*, § 16.—*Windscheid*, § 30.—*Brinz*, § 20.—*Regelsberger*, § 32.

Нормы права, смотря по ихъ отношенію къ находящимся подъ ихъ господствомъ правоотношеніемъ, дѣлятся на прину-

<sup>1</sup> 1. 3. C. de praescr. XXX ann. 7, 39. — <sup>8</sup> 1. 8. C. qui<sup>2</sup>adm. 6, 9; 1. 1. § 5. D. de ed. 2, 13; 1. 2. § 1. D. si quis in ius 2, 5.—<sup>9</sup> 1. 9. § 1. D. h. t. 22, 6; 1. 1. C. de rest. mil. 2, 51; 1. 22. pr. §§ 15. 16. C. de iure del. 6, 30; 1. 5. C. de his qui sibi adscr. 9, 23. —<sup>10</sup> 1. 7. 1. 8. D. h. t. 22, 6. —  
<sup>1</sup> §§ 3. 9. 10. J. de iure nat. 1, 2; 1. 6. § 1. D. de iust. 1, 1; 1. 36. D. de leg. 1, 3.

дательное право (абсолютное право, т. н. *ius cogens*, причисляемое въ источникахъ къ *ius publicum*) и дополнительное, посредствующее право, уступчивое, т. н. *ius dispositivum*<sup>1</sup>. — Принудительное право примѣняется безусловно, исключая всякій частный произволъ: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>2</sup>; его дѣлать на повелительное и запретительное право (т. н. *ius praescriptivum—prohibitivum*), смотря по тому, формулировано ли оно положительно или же отрицательно (напр., нормы, касающіяся формы сдѣлокъ, необходимо соблюдать<sup>2а</sup> — безнравственные договоры ничтожны<sup>2б</sup>). Дополнительное право оставляетъ большой просторъ усмотрѣнію частныхъ лицъ и примѣняется лишь тогда, когда правоотношеніе не регулировано частной волею (напр., кому договоръ доставляетъ выгоду, тотъ отвѣчаетъ за *culpa levis*, но въ договорѣ можетъ быть постановлена отвѣтственность только за грубую вину; правила наслѣдованія по закону примѣняются лишь въ томъ случаѣ, если нѣтъ завѣщанія). Если при заключеніи сдѣлки не соблюдена принудительная норма, то такая сдѣлка обыкновенно признается ничтожною<sup>3</sup>, а норма въ такомъ случаѣ называется *lex perfecta* (напр., по *lex Falcidia*, отказы признаются ничтожными въ той мѣрѣ, поскольку они превышаютъ три четверти наслѣдства<sup>3а</sup>); иногда, кромѣ ничтожности сдѣлки, имѣетъ еще мѣсто и наказаніе для лица, нарушившаго норму; такая норма называется (у новыхъ юр.) *lex plus quam perfecta* (напр., дареніе между людьми, живущими въ кровосмѣсительной связи, признается ничтожнымъ, а подаренное идетъ въ казну<sup>4</sup>); иногда сдѣлка не лишается силы, но на лицо, нарушившее предписаніе права, налагается наказаніе; такая норма называется *lex minus quam perfecta*<sup>5</sup> (напр., въ случаѣ преждевременнаго вступленія вдовы во вторичный бракъ, послѣдній по р. пр. признается дѣйствительнымъ, но *vinuba* подвергается штрафу § 351). Въ римскомъ правѣ мы встрѣчаемъ и такія нормы, которыя, запрещая что либо, не признаютъ нарушение запрета ничтожнымъ и не облагаютъ его наказаніемъ; онѣ называются *leges imperfectae*<sup>6</sup> (напр., *lex Cincia*, § 69<sup>7</sup>).

<sup>1</sup> 1. 7. D. de leg. 1, 3.—<sup>2</sup> 1. 38. D. de pact. 2, 14.—<sup>2а</sup> 1. 27. D. de r. i. 50, 17.—<sup>2б</sup> 1. 26. l. 27. pr. D. de v. o. 45, 1.—<sup>3</sup> 1. 5. C. de leg. 1, 14; cf. l. 6. C. de pact. 2, 3.—<sup>3а</sup> 1. 73. § 5. D. ad l. Falc. 35, 2.—<sup>4</sup> 1. 2. l. 4. C. de in nupt. 5, 5.—<sup>5</sup> Ulp. fr. § 2.—<sup>6</sup> Ulp. fr. § 1. cf. XXII, 34 eod.—<sup>7</sup> 1. 11. pr. D. de div. 24, 2; l. un. § 1. D. unde vir et uxor 38, 11.

## С. § 13. По ихъ характеру.

(*Ius commune* [нормальное, общее право] и *ius singulare* [исключительное, особенное право]. Справедливость. Привилегія въ обширномъ смыслѣ).

*Regelsberger*, Streifzüge im Gebiet des Civilrechts. S. 3—17. 1892 (das *ius singulare* und die analoge Anwendung).—*Savigny*, §§ 15. 16.—*Vangerow*, § 30.—*Windscheid*, §§ 28. 29.—*Brinz*, § 25.—*Regelsberger*, § 31.

I. *Понятіе*. По характеру нормы права дѣлятся на *ius commune*<sup>1</sup> (нормальное, общее право) и на *ius singulare*<sup>2</sup> (исключительное право). Нормы общаго права, *ius commune*, заключаютъ въ себѣ послѣдовательное примѣненіе господствующихъ основныхъ принциповъ права (*stricta ratio*, *ratio disputandi*, *stricta iuris ratio*<sup>3</sup>); нормы сингулярнаго права представляютъ исключенія по отношенію къ *ius commune*<sup>4</sup>. Основанія установленія такихъ исключеній могутъ быть различныя. Иногда этого требуетъ нравственность (*boni mores*): ибо право, будучи отдѣлено отъ морали, тѣмъ не менѣе не должно покровительствовать безнравственности и поэтому не можетъ, напри- мѣръ, допускать договоровъ и условій съ безнравственнымъ содержаніемъ (§§ 58. 208). Иногда—общественное благо (*publica utilitas*, *bonum publicum*<sup>5</sup>), ибо частныя отношенія должны уступать требованіямъ общаго блага. Иногда—особенныя свойства нѣкоторыхъ лицъ, вещей, отношеній (*minores*, женщины, дotalные земельные участки, проценты), подведеніе которыхъ подъ общее правило явилось бы пренебреженіемъ этихъ особенностей, важныхъ по своему значенію. Нормы, которыя устанавливаются въ виду такихъ особенныхъ обстоятельствъ, образуютъ справедливое право, называемое въ источникахъ *bonum et aequum*<sup>6</sup>, такъ какъ эти правоположенія устанавливаютъ надлежащій порядокъ и внутреннее равенство всѣхъ

<sup>1</sup> 1. 12. D. de min. 4, 4; 1. 7. D. de iniusto 28, 3; 1. 15. D. de vulg. subst. 28, 6; 1. 3. l. 21. D. de test. mil. 29, 1; 1. 37. D. de i. f. 49, 14.—<sup>2</sup> 1. 16. D. de leg. 1, 3; 1. 23. § 3. D. de fid. lib. 40, 5; 1. 23. § 1. l. 44. § 1. D. de a. p. 41, 2; 1. 44. § 3. D. de usurp. 41, 3; 1. 15. D. de r. c. 12, 1.—<sup>3</sup> 1. 43. D. de rel. 11, 7; 1. 51. § 2. i. f. D. ad l. Aq. 9, 2; § 10. l. mand. 3, 26.—<sup>4</sup> 1. 14—16. D. de leg. 1, 3; 1. 141. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>5</sup> 1. 51. § 2. i. f. D. ad l. Aq. 9, 2; 1. 43. D. de rel. 11, 7; 1. 1. D. de usurp. 41, 3.—<sup>6</sup> 1. 5. § 5. D. de his qui eff. 9, 3; 1. 14. § 6. D. de rel. 11, 7; 1. 65. l. 66. D. de c. i. 12, 6; 1. 2. § 8. D. si quis caut. 2, 11.

находящихся подъ господствомъ права лицъ, вещей и отношеній. Итакъ, право и справедливость вовсе не противоположны другъ другу; напротивъ, справедливость есть высочайшая цѣль права, такъ что наука права названа въ источникахъ *ars boni et aequi*<sup>7</sup>; если пренебрежена эта цѣль, то подлежащія нормы права причиняютъ зло: *summum ius summa iniuria*<sup>8</sup>. Чѣмъ древнѣе нормы, тѣмъ болѣе имъ присущи свойства *stricti iuris* (такъ какъ требуется много времени для того, чтобы познать справедливое и сообразовать съ нимъ право); исторія римскаго права представляетъ въ значительной мѣрѣ картину постоянного развитія отъ *ius strictum* къ *ius aequum et bonum*; мало того, въ нѣкоторыхъ институтахъ справедливость постепенно такъ проникла въ нормы права, что даже утерялось сознаніе ихъ первоначальнаго характера, какъ *ius singulare*, и ихъ стали причислять къ *ius commune* (напр., *bonae fidei possessio*, § 155); такимъ образомъ содержаніе *iuris aequi* не есть нѣчто постоянное, но мѣняется вмѣстѣ съ развитіемъ права; тѣмъ не менѣе развитіе права никогда не доведетъ до того, чтобы *ius strictum* совсѣмъ исчезло.

II. *Правила относительно ius singulare.* Сингулярное право не можетъ быть распространяемо (путемъ аналогіи) на сродные случаи<sup>9</sup> (§ 7 sub 2); это—указаніе для судьи, чтобы онъ не расширялъ круга отступленій отъ юридической послѣдовательности, а не для законодателя; поэтому его не придерживались классическіе римскіе юристы, которые, пользуясь *ius respondendi*, осуществляли правомочія законодателя: они увеличили, напр., число случаевъ примѣненія *set. Velleianum*, *benef. competentiae* и т. п.<sup>10</sup>. *Ius singulare* создаетъ иногда извѣстныя преимущества для нѣкоторыхъ классовъ лицъ или для нѣкоторыхъ отношеній; эти преимущества называются *beneficia iuris s. legis, privilegia*, привилегіи въ обширномъ смыслѣ. *Privilegia* раздѣляются на *priv. personae*, если преимущество связано съ личностью привилегированнаго<sup>11</sup> (таковы *privilegium exigendi* опекаемаго, большая часть случаевъ *beneficium com-*

<sup>7</sup> 1. 1. pr. § 1. D. de iust. 1, 1; cf. 1. 90. D. de r. i. 50, 17; 1. 8. C. de iud. 3, 1.—<sup>8</sup> Cic. de off. 1, 10.—<sup>9</sup> 1. 14. D. de leg. 1, 3; 1. 162. D. de r. i. 50, 17; cf. 1. 23. § 3. D. de fid. lib. 40, 5.—<sup>10</sup> 1. 20. D. de re iud. 42, 1; 1. 2. § 5. D. de aq. plu. 39, 3.—<sup>11</sup> 1. 196. D. de r. i. 50, 17.

retentiae)<sup>12</sup>, и на *priv. causae*, если преимущество принадлежит всякому лицу, которое вступаетъ въ данное правоотношеніе, въ томъ числѣ и наслѣднику и поручителю привилегированнаго (таково право сослаться на *act. Macedonianum* или *Velleianum*<sup>13</sup>). Къ привилегіямъ въ обширномъ смыслѣ примѣняются слѣд. правила:

1. Привилегія не навязывается никому противъ его желанія; всякому привилегированному лицу дозволяется избрать *ius commune* или *singulare: beneficium invito non datur*<sup>14</sup>.

2. Привилегированное лицо лишается своего преимущества, если оказывается недостойнымъ его; напримѣръ, если *minor* завѣдомо выдаетъ себя за полнолѣтняго, то лишается права на реституцію.

Есть и такія сингулярныя нормы, которыя невыгодны для лицъ, къ которымъ онѣ относятся (таковы нормы объ еретикахъ, евреяхъ); новые юристы называютъ ихъ *priv. odiosa*, въ противоположность къ *priv. favorabilia*. Но *priv. odiosa* въ дѣйствительности не привилегіи, и изложенныя выше правила къ нимъ не относятся.

#### Д. По области дѣйствія.

##### 1) § 14. По пространственной области дѣйствія.

(Общее и мѣстное, партикулярное право).

*Savigny*, § 22.—*Vangerow*, § 11.—*Brinz*, § 22.—*Baron*, § 4.—*Regelsberger*, § 29.

По пространственной области дѣйствія дѣлятся нормы на общее и партикулярное право, т. н. *ius universale* и *particulare*. Общее право дѣйствуетъ на всей государственной территоріи, партикулярное на части ея (провинціальное, статутное право). Общимъ правомъ въ Германіи до конца прошлаго вѣка служило *Gemeines Recht* (Общее право, § 1 sub I); мѣстными же правами являлись права отдѣльныхъ территорій. Впослѣдствіи во многихъ территоріяхъ была совершена кодификація; тамъ кодифицированное право является общимъ,

<sup>12</sup> l. 42. D. de adm. 26, 7; l. 24. l. 45. D. de re iud. 42, 1; l. 7. pr. D. de exc. 44, 1.—<sup>13</sup> l. 6. D. de in int. rest. 4, 1; l. 13. pr. l. 18. § 5. D. de min. 4, 4; l. 7. pr. D. ad set. Mac. 14, 6; cf. l. 7. § 1. D. de exc. 44, 1.—<sup>14</sup> l. 69. D. r. i. 50, 17; l. 41. D. de min. 4, 4.—<sup>15</sup> l. 3. pr. l. 19. D. ad set. Mac. 14, 6; l. 12. l. 17. § 1. D. ad set. Vell. 16, 1; l. 10. § 1. D. de fid. 46, 1.—<sup>16</sup> l. 11. § 7. l. 12. D. de min. 4, 4.—<sup>17</sup> l. 11. § 6. l. 34. pr. D. de min. 4, 4.

но рядомъ съ нимъ продолжаютъ часто оставаться въ силѣ прежнія провинціальныя и статутныя права.—Существуетъ правило, что мѣстному праву отдается предпочтеніе предъ общимъ; отсюда нѣмецкая юридическая поговорка: *Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeines Recht*; изъ этого правила есть два исключенія: во-первыхъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ общему праву принадлежитъ характеръ принудительнаго права (§ 12), во-вторыхъ, тамъ, гдѣ дѣло идетъ о законахъ новой Германской имперіи (§ 2 кон.).—Съ вышеизложеннымъ дѣленіемъ нормъ нельзя смѣшивать римскаго дѣленія на *ius civile* (*quod quisque populus sibi ipse constituit*) и *ius gentium* (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*<sup>1</sup>). *Ius gentium* является общимъ для всѣхъ народовъ (слѣдовательно, дѣйствуетъ въ различныхъ государствахъ), *ius civile* составляетъ особенное право римскаго народа, право, проникнутое національными воззрѣніями римскаго народа. Различіе *ius civile* и *gentium* теперь не имѣетъ значенія, такъ какъ въ правѣ Юстиніана сохранилось уже очень мало институтовъ національнаго римскаго права (какъ, напр., пріобрѣтеніе по давности, свобода завѣщанія).

## 2) § 15. По предметной области дѣйствія.

(Т. н. *ius generale—speciale*. Привилегія въ тѣсномъ смыслѣ).  
*Vangerow*, §§ 114—116.—*Windscheid*, §§ 135, 136.—*Brinz*, §§ 69—72.—*Bekker*, § 27.—*Regelsberger*, § 30.

По предметной области дѣйствія нормы дѣлятся на *leges generales* и *constitutiones personales* s. *leges speciales*<sup>1</sup>, теперь—*ius generale* и *speciale*. *Ius generale* устанавливаетъ норму права; каковъ характеръ нормы (§ 13), безразлично; и *privilegia* въ широкомъ смыслѣ принадлежатъ тоже къ *ius generale*. *Ius speciale* устанавливаетъ конкретное, индивидуальное юридическое отношеніе; на этомъ основаніи новое государственное право не признаетъ за *ius speciale* свойствъ закона и предоставляетъ изданіе спеціальныхъ положеній (если они не касаются государственнаго имущества) монарху или правительственному

<sup>1</sup> §§ 1. 2. 11. I. de iure nat. 1, 2; 1. 1. § 4. 1. 9. D. de iust. 1, 1.

<sup>2</sup> 1. 1. § 2. D. de const. princ 1, 4; § 6. I. de iure nat. 1, 2; 1. 2. C. de leg. 1, 14; 1. 24. D. de stat. hom. 1, 5; 1. 38. pr. D. qu. ex c. mai. 4, 6; 1. 17. § 5. D. ad mun. 50, 1; 1. 6. C. de inc. 10, 40.—<sup>2</sup> 1. 1. § 31. sqq. D. d. aq. quot. 43, 20.

учрежденію безъ участія народнаго представительства. — Въ императорскій періодъ *constitutiones personales* издавались преимущественно въ дѣлахъ судебныхъ: своимъ постановленіемъ императоръ или разрѣшалъ спорный юридическій случай (*decretum*), или же устанавливалъ по просьбѣ одной изъ сторонъ или судьи тѣ начала, по которымъ должно было рѣшать спорный случай (*rescriptum, epistola*); *constitutiones personales* этого рода (теперь имъ даютъ названіе, заимствованное изъ каноническаго права, *rescripta iustitiae*) въ настоящее время не могутъ быть издаваемы вслѣдствіе измѣненія госуд. устройства. Существуютъ еще *constitutiones personales* иного рода, которыя сохранили практическое значеніе; онѣ получили заимствованное изъ каноническаго права названіе—*rescripta gratiae*; еще чаще ихъ называютъ привилегіями въ тѣсномъ смыслѣ; этихъ привилегій не слѣдуетъ смѣшивать съ тѣми привилегіями въ обширномъ смыслѣ, о которыхъ мы говорили выше (§ 13): послѣднія устанавливаютъ норму права, первыя же даютъ опредѣленное право въ субъективномъ смыслѣ. Права, предоставляемые привилегіями въ тѣсномъ смыслѣ, могутъ принадлежать къ различнымъ областямъ права: болѣе ранняя дѣеспособность (*venia aetatis*, § 21), право собственности (напр., награжденіе заслуженнаго государственнаго дѣятеля), оказаніе снисхожденія должнику (*moratorium*, § 228), предоставленіе семейственнаго права (путемъ *agrogatio, legitimatio*, §§ 362, 364) и т. д. Предоставленное право можетъ быть связано съ личностью привилегированнаго различнымъ образомъ; смотря по связи, привилегіи въ тѣсномъ смыслѣ раздѣляются на *priv. personae, rei, causae*. *Priv. personae* дается непосредственно лицу — пожизненно или съ правомъ передать по наслѣдству, или съ правомъ передать между живыми <sup>3</sup>. *Priv. rei* связывается съ опредѣленною вещью (напр., освобожденіе имѣнія отъ податей <sup>4</sup>) и переходит на другихъ лицъ вмѣстѣ съ правомъ собственности. *Priv. causae* связывается съ опредѣленнымъ правоотношеніемъ и, слѣдовательно, принадлежитъ каждому лицу, которое вступаетъ въ правоотношеніе (напр., привилегія акціонеровъ государственнаго банка). — Къ привилегіямъ въ тѣсномъ смыслѣ примѣняются слѣд. правила:

<sup>3</sup> 1. 1. § 2. D. de const. princ. 1, 4; 1. 1. § 43. D. de aq. quot. 43, 20; 1. 1. § 1. D. de iure imm. 50, 6.—<sup>4</sup> 1. 1. § 43. D. de aq. quot. 43, 20; 1. 3. § 1. D. de cens. 50, 15.

1. Привилегія возникаетъ на основаніи *constitutio personalis*, а также въ силу незапамятной давности <sup>5</sup> (§ 72).

2. Привилегія прекращается отреченіемъ <sup>6</sup>, истеченіемъ времени, если привилегія дана на время, смертью лица, давшаго привилегію, если послѣдняя предоставлена *ad suae voluntatis beneplacitum* <sup>6a</sup>; не наследственная личная привилегія прекращается смертью привилегированнаго лица, вещная привилегія — гибелью вещи. Привилегія можетъ прекратиться на основаніи отмѣняющей *constitutio personalis* — или вслѣдствіе злоупотребленія <sup>7</sup>, или вслѣдствіе несовмѣстимости ея съ общимъ благомъ (въ послѣднемъ случаѣ за вознагражденіе). Что же касается прекращенія привилегіи вслѣдствіе непользованія (т. н. погасительной давности), то источники опредѣляютъ <sup>8</sup>, что ярмарочная привилегія прекращается вслѣдствіе десятилѣтняго неосуществленія, привилегія свободы отъ десятины вслѣдствіе неосуществленія въ теченіе 30 или 40 лѣтъ; прежніе ученые юристы распространяли первую норму на всѣ положительныя, вторую на всѣ отрицательныя привилегіи; по теперешнему общему мнѣнію нѣтъ особой погасительной давности для привилегій; относительно давности примѣняются тѣ же начала, какъ если бы предоставленное привилегіей право возникло не путемъ привилегіи.

3. Искъ, посредствомъ котораго привилегія въ случаѣ нарушенія осуществляется судебнымъ порядкомъ, зависитъ отъ того, какое право предоставлено привилегіей.

## РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

### § 16. Право въ субъективномъ смыслѣ, или правомочіе, и его виды.

*Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1866.—*Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878.—*Bierling*, Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 2. 1883.—*Savigny*, §§ 52—59.—*Vangerow*, § 113.—*Windscheid*, §§ 13. 38—42.—*Brinz*, §§ 17. 64—67. 123.—*Bekker*, §§ 17—20. 25.—*Regelsberger*, §§ 14. 49—52.

1. *Понятіе. Право въ субъективномъ смыслѣ (такъ наз. ius agendi, частное право, правомочіе) есть господство, принад-*

<sup>5</sup> с. 26. X. de v. s. 5, 40; с. 1. in VI. de praescr. 2, 13; R. A. v. 1548. § 56; R. A. v. 1576. § 105.—<sup>6</sup> с. 6. с. 15. X. de priv. 5, 33.—<sup>6a</sup> с. 5. X. de priv. 5, 33.—<sup>7</sup> l. 3. C. de aquaed. 11, 42; с. 11. с. 24. pr. X. de priv. 5, 33.—<sup>8</sup> l. 1. D. de nund. 50, 11; с. 6. с. 15. X. de priv. 5, 33.

*лежащее опредѣленному лицу (или совокупности лицъ) надъ опредѣленнымъ предметомъ для цѣли удовлетворенія ихъ интересовъ* (ср. ниже sub II B) на основаніи нормъ права. Противъ этого опредѣленія возражаютъ нѣкоторые юристы новѣйшаго времени, утверждая, что есть права и безъ субъекта, т. е. права, которыя не принадлежать никакому лицу; ср. объ этомъ ниже § 29.

II. *Виды.* Дѣленіе правъ въ субъективномъ смыслѣ на виды вытекаетъ изъ *свойствъ объекта и цѣли правъ.* Объектомъ права можетъ быть:

A. *Собственная личность всякаго челоѵка;* всякому живому челоѵку природены извѣстныя блага: жизнь, тѣлесная цѣлость, свобода, честь — и ему принадлежитъ право на ихъ ненарушимость; нарушенія этихъ правъ разсматриваются главнымъ образомъ въ уголовномъ правѣ, но отчасти также и въ гражданскомъ (§§ 313, 321, 327 sub II).

B. *Все то, что не есть личность управомоченнаго,* т. е. все прочее въ природѣ въ той мѣрѣ, въ какой оно можетъ подлежать господству. Предметы природы суть или тѣлесныя вещи или люди. Тѣлесныя вещи лишены воли, по большей части также и жизни; наравнѣ съ тѣлесными вещами римское право ставитъ рабовъ. Люди одарены волею. — Съ этимъ различіемъ между объектами частныхъ правъ необходимо комбинировать другое различіе, заимствованное изъ *цѣли частныхъ правъ.* Дѣло въ томъ, что частныя права имѣютъ цѣлью удовлетвореніе какого либо интереса лица управомоченнаго; частныя права безъ интереса не имѣютъ для лица никакого значенія; итакъ, интересъ есть существенное условіе частныхъ правъ, и гдѣ нѣтъ интереса, тамъ невозможно и существованіе частнаго права (слѣдствія этого положенія см. въ §§ 156, 185, 208, 272). Интересы бываютъ двухъ родовъ; такъ какъ челоѵку отъ природы присущи два стремленія: инстинктъ самосохраненія и инстинктъ размноженія (вѣрнѣе: инстинктъ самосохраненія и развитія — и образованія семьи), то заинтересованность челоѵка въ частныхъ правахъ состоитъ отчасти въ томъ, что послѣднія даютъ ему средства для удовлетворенія инстинкта самосохраненія, отчасти въ томъ, что они создаютъ институты, которые способствуютъ возникновенію семей и воспитанію новыхъ поколѣній. Права съ интересами перваго рода называются имущественными правами; ибо средства, служащія для удо-

влетворенія инстинкта самосохраненія *обыкновенно* могутъ подлежать денежной оцѣнкѣ, слѣдовательно, обладаютъ имущественною цѣнностью; права съ интересами второго рода называются семейственными правами. Впрочемъ слѣдуетъ сдѣлать оговорку, что, съ одной стороны, средства для удовлетворенія инстинкта самосохраненія *иногда* не подлежатъ денежной оцѣнкѣ, а удовлетворяютъ только нравственный интересъ (см. § 103 пр. 3, § 156 пр. 11, § 208 sub. II. 3), и что, съ другой стороны, и съ правами семейственными часто могутъ быть связаны имущественныя права.—Итакъ различаютъ:

1. *Имущественныя права*, распадающіяся на вещныя и обязательственныя (т. н. личныя) права.

а) *Объектомъ вещныхъ правъ* является тѣлесная вещь. Вещныхъ правъ есть нѣсколько видовъ: право собственности и вещныя права на чужую вещь (т. н. *iura in re aliena*); право собственности даетъ по общему началу полную и исключительную правовую власть надъ вещью, вещныя права на чужую вещь (сервитуты, эмфитевзисъ, суперфицій, залоговое право) даютъ лишь болѣе или менѣе ограниченную власть надъ вещью.

б) *Объектомъ обязательственныхъ правъ* служитъ другое лицо; господство, которое они даютъ управомоченному лицу (кредитору) надъ другимъ лицомъ (должникомъ), состоитъ въ томъ, что первое можетъ *требовать* отъ второго совершенія какого либо дѣйствія или воздержанія (поэтому ихъ называютъ требованіями, правами требованія). Такъ какъ дѣйствія и воздержанія бывають въ высшей степени разнообразны, то такими же являются и требованія.

2. *Семейственныя права*, распадающіяся на права супруговъ, отеческую власть, права между родителями и дѣтьми, права опекуна. Имущественныя права, связанныя съ семейственными, образуютъ имущественное семейственное право прикладное семейственное право.

Къ перечисленнымъ выше правамъ слѣдуетъ еще присоединить слѣдующія:

3. *Наслѣдственное право*. *Объектомъ наслѣдственного права* служитъ имущество, оставшееся послѣ чьей либо смерти, т. е. имущество, которое принадлежитъ кому либо въ моментъ его смерти. Совокупность имущественныхъ правъ лица вмѣстѣ съ его долгами составляютъ одно цѣлое (*universitas*,

§ 37 кон.), называемое имуществомъ въ юридическомъ смыслѣ (familia; bona); для наличности такого имущества безразлично, имѣется ли перевѣсъ на сторонѣ актива или на сторонѣ пассива <sup>1</sup>. Имущество человѣка не дѣлается вслѣдствіе его смерти безхозяйнымъ, оно лишь мѣняется хозяина, т. е. въ силу нормъ права передается опредѣленнымъ лицамъ; послѣднія вслѣдствіе смерти прежняго хозяина имущества получаютъ наслѣдственное право. Наслѣдственное право является сильнымъ укрѣпленіемъ имущественныхъ правъ; переживая отдѣльныхъ людей, эти права доставляютъ средства для удовлетворенія интересовъ послѣдующихъ поколѣній.

4. *Право владѣнія.* Владѣніе, *фактическое* господство лица надъ тѣлесною вещью, хотя и не есть право (§ 112), тѣмъ не менѣе есть правоотношеніе, т. е. отношеніе, опредѣляемое правомъ, а именно съ владѣніемъ связаны извѣстныя правовыя послѣдствія, и изъ владѣнія слѣдуютъ опредѣленныя правомочія, образующія т. н. право владѣнія (ius possessionis).

*Такимъ образомъ результатъ предыдущаго изложенія представляется въ слѣд. видѣ:* права въ субъективномъ смыслѣ распадаются: на права на собственную личность, имущественныя права (вещныя и обязательственныя права), семейственныя права, наслѣдственное право, право владѣнія. Правамъ на собственную личность обыкновенно не посвящаютъ особаго отдѣла, такъ какъ они не требуютъ особаго изложенія; изложеніе права владѣнія обыкновенно предпосылается изложенію другихъ правъ по дидактическимъ соображеніямъ. Итакъ, въ изложеніе правъ въ субъективномъ смыслѣ (такъ наз. особенную часть системы) войдутъ:

- владѣніе: Вторая книга;
- вещныя права: Третья книга;
- обязательства: Четвертая книга;
- семейственныя права: Пятая книга;
- наслѣдственное право: Шестая книга.

Имъ предпосылается изложеніе тѣхъ началъ, которыя относятся ко *всѣмъ* или почти ко *всѣмъ* правамъ въ субъективномъ смыслѣ (такъ наз. общая часть системы): Первая книга.

<sup>1</sup> 1. 39. § 1. 1. 49. 1. 208. D. de v. s. 50, 16; 1. 3. pr. D. de b. p. 37, 1

## КНИГА ПЕРВАЯ.

# Общее учение о правахъ въ субъективномъ смыслѣ.

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

### Лица.

## РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

### § 17. Понятіе и виды лицъ.

*Savigny*, § 60. — *Windscheid*, § 49. — *Brinz*, § 51. — *Baron*, § 6. — *Bekker*, § 44. — *Regelsberger*, § 56.

Юридическое понятіе личности совпадаетъ съ понятіемъ правоспособности; *лицомъ называется правоспособное существо, субъектъ правъ, носитель правоотношеній.* Такъ какъ все право существуетъ ради людей<sup>1</sup>, то первоначально всякій человѣкъ и только человѣкъ есть лицо. Но римское право измѣнило это начало: оно отчасти ограничило его, отчасти распространило: ограничило, не признавъ личности за рабами<sup>2</sup>, распространило, придавъ свойства лица извѣстнымъ цблямъ (§ 29 sq.). Сообразно съ этимъ лица раздѣляются на физическія и юридическія.

## РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

### Физическое лицо.

t. D. I, 5: de statu hominum.—t. I, I, 3: de iure personarum.

### I. § 18. Начало физическаго лица.

- *Wächter*, de partu vivo non vitali. 1863—1866.—*Blumenstock*, въ *Eulenburgsche Realencyclopädie der gesammten Heilkunde*. Bd. 8. стр. 114—116. 1881.—*Savigny*, §§ 61. 62. Beilage Nr. 3.—*Vangerow*, § 22.—*Windscheid*, § 52.—*Brinz*, § 50.—*Baron*, § 10.—*Bekker*, § 45.—*Regelsberger*, § 58.

Физическое лицо имѣется налицо, если человѣческое су-

<sup>1</sup> I. 2. D. de statu hom. 1, 5; § 12. I. de iure nat. 1, 2.—<sup>2</sup> I. 22. I. 33. C. de r. i. 50, 17.

щество 1) вполне <sup>1</sup> отдѣлилось отъ тѣла матери <sup>2</sup> и притомъ отдѣлилось 2) живымъ <sup>3</sup>, обладая 3) человѣческимъ образомъ <sup>4</sup> и 4) достаточнымъ развитіемъ.

ad 1. Дитя въ утробѣ матери (*nasciturus, venter, partus pondum editus*) не есть лицо, а только часть материнскаго тѣла <sup>5</sup>, но къ нему примѣняется юридическая поговорка новыхъ юристовъ: *nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius agitur* <sup>6</sup>, т.-е. для дитяти въ утробѣ матери сохраняются всѣ права, долженствующія ему принадлежать на случай его рожденія (права состоянія и наслѣдованія <sup>7</sup>); оно приобретаетъ ихъ въ моментъ рожденія; для охраненія этихъ правъ для него можетъ быть назначенъ *curator ventris* <sup>8</sup>; поэтому *nasciturus* бываетъ также предметомъ особаго попеченія <sup>9</sup>, которое, напримѣръ, можетъ заключаться въ томъ, что беременной имъ матери даются *alimenta* изъ наслѣдственной массы, охраняемой для него на случай рожденія (§ 423 кон.). — Способъ отдѣленія дитяти отъ тѣла матери юридически безразличенъ <sup>10</sup>.

ad 2. Чѣмъ обнаруживается жизнь дитяти, это безразлично, а именно Юстиніанъ отвергъ <sup>11</sup> то возрѣніе, по которому достаточнымъ способомъ обнаруженія жизни считался только крикъ младенца. — Большая или меньшая продолжительность жизни для понятія лица не имѣетъ значенія <sup>12</sup>.

ad 3. Простыя отступленія отъ обыкновеннаго строенія человѣческаго тѣла (ненормальное количество членовъ, сращеніе двухъ людей) не служатъ основаніемъ для непризнанія за родившимся личности <sup>13</sup>; но гдѣ конецъ человѣческаго вида и начало чудовищности (*prodigium, monstrum, portentum*), этого общемою формулою опредѣлить невозможно; прежніе юристы не-

<sup>1</sup> l. 3. C. de post. her. inst. 6, 29. — <sup>2</sup> l. 12. pr. D. de lib. 28, 2; l. 1. § 9. D. unde cogn. 38, 8. — <sup>3</sup> l. 3. C. de post. 6, 29; l. 129. D. de v. s. 50, 16. — <sup>4</sup> l. 3. C. de post. her. inst. 6, 29. — <sup>5</sup> l. 1. § 1. D. de insp. ventre 25, 4; l. 9. § 1. D. ad l. Falc. 35, 2. — <sup>6</sup> l. 7. l. 26. D. h. t. 1, 5; l. 3. D. si pars her. 5, 4; l. 30. § 1. D. de a. h. 29, 2; l. 231. D. de v. s. 50, 16; l. 48. § 5. D. de furt. 47, 2; cf. l. 18. D. quando dies 36, 2. — <sup>7</sup> l. 7. pr. D. de reb. dub. 34, 5; l. 129. D. de v. s. 50, 16. — <sup>8</sup> l. 20. pr. D. de tut. et cur. 26, 5; t. D. 37, 9; de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. — <sup>9</sup> l. 2. D. de mort. inf. 11, 8; l. 18. D. h. t. 1, 5; l. 3. D. de poen. 48, 19. — <sup>10</sup> l. 12. pr. D. de lib. 28, 2; l. 6. pr. D. de inoff. test. 5, 2; l. 1. § 5. D. ad set. Tert. 38, 17. — <sup>11</sup> l. 3. C. de post. 6, 29. — <sup>12</sup> l. 2. l. 3. C. de post. 6, 29. — <sup>13</sup> l. 14. D. h. t. 1, 5; l. 12. § 1. D. de lib. 28, 2; l. 38. D. de v. s. 50, 16.

правильно считали рѣшающимъ признакомъ ненормальное образование головы <sup>14</sup>.

ad 4. Достаточно-ли развито дитя (*partus perfectus; partus*) или оно выкидышъ, это должны установить эксперты. Выкидышъ, *хотя бы и родился живымъ*, не есть лицо <sup>15</sup>; напротивъ, если дитя обладаетъ достаточнымъ развитіемъ, то оно считается лицомъ, хотя бы и не было вполнѣ доношено <sup>16</sup>; нынѣ всѣми отвергнуто распространенное прежде мнѣніе, что дитя только въ томъ случаѣ можетъ быть признано лицомъ, если обладаетъ жизнеспособностью (*vitalitas*), а жизнеспособностью оно обладаетъ только тогда, если было въ утробѣ матери 181 день, т.-е. рождено не раньше 182-го дня послѣ зачатія <sup>17</sup>.

## II. § 19. Конецъ физическаго лица. Его доказываніе.

*Bruns, die Verschollenheit, in Kleinere Schriften. Bd. 1. S. 48—135. 1882.— Savigny, § 63.— Vangerow, § 33.— Windscheid, § 53.— Bekker, §§ 46. 47.— Begelsberger, §§ 59—61.*

Физическое лицо кончается со смертью. Часто доказывать смерть физическаго лица бываетъ очень затруднительно; это дало поводъ установить относительно этого вопроса нѣсколько положительныхъ нормъ.

1. *Объявленіе о смерти.* Практика установила, согласно съ 10-мъ стихомъ 90-го псалма («семьдесятъ лѣтъ жизнь наша дается»), слѣдующую норму права юристовъ: если кто находится въ безвѣтномъ отсутствіи (т.-е. въ его послѣднее извѣстное мѣстожительство въ продолженіи долгаго времени не доходить никакихъ извѣстій о его жизни), и со дня его рожденія прошло 70 лѣтъ, то предполагается, что онъ умеръ; тогда, по требованію его родственниковъ, супруга или *curatoris absentis*, дѣлается публичный вызовъ безвѣтно-отсутствующаго, чтобы онъ, хотя и въ невѣроятномъ, но все-таки возможномъ случаѣ своей жизни, подалъ о себѣ вѣсть: если вызовъ оказался безуспѣшнымъ, и то лицо, по требованію котораго онъ былъ учиненъ, приноситъ присягу, что, несмотря на всѣ усилія съ его стороны, оно о жизни отсутствующаго никакихъ извѣстій не получало (*Diligenzeid*), то безвѣтно-отсутствующій путемъ судебного рѣшенія объявляется умершимъ; имущество его становится на-

<sup>14</sup> arg. l. 44 pr. D. de rel. 11, 7.—<sup>15</sup> l. 2. C. de post. 6, 29; § 1. I. de exh. lib. 2, 13; Pauli sent. rec. IV, 9, § 6; cf. Gell. noct. Att. III, 16, 21.—<sup>16</sup> l. 2. C. de post. 6, 29.—<sup>17</sup> Оно опирается на l. 12. D. de st. hom. 1, 5 и l. 3. § 12. D. de suis 38, 16 (но эти мѣста касаются презумпціи, упомянутой въ § 23 пр. 18: *pater est quem nuptiae demonstrant*), далѣе на Paul. sent. rec. IV, 9, § 5 (но здѣсь идетъ рѣчь о *ius liberorum* женщинъ).

слѣдствомъ, жена—вдовою, подвластныя дѣти освобождаются отъ отеческой власти. За день смерти принимается день исполненія семидесятилѣтняго возраста, т. е. семьдесятъ первый день рожденія; прежніе юристы за день смерти принимали день начала безвѣстнаго отсутствія или день судебного рѣшенія. — Если безвѣстно-отсутствующему уже во время исчезновенія было семьдесятъ лѣтъ, то многіе предполагаютъ въ этомъ случаѣ наступленіе его смерти по истеченіи пяти лѣтъ отсутствія; но относительно этого не установилось определенной судебной практики вѣлѣдствіе рѣдкости такихъ случаевъ.

2. *Предположеніе жизни.* Обратная сторона предположенія смерти есть предположеніе жизни. Одно и то же лицо не можетъ считаться умершимъ на 70-мъ году для однихъ отношеній (а именно, когда дѣло идетъ о наслѣдованіи послѣ него; выше sub 1), и умершимъ раньше этого времени для другихъ отношеній (а именно, если для безвѣстно-отсутствующаго открываются наслѣдства, отказы; если онъ имѣетъ право на пожизненную ренту, пенсію); правильнѣе предполагать безъ дальнѣйшихъ доказательствъ, что до исполненія семидесятилѣтняго возраста безвѣстно-отсутствующій еще живетъ и можетъ совершить эти пріобрѣтенія; но относительно этого ни теорія, ни практика не составили себѣ твердаго мнѣнія.

3. *Ученіе о commorientes.* Если отъ того обстоятельства, что одно лицо умерло *раньше* другого, находятся въ зависимости извѣстныя права, то лицо, претендующее на эти права, должно доказать, чья смерть предшествовала <sup>1</sup>. Слѣдовательно, если погибло *вмѣстѣ* нѣсколько лицъ и не доказано, что одно умерло раньше другого, то по необходимости остается принять, что они умерли одновременно <sup>2</sup>; но если они находились другъ съ другомъ въ отношеніи восходящихъ къ нисходящимъ, то предполагается, что совершеннолѣтній нисходящій умеръ *послѣ* своего восходящаго, а несовершеннолѣтній *раньше* его <sup>3</sup>.

Изъ упомянутыхъ положительныхъ нормъ только ученіе о commorientes принадлежитъ римскому праву; новое развитіе права восполнило пробѣлы римскаго права, которые особенно были чувствительны въ случаяхъ войны и кораблекрушеній, но только отчасти и недостаточнымъ образомъ; поэтому для рѣшенія этого вопроса было издано много партикулярныхъ законовъ.

<sup>1</sup> 1. 9. § 3. l. 16—1. 18. D. de reb. dub. 34, 5; l. 32. § 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 34. D. ad. sct. Treb. 36, 1; l. 26. D. de m. c. d. 39, 6.

<sup>2</sup> См. мѣста предыд. пр.—<sup>3</sup> 1. 9. §§ 1. 4. l. 22. l. 23. D. de reb. dub. 34, 5; l. 26. pr. D. de pact. dot. 23, 4; два исключенія см. въ l. 17. § 7. D. ad sct. Treb. 36, 1; l. 9. § 2. D. de reb. dub. 34, 5.

### III. Различія физическихъ лицъ, имѣющія юридическое значеніе.

#### 1) § 20. Польш.

*Vangerow*, § 36.—*Windscheid*, § 54.—*Baron*, § 50.—*Bekker*, § 48.—*Regelsberger*, § 62.

Римское право признаетъ существованіе только двухъ половъ: мужскаго и женскаго; обладающихъ несовершенною половою организациею (*hermaphroditae*) римское право причисляетъ къ тому полу, къ которому они болѣе всего приближаются<sup>1</sup>. Различіе людей по полу въ частномъ правѣ большого значенія не имѣетъ. Лица мужскаго и женскаго пола вообще въ частномъ правѣ не различаются (иначе въ публичномъ правѣ<sup>2</sup>, откуда происходитъ неспособность женщинъ къ опекунской должности, § 374), и поэтому въ нормахъ, гдѣ употребляется родъ мужскій, обыкновенно подразумѣвается и женскій: *verbum hoc «si quis» tam masculos, quam feminas complectitur*<sup>3</sup>. Однако, римское право принимаетъ во вниманіе, съ одной стороны, болѣе раннее развитіе женскаго пола (считаетъ ихъ совершеннолѣтними съ достиженіемъ 12-ти лѣтъ, § 21), а съ другой стороны—его меньшую самостоятельность, такъ что женщины относительно незнанія права и *intercessio* обсуждаются иначе, нежели мужчины (§§ 10. 255 sq.); въ прежнее время женщины вслѣдствіе этого находились даже подъ пожизненною опекою<sup>4</sup> (§ 369).

#### 2) § 21. Возрастъ.

*Savigny*, §§ 108—111.—*Vangerow*, § 37.—*Windscheid*, § 54.—*Brinz*, § 55.—*Baron*, § 51.—*Bekker*, § 49.—*Regelsberger*, § 63.

Возрастъ оказываетъ вліяніе преимущественно на дѣеспособность людей (§ 49). Способность имѣть волю развивается лишь постепенно и у различныхъ людей различно; но право не въ состояніи принимать во вниманіе безчисленныя различія въ развитіи отдѣльныхъ лицъ; оно можетъ только установить рядъ ступеней человѣческаго возраста, которыя бы по возмож-

<sup>1</sup> l. 10. D. de stat. hom. 1, 5; l. 15. § 1. D. de test. 22, 5; l. 6. § 2. D. de lib. 28, 2.—<sup>2</sup> l. 2. D. de r. i. 50, 17; l. 9. D. de stat. hom. 1, 5.—<sup>3</sup> l. 1. D. de v. s. 50, 16; l. 195. pr. eod.; l. 45. pr. D. de leg. 2 (31).—<sup>4</sup> Gai. 1, 144.

ности соответствовали стадіямъ развитія средняго человѣка. Римское право устанавливаетъ двѣ такія ступени, изъ которыхъ затѣмъ каждая еще распадается на двѣ:

I. Возрастъ несовершеннолѣтія, *impuberes* или *pubilli*; сюда относятся: 1) *infantes, qui dari non possunt*, дѣти, т.-е. лица, не достигшія семи лѣтъ<sup>1</sup>: они вполне недѣеспособны<sup>2</sup>; 2) *qui dari possunt*, такъ наз. *infantia maiores*, т.-е. мальчики до 14-ти лѣтъ (по мнѣнію Прокуліанцевъ, подтвержденному Юстиніаномъ<sup>3</sup>), дѣвочки до 12-ти лѣтъ<sup>4</sup>: они дѣеспособны для пріобрѣтенія, но недѣеспособны для вступленія въ обязательства, совершенія отчужденія<sup>5</sup> и завѣщанія<sup>5а</sup>.

II. Возрастъ совершеннолѣтія, *puberes*, отъ 14-ти или 12-ти лѣтъ<sup>6</sup>. Совершеннолѣтніе мужчины были въ древнее время вполне дѣеспособны, женщины же только отчасти: онѣ самостоятельно не могли обязываться, совершать манципации и составлять завѣщаніе. Но впоследствии совершеннолѣтніе, еще не достигшіе 25-ти лѣтъ (*minores viginti quinque annis, minores*, неполнолѣтніе) получили извѣстныя преимущества, напр., прощенье заблужденія въ правѣ и *restitutio in integrum* (§§ 10. 102), а тѣхъ, которые не находились подъ отеческою властью, мало-по-малу подвергли опеку (*cura*, попечительству), такъ что теперь (безъ различія пола) слѣдуетъ различать:

1. *puberes minores*<sup>7</sup>, неполнолѣтнихъ, которые, если не состоятъ подъ отеческою властью, находятся въ томъ же положеніи, что и такъ наз. *infantia maiores*, но имѣютъ предъ послѣдними то преимущество, что признаются способными составлять завѣщанія и присягать. По особымъ основаніямъ мужчины отъ 20-ти лѣтъ и женщины отъ 18-ти могутъ быть объявлены полнолѣтними рескриптомъ монарха (*veniam aetatis impetrare*<sup>8</sup>).

<sup>1</sup> l. 1. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 18. pr. § 4. C. de iure del. 6, 30; l. 14. D. de spons. 23, 1.—<sup>2</sup> Gai. 3, 107. 109; § 9. sq. I. de inut. st. 3, 19; l. 209. D. de v. s. 50, 16; l. 14. D. de spons. 23, 1; l. 1. § 2. D. de adm. 26, 7; ср. однако два исключенія въ § 115 пр. 5. 6 и въ 419 пр. 2.—<sup>3</sup> l. 3. C. quando tut. esse des. 5, 60; Gai. 1, 196; Ulp. fr. 11, 28.—<sup>4</sup> пр. I. qu. m. tut. fin. 1, 22.—<sup>5</sup> пр. I. de auct. 1, 21; l. 9. пр. D. eod. 26, 8; l. 28. пр. D. de pact. 2, 14; l. 10. D. de iur. et fact. ign. 22, 6; l. 189. D. de r. i. 50, 17.—<sup>5а</sup> l. 5. D. qui test. fac. 28, 1; § 1. I. quib. non est perm. 2, 12.—<sup>6</sup> Ср. мѣста въ пр. 3. 4.—<sup>7</sup> l. 1. § 2. 3. D. de min. 4, 4.—<sup>8</sup> t. C. 2, 45; qui veniam aetatis impetraverunt.—<sup>9</sup> l. 3. C. h. t. 2, 45.—<sup>10</sup> l. 4. C. h. t. 2, 45.

2. *puberes maiores*, лицъ *legitimae aetatis*<sup>11</sup>, полнолѣтнихъ; послѣдніе по общему правилу (§ 22) исполнѣ дѣеспособны.

По германскому имперскому закону 17-го февраля 1875 г. возрастъ полнолѣтія (*Grossjährigkeit*) начинается съ достиженіемъ 21-го года.

#### 4) § 22. Болѣзнь.

*Savigny*, § 112.—*Windscheid*, § 54.—*Brinz*, § 56.—*Baron*, § 52.—*Bekker*, § 50.—*Regelsberger*, § 64.

Уклоненіе отъ нормальныхъ органическихъ отправленияхъ (болѣзнь въ обширномъ смыслѣ слова) оказываетъ вліяніе на дѣеспособность (§ 49). Болѣзнь можетъ быть тѣлесная или душевная.

1. Тѣлесная болѣзнь состоитъ въ неправильномъ строеніи или недостаткѣ органовъ (*vitium*: нѣмота, глухота, слѣпота, *castratio*), или въ нарушеніи правильной дѣятельности органовъ (*morbis* въ тѣсномъ смыслѣ<sup>1</sup>, куда также относится неспособность къ дѣтороженію, *spadones*<sup>2</sup>). Вліяніе болѣзни на дѣеспособность различно: нѣмые и глухіе не могутъ совершать сдѣлокъ, для которыхъ требуется говорить и слышать<sup>3</sup>, *castrati* не могутъ вступать въ бракъ и усыновлять<sup>4</sup> и т. д.

2. Душевною болѣзнию страдаютъ *furiosi*, *dementes*, *amentes*; болѣзнь можетъ сопровождаться бурными припадками (*furiosi*) или нѣтъ (*amentes*, *dementes*)<sup>5</sup>. Душевнобольные исполнѣ недѣеспособны<sup>6</sup>, но ихъ дѣеспособность возстановляется въ свѣтлые промежутки (*lucida intervalla*)<sup>7</sup>. Къ душевнобольнымъ приравниваются лица, въ высокой степени слабоумныя (*mente capti*, *fatui*)<sup>8</sup>; просто же ограниченные люди (*stulti*, *simplices*

<sup>11</sup> 1. 5. D. quando dies leg. 6, 53.—<sup>12</sup> § 18. I. de obl. ex del. 4, 1; l. 4. § 26. D. de doli exc. 44, 4; l. 111. pr. D. de r. i. 50, 17; l. 13. § 1. l. 14. D. de dolo 4, 3; l. 23. D. de furt. 47, 2; l. 5. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 3. § 1. de ini. 47, 10; Ср. однако Имп. угол. ул. §§ 55—57.—<sup>13</sup> l. 14. § 1. D. de al. leg. 34, 1.—<sup>14</sup> l. 40. § 1. D. de adopt. 1, 7; § 4. I. eod. 1, 11.—<sup>15</sup> l. 2. pr. D. de exc. 27, 1; § 13. I. eod. 1, 25; cf. l. 2. § 2. D. de vac. 50, 5.—<sup>16</sup> l. 15. § 2. D. de adopt. 1, 7.

<sup>1</sup> l. 101. § 2. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> l. 128. D. de v. s. 50, 16.—<sup>3</sup> Gai. 3, 105; Ulp. fr. 20, 7. 13; § 7. I. de inut. stip. 3, 19.—<sup>4</sup> l. 39. § 1. D. de i. dot. 23, 3; l. 6. pr. § 1. D. de lib. 28, 2; l. 2. § 1. l. 40. D. de adopt. 1, 7.—<sup>5</sup> § 4. I. de cur. 1, 23; l. 25. C. de nupt. 5, 4; l. 28. C. de ep. aud. 1, 4.—<sup>6</sup> l. 5. l. 40. D. de r. i. 50, 17; § 8. I. de inut. stip. 3, 19; l. 14. D. de off. praes. 1, 8; l. 5. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2.—<sup>7</sup> l. 6. C. de cur. fur. 5, 70; l. 9. C. qui test. 6, 22; l. 14. D. de off. pr. 1, 18; l. 2. C. de contr. emt. 4, 38.—<sup>8</sup> § 4. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. postul. 3, 1; l. 21. D. de reb. auct. iud. 42, 5.

и т. п.) вполне дѣеспособны и не могут претендовать на возмѣщеніе ущерба, понесеннаго по собственному неразумію; отсюда юр. поговорка: *stultis non succurritur*<sup>8a</sup>.

Всякая тѣлесная или душевная болѣзнь, столь тяжелая, что мѣшает больному совершать обязательныя для него дѣйствія, называется *morbus santicus*<sup>9</sup>.

#### 4) § 23. Родство.

*Fuchs*, die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft. 1880.—*Vangerow*, §§ 35. 43—45.—*Windscheid*, §§ 56a. 56b.—*Brinz*, §§ 36—43.—*Baron*, §§ 45—48.—*Bekker*, §§ 56—58.—*Regelsberger*, §§ 70—73.

Родство бывает двоякое: естественное и чисто юридическое.

I. Родство естественное (*naturalis cognatio* или просто *cognatio*) существуетъ между людьми, связанными общностью крови<sup>1</sup>; оно вытекаетъ изъ половой связи, которая заключается въ оплодотвореніи со стороны мужчины и въ зачатіи (*conceptio*) со стороны женщины и которая имѣетъ слѣдствіемъ рожденіе. Половая связь можетъ обладать различнымъ характеромъ и сопровождаться различными послѣдствіями; поэтому различаютъ:

1. Брачную половую связь. Римское право различаетъ: а) законный бракъ (*matrimonium iustum s. legitimum, iustae nuptiae*<sup>2</sup>), для котораго требовалось существованіе *coniubium* у обоихъ супруговъ. Законный бракъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ отеческую власть надъ происшедшими отъ него дѣтьми (*filii legitimi*); б) натуральный бракъ (*matrimonium non legitimum*) безъ указанныхъ условій и послѣдствій законнаго брака<sup>3</sup>. Это различіе еще существуетъ въ правѣ Юстиніана<sup>4</sup>, но нынѣшнимъ правомъ оно устранено: всякій дѣйствительный бракъ теперь считается бракомъ законнымъ.—Дѣленіе законнаго брака на строгій (съ властью, *manus*, мужа надъ женою) и свободный (безъ *manus*<sup>5</sup>) уже не существуетъ въ правѣ Юстиніана.—Отношеніе одного изъ супруговъ къ родственникамъ другого на-

<sup>8a</sup> l. 9. § 5. D. de iur. et fact. ign. 22, 6.—<sup>9</sup> l. 65. § 1. D. de aed. ed. 21, 1; l. 60. D. de re iud. 42, 1; l. 46. D. de iud. 5, 1; l. 113. D. de v. s. 50, 16.

<sup>1</sup> l. 1. § 1. D. unde cogn. 38, 8; l. 4. § 2. D. de grad. 38, 10.—<sup>2</sup> Ulp. fr. 5, 1—9; l. 13. § 1. D. ad l. Iul. de adult. 48, 5; pr. J. de patr. pot. 1, 9.—<sup>3</sup> l. 37. § 2. D. ad mun. 50, 1.—<sup>4</sup> l. 5. § 1. D. de bon. damn. 48, 20; l. 24. C. de don. i. v. et u. 5, 16; l. 1. C. de rep. 5, 17.—<sup>5</sup> Gai. 1, 108. sqq.

зывается свойствомъ (*affinitas*<sup>6</sup>); оно существуетъ только до тѣхъ поръ, пока не прекратится бракъ<sup>7</sup>. Супруги и обрученныя по терминологіи источниковъ римскаго права также находились другъ съ другомъ въ отношеніи *affinitas*<sup>8</sup>.

2. Половая связь вслѣдствіе конкубината<sup>9</sup>, — постоянное сожительство мужчины съ женщиною, но безъ *affectio maritalis* со стороны мужчины и безъ *dignitas uxoris* со стороны женщины<sup>10</sup>, то есть связь съ условіемъ, что жена и дѣти (*liberi naturales*) не войдутъ въ *familia* мужа; по римскому праву такая связь считалась дозволенною, но высшее право ея не допускаетъ и поэтому приравниваетъ ее къ *stuprum* (ниже sub 4).

3. Половая связь раба съ свободною женщиною или свободной женщины съ рабомъ (*contubernium*), юридическое значеніе которой заключалось у Римлянъ только въ томъ, что дѣти другъ съ другомъ и съ родителями находились въ *cognatio servilis* и поэтому не могли вступать между собою въ бракъ и послѣ отпущенія на волю<sup>11</sup>.

4. Временная половая связь мужчины съ (свободною) незамужней женщиною (*stuprum*<sup>12</sup>); дѣти называются *spurii*, *vulgo concepti, vulgo quaesiti*.

5. Связь мужчины съ чужою женою (*adulterium*, прелюбодѣяніе<sup>12a</sup>); связь мужа съ незамужней женщиною по римскому праву не считается прелюбодѣяніемъ; напротивъ, по каноническому<sup>13</sup> и нынѣшнему<sup>13a</sup> праву такая связь есть тоже прелюбодѣяніе. Дѣти, происходящія отъ такой связи, причисляются въ источникахъ къ числу *spurii*, теперь ихъ называютъ *adulterini*.

6. Половая связь между родственниками и свойственниками въ прямой линіи есть *incestus iure gentium* (*incestae ac nefariae nuptiae, damnatus coitus*); связь въ запрещенныхъ степеняхъ бокового родства называется *incestus iure civili*<sup>14</sup>; дѣти,

<sup>6</sup> l. 4. § 3. D. de grad. 38, 10.—<sup>7</sup> §§ 6. 7. I. de nupt. 1, 10.—<sup>8</sup> l. 8. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 38. § 1. D. de usur. 22, 1; l. 84. D. de i. d. 23, 3; l. 15. C. de her. inst. 6, 24.—<sup>9</sup> t. D. 25, 7; t. C. 5, 26; de concubinis.—<sup>10</sup> l. 31. pr. D. de don. 39, 5; l. 3. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 49. § 4. D. de leg. 3 (32).—<sup>11</sup> l. 8. l. 14. §§ 2. 3. l. 56. D. de r. n. 23, 2.—<sup>12</sup> § 4. I. de iud. publ. 4, 18; l. 34. D. ad l. Iul. de adult. 48, 5.—<sup>12a</sup> Coll. l. Mos. 4, 2 sqq.—<sup>13</sup> c. 23. C. 32. qu. 5; c. 4. C. 32. qu. 4.—<sup>13a</sup> Германское уголовное уложеніе 1871 г. § 172.—<sup>14</sup> § 1. I. de nupt. 1, 10; l. 1. § 3. D. de concub. 25, 7; l. 68. D. de r. n. 23, 2; l. 5. § 1. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 45. C. de ep. 1, 3; Nov. 74. c. 6.

рождающіяся отъ такой связи, причисляются въ источникахъ къ *spurii*<sup>14a</sup>, теперь ихъ называютъ *incestuosi*.

Родство дѣтей съ родителями опредѣляется тѣмъ началомъ, что относительно матери и материнской семьи родъ половой связи безразличенъ; прижито ли дитя въ бракѣ или внѣ брака, оно всегда находится съ ними въ родствѣ<sup>15</sup>; напротивъ, по отношенію къ отцу и его семьѣ основаніемъ родства можетъ быть только рожденіе въ бракѣ, къ которому еще приравнивается *legitimatio* (§ 362); по каноническому праву недѣйствительность брака вообще не вредитъ дѣтямъ, происшедшимъ отъ него, если только недѣйствительность была неизвѣстна обоимъ родителямъ или, по крайней мѣрѣ, одной сторонѣ (такъ наз. путативный бракъ<sup>16</sup>). Итакъ, дѣти, рожденныя внѣ брака, не имѣютъ ни отца, ни родственниковъ съ отцовской стороны<sup>17</sup>; однако *liberi naturales* (выше sub 2), по римскому праву, а теперь по суд. практикѣ, и другія дѣти, рожденныя внѣ брака, обладаютъ извѣстными правами по отношенію къ своему отцу (правомъ на *alimenta* и правомъ на чрезвычайное наслѣдованіе по закону, §§ 328, 409).—Доказательство отцовства бываетъ, впрочемъ, очень затруднительно (кромѣ случаевъ признанія самимъ отцомъ); но существуетъ презумпція, что мужъ есть отецъ дитяти, если оно рождено женою не раньше 182-го дня послѣ заключенія брака и не позже 300-го послѣ его прекращенія: *pater is est, quem nuptiae demonstrant*<sup>18</sup>; противъ этого предположенія допускается доказательство противнаго: что *мужъ не могъ быть отцомъ*, напр., что онъ во время зачатія (между 182-мъ и 300-мъ днемъ до рожденія) находился въ отсутствіи или былъ *impotens*<sup>19</sup>; но недостаточно доказать, что жена во время зачатія находилась въ связи съ постороннимъ мужчиной<sup>20</sup>. Если дѣти хотятъ доказать не признающему ихъ отцу свое рожденіе отъ него (внѣ брака), то по суд. практикѣ достаточно доказать, что онъ имѣлъ связь съ ихъ матерью во время зачатія.—Близость родства между двумя лицами опредѣляется въ римскомъ правѣ по юридической поговоркѣ (составленной новыми юр.): *tot sunt gradus, quot sunt generationes*, т. е. два лица нахо-

<sup>14a</sup> Gai. 1, 64; fr. Ulp. 5, 7.—<sup>15</sup> l. 4. § 3. l. 5. D. de in ius voc. 2, 4; l. 4. D. unde cogn. 38, 8.—<sup>16</sup> c. 2. c. 8. c. 14. c. 15. X. qui fil. leg. 4, 17.—<sup>17</sup> § 12. I. de nupt. 1, 10; l. 23. de stat. hom. 1, 5.—<sup>18</sup> l. 5. D. de in ius voc. 2, 4; l. 12. D. de stat. hom. 1, 5; l. 3. §§ 11. 12. D. de suis 38, 16.—<sup>19</sup> l. 6. D. de his qui sui 1, 6.—<sup>20</sup> l. 29. § 1. D. de prob. 22, 3; l. 11. § 9. D. ad l. Iul. de ad. 48, 5.

дятся другъ съ другомъ въ родствѣ той степени, которая равна числу рождений, установившихъ между ними родственную связь <sup>21</sup>. Каноническое право различаетъ прямую линію отъ боковой; по прямой линіи оно считаетъ такъ же, какъ и римское право, а по боковой принимаетъ во вниманіе только рожденія по линіи болѣе длинной <sup>22</sup>. Въ нынѣшнемъ правѣ принять римскій счетъ степеней.—Есть нѣсколько видовъ родства:

а) Родство по восходящей и нисходящей линіи (*linea superior, ascendens*, восходящія; *linea inferior, descendens*, нисходящія), т. е. между тѣми лицами, изъ которыхъ одно происходитъ отъ другого, противопоставляется родству по боковой линіи, т. е. между тѣми лицами, которыя происходятъ отъ одного третьяго лица (*linea transversa, obliqua*, боковые родственники <sup>23</sup>). Боковые родственники могутъ быть полнородные (такіе братья и сестры называются *germani, consanguinei* <sup>24</sup>, у новыхъ просто *germani*) или неполнородные (имѣющіе общаго отца называются *consanguinei*, общую мать—*uterini*).

б) Родство простое и сложное; послѣднее имѣетъ мѣсто, напримѣръ, если два брата женятся на двухъ сестрахъ, между дѣтьми отъ этихъ браковъ.

II. Родство чисто юридическое (*agnatio*) относится къ лицамъ, соединеннымъ общею отеческою властью (а въ прежнемъ правѣ и мужнею, *manus*) <sup>26</sup>; оно основывается на единствѣ дома (*familia*, цивильная семья); домовладыка вмѣстѣ съ лицами, подчиненными его власти, составляетъ семью въ тѣсномъ смыслѣ (*familia proprio iure*); послѣ выбитія домовладыки (наприм., вслѣдствіе смерти) прежніе домочадцы вмѣстѣ съ рожденными послѣ (*posthumi*) образуютъ семью въ обширномъ смыслѣ слова (*familia communi iure, fam. agnatorum* <sup>27</sup>).—Агнатское родство можетъ быть связано съ когнатскимъ (наприм., между дѣтьми, рожденными въ законномъ бракѣ, и между легитимированными), но таковой связи можетъ и не быть (наприм., *agnatio*—между *agrogator* и *agrogatus*, § 365, *cognatio*—между отцомъ и эманципированнымъ сыномъ, § 367) <sup>28</sup>.—Изъ этого

<sup>21</sup> § 7. I. de grad. 3, 6; l. 10. §§ 9. 10. D. eod. 38, 10.—<sup>22</sup> с. 2. C. 25. qu. 22; с. 9. X. de consang. 1, 14.—<sup>23</sup> l. 1. pr. 1. 9. D. de grad. 38, 10; pr. I. eod. 3, 6.—<sup>24</sup> § 1. I. de leg. agn. succ. 3, 2.—<sup>25</sup> § 5. I. de nupt. 1, 10.—<sup>26</sup> l. 4. § 2. D. de grad. 38, 10.—<sup>27</sup> l. 195. § 2. D. de v. s. 50, 16.—<sup>28</sup> l. 4. § 2. D. de grad. 38, 10; l. 23. D. de adopt. 1, 7.

видна неправильность легальнаго опредѣленія: *sunt agnati, qui per virilis sexus personas cognatione iuncti sunt, quasi a patre cognati*<sup>29</sup>; можно только признать, что это опредѣленіе обнимаетъ большинство случаевъ агнатства.

Два описанные вида родства получили равное значеніе только въ правѣ Юстиніана; а именно, только со времени Юстиніана съ ними связаны равныя наследственныя права и равная обязанность быть опекуномъ. По древнему *ius civile* простая *cognatio* не влекла за собою никакихъ юридическихъ послѣдствій; послѣднія были связаны съ *cognatio* только законами позднѣйшей республики, преторскими эдиктами и законами императорскаго періода, и въ особенности законами Юстиніана (Nov. 115 и 118). Когнаты получили даже такія права, которыя до этого времени не принадлежали агнатамъ (наприм., были изъяты изъ дѣйствія *lex Cincia* и *lex Furia testamentaria*, §§ 69. 446); эти права тѣмъ самымъ были отнесены и къ агнатамъ; по началу: *cognationem facit etiam adoptio; qui est agnatus, et cognatus est*<sup>30</sup>.

### 5) § 24. Принадлежность къ городской общинѣ и мѣстожителство.

t. D. L. 1: ad municipalem et de incolis.—t. C. X. 39: de municipibus et originariis.—t. C. X. 40: de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in aliena civitate degunt.—*Kuhn*, die städtische und bürgerliche Verfassung des Röm. Reichs. 2 Bde. 1864. 1865.—*Marquardt*, Röm. Staatsverwaltung I 1—18. 2-ое изд. 1881.—*Savigny*, §§ 350 и слѣд.—*Vangerow*, § 41.—*Windscheid*, § 36.—*Bekker*, §§ 52. 54.—*Regelsberger*, §§ 67. 74.

I. *Римское право*. Италія распалась на извѣстное число городскихъ округовъ (*civitates, respublicae*), т. е. городовъ, съ которыми окружающая мѣстность находилась въ политической связи; въ эпоху классическихъ юристовъ то же обыкновенно бывало и въ провинціяхъ, такъ что всѣ люди, принадлежавшіе къ государству, были въ то же время обыкновенно и членами какой либо городской общины.

1. Принадлежность къ городской общинѣ основывалась:

а) на *origo* (*domus*, родина), т. е. на правъ гражданства

<sup>29</sup> 1. 7. D. de leg. tut. 26, 4; § 1. I. de leg. agn. tut. 1, 15; § 1. I. de leg. agn. succ. 3, 2; cf. Ulp. fr. 11, 4; 1. 10. § 2. D. de grad. 38, 10.—<sup>30</sup> 1. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8; 1. 23. D. de ad. 1, 7; 1. 10. § 4. D. de grad. 38, 10.

въ *городской общинѣ*. Последнее приобрѣтается рожденіемъ въ бракѣ отъ гражданина или рожденіемъ внѣ брака отъ гражданки (*origo, nativitas*<sup>1</sup>), адопціей членомъ общины<sup>2</sup>, принятіемъ въ число членовъ (*allectio*<sup>3</sup>), отпущеніемъ раба гражданиномъ (*manumissio*<sup>4</sup>). Возможно было также имѣть право гражданства въ нѣсколькихъ городахъ, или не имѣть его ни въ одномъ, наприм., *libertus dediticius*<sup>5</sup>.

б) на *domicilium*; *мѣстожителство есть мѣсто, которое кто либо избираетъ центромъ своей дѣятельности и своихъ отношеній, хотя и не пребывая въ немъ постоянно*<sup>6</sup>. Принадлежащіе къ городу по мѣстожителству называются *incolae*<sup>7</sup>. Выборъ мѣстожителства обыкновенно зависитъ отъ усмотрѣнія лица (такъ наз. *domicilium voluntarium*<sup>8</sup>). Но иногда мѣстожителство бываетъ опредѣлено нормою права (такъ наз. *domicilium necessarium*): мѣстожителство солдатъ, чиновниковъ, женъ, подвластныхъ дѣтей<sup>9</sup>. Прекращеніе мѣстожителства можетъ зависѣть или отъ свободной воли<sup>11</sup>, или отъ нормы права. Можно имѣть нѣсколько мѣстожителствъ<sup>12</sup>, или совсѣмъ его не имѣть<sup>13</sup> (напр., бродяги).

2. Принадлежность къ городской общинѣ влекла за собою:

а) обязанность нести городскія повинности (*munera*<sup>14</sup>), какъ *munera personalia*, при которыхъ преобладаетъ личный трудъ, такъ и *munera patrimonii*, соединенныя съ издержками; впрочемъ, было много поводовъ къ освобожденію (*vacatio, excusatio, immunitas*)<sup>15</sup>;

б) обязанность повиноваться городской власти, и въ частности—подсудность<sup>16</sup> (*forum originis* и *domicilii*, изъ которыхъ гораздо употребительнѣе было послѣднее<sup>17</sup>).

<sup>1</sup> 1. 1. pr. § 2. 1. 6. § 1. 1. 9. D. h. t. 50, 1; 1. 3. C. h. t. 10, 39. — <sup>2</sup> 1. 15. § 3. 1. 16. 1. 17. § 9. D. h. t. 50, 1.—<sup>3</sup> 1. 7. C. h. t. 10, 40. — <sup>4</sup> 1. 6. § 3. 1. 7. 1. 22. pr. 1. 27. pr. 1. 37. § 1. D. h. t. 50, 1; 1. 3. § 8. D. de mun. 50, 4.—<sup>5</sup> Ulp. fr. 20, 14.—<sup>6</sup> 1. 203. D. de v. s. 50, 16; 1. 7. C. h. t. 10, 40.—<sup>7</sup> 1. 5. 1. 20. D. h. t. 50, 1; 1. 239. § 2. D. de v. s. 50, 16. — <sup>8</sup> 1. 20. D. h. t. 50, 1.—<sup>9</sup> 1. 71. § 2. D. de cond. et dem. 35, 1.—<sup>10</sup> 1. 3. 1. 4. 1. 6. § 1. 1. 17. § 11. 1. 22. § 1. 1. 23. § 1. 1. 38. § 3. D. h. t. 50, 1; 1. 5. D. de r. n. 23, 2; 1. 65. D. de iud. 5, 1.—<sup>11</sup> 1. 20. D. h. t. 50, 1.—<sup>12</sup> 1. 5. 1. 6. § 2. 1. 27. § 2. D. h. t. 50, 1.—<sup>13</sup> 1. 27. § 2. D. h. t. 50, 1. — <sup>14</sup> 1. 239. § 3. D. de v. s. 50, 16; 1. 6. §§ 3—5. 1. 18. § 18—28. 1. 14. § 1. D. de mun. 50, 4; 1. 22. § 2. 1. 29. D. h. t. 50, 1; 1. 1. C. h. t. 10, 39; 1. 4. 1. 6. C. h. t. 10, 40.—<sup>15</sup> tt. D. 50, 5; de vacatione et excusatione munerum; 50, 6; de iure immunitatis. tt. C. 10, 44—64.—<sup>16</sup> 1. 29. D. h. t. 50, 1.—<sup>17</sup> 1. 19. § 4. D. de iud. 5, 1; 1. 29. § 4. D. de inoff. 5, 2; 1. 1. 1. 2. D. de reb. auct. iud. 42, 5; 1. 2. C. de iurisd. 3, 10; 1. 1. C. ubi de her. 3, 20; 1. 4. C. ubi causa 3, 22.

с) подчинение праву города, такъ что принадлежавшій къ городской общинѣ обшудался по праву послѣдней<sup>18</sup> (*lex originis, lex domicilii*).

II. *Современное право.* Дѣленія на городскіе округа въ Германіи не существуетъ, потому что городъ и деревня образуютъ теперь самостоятельныя корпораціи. Вслѣдствіе этого учение о правѣ гражданства подверглось перемѣнамъ. Продолжаетъ имѣть значеніе учение о мѣстожительствѣ, съ тою, однако, разницею, что подъ нимъ разумѣется принадлежность къ опредѣленному мѣсту (а не городскому округу); оно и теперь имѣетъ важное значеніе въ вопросѣ о несеніи многихъ повинностей, о подсудности, объ обшуденіи правоотношеній по опредѣленному праву. Изложеніе всего этого относится къ другимъ юридическимъ наукамъ.

#### IV. § 25. Правоспособность физическаго лица.

(Учение о *caput* и *capitis deminutio*).

*Cohn*, Beitr. zur Bearb. des Röm. R. Heft 2. S. 41—400. 1879.—*H. Krüger*, Gesch. der *capitis deminutio*. Bd. 1. 1887.—*Savigny*, §§ 63—75. Beilage Nr. 6.—*Vangerow*, § 34.—*Brinz*, §§ 52—54. 58.—*Baron*, §§ 7—9. 11.—*Bekker*, § 53.

A. *Римское право.* Люди занимаютъ извѣстное положеніе, которое имъ предоставлено правовымъ порядкомъ<sup>1</sup> (*status*<sup>2</sup>), именно поэтому они и суть лица<sup>3</sup>; только рабы не суть лица и не имѣютъ *status*<sup>4</sup>. *Status* отдѣльныхъ людей можетъ быть различнаго содержанія; послѣднее зависитъ отъ націи, къ которой лицо принадлежит; *status* Римлянина состоитъ въ томъ, что за нимъ признается *полная* правоспособность (*caput*). *Итакъ, caput есть полная правоспособность, принадлежащая римскому гражданину*; она распадается на три составныя части<sup>5</sup>: свободу, право гражданства и принадлежность къ одной изъ цивильныхъ семей (§ 23 sub II), въ качествѣ ея главы (*paterfamilias, materfam., homo sui iuris*) или въ качествѣ члена (*filius-, filiafamilias, nepos familias* и т. д., *homo alieni iuris*, подвластное дитя). Какъ свободный, Римлянинъ не имѣетъ никакихъ преимуществъ предъ гражданами другихъ государствъ. Какъ римскій гражданинъ, онъ обладаетъ публичными пра-

<sup>18</sup> Gai. 1, 92; 3, 120; Ulp. 20, 14; 1. 17. § 1. D. de poen. 48, 19.

<sup>1</sup> 1. 2. D. de st. hom. 1, 5.—<sup>2</sup> t. D. 1. 5: de statu hominum.—<sup>3</sup> Впрочемъ, слово *status* употребляется часто въ различныхъ нетехническихъ значеніяхъ, ср. 1. 2. D. ubi pup. 27, 2; 1. 32. § 1. D. de pec. 15, 1; 1. 5. §§ 1. 2. D. de extr. cogn. 50, 13.—<sup>4</sup> 1. 3. § 1. 1. 4. D. de cap. min. 4, 5.—<sup>5</sup> 1. 11. D. de cap. min. 4, 5.

вами въ римскомъ государствѣ (*ius honorum et suffragii*) и способностью къ частнымъ правамъ гражданского права (*ius commercii et connubii*), напр., къ праву квинтиской собственности, къ *iustae nuptiae*. Какъ глава семьи, онъ хозяинъ имущества не только того, которое приобрѣлъ онъ самъ, но и того, которое приобрѣли члены его семьи (что въ императорскій періодъ подверглось значительнымъ ограниченіямъ, § 354); послѣ его смерти, если онъ не оставилъ завѣщанія, имущество *ipso iure* переходитъ къ тѣмъ членамъ семьи, которые непосредственно находятся подъ его властью (§ 407), такъ что каждый изъ нихъ становится главою болѣе тѣсной семьи, а всѣ вмѣстѣ образуютъ болѣе обширную семью (*fam. agnatorum*).—Итакъ, Римлянинъ, обладая тремя составными частями правоспособности, имѣетъ *caput*; *status Римлянина* состоитъ въ обладаніи *caput*; теряя или измѣняя одну изъ составныхъ частей *caput*, онъ испытываетъ *capitis deminutio* (*diminutio, minutio*<sup>6</sup>); *capitis deminutio* называется *maxima*, если онъ теряетъ свободу (слѣдовательно также и право гражданства и *familia*),—*media*, если онъ теряетъ право гражданства (слѣдовательно и *familia*),—*minima*, если онъ выбываетъ изъ опредѣленной гражданской семьи, къ которой онъ прежде принадлежалъ<sup>7</sup>. *Cap. dem. maxima* и *media* называется также вмѣстѣ *maior, magna*.

I. *C. d. maxima*. Обстоятельства, влекущія за собою *c. d. maxima*, въ разные періоды были различны; въ правѣ Юстиніана:—военный плѣнъ, присужденіе къ смертной казни и (до Юстиніана) къ ссылкѣ въ рудники (*servitus roeuae*), неблагодарность вольноотпущеннаго по отношенію къ патрону (*revocatio in servitutem propter ingratitudinem*), согласие достигшаго 20-ти лѣтъ свободнаго человѣка на продажу своей личности съ цѣлью обмана<sup>8</sup>. Ея дѣйствіе на имущество *capite minutus* слѣдующее: весь активъ (кромѣ чисто личнаго, который уничтожается) переходитъ къ господину раба (что не относится къ военному плѣну), или при *serv. roeuae* къ казнѣ, тоже и весь пассивъ, по крайней мѣрѣ въ объемѣ актива (это

<sup>6</sup> t. D. 4, 5; de capite minutis. t. I. 1, 16; de capitis deminutione.—

<sup>7</sup> l. 11. D. h. t. 4, 5; pr. I. h. t. 1, 16; Gai. 1, 159. sqq.; Ulp. fr. 11, 10.—

<sup>8</sup> l. 5. § 1. D. de st. hom. 1, 5; § 3. I. de iure pers. 1, 3; § 1. I. de cap. dem. 1, 16.

только по праву позднѣйшаго періода, а по *ius civile* пассивъ уничтожался<sup>9</sup>); имущество военноплѣннаго отдавалось въ управленіе куратору (§ 308)<sup>10</sup>, пока не наступала его смерть или возвращеніе изъ плѣна, въ каковомъ случаѣ оно вручалось возвратившемуся или его наслѣдникамъ; въ случаѣ возвращенія предполагалось, что онъ никогда не былъ въ плѣну (*ius postliminii*<sup>11</sup>), въ случаѣ его смерти въ плѣну предполагалось, что онъ не потерпѣлъ *cap. deminutio maxima*, а умеръ въ моментъ плѣненія (*fictio legis Corneliae*<sup>12</sup>). — *C. d. maxima* теперь невозможна: всякій человекъ обладаетъ свободою, какъ благомъ, не подлежащимъ потерѣ.

II. *C. d. media*. Обстоятельства, которыя вызываютъ *c. d. media*, суть слѣдующія: изгнаніе (въ формѣ *aqua et igni interdictio* и въ формѣ *deportatio*) и эмиграція<sup>13</sup>. Въ первомъ случаѣ весь активъ (кромѣ чисто личнаго, который уничтожается) переходитъ къ государству, которое подвергаетъ конфискаціи имущество преступника; долги по *ius civile* прекращались, по праву же позднѣйшаго періода государство отвѣчаетъ по нимъ въ размѣрѣ актива<sup>14</sup>. Во второмъ случаѣ, а равно и въ случаѣ оставленія изгнаннику имущества путемъ помилованія<sup>15</sup>, въ правахъ *capite minuti* происходитъ только та перемѣна, что они лишаются цивильнаго характера, наприм., что квинтская собственность превращается въ собственность *ex iure gentium*, законный бракъ—въ натуральный; долги, по *ius civile*, прекращались, по праву позднѣйшаго періода, вѣрители могли обратиться къ оставшемуся имуществу эмигранта или къ самому помилованному<sup>15a</sup>. — Такъ какъ изгнаніе и конфискація чужды нынѣшнему германскому уголовному праву, и иностранцы по нынѣшнему международному праву стоятъ въ частномъ правѣ наравнѣ съ туземцами, то и право гражданства теперь не оказываетъ никакого вліянія на частныя права, и *c. d. media* въ частномъ правѣ не имѣетъ никакихъ послѣдствій.

<sup>9</sup> I. 2. pr. I. 7. § 2. D. h. t. 4, 5; I. 4. l. 10. pr. § 1. D. de bon. damn. 48, 20.—<sup>10</sup> I. 15. pr. D. ex qu. c. mai. 4, 6; I. 6. § 4. D. de tut. 26, 1; I. 6. § 2. D. qu. ex. c. in. poss. 42, 4.—<sup>11</sup> § 5. I. qu. m. ius pot. 1, 12; I. 5. § 1. D. de capt. 49, 15.—<sup>12</sup> I. 1. § 1. l. 18. pr. D. ad. l. Falc. 35, 2; I. 15. pr. D. de usurp. 41, 3; I. 12. D. qui test. fac. 28, 1.—<sup>13</sup> § 2. I. h. t. 1, 16; Gai. 3, 56.—<sup>14</sup> I. 4. l. 10. pr. D. de bon. damn. 48, 20; I. 6. § 1. D. de usur. 22, 1; I. 1. § 4. D. quando de pec. 15, 2; I. 5. C. de bon. proscr. 9, 49.  
<sup>15</sup> I. 21. D. de v. s. 50, 16; I. 14. § 3. D. int. et rel. 48, 22.—<sup>15a</sup> I. 2. pr. I. 7. § 3. D. h. t. 4, 5; I. 47. pr. D. de fid. 46, 1; I. 19. D. de d. r. 45, 2; I. 14. § 2. D. de interd. et rel. 48, 22; Cic. pro Quinct. c. 19, 28.

III. *C. d. minima*. Обстоятельства, которые влекут за собою *c. d. minima*, по праву Юстиниана суть: а) во-первых, такіа, вслѣдствіе которыхъ Римлянинъ, свободный отъ отеческой власти, становится подвластнымъ<sup>16</sup> (*agrogatio, legitimatio*); б) во-вторыхъ, такіа, вслѣдствіе которыхъ подвластный Римлянинъ переходитъ на основаніи юридическаго акта подъ власть другого<sup>17</sup> (*adoptio plena*, дѣти аррогированнаго и т. д.); в) въ-третьихъ, такіа, вслѣдствіе которыхъ подвластный Римлянинъ освобождается отъ власти<sup>18</sup> (*emancipatio*). — Послѣдствія *c. d. minima* для имущества *capite minutus* были въ *ius civile* очень важны:

1. *Capite minutus* мѣняетъ по общему правилу свою прежнюю гражданскую семью на новую (*familia mutatur*<sup>19</sup>), поэтому онъ теряетъ право наследованія въ первой; эта потеря наследственнаго права постигаетъ по праву Юстиниана только того, кто былъ связанъ съ семьей только агнатски (по усыновленію) и вышелъ изъ семьи по *emancipatio* или по новому усыновленію (§ 367).

2. Въ перечисленныхъ выше *sub a.* случаяхъ аррогации и легитимации активъ *capite minuti* (кромѣ чисто личныхъ правъ, о которыхъ ниже *sub 4*) переходитъ къ его домовладыкѣ<sup>20</sup>; и это правило уже не существуетъ въ правѣ Юстиниана: домовладыка приобретаетъ на имущество *capite minuti* только usufruct<sup>21</sup>.

3. *Capite minutus* освобождается отъ своихъ долговъ, кромѣ долговъ изъ проступковъ<sup>22</sup>; но долги продолжаютъ существовать въ видѣ натуральныхъ обязательствъ<sup>23</sup>, а по праву преторскому противъ *capite minutus* можно даже предъявить искъ, какъ если бы *capitis minutio* не имѣла совсѣмъ мѣста (кредиторы возстановляются *in integrum*<sup>24</sup>, § 104); вмѣстѣ съ тѣмъ новый владыка *capite minuti* отвѣчаетъ по преторскому праву въ размѣрѣхъ приобретеннаго имъ актива<sup>25</sup>.

4. *Societas*, въ которой состоялъ *capite minutus*, прекра-

<sup>16</sup> § 3. I. h. t. 1, 16; l. 2. § 2. D. h. t. 4, 5. — <sup>17</sup> l. 3. pr. l. 11. D. h. t. 4, 5; l. 10. C. de ad. 8, 47. — <sup>18</sup> § 3. I. h. t. 1, 16; l. 3. § 1. D. h. t. 4, 5. — <sup>19</sup> l. 3. pr. l. 7. pr. l. 11. D. h. t. 4, 5; cf. § 3. I. eod. 1, 16; Ulp. fr. 11, 13. — <sup>20</sup> Gai. 3, 83; § 1. I. de acq. per. arr. 3, 10. — <sup>21</sup> § 2. I. de acq. per. arr. 3, 10. — <sup>22</sup> Gai. 3, 84; 4, 38; l. 2. § 3. D. h. t. 4, 5. — <sup>23</sup> l. 2. § 2. D. h. t. 4, 5. — <sup>24</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 4, 5. — <sup>25</sup> Gai. 3, 84; § 3. I. de acq. per. arr. 3, 10.

щается; личные сервитуты: узупруктъ и usus тоже прекращаются; и то и другое правило отмѣнено отчасти еще до Юстиніана, отчасти имъ самимъ<sup>26</sup>.

Такимъ образомъ, послѣдствія с. d. minima въ правѣ Юстиніана незначительны, но все-таки они вполне не исчезли (1. 2).

В. *Современное право*. Ученіе о caput имѣеть и теперь значеніе, но съ тѣмъ важнымъ различіемъ, что полная правоспособность (caput) принадлежитъ теперь всякому человѣку безъ исключенія и далѣе съ тѣмъ измѣненіемъ, что полная правоспособность обнимаетъ теперь принадлежность не только къ гражданской семьѣ, но и къ семьѣ *натуральной*. Ученіе же о capitis deminutio имѣеть теперь значеніе только въ тѣхъ немногихъ отношеніяхъ, въ которыхъ cap. dem. minima имѣеть значеніе въ правѣ Юстиніана (выше III. 1. 2).

### § 26. ИНЫЯ МНѢНІЯ.

Начала, изложенныя въ § 25 sub A., вообще пользуются признаніемъ; но спорны понятія status и с. d. minima.

1. *Иныя мнѣнія о status*. Преніе юристы подъ status разумѣли всѣ личныя свойства, которыя опредѣляютъ право и дѣеспособность человѣка; они различали status naturales и civiles; къ первымъ они причисляли st. humanitatis (человѣческаго образа), nativitatis (отдѣленія отъ тѣла матери), sexus, aetatis, integritatis; ко вторымъ — st. libertatis, ingenuitatis, libertinitatis, civitatis, existimationis (чести), ordinis (сословія), familiae. Теперь всѣ согласны, что эта теорія не выдерживаетъ критики и противорѣчитъ источникамъ. Господствующее въ настоящее время мнѣніе опредѣляетъ status вообще какъ положеніе человѣка, которое предоставлено ему правовымъ порядкомъ (таково и наше опредѣленіе въ § 25), но наряду съ *общимъ status* господствующее мнѣніе принимаетъ еще три *особенные status*, которые составляютъ три ступени правоспособности: st. libertatis, по которому всѣ люди распадаются на свободныхъ и рабовъ, st. civitatis, по которому люди распадаются на гражданъ и перергиновъ, и st. familiae, по которому люди распадаются на главъ семейства и подвластныхъ

<sup>26</sup> Gai. 3, 153; l. 58. § 2. l. 65. § 11. D. pro soc. 17, 2; Gai. 3, 83; l. 1. pr. D. qu. m. ususfr. 7, 4; l. 23. de ususfr. 33, 2; § 1. I. de acq. per. arr. 3. 10.

дѣтей; эти три ступени правоспособности оно выводитъ изъ трехъ общественныхъ союзовъ: свободныхъ людей, римскихъ гражданъ и семьи агнатовъ; если кто оставляетъ одинъ изъ этихъ союзовъ, то онъ терпитъ *capitis deminutio*. — Другое мнѣніе на ряду съ общимъ *status* признаетъ всѣ отношенія человѣка въ области государственнаго и семейственнаго права особенными *status*: таковы; свобода и право гражданства (*status* въ области государственнаго права), бракъ, отеческая власть, родство, *manus, servitus, patronatus, mancipium, tutela, cura* (*status* въ сферѣ частнаго права). — Оба мнѣнія противорѣчатъ источникамъ, въ которыхъ нигдѣ нѣтъ рѣчи о *status libertatis* и т. п.

2. *Иныя мнѣнія о capitis deminutio minima*. Она имѣетъ мѣсто, по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, не при всякомъ выбитіи Римлянина изъ прежней гражданской семьи, а только въ томъ случаѣ, если выбывающій терпитъ при этомъ известное умаленіе личности. По этому мнѣнію, *argogatus* самъ терпѣваетъ *c. d. minima*, но его подвластные дѣти ей не подвергаются (что находится въ прямомъ противорѣчій съ источниками<sup>1</sup>). Далѣе, *emancipatus* и *adoptatus* терпитъ *c. d. minima* только потому, что онъ, согласно древней формѣ эманципации и адопции, подвергался продажѣ; поэтому съ исчезновеніемъ этой формы (§§ 364, 366) *c. d. minima* въ этихъ случаяхъ не можетъ имѣть мѣста; однако она имѣла мѣсто въ этихъ случаяхъ какъ въ правѣ Юстиніановомъ, такъ и въ классическомъ правѣ<sup>2</sup>. Кромѣ того, *c. d. minima* прямо опредѣляется во многихъ мѣстахъ источниковъ какъ *familiae mutatio*; о мнимомъ условіи умаленія, деградации и помину тамъ нѣтъ.

## V. § 27. Вліяніе чести на правоспособность.

(Ученіе объ умаленіяхъ чести).

*Marezoll*, über die bürgerliche Ehre. 1824. — *Mandry*, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, § 8. 3. Aufl. 1885. — *Ihering*, Zweck im Recht. II, 496 ff. 1883. — *Savigny*, §§ 76—83. Beilage 7. — *Vangerow*, §§ 46—52. — *Windscheid*, § 56. — *Brinz*, § 54. — *Baron*, § 12. — *Bekker*, § 54. — *Regelsberger*, § 66.

Правоспособность физическаго лица зависитъ въ известной

<sup>1</sup> 1. 3. pr. D. de c. m. 4, 5. — <sup>2</sup> 1. 3. § 1. 1. 8. 1. 9. D. de c. m. 4, 5; § 3, I. eod. 1, 16. — <sup>3</sup> 1. 3. pr. 1. 7. pr. 1. 11. D. de c. m. 4, 5; cf. § 3. I. eod. 1, 16; Ulp. fr. 11, 13.

мѣрѣ отъ чести. Честь возникаетъ изъ согласія образа мыслей и поведенія лица съ его долгомъ (не имѣютъ чести рабы, такъ какъ они не признаются за лица<sup>1)</sup> и заключается въ признаніи этого согласія со стороны другихъ. Это признаніе доставляетъ лицу извѣстное достоинство (оскорбленіе [котораго карается, какъ iniuria], отсюда легальное опредѣленіе<sup>2)</sup>: *existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*. Это опредѣленіе также высказываетъ, что честь можетъ подлежать потерѣ или умаленію.

А. *Лишеніе чести* (*existimatio consumitur*). Оно наступаетъ при всякой *capitis deminutio maxima*, а также при той с. d. media, которая вызвана преступленіемъ<sup>3)</sup>. Соответственныя положенія римскаго права въ настоящее время не дѣйствуютъ.

В. *Умаленіе чести* (*existimatio minuitur*). Въ правѣ Юстиніана есть нѣсколько видовъ его:

I. *Intestabilitas*. Нѣкоторые уголовные законы республиканскаго періода объявили преступниковъ неспособными выступать при составленіи юридическихъ сдѣлокъ въ качествѣ свидѣтелей и пользоваться участіемъ другихъ въ качествѣ свидѣтелей; въ частности, они были неспособны сами составлять завѣщаніе и быть свидѣтелями при составленіи его другими<sup>4)</sup>. Въ правѣ Юстиніана существуетъ только незначительный остатокъ этого наказанія, бывшаго въ ходу въ древнемъ правѣ: *intestabilitas* вслѣдствіе наказанія за пасквиль<sup>5)</sup>. Современному уголовному праву чуждъ и этотъ случай.

II. *Infamia*<sup>6)</sup>, у новыхъ—*infamia iuris*, безчестіе.

1. *Возникновеніе*. Преторскій эдиктъ<sup>7)</sup> (опираясь на древнее обычное и законное право) и другіе источники права императорскаго періода устанавливаютъ безчестіе въ случаяхъ:

а. позорной отставки отъ военной службы<sup>8)</sup>.

б. осужденія въ *iudicium publicum*<sup>9)</sup>, т.-е. за преступленія,

<sup>1)</sup> § 3. I. de iniuriis 4, 4; l. 15. § 34. D. de ini. 47, 10. — <sup>2)</sup> l. 5. § 1. D. de extr. cogn. 50, 13. — <sup>3)</sup> l. 5. § 3. D. de extr. cogn. 50, 13. — <sup>4)</sup> l. 18. § 1. l. 26. D. qui test. fac. poss. 28, 1; Theoph. къ § 6. I. de test. ord. 2, 10. — <sup>5)</sup> l. 21. pr. D. de test. 22, 5; l. 5. § 9. D. de ini. 47, 10. — <sup>6)</sup> t. D. 3, 2: de his qui notantur infamia; tt. C. 2, 11: ex quibus causis infamia irrogatur; 10, 57: de infamibus. — <sup>7)</sup> l. 1. D. h. t. 3, 2. — <sup>8)</sup> l. 1. pr. l. 2. pr. §§ 1—4. D. h. t. 3, 2. — <sup>9)</sup> l. 7. D. de publ. iud. 48, 1; l. 56. D. pro soc. 17, 2.

слѣдствие по которымъ установлено комиціальными законами при Суллѣ, Помпее, Цезарѣ, Октавіанѣ (*leges iudiciorum publicorum*)<sup>10</sup>.

с. осужденія за нѣкоторыя *delicta privata*<sup>12</sup>, а равно и въ случаѣ мировой сдѣлки такого преступника съ потерпѣвшимъ. Сюда относятся слѣд. *delicta privata: furtum, rapina, iniuria, dolus, sepulcri violatio*.

d. осужденія по нѣкоторымъ обязательствамъ (такъ наз. *contractus famosi*): вслѣдствіе *actio directa tutelae, mandati, pro socio, depositi*<sup>14</sup>, прежде также *fiduciae*.

е. отрѣшенія опекуна отъ должности за *dolus*<sup>16</sup>.

f. нарушенія нѣкоторыхъ брачныхъ законовъ, какъ-то: преждевременный бракъ (что отмѣнено каноническимъ правомъ, § 351), двоебрачіе<sup>17</sup>, двойное обрученіе<sup>18</sup>.

g. безнравственныхъ промысловъ: проституціи женщинъ (*conpore quaestum facere*)<sup>21</sup>, *mulebria patri* со стороны мужчины<sup>22</sup>, промысла сводничества<sup>23</sup>.

h. нѣкоторыхъ пользовавшихся дурною славою промысловъ: актеровъ и бойцовъ со звѣрями<sup>24</sup>, и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ<sup>25—34</sup>.

Каноническое право<sup>35</sup> прибавило кровосмѣшеніе, а постановленія императоровъ Фридриха I и II<sup>36</sup> и имперскіе законы<sup>37</sup>—еще нѣкоторые другіе случаи.

<sup>10</sup> 1. 1. D. de publ. iud. 48, 1.—<sup>11</sup> 1. 5. § 1. C. ad. 1. Inl. maiest. 9, 8.—  
<sup>12</sup> 1. 1. 1. 4. § 5. D. h. t. 3, 2; 1. 1. § 4. D. de d. m. 4, 3; 1. 5. l. 8. C. h. t. 2, 11; 1. 1. D. de sep. viol. 47, 12.—<sup>13</sup> 1. 7. D. de publ. iud. 48, 1; 1. 12. C. h. t. 2, 11.—<sup>14</sup> 1. 1. D. h. t. 3, 2.—<sup>15</sup> 1. 11. C. h. t. 2, 11; 1. 8. C. qui bon. ced. poss. 7, 11.—<sup>16</sup> 1. 3. § 18. D. de susp. tut. 26, 10.—<sup>17</sup> 1. 18. C. ad. 1. Inl. de ad. 9, 9; 1. 1. D. h. t. 3, 2.—<sup>18</sup> 1. 1. D. h. t. 3, 2.—<sup>19</sup> 1. 66. pr. D. de r. n. 23, 2; 1. 7. C. de int. matr. 5, 6.—<sup>20</sup> 1. 43. §§ 12. 13. D. de r. n. 23, 2.—  
<sup>21</sup> 1. 24. D. h. t. 3, 2; 1. 43. pr. §§ 1—5. D. de r. n. 23, 2.—<sup>22</sup> 1. 1. § 6. D. de post. 3, 1.—<sup>23</sup> 1. 1. 1. 4. §§ 2. 3. D. h. t. 3, 2.—<sup>24</sup> 1. 1. 1. 2. § 5. 1. 3. 1. 4. pr. § 1. D. h. t. 3, 2; 1. 1. § 6. D. de post. 3, 1; 1. 21. C. h. t. 2, 11.—  
<sup>25</sup> 1. 20. C. h. t. 1, 11.—<sup>26</sup> 1. 43. C. de transact. 2, 4.—<sup>27</sup> 1. 6. § 3. D. de decur. 50, 2; 1. 1. C. ut intra cert. t. 9, 44; 1. 2. C. ad. set. Turp. 9, 45.—  
<sup>28</sup> 1. 3. C. de req. reis 9, 40.—<sup>29</sup> 1. 2. C. de poen. iud. 7, 49; 1. 1. C. cust. reor. 9, 4; 1. 8. § 2. C. ad. 1. Inl. mai. 9, 8.—<sup>30</sup> 1. 6. § 1. C. de post. 2, 6.—  
<sup>31</sup> 1. 19. C. de app. 7, 62.—<sup>32</sup> 1. 3. C. ut lite pend. 1, 21; 1. 5. § 2. C. ad. 1. Inl. mai. 9, 8.—<sup>33</sup> 1. 2. C. de leg. 1. 14.—<sup>34</sup> 1. 18. § 7; 1. 2. pr. D. de i. f. 49, 14.—<sup>35</sup> c. 4. C. 3. qu. 4; c. 2. C. 35. qu. 2 et 3.—<sup>36</sup> Auth. habita къ 1. 5. C. ne fil. pro patre 4, 13; Auth. agricultores къ 1. 8. C. quae res. pign. 8, 16.—<sup>37</sup> R. A. v. 1531. § 80; R. P. O. v. 1577. Tit. 23. § 2; R. A. v. 1670. § 10.  
<sup>38</sup> Art. 107.

Случаи а—е названы новыми юристами *infamia mediata*, потому что они предполагают судебный приговоръ, прочіе случаи—*infamia immediata*.

2. *Прекращеніе*. *Infamia* по общему правилу пожизненна, слѣдовательно не прекращается ни истеченіемъ срока наказанія, ни простымъ помилованіемъ<sup>39</sup>. Снимается она въ каждомъ случаѣ особымъ актомъ реституціи (*famae restitutio*); всѣ виды безчестія прекращаются обратнымъ предоставленіемъ отъ государя чести, *infamia mediata*—уничтоженіемъ акта, повлекшаго за собою безчестіе<sup>40</sup>.

3. *Послѣдствія*. *Infamis* теряетъ публичныя права гражданина (*ius honorum et suffragii*)<sup>42</sup>, по нотаріальному уставу 1512-го года<sup>43</sup> онъ не можетъ быть нотаріусомъ, по германскому обычному праву онъ не допускается также къ участию въ цехахъ и биржѣ. — *Infamis* теряетъ по преторскому эдикту<sup>44</sup> право ходатайствовать въ судѣ (*postulare*) за кого либо другого, кромѣ близкихъ лицъ; поэтому онъ неспособенъ ни вести процессъ въ качествѣ представителя другого<sup>45</sup>, ни вчинить акцію *popularis*<sup>46</sup>; онъ также не можетъ пользоваться представительствомъ другихъ въ своемъ процессѣ<sup>47</sup>. — Если кто назначилъ своимъ наслѣдникомъ безчестное лицо, и своимъ братьямъ и сестрамъ не оставилъ даже обязательной доли, то они могутъ оспорить завѣщаніе (посредствомъ *querela inofficiosi testamenti*<sup>48</sup>, § 415). — Юстиніанъ объявилъ только людей несомнѣнно доброй славы способными къ свидѣтельствуванію<sup>49</sup> и слѣдовательно отказалъ *infames* въ способности быть свидѣтелями. —

4. *Современное право*. До XIX столѣтія *infamia* признавалась за дѣйствующее юридическое понятіе (и часто упоминается въ каноническомъ правѣ<sup>50</sup> и въ германскихъ имперскихъ законахъ<sup>51</sup>); только на практикѣ она была очень ограничена; такъ наз. *inf. immediata* на практикѣ совсѣмъ перестала существовать, а изъ области примѣненія *inf. mediata* были

<sup>39</sup> l. 3. C. de gen. abol. 9. 43.—<sup>40</sup> l. 1. § 10. D. de post. 3. 1. — <sup>41</sup> l. 13. § 7. D. h. t. 3, 2; l. 10. § 2. D. de poen. 48, 19; l. 4. C. h. t. 2, 12.—<sup>42</sup> l. 2. l. 12. C. de dign. 12, 1. — <sup>43</sup> Tit. 1. § 2. — <sup>44</sup> l. 1. §§ 5. 7. 8. D. de post. 3, 1; §§ 11. I. de exc. 4, 13; c. 1. c. 2. C. 3. qu. 7.—<sup>45</sup> Paul. sent. rec. I, 2; §§ 1. 3; Vat. fr. 322 — 324; l. 1. §§ 5 — 11. l. 2. l. 3. pr. l. 9. D. de post. 3, 1.—<sup>46</sup> l. 4. D. de pop. act. 47, 23. — <sup>47</sup> § 11. I. de exc. 4, 13. — <sup>48</sup> l. 27. C. de inoff. test. 3, 28. — <sup>49</sup> Nov. 90. c. 1; cf. l. 14. l. 15. pr. l. 21. pr. D. de test. 22, 5; l. 20. § 5. D. qui test. 28, 1; l. 18. C. de testibus 4, 20.—<sup>50</sup> Ср. цитату въ пр. 35.—<sup>51</sup> Ср. цитату въ пр. 36—38 и 43.

взяты случаи осужденія по гражданскому иску (выше 1. d), такъ что *infamia* осталась только какъ послѣдствіе осужденія за выше перечисленные преступленія. Но въ 19-мъ столѣтіи многіе писатели стали отрицать *infamia* даже въ этомъ ограниченномъ примѣненіи, потому что нѣкоторые послѣдствія ея (неспособность къ почестямъ, должностямъ и т. п.) касаются институтовъ публичнаго права и поэтому отъ нормъ римскаго права зависѣть не могутъ, другія же послѣдствія (оспариваемость завѣщанія, неспособность быть свидѣтелемъ) касаются не *infames*, какъ таковыхъ, а *всѣхъ* людей съ дурною славою. Опять измѣнилось положеніе этого спорнаго вопроса съ изданіемъ уголовного уложенія для Германской имперіи въ 1871 г.; въ §§ 31 и сл. въ немъ установлены новыя наказанія, касающіяся чести, которыя уничтожаютъ вполнѣ или ограничиваютъ *публичныя* права наказаннаго, но на гражданскія права по общему правилу не оказываютъ никакого вліянія. Отсюда слѣдуетъ несомнѣнно, что римскія нормы объ *infamia* вполнѣ устранены.

III. *Такъ наз. infamia facti.* Рядомъ съ *infamia* бывають извѣстные случаи, когда нравственное сужденіе людей (общественное мнѣніе)<sup>52</sup> не признаетъ за кѣмъ либо полной чести; причиною этого можетъ быть или дурной поступокъ даннаго лица (въ частности преступленіе, оставшееся безнаказаннымъ по случайнымъ причинамъ)<sup>53</sup>, или предосудительный образъ жизни (напр., расточительность)<sup>54</sup>. Такое умаленіе чести источникъ<sup>55</sup> именуется *turpitude*, *facti infamia*, новые юристы называютъ его *inf. facti*. Римское право приравнивало подлежащихъ лицъ къ *infames* относительно неспособности къ должностямъ и почестямъ и относительно оспариваемости завѣщанія, въ которомъ они предпочтены братьямъ и сестрамъ наследодателя<sup>56</sup>; кромѣ того, судья обязанъ устранять безнравственныхъ тамъ, гдѣ имѣетъ значеніе нравственная оцѣнка лица<sup>57</sup> (напр., при допущеніи къ свидѣтельству, назначеніи опекуна). — Наравнѣ съ *turpes* Римляне<sup>58</sup> ставятъ людей, занимающихся презираемымъ промысломъ: шпіоновъ таможенной полиціи (*stationarii*), погребальныхъ служителей (*libitinarii*) и т. п.; они

<sup>52</sup> 1. 42. D. de v. s. 50, 16.—<sup>53</sup> 1. 2. pr. D. de obseq. 37, 15; 1. 8. 1.9. D. de acc. 48, 2; 1. 24. C. ad 1. Iul. de ad. 9, 9; 1. 17. 1. 19. C. ex qu. e. inf. 2. 11.—<sup>54</sup> 1. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.—<sup>55</sup> 1. 2. C. de dign. 12, 1; 1. 27. C. de inoff. test. 3, 28.—<sup>56</sup> 1. 2. D. de senat. 1, 9; 1. 2. C. de dign. 12, 1; 1. 27. C. de inoff. test. 3, 28.—<sup>57</sup> 1. 3. pr. D. de test. 22, 5; 1. 17. § 1. D. de test. tut. 26, 2; 1. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3; 1. 3. § 4. D. de exh. lib. 43, 30.—<sup>58</sup> 1. 6. C. de dign. 12, 1; Nov. 90. c. 1; 1. 27. C. de inoff. test. 3, 28; 1. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.

называются *viles, abiectae personae*; на нихъ лежитъ *levis notae macula*. Отъ этой категоріи лицъ слѣдуетъ отличать *humiles, humiliiores*, т.-е. лицъ низшихъ классовъ, которымъ запрещалось вчинять противъ знатныхъ (*honestiores*, т. е. членовъ *ordo senatorius* и *ordo equester*) иски, затрагивающіе честь<sup>59</sup>. Всѣ согласны въ настоящее время, что римскія нормы о *viles* и *humiles* теперь уже не имѣютъ силы; но и тѣ нормы, которыя касаются *turpes*, тоже не могутъ признаваться дѣйствующими послѣ изданія германскаго уголовнаго уложенія въ 1871 г. (выше sub П. 4. кон.); это, однако, не всѣми признано.

## VI. § 28. Вліяніе религіи на правоспособность физическаго лица.

*Savigny*, § 84.—*Vangerow*, § 40.—*Windscheid*, § 55.—*Baron*, § 13.—*Regelsberger*, § 68.

Во времена язычества религія не служила основаніемъ различія въ юридическомъ положеніи людей: хотя каждый *гражданинъ* долженъ былъ исповѣдывать государственную религію (потому что какъ и повсюду въ древности, такъ и въ Римѣ религія есть институтъ государственный)<sup>1</sup>, но у покоренныхъ племенъ Римляне терпѣли и другую вѣру, если она не представлялась опасною для государства<sup>2</sup>; ибо съ прекращеніемъ существованія чужого государства и чужая религія теряетъ свое національное значеніе; во время императоровъ и гражданамъ даже разрѣшалось исповѣдывать неопасную для государства религію<sup>3</sup>, христіанская же вѣра преслѣдовалась, какъ опасная для государства. Когда же христіанство сдѣлалось государственною религіею, то хотя никто не исключался изъ числа гражданъ за свою вѣру, но постепенно съ религіею стали связываться важныя различія въ юридическомъ положеніи. Право Юстиніана постановляетъ слѣдующее:

1. Язычники и іудеи отъ рожденія не подвергаются преслѣдованію<sup>4</sup>, но не могутъ занимать никакихъ должностей<sup>5</sup>, кромѣ должности декуріоновъ<sup>6</sup> (участія въ муниципальномъ совѣтѣ, соединеннаго съ потерей времени и большими издержками и поэтому всѣми избѣгаемаго); они не могутъ держать

<sup>59</sup> 1. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.

<sup>1</sup> Cic. pro Flacco 28. § 69.—<sup>2</sup> 1. 15. § 6. D. de exc. 27, 1; 1. 3. § 3. D. de dec. 50, 2.—<sup>3</sup> 1. 5. §§ 1. 3. D. de iurei. 12, 2; 1. 3. § 3. D. de decur. 50, 2.—<sup>4</sup> 1. 6. C. de pag. 1, 11.—<sup>5</sup> 1. 19. C. de iud. 1, 9; 1. 10. C. de pag. 1, 11.—<sup>6</sup> Nov. 45. proem.

рабовъ-христіанъ<sup>7</sup>; евреи не могутъ вступать въ бракъ съ христіанами<sup>8</sup>, они живутъ по римскому, а не по моисееву праву<sup>9</sup>.

2. Вѣроотступники (apostatae), т.-е. лица, которыя оставили христіанство и перешли къ языческой или еврейской вѣрѣ, лишаются еще права составлять завѣщанія, наслѣдовать и совершать отчужденія между живыми<sup>10</sup>, а иногда также подвергаются уголовному наказанію<sup>11</sup> (напр., если отступило отъ вѣры духовное лицо).

3. Еретики лишены права занимать должности, кромѣ декуріонской<sup>12</sup>; они не могутъ наслѣдовать и получать отказы; они могутъ совершать даренія или отказы только въ пользу правовѣрныхъ<sup>13</sup>; ихъ свидѣтельство противъ правовѣрныхъ не имѣетъ силы<sup>14</sup>; женщины-еретички не имѣютъ *privilegia dotis*<sup>15</sup> и должны давать приданое своимъ правовѣрнымъ дочерямъ<sup>16</sup>. Еще большимъ ограниченіямъ подвергаются нѣкоторыя секты, въ особенности Манихеевъ и Донатистовъ<sup>17</sup>; они вполне неспособны къ юридическимъ сдѣлкамъ; ихъ имущество подлежитъ конфискаціи.

Развитіе въ средніе вѣка и новое время излагается въ наукѣ германскаго права; здѣсь же мы сообщимъ только его окончательные результаты. Союзный Актъ (Bundesacte) 1815 г. § 16 доставилъ христіанскимъ религіознымъ партіямъ полное равенство въ области публичнаго и частнаго права. Относительно евреевъ онъ резервировалъ изданіе особыхъ постановленій будущему законодательству. По закону Сѣверо-Германскаго Союза 3-го іюля 1869 г. (который впоследствии получилъ силу имперскаго закона) частныя и публичныя права гражданъ не зависятъ отъ вѣроисповѣданія.

## РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

### Юридическое лицо.

#### I. § 29. Введеніе.

*Salkowski*, Bemerk. z. Lehre v. d. jur. Personen. 1868.—*Böhlau*, Rechtssubject u. Personenrolle. 1871.—*Zitelmann*, Begriff u. Wesen der sog. jur. Personen. 1873.—*Hölder*, über das Wesen der juristischen Person. 1886.—*G. Rümelin*, Methodisches über juristische Personen. 1891.—*Windscheid*, § 49.—*Brinz*, §§ 59—63. 432—454.—*Baron*, § 61.—*Bekker*, §§ 42. 59.—*Regelsberger*, §§ 75. 76.

Какъ все право существуетъ ради людей (*hominum causa*)

<sup>7</sup> 1. 1. 1. 2. C. ne Christ. manc. 1, 10.—<sup>8</sup> 1. 6. C. de Ind. 1, 9.—<sup>9</sup> 1. 7. 1. 8. C. de Ind. 1, 9.—<sup>10</sup> 1. 2. 1. 4. C. de apost. 1, 7.—<sup>11</sup> 1. 1. 1. 6. C. de apost. 1, 7.—<sup>12</sup> 1. 3. 1. 7. C. de haer. 1, 5; 1. 49. C. de decur. 10, 31.—<sup>13</sup> 1. 17. 1. 18. 1. 19. 1. 22. C. de haer. 1, 5; Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 8.—<sup>14</sup> 1. 21. C. de haer. 1, 5.—<sup>15</sup> Nov. 109. c. 1.—<sup>16</sup> 1. 19. § 1. C. de haer. 1, 5.—<sup>17</sup> 1. 4. 1. 5. C. de haer. 1, 5.

omne ius constitutum est)<sup>1</sup>, такъ и имущественныя права предназначены только для людей; права *принадлежатъ* людямъ, т.-е. каждый человѣкъ распоряжается своими имущественными правами по своему усмотрѣнію, правильнѣе: каждый человѣкъ опредѣляетъ по своему усмотрѣнію цѣли, которымъ должны служить его имущественныя права. Но есть цѣли, которыя выходятъ за предѣлы цѣлей *отдѣльнаго* лица. Если цѣль относится къ нѣсколькимъ живымъ людямъ, то они употребляютъ обыкновенно все свое имущество или части его на достиженіе этой цѣли сообща (соединяясь въ товарищества, *societas*, § 300). Но если цѣль превышаетъ потребности и силы опредѣленныхъ живыхъ людей и требуетъ соединенія не только людей, живущихъ въ одно время, но и *сменяющихся поколѣній* (жители одного мѣста, граждане одного государства, члены одного учрежденія, одного цеха), или даже всего человѣчества (цѣль почитанія Бога, благотворительной дѣятельности, распространенія образованія), то она можетъ быть съ успѣхомъ достигана только при томъ условіи, чтобы извѣстныя имущества были исключительно предназначены для ея постоянного осуществленія. Если это условіе на дѣлѣ исполняется, т.-е. если извѣстная сумма имущества исключительно посвящается для осуществленія опредѣленной цѣли, то эта цѣль уподобляется человѣку: право надѣляетъ ее тою же способностью къ имущественнымъ правамъ, что и отдѣльнаго человѣка; *эта цѣль фактивно возводится въ лицо*, и поэтому объ учрежденіяхъ, въ которыхъ цѣль воплощается, источники говорятъ: *personae vice, privatorum loco est*<sup>1a</sup>; такое учрежденіе называется собственникомъ, наследникомъ, кредиторомъ, должникомъ<sup>2</sup>; община именуется *persona publica, persona coloniae*<sup>2a</sup>; новые юр. употребляютъ выраженія: юридическое, фиктивное лицо, прежде также—моральное, мистическое лицо. Эти выраженія оправдываются тѣмъ, что и въ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ мы здѣсь говоримъ, имущество служитъ цѣлямъ человѣка, но не человѣка въ его обыкновенномъ проявленіи (отдѣльнаго человѣка, *singularis persona*<sup>3</sup>), а нѣсколькихъ людей или даже всего че-

<sup>1</sup> l. 2. D. de statu hom. 1, 5.—<sup>1a</sup> l. 22. D. de fidei. 46, 1; l. 16. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> l. 7. § 1. l. 4. D. quod cui. univ. 3, 4; l. 49. § 4. C. de episc. 1, 3.—<sup>2a</sup> Относит. agrimensores, ср. die Röm. Feldmesser въ Лакмана изданія р. 16. 54.—<sup>3</sup> l. 9. § 1. D. quod met. 4, 2.

ловѣчества, которое продолжаетъ существовать въ смѣняющихся поколѣніяхъ. Точнѣе: всякое имущество служить человѣческимъ цѣлямъ; обыкновенно эти цѣли опредѣляются *свободною* волею отдѣльныхъ людей для отдѣльныхъ случаевъ, и поэтому именно люди являются субъектами права; въ видѣ исключенія бываетъ, что цѣли опредѣлены *разъ навсегда*, такъ что въ нихъ заключается продуктъ *фиксированной неизмѣнной* воли. Эти постоянныя цѣли, установленныя неизмѣнною волей, получаютъ независимость отъ живущихъ людей и такую самостоятельность, что онѣ опредѣляютъ судьбу посвященнаго имъ имущества, а живые люди—не больше, какъ ихъ органы. Но такъ какъ правоспособность принадлежитъ человѣку лишь потому, что онъ *свободною* волей опредѣляетъ свои цѣли, то возникаетъ потребность въ фикціи, чтобы упомянутымъ неизмѣннымъ цѣлямъ приписать известную долю правоспособности (имущественную правоспособность, см. § 30). *Содержаніе этой фикціи состоитъ въ приравненіи неизмѣнно установленныхъ, фиксированныхъ цѣлей къ человеку, свободно опредѣляющему свои цѣли.*

На ряду съ изложеннымъ воззрѣніемъ слѣдуетъ отмѣтить двѣ иныя новыя теоріи:

1. Нѣкоторые новыя юристы отвергаютъ понятіе и терминъ «фиктивное лицо», считая союзы людей (жителей одного мѣста, гражданъ одного государства, членовъ цеха, учрежденія) такими общественными единицами, существованіе которыхъ вовсе не фиктивно, а проистекаетъ изъ природы людей. Необходимо согласиться, что союзы людей образуются сами собою уже въ древнѣйшія времена; когда отдѣльные люди уже не удовлетворяются и не ограничиваются болѣе одною семейною жизнью, и для нихъ получаютъ значеніе общіе интересы, основанные на мѣстномъ общеніи и одинаковости занятій, то появляется безчисленное множество общественныхъ союзовъ. Но всѣ эти союзы, хотя они и являются общественными единицами, не составляютъ *естественныхъ* индивидовъ и поэтому лишены естественной воли.

2. Нѣкоторые юристы новѣйшаго времени (Бринць и др.) хотятъ совсѣмъ отбросить понятіе юридическаго лица и замѣнить его понятіемъ имущества, предназначеннаго для какой либо цѣли, «цѣлевого имущества» (Zweckvermögen). Они признаютъ только одно лицо (физическое), но различаютъ два вида

имущества: одно, которое имѣеть хозяина, принадлежить какому либо человѣку; другое, которое не имѣеть субъекта, предназначено для какой либо цѣли (права безъ субъектовъ). Это воззрѣніе несогласимо съ изложеннымъ выше понятіемъ права въ субъективномъ смыслѣ; если послѣднее есть господство, то безсубъектныя права немислимы. Но это воззрѣніе чуждо также и источникамъ римскаго права; ибо источники разсматриваютъ самоѣ цѣль или учрежденіе, въ которомъ она внѣшнимъ образомъ проявляется, какъ хозяина имущества<sup>4</sup>. Для того, чтобы эту теорію сдѣлать возможною, необходимо было бы измѣнить понятіе субъективнаго права и долга (обязательства); пока подъ первымъ мы разумѣемъ господство, полномочіе дѣйствовать, подъ вторымъ—ограниченіе свободы дѣйствій, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы цѣль имѣла права и обязанности, чтобы цѣль была собственникомъ, кредиторомъ, должникомъ, если мы не возведемъ цѣль посредствомъ фикціи въ юридическое лицо. Но насколько мало желательно измѣненіе упомянутыхъ понятій, настолько полезно сохранить понятіе юридическаго лица.

## II. § 30. Понятіе и виды юридическихъ лицъ.

*Savigny*, §§ 85—88. 101. 103.—*Vangerow*, §§ 53. 58. 59.—*Windscheid*, § 57.—*Brinz*, §§ 34. 35. 433—440.—*Baron*, § 62.—*Bekker*, §§ 60. 66.

*Юридическое лицо есть дозволенная постоянная цѣль, которой нормою права предоставлена (хотя и не полная правоспособность, но все-таки) способность къ имущественнымъ правамъ.* Цѣль можетъ быть различная: религіознаго, нравственнаго, общепользнаго, промышленнаго свойства; поэтому и юридическія лица весьма разнообразны; въ правѣ Юстиніана находимъ слѣдующія:

1. Государство<sup>1</sup>, которое въ качествѣ хозяйственной личности называется *fiscus*, *aerarium*. Во время республики существовало только послѣднее названіе (*aerarium populi Romani*, *aerarium Saturni*); вѣроятно, Августъ учредилъ *fiscus Caesaris*, обнимавшій государственное имущество, подчиненное императору; когда въ 3-мъ вѣкѣ у *aerarium populi* были отняты

<sup>4</sup> См. мѣста примѣч. 1. 2. 3.

<sup>1</sup> t. D. 49, 14; C. 10, 1; de iure fisci.

главные источники доходовъ, то оно прекратило свое существованіе, а названіе *aerarium* было присвоено фиску, такъ что съ этого времени выраженія *fiscus* и *aerarium* безразлично употребляются для обозначенія государственнаго имущества<sup>2</sup>; отъ послѣдняго слѣдуетъ отличать императорское частное имущество, какъ *patrimonium principis*, *ratio privata principis*, *res dominicae*<sup>3</sup>. Новые юристы для обозначенія государственнаго имущества пользуются обыкновенно словомъ *fiscus*. — Фиску принадлежит много привилегій, которыя по большей части распространяются также на государя и его супругу<sup>4</sup>; объ этихъ привилегіяхъ мы будемъ говорить ниже при отдѣльных институтахъ. Безъ прямого опредѣленія закона фискъ не можетъ претендовать ни на какія привилегіи, а подлежить общему праву; таковъ смыслъ изреченія источниковъ: *non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*<sup>7</sup>, которое многіе ложно понимаютъ въ томъ смыслѣ, что во *всякъ* сомнительныхъ спорныхъ случаяхъ фискъ долженъ уступать (*in dubio contra fiscum*). — Управление государственнымъ имуществомъ происходитъ по различнымъ вѣдомствамъ въ особыхъ отдѣленіяхъ (*stationes fisci*), и притомъ такъ, что каждое отдѣленіе ведетъ свои счета вполне независимо отъ другого; поэтому требованіе противъ одной *statione* не можетъ быть компенсировано долгомъ въ пользу другой<sup>8</sup>; но эти отдѣленія вовсе не представляютъ самостоятельныхъ юридическихъ лицъ<sup>9</sup>; поэтому они не могутъ заключать другъ съ другомъ договоры или предъявлять иски другъ противъ друга.

2. Политическіе союзы въ предѣлахъ государственной территоріи: общины, въ источникахъ называемыя *civitas*, *municipes*, *municipium*, *respublica*, *vicus*, *colonia*<sup>9a</sup>; сюда же относятся и болѣе обширные союзы—провинціи (въ Германіи также *Bezirke* и *Kreise*).

<sup>2</sup> § 13. I. de usuc. 2, 6; l. 13. pr. §§ 1. 3. 4. l. 15. § 5. D. h. t. 49, 14; l. 1. § 9. D. ad l. Corn. de fals. 48, 10; l. 3. C. de quadr. praeser. 7, 37.—<sup>3</sup> l. 6. § 1. D. h. t. 49, 14; l. 3. C. de quadr. praeser. 7, 37.—<sup>4</sup> l. 6. § 1. D. h. t. 49, 14; l. 3. C. de quadr. praeser. 7, 37; § 14. I. de usuc. 2, 6.—<sup>5</sup> l. 1. §§ 3. 4. 5. D. h. t. 49, 14.—<sup>6</sup> l. 1. §§ 1. 2. D. h. t. 49, 14.—<sup>7</sup> l. 10. D. h. t. 49, 14; cf. l. 45. § 10. l. 47. pr. eod.; l. 2. C. ne uxor 4, 12; l. 3. C. de fisc. us. 10, 8.—<sup>8</sup> l. 1. C. de comp. 4, 31.—<sup>9</sup> l. 2. C. de sol. 8, 42; l. 1. C. ne fisc. rem. 10, 5.—<sup>9a</sup> l. 15. D. de v. s. 50, 16; l. 73. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 22. D. de fidei. 46, 1.

3. Военныя группы, легионы <sup>10</sup> и т. п.

4. Коллеги жрецовъ и жриць (наприм., *coll. pontificum, augurum, fetialium, virgines vestales*), а также и общества гражданъ для религиозныхъ цѣлей (*collegia templogum*) <sup>11</sup>.

5. Общества должностныхъ лицъ, въ частности персоналъ писцовъ и счетоводовъ, который былъ занятъ во всѣхъ отдѣлахъ публичной службы (*decuriae scribarum seu librariorum, fiscalium*) <sup>12</sup>, и муниципальный совѣтъ (*ordo decurionum, curia*) <sup>13</sup>.

6. Промышленныя общества. Сюда, во-первыхъ, относятся цехи ремесленниковъ, которые связываются однородностью, а не общностью работы (*collegia pistorum, fabrorum, naviculariorum*) <sup>14</sup>, далѣе, нѣкоторыя общія промышленныя предприятия: *societates publicanorum* <sup>15</sup>, которыя будутъ болѣе подробно описаны въ § 303.

7. Союзы для взаимнаго общенія: *sodalitates, sodalicia, collegia sodalicia*. Первоначально это были собранія для общаго богослуженія и трапезы; къ концу республики, во время внутреннихъ безпорядковъ, они сдѣлались центромъ интригъ и происковъ демагоговъ, поэтому ихъ неоднократно закрывали; въ императорское время былъ изданъ законъ, по которому эти и промышленныя (6) общества могли быть основаны только съ дозволенія высшихъ государственныхъ учреждений (императора или сената), и дозволеніе давалось только по особымъ основаніямъ <sup>16</sup>.

8. Общества взаимнаго вспомошествованія: *collegia tenuiorum* <sup>17</sup>, т. е. общества людей низшихъ классовъ (ихъ членами могли быть и рабы съ разрѣшенія господъ), въ частности, общества для обезпеченія своимъ членамъ приличнаго погребенія (*collegia funeraticia*).

9. Учрежденія для преслѣдованія дозволенныхъ цѣлей, такъ

<sup>10</sup> I. 6. § 7. i. f. D. de ini. test. 28, 3; l. 2. C. de her. dec. 6, 62; cf. l. 30. pr. D. de usuc. 41, 3.—<sup>11</sup> l. 38. § 6. D. de leg. 3 (32).—<sup>12</sup> l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1; l. 22. D. de fidei. 46, 1; l. 25. § 1. D. de a. v. o. h. 29, 2; t. C. 11, 13; de decurialibus urbis Romae. —<sup>13</sup> l. 4. C. de her. dec. 6, 62; Nov. 38. c. 1. c. 2. —<sup>14</sup> l. 1. pr. D. quod cui. univ. 3, 4; l. 5. § 13. D. de i. imm. 50, 6.—<sup>15</sup> l. 1. pr. § 1. D. quod cui. univ. 3, 4; l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1; l. 31. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 59. pr. D. pro soc. 17, 2.—<sup>16</sup> l. 1. 2. l. 3. D. de coll. 47, 22; l. 1. pr. D. quod cui. univ. 3, 4.—<sup>17</sup> l. 1. pr. l. 3. § 2. D. de coll. 47, 22.

наз. *ria cogroga*, *riae causae*. До принятія христіанства, какъ государственной религіи, ихъ было очень немного: нѣкоторые храмы получили отъ императора или сената путемъ особой привилегіи способность къ наслѣдованію <sup>18</sup>. Со введеніемъ христіанства права юридическаго лица были сообщены учрежденіямъ, предназначеннымъ для христіанскаго богопочитанія и для благотворительной дѣятельности въ пользу бѣдныхъ, больныхъ, пилигриммовъ, старцевъ, дѣтей <sup>19</sup>. Въ средніе вѣка права юридическихъ лицъ получили также и учрежденія, предназначенныя для распространенія образованія, какъ то: школы, библіотеки, музеи; такимъ образомъ, выраженіе *ria cogroga*, *riae causae* перестало быть исчерпывающимъ.

Цѣль учрежденія допускаетъ ограниченія, въ частности по мѣсту; такъ, есть госпитали для больныхъ такого то мѣста, стипендіи для юношей, уроженцевъ такой то мѣстности, принадлежащихъ къ такой то фамиліи, учащихся въ такомъ то университетѣ.

Перечисленныя юридическія лица (кромѣ фиска) дѣлятся на два класса: на корпораціи и учрежденія. Понятіе корпораціи (въ источникахъ обыкновенно называемой *universitas*, *cogrus* <sup>20</sup>, рѣдко *cogrogratio* <sup>21</sup>, теперь часто *universitas personarum*) обнимаетъ случаи, приведенные выше подъ 2—8; поэтому *корпорація есть такое лицо, субстратомъ котораго и внѣшнимъ проявленіемъ служатъ члены*; но корпорація вовсе не тождественна съ членами, участвующими въ ней въ опредѣленный моментъ; напротивъ, природа корпораціи не измѣняется смѣною нѣкоторыхъ или даже всѣхъ членовъ <sup>22</sup> (§ 35 № 2).—Учрежденіе (теперь называемое *universitas bonorum, rium cogrus, ria causa*) обнимаетъ случаи, указанные sub 9; *это есть такое юридическое лицо, которое лишено всякаго видимаго субстрата*; таковымъ нельзя признать тѣхъ людей, которые получаютъ пособія отъ учрежденія, наприм., инвалидовъ инвалиднаго дома, сиротъ сиротскаго пріюта.—Есть нѣкоторыя юридическія лица, которыя принадлежатъ къ обоимъ классамъ, отличаясь переходнымъ характеромъ; такъ, церковная община есть корпорація, потому что имѣетъ участниковъ-членовъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ она и учрежденіе, потому что предѣлы ея дѣятельности не ограничиваются этими

<sup>18</sup> Ulp. fr. 22, 6. — <sup>19</sup> l. 1. 1. 23. l. 26. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 38. C. de ep. 1, 3. <sup>20</sup> l. 1. pr. §§ 1. 3. l. 2. l. 7. § 2. D. quod cui. univ. 3, 4.—<sup>21</sup> Nov. Severi II; cf. l. 5. C. de comm. 4, 63; l. un. C. de priv. corporatorum 11, 14.—<sup>22</sup> l. 7. § 2. D. quod cui. univ. 3, 4.

членами. Нѣкоторыя юридическія лица принадлежали въ исторіи то къ одному, то къ другому классу; такъ, университеты, которые первоначально представляли корпораціи то профессоровъ, то студентовъ, въ новое время вполнѣ превратились въ учрежденія.

Спорно, слѣдуетъ-ли причислять къ юридическимъ лицамъ:

а. Рядъ представителей государственной власти или государственной должности; рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ государственнаго устройства; по началамъ римскаго государственнаго устройства вопросъ рѣшается утвердительно: ибо отъ казъ, назначенный просто «государю» или «такой-то должности», признается дѣйствительнымъ<sup>23</sup>. И въ каноническомъ правѣ имѣется положеніе: *sedes apostolica non moritur*<sup>24</sup>.

б. Участокъ, въ пользу котораго установленъ вещный сервитутъ или вещная привилегія. Если бы это было такъ, то вещный сервитутъ и вещная привилегія должны были бы быть независимыми отъ собственника участка; но послѣдній въ дѣйствительности можетъ распоряжаться этими правами (только не отдѣляя ихъ отъ участка); кромѣ того, вещный сервитутъ и вещная привилегія могутъ прекратиться вслѣдствіе *confusio*, т.-е. обстоятельства, касающагося не участка, а только личности собственника. Итакъ, этотъ спорный вопросъ рѣшается въ отрицательномъ смыслѣ.

с. Лежачее наслѣдство (*hereditas iacens*), т.-е. наслѣдство, еще не принятое наслѣдникомъ; этотъ вопросъ будетъ разсмотрѣнъ въ наслѣдственномъ правѣ (§ 389).

### III. КОРПОРАЦІЯ.

tt. D. III, 4: *quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur*; XLVII, 22: *de collegiis et corporibus*; L, 1 et sqq.: *ad municipalem*.—tt. C. XI, 29: *de iure reipublicae*; XI, 14: *de privilegiis corporatorum*.

#### А. § 31. Возникновеніе.

*Savigny*, § 89. — *Windscheid*, § 60. — *Brinz*, §§ 441 — 445. — *Bekker*, §§ 64. 67. — *Regelsberger*, §§ 77—79.

*Корпорация возникаетъ путемъ соединенія нѣсколькихъ физическихъ лицъ для достиженія постоянной дозволенной цѣли. Цѣль иногда образуется постепенно (наприм., въ случаѣ общинъ, которыя обыкновенно происходятъ отъ постепеннаго поселенія*

<sup>23</sup> l. 56. D. de leg. 2 (31); cf. l. 57. eod.; l. 20. § 1. D. de ann. leg. 33, 1; cf. l. 25. D. ad mun. 50, 1.—<sup>24</sup> c. 5. de rescr. in VI, 1, 3.

людей въ одной и той же мѣстности), иногда опредѣляется рѣшеніемъ нѣсколькихъ соединяющихся людей (наприм., въ случаяхъ 4—8 § 30-го) для возникновенія корпораціи требуется наличность не меньше трехъ участниковъ<sup>1</sup> (отсюда юридическая поговорка: *tres faciunt collegium*); ихъ рѣшеніе должно быть направлено на установленіе юридическаго лица, т.-е. на то, чтобы цѣль *самостоятельно* пріобрѣтала и имѣла имущество.

По распространенному прежде мнѣнію, для возникновенія юридическаго лица еще не достаточно соединенія нѣсколькихъ лицъ для дозволенной постоянной цѣли; для этого еще требуется надѣленіе правами юридическаго лица со стороны государственной власти (развѣ, что союзъ лицъ обладаетъ такою же или большею древностью, чѣмъ государство, что относится ко многимъ свѣтскимъ и церковнымъ общинамъ). Это мнѣніе опирается на императорскіе законы, указанные въ § 30 sub 7<sup>2</sup>; но содержаніе этихъ законовъ заключается не въ томъ, что общество получаетъ свойства юридическаго лица только въ силу государственнаго распоряженія, а въ томъ, что не дозволяется образовать общества безъ разрѣшенія государственной власти; если же такое разрѣшеніе послѣдуетъ, то общество само собою обладаетъ свойствами юридическаго лица. Образованіе корпорацій въ новое время подлежитъ такъ называемымъ *Vegeinsgesetze* (законамъ объ обществахъ), которые по общему правилу не требуютъ вовсе разрѣшенія государственной власти; поэтому въ настоящее время можно по общему правилу обойтись безъ разрѣшенія государственной власти, предполагая конечно, что корпорація—дозволенная; гдѣ же предоставлено свободы образовать общества, тамъ требуется разрѣшеніе власти; если это разрѣшеніе послѣдовало, то общество тотчасъ имѣетъ права юридическаго лица. Запрещенные союзы (*collegia illicita*) никогда не могутъ быть юридическими лицами; если они пріобрѣтаютъ какое либо имущество, то примѣняются начала т. н. *communio incidens*<sup>3</sup> (§ 304).

### В. § 32. Имущественныя отношенія.

*Löning, Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten.* 1879.—*Savigny*, §§ 90—95.—*Vangerow*, §§ 54. 55.—*Windscheid*, § 58.—*Baron*, § 63.—*Brinz*, §§ 452. 453.—*Bekker*, §§ 61. 67.—*Regelsberger*, §§ 81. 84.

Гражданская правоспособность корпораціи ограничена: ей

<sup>1</sup> 1. 85. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> 1. 1. D. h. t. 3, 4; 1. 1. pr. 1. 3. § 1. D. de coll. 47, 22; 1. 20. D. de reb. dub. 34, 5.—<sup>3</sup> 1. 3. pr. D. de coll. 47, 22.

принадлежитъ только способность къ имущественнымъ отношеніямъ, т. е. къ владѣнію <sup>1</sup>, къ вещнымъ правамъ <sup>2</sup>, къ обязательствамъ, къ процессамъ <sup>3</sup>; къ семейнымъ отношеніямъ корпорація неспособна. Полная способность къ наслѣдованію принадлежитъ только фиску и общинамъ свѣтскимъ и церковнымъ <sup>4</sup>, а равно и тѣмъ корпораціямъ, которымъ она была предоставлена путемъ особой привилегіи <sup>5</sup>; прочія корпораціи способны только къ полученію отказовъ <sup>6</sup> (§ 390 sub II. 2). Весьма многимъ корпораціямъ принадлежитъ способность къ извѣстнымъ публичнымъ правамъ, напр., способность къ обложенію податями, право имѣть своихъ представителей въ законодательныхъ палатахъ.

Въ частности, что касается отдѣльныхъ имущественныхъ отношеній, то они принадлежатъ корпораціи, какъ таковой, а не ея членамъ; вещи находятся въ собственности корпораціи, а не въ общей собственности ея членовъ и т. д. <sup>7</sup> (§ 35 № 3); имущество корпораціи строго отдѣлено отъ имущества ея членовъ: *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* <sup>8</sup>; поэтому корпорація можетъ быть кредиторомъ своихъ членовъ такъ же, какъ и другихъ лицъ, и приобрѣтать вещныя права на ихъ вещи такъ же, какъ и на вещи другихъ лицъ, и наоборотъ <sup>9</sup>. Что касается вопроса, не принадлежатъ ли членамъ корпораціи по крайней мѣрѣ извѣстные права на корпораціонное имущество или на его доходы, то его рѣшеніе зависитъ отъ устава корпораціи (§ 33) или, за отсутствіемъ устава, отъ ея цѣли; такія права существуютъ *иногда* въ общинахъ (такъ, Римляне имѣли право пользованія *ager publicus*, и то же относится и къ нѣмецкой поземельной общинѣ), *всегда* — въ корпораціяхъ для промышленныхъ предпріятій (*societates publicanorum*) и для взаимнаго вспомоствованія (*coll. tenuiorum*) и

<sup>1</sup> l. 2. D. de a. p. 41, 2. — <sup>2</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 3, 4; l. 12. D. de serv. 8, 1; l. 56. D. de usufr. 7, 1. — <sup>3</sup> l. 27. D. de r. c. 12, 1; l. 5. § 9. D. de pec. const. 13, 5; l. 1. §§ 2. 3. l. 8. l. 9. D. h. t. 3, 4. — <sup>4</sup> l. 1. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 12. C. de her. inst. 6, 24. — <sup>5</sup> l. 8. C. de her. inst. 6, 24. — <sup>6</sup> l. 117. 122. l. 73. § 1, D. de leg. 1 (30); l. 20. D. de reb. dub. 34, 5; l. un. § 1. D. de lib. univ. 38, 3; l. 26. l. 27. pr. D. ad set. Treb. 36, 1. — <sup>7</sup> l. 6. § 1. D. de div. rer. 1, 8; l. 1. § 7. D. de quaest. 48, 18; l. 10. § 4. D. de in ius voc. 2, 4. — <sup>8</sup> l. 7. § 1. D. h. t. 3, 4. — <sup>9</sup> l. 1. § 15. D. ad set. Treb. 36, 1; l. 9. D. h. t. 3, 4.

*очень рѣдко* въ прочихъ корпораціяхъ. Такія права, гдѣ они существуютъ, имѣютъ природу обязательственнаго требованія или вещнаго права, но никогда общей собственности; въ этомъ и состоитъ главное отличіе корпораціи отъ товарищества (*privata societas*<sup>10</sup>), въ которомъ отдѣльные товарищи приобрѣтаютъ общее право собственности на приобрѣтенныя сообща вещи и становятся сами должниками и кредиторами по обязательствамъ, заключеннымъ отъ имени товарищества (§ 35 № 3).

Прежде былъ очень спорнымъ вопросъ, способна ли корпорація къ деликтамъ. Такъ какъ корпорація недѣеспособна (§ 33), то этотъ вопросъ правильнѣе формулировать такъ: отвѣчаетъ ли корпорація за проступки своихъ представителей или членовъ, совершенные ими при управленіи корпораціоннымъ имуществомъ, какъ если бы она совершила ихъ сама. Этотъ вопросъ слѣдуетъ рѣшить по римскому праву отрицательно, потому что воля представителей или членовъ корпораціи вмѣняется послѣдней, лишь посколькѣ они дѣйствовали въ предѣлахъ данныхъ имъ полномочій; только въ томъ случаѣ, если отъ дѣйствій ихъ корпорація обогатилась, она отвѣчаетъ въ размѣрѣ обогащенія<sup>11</sup>. Впрочемъ въ новое время приобрѣла большое распространеніе практика, по которой признается отвѣтственность юридическихъ лицъ, во-первыхъ, за происшедшее по винѣ ихъ представителей неисполненіе или неправильное исполненіе ихъ обязанностей, во-вторыхъ, за деликты представителей, посколькѣ дѣйствія послѣднихъ относятся къ сферѣ ихъ компетенціи; эта практика является логическимъ выводомъ изъ той (выставленной уже Римлянами въ отдѣльныхъ примѣненіяхъ и еще болѣе признанной новѣйшими германскими законами объ отвѣтственности за вредъ и убытки) правовой идеи, по которой всякій хозяинъ отвѣчаетъ за вину своихъ представителей и помощниковъ (§§ 237. 314 sub 4). Средневѣковое законодательство неоднократно устанавливало для корпорацій наказанія<sup>12</sup>, но эти законы неразумны и въ настоящее время уже не дѣйствуютъ.

### С. § 33. Представительство.

*Savigny*, §§ 96—100.—*Vangerow*, § 55.—*Windscheid*, § 59.—*Baron*, § 63.—*Brinz*, §§ 447—451.—*Bekker*, §§ 62. 63. 67.—*Regelsberger*, §§ 82. 83.

Субъектъ корпораціоннаго имущества, цѣль, не обладаетъ

<sup>10</sup> l. 59. pr. D. pro soc. 17, 2. — <sup>11</sup> l. 15. § 1. D. de d. m. 4, 3; l. 4. D. de vi 43, 16; Nov. Maioriani tit. 7. — <sup>12</sup> Auth. item nulla и item quaecunque C. de ep. 1. 3; c. 4. de cens. in VI (3, 20); Aurea bulla c. 15. § 4; Landfriede von 1548. Tit. 2. Tit. 14. Tit. 29. § 4; KGO. v. 1555. II. 10. § 1.

дѣеспособностью <sup>1</sup> (потому что дѣйствія могутъ только исходить отъ имѣющаго свободную волю человѣка); поэтому корпорація для управленія своимъ имуществомъ нуждается въ представительствѣ физическихъ лицъ, дѣйствія которыхъ имѣли бы значеніе дѣйствій корпораціи <sup>2</sup>. Такими представителями могутъ быть: 1) настоящіе члены корпораціи, 2) ея распорядители, правленіе (*magistri, rectores*), 3) ея должностныя лица, напр., лица, назначенныя для веденія процессовъ (*syndici, actoges*). Начала, по которымъ учреждается это представительство и опредѣляются его полномочія, а также и правила о правѣ надзора государства надъ ихъ рѣшеніями и дѣйствіями, составляютъ существенныя части содержанія устава корпораціи. Изъ относящихся сюда нормъ римскаго права дошли до насъ немногія; встрѣчаются только упоминанія, что каждая корпорація имѣетъ общую кассу, распорядителя и представителя для процессовъ <sup>3</sup>; далѣе, что каждый членъ долженъ исполнять личныя и имущественныя обязанности (*munera*), вытекающія изъ цѣли общества <sup>4</sup>; что члены *collegium* уже по законамъ 12-ти таблицъ имѣютъ право автономіи, т.-е. что они могутъ составлять статуты, которые имѣютъ обязательную силу для всѣхъ членовъ, но не должны противорѣчить публичному праву <sup>5</sup>; что рѣшенія муниципальнаго совѣта дѣйствительны, если присутствуютъ двѣ трети всѣхъ членовъ, и постановляются абсолютнымъ большинствомъ голосовъ <sup>6</sup>; упоминается также объ ограниченіи власти муниципальнаго совѣта при отчужденіи городского имущества <sup>7</sup>.

Этими началами невозможно руководствоваться уже вслѣдствіе ихъ неполноты и неопредѣленности; у большинства современныхъ корпорацій существуютъ болѣе или менѣе подробныя правила, основанныя на общемъ законѣ (*Kreisordnung, Gemeindeordnung, Städteordnung*), или на специальномъ уставѣ или на обычаяхъ (такая корпорація называется *univ. ordinata*); гдѣ такихъ правилъ нѣтъ, а существуетъ лишь скудная организація для ограниченной цѣли (*univ. inordinata*), тамъ способно постановлять рѣшеніе большинство членовъ, явившихся по надлежащему приглашенію (§ 35 № 4); единогласіе требуется лишь для рѣшеній, выходящихъ за предѣлы цѣли корпора-

<sup>1</sup> 1. 1. § 22. D. de a. p. 41, 2; 1. un. § 1. D. de lib. univ. 38, 3.—<sup>2</sup> 1. un. § 1. D. de lib. un. 38, 3; 1. 97. D. de cond. 35, 1; 1. 14. D. ad mun. 50, 1.  
<sup>3</sup> 1. 1. § 1. 1. 8. D. h. t. 3, 4; 1. 9. D. r. r. hab. 46, 8.—<sup>4</sup> 1. 239. § 3. D. de v. s. 50, 16; 1. 1. 1. 18. D. de mun. 50, 4.—<sup>5</sup> 1. 4. D. de coll. 47, 22.—  
<sup>6</sup> 1. 3. 1. 4. D. h. t. 3, 4; 1. 2. 1. 3. D. de decr. 50, 9; 1. 45. C. de dec. 10, 31; 1. 160. § 1. D. de r. i. 50, 17.—<sup>7</sup> 1. 3. C. de vend. reb. civ. 11, 31.

ціи. Для дѣйствительности нѣкоторыхъ рѣшеній необходимо утвержденіе государства, которое здѣсь, какъ и относительно всѣхъ недѣеспособныхъ лицъ, беретъ на себя верховный опекунскій надзоръ (§ 368); оно наблюдаетъ за тѣмъ, чтобы имущество корпораціи было управляемо согласно ея цѣли и не расхищалось ея должностными лицами, а также, чтобы оно не подвергалось эгоистической эксплуатаціи со стороны настоящихъ членовъ корпораціи, чтобы корпорація не грозила общественному благосостоянію, въ частности, чтобы не произошло чрезмѣрнаго скопленія имущества у одной корпораціи.

### D. § 34. Прекращеніе.

*Thering*, Gesammelte Aufsätze, T. 2. Стр. 219 и сл. 1882.—*Savigny*, § 89.—*Vangerow*, § 56.—*Windscheid*, §§ 61. 62.—*Brinz*, § 454.—*Bekker*, §§ 65. 67. Beilage 5.—*Regelsberger*, §§ 85. 86.

Корпорація прекращается, если отпадаютъ ея необходимыя предположенія:

1. Если отпадаетъ союзъ лицъ, вслѣдствіе смерти<sup>1</sup> или выбытія всѣхъ членовъ — смерть или выступленіе не всѣхъ членовъ не оказываетъ никакого вліянія на существованіе корпораціи (§ 35 № 2),—или вслѣдствіе ихъ постановленія о прекращеніи корпораціи; для такого рѣшенія требуется единогласіе; часто также требуется и санкція со стороны государства. Многіе юристы утверждаютъ, что корпорація продолжаетъ существовать, несмотря на смерть или выбытіе всѣхъ членовъ, если только можно ожидать, что осуществленіе цѣли корпораціи найдетъ новыхъ дѣятелей,—это положеніе прямо противорѣчитъ источникамъ<sup>2</sup>.

2. Если цѣль перестаетъ быть дозволенною вслѣдствіе того, что государство закономъ запрещаетъ извѣстные виды корпорацій<sup>3</sup>; но государство можетъ также упразднить и отдѣльную корпорацію въ интересахъ общественнаго блага<sup>4</sup>.

О судьбѣ корпораціоннаго имущества, оставшагося по удовлетвореніи кредиторовъ, источники ничего не сообщаютъ. По правильному мнѣнію, въ тѣхъ корпораціяхъ, члены которыхъ имѣли права на имущество корпораціи или его доходы, имущество дѣлится между членами; въ другихъ корпораціяхъ слѣдуетъ обращать вниманіе на то, послѣдовало ли предъ ихъ прекращеніемъ юридически дѣйствительное рѣшеніе о судьбѣ

<sup>1</sup> I. 7. § 2. D. h. t. 3, 4.—<sup>2</sup> I. 7. § 2. D. h. t. 3, 4 и Reichsgewerbeordnung § 94. Abs. 6.—<sup>3</sup> cf. § 30. Nr. 7.—<sup>4</sup> I. 21. D. q. m. usufr. 7, 4; cf. I. 56. D. de usufr. 7, 1.

имущества, или нѣтъ; если такое рѣшеніе есть, то оно подлежитъ исполненію; въ противномъ случаѣ имущество, какъ *bonum vacans*, идетъ въ казну<sup>5</sup>.

### Е. § 35. Сравненіе корпораціи съ товариществомъ.

*Bekker*, § 67. *Beilage 2.*

По внѣшнимъ признакамъ корпорація сходна съ товариществомъ: въ обоихъ случаяхъ нѣсколько лицъ соединяются для достиженія дозволенной цѣли; но между этими двумя институтами есть и существенныя различія:

1. Цѣль товарищества никогда не можетъ быть вѣчною<sup>1</sup> и не продолжается дольше жизни товарища<sup>2</sup>; иначе въ корпораціи.

2. Товарищество не допускаетъ перемѣны членовъ, корпорація допускаетъ.

3. Товарищи имѣютъ свои доли въ общемъ имуществѣ, дѣлаются сами должниками и кредиторами по сдѣлкамъ, заключеннымъ отъ имени товарищества; поэтому выступающему товарищу должна быть выдана принадлежащая ему часть общаго имущества; иначе въ корпораціяхъ.

4. Товарищество не имѣетъ организаціи, поэтому юридическія сдѣлки могутъ быть предпринимаемы только единогласно всѣми *socii*<sup>5</sup> или повѣреннымъ въ дѣлахъ, назначеннымъ всѣми товарищами. Корпорація по большей части имѣетъ опредѣленную организацію, правила которой рѣшаютъ о правомочіи органовъ къ совершенію юридическихъ сдѣлокъ; если нѣтъ такой организаціи, то дѣлать постановленія можетъ большинство, и эти постановленія имѣютъ обязательную силу для всей корпораціи.

### IV. § 36. Учрежденія (*riae causae, pia corpora*).

t. Cod. 1, 3: de episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis et brephotrophis et ptochotrophis.—*Vangerow*, § 60.—*Windscheid*, §§ 58—62.—*Brinz*, § 446.—*Bekker*, § 69. 112.—*Regelsberger*, §§ 87—93.

Начала корпораціи, изложенныя въ §§ 31 и сл., примѣ-

<sup>5</sup> cf. l. 5. i. i. C. de pag. 1, 11.

<sup>1</sup> l. 70. D. pro soc. 17, 2.—<sup>2</sup> l. 63. § 10. l. 65. § 9. D. pro soc. 17, 2.—

<sup>3</sup> l. 35. l. 59. pr. l. 63. § 8.—D. pro soc. 17, 2.—<sup>4</sup> l. 5. C. comm. div. 3. 37.—<sup>5</sup> l. 28. D. comm. div. 10, 3; l. 10. pr. D. de aqu. 39, 3; l. 1. l. 4. C. comm. rer. al. 4, 52.

яются и къ учрежденію, поскольку отсутствіе членовъ не влечетъ за собою отступленій.

1. Учрежденіе возникаетъ вслѣдствіе того, что кто либо посвящаетъ извѣстное имущество путемъ распоряженія между живыми или на случай смерти для какой либо дозволенной постоянной общепользующей цѣли (цѣли богопочитанія, благотворительности, распространенія просвѣщенія). И въ этомъ случаѣ общераспространенное мнѣніе требуетъ еще надѣленія правами юридическаго лица со стороны государственной власти; но источники римскаго права о такомъ требованіи не упоминаютъ<sup>1</sup>; каноническое право для установленія благотворительныхъ учрежденій, церквей и монастырей предписываетъ испрашивать дозволенія духовнаго учрежденія; за такимъ дозволеніемъ въ настоящее время слѣдуетъ обращаться къ государственнымъ учрежденіямъ, если только оно для извѣстныхъ учрежденій не дано партикулярными законами разъ навсегда; но это дозволеніе отнюдь нельзя смѣшивать съ надѣленіемъ правами юридическаго лица.

2. Правоспособность учрежденія ограничивается способностью къ имущественнымъ правамъ; оно имѣетъ полную способность къ наслѣдственнымъ правамъ<sup>2</sup> и пользуется многими привилегіями. Спорно, можно ли установить въ завѣщаніи учрежденіе и назначить его въ то же время наслѣдникомъ. Многіе отвергаютъ это на томъ основаніи, что наслѣдникомъ можетъ быть назначено только то лицо, которое уже существуетъ въ моментъ смерти наслѣдодателя (§ 390 пр. 16). Большинство новыхъ юристовъ рѣшаютъ этотъ вопросъ утвердительно: цѣль, для которой посвящается имущество, существуетъ всегда, какъ вѣчная задача для человѣчества; и источники допускаютъ назначеніе наслѣдниками бѣдныхъ или плѣнниковъ, и назначенный капиталъ долженъ быть употребленъ въ пользу бѣдныхъ или плѣнныхъ<sup>3</sup>.

3. Учрежденіе можетъ совершать дѣйствія только черезъ представителей (въ источникахъ: *xenodochi, ptochotrophii, nosocomi*, болѣе общее наименованіе *oeconomi, piarum causarum curatores, gubernatores*). Назначеніе и полномочія ихъ, а равно и право верховнаго надзора со стороны государственныхъ и церковныхъ властей<sup>4</sup> составляютъ существенный элементъ ор-

<sup>1</sup> 1. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; 1. 35. l. 46. C. h. t. 1, 3.—<sup>2</sup> c. 10. C. 18. qu. 2; c. 4. X. de relig. dom. 3, 36.—<sup>3</sup> 1. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; 1. 24. l. 49. C. h. t. 1, 3.—<sup>4</sup> 1. 28. l. 49. C. h. t. 1, 3.—<sup>5</sup> 1. 46. § 3. C. h. t. 1, 3; Nov. 131. c. 7. c. 10. c. 11.

организации учреждения; учредитель может самъ предписать организацию, въ противномъ случаѣ управление ведется публичными учреждениями <sup>7</sup>. Отчужденіе имущества, принадлежащаго учрежденію, подвержено значительнымъ ограниченіямъ <sup>8</sup>.

4. Учрежденіе прекращается, если цѣль перестаетъ быть дозволенною, а равно и въ томъ случаѣ, если въ данный моментъ не оказывается налицо никакого активнаго имущества, что можетъ произойти только вслѣдствіе конкурса. Имущество упраздненнаго учрежденія, оставшееся послѣ удовлетворенія кредиторовъ, идетъ въ казну, какъ *bonum vacans*, если только учредитель не оставилъ на этотъ случай особыхъ распоряженій.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Вещи.

#### РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

#### § 37. Понятіе и виды.

t. D. I, 8: de divisione rerum et qualitate.—t. I, II, 1: de rerum divisione.—*Baron*, die Gesamtrechtsverhältnisse im Röm. R. § 2. 1864.—*Göppert* über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen. 1871.—*Man'ry* Familiengüterrecht. T. 2. Стр. 31 и сл. 1876.—*Kuntze*, Excurse über R. R. Стр. 453 и сл. 2. Aufl. 1880.—*Vangerow*, §§ 61. 71.—*Windscheid*, §§ 42. 137 138.—*Brinz*, §§ 124. 144.—*Bekker*, §§ 70. 71. 40—43.—*Regelsberger*, §§ 94—97

Предметами права въ субъективномъ смыслѣ мы назвали въ § 16 лица и вещи; теперь мы займемся послѣдними.

Вещь (*res*) означаетъ вообще все то, что представляетъ собою нѣчто единое и имѣетъ имущественную цѣнность <sup>1</sup>. Вещи, понимаемая въ такомъ смыслѣ и принадлежащія лицу, составляютъ его *активное* имущество, *активъ* (*bona*) <sup>2</sup>; это активное имущество иногда отождествляется съ понятіемъ имущества вообще, но обыкновенно подъ имуществомъ разумѣютъ активъ и пассивъ, какъ нѣчто единое, или же остатокъ актива за вычетомъ пассива. Понятіе вещи въ приведенномъ широкомъ смыслѣ въ правѣ мало употребительно; обыкновенно мы имѣемъ дѣло съ однимъ только видомъ вещей; а именно, вещь бываетъ тѣлесная или безтѣлесная.

<sup>6</sup> l. 46. § 3. C. h. t. 1, 3.—<sup>7</sup> l. 49. § 6. C. h. t. 1, 3; Nov. 131. c. 11.—<sup>8</sup> Nov. 120.

<sup>1</sup> cf. l. 23. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> l. 49. D. de v. s. 50, 16.

1. Тѣлесная вещь, *res corporalis*. Легальное опредѣленіе<sup>3</sup> гласитъ: *corporales hae sunt, quae tangi possunt*; лучше опредѣлять *тѣлесную вещь, какъ пространственно ограниченный предметъ природы, лишенный воли* (или фиктивно лишенный воли—необходимо, добавить въ римскомъ правѣ по поводу института рабства). Тѣлесная вещь бываетъ<sup>4</sup> (по ученію стоиковъ, принятому римскими юристами) или простая, въ которой нельзя различить самостоятельныхъ частей (напр., камень, бревно; въ источникахъ: *unitum, ἑνωμένον*, у новыхъ юр.—простая вещь), или составленная изъ частей, изъ которыхъ каждая можетъ служить объектомъ особаго права (напр., домъ, корабль, шкафъ; въ источникахъ: *connexum, συννημένον, universitas*, у новыхъ—*universitas rerum cohaerentium*, сложная, составная вещь). Но и совокупность самостоятельныхъ вещей, изъ которыхъ каждая сама по себѣ есть объектъ права, часто понимается и обсуждается какъ одно цѣлое<sup>5</sup> (стадо животныхъ, нитка жемчугу, колода картъ; въ источникахъ—*universitas*, у новыхъ—*univ. rerum distantium, hominis, facti*, совокупность вещей, собирательная вещь). Примѣненіе юридическаго обсужденія сложныхъ вещей и совокупностей ср. ниже §§ 115, 129.

2. Безтѣлесная вещь, *res incorporealis*; по легальному опредѣленію<sup>6</sup>: *incorporeales sunt, quae tangi non possunt*. Сюда относятся всѣ права, вещныя (однако источники никогда не причисляютъ сюда права собственности, а вмѣсто этого права говорятъ о его тѣлесномъ объектѣ)<sup>7</sup>, обязательственныя, семейственныя; сюда же принадлежить и наследственное право, т. е. право приобрѣсть имущество, оставшееся послѣ умершаго, путемъ принятія (наследственное право въ субъективномъ смыслѣ, § 387).—Безтѣлесныя вещи лишь рѣдко фигурируютъ въ качествѣ объектовъ правъ (въ случаяхъ *ususfructus nominis, pignus nominis, pignus ususfructus, in iure cessio hereditatis*); поэтому подъ *res*, вещь просто разумѣютъ только тѣлесную вещь<sup>7а</sup>.

Часто совокупность вещей въ общемъ смыслѣ (тѣлесныхъ

<sup>3</sup> 1. 1. § 1. D. h. t. 1, 8; § 1. I. de reb. corp. 2, 2. — <sup>4</sup> 1. 30. pr. D. de usuc. 41, 3.—<sup>5</sup> 1. 70. § 3. D. de usufr. 7, 1; § 18. I. de leg. 2, 20; l. 1. § 3. l. 3. pr. l. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1; l. 13. pr. l. 34. pr. D. de pign. 20, 1; l. 30. § 2. D. de usuc. 41, 3.—<sup>6</sup> 1. 1. § 1. D. h. t. 1, 8; § 2. I. h. t. 2, 1.—<sup>7</sup> fr. Vat. § 92; l. 13. § 1. D. de damno inf. 39, 2; l. 3. C. de quadr. praeser. 7, 37; l. 18. § 2. D. de h. p. 5, 3.—<sup>7а</sup> l. 15. l. 204. D. de r. i. 50, 17.

или безтѣлесныхъ, или тѣхъ и другихъ) вмѣстѣ съ относящимися къ ней долгами разсматривается, какъ одно цѣлое, какъ одна вещь: имущество живущаго, наслѣдство, оставшееся послѣ умершаго (*hereditas* въ объективномъ смыслѣ, § 387), *dos, peculium*<sup>8</sup> (въ источникахъ *universitas*, у новыхъ *universitas iuris*). Единство *universitatis iuris* яснѣе всего выражается въ томъ, что она отыскивается однимъ искомъ: существуетъ *hereditatis petitio, rei uxoriae actio, actio de peculio* (§§ 221, 337, 430).

## РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

### Юридически важныя различія тѣлесныхъ вещей.

#### I. § 38. Недвижимость и движимость.

*Vangerow*, § 62. — *Windscheid*, § 139. — *Baron*, § 66. — *Bekker*, § 72. — *Regelsberger*, § 98.

Тѣлесныя вещи бываютъ или недвижимыя, или движимыя, т.-е. *неспособныя къ перемещенію безъ поврежденія или способности*; къ первымъ иногда примѣняются иныя начала, чѣмъ ко вторымъ (ср. §§ 142. 163. 176. 183. 334. 378).

1. Недвижимы (*res immobiles*) участки (*solum, res soli, fundi, praedia*<sup>1</sup>) и все то, что съ ними естественно или искусственно соединено такъ, что не можетъ быть отдѣлено безъ поврежденія сущности (*substantia*) или формы, т.-е. растенія<sup>2</sup> и строенія<sup>3</sup>, находящіяся на поверхности участка (*ager*—въ деревнѣ, *agera*—въ городѣ). Составныя части участка или строенія, въ случаѣ отдѣленія отъ него (*ruta caesa, eruta et caesa*, напр., песокъ, мѣлъ, деревья, каменный уголь) лишаются свойства недвижимыхъ вещей и не переходятъ къ покущику участка<sup>4</sup>.— Участки распадаются по своему *хозяйственному назначенію* (а не по положенію) на городскіе и сельскіе; городскіе (*praedia urbana*) предназначены для жилья или удобства (напр., сады); сельскіе служатъ для извлеченія естественныхъ плодовъ

<sup>8</sup> l. 20. § 10. D. de h. p. 5, 3; l. 1. § 4. D. de dote prael. 33, 4; l. 119, 1. 208. D. de v. s. 50, 16; l. 40. D. de pec. 15, 1.

<sup>1</sup> l. 115. l. 211. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 3. l. 8. § 15. D. de vi 43 16.—<sup>2</sup> l. 40. D. de a. e. v. 19, 1; l. 44. D. de r. v. 6, 1; § 31. sq. l. de r. d. 2, 1.—<sup>3</sup> l. 50. D. ad. l. Aq. 9, 2; l. 7. § 10. D. de a. r. d. 41, 1; l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 49. pr. D. de r. v. 6, 1; l. 20. § 2. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>4</sup> l. 241. D. de v. s. 50, 16; l. 66. § 2. D. de c. e. 18, 1; l. 17. § 6. l. 18. D. de a. e. v. 19, 1.

(praed. rustica; но если они лежать въ округѣ города—pr. suburbana<sup>5</sup>).

2. Движимыя вещи (res mobiles). Между ними слѣдуетъ особо отмѣтить тѣ, которыя приходятъ въ движеніе собственною силою (res se moventes, animalia), т.-е. рабовъ и животных<sup>6</sup>. Животныя называются дикими (bestiae, ferae bestiae), когда они находятся въ состояніи естественной свободы; имъ противопоставляются животныя прирученныя (mansuetae, mansuefactae) и ручныя (mansuetae).

## II. § 39. ДѢЛИМОСТЬ И НЕДѢЛИМОСТЬ.

*Steinlechner*, das Wesen der iuris communio und quasi communio. 1876. 1878.—*Rümelin*, die Theilung der Rechte. 1883.—*schœurl*, Theilbarkeit von Rechten. 1884.—*Vangerow*, § 70.—*Windscheid*, § 142.—*Bekker*, §§ 72. 32.—*Reglsberger*, § 101.

1. Юридически дѣлима та вещь, которая можетъ быть разложена на части безъ разрушенія ея существа (substantia) и пониженія цѣнности<sup>1</sup>. Таковы всѣ участки<sup>2</sup>; изъ движимыхъ вещей сюда относятся только тѣ, которыя обыкновенно опредѣляются мѣрою и вѣсомъ. Изъ тѣхъ, которыя опредѣляются числомъ, дѣлимы только тѣ вещи, для разложенія которыхъ не нужно прибѣгать къ ломкѣ<sup>3</sup>. Совокупности вещей бывають иногда дѣлимы (напр., стадо), иногда недѣлимы (напр., четверка лошадей). Сложныя вещи не могутъ быть разлагаемы на части, но эти части тѣмъ не менѣе могутъ подлежать особымъ правоотношеніямъ, независимымъ отъ цѣлаго (§§ 129. 139). Части юридически дѣлимой вещи называются partes pro diviso, реальными частями.

2. Рядомъ съ partes pro diviso источники говорятъ о partes pro indiviso<sup>4</sup>, называемыхъ въ настоящее время интеллектуальными, идеальными частями. Понятіе ихъ спорно. *Господствующее мнѣніе разумнѣетъ подѣ ними части раздѣленного между нѣсколькими лицами права на вещь* и различаетъ

<sup>5</sup> l. 198. l. 166. pr. D. de v. s. 50, 16, l. 1. pr. D. comm pr. 8, 4; l. 16 C. de praed. et al. reb. min. 5, 71.—<sup>6</sup> l. 93. D. de v. s. 50, 16.

<sup>1</sup> l. 26. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 35. § 3. D. de r. v. 6, 1; l. 34. § 2. C. de don. 8, 53; § 5. I. de off. iud., 4, 17; l. 31. § 6. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>2</sup> l. 8. D. de r. v. 6, 1; l. 6. § 1. D. comm. pr. 8, 4; l. 19. D. comm. div. 10, 3; l. 83. D. pro soc. 17, 2.—<sup>3</sup> l. 54. pr. l. 117. D. de v. o. 45, 1; l. 29. i. f. D. de sol. 46, 3; cf. l. 36. D. de serv. pr. urb. 8, 2.—<sup>4</sup> l. 25. § 1. D. de v. s. 50, 16.

права дѣлимая (собственность, узурфруктъ, эмфитевзисъ, суперфицій, закладное право, дѣлимая обязательства, наследственное право) и недѣлимая (usus, вещные сервитуты, недѣлимая обязательства). По второму мнѣнiю, *интеллектуальныя части суть части вещи, но не дѣйствительныя, а лишь мыслимыя*, или иначе говоря, *части по отношенiю къ цѣнности вещи*: по общему правилу правоотношенiя могутъ касаться какъ мыслимыхъ частей, такъ и цѣлой вещи, но нѣкоторыя правоотношенiя относятся только къ цѣлой вещи (usus, вещные сервитуты и недѣлимая обязательства).—Только второе мнѣнiе согласно съ выраженiями источниковъ<sup>5</sup>. Впрочемъ, это разногласiе не имѣетъ практическаго значенiя.

Примѣненiе понятiя дѣлимости и недѣлимости см. ниже въ §§ 115. 129. 244.

### III. § 40. Замѣнимость и индивидуальная опредѣленность.

*Vangerow*, § 68. — *Windscheid*, § 141. — *Baron*, §§ 66. — *Bekker*, § 72. 75. — *Regelsberger*, § 99.

Если вещи дѣлаются предметомъ обязательствъ, то ихъ опредѣляютъ, или называя индивидуально (напр., *fundus Tusculanus*, *homo Stichus*<sup>1</sup>), или указывая родъ, къ которому онѣ принадлежатъ (*fundus sine propria appellatione*, *homo generaliter sine proprio nomine*<sup>2</sup>). Къ первому способу опредѣленiя относится выраженiе *species*, *certum corpus*, *corpus*, индивидуально опредѣленная вещь; ко второму способу опредѣленiя—выраженiе *genus*, вещь, опредѣленная родовымъ образомъ<sup>3</sup>. Второй способъ опредѣленiя употребляется въ особенности для тѣхъ вещей, которыя обыкновенно измѣряются вѣсомъ, счетомъ, мѣрою (*aurei decem*, *tritici Africi optimi modii centum*, *vini Campani optimi amphorae centum*<sup>4</sup>); въ такихъ вещахъ важна не индивидуальность, а количество и качество; опредѣленное количество опредѣленнаго качества обладаетъ тою же цѣнностью, что и другое равное количество такого же качества, и поэтому одно можетъ быть замѣнено другимъ. Такiя вещи называются

<sup>5</sup> 1. 5. pr. D. de stip. s. 45, 3; 1. 25. D. quib. m. usufr. 7, 4; 1. 5. § 15. D. comm. 13, 6; 1. 66. § 2. D. de leg. 2 (31); 1. 64. § 4. D. de ev. 21, 2.  
<sup>1</sup> 1. 74. D. de v. o. 45, 1.—<sup>2</sup> 1. 75. § 1. D. de v. o. 45, 1.—<sup>3</sup> 1. 54. pr. 1. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; 1. 30. pr. 1. 34. §§ 3. 4. 1. 51. D. de leg. 1 (30).—  
<sup>4</sup> 1. 74. 1. 75. § 2. D. de v. o. 45, 1.

въ источникахъ *res quae in genere suo functionem recipiunt, res quae numero pondere mensura consistunt* <sup>5</sup>, у насъ—замѣнными вещами, *res fungibiles*, количествами. Важнѣйшій видъ замѣнной вещи—деньги.

Уже мы замѣтили, что изложенное дѣленіе имѣеть значеніе только для обязательствъ; предметомъ владѣнія и вещныхъ правъ могутъ быть только вещи, индивидуально опредѣленные, стало быть, замѣнимыя вещи могутъ служить объектами этихъ правъ только въ томъ случаѣ, если онѣ опредѣлены индивидуально; но и предметомъ обязательства можетъ быть замѣнимая вещь, опредѣленная индивидуально (напр., *stipulatio o vinum, oleum, triticum, quod in horreo est* <sup>6</sup>).

#### IV. § 41. Употребляемость, потребимость, производительность.

*Heimbach, die Lehre von der Frucht. 1843.—Göppert, über die organischen Erzeugnisse. 1869.—Vangerow, § 75.—Windscheid, §§ 140. 144.—Bekker, §§ 72. 73.—Regelsberger, §§ 100. 103.*

Будучи годными для удовлетворенія человѣческихъ потребностей, вещи приносятъ извѣстную пользу (*fructus* въ обширномъ смыслѣ <sup>1</sup>). Польза отъ разныхъ вещей бываетъ различная; она состоитъ по большей части:

1. Или въ томъ, что вещь употребляется, ею пользуются;
2. Или въ томъ, что вещь потребляется, т.-е. въ томъ, что при исполненіи назначенія тѣло вещи тотчасъ уничтожается (*res quae usu consumuntur s. tolluntur, quae in abusu sunt* <sup>2</sup>, потребляемыя вещи, такъ наз. *res consumptibiles*). Сюда же причисляютъ и деньги, потому что ихъ издерживаніе съ точки зрѣнія того, кому онѣ принадлежатъ, равно потребленію <sup>3</sup>. Съ потребляемыми сходны тѣ вещи, которыя, хотя не уничтожаются вполне отъ употребленія, однако значительно страдаютъ, наприм., одежда (*res quae usu minuuntur*, изнашиваемыя вещи <sup>4</sup>). Не надо смѣшивать потребляемыхъ вещей съ замѣнными: потребляемыя вещи обыкновенно замѣнимы, но не наоборотъ.

<sup>5</sup> 1. 2. § 1. D. de r. c. 12, 1; 1. 42. D. de i. d. 23, 3; 1. 35. § 5. D. de c. e. 18, 1; 1. 1. § 2. D. de o. et a. 44, 7; 1. 1. § 7. D. ad l. Falc. 35, 2; pr I. qu. m. re 3, 14. — <sup>6</sup> 1. 75. § 5. D. de v. o. 45, 1.

<sup>1</sup> 1. 19. § 1. l. 49. D. de us. 22, 1. — <sup>2</sup> 1. 5. §§ 1. 2. l. 7. D. de usufr. ear. r. 7, 5; § 2. I. de usufr. 2, 4. — <sup>3</sup> § 2. I. de usufr. 2, 4; 1. 11. § 2. l. 13. D. de r. c. 12, 1; 1. 32. D. de min. 4, 4. — <sup>4</sup> 1. 1. D. de usufr. ear. r. 7, 5.

3. Или польза состоитъ въ томъ, что вещь органически производить новыя вещи. Тѣ органическія произведенія, которыя вещь доставляетъ правильно, слѣдовательно согласно своему назначенію, и которыя составляютъ доходъ отъ вещи (*Ertrag der Sache*)<sup>5</sup>, называются *fructus* въ тѣсномъ смыслѣ, плодами (у новыхъ также—*fructus naturales*, естественными плодами<sup>6</sup>). Поэтому, къ плодамъ относится приплодъ отъ животныхъ (но не относится навозъ, шкура и мясо палаго скота, а также дитя рабыни<sup>7</sup>), тѣ деревья, которыя срубаются согласно началамъ правильнаго лѣснаго хозяйства<sup>8</sup> (но сюда не относится буреломъ<sup>9</sup> и тѣ деревья, которыя растутъ на пашнѣ, на лугу или въ паркѣ, развѣ что они изсохли<sup>10</sup>).—Для различныхъ моментовъ извлеченія плодовъ существуютъ особыя названія: *fr. pendentes s. stantes*—для плодовъ, еще соединенныхъ съ главною вещью; *fr. separati*—для отдѣленныхъ отъ нея; *fr. percipi s. apprehensi*—для тѣхъ, которые кто либо уже собралъ и взялъ во владѣніе (но въ источникахъ *fr. percipi* часто употребляется вмѣсто *fr. separati*<sup>11</sup>); *fructus qui percipi potuerunt*, у новыхъ *fr. percipiendi*—для плодовъ, которые могли бы быть получены, если бы возможность ихъ полученія не была упущена или пренебрежена. Если плоды находятся еще у того, кто ихъ извлекъ, то они носятъ наименованіе *fr. exstantes*, наличные плоды; если ихъ уже нѣтъ налицо, потому что извлекшій потребилъ ихъ, отчудилъ и т. п., то они называются *fr. consumti*, у новыхъ неточно—потребленные плоды. Смотря по тому, производятся ли плоды одними силами природы или вслѣдствіе содѣйствія со стороны человѣка, новые юр. различаютъ *fr. mere naturales* и *industriales* (чисто естественные и индустріальные плоды).—Къ перечисленнымъ естественнымъ плодамъ приравняются другіе виды дохода отъ вещей (въ источникахъ—*loco fructuum*, *pro fructibus*<sup>11a</sup>, у новыхъ—*fr. civiles*, гражданскіе, юридическіе плоды); сюда относятся:

<sup>5</sup> l. 77. D. de v. s. 50, 16.—<sup>6</sup> t. D. 22, 1: de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora; t. C. 7, 51: de fructibus et litis expensis.—<sup>7</sup> l. 27. pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 68. pr. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 30. D. quemadmod. usufr. 7, 4; l. 12. § 2. D. de usu 7, 8; l. 28. D. h. t. 22, 1.  
<sup>8</sup> l. 9. § 7. D. de usufr. 7, 1; l. 22. pr. D. de usu 7, 8; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3.—<sup>9</sup> l. 12. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3.—<sup>10</sup> l. 10. l. 11. l. 18. D. de usufr. 7, 1.—<sup>11</sup> Ср., напр., l. 25. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 4. § 2. D. fin. reg. 10 l.—<sup>11a</sup> l. 34. l. 36. D. de usur. 22, 1.

а. добыча изъ рудниковъ, каменоломень и т. п. <sup>12</sup>. Это начало очень сомнительно относительно тѣхъ ископаемыхъ, которыя не возобновляются (это обыкновенный случай); оно даетъ возможность тому лицу, которое получило такую вещь въ узуфруктъ или въ dos, производить эксплуатацію въ ущербъ другимъ лицамъ, чему едва ли можетъ достаточно противодѣйствовать обязанность соблюденія diligentia patrisfamilias или quam in suis; поэтому одно мѣсто <sup>13</sup> не признаетъ за невозобновляющимися минералами свойствъ плодовъ;

б. дичь на охотничьихъ участкахъ <sup>14</sup>;

с. вознагражденіе за то, что кто либо даетъ вещь для пользованія другому или самъ не пользуется, потому что другой не оставляетъ ему этого пользованія. Это вознагражденіе называется арендною или наемною платою, если вещь не есть res fungibilis <sup>15</sup>, въ противномъ случаѣ — процентами (usurae, рѣже foenus <sup>16</sup>). На процентахъ необходимо остановиться подробнѣе.

## Въ частности о процентахъ.

### А. § 42. Понятіе и возникновеніе.

t. D. XXII. 1: de usuris et fructibus.—t. C. IV, 32: de usuris.—Savigny, §§ 268—271.—Vangerow, § 76.—Windscheid, § 259.—Brinz, § 308.

*Проценты (foenus, usurae) есть вознагражденіе, которое принадлежитъ кому либо за предоставленное имъ пользованіе извѣстнымъ количествомъ замѣнимыхъ вещей или за лишеніе его такового пользованія, и которое состоитъ въ извѣстной доль однородныхъ вещей.* Обязанность платить проценты всегда предполагаетъ капиталъ (sors, caput), чаще всего деньги <sup>1</sup>; но наличность капитала сама собою не создаетъ еще обязанности платить проценты; эта обязанность требуетъ особаго основанія. Такимъ основаніемъ можетъ служить *юридическая сдѣлка*

<sup>12</sup> l. 77. D. de v. s. 50, 16, l. 7. § 14. D. sol. matr. 24, 3; l. 9. §§ 2. 3. l. 13. § 5. D. de usufr. 7, 1; l. 18. pr. D. de fund. dot. 23, 5. —<sup>13</sup> l. 7. § 13. D. sol. matr. 24, 3; ср. еще l. 32. D. de i. d. 23, 3.—<sup>14</sup> l. 9. § 5. l. 62. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 26. D. h. t. 22, 1; l. 12. § 12. 13. D. de instr. leg. 33, 7; cf. l. 3. § 1. l. 5. § 3. D. de acq. dom. 41, 1; l. 13. § 7. D. de ini. 47, 10; l. 16. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>15</sup> l. 36. D. h. t. 22, 1; l. 29. D. de her. pet. 5, 3.—<sup>16</sup> l. 34. D. h. t. 22, 1; l. 29. § 2. D. de aed. ed. 21, 1; cf. l. 121. D. de v. s. 50, 16.

<sup>1</sup> l. 121. D. de v. s. 50, 16; l. 23. l. 26. § 1. C. h. t. 4, 32.

или *норма права*. Поэтому различают *usurae ex obligatione* и *usurae officio iudicis*.

I. *Юридическая сдѣлка* чаще всего бываетъ договоромъ должника съ кредиторомъ: у Римлянъ въ случаѣ займа денегъ—*stipulatio*<sup>2</sup>, въ случаѣ *rescipia traiecticia*<sup>2a</sup>, займа другихъ вещей (напр., хлѣба)<sup>3</sup> и въ случаѣ *bonae fidei negotia—ractum adiectum*<sup>4</sup>, въ настоящее время—всегда неформальный договоръ (§ 213); обязанность платить проценты можетъ также возникнуть путемъ отказа, оставленнаго должникомъ въ пользу кредитора<sup>5</sup>. Проценты изъ юридической сдѣлки называются *usurae ex obligatione* и могутъ быть сдѣланы особымъ, отдѣльнымъ отъ капитала, предметомъ искового требованія<sup>6</sup>.

II. *По нормѣ права* проценты обязаны платить:

1. Находящійся *in mora* (въ просрочкѣ) относительно денежнаго долга, вытекающаго изъ *bonae fidei negotium* (§ 94)<sup>7</sup>, въ настоящее время—просрочившій платежъ какого бы то ни было обязательства.

2. Обратившій безправно чужія деньги въ собственную пользу или оставившій ихъ безъ выгоднаго помѣщенія вопреки своей обязанности опекуна, управляющаго и т. п.<sup>11</sup>.

3. То лицо, управляющій котораго сдѣлалъ затраты изъ собственныхъ средствъ<sup>12</sup>.

4. Покупщикъ, который долженъ цѣну вещи, съ момента передачи ему предмета купли<sup>13</sup> (§ 287 пр. 2).

5. Тотъ, кто оставилъ неисполненнымъ обѣщаніе приданнаго, несмотря на истечение двухъ лѣтъ послѣ заключенія брака<sup>14</sup> (§ 332 sub 2).

<sup>2</sup> 1. 3. C. h. t. 4, 32; 1. 24. D. de pr. v. 19, 5. искл.: 1. 30. D. h. t. 22, 1. —<sup>2a</sup> 1. 5. § 1. l. 7. D. de naut. foen. 22, 2; Nov. 137. c. 4. —<sup>3</sup> 1. 12. C. de usur. 4, 32. —<sup>4</sup> 1. 24. i. f. l. 26. § 1. D. dep. 16, 3; 1. 5. C. de pact. int. emt. 4, 54. —<sup>5</sup> 1. 3. § 6. D. de ann. leg. 33, 1. —<sup>6</sup> 1. 75. § 9. D. de v. o. 45, 1; 1. 23. D. de exc. rei iud. 44, 2; 1. 1. C. de iud. 3, 1. —<sup>7</sup> 1. 32. § 2. D. h. t. 22, 1. —<sup>8</sup> 1. 17. §§ 5. 6. l. 43. D. h. t. 22, 1; 1. 3. C. in qu. c. in. int. 2, 41; 1. 87. § 1. D. de leg. 2 (31). —<sup>9</sup> 1. 9. D. de mag. conv. 27, 8. —<sup>10</sup> 1. 17. § 5. D. h. t. 22, 1; 1. 22. D. de don. 39, 5. —<sup>11</sup> 1. 17. § 7. D. h. t. 22, 1; 1. 19. § 4. D. de neg. gest. 3, 5; 1. 7. § 3. l. 15. D. de adm. 26, 7; 1. 1. § 1. D. h. t. 22, 1; 1. 10. § 3. D. mand. 17, 1; 1. 7. §§ 10—12. D. de adm. 26, 7. —<sup>12</sup> 1. 12. § 9. D. mand. 17, 1; 1. 19. § 4. D. de neg. gest. 3, 5; 1. 37. D. h. t. 22, 1; 1. 18. C. de neg. gest. 2, 19; 1. 3. §§ 1. 4. D. de contr. tut. 27, 4; 1. 67. § 2. l. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2. —<sup>13</sup> 1. 13. §§ 20. 21. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 5. C. eod. 4, 19. —<sup>14</sup> 1. 31. § 2. C. de i. d. 5, 12.

6. Мужъ, который въ продолженіе года послѣ прекращенія брака не возвращаетъ дотального движимаго и безтѣлеснаго имущества тому, кому онъ долженъ возвратить *dos* <sup>15</sup> (§ 342 sub 2).

7. Тотъ, кто, будучи обязанъ выдать отказъ церкви или благотворительному учрежденію, не уплачиваетъ его въ продолженіе шести мѣсяцевъ послѣ объявленія послѣдней воли умершаго <sup>16</sup> (§ 444 пр. 6); а равно и то лицо, на которое послѣднею волею возложена обязанность соорудить въ пользу городской общины какое либо архитектурное или художественное произведеніе, и которое не придерживается назначеннаго для этого срока <sup>17</sup>.

8. По римскому праву, также тотъ, кто присужденъ къ уплатѣ извѣстной суммы; по общему правилу ему дается для уплаты четырехмѣсячный срокъ (*tempus iudicati*), въ продолженіе котораго проценты не нарастаютъ, но по истеченіи котораго онъ обязанъ платить двѣнадцать процентовъ съ суммы *condemnatio* <sup>18</sup> (*usurae rei iudicatae*); эта норма на практикѣ не соблюдалась, а вводный законъ къ уставу имперскаго гражданскаго судопроизводства § 14 прямо ее отмѣнилъ.

9. Такъ наз. процессуальные проценты (§ 95 sub II b).

Новые юр. называютъ случаи 1. 2. *usurae punitoriae*, 3—9 *usurae legales*; источникамъ эти названія чужды; въ нихъ находится общее наименованіе для всѣхъ случаевъ 1—9 *usurae quae officio iudicis praestantur* <sup>19</sup>. Это—указаніе на то обстоятельство, что такіе проценты не могутъ быть самостоятельнымъ предметомъ искового требованія; послѣднее всегда должно быть соединено съ требованіемъ капитала; стало быть, если вѣритель принялъ одинъ капиталъ, или судья, обойдя проценты, приговорилъ должника лишь къ уплатѣ капитала, то обязанность уплатить проценты прекращается <sup>20</sup> (спорно, см. § 95 пр. 9).

Прежніе юристы часто утверждали, что если кто долгое время платитъ проценты безъ всякаго основанія, то по давности онъ обязывается и къ дальнѣйшему ихъ уплачиванію; это положеніе нынѣ всѣми отвергается: по тому мѣсту источ-

<sup>15</sup> l. un. § 7. C. de r. u. a. 5, 13.—<sup>16</sup> Nov. 131. c. 12.—<sup>17</sup> l. 17. § 8. D. h. t. 22, 1.—<sup>18</sup> II. 1—3. C. de us. r. i. 7, 54; l. 13. C. h. t. 4, 32.—<sup>19</sup> l. 49. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 54. pr. D. loc. 19, 2; l. 58. pr. D. ad set. Treb. 36, 1.—<sup>20</sup> l. 49. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 4. C. dep. 4, 34; l. 13. C. h. t. 4, 32.—<sup>21</sup> l. 6. pr. D. h. t. 22, 1.

никовъ, на которомъ оно было основываемо <sup>21</sup>, продолжительный платежъ процентовъ только служить доказательствомъ, что уплачивающій былъ обязанъ дѣлать это на основаніи какой либо юридической сдѣлки; это предположеніе можно всегда опровергнуть доказательствомъ противнаго.

### В. § 43. Ограниченія процентовъ.

*Vangerow*, §§ 77—79. — *Windscheid*, §§ 260. 261. — *Brinz*, § 308. — *Baron* § 110 кон. § 122.

Чтобы предотвратить угнетеніе должниковъ со стороны кредиторовъ, взиманіе процентовъ дозволено у всѣхъ народовъ лишь съ извѣстными ограниченіями. Римское законодательство предписало законный размѣръ процентовъ, установило *taximum* для накопленія неуплаченныхъ и запретило анатоцизмъ и вычетъ впередъ процентовъ.

1. *Законная мѣра процентовъ*. Римское законодательство въ этомъ отношеніи нѣсколько разъ измѣняло свои постановленія; право Юстиніана предписываетъ слѣдующее:

а) *Размѣръ процентовъ изъ юридической сдѣлки* зависитъ отъ воли сторонъ, но нельзя переступить извѣстнаго максимума (*usurae legitimae, taximae*); этотъ крайній предѣлъ составляетъ по общему правилу 6 процентовъ (*usurae semisses*), при *foenus nauticum*—12 процентовъ (*usurae centesimae*, § 216), по займамъ другимъ кромѣ денежнаго—12<sup>1</sup>/<sub>2</sub> пр.; купцы могутъ брать 8 пр. (*us. besses*), лица, которыя принадлежать къ *illustres*—лишь 4 пр. (*us. trientes*); отъ крестьянъ нельзя брать больше 4<sup>1</sup>/<sub>6</sub> пр. <sup>1</sup>.

б) *Размѣръ процентовъ по закону* зависитъ отъ мѣстнаго обычая <sup>2</sup>, но по общему правилу онъ не долженъ превышать 6-ти процентовъ <sup>3</sup>; для нѣкоторыхъ случаевъ существуютъ спеціальныя постановленія, по которымъ слѣдуетъ платить иногда шестипроцентный максимумъ (не обращая вниманія на мѣстные обычаи), иногда больше, иногда меньше этого. Шесть процентовъ обязаны платить должники казны, добровольно ведущій чужія дѣла, опекуны и городской магистратъ, употребившіе въ свою пользу деньги хозяина дѣла, подопечнаго, городской

<sup>1</sup> 1. 26. § 1. C. h. t. 4, 32; Nov. 34; l. ult. C. de fisc. us. 10, 8.—<sup>2</sup> 1. 1. pr. 1. 37. D. h. t. 22, 1; l. 10. § 3. D. mand. 17, 1; l. 39. § 1. D. de leg. 1 (30).—<sup>3</sup> 1. 26. C. h. t. 4, 32.

общины <sup>4</sup>; двѣнадцать процентовъ уплачивается въ случаѣ us rei iudicatae (теперь не практикуется, ср. § 42 sub II. 8).

Вопреки праву Юстиніана каноническое право <sup>7</sup> на основаніи мовсеева законодательства <sup>8</sup> запретило вообще всякое взиманіе процентовъ. Но постояннымъ и неоднократно признаннымъ въ имперскомъ законодательствѣ обычаемъ это предписаніе каноническаго права было устранено, а введенъ размѣръ пяти процентовъ, какъ высшій предѣлъ взиманія, дозволенный закономъ; для foenus nauticum размѣръ процентовъ былъ не ограниченъ. По имперскому закону о процентахъ 14-го ноября 1867 г. и по баварскому закону 5-го декабря 1867 г., размѣръ процентовъ опредѣляется свободнымъ соглашеніемъ; стало быть, размѣръ процентовъ, возникающихъ изъ юридической сдѣлки, вполнѣ не ограниченъ. Однако, по имперскому закону о ростовщичествѣ (Reichs-Wuchergesetz) 24-го мая 1880 г. и дополнительному закону о ростовщичествѣ 19-го іюня 1893 г., поразительное превышеніе обыкновеннаго размѣра процентовъ, соединенное съ эксплуатаціей нужды, легкомыслія или неопытности должника, подвергается наказанію въ качествѣ ростовщичества въ случаяхъ: займа, отсрочки какого либо денежнаго долга (напр., покупной цѣны) или иной двусторонней сдѣлки, служащей тѣмъ же хозяйственнымъ цѣлямъ (напр., продажа съ условіемъ обратной продажи, цессія срочнаго денежнаго долга); ростовщическій договоръ (не только договоръ о процентахъ, но и главный) не дѣйствителенъ, и указанное ниже (пр. 16) положеніе римскаго права сюда не примѣняется, но каждому контрагенту принадлежитъ право требовать возврата уплаченнаго. Къ изложенному кредитному ростовщичеству приравнивается такъ назыв. вещное ростовщичество (Sachwucher), т. е. тотъ случай, если кто по какой либо двусторонней сдѣлкѣ профессиональнымъ или обычнымъ образомъ, пользуясь нуждою, легкомысліемъ или неопытностью другого, выговариваетъ въ свою пользу такія имущественныя выгоды, которыя находятся въ поразительномъ несоответствіи съ цѣнностью того, что онъ съ своей стороны даетъ другой сторонѣ (ср. § 286 пр. 23. 24).

2. *Неуплаченные проценты* не должны превышать суммы капитала; если они достигаютъ этого предѣла, то дальнѣйшее нарастаніе процентовъ прекращается <sup>10</sup>. Это обыкновенно вы-

<sup>4</sup> l. 17. § 6. D. h. t. 22, 1; l. 38. D. de neg. gest. 3, 5; l. 7. §§ 4. 10<sup>4</sup> l. 54. D. de adm. 26, 7; l. 1. C. de us. pup. 5, 56.—<sup>5</sup> l. 2. C. de us. r. i. 7. 54; l. 4. C. de aed. pr. 8, 10.—<sup>6</sup> l. 31. § 2. C. de i. d. 5, 12; l. un. § 7. C. de r. u. a. 5, 13; Nov. 22. c. 44. § 4; l. 12. C. de pet. her. 3, 31.—<sup>7</sup> C. 14. qu. 4—6; t. X. 5, 19; t. in VI. 5, 5; Cl. 5, 5.—<sup>8</sup> Mos. II. 22. Cm. 25. III. 25. Ст. 35—37. V. Ст. 23. Ст. 19. 20.—<sup>9</sup> RPO. v. 1577. T. 17. § 9. T. 20. § 6; RDA. v. 1600. § 139; IRA. § 174.—<sup>10</sup> l. 26. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 10. l. 27. § 1 C. h. t. 4, 32; cf. l. 29. l. 30. C. h. t. 4, 32 (leges restitutae); Nov. 121. c. 2; Nov. 138; Nov. 160 (всѣ негlossированы).

ражаютъ такъ: проценты не нарастаютъ *ultra alterum tantum*, *ultra duplum*. Это положеніе римскаго права не отмѣнено прямо имперскимъ закономъ 14 ноября 1867 г., но нѣкоторые утверждаютъ, что оно отмѣнено этимъ закономъ косвенно (молчаливо).

3. *Anatocismus*, или проценты на проценты, запрещается<sup>11</sup>; поэтому неуплаченные проценты не должны ни причисляться къ капиталу (такъ наз. *anatocismus coniunctus*), ни обращаться въ отдѣльный капиталъ, приносящій проценты (такъ наз. *anatoc. disiunctus s. separatus*). Но обязанность платить проценты можетъ возникнуть вслѣдствіе того, что кто либо въ качествѣ управляющаго чужимъ имуществомъ принялъ проценты или издержалъ ихъ<sup>12</sup>; ибо запрещеніе анатоцизма имѣетъ тотъ смыслъ что *неуплаченные* проценты не должны опять приносить процентовъ. Запрещеніе анатоцизма упомянутымъ имперскимъ закономъ 1867 г. § 4 не измѣнено.

4. Вычетъ, удержаніе процентовъ при выдачѣ займа также запрещается римскимъ правомъ; въ случаѣ нарушенія только остатокъ считается дѣйствительно занятымъ<sup>13</sup>. Это положеніе р. пр. противорѣчитъ духу упомянутаго выше имперскаго закона 1867 г. и поэтому должно быть признано устраненнымъ.

Нарушеніе означенныхъ началъ, будетъ-ли оно явнымъ или скрытымъ (*in fraudem legis*<sup>14</sup>), признается ростовщичествомъ (*usuraria pravitas*); если должникъ обѣщалъ платить недозволенные проценты, то кредиторъ не пріобрѣтаетъ противъ него никакого права требованія<sup>15</sup>; если онъ ихъ уже уплатилъ, то они считаются зачтенными въ капиталъ, такъ что послѣдній уменьшается<sup>16</sup>; если же капиталъ уже исчерпанъ, то ихъ можно потребовать обратно (посредствомъ *condictio ob iniustam causam*). Отъ платежа недозволенныхъ процентовъ слѣдуетъ отличать платежъ фактически недолжныхъ процентовъ; если кто уплатилъ проценты за капиталъ, котораго онъ не долженъ, то онъ можетъ востребовать ихъ обратно (посредствомъ *condictio indebiti*), если онъ находился въ извинительномъ за-

<sup>11</sup> l. 28. C. h. t. 4, 32; l. 3. pr. C. de us. r. i. 7, 54; cf. l. 26. § 1. D. de e. i. 12, 6; l. 27. D. de re ind. 42, 1; l. 20. C. ex qu. c. infam. 2, 12.—<sup>12</sup> l. 10. § 3. i. f. D. mand. 17, 1; l. 7. § 12. l. 58. §§ 1. 4. D. de adm. 26, 7.—<sup>13</sup> l. 26. § 4. C. h. t. 4, 32.—<sup>14</sup> l. 44. D. h. t. 22, 1; l. 13. § 26. D. de a. e. v. 19, 1; l. 26. § 1. C. h. t. 4, 32.—<sup>15</sup> l. 26. § 1. D. de e. i. 12, 6; l. 26. § 1. l. 27. § 1. C. h. t. 4, 32.—<sup>16</sup> l. 26. pr. D. de e. i. 12, 6; l. 18. C. h. t. 4, 32.

блужденіи <sup>17</sup>; напротивъ, если онъ уплатилъ проценты за должный капиталъ, но не обложенный процентами, то уплаченное идетъ въ пользу кредитора; многіе, впрочемъ, отвергая это, думаютъ, что уплаченное должно быть зачтено въ капиталъ <sup>18</sup>; но это противорѣчитъ ясному опредѣленію источниковъ <sup>19</sup> и внутреннимъ основаніямъ: требующій обратнo оказалъ бы неблагодарность <sup>20</sup>, которая не можетъ быть одобряема правомъ; на этой же мысли основана и такъ наз. *antichresis tacita* (§ 201).

### РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

#### § 44. Отношеніе одной вещи къ другой.

*(Главная вещь и принадлежность. Побочная или придаточная вещь).*

*Funke*, die Lehre von den Pertinenzen. 1827.—*Göppert*, organische Erzeugnisse. 1869.—*Bauer*, die Dareingabe beim Kauf. 1887.—*Vangerow*, § 73.—*Windscheid*, § 143.—*Brinz*, § 549.—*Bekker*, § 74.—*Regelsberger*, § 102.

Вообще всякая вещь является самостоятельнымъ объектомъ правъ; но часто случается и такъ, что одна вещь слѣдуетъ за другою (*sequi, sedere, accedere*), т. е., что *всякое изъясненіе воли, касающееся послѣдней, распространяется и на первую* <sup>1</sup>. Такая зависимая вещь называется принадлежностью главной вещи; въ источникахъ она называется *pars rei, quasi pars, accessio*; но эти выраженія обозначаютъ не только принадлежность. *Принадлежность есть такая сама по себѣ самостоятельная вещь, которая поставлена въ постоянную* <sup>2</sup> *связь съ другою вещью* <sup>3</sup>, *чтобы сдѣлать возможнымъ или облегчить пользованіе послѣднею, а потому разсматривается въ оборотъ, какъ часть ея*. Какъ недвижимыя, такъ и движимыя вещи могутъ имѣть принадлежности; такъ, парусъ — принадлежность корабля, клѣтка — принадлежность птицы <sup>4</sup>. Принадлежности могутъ быть движимыя (ключъ, навозъ и солома, заготовленные для имѣнія <sup>4a</sup>) или недвижимыя (дворъ и садъ,

<sup>17</sup> l. 26. § 2. D. de c. i. 12, 6.—<sup>18</sup> arg. l. 5. § 2. l. 102. § 3. D. de sol. 46, 3.—<sup>19</sup> l. 26. pr. D. de c. i. 12, 6.—<sup>20</sup> Seneca epist. 81.

<sup>1</sup> l. 13. § 31. D. de a. e. v. 19, 1; l. 91. § 5. D. de leg. 3 (32).—<sup>2</sup> l. 17. § 7. D. de a. e. v. 19, 1; l. 26. pr. D. de instr. 33, 7.—<sup>3</sup> l. 17. §§ 10. 11. l. 18. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>4</sup> l. 242. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 52. § 9. l. 66. D. de leg. 3 (32).—<sup>4a</sup> l. 17. pr. § 2. D. de a. e. v. 19, 1.

принадлежащія къ дому, лугъ, принадлежащій къ сельскохозяи-  
ственному имѣнію <sup>5</sup>). Принадлежности могутъ находиться въ  
физической связи съ главною вещью (источники называютъ  
ихъ *vineta fixa* <sup>6</sup>, напр., постоянныя водопроводныя трубы,  
колья въ виноградникѣ <sup>6а</sup>); но для самаго понятія принадлеж-  
ности такое соединеніе не требуется, и, съ другой стороны,  
оно не можетъ считаться достаточнымъ признакомъ принад-  
лежности; поэтому, напр., предметы инвентаря имѣнія, хотя бы  
и прикрѣпленные къ участку, не считаются принадлежностями <sup>7</sup>;  
ибо, по взгляду Римлянъ, вообще инвентарь имѣнія не есть  
принадлежность <sup>8</sup>. Примѣрами вещей, которыя, хотя и служатъ  
другимъ вещамъ, но въ оборотѣ не причисляются къ принад-  
лежностямъ, могутъ служить (кромѣ инвентаря): шкафъ для  
книгъ, винная бочка <sup>9</sup>.

Шире, чѣмъ понятіе принадлежности, есть понятіе побочной  
или придаточной вещи (*accessio*); побочною считается всякая вещь,  
находящаяся въ отношеніи какой либо зависимости къ другой  
вещи: плоды, *partus ancillae*, кладъ, найденный на участкѣ, *allu-  
vio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata* (приращенія),  
а также, конечно, и всѣ принадлежности. Понятіе побочной  
вещи не имѣетъ юридическаго значенія вслѣдствіе своей не-  
опредѣленности.

## РАЗДѢЛЬ ЧЕТВЕРТЫЙ.

### § 45. Цѣнность вещей.

*Vangerow*, § 171. — *Windscheid*, § 133.

Вслѣдствіе своей полезности (§ 41) вещи обладаютъ извѣстною  
цѣнностью. Полезность вещи въ разное время и въ разныхъ мѣ-  
стахъ можетъ быть различна, поэтому и цѣнность вещи зависитъ  
отъ мѣста и отъ времени. Но въ опредѣленномъ мѣстѣ и въ  
опредѣленномъ моментъ вещь можетъ имѣть только одну цѣнность,  
и при опредѣленіи этой цѣнности не принимается во вниманіе то

<sup>5</sup> l. 31. l. 91. §§ 4. 5. D. de leg. 3 (32); l. 52. § 3. D. de a. e. v. 19, 1.  
— <sup>6</sup> l. 38. § 2. D. de a. e. v. 19, 1, но здѣсь слѣдуетъ читать: *an haec ut  
iuncta fixaque aedium essent, an ut ruta caesaque non essent aedium.* —  
<sup>6а</sup> l. 17. §§ 7. 11. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>7</sup> l. 17. pr. §§ 4. 7. D. de a. e. v. 19,  
1; l. 245. pr. D. de v. s. 50, 16. — <sup>8</sup> l. 1. pr. l. 2. § 1. D. de instr. 33, 7; l. 14.  
D. de sup. leg. 33, 10. — <sup>9</sup> l. 52. § 3. D. de leg. 3 (32); l. 3. § 1. D. de trit.  
33, 6; но ср. l. 4. pr. D. de penu leg. 33, 9.

обстоятельство, что данная вещь для известнаго лица можетъ казаться особенно цѣнною по личнымъ соображеніямъ (напр., потому что она досталась этому лицу по наслѣдству, или потому, что эта вещь есть дитя, прижитое этимъ лицомъ съ рабынею<sup>1</sup>); иначе говоря: *есть только одна дѣйствительная цѣнность вещи* (verum rei pretium, aestimatio<sup>2</sup>, иногда—*quanti ea res est*<sup>3</sup>), но не признается никакой аффективной цѣнности, цѣнности вслѣдствіе особаго расположенія (т. н. *pretium affectionis*<sup>3 a</sup>). Общепризнаннымъ представителемъ цѣнности служатъ деньги; поэтому онѣ играютъ роль всеобщаго мѣрила цѣнности. Цѣнность вещи въ деньгахъ (цѣна, оцѣнка вещи) устанавливается обыкновенно судьей при содѣйствіи въ случаѣ необходимости экспертовъ; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ истецъ по р. пр. можетъ опредѣлить цѣну вещи вмѣстѣ съ прочимъ интересомъ (§ 243) посредствомъ утвержденія подъ присягою (*iuramentum in litem*, оцѣночная присяга<sup>4</sup>), а именно: а) въ *actiones restitutoriae* и *exhibitoriae* (§ 84 sub 4), если отвѣтчикъ виновенъ въ *dolus*, *culpa lata* или *contumacia*<sup>5</sup> (ср. § 142 прим. 2—4. 8), б) во *всѣхъ* искахъ, если цѣна вещи не поддается опредѣленію никакимъ инымъ путемъ<sup>7</sup>. Но, чтобы предотвратить возможные тутъ чрезмѣрные отступленія отъ дѣйствительной цѣны вещи, судья можетъ или до совершенія присяги установить известный предѣлъ, выше котораго не можетъ идти истецъ, или по совершеніи оцѣнки подъ присягою умѣрить слишкомъ большую цѣну<sup>8</sup>. Эти правила оцѣнки подъ присягою отмѣнены Имп. уст. гр. суд. § 260, который вмѣсто этого опредѣлялъ, что во *всѣхъ процессахъ объ убыткахъ* судья можетъ допустить истца къ оцѣнкѣ подъ присягою вреда (интереса), если размѣръ его инымъ способомъ совсѣмъ не можетъ быть опредѣленъ или не можетъ быть опредѣленъ съ достаточною точностью; вмѣстѣ съ

<sup>1</sup> l. 63. pr. D. ad. l. Falc. 35, 2; l. 33. D. ad. l. Aq. 9, 2; l. 1. § 15: D. si quid in fr. patr. 38, 5.—<sup>2</sup> l. 2. § 13. D. vi bon. rapt. 47, 8; l. 179. D. de v. s. 50, 16.—<sup>3</sup> l. 179. l. 193. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 4. D. si quis i. d. 2, 3; l. 9. § 8. D. ad exh. 10, 4.—<sup>3a</sup> Прежде для этого опирались на l. 36. D. de bon. lib. 38, 2.—<sup>4</sup> tt. D. 12, 3; C. 5, 53: de in litem iurando.—<sup>5</sup> l. 2. § 1. l. 5. pr. l. 8. D. h. t. 12, 3; l. 18. pr. § 1. D. de dolo 4, 3; l. 63. D. de r. v. 6, 1; l. 7. D. si s. v. 8, 5; l. 3. § 3. D. ad exh. 10, 4; l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 25. § 1. D. sol. matr. 24, 3; l. 48. § 1. D. loc. 19, 2; l. 1. § 26. D. dep. 16, 3; l. 3. § 2. D. comm. 13, 6.—<sup>6</sup> l. 2. § 1. l. 4. § 4. l. 5. § 3. D. h. t. 12, 3; l. 15. §§ 9—11. D. quod vi 43, 24; l. 1. l. 2. l. 4. C. h. t. 5, 53.—<sup>7</sup> l. 5. § 4. l. 6. l. 9. D. h. t. 12, 3.—<sup>8</sup> l. 4. §§ 1—3. l. 5. §§ 1. 2. D. h. t. 12, 3; l. 3. § 2. D. ad exh. 10, 4; l. 63. D. de r. v. 6, 1.—l. 9. C. unde vi 8, 4.

тѣмъ судья долженъ опредѣлять крайній предѣлъ, выше котораго не можетъ итти оцѣнка подь присягою.

## РАЗДѢЛЬ ПЯТЫЙ.

### § 46. Вещи со стороны правоотношеній на нихъ. Вещи, находящіяся въ оборотѣ и изъятыя изъ него.

*Keller*, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betr. 1861.—*Ihering*, der Streit über die Festungswerke der Stadt Basel. 1862.—*Dernburg*, Rechtsgutachten bez. der Festungswerke bei der Stadt Basel. 1862.—*Ihering*, Erwiderung auf das Dernburgsche Rechtsgutachten. 1862.—*Wappäus*, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. 1867.—*Kappeler*, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs. 1867.—*Eisele*, über das Rechtsverh. der res publ. in publ. usu. 1873.—*Hesse*, Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 45—51. 2. Aufl. 1880.—*Vangerow*, §§ 63—66.—*Windscheid*, §§ 145—147.—*Brinz*, §§ 125—128.—*Bekker*, §§ 70. 76—78.—*Regelsberger*, §§ 107—117.—*Baron*, § 67.

По общему правилу вещи доступны въ качествѣ объектовъ права всѣмъ лицамъ, въ томъ числѣ частнымъ лицамъ (вещи въ оборотѣ, *res in commercio*); но нѣкоторыя вещи изъяты изъ оборота (*res extra commercium*); это значитъ, что частныя лица не могутъ на нихъ имѣть вещныхъ правъ, ни заключать относительно нихъ юридическія сдѣлки на случай, если онъ позднѣ войдутъ въ оборотъ<sup>1</sup>; поэтому такія вещи не допускаютъ никакой оцѣнки<sup>2</sup>. Основаніе изъятія вещи изъ оборота можетъ быть религіозное, естественное, политическое, или заключаться въ соображеніяхъ общей пользы.

1. Вещи, изъятія изъ оборота по религіознымъ основаніямъ, называются *res divini iuris*; онѣ не находятся ни въ чьей собственности<sup>3</sup>; имъ противопоставляются *res humani iuris*. Такъ какъ римскія божества были или *dii superi*, или *inferi*, то и *res divini iuris* бываютъ или *res sacrae* (напр., храмъ и принадлежности богослуженія), или *res religiosae* (напр., мѣсто погребенія, *locus religiosus*). Съ *res divini iuris* сходны (*quodammodo divini iuris*) *res sanctae*<sup>4</sup>, т. е. свѣтскія вещи, ненарушимость коихъ особенно оберегается (напр., стѣны, ворота города или лагеря, пограничные знаки). Для охраны важнѣйшихъ *res divini iuris* преторскимъ эдиктомъ было

<sup>1</sup> 1. 6. pr. 1. 34. § 1. D. de c. e. 18, 1; 1. 1. § 2. D. quae res pign. 20, 3; 1. 83. § 5. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; § 2. I. de inut. st. 3, 19; § 5. I. de emt. vend. 3, 23; 1. 182. D. de r. i. 50, 17.—<sup>2</sup> 1. 9. § 5. D. de div. r. 1, 8.—<sup>3</sup> §§ 7—9. I. de r. d. 2, 1; 1. 6. § 2. 1. 9. D. de div. r. 1, 8.—<sup>4</sup> § 10. I. de r. d. 2, 1; 1. 6. § 2. 1. 8. l. 9. § 3. 4. D. de d. r. 1, 8; 1. 3. § 17. D. de r. m. 49, 16; Festus s. v. termino.

введено нѣсколько исковъ (*interdictum ne quid in loco sacro fiat*<sup>5</sup>, *actio sepulcri violati*<sup>6</sup> и т. д.<sup>7</sup>). Они теперь не могутъ примѣняться, потому что тѣ *res divini iuris*, къ которымъ они относятся, по нынѣшнему церковному праву, считаются собственностью церковей, политическихъ общинъ и частныхъ лицъ (напр., частныя часовни, наслѣдственные гробницы); вмѣсто тѣхъ исковъ теперь примѣняются обыкновенные иски.— Относительно менѣе важныхъ *res divini iuris* (напр., гробъ и одежда покойника) церковное право не установило никакихъ особыхъ положеній; поэтому и теперь онѣ не состоятъ ни въ чьей собственности.

2. Вещи, изъятыя изъ оборота *по естественнымъ причинамъ*, суть *res omnium communes*<sup>8</sup> (въ противоположность къ *res publicae* и *res privatae*); онѣ не подчиняются исключительному господству отдѣльныхъ лицъ; сюда относятся: воздухъ, текучая вода, море и морской берегъ; но отдѣльныя части моря или морского берега, будучи застроены частными постройками, пока эти постройки существуютъ, могутъ быть частною собственностью<sup>9</sup>. Одинъ изъ римскихъ юристовъ (*Celsus*) считалъ морской берегъ собственностью государства<sup>10</sup>—воззрѣнiе, реципированное нынѣшнимъ международнымъ правомъ. Отъ моря и текучей воды слѣдуетъ отличать все то, что онѣ несутъ или покрываютъ; послѣднее (животныя, растенiя, камни) не изъято изъ оборота и подлежитъ завладѣнiю (*occupatio*) отдѣльныхъ лицъ<sup>11</sup> (§ 137).

3. Вещи, изъятыя изъ оборота *по политическимъ основанiямъ*, суть *res publicae quae publico usui destinatae sunt*. Подъ *res publicae* понимали первоначально вещи, находящiяся въ собственности римскаго государства<sup>12</sup>, позднѣе также тѣ вещи, которыя состоятъ въ собственности общины<sup>13</sup>. Онѣ распадаются на два класса: а) на такiя, которыми государство и община обладаютъ и пользуются, какъ частныя лица (*patrimonium populi s. civitatis*<sup>14</sup>); онѣ не изъяты изъ оборота; б) на тѣ части государственной территорiи, которыя предоставлены всѣмъ

<sup>5</sup> t. D. 43, 6: ne quid in loco sacro fiat. — <sup>6</sup> tt. D. 47, 12; C. 9, 19: de sepulcro violato. — <sup>7</sup> t. D. 11, 8: de mortuo inferendo et sepulcro aedificando. — <sup>8</sup> §§ 1—5. I. de r. d. 2, 1; ll. 2—6. § 1. l. 10. D. de d. r. 1, 8; l. 14. pr. l. 30. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; l. 3. l. 4. D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1. § 17. D. de hum. 43, 12. — <sup>9</sup> l. 50. D. de a. r. d. 41, 1; l. 2. § 8. l. 3. § 1. D. ne quid in l. p. 43, 8. — <sup>10</sup> l. 3. pr. D. ne quid in l. p. 43, 8. — <sup>11</sup> § 5. I. de r. d. 2, 1. — <sup>12</sup> l. 15. D. de v. s. 50, 16. — <sup>13</sup> l. 17. D. de v. s. 50, 16; l. 1. pr. D. de r. d. 1, 8. — <sup>14</sup> l. 14. pr. D. de a. r. d. 41, 1; l. 6. pr. l. 72. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 2. § 4. D. ne quid in l. p. 43, 8; l. 17. § 1. D. de v. s. 50, 16.

людямъ въ свободное пользованіе, а потому изъяты изъ оборота (*res publicae publico usui destinatae*); сюда относятся<sup>15</sup>: дороги, площади (*stadia, theatra*), мосты, озера, русло общественной рѣки (т.-е. постоянно текущаго *большого* количества воды, *flumina perpetua*, въ противоположность къ *flum. torrentia*); напротивъ, берега рѣки и ручьи находятся въ частной собственности и лишь обременены нѣкоторыми легальными сервитутами<sup>16</sup> (§ 126). Для охраны вещей, предоставленныхъ общему пользованію (*sub b*), и для предотвращенія произвола отдѣльных лицъ римское право ввело много исковъ<sup>17</sup>, изъ которыхъ нѣкоторые могутъ быть вчаты всякимъ изъ народа (*actiones populares*), нѣкоторые—лицами потерпѣвшими. *Actiones populares* нынѣ совсѣмъ не примѣняются, потому что государство не пользуется представительствомъ каждаго гражданина (§ 84 *sub 7*); другіе иски на дѣлѣ рѣдко примѣняются, потому что административныя учрежденія на основаніи верховнаго права государства заботятся о цѣлости и невредимости общественныхъ вещей и защищаютъ каждаго въ пользованіи ими.—Въ новѣйшее время нѣкоторые ученые юристы выставили положеніе, что государство имѣетъ на *res publicae publico usui destinatae* не право собственности, а право власти, верховенства, т. е., что его право господства надъ этими вещами не есть частное право, а государственное. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя отрицать, что общее пользованіе дѣлаетъ для государства почти невозможнымъ осуществленіе какихъ бы то ни было правомочій права собственности на эти вещи; тѣмъ не менѣе эти правомочія существуютъ: государство получаетъ арендную плату отъ тѣхъ, которые на такой вещи сооружаютъ постройки<sup>18</sup>; государство пользуется въ настоящее время травой и плодами деревьевъ, растущихъ на государственныхъ шоссеиныхъ дорогахъ; *государство можетъ достигнуть полнаго осуществленія отдѣльныхъ правомочій своего права собственности путемъ изъятія такой вещи изъ общаго пользованія*<sup>19а</sup>. Изъ этихъ положеній видно, что государство на *res publicae publ. usui destin.* имѣетъ двоякое право: мало значащее право собственности<sup>19б</sup> и сильное право верховенства.

<sup>15</sup> 1. 1. §§ 1—3. D. de flum. 43, 12; 1. 2. §§ 2—5. 21—23. D. ne quid in l. p. 43, 8; §§ 2. 6. I. de r. d. 2, 1; 1. 6. § 1. D. de d. r. 1, 8.—<sup>16</sup> § 4. I. de r. d. 2, 1; 1. 5. pr. D. de d. r. 1, 8.—<sup>17</sup> tt. D. 43, 7—15 и 1. 1. §§ 15. 16. 1. 2. D. de cloac. 43, 23.—<sup>18</sup> 1. 2. § 17. D. ne quid in loco publ. 43, 17.—<sup>19</sup> § 39. I. d. rer. div. 2, 1.—<sup>19а</sup> 1. 83. § 5. 1. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1.—<sup>19б</sup> 1. 1. pr. D. de int. 43, 1; Frontinus p. 20, 10; p. 51, 3 (ed. Lachm.).

4. Нѣкоторыя вещи изъяты изъ оборота въ интересахъ *общей пользы*; какъ примѣръ такихъ вещей, источники приводятъ яды, запрещенныя книги<sup>20</sup>. Теперь въ этомъ отношеніи дѣйствуютъ законоположенія партикулярныхъ правъ.

Вещи, изъятыя изъ оборота, называются иногда въ источникахъ<sup>21</sup> *res nullius*, *res extra partimonium* въ томъ смыслѣ, что онѣ или вообще не подлежатъ праву собственности (1. 2.), или, по крайней мѣрѣ, не могутъ быть *предметомъ права собственности физическихъ лицъ* (3). Но эти выраженія также обозначаютъ часто тѣ вещи, которыя, хотя и не изъяты изъ оборота, но по *фактическимъ* причинамъ не имѣютъ хозяина: животныя въ состояніи естественной свободы, естественныя морскія произведенія, нѣкѣмъ не занятые участки, вещи брошенныя (*derelictae*), т.-е. оставленныя своимъ собственникомъ, кладь<sup>22</sup>.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Юридическіе факты.

Возникновеніе, перенесеніе, прекращеніе, сохраненіе, измѣненіе правъ.

#### ВВЕДЕНІЕ.

#### § 47. Объясненіе техническихъ выраженій.

*Savigny*, §§ 104. 105.—*Vangerow*, §§ 119. 126. 127.—*Windscheid*, §§ 63—68.—*Brinz*, §§ 74—77. 521. 561.—*Bekker*, §§ 30. 31. 33. 34. 36. 80—83. 108.—*Regelsberger*, §§ 118—123. 129.

I. *Юридическіе факты и ихъ виды. Юридическимъ фактомъ называется всякое обстоятельство, влекущее за собою какое либо юридическое послѣдствіе, т. е. возникновеніе, перенесеніе, прекращеніе, сохраненіе или измѣненіе права*<sup>1</sup>.—Часто норма права предписываетъ признавать существующее обстоятельство за несуществующее и, наоборотъ, несуществующее за существующее; такой приемъ называется *фикціей* (юридическимъ вымысломъ); таковы *ius postliminii* и *fictio legis Corneliae* относительно плѣннаго римскаго гражданина (§ 125), *фикція*

<sup>20</sup> 1. 4. § 1. *D. fam. erc.* 10, 2; *Pauli sent. rec.* V, 23. § 18.—<sup>21</sup> 1. 1. pr. *D. de d. r.* 1, 8; 1. 51. *D. le c. e.* 18, 1; pr. *I. de r. d.* 2, 1; *Gai.* 2, 1.—<sup>22</sup> § 12. *I. de r. d.* 2, 1; 1. 3. pr. *D. de a. r. d.* 41, 1.

<sup>1</sup> 1. 41. *D. de leg.* 1, 3.

истечения давности въ пользу добросовѣстнаго владѣльца (§ 128).—По содержанію юридическіе факты дѣлятся на положительныя и отрицательныя, по происхожденію—на дѣйствія и событія (факты въ тѣсномъ смыслѣ).

1. *Дѣйствія суть юридическіе факты, вызываемые волею человека*; они бываютъ положительныя и отрицательныя (упущенія); по своему характеру дѣйствія могутъ быть дозволенныя или недозволенныя (§ 71). Между дозволенными дѣйствіями самое важное мѣсто занимаютъ тѣ дѣйствія заинтересованныхъ лицъ, которыя непосредственно направлены на юридическое послѣдствіе; юридическія сдѣлки (§ 48).

2. *Событія суть юридическіе факты, независимые отъ воли человека*; они крайне разнообразны: рожденіе, смерть, производительная дѣятельность царства природы, измѣненіе теченія рѣки, возникновеніе новаго русла рѣки и т. д. Изъ событій одно заслуживаетъ особаго вниманія: наступленіе и истеченіе времени (§ 72).

II. *Понятіе и виды приобрѣтенія права. Приобрѣтеніе права есть соединеніе его съ определеннымъ субъектомъ. Приобрѣтеніе права называется первоначальнымъ (acquisitio originaria, самостоятельнымъ), если приобрѣтатель не основываетъ своего права на правъ другого; противоположный видъ приобрѣтенія права есть приобрѣтеніе производное (acquisitio derivativa), т. е. такое, при которомъ приобрѣтатель основываетъ свое право на существующемъ уже правѣ другого, когда, слѣдовательно, приобрѣтенное право производится отъ права другого (auctor<sup>1a</sup>, юридическій предшественникъ). Къ производному приобрѣтенію примѣняется правило: nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet<sup>2</sup>. Производное приобрѣтеніе бываетъ двухъ родовъ: или на основаніи существующаго права создается право иного рода (наприм., собственникъ устанавливаетъ другому сервитутъ или залоговое право на свою вещь), или существующее право переходитъ такъ, какъ оно есть, цѣликомъ или въ части на другого, такъ что происходитъ простая перемѣна субъектовъ права. Въ послѣднемъ случаѣ имѣемъ дѣло съ преемствомъ*

<sup>1a</sup> l. 175. § 1. D. de r. i. 50, 17. — <sup>2</sup> l. 54. l. 175. § 1. l. 177. pr. D. de r. i. 50, 17.

(successio); приобрѣтатель есть преемникъ (successor) прежняго субъекта (auctor). По общему правилу перемѣну субъектовъ (successio) допускаютъ всѣ права — не только имущественныя, но и семейственныя (отеческая власть, которая переносится путемъ adoptio); но исключаются т. н. чисто личныя права, какъ то: личные сервитуты, брачное право, опекунская должность. — Преемство въ правахъ имущественныхъ распадается на два вида: на преемство единичное, сингулярное (successio singularis) и общее, универсальное (successio universalis).

1. *Successio singularis* (succ. in rem., in singulas res, in singularum rerum dominium) *бываетъ тогда, когда преемство касается одного отдѣльнаго права или нѣсколькихъ отдѣльныхъ правъ*<sup>3а</sup>; эти отдѣльныя права могутъ быть вещныя или обязательственныя.

2. *Successio universalis* (successio per universitatem) въ свою очередь распадается на два вида:

a) *acquisitio per universitatem*, т. е. преемство во всемъ активѣ даннаго лица (*кромя чисто личнаго*) *по одному акту*. Многочисленные случаи этого вида, существовавшіе въ древнемъ ius civile (большая часть случаевъ capitis deminutio), впоследствии были ограничены тѣмъ положеніемъ, что successor долженъ былъ отвѣчать за passiva въ размѣрѣ актива (§ 25); нынѣшнему праву они вполнѣ чужды; правильнѣе эти случаи совсѣмъ не считать *общимъ* преемствомъ.

b) *successio in omne ius, in universum ius, in universa bona*, просто *successio*, т. е., *происходящее по одному акту преемство въ совокупности актива и пассива даннаго лица (кромя чисто личныхъ) или въ какой либо доль (дроби) ихъ*. Таково преемство наслѣдника въ имуществѣ, оставшемся послѣ наслѣдователя, преемство eripientis на мѣсто indignus и преемство казны въ выморочномъ наслѣдствѣ (§§ 425—427).

III. *Значеніе потери права, въ частности отчужденія*. Потеря права есть отдѣленіе права отъ субъекта, съ которымъ оно прежде было связано. Важнѣйшій видъ потери есть отчужденіе; отчужденіе въ разныхъ институтахъ не всегда понимается въ одномъ объемѣ, поэтому во всякомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ обращать вниманіе на то, какой смыслъ при-

<sup>3</sup> Gai. I, 168. sq.—<sup>3а</sup> I. 24. § 1. D. de damno inf. 39, 2.

дается отчужденію въ данной нормѣ права. Въ самомъ тѣсномъ смыслѣ подѣ alienatio разумѣтся *отчужденіе другому лицу*, т. е. тотъ случай, когда управомоченный переноситъ свое право исполнѣ или частично на другого или устанавливаетъ ему вещное право на свою вещь <sup>4</sup>. Въ болѣе обширномъ смыслѣ подѣ отчужденіемъ разумѣтся также отреченіе (renuntiatio), т. е. просто отказъ отъ своего права безъ перенесенія его на другого (наприм., derelictio, отреченіе отъ приобрѣтеннаго легата <sup>5</sup>); въ этомъ обширномъ смыслѣ отчужденіе слѣдуетъ опредѣлить, какъ *положительное дѣйствіе*, состоящее въ отдѣленіи посредствомъ юридической сдѣлки какой либо составной части отъ имущества. Въ самомъ обширномъ смыслѣ отчужденіе есть добровольное допущеніе (терпѣніе) такого отдѣленія (значить, *отрицательное дѣйствіе*); сюда относится прекращеніе права, совершившееся хотя и не по волѣ управомоченнаго, но *согласно* съ нею; въ этомъ самомъ обширномъ смыслѣ считается отчужденіемъ, если собственникъ вещи допускаетъ другого къ приобрѣтенію ея по давности, или если имѣющій сервитутъ завѣдомо теряетъ его путемъ неосуществленія <sup>6</sup>.—Но отчужденіе всегда предполагаетъ, что данное право уже приобрѣтено: отказъ отъ возможнаго приобрѣтенія (наприм., непринятіе открывшагося для даннаго лица наслѣдства, отклоненіе предложеннаго подарка) не подходитъ подѣ понятіе отчужденія; и этотъ случай называется отреченіемъ.

## РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

### Юридическія сдѣлки.

#### I. § 48. Понятіе и виды.

Schlossmann, der Vertrag. 1876. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. — Bechmann, der Kauf. Bd. 2. S. 3—59. 1884. — Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 3—6. 1888. — Savigny, §§ 104. 140. 141. — Windscheid, § 69. — Brinz, §§ 522. 561. — Bekker, §§ 89. 90. 94. 95. — Regelsberger, §§ 135. 148. 149.

А. *Понятіе*. Юридическая сдѣлка (*negotium, actus, actum*) есть дозволенное изъявленіе воли стороны, направленное непосредственно на какое либо юридическое послѣдствіе (воз-

<sup>4</sup> 1. 7. C. de reb. al. 4, 51.—<sup>5</sup> 1. 5. § 8. D. de reb. eor. 27, 9.—<sup>6</sup> 1. 28. pr. D. de v. s. 50, 16; 1. 5. §§ 6. 7. D. de don. i. v. et n. 24, 1.

*никновеніе, перенесеніе, прекращеніе, измѣненіе, сохраненіе права*). Такимъ образомъ признаки юридической сдѣлки суть слѣдующіе:

1. Юр. сдѣлка есть *дозволенное изъявленіе воли*. При чемъ это можетъ быть или только выраженіе воли (наприм., заключеніе консенсуальнаго договора), или выраженіе воли, соединенное съ извѣстными дѣйствіями съ вещами (наприм., выдача займа, завладѣніе наслѣдственными вещами со стороны наслѣдника). Но всегда требуется, чтобы изъявленіе воли было дозволенное; иначе это не юридическая сдѣлка (недозволенное, противоправное дѣйствіе), хотя бы оно по внѣшнимъ признакамъ не отличалось отъ дозволеннаго изъявленія воли.

2. Юр. сдѣлка есть изъявленіе воли *стороны*, т. е. лица, для котораго въ изъявленіи воли есть частный интересъ (§ 16); но являются юридическими сдѣлками такія изъявленія воли, въ которыхъ изъявляющій лично не заинтересованъ (наприм., монарха, который надѣляетъ кого либо привилегіей въ своемъ рескриптѣ, судьи, постановляющаго судебныя рѣшенія).

3. Юр. сдѣлка есть изъявленіе воли, *направленное непосредственно на какое либо юридическое послѣдствіе*; отъ этого непосредственнаго юридическаго послѣдствія слѣдуетъ отличать цѣль, которой лицо стремится достигнуть совершеніемъ юр. сдѣлки (§§ 67, 214). Впрочемъ, въ новѣйшее время нѣкоторые писатели отвергаютъ это условіе; на мѣсто его они ставятъ другое требованіе: чтобы дѣйствующій стремился къ признанному правомъ хозяйственному результату. Нельзя отрицать, что заключающій сдѣлку обыкновенно имѣетъ въ виду не юридическія послѣдствія, а свои хозяйственные интересы; но право присуще волѣ человѣка; хотя заключающій сдѣлку имѣетъ въ виду установленіе извѣстнаго житейскаго отношенія, но его воля имѣетъ правовой характеръ, т. е. онъ имѣетъ въ виду правомѣрное послѣдствіе, правовой результатъ.

**В. Виды.** Понятіе юридической сдѣлки весьма обширно, такъ что отдѣльные случаи его представляютъ безконечное разнообразіе. Сдѣлки обыкновенно дѣлятся на слѣд. виды:

1. На сдѣлки одностороннія и сдѣлки двустороннія или многостороннія (т. н. *negotia unilateralia* и *bilateralia*). *Односторонняя юридическая сдѣлка возникаетъ изъ воли одного лица* (напр., *occupatio, testamentum, aditio hereditatis*). Двусто-

ронная сдѣлка возникаетъ изъ соглашенія двухъ или нѣсколькихъ самостоятельно другъ другу противостоящихъ волей; такая сдѣлка называется *conventio, pactio*, договоръ—и опредѣляется въ источникахъ<sup>1</sup> словами: *est conventio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, т. е. *договоръ есть соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ сторонъ о возникновеніи, перенесеніи, прекращеніи, сохраненіи, измененіи какого либо права* (такъ слѣдуетъ передать смыслъ общаго выраженія *in idem placitum*). Договоръ примѣняется *во всѣхъ областяхъ права*<sup>2</sup>: въ *правѣ частномъ*—какъ вещный договоръ (напр., *traditio*), какъ обязательственный, какъ семейственный договоръ (напр., заключеніе брака, *adoptio*), какъ договоръ о наслѣдствѣ (который, впрочемъ, запрещенъ римскимъ правомъ, § 390); въ *правѣ публичномъ*—какъ государственный договоръ, конкордатъ и т. п.

2. На сдѣлки между живыми и сдѣлки на случай смерти (*negotia inter vivos* и *mortis causa*); *первыя должны вступить въ дѣйствіе еще при жизни изъявляющаго волю, послѣднія—лишь послѣ его смерти*. Послѣднія (назначеніе наслѣдника и отказъ) будутъ изложены въ наслѣдственномъ правѣ; туда же относится и сходное съ отказомъ дареніе на случай смерти (§ 459).

3. На сдѣлки возмездныя (*negotia onerosa*) и безвозмездныя (*negotia lucrativa*); *первыя суть юридическія сдѣлки, направленныя на дѣйствія въ пользу другого лица и на соответственное воздѣйствіе, вознагражденіе со стороны другого лица въ пользу перваго (напр., купля-продажа, наемъ) или на приобритеніе съ обязательствомъ (напр., заемъ); послѣднія доставляютъ выгоду безъ воздѣйствія (напр., дареніе, назначеніе наслѣдника, отказъ)*.

## II. Условія дѣйствительности юридической сдѣлки.

### *Предварительное замѣчаніе.*

*Brinz, § 523.*

Условія, необходимыя для дѣйствительности юридической сдѣлки, вытекаютъ изъ самаго понятія ея, а именно, требуется: А. чтобы изъявляющій волю былъ дѣеспособенъ (§ 49), В. чтобы

<sup>1</sup> I. 1. § 2. D. de pact. 2, 14.—<sup>2</sup> I. 1. § 3. D. de pact. 2, 14.

онъ имѣлъ конкретную волю (§§ 50—60), С. чтобы эта воля была направлена на возможное и дозволенное юридическое послѣдствіе (§ 61), D. чтобы эта воля была изъявлена надлежащимъ образомъ (§§ 62—63).

#### А. § 49. Дѣеспособность изъявляющаго волю.

*Savigny*, §§ 106—112.—*Vengerow*, § 81.—*Windscheid*, § 71.—*Brinz*, §§ 55. 56. 524.—*Bekker*, §§ 44. 51. 91.—*Regelsberger*, §§ 57. 65. 130—134.

Юридическая сдѣлка, какъ и всякое дѣйствіе, предполагаетъ у дѣйствующаго лица способность имѣть волю (способность обсудить и рѣшиться). Лицо, за которымъ право признаетъ способность самостоятельно составлять и обнаруживать волю, называется дѣеспособнымъ. Юридическая сдѣлка, предпринятая недѣеспособнымъ лицомъ, по общему правилу признается недѣйствительною (исключенія см. въ §§ 274, 380 кон.). — Уже въ §§ 20 и сл. и § 33 было замѣчено, что:

1. *Вполнѣ недѣеспособны*: дѣти (кромѣ случая пріобрѣтенія владѣнія подаренными вещами, § 114 пр. 7), душевно-больные (за исключеніемъ *lucida intervalla*) и юридическія лица; здѣсь еще остается прибавить, что вслѣдствіе *временнаго* отсутствія сознанія вполнѣ недѣеспособны также: находящіеся въ состояніи полного опьянѣнія, больные въ безсознательномъ состояніи, сонные<sup>1</sup>. Душевная болѣзнь констатируется путемъ особаго производства, для котораго II. у. гр. суд. §§ 593—620 установилъ точныя нормы; результатомъ этого производства является лишеніе дѣеспособности, признаніе недѣеспособности; но недѣеспособность душевно-больныхъ наступаетъ независимо отъ этого акта признанія, слѣд., еще до формальнаго признанія. — Лица, которыя вполнѣ недѣеспособны, не могутъ ни пріобрѣтать, ни отчуждать, ни обязываться, ни составлять завѣщанія.

#### 2. *Отчасти недѣеспособны*:

а) Несовершеннолѣтніе, вышедшіе изъ дѣтскаго возраста (*infantia maioris*), все равно, находятся ли они подъ отеческою властью, или нѣтъ; они могутъ пріобрѣтать, но не могутъ обязываться, отчуждать и составлять завѣщанія.

б) Совершеннолѣтніе миноры (*minores*), свободные отъ отеческой власти. Они тоже могутъ только пріобрѣтать, но не обязываться и отчуждать, — предъ *infantia maioris* имъ принадлежитъ лишь то преимущество, что они способны къ состав-

<sup>1</sup> с. 7. С. 15. qu. 1; l. 17. D. qui test. 28, 1.

вленію завѣщаній и присягѣ (§§ 21, 380); но, по законамъ новой германской имперіи, т. н. Eidesmündigkeit (способность къ присягѣ) наступаетъ лишь по достиженіи 16 лѣтъ<sup>1а</sup>. Иной составъ дѣеспособности совершеннолѣтнихъ подвластныхъ лицъ: они могутъ приобрѣтать и обязываться, кромѣ займа<sup>2</sup>, всѣми договорами<sup>3</sup>, но не могутъ по общему правилу составлять завѣщанія<sup>4</sup> и отчуждать между живыми<sup>5</sup>.

с) Женщины: не могутъ совершать intercessio (§ 255).

д) Тѣлесно-больные: ихъ дѣеспособность зависитъ отъ рода болѣзни; иногда они подвергаются опекѣ (§ 370)<sup>6</sup>, иногда при ихъ дѣйствіяхъ соблюдаются особыя мѣры предосторожности (§ 394 sub I. 1).

Еще остается прибавить, что отчасти недѣеспособенъ:

е) Расточитель или, вѣрнѣе, тотъ, кого надлежащая власть объявила расточителемъ; это объявленіе совершается въ томъ случаѣ, если полнолѣтній человѣкъ проявляетъ укоренившуюся склонность къ бесполезному и безцѣльному мотанію имущества; это устанавливается судомъ послѣ надлежащаго разслѣдованія<sup>7</sup>, для котораго II. у. г. с. §§ 621—627 установилъ особыя правила. Результатомъ разслѣдованія бываетъ лишеніе дѣеспособности расточителя. Недѣеспособность расточителя наступаетъ лишь съ момента формальнаго лишенія; она равна недѣеспособности infantia maioris, слѣд., расточитель можетъ приобрѣтать, но не обязываться, отчуждать<sup>8</sup> и составлять завѣщаніе<sup>9</sup>.

## В Воля изъявляющаго.

### 1) § 50. Наличие воли.

*Reichlmann*, der Einfluss des Irrthums auf Verträge. 1837. — *Schlossmann*, der Vertrag. §§ 14, 15. 1876. — *Zitelmann*, Irrthum und Rechtsgeschäft. 1879. — *Piniński*, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. Bd. 2. S. 381 ff. 1888. — *Savigny*, §§ 134—139. — *Vangerow*, § 85. — *Windscheid*, §§ 75—77. — *Brinz*, §§ 524—534. — *Bekker*, §§ 84, 85, 92, 98. — *Regelsberger*, §§ 139—142.

Для того, чтобы юр. сдѣлка была действительна, требуется, чтобы на нее была направлена воля совершающаго

<sup>1а</sup> Reichscivilprocessordnung § 358. Nr. 1; § 435. Abs. 2; Reichsstrafprocessordnung § 56. Nr. 1.—<sup>2</sup> tt. D. 14, 6; C. 4, 28; de seto Macedoniano.—<sup>3</sup> l. 141. § 2. D. de v. o. 45, 1.—<sup>4</sup> l. 6. pr. D. qui test. 28, 1.—<sup>5</sup> Ср. ниже § 357.—<sup>6</sup> § 4. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. de cur. fur. 27, 10; l. 12. pr. § 1. D. de tut. et cur. 26, 5.—<sup>7</sup> l. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10.—<sup>8</sup> l. 6. D. de v. o. 45, 1; l. 10. pr. D. de cur. fur. 27, 10; l. 9. § 7. D. de r. c. 12, 1; l. 25. D. de fidei. 46, 1.—<sup>9</sup> l. 18. D. qui test. 28, 1.

ее, чтобы она была желаемая совершающимъ. Если этого нѣтъ, то сдѣлка не существуетъ (ничтожна), хотя бы и казалась, что воля на нее направлена. Поэтому изъявленіе ничтожно:

I. Въ случаяхъ притворства (*simulatio*), шутки, поученія, драматическаго изображенія<sup>1</sup>; эти случаи сходны между собою въ томъ, что дѣйствующее лицо, хотя и совершило изъявленіе, не желаетъ однако ему присвоить никакихъ юр. послѣдствій.— Подъ симулированную сдѣлкою (т. е. такую, которая предпринята для обмана другихъ) часто кроется другая, дѣйствительно желаемая сдѣлка (напр., подъ притворною продажею вещи — дареніе<sup>2</sup>); скрытая такимъ образомъ сдѣлка дѣйствительна тогда, если всѣ требуемыя для нея условія находятся налицо, и само притворство не противно добрымъ правамъ<sup>3</sup>.—Отъ притворной сдѣлки слѣдуетъ отличать символическое дѣйствіе, подъ которымъ разумѣютъ правовую форму сдѣлки, соблюденіе которой требуется, но которая не соответствуетъ содержанию сдѣлки: такова часто употреблявшаяся у Римлянъ *venditio nummo ipso* (напр., при завѣщаніи посредствомъ *mancipatio*<sup>4</sup>).— Впрочемъ, утверждающій недѣйствительность сдѣлки вслѣдствіе притворства, шутки, поученія долженъ доказать наличность послѣднихъ; напротивъ, по общему правилу никто не можетъ сослаться на *reservatio mentalis* (скрытое нарочно отсутствіе воли, умолчаніе), потому что этимъ онъ уличилъ бы себя во лжи; поэтому, умолчаніе не влечетъ за собою недѣйствительности сдѣлки; иное дѣло, если *reservatio mentalis* основана на мотивахъ, не заключающихъ въ себѣ ничего безнравственнаго, напр., кто либо заключаетъ съ тяжело больнымъ человѣкомъ какую либо сдѣлку для вида, чтобы успокоить его (спорно!).

II. Въ случаяхъ существеннаго заблужденія (т. н. *error essentialis*); относящіяся сюда случаи имѣютъ между собою то общее, что дѣйствующее лицо совершаетъ здѣсь волеизъявленіе, желая, чтобы оно влекло за собою юридическое послѣдствіе, но изъявляетъ волю не о томъ послѣдствіи, на которое направлена его воля, а о другомъ, котораго онъ не хочетъ, не сознавая того, что это послѣдствіе для него нежелательно. Въ случаяхъ существеннаго заблужденія сдѣлка ничтожна; насту-

<sup>1</sup> I. 3. § 2. l. 54. D. de o. et a. 44, 7; l. 24. D. de test. mil. 29, 1. —  
<sup>2</sup> l. 36. D. d. c. e. 18, 1.—<sup>3</sup> l. 1—3. C. plus valere 4, 22; l. 3. C. de c. e. 4, 38; l. 6. D. pro don. 41, 6.—<sup>4</sup> Gai. 2, 103 sq. 252; l. 66. D. ne i. d. 23, 3.

пасть ли ничтожностью, хотя бы этого заблужденія легко было избѣжать и хотя бы это было заблужденіе неизвинительное, объ этомъ см. въ § 62 о волевой теоріи и теоріи довѣрія. Случаи существеннаго заблужденія суть слѣд.:

1. Заблужденіе въ природѣ сдѣлки (такъ наз. *error in negotio*); дѣйствующее лицо желаетъ заключить иную сдѣлку, чѣмъ ту, о которой изъявляетъ волю, напр., подписываетъ письменный актъ купли, полагая, что онъ содержитъ договоръ найма<sup>5</sup>.

2. Заблужденіе въ лицѣ (т. н. *error in persona*); дѣйствующее лицо имѣетъ въ виду иное лицо (сторону), чѣмъ то, по отношенію къ которому изъявило волю<sup>6</sup>. Однако, слѣдуетъ замѣтить, что это заблужденіе въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ личность другой стороны безразлична для сдѣлки (напр., въ случаѣ продажи за наличныя деньги), не имѣетъ интереса (§§ 16, 131 пр. 9) для дѣйствующаго лица и поэтому не лишаетъ волю дѣйствительности.

3. Заблужденіе въ предметѣ (т. н. *error in corpore*); дѣйствующее лицо имѣло въ виду другой предметъ, нежели тотъ, относительно котораго изъявило волю<sup>7</sup>.—При договорахъ купли и другихъ сродныхъ сдѣлкахъ наравнѣ съ заблужденіемъ въ предметѣ ставится заблужденіе въ такихъ свойствахъ предмета, которыя по воззрѣніямъ гражданскаго оборота опредѣляютъ природу предмета (т. н. *error in substantia*, § 286).

4. То же значеніе, что перечисленные три случая существеннаго заблужденія, имѣетъ и т. н. недоразумѣніе. А именно, въ *договорахъ* заблужденіе считается существеннымъ и въ томъ случаѣ, если согласное изъясненіе воли сторонъ состоялось только *по виду*; каждая изъ сторонъ заблуждается въ волю другой стороны и изъявляетъ волю, не соответствующую волю другой стороны. Заблужденіе можетъ касаться или природы *правоотношенія* (одинъ даетъ сумму денегъ въ качествѣ займа, а другой принимаетъ ее въ качествѣ подарка; тутъ не состоялись ни дареніе, ни заемъ<sup>8</sup>), или *личности другой стороны* (кто либо получаетъ заемъ отъ А, думая, что получаетъ отъ В; заемъ недѣйствителенъ<sup>9</sup>), или *вещи* (одинъ хочетъ купить *fun-*

<sup>5</sup> 1. 5. C. plus. valere 4, 22.—<sup>6</sup> 1. 9. pr. D. de her. inst. 28, 5.—<sup>7</sup> 1. 9. § 1. D. de her. inst. 28, 5; 1. 4. pr. D. de leg. 1 (30); 1. 34. pr. D. de a. p. 41, 2; 1. 10. C. de don. 8, 53.—<sup>8</sup> 1. 18. D. de r. c. 12, 1; 1. 36. D. de acq. dom. 41, 1.—<sup>9</sup> 1. 32. D. de r. c. 12, 1; ср. далѣе 1. 52. § 21. 1. 66. § 4. D. de furt. 47, 2.

dum Cornelianum, а другой — продать fundum Sempronianum; купля-продажа не состоялась <sup>10)</sup>.

Ошибки другого рода не оказываютъ вліянія на существованіе сдѣлки (т. н. error non essentialis), напр., заблужденіе въ имени и признакахъ противной стороны (falsa demonstratio non poset <sup>11)</sup>), въ названіи и несущественныхъ свойствахъ вещи (см. выше sub 3). Точно также ошибочный мотивъ, который побудилъ предпринять сдѣлку, вообще не вліяетъ на сдѣлку <sup>12)</sup>: falsa causa non poset <sup>13a)</sup>; но изъ этого правила есть важныя исключенія (§ 51).

III. Въ случаѣ физическаго насилія (vis absoluta, физическое, механическое принужденіе), напр., кто либо насильно подписываетъ договоръ рукою другого, или удерживаетъ силою опекуна, чтобы его присутствіе при сдѣлкѣ опекаемаго служило признакомъ одобренія этой сдѣлки <sup>14)</sup>. Лицо, совершающее сдѣлку, не желаетъ тутъ ни наступленія юр. послѣдствій, ни даже изъявленія воли; послѣднее исторгается у него насильно, а потому оно ничтожно, при чемъ безразлично, было ли насиліе значительное, непреодолимое, или нѣтъ. — Отъ физическаго принужденія необходимо отличать психическое (угрозу, § 51).

## 2) § 51. Мотивы воли: заблужденіе (обманъ) и страхъ.

*Richelmann* и *Zitelmann*, въ соч., приведенныхъ къ § 50. — *Schliemann*, die Lehre vom Zwang. 1861. — *Schlossmann*, zur Lehre vom Zwange. 1874. — *Bechmann*, der Kauf, Bd. 2. S. 296. ff. 1884. — *Savigny*, §§ 114. 115. Beilage 8. — *Vangerow*, §§ 82 — 84. — *Windscheid*, §§ 78 — 80. — *Brinz*, §§ 528. ff. — *Regelsberger*, §§ 143—146.

Въ § 50 прим. 13 было замѣчено, что мотивы, побудившіе лицо предпринять юридическую сдѣлку, вообще на сдѣлку не вліяютъ; каковы бы ни были мотивы, во всякомъ случаѣ воля возникла и воплотилась въ сдѣлкѣ. Но есть двѣ группы мотивовъ, при которыхъ юридическая сдѣлка часто обсуждается иначе: 1) если мотивъ былъ основанъ на заблужденіи (наравнѣ

<sup>10</sup> l. 9. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 57. D. de o. et a. 44, 7; l. 83. § 1. l. 137. § 1. D. de v. o. 45, 1; § 23. I. de inut. st. 3, 19. — <sup>11</sup> l. 48. § 3. D. de her. inst. 28, 5; l. 33. pr. D. de cond. 35, 1; l. 4. C. de test. 6, 23; § 29. I. de leg. 2, 20. — <sup>12</sup> l. 9. § 1. l. 34. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 32. D. de v. o. 45, 1; l. 4. pr. D. de leg. 1 (30); l. 28. D. de reb. dub. 34, 5. — <sup>13a</sup> l. 3. § 7. D. de c. d. c. n. s. 12, 4; l. 52. l. 65. § 2. D. de cond. ind. 12, 6. — <sup>13a</sup> l. 17. § 2. l. 72. § 6. D. de cond. 35, 1; § 31. I. de leg. 2, 20; l. 1. C. de falsa causa adi. 6, 44. — <sup>14</sup> cf. l. 1. § 1. D. de auct. tut. 26, 8.

съ нимъ ставится незнаніе), 2) если онъ состоялъ въ страхѣ, возбужденномъ угрозою.

I. *Заблужденіе въ мотивъ*. Оно рѣзко отличается отъ существеннаго заблужденія (§ 50); въ случаяхъ существеннаго заблужденія лицо не желаетъ данной сдѣлки, въ случаяхъ заблужденія въ мотивѣ лицо желаетъ совершить данную сдѣлку, но подъ влияніемъ ложныхъ мотивовъ.—Заблужденіе въ мотивѣ принимается въ соображеніе главнымъ образомъ<sup>1</sup> въ слѣд. случаяхъ:

1. *Если заблужденіе въ мотивъ составляетъ предположеніе сдѣлки* (§ 60 sub II). Но здѣсь слѣдуетъ различать *negotia lucrativa* и *negotia onerosa*:

a. *Negotia lucrativa* (назначеніе наслѣдника, отказы, даренія) всегда могутъ быть оспорены въ случаѣ ошибочнаго предположенія, т. е. въ томъ случаѣ, если бы при отсутствіи заблужденія въ мотивѣ сдѣлка не была изъявлена: *si probetur alias legaturus non fuisse*<sup>1a</sup>; напр., назначеніе наслѣдника можетъ быть оспорено, если наслѣдодатель ошибочно принималъ назначеннаго за свое дитя или за своего брата<sup>2</sup>; назначеніе чужого лица наслѣдникомъ,—если завѣщатель ошибочно полагалъ, что у него нѣтъ собственныхъ дѣтей<sup>3</sup>; составленіе втораго завѣщанія,—если завѣщатель ошибочно полагалъ, что умеръ наслѣдникъ, назначенный въ первомъ завѣщаніи<sup>4</sup> и т. п. Въ этихъ случаяхъ свойство заблужденія безразлично, т. е. все равно, извинительно ли заблужденіе, или нѣтъ (см. ниже b).

b. Въ области *negotia onerosa* оспариваніе вслѣдствіе ложнаго предположенія допускается лишь въ немногихъ случаяхъ, а именно: платежа несуществующаго долга (поср. *condictio indebiti*, § 281), купли вещи съ недостатками (поср. эдильскихъ исковъ, § 287), и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, въ которыхъ дается *in integrum restitutio* по поводу заблужденія (§ 107). Однимъ словомъ, оспариваніе допустимо лишь въ томъ случаѣ, если какое либо мнимое, въ дѣйствительности не существующее или не наступающее обстоятельство сдѣлано сторо-

<sup>1</sup> Ср. еще l. 2. pr. D. si quis ordo 38, 15; l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24; l. 6. D. de cal. 3, 6; l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 19. l. 22. § 2. C. de iure del. 6, 30.—<sup>1a</sup> l. 72 § 6. D. de cond. 35, 1.—<sup>2</sup> l. 5. C. de test. 6, 23; l. 4. l. 7. C. de her. inst. 6, 24.—<sup>3</sup> l. 28. D. de inoff. test. 5, 2; l. 9. l. 10. C. de test. mil. 6, 21.—<sup>4</sup> l. 92. D. de her. inst. 28, 5.—<sup>5</sup> l. 14. § 2. l. 15. D. de lib. et post. 28, 2.—<sup>6</sup> l. 67. § 8. D. de leg. 2 (31); l. 10. C. de leg. 6, 37; § 4. I. de leg. 2, 20.—<sup>7</sup> l. 15. C. de don. ante nupt. 5, 3.—<sup>8</sup> l. 14. l. 24. l. 35. §§ 2. 3. l. 39. l. 44. D. de m. c. don. 39, 6.

нами составною частью сдѣлки, напр., если два лица заключаютъ контрактъ во исполненіе мнимаго *factum de contrahendo*<sup>8a</sup>. Оспариваніе допускается лишь тогда, если заблужденіе было извинительное; по этому поводу уже въ § 10 было замѣчено, что заблужденіе въ правѣ вообще неизвинительно, тамъ же мы указали и исключенія изъ этого правила. Здѣсь остается прибавить, что заблужденіе въ фактическихъ обстоятельствахъ, въ фактѣ (*error facti*), признается извинительнымъ, развѣ если причиною его послужила грубая небрежность<sup>9</sup>; поэтому неизвинительнымъ является заблужденіе въ собственныхъ дѣйствіяхъ (*error facti proprii*<sup>10</sup>), незнаніе фактовъ общеизвѣстныхъ<sup>11</sup>.

2. *Если заблужденіе вызвано или использовано противной стороной путемъ обмана.* А именно, если при заключеніи сдѣлки дѣйствующее лицо введено въ заблужденіе или удержано въ такомъ путемъ сознательнаго и совершеннаго съ намѣреніемъ причинить вредъ обмана (*dolo malo*<sup>12</sup>, *dolose*), то такая сдѣлка состоялась порочнымъ образомъ<sup>13</sup>, а обманутый, въ случаѣ если въ обманѣ виновна противная сторона, можетъ такую сдѣлку оспорить; онъ можетъ противопоставить иску противной стороны *exceptio doli*<sup>14</sup> (называемую новыми юр. ехс. *doli specialis* въ противоположность къ ехс. *doli generalis*, § 92) или самъ вчинить искъ объ уничтоженіи сдѣлки и возмѣщеніи убытковъ<sup>15</sup>. Если въ обманѣ виновно третье лицо, то обыкновенно имѣетъ мѣсто только искъ противъ обманщика о возмѣщеніи убытковъ<sup>16</sup>. Искъ обманутаго носить различныя наименованія; это можетъ быть искъ изъ самой сдѣлки (въ случаѣ *bonae fidei negotia*, § 84 № 5), или *in integrum restitutio* (§ 108), или *actio doli* (§ 318). Въ случаѣ взаимнаго обмана обоихъ контрагентовъ наступаетъ *compensatio doli*, такъ что ни одинъ, ни другой не могутъ вчинить иска другъ противъ друга; стало быть, сдѣлка будетъ дѣй-

<sup>8a</sup> l. 5. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>9</sup> l. 9. § 2. l. 3. § 1. l. 6. D. de iuris et facti ign. 22, 6; l. 3. pr. D. de secto Mac. 14, 6.—<sup>10</sup> l. 3. pr. D. de iuris et facti ign. 22, 6; l. 7. D. ad set. Vell. 16, 1; l. 5. § 1. D. pro suo 41, 10.—<sup>11</sup> l. 9. § 2. D. de iuris et facti ign. 22, 6.—<sup>12</sup> l. 1. § 2. D. de dol. 4, 3; l. 7. §§ 9. 10. D. de pact. 2, 14; l. 43. § 2. D. de c. e. 18, 1.—<sup>13</sup> tt. D. 4, 3; C. 2, 20; de dolo malo.—<sup>14</sup> t. D. 44, 4; de doli mali et metus exceptione.—<sup>15</sup> l. 11. § 5. l. 13. § 4. D. de a. e. v. 19, 1; l. 12. § 1. D. de i. d. 23, 3.—<sup>16</sup> l. 8. D. h. t. 4, 3; l. 2. D. de prox. 50, 14.

ствительна въ случаѣ ея добровольнаго исполненія, въ противномъ же случаѣ она недѣйствительна <sup>16a</sup>.

3. Иногда бываетъ такъ, что сдѣлка, которая предпринята подъ вліяніемъ заблужденія и для дѣйствительности которой не достааетъ какого либо изъ требуемыхъ условій, именно вслѣдствіе заблужденія признается вполне дѣйствительною; это относится къ займу данному подвластному сыну, къ *intercessio* женщины, если кредиторъ не зналъ, что должникъ подвластный сынъ или что *intercessio* совершаетъ женщина <sup>18a</sup>. Иногда же правоотношеніе, хотя и не признается вполне дѣйствительнымъ, занимаетъ однако среднее мѣсто между дѣйствительнымъ и недѣйствительнымъ; таково добросовѣстное владѣніе лица, не знающаго о недостаткахъ способа приобрѣтенія вещи, путативный бракъ (§§ 128 кон. 361).—И здѣсь предполагается, что заблужденіе было извинительное.

Изъ вышеизложеннаго видно, что выраженіе источниковъ: *nulla voluntas errantis* и т. под. <sup>19</sup>—невѣрно, какъ общее правило; оно скорѣе выражаетъ только то, что въ случаяхъ, гдѣ при отсутствіи заблужденія были бы налицо *facta concludentia* (§ 62, прим. 9—14), при наличности заблужденія принятіе таковыхъ не допускается. Такъ, напр., если кто либо умеръ, оставивъ недѣйствительное завѣщаніе, а законный наследникъ называетъ свободными рабовъ, отпущенныхъ на свободу въ завѣщаніи, которое онъ ошибочно принимаетъ за дѣйствительное, то это не будетъ надѣленіемъ рабовъ свободою и т. д.

II. *Возбужденный угрозами страхъ* (*metus*, т. н. *vis compulsiva*, психическое насиліе, психическое принужденіе <sup>20</sup>). Страхъ существенно отличается отъ физическаго насилія (§ 50 sub III); въ случаѣ физическаго насилія принуждаемый не хочетъ совершить сдѣлки; но если кто устрaшенъ угрозами и подъ вліяніемъ страха рѣшается совершить невыгодную для

<sup>16a</sup> 1. 3. § 3. D. de eo p. q. f. e. 2, 10; 1. 36. D. de dolo 4, 3; 1. 4. § 13. D. de exc. d. 44, 4; 1. 154. D. de r. i. 50, 17.—<sup>17</sup> 1. 7. pr. D. h. t. 4, 3; 1. 16. § 1. D. de min. 4, 4; 1. 3. § 3. D. pro soc. 17, 2; 1. 34. § 3. l. 57. § 3. D. de contr. emt. 18, 1.—<sup>18</sup> 1. 11. § 5. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 5. l. 8. 1. 10. C. de resc. vend. 4, 44; 1. 10. C. de distr. p. 8, 27.—<sup>18a</sup> 1. 3. pr. § 1. l. 19. ad sc. Mac. 14, 6; 1. 6. l. 7. l. 12. l. 17. pr. § 1. D. ad sc. Vell. 16, 1.—<sup>19</sup> 1. 15. D. de iurisd. 2, 1; 1. 2. pr. D. de iud. 5, 1; 1. 20. D. de aqua pl. 39, 3; 1. 116. § 2. D. de r. i. 50, 17; 1. 8. l. 9. C. de iuris et facti ign. 1, 18.—<sup>20</sup> t. D. 4, 2: quod metus causa gestum erit; t. C. 2, 19: de his quae vi metusve causa gesta sunt.

себя сдѣлку <sup>21</sup>, то эта сдѣлка возникаетъ изъ его воли: *coactus voluit* <sup>22</sup>, ибо онъ имѣлъ возможность выбора, уступить ли требованіямъ угрожающаго, или подвергнуться угрожаемому злу, и онъ выбралъ первое. Вслѣдствіе этого сдѣлка по *ius civile* дѣйствительна; лишь преторское право, такъ этого требуетъ справедливость, объявило ее порочною при наличности двухъ условий: а. если содержаніемъ угрозы было значительное зло; такова угроза жизни, тѣлу, свободѣ <sup>23</sup> самого дѣйствующаго лица или его близкихъ <sup>24</sup>, но не угроза доброй славы или имуществу <sup>25</sup>; въ частности недостаточна угроза гражданскимъ или уголовнымъ процессомъ <sup>26</sup>; б. если подвергшійся угрозѣ могъ предполагать, что приведеніе въ дѣйствіе угрозы было во власти угрожающаго, т. е., если подвергшійся угрозамъ не предался недостойной трусости <sup>27</sup>.—Оспариваніе сдѣлки можетъ быть совершено различными путями; подвергшійся угрозамъ можетъ иску изъ сдѣлки, предъявленному противной стороной, противопоставить *exceptio metus* <sup>28</sup>, или же самъ требовать уничтоженія сдѣлки и вознагражденія за вредъ. Въ послѣднемъ случаѣ онъ можетъ воспользоваться либо искомъ изъ сдѣлки (въ случаѣ *bonae fidei negotia*), либо преторскимъ искомъ—*actio quod metus*, либо *in integrum restitutio* (§§ 84. 107. 316). Подвергшійся угрозамъ можетъ требовать опороженія сдѣлки не только противъ угрожавшаго и его наслѣдниковъ, но и противъ всякаго, кто обогатился вслѣдствіе угрозы; поэтому, напр., безразлично, чьи угрозы—главнаго ли должника или его поручителя—побудили кредитора простить долгъ (обонимъ—путемъ *acceptilatio* <sup>29</sup>); это обыкновенно выражаютъ слѣд. образомъ: *actio et exceptio metus cum in rem scriptae* (§ 80).

### 3) Самоограниченіе воли.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin, §§ 19. 24. 1888.—*Brinz*, § 550.—*Bekker*, § 115. Beil. II.

Воля, вызывающая сдѣлку, можетъ сама себя ограничить,

<sup>21</sup> 1. 12. § 2. 1. 14. pr. D. h. t. 4, 2.—<sup>22</sup> 1. 21. § 5. D. h. t. 4, 2; 1. 22. D. de r. n. 23, 2.—<sup>23</sup> 1. 3. § 1. 1. 4. 1. 5. 1. 7. § 1. 1. 8. 1. 22. 1. 23. § 1. D. h. t. 4, 2; 1. 3. 1. 10. C. h. t. 2, 19.—<sup>24</sup> 1. 8. § 3. D. h. t. 4, 2.—<sup>25</sup> 1. 7. pr. D. h. t. 4, 2. — <sup>26</sup> 1. 7. pr. D. h. t. 4, 2; 1. 10. C. h. t. 2, 19.—<sup>27</sup> 1. 6. 1. 7. pr. 1. 9. pr. D. h. t. 4, 2; 1. 184. D. de r. i. 50, 17.—<sup>28</sup> t. D. 44, 4: de doli mali et metus exceptione.—<sup>29</sup> 1. 9. §§ 1. 8. 1. 10. § 3. 5. D. h. t. 4, 2; 1. 4. § 33. D. de dol. exc. 44, 4.—<sup>30</sup> 1. 21. § 3. D. h. t. 4, 2; 1. 9. pr. 1. 17. pr. D. qui et a quibus manum. 40, 9; fr. Dosith, § 7.

т. е. могутъ быть сдѣланы такія распоряженія, вслѣдствіе которыхъ воля не существуетъ въ чистомъ видѣ (*negotium purum*<sup>1)</sup>, но ставится въ зависимость отъ внѣшнихъ отношеній. Такими отношеніями могутъ быть неизвѣстныя обстоятельства, отъ которыхъ воля поставляетъ себя въ зависимость, отношенія времени и дѣли. Поэтому различаютъ условіе (*condicio*), срокъ (*dies*) и возложеніе (обязанности, *modus*), а въ новѣйшее время также предположеніе (*causa*, иногда *condicio*).

### а. Условія.

#### а. § 52. Понятіе.

v. *Scheurl*, die Lehre von den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte. §§ 19—69. 79—88. 1871. — *Adickes*, zur Lehre von den Bedingungen. 1876. — *Ennecerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 18—21. 1888. — *Savigny*, §§ 116. 117. — *Vangerow*, § 93. — *Windscheid*, §§ 86. 87. 93. — *Brinz*, §§ 536. 540. 541. — *Bekker*, § 114. Beil. II. § 115. 117. Beil. II. — *Regelsberger*, §§ 151. 152.

Въ нетехническомъ смыслѣ условіе (*condicio*) означаетъ всякое распоряженіе въ юридической сдѣлкѣ<sup>2</sup>; въ смыслѣ техническомъ оно означаетъ такое распоряженіе въ юридической сдѣлкѣ, по которому дѣйствіе воли лица, совершающаго сдѣлку, поставлено въ зависимость отъ какого либо неизвѣстнаго обстоятельства. Само неизвѣстное обстоятельство тоже называется условіемъ (*condicio*). Итакъ, признаки условія суть слѣдующіе:

1. Условіе есть распоряженіе, т. е. свободное постановленіе дѣйствующихъ лицъ. Существуютъ сдѣлки, которыя зависятъ отъ неизвѣстнаго обстоятельства по самому характеру своему<sup>3</sup> или своего объекта<sup>4</sup>; такъ, назначеніе наслѣдника зависитъ отъ того, переживетъ ли завѣщателя назначенный наслѣдникъ; установленіе *dos* до заключенія брака—отъ того, наступитъ ли заключеніе брака; продажа будущей вещи—отъ того, возникнетъ ли эта вещь. Такія неизвѣстныя обстоятельства называются въ источникахъ *condiciones tacitae* (молчаливыя условія), *quae tacite insunt, quae extrinsecus veniunt*<sup>4a</sup>, у новыхъ также—*condiciones iuris*<sup>5</sup>; это—вовсе не условія<sup>6</sup> (см. § 57 sub I).

<sup>1</sup> 1. 213. pr. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> 1. 10. § 1. D. de l. Rhod. 14, 2; 1. 1. D. de in diem. add. 18, 2.—<sup>3</sup> 1. 19. § 1. l. 69. l. 99. l. 107. D. de cond. 35, 1; 1. 22. § 1. D. quando dies 36, 2; 1. 12. D. de cond. inst. 28, 7; 1. 21. l. 68. D. de i. d. 23, 3.—<sup>4</sup> 1. 1. § 3. D. de cond. 35, 1; 1. 25. § 1. D. quando dies 36, 2.—<sup>4a</sup> 1. 99. D. de cond. 35, 1; 1. 21. l. 68. D. de i. d. 23, 3.—<sup>5</sup> По 1. 21. D. de cond. 35, 1; 1. 43. § 10. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>6</sup> 1. 1. § 3. D. de cond. 35, 1; 1. 25. § 1. D. quando dies 36, 2; 1. 68. D. de i. d. 23, 3.

2. Условіе есть распоряженіе, включенное въ *юридическую сдѣлку*; оно можетъ быть включено въ любую сдѣлку—въ сдѣлку между живыми и на случай смерти, одностороннюю и двустороннюю, возмездную и безвозмездную. Лишь немногія юридическія сдѣлки не допускають условій; ср. § 58.

3. Вслѣдствіе условія дѣйствіе воли *поставлено въ зависимость отъ какаго либо обстоятельства*, т. е. воля, на которой зиждется юридическая сдѣлка, существуетъ, но лишь такимъ образомъ, что она дѣлаетъ неизвѣстное обстоятельство основаніемъ юридическаго эффекта. Слѣдствіемъ такого состоянія воли является то, что *правоотношеніе*, скрытое въ волѣ, т. е. дѣйствіе воли, зависитъ отъ неизвѣстнаго обстоятельства; до наступленія или ненаступленія послѣдняго правоотношеніе находится въ нерѣшительномъ состояніи. Но нельзя того же сказать о *сдѣлкѣ*; послѣдняя, т. е. актъ, въ которомъ обнаруживается воля, или, иначе говоря, изъявленіе воли, существуетъ налицо; отсюда, напримѣръ, слѣдуетъ, что если кто нибудь, составивъ одно завѣщаніе, потомъ составляетъ другое съ условнымъ назначеніемъ наслѣдника, то первое завѣщаніе будетъ ничтожнымъ во всякомъ случаѣ, слѣд., даже тогда, если второе завѣщаніе сдѣлается ничтожнымъ вслѣдствіе ненаступленія условія <sup>7</sup>; ибо тотъ фактъ, что второе завѣщаніе было составлено, продолжаетъ существовать, хотя бы завѣщаніе сдѣлалось недѣйствительнымъ.—Дѣйствіе воли можетъ зависѣть отъ неизвѣстнаго обстоятельства двоякимъ образомъ; отъ этого обстоятельства зависитъ или наступленіе дѣйствія воли, или продолженіе ея дѣйствія; или, примѣняя это различіе къ самому правоотношенію, отъ обстоятельства поставляется въ зависимость или наступленіе правоотношенія, или его уничтоженіе (продолженіе его существованія); въ первомъ случаѣ это будетъ отлагательное, суспензивное условіе (*negotium condicione suspenditur* <sup>8</sup>), во второмъ случаѣ—отмѣнительное, резолютивное условіе (*negotium sub condicione resolvitur* <sup>9</sup>).

4. Обстоятельство, отъ котораго дѣйствіе воли поставляется

<sup>7</sup> l. 16. D. de ini. test. 28, 3. — <sup>8</sup> l. 79. pr. D. de cond. 35, 1; l. 5. C. de per. 4, 48; l. 25. C. de don. 8, 53. — <sup>9</sup> l. 2. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 1. D. de l. comm. 18, 3; l. 2. § 3. D. pro emt. 41, 4; l. 3. D. de c. e. 18, 1.

въ зависимость (которое поставляется въ условіе), можетъ быть различное.

а. оно можетъ быть отрицательное или положительное, т. е. дѣйствіе воли можетъ зависѣть или отъ его наступленія, или отъ его ненаступленія <sup>10</sup>; поэтому условія раздѣляются на положительныя и отрицательныя;

б. его наступленіе можетъ или зависѣть единственно отъ воли лица, условно управомоченнаго, или быть отъ нея вполне независимымъ, или независимымъ отчасти. Поэтому условія дѣлятся на *condiciones potestativae, casuales, mixtae* <sup>11</sup>. Выраженіе *cond. casualis* неточно, потому что сюда относится не только условіе, зависящее отъ случая, но также и такое условіе, которое зависитъ отъ воли условно-обязаннаго или третьяго лица. При этомъ необходимо отмѣтить, что условіемъ нельзя поставить простое пожеланіе лица, которое должно что либо исполнить; иначе говоря: обѣщаніе «*centum dare spondes, si voles? spondeo*» ничтожно <sup>12</sup>, потому что содержитъ изъявленіе: я буду обязанъ, если позднѣе захочу. Напротивъ, обѣщаніе того, кто долженъ что либо исполнить, можетъ быть обусловлено дѣйствіемъ, вполне зависящимъ отъ его воли; иначе говоря: обѣщаніе «*centum dare spondes, si Capitolium ascenderis? spondeo*» дѣйствительно <sup>13</sup> (ср. § 396 sub I. 1).

с. Но во всякомъ случаѣ это обстоятельство должно быть неизвѣстнымъ; поэтому не будетъ условіемъ въ собственномъ смыслѣ:

а. необходимое, неизбежное условіе (*condicio quae omnimodo exstitura est* <sup>14</sup>), наприм., чья либо смерть. Сюда также принадлежать т. н. отрицательно-невозможныя условія, наприм., обѣщаніе на случай «*si coelum digito non attigeris*». Источники, впрочемъ, отрицательно-невозможное условіе называютъ *cond. impossibilis* <sup>15а</sup>, ср. § 57 sub II;

<sup>10</sup> l. 7. pr. l. 67. D. de cond. 35, 1; l. 7. D. de v. o. 45, 1. — <sup>11</sup> l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51; l. 4. D. de her. inst. 28, 5; l. 1. § 8. D. si quis om. c. 29, 4; l. 78. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 28. D. de cond. inst. 28, 7; l. 6. C. de nec. her. 6, 27. — <sup>12</sup> l. 8. D. de o. et a. 44, 7; l. 17. l. 46. § 3. l. 108. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 7. pr. D. de c. o. 18, 1; l. 13. C. de c. e. 4, 38; l. 43. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 11. § 7. D. de leg. 3 (32); l. 46. § 3. D. de fid. lib. 40, 5. — <sup>13</sup> l. 3. D. de leg. 2 (31); l. 27. § 1. l. 115. § 1. l. 121. § 1. D. de v. o. 45, 1. — <sup>14</sup> l. 9. § 1. D. de nov. 46, 2. — <sup>15</sup> l. 7. l. 8. D. de v. o. 45, 1; l. 4. § 1. l. 20. pr. D. de cond. inst. 28, 7. — <sup>15а</sup> Ср. приведенныя въ прим. 15. l. 7. l. 4. § 1. l. 20. pr.; напротивъ, l. 7. § 1. D. de cond. 35, 1 повидимому отступаетъ.

β. невозможное условіе (*condicio impossibilis*), т. е. обстоятельство, о которомъ *объективно* извѣстно (но можетъ быть неизвѣстно дѣйствующему лицу), что оно не наступитъ <sup>16</sup>, ср. § 57 sub IV;

γ. условіе, заключающееся въ современномъ или прошедшемъ обстоятельствѣ (*condicio in praesens vel in praeteritum collata*), напр., обѣщаніе на случай «*si rex Parthorum vivit, si Titius consul fuit*» <sup>17</sup>, ср. § 57 sub III.

Означенныя выше условія: молчаливыя, необходимыя, невозможныя, относящіяся къ настоящему или прошедшему, называются условіями не въ собственномъ смыслѣ, мнимыми условіями въ противоположность къ условіямъ въ собственномъ смыслѣ, истиннымъ условіямъ.

### β. Условія въ собственномъ смыслѣ.

#### аа. СУСПЕНЗИВНОЕ УСЛОВІЕ.

#### аа. § 53. Во время нерѣшительнаго состоянія условія.

*Enneccerus*, über den Begriff und die Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. 1872. — *Wendt*, die Lehre von den bedingten Rechtsgeschäften. 1872; idem, das bedingte Forderungsrecht. 1873. — *Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. §§ 13. слѣд. — *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 16. 38—53. 59 ff. 1888. 1889. — *Savigny*, § 120. — *Vangerow*, § 95. — *Windscheid*, § 89. — *Brinz*, § 542. — *Bekker*, § 116. — *Regelsberger*, § 155.

*Суспензивнымъ* называется такое условіе, по которому наступленіе правоотношенія поставлено въ зависимость отъ какого либо неизвѣстнаго обстоятельства. Характерною чертою всякаго истиннаго условія является то, что до своего исполненія или неисполненія (во время нерѣшительнаго состоянія, *condicio pendet*) оно создаетъ неопредѣленное состояніе; поэтому изъ сдѣлки, заключенной подъ суспензивнымъ условіемъ, не возникаетъ еще готовое правоотношеніе, а только возможность его. Это положеніе нуждается въ болѣе подробномъ объясненіи.

1. Не возникаетъ готовое правоотношеніе. Поэтому, если вещь передана въ собственность подъ суспензивнымъ условіемъ,

<sup>16</sup> 1. 31. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>17</sup> 1. 120. D. de v. o. 45, 1; § 6. I. de v. o. 3, 15; 1. 10. § 1. D. de cond. inst. 28, 7; 1. 37—1. 39. D. de reb. cred. 12. 1.

то получатель пока еще не собственник<sup>1</sup>. Если кто принял обязательственное обѣщаніе подъ сусп. условіемъ, то такому кредитору въ промежуточный періодъ еще не принадлежитъ ни право требованія, ни искъ объ удовлетвореніи<sup>3</sup>, а если обѣщанное по извинительному заблужденію было предоставлено уже теперь, то его можно потребовать обратно (поср. *condictio indebiti*)<sup>4</sup>.

2. Возникаетъ возможность готоваго правоотношенія, которая уже теперь имѣетъ значеніе какъ для лица, получающаго выгоду по суспензивно-условной сдѣлкѣ, такъ и для лица, обремененнаго ею. Имущество лица, получающаго *выгоду*, увеличено уже надеждою (*spes*) на позднѣйшее приобрѣтеніе<sup>5</sup>; эта надежда въ случаѣ сдѣлокъ между живыми переходитъ по наслѣдству<sup>9</sup>, въ случаѣ сдѣлокъ на случай смерти наслѣдованію не подлежитъ<sup>10</sup>. Если будущему осуществленію надежды угрожаютъ дѣйствія противной стороны, то можно потребовать обезпеченія (*cautio*)<sup>11</sup>.— Лицо, къ *обремененію* котораго клонится сдѣлка, связано уже теперь; такъ, напр., хотя передавшій вещь въ собственность подъ суспензивнымъ условіемъ считается пока еще собственникомъ и располагаетъ исключительно всѣми исками изъ права собственности<sup>11a</sup>, но его собственность сдѣлалась (какъ теперь обыкновенно выражаются) вещно-связанною, его собственность превратилась въ *dominium revocabile* (§ 128), а потому его распоряженія вещью (полное отчужденіе, обремененіе правами и т. д.) ограничиваются надеждою управомоченнаго и дѣйствительны только до момента ея осуществленія<sup>12</sup>, а такія распоряженія, которыя, будучи разъ совершены, уже не могутъ подвергнуться обратному уничтоженію (напр., отпущеніе раба на свободу, превращеніе участка

<sup>1</sup> l. 29. D. de m. c. don. 39, 6; l. 12. § 2. D. fam. erc. 10, 2.—<sup>2</sup> l. 8. pr. D. de per. 18, 6; l. 2. D. pro emt. 41, 4; l. 1. § 2. D. pro dote 41, 9.—<sup>3</sup> l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1.—<sup>4</sup> l. 16. l. 18. l. 44. l. 56. D. de c. i. 12, 6.—<sup>5</sup> l. 8. pr. D. de per. et comm. 18, 6.—<sup>6</sup> l. 42. pr. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>7</sup> l. 27. pr. D. qui et a quibus 40, 9.—<sup>8</sup> § 4. I. de v. o. 3, 15; cf. l. 54. D. de v. s. 50, 16.—<sup>9</sup> § 4. I. de v. o. 3, 16; § 25. I. de inut. st. 3, 19; l. 8. pr. D. de per. et comm. 18, 6.—<sup>10</sup> l. 5. § 2. D. quando dies 36, 2; l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51.—<sup>11</sup> l. 1. §§ 3. 4. 20. l. 5. pr. § 2. l. 10. D. ut leg. 36, 3; l. 16. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 41. D. de ind. 5, 1; l. 38. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1; cf. l. 40. D. de l. Aq. 9, 2.—<sup>11a</sup> l. 29. D. de m. c. d. 39, 6.—<sup>12</sup> l. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6; l. 105. D. de cond. 35, 1.

въ мѣсто погребенія), вообще изъяты изъ его власти<sup>12а</sup>. Въ случаѣ смерти передавшаго обязаны его наслѣдники<sup>13</sup>. Равнымъ образомъ лицо, обѣщавшее что нибудь подъ суспензивнымъ условіемъ, не считается пока должникомъ и не можетъ подвергнуться иску объ удовлетвореніи<sup>14</sup>, но все-таки оно связано своимъ обѣщаніемъ; точно также связаны и его наслѣдники<sup>15</sup>.

### § 54. Исполнившееся и неисполнившееся суспензивное условіе.

*Savigny*, §§ 118. 119. — *Vangerow*, §§ 94. 435. — *Windscheid*, § 92. — *Brinz*, § 543. — *Bekker*, § 116. — *Regelsberger*, § 154.

Нерѣшительность условія есть состояніе преходящее, прекращающееся исполненіемъ или неисполненіемъ условія. При этомъ возникаютъ два вопроса:

I. Когда условіе должно считаться исполненнымъ или неисполненнымъ?

II. Каково дѣйствіе неисполнивагося и исполнивагося условія (§ 55)?

I. *Неисполненіе или исполненіе условія* зависитъ отъ содержанія обстоятельства, поставленнаго въ условіе, т. е. отъ того, принадлежит ли условіе къ числу положительныхъ или отрицательныхъ, къ числу потестативныхъ, казуальныхъ или смѣшанныхъ условій. Общія правила по этому вопросу установить трудно; достаточно замѣтить, что отрицательныя условія считаются исполненными лишь съ того момента, когда стало невозможнымъ обстоятельство, ненаступленіе котораго поставлено въ условіе<sup>1</sup>, напр., если то лицо, которое не должно чего либо дѣлать, умерло.—Въ нѣкоторыхъ случаяхъ условіе, на дѣлѣ неисполнившееся, признается исполненнымъ (вѣрнѣе, на исполненіе условія не обращается вниманія):

<sup>12а</sup> l. 34. D. de rel. 11, 7; l. 11. D. de manum. 40, 1; l. 105. D. d. cond. 35, 1.—<sup>13</sup> l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; противорѣчить l. 9. § 1. D. de i. d. 23, 3; это противорѣчіе еще не выяснено.—<sup>14</sup> l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1.—<sup>15</sup> § 25. I. de inut. st. 3, 19; l. 36. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 18. pr. D. de per. 18, 6; l. 57. D. de v. o. 45, 1.—<sup>16</sup> l. 36. D. de r. c. 12, 1; l. 80. l. 83. D. de iure dot. 23, 3; l. 60. § 1. D. de c. i. 12, 6.

<sup>1</sup> § 4. I. de v. o. 3, 15; l. 7. pr. l. 73. l. 103. l. 106. D. de cond. 35, 1; l. 115. D. de v. o. 45, 1.

1. Во *всѣхъ* юридическихъ сдѣлкахъ всѣ условія признаются исполненными, если то лицо, которое имѣетъ интересъ въ неисполненіи условія, *умышленно* (*dolose*)<sup>2</sup> противодѣйствуетъ его исполненію<sup>3</sup>.

2. Въ распоряженіяхъ на случай смерти смѣшанныя условія считаются исполненными, если третье лицо, содѣйствіе котораго необходимо для ихъ исполненія и въ интересѣ котораго поставлено условіе, отказывается въ своемъ содѣйствіи; такъ, считается исполненнымъ: условіе дать какую либо вещь извѣстному лицу, если послѣднее отказывается принять предложенное, условіе жениться на извѣстной женщинѣ, если послѣдняя не соглашается на бракъ и т. д.<sup>4</sup>. Основаніе этой фикціи исполненія — то, что завѣщатель не поставилъ бы, вѣроятно, условія, если бы предвидѣлъ отказъ третьяго лица; поэтому условіе не признается исполненнымъ, если видна иная воля завѣщателя<sup>5</sup>.

#### У. § 55. Дѣйствіе неисполненія и исполненія суспензивнаго условія.

Ср. соч., прив. къ § 53, далѣе: *Windscheid*, die Wirkung der erfüllten Bedingung. 1852. — *Fitting*, über den Begriff der Rückziehung. 1856. — *Ihering*, gesammelte Aufsätze. Т. 2. Стр. 276 слѣд. 304 слѣд. 1882. — *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. § 22. 1888. — *Savigny*, § 120. — *Vangerow*, § 95. — *Windscheid*, §§ 90. 91. — *Brinz*, § 544. — *Bekker*, § 116. — *Regelsberger*, § 156.

II. Дѣйствіе неисполненія суспензивнаго условія (*condicio deficiens, extincta*) состоитъ въ томъ, что исчезаетъ надежда условно-управомоченнаго; поэтому отношенія нужно регулировать такъ, какъ если бы надежды совсѣмъ не существовало<sup>1</sup>.

<sup>2</sup> 1. 38. D. de statul. 40, 7; 1. 50. D. de contr. emt. 18, 1. —<sup>3</sup> 1. 161. D. de r. i. 50, 17; 1. 24. l. 66. l. 81. l. 110. D. de cond. 35, 1; 1. 85. § 7. D. de v. o. 45, 1; 1. 50. D. de c. e. 18, 1; 1. 5. § 5. D. quando dies 36, 2; 1. 3. l. 4. § 4. l. 20. l. 23. § 1. l. 34. § 1. D. de statul. 40, 7; 1. 3. § 9. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4. —<sup>4</sup> 1. 5. § 5. D. quando dies 36, 2; 1. 19. l. 31. l. 78. pr. D. de cond. 35, 1; 1. 11. l. 23. D. de cond. inst. 28, 7; 1. 34. § 2. D. de leg. 2 (31); 1. 1. C. de his. quae sub. modo 6, 45. —<sup>5</sup> 1. 23. D. de cond. inst. 28, 7. —<sup>6</sup> c. 66. in VI. de r. i. 5, 12. —<sup>7</sup> 1. 20. §§ 3. 4. l. 19. l. 3. pr. §§ 8. 10. 11. l. 4. §§ 2. 5. 6. l. 5. pr. l. 28. pr. l. 39. § 4. D. de statulib. 40, 7; 1. 55. pr. §§ 1. 2. D. de man. test. 40, 4; 1. 94. pr. § 1. D. de cond. 35, 1. —<sup>8</sup> 1. 54. § 2. D. de leg. 1. (30). —<sup>9</sup> 1. 23. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; 1. 31. l. 94. pr. i. f. l. 112. § 1. D. de cond. 35, 1; 1. 4. C. de cond. ins. 6, 46.

<sup>1</sup> 1. 37. i. f. D. de c. e. 18, 1; 1. 15. pr. D. de in diem add. 18, 2; 1. 19. D. de her. vend. 18, 4.

*Дѣйствиі исполненія суспензивнаго условія* (condicio impleta, expleta, existens) состоитъ въ томъ, что на мѣсто надежды тотчасъ (ipso iure) вступаетъ само право: кто получилъ вещь условно въ собственность, тотъ становится ipso iure собственникомъ; обязательство, до этого момента условное, становится perfecta obligatio и т. д.<sup>2</sup>; съ другой стороны, прекращаются ipso iure право собственности лица, отчуждившаго вещь подъ суспензивнымъ условіемъ, а равно и вещныя права, установленныя имъ въ промежуточное время (ср. § 128 sub V). Въ настоящее время сталь очень спорнымъ вопросъ, должно ли послѣ исполненія суспензивнаго условія поступать такъ, какъ если бы послѣдствія исполненія наступили тотчасъ при заключеніи сдѣлки, иначе говоря: имѣетъ ли 'исполненіе условія обратное дѣйствиіе, т. е. относится ли оно назадъ (retrotrahitur) къ моменту заключенія сдѣлки? Внутреннія основанія говорятъ въ пользу отрицательнаго отвѣта (въ случаѣ отсутствія противной воли сторонъ), ибо въ высшей степени было бы неудобно такъ передѣлывать юридическое положеніе, которое существовало извѣстный періодъ времени и съ которымъ, быть можетъ, связано много другихъ правоотношеній, чтобы оно признавалось за несуществовавшее совсѣмъ. Между римскими юристами этотъ вопросъ тоже, повидимому, былъ спорнымъ<sup>3</sup>; вслѣдствіе этого въ компиляцію Юстиніана попало нѣсколько фрагментовъ, въ которыхъ весьма рѣзко выставленъ принципъ обратнаго дѣйствиія при обязательствахъ изъ договоровъ<sup>4</sup>; но частныя рѣшенія источниковъ по поводу отдѣльныхъ случаевъ даютъ возможность утверждать, что обратное дѣйствиіе исполненія условій должно быть отвергнуто<sup>5-11</sup>.

<sup>2</sup> l. 8. D. de peric. 18, 6; l. 26. D. de cond. inst. 28, 7; l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 29. D. de m. c. don. 39, 6.—<sup>3</sup> Gai. 2. 200, 244; l. 11. § 3. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 41. § 2. D. de leg. 1 (30). —<sup>4</sup> l. 11. § 1. D. qui pot. 20, 4; l. 8. pr. D. de per. 18, 6; l. 26. D. de stip. serv. 45, 3; l. 16. D. de sol. 46, 3; l. 3. § 3. C. comm. de leg. 6, 43. —<sup>5</sup> l. 1. pr. l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 11. §§. 1 — 9. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 2. D. de m. c. don. 39, 6; l. 1. § 2. D. pro dote 41, 9; l. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6.—<sup>6</sup> l. 1. § 4. D. de sct. Sil. 29, 5; l. 12. § 5. D. de usufr. 7, 1; l. 16. l. 17. D. qu. m. usufr. am. 7, 4; l. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6; l. 6. D. de manum. test. 40, 4; l. 3. D. de serv. leg. 33, 3; l. 14. § 3. D. quando dies 36, 2; l. 13. § 8. D. de acc. 46, 4; l. 15. § 6. l. 24. § 1. l. 88. § 3. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 18. pr. l. 33. l. 57. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1.—<sup>7</sup> l. 8. pr. D. de per. 18, 6; l. 14. pr. D. de nov. 46, 2.—<sup>8</sup> l. 31. l. 98. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 61. D. de c. e. 18, 1.—<sup>9</sup> l. 14. § 1. D. de nov. 46, 2.—<sup>10</sup> l. 72. D. de fid. 46, 1.—<sup>11</sup> l. 30. § 4. D. de leg. 1 (30); cf. l. 22. pr. D. quando dies 36, 2.

## bb. § 56. Резолютивное условіе.

*Tibaut*, civilistische Abhandlungen. S. 359 ff. 1814. — *Czyhlarz*, zur Lehre von den Resolutivbedingungen. 1871. — *Schulin*, über Resolutivbedingungen und Endtermine. 1875. — *Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. § 17. 1877. — *Ihering*, gesammelte Aufsätze. T. 2. Стр. 282 сл. 312 сл. 1882. — *Savigny*, § 120. — *Vangerow*, § 96. — *Windscheid*, §§ 89—192. — *Brinz*, § 545. — *Bekker*, § 116.

*Резолютивнымъ называется такое условіе, по которому продолженіе (уничтоженіе) правоотношенія поставлено въ зависимость отъ какого либо неизвѣстнаго обстоятельства.*

I. *Во время нерышительнаго состоянія резолютивнаго условія* юридическая сдѣлка находится въ полномъ дѣйствии, какъ если бы она была заключена безусловно<sup>1</sup>; условнымъ здѣсь является не все правоотношеніе, а только продолженіе его существованія (*negotium purum sed quod sub condicione resolvi-tur*<sup>2</sup>); право, установленное подъ резолютивнымъ условіемъ, можетъ прекратиться (именно въ томъ случаѣ, если условіе исполнится), въ частности резолютивно-условная собственность есть *dominium revocabile* (§ 128), и это прекращеніе распространяется на всѣ дальнѣйшія права, основанныя на прекращенномъ правѣ. Для противной стороны прекратимость служить основаніемъ надежды на прекращеніе права, которая переходитъ по наслѣдству и при извѣстныхъ обстоятельствахъ (§ 53 пр. 11) даетъ право требовать обезпеченія (*cautio*).

II. *Исполненіе и неисполненіе резолютивнаго условія* подчиняется началамъ § 54.

III. *Дѣйствіе неисполненія резолютивнаго условія* состоитъ въ томъ, что исчезаетъ прекратимость правоотношенія и надежда на его прекращеніе; правоотношеніе продолжаетъ впредь существовать. *Дѣйствіе исполненія резолютивнаго условія* состоитъ въ томъ, что право тотчасъ же (*ipso iure*) прекращается<sup>3</sup>, а съ нимъ прекращаются и основанныя на немъ дальнѣйшія права<sup>4</sup> (ср. § 128 sub V); поэтому лицо, которое продало и передало свои вещи подъ резолютивнымъ условіемъ, послѣ наступленія послѣдняго можетъ выбирать между личнымъ искомъ

<sup>1</sup> 1. 2. § 1. 1. 3. 1. 4. § 3. D. de in diem add. 18, 2. — <sup>2</sup> 1. 2. пр. D. de in diem add. 18, 2; 1. 1. D. de l. comm. 18, 3; 1. 2. § 4. D. pro emt. 41, 4. — <sup>3</sup> 1. 41. пр. D. de r. v. 6, 1. — <sup>4</sup> 1. 4. § 3. D. de in diem add. 18, 2; 1. 31. D. de pign. 20, 1.

(actio venditi<sup>5</sup>) и вещнымъ (rei vindicatio<sup>6</sup>), для того чтобы потребовать вещь назадъ.—И здѣсь существуетъ спорный вопросъ объ обратномъ дѣйствіи исполненія резолютивнаго условія; и здѣсь его слѣдуетъ рѣшить отрицательно<sup>7</sup>; хотя лицо, которое приобрѣло что либо подъ резолютивнымъ условіемъ, во многихъ случаяхъ (именно, если на это направлена воля сторонъ) *обязано* (*obligatio*) выдать противной сторонѣ плоды и прочую прибыль<sup>8</sup>, но это вовсе не говоритъ въ пользу обратнаго дѣйствія; напротивъ, если бы послѣдовало обратное дѣйствіе, то плоды и прочая прибыль *ipso iure перешли бы въ собственность* противной стороны.

### γ. § 57. Мнимыя условія.

*W. Sell*, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. 1834.—*Savigny*, § 121.—*Vangerow*, § 93.—*Windscheid*, §§ 93. 94.—*Brunz*, §§ 538. 539.—*Bekker*, § 117.

I. Юридическія сдѣлки, заключающія въ себѣ *молчаливое условіе*, не суть сдѣлки условныя. Хотя онѣ и производятъ нерѣшительное состояніе, но послѣднее не возникаетъ изъ воли сторонъ и поэтому подлежитъ не правиламъ условныхъ сдѣлокъ, а особымъ нормамъ права.

II. Юридическія сдѣлки, заключенныя подъ *необходимымъ условіемъ*, не производятъ нерѣшительнаго состоянія; сдѣлка представляется не условною, а срочною (§ 59), а правоотношеніе, смотря по тому, поставлено ли мнимое условіе въ видѣ суспензивнаго или въ видѣ резолютивнаго, вступаетъ въ дѣйствіе или заканчивается съ наступленіемъ обстоятельства, названнаго въ мнимомъ условіи<sup>3</sup>.

III. Юридическія сдѣлки, заключенныя подъ условіемъ, относящимся къ *прошедшему или къ настоящему*, не производятъ нерѣшительнаго состоянія (*объективной неизвѣстности*);

<sup>5</sup> 1. 4. pr. 1. 5. D. de l. comm. 18, 3; 1. 4. § 4. 1. 16. D. de in diem add. 18, 2.—<sup>6</sup> 1. 8. D. de l. comm. 18, 3; 1. 4. C. de pactis inter emt. 4, 54; 1. 29. D. de m. c. don. 39, 6.—<sup>7</sup> 1. 2. § 1. 1. 3. 1. 4. § 3. D. de in d. add. 18, 2; 1. 2. D. de l. comm. 18, 3.—<sup>8</sup> 1. 6. pr. D. de in diem add. 18, 2; 1. 4. pr. § 1. 1. 5. D. de l. comm. 18, 3; 1. 38. §§ 2. 3. D. de usur. 22, 1.

<sup>1</sup> 1. 12. D. de cond. inst. 28, 7; 1. 47. D. de cond. 35, 1.—<sup>2</sup> 1. 22. § 1. D. quando dies 36, 2; cf. 1. 99. 1. 107. D. de cond. 35, 1; 1. 21. § 1. 1. 25. § 1. D. quando dies 36, 2.—<sup>3</sup> 1. 9. § 1. D. de nov. 46, 2; 1. 7. 1. 8. D. de v. o. 45, 1; 1. 17. 1. 18. D. de c. i. 12, 6; 1. 50. § 1. D. de her. inst. 28, 5; 1. 79. pr. D. de cond. 35, 1.

здѣсь только существуетъ *субъективная* неизвѣстность, если дѣйствующія лица недостаточно знакомы съ фактическими отношеніями; юридическая сдѣлка съ самаго начала дѣйствительна или ничтожна, смотря по тому, существуетъ ли предположенное обстоятельство или нѣтъ <sup>4</sup>.

IV. Юридическія сдѣлки, которыя заключены подь *невозможнымъ условіемъ*, не производятъ нерѣшительнаго состоянія. Что касается невозможности условія, то безразлично, будетъ ли она абсолютною или относительною, т. е. все равно, должно ли не наступить его исполненіе по законамъ природы при какихъ бы то ни было обстоятельствахъ, или вслѣдствіе особыхъ обстоятельствъ даннаго случая (поэтому является невозможнымъ условіе уплатить извѣстную сумму денегъ лицу уже умершему или погасить несуществующій долгъ <sup>5</sup>). Условіе невозможно только въ томъ случаѣ, если его исполненіе не можетъ никогда наступить, но если оно могло исполниться въ продолженіе извѣстнаго періода времени, а потомъ уже стало неисполнимымъ, то такое условіе считается не невозможнымъ, а неисполненнымъ <sup>6</sup>. Причина невозможности условія можетъ заключаться какъ въ фактическихъ обстоятельствахъ, такъ и въ предписаніяхъ права, напр., *si rem sacram Titius vendiderit* <sup>7</sup>. — Сдѣлка, заключенная подь невозможнымъ резолютивнымъ условіемъ, остается въ дѣйствиіи навсегда. Сдѣлку, заключенную подь невозможнымъ суспензивнымъ условіемъ, соблюдая строгую послѣдовательность, должно бы признать ничтожною съ самаго начала; но это слѣдствіе признано римскимъ правомъ лишь для сдѣлокъ между живыми <sup>8</sup>; при сдѣлкѣ на случай смерти, если только въ ней вообще можно видѣть разумное распоряженіе <sup>9</sup>, на невозможное условіе (по мнѣнію сабинянцевъ, одержавшему верхъ <sup>11</sup>) не обращается вниманія, и сдѣлка при-

<sup>4</sup> 1. 16. D. de ini. test. 28, 3; 1. 3. § 13. D. de bon. lib. 38, 2; 1. 10. § 1. D. de cond. inst. 28, 7; § 6. I. de v. o. 3, 15; II. 37—39. D. de r. c. 12, 1; 1. 100. 1. 120. D. de v. o. 45, 1. — <sup>5</sup> 1. 72. § 7. 1. 6. § 1. D. de cond. 35, 1; 1. 45. D. de her. inst. 28, 5; 1. 26. § 1. D. de statul. 40, 7. — <sup>6</sup> 1. 94. pr. D. de cond. 35, 1; 1. 19. 1. 20. § 3. D. de statul. 40, 7; 1. 23. § 2. D. ad l. Ag. 9, 2. — <sup>7</sup> 1. 58. D. de cond. 35, 1; 1. 83. § 5. 1. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; 1. 34. § 2. D. de c. e. 18, 1. — <sup>8</sup> 1. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; § 11. I. de inut. st. 3, 19; 1. 72. § 7. D. de cond. 35, 1. — <sup>9</sup> § 11. I. de inut. st. 3, 19; 1. 7. 1. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; 1. 1. § 11. 1. 31. D. de o. et a. 44, 7; 1. 9. § 6. D. de r. c. 12, 1; 1. 29. D. de fid. 46, 1. — <sup>10</sup> 1. 4. § 1. D. de statul. 40, 7. — <sup>11</sup> Gai. 3, 98.

знается безусловною <sup>12</sup>. Только одинъ видъ невозможныхъ условий влечетъ за собою ничтожность сдѣлки на случай смерти; это т. н. *condiciones replexae*—условія, которыя состоятъ во внутреннемъ противорѣчii съ главною волею, напр., отпущеніе раба на волю, совершенное на случай смерти подъ условіемъ, если наслѣдникъ его отчудить; назначеніе наслѣдника словами: *si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto* <sup>13</sup>.

### д. § 58. Недопустимость условий.

*Jörs*, Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, I, 21 ff. 1888.—*Savigny*, §§ 121—124.—*Vangerow*, §§ 93. 434.—*Windscheid*, §§ 94. 95.—*Bekker*, § 117.—*Regelsberger*, § 153.

I. Есть такія сдѣлки, къ которымъ *никогда* нельзя прибавлять условий, даже и мнимыхъ (а также срока), въ противномъ случаѣ сдѣлка ничтожна <sup>1</sup>. Это — *emancipatio*, *acceptilatio*, принятіе наслѣдства, назначеніе опекуна опекунскимъ учрежденіемъ, выборъ предмета, отказаннаго изъ ряда вещей. Эти сдѣлки названы въ одномъ мѣстѣ источниковъ <sup>2</sup> *actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem*, опредѣленіе, которое, вѣроятно, имѣетъ въ виду древнѣйшія формальныя сдѣлки гражданского права.—Нельзя также совершить *adoptio* подъ условіемъ (или срокомъ <sup>3a</sup>); то же относится къ браку.

II. Есть сдѣлки, къ которымъ нельзя прибавлять *нѣкоторыхъ условий*. Такъ, къ назначенію наслѣдника (кроме *testamenta militum* <sup>4</sup>, § 401, пр. 1) нельзя прибавить резолютивного условія <sup>5</sup>.

III. Условныя юр. сдѣлки *недозволены*, если ими поощряются дѣйствія *неправомѣрные* или *безнравственныя* (*condicio turpis*); совершеніе запрещеннаго дѣйствія или упущеніе пред-

<sup>12</sup> § 10. I. de her. inst. 2, 14; l. 3. l. 6. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 1. l. 6. l. 20. pr. D. de cond. inst. 28, 7; l. 16. i. f. D. de ini. 28, 3; l. 104. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 5. § 4. D. quando dies 36, 2.—<sup>13</sup> l. 39. D. de man. test. 40, 4; l. 16. D. de cond. inst. 28, 7; l. 88. pr. D. ad l. Falc. 35, 2.

<sup>1</sup> l. 77. D. de r. i. 50, 17; l. 51. § 2. D. de a. h. 29, 2; fr. Vat. § 329.—<sup>2</sup> l. 77. D. de r. i. 50, 17.—<sup>3</sup> l. 32. l. 36. pr. § 1. C. de inoff. test. 3, 24; Nov. 18. c. 3.—<sup>3a</sup> l. 34. D. de ad. 1, 7.—<sup>4</sup> l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1; это отмѣнилъ Reichsmilitärsgesetz 2 мая 1874 г. § 44.—<sup>5</sup> l. 88. i. f. D. de her. inst. 28, 5.—<sup>6</sup> l. 15. D. de cond. inst. 28, 7; l. 4. C. de inst. 6, 25.—<sup>7</sup> l. 4. pr. D. de serv. 8, 1; l. 55. D. de leg. 1 (30)—<sup>8</sup> l. 123. D. de v. o. 45, 1

писаннаго не должно быть награждаемо; дѣйствія или упущенія, которыя должны быть предприняты нравственно-свободно, нельзя поставлять въ зависимость отъ денежной выгоды или потери. Поэтому, напр., недозволено предоставленіе выгоды лицу подъ условіемъ, что оно совершитъ преступленіе<sup>8</sup>. Недозволено предоставленіе выгоды подъ условіемъ безбрачія<sup>12</sup> (Юстиніанъ дозволилъ только условіе вдовства<sup>13</sup>), подъ условіемъ развода<sup>14</sup>, подъ условіемъ выбрать себѣ въ супруги лицо, на которое будетъ угодно указать стороннему лицу<sup>15</sup>. Недозволено обѣщаніе уплатить неустойку подъ условіемъ, если обѣщающій не заключитъ даннаго брака или разведется<sup>16</sup> (потому что заключеніе и продолженіе брака должно быть свободнымъ). Недозволено предоставленіе выгоды подъ условіемъ жить всегда въ опредѣленномъ мѣстѣ или поставить свое мѣстожителство въ зависимость отъ мѣстожителства другого<sup>18</sup>.—Во всѣхъ названныхъ выше случаяхъ недозволенные условія обсуждаются, какъ невозможныя<sup>21</sup>, т. е., будучи прибавлены въ видѣ резолютивныхъ условій, они уничтожаются, а сдѣлка считается дѣйствительною безусловно; будучи прибавлены въ видѣ условій суспензивныхъ, они имѣютъ послѣдствіемъ ничтожность сдѣлки между живыми, а при сдѣлкахъ на случай смерти они сами оставляются безъ послѣдствій.—Спорнымъ является вопросъ, принадлежитъ ли условіе перемѣнить или сохранить религію тоже къ числу недозволенныхъ; источники не занимаются этимъ вопросомъ; по правильному мнѣнію, это—условіе недозволенное, потому что вѣроисповѣданіе должно зависѣть отъ свободнаго убѣжденія, а не подвергаться вліянію денежныхъ расчетовъ. Напротивъ, нѣтъ ничего недозволеннаго въ томъ случаѣ, если кто либо устанавливаетъ учрежденіе «для исповѣдую-

<sup>8</sup> l. 121. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 50. D. de pact. 2, 14; l. 1. l. 2. C. si manc. 4, 56.—<sup>10</sup> l. 26. l. 27. D. de v. o. 45, 1; § 24. l. de inut. st. 3, 19.—<sup>11</sup> l. 7. § 3. D. de pact. 2, 14; l. 1. § 2. l. 2. D. de cond. ob t. c. 12, 5; l. 5. D. de tut. et rat. 27, 3.—<sup>12</sup> l. 22. l. 63. § 1. l. 72. § 5. l. 74. l. 77. § 2. l. 100. D. de cond. 35, 1; l. 65. § 1. D. ad sc. Treb. 36, 1.—<sup>13</sup> l. 2. l. 3. C. de ind. vid. 6, 40; Nov. 22. c. 43. c. 44.—<sup>14</sup> l. 8. § 1. D. de usu 7, 8; l. 5. C. de inst. 6, 25.—<sup>15</sup> l. 28. pr. l. 72. § 4. D. de cond. 35, 1.—<sup>16</sup> l. 71. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de inut. st. 8, 39.—<sup>17</sup> l. 63. pr. § 1. l. 64. pr. l. 71. pr. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 2. C. de inst. 6, 25.—<sup>18</sup> l. 71. § 2. D. de cond. 35, 1.—<sup>19</sup> l. 71. § 2. l. 13. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 44. D. de manum. test. 40, 4; l. 18. §§ 1. 2. D. de alim. 34, 1.—<sup>20</sup> l. 61. D. de v. o. 45, 1.—<sup>21</sup> l. 15. D. de cond. inst. 28, 7.

щих такую то вѣру», «для католическихъ членовъ своей семьи», ибо въ этомъ дѣйствіи не заключается приглашенія иновѣрныхъ перемѣнить свою религію.—Смѣшныя условія (condiciones derisoriae) причисляются къ недозволеннымъ <sup>22</sup>.

### b. § 59. Сроки.

v. Scheurl, die Lehre von den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte. §§ 2—4. 6—18. 1871.—Schulin и Karlowa, въ книгахъ, прив. къ § 56.—Ihering, gesammelte Aufsätze. Bd. 2. стр. 284 слѣд. 348 слѣд. 1882.—Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 23. 24. 34—37. 1888. 1889.—Siméon, das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts. 1889.—Savigny, §§ 125—127.—Vangerow, § 97.—Windscheid, §§ 96. 96a.—Brinz, §§ 551—553.—Bekker, § 114.—Regelsberger, §§ 157. 158.

I. *Понятіе срока и сравненіе его съ условіемъ. Срокъ* (dies) *есть такое распоряженіе въ юридической сдѣлкѣ, по которому дѣйствіе воли лица, совершающаго сдѣлку, устанавливается только на извѣстное время. Срокъ рѣзко отличается отъ условія. Условіе устанавливаетъ дѣйствіе воли лишь на недостоверный случай или до недостовернаго случая, срокъ—на случай достоверный или до случая достовернаго. Въ случаѣ отлагательнаго условія правоотношеніе можетъ въ послѣдствіи совсѣмъ не осуществиться, въ случаѣ отлагательнаго срока (т. н. dies ex quo, начальный срокъ, въ источникахъ: stipulatio in diem, debitum ex die, hereditas ex die) оно осуществится навѣрно. Въ случаѣ отмѣнительнаго условія правоотношеніе, можетъ быть, въ послѣдствіи прекратится, въ случаѣ отмѣнительнаго срока (т. н. dies ad quem, конечный срокъ, въ источникахъ: stipulatio, debitum, hereditas ad diem) оно прекратится навѣрно.—Но часто срокъ соединяется съ условіемъ. Дѣло въ томъ, что срокъ можетъ быть обозначенъ или непосредственно, назначеніемъ дня по календарю, или посредственно, отнесеніемъ его къ будущему событію; въ первомъ случаѣ мы имѣемъ чистый срокъ; во второмъ—чистый срокъ будетъ только тогда налицо, когда данное событіе достоверно (напр., смерть такого то лица); если же оно недостоверно, то мы имѣемъ соединеніе условія и срока; при этомъ безразлично, можетъ ли моментъ времени быть опредѣленъ исчисленіемъ (день совершеннолѣтія, день полнолѣтія<sup>1</sup>), или не можетъ*

<sup>22</sup> l. 14. D. de cond. inst. 28, 7; cf. l. 71. pr. D. de leg. 1 (30).

<sup>1</sup> l. 22. pr. D. quando dies 36, 2.

(напр., день свадьбы<sup>2</sup>). Новые юристы выражают это обыкновенно слѣд. образом: чистый срокъ заключается лишь въ *dies certus an et quando* и въ *dies certus an incertus quando*; напротивъ, въ *dies incertus an et quando* и въ *dies incertus an certus quando* имѣть мѣсто соединеніе условія и срока.

II. *Допустимость сроковъ.* Нѣкоторыя сдѣлки не допускаютъ никакихъ сроковъ: упомянутые въ § 58 I *actus legitimi* и назначеніе наслѣдника (кроме завѣщаній солдатъ<sup>6</sup>, § 401 пр. 1).

III. *Дѣйствіе отлагательнаго срока.* Спорно, возникаетъ ли само правоотношеніе тотчасъ послѣ заключенія юр. сдѣлки съ отлагательнымъ срокомъ и только егò дѣйствіе или исковое осуществленіе откладывается до назначеннаго времени, или же правоотношеніе возникаетъ *ipso iure* лишь съ наступленіемъ срока. По отношенію къ вещнымъ правамъ, по яснымъ положеніямъ источниковъ<sup>10</sup>, является вѣрнымъ второе мнѣніе; относительно же обязательствъ источники колеблются между первымъ и вторымъ<sup>11</sup>; слѣдовало бы предпочесть первое мнѣніе, такъ какъ обѣщающій является тотчасъ связаннымъ: *in diem debitor*, который уплатилъ по извинительному заблужденію свой долгъ еще до наступленія срока, не можетъ уплаченнаго потребовать (посредствомъ *condicio indebiti*) назадъ<sup>12</sup>; далѣе, ожиданіе отказа, оставленнаго подъ вполне опредѣленнымъ срокомъ (*dies certus an et quando*), приобрѣтается тотчасъ со смертію наслѣдодателя и переходитъ поэтому къ наслѣдникамъ

<sup>2</sup> l. 21. pr. D. quando dies 36, 2; l. 56. D. de c. i. 12, 6; l. 8. C. de test. man. 7, 2. — <sup>3</sup> l. 75. l. 79. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 4. l. 13. D. quando dies 36, 2; l. 12. § 1. D. de leg. 2 (31); l. 104. § 6. D. de leg. 1 (30). — <sup>4</sup> l. 21. pr. l. 22. pr. D. quando dies 36, 2; l. 36. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 49. §§ 2. 3. D. de leg. 1 (30). — <sup>5</sup> l. 68. § 3. D. de leg. 1 (30). — <sup>6</sup> l. 46. D. ad set. Tr. 86, 1; l. 26. § 2. D. quando dies 36, 2; l. 18. § 2. D. de al. 34, 1; l. 5. C. quando dies 6, 53. — <sup>7</sup> l. 34. D. de her. inst. 28, 5; § 9. I. eod. 2, 14; l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1; это отмѣнили Reichsmilitärgesetz 2-го мая 1874 г. § 44. — <sup>8</sup> Исключеніе см. въ l. 4. D. de serv. 8, 1. — <sup>9</sup> l. 6. D. de us. leg. 33, 2; l. 6. pr. D. qu. m. pign. 20, 6. — <sup>10</sup> fr. Vat. § 283; l. 4. D. de serv. 8, 1; l. 56. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; § 3. I. de v. o. 3, 15; l. 55. D. de leg. 1 (30); l. 26. C. de leg. 6, 37; l. 2. C. de don. s. mod. 8, 54. — <sup>11</sup> l. 1. § 2. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 9. § 2. D. usufr. qu. sav. 7, 9; l. 72. § 5. D. de cond. 35, 1; l. 2. pr. D. de statul. 40, 7. — <sup>12</sup> См. съ одной стороны Gai. 3, 124; l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 41. § 1. D. de v. o. 45, 1; съ другой стороны § 2. I. de v. o. 3, 15; l. 46. pr. D. eod. 45, 1; l. 213. D. de v. s. 50, 16. — <sup>13</sup> l. 10. l. 16. l. 17. de c. i. 12, 6.

получающаго отказъ, если послѣдній умираетъ до срока <sup>13</sup> (ср. § 443 sub I).

IV. *Дѣйствіе отъменяющаго срока.* Въ немногихъ случаяхъ (въ которыхъ отъменяющій срокъ допускался уже въ древнемъ *ius civile*) право съ наступленіемъ конечнаго срока *ipso iure* прекращается <sup>14</sup>, а съ нимъ вмѣстѣ прекращаются и права, происшедшія отъ него въ промежуточное время (такъ, въ случаѣ *ususfructus*, залоговаго права). Въ прочихъ случаяхъ, по римскому праву, временно-ограниченное право не прекращается *ipso iure* <sup>15</sup>; для временно-управомоченнаго возникаетъ только личная обязанность отказаться отъ права или перенести его обратно и устранить установленныя имъ вещныя права; причина такого явленія заключается въ томъ, что допустимость срока введена впервые преторскимъ эдиктомъ; поэтому въ настоящее время многіе юристы правильно считаютъ это различіе устарѣвшимъ: съ наступленіемъ конечнаго срока въ настоящее время *ipso iure* прекращаются временно-ограниченное право и права, происшедшія отъ него. Обратное дѣйствіе прекращенія, конечно, не имѣетъ мѣста.

#### с. § 60. Modus (возложеніе). Предположеніе.

v. *Scheurl*, *Lehre v. d. Nebenbestimmungen*. §§ 71—73. 1871. — *Windscheid*, *die Lehre von der Voraussetzung*. 1850. — *Zitelmann*, *Irrthum und Rechtsgeschäft*. Стр. 83—200. 1879. — *Savigny*, §§ 128. 129. — *Vangerow*, § 98. — *Windscheid*, §§ 97—100. — *Brinz*, §§ 556, 557. — *Bekker*, §§ 118. 119. — *Regelsberger*, §§ 166. 167.

I. *Modus*. Къ юр. сдѣлкамъ, направленнымъ на перенесеніе имущественныхъ правъ, могутъ быть прибавлены распоряженія объ извѣстномъ дѣйствіи, которое обязанъ исполнить приобретающій право; дѣйствіе можетъ состоять въ издержаніи опредѣленнымъ образомъ полученнаго или въ какомъ либо другомъ дѣяніи или упущеніи. Такое распоряженіе, будучи прибавлено къ *возмездной* сдѣлкѣ, образуетъ часть воздѣйствія, къ которому обязана противная сторона; стало быть, его исполненія или убытковъ вслѣдствіе неисполненія можно требовать посредствомъ иска изъ договора; такъ, напр., если покупатель дома обязывается предоставить въ немъ квартиру продавцу

<sup>13</sup> l. 5. pr. § 1. D. quando dies 36. 2. — <sup>14</sup> l. 1. § 3. D. qu. m. usufr. 7. 4; l. 16. § 2. D. fam. erc. 10. 2; l. 12. pr. C. de usufr. 3. 33; l. 6. pr. D. qu. m. pign. 20. 6. — <sup>15</sup> l. 4. pr. D. de serv. 8. 1; l. 55. D. de leg. 1 (30); l. 44. § 1. D. de o. et a. 44. 7; l. 56. § 4. D. de v. o. 45. 1.

даромъ или за извѣстную плату <sup>1</sup>; если хозяинъ общаетъ давать нанимателю извѣстную сумму денегъ на ремонтъ дома <sup>2</sup>.— Отчасти иныя правила примѣняются въ томъ случаѣ, если къ безвозмезднымъ сдѣлкамъ (§ 48, а именно, къ назначенію наследника, отказу, даренію) прибавляется распоряженіе (modus, возложеніе, опредѣленіе цѣли, опредѣленіе способа употребленія), что получатель долженъ издержать все полученное или часть его на извѣстную цѣль, или вообще совершить за это какое либо дѣйствіе или ушущеніе, напр., *ut monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret vel ut ex eo partem alii restitueret* <sup>3</sup>, или *ut alicui nubat* <sup>4</sup> и т. п. <sup>5</sup>. *Итакъ, modus есть возложеніе обязанности, прибавленное къ какому либо безвозмездному предоставленію выгоды (назначенію наследника, отказу, даренію).* Это есть видъ самоограниченія воли: воля предоставить другому какую либо выгоду безвозмездно и добровольно — возложеніемъ на него обязанности ограничиваетъ самое себя.— *Modus не препятствуетъ приобретенію, но затрудняетъ пользованіе приобретеннымъ:* поэтому призванный къ наследованію можетъ тотчасъ принять наследство, но не пользуется защитой въ своемъ наследственномъ правѣ, пока не исполнить modus <sup>5a</sup>; управомоченный по отказу или даренію можетъ требовать предоставленія себѣ отказаннаго предмета не прежде, чѣмъ исполнить modus или обезпечить его исполненіе посредствомъ cautio <sup>6</sup>. Если наследникъ принялъ наследство или управомоченный по отказу или даренію получилъ предметъ, то:

1. Ихъ можно понуждать къ исполненію modus или доставленію обезпеченія. Лицо понуждающее въ отдѣльныхъ случаяхъ бываетъ различно. Если sub modo призванъ къ наследованію единственный наследникъ, то для этого чрезвычайныя принудительныя мѣры примѣняютъ представители власти <sup>7</sup>; если призвано нѣсколько наследниковъ, то каждый изъ нихъ можетъ

<sup>1</sup> l. 21. §§ 4. 6. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>2</sup> l. 58. § 2. D. loc. 19, 2. — <sup>3</sup> l. 17. § 4. D. de cond. 35, 1. — <sup>4</sup> l. 1. C. de his quae sub modo 6, 45. — <sup>5</sup> l. 71. pr. §§ 1. 2. l. 80. l. 92. D. de cond. 35, 1; l. 17. § 1. D. de man. test. 40, 4; l. 3. C. de don. quae sub modo 8, 54; l. 49. D. de d. i. v. et n. 24, 1. — <sup>5a</sup> l. 1. § 3. D. ubi pup. ed. 27, 2; l. 8. § 6. D. de cond. inst. 28, 7. — <sup>6</sup> l. 40. § 5. l. 71. pr. § 1. 2. l. 80. D. de cond. 35, 1; l. 19. D. de leg. 3 (32); l. 48. D. de fid. lib. 40, 5. — <sup>7</sup> l. 8. § 6. D. de cond. inst. 28, 7; l. 50. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 1. § 3. D. ubi pup. 27, 2.

принудить другого къ исполненію *modus* (посредствомъ *act. familiae ergiscundae* <sup>8</sup>). Получившаго отказъ или подарокъ къ исполненію *modus* можетъ принудить наслѣдникъ или даритель (*act. praescriptis verbis* <sup>9</sup>); въ чрезвычайныхъ случаяхъ вмѣшиваются представители власти <sup>10</sup> (напр., въ случаѣ отказа *sub modo* эманципировать свое дитя); если *modus* клонится къ выгодѣ сторонняго лица, то его исполненія можетъ требовать это послѣднее <sup>11</sup> (§ 217 пр. 10).

2. Если *modus* не исполненъ по винѣ обязаннаго, то наслѣдникъ все таки не теряетъ наслѣдства (ибо *semel heres semper heres*, § 401 sub I. 1); напротивъ, получившій отказъ или подарокъ можетъ быть принужденъ наслѣдникомъ или дарителемъ къ возвращенію полученнаго <sup>12</sup>. Но во всякомъ случаѣ предполагается, что *modus* съ самаго начала не состоялъ въ чемъ либо невозможномъ или неразумномъ и не сдѣлался таковымъ впоследствии: въ противномъ случаѣ *modus* не имѣетъ силы <sup>13</sup>. Далѣе, предполагается, что *modus* представляетъ какой либо интересъ (имущественный или аффективный) для лица, предоставляющаго выгоду, или для получающаго, или для третьяго лица; въ противномъ случаѣ, мы имѣемъ дѣло съ простымъ совѣтомъ (*nudum praesertum*), который не обязываетъ получателя <sup>14</sup>; поэтому, напр., добавленіе къ денежному отказу *modus*, чтобы получающій купилъ на эти деньги участокъ, дѣйствительно лишь въ томъ случаѣ, если управомоченный есть легкомысленный и неопытный человекъ, котораго наслѣдодатель хотѣлъ охранить отъ растраты отказа <sup>15</sup>.

*Modus* имѣетъ нѣкоторое сходство съ неказуальнымъ суспензивнымъ условіемъ; различіе между ними заключается главнымъ образомъ въ томъ, что въ случаѣ *modus* не бываетъ нерѣшительнаго состоянія, которое сопровождаетъ условную

<sup>8</sup> l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 18. § 2. D. fam. erg. 10, 2. — <sup>9</sup> l. 7. i. f. D. de ann. leg. 33, 1; l. 2. C. de don. quae s. mod. 8, 54; l. 9. C. de don. 8, 53; l. 8. C. de rer. perm. 4, 64. — <sup>10</sup> l. 92. D. de cond. 35, 1. — <sup>11</sup> l. 2. C. de his quae sub modo 6, 45; l. 3. C. de don. quae s. mod. 8, 54. — <sup>12</sup> l. 21. § 3. D. de ann. leg. 33, 1; l. 17. D. de usu leg. 33, 2. — <sup>13</sup> l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 113. § 5. D. de leg. 1 (30); l. 8. § 7. D. de cond. inst. 28, 7; l. 1. C. de his quae sub modo 6, 45. — <sup>14</sup> l. 13. § 2. D. de i. v. et u. 24, 1; l. 114. § 14. D. de leg. 1 (30); l. 38. § 4. l. 93. pr. D. de leg. 3 (32). — <sup>15</sup> l. 71. pr. D. de cond. 35, 1.

сдѣлку; далѣе, въ томъ, что условно-управомоченный по сдѣлкѣ подѣ казуальнымъ условіемъ не обязанъ исполнять условія, между тѣмъ какъ получатель sub modo обязанъ исполнить modus; обыкновенно это выражаютъ такъ: *суппензивное условіе откладываетъ (суппендируетъ) приобрьтеніе, но не принуждаетъ, modus не откладываетъ приобрьтенія, но зато принуждаетъ.*

II. *Предположеніе.* Предположеніе, causa, иногда condicio (понятіе, установленное лишь въ новѣйшее время и далеко не всѣми признанное) есть недоразвитое условіе: лицо, изъявляя волю подѣ предположеніемъ, желаетъ, чтобы правоотношеніе имѣло мѣсто лишь при извѣстномъ положеніи вещей, но не ставитъ правоотношенія въ зависимость отъ этого положенія; поэтому правоотношеніе существуетъ, хотя бы предположеніе не оправдалось, но во многихъ случаяхъ (*не всегда*) можетъ быть оспорено искомъ и возраженіемъ. Къ предположеніямъ относятся: а) мотивъ, а именно, въ области безвозмездныхъ сдѣлокъ въ томъ случаѣ, если при отсутствіи его сдѣлка не была бы заключена, въ области возмездныхъ сдѣлокъ лишь въ томъ случаѣ, если дѣйствующія лица сдѣлали его *составною частью сдѣлки*; напр., если завѣщатель полагаетъ, что его дитя уже умерло, что назначенный наслѣдникомъ есть его дитя, что оставленная имъ вещь—его собственность; если женихъ, дѣлая невѣстѣ подарокъ, думаетъ, что вступить съ одаренною въ бракъ; если совершающій дареніе на случай смерти думаетъ, что не переживетъ одареннаго, или не спасется отъ опасности, угрожающей его жизни (§ 51 пр. 2—11. § 346 пр. 14. § 459 пр. 5. 6); б) цѣль, преслѣдуемая лицомъ при такъ наз. абстрактной сдѣлкѣ (§ 67), наприм., цѣль посредствомъ перенесенія собственности основать обязательство, установить dos, дать задатокъ, подарить и т. д. (§ 131 пр. 14 и сл.); далѣе, цѣль сторонъ, заключающихъ абстрактный обязательственный договоръ (§ 214).—Обыкновенно особымъ видомъ предположенія считается и modus; по этому поводу необходимо отмѣтить, что modus и предположеніе лишь сродны другъ съ другомъ, но содержаніе ихъ не одно и то же: посредствомъ modus преслѣдуется *побочная* цѣль рядомъ съ *главною*; поэтому, если modus вслѣдствіе случая не можетъ быть исполненъ, то

сдѣлка обсуждается, какъ заключенная безъ *modus* (выше пр. 13); если же не исполняется предположеніе вслѣдствіе случая, то сдѣлка остается оспоримою <sup>16</sup>.

### С. § 61. Содержаніе юр. сдѣлки.

*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. § 14. 1888. — *J. Pfaff*, zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere. 1892. — *Neff*, Beitr. zur L. v. d. fraus legi facta in den Digesten. 1895. — *Windscheid*, §§ 70. 81. 85. — *Brinz*, §§ 546—548. 555. — *Bekker*, §§ 97. 99. 113. — *Regelsberger*, § 147. 165.

Содержаніе юр. сдѣлки не должно быть вполнѣ неопредѣленнымъ: обѣщаніе подарить данному лицу «что нибудь» — ничтожно (§ 208 sub II. 2).—Содержаніе сдѣлки вообще подлежитъ свободному усмотрѣнію совершающаго; оно можетъ относиться къ вещнымъ, обязательственнымъ, семейственнымъ, наследственнымъ правоотношеніямъ; оно можетъ быть направлено на возникновеніе, перенесеніе, окончаніе, сохраненіе, измѣненіе права. Но иногда для усмотрѣнія совершающаго бывають установлены извѣстныя ограниченія, о которыхъ мы будемъ говорить особо при отдѣльныхъ институтахъ; *общая* граница заключается въ томъ, что содержаніе сдѣлокъ не можетъ состоять ни въ чемъ такомъ, что физически или юридически невозможно или что запрещено (недозволено). Физически невозможно сдѣлка о погибшей уже вещи <sup>1</sup>. Юридически невозможно сдѣлка о *res extra commercium* <sup>1a</sup>; далѣе, по общему правилу, — *вещное* распоряженіе чужою вещью, потому что обыкновенно право распоряженія вещью принадлежитъ только собственнику, а не-собственнику — лишь съ согласія <sup>2</sup> или утвержденія (*ratihabitio* <sup>3</sup>) собственника, или по особому предписанію закона (какъ, напр., опекуну); напротивъ, *обязательственные* сдѣлки могутъ касаться и чужой вещи <sup>4</sup> (§ 286 пр. 8. § 293 пр. 3).—Запрещеннымъ можетъ быть что либо

<sup>16</sup> 1. 6. pr. D. de cond. 35, 1; 1. 1. C. de his quae sub modo 6, 45; 1. 2. § 7. D. de don. 39, 5; 1. 7. D. de fid. lib. 40, 5.

<sup>1</sup> 1. 15. pr. D. de c. e. 18, 1.—<sup>1a</sup> 1. 39. §§ 8—10. D. de leg. 1 (30); 1. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; 1. 34. §§ 1. 2. D. de c. e. 18, 1.—<sup>2</sup> 1. 20. pr. D. de pign. a. 13, 7; 1. 38. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; 1. 9. § 2. D. de don. 39, 5; 1. 9. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; 1. 2. l. 5. C. de reb. al. 4, 51.—<sup>3</sup> 1. 20. pr. D. de pign. a. 13, 7; 1. 16. § 1. D. de pign. 20, 1; 1. 38. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; 1. 4. C. de reb. al. 4, 51.—<sup>4</sup> 1. 28. D. de c. e. 18, 1; 1. 7. l. 9. pr. § 6. D. loc. 19, 2.

или положительнымъ предписаніемъ права (напр., отчужденіе извѣстныхъ вещей, § 127, дареніе между супругами, § 347), или нравственнымъ закономъ (*boni mores*), или и тѣмъ и другимъ, напр., совершеніе преступленія. — Если содержаніемъ сдѣлки поставлено что либо невозможное, то сдѣлка ничтожна<sup>5</sup>; то же относится къ сдѣлкѣ, запрещенной нравственнымъ закономъ<sup>6</sup>; къ сдѣлкѣ, запрещенной положительною нормою права, это начало примѣняется только въ томъ случаѣ, если норма есть *lex perfecta* (§ 12). То же относится къ сдѣлкамъ, совершеннымъ съ цѣлью обойти запретительный законъ (*quod in fraudem legis fit contra legem fit*<sup>7</sup>), т. е. основанное на ложномъ буквальномъ толкованіи закона устроеніе дѣла такъ, чтобы оно не подходило подъ законъ, признается недѣйствительнымъ; поэтому если супруги для совершенія (запрещеннаго между супругами) даренія разводятся и, совершивъ дареніе, опять заключаютъ бракъ, то дареніе ничтожно.

Къ содержанію юр. сдѣлокъ относятся слѣд. термины новыхъ юристовъ: *essentialia*, *naturalia*, *accidentalialia negotii*. Такъ какъ отдѣльныя сдѣлки по своему содержанію бываютъ различны, то тѣ постановленія дѣйствующихъ лицъ, отъ наличности которыхъ зависитъ существованіе *опредѣленной* юр. сдѣлки, называютъ *essentialia negotii*, существенными, необходимыми составными частями; такъ, для договора купли существенною частью является соглашеніе двухъ сторонъ о покупаемой вещи и ея цѣнѣ<sup>8</sup>, для завѣщанія существенною частью признается назначеніе наслѣдника<sup>9</sup>. Если опредѣленная сдѣлка уже есть налицо, то диспозитивныя нормы права связываютъ съ нею извѣстное, заимствованное изъ области обыкновенной оборота, содержаніе, которое поэтому уже не должно быть необходимо опредѣлено сторонами; это содержаніе именуется *naturalia negotii*, естественными или обыкновенными составными частями<sup>10</sup>; такъ, обыкновенное содержаніе договора купли. — что передача вещи и цѣны послѣдуютъ одна за другою; дого-

<sup>5</sup> 1. 1. §§ 9—11. D. de o. et a. 44, 7; 1. 35. pr. 1. 97. pr. D. de v. o. 45. 1; 1. 31. 1. 185. D. de r. i. 50, 17. — <sup>6</sup> 1. 112. § 3. D. de leg. 1 (30); 1. 26. 1. 27. pr. D. de v. o. 45, 1; 1. 4. C. de inut. stip. 8, 39. — <sup>7</sup> 1. 29. 1. 30. D. de leg. 1. 3; 1. 7. pr. § 1. D. ad. sct. Mac. 14, 6; 1. 29. § 1. 1. 32. § 3. D. ad. sct. Vell. 16, 1. — <sup>8</sup> § 1. I. de emt. 3, 23; 1. 72. pr. D. de c. e. 18, 1. — <sup>9</sup> § 34. I. de leg. 2, 20. — <sup>10</sup> По 1. 11. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.

вора найма,—что хозяинъ первый исполнить свою обязанность (дать нанятую вещь). Такъ какъ *naturalia negotii* опредѣляются *диспозитивными* нормами права (§ 12), то дѣйствующимъ лицамъ предоставляется свобода измѣнять эти части сдѣлки по своему произволу; такія произвольныя распоряженія называются *accidentalia negotii*, случайными составными частями, въ источникахъ *adiectio*, *clausula*, *adminicula*, *lex contractus*; такъ, отсрочка платежа цѣны, уговоръ о платежѣ впередъ наемной платы суть *accidentalia*.

#### D. § 62. Изъявление воли.

*Schliemann*, die L. v. Zwange. § 12. 1861.—*Burchhard*, die civilistischen Präsumtionen. S. 270 ff. 1866.—*Regelsberger*, civilrechtliche Erörterungen. §§ 1—8. 1868.—*Zitelmann*, Irrthum u. Rechtsgeschäft. S. 239 ff. 1879.—*Röver*, über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. 1874.—*Schlossmann*, der Vertrag. §§ 14—17. 1876.—*Schall*, der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877.—*Windscheid*, Wille und Willenserklärung. 1878.—*Leonhard*, der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach R. R. 2 Th. 1882. 1883.—*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 7—12. 1888.—*Ehrlich*, die stillschweigende Willenserklärung. 1893.—*Savigny*, §§ 130—132.—*Vangerow*, § 92.—*Windscheid*, § 72.—*Bekker*, §§ 83. 84. 92. 93.—*Regelsberger*, §§ 136—138.

*Юридическая сдѣлка существуетъ лишь тогда, когда воля, на которой она зиждется, перешла во внѣшній міръ, какъ явленіе, когда она сознательно изъявлена.* Изъявленіе есть не только средство познанія воли, но и необходимый составной элементъ сдѣлки, ибо неизъявленная воля для права не существуетъ. Какъ сама воля, такъ и обстоятельства, предшествующія существованію воли, а также и мотивы ея (§§ 50, 51), принимаются во вниманіе только при условіи своего проявленія во внѣшнемъ мірѣ. Но неправильно мнѣніе, будто и такое волеизъявленіе, которое несогласно съ волею изъявляющаго, достаточно для возникновенія сдѣлки въ томъ случаѣ, если оно другой договаривающейся сторонѣ показалось или могло показаться выраженіемъ воли изъявляющаго; это, выставленное лишь въ новѣйшее время, мнѣніе (т. н. теорія изъявленія, теорія довѣрія, теорія оборота въ противоположность къ господствующей т. н. волевой теоріи) упускаетъ изъ виду, что необходимымъ основаніемъ волеизъявленія является воля; можно признать лишь то положеніе, что возникшее изъ *dolus* и основанное на безнравственной *reservatio mentalis* волеизъявленіе всегда признается дѣйствительнымъ, несмотря на отсутствіе

воли (§ 50 sub I), а равно, что связываетъ и такое изъясненіе. при которомъ отсутствіе воли основывается на *culpa lata* (§ 71 пр. 13<sup>a</sup>); но если послѣднее произошло вслѣдствіе *culpa levis* или безъ всякой вины изъясняющаго, то сдѣлка признается ничтожною, и отъ ошибшагося можно лишь потребовать возмѣщенія убытковъ. (т. н. отрицательнаго договорнаго интереса, ср. § 208 пр. 9).—Относительно изъясненія воли возникаютъ два вопроса: I. Какимъ образомъ воля можетъ быть изъяснена? II. Достаточенъ ли *всякій* способъ изъясненія воли?

ad I. Воля можетъ быть изъяснена прямо или косвенно, молчаливо.

1. Прямымъ называется такое изъясненіе, которое непосредственно и исключительно предназначено для выраженія воли. Прямое изъясненіе воли можетъ быть формальнымъ и неформальнымъ. Формальный способъ изъясненія воли можетъ состоять въ употребленіи опредѣленныхъ устныхъ словъ (напр., вербальный контрактъ, § 209), въ опредѣленномъ письменномъ начертаніи (напр., римскій литеральный контрактъ, § 209), въ изъясненіи предъ судомъ (*actis, gestis, insinuare*, судебная инсинуація, напр., въ случаѣ даренія свыше 500 *solidi*, § 69), предъ судомъ или нотариусомъ (напр., т. н. *pignus publicum, intercessio* женщинъ, §§ 206, 256), предъ свидѣтелями (обыкновенное частное завѣщаніе, § 393). Неформальный способъ изъясненія состоятъ въ произнесеніи или написаніи словъ, все равно какихъ, въ знакахъ (напр., морскіе сигналы) и мимикѣ (киваніе головою, *nutus* <sup>1</sup>).

2. Молчаливое, косвенное изъясненіе воли происходитъ путемъ дѣйствій, которыя преслѣдуютъ самостоятельныя цѣли, но даютъ тѣмъ не менѣе возможность заключить о наличности воли (т. н. *facta concludentia*, выразительныя дѣйствія). Напр., если кредитъ возвращаетъ долговую росписку должнику безъ платежа со стороны послѣдняго, то въ этомъ заключается прощеніе долга <sup>2</sup>; въ занятіи дѣлами наслѣдства со стороны призваннаго къ наслѣдованію заключается принятіе наслѣдства (*pro herede gestio* <sup>3</sup>); въ согласіи кредитора подъ залогъ на

<sup>1</sup> 1. 52. § 10. D. de o. et a. 44, 17; 1. 21. пр. D. de leg. 3 (32); 1. 17. D. de nov. 46, 2.—<sup>2</sup> 1. 2. § 1. D. de pact. 2, 14; 1. 7. C. de rem. pign. 8, 25.—<sup>3</sup> § 1. 20. пр. § 1. D. de a. h. 29, 2; § 7. I. de her. qual. 2, 19.

продажу послѣдняго залогодателемъ заключается отреченіе отъ залогового права <sup>4</sup> и т. д. <sup>5</sup>.—Для того, чтобы *facta concludentia* не имѣли значенія молчаливаго изъясненія воли, совершающій ихъ долженъ сдѣлать прямое противоположное изъясненіе; послѣднее называется обыкновенно *protestatio* (напр., если призванный наслѣдникъ принимаетъ на себя управление наслѣдствомъ, заявляя, что онъ хочетъ не принять наслѣдство, а только предохранить его отъ ущерба <sup>7</sup>); оно называется *reservatio*, если имѣетъ цѣлью устранить заключеніе объ отреченіи отъ права (напр., если кредиторъ подъ залогъ даетъ свое согласіе на продажу заложенной вещи, заявляя, что онъ сохраняетъ за собой залоговое право <sup>8</sup>).—Возникаетъ вопросъ, составляетъ ли молчаніе на дѣйствіе или вопросъ другого также *factum concludens*? Римское право выставляетъ по этому предмету неправильное общее начало: *is qui tacet non utique fatetur, sed verum est, eum non negare* <sup>9</sup>; но изъ отдѣльных рѣшеній слѣдуетъ, какъ правило римскаго права, что молчаніе только въ томъ случаѣ толкуется какъ согласіе, если обычай и приличія требуютъ опредѣленнаго выраженія воли и, слѣд., непротиворѣчивое не допускаетъ иного разумнаго толкованія, какъ въ смыслъ согласія; иначе говоря: выводы изъ простаго молчанія составляютъ особый видъ косвеннаго изъясненія воли. Напр., молчаніе дочери при обрученіи ея отцомъ принимается за согласіе; таково же послѣдствіе молчанія отца при обрученіи дочери <sup>10</sup>; хозяинъ, который оставляетъ у нанятого пользованіе вещь по истеченіи срока, продолжаетъ этимъ договоръ найма <sup>11</sup> и т. п. <sup>12</sup>. Напротивъ, въ молчаніи лица, которому дѣлается предложеніе заключить договоръ, вовсе не заключается согласіе.

Каноническое право повторило римское общее начало: *is qui tacet non*

<sup>4</sup> 1. 4. § 1. 1. 8. § 15. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>5</sup> 1. 1. 1. 2. pr. D. de iud. 5, 1; 1. 15. D. de iurisd. 2, 1.—<sup>6</sup> 1. 26. § 1. D. de pign. 20, 1; 1. 12. D. de ev. 21, 2; 1. 5. D. ratam. rem. 46, 8.—<sup>7</sup> 1. 20. § 1. D. de a. h. 29, 2.—<sup>8</sup> 1. 4. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>9</sup> 1. 142. D. de r. i. 50, 17.—<sup>10</sup> 1. 12. pr. 1. 7. § 1. D. de spons. 23, 1.—<sup>11</sup> 1. 1. § 4. D. de agn. 25, 3.—<sup>12</sup> 1. 12. 1. 16. D. ad. sc. Mac. 14, 6.—<sup>13</sup> 1. 13. § 11. D. loc. 19, 2.—<sup>14</sup> 1. 5. D. de ad. 1, 7; 1. 1. § 3. D. de trib. 14, 4; 1. 6. § 2. D. mand. 17, 1; 1. 2. § 2. D. sol. matr. 24, 3; 1. 37. pr. D. ad. sc. Tr. 36, 1; 1. 19. D. de aqua pl. 39, 3; 1. 4. § 3. D. de fid. 46, 1; 1. 5. pr. C. de rec. 2, 55; 1. 5. 1. 25. C. de nupt. 5, 4; 1. 1. 6. 1. 8. C. de rem. pign. 8, 25.

fatetur, sed nec utique negare videtur<sup>15</sup>; но рядомъ съ этимъ оно выставляло также противорѣчащее начало: qui tacet consentire videtur<sup>16</sup>. Въ настоящее время слѣдуетъ руководствоваться римскими нормами.

ad II. Можетъ ли быть достаточнымъ изъясненіе, какъ бы оно ни было совершено? Вопросы этого нельзя рѣшить общимъ правиломъ. Нормы права для нѣкоторыхъ сдѣлокъ требуютъ соблюденія определенныхъ формъ или для того, чтобы поставить внѣ всякаго сомнѣнія достовѣрность воли и фактъ совершенія сдѣлки (stipulatio), или чтобы вмѣстѣ съ тѣмъ усилить серьезное и вдумчивое отношеніе дѣйствующаго (завѣщаніе), или чтобы затруднить совершеніе извѣстныхъ сдѣлокъ (дареніе свыше 500 solidi); въ области другихъ сдѣлокъ способъ изъясненія предоставляется усмотрѣнію сторонъ. Прибавимъ лишь историческое замѣчаніе, что первоначально римское право требовало соблюденія формы для весьма многихъ случаевъ; но вслѣдствіе дальнѣйшаго развитія права эти формы снизились до минимума.—Часто сами стороны, приступая къ заключенію обязательства, уговариваются объ изъясненіи своей воли въ определенной формѣ<sup>17</sup> (§ 213).—Гдѣ по предписанію права или по волѣ сторонъ должна быть соблюдена извѣстная форма, тамъ несоблюденіе послѣдней по общему правилу имѣетъ слѣдствіемъ ничтожность сдѣлки (§ 64 sub. I. 1).

### § 63. Толкованіе волеизъявленія.

*Hofmann*, kritische Studien Nr. IV (favor testamenti), S. 103—175. 1885.—*Savigny*, § 131 и Obligationenrecht, § 71.—*Vangerow*, § 102.—*Windscheid*, § 84.—*Regelsberger*, § 177.

Изъявленіе должно обнаруживать волю лица; но оно дѣлаетъ это подчасъ въ слишкомъ сжатой формѣ, подчасъ недостаточно полно, заключаетъ въ себѣ темныя мѣста; въ такихъ случаяхъ отыскиваютъ волю путемъ толкованія<sup>1</sup>—въ существенныхъ чертахъ такъ же, какъ и въ области законовъ. Толкованіе можетъ быть аутентическимъ, т. е. исходить отъ самого дѣйствующаго лица<sup>2</sup>; въ области договоровъ таковымъ является согласное изъясненіе обѣихъ сторонъ<sup>3</sup>.—За отсутствіемъ аутен-

<sup>15</sup> с. 44. in VI. de r. i. 5, 12.—<sup>16</sup> с. 43. eod.—<sup>17</sup> l. 17. C. de fide instr. 4, 21; pr. I. de emt. vend. 3, 23.

<sup>1</sup> l. 219. D. de v. s. 50, 16; l. 7. § 2. D. de sup. leg. 33, 10; l. 3. C. de lib. praest. 6, 28.—<sup>2</sup> l. 21. § 1. D. qui test. fac. 28, 1.—<sup>3</sup> l. 12. D. de pact. 2, 14; l. 83. § 1. D. de v. o. 45, 1.

тического наступаетъ судебное толкованіе; судья прежде всего уясняетъ грамматически слова изъясленія <sup>4</sup>; если въ разныхъ мѣстностяхъ данныя слова имѣютъ различное значеніе, то предпочитается тотъ смыслъ, который дается слову въ мѣстѣ совершенія изъясленія <sup>5</sup>. Если послѣ этого еще остается сомнѣніе, то дается предпочтеніе тому смыслу, который болѣе всего соотвѣтствуетъ цѣли сдѣлки <sup>6</sup> и поддерживаетъ ея дѣйствительность <sup>7</sup>. Если дѣло идетъ объ объемѣ принятой обязанности, возложеннаго обремененія, то въ случаѣ сомнѣнія выбирается меньшее <sup>8</sup> (потому *stipulatio*, договоръ купли, договоръ найма въ случаѣ сомнѣнія толкуются *противъ кредитора* <sup>9</sup>); но отсюда исключаются покровительствуемыя отношенія (*causae favorabiles*), въ пользу которыхъ обыкновенно рѣшается сомнѣніе; сюда относятся *dos* <sup>10</sup>, распоряженія на случай смерти <sup>11</sup> и свобода человѣка <sup>12</sup>.—Если изъясленіе такъ темно, что нельзя разяснить его смысла, то сдѣлка въ соотвѣтственной части или совсѣмъ не имѣетъ силы <sup>13</sup>, ср. § 397 пр. 1. 2.

### III. § 64. Недѣйствительность юр. сдѣлокъ.

(Недостатокъ какого либо условія. Прекращеніе недостатка. Отпаденіе условія. Превращеніе акта).

*L. Seuffert*, *Ratihabition der Rechtsgeschäfte*. §§ 20—24. 1868.—*Dedekind*, *die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen*. 1872.—*Karlowa*, *das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. §§ 20 слѣд. 1877.—*Gradenwitz*, *die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*. 1887.—*Savigny*, §§ 202. 203.—*Van-gerow*, §§ 100. 101.—*Windscheid*, §§ 70. 82. 83.—*Regelsberger*, §§ 174—176.

I. *Недостатокъ условія*. Если юр. сдѣлкѣ недостаетъ одного изъ условій, изложенныхъ въ §§ 49—51. 61. 62, то такая сдѣлка недѣйствительна; другія причины недѣйствительности,

<sup>4</sup> 1. 25. § 1. l. 69. пр. D. de leg. 3 (32).—<sup>5</sup> 1. 34. D. de r. i. 50, 17; l. 6. D. de ev. 21, 2.—<sup>6</sup> 1. 67. D. de r. i. 50, 17; l. 29. D. loc. 19, 2; l. 43. пр. D. de damn. inf. 39, 2.—<sup>7</sup> 1. 34. § 1. D. de leg. 2 (31); l. 21. D. de reb. dub. 34, 5; l. 80. D. de v. o. 45, 1.—<sup>8</sup> 1. 39. § 6. D. de leg. 1 (30); l. 99. пр. D. de v. o. 45, 1; l. 9. l. 34. D. de r. i. 50, 17.—<sup>9</sup> 1. 26. D. de reb. dub. 34, 5; l. 38. § 18. l. 99. пр. D. de v. o. 45, 1; l. 39. D. de pact. 2, 14; l. 21. l. 33. D. de c. e. 18, 1; l. 172. пр. D. de r. i. 50, 17.—<sup>10</sup> 1. 85. пр. D. de r. i. 50, 17; l. 70. D. de i. d. 23, 3.—<sup>11</sup> 1. 12. D. de r. i. 50, 17; l. 24. D. de reb. dub. 34, 5.—<sup>12</sup> 1. 179. D. de r. i. 50, 17.—<sup>13</sup> 1. 62. § 1. D. de her. inst. 28, 5; l. 2. D. de his quae pro non scriptis 34, 8; l. 73. § 3. D. de r. i. 50, 17.

необщаго характера, будутъ указаны при изложеніи отдѣльныхъ сдѣлокъ. Существуетъ два рода недѣйствительности юр. сдѣлокъ: *ничтожность и оспоримость* (опорочимость).

1. *Сдѣлка—ничтожна*, это значить, *съ самаго начала* юридически не существуетъ; на нее могутъ смотрѣть, какъ на несуществующую, не только стороны, но и всякое лицо, на отношенія котораго она могла бы повліять. Судь долженъ принять во вниманіе обнаружившуюся изъ обстоятельствъ дѣла ничтожность *ex officio*. Иска о признаніи ничтожности (т. н. *querela nullitatis*) не требуется, поэтому источники р. пр. о немъ и не упоминаютъ; но онъ можетъ быть полезнымъ, чтобы разъ навсегда прекратить всякіе споры о ничтожности или дѣйствительности сдѣлки.—Ничтожность иногда касается только части сдѣлки; напр., обѣщаніе чрезмѣрныхъ процентовъ было по р. пр. дѣйствительно до размѣра законныхъ, дареніе безъ судебной инсинуаціи на сумму, превышающую 500 *solidi*, дѣйствительно до 500 *solidi*, въ залоговомъ договорѣ съ *lex commissoria* недѣйствительна только послѣдняя <sup>1</sup>; поэтому каноническое право установило положеніе: *utile non debet per inutile vitari* <sup>2</sup>; но, конечно, если часть, пораженная ничтожностью, составляетъ основу сдѣлки, то ничтожны, по общему правилу, и прочія части <sup>3</sup>; поэтому вмѣстѣ съ главными договорами падаютъ и побочные <sup>4</sup>, вмѣстѣ съ назначеніемъ наслѣдника падаютъ обыкновенно и отказы <sup>5</sup>.—Ничтожность иногда зависитъ отъ усмотрѣнія стороны или третьяго заинтересованнаго лица, которыя могутъ заявить, должно ли обсуждать сдѣлку, какъ дѣйствительную или какъ ничтожную (напр., по *act. Velleianum* поручительство женщины, § 255, далѣе, по Имп. уставу о конкурсахъ § 6, юридическія дѣйствія общаго должника послѣ открытія конкурснаго производства); до этого заявленія ничтожность еще не рѣшена, нерѣшительна (ее называютъ обыкновенно относительною ничтожностью въ противоположность къ абсолютной, рѣшительной).

<sup>1</sup> l. 34. pr. l. 35. § 3. C. de don. 8, 53; l. 3. C. de pact. pign. 8, 34.—  
<sup>2</sup> с. 37. in. VI d. r. i. 5, 12; cf. l. 1. § 5. l. 110. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 11. § 1. l. 12. l. 13. D. de pec. const. 13, 5; l. 42. C. de transact. 2, 4.—  
<sup>3</sup> l. 178. l. 129. § 1. D. de r. i. 50, 17.—<sup>4</sup> l. 70. § 4. D. de fid. 46, 1.—<sup>5</sup> l. 1. § 1. i. f. D. de leg. 3 (32); l. 16. D. de i. cod. 29, 7; l. 181. D. de r. i. 50, 17.

2. Юр. сдѣлка можетъ быть опорочена, оспорена; это значить, что сама по себѣ сдѣлка существуетъ, но одна изъ сторонъ или третье заинтересованное лицо имѣетъ право ее уничтожить. До уничтоженія оспоримая сдѣлка юридически существуетъ; если наступило уничтоженіе, то восстанавливается прежнее состояніе, какъ оно было до заключенія сдѣлки <sup>6</sup>, по права, приобретенныя въ промежуточное время третьими лицами, остаются въ силѣ <sup>7</sup> (въ этомъ заключается различіе между оспоримостью и относительною ничтожностью). Опороченіе сдѣлки совершается или непосредственно путемъ судебного рѣшенія по требованію оспаривающаго (напр., въ случаяхъ *in integrum restitutio, querela inoff. testamenti*, §§ 111. 415), или косвенно при рѣшеніи процесса, возникшаго на основаніи оспоримой сдѣлки (противопоставленіемъ иску противника *exceptio peremptoria*, § 92 sub B. 1) <sup>8</sup>.

II. Прекращеніе недостатка. Дѣйствительность сдѣлки обсуждается по времени ея совершенія (или ея *perfectio*) <sup>9</sup>; поэтому абсолютно ничтожная сдѣлка не можетъ сдѣлаться обратно дѣйствительною (*convalescere*) вслѣдствіе того, что впоследствии отпадаетъ обстоятельство, повлекшее за собою ея ничтожность (напр., недѣеспособный становится дѣеспособнымъ), или вслѣдствіе того, что послѣдуетъ отреченіе отъ ничтожности или признаніе сдѣлки (подтверженіе, одобреніе): *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* <sup>10</sup>. Изъ этого правила, впрочемъ, есть исключенія (т. н. исцѣлимо-ничтожныя сдѣлки), напр.: даренія между супругами по *ratio Severi et Caracallae* (§ 347 sub 4 b), случаи, въ которыхъ дѣйствительность сдѣлки зависитъ отъ согласія третьяго лица (отца, опекуна; ибо такое согласіе, данное позднѣе, относится назадъ, § 66 пр. 13 <sup>11</sup>). Относительно-ничтожная сдѣлка вслѣдствіе признанія, изьявленнаго лицомъ, отъ воли котораго зависитъ ея сила, разсматривается какъ дѣйствительная съ самаго начала.—Въ случаѣ оспоримости, *convalescentia* (вѣрнѣе неоспоримости) можетъ быть легко достигнута, такъ какъ право

<sup>6</sup> l. 6. D. de resc. vend. 18, 5; l. 10. C. eod. 4, 44; l. 23. §§ 1. 7. l. 60. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>7</sup> l. 43. § 8. D. de aed. ed. 21, 1; l. 4. pr. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>8</sup> l. 6. D. de resc. vend. 18, 5.—<sup>9</sup> l. 8. pr. D. mand. 17, 1; l. 12. D. de set. Mac. 14, 6; l. 58. § 2. D. pro soc. 17, 2; l. 1. §§ 13. 30. D. dep. 16, 3.—<sup>10</sup> l. 29. D. de r. i. 50, 17; cf. l. 201. l. 210. eod.—<sup>11</sup> l. 7. pr. C. ad set. Mac. 4, 28; l. 20. pr. D. de pign. a. 13, 7.

оспаривать теряется отреченіемъ, давностью, признаніемъ сдѣлки (ratihabitio) <sup>11a</sup>.

III. *Отпаденіе условія.* Сдѣлка, заключенная дѣйствительно, можетъ стать недѣйствительною впослѣдствіи (infirmatio). Основанія этого явленія будутъ указаны при отдѣльныхъ сдѣлкахъ (ср. § 269 пр. 1. § 405 sub II. § 442 sub II). Нѣкоторые римскіе юристы <sup>12</sup> держались того мнѣнія, что сдѣлка становится недѣйствительною, если какое либо условіе, наличное при ея заключеніи, позднѣе перестаетъ существовать: но это правило вѣрно лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ (напр., вещь, служащая предметомъ сдѣлки, понадеваетъ extra commercium <sup>13</sup>), а не всегда <sup>15</sup> (этого не бываетъ, напр., въ томъ случаѣ, если одна изъ сторонъ станетъ недѣеспособною <sup>16</sup> или потеряетъ право распоряженія вещью).—Еще дальше пошли юристы 17-го и 18-го вѣковъ, выставивъ положеніе, что всякая сдѣлка заключается подъ clausula rebus sic stantibus и, слѣдовательно, подлежитъ опороженію вслѣдствіе «перемѣны обстоятельствъ»; это мнѣніе отвергнуто новыми романистами, но тѣмъ не менѣе перешло въ нѣкоторые партикулярныя законодательства.

IV. *Превращеніе акта.* Если какой либо актъ не удовлетворяетъ условіямъ той сдѣлки, которую хочетъ совершить сторона, но удовлетворяетъ условіямъ другой однородной сдѣлки, то онъ обсуждается и сохраняется въ силѣ, какъ послѣдняя (превращеніе, conversio); поэтому, напр., въ acceptilatio, совершенной по поводу невербальнаго договора (§ 268), заключается pactum de non petendo <sup>17</sup>.

#### IV. § 65. Пособничество и представительство при юр. сдѣлкахъ.

Сравни лит. къ § 219.—*L. Seuffert*, Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. §§ 18. 19. 1868.—*Ihering*, gesammelte Aufsätze. T. 1. Стр. 122—290. 1881.—*Leonhard*, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. §§ 1—20. 1892.—*Savigny*, § 113.—*Windscheid*, § 73.—*Regelsberger*, §§ 159—162.

Обыкновенно выступающія при сдѣлкѣ лица дѣйствуютъ

<sup>11a</sup> l. 3. § 1. D. de min. 4, 4; l. 4. C. de his quae vi 2, 20. — <sup>12</sup> l. 3. § 2. D. de his quae pro non scriptis 34, 8; l. 16. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 98. pr. D. de v. o. 45, 1. — <sup>13</sup> l. 83. § 5. l. 136. § 1. D. de v. o. 45, 1; § 2. I. de inut. st. 3, 19.—<sup>14</sup> l. 49. § 1. D. her. inst. 28, 5. — <sup>15</sup> l. 85. § 1. D. de r. i. 50, 17; l. 140. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 31 pr. D. de don. 39, 5. — <sup>16</sup> l. 6. § 1. l. 20. § 4. D. qui test. fac. 28, 1; § 1. I. quib. non est perm. 2, 12.—<sup>17</sup> l. 8. pr. l. 19. pr. l. 23. D. de acc. 46, 4; l. 5. pr. D. de resc. vend. 18, 5.—<sup>18</sup> l. 3. D. de test. mil. 29, 1. — <sup>19</sup> l. 1. D. de iure cod. 29, 7. — <sup>20</sup> l. 1. § 4. D. de pec. const. 13, 5.—<sup>21</sup> l. 9. D. de spons. 23, 1.

въ собственномъ интересѣ, поэтому послѣдствія сдѣлки по общему правилу касаются всѣхъ лицъ, участвовавшихъ въ ея заключеніи. Но есть I. случаи, когда сдѣлка касается не всѣхъ, а лишь нѣкоторыхъ изъ дѣйствовавшихъ лицъ, II. случаи, когда сдѣлка предпринимается вовсе не въ интересѣ дѣйствующихъ, а въ интересѣ третьихъ лицъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ пособничествомъ, во второмъ—съ представительствомъ.

I. *Пособники суть лица, дѣйствующія вмѣстѣ съ тѣми лицами, которыхъ касается сдѣлка.* Пособничество бываетъ добровольное и предписанное закономъ. Добровольное: напр., стороны привлекаютъ свидѣтелей *ради доказательства* (доказательные свидѣтели). Предписанное закономъ: напр., *законъ предписываетъ* привлекать свидѣтелей *ради доказательства* (напр., законъ имп. Льва о *ignis publicum vel quasi*); или законъ предписываетъ привлекать свидѣтелей *для большей торжественности формы* (*testes solemnes*, напр., при завѣщаніяхъ); или законъ требуетъ *согласія* (*ratihabitio*) отца (напр., при займѣ подвластнаго сына), опекуна (напр., при обязательствахъ опекаемаго), суда (напр., при отчужденіи вещей опекаемыхъ). Пособникъ не получаетъ участія въ послѣдствіяхъ сдѣлки.

II. *Представителями называются лица, дѣйствующія вмѣсто тѣхъ лицъ, которыхъ касается сдѣлка.* Представительство мыслимо въ двухъ видахъ: представительство въ изъявленіи воли и представительство въ волѣ.

1. *Представительство въ изъявленіи воли:* здѣсь лица, которыхъ касается сдѣлка, сами опредѣляютъ ея содержаніе и только совершаютъ изъявленіе своей воли черезъ другихъ, напр., черезъ посланныхъ, которые служатъ органомъ *выраженія* ихъ рѣшеній (какъ письмо). Такое представительство допускается, поскольку оно не противорѣчитъ формѣ сдѣлки. Стало быть, оно возможно, напр., для консенсуальныхъ договоровъ<sup>1</sup>, но не для стипуляцій. Посланный не участвуетъ въ послѣдствіяхъ сдѣлки.—Нѣкоторые юристы называютъ посланнаго не представителемъ (въ изъявленіи воли), а помощникомъ, что не измѣняетъ существа дѣла.

2. *Представительство въ волѣ:* здѣсь лица, которыхъ ка-

<sup>1</sup> I. 1. § 1. D. mand. 17, 1; I. 2. § 2. D. de o. et a. 44, 7; I. 14. § 3. D. de p. c. 13, 5.

сается сдѣлка, не устанавливаютъ сами ея содержанія, предоставляя это другому; послѣдній обыкновенно получаетъ инструкцію, въ предѣлахъ которой онъ можетъ дѣйствовать. Такой представитель изъявляетъ не чужую волю, а свою собственную, которую онъ самъ составилъ и которую долженъ признать представляемый; выдача инструкціи сущности дѣла не измѣняетъ, потому что *instruens* направилъ на сдѣлку только свое *намѣреніе, рѣшеніе* же составляется представителемъ, какъ его личное дѣйствіе. Представительство въ волѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ и теперь вовсе не допускается; при сдѣлкахъ въ области семейственного права (заключеніе брака, *adoptio*, *emancipatio*), при составленіи завѣщанія. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда такое представительство допускается, оно возможно въ двухъ формахъ: представитель или прямо заявляетъ, что онъ совершаетъ сдѣлку для другого (открытый представитель, просто представитель), или не дѣлаетъ этого заявленія (скрытый представитель, комиссіонеръ, *interposita persona* <sup>2</sup>).—Что касается вопроса о послѣдствіяхъ сдѣлки, заключенной чрезъ представителя, то мыслимы два способа достиженія цѣли представительства: непосредственный и косвенный. *Непосредственный*: настоящее и ближайшее послѣдствіе сдѣлки возникаетъ тотчасъ для представляемого, а не для представителя, напр., вслѣдствіе купли, совершенной для меня другимъ, я становлюсь покупщикомъ какъ по правамъ, такъ и по обязанностямъ, стало быть, представитель не дѣлается субъектомъ заключеннаго имъ обязательства; дѣйствіе и его послѣдствія рѣзко раздѣляются здѣсь въ субъективномъ отношеніи. *Косвенный*: представитель устанавливаетъ послѣдствія сдѣлки какъ активныя, такъ и пассивныя въ своемъ лицѣ, а отношеніе представительства проявляется лишь между нимъ и представляемымъ; напр., вслѣдствіе купли, которую онъ заключилъ для меня, онъ самъ становится покупщикомъ; продавецъ можетъ отношенія представительства не принимать во вниманіе, между продавцомъ и мною не возникаетъ никакого обязательства; зато въ силу другого обязательства, существующаго между представителемъ и мною, на меня долженъ быть перенесенъ хозяйственный результатъ сдѣлки въ

<sup>2</sup> l. 18. D. de spons. 23, 1; l. 5. § 2. D. de don. i. v. et n. 24, 1; l. 57. D. de cond. 35, 1; l. 4. D. de don. 39, 5.

прибыли и убыткахъ; дѣйствіе и его послѣдствія субъективно соединены, зато рѣзко раздѣлены два правоотношенія (одно между представителемъ и третьимъ лицомъ, другое между представителемъ и представляемымъ), а цѣль представительства достигается здѣсь въ болѣе отдаленномъ экономическомъ результатѣ, а не въ ближайшемъ формальномъ юридическомъ послѣдствіи <sup>3</sup>.

а) Если дѣйствующее лицо выступаетъ въ качествѣ скрытаго представителя, то послѣдствія сдѣлки, конечно, касаются только его; другими словами: цѣль представительства можетъ быть здѣсь достигнута лишь *косвенно*.

б) Но и въ томъ случаѣ, если онъ дѣйствуетъ въ качествѣ открытаго представителя, римское право примѣняетъ тѣ же начала. Никто не можетъ заключить сдѣлки съ непосредственными послѣдствіями для другого; *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest* <sup>4</sup>; сдѣлка, содержаніе которой направлено на другое лицо, недѣйствительна: *tibi non vis nec illi potes* <sup>5</sup>. Это начало основано на томъ, что приобрѣтеніе и обязательство суть послѣдствія воли (рѣшенія); но здѣсь воля принадлежитъ не представляемому. Въ одномъ случаѣ сдѣлка, совершенная представителемъ, производитъ и по римскому праву непосредственныя послѣдствія для представляемаго, а именно, при приобрѣтеніи владѣнія <sup>6</sup>, слѣдовательно, и собственности, гдѣ послѣдняя приобрѣтается путемъ владѣнія (*occupatio, traditio, давность*) <sup>7</sup>, слѣдовательно, и при тѣхъ обязательствахъ, которыя устанавливаются путемъ перенесенія владѣнія и собственности: при займѣ <sup>8</sup> и (по закону Юстиніана) залоговомъ правѣ, которое устанавливается въ пользу этого займа <sup>9</sup>; наконецъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ при приобрѣтеніи наследственнаго права (§§ 419.421) <sup>10</sup>. Какъ исключеніе, приводятъ часто правило римскаго *ius civile*, по

<sup>3</sup> Keller, Pand. § 61.—<sup>4</sup> l. 73. § 4. D. de r. i. 50, 17.—<sup>5</sup> l. 6. C. si quis alteri 4, 50; l. 26. C. de iure dot. 5, 12.—<sup>6</sup> l. 1. C. per quas pers. 4, 27; l. 1. C. de acq. poss. 7, 32; l. 11. § 6. D. de pign. a. 13, 7; § 5. I. per qu. p. 2, 3; Pauli sent. V, 2. § 2.—<sup>7</sup> § 5. I. cit.; l. 20. § 2. D. de acq. r. d. 41, 1; l. 24. D. de n. g. 3, 5.—<sup>8</sup> l. 2. § 4. l. 9. § 8. D. de r. c. 12, 1; l. 2. C. per qu. p. 4, 27.—<sup>9</sup> l. 2. C. cit.; изъ нея слѣдуетъ, что l. 21. pr. D. de pign. 20, 1 интерполирована; древнее право находимъ въ l. 11. § 6. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>10</sup> l. 3. § 7. l. 15. l. 16. D. de b. p. 37, 1; l. 18. pr. § 2. C. de i. d. 6, 30; l. 1. § 2. D. de off. proc. Caes. 1, 19.

которому всякое приобретённое подвластного лица тотчас же *ipso iure* принадлежит его владыкѣ<sup>11</sup>; но это исключение только кажущееся, потому что для примѣненія этого правила безразлично, дѣйствуетъ ли подвластный въ качествѣ представителя своего владыки, или нѣтъ.—Кромѣ приведенныхъ выше случаевъ, цѣль представительства можетъ быть достигнута по римскому праву лишь описаннымъ выше *косвеннымъ* образомъ; средній путь, который избрали преторскій эдиктъ и юристы для извѣстныхъ случаевъ при обязательствахъ, мы изложимъ ниже (§ 221 сл.).

По новому обычному праву, ведущему свое начало еще отъ среднихъ вѣковъ, цѣль представительства можетъ быть достигнута *непосредственно*: сдѣлка, заключенная открытымъ представителемъ, производитъ непосредственные послѣдствія для представляемаго и только для него; съ этимъ согласуется обыкновенно и редакция сдѣлки: представитель заявляетъ не то, что онъ совершаетъ сдѣлку отъ имени представляемаго, а что представляемый совершаетъ сдѣлку черезъ него. О значеніи этого обычнаго права идетъ оживленный споръ; такъ какъ онъ касается главнымъ образомъ обязательствъ, то въ этомъ отдѣлѣ онъ и будетъ разсмотрѣнъ (§ 223). Каноническое право прямо признало обычное: *potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum; qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum*<sup>12</sup>.

## § 66. Основаніе представительства.

*L. Seuffert*, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. §§ 4—15. 1868.—*Zimmermann*, L. v. d. stellvertretenden neg. gestio. 1876.—*Hellmann*, die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. Стр. 113—145. 1881.—*Vangerow*, § 88.—*Windscheid*, § 74.—*Bekker*, § 107.—*Regelsberger*, §§ 163. 164.

Въ § 65 шла рѣчь о *цѣли* представительства; теперь мы разсмотримъ его *поводъ* и *основаніе*. *Поводъ* представительства сводится къ двумъ фактамъ. Во первыхъ, нѣкоторымъ лицамъ недостаетъ собственной дѣеспособности: представительство служитъ восполненіемъ этого недостатка. Во вторыхъ, для многихъ лицъ недостаточно своей дѣеспособности вслѣдствіе количества или свойствъ ихъ дѣлъ; путемъ представительства какъ бы умножаются юридическіе органы лица. *Основаніемъ* представительства поэтому бываетъ:

1. Должность, въ компетенцію которой входитъ представи-

<sup>11</sup> l. 45. pr. D. de v. o. 45, 1; Gai. 2, 86—96. 3, 163. 167; pr. § 3. l. p. q. p. 2, 9.—<sup>12</sup> c. 68. c. 72. in VI. de r. i. 5, 12.

тельство недѣеспособныхъ лицъ, а именно, должность опекуна или управляющаго имуществомъ юр. лица.

2. Изъявленіе воли, которымъ одно лицо (*dominus sc. negotii*, хозяинъ дѣла, принципаль) поручаетъ другому (*procurator*) быть его представителемъ (*mandatum*)<sup>1</sup>. Съ порученіемъ можетъ быть соединено полномочіе (довѣренность), т. е. такое изъявленіе воли поручающаго, въ которомъ онъ своего представителя легитимируетъ въ качествѣ такового по отношенію къ третьимъ лицамъ; порученіе, такимъ образомъ, есть изъявленіе воли, обращенное дающимъ порученіе къ принимающему его; напротивъ, довѣренность, полномочіе, обращена къ третьимъ лицамъ. Полномочіе или порученіе можетъ перенести на представителя какое либо одно правомочіе (спеціальное полномочіе)<sup>2</sup>, или же нѣсколько (общее полномочіе); особенно слѣдуетъ отмѣтить то полномочіе, по которому данное лицо дѣлается *procurator omnium bonorum* (общее полномочіе, общая довѣренность въ тѣсномъ смыслѣ); правомочія *procurator*'а *omnium bonorum* зависятъ отъ свойствъ управляемаго имущества. Послѣдними въ частности опредѣляется его право отчужденія; такъ, напр., онъ можетъ отчуждать, если это обыкновенно дѣлалъ его принципаль<sup>3</sup>, или если вещи принадлежать къ торговой лавкѣ; но во всякомъ случаѣ ему принадлежитъ право отчуждать вещи, легко подвергающіяся порчѣ<sup>4</sup>; далѣе, съ цѣлью уплатить долгъ<sup>5</sup>, или принять одну вещь за другую вмѣсто платежа<sup>6</sup>; никогда онъ не можетъ дарить (это было бы щедростью на чужой счетъ<sup>7</sup>), ни отчуждать себя самому<sup>8</sup>. Прежде существовала теорія, которая различала, назначенъ ли *procurator omnium bonorum—cum libera* (*scil. administratione*) или безъ таковой, и предоставляла первому свободное право отчужденія, а второму — только въ случаѣ необходимости; но эта теорія не подтверждается источниками римскаго права. — Возможно, что порученіе дается безъ соответственнаго полномочія (тогда мандатаръ можетъ дѣйствовать лишь въ качествѣ скрытаго представителя), или, наоборотъ, что полномочіе дается безъ порученія; въ этомъ случаѣ нѣтъ обязательственнаго дого-

<sup>1</sup> t. D. 3, 3; t. C. 2, 12: de proc. — <sup>2</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 3, 3. — <sup>3</sup> l. 12. D. d. pign. a. 13, 7; l. 60. D. de proc. 3, 3. — <sup>4</sup> l. 63. D. de proc. 3, 3. — <sup>5</sup> l. 59. eod. — <sup>6</sup> l. 58. eod. — <sup>7</sup> l. 7. pr. D. de don. 39, 5. — <sup>8</sup> l. 34. § 7. l. 46. D. de e. e. 18, 1. — <sup>9</sup> c. 4. in. VI. de proc. 1, 19.

вора, а имѣется только управомочивающее дозволеніе (ср., напр., § 307 sub III. 1).

3. Послѣдующее согласіе (*ratihabitio*). Если сдѣлку для другого заключаетъ лицо, неуполномоченное имъ (*negotiorum gestor*<sup>10</sup>, часто наз. *procurator*<sup>11</sup>), то такая сдѣлка находится въ перѣшительномъ состояніи, какъ если бы она была условная; но если послѣдуетъ прямое или молчаливое согласіе принципала, то дѣйствуетъ правило: *ratihabitio mandato comparatur*<sup>12</sup>; вслѣдствіе послѣдовавшаго согласія сдѣлка укрѣпляется во всѣхъ отношеніяхъ, стало быть, и во времени своего происхожденія; поэтому послѣдующее согласіе имѣетъ обратную силу<sup>13</sup>, не умаляя, однако, приобрѣтенныхъ правъ третьихъ лицъ.

#### V. ЦѢЛЬ ЮР. СДѢЛКИ.

##### A. § 67. Вообще.

*Brinz*, § 559.—*Belker*, § 100.—*Regelsberger*, § 167.—*Zitelmann*, *Irrthum und Rechtsgeschäft*. Стр. 83—200. 1879.

Такъ какъ юр. сдѣлка есть дѣйствіе разумнаго существа, то совершающій ее всегда имѣетъ въ виду какую либо особую цѣль. Но нѣкоторыя сдѣлки таковы, что цѣль дѣйствующаго лица въ самой сдѣлкѣ не выражается, изъ ней не видна; такія сдѣлки называются абстрактными; сюда относятся перенесеніе собственности путемъ *traditio* и т. н. абстрактный обязательственный договоръ (§§ 131. 214). Но не слѣдуетъ забывать, что дѣйствующія лица и при абстрактной сдѣлкѣ преслѣдуютъ известную цѣль (*causa traditionis*, *causa stipulationis*); этимъ объясняется то обстоятельство, что обнаруженіе этой цѣли сторонами производитъ тройное вліяніе на сдѣлку. Во первыхъ, въ цѣли можетъ заключаться предположеніе, подъ которымъ заключена сдѣлка, и, если это предположеніе не оправдывается, то сдѣлка можетъ быть оспорена (§ 60). Во вторыхъ, если цѣль не одобряется правомъ, то сдѣлка тоже можетъ быть оспорена (§ 214 пр. 8. § 283). Наконецъ, нѣкоторыя цѣли вле-

<sup>10</sup> t. D. de neg. gest. 3. 5.—<sup>11</sup> l. 13. § 12. D. de her. pet. 5, 3; l. 8. § 6. D. de lib. leg. 34, 3; l. 58. pr. § 2. D. de sol. 46, 3.—<sup>12</sup> l. 12. § 4. D. de sol. 46, 3; l. 60. D. de r. i. 50, 17.—<sup>13</sup> l. 25. i. f. C. de don. i. v. et u. 5, 16; l. 7. pr. C. ad set. Mac. 4, 28; l. 24. § 1. D. rat. rem. 46, 8; ср. также l. 24. D. de neg. gest. 3, 5.

кутъ за собой особенное обсужденіе сдѣлки; сдѣлка подлежит особымъ началамъ, если цѣль ея есть дареніе, установленіе приданого, назначеніе отказа. *Всякая* сдѣлка съ одною изъ указанныхъ цѣлей подлежит особымъ началамъ; поэтому, изложеніе ихъ относится къ общей части системы; но ученіе о доз излагается обыкновенно въ связи съ ученіемъ о бракѣ, ученіе объ отказахъ—съ наследственнымъ правомъ; и такъ излагать удобнѣе, потому что эти институты находятся другъ съ другомъ въ тѣсной связи. Поэтому для общей части остается изложить дареніе.

### В. Дареніе.

tt. D. 39, 5; C. 8, 53; I. II, 7; de donationibus.—v. *Meyerfeld*, die Lehre von den Schenkungen nach Römischen Recht. 2 тома. 1835. 1337.

#### 1) § 68. Понятіе и условія даренія.

*Burchhardt*, über Schenkungsannahme. 1892.—*Savigny*, §§ 142—161.—*Vangerow*, § 121.—*Windscheid*, § 365.—*Brinz*, § 560.—*Bekker*, § 102.—*Regelsberger*, § 168.

Дареніе (*donatio*) въ обширномъ смыслѣ означаетъ всякій актъ щедрости (*liberalitas*) въ области имущественнаго права, т. е. всякую сдѣлку, направленную на безвозмездное, добровольное доставленіе имущественной выгоды изъ благоволенія къ получающему<sup>1</sup>; въ этомъ смыслѣ дареніе заключается и въ отказѣ<sup>2</sup>, *precarium*<sup>3</sup>, *commodatum*, *depositum*, *mandatum*. Въ тѣсномъ смыслѣ дареніе (*donatio*) есть такой актъ щедрости, который содержитъ въ себѣ уменьшеніе имущества дарителя (*donator, is qui donat*) и увеличеніе имущества одареннаго (*donatarius*)<sup>4</sup>. Ниже идетъ рѣчь лишь о дареніи въ тѣсномъ смыслѣ; его признаки суть слѣд.:

I. Дареніе есть актъ щедрости, т. е. безвозмездное, добровольное доставленіе выгоды, совершенное изъ благоволенія къ одаряемому: *dat propter nullam aliam causam, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent*<sup>4a</sup>.

1. Безвозмездное предоставленіе выгоды; поэтому, такъ наз. *negotium operosum* составляетъ противоположность даренію<sup>5</sup>;

<sup>1</sup> cf. l. 29. pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>2</sup> l. 36. D. de leg. 2 (31); § 1. I. de leg. 2, 20.—<sup>3</sup> l. 14. D. de prec. 43, 26; l. 14. § 11. D. de furt. 47, 2.—<sup>4</sup> cf. l. 1. pr. § 1. D. h. t. 39, 5.—<sup>4a</sup> l. 1. pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>5</sup> l. 19. §§ 5. 6. D. h. t. 39, 5; l. 3. § 1. D. de o. et a. 44, 7.

но дареніе можетъ бытьъ налицо и въ томъ случаѣ, если избранъ лишь внѣшній видъ negotium onerosum, напр., въ случаѣ платежа завѣдомо недолжнаго <sup>6</sup>. Въ одной и той же сдѣлкѣ можетъ быть соединено безвозмездное предоставленіе съ возмезднымъ (negotium mixtum cum donatione <sup>7</sup>), напр., продажа вещи изъ благоволенія къ покупщику за слишкомъ низкую цѣну <sup>8</sup>, donatio sub modo <sup>10</sup> (§ 70) и т. д.; въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ, если возможно, выдѣлить ту часть сдѣлки, которая заключаетъ въ себѣ дареніе, и обсуждать ее, какъ дареніе <sup>11</sup>; ср. § 347 пр. 9.

2. *Добровольное предоставленіе* <sup>12</sup>; поэтому нѣтъ даренія, если лицо было обязано предоставить выгоду, напр., уплатить по obligatio naturalis <sup>13</sup>; но наличность долга любви (родства, состраданія, дружбы) не исключаетъ понятія даренія.

3. *Предоставленіе выгоды, происшедшее изъ благоволенія къ одаряемому (animus donandi)*; поэтому, напр., нѣтъ даренія, если кто заключаетъ мировую сдѣлку (съ цѣлью избѣжать неопредѣленности отношеній) <sup>14</sup>.

II. *Дареніе есть уменьшеніе имущества дарителя*. Поэтому не признается дареніемъ: назначеніе наслѣдника или оставленіе отказа <sup>17</sup>, отреченіе отъ приобрѣтенія (напр., отъ наслѣдства, отъ отказа <sup>18</sup>), precarium, depositum <sup>20</sup> и т. п. Напротивъ, признается дареніемъ, если одно лицо безвозмездно позволяетъ другому занимать его домъ, извлекать плоды изъ его имѣнія <sup>21</sup> (ибо будущая выгода отъ *такихъ вещей* есть уже и *теперь* составная часть имущества дарителя), если кредиторъ прощаетъ должнику неуплаченные проценты <sup>22</sup>.

III. *Дареніе есть увеличеніе имущества одаряемаго* <sup>23</sup>. По-

<sup>6</sup> l. 53. D. de r. i. 50, 17.—<sup>7</sup> l. 18, pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>8</sup> l. 5. § 5. l. 31. § 3; l. 32. § 26. cf. l. 52. pr. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>9</sup> l. 31. § 4. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>10</sup> l. 18. §§ 1, 2. D. h. t. 39, 5.—<sup>11</sup> l. 5. §§ 2, 5. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 18 pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>12</sup> l. 18. D. de ad leg. 34, 4.—<sup>13</sup> l. 19. § 4. D. h. t. 39, 5.—<sup>14</sup> l. 1. D. de transact. 2, 15; l. 65. § 1. D. de c. i. 12, 6.—<sup>15</sup> l. 23. pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>16</sup> l. 31. § 6. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>17</sup> l. 5. §§ 13, 16. l. 31. § 7. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>18</sup> l. 5. §§ 13, 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 31. § 7. eod.—<sup>19</sup> l. 25. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>20</sup> l. 9. § 3. D. de i. d. 23, 3; l. 58. § 2. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>21</sup> l. 9. pr. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 8. C. de don. i. v. et u. 5, 16; l. 20. C. de i. d. 5, 12.—<sup>22</sup> l. 21. § 1. l. 54. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>23</sup> l. 5. §§ 8, 16. D. de d. i. v. et u. 24, 1.

этому не признается дареніемъ: установленіе кредиторю залогового права или поручительства <sup>24</sup> (это только обезпечиваетъ его имущество отъ потери) и, обратно, прощеніе кредиторомъ залогового права или поручительства <sup>25</sup>.

Изложенными тремя признаками обладаютъ сдѣлки разнообразнѣйшаго юридическаго характера; иными словами: средствомъ для совершенія даренія могутъ служить самыя разнообразныя сдѣлки: а) предоставленіе владѣнія <sup>28</sup>, собственности (*res donatio* <sup>29</sup>), вещныхъ правъ на чужую вещь <sup>30</sup>, требованій <sup>31</sup>; б) дача обѣщанія (т. н. дарственное обѣщаніе <sup>32</sup>); в) освобожденіе отъ ограниченія собственности <sup>33</sup> или отъ долга <sup>34</sup>. Поэтому обыкновенно говорятъ: *дареніе можно совершить dando, obligando, liberando*.—Сдѣлки, совершаемыя съ цѣлью подарить, могутъ быть не только двустороннія, но и одностороннія, напр., кто либо съ цѣлью даренія сѣетъ на чужой землѣ свои сѣмена, возводитъ изъ своихъ матеріаловъ постройку <sup>35</sup>, платитъ чужой долгъ и т. д. <sup>36</sup>. Неправильно весьма распространенное мнѣніе, что, въ случаяхъ односторонней сдѣлки, *donatio* будетъ лишь тогда perfecta, когда обогащенный согласится на увеличеніе своего имущества (это мнѣніе обыкновенно выражаютъ такъ: *дареніе есть всегда договоръ*); мѣста источниковъ, приводимыя въ пользу этого воззрѣнія <sup>37</sup>, относятся къ дареніямъ, которыя производятся посредствомъ *двустороннихъ* сдѣлокъ; но сверхъ того источники признають дареніемъ и одностороннія сдѣлки, въ частности платежъ чужихъ долговъ, не упоминая вовсе о необходимости согласія обогащеннаго <sup>38</sup>.—Дареніе можетъ послѣдовать какъ между живыми, такъ и на случай смерти

<sup>24</sup> l. 1. § 19. D. si quid in fraud. 38, 5.—<sup>25</sup> l. 1. 18. D. quae in fraud. 42, 8; l. 1. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>26</sup> l. 49. l. 5. §§ 8—12. 17. l. 7. §§ 8. 9. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 22. C. eod. 5, 16.—<sup>27</sup> l. 9. pr. D. h. t. 39, 5; l. 31. § 10. l. 50. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 46. § 1. D. de sol. 46, 3.—<sup>28</sup> l. 46. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>29</sup> l. 23. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>30</sup> l. 9. pr. l. 27. D. h. t. 39, 5; l. 12. § 2. l. 38. l. 40. D. de usufr. 7, 1; l. 1. § 7. D. de sup. 43, 18.—<sup>31</sup> l. 2. § 1. l. 21. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 2. l. 3. C. h. t. 8, 53.—<sup>32</sup> l. 35. § 5. C. h. t. 8, 53.—<sup>33</sup> l. 17. D. comm. praed. 8, 4.—<sup>34</sup> l. 17. D. h. t. 39, 5; l. 7. § 7. l. 50. pr. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>35</sup> l. 14. D. h. t. 39, 5; l. 2. i. f. C. de r. v. 3, 32.—<sup>36</sup> l. 8. i. f. D. de nov. 46, 2; l. 23. l. 91. D. de sol. 46, 3.—<sup>37</sup> l. 19. § 2. cf. l. 10. D. h. t. 39, 5; l. 18. pr. D. de r. c. 12, 1; cf. l. 44. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 55. D. de o. et a. 44, 7; l. 16. C. de i. delib. 6, 30; Cic. top. c. 8.—<sup>38</sup> l. 5. §§ 6. 7. l. 7. § 7. l. 50. pr. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 23. D. de sol. 46, 3.

(*donatio inter vivos—mortis causa*<sup>39</sup>); дареніе на случай смерти удобнѣе излагать въ связи съ ученіемъ объ отказахъ (§ 459).

## 2) § 69. Особые правила даренія между живыми.

*Pollack*, der Schenkungswiderruf. 1886.—*Savigny*, §§ 162—169.—*Vangerow*, §§ 122—124.—*Windscheid*, § 367.—*Bekker*, § 103.—*Regelsberger*, § 169.—*Baron*, § 136.

То обстоятельство, что путемъ какой либо сдѣлки имѣется въ виду совершить дареніе, было важно въ древнемъ *ius civile* лишь въ одномъ отношеніи: издревле (*moribus*, т. е. древнимъ обычнымъ правомъ<sup>1</sup>) были запрещены даренія между супругами. Но въ концѣ періода республики законодательство находилось подъ вліяніемъ того возрѣнія, что даренія и сродныя съ нимъ сдѣлки (отказъ, поручительство<sup>1a</sup>) легко превращаются въ расточительство и только въ извѣстныхъ границахъ приличествуютъ отцу семейства, радующему о своемъ домашнемъ благополучіи; вслѣдствіе этого въ позднѣйшемъ правѣ существуютъ четыре начала права, свойственныя специально даренію:

I. ничтожность его между супругами;

II. необходимость соблюденія въ извѣстныхъ случаяхъ опредѣленной формы;

III. возможность требовать возврата его въ нѣкоторыхъ случаяхъ;

IV. оспоримость его въ извѣстныхъ предѣлахъ со стороны наследниковъ, имѣющихъ право на выдѣлъ имъ обязательной доли. Напротивъ, право кредиторовъ оспорить даренія несостоятельнаго должника не заключаетъ въ себѣ особаго начала, свойственнаго только дареніямъ; оно относится ко *всѣмъ* дѣйствіямъ общаго должника, уменьшающимъ имущество въ ущербъ кредиторамъ (§ 235).

ad I. Объ этомъ подробности см. въ § 347.

ad II.

1. *Историческое введеніе*. Особые формы для даренія ввела *lex Cincia* 550 н. с. Законъ этотъ запретилъ дареніе въ пользу адвоката, ведущаго процессъ, дозволилъ совершать даренія выше опредѣленной (намъ неизвѣстной) мѣры лишь въ пользу

<sup>39</sup> I. 67. § 1. D. de v. s. 50, 16; § 1. I. h. t. 2, 7.

<sup>1</sup> I. 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>1a</sup> Gai. 2, 224 sqq. 3, 121 sqq.

нѣкоторыхъ близкихъ лицъ (*personae exceptae*) и, наконецъ, объявилъ дареніе другимъ лицамъ лишь тогда окончательно совершеннымъ (*don. perfecta*), если оно юридически и фактически (посредствомъ передачи подаренной вещи) такъ исполнено, что одаренный выигралъ бы процессъ о владѣніи. Слѣды этого заѣона, который лишь въ періодъ по-классической постепенно вышелъ изъ употребленія, встрѣчаются неоднократно въ юстиніановой компиляціи <sup>2</sup>; на его мѣсто со времени Констанція Хлора было введено требованіе судебной инсинуаціи (*insinuatio*), сначала въ соединеніи съ другими еще формальностями (составленіе письменнаго акта, привлеченіе свидѣтелей, передача вещи), впоследствии безъ таковыхъ <sup>3</sup>; сначала—для всѣхъ дареній, впоследствии—лишь для дареній свыше известной мѣры, которая была опредѣлена Юстиніаномъ суммою 500 *solidi* <sup>4</sup>; даренія до этой суммы Юстиніанъ освободилъ отъ всякихъ формальностей, такъ что неформальное дарственное обѣщаніе (*practum donationis*) было снабжено искомъ <sup>5</sup> (такъ наз. *pract. legitimum*, см. § 209 прим. 29).

2. *Догматическое изложеніе.* Слѣдуетъ различать даренія до суммы 500 *solidi*, съ одной стороны, и превышающія эту сумму, съ другой стороны.

Солідъ, который равняется 12 маркамъ 69 пф., практика 17-го вѣка замѣнила венгерскимъ или имперекимъ червонцемъ, равнявшимся 4-мъ гульденамъ при 18-Guldenfuss, т. е. стоившимъ 9 м. 33<sup>1</sup>/<sub>3</sub> пф., такъ что на германскія деньги 500 *solidi* = 4666 марокъ 66<sup>2</sup>/<sub>3</sub> пфеннига.

Даренія до этой суммы не нуждаются ни въ какой особой формѣ; даренія, превышающія эту сумму (безразлично, *dando*, *obligando* или *liberando*), должны быть занесены въ судъ (въ какомъ бы то ни было судѣ <sup>6</sup>) въ протоколъ (*insinuatio*) <sup>7</sup>. Нѣсколько одновременныхъ дареній со стороны того же лица одному лицу не складываются въ одну сумму, развѣ если видно намѣреніе совершить одно дареніе, которое раздѣлено на нѣсколько частей *in fraudem legis* <sup>8</sup>.—Если не соблюдена судебная инсинуація тамъ, гдѣ она требуется, то дареніе ничтожно

<sup>2</sup> 1. 21. § 1. 1. 24. 1. 34. D. h. t. 39, 5; 1. 42. D. de m. c. don. 39, 6; 1. 2. C. vi bon. rapt. 9, 33.—<sup>3</sup> 1. 25. 1. 29. 1. 31. C. h. t. 8, 53.—<sup>4</sup> 1. 36. § 3. cf. 1. 34. pr. C. h. t. 8, 53; § 2. I. h. t. 2, 7.—<sup>5</sup> 1. 35. § 5. C. h. t. 8, 53; § 2. I. h. t. 2, 7.—<sup>6</sup> 1. 30. C. h. t. 8, 53; Nov. 127. c. 2.—<sup>7</sup> 1. 36. § 3. C. h. t. 8, 53.—<sup>8</sup> 1. 34. § 3. C. h. t. 8, 53.—<sup>9</sup> 1. 34. § 4. C. h. t. 8, 53.

на сумму, представляющую разность подаренной суммы и 500 solidi <sup>10</sup>; стало быть, если подарена тѣлесная вещь, то возникает общая собственность между дарителемъ и одареннымъ по частямъ, зависящимъ отъ цѣнности дара <sup>11</sup>.—Въ нѣкоторыхъ случаяхъ не требуется судебной инсинуаціи и для даренія свыше 500 solidi: для pollicitatio въ пользу городской общины <sup>12</sup> (§ 211), для даренія со стороны государя или въ его пользу <sup>13</sup>, для даренія на возстановленіе разрушеннаго зданія <sup>15</sup>, для установленія dos и donatio propter nuptias, поскольку въ нихъ заключается дареніе женѣ или мужу <sup>16</sup>, для даренія на выкупъ плѣнныхъ <sup>17</sup>.

ad III. По классическому праву, патронъ могъ безъ всякихъ основаній потребовать назадъ подаренное имъ вольноотпущеннику <sup>18</sup>; точно также родители могли требовать отъ дѣтей возвращенія дара въ случаѣ неблагодарности <sup>19</sup>; въ правѣ по-классическомъ, съ одной стороны, право ревокаціи патрона поставлено въ зависимость отъ опредѣленныхъ основаній: неблагодарности вольноотпущенника и послѣдующаго рожденія дѣтей у патрона <sup>20</sup>; съ другой стороны, право ревокаціи даренія по этимъ причинамъ предоставлено и *всѣмъ* другимъ дарителямъ <sup>21</sup>. Такимъ образомъ:

1. Вслѣдствіе *неблагодарности* одареннаго по отношенію къ дарителю, ревокаціи подлежатъ всѣ даренія <sup>22</sup>. Неблагодарность можетъ состоять въ тяжкомъ оскорбленіи словомъ или дѣйствіемъ, въ причиненіи значительнаго имущественнаго вреда, въ умышленномъ причиненіи опасности для жизни, въ неисполненіи обязанности (modus), возложенной при дареніи (§ 70 sub II). Ревокація можетъ быть осуществлена лишь дарителемъ, а не его наслѣдникомъ, и только противъ одареннаго, а не его наслѣдниковъ <sup>23</sup>. Слѣдствіемъ ревокаціи является не ничтожность даренія, а *личное* притязаніе на возвращеніе дара, поскольку послѣдній въ моментъ ревокаціи еще есть налицо

<sup>10</sup> l. 34. pr. C. h. t. 8, 53.—<sup>11</sup> l. 34. § 2. C. h. t. 8, 53.—<sup>12</sup> l. 3. § 1. D. de poll. 50, 12.—<sup>13</sup> l. 34. pr. C. h. t. 8, 53; Nov. 52. c. 2.—<sup>14</sup> l. 36. § 1. C. h. t. 8, 53.—<sup>15</sup> l. 36. § 2. C. h. t. 8, 53.—<sup>16</sup> l. 31. pr. C. de i. d. 5, 12; Nov. 119. c. 1; Nov. 117. c. 2.—<sup>17</sup> l. 36. pr. C. h. t. 8, 53.—<sup>18</sup> fr. Vat. §§ 212. 213.—<sup>19</sup> l. 31. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 7. l. 9. C. de rev. don. 8, 55.—<sup>20</sup> l. 1. l. 8. C. de rev. don. 8, 55.—<sup>21</sup> l. 5. C. de inoff. don. 3, 29; l. 10. C. de rev. don. 8, 55.—<sup>22</sup> l. 10. C. de rev. don. 8, 55.—<sup>23</sup> l. 1. l. 7. l. 10. C. de rev. don. 8, 55.

у одареннаго <sup>24</sup>; это притязаніе можно осуществить судебнымъ порядкомъ посредствомъ *condictio ex lege* (§ 84 sub 6).

2. Вслѣдствіе *послѣдующаго рожденія дѣтей* патронъ могъ во всякомъ случаѣ требовать возвращенія дара отъ вольноотпущенника <sup>25</sup>; родители по р. пр. могли потребовать возвращенія дара отъ дѣтей лишь въ томъ случаѣ и въ той мѣрѣ, поскольку это было необходимо для доставленія родившимся позднѣе дѣтямъ обязательной доли имущества (оцѣненного по времени даренія) <sup>26</sup>. Но практика придавала римскимъ правиламъ ревокаціи болѣе общее значеніе: *всякій* даритель можетъ потребовать назадъ *весь* даръ въ случаѣ послѣдующаго рожденія дѣтей, если докажетъ, что, предвидѣвъ рожденіе дитяти, онъ бы даренія не совершилъ.

ad IV. Объ этомъ подробности см. § 415 sub VI.

За исключеніемъ изложенныхъ выше sub I—IV началъ даренія подчиняются общимъ правиламъ о юр. сдѣлкахъ.

### 3) § 70. Отдѣльные виды дареній.

*Harburger*, die remuner. Schenkung. 1875. — *Savigny*, §§ 153. 175. — *Vangerow*, § 125. — *Windscheid*, §§ 366. 368. — *Bekker*, § 104. — *Regelsberger*, § 170.

I. *Donatio remuneratoria* (благодарственное дареніе, дареніе въ награду). Юридическая сущность этого вида даренія — спорна. По господствующему мнѣнію, это настоящее дареніе и поэтому оно подлежитъ правиламъ 69-го §; но многіе исключаютъ его ревокацію за неблагодарность, другіе совсѣмъ исключаютъ даръ за спасеніе жизни. Господствующее мнѣніе ошибочно, потому что источники <sup>1</sup> называютъ благодарственное дареніе *merces*, т. е. воздѣйствіемъ за дѣйствіе (за услуги, за подарокъ); мало того, источники даже считаютъ такое дареніе исполненіемъ натурального обязательства (§ 230 sub III. 5) <sup>1a</sup> и обсуждаютъ его, какъ таковое, не требуя для его совершенія формальностей <sup>2</sup> и признавая его безвозвратнымъ <sup>3</sup>.

II. *Дареніе съ возложеніемъ обязанности (sub modo)* <sup>4</sup>. До той суммы, которой равняется *modus*, сдѣлка не есть дареніе:

<sup>24</sup> l. 7. C. cit. — <sup>25</sup> См. выше пр. 20 — <sup>26</sup> l. 5. C. de inoff. don. 3, 29.

<sup>1</sup> l. 19. § 1. l. 27. l. 34. § 1. D. h. t. 39, 5; cf. l. 25. § 11. D. de h. p. 5, 3; l. 10. § 13. l. 12. D. mand. 17, 1; l. 10. § 7. i. f. D. de in. rem. v. 15, 3. — <sup>1a</sup> l. 25. § 11. D. de her. pet. 5, 3. — <sup>2</sup> l. 27. D. h. t. 39, 5. — <sup>3</sup> l. 34. § 1. D. h. t. 39, 5; Pauli sent. rec. V, 11. § 6. — <sup>4</sup> t. C. 8, 54; de donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur.

она имѣть слѣдствіемъ обязанность получателя предоставить что либо дающему <sup>5</sup> или третьему лицу <sup>6</sup>, или же совершить какое либо другое дѣйствіе <sup>7</sup>. Поэтому, въ случаѣ виновнаго неисполненія *modus*, предоставляется усмотрѣнію дарителя, или потребовать отъ одареннаго (посредствомъ *actio praescriptis verbis*, § 209 пр. 19) исполненія *modus* <sup>8</sup>, или требовать (посредствомъ *condictio ob causam datorum*) возвращенія дара <sup>9</sup> (§ 60 sub. I). Исполненія *modus* можетъ требовать и третье лицо, если *modus* имѣетъ въ виду его выгоду <sup>10</sup> (§ 217 пр. 10).

III. *Дарственное обіщаніе* (принятіе на себя обязательства, *donatio obligando*) отличается нѣкоторыми особенностями. Даритель пользуется *benef. competentiae* (§ 228 sub IV), не обязанъ платить процентовъ въ случаѣ мора <sup>12</sup> (§ 42, пр. 10), не отвѣчаетъ за недостатки вещи <sup>13</sup> (§ 239).

IV. *Дареніе всею имуществу (donatio omnium bonorum)*. Такое дареніе обнимаетъ собою лишь имущество наличное; на будущее имущество оно распространяется лишь въ случаѣ прямого изъявленія такой воли (что нѣкоторые считаютъ недопустимымъ). Дареніе имущества не заключаетъ въ себѣ универсальнаго преемства между одареннымъ и дарителемъ; отсюда два слѣдствія:

1. Одаренный пріобрѣтаетъ право собственности на тѣлесныя вещи дарителя лишь съ момента передачи <sup>17</sup>; для обязательства въ классическое время требовалась особая цессія <sup>18</sup>; послѣдняя въ правѣ Юстиніана <sup>19</sup> отпала вслѣдствіе измѣненія правилъ цессіи (§ 248).

2. Одаренный не отвѣчаетъ за долги дарителя предъ его кредиторами, но самъ даритель можетъ требовать отъ него уплаты своихъ долговъ (поср. *actio praescriptis verbis*, § 209 пр. 19) <sup>20</sup>.

<sup>5</sup> I. 1. 1. 2. C. h. t. 8, 54; I. 9. 1. 22. C. de don. 8, 53; I. 3. C. de c. e. 4, 38; I. 8. C. de rer. perm. 4. 64. — <sup>6</sup> I. 3. C. h. t. 8, 54. — <sup>7</sup> I. 2. § 7. D. de don. 39, 5; I. 71. пр. D. de cond. 35, 1; I. 13. § 2. I. 14. D. de d. i. v. et n. 24, 1; I. 36. § 2. C. de don. 8, 53. — <sup>8</sup> I. 9. 1. 22. C. de don. 8, 53; I. 8. C. de rer. perm. 4, 64; I. 3. C. de c. e. 4, 38. — <sup>9</sup> I. 3. I. 8. C. de cond. ob c. dat. 4, 6. — <sup>10</sup> I. 3. C. h. t. 8, 54. — <sup>11</sup> Reichsconcursordnung § 56. Nr. 4. — <sup>12</sup> I. 22. D. h. t. 39, 5. — <sup>13</sup> I. 62. D. de aed. ed. 21, 1. — <sup>14</sup> I. 18. § 3. D. h. t. 39, 5; I. 131. § 1. D. de v. o. 45, 1; cf. I. 2. C. de ev. 8. 44. — <sup>15</sup> I. 45. § 2. I. 46. D. de leg. 1 (30). — <sup>16</sup> arg. I. 46. I. 45. § 1. D. de leg. 1 (30). — <sup>16a</sup> I. 62. D. de aed. ed. 21, 1. — <sup>17</sup> I. 35. §§ 4. 5. C. h. t. 8, 53. — <sup>18</sup> I. 11. C. h. t. 8, 53; I. 3. пр. D. pro soc. 17, 2; fr. Vat. § 263. — <sup>19</sup> I. 33. C. h. t. 8, 53. — <sup>20</sup> I. 28. D. h. t. 39, 5; I. 72. пр. D. de i. d. 23, 3; I. 2. C. de cond. ob. c. dat. 4, 6. — <sup>21</sup> I. 17. § 1. D. quae in fr. cred. 42, 8.

## РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

## § 71. Недозволенное дѣйствіе.

*Hase*, die Culpa des Römischen Rechts. 2. Aufl. 1838. — *Fr. Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht. T. 3. 1855. — *Binding*, die Normen und ihre Uebertretung. 2. томъ. 1872. — *Pernice*, Labeo II. 60 ff. 231 ff. 377 ff. — *Tuhr*, der Nothstand im Civilrecht. 1888. — *Burckhardt*, Gleichstellung von dolus und culpa lata. 1885. — *Vangerow*, §§ 103—110. — *Windscheid*, § 101. — *Regelsberger*, §§ 178. 179. — Ср. кромѣ того литературу къ § 243.

*А. Понятіе. Недозволены въ смыслъ частнаго права тѣ дѣйствія, которыми противоправнымъ образомъ нарушаются существующія права.* Такимъ образомъ въ понятіе недозволеннаго дѣйствія входятъ:

*І. Правонарушеніе*, т. е. дѣйствіе (положительное или отрицательное, напр., неудовлетвореніе кредитора), слѣдствіемъ котораго является извѣстный вредъ: если дѣйствующее лицо не причинило никакого ущерба, а лишь пыталось причинить вредъ, то *частное право* его не преслѣдуется. — Вредъ состоитъ по большей части въ уменьшеніи имущества, но иногда и въ нарушеніи другихъ благъ человѣка, напр., въ оскорбленіи чести. — Уменьшеніе имущества можетъ быть совершено самыми разнообразными способами: путемъ лишенія владѣнія (въ случаѣ кражи и *deictio* владѣльца изъ участка), поврежденія или уничтоженія чужой вещи (*damnum iniuria datum*), непредоставленія вещей или услугъ, присвоенія правъ на чужія вещи и т. д. — Такъ какъ всякое недозволенное дѣйствіе предполагаетъ нанесеніе вреда, то слѣдствіемъ его является обязанность, смотря по обстоятельствамъ, возстановить прежнее состояніе или возмѣстить причиненный вредъ деньгами (§ 243); и то, и другое, конечно, поскольку это возможно; невозможно, напри- мѣръ, возмѣстить вреда, нанесеннаго оскорбленіемъ; въ такихъ случаяхъ, вообще въ случаѣ такъ наз. нематеріальнаго вреда, потерпѣвшему долженъ быть уплаченъ денежный штрафъ (спорно, ср. § 208 пр. 31). Имущественный вредъ называется въ источникахъ *id quod interest* (интересъ), *commodum*, *utilitas*, *damnum*, иногда *quanti ea res est*<sup>1</sup>; составною частью имущественнаго вреда является часто цѣнность вещи (въ источникахъ: *verum rei pretium*, *aestimatio*, иногда *quanti ea res est*<sup>2</sup>, ср. § 45).

<sup>1</sup> l. 68. D. de r. v. 6, 1; l. 3. § 11. D. uti poss. 43, 17.—<sup>2</sup> l. 179. l. 193. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 4. D. si quis ius 2, 3; l. 9. § 8. D. ad. exh. 10, 4.

Иногда недозволенное дѣйствіе влечетъ за собою штрафъ (§ 81).

II. *Противоправность правонарушенія*. Существуютъ правонарушенія, которыя не являются противоправными; сюда относятся случаи, если кто дѣйствуетъ въ состояніи крайней необходимости или необходимой обороны <sup>3</sup>. Противоправность можетъ заключаться въ природѣ самаго вредоноснаго дѣйствія (объективная неправда, напр., если кто безъ основанія не предоставляетъ чужой вещи собственнику или присваиваетъ себѣ права на нее) или предполагаетъ виновность дѣйствующаго лица (супра въ обширномъ смыслѣ, субъективная неправда <sup>4</sup>). *Виновнымъ можетъ быть только лицо, способное ко вмѣненію*, т. е. человѣкъ, обладающій сознаниемъ себя самага и внѣшняго міра, а равно и достаточно развитымъ сознаниемъ долга; такого сознания лишены юридическія лица, дѣти <sup>5</sup>, душевно-больные <sup>6</sup>, находящіеся въ состояніи лихорадочнаго бреда, опьянѣнія, необученные глухонѣмые, *infantiae proximi* (т. е. тѣ *impubes*, которые еще не обладаютъ достаточно развитымъ воли и разумѣніемъ); *pubertati proximi* лишь отчасти способны ко вмѣненію: они могутъ совершить *dolus*.— Вина можетъ быть двухъ родовъ:

1. *Dolus (dolus malus, злой умыселъ)*, т. е. *воля нанести вредъ, происшедшая изъ злого намѣренія*. Лицо, не знающее, что его дѣйствіе причиняетъ вредъ, не имѣетъ воли вредить и не совершаетъ *dolus* (напр., если кто присваиваетъ себѣ чужую вещь въ томъ убѣжденіи, что собственникъ согласенъ на это дѣйствіе) <sup>7</sup>. Равнымъ образомъ и лицо, знающее о вредности своего дѣйствія, но совершающее его по мотивамъ непредосудительнымъ, тоже не совершаетъ *dolus*: напр., если кто изъ состраданія (*misericordia*) освобождаетъ скованнаго чужого раба <sup>8</sup>, или не исполняетъ порученной ему купли вещи по дружбѣ къ другому лицу, тоже желающему купить эту вещь (*gratia*) <sup>9</sup>, или въ излишней самонадѣянности (*luxuria*) причиняетъ пожаръ <sup>10</sup>.— Особаго вниманія заслуживаетъ тотъ видъ

<sup>3</sup> l. 4. l. 5. pr. l. 29. §§ 3. 7. l. 45. § 4. l. 49. § 1. l. 52. D. ad l. Aq. 9, 2.—  
<sup>4</sup> l. 5. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 3. D. dep. 16, 3; l. 91. § 3. D. de v. o. 45  
 1; l. 38. D. sol. matr. 24, 3.—<sup>5</sup> l. 60. D. de r. v. 6, 1.—<sup>6</sup> l. 5. § 2. D. ad  
 l. Aq. 9, 2; l. 111. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>7</sup> l. 46. § 7. D. de furt. 47, 2; cf.  
 l. 61. § 5 eod., l. 1. § 47. D. dep. 16, 3.—<sup>8</sup> l. 7. pr. D. dep. 16, 3; l. 7. § 7.  
 D. de d. m. 4, 3.—<sup>9</sup> l. 8. § 10. D. mand. 17, 1.—<sup>10</sup> l. 11. D. de inc. 47, 9.

dolus, который состоитъ во введеніи въ заблужденіе: *omnis caliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*<sup>11</sup>; мы называемъ его обманомъ; см. § 51 sub I. 2.

2. Culpa въ тѣсномъ смыслѣ (*negligentia, desidia*, небрежность, нерадѣніе, неосторожность), т. е. *недостатокъ внимательности, заботливости, обдуманности, при соблюденіи которой можно было бы избѣжать ущерба*. Вина можетъ быть грубая или легкая; масштабомъ, опредѣляющимъ степень вины, служить обычный образъ дѣйствій или обыкновеннаго человѣка, или добраго домохозяина, *bonus paterfamilias*, или, наконецъ, обычный образъ дѣйствій самого лица, совершившаго недозволенное дѣйствіе; образъ дѣйствій обыкновеннаго человѣка и *bonus paterfamilias* служить обыкновенною, *нормальною* мѣрою вины; обычный образъ дѣйствій лица, совершившаго недозволенное дѣяніе, есть мѣра *индивидуальная*, а поэтому исключительная. Въ частности слѣдуетъ замѣтить:

а. Лицо, которое не прилагаетъ даже внимательности *обыкновеннаго* (менѣе заботливаго) человѣка, даже той заботливости, которая свойственна всѣмъ другимъ людямъ, совершаетъ грубую неосторожность, находится *in culpa lata: lata culpa est nimia negligentia*, т. е. *non intelligere quod omnes intelligunt*<sup>12</sup>; къ *culpa lata* приравняется также упомянутая выше *sub I misericordia, gratia, luxuria*. *Culpa lata* обсуждается по общему правилу одинаково съ *dolus: magna culpa dolus est*<sup>13</sup>.

б. Лицо, которое не прилагаетъ заботливости добраго хозяина (*diligentia quam diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, diligentia diligentis seu boni patrisf.*<sup>14</sup>, у новыхъ юр. *diligentia in abstracto*), совершаетъ легкую вину, находится *in culpa levi, in culpa просто* (у новыхъ—*culpa in abstracto*).

с. Лицо, которое не соблюдаетъ той заботливости, которую онъ *самъ* прилагалъ до сихъ поръ обыкновенно къ своимъ собственнымъ дѣламъ (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*,

<sup>11</sup> 1. 1. § 2. D. de d. m. 4, 3; 1. 7. § 9. — D. de pact. 2, 14; 1. 43. § 2. de contr. emt. 18, 1. —<sup>12</sup> 1. 213. § 2. 1. 223. pr. D. de v. s. 50, 16. —<sup>13</sup> 1. 226. D. de v. s. 50, 16; 1. 1. § 1. D. si mentor 11, 6; 1. 1. § 5. D. de obl. et act. 44, 7; 1. 32. D. dep. 16, 3; 1. 1. § 2. D. si is qui test. 47, 4; 1. 7. § 1. D. de susp. tut. 26, 10. —<sup>14</sup> 1. 31. D. ad l. Aq. 9, 2; 1. 35. § 4. de contr. emt. 18, 1; 1. 11. de per. et comm. 18, 6.

diligentia quam suis просто, у новыхъ diligentia in concreto), совершаетъ culpa lata, а даже, пожалуй, dolus; ибо только низкій образъ мыслей можетъ побудить къ приложенію меньшей внимательности къ чужимъ дѣламъ, чѣмъ къ своимъ собственнымъ <sup>15</sup>. Эта вина (въ отличіе отъ описанной sub b. culpa levis) именуется новыми culpa in concreto.

Прежде различали еще culpa levissima, подъ которою разумѣли несоблюденіе чрезвычайной внимательности, превышающей внимательность добраго paterfamilias. Но въ настоящее время почти всѣ отвергаютъ этотъ новый видъ culpa, и совершенно основательно, ср. § 237.

Падаетъ ли на виновное лицо отвѣтственность за dolus (слѣд., и за с. lata и in concreto) или за dolus и culpa levis (omnis culpa),—этотъ вопросъ рѣшается различно для отдѣльныхъ правоотношеній (§§ 152. 236. 240. 313. 382. 432. 444).—Dolus или culpa можетъ проявиться in faciendo или in non faciendo, смотря по тому, совершено ли виновно дѣйствіе положительное или отрицательное; culpa in faciendo называется обыкновенно culpa Aquiliana, потому что по lex Aquilia отвѣчаетъ только то лицо, которое повредило чужую вещь посредствомъ culpa in faciendo <sup>16</sup> (§ 313).

В. *Компенсация вины*. О зачетѣ вины говорятъ въ двухъ совершенно различныхъ случаяхъ.

1. Два субъекта наносятъ другъ другу вредъ самостоятельными, другъ отъ друга независимыми, но однородными виновными дѣйствіями, напр., оба супруга совершаютъ прелюбодѣніе <sup>17</sup>, изъ нѣсколькихъ товарищей каждый при исполненіи товарищескаго дѣла совершаетъ виновное дѣйствіе и этимъ наноситъ вредъ прочимъ socii <sup>18</sup>; здѣсь dolus компенсируется съ dolus, culpa компенсируется съ culpa, хотя бы размѣръ штрафа или убытковъ на одной сторонѣ былъ больше, нежели на другой; стало быть, не важно, что имущество мужа больше имущества жены (размѣръ штрафа, подлежащаго платежу со стороны супруга, виновнаго въ разводѣ, зависитъ отъ размѣра его

<sup>15</sup> l. 32. D. dep. 16, 3; l. 22. § 3. D. ad set. Treb. 36, 1. — <sup>16</sup> l. 13. § 2. D. de usufr. 7, 1. — <sup>17</sup> l. 39. D. sol. matr. 24, 3. — <sup>18</sup> l. 10. pr. D. pro soc. 17, 2; ср. еще l. 3. § 3. D. de eo per quem 2, 10; l. 36. D. de d. m. 4, 3; l. 57. § 3. D. de cont. emt. 18, 1. l. 12. § 1. D. quod met. 4, 2. l. 7. § 3. D. quod vi 43, 24.

имущества); не важно, что вина одного товарища причинила большіе убытки, нежели вина другого; ни для одного, ни для другого не возникаетъ въ такихъ случаяхъ притязанія на штрафъ или на возмѣщеніе вреда. Предполагается, что одно дѣйствіе можетъ разсматриваться, какъ возмездіе за другое, поэтому нѣтъ мѣста для зачета провинностей въ томъ случаѣ, если два субъекта взаимно совершаютъ другъ у друга кражу<sup>19</sup>.—Имѣеть ли въ такихъ случаяхъ зачетъ *dolus* съ *culpa*, въ источникахъ не рѣшено, а по внутреннимъ основаніямъ подлежитъ отрицательному рѣшенію.

2. Правонарушеніе причиняется не исключительно виновнымъ дѣяніемъ другого, а вслѣдствіе присоединенія вины самого потерпѣвшаго; здѣсь другой не отвѣчаетъ, но не потому, что его вина компенсируется виною потерпѣвшаго, а потому, что его виною, самою по себѣ, вредъ не причиненъ. Поэтому, напр., если изъ двухъ *condomini* каждый такъ обременяетъ общую стѣну, что она не выдерживаетъ тяжести и, падая, повреждаетъ вещи обоихъ субъектовъ общей собственности, то они не имѣютъ никакихъ притязаній другъ къ другу, хотя бы убытки одного превышали убытки другого<sup>21</sup>; неисправный продавецъ хлѣба, который покущикъ намѣревался употребить на прокормленіе своихъ рабовъ, не обязанъ отвѣчать за цѣнность рабовъ, умершихъ отъ недостатка пищи, ибо покущикъ долженъ былъ позаботиться объ иныхъ средствахъ пропитанія рабовъ<sup>22</sup>; поэтому нѣмецкая судебная практика не возлагаетъ отвѣтственности за ущербъ на домохозяина, не содержащаго лѣстницы въ надлежащемъ порядкѣ, если съ этой лѣстницы упалъ пьяный квартирантъ. Предполагается стеченіе *dolus* съ *dolus* или *culpa* съ *culpa*; въ случаѣ же стеченія *dolus* съ *culpa*, *dolus* перевѣшиваетъ и опредѣляетъ исключительно отвѣтственность; поэтому, напр., если кто на публичной площади, предназначенной для стрѣльбы, умышленно стрѣляетъ въ проходящаго по площади, то на него падаетъ отвѣтственность<sup>23</sup>.

*C. Onus probandi.* Долженъ ли истецъ доказывать наличность вины отвѣтчика, или, наоборотъ, отвѣтчикъ долженъ до-

<sup>19</sup> l. 38. § 2. D. de nox. act. 9, 4.—<sup>20</sup> l. 11. pr. D. ad l. Aq. 9, 2.—  
<sup>21</sup> l. 40. § 1. D. damni inf. 39, 2.—<sup>22</sup> l. 21. § 3. D. de a. e. 19, 1.—<sup>23</sup> l. 9. § 4. ad l. Aq. 9, 2; cf. l. 31. eod.; l. 45. § 1. i. f. D. de act. e. 19, 1.

казать отсутствіе вины съ своей стороны (т. е., наличность случая или вины третьяго лица)? Вопросъ этотъ господствующее мнѣніе рѣшаетъ слѣд. образомъ. Если искъ основанъ на договорномъ или законномъ обязательствѣ, существовавшемъ еще до совершения недозволеннаго дѣйствія, то *onus probandi* лежитъ на отвѣтчикѣ-должникѣ<sup>24</sup> (потому что онъ, будучи обязанъ по *obligatio*, утверждаетъ, что это обязательство уже прекратилось, или измѣнилось); напротивъ, если искъ основанъ на недозволенномъ дѣйствіи отвѣтчика (при обязательствахъ изъ проступковъ и вещныхъ искахъ, съ которыми соединяется притязаніе по поводу *supra* отвѣтчика, § 152 пр. 2—4), то *onus probandi* лежитъ на истцѣ<sup>25</sup> (потому что всякій истецъ долженъ доказать основаніе своего иска).

## РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

### Время, какъ юридическій фактъ.

#### 1) § 72. Общія начала. Въ частности, незапамятное время.

*Arndts*, Beiträge. Nr. 3. 1837. — *Buchka*, der unvordenkliche Besitz. 1841. — *Friedländer*, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. 1843. — *Grawein*, Verjährung und gesetzliche Befristung. 1880. — *Savigny*, §§ 177. 178. 195—201. — *Vangerow*, §§ 129. 130. — *Windscheid*, §§ 102. 105. 113. — *Brinz*, §§ 112. 164. — *Bekker*, §§ 38. 39. 86. — *Regelsberger*, §§ 126. 127. — Ср. еще лит. къ §§ 86. 140.

Юридическіе факты, какъ и всѣ явленія, происходятъ во времени. Но для многихъ правоотношеній само время является юридическимъ фактомъ. Его вліяніе на правоотношенія очень разнообразно, но можетъ быть сведено вообще къ слѣд. видамъ:

1. Извѣстное продолженіе человѣческой жизни является условіемъ многихъ отношеній: дѣеспособности, способности къ браку, къ присягѣ, къ свидѣтельскимъ показаніямъ, къ *adoptio*.

2. Извѣстный моментъ времени можетъ быть началомъ или конечною точкою правоотношеній или ихъ осуществленія, напр., по срочной сдѣлкѣ (§ 59).

3. Нѣкоторыя правомочія должны быть осуществлены въ опредѣленный моментъ времени или въ теченіе извѣстнаго періода времени, въ противномъ случаѣ они прекращаются. Напр.,

<sup>24</sup> 1. 9. § 4. D. loc. 19, 2; 1. 5. de pign. act. 4. 24; 1. 1. § 13. D. de mag. conv. 27, 8.—<sup>25</sup> 1. 18. § 1. D. de prob. 22, 3.

bonorum possessio необходимо было испросить въ теченіе ста дней (или въ теченіе года), querela non numeratae pecuniae предъявлялась не позже двухъ лѣтъ, excusatio призваннаго къ опекаѣ—не позже пятидесяти дней и т. д. Далѣе, сюда относятся процессуальные сроки (для отвѣта на искъ, реплики и т. д.).—Наконецъ, нѣкоторыя обязанности должны быть исполнены въ теченіе извѣстнаго времени, въ противномъ случаѣ онѣ влекутъ за собою извѣстную потерю; эмфитевзисъ, наемное и арендное право могутъ быть отняты, если въ теченіе опредѣленнаго срока не вносится плата; condominium дома лишается своего права, если въ продолженіе четырехъ мѣсяцевъ не уплатить своей части издержекъ на зданіе и т. п.—Теперь всѣ признають, что эти сроки (т. н. преклюзивные, пресѣкательные сроки) не должны разсматриваться какъ сроки давности (ср. ниже sub 4) и не подчиняются правиламъ о давностныхъ срокахъ (ср. §§ 88—90).

4. Время служить часто основаніемъ возникновенія и прекращенія правъ. При извѣстныхъ условіяхъ *фактическое* состояніе, продолжаясь опредѣленное время, тѣмъ самымъ можетъ достигнуть *юридической* прочности, и, наоборотъ, права, будучи опредѣленное время неосуществляемы, теряются вполне или въ самой важной своей части (правъ на искъ). Слѣдуетъ замѣтить, что вышесказанное примѣняется по римскому праву лишь къ *нѣкоторымъ опредѣленнымъ* фактическимъ состояніямъ и къ *нѣкоторымъ опредѣленнымъ* правамъ; сюда относятся: давность владѣнія (въ разныхъ формахъ, какъ то usucapio, longi temporis praescriptio, longissimi temporis praescriptio, diuturnus usus), прекращеніе сервитутовъ вслѣдствіе nonusus и usucapio libertatis, давность, погашающая залоговое право, и давность, погашающая искъ. Причина того, что время имѣетъ способность производить или уничтожать право лишь при *нѣкоторыхъ* правоотношеніяхъ, заключается въ томъ, что эта сила не присуща самому времени, какъ таковому, а лишь присвоается ему законодателемъ путемъ *положительной* нормы и по особымъ соображеніямъ пользы; лишь при наличности требованій пользы сообщается времени описанная способность (§§ 86. 140).—Слѣдуетъ замѣтить, что случаи, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, рѣзко отличаются отъ упомянутыхъ sub 3; осуществленіе или неосуществленіе права въ продолженіе извѣстнаго времени служить здѣсь основаніемъ возник-

кновения или прекращенія правъ, между тѣмъ какъ въ случаяхъ sub 3 дѣйствительность юр. дѣйствія съ *самаго начала* поставлена въ зависимость отъ соблюденія извѣстнаго срока. Тѣмъ не менѣе юристы 17-го и 18-го вѣковъ старались всѣ эти случаи обнять однимъ понятіемъ: понятіемъ давности, *praescriptio* (последнее названіе есть, очевидно, искаженіе римской *longi temporis praescriptio*), которую они опредѣляли, какъ измѣненіе правъ вслѣдствіе фактическаго осуществленія или неосуществленія въ теченіе извѣстнаго времени, раздѣляя ее на *praescriptio acquisitiva* (положительная, приобрѣтательная давность: *приобрѣтеніе* права путемъ осуществленія его въ теченіе извѣстнаго времени) и *praescriptio extinctiva* (погасительная давность: *потеря* права вслѣдствіе неосуществленія его въ теченіе извѣстнаго времени). Эта теорія страдаетъ двумя крупными недостатками: во первыхъ, изъ нея вытекаетъ, что *всѣ* права приобрѣтаются путемъ продолжительнаго осуществленія, теряются вслѣдствіе продолжительнаго неосуществленія; поэтому въ самомъ дѣлѣ многіе полагали, что могутъ быть приобрѣтены по давности залогое право, заемное обязательство (путемъ тридцатилѣтняго полученія процентовъ); во вторыхъ, изъ нея вытекаетъ распространеніе римскихъ нормъ о приобрѣтательной и погасительной давности на всѣ случаи sub 3, что совсѣмъ несообразно (если принять, напр., вниманіе перерывъ давности). Вслѣдствіе этихъ недостатковъ теорія 17-го и 18-го вѣковъ теперь всѣми отвергнута; но она перешла во многія партикулярныя законодательства, оставивъ слѣдъ и въ Общемъ правѣ въ одномъ институтѣ: *незапамятномъ* времени.

Въ нѣкоторыхъ, немногихъ случаяхъ римское право охраняетъ извѣстное состояніе отъ нарушеній и оспариваній лишь на томъ основаніи, что оно существуетъ съ незапамятнаго времени (*quod memoriam excedit, cuius memoria non exstat*); древность (*vetustas*) состоянія служить для этого единственнымъ основаніемъ; другихъ условій (какъ при приобрѣтательной и погасительной давности) не требуется. Эти случаи суть слѣд.: общинныя дороги (*viae vicinales*), которыя съ незапамятнаго времени проложены на частной землѣ, причисляются къ публичнымъ дорогамъ <sup>1</sup> и не подлежатъ, стало быть, распоряженію хозяина земли; водопроводы, существующіе на участкѣ съ незапамятнаго времени, признаются

<sup>1</sup> l. 3. pr. D. de loc. et it. publ. 43, 7.

за существующіе по праву <sup>2</sup>; сооруженія, существующія для усиленія или ослабленія стока дождевой воды съ участка (плотины, насыпи, канавы), признаются построенными правомѣрно, если существуютъ съ незапамятнаго времени <sup>3</sup> (ср. § 126 пр. 12).

Новые случаи примѣненія незапамятнаго времени существуютъ въ каноническомъ правѣ и имперскихъ законахъ; по каноническому праву сборы, взиманіе которыхъ происходитъ съ незапамятнаго времени, признаются правомѣрными <sup>4</sup>, такъ что епископъ можетъ приобрести право на десятину въ чужой епархіи, если этотъ сборъ взимается съ незапамятнаго времени <sup>5</sup>; по имперскимъ законамъ, изытіе изъ подсудности нѣкоторымъ судамъ <sup>6</sup> и свобода отъ нѣкоторыхъ податей <sup>7</sup> обеспечивается существованіемъ этого состоянія съ незапамятнаго времени. Наконецъ, практика примѣнила незапамятную давность (такъ наз. *praescriptio immemorialis*, *praescriptio indefinita*, незапамятное владѣніе) ко *всѣмъ* правамъ, относительно которыхъ возможно продолжительное осуществленіе или неосуществленіе; такимъ образомъ *praescriptio indefinita* стала служить дополненіемъ къ приобретаемой и погасительной давности (*praescriptio definita*) въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ послѣдняя не можетъ быть примѣнена (вслѣдствіе природы права или предмета или недостатка какого либо условія); нѣкоторые новые писатели неосновательно желаютъ ее ограничить правами публичнаго характера.

Незапамятнымъ признается состояніе въ томъ случаѣ, если современники *о немъ* только знаютъ, а о другомъ не слышали даже и отъ своихъ предковъ <sup>8</sup>.—Для доказательства незапамятности служить, безспорно, свидѣтели; можно ли для той же цѣли пользоваться письменными документами и присягою, — вопросъ спорный, но нѣтъ никакого основанія рѣшать его въ отрицательномъ смыслѣ. Въ качествѣ свидѣтелей допускаются лишь тѣ лица, способность которыхъ къ воспріятію по крайней мѣрѣ продолжалась въ теченіе послѣднихъ сорока лѣтъ <sup>9</sup>; но отсюда вовсе не слѣдуетъ, что свидѣтелю должно быть не менѣе 54-хъ лѣтъ (какъ нѣкоторые полагаютъ). Доказательству незапамятности состоянія можно противопоставить доказательство противнаго, а именно, что данное состояніе не существовало *непрерывно* въ теченіе двухъ послѣднихъ человѣческихъ жизней (80-ти лѣтъ), или что данное состояніе возникло въ опредѣ-

<sup>2</sup> l. 26. D. de aq. pluv. 39, 3; l. 3. § 4. D. de aq. quot. 43, 20; cf. l. 7. C. de serv. 3, 34.—<sup>3</sup> l. 1. § 23. l. 2. pr. §§ 1. 3. 5. 7. 8. D. de aq. pluv. 39, 3.—<sup>4</sup> c. 21. c. 26. X. de v. s. 5, 40.—<sup>5</sup> c. 1. in. VI. de praescr. 2, 13.—<sup>6</sup> Aurea bulla c. 8. § 1.—<sup>7</sup> RA. 1548 г. §§ 56. 59. 64; RA. 1576 г. § 105.—<sup>8</sup> l. 2. § 8. D. de aq. pluv. 39, 3; l. 28. D. de prob. 22, 3.—<sup>9</sup> c. 1. in VI. de praescr. 2, 13.

ленный моментъ времени, не заключающійся въ предѣлѣ 80 лѣтъ, неправомѣрнымъ образомъ и на основаніи этого неправомѣрнаго возникновенія существовало до настоящаго спора или нарушенія.—Одни юристы считаютъ незапамятное время дѣйствительнымъ способомъ пріобрѣтенія и освобожденія (какъ пріобрѣтательную давность и потерю вслѣдствіе неосуществленія), а другіе видятъ въ немъ лишь презумпцію (предположеніе), что спорное состояніе было когда то основано правомѣрнымъ образомъ; правильно второе мнѣніе.

Для всѣхъ отношеній, перечисленныхъ sub 1—4, имѣеть значеніе способъ опредѣленія времени; этому посвящены §§ 73. 74.

## 2) Опредѣленіе времени.

### а. § 73. Дѣленіе времени.

*Savigny*, §§ 179. 180. 192—194. — *Vangerow*, §§ 194. 197. — *Windscheid*, § 103. — *Bekker*, § 87. — *Regelsberger*, § 124.

Время подраздѣляется на извѣстные періоды; важнѣйшіе изъ нихъ суть: день (сутки), мѣсяць, годъ; эти періоды бываютъ неподвижны, или же имѣють подвижныя начало и конецъ.

1. *Неподвижное дѣленіе времени (неподвижное время, календарное время) установлено календаремъ; по календарю день (календарный день, dies civilis) продолжается отъ полуночи до полуночи*<sup>1</sup>, мѣсяць (календарный мѣсяць, mensis civilis)—отъ перваго до послѣдняго дня даннаго мѣсяца въ календарѣ, годъ (календарный годъ, annus civilis)—отъ перваго января до послѣдняго декабря. Календарный день (сутки) распадается на 24 часа; Римляне дѣлили его еще на lux (dies въ тѣсномъ смыслѣ) и nox (ночь), которыя въ свою очередь распадаются каждая на 12 часовъ (horae diei s. lucis, horae noctis) различной продолжительности, смотря по времени года.<sup>2</sup> Календарный годъ обнимаетъ собою 365 дней, но къ dies sextus ante Calendas Martias (Regifugium, въ который праздновалось бѣгство царей, теперь Матѳеевъ день, въ обыкновенномъ году 24-е февраля) со времени Юлія Цезаря въ каждомъ четвертомъ году прибавлялся еще одинъ день (dies intercalaris)<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> l. 8. D. de fer. 2, 12.—<sup>2</sup> cf. l. 7. D. de usurp. 41, 3; l. 2. § 1. l. 124. D. de v. s. 50, 16.—<sup>3</sup> l. 3. § 3. D. de min. 4, 4; l. 98. D. de v. s. 50, 16.

вставочный, високосный день); послѣ улучшенія календаря папою Григоріемъ XIII-мъ не бываетъ прибавленія три раза въ теченіе 400 лѣтъ; этотъ високосный день называется въ источникахъ какъ самъ, такъ и вмѣстѣ со слѣдующимъ днемъ—*bis sextum*; по теперешнему исчисленію времени это есть 24-е февраля, поэтому и Матѳеевъ день, который въ обыкновенномъ году приходится 24-го февраля, въ году високосномъ передвигается на 25-е. Високосный день по общему правилу обсуждается, какъ одинъ моментъ, принадлежащій къ 25-му февраля (по теперешнему счисленію); *id biduum pro uno die habetur* <sup>4</sup> (поэтому для лицъ, родившихся въ високосномъ году 24-го и 25-го февраля, безразлично днемъ рожденія въ обыкновенномъ году будетъ 24-го февраля, и, наоборотъ, давность, начавшаяся въ обыкновенномъ году 24-го февраля, истекаетъ въ високосномъ году лишь 25-го). Но если въ *юридической сдѣлкѣ* установленъ въ качествѣ срока рядъ дней, то примѣняется вѣроятное мнѣніе дѣйствующихъ лицъ, что високосный день долженъ считаться особо (напр., если договоръ купли заключенъ съ условіемъ, что цѣна будетъ уплачена въ теченіе тридцати дней) <sup>5</sup>.—Недѣля находится внѣ календаря: она не служитъ составною частью мѣсяца или года, но проходитъ черезъ рядъ мѣсяцевъ и годовъ независимо отъ нихъ.

2. Гораздо чаще имѣетъ значеніе *дѣленіе времени на періоды съ подвижнымъ началомъ и концомъ (подвижное время)*; эти періоды зависятъ отъ опредѣленнаго юридическаго факта; такъ, напр., возрасты зависятъ отъ рожденія, давность владѣнія—отъ завладѣнія и т. д.; поэтому календарному году, мѣсяцу, дню противопоставляется годъ, мѣсяць, день, какъ единицы мѣры времени (подвижной, естественный—годъ, мѣсяць, день). Мѣрою времени служить и подвижная недѣля. Подвижной годъ имѣетъ 365 дней <sup>6</sup> (ибо и здѣсь високосный день въ високосномъ году обсуждается какъ одинъ моментъ, принадлежащій къ 25-му февраля, прим. 4), подвижная недѣля—7 дней, подвижныя сутки (день)—24 часа; о продолжительности подвижнаго мѣсяца источники не даютъ яснаго рѣшенія. Большая

<sup>4</sup> l. 98. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 3. § 3. D. de min. 4, 4.—<sup>5</sup> l. 2. D. de div. temp. pr. 44, 3.—<sup>6</sup> l. 51. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 4. § 5. D. de statul. 40, 7; l. 134. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 2. D. de div. temp. pr. 44, 3.

часть мѣсть <sup>7</sup> полагаетъ въ мѣсяцѣ 30 дней; между тѣмъ презумпція, что дитя, рожденное въ 182-й день послѣ заключенія брака, есть законное дитя (§ 23), выражена въ одномъ мѣстѣ <sup>8</sup> слѣд. образомъ: дитя, рожденное въ *седьмомъ* мѣсяцѣ послѣ заключенія брака, признается законнымъ; такимъ образомъ, по этому мѣсту, 6 мѣсяцевъ содержатъ 181 день; въ другомъ мѣстѣ 93 дня принимаются за три мѣсяца <sup>9</sup>, въ третьемъ мѣстѣ <sup>10</sup>, наконецъ, два мѣсяца приравняются 61-му дню. Этого противорѣчія еще примирить не удалось.

Для процессуальныхъ сроковъ, опредѣленныхъ по мѣсяцамъ и недѣлямъ, Имн. уст. г. с. § 200 предписываетъ счисленіе отъ начальнаго дня до дня, соответствующаго ему по названію или числу; если въ послѣднемъ мѣсяцѣ нѣтъ дня, соответствующаго начальному, то срокъ кончается съ истеченіемъ послѣдняго дня этого мѣсяца.

#### б. § 74. Исчисленіе періода времени.

(Computatio naturalis—civilis. Tempus continuum—utile).

*Krüger*, kritische Versuche. Стр. 59 слѣд. 1870. — *Hölder*, die Theorie der Zeitberechnung. 1873. — *Ubbelohde*, Berechnung des tempus utile der honorarischen Klagen. 1891. — *Savigny*, §§ 181—191. — *Vangerow*, §§ 195. 196. — *Windscheid*, §§ 103. 104. — *Brinz*, § 554. — *Bekker*, § 88. — *Regelsberger*, § 125.

Если время опредѣлено по *календарю* (напр., кто либо получаетъ годовую ренту 1-го января каждаго года, ежемѣсячную ренту въ первый день каждаго мѣсяца, должникъ обѣщаетъ уплатить долгъ 1-го октября 1893-го года <sup>1</sup>), то не требуется особаго исчисленія. Послѣднее требуется въ случаѣ *подвижныхъ* періодовъ времени для превращенія ихъ въ календарное время; оно производится по слѣдующимъ правиламъ:

1. *О начальномъ и конечномъ предѣлѣ періода времени.* Если періодъ опредѣленъ по часамъ или еще меньшимъ единицамъ времени, то предѣлы исчисляются отъ момента совершенія даннаго юр. факта (ad momenta, a momento, in momentum tempus computare, естественное исчисленіе); къ періодамъ, которые опредѣлены по бѣльшимъ единицамъ времени (днямъ, мѣсяцамъ, го-

<sup>7</sup> l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 11. § 6. l. 29. § 5. D. ad l. Iul. de ad. 48, 5; l. 1. § 10. D. ad set. Turp. 48, 16; l. 28. l. 31. § 22. D. de aed. d. 21, 1; l. 22. §§ 1. 2. C. de i. delib. 6, 30; Nov. 115. c. 2. — <sup>8</sup> l. 12. D. de stat. hom. 1, 5; cf. l. 3. § 12. D. de suis 38, 16; — <sup>9</sup> l. 2. l. 5. pr. C. de temp. et rep. app. 7, 63. — <sup>10</sup> l. 101. D. de r. i. 50, 17.

<sup>1</sup> l. 50. D. de o. et a. 44, 7; l. 42. l. 118. § 1. D. de v. o. 45, 1.

дамъ), *computatio naturalis* примѣняется лишь въ видѣ исключенія, а именно: для опредѣленія полнолѣтія (25 л.) человѣка<sup>2</sup> (до наступленія котораго возможна *restitutio in integrum propter minorem aetatem*) и, по обычаямъ прежней практики, при исчисленіи предписаннаго Юстиніаномъ<sup>3</sup> десятидневнаго апелляціоннаго срока [но оба эти случая устранены новыми имп. законами (зак. 1875 г. и Имп. уст. г. с. §§ 200. 477)]. Причина рѣдкости примѣненія *computatio naturalis* заключается въ трудности счета. Поэтому въ прочихъ случаяхъ считаютъ не отъ момента до момента, а отъ дня до дня, по календарнымъ днямъ (*ad dies numerare, civiliter tempus computare*, гражданское исчисленіе). Правила гражданского исчисленія въ прежнее время неоднократно подвергались спорамъ; въ настоящее время господствующее мнѣніе выставляетъ слѣд. правила. Первымъ считается тотъ день, въ теченіе котораго наступилъ данный юридическій фактъ, при чемъ не принимается во вниманіе, что фактъ заполнилъ лишь часть дня. Впрочемъ, по современнымъ воззрѣніямъ, получившимъ признаніе въ нѣкоторыхъ новыхъ имперскихъ законахъ<sup>3a</sup>, первымъ признается лишь тотъ день, который слѣдуетъ за юридическимъ фактомъ. Какой день будетъ послѣднимъ (*dies novissimus, postremus, extremus*), опредѣляется счетомъ; при этомъ слѣдуетъ различать, съ одной стороны, періоды времени, отъ истеченія коихъ зависитъ приобрѣтеніе, и, съ другой стороны, періоды, отъ которыхъ зависитъ потеря права; въ случаяхъ приобрѣтенія достаточно, чтобы начался послѣдній день (къ такимъ случаямъ примѣняется поговорка новыхъ юр.: *dies ultimus coeptus pro completo habetur*); въ случаяхъ потери слѣдуетъ ожидать истеченія послѣдняго дня (*totus postremus dies completus esse debet*). Поэтому лицо, рожденное 1-го января (хоть поздно вечеромъ), получаетъ способность составлять завѣщанія съ началомъ 31-го декабря того года, въ которомъ ему кончается 14 лѣтъ отъ роду<sup>4</sup> и т. п.<sup>5</sup> Съ другой стороны, искъ погашенъ давностью, право на *bonorum possessio* потеряно— лишь съ истеченіемъ послѣдняго дня промежутка, въ который право еще могло быть осуществлено<sup>7</sup>. Особыя затрудненія возни-

<sup>2</sup> 1. 3. § 3. D. de min. 4, 4.—<sup>3</sup> Nov. 23. c. 1.—<sup>3a</sup> Wechselordnung Art. 32; Handelsgesetzbuch Art. 328; Civilprozessordnung §§ 199, 200—<sup>4</sup> l. 5. pr. D. qui test. fac. 28, 1; l. 1. D. de manum. 40, 1.—<sup>5</sup> l. 132. l. 134. D. de v. s. 50, 16.—<sup>6</sup> l. 49. D. de cond. 35, 1.—<sup>7</sup> l. 6. D. de o. et a. 44, 7; l. 1. § 9. D. de succ. ed. 38, 9; l. 1. §§ 5. 6. D. quando app. 49, 4; ср. да-  
лѣе l. 30. § 1. D. ad. l. Iul. de ad. 48, 5; l. 101. D. de r. i. 50, 17.

каютъ при примѣненіи этихъ правилъ къ счету приобрѣтательной давности, потому что въ ней содержится и приобрѣтеніе, и потеря права: и въ самомъ дѣлѣ, нѣсколько мѣстъ источниковъ<sup>8</sup> примѣняютъ то правило, которое относится къ потерѣ права, одно же мѣсто<sup>9</sup>—то правило, которое дѣйствуетъ при приобрѣтеніи права; господствующее мнѣніе видитъ въ приобрѣтательной давности лишь способъ приобрѣтенія права, а потому считаетъ давность истекшею съ началомъ послѣдняго дня; но вѣрнѣе было бы признавать ея истеченіе лишь съ момента окончанія послѣдняго дня, потому что приобрѣтеніе со стороны одного лица предполагаетъ потерю со стороны другого; упомянутое выше въ пр. 9 противоположное рѣшеніе источниковъ, вѣроятно, интерполировано; въ своей первоначальной редакціи оно относилось, какъ это доказываетъ надпись: *libro V. interdictorum*, всѣмъ не къ давности, а къ *interdictum utrobi* (§ 120 пр. 9).

2. *О теченіи періода времени.* Если теченіе извѣстнаго періода уже началось, то считаются, по общему правилу, всѣ части времени, такъ что періодъ состоитъ изъ соприкосновенныхъ частей времени, онъ есть *tempus continuum* (*dies continui*<sup>10</sup>). Но иногда примѣняется иной счетъ: если для осуществленія или сохраненія извѣстнаго права, по нормѣ права, должно быть совершенно какое либо дѣйствіе въ судѣ не позже опредѣленнаго (не свыше годичнаго) срока, то не считаются тѣ дни, въ которые дѣйствіе не можетъ быть совершено по внѣшнимъ временнымъ причинамъ<sup>11</sup>, а именно: если лицо, долженствующее совершить требуемое дѣйствіе, находится въ военномъ плѣну или въ отсутствіи по государственнымъ дѣламъ, въ тяжелой болѣзни, въ извинительномъ заблужденіи<sup>12</sup>, или, если нельзя доставить другое лицо, присутствіе котораго необходимо требуется<sup>13</sup>, или, если нѣтъ доступа къ суду въ извѣстные дни<sup>14</sup>. Время въ такомъ случаѣ называется *tempus utile, dies utiles*. Относящіеся сюда случаи, дѣйствующіе въ настоящее время,

<sup>8</sup> l. 6. l. 7. D. de usurp. 41, 3; Gellius n. a. III, 2.—<sup>9</sup> l. 15. pr. D. de div. temp. pr. 44, 3.—<sup>10</sup> l. 31. § 1. D. de usurp. 41, 3; l. 8. C. de dolo 2, 21; l. 7. C. de temp. in i. r. 2, 53.—<sup>11</sup> l. 2. D. si quis ordo 38, 15; l. 1. D. de div. temp. pr. 44, 3.—<sup>12</sup> l. 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 2. D. si quis ordo 38, 15; l. 15. §§ 4. 5. D. quod vi 43, 24; l. 6. D. de cal. 3, 6; l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 8. C. de dolo 2, 21.—<sup>13</sup> l. 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 1. §§ 7—10. D. quando app. 49, 4.—<sup>14</sup> l. 2. §§ 1. 2. D. si quis ordo 38, 15; l. 1. D. de div. t. pr. 44, 3.

ограничиваются годичнымъ или болѣе краткими сроками иско-вой давности (§ 87); въ римскомъ правѣ были еще и другіе случаи (краткіе сроки для bonorum possessio и in integrum restitutio, §§ 421. 110) <sup>15</sup>. Но даже и въ дѣйствующимъ теперь случаямъ описанный счетъ рѣдко примѣняется, потому что суды въ настоящее время всегда доступны, между тѣмъ какъ у Римлянъ существовали лишь опредѣленные судебные дни (во время Юстиніана ихъ было около 240).

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

### § 75. Осуществленіе правъ.

*Vangerow*, § 131. — *Windscheid*, § 121. — *Bekker*, §§ 22—24. — *Regelsberger*, §§ 54, 55.

Всякое частное право доставляетъ управомоченному извѣстную власть; *пользоваться этою властью значитъ осуществлять право*. Осуществленіе права зависитъ отъ усмотрѣнія управомоченнаго <sup>1</sup>; но продолжительное неосуществленіе нѣкоторыхъ правъ ведетъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ къ полной потерѣ самаго права или, по крайней мѣрѣ, права на судебную защиту; тогда говорятъ: право, искъ — погашены давностью (§ 72). — Управомоченный въ большинствѣ случаевъ не долженъ необходимо осуществлять право самъ лично; онъ можетъ *по большей части* осуществлять его черезъ представителя; тѣмъ не менѣе слѣдуетъ признать слишкомъ общимъ правило каноническаго права: potest quis per alium quod potest facere per se ipsum, <sup>2</sup> потому что, напримѣръ, usuarius и субъектъ семейственнаго права могутъ осуществлять свое право лишь сами лично (§ 162 пр. 3). — Можно всегда осуществлять право, хотя бы другое лицо терпѣло отъ этого вредъ <sup>3</sup>; отсюда поговорка новыхъ юрпстовъ; qui iure suo utitur, neminem laedit; но осуществленіе права не должно происходить съ единственною цѣлью повредить другому, безъ всякаго интереса для управомоченнаго (§ 16); это правило, впрочемъ, высказано въ источникахъ не въ видѣ общаго начала, а

<sup>15</sup> § 10. I. de b. p. 3, 9; l. 11. §§ 5. 6. l. 29. § 5. D. ad. l. Iul. de ad. 48. 5; l. 1. § 7. D. quando app. 49, 4; l. 7. C. de temp. in i. r. 2, 52; l. 1. pr. C. de ann. exc. 7, 40.

<sup>1</sup> l. 156. pr. § 4. D. de r. i. 50, 17. — <sup>2</sup> c. 68. in VI. de r. i. 5, 12. — <sup>3</sup> l. 55. l. 151. l. 155. § 1. D. de r. i. 50, 17; l. 26. D. de damn. inf. 39, 2; l. 1. § 21. l. 21. D. de aq. pl. 39, 3; l. 9. D. de s. p. c. 8, 2.

въ нѣсколькихъ отдѣльныхъ примѣненіяхъ<sup>4</sup>, которыя указываютъ на существованіе этого общаго начала (что, впрочемъ, нѣкоторые оспариваютъ); такъ, напр., хозяинъ участка не долженъ копать на немъ колодезя съ единственною цѣлью лишить сосѣда воды; лицо, которое владѣло чужою вещью и произвело въ ней извѣстныя улучшенія, не должно снимать этихъ улучшеній, если это не представляетъ для него никакого интереса; закономъ Юстиніана (Nov. 63) запрещено было собственникамъ городскихъ участковъ въ Константинополѣ возводить высокія стѣны съ тою цѣлью, чтобы лишить другихъ домохозяевъ морского вида, и т. д.; наконецъ, читаемъ у Гая I, 53: *male nostro iure uti non debemus*, а въ l. 38. D. de r. v. 6, 1: *malitii indulgendum non est.*—Можетъ случиться, что управомоченный, осуществляя свое право, дѣлаетъ вполнѣ или отчасти невозможнымъ для другого равно-управомоченнаго осуществленіе его права (коллизія, столкновеніе правъ); запретить ему этого, по общему правилу, нельзя потому что между равно-управомоченными дѣло рѣшается предупрежденіемъ: *occupantis est melior condicio*; такимъ образомъ, изъ нѣсколькихъ корреальныхъ кредиторовъ одинъ можетъ получить платежъ по требованію<sup>5</sup>, изъ нѣсколькихъ залогопринимателей одинъ можетъ продать залогъ<sup>6</sup>, изъ нѣсколькихъ личныхъ кредиторовъ одинъ можетъ взыскать долгъ, лишая этимъ должника средствъ уплатить прочіе долги<sup>7</sup> (ср. § 232 пр. 3). Если никто не предупредилъ другихъ, то они взаимно ограничиваются, когда одному не принадлежитъ привилегія предъ другимъ (напр., нѣсколько залогопринимателей, кредиторы одного должника подвергшагося конкурсу; §§ 205. 234); иногда, впрочемъ довольно рѣдко, дѣло рѣшается по жребію<sup>8</sup>, наприм., въ томъ случаѣ, если надо опредѣлить, у кого изъ сонаслѣдниковъ, получившихъ равныя доли, будутъ храниться касающіеся наслѣдованія документы.

<sup>4</sup> l. 38. D. de r. v. 6, 1; l. 1. § 12. l. 2. §§ 5. 9. D. de aq. pl. 39, 3; cf. l. 3. pr. D. de op. publ. 50, 10.—<sup>5</sup> l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 2. D. de d. r. 45, 2.—<sup>6</sup> l. 10. D. de pign. 20 l. —<sup>7</sup> l. 6. § 7. l. 24. D. quae in fr. cred. 42, 8.—<sup>8</sup> l. 5. D. fam. erc. 10, 2; l. 14. D. de iud. 5, 1; l. 24. §§ 17. 18. D. de fid. lib. 40, 5; cf. § 23. I. de leg. 2, 20.

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

## Защита правъ.

*Предварительное замѣчаніе.*

Всякое право можетъ быть нарушено. Чтобы защитить его отъ нарушеній, т. е. предупредить еще неосуществившееся нарушение и уничтожить или по возможности свести до минимума послѣдствія совершеннаго нарушенія,—для этого служатъ: мѣры обезпеченія (§ 76), самооборона и самоуправство (§ 77), искъ и возраженіе (§§ 78—101), возстановленіе прежняго положенія (§§ 102—111).

## РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

## § 76. Мѣры обезпеченія.

t. D. XLVI, 5: de stipulationibus praetoriis.—tt. D. XLVI, 6—8.—t. D. II, 8: qui satisfacere cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur.—t. C. II, 56: de satisfando.—t. I. IV, 11: de satisfationibus.—*Schirmer*, die Prätor. Judicialstipulationen. 1853.—*Muther*, Sequestration und Arrest. 1856.—*Pfaff*, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung. 1868.—*Hanausek*, Lehre vom uneig. Niessbrauch. Стр. 165—179. 1879.—*G. A. Leist*, die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. 1889.—*Schenk*, d. L. vom Retentionsrecht. 1837.—*Grosskopf*, zur L. v. Retentionsrecht. 1858.—*Langfeldt*, d. L. vom Retentionsrecht. 1886.—*L. Seuffert*, zur Gesch. und Dogmatik des deutschen Concursrechts. § 1 (die Römische missio in bona). 1888.—*Vangerow*, §§ 189—193.—*Windscheid*, § 134.—*Brinz*, § 101.—*Baron*, §§ 217. 218.—*Bekker*, § 105.—*Regelsberger*, §§ 189. 193.

Здѣсь мы говоримъ лишь о мѣрахъ обезпеченія *юридическаго* свойства (cautiones въ обширномъ смыслѣ); сюда относятся:

1. *Cautiones* въ тѣсномъ смыслѣ. *Cautio* въ тѣсномъ смыслѣ есть обезпеченіе, которое одно лицо даетъ другому въ исполненіи наличной или возможной обязанности. Слѣдуетъ различать:

а. *смотря по основанію*, изъ котораго возникаетъ притязаніе на обезпеченіе, *cautio necessaria* и *voluntaria s. conventionalis*; первой можно требовать на основаніи нормы права (наприм., с. *usufructuaria*, *damni infecti*); второй на основаніи частной сдѣлки<sup>1</sup> (наприм., обѣщаніе доставить *cautio* со стороны арендатора или кассира).

б. *смотря по средствамъ*, которыми доставляется обезпеченіе, различаютъ *cautio verbalis*, *cautio iuratoria* и *cautio realis*. *Cautio*

<sup>1</sup> 1. 7. § 1. D. qui sat. 2, 8.

verbalis (repromissio, nuda promissio, т. н. cautio promissoria) должна была у Римлянъ совершаться въ формѣ stipulatio. Теперь достаточно неформальнаго общанія. Cautio verbalis можетъ принести пользу только въ томъ случаѣ, если лишь вслѣдствіе общанія возникаетъ обязанность (наприм., с. damni infecti, § 315). Cautio iuratoria<sup>3</sup> совершается посредствомъ присяги (iuram. promissorium); и къ этому виду обезпеченія относится сказанное о с. verbalis, но присяга сверхъ того связываетъ совѣсть присягающаго. Cautio realis дается посредствомъ установленія поручительства (satisdatio, т. н. с. fideiussoria)<sup>4</sup> или залогового права (т. н. с. pigneraticia)<sup>5</sup>; впрочемъ, реальное обезпеченіе можетъ быть также дано путемъ предоставленія въ собственность (какъ въ римскую эпоху путемъ fiducia cum creditore, § 184 пр. 1) денегъ, цѣнныхъ бумагъ или иныхъ замѣнимыхъ вещей; это т. н. pignus irregulare (ср. § 184 sub 1)—теперь обычная форма обезпеченія при поступленіи на должность, въ процессахъ, арендныхъ отношеніяхъ. Реальное обезпеченіе представляетъ наибольшія удобства, потому что обезпечиваетъ на случай несостоятельности обязаннаго. Большая часть cautiones legales суть satisfationes<sup>6</sup>; но отъ казны и городскихъ общинъ вмѣсто satisfatio требуется лишь cautio verbalis<sup>7</sup>. Для процессуальнаго обезпеченія отъ тѣхъ лицъ, которыя обладаютъ поземельною собственностью или эмфитевзисомъ, р. право требуетъ только cautio iuratoria<sup>8</sup>; и отъ того, кто не можетъ доставить с. realis, тоже требуется с. iuratoria<sup>9</sup>. Эти положенія не перешли въ II. у. г. с.

2. *Sequestratio, т. е. отдача вещи на храненіе третьему лицу (sequester)*. Чаще всего секвестрація имѣетъ мѣсто по поводу спора о правѣ. Sequestratio можетъ послѣдовать какъ по соглашенію самихъ спорящихъ (т. н. sequestratio voluntaria, § 278), такъ и по судебному распоряженію (т. н. sequestratio necessaria). Sequ. necess. имѣетъ, напр., мѣсто, если мужъ растрчиваетъ приданое душевно-больной жены<sup>10</sup>, если по поводу

<sup>2</sup> 1. 1. §§ 4—8. D. de st. praet. 46, 5; 1. 2. § 3. D. quod leg. 43, 3.—

<sup>3</sup> § 2. I. h. t. 4, 11.—<sup>4</sup> 1. 7. D. de st. praet. 46, 5; 1. 1. D. qui sat. 2, 8.—

<sup>5</sup> 1. 4. § 8. D. de fid. lib. 40, 5; 1. 1. § 9. D. de coll. 37, 6.—<sup>6</sup> 1. 1. § 5. 1. 7.

D. de stip. praet. 46, 5.—<sup>7</sup> 1. 1. § 18. 1. 6. § 1. D. ut leg. serv. 36, 3; 1. 3.

§ 5. D. si cui plus 35, 3.—<sup>8</sup> 1. 15. D. qui sat. 2, 8; 1. 26. § 6. C. de ep. aud.

1, 4; 1. 4. § 1. C. de sport. 3, 2.—<sup>9</sup> Nov. 112. c. 2; cf. 1. 7. § 2. D. qui sat.

2, 8.—<sup>10</sup> 1. 22. § 8. D. sol. matr. 24, 3.

int. de liberis ducendis (§ 353) неудобно оставить дитя на время процесса подъ прежнимъ надзоромъ <sup>11</sup>, если предъявлена апелляція на executio, совершенную по отношенію къ движимой вещи <sup>12</sup> и т. п. <sup>13</sup>. Иногда судья беретъ секвестрованную вещь подъ свой собственный надзоръ (т. н. *sequestratio iudicialis*). Въ нынѣшнемъ правѣ къ секвестраціи присоединилось еще наложеніе ареста, т. е. судебное распоряженіе, по которому кто либо временно подвергается ограниченію въ распоряженіи своимъ мѣстопребываніемъ (личный арестъ) или своею вещью (вешный арестъ); подробное изложеніе этого института относится къ судопроизводству (ср. однако § 127, текеть между пр. 11 и 12).

3. *Вводъ во владѣніе, missio in possessionem* <sup>14</sup>, т. е. судебное распоряженіе, которымъ кому либо разрѣшается взять во владѣніе (*detentio*) какую либо вещь или имущество другого лица; это дозволеніе давалось, напримѣръ, по р. праву кредиторамъ несостоятельнаго должника (*rei servandae causa*, ибо открытіе конкурса начиналось у Римлянъ вводомъ во владѣніе, ср. § 232), тому лицу, которому оставленъ условный или срочный отказъ и которому обязанный выдать отказъ не желаетъ доставить обезпеченія (*cautio*) въ исполненіи (*legatorum nomine*, § 444 пр. 11) и т. п. *Missus* (введенный) получаетъ путемъ исполненія судебного распоряженія *detentio* <sup>15</sup> и *pignus praetorium* <sup>16</sup> (§ 189).

4. *Составленіе инвентаря, т. е. составленіе описи предметовъ, входящихъ въ составъ имущества (inventarium, repertorium)*, часто вмѣняется въ обязанность тѣмъ лицамъ, которыя должны возвратить данное имущество или совокупность отдѣльныхъ вещей или управлять ими. Безусловно обязаны составить инвентарь опекуны <sup>17</sup>, управители благотворительныхъ учрежденій <sup>20</sup>, другіе же (напр., наслѣдникъ <sup>21</sup>, узуфруктуарій <sup>22</sup>)—во избѣжаніе юридическихъ невыгодъ (ср. § 418 sub 4 b. § 446 пр. 2).

5. *Ius retentionis (право удержанія) есть право держателя вещи (который въ то же время можетъ быть юридическимъ владѣльцемъ или собственникомъ) не выдавать ея тому, кто имѣетъ*

<sup>11</sup> 1. 3. § 6. D. de lib. exh. 43, 30.—<sup>12</sup> 1. 5. C. quor. app. 7, 65.—<sup>13</sup> 1. 21. f. D. de app. 49, 1; 1. 7. § 2. D. qui sat. 2. 8.—<sup>14</sup> t. D. 42, 4: quibus ex causis in possessionem eatur.—<sup>15</sup> 1. 10. § 1. D. de a. r. p. 41, 2.—<sup>16</sup> 1. 26. D. de pign. a. 13, 7; 1. 35. D. de reb. auct. iud. 42, 5; 1. 2. C. de praet. pign. 8, 21.—<sup>17</sup> t. D. 43, 4: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.—<sup>18</sup> 1. 3. pr. § 2. 1. 4. pr. D. h. t. 43, 4; 1. 5. § 27. D. ut in poss. leg. 36, 4.—<sup>19</sup> 1. 7. pr. D. de adm. 26, 7; 1. 24. C. eod. 5, 37.—<sup>20</sup> 1. 32. C. de ep. 1, 3; Nov. 131. c. 15.—<sup>21</sup> 1. 22. C. de iure del. 6, 30; § 6. I. de her. qual. 2, 19.—<sup>22</sup> 1. 1. § 4. D. usufr. q. c. 7, 9.

на нее притязаніе, пока тотъ не удовлетворитъ вступнаго требованія, находящагося въ связи съ его притязаніемъ; такъ, напр., коммодатарій, залогоприниматель, добросовѣстный владѣлецъ могутъ удерживать вещь, пока имъ не будутъ возвращены нѣкоторыя издержки на нее<sup>23</sup> (§ 153 пр. 1 — 12). *Ius retentionis* осуществляется въ процессѣ посредствомъ *excoptio doli* (т. н. *exc. doli generalis*, § 92).

6. *Неустойка* (см. § 218).

## РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

### § 77. Самооборона и самоуправство.

*J. Schmitt*, die Selbsthilfe im Römischen Privatrecht. 1868. — *Wendt*, das Faustrecht. 1883. — *Vangerow*, §§ 132. 133. — *Windscheid*, § 123. — *Brinz*, § 82. — *Regelsberger*, § 190. — *Baron*, § 177.

I. *Самооборона* (необходимая оборона, *inculcata tutela, inculcatae tutelae moderatio*) есть отраженіе противозаконнаго нападенія; самооборону можно осуществлять даже посредствомъ насилія<sup>1</sup>: *vim vi repellere licet*. Болѣе подробныя правила излагаются въ уголовномъ правѣ.

II. *Самоуправство* есть фактическое осуществленіе дѣйствительнаго или мнимаго права путемъ нападенія частнаго лица на личность или вещь другою. Достигнутое самоуправствомъ состояніе въ большинствѣ случаевъ могло быть обратно уничтожено уже по праву позднѣйшей республики (посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ, *interd. quod vi aut clam, act. quod metus*, §§ 122. 317. 324); лицо, виновное въ самоуправствѣ, подвергалось кромѣ того со времени Цезаря уголовнымъ наказаніямъ по *lex Iulia de vi*<sup>2</sup>, но частно-правовыхъ наказаній (штрафовъ) самоуправство не влекло за собою вплоть до второй половины 2-го вѣка по Р. Хр.; съ этого же времени оно постепенно было обложено частными штрафами; исключеніе составляетъ тотъ случай, если владѣлецъ устраняетъ самоуправствомъ причиненное ему нарушеніе владѣнія<sup>3</sup>. Въ

<sup>23</sup> 1. 15. § 2. D. de furt. 47, 2; 1. 48. D. de r. v. 6, 1; 1. 1. pr. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>24</sup> 1. un. C. etiam ob chir. pec. 8, 26.

<sup>1</sup> 1. 1. § 4. 1. 3. D. de i. et i. 1, 1; 1. 4. 1. 5. pr. 1. 45. § 4. D. ad. 1. Aq. 9, 2; 1. 1. §§ 27. 28. 1. 3. § 9. 1. 17. D. de vi 43, 16; 1. 1. C. quando lic. 3, 27; 1. 1. C. unde vi 8, 4.—<sup>2</sup> Paul. V, § 26. § 4; 1. 12. § 2. D. qu. met. c. 4, 2.—<sup>3</sup> 1. 29. § 1. D. ad 1. Aq. 9, 2; 1. 22. § 2. D. quod vi 43, 24; cf. 1. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1.

частности, существуютъ слѣдующія постановленія по этому вопросу:

1. По *decretum divi Marci*<sup>4</sup> (Марка Аврелія), кредиторъ, который для удовлетворенія своего требованія *самовольно* беретъ въ залогъ вещи должника, обязанъ возратить назадъ эти вещи и лишается своего требованія; впоследствии это положеніе было распространено и на тотъ случай, если кредиторъ для того, чтобы получить удовлетвореніе, принуждаетъ должника давать вещи<sup>5</sup>, или захватываетъ вещь третьяго лица (напр., соотечественника должника), или овладѣваетъ дѣтьми должника<sup>6</sup>.

2. По закону Валентиніана, Θεодосія и Аркадія<sup>7</sup> 389 г. по Р. Хр., то лицо, которое *силою* отнимаетъ вещь, принадлежащую ему дѣйствительно или мнимо и находящуюся во владѣніи другого, должно отдать вещь назадъ, при чемъ, если это лицо собственникъ, то оно лишается своего права собственности, а если нѣтъ, то должно уплатить другому цѣну вещи.

3. Дозволяется самоуправство въ томъ случаѣ, если нельзя достигнуть своевременно судебной помощи, такъ что оно служитъ для предотвращенія неисправимаго ущерба (поэтому кредиторъ можетъ самовольно отнять у бѣгущаго должника предметъ своего требованія<sup>8</sup>), и въ случаѣ, указанномъ выше въ пр. 3.

Изложенныя начала подтверждены каноническимъ правомъ<sup>9</sup> и имперскими законами<sup>10</sup>. Но въ новѣйшее время нѣкоторые изъ ученыхъ юристовъ утверждаютъ, что, такъ какъ германскій уголовный кодексъ не назначаетъ наказанія за самоуправство вообще, то римскіе частные штрафы должны быть признаны косвенно отмѣненными. *Другими словами: самоуправство запрещено и его эффектъ можетъ быть обратнo уничтоженъ, но оно не наказывается лишеніемъ права.*

## РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

### Судебное осуществленіе правъ.

#### § 78. Введеніе.

*Savigny*, § 204.—*Windscheid*, § 122.—*Regelsberger*, § 188.

Государство заботится о доставленіи судебной защиты,

<sup>4</sup> 1. 7. D. ad l. Inl. de vi priv. 48, 7.—<sup>5</sup> 1. 13. D. qu. met. c. 4, 2.—<sup>6</sup> Nov. 52. c. 1; Nov. 134. c. 7.—<sup>7</sup> 1. 7. C. unde vi 8, 4; § 1. I. vi bon. rapt. 4, 2; § 6. I. de int. 4, 15.—<sup>8</sup> 1. 10. § 16. D. quae in fr. cred. 42, 8.—<sup>9</sup> c. 18. in VI. de praeb. 3, 4.—<sup>10</sup> KGO. 1521 г. Tit. 32. § 2; RA. 1532 г. Tit. 3. § 15.

какъ правильнаго пути для устраненія состояній, несогласныхъ съ правомъ; этотъ путь гарантируетъ поддержаніе общественнаго порядка и отличается отъ самоуправства своимъ безпристрастіемъ и надежностью; это—путь безпристрастный, потому что въ случаѣ спора о правѣ онъ даетъ возможность основательнаго изслѣдованія дѣла безпристрастными, свѣдущими людьми; это—путь надежный, потому что онъ не зависитъ отъ личной силы индивидуума. Эти два преимущества соотвѣтствуютъ двойственной дѣятельности суда, направленной къ защитѣ права; обязанность суда состоятъ въ томъ, чтобы а) рѣшить вопросъ о существованіи спорнаго права, б) исполнить это рѣшеніе, т. е. въ случаѣ необходимости прибѣгнуть къ принудительнымъ мѣрамъ. Дѣятельность суда не возникаетъ сама по должности (*ex officio*), а должна быть вызвана искомъ (*actio*) того лица, которое находитъ, что фактическое положеніе не соотвѣтствуетъ его праву; затѣмъ наступаетъ выслушаніе противной стороны (отвѣтчика) и дальнѣйшія дѣйствія (доказательства), чтобы по возможности основательнѣе подготовить рѣшеніе суда. Совокупность дѣйствій суда и сторонъ составляетъ процессъ. Процессъ можетъ быть разсматриваемъ съ двухъ сторонъ: во первыхъ, со стороны частей производства, во вторыхъ, со стороны своего вліянія на спорное право; изложеніе производства процесса относится къ наукѣ гражданскаго судопроизводства; разсмотрѣніе же матеріальнаго вліянія процесса на спорное право относится къ ученію о правахъ, т. е. къ общей части системы.

## И С К Ъ.

### А. § 79. Понятіе иска. Притязаніе.

tt. D. XLIV, 7; C. IV, 10; de obligationibus et actionibus.—t. I. IV, 6; de actionibus.—*Windscheid*, die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856.—*Muther*, zur Lehre von der Römischen Actio. 1857.—*Windscheid*, die Actio (возраженіе Muther'у). 1857.—*Bekker*, die Actionen des Römischen Privatrechts. 2 тома. 1871. 1873.—*Ploz*, Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Стр. 30 слѣд. 1880.—*Kuntze*, die Obligationen. §§ 13—20. 1886.—*Sacigny*, § 205.—*Vangerow*, § 135.—*Windscheid*, §§ 43. 44.—*Brinz*, §§ 78. 79. 92. 92<sup>a</sup>.—*Regelsberger*, §§ 52. 191.

Слову «искъ» (*actio*) придаютъ двоякій смыслъ. Съ точки зрѣнія гражданскаго судопроизводства подъ нимъ разумѣютъ *процессуальное дѣйствіе*, въ которомъ одно лицо (истецъ, actor, petitor) требуетъ защиты суда противъ опредѣленнаго

противника (отвѣтчика, *reus, possessor*), чтобы принудить послѣдняго къ признанію утверждаемаго истцомъ права и къ соотвѣтствующему поведенію. *Съ точки зрѣнія матеріальнаго права подѣ искомъ разумѣютъ правомочіе субъекта права требовать въ случаѣ нужды судебной защиты для осуществленія своего права*, т. е. правомочіе на искъ въ процессуальномъ смыслѣ; въ этомъ смыслѣ обыкновенно говорятъ: собственнику, кредитору, наслѣднику принадлежитъ искъ. Если мы имѣемъ правоотношеніе, въ которомъ субъекту права не принадлежитъ искъ, то это не есть право полное, совершенное, а или зачатки права, или, наоборотъ, право замирающее (ср. случаи натуральныхъ обязательствъ и вещнаго права послѣ погашенія иска давностью, §§ 91. 230). Право на искъ существуетъ раньше возможности своего осуществленія, оно возникаетъ (какъ возможное, потенциальное) вмѣстѣ съ самимъ правомъ; ибо всякій субъектъ права имѣетъ притязаніе на защиту и осуществленіе своего права; поэтому право на искъ не есть что то чуждое для права, прибавленное къ нему извнѣ; *напротивъ, это есть власть, присущая каждому праву: осуществленіе каждаго права можетъ быть вынуждено, каждому праву принадлежитъ то свойство, что въ случаѣ, если бы ему не соотвѣтствовало фактическое состояніе, субъектъ можетъ добиться его осуществленія,—конечно законнымъ путемъ, путемъ процесса. Такимъ образомъ, если фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ праву, то измѣняется характеръ права на искъ; къ основанію, на которое опирается искъ (самому праву), присоединяется тогда поводъ къ иску (противоположное фактическое состояніе); право на искъ изъ *потенціального* становится *актуальнымъ*: *actio nata est* (§ 87). Поэтому неосновательно мнѣніе, будто право на искъ возникаетъ лишь вслѣдствіе нарушенія права; и легальное опредѣленіе *actio* говорить противъ него: *actio nihil est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur*<sup>1</sup>.*

Изложенное отношеніе права къ праву на искъ не вездѣ проведено въ римскомъ правѣ. Въ области правъ гражданского права каждое право на искъ предполагаетъ существованіе права; напротивъ, тѣ *actiones*, которыя возникли изъ *ius honorarium*,

<sup>1</sup> pr. I. h. t. 4, 6; I. 51. D. h. t. 44, 7.

не имѣютъ (вслѣдствіе особеннаго положенія римскихъ магистратовъ, которые, хотя и не пользовались прямо законодательною властью, но могли въ своихъ эдиктахъ давать и отнимать иски, такъ что на дѣлѣ оуществляли право законодательства) въ своемъ основаніи никакого права, являясь скорѣе матеріаломъ, изъ котораго лишь можно выводить право, и источники часто довольствуются въ этой области тѣмъ, что приписываютъ кому либо *actio*, между тѣмъ какъ слѣдовало бы ожидать приписанія права (отсюда часто повторяющіяся выраженія въ преторскихъ эдиктахъ: *actionem dabo, iudicium dabo*). Встрѣчается и противоположное явленіе: у управомоченнаго по *ius civile* — *ius honorarium* отнимаетъ *actio*, такъ что цивильное право сводится къ какой то безжизненной тѣни (напр., *nudum ius Quiritium, heres sine re*, § 388 пр. 7. 8). Такія явленія влекутъ за собою въ римскомъ правѣ независимость иска отъ права: право (цивильное) часто лишено иска, *actio* (*honoraria*) не имѣетъ въ своемъ основаніи никакого права. Эта независимость не оправдывается внутренними основаніями (и въ настоящее время должна быть устранена вслѣдствіе измѣненія государственнаго устройства).

Въ новое время выставлено мнѣніе, что понятіе *actio* (иска) слѣдуетъ оставить, замѣнивъ его понятіемъ *притязанія*. Приверженцы этого мнѣнія излагаютъ различіе между притязаніемъ и искомъ слѣд. образомъ: притязаніе есть *личное* направленіе всякаго права въ субъективномъ смыслѣ; ибо всякое право въ субъективномъ смыслѣ даетъ лицу господство воли надъ другими, обязательственное и семейственное право — непосредственную власть, вещное и наследственное право — косвенную; лица должны такъ вести себя, какъ этого требуетъ право въ субъективномъ смыслѣ; *и вотъ, притязаніе есть правомочіе субъекта права требовать отъ противостоящихъ ему лицъ поведенія, согласнаго съ его правомъ*; притязаніе является непосредственнымъ слѣдствіемъ всякаго права въ субъективномъ смыслѣ. Но у Римлянъ не было ни понятія притязанія, ни соотвѣтственнаго выраженія; понятіе притязанія замѣняется у нихъ понятіемъ *actio*; *actio* есть правомочіе субъекта права *принудить судебнымъ порядкомъ* противостоящихъ лицъ къ поведенію, согласному съ его правомъ. Притязаніе и *actio* относятся какъ основаніе и слѣдствіе; такъ какъ существуетъ притязаніе, то

его можно осуществить судомъ, но притязаніе не состоитъ въ одной только судебной осуществимости, а и въ иномъ осуществленіи помимо суда (напр., *compensatio, retentio*), а также и въ правѣ утверждать (напр., посредствомъ напоминанія); съ другой стороны, есть притязанія, которыя могутъ быть осуществлены не путемъ иска, а лишь путемъ возраженія, напр., притязаніе владѣльца чужой вещи на возмѣщеніе издержекъ (§ 153 sub 1), притязаніе на *beneficium excussionis* и *divisionis* (§ 246 пр. 11—13); однимъ словомъ, притязаніе имѣетъ бѣльшій объемъ, нежели *actio*. Поэтому логически и практически вѣрнѣе было бы говорить о притязаніи, нежели объ *actio*, а иное отношеніе Римлянъ къ этому вопросу объясняется историческими причинами (а именно, указаннымъ нами выше положеніемъ римскихъ магистратовъ); кромѣ того Римляне развили въ связи съ *actio* такія понятія и нормы, которыя, независимо отъ судебного осуществленія, скорѣе имѣютъ въ виду лежащее въ основаніи притязаніе; такъ, напримѣръ, выраженіе *actio poenalis* означаетъ не только судебную осуществимость штрафа, но главнымъ образомъ существованіе притязанія на штрафъ, и правило, что *actio vindictam spirans* прекращается смертью лица (§ 82), означаетъ не только, что въ такомъ случаѣ становится невозможнымъ судебное преслѣдованіе, но также, что смертью вполне устраняется самое притязаніе. — Нельзя этому новому мнѣнію отказать въ основательности; но въ дальнѣйшемъ изложеніи мы оставимъ его въ сторонѣ именно потому, что предметъ нашего изложенія—римское право.

## В. Виды исковъ.

### 1) § 80. *Actiones in personam, in rem, quae mixtam causam habent.*

*Savigny*, §§ 206—209. — *Vangerow*, §§ 136. 137. — *Windscheid*, §§ 43. 45. — *Brinz*, §§ 84. 88. — *Baron*, § 203. — *Regelsberger*, § 53.

I. Главное дѣленіе исковъ есть дѣленіе на *actiones in personam* (*act. personales*, *actiones* просто, личные иски) и *actiones in rem* (*vindicationes*, *petitiones*, вещные иски<sup>1</sup>). *Actio in personam* есть искъ, который направленъ на какое либо дѣйствіе

<sup>1</sup> § 1. I. h. t. 4, 6; Gai. 4, 1—3; l. 25. пр. 1. 28. D. h. t. 44, 7; l. 178. § 2. D. de v. s. 50, 16.

лица, съ самаго начала опредѣленнаго, стало быть, по общему правилу, — искъ изъ обязательства. Подъ *actio in rem* слѣдуетъ разумѣть всякій другой искъ, такъ какъ слова «*in rem*» имѣютъ чисто отрицательное значеніе, которое повторяется и въ связи съ другими выраженіями (*pacta in rem*, *exscriptio in rem*<sup>2</sup>); по-этому къ *actiones in rem* относятся:

- а) иски изъ вещныхъ правъ (*actiones in rem speciales*<sup>2а</sup>);
- б) иски изъ правъ семейственныхъ (напр., *vindicatio filii*<sup>3</sup>, § 353);
- в) иски изъ наслѣдственнаго права (*actiones in rem de universitate*<sup>4</sup>);

д) *praeiudicia* (*actiones praeiudiciales*), т. е. тѣ процессы, которые имѣютъ цѣлью не присужденіе противника, а только признаніе или непризнаніе какого либо отношенія, *status* лица (признаніе даннаго лица свободнымъ, свободно-рожденнымъ, законнорожденнымъ<sup>5</sup>), или фактическаго событія (наприм., *an venditio bonorum iure facta sit, quanta dos sit*<sup>6</sup>); отъ признанія или непризнанія отношенія зависятъ всѣ связанные съ нимъ вопросы и процессы, такъ что теперешній процессъ является предварительнымъ процессомъ, *praeiudicium* (этотъ установительный искъ вновь признанъ И. у. г. с. §§ 231, 253).

Съ *act. in rem* нельзя смѣшивать *actio in rem scripta*; это названіе присвоено въ источникахъ<sup>7</sup> иску *quod metus* (*actio in rem scripta quod metus*), потому что подвергшееся угрозамъ лицо можетъ предъявить его не только противъ самого угрожавшаго, но и противъ всякаго лица, которое обогатилось вслѣдствіе угрозъ (§ 51 пр. 29).

II. *Actiones quae mixtam causam habent*. Такъ названы въ источникахъ<sup>12</sup> три иска о раздѣлѣ (*act. familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*). Въ самомъ дѣлѣ, у нихъ двойственное содержаніе; эти иски направлены, съ одной

<sup>2</sup> 1. 7. § 8. 1. 17. § 5. 1. 57. § 1. D. de pact. 2, 14; 1. 19. § 1. D. quod met. 4, 2; 1. 10. D. de o. n. n. 39; 1; 1. 1. § 3. D. de int. 43, 1; 1. 5. § 13. D. quod vi 43, 24.—<sup>2а</sup> 1. 1. pr. § 1. De de rei vind. 6, 1.—<sup>3</sup> 1. 1. § 2. D. de r. v. 6, 1; Gai. 1, 134. 168; Ulp. fr. 11, 6—8. 19, 11.—<sup>4</sup> 1. 1. pr. 1. 27 § 3. D. de r. v. 6, 1; 1. 25. § 18. 1. 49. D. de h. p. 5, 3.—<sup>5</sup> § 13. I. h. t. 4, 6.—<sup>6</sup> Gai. 3, 123. 4, 14; Paul. V, 9. § 1; 1. 30. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—<sup>7</sup> 1. 9. § 8. D. quod met. 4, 2; 1. 4. § 33. D. de dol. exc. 44, 4.—<sup>8</sup> § 31. I. h. t. 4, 6.—<sup>9</sup> 1. 6. § 5. 1. 12. D. de aq. pl. 39, 3.—<sup>10</sup> 1. 1. § 13. D. quod leg. 43, 3.—<sup>11</sup> § 5. I. de nox. act. 4, 8; 1. 1. § 12. D. si quadr. 9, 1.—<sup>12</sup> § 20. I. h. t. 4, 6.

стороны, на раздѣлъ общей собственности или установление межей, чего можно требовать отъ какого угодно участника въ общей собственности или какого угодно сосѣда, но, съ другой стороны, между данными опредѣленными участниками въ общей собственности или опредѣленными сосѣдами существуетъ обязательство изъ общности имущества или отношенія сосѣдства (§§ 304. 305), и обязанности, отсюда истекающія (praestationes personales), также преслѣдуются тѣми исками <sup>13</sup>.

## 2) § 81. Actiones rei persequendae causa, roepae persequendae causa, mixtae.

*Thering*, das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. § 58 ff. 1867. (Vermischte Schriften S. 219 ff. 1879).—*Savigny*, §§ 210—212. *Vangerow*, § 142.—*Windscheid*, §§ 263. 326.—*Brinz*, § 85.—*Regelsberger*, § 53.

I. *Понятіе*. Смотри по объекту, иски, касающіеся имущества, дѣлятся на actiones rei persequendae causa, roepae persequendae causa, mixtae <sup>1</sup>.

1. Actiones rei persequendae causa (у новыхъ юр.—actiones rei persecutoriae, иски о возмѣщеніи, охранительные иски) направлены на восстановление нарушеннаго имущественнаго положенія лица; сюда относятся иски изъ вещныхъ правъ и обязательственныхъ договоровъ.

2. Actiones roepae persequendae causa, roepales, штрафные иски; они служатъ для того, чтобы причинить правонарушителю извѣстное зло, состоящее въ томъ, что имущество нарушителя уменьшается на извѣстное quantum (роена), которое придается къ имуществу лица потерпѣвшаго, наприм., actio furti, iniuriarum.

3. Actiones mixtae, смѣшанные иски, направленные и на восстановление нарушеннаго юридическаго положенія лица, и на увеличеніе его имущества на счетъ нарушителя въ наказаніе послѣднему. Сюда, напр., относится act. vi bonorum rartorum, а также и act. legis Aquiliae, потому что вслѣдствіе особаго способа оцѣнки (*найвысшая цѣна за послѣдній годъ*

<sup>13</sup> l. 1. D. fin. reg. 10, 1; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40; §§ 4—7. I. de off. ind. 4, 17; Gai. 4, 42.—<sup>14</sup> l. 7. C. de h. p. 3, 31.

<sup>1</sup> §§ 16—27. I. h. t. 4, 6; Gai. 4, 6—9.—<sup>2</sup> l. 40. D. de d. m. 4, 3.

или мѣсяць <sup>3)</sup> потерпѣвшій обыкновенно получает болѣе, чѣмъ потерялъ отъ правонарушенія.

II. *Особыя правила о штрафныхъ и смѣшанныхъ искахъ.* Здѣсь необходимо упомянуть слѣд. два правила:

1. Если нѣсколько лицъ совершаютъ деликтъ (§ 209) или сродное дѣяніе, преслѣдуемое штрафнымъ или смѣшаннымъ искомъ, то каждое изъ виновныхъ лицъ уплачиваетъ полный штрафъ, который такимъ образомъ уплачивается столько разъ, сколько было участниковъ въ незаконномъ дѣяніи <sup>8</sup>.

2. *Actiones rei persecutoriae* могутъ быть осуществлены противъ наслѣдниковъ нарушителя (*actiones in heredem comprehunt*), а штрафные иски не могутъ <sup>10</sup>: *in roenam heres non succedit*<sup>11</sup>; смѣшанные иски могутъ быть по р. пр. осуществлены противъ наслѣдниковъ лишь въ размѣрѣ ихъ обогащенія отъ дѣянія наслѣдодателя<sup>12</sup>; каноническое право <sup>13</sup> возложило на наслѣдниковъ неограниченную ответственность за вредъ (*iuxta facultates suas*), но по узальному толкованію этого каноническаго положенія на практикѣ наслѣдники отвѣчаютъ за вредъ лишь въ размѣрѣ наслѣдства (*iuxta facultates hereditatis*). Впрочемъ, если искъ (штрафной или смѣшанный) былъ предъявленъ противъ самого нарушителя, который умеръ послѣ *litiscontestatio* (§ 94), то такой искъ можно продолжать со всѣми его послѣдствіями противъ наслѣдниковъ <sup>14</sup>, такъ какъ въ *litiscontestatio* заключается т. н. *povatio necessaria* (§ 267 пр. 2).

III. *Теперешняя примѣнимость штрафныхъ и смѣшанныхъ исковъ.* Что касается штрафныхъ и смѣшанныхъ исковъ, а также и другихъ сродныхъ исковъ въ ихъ штрафномъ элементѣ, то ихъ теперешняя примѣнимость спорна въ теоріи и на практикѣ. Большинство юристовъ

<sup>3</sup> § 9. I. ad. l. Aq. 4, 3; cf. l. 23. § 8. l. 51. § 1. D. ad. Aq. 9, 2.—<sup>4</sup> §§ 19. 26. I. h. t. 4, 6.—<sup>5</sup> §§ 25. 27. I. h. t. 4, 6; l. 45. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>6</sup> §§ 19. 23. 26. I. h. t. 4, 6; Nov. 18. c. 8.—<sup>7</sup> § 17. I. h. t. 4, 6; l. 1. § 1. D. dep. 16, 3.—<sup>8</sup> l. 11. § 2. l. 51. i. f. D. ad. l. Aq. 9, 2; l. 55. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 5. § 3. D. si quis eum 2, 7; l. 1. C. de cond. furt. 4, 8.—<sup>9</sup> l. 1. § 4. D. de eo per quem fact. 2, 10; l. 14. § 15. l. 15. D. quod met. 4, 2; l. 1. § 10. l. 3. l. 4. D. de his qui eff. 9, 3; l. 17. pr. D. de dol. 4, 3.—<sup>10</sup> § 1. I. de perp. et temp. act. 4, 12; l. 5. §§ 5. 13. D. de his qui eff. 9, 3; l. 1. pr. D. de priv. del. 47, 1.—<sup>11</sup> l. 22. D. de o. n. n. 39, 1.—<sup>12</sup> l. 4. § 2. D. de inc. 47, 9; l. 35. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 38. l. 44. D. de r. v. 6, 1; l. 1. § 6. D. de eo per quem fact. 2, 10; l. 42. l. 52. D. de r. v. 6, 1.—<sup>13</sup> c. 14. X. de sep. 3, 28; c. 9. X. de us. 5, 19; c. 5. X. de rapt. 5, 17; c. 28. X. de sent. exc. 5, 39.—<sup>14</sup> § 1. I. de perp. et temp. act. 4, 12; l. 26. l. 58. D. de o. et a. 44, 7; l. 139. l. 164. D. de r. i. 50, 17; l. 28. D. de ini. 47, 10.

согласны въ томъ, что штрафные иски не примѣнимы въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ теперь имѣеть мѣсто уголовное наказаніе (а именно, въ случаѣ кражи, обмана, насилія и оскорбленія чести), даѣе, въ тѣхъ случаяхъ, которые находятся въ связи съ чисто римскими учрежденіями (act. populares, § 84) или особенностями римскаго судопроизводства (напр., при act. quod metus, redhibitoria, при искахъ, гдѣ lis infitiando crescit in duplum). Съ другой стороны, иски, направленные на штрафы за расторженіе брака и за заключеніе вторичнаго брака (§§ 349 и сл.) безспорно имѣють силу и въ настоящее время. Относительно прочихъ штрафныхъ исковъ слѣдуетъ принять во вниманіе, что въ практикѣ судовъ можно насчитать лишь весьма немного случаевъ ихъ примѣненія. Если держаться той точки зрѣнія, что римское право реципировано не in complexu, а лишь поскольку наступило его примѣненіе (§ 1), то слѣдуетъ склониться въ пользу непримѣнимости штрафныхъ исковъ.

### 3) § 82. Такъ наз. actiones vindictam spirantes.

*Pollack* въ соч. цит. въ § 69. — *Savigny*, § 230. — *Vangerow*, § 145. — *Regelsberger*, § 53.

Цѣль нѣкоторыхъ исковъ состоитъ въ томъ, чтобы дать потерпѣвшему удовлетвореніе за личную обиду; вслѣдствіе этого ихъ можетъ предъявлять лишь самъ потерпѣвшій, но не его наслѣдники<sup>1</sup>; но если потерпѣвшее лицо уже начало процессъ, то наслѣдники могутъ его продолжать, такъ какъ въ litiscontestatio заключается novatio necessaria<sup>2</sup> (§ 267 пр. 2). Объ этихъ искахъ источники выражаются: vindictam continent, ad ultionem pertinent; новые юр. называютъ ихъ actiones vindictam spirantes. Сюда относятся: act. iniuriarum<sup>3</sup>, искъ о возвращеніи дара вслѣдствіе неблагодарности<sup>4</sup>, querela inofficiosi testamenti<sup>5</sup> и нѣкот. др.

### 4) § 83. Actiones simplices, duplices.

*Eck*, die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und Gemeinen Deutschen Rechts. 1870. — *Savigny*, § 225. — *Brinz*, § 89. — *Regelsberger*, § 53.

Обыкновенно иски бываютъ actiones simplices, т. е. истецъ проситъ присудить отвѣтчика или (въ praeiudicia) признать

<sup>1</sup> § 1. I. de perp. act. 4, 12; 1. 2. § 4. D. de coll. 37, 6. — <sup>2</sup> § 1. i. f. I. de perp. act. 4, 12; 1. 139. D. de r. i. 50, 17. — <sup>3</sup> 1. 13. пр. 1. 28. D. de ini. 47, 10. — <sup>4</sup> 1. 1. 1. 7. 1. 10. C. de rev. don. 8, 55. — <sup>5</sup> 1. 6. § 2. 1. 7. 1. 15. § 1. D. de inoff. 5, 2; 1. 5. C. eod. 3, 28. — <sup>6</sup> 1. 5. § 5. D. de his qui eff. 9, 3. — <sup>7</sup> 1. 15. § 1. D. sol. matr. 24, 3.

извѣстное отношеніе; отвѣтчикъ просить отказать противнику въ искѣ или признать противоположное отношеніе. Въ нѣкоторыхъ же искахъ каждая сторона по необходимости соединяетъ въ своемъ лицѣ роль истца и отвѣтчика вмѣстѣ; это — *actiones duplices* (двусторонніе, обоюдные иски); сюда относятся иски о раздѣлѣ<sup>1</sup> (§ 80 sub II); въ рѣшеніи о раздѣлѣ каждой сторонѣ что либо присуждается и въ чемъ либо отказывается. Источники<sup>2</sup>, далѣе, причисляютъ къ двустороннимъ искамъ *interdicta retinendae possessionis* (§ 120); но двусторонность вытекаетъ здѣсь не изъ самаго понятія этихъ интердиктовъ, а изъ требованія сторонъ; поэтому ея можетъ и не быть (§ 120 sub 1. b), и даже тамъ, гдѣ двусторонность имѣетъ мѣсто (§ 120 sub 1. a), она состоитъ не въ томъ, что каждая сторона въ одно и то же время и побѣждаетъ и подвергается присужденію, а напротивъ, побѣждаетъ одна сторона, другая же подвергается присужденію.

#### 5) § 84. Подраздѣленія исковъ, важныя въ историческомъ отношеніи.

*Schmidt*, das Interdictenverfahren der Römer. 1853. — *Pfersche*, die Interdicte des Römischen Civilprocesses. 1888. — *Bruns*, die Römischen Popularklagen въ Kleinere Schriften I. 313—375. 1882. — *Gradenwitz*, Interpolationen in den Pandecten. § 15 (Bonae fidei iudicia). 1887. — *Savigny*, §§ 213—224. Beilagen Nr. 13. 14. — *Baron*, Abh. aus dem Römischen Civilprocess. 1-й томъ: die Condictioenen. 1881. — *Pfersche*, die Bereicherungsklagen. Стр. 6—51. 1883. — *Vangerow*, §§ 138—141. 143. — *Windscheid*, § 46. — *Brinz*, § 83. 86. 87. 90. 91. 227. 228. — *Baron*, §§ 142. 205. 206. 216. 220.

Для пониманія источниковъ необходимо изложить нѣкоторыя дѣленія исковъ, которыя отчасти уже въ правѣ Юстиніана, отчасти же въ современномъ правѣ не имѣютъ практическаго значенія. Сюда относятся дѣленія на:

1. *Actiones civiles* и *honorariae* (*praetoriae, aediliciae*); первыя принадлежатъ къ *ius civile*, вторыя введены эдиктами магистратовъ<sup>1</sup>.

2. *Actiones directae, utiles, in factum*. При введеніи новаго иска эдиктомъ магистрата могъ быть избранъ двоякій путь:

<sup>1</sup> 1. 2. § 1. D. comm. div. 10, 3; 1. 2. § 3. l. 44. § 4. D. fam. erc. 10, 2; 1. 10. D. fin. reg. 10, 1; 1. 37. § 1. D. de o. et a. 44, 7. — <sup>2</sup> § 7. I. de int. 4, 15; 1. 2. pr. D. de int. 43, 1; 1. 3. § 1. D. uti poss. 43, 17; 1. 37. § 1. D. de o. et a. 44, 7; Gai. 4, 160.

<sup>1</sup> 1. 25. § 2. D. de o. et a. 44, 7; §§ 3. 12. I. h. t. 4, 6.

или, взявъ за образецъ искъ, уже дѣйствующій для опредѣленнаго случая (по большей части *actio civilis*), переносили его на сродный случай, напр., искъ собственника на эфитевту, искъ педента на цессіонарія, искъ *heredis* на *bonorum possessor'a*; тогда искъ, послужившій образцомъ, получалъ названіе *actio directa*, искъ, составленный по его образцу, назывался *actio utilis*<sup>2</sup>; или составляли искъ совершенно новый, приспособленный только къ фактическимъ обстоятельствамъ даннаго случая; тогда искъ получалъ наименованіе *actio in factum*<sup>3</sup>, если его не предпочитали назвать по имени изобрѣтателя (напр., *act. Serviana, Pauliana*) или по основанію предъявленія (напр., *act. doli, pecuniae constitutae*). Но въ одномъ случаѣ *actio in factum* имѣетъ иное значеніе, а именно, такъ называютъ *цивильный* искъ изъ *contractus innominatus* (*act. in factum civilis, praescriptis verbis in factum*<sup>4</sup>, § 209 пр. 19). *Act. in factum* (въ обыкновенномъ смыслѣ слова) можетъ въ свою очередь послужить образцомъ для новаго иска; такъ, *act. Serviana* послужила образцомъ для *act. hypothecaria*.—Съ изложеннымъ дѣленіемъ на *actio directa* и *utilis* нельзя смѣшивать различія между *actio directa* и *contraria*; это различіе находится въ связи со свойствами нѣкоторыхъ обязательствъ (т. н. *bilaterales inaequales*, § 215 sub I).

3. *Actiones* въ тѣсномъ смыслѣ, въ противоположность къ *extraordinariae cognitiones* и къ *interdicta*. Въ періодъ формулярнаго процесса обыкновенное производство (такъ наз. *ordo iudiciorum Romanorum privatorum*) дѣлилось на двѣ части: а) производство *in iure*, состоящее въ краткомъ изложеніи сторонами своихъ требованій предъ магистратомъ и завершающееся постановленіемъ о передачѣ дѣла одному или нѣсколькимъ присяжнымъ (*iudex, arbiter, recuperatores*) или постоянному суду (*decemviri, centumviri*) для разбора; б) производство *in iudicio*, состоящее въ подробномъ разборѣ дѣла и въ постановленіи суд. рѣшенія присяжными или судомъ. По исключенію въ нѣкоторыхъ процессахъ (напр., о гонорарѣ, объ *alimenta*, о фидеикоммиссахъ) это дѣленіе въ императорскую эпоху было оставлено, такъ что магистратъ самъ разбиралъ дѣло и постановлялъ рѣшеніе. Обыкновенное производство на-

<sup>2</sup> 1. 21. D. de pr. v. 19, 5; § 16. I. ad l. Aq. 4, 3.—<sup>3</sup> Gai. 4, 46. 107; 1. 1. пр. 1. 3. § 1. D. nautae 4, 9.—<sup>4</sup> 1. 1. пр. 1. 4. D. de pr. v. 19, 5.

зывалось *actio*, чрезвычайное — *extraordinaria cognitio*<sup>5</sup>; чрезвычайное производство въ области имущественныхъ исковъ называлось также *extraordinaria persecutio*<sup>6</sup>. — Въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣло мѣсто совсѣмъ особое производство<sup>7</sup>; а именно, по просьбѣ истца магистратъ приказывалъ отвѣтчику: въ случаѣ правильности показаній истца исполнить его требованіе; и лишь въ томъ случаѣ, когда этотъ приказъ не исполнялся, назначался присяжный для разбора дѣла и постановленія рѣшенія. *Условный приказъ магистрата назывался interdictum*; содержаніемъ интердикта могло быть требованіе, чтобы отвѣтчикъ выдалъ или предъявилъ какую либо вещь, или чтобы онъ не причинялъ насилія истцу, или и то и другое; поэтому интердикты *по своей цѣли* распадаются на *int. restitutoria*, *exhibitoria*, *prohibitoria* и *mixta*<sup>8</sup>. Интердикты встрѣчаются во всѣхъ областяхъ права<sup>9</sup>, поэтому *по юридическому основанію* ихъ подраздѣляютъ на *int. de divinis rebus* (напр., *de locis sacris, religiosis*) и *de humanis rebus*; послѣдніе бываютъ *publicae utilitatis causa* (напр., *de via publica, de flumine publico*), или *sui iuris tuendi causa* (напр., *de liberis exhibendis*) или *officii causa* (напр., *de libero homine exhibendo*), или *rei familiaris causa*; *int. rei familiaris c.* бываютъ<sup>10</sup> или *adipiscendae possessionis* (напр., *int. quorum bonorum, Salvianum*), или *retinendae possessionis* (*int. uti possidetis, utrobi*), или *recuperandae possessionis* (*int. unde vi, de precario*). — Прежде часто утверждали, что всѣ интердикты были ускоренными (суммарными) процессами; новѣйшія изслѣдованія показали, что этимъ свойствомъ обладали лишь нѣкоторые интердикты. — При Юстиніанѣ описанное раздѣленное производство исчезло, и *extraordinaria cognitio* сдѣлалась обыкновеннымъ производствомъ<sup>11</sup>. Особенности производства интердиктовъ въ правѣ Юстиніана также исчезли: интердиктъ уже не издается судьей въ видѣ приказа отвѣтчику, а является приказомъ для всѣхъ, т. е. нормою права, на которой основывается искъ (*actio ex causa*

<sup>5</sup> t. D. 50, 13: de extraordinariis cognitionibus; l. 17. D. de r. c. 12, 1. — <sup>6</sup> l. 178. § 2. D. de v. s. 50, 16. — <sup>7</sup> Gai. 4, 139—170; t. D. 43, 1: de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt; t. C. 8, 1; t. I. 4, 15: de interdictis. <sup>8</sup> § 1. I. h. t. 4, 15; l. 1. § 1. D. h. t. 43, 1. — <sup>9</sup> l. 2. §§ 1. 3. D. h. t. 43, 1; cf. l. 1. pr. eod. — <sup>10</sup> Ср. однако l. 1. pr. D. de tab. exh. 43, 5. — <sup>11</sup> pr. l. de succ. subl. 3, 12; § 8. I. h. t. 4, 15.

interdicti<sup>12</sup>); тѣмъ не менѣ названія, которыя употребляли классическіе юристы, и теперь въ ходу.

4. *Actiones arbitrariae*. Такъ называются нѣкоторыя иски вслѣдствіе особенности своего производства. Такъ какъ въ періодъ формулярнаго процесса присужденіе выражалось въ денежной суммѣ<sup>13</sup>, а это не всегда бываетъ цѣлесообразнымъ, то судья въ нѣкоторыхъ искахъ старался побудить отвѣтчика добровольно выдать или предъявить вещь истцу<sup>14</sup>; такой приемъ употреблялся при *act. restitutoriae* и *exhibitoriae*, были ли это иски вещные (напр., *rei vindicatio*, *act. hypothecaria*), или личные (напр., *act. ad exhibendum*, *quod metus*), и состоялъ обыкновенно въ слѣдующемъ: судья до постановленія рѣшенія предлагалъ отвѣтчику добровольно исполнить требуемое дѣйствіе (*arbitrium de restituendo*, *de exhibendo*), освобождалъ его отъ иска въ случаѣ добровольнаго исполненія и присуждалъ въ противномъ случаѣ къ уплатѣ денежной суммы, которая при *dolus* или *culpa lata* отвѣтчика опредѣляется клятвенною оцѣнкою истца (*iusiurandum in litem*, § 45)<sup>15</sup>. Такъ какъ по праву Юстиніана (и нынѣшнему) присужденіе отвѣтчика направляется на самоё спорную вещь, то *arbitrium de restituendo* или *exhibendo* исчезло<sup>16</sup>.

5. *Actiones stricti iuris* и *bonae fidei*<sup>17</sup>. *Actio stricti iuris*<sup>18</sup> есть такой искъ, къ которому примѣняется *iudicium strictum*, т. е. усмотрѣнію судьи не предоставляется простора, судья здѣсь тѣсно связанъ договоромъ сторонъ<sup>19</sup>; при *act. bonae fidei* судья долженъ основываться на *bona fides*, что даетъ широкій просторъ его свободному усмотрѣнію, обсужденію по началамъ *summae aequitatis*<sup>19a</sup>. Различіе это видно изъ слѣдующихъ нормъ права:

а. Въ *bonae fidei iudicia* судья принимаетъ во вниманіе обычаи гражданскаго оборота<sup>20</sup>.

б. Въ *bonae fidei iudicia* судья принимаетъ во вниманіе неформальныя побочныя соглашенія сторонъ (*pacta adiecta*)<sup>21</sup>;

<sup>12</sup> pr. § 8. I. h. t. 4, 15. — <sup>13</sup> Gai. 4, 48. 52. — <sup>14</sup> § 31. I. h. t. 4, 6. — <sup>15</sup> l. 2. § 1. D. de in lit. iur. 12, 3. — <sup>16</sup> cf. l. 68. D. de r. v. 6, 1. — <sup>17</sup> §§ 28—30. I. h. t. 4, 6. — <sup>18</sup> § 30. I. h. t. 4, 6; l. 5. § 4. D. de in lit. iur. 12, 3; l. 3. § 2. D. comm. 13, 6. — <sup>19</sup> l. 99. D. de v. o. 45, 1; Cic. pro Caec. 3. — <sup>19a</sup> § 30. I. h. t. 4, 6; l. 31. D. dep. 16, 3. — <sup>20</sup> l. 31. § 20. D. de aed. ed. 21, 1; l. 7. D. de neg. gest. 3, 5. — <sup>21</sup> l. 7. § 5. D. de pact. 2, 14.

въ *stricta iudicia* въ древнее время это совсѣмъ не допускалось<sup>22</sup>, въ позднѣйшее время появилось нѣсколько исключеній<sup>23</sup>.

c. *Bonae fidei iudiciis exceptio doli inest*<sup>24</sup>, т. е. отвѣтчику въ періодъ процесса *per formulas* не было необходимо предъявлять магистрату *ex. doli* (§ 92) для внесенія ея въ формулу; въ *stricta iudicia* это было необходимо, потому что въ противномъ случаѣ отвѣтчикъ предъ присяжнымъ уже не могъ обвинить истца въ *dolus* (ср. § 265 текстъ между пр. 38 и 39).

d. Въ *bonae fidei iudicia* отвѣтчикъ присуждается также къ выдачѣ прибыли, полученной имъ отъ предмета долга (*omnis causa* § 95), въ частности плодовъ (какъ извлеченныхъ, такъ и упущенныхъ)<sup>25</sup>; этого не бываетъ въ *stricta iudicia*, гдѣ отвѣтчикъ обязанъ выдавать *omnis causa* даже не съ момента *morae*<sup>26</sup>, а лишь съ момента *litiscontestatio*<sup>27</sup>.

*Actiones stricti iuris* суть иски изъ *stipulatio*<sup>28</sup>, изъ *contractus litterales*, изъ займа и *act. legati ex testamento*<sup>29a</sup>, а также, по прежнему общему мнѣнію, и всѣ *condictiones* (см. противъ этого ниже sub 6); *actiones bonae fidei* суть иски изъ реальныхъ (кромѣ займа), консенсуальныхъ контрактовъ и *quasi-контрактовъ* (кромѣ легата); въ прежнее время сюда относились также *act. fiduciariae* и *rei uxoriae*<sup>30</sup>. Изъ этого перечисленія видно, что противоположность *act. stricti iuris* и *bonae fidei* касалась почти только исковъ изъ контрактовъ и *quasi-контрактовъ* (§ 209), и что иски изъ вещныхъ правъ и проступковъ не подходили ни подъ одинъ изъ этихъ двухъ классовъ; искъ *hereditatis petitio* лишь Юстиніаномъ былъ преобразованъ въ *act. bonae fidei*. Въ настоящее время эта противоположность вообще не существуетъ, по крайней мѣрѣ что касается исковъ, заимствованныхъ изъ римскаго права: во всѣхъ этихъ искахъ предоставленъ извѣстный просторъ свободному усмотрѣнію судьи; новыя отношенія, впрочемъ, породили новые иски безъ усмотрѣнія судьи, въ частности сюда относятся иски по векселю.

<sup>22</sup> arg. l. 7. § 5. D. de pact. 2, 14.—<sup>23</sup> l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 11. C. de usur. 4, 32.—<sup>24</sup> l. 21. D. sol. matr. 24, 3; l. 84. § 5. D. de leg. 1 (30); l. 3. D. de resc. vend. 18, 5.—<sup>25</sup> l. 38. § 8. sq. § 15. D. de us. 22, 1.—<sup>26</sup> l. 38. § 7. D. de us. 22, 1; l. 3. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>27</sup> l. 31. pr. D. de r. c. 12, 1; l. 1. l. 2. l. 4. C. de us. et fruct. 6, 47.—<sup>28</sup> l. 54. D. mand. 17, 1; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; l. 9. § 2. D. de statul. 40, 7.—<sup>29</sup> l. un. § 2. C. de rei ux. act. 5, 13; l. 5. § 4. D. de in lit. iur. 12, 3.—<sup>29a</sup> Gai. 2, 280.—<sup>30</sup> §§ 28. 29. I. h. t. 4, 6; Gai. 4, 62; 2, 280.

6. *Conditiones*. Иски эти причислялись прежде общимъ мнѣніемъ къ *actiones stricti iuris*<sup>31</sup>; по мнѣнію, выставленному авторомъ этого учебника и признанному теперь общимъ мнѣніемъ, *condictio* есть *абстрактный* искъ изъ требованія, признаннаго гражданскимъ правомъ, т. е. личный искъ, при предъявленіи котораго основаніе иска (*causa debendi*) не указывается магистрату и не вносится въ формулу; отвѣтчикъ обязанъ указать основаніе иска *лишь присяжному*; неопровержимымъ доказательствомъ основательности этого положенія служатъ дошедшія до насъ формулы исковъ *cond. furtiva*, *cond. indebiti*<sup>32</sup> и иска изъ займа<sup>33</sup> (*si paret Numerium dare oportere*). Поэтому то классическіе юристы подраздѣляютъ *condictiones* только по ихъ объекту: на *cond. certi*<sup>34</sup> (объектъ—денежная сумма), *cond. triticaria*<sup>35</sup> (— другіе опредѣленные предметы) и *cond. incerti*<sup>36</sup> (—неопредѣленные дѣйствія). Но у нихъ не было дѣленія по основаніямъ иска; принятое въ настоящее время дѣленіе на *cond. ex mutuo*, *indebiti*, *causa data causa non secuta*, *ob turpem causam*, *ob iniustam causam*, *sine causa*, *ex lege*—ведетъ свое происхожденіе не отъ классическихъ юристовъ, а отъ Юстиніана; классическіе юристы или совсѣмъ не знаютъ этихъ названій, или не придаютъ имъ технического значенія (§ 280). Основанія иска классическіе юристы никогда не называютъ въ связи съ *condictio*, они не говорятъ (что до сихъ поръ считалось непонятнымъ) *condictio ex stipulatu*, но *actio ex stipulatu*.—Именно потому, что *condictio* не связана ни съ какими основаніями исковъ, искъ этотъ можетъ быть предъявленъ на любомъ основаніи, признанномъ гражданскимъ правомъ: *contractus*, *delictum*, *testamentum*; это прямо подтверждается источниками<sup>37</sup>.—Если *condictio* предъявлена въ томъ случаѣ, гдѣ можно было вчать *actio famosa* (§ 27), то присужденіе отвѣтчика не влечетъ за собою его *infamia*<sup>38</sup>, именно потому, что формула *condictionis* не содержитъ въ себѣ основанія иска. Такъ какъ въ нынѣшнемъ правѣ<sup>39</sup> основаніе

<sup>31</sup> Ср. противъ этого l. 66. D. de cond. i. 12, 6. <sup>32</sup> Gai. 4, 4; § 14. I. de act. 4, 6; § 1. I. qu. m. re contr. obl. 3, 14; Gai. 3, 91; cf. 4, 64. 86.—<sup>33</sup> l. 5. § 3. D. de o. et a. 44, 7; Cic. pro Q. Rosc. comoedo c. 5.—<sup>34</sup> t. D. 12, 1: de rebus creditis si certum petetur et de condicione; t. C. 4, 2: si certum petatur.—<sup>35</sup> t. D. 13, 3: de condicione triticaria.—<sup>36</sup> l. 60. D. de leg. 1 (30); l. 3. D. de cond. sine causa 12, 7; l. 12. D. de nov. 46, 2.—<sup>37</sup> l. 9. pr. § 1. D. de r. e. 12, 1.—<sup>38</sup> l. 36. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>39</sup> Reichsivilprozessordnung, § 230.

иска должно быть всегда указано въ искѣ, то понятіе *condictio* имѣеть чисто историческое значеніе.

7. *Actiones privatae* и *populares*. *Actiones privatae* предназначены для защиты частныхъ интересовъ; *actiones populares* имѣютъ въ виду общественные интересы и могутъ быть предъявлены каждымъ гражданиномъ (какъ бы представителемъ государства). Всѣ *actiones populares* — штрафные иски (§ 81 sub I. 2); онѣ введены или специальными законами (какъ, напр., *actio de termino moto* въ *lex agraria* Цезаря<sup>40</sup>), или эдиктами преторовъ и эдиловъ; въ искахъ, введенныхъ специальными законами, штрафъ идетъ въ пользу народа, въ искахъ, введенныхъ преторомъ или эдилами, — въ пользу истца. Къ числу *actiones populares* относятся *act. de effusis et eiectis*, *de albo corrumpo* и т. п.<sup>41</sup>. Въ настоящее время такихъ исковъ уже не существуетъ, органы власти вмѣшиваются въ дѣло *ex officio*.

### С. Прекращеніе исковъ.

#### 1. § 85. Стеченіе исковъ.

*Kleinschrod*, zur Lehre von der Concurrenz der Klagen. 1849. — *Martens*, über Concurrenz und Collision der Römischen Civilklagen. 1856. — *Merkel*, über den Concurs der Actionen. 1877. — *Savigny*, §§ 231—236. — *Vangerow*, § 153. — *Windscheid*, § 121. — *Regelsberger*, § 180.

I. *Современная теорія. Concursus actionum* (стеченіе, конкуренція исковъ, прежде называвшаяся *concurus electivus*) бываетъ въ томъ случаѣ, когда одно матеріальное право можетъ быть вполне или отчасти осуществлено нѣсколькими исками. Причина этого, самого по себѣ страннаго, явленія можетъ корениться въ различныхъ обстоятельствахъ. Она можетъ заключаться въ томъ, что есть нѣсколько обязанныхъ лицъ; если нѣсколько лицъ обязаны въ качествѣ корреальныхъ или только солидарныхъ должниковъ, въ качествѣ главныхъ и придаточныхъ должниковъ (§§ 244—247), то мы имѣемъ столько же исковъ, сколько лицъ. Или она можетъ заключаться въ наличности нѣсколькихъ формъ одного и того же обязательства; если о существующемъ обязательствѣ заключена добавочная стипуляція (§ 266 пр. 24), то къ иску изъ существовавшаго уже раньше обязательства присоединяется еще искъ изъ сти-

<sup>40</sup> I. 3. pr. D. de term. moto 47, 21. — <sup>41</sup> t. D. 47, 23: de popularibus actionibus.

пуляціи (такое же отношеніе существуетъ теперь между долгомъ по книгамъ, по счетамъ и долгомъ по векселю). Или она можетъ заключаться въ томъ, что однимъ дѣйствіемъ нарушены различныя права одного и того же лица, но вредъ причиненъ одинъ; напр., лицо, повредившее ссуженную ему вещь, нарушило права ссудившаго, какъ собственника и какъ кредитора, а потому отвѣчаетъ предъ нимъ по act. legis Aquiliae и по act. commodati<sup>1</sup>. Или она можетъ заключаться въ особенно-стяхъ развитія процессуальнаго права, прибавляющаго новые иски къ уже существующимъ; напр., *condictio furtiva* дается обокраденному собственнику противъ вора наряду съ *rei vindicatio*<sup>3</sup> (§ 311 пр. 35 слѣд.). — Ко всѣмъ этимъ случаямъ примѣняется правило: *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*<sup>4</sup>. Стало бытъ, если притязаніе вполне осуществлено посредствомъ одного иска, то уже другого иска предъявлять нельзя. Но если предъявленъ искъ, который по своему объекту менѣе обширенъ, чѣмъ конкурирующий искъ, и поэтому осуществлено лишь меньшее требованіе, то посредствомъ конкурирующаго иска можно потребовать добавленія того, что не добыто первымъ искомъ<sup>5</sup>; поэтому, напр., лицо, давшее вещь въ ссуду и сначала преслѣдовавшее поврежденіе своей вещи ссудопринимателемъ посредствомъ act. commodati, можетъ затѣмъ посредствомъ act. legis Aquiliae потребовать того, что этотъ искъ даетъ больше, чѣмъ act. commodati, вслѣдствіе своего особеннаго масштаба оцѣнки (§ 313 пр. 6)<sup>6</sup>.

II. *Прежнія теоріи.* Вышеизложенное стеченіе исковъ заслуживаетъ этого названія (ибо здѣсь *одно* матеріальное право можетъ быть осуществлено посредствомъ *нѣсколькихъ* исковъ); но до половины нашего столѣтія стеченіе исковъ понимали совершенно съ внѣшней стороны, раздѣляя его на *concursum electivum, alternativum, cumulativum* и *successivum*.

1. Подъ с. *electivum* разумѣли стеченіе, изложенное нами sub I.

<sup>1</sup> 1. 7. § 1. D. comm. 13, 6.—<sup>2</sup> 1. 11. § 6. D. de a. et v. 19, 1; 1. 13. § 1. D. dep. 16, 3.—<sup>3</sup> 1. 9. § 1. D. de furt. 47, 2.—<sup>4</sup> 1. 57. D. de r. i. 50, 17.—<sup>5</sup> 1. 34. §§ 1. 2. 1. 41. § 1. D. de o. et a. 44, 7; 1. 43. § 1. D. de r. i. 50, 17; 1. 38. § 1. 1. 43. 1. 47. пр. D. pro soc. 17, 2; 1. 17. пр. D. de dolo 4, 3; 1. 1. § 10. 1. 4. D. de his qui eff. 9, 3; 1. 2. § 3. D. de priv. del. 47, 1.—<sup>6</sup> 1. 7. § 1. D. comm. 13, 6.

2. Подъ с. *alternativus* разумѣли тѣ случая, когда лицу принадлежит выборъ между *различными матеріальными* правами, а, слѣдовательно, по общему правилу, и между различными исками; рѣшившись посредствомъ *litiscontestatio* на осуществленіе *одного* права, лицо тѣмъ самымъ лишается другого права и другого иска, *хотя бы дѣло не дошло до удовлетворенія избраннаго права*. Напр., если купля заключена подъ *lex commissoria*, и цѣна въ срокъ не уплачена, то продавцу предоставляется на выборъ требовать или цѣны, или возвращенія вещи<sup>7</sup>; если продана вещь съ недостатками, то покупщику принадлежит выборъ между прекращеніемъ договора купли (посредствомъ *act. rehibitoria*) и требованіемъ назадъ уплаченнаго выше стоимости (посредствомъ *act. quanti minoris*<sup>8</sup>). Въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло со стеченіемъ правъ, а не исковъ.

3. Подъ с. *simulativus* разумѣли тѣ случаи, когда имѣется нѣсколько исковъ, возникшихъ изъ одного общаго основанія. Такъ, напр., изъ проступка часто возникаетъ одинъ искъ о возмѣщеніи вреда и въ то же время другой искъ о штрафѣ, напр., изъ кражи—*cond. furtiva* и *act. furti* (§ 209 sub B. 2); отъ каждаго изъ нѣсколькихъ лицъ, совершившихъ проступокъ, можно требовать полнаго штрафа (§ 81 sub II. 1). Эти случаи не представляютъ ни стеченія исковъ, ни стеченія правъ, а управомоченному принадлежитъ нѣсколько самостоятельныхъ правъ, и, слѣдовательно, нѣсколько исковъ для ихъ осуществленія.

4. Подъ с. *successivus* разумѣли тѣ случаи, когда одинъ искъ служитъ подготовленіемъ для другого. Такъ, *act. ad exhibendum* служитъ для подготовленія *rei vindicatio* (§ 139 нач.), *rei vindicatio* и *hereditatis petitio*—для подготовленія *act. communi dividundo* и *familiae erciscundae* (§ 302 пр. 20). Очевидно, здѣсь только можетъ быть рѣчь о послѣдовательности исковъ, а не стеченіи.

<sup>7</sup> 1. 7. D. de lege comm. 18, 3.—<sup>8</sup> 1. 18. пр. 1. 19. § 6. D. de aed. ed. 21, 1; 1. 25. § 1. D. de exc. rei iud. 44, 2.—<sup>9</sup> 1. 8. C. de cod. 6, 36.—<sup>10</sup> 1. 1. C. de furt. 6, 2; 1. 5. § 1. D. de calumn. 3, 6; 1. 20. C. de furt. 6, 2; § 10. I. de obl. quae ex del. 4, 1; 1. 76. § 8. D. de leg. 2 (31); 1. 84. § 13. D. de leg. 1 (30); 1. 3. § 5. 1. 6. § 4. D. nautae 4, 9; 1. 1. § 3. furti adv. naut. 47, 5.

## 2. Исковая давность.

### а. § 86. Понятіе, оправданіе и исторія исковой давности.

*Unterholzner*, ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (въ особенности 6-я книга). 2. Aufl. 1858.—*Demelius*, Untersuchungen aus dem Römischen Civilrecht. Nr. 1. 1856.—*Savigny*, §§ 237. 238. 252.—*Vangerow*, §§ 146. 152.—*Windscheid*, §§ 105. 106.—*Brinz*, §§ 112—114.—*Baron*. § 177.—*Regesberger*, §§ 181. 182.

I. *Понятіе и оправданіе исковой давности. Исковая давность состоитъ въ прекращеніи права на искъ вслѣдствіе его неосуществленія въ теченіе опредѣленнаго закономъ времени.* Самъ по себѣ искъ не зависитъ отъ времени: онъ не прекращается вслѣдствіе того, что его не предъявляютъ въ теченіе извѣстнаго періода времени. Тѣмъ не менѣе есть внутреннія основанія, которыя говорятъ въ пользу ограниченія иска во времени положительною нормою. Прежде всего необходимо принять во вниманіе, что правоотношенія людей легко подвергаются спорамъ и сомнѣніямъ, если противъ этого не приняты чрезвычайныя мѣры; необходимо найти средство, которое бы, наконецъ, устранило эту спорность и сомнительность и доставило правоотношеніямъ окончательную прочность; такимъ средствомъ является отказъ государства въ содѣйствіи попыткамъ колебать установившіяся отношенія, если уже истекло опредѣленное время. Сюда присоединяется еще то обстоятельство, что предъявленіе иска зависитъ отъ произвола истца, который откладываніемъ иска можетъ затруднить защиту отвѣтчика, потому что могутъ исчезнуть нѣкоторыя средства доказательства (напр., вслѣдствіе смерти свидѣтелей); справедливость требуетъ ограничить извѣстнымъ временемъ такую власть лица, управомоченнаго ко вчатію иску, такъ какъ этою властью легко злоупотреблять. Во многихъ случаяхъ еще присоединяется вѣроятность, что право, преслѣдуемое искомъ, уже не существуетъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ управомоченный не мѣшкалъ бы такъ долго со вчатіемъ иска. Прежде старались еще оправдать исковую давность тѣмъ, что ее считали роена *negligentiae*<sup>1</sup>; въ самомъ дѣлѣ, управомоченный, вѣдь, не лишается своего иска тотчасъ, а лишь послѣ продолжительнаго бездѣйствія; тѣмъ не менѣе въ исковой давности

<sup>1</sup> cf. I. 2. l. 3. C. de ann. exc. 7, 40.

нельзя видѣть наказанія за небрежность, потому что она имѣетъ мѣсто и въ такихъ случаяхъ, когда причиною невчатія иска являются инныя обстоятельства, напр., нежеланіе кредитора притѣснять своего должника или вести процессъ противъ несостоятельнаго должника.

II. *Исторія исковой давности.* Изложенныя основанія въ пользу исковой давности совсѣмъ не встрѣтили признанія въ древнемъ правѣ, въ правѣ классическомъ были признаны лишь отчасти, а полное признаніе получили только въ позднѣйшее императорское время. Первоначально иски обладали неограниченною продолжительностью; лишь преторскій эдиктъ ввелъ нѣсколько исковъ (въ особенности штрафныхъ), съ ограниченіемъ ихъ дѣйствія истеченіемъ одного annus utilis, такъ что если искъ не былъ предъявленъ въ теченіе года, то отвѣтчику давалась annua exceptio<sup>2</sup>; еще болѣе короткіе сроки были установлены эдилами для исковъ изъ купли вещи съ недостатками (§ 289)<sup>3</sup>; затѣмъ были подвергнуты дѣйствию давности и нѣкоторые гражданскіе иски: иски противъ sponsor'a и fidepromissor'a, иски о status, иски казны о bona vacantia и штрафахъ, но въ особенности actiones in rem speciales (§ 80 пр. 2<sup>a</sup>)<sup>4</sup>, которыя должны были терять силу противъ добросовѣстнаго владѣльца съ iustus titulus по истеченіи 10-ти лѣтъ inter praesentes, 20-ти inter absentes (longi temporis praescriptio, § 140); къ этой давности actiones in rem Константинъ прибавилъ еще давность 30-ти и 40-а лѣтъ на тотъ случай, если у владѣльца вещи недостаетъ титула или добросовѣстности (longissimi temp. praescr., § 140 sub 4)<sup>5</sup>; наконецъ, Θεодосій II постановилъ въ 424 г. по Р. Х., что всѣ иски, которые до этого времени еще не были ограничены болѣе краткимъ срокомъ, т. е. hereditatis petitio (in rem actio de universitate, § 80 пр. 4) и большая часть личныхъ исковъ, должны погашаться истеченіемъ 30-ти лѣтъ<sup>6</sup> (praescriptio triginta annorum). Законъ Θεодосія II далъ исковой давности

<sup>2</sup> pr. I. de perp. et. temp. act. 4, 12; l. 30. § 5. D. de pec. 15, 1; l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24.—<sup>3</sup> l. 38. пр. D. de aed. 21, 1.—<sup>4</sup> Gai. 3, 121; tt. D. 40, 15; C. 7, 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur; l. 1. §§ 2. 3. D. de iure fisci 49, 14; l. 1. C. de quadr. praescr. 7, 37; l. 2. § 1. l. 3. l. 4. D. de requir. 48, 17.—<sup>5</sup> l. 2. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. <sup>6</sup> l. 3. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.

почти всеобщую примѣнимость, подвергнувъ 30-лѣтней давности большую массу личныхъ исковъ; впрочемъ, нѣкоторые иски Феодосій освободилъ отъ дѣйствія давности, а юристы еще умножили ихъ число, произвольно толкуя его законъ; но позднѣйшіе законы императоровъ мало-по-малу подвергли давности прежнія изыятія, для нѣкоторыхъ, впрочемъ, установивъ болѣе продолжительный срокъ, нежели 30 лѣтъ<sup>7</sup>. Въ правѣ Юстиніана вполнѣ изыаты изъ дѣйствія исковой давности лишь *vindicatio in libertatem*<sup>8</sup>, *vindicatio* колона поземельнымъ собственникомъ<sup>9</sup> и куріала городомъ<sup>10</sup> и, наконецъ, искъ казны о недоимкахъ<sup>11</sup> (изъ означенныхъ случаевъ въ настоящее время существуетъ только послѣдній). Сюда присоединяются еще иски о раздѣлѣ въ той мѣрѣ, въ какой они имѣютъ цѣлью только раздѣлъ или возстановленіе межей (стало быть, въ той мѣрѣ, въ какой они являются исками *in rem*, § 84 sub II), — потому что притязаніе на это возобновляется въ каждый моментъ времени; во всѣхъ же прочихъ отношеніяхъ (т. е. поскольку они являются исками *in personam*) и иски о раздѣлѣ подвержены дѣйствію давности<sup>12</sup>. — Еще надо отмѣтить слѣдующее:

а. Иски, погашаемые истеченіемъ 30-ти и болѣе лѣтъ, называются *actiones perpetuae*, прочіе иски—*actiones temporales*, *temporariae*.

б. Отъ давности иска слѣдуетъ отличать давность процесса; для первой важенъ вопросъ: въ теченіе какого времени можно не предъявлять иска безъ вредныхъ послѣдствій<sup>2</sup> для второй:— въ теченіе какого времени долженъ быть оконченъ процессъ послѣ предъявленія иска? По праву классическому, погашались (*lis moritur, tempore amittitur*) *iudicia legitima* истеченіемъ 18-ти мѣсяцевъ, *iudicia imperio continentia*—оставленіемъ должности со стороны магистрата, который привелъ въ движеніе процессъ<sup>13</sup>. Въ сводъ Юстиніана это положеніе не вошло: зато Юстиніанъ издалъ нѣсколько постановленій<sup>14</sup>, изъ коихъ

<sup>7</sup> l. 4. l. 9. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; t. C. 7, 40: de annali exceptione Italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus eorum.—<sup>8</sup> l. 3. C. de l. t. praescr. quae pro libertate 7, 22.—<sup>9</sup> l. 23. pr. C. de agricol. 11, 47.—<sup>10</sup> l. 5. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>11</sup> l. 6. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. <sup>12</sup> l. 5. C. comm. div. 3, 37; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40. <sup>13</sup> Gai. 4, 104, 105.—<sup>14</sup> l. 13. C. de iud. 3, 1.

дѣйствовало до недавняго времени слѣд.: если процессъ остался безъ движенія, то его можно еще опять возобновить въ теченіе 40-а лѣтъ; послѣ этого времени онъ уже признается погашеннымъ<sup>15</sup>. Это опредѣленіе въ Уст. и. г. с. не вошло, поэтому теперь нѣтъ процессуальной давности.

## в. Условія исковой давности.

### *Предварительное замѣчаніе.*

По римскому праву для исковой давности необходимы два условія: истеченіе установленнаго закономъ срока (§ 87), безъ осуществленія права на искъ (§ 88). Каноническое право еще прибавило сюда для нѣкоторыхъ случаевъ добросовѣстность противника (§ 89).

### а. § 87. Истеченіе срока.

*Demelius*, Untersuchungen. Nr. 2. 1856.—*Savigny*, §§ 239—241. 247.—*Vangerow*, §§ 147. 148.—*Windscheid*, §§ 107. 110.—*Brinz*, § 114.—*Regelsberger*, §§ 183. 185.

Излагая истеченіе срока, мы должны отвѣтить на три слѣд. вопроса: I. Съ какого момента начинается теченіе давностнаго срока? II. Какова продолжительность давностнаго срока? III. Въ какой моментъ теченіе давностнаго срока окончено?

ad I. Моментъ, съ котораго начинается теченіе давностнаго срока, называется *actio nata*<sup>1</sup>; по вопросу объ опредѣленіи этого момента въ настоящее время есть двѣ теоріи; по одной изъ нихъ, *actio est nata* тогда, если право потерпѣло нарушеніе, по другой—тогда, если право возникло, и фактическое состояніе ему не соотвѣтствуетъ. Споръ этотъ не имѣетъ значенія:

а. По отношенію къ *rei vindicatio* и прочимъ вещнымъ искамъ; всѣ согласны, что теченіе давностнаго срока здѣсь начинается съ момента нарушенія права, стало быть, въ случаѣ *rei vindicatio*—съ момента завладѣнія вещью другимъ лицомъ; тогда лишь возникаетъ фактическое состояніе, не соотвѣтствующее праву.

в. По отношенію къ обязательствамъ, которыя направлены

<sup>15</sup> 1. 9. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; 1. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40.

<sup>1</sup> 1. 3. 1. 7. § 1. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; 1. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40; 1. 30. C. de iure dot. 5, 12.

на несовершенство чего либо (*in non faciendo*); всё согласны, что течение давностного срока начинается здѣсь съ того момента, когда обязанный совершаетъ дѣйствіе, противное обязательству.

с. По отношенію къ обязательствамъ, которыя направлены на что либо положительное и по существу своему не рассчитаны на извѣстную продолжительность (напр., требованіе изъ *stipulatio*, требованіе цѣны и объекта купли и т. д.); относительно такихъ обязательствъ всё согласны, что течение давностного срока начинается съ момента возникновенія требованія (*obligationis exordium*<sup>2</sup>).

Но спорять:

d. По поводу тѣхъ обязательствъ, которыя направлены на что либо положительное и по существу своему рассчитаны на извѣстный промежутокъ времени, но въ которыхъ контрагенты оставили этотъ промежутокъ неопредѣленнымъ (напр., заемъ, *precarium* даны просто, безъ опредѣленія срока, дана вещь на храненіе): начинается ли течение давностного срока съ момента возникновенія обязательства (вторая теорія), или же только съ того момента, когда кредиторъ безуспѣшно потребовалъ отъ должника исполненія, сдѣлалъ напоминаніе (первая теорія)? Назначенію исковой давности соответствуетъ вторая теорія; ее подтверждаетъ и нѣсколько мѣстъ въ источникахъ<sup>3</sup>; наконецъ, правильность этой теоріи слѣдуетъ изъ того, что *всѣ* обязательства, по которымъ срокъ исполненія особо не опредѣленъ ни закономъ, ни волею сторонъ, подлежатъ, въ случаѣ требованія, исполненію съ момента возникновенія (тогда же, стало быть, можно вчать и искъ); такимъ образомъ то обстоятельство, что нѣкоторыя обязательства по существу своему рассчитаны на извѣстный промежутокъ времени, не оказываетъ никакого вліянія на моментъ наступленія времени требовать ихъ исполненія, ср. § 227 sub II.

Надо еще замѣтить слѣдующее:

1. Въ области условныхъ правоотношеній течение давности начинается съ момента исполненія условія, въ области срочныхъ—съ момента наступленія *dies*<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> 1. 7. § 6. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>3</sup> 1. 1. § 22. D. dep. 16, 3; 1. 94. § 1. D. de sol. 46, 3; 1. 8. § 7. D. de prec. 43, 26; cf. 1. 21. § 1. D. de pec. const. 13, 5. <sup>4</sup> 1. 7. § 4. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.

2. Въ области двустороннихъ обязательствъ теченіе давностнаго срока начинается съ момента возникновенія, а не отдѣльно (какъ нѣкоторые утверждаютъ) для каждаго контрагента съ того момента, когда онъ исполнилъ свое обязательство (совершилъ дѣйствіе); ибо каждый контрагентъ можетъ съ момента возникновенія обязательства тотчасъ требовать совершенія воздѣйствія за дѣйствіе (которое онъ готовъ совершить, § 215).

3. Для такихъ правъ, осуществленіе которыхъ предполагаетъ еще заявленіе кредитора о своемъ желаніи осуществить право (напр., для права отступить отъ договора, для займа до востребованія или до извѣстнаго срока послѣ востребованія), теченіе давности начинается не съ момента заявленія кредитора, а уже съ того времени, когда это заявленіе можетъ быть сдѣлано (или когда послѣ этого момента истекъ условленный срокъ исполненія). Хотя правильности этого положенія нельзя доказать на основаніи источниковъ (и поэтому оно спорно), но оно оправдывается внутренними основаніями; въ томомъ дѣлѣ, такъ какъ заявленіе зависитъ отъ воли кредитора и даже можетъ быть сдѣлано уже въ искѣ, то оно не можетъ служить препятствіемъ для вчатія иска, и, стало быть, не откладываетъ возникновенія права на искъ<sup>6</sup>. Въ прежнее время выставляли подобное же, но еще болѣе обширное правило: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties natiuitas est in potestate creditoris*; это правило теперь всѣми отвергнуто; изъ него, напр., вытекаетъ то слѣдствіе, что давность иска о возвращеніи приданаго начинается течь не съ момента расторгненія брака<sup>6</sup>, а уже съ того момента, когда супругъ совершаетъ поступокъ, дающій другому супругу поводъ расторгнуть бракъ.

4. Если предметомъ обязательства служатъ періодическіе взносы (проценты, рента), то давность начинается для каждаго взноса съ наступленіемъ срока его платежа<sup>7</sup>, но положительною нормою опредѣлено, что въ томъ случаѣ, если будетъ погашенъ давностью главный долгъ, признается погашеннымъ и искъ о всѣхъ неуплаченныхъ процентахъ<sup>8</sup>. Можетъ ли быть

<sup>6</sup> l. 9. § 3. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>6</sup> cf. l. 48. D. de v. o. 45, 1.—<sup>6a</sup> l. 7. § 4. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>7</sup> l. 7. § 6. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>8</sup> l. 26 pr. C. de usur. 4. 32.

погашено право на проценты и ренту *въ цѣломъ объемѣ*? Это — вопросъ спорный и незатронутый источниками; его слѣдуетъ рѣшить утвердительно, если должникъ оспариваетъ право *въ цѣломъ объемѣ*, а кредиторъ все таки не предъявляетъ иска.

5. Для *act. tutelae* несовершеннолѣтняго и *act. tutelae utilis* неполнолѣтняго (минора) давность, по положительной нормѣ права, начинается течъ лишь послѣ окончанія опеки<sup>9</sup>.

ad II. *Срокъ давности* по общему правилу составляетъ 30 лѣтъ, во многихъ случаяхъ онъ продолжительнѣе, во многихъ — короче; эти исключенія мы укажемъ въ соотвѣтствующихъ институтахъ, но уже здѣсь необходимо указать нѣкоторыя особенно заслуживающія вниманія изъятія. Въ 40 лѣтъ погашаются тѣ иски церковей и благотворительныхъ учреждений, для которыхъ обыкновенный срокъ — 10, 20, 30 лѣтъ<sup>10</sup>; иски каедральнаго собора въ Римѣ погашаются лишь истечениемъ 100 лѣтъ<sup>11</sup>; 40 лѣтъ служить въ нѣкоторыхъ случаяхъ давностнымъ срокомъ для *act. hypothecaria*<sup>12</sup>; требуется ли 40 лѣтъ для погашенія исковъ казны (государя и его супруги) — вопросъ спорный; римское право требовало 40 лѣтъ<sup>13</sup> лишь для иска о *fundi patrimoniales*<sup>14</sup>. (Но практика перенесла это требованіе на все иски казны, государя и его супруги). Штрафные иски казны погашаются въ 20 лѣтъ<sup>15</sup>, ея иски о *bona vacantia* — въ 4 года<sup>16</sup>. Искъ о *status* лица умершаго, въ частности *querela inofficiosi*<sup>15</sup>, погашается истечениемъ 5-и лѣтъ послѣ смерти<sup>19</sup>; преторскіе штрафные иски погашаются по общему правилу истечениемъ одного года<sup>20</sup>, искъ объ *in integrum restitutio* погашается со времени Юстиніана въ 4 года<sup>21</sup>; эдильская *act. redhibitoria* погашается истечениемъ 6-и мѣсяцевъ, *act. quanti minoris* — истечениемъ одного года<sup>22</sup>.

Кромѣ того нѣсколько новыхъ германскихъ законовъ ввели короткіе давностные сроки, въ томъ числѣ: двухлѣтній срокъ для исковъ о возна-

<sup>9</sup> l. 4. § 3. D. de adm. 27, 3; l. 2. l. 14. C. de adm. 5, 37. — <sup>10</sup> Nov. 111; Nov. 131. c. 6. — <sup>11</sup> c. 13. c. 14. c. 17. X. de praescr. 2, 26; c. 2. in VI. de praescr. 2, 13. — <sup>12</sup> l. 7. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. — <sup>13</sup> l. 6. C. de fund. rei priv. 11, 65. — <sup>14</sup> l. 14. C. de fund. patr. 11, 61. — <sup>15</sup> l. 13. pr. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 2. § 1. l. 3. l. 4. § 1. D. de requir. 48, 17; l. 1. § 3. D. de i. f. 49, 14. — <sup>16</sup> l. 10. § 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 1. § 2. D. de i. f. 49, 14; l. 1. C. de quadr. pr. 7, 37. — <sup>17</sup> l. 2. C. de vect. 4, 61. — <sup>18</sup> l. 34. C. de inoff. 3, 28. — <sup>19</sup> tt. D. 40, 15; C. 7, 21; ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. — <sup>20</sup> l. 35 pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 8. D. de act. por. 47, 23. — <sup>21</sup> l. 7. C. de temp. i. i. r. 2, 52. — <sup>22</sup> l. 19. § 6. D. aed. ed. 21, 1.

гражденіи противъ желѣзнодорожныхъ предпринимателей, горнопромышленниковъ и т. д. въ случаяхъ смерти или тѣлесныхъ поврежденій <sup>22а</sup> (§ 314 кон.), пятилѣтній срокъ для требованія возврата *ростовичическихъ процентовъ* <sup>22б</sup> (§ 43).

Не требуется, чтобы теченіе давностнаго срока все время продолжалось между тѣми же лицами; путемъ преемства (универсальнаго или сингулярнаго) на мѣсто прежняго обязаннаго можетъ вступить другое лицо <sup>23</sup>; это выражаютъ такъ: имѣть мѣсто *accessio temporis*.

ad III. Завершается давность истеченіемъ послѣдняго дня, такъ какъ дѣло идетъ о потерѣ права 24 (§ 74).

### β. § 88. Неосуществленіе права на искъ.

*Savigny*, § 242.—*Vangerow*, § 150.—*Windscheid*, § 108.—*Brinz*, § 114.—*Regelsberger*, § 184.

Для того, чтобы искъ считался осуществленнымъ, недостаточно его предъявленія компетентному суду или третейскому суду<sup>1</sup>; по классическому римскому праву, для этого требуется *litiscontestatio* <sup>2</sup>, по праву по-классическому <sup>3</sup> (и нынѣшнему<sup>4</sup>),— сообщеніе иска отвѣтчику. Если надъ имуществомъ должника открытъ конкурсъ, то давность прерывается, по У. о конкурсахъ § 13, сообщеніемъ конкурснаго требованія конкурсному суду.

### γ. § 89. *Bona fides* лица, въ пользу котораго течетъ давность.

*Möllenthal*, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. 1820.—*Savigny*, §§ 244—246.—*Vangerow*, § 149.—*Windscheid*, § 111.

*Bona fides*, т. е. незнаніе о спорномъ правѣ со стороны лица, въ пользу коего течетъ давность, требовалась прежде въ одномъ случаѣ, въ случаѣ *longi temporis praescriptio*; но такъ какъ этотъ институтъ, превратившись въ послѣдствіи въ пріобрѣтательную давность (давность владѣнія, § 140), пересталъ относиться къ случаямъ исковой давности, то, по праву Юстиніана, *bona fides* нигдѣ не требуется для погашенія иска.

<sup>22а</sup> Reichsgesetz 7-го іюня 1871 г. § 8.—<sup>22б</sup> Reichsgesetz 24-го мая 1880 г. Art. 3.—<sup>23</sup> I. 7. §§ 1. 2. i. f. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>24</sup> I. 6. D. de o. et a. 44, 7.

<sup>1</sup> I. 7. C. de statu 7, 21; I. 5. § 1. C. de rec. 2, 55.—<sup>2</sup> I. 9. § 3. D. de iurei. 12, 2; I. 8. § 1. D. de fidei. et nom. 27, 7.—<sup>3</sup> I. 3. C. de ann. exc. 7, 40; I. 7. pr. § 5. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>4</sup> Reichscivilprocessordnung, § 239. 633.

Но каноническое право постановило<sup>1</sup>: *nulla valeat absque bona fide praescriptio...*, — *qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae*. Насчетъ значенія этихъ словъ составилось четыре мнѣнія. Первое изъ нихъ относить это положеніе только къ давности владѣнія: нововведеніе противъ римскаго права заключается въ томъ, что давностный владѣлецъ долженъ быть *in bona fide* не только въ началѣ владѣнія, но и *во все время теченія давности* (§ 144); это мнѣніе опровергается тѣмъ, что словамъ *praescriptio, qui praescribit* (§ 72) принадлежитъ болѣе широкое значеніе. Второе мнѣніе относить его ко *всѣмъ* случаямъ исковой давности; его опровергаютъ ограничивающія слова *conscientiam rei alienae*. Третье мнѣніе относить его ко *всѣмъ* вещнымъ искамъ, четвертое—къ тѣмъ искамъ, которые направлены на возвращеніе вещи, состоящей въ неправомѣрномъ владѣніи, будутъ ли это вещные иски (напр., *rei vindicatio, a. Publiciana*) или личные (напр., *act. depositi, commodati, locati, pignoratitia*); только четвертое мнѣніе соотвѣтствуетъ словамъ закона.

### с. § 90. Перерывъ и приостановленіе исковой давности.

*Savigny*, §§ 242. 243. 252. — *Vangerow*, § 150. — *Windscheid*, §§ 108. 109. — *Bekker*, § 109. Beil. II. — *Regelsberger*, § 185.

Когда говорятъ давность «прервана», то этимъ хотятъ обозначить, что наступило событіе, вслѣдствіе котораго истекшая часть давностнаго срока истекла бесполезно; но потомъ можетъ начаться новое теченіе давности. Когда же говорятъ: «давность приостановилась», то это значить, что наступило событіе, вслѣдствіе котораго послѣдующее теченіе срока не принимается въ счетъ до тѣхъ поръ, пока противоположное событіе не допустить дальнѣйшаго теченія давности.

1. Давность прерывается (*interruptio temporis*) сообщеніемъ иска отвѣтчику (для конкурсныхъ требованій сообщеніемъ иска конкурсному суду) и прекращеніемъ *bona fides* (т. н. *mala fides superveniens*, см. §§ 88. 89); далѣе, всякимъ признаніемъ права со стороны противника: выдачею новой долговой росписки, установленіемъ залогового права или поручительства, платежомъ процентовъ, уплатою части капитала<sup>1</sup>. *Напоминаніе (interpellatio) не прерываетъ давности.*

<sup>1</sup> с. 20. с. 5. X. de praescr. 2, 26.

<sup>1</sup> l. 7. § 5. l. 8. § 4. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; l. 19. C. de fide instr. 4, 21; l. 5. C. de duob. reis 8, 40.—<sup>2</sup> l. 7. § 5. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.

2. Исковая давность приостанавливается (у новыхъ юр.: *praescriptio dormit*), а) пока лицу, находящемуся подъ отеческою властью, принадлежитъ искъ по поводу какого либо права, касающагося его *adventicia regularia*<sup>3</sup>; б) пока управомоченный къ предъявленію иска находится въ несовершеннолѣтнемъ возрастѣ<sup>4</sup>; в) пока онъ не достигъ полнолѣтія (*minor*), но это относится лишь къ тѣмъ искамъ, которые погашаются въ болѣе короткое время, нежели 30 лѣтъ<sup>5</sup>; д) пока особыя *юридическія* основанія препятствуютъ предъявленію иска (отсюда правило новыхъ юр.: *agere non valenti non currit praescriptio*); напр., не течетъ давность: *rei vindicatio* на застроенные строительные матеріалы<sup>6</sup> (§ 126 sub II. 4), иска противъ должника, которому дано *moratorium*<sup>7</sup>; е) пока особыя фактическія *обстоятельства* препятствуютъ предъявленію иска; это имѣло мѣсто по р. пр. въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ давностный срокъ вычисляется по правиламъ *tempus utile*<sup>9</sup> (§ 74), даже, по каноническому праву, въ случаѣ вторженія непріятелей и (для исковъ римской церкви) въ случаѣ раскола<sup>10</sup>. *Простое незнаніе управомоченнаго о наличности искового права не препятствуетъ ни началу, ни дальнѣйшему теченію давности.*

#### д. § 91. Послѣдствія исковой давности.

*Savigny*, §§ 248—251.—*Vangerow*, § 151.—*Windscheid*, § 112.—*Brinz*, § 114.—*Regelsberger*, § 186.—*Büchel*, *civilrechtl. Erörterungen*. Томъ 1-й. Стр. 1—119. 1847.

Если искъ погашенъ давностью, а его тѣмъ не менѣе предъявляютъ въ судъ, то отвѣтчикъ можетъ противопоставить возраженіе,—обыкновенно *praescriptio triginta annorum s. longissimi temporis*; такимъ образомъ судья не обязанъ *ex officio* принимать во вниманіе факта истечения давности (что нѣкоторые неправильно утверждаютъ). Послѣдствія возраженія различны для вещныхъ и для личныхъ правъ:

1. Вещное право послѣ погашенія иска продолжаетъ существовать противъ теперешняго владѣльца вещи и его преемни-

<sup>3</sup> 1. 1. § 2. C. de ann. exc. 7, 40; l. 4. i. f. C. de bon. quae lib. 6, 61. —

<sup>4</sup> 1. 3. § 1. l. 7. pr. § 1. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>5</sup> 1. 5. C. in qu. c. i. i. r. 2, 40.—<sup>6</sup> § 29. I. de r. d. 2, 1.—<sup>7</sup> l. 8. i. f. C. qui bonis ced. 7, 71.—<sup>8</sup> l. 22. § 11. C. de iure del. 6, 30.—<sup>9</sup> l. 30. C. de iure dot. 5, 12.—<sup>10</sup> l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 6. D. de cal. 3, 6.—<sup>10</sup> c. 13. C. 16. qu. 3; c. 10. c. 14. X. de praescr. 2, 26.

ковъ въ видѣ права, не защищаемаго искомъ; но если вещь попадетъ во владѣніе какого либо третьяго лица, то субъектъ вещнаго права можетъ истребовать ее посредствомъ вещнаго иска<sup>1</sup>; если же вещь возвращается какимъ либо правомѣрнымъ образомъ назадъ во владѣніе субъекта права, въ такомъ случаѣ то лицо, въ пользу котораго истекла давность, не можетъ ея истребовать отъ него.

2. Продолжаетъ ли обязательство послѣ истечения исковой давности существовать безъ иска (*naturalis obligatio*, § 230), или совсѣмъ уничтожается? Это вопросъ очень спорный, такъ какъ нѣкоторые рѣшенія источниковъ говорятъ въ пользу полного уничтоженія обязательства<sup>2</sup>, другія же содержатъ, повидимому, указанія въ пользу сохраненія *obl. naturalis*<sup>3</sup>. Правильнѣе первое рѣшеніе<sup>4</sup>. Въ пользу него говорятъ и потребности гражданскаго оборота, ибо понятіе натурального обязательства нельзя признать удачнымъ (ср. § 230 sub. III въ концѣ).

## II. § 92. Ехсертіо (возраженіе).

t. D. XLIV. 1: de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis.—t. C. VII, 36: de exceptionibus seu praescriptionibus.—t. I. IV, 13: de exceptionibus.—*Albrecht*, die Exceptionen des Gemeinen Deutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt. 1835.—*Dernburg*, Compensation. §§ 20—22. 2. Aufl. 1876.—*Maxen*. über Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861.—*Eisels*, die materielle Grundlage der Exceptio. 1871.—*Birkmeyer*, die Exceptionen im bonae fidei iudicium. 1874.—*Lenel*, über Ursprung und Wirkung der Exceptionen. 1876.—v. *Koschambar-Lyskowski*, Theorie der Exceptionen. Bd. 1. 1893.—*Savigny*, §§ 226—228. 253—255.—*Vangerow*, §§ 154—156.—*Windscheid*, §§ 4. 112.—*Brinz*, §§ 105—108.—*Baron*, § 205.—*Regelsberger*, §§ 192. 187.

А. Понятіе. Отвѣтчикъ можетъ защищаться.

1. Отрицая вполне или отчасти существованіе права, утверждаемаго истцомъ (*litiscontestatio*, названная въ средніе вѣка *litiscontestatio negativa*). Отрицаніе возможно въ тройкомъ видѣ: а) отвѣтчикъ или отрицаетъ факты, изъ которыхъ истецъ выводитъ свое право; б) или, признавая эти факты, отрицаетъ ихъ значеніе, какъ основанія для права (противоположная юридическая дедукція); в) или, признавая наличность фактовъ и ихъ юридическое значеніе, приводитъ съ своей стороны

<sup>1</sup> l. 8. § 1. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>2</sup> l. 25. § 1. D. r. r. 46, 8; l. 37. D. de fid. 46, 1; l. 18. § 1. D. de pec. const. 13, 5; l. 38. § 4. D. de sol. 46, 3.—<sup>3</sup> l. 7. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; l. 2. C. de luit. pign. 8, 30; l. 18. § 1. D. de pec. const. 13, 5.—<sup>4</sup> l. 23. § 2. D. de inoff. 5, 2.

другіе факты, изъ которыхъ слѣдуетъ, что доказываемое истцомъ право совсѣмъ не возникло (напр., что обязательство ничтожно, такъ какъ лицо, давшее обѣщаніе, находилось въ малолѣтнемъ возрастѣ) или впослѣдствіи было уничтожено (напр., что обязательство погашено платежомъ).

2. Или же отвѣтчикъ признаетъ право истца, но въ то же время противопоставляетъ ему такое обстоятельство, которое парализуетъ, вполнѣ или отчасти, осуществленіе иска<sup>1</sup>. Это обстоятельство можетъ быть различное: оно можетъ быть правомъ или фактомъ (напр., возраженіе объ узурфруктѣ противъ rei vindicatio, возраженіе объ издержкахъ противъ того же иска); оно можетъ быть основано на началахъ судопроизводства (напр., exc. fori incompetentis), или на началахъ матеріальнаго права (напр., возраженіе объ узурфруктѣ противъ rei vindicatio). Въ періодъ формулярнаго процесса объ этихъ обстоятельствахъ необходимо было упомянуть въ самой формулѣ въ видѣ изытія изъ приказанія condemnationis, которое магистратъ давалъ судѣ<sup>2</sup>; поэтому такая добавочная часть формулы называлась exceptio; этимъ же названіемъ обозначалось и само право на exceptio; въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда exceptio помѣщалась въ началѣ формулы, ее называли praescriptio<sup>3</sup> (напр., praescriptio longi, longissimi temporis). Согласно съ изложеннымъ гласить и легальное опредѣленіе экцепціи<sup>4</sup>: exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum est. Со времени исчезновенія формулярнаго процесса *exceptio означаетъ право лица, сославшись на какое либо обстоятельство, воспрепятствовать вполнѣ или отчасти осуществленію какого либо права въ процессъ*; отсюда видно, что не является экспенціей ссылка на такое обстоятельство, которое препятствовало возникновенію права истца (выше I. a. b), или такое, которое повлекло за собою ipso iure его прекращеніе (выше I. c); экспенціи должно принадлежать то значеніе, что она обезсиливаетъ, лишаетъ значенія отыскиваемое право (несмотря на его дѣйствительное существованіе). — Этому понятія экспенціи при-

<sup>1</sup> Gai. 4, 116; pr. I. h. t. 4, 13.—<sup>2</sup> Gai. 4, 119; l. 22. pr. D. h. t. 44, 1.—

<sup>3</sup> Gai. 4, 132. 133.—<sup>4</sup> l. 2. pr. D. h. t. 44, 1.

держиваются теперь только романисты; напротивъ, наука Общегерманскаго процесса придаетъ слову *exceptio* болѣе обширное значеніе, разумѣя подъ нимъ всякое самостоятельное встрѣчное нападеніе со стороны отвѣтчика, направленное на отклоненіе иска и основанное на утвержденіяхъ, которыя не опровергають истинности утвержденій истца, но все-таки имѣють цѣлью обезсилить исковое требованіе. Если сопоставить это понятіе съ тѣмъ, что мы говорили выше, то окажется, что въ немъ, кромѣ римской *exceptio* (которую въ средніе вѣка называли обыкновенно *exceptio iuris*), заключается еще приведенный sub 1 с третій случай *negativae litiscontestationis* отвѣтчика (который въ средніе вѣка обыкновенно называли *exceptio facti*); этимъ обоимъ способамъ защиты принадлежитъ одинъ общій признакъ: и здѣсь и тамъ *onus probandi* лежитъ на отвѣтчикѣ<sup>5</sup>; въ другихъ отношеніяхъ они различны.

В. *Виды*. Экспедиціи дѣлятся:

1. На *dilatoriae* (*temporales*, временныя, отлагательныя) и *peremptoriae* (*perpetuae*, постоянныя, разрушительныя)<sup>6</sup>. Первые служатъ препятствіемъ для иска лишь до извѣстнаго времени (напр., *exc. pacti de non petendo ad tempus*, *exceptio praeviudicii*, подъ которою разумѣють тотъ случай, если отвѣтчикъ утверждаетъ, что рѣшеніе настоящаго процесса находится въ зависимости отъ рѣшенія другаго вопроса, который долженъ быть предметомъ особаго процесса<sup>7</sup>) или лишь при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ (напр., *exc. fori incompetentis*); вторыя исключаютъ возможность иска навсегда (*exc. doli, metus, rei iudicatae, pacti de non petendo in perpetuum* и т. п.). По классическому римскому праву и то липо, которому было отказано въ искѣ на основаніи *exc. dilatoria*, уже не могло предъявить исправленнаго иска, такъ какъ послѣдній былъ поглощенъ (консумированъ) порочнымъ предъявленіемъ<sup>8</sup> (§ 95 нач.); только если истецъ находился въ извинительномъ заблужденіи, то ему давалась *restitutio* противъ потери иска<sup>9</sup>. Этого уже нѣтъ въ правѣ Юстиніана<sup>10</sup>.—Между *exc. dilatoriae* особое мѣсто занимають возраженія, препятствующія процессу; они излагаются въ наукѣ гражданскаго судопроизводства; ср. РСРО. (И. у. гр. суд.) §§ 247. 248.

2. На *personae* и *rei cohaerentes*<sup>11</sup>. Первыми можетъ вос-

<sup>5</sup> 1. 12. 1. 25. § 2. D. de prob. 22, 3.—<sup>6</sup> 1. 2. § 4. 1. 3. D. h. t. 44, 1; §§ 8. 10. I. h. t. 4, 13.—<sup>7</sup> 1. 13. 1. 16. 1. 21. D. h. t. 44, 1.—<sup>8</sup> Gai. 4, 123.—<sup>9</sup> 1. 2. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>10</sup> § 10. I. h. t. 4, 13; cf. § 33. I. de act. 4, 6.—<sup>11</sup> 1. 7. pr. § 1. 1. 19. D. h. t. 44, 1; § 4. I. de repl. 4, 14.

пользоваться только то лицо, которому право на *exsertio* принадлежит первоначально; вторья же могут быть предъявлены всѣми тѣми, противъ кого вмѣсто этого лица обращенъ искъ, напр., наслѣдникомъ, поручителемъ. *Exc. rei cohaerentes* количествомъ превосходятъ первый разрядъ экцепцій; къ числу *exc. personae cohaerentes* принадлежатъ, напр., *exsertio beneficii competentiae*, *exc. pacti de non petendo in personam* (§ 228 пр. 18. § 268 пр. 8).

3. На *exceptiones in rem* и *in personam*<sup>12</sup>. Первыя могутъ быть предъявлены противъ каждаго, кто выступаетъ въ качествѣ истца на основаніи извѣстнаго правоотношенія; вторья же имѣютъ силу только противъ опредѣленныхъ лицъ. *Exc. in rem* гораздо многочисленнѣе, чѣмъ *exc. in personam*. Къ числу послѣднихъ принадлежитъ, напр., *exc. benef. competentiae*, а также во многихъ случаяхъ *exc. doli*, которую можно предъявить, кромѣ самаго обманщика, только противъ его наслѣдниковъ и лица, имъ одареннаго<sup>12a</sup>.

4. Историческое значеніе имѣетъ дѣленіе на *exc. utilis*, *in factum*, аналогичное дѣленію исковъ на *utilis*, *in factum*<sup>13</sup> (§ 84).

С. *Происхожденіе*. Экцепціи ведутъ свое происхожденіе<sup>14</sup> отчасти отъ *ius civile* древняго и болѣе новаго періода (напр., *exc. legis Cinciae*, *Plaetoriae*, *scii Macedoniani*, *Velleiani*), отчасти—отъ преторскаго права (напр., *exc. doli*, *metus*, *pacti*). Преторскія экцепціи возникали по большей части изъ стремленія претора предоставить большее значеніе справедливости противъ строгаго *ius civile*<sup>15</sup>. У Римлянъ существовала противоположность между правомъ законодательнаго происхожденія (строгимъ *ius civile*) и судебнымъ правомъ (преторскимъ правомъ). Важнѣйшая изъ преторскихъ экцепцій—*exc. doli*<sup>16</sup>, которую теперь подраздѣляютъ на *exc. doli specialis* (s. *praeteriti*) и *generalis* (s. *praesentis*); *exc. d. specialis* состоитъ въ ссылкѣ на обманъ со стороны истца при *установленіи* права<sup>17</sup>; отвѣтчикъ утверждаетъ, что правоотношеніе возникло порочнымъ образомъ (§ 51); *exc. d. generalis* утверждаетъ, что хотя

<sup>12</sup> l. 4. §§ 27—29. 31. 33. D. de doli exc. 44, 4.—<sup>12a</sup> l. 4. § 29. D. de d. m. exc. 44, 4.—<sup>13</sup> l. 4. § 32. D. de doli exc. 44, 4; l. 21. D. de pr. verb. 19, 5; § 1. I. h. t. 4, 13.—<sup>14</sup> § 7. I. h. t. 4, 13.—<sup>15</sup> l. 3. § 1. D. de pec. const. 13, 5; пр. §§ 1—5. I. h. t. 4, 13.—<sup>16</sup> t. D. 44, 4: de doli mali et metus exceptione.—<sup>17</sup> l. 2. пр. § 1. D. h. t. 44, 4.

правоотношеніе, предъявленное къ разбирательству въ судѣ, и не было вызвано обманомъ, но въ настоящемъ предъявленіи иска заключается *dolus*<sup>18</sup>: *etsi inter initia nihil fecit dolose, attamen nunc petendo facit dolose*, поэтому, напр., виндикаціи собственника можно противопоставить *exc. doli*, если онъ не возвращаетъ раньше отвѣтчику нѣкоторыхъ издержекъ (§ 153).— Въ эпоху формулярнаго процесса *exc. doli generalis* часто вставлялась въ формулу лишь для того, чтобы общимъ выраженіемъ объять всевозможныя эксценціи, которыми можетъ воспользоваться отвѣтчикъ; ибо *dolo facit, quisunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit*<sup>19</sup>; такимъ образомъ *exc. doli generalis* служила суррогатомъ любой специальной эксценціи.

Такъ какъ теперь всякое возраженіе должно быть тотчасъ же обосновано фактами, то *exc. doli generalis* служить только для обозначенія тѣхъ эксценцій, для коихъ нѣтъ специального наименованія.

Д. *Давность эксценцій*. Не подлежитъ сомнѣнію, что то лицо, которое имѣетъ для своей защиты не искъ, а только эксценцію (напр., кредиторъ по *obligatio naturalis*, лицо имѣющее право на *exc. pacti de non petendo*), не теряетъ послѣдней по давности; это потому, что осуществленіе эксценціи лежитъ не въ его волѣ, а въ волѣ противника, который можетъ откладывать предъявленіе иска по своему усмотрѣнію<sup>20</sup>. Но между юристами существуетъ споръ, принадлежитъ ли еще эксценція тому лицу, которое имѣло въ своемъ распоряженіи и искъ и эксценцію, если его искъ погашенъ давностью; утвердительный отвѣтъ обыкновенно выражается словами: *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*; отрицательный отвѣтъ французскіе юристы выражаютъ такъ: *tant dure l'action, tant dure l'exception*. По правильному мнѣнію, при рѣшеніи этого вопроса слѣдуетъ основываться на природѣ того права, изъ котораго возникаютъ искъ и эксценція; если это вещное право, то эксценція продолжаетъ существовать и послѣ погашенія иска, потому что продолжаетъ существовать и само вещное право; если это обязательство, то давность иска прекращаетъ и само обязательство (§ 91), стало быть, перестаетъ существовать и эксценція<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> l. 2. §§ 3. 5. l. 8. l. 12. D. h. t. 44, 4.—<sup>19</sup> l. 2. § 5. D. h. t. 44, 4.—<sup>20</sup> l. 5. § 6. D. de doli exc. 44, 4.—<sup>21</sup> cf. l. 9. § 4. D. de iurei. 12, 2.

Е. *Нападки на эксцепцію.* Нѣкоторыя новѣйшія сочиненія содержатъ въ себѣ нападки на *exsertio*; они объявляютъ это понятіе несостоятельнымъ; или данное притязаніе существуетъ, или его нѣтъ, но нелѣпо полагать, что оно существуетъ и тѣмъ не менѣе не можетъ проявить своего дѣйствія; объясняется это странное понятіе противоположностью *цивильнаго* и *преторскаго права*; *exsertiones* ведутъ свое происхожденіе главнымъ образомъ отъ *преторскаго права*, но и тѣ эксцепціи, относительно которыхъ этого нельзя утверждать, получили практическое значеніе благодаря претору (благодаря тому, что онъ удѣлилъ имъ мѣсто въ формулѣ); теперь, въ виду прекращенія противоположности между преторскимъ и *цивильнымъ правомъ*, *exsertio* является полнымъ анахронизмомъ. Въ этомъ разсужденіи почти все неправда. Нѣтъ ничего нелѣпаго въ томъ, что притязаніе существуетъ, но встрѣчаетъ преграду для своего осуществленія; доказательствомъ противнаго можетъ служить всякая отлагательная *exsertio* (ср. выше sub B. 1); но даже и по отношенію къ разрушительнымъ возраженіямъ этого нельзя сказать, какъ это видно изъ возраженія *компенсаци*, ибо пользованіе или непользованіе возможностью зачета *встрѣчнаго требованія* противъ *требованія истца* предоставлено на усмотрѣніе *отвѣтчика*, и всякое законодательство, которое желаетъ предоставить какое либо средство защиты на усмотрѣніе *управомоченнаго*, по необходимости обратится къ понятію *эксцепціи* (напр., *возраженіе исковой давности*, *exc. scilicet Macedoniani*, воспользоваться которою, какъ извѣстно, люди, цѣнящіе свою хозяйственную репутацию, не легко рѣшаются). Поэтому неправильно видѣть основаніе *эксцепцій* въ противоположности *цивильнаго* и *преторскаго права* и считать ихъ анахронизмомъ вслѣдствіе устраненія этой противоположности; напротивъ, понятіе *эксцепціи* имѣетъ внутреннее основаніе и оправданіе, а потому оно и теперь не лишено значенія. Можно признать лишь слѣд. два пункта: во *первыхъ*, что нѣкоторыя *эксцепціи* дѣйствительно основаны на названной противоположности; во *вторыхъ*, что границы области примѣненія *эксцепціи* *измѣнчивы*; то же обстоятельство, которое одно *позитивное законодательство* признаетъ основаніемъ для *эксцепціи*, можетъ быть возведено другимъ *позитивнымъ законодательствомъ* въ основаніе *прямого уничтоженія права*. Поэтому въ

нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ по римскому праву примѣнялась *exsertio*, косвенное прекращеніе (*ope exsertionis*), теперь признается прямое прекращеніе (*ipso iure*), ср. § 59 въ концѣ, § 171 пр. 4, но также § 268 sub 2.

### Ш. § 93. *Replicatio, duplicatio* и т. д.

*Savigny*, § 229.—*Vangerow*, § 157.—*Windscheid*, § 48.

Какъ отвѣтчикъ можетъ защищаться противъ иска, такъ можетъ и истецъ защищаться противъ *exsertio*: онъ можетъ или отрицать ее, или противопоставить ей *exsertio exsertionis*, чтобы устранить ея дѣйствіе и сохранить силу иска. Это возраженіе на возраженіе называется *replicatio* (опроверженіе, реплика)<sup>1</sup>. Отвѣтчикъ въ свою очередь можетъ отрицать *replicatio* или противопоставить ей *exc. replicationis*, которая называется *duplicatio*. Затѣмъ идетъ *triplicatio, quadruplicatio* и т. д.<sup>2</sup>.

### IV. Начало процесса (*litiscontestatio*).

*Keller*, über *Litiscontestatio* und *Urtheil* nach *classischem Römischen Recht*. 1827.—*Buchka*, die *Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss*. 2 тома. 1846. 1847.—*Wächter*, *Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht* II. 3. 1846.—*Bekker*, die *processualische Consumtion im classischen Römischen Recht*. 1853.—*Krüger*, die *processualische Consumtion und die Rechtskraft des Erkenntnisses*. 1864.—*Wieding*, der *Justinianische Libellprocess*. § 13. 1835.—Ср. сверхъ того лит. къ § 79.—*Savigny*, §§ 256—279.—*Vangerow*, §§ 159. 160.—*Windscheid*, §§ 124—126. 128.—*Brinz*, §§ 93. 95. 100.—*Regelsberger*, § 194.—*Baron*, § 210.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

Съ началомъ процесса связаны важныя послѣдствія для правоотношенія сторонъ; они объясняются тѣмъ, что вслѣдствіе несогласія отвѣтчика съ доводами и требованіями противника, искъ долженъ подвергнуться разбирательству судьи, и лишь послѣ окончанія послѣдняго можетъ быть постановлено рѣшеніе; поэтому, слѣдуетъ заботиться, съ одной стороны, чтобы эта отсрочка рѣшенія не причинила истцу незаслуженнаго вреда, съ другой стороны, чтобы предоставленіемъ излишнихъ преимуществъ истцу не побуждать отвѣтчика безъ защиты отказаться отъ права, которое онъ себѣ приписываетъ<sup>1</sup>.—Слѣдуетъ

<sup>1</sup> I. 2. § 1. 1. 22. D. de exc. 44, 1; пр. I. de repl. 4, 14.—<sup>2</sup> §§ 1. 2. I. de repl. 4, 14.

<sup>1</sup> I. 40. пр. i. f. D. de h. p. 5, 3; I. 63. D. de r. i. 50, 17.

отвѣтить на два вопроса: 1) какой моментъ считается началомъ процесса? (§ 94). 2) Какія послѣдствія соединяются съ этимъ моментомъ? (§ 95).

#### А. § 94. Какой моментъ признается началомъ процесса?

По р. пр., процессъ признается начавшимся, когда изъявлена воля обѣихъ сторонъ предоставить рѣшеніе взаимнаго спора судебному разбирательству. Моментъ, въ который процессъ признается начавшимся, источники называютъ: *litis contestatio*; объ истцѣ говорится: *actor litem contestatur cum geo*, а по отношенію къ отвѣтчику обычно выраженіе «*iudicium accipere*». Выраженіе «*litis contestatio*» произошло отъ того, что въ періодъ *legis actiones* (а можетъ быть еще и во время формулярнаго процесса) при окончаніи производства *in iure* обѣ стороны призывали свидѣтелей<sup>2</sup>, чтобы впослѣдствіи въ случаѣ нужды удостовѣрить предъ судьей, какъ дѣло происходило *in iure*. Послѣ того какъ этотъ актъ вышелъ изъ употребленія, тѣ послѣдствія, которыя были съ нимъ соединены, присвоили окончанію производства *in iure*: выдачѣ формулы<sup>3</sup>. Когда затѣмъ гражданскіе процессы стали производиться въ формѣ *extraordinariae cognitiones* (§ 84 sub 3), то литисконтестацію называли первые устные переговоры въ судѣ, которые наступали послѣ (устнаго или письменнаго) предъявленія иска и въ которыхъ обѣ стороны подробно мотивировали свои противоположныя требованія<sup>4</sup>: *post narrationem propositam et contradictionem obiectam*, стало быть, *cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*.

Актъ литисконтестаціи рѣзче выдѣлялся въ каноническомъ процессѣ; прочитавъ исковое прошеніе, судья обращался къ истцу съ вопросомъ, остается ли онъ при своемъ искѣ, и если истецъ отвѣчалъ утвердительно (обыкновенно словами: *peto litem contestando quae in libello meo continentur*), то отвѣтчикъ возражалъ противъ искового требованія въ общихъ выраженіяхъ (обыкновенно: *litem contestando nego narrata prout narrantur et dico petita fieri non debere*, или: *hoc quod petit actor a me vel proponit contra me, ego nego ita esse rem*), и затѣмъ лишь слѣдовало въ дальнѣйшіе сроки болѣе подробное разслѣдованіе отдѣльныхъ утвержденій

<sup>2</sup> Paul. Diac. ex Festo s. v. contestari.—<sup>3</sup> cf. l. 24. § 3. D. de lib. c. 40, 12; l. 28. § 4. D. de iud. 5, 1; l. 1. § 2. D. de fer. 2, 12.—<sup>4</sup> l. un. C. de litisc. 3, 9; l. 14. § 1 (въ изданіи Крюгера § 4). C. de iud. 3, 1; l. 2. C. de iurei. propter cal. 2, 58.

истца<sup>5</sup>. Подобное же постановляется и въ имп. законахъ 16-го вѣка<sup>6</sup>, которые для *litiscontestatio* употребляютъ выраженіе «*Kriegsbefestigung*». Этотъ порядокъ былъ измѣненъ, когда *Reichsabschied* 1654 г. § 37 постановилъ, что отвѣтчикъ тотчасъ же въ первый срокъ долженъ дать опредѣленные отвѣты на все содержащееся въ искѣ факты, а равно и предъявить все эксценціи, и когда вышло изъ употребленія устное чтеніе искового прошенія; такъ какъ теперь первый срокъ сталъ признаваться отбытымъ, когда высказался отвѣтчикъ, то *litiscontestatio* была перенесена на отвѣтъ отвѣтчика, въ которомъ онъ возражалъ на искъ; впоследствии, когда письменное судопроизводство стало господствующимъ, роль *litiscontestatio* играло первое письменное заявленіе отвѣтчика, въ которомъ онъ возражалъ на искъ (т. н. *Exceptionsschrift*). Но нѣкоторые изъ авторитетныхъ новыхъ юристовъ думаютъ, что этотъ моментъ не годится для того, чтобы съ нимъ связывать послѣдствія римской *litis contestatio*, и выбираютъ для этого моментъ сообщенія иска отвѣтчику; иначе говоря, процессъ долженъ считаться начавшимся не тогда, когда *обѣ стороны* заявили свое рѣшеніе подвергнуть споръ судебному разбирательству, а уже съ того момента, когда такое заявленіе *истца* сообщено отвѣтчику. Это мнѣніе возведено въ законъ Имп. уст. гр. суд. §§ 239. 230 (ср. ниже § 95 кон.). Поэтому начало процесса теперь состоитъ не въ двустороннемъ дѣйствіи сторонъ, а въ одностороннемъ дѣйствіи истца; въ сообщеніи иска отвѣтчику судебнымъ приставомъ по порученію истца или судебного писца.

### В. § 95. Послѣдствія начала процесса.

То изъ послѣдствій *litiscontestatio*, которому въ классическое время принадлежало самое важное значеніе, въ правѣ Юстиніана (и въ нынѣшнемъ правѣ) уже почти не существуетъ; это—такъ наз. процессуальное поглощеніе (консумпція). Въ періодъ классическій существовало правило: *de eadem re ne bis sit actio*<sup>1</sup>; путемъ *litiscontestatio* искъ считается осуществленнымъ, стало быть и поглощеннымъ (консумированнымъ); такого иска уже предъявить болѣе нельзя<sup>2</sup>, хотя бы настоящій процессъ прекратился безъ рѣшенія (напр., вслѣдствіе давности процесса, § 86 кон.), или его исходъ былъ неблагоприятенъ для истца вслѣдствіе *pluspetitio* или *exc. dilatoria*<sup>3</sup> (92 пр. 8); если искъ тѣмъ не менѣе предъявляется вновь, то

<sup>5</sup> с. un. X. de lite c. 2, 5; с. 62. X. de app. 2, 28; с. 1. с. 2. in VI. de l. с. 2, 3.—<sup>6</sup> KGO. 1500. Tit. 12. § 2; KGO. 1507. Tit. 1. § 4; KGO. 1523. Tit. 3. § 3; KGO. 1555. Tit. 13. § 4.

<sup>1</sup> Quinctilian. inst. or. VII, 6, 1; decl. 266.—<sup>2</sup> Gai. 4, 108; 3, 180.—<sup>3</sup> Gai. 4, 123.

отвѣтчикъ можетъ защищаться или посредствомъ *litis contestatio negativa*, или посредствомъ *exceptio rei in iudicium deductae*, а если уже было постановлено рѣшеніе, то посредствомъ *exc. rei iudicatae* въ ея т. н. отрицательной функціи<sup>4</sup> (о положительной функціи ср. § 97 sub II. 2). Процессуальная консумція была устранена отчасти обычнымъ правомъ, но главнымъ образомъ императорскими законами; такъ, напр., неуспѣхъ истца вслѣдствіе преждевременнаго предъявленія иска не влечетъ уже за собою недопустимости новаго иска<sup>7</sup>; можно также предъявить искъ сначала противъ одного корреального должника, а затѣмъ противъ другого, сначала — противъ должника, а затѣмъ противъ поручителя<sup>8</sup>. Въ правѣ Юстиніана (и нынѣшнемъ) остались лишь ничтожные слѣды процессуальной консумціи, напр., въ томъ положеніи (теперь отмѣненномъ Имп. уст. гр. суд.), что если судья приговорить отвѣтчика только къ платежу капитала, а обойдетъ проценты, то послѣднихъ уже болѣе нельзя отыскивать судомъ (§ 42 пр. 20), далѣе, въ томъ положеніи, что присужденнаго отвѣтчика впредь можно преслѣдовать только посредствомъ *actio iudicati*, но не посредствомъ прежняго иска<sup>9b</sup>. — Оставшіяся въ дѣйствіи послѣдствія *litiscontestatio* суть слѣдующія:

I. *Послѣдствія по отношенію къ основанію иска.* Существовать слѣд. правила:

1. Основаніе иска, т. е. право, на которое истецъ опираетъ свой искъ, должно уже быть налицо во время *litiscontestatio*; если же оно возникаетъ лишь во время процесса (т. н. *causa superveniens*), то истецъ получаетъ отказъ въ искѣ, но можетъ преслѣдовать свое право въ новомъ процессѣ<sup>10</sup>.

По каноническому праву<sup>11</sup>, въ одномъ случаѣ *causa superveniens* помогаетъ истцу выиграть дѣло и въ настоящемъ процессѣ, а именно, если истецъ предъявилъ вещный искъ, не поименовавъ въ немъ своего способа пріобрѣтенія; это исключеніе теперь не существуетъ, потому что, по Имп. Уст. Гражд. Суд. § 230, основаніе притязанія должно быть указано въ искѣ (ср., впрочемъ, § 97 текстъ послѣ пр. 25).

<sup>4</sup> Gai. 4, 106; l. 22. § 8. D. rat. rem 46, 8.—<sup>5</sup> l. 73. §§ 2. 5. C. de iud. 3, 1.—<sup>6</sup> arg. l. 4. C. de pact. 2, 3.—<sup>7</sup> § 10. I. de exc. 4, 13; § 33. I. de act. 4, 6; l. 2. pr. C. de plus pet. 3, 10.—<sup>8</sup> l. 28. C. de fidei. 8, 41.—<sup>9</sup> l. 2. l. 16. D. de duob. reis 45, 2; l. 5. D. de fidei. 46, 1.—<sup>9a</sup> Законъ о введеніи въ дѣйствіе § 14, цифра 5.—<sup>9b</sup> § 5. l. de exc. 4, 13.—<sup>10</sup> l. 23. l. 35. D. de iud. 5, 1; l. 11. §§ 4. 5. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>11</sup> c. 3. in YI. de sent. 2, 14.

2. Основаніе иска должно существовать и во время постановленія рѣшенія; если же оно уничтожается между *litiscontestatio* и рѣшеніемъ, то истцу въ искѣ отказывается<sup>12</sup>. Это положеніе очень спорно; оно, повидимому, не примѣнялось въ древнее время въ области *stricti iuris actiones* (§ 84 sub 5), такъ какъ въ этихъ искахъ, по мнѣнію прокуліанцевъ, отвѣтчикъ присуждался даже въ томъ случаѣ, если онъ до постановленія рѣшенія добровольно удовлетворялъ истца<sup>13</sup>; но впоследствии оно получило значеніе общаго правила, а мнѣніе прокуліанцевъ было отвергнуто<sup>14</sup>; поэтому, напр., отвѣтчикъ освобождается отъ иска, если заключаетъ послѣ *litiscontestatio* мировую сдѣлку съ истцомъ (хотя бы внѣсудебную)<sup>15</sup>.—Но изложенное правило ограничено слѣд. исключеніями, обусловленными продолжительностью процесса:

a. *Litiscontestatio*, по правильному мнѣнію, не прерываетъ пріобрѣтательной давности (§ 146); но если отвѣтчикъ пріобрѣтаетъ отыскиваемую вещь по давности во время процесса, и, слѣдовательно, истецъ лишается основанія своего иска, то все-таки наступаетъ присужденіе отвѣтчика<sup>16</sup>; пріобрѣтенное по давности причисляется къ *omnis causa*, которую отвѣтчикъ обязанъ выдать<sup>17</sup> (ср. ниже II. а).

b. Если отыскиваемая вещь погибаетъ вслѣдствіе *casus*, то, по господствующему мнѣнію, слѣдуетъ дѣлать различіе въ области вещныхъ исковъ — между недобросовѣстнымъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ, въ области личныхъ — между должникомъ *in toga* и должникомъ *не in toga* (§ 240): первые въ случаѣ *casus* присуждаются, вторые освобождаются. Но правильнѣе признать, что обсужденіе *casus*'а было спорно между самими римскими юристами<sup>21</sup>, и что противорѣчіе оказалось и въ сводѣ Юстиніана; дѣйствительно, нѣкоторые юристы дѣлали различіе, выставленное господствующимъ мнѣніемъ<sup>22</sup>, но другіе, не обращая вниманія на добросовѣстность и *toga*, требовали

<sup>12</sup> l. 64. D. de usufr. 7, 1; l. 7. § 7. D. ad exh. 10, 4; l. 13. pr. i. f. D. ind. solv. 46, 7.—<sup>13</sup> Gai. 4, 114; l. 84. D. de v. o. 45, 1.—<sup>14</sup> § 2. I. de perp. et temp. a. 4, 12; l. 5. D. de publ. 39, 4.—<sup>15</sup> l. 23. § 3. D. de c. i. 12, 6.—<sup>16</sup> l. 14. pr. D. de cond. furt. 13, 1.—<sup>17</sup> l. 37. § 6. D. de op. lib. 38, 1.—<sup>18</sup> ll. 18—21. D. de r. v. 6, 1; l. 2. § 21. D. pro emt. 41, 4; l. 2. D. pro her. 41, 5.—<sup>19</sup> § 3. I. de off. iud. 4, 17; l. 35. D. de v. s. 50, 16.—<sup>20</sup> l. 8. § 4. D. si serv. vind. 8, 5.—<sup>21</sup> l. 40. D. de h. p. 5, 3; l. 15. § 3. D. de r. v. 6, 1 (plerique aiant...); l. 8. D. de re iud. 42, 1.—<sup>22</sup> l. 40. D. h. p. 5, 3; l. 12. § 3. D. dep. 16, 3.

присужденія всякаго отвѣтчика въ томъ случаѣ, если бы вещь не подверглась тому же casus у истца, будучи передана ему во время *litiscontestatio* (напр., если бы истецъ продалъ вещь<sup>23</sup>); послѣдняя теорія заслуживаетъ предпочтенія: съ одной стороны, несправедливо, чтобы истецъ лишился своего права единственно вслѣдствіе продолжительности процесса, но, съ другой стороны, несправедливо и то, чтобы онъ отъ этого получалъ какую либо выгоду.

с. Если право иска неразрывно соединено съ опредѣленнымъ лицомъ и поэтому не переходит по наслѣдству съ активной стороны (какъ, напр., *act. vindictam spirantes*) или съ пассивной (какъ, напр., штрафные иски), то *litiscontestatio* измѣняетъ природу иска (§ 267 пр. 2), вслѣдствіе чего процессъ безъ всякихъ ограниченій переходитъ на наслѣдниковъ кредитора (съ активной стороны) и на наслѣдниковъ должника (съ пассивной стороны) (§§ 81. 82).

d. Если кто предъявляетъ искъ противъ другого лица о выдачѣ его обогащенія (ср. въ особенности § 280 слѣд.), то для обсужденія вопроса, обогатилось ли другое лицо или нѣтъ, рѣшающимъ моментомъ служитъ время *litiscontestatio*<sup>24</sup>.

e. Новое исключеніе введено Имп. Уст. Гр. суд. § 236: отчужденіе спорной вещи и цессія спорнаго притязанія не оказываютъ никакого вліянія на исходъ процесса (см. еще sub IV); слѣд., истцу не можетъ быть отказано въ искѣ вслѣдствіе того, что онъ отчуждил вещь или совершилъ цессію требованія во время процесса. Изъятіе отсюда см. въ § 238 Имп. Уст. Гр. суд.

II. *Послѣдствія по отношенію къ размѣру присужденія.*  
Здѣсь примѣняются слѣд. правила:

а. Отвѣтчикъ кромѣ главнаго предмета обязанъ выдать еще *omnis causa* за время послѣ начала процесса; источники<sup>30</sup>

<sup>23</sup> l. 15. § 3. D. de r. v. 6, 1; l. 14. § 1. D. dep. 16, 3; l. 14. § 11. D. quod met. 4, 2; l. 12. § 4. D. ad exh. 10, 4.—<sup>24</sup> l. 37. pr. § 1. D. de neg. gest. 3 5; l. 20. D. quod met. 4, 2; l. 34. pr. D. de min. 4, 4, l. 7. pr. § 3. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 47. D. de sol. 46, 3.—<sup>25</sup> l. 27. § 1. l. 42. D. de r. v. 6, 1; l. 4. l. 18. § 1. l. 41. pr. D. de r. v. 6, 1; l. 30. pr. D. de pec. 15, 1; l. 1. § 21. D. dep. 16, 3; l. 7. §§ 4—6. l. 8. l. 11. § 3. D. ad. exh. 10, 4.—<sup>26</sup> l. 30. pr. D. de pec 15, 1; l. 7. § 15. D. qu. ex c. in poss. 42, 4; l. 5. § 2. D. de lib. leg. 34, 3; l. 35. D. de fid. 46, 1.—<sup>27</sup> l. 9. §§ 3. 5. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>28</sup> l. 17. D. mand. 17, 1.—<sup>29</sup> l. 15. pr. l. 53. D. sol. matr. 24, 3; l. 63. § 6. D. pro soc. 17, 2.—<sup>30</sup> l. 20. D. de r. v. 6, 1; l. 31. pr. D. de r. c. 12, 1; l. 35. D. de v. s. 50, 16; § 3. I. de off. iud. 4, 17.

опредѣляютъ *omnis causa*, какъ *omne, quod habiturus esset actor, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita (exhibita) fuisset*; точнѣе опредѣляютъ ее, какъ выгоду, которую отвѣтчикъ получилъ отъ спорнаго предмета<sup>31</sup>, въ частности: извлеченные имъ плоды, родившееся отъ рабыни дитя<sup>32</sup>, прибрѣтенное по давности<sup>33</sup>, вознагражденіе, которое онъ получилъ за поврежденіе вещи<sup>34</sup>.

b. Отвѣтчикъ отвѣчаетъ за *dolus* и *culpa* всякаго рода (какъ *in faciendo*, такъ и *in non faciendo*) и всякой степени (какъ за *culpa lata*, такъ и за *levis*) и обязанъ вознаградить за всякую гибель или ухудшеніе предмета иска, происшедшія по его винѣ<sup>35</sup>. Поэтому отвѣтчикъ обязанъ также вознаградить и за упущенные плоды (*fructus percipiendi*)<sup>36</sup>; ибо упущеніе извлеченія естественныхъ плодовъ во всякомъ случаѣ есть нерадѣніе. Если предметъ иска—денежная сумма, то возникаетъ вопросъ, платитъ ли отвѣтчикъ проценты со времени *litiscontestatio*, хотя бы онъ не былъ *in mora* (т. е. процессуальные проценты)? По этому вопросу происходили споры уже во время глоссаторовъ, но его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ, потому что источники какъ въ принципѣ<sup>37</sup>, такъ и въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ<sup>38</sup> приравниваютъ проценты (въ качествѣ юридическихъ плодовъ) къ естественнымъ плодамъ.

Два обстоятельства заслуживаютъ еще особаго вниманія: во первыхъ, въ случаѣ предъявленія *hereditatis petitio*, по *set. Iuvencianum* (§ 432), изложенныя выше *sub II.* правила примѣняются не съ момента *litiscontestatio*, а уже съ момента сообщенія иска отвѣтчику<sup>39</sup>. Во вторыхъ, добросовѣстный владѣлецъ относительно размѣра спорнаго предмета съ момента *litiscontestatio* обсуждается по тѣмъ же правиламъ, что и недобросовѣстный; источники въ нѣсколькихъ мѣстахъ<sup>40</sup> выражаютъ

<sup>31</sup> l. 20. D. de r. v. 6, 1; l. 5. § 4. D. si ususfr. pet. 7, 6.—<sup>32</sup> l. 12. pr. D. quod met. 4, 2; l. 2. l. 38. § 7. D. de usur. 22, 1, l. 35. § 1. D. de r. v. 6, 1.—<sup>33</sup> § 3. I. de off. iud. 4, 17; l. 35. D. de v. s. 50, 16.—<sup>34</sup> l. 1. § 16. D. si quadr. 9, 1; cf. l. 37. l. 38. pr. D. de nox. act. 9, 4; l. 17. § 1. D. de r. v. 6, 1.—<sup>35</sup> l. 21. l. 33. l. 36. § 1. l. 45. D. de r. v. 6, 1.—<sup>36</sup> Paul. sent. rec. I. 13 B. § 9; l. 25. § 4. D. de h. p. 5, 3; § 2. l. de off. iud. 4, 17; l. 5. C. de r. v. 3, 32.—<sup>37</sup> l. 34. D. de usur. 22, 1.—<sup>38</sup> l. 20. § 11. l. 51. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 1. § 2. C. eod. 3, 31; l. 1. l. 2. l. 4. C. de usur. et fruct. 6, 47.—<sup>39</sup> l. 20. §§ 6. 11. l. 25. § 7. D. de h. p. 5, 3.—<sup>40</sup> l. 20. § 11. l. 25. § 7. l. 31. § 3. D. de h. p. 5, 3.

это неточнымъ образомъ, говоря, что послѣ сообщенія иска всякій отвѣтчикъ становится недобросовѣстнымъ, между тѣмъ какъ справедливымъ можно признать лишь то положеніе, что послѣ сообщенія иска у отвѣтника является сознаніе, что онъ можетъ, пожалуй, проиграть дѣло и лишиться спорной вещи <sup>41</sup>.

Ш. *Послѣдствія по отношенію къ продолженію существованія иска.* По классическому римскому праву *litiscontestatio* прерываетъ теченіе исковой давности; уже выше мы указали (§ 88), что это послѣдствіе въ по-классическомъ (и нынѣшнемъ) правѣ связано уже съ сообщеніемъ иска отвѣтчику.

IV. *Послѣдствія по отношенію къ объекту иска.* Объектъ иска дѣлается спорнымъ (*res litigiosa*), и если споръ идетъ о правѣ собственности или общей собственности на тѣлесную вещь, или о правѣ требованія, то, по позднѣйшему римскому законодательству, отчужденіе спорной вещи запрещается <sup>42</sup>; нарушающихъ эту норму постигаетъ денежный штрафъ. Спорность вещи начиналась, по праву до-юстиніанову, съ момента *litiscontestatio* <sup>43</sup>; Юстиніанъ на случай спора о правѣ собственности на мѣсто *litiscontestatio* поставилъ сообщеніе иска отвѣтчику <sup>44</sup>. Это запрещеніе отмѣнено Имп. уст. гр. суд. § 236, по которому процессъ не исключаетъ для обѣихъ сторонъ права отчудить спорную вещь или уступить спорное требованіе; отчужденіе или цессія не оказываетъ никакого вліянія на процессъ; но рѣшеніе по отношенію къ предмету иска (а не по отношенію къ судебнымъ издержкамъ) признается исполнимымъ и противъ преемниковъ въ правѣ.

V. Правила *sub I—III* должны служить руководствомъ для судьи; ихъ примѣненіе зависитъ въ значительной степени отъ добросовѣстности и разсудительности судьи, а также и отъ убѣдительности доводовъ сторонъ. Но, каковъ бы исходъ процесса (рѣшеніе) ни получился, примѣнены ли означенныя правила, или нѣтъ: во всякомъ случаѣ стороны обязаны подчиняться содержанію рѣшенія. Это обязательство выражено въ источникахъ <sup>47</sup> словами: *iudicio contrahitur*, а для отвѣтника

<sup>41</sup> 1. 10. C. de a. p. 7, 32; 1. 2. C. de fruct. 7, 51.—<sup>42</sup> 1. 3. D. de litig. 44, 6; 1. 9. D. fin. reg. 10, 1; 1. 13. l. 26. § 6. D. fam. erc. 10, 2; Gai. 4, 117a; fr. de iure fisci § 8; 1. 3. l. 4. C. de lit. 8, 36; Nov. 112. c. 1.—<sup>43</sup> 1. 13. D. fam. erc. 10, 2; 1. 1. D. de lit. 44, 6; 1. 2. l. 4. C. de lit. 8, 36.—<sup>44</sup> Nov. 112. c. 1.—<sup>45</sup> 1. 4. C. de lit. 8, 36; Nov. 112. c. 1.—<sup>46</sup> 1. 13. D. fam. erc. 10, 2.—<sup>47</sup> 1. 3. § 11. D. de pec. 15, 1; 1. 22. D. de tutelae 27, 3; Cic. de leg. III. 3, 6.

источники выводятъ изъ *litiscontestatio* — *obligatio condemnari oportere*<sup>48</sup> (§ 267). Такъ какъ основаніемъ этого обязательства нельзя считать волю сторонъ, то нѣкоторые романисты признають *litiscontestatio* за нѣчто похожее на договоръ, за т. н. *quasi-контрактъ* (§ 209 sub C).—

Мы видѣли, что въ древнемъ правѣ всѣ вышеупомянутыя послѣдствія были связаны съ *litiscontestatio*, но что въ позднѣйшемъ, а отчасти даже и въ классическомъ правѣ мѣсто *litiscontestatio* въ этомъ отношеніи заняло сообщеніе иска отвѣтчику (ср. Nr. II. кон. III. IV). Слѣдуя далѣе въ томъ же направленіи, новые юристы требуютъ, чтобы сообщеніе иска во *всѣхъ* отношеніяхъ заняло мѣсто *litiscontestatio*. Цѣлесообразность этого требованія не подлежитъ сомнѣнію съ законодательной точки зрѣнія: благопріятныя послѣдствія для истца, приуроченныя къ *litiscontestatio*, не должны парализоваться временемъ, слѣдующимъ за сообщеніемъ иска и часто зависящимъ отъ произвола отвѣтчика (испрашиваніе сроковъ, возраженія о неподсудности) или случая. Поэтому, приведенное воззрѣніе получило признаніе практики и возведено въ законъ Имп. уст. гр. суд. §§ 239. 230.

### V. § 96. Доказываніе.

t. D. XXII. 3: de probationibus et praesumptionibus.—t. C. IV, 19: de probationibus.—Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess. 2. Ausg. 1832.—Gerber, Beiträge zur Lehre von dem Klaggrunde und der Beweislast. 1858.—Langenbeck, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 3. Abth. 1858—1861.—Endemann, die Beweislehre des Civilprocesses. 1860.—Maxen, über Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861.—Burckhard, die civilistischen Präsumtionen. 1866.—v. Scheurl, z. L. v. d. Nebenbestimmungen. §§ 89. 90 (Nebenbest. als Gegenstände des Rechtsstreits). 1871.—Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 20. 25. 1888.—Vangerow, §§ 161—171.—Windscheid, § 133.—Baron, § 211.—Bekker, § 116. Beil. III.—Regelsberger, § 195.

Разъ процессъ начался, то рѣшеніе его зависитъ прежде всего отъ того, убѣждается ли судья въ истинѣ или вѣроятности утверждений, которыя приводятся тою или другою стороною въ оправданіе ея требованій. Доставленіе судѣ основаній для убѣжденія въ правильности выставленныхъ въ процессѣ утверждений называется *доказываніемъ* послѣднихъ; иногда признается достаточнымъ доставленіе основаній для признанія

<sup>48</sup> Gal. 3, 180.

вѣроятности извѣстнаго утвержденія. Ученіе о доказываніи разсматривается въ матеріальномъ правѣ съ двухъ сторонъ: со стороны положеній, требующихъ доказыванія, и со стороны обязанности доказывать.

1. *Положеніе, требующее доказыванія* (такъ наз. *thema probandum*). Подлежать доказыванію тѣ факты, которые недостоверны.

1. *Факты*. Нормы права не нуждаются въ доказательствахъ: *iura novit curia*; но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отъ судьи нельзя требовать знанія нормъ права (какъ это бываетъ по отношенію къ обычному праву, къ иностранному праву), судья можетъ обратиться за содѣйствіемъ къ заинтересованной сторонѣ (§ 4 sub III. § 5 sub 2).

2. *Недостоверные факты*. Не нуждаются въ доказательствахъ:

а. *беспорные факты*: они достоверны. Не подлежатъ спору т. н. *facta notoria*, общеизвѣстные факты<sup>1</sup>, т. е. такіе факты, которые очевидны для суда: ихъ оспариваніе указывало бы только на желаніе затруднить ходъ дѣла или на грубое невѣдѣніе<sup>2</sup>. Далѣе, не требуютъ доказыванія такіе факты, которые нормою права признаны не подлежащими спору, т. е. такіе, для которыхъ существуетъ такъ наз. *praesumptio iuris et de iure* (sc. *contrario probationem non admittens*), неопровержимое предположеніе права. *Такихъ неопровержимыхъ предположеній права* не много; примѣромъ можетъ служить предположеніе, что ребенокъ, родившійся по прошествіи десяти мѣсяцевъ послѣ прекращенія брака, рожденъ не отъ прежняго мужа<sup>3</sup>. Гораздо чаще встрѣчаются *опровержимыя предположенія права*, т. н. *praesumptiones iuris*, т. е. предположенія о дѣйствительности факта на основаніи нормы права, но такіа предположенія, которыя допускаютъ доказательство противнаго; напр., предположеніе *существованія права*, *установленіе* котораго доказано<sup>4</sup>, *наличности общихъ условій дѣйствительности сдѣлки* (напр., дѣеспособности сторонъ<sup>5</sup>), *наличности bona fides*<sup>6</sup>, *пра-*

<sup>1</sup> с. 3. X. de test. 2, 21; Reichscivilprocessordnung § 264.—<sup>2</sup> с. 17. C. 2. qu. 1; с. 8. с. 10. X. de cohab. cler. 3. 2; с. 15. X. de purg. cap. 5, 34; с. 24. X. de v. s. 5, 40.—<sup>3</sup> l. 3. § 11. D. de suis 38, 16.—<sup>4</sup> l. 14. C. de non num. pec. 4, 30.—<sup>5</sup> l. 12. l. 22. l. 25. § 2. D. h. t. 22, 3; l. 12. l. 16. C. h. t. 4, 19.—<sup>6</sup> l. 5. C. de cod. 6, 36; l. 5. l. 9. l. 17. D. h. t. 22, 3; l. 5. C. h. t. 4, 19.—<sup>7</sup> l. 18. § 1. D. h. t. 22, 3; l. 30. C. de ev. 8, 44.

вило: *pater est quem nuptiae demonstrant*<sup>8</sup> и т. п.<sup>9</sup>. Эти предположенія права установлены съ тою цѣлью, чтобъ устранить трудность доказыванія въ отдѣльныхъ случаяхъ; норма права предписываетъ, чтобы то, что обыкновенно бываетъ, признавалось за доказанное. Съ означенными видами предположеній нельзя смѣшивать т. н. *praesumptiones hominis s. facti*; это только данныя, дѣлающія извѣстное обстоятельство болѣе или менѣе вѣроятнымъ<sup>10</sup>, напр., *cautio indiscreta* (§ 231).

б. Неоспариваемые факты, т. е. тѣ факты, которые не возбуждаютъ спора между сторонами; фактъ, признанный одною стороною въ пользу другой, считается неоспариваемымъ; для силы судебного признанія не требуется его принятія<sup>10а</sup>. Отъ такого признанія слѣдуетъ отличать тотъ случай, если отвѣтчикъ признаетъ справедливость *притязанія* истца; объ этомъ ср. § 98.

II. *Обязанность доказывать (т. н. onus probandi)*. Кто выставляетъ такое утверженіе, которое требуетъ доказательствъ, тотъ и долженъ его доказать<sup>11</sup>: истецъ — тѣ утверженія, на которыхъ онъ основываетъ свой искъ<sup>12</sup>, отвѣтчикъ — тѣ утверженія, на которыхъ онъ основываетъ свои возраженія (въ смыслѣ гражданского процесса, § 92 пр. 5)<sup>1</sup>; затѣмъ, истецъ доказываетъ *replicatio*, отвѣтчикъ *duplicatio* и т. д. Источники объ этомъ говорятъ такъ: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*<sup>14</sup>; изъ этого прежде дѣлали выводъ, что утверждающій долженъ доказывать лишь положительные факты (*affirmanti incumbit probatio*), но не отрицательные; теперь всѣ согласны, что это мнѣніе неосновательно<sup>15</sup>, поэтому, напр., если мужъ оспариваетъ законность рожденія ребенка его женою, то онъ долженъ доказать, что онъ не могъ быть отцомъ (§ 23 пр. 19), предъявляющій *condictio indebiti* долженъ доказать несуществованіе предположеннаго имъ по ошибкѣ долга (§ 281 пр. 22).

<sup>8</sup> 1. 5. D. de in ius voc. 2, 4; 1. 12. D. de stat. hom. 1. 5.—<sup>9</sup> 1. 9. §§ 1. 4. 1. 22. 1. 23. D. de reb. dub. 34, 5; 1. 26. пр. D. de pact. dot. 23, 4.—<sup>10</sup> 1. 10. 1. 17. 1. 22. C. h. t. 4, 19.—<sup>10а</sup> Reichs civilprocessordnung §§ 261—263.  
<sup>11</sup> 1. 2. D. h. t. 22, 3.—<sup>12</sup> 1. 2. 1. 21. D. h. t. 22, 3; 1. 15. D. de o. n. n. 39, 1; 1. 2. 1. 8. 1. 15. 1. 20. 1. 23. C. h. t. 4, 19; 1. 4. C. de ed. 2, 1.—  
<sup>13</sup> 1. 9. 1. 19. пр. 1. 25. § 2. D. h. t. 22, 3; 1. 11. D. de exc. 44, 1; 1. 19. C. h. t. 4, 19.—<sup>14</sup> 1. 2. D. h. t. 22, 3.—<sup>15</sup> 1. 25 пр. D. h. t. 22, 3; 1. 5. C. de cod. 6, 36.

## VI. Судебное рѣшеніе.

t. D. XLII, 1: de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus.—t. C. VП, 52: de re iudicata.—t. C. VII, 45: de sententiis et interlocutionibus.—Ср. лит. къ § 94; кроме того: *Endemann*, das Princip der Rechtskraft. 1860.

## А. § 97. Законная сила рѣшенія.

*Bulow*, Absolute Rechtskraft des Urtheils. 1894.—*Savigny*, §§ 280—301 и Beilage 16. 17.—*Vangerow*, §§ 172. 173.—*Windscheid*, §§ 127. 129—132.—*Brinz*, §§ 96—99. 110.—*Regelsberger*, §§ 196—198.—*Baron*, § 214.

І. *Понятіе и основаніе законной силы.* Процессъ заканчивается рѣшеніемъ; послѣднее бываетъ или присуждающее (sententia condemnatoria), или освобождающее (sententia absolutoria)<sup>1</sup>. Но каково бы рѣшеніе ни было, если его нельзя опорочить обыкновенными способами обжалованія, то оно вступаетъ въ законную силу; это значить, что рѣшеніе получаетъ значеніе непреложнаго авторитета для тяжущихся, дѣлаетъ finis controversiae<sup>1a</sup>, признается (какъ обыкновенно выражаются) за *формальную истину между сторонами*<sup>2</sup>: res iudicata pro veritate accipitur<sup>3</sup>, или res iudicata ius facit inter partes<sup>3a</sup>. *Матеріальнымъ* основаніемъ такого значенія рѣшенія служить то, что оно постановлено безпристрастными, незаинтересованными людьми послѣ основательнаго изслѣдованія, и поэтому заслуживаетъ признанія: предъявленное истцомъ притязаніе представляется теперь безспорнымъ (sententia condemnatoria) или ничтожнымъ (sent. absolutoria). *Формальнымъ* основаніемъ значенія рѣшенія служить вліяніе его на то обязательство, которое было установлено путемъ litiscontestatio и направлено на condemnari oportere (которое iudicio contrahitur. § 95 sub V); если рѣшеніе—sent. condemnatoria, то изъ этого обязательства возникаетъ iudicati obligatio, направленная на iudicatum solvi<sup>4</sup>; если же рѣшеніе—sent. absolutoria, то отвѣтчикъ получаетъ свою прежнюю свободу.—Конечно, нельзя отрицать, что судебное рѣшеніе иногда бываетъ неправильно,

<sup>1</sup> 1. 1. D. h. t. 42, 1. 1. D. h. t. 42, 1; 1. 6. D. de exc. rei iud. 44, 2.—<sup>2</sup> 1. 25. D. de stat. hom. 1, 5; 1. 1. § 16. 1. 3. pr. D. de agn. 25, 3; 1. 65. § 2. D. ad. sct. Treb. 36, 1; 1. 12. § 3. D. de bon. lib. 38, 2; 1. 6. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>3</sup> 1. 207. D. de r. i. 50, 17.—<sup>3a</sup> 1. 3. pr. D. de agn. 25, 3; 1. 50. § 1. D. de leg. 1 (30); 1. 17. § 1. D. de inoff. test. 5, 2.—<sup>4</sup> 1. 4. § 7. D. h. t. 42, 1; 1. 8. § 3. D. de nov. 46, 2; 1. 3. § 11. D. de pec. 15, 1.

либо вслѣдствіе пристрастнаго отношенія или непониманія судьи, либо вслѣдствіе неумѣнія или злой воли тяжущихся (напр., одна изъ сторонъ подкупила свидѣтелей, совершила подлогъ документа), либо вслѣдствіе случайныхъ обстоятельствъ (напр., смерти свидѣтелей, пропажи документовъ). Поэтому существуютъ средства для уничтоженія рѣшенія, вступившаго въ законную силу (по прежнему Общегерманскому процессу, искъ о неисправимой ничтожности, *unheilbare Nichtigkeit*, реституція, по Имп. Уст. Гр. Суд. § 541 слѣд., возобновленіе процесса по иску о ничтожности или по иску о реституціи). Поэтому, если неправильнымъ рѣшеніемъ отказано истцу въ удовлетвореніи его требованія, то возникаетъ вопросъ, не продолжаетъ ли существовать это требованіе по крайней мѣрѣ въ видѣ требованія безъ иска (*obligatio naturalis*, § 230). Въ пользу отрицательнаго отвѣта говорить, повидимому, то обстоятельство, что залоговое право по отвергнутому рѣшеніемъ требованію признается прекратившимся<sup>5</sup>; но это положеніе относится и къ другимъ обязательствамъ, которыя лишены иска въ силу положительной нормы права (напр., къ займу подвластнаго сына<sup>6</sup>); съ другой стороны, несправедливо оправданный отвѣтчикъ прямо названъ въ источникахъ<sup>7</sup> *natura debitor* и не можетъ требовать назадъ того, что уплатилъ добровольно<sup>8</sup>; поэтому слѣдуетъ признать, что остается *naturalis obligatio*; по этому натуральному обязательству не слѣдуетъ присваивать другихъ послѣдствій кромѣ *soluti retentio*, потому что иначе мы бы слишкомъ умалили полезныя послѣдствія законной силы рѣшенія.

II. Средства для осуществленія законной силы рѣшенія. Законная сила рѣшенія осуществляется двумя средствами: *actio iudicati* и *exceptio rei iudicatae*.

1. *Actio iudicati*. Если постановлена *sent. condemnatoria*, то истецъ можетъ требовать исполнительныхъ мѣръ (*executio*) для того, чтобы была исполнена *obligatio iudicatum solvi*; *actio iudicati* и есть искъ, соотвѣтствующій этому обязательству; прежде его предъявляли обыкновенно въ формѣ простого прошенія объ исполненіи; по Имп. Уст. Гр. Суд. § 662, онъ предъявляется въ формѣ прошенія о выдачѣ исполнительнаго листа; *act. iudicati* въ случаѣ присужденія отвѣтника къ платежу денежной суммы можно

<sup>5</sup> 1. 13. D. qu. in. pign. solv. 20, 6. <sup>6</sup> 1. 2. D. quae res pign. 20, 3.—<sup>7</sup> 1. 60. D. de c. i. 12, 6.—<sup>8</sup> 1. 28. D. de c. i. 12, 6.

было предъявить, по праву Юстиніана, не раньше четырех мѣсяцев послѣ постановленія рѣшенія; въ теченіе этого срока проценты не нарастали, зато по прошествіи четырех мѣсяцевъ съ присужденной суммы надо было платить 12 процентов<sup>9</sup>; но практика не соблюдала этого срока, а законъ о введеніи въ дѣйствіе Имп. Уст. Гражд. Суд. § 14 прямо устранилъ его.

*Sententia condemnatoria*, впрочемъ, является основаніемъ не только для принудительнаго исполненія, но также подчасъ и для судебного осуществленія другихъ притязаній, которыя обусловлены тѣмъ, что признано въ рѣшеніи, напр., для требованія алиментовъ на основаніи признаннаго рѣшеніемъ родства, процентовъ на основаніи признаннаго долга капитала, сельскаго сервитута на основаніи признаннаго права собственности на господствующій участокъ; во всѣхъ такихъ случаяхъ судья второго процесса долженъ въ силу *auctoritas rei iudicatae* разсматривать признанное въ первомъ процессѣ, какъ безспорное правоотношеніе<sup>9а</sup>.

2. *Exceptio rei iudicatae*<sup>10</sup>. Постановлено ли рѣшеніе присуждающее или освобождающее, во всякомъ случаѣ нельзя допускать второго процесса, въ которомъ бы разбиралось то же притязаніе между тѣми же лицами; для этой цѣли существуетъ *exc. rei iudicatae*: *exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur*<sup>11</sup>. Въ самомъ дѣлѣ, если постановлено присуждающее рѣшеніе, то истецъ достаточно защищенъ *actione iudicati*, и отвѣтчикъ, а равно и судья только бы подвергались вслѣдствіе второго процесса неудобствамъ вторичнаго разбирательства. Если же постановлено рѣшеніе освобождающее, то второй процессъ означалъ бы непризнаніе его силы; *exc. rei iudicatae* служить для поддержанія силы судебного рѣшенія; поэтому говорятъ, что она выступаетъ здѣсь въ *положительной функціи*. Различіе между положительною и отрицательною (§ 95 въ началѣ) функціей эксцещіи *rei iudicatae* состоитъ въ слѣдующемъ: въ силу отрицательной функціи во второмъ искѣ отказываютъ потому, что уже разъ былъ предъявленъ искъ по тому же дѣлу; второе рѣшеніе не допускается не по той причинѣ, что можно опасаться

<sup>9</sup> 1. 1. 1. 2. 1. 3. C. de us. r. i. 7, 54; 1. 13. C. de usur. 4, 32.—<sup>9а</sup> Cp. 1. 16. 1. 18. D. h. t. 42, 1.—<sup>10</sup> t. D. 44, 2: de exceptione rei iudicatae.—<sup>11</sup> 1. 3. 1. 7. § 4. D. h. t. 44, 2; 1. 19. 1. 22. 1. 30. § 1. D. eod.

его несогласія съ прежнимъ рѣшеніемъ, а потому, что въ классическомъ правѣ всякое притязаніе могло быть предметомъ предъявленія иска не больше *одного* раза. Въ силу *ex. rei iudicatae* въ ея положительной функціи во второмъ искѣ отказываютъ потому, что можно опасаться несогласія второго рѣшенія съ прежнимъ, что, слѣдовательно, можетъ быть постановлено по тому же дѣлу между тѣми же лицами что либо иное, нежели въ прежнемъ рѣшеніи, чѣмъ подрывается законная сила послѣдняго. Впрочемъ, нѣкоторые авторитетные романисты отвергаютъ это различіе между отрицательной и положительной функціей *ex. rei iudicatae*, утверждая, что экспенціи *rei iudicatae* всегда принадлежитъ отрицательная функція; второго процесса не потому не допускаютъ, что онъ можетъ окончиться судебнымъ рѣшеніемъ, противорѣчающимъ прежнему рѣшенію, а на томъ основаніи, что споръ былъ уже разъ рѣшенъ; они сводятъ къ отрицательной функціи *ex. rei iudicatae* тѣ нормы, которыя господствующее мнѣніе выводитъ изъ положительной функціи.—Необходимо особо разсмотрѣть, въ какихъ случаяхъ въ новомъ процессѣ возвращается то же притязаніе между тѣми же лицами (*eadem quaestio inter eadem personas*), въ какихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ тождествомъ притязанія и тяжущихся сторонъ (объективнымъ и субъективнымъ тождествомъ).

а. *Тождество притязанія* зависитъ: а) отъ объекта иска, б) отъ права, осуществленнаго (искомъ) по отношенію къ объекту иска, γ) отъ основанія, на которое опирается осуществленное право.

ad а. Если въ новомъ процессѣ отыскивается не тотъ объектъ, что въ прежнемъ, то и притязаніе будетъ другое. Тождество объекта имѣетъ мѣсто, напр., въ томъ случаѣ, если сначала отыскивается цѣлое, а затѣмъ часть этого цѣлаго<sup>12</sup>; если же, наоборотъ, сначала отыскивалась часть, а затѣмъ отыскивается цѣлое, то по отношенію къ той части, которая не отыскивалась прежде, имѣется новый объектъ; впрочемъ, это положеніе спорно, но оно слѣдуетъ изъ рѣшенія источниковъ, по которому то лицо, коему было отказано въ искѣ о

<sup>12</sup> 1. 7. pr. D. h. t. 44, 2; 1. 3. 1. 7. §§ 4. 5. 1. 21. §§ 1. 3. D. h. t. 44, 2; 1. 22. § 8. D. r. r. 46, 8.—<sup>13</sup> 1. 7. § 2. D. h. t. 44, 2.

процентахъ за опредѣленный промежутокъ времени, можетъ тѣмъ же не менѣе отыскивать проценты за другой промежутокъ времени<sup>14</sup>. Далѣе, тождество объекта имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если два притязанія находятся въ такомъ взаимномъ отношеніи, что первое служитъ условіемъ существованія второго, и въ первомъ уже было отказано; поэтому, если было отказано въ искѣ о капиталѣ, то впредь не допускается искъ о процентахъ, о залогѣ<sup>15</sup> и т. п.<sup>16</sup>. Если же, наоборотъ, было не признано сначала то право, которое является слѣдствіемъ другого, и затѣмъ отыскивается то право, которое служитъ условіемъ непризнаннаго, то здѣсь имѣемъ уже новый объектъ<sup>17</sup>, и *exc. rei iudicatae* не примѣняется, — что многіе неосновательно оспариваютъ (ср. III).

ad β. Не тождественно притязаніе, если въ прежнемъ процессѣ дѣло шло, напр., о правѣ собственности, а въ позднѣйшемъ — о владѣніи или обязательствѣ по поводу той же вещи<sup>18</sup>, если въ прежнемъ процессѣ дѣло шло о *serv. itineris*, въ позднѣйшемъ — о *serv. actus*<sup>19</sup>. Напротивъ, притязаніе тождественно, если тотъ же предметъ отыскиваютъ другимъ искомъ; напр., предъявивъ о недостаткѣ купленной вещи *actio quanti minoris*, нельзя уже болѣе предъявить по тому же поводу *act. redhibitoria*, и обратно<sup>20</sup>. Сюда же относится и тотъ случай, если противъ лица, которому было присуждено право собственности или наследственное право, бывший отвѣтчикъ предъявитъ *rei vindicatio* или *hereditatis petitio*: притязаніе въ обоихъ процессахъ тождественно, такъ какъ изъ того, что право собственности или наследственное право было присуждено прежнему истцу, необходимо слѣдуетъ, что оно не принадлежитъ прежнему отвѣтчику<sup>21</sup>.

ad γ. Что касается основанія, на которое истецъ опираетъ свое право, то слѣдуетъ различать обязательственные и вещ-

<sup>14</sup> l. 23. i. f. D. h. t. 44, 2; l. 1. C. d. iud. 3, 1. — <sup>15</sup> l. 13. D. qu. m. pign. 20, 6. — <sup>16</sup> l. 8. l. 11. § 3. D. h. t. 44, 2; l. 1. § 1. l. 25. § 8. D. f. e. 10, 2; l. 18. D. de exc. 44, 1; l. 26. § 1. D. h. t. 44, 2; cf. l. 7. § 3. D. eod.; l. 11. § 10. l. 16. D. h. t. 44, 2; l. 3. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 7. D. de agn. 25, 3. — <sup>17</sup> l. 1. C. de ord. iud. 3, 8; l. 3. C. de iud. 3, 1; l. 17. D. de exc. 44, 1; l. 23. D. h. t. 44, 2; l. 5. §§ 8. 9. 18. D. de agn. lib. 25, 3; l. 10. D. de his qui sui l. 6. — <sup>18</sup> l. 14. § 3. l. 31. D. h. t. 44, 2. — <sup>19</sup> l. 11. § 6. D. h. t. 44, 2. — <sup>20</sup> l. 25. § 1. D. h. t. 44, 2. — <sup>21</sup> l. 40. § 2. D. de proc. 3, 3; l. 15. l. 30. § 1. D. h. t. 44, 2.

ныя права. Обязательственные права получают свою определенность лишь от определенного основания возникновения (одной и той же вещи можно требовать на основании купли, дарения, отказа, т. е. нѣсколько разъ), поэтому въ каждомъ искѣ (за исключеніемъ *condictio*, § 84) должно быть поименовано основаніе возникновения требованія; кому отказано въ одномъ искѣ, тотъ можетъ еще отыскивать тотъ же предметъ по другому основанію<sup>22</sup>. Напротивъ, вещныя права обладаютъ определенностью сами по себѣ; способъ приобрѣтенія (*traditio*, *usucapio* и т. п.) не оказываетъ никакого вліянія на ихъ индивидуальность; поэтому до позднѣйшаго классическаго времени способъ приобрѣтенія въ искѣ не указывался, и получившій отказъ въ одномъ искѣ уже не могъ того же вещнаго права отыскивать другимъ искомъ<sup>23</sup>; исключался, конечно, тотъ случай, если истецъ приобрѣлъ вещное право послѣ *litiscontestatio* (это—такъ наз. *causa superveniens*<sup>24</sup>); въ позднѣйшее классическое время стали допускать указываніе въ искѣ способовъ приобрѣтенія вещныхъ правъ (*causa expressa agere*; въ періодъ формулярнаго процесса, вѣроятно, для этого служила *praescriptio pro actore*, напр., *ea res agatur de fundo mancipato*<sup>24a</sup>), и съ тѣхъ поръ стало возможнымъ предъявленіе новаго иска о томъ же вещномъ правѣ на основаніи другого способа приобрѣтенія<sup>25</sup>. По Имп. Уст. Гр. Суд. § 230, въ области всѣхъ исковъ должно быть тотчасъ указываемо основаніе притязанія; тѣмъ не менѣе остается спорнымъ, слѣдуетъ ли отсюда, что вещный искъ всегда необходимо предъявлять *causa expressa*.

б. *Тожество лицъ* (тяжущихся сторонъ) есть второе условіе *exc. rei iudicatae*; отсюда юридическая поговорка новыхъ юристовъ: *res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet*<sup>26</sup>, *res iudicata ius facit inter partes* (§ 97 пр. 3а). Тожественною стороною считается не только универсальный преемникъ (что само собою разумѣется), но и сингулярный и вообще то лицо, которое производитъ свое право отъ одной изъ сторонъ бывшаго процесса, при чемъ предполагается, что это право было

<sup>22</sup> l. 14. § 2. D. h. t. 44, 2; l. 18. D. de o. et a. 44, 7; l. 93. § 1. D. de leg. 3 (32). — <sup>23</sup> l. 14. § 2. l. 11. §§ 1. 5. l. 30. pr. D. h. t. 44, 2; l. 3. § 4. D. de a. p. 41, 2; l. 159. D. de r. i. 50, 17. — <sup>24</sup> l. 11. §§ 4. 5. l. 25. pr. D. h. t. 44, 2; l. 10. D. de exc. 44, 1; l. 25. § 1. l. 42. D. de lib. caus. 40, 12. <sup>24a</sup> cf. Cic. ad. fam. 13, 27; de fin. 5, 29. — <sup>25</sup> l. 11. § 2. l. 14. § 2. D. h. t. 44, 2. — <sup>26</sup> l. 2. C. quib. res. iud. 7, 56.

ему установлено уже послѣ *litiscontestatio*<sup>27</sup>.—Въ области вещныхъ сервитутовъ, если одинъ *condominus* господствующаго участка вель процессъ о сервитутѣ, то прочіе *condomini* считаются съ нимъ за одно, былъ ли исходъ процесса благопріятный или неблагопріятный<sup>28</sup>; то же бываетъ, если процессъ вель одинъ изъ *condomini* служащаго участка<sup>29</sup>.—Въ области корреальныхъ обязательствъ, если въ пользу корреального должника было постановлено благопріятное рѣшеніе, то другіе корреальные должники считаются съ нимъ тождественными<sup>30</sup>.—Рѣшеніе о дѣйствительности завѣщанія, постановленное въ процессѣ между наслѣдникомъ по закону и наслѣдникомъ по завѣщанію, имѣетъ силу также въ пользу и противъ легатаріевъ<sup>31</sup> и кредиторовъ наслѣдства<sup>32</sup>.—Рѣшеніе процесса о *status*, веденнаго съ главнымъ заинтересованнымъ лицомъ, выступавшимъ, какъ таковое, въ качествѣ *iustus contradictor*<sup>32a</sup> (съ отцомъ или господиномъ раба, или патрономъ),—имѣетъ силу по общему правилу *для всѣхъ*; въ частности, рѣшеніе объ отцовствѣ имѣетъ силу для всѣхъ прочихъ членовъ семьи тяжущагося<sup>33</sup>; если же тяжущійся былъ не *iustus contradictor*, то рѣшеніе ничтожно, поэтому истинный отецъ вслѣдствіе процесса, который велся съ мнимымъ отцомъ, не лишается своего отцовскаго положенія; то же относится и къ прочимъ членамъ семьи<sup>34</sup>.

Изложенныя выше *sub II. 2 пр. 14 и 17* начала не пользуются общимъ признаніемъ; существуетъ очень распространенное мнѣніе, по которому получаютъ законную силу не только рѣшеніе судьи, но и *основанія* этого рѣшенія («элементы рѣшенія»); такимъ образомъ *ex. rei iudicatae* обезсиливаетъ

<sup>27</sup> 1. 9. § 2. 1. 11. §§ 3. 9. 10. 1. 28. 1. 29. § 1. D. h. t. 44, 2; 1. 3. D. de pign. 20, 1; 1. 25. § 8. D. f. e. 10, 2; cf. 1. 63. D. de re iud. 42, 1.—<sup>28</sup> 1. 4. § 3. 1. 6. § 4. 1. 15. D. si serv. v. 8, 5; 1. 31. § 7. D. de neg. gest. 3, 5.—<sup>29</sup> 1. 4. § 4. D. si serv. 8, 5.—<sup>30</sup> cf. 1. 28. § 3. 1. 42. § 3. D. de iurei. 12, 2.—<sup>31</sup> 1. 3. pr. D. de pign. 20, 1; 1. 8. § 16. 1. 17. § 1. D. de inoff. 5, 2; 1. 14. D. de app. 49, 1; 1. 50. § 1. D. de leg. 1 (30).—<sup>32</sup> 1. 50. § 1. i. f. D. de leg. 1 (30); 1. 12. § 1. C. de h. p. 3, 31; cf. 1. 14. D. de transact. 2, 15; 1. 14. D. de app. 49, 1.—<sup>32a</sup> 1. 3. D. de coll. det. 40, 16; 1. 1. C. de ing. manum. 7, 14.—<sup>33</sup> 1. 1. § 16. 1. 2. 1. 3. pr. D. de agn. 25, 3; 1. 1. § 2. D. de lib. c. 40, 12; cf. 1. 25. D. de stat. hom. 1, 5; 1. 42. pr. D. de nox. a. 9, 4; 1. 14. D. de iure patr. 37, 14; 1. 5. C. de ord. cogn. 7, 19. 1. 6. § 1. D. de inoff. 5, 2.—<sup>34</sup> 1. 1. 1. 5. D. si ing. dic. 40, 14; 1. 9. pr. 1. 42. D. de lib. c. 40, 12; 1. 3. D. de coll. det. 40, 16.

новый искъ, если теперешнее исковое притязаніе обсуждалось въ прежнемъ процессѣ, какъ условіе тогдашняго притязанія или возраженіе противъ него, и было въ качествѣ такового отвергнуто; далѣе, противостоятъ *ex. rei iudicatae*, если въ настоящемъ процессѣ выставляются факты, которые были уже выставлены *съ другою* цѣлью въ прежнемъ процессѣ и были признаны ложными. Изъ этого мнѣнія слѣдуетъ, что если въ прежнемъ процессѣ истцу было отказано въ искѣ о вещномъ сервитутѣ за отсутствіемъ у него права собственности на господствующій участокъ или въ искѣ о процентахъ за отсутствіемъ требованія капитала, то онъ уже не можетъ вчать другого иска о правѣ собственности на участокъ или иска объ уплатѣ капитала и т. п. Противъ этого мнѣнія направлено положеніе Имп. Уст. Гр. Суд. § 293, по которому рѣшеніе только въ той мѣрѣ способно къ законной силѣ, поскольку оно является рѣшеніемъ возбужденнаго искомъ притязанія (въ т. н. тенорѣ приговора).

## В. Суррогаты судебного рѣшенія.

### 1) § 98. Судебное признаніе.

tt. D. XLII, 2; C. VII, 59: de confessis. — *Demelius*, die Confessio im Röm. Civilprocess u. d. gerichtl. Geständniss der neuesten Processgesetzgebung. 1888. — *Savigny*, §§ 303 — 308. — *Vangerow*, § 165. — *Regleberger*, § 173. — *Baron*, § 209.

Судебное рѣшеніе становится излишнимъ, если отвѣтчикъ признаетъ требованія истца въ судѣ (въ классическій періодъ *in iure*, т. е. предъ магистратомъ, въ періодъ по-классическій *in iudicio*). Признаніе (называемое часто *confessio in iure* и въ сводѣ Юстиніана) служитъ основаніемъ формальной истины между сторонами: *confessus pro iudicato est*<sup>1</sup>.

На практикѣ тѣмъ не менѣе произносилось судьей присужденіе (т. н. *agnitoria*); по Имп. уст. гр. суд. § 278, послѣднее произносится только по требованію истца.

### 2) § 99. Присяга.

t. D. XII, 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. — t. C. IV, 1: de rebus creditis et iureiurando. — *Strippelmann*, der Gerichtseid. 3 Abth. 1855—57. — *Savigny*, §§ 309—314. — *Vangerow*, §§ 168—170. 671. — *Windscheid*, § 418. — *Baron*, §§ 135. 209.

По римскому праву, рѣшеніе становилось излишнимъ, если отвѣтчикъ по требованію истца (*iusiurandum in iure delatum*,

<sup>1</sup> 1. 1. 1. 3. 1. 6. § 2. D. h. t. 42, 2; 1. 56. D. de r. i. 42, 1; I. un. C. h. t. 7, 59; 1. 4. C. de rep. her. 6, 31.

впослѣдствіи—in iudicio) подѣ присягою отвергалъ притязаніе послѣдняго (т. н. *iusiurandum assertorium*), или, если, наоборотъ, истецъ по требованію отвѣтчика подѣ присягою подтверждалъ свое притязаніе. Лицо, вызванное на присягу, *relatus*, обязано было присягать<sup>1</sup> (откуда названіе—*iusiurandum necessarium*).—Такая присяга могла быть принимаема и внѣ суда по соглашенію тяжущихся (т. н. *actum iurisiurandi*)<sup>2</sup>; будучи основана на договорѣ<sup>3</sup>, она получила названіе *iusiurandum voluntarium*. Присяга служила основаніемъ формальной истины между сторонами<sup>4</sup>. Въ настоящее время и по суд. практикѣ и по Импер. гр. суд. § 410 присягою подтверждаютъ не права, а только факты, поэтому присяга перестала служить суррогатомъ рѣшенія, и выраженіямъ: *iusiurandum necessarium* и *voluntarium* теперешній гражданскій процессъ придаетъ иной смыслъ.

### 3) § 100. Рѣшеніе третейскаго суда.

t. D. IV, 8; de receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant.—t. C. II, 55: de receptis.—*André*, gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte. 1860.—*Weizsäcker*, das Röm. Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis. 1879.—*Matthias*, die Entwicklung des Röm. Schiedsgerichts. 1888.—*Vangerow*, § 670.—*Windscheid*, §§ 415—417.—*Regelsberger*, § 199.—*Baron*, § 135.

Для рѣшенія спора о правѣ третейскимъ судомъ требуется заключеніе двухъ договоровъ: 1) договора между спорящими (*compromissum*), которымъ они обязываются представить свой споръ на разсмотрѣніе и рѣшеніе одного или нѣсколькихъ лицъ (*arbitri*, третейскіе судьи); 2) договора спорящихъ съ будущимъ третейскимъ судьей, въ которомъ послѣдній принимаетъ на себя обязанности третейскаго судьи (*receptum scil. arbitrium*). Такъ какъ третейскій судъ такимъ образомъ основывается на двухъ договорахъ, то регулированіе его (точно такъ же, какъ и мировой сдѣлки, § 101) относится къ гражданскому праву, и онъ опредѣляется прежде всего волею сторонъ; тѣмъ не менѣе государство, которому принадлежитъ право и обязанность судоустройства, не можетъ относиться пассивно къ частному рѣшенію правовыхъ споровъ; поэтому право подчиняетъ договоры о третейскомъ судѣ во многихъ отноше-

<sup>1</sup> l. 34, § 6. l. 38. D. h. t. 12, 2.—<sup>2</sup> l. 7. sqq. D. h. t. 12, 2.—<sup>3</sup> l. 1. l. 17. pr. D. h. t. 12, 2.—<sup>4</sup> l. 5. § 2. l. 9. § 1. l. 28. § 10. l. 29. l. 30. pr. D. h. t. 12, 2; l. 1. C. h. t. 4, 1; l. 1. pr. D. quar. rer. act. 44, 5.

ніяхъ особымъ правиламъ, заимствованнымъ изъ области гражданскаго судопроизводства. Вслѣдствіе этого право компромисса отличается двойственнымъ характеромъ, отчасти частно-правнымъ, отчасти публично-правовымъ.

Ad 1. У Римлянъ былъ почти<sup>1</sup> общесоблюдаемый обычай—заключать компромиссъ путемъ неформальнаго соглашенія между сторонами (простого pactum), на случай нарушенія котораго обѣ стороны обязывались посредствомъ stipulatio къ платежу неустойки<sup>2</sup> (роена compromissa, откуда и названіе договора—compromissum). Рѣшеніе третейскаго судьи (arbitrium, въ средніе вѣка — laudum) такимъ образомъ не имѣло силы публичнаго судебного рѣшенія; обѣ исполненіи arbitrium не было ни иска, ни экцепціи; спорное дѣло можно было еще представить на разсмотрѣніе обыкновеннаго суда, но только то лицо, которое не повиновалось третейскому рѣшенію, должно было уплатить условленный штрафъ<sup>3</sup>; лишь Юстиніанъ ввелъ искъ обѣ исполненіи третейскаго рѣшенія<sup>4</sup>, но только при извѣстныхъ условіяхъ, а именно, если стороны въ письменной формѣ признали рѣшеніе третейскаго судьи или не оспорили его въ продолженіе десяти дней послѣ постановленія. Въ настоящее время рѣшенію третейскаго суда всегда принадлежитъ искъ обѣ исполненіи, поэтому оно имѣетъ значеніе суррогата судебного рѣшенія<sup>4а</sup>.—Требуется, чтобы laudum опредѣлило и вполнѣ разрѣшило представленный споръ<sup>5</sup>; чтобы оно не было направлено на нѣчто недозволённое<sup>6</sup>; чтобы оно не было очевидно пристрастно<sup>7</sup> (—но для дѣйствительности laudum не требуется, чтобы третейскій судья примѣнялъ дѣйствующее право<sup>8</sup>—), чтобы оно было объявлено въ присутствіи сторонъ<sup>9</sup>; наконецъ, если третейскій судъ составленъ изъ нѣсколькихъ лицъ, то требуется для постановленія рѣшенія большинство голосовъ. Если голоса судей раздѣлялись поровну, то, по римскому праву, сами судьи избирали еще одно лицо, которое и давало своимъ голосомъ

<sup>1</sup> Другія формы см. l. 11. §§ 2. 3. l. 13. § 1. l. 27. § 7. D. h. t. 4, 8; l. 4. C. h. t. 2, 55.—<sup>2</sup> l. 2. l. 11. l. 13. l. 28. D. h. t. 4, 8; l. 1. C. h. t. 2, 55.—<sup>3</sup> l. 2. l. 30. D. h. t. 4, 8; l. 1. C. h. t. 2, 55; Nov. 82. c. 11.—<sup>4</sup> l. 5. C. h. t. 2, 55; случай l. 4. eod. устранилъ Юстиніанъ Nov. 82. c. 11.—<sup>4а</sup> Reichs-civilprocessordnung § 866.—<sup>5</sup> l. 19. § 1. l. 21. § 3. l. 32. §§ 16. 17. D. h. t. 4, 8.—<sup>6</sup> l. 21. § 7. D. h. t. 4, 8.—<sup>7</sup> l. 3. C. h. t. 2, 55.—<sup>8</sup> l. 27. § 2. D. h. t. 4, 8; l. 1. C. h. t. 2, 55.—<sup>9</sup> l. 27. §§ 4. 5. D. h. t. 4, 8.

перевѣсь<sup>10</sup>; по Имп. уст. гр. суд. § 859, приглашеніе еще одного лица допускается лишь въ томъ случаѣ, если стороны условились объ этомъ въ компромисѣ. — Компромиссъ недѣйствителенъ съ самаго начала, если въ немъ назначенъ неспособный судья: душевно-больной или одинъ изъ спорящихъ<sup>11</sup>; по римскому праву, неспособны также женщины, глухіе, нѣмые, лица, не достигшія 20-ти лѣтъ; по Имп. уст. гр. суд. § 858, они не признаются неспособными, но могутъ быть устранены путемъ отвода<sup>11a</sup>. Компромиссъ лишается силы, по римскому праву, если одна изъ сторонъ умретъ, сойдетъ съ ума, или подвергнется конкурсу<sup>12</sup>, если умретъ третейскій судья, или сложить съ себя принятую обязанность, по болѣзни, по старости<sup>13</sup>, если одна изъ сторонъ отступить отъ компромисса вслѣдствіе вражды съ судьей или вслѣдствіе *dolus* судьи или противной стороны<sup>14</sup>; вмѣсто этихъ правилъ § 858 признаетъ лишь отводъ третейскаго судьи по уважительнымъ причинамъ.

Ad 2. Никто не обязанъ принимать на себя разсмотрѣніе дѣла третейскимъ судомъ; но разъ кто либо принялъ на себя такое разсмотрѣніе, то, по римскому праву, магистратъ понуждалъ его исполнить свою обязанность путемъ штрафовъ<sup>15</sup>; только по основательнымъ причинамъ, какъ то: по болѣзни, старости, вслѣдствіе оскорбленія, нанесеннаго ему одною изъ сторонъ и т. п., *arbiter* можетъ сложить съ себя обязанность третейскаго судьи<sup>16</sup>.

Имп. уст. гр. суд. не знаетъ такихъ принудительныхъ мѣръ, а на случай отказа избраннаго въ третейскіе судьи отъ принятія этой обязанности, на случай отступленія его отъ договора или слишкомъ большой медленности въ исполненіи принятой обязанности, предписываетъ или прекращеніе силы третейскаго договора, или назначеніе новаго судьи (§§ 859. 857). §§ 851—872 Имп. уст. гр. суд. содержатъ подробныя правила о самомъ третейскомъ судопроизводствѣ.

#### 4) § 101. Мировая сдѣлка.

tt. D. II, 15; C. II, 4: de transactionibus.—*Risch*, die Lehre vom Vergleich nach Gemeinem Recht. 1855.—*Vangerow*, §§ 668. 669.—*Windscheid*, §§ 413. 414.—*Brinz*, § 111.—*Bekker*, § 110.—*Regelsterger*, §§ 171. 172.

*Мировая сдѣлка (transactio) есть договоръ, въ которомъ*

<sup>10</sup> l. 17. §§ 5. 7. l. 18. l. 27. § 3. D. h. t. 4, 8.—<sup>11</sup> l. 9. §§ 1. 2. l. 41. l. 51. D. h. t. 4, 8; l. 6. C. h. t. 2, 55; c. 4. X. de arb. 1, 43.—<sup>11a</sup> Имп. Уст. Гр. Суд. вмѣсто лицъ, не достигшихъ 20 л., ставить здѣсь миноровъ.—<sup>12</sup> l. 27. § 1. l. 49. § 2. l. 17. pr. l. 47. § 1. l. 48. D. h. t. 4, 8.—<sup>13</sup> l. 45. l. 15. l. 16. pr. D. h. t. 4, 8.—<sup>14</sup> l. 31. l. 32. § 14. D. h. t. 4, 8; l. 3. C. h. t. 2, 55.—<sup>15</sup> l. 3. § 1. l. 15. l. 32. § 12. D. h. t. 4, 8.—<sup>16</sup> l. 9. §§ 4. 5. l. 10. l. 11. pr. l. 15. l. 16. l. 17. pr. D. h. t. 4, 8.

двѣ стороны устраняютъ путемъ обоюдныхъ уступокъ сомнительность, касающуюся какого либо права. — Право можетъ быть вещное, личное, семейственное<sup>1</sup>; многіе утверждаютъ, что мировая сдѣлка не можетъ касаться правъ изъ нескрытаго еще завѣщанія; но въ мѣстахъ источниковъ<sup>2</sup>, на которыя опирается означенное мнѣніе, говорится только, что, не читавши завѣщанія, трудно заключать сдѣлку о правахъ изъ него. — Право должно быть сомнительнымъ<sup>3</sup>, поэтому немислима мировая сдѣлка о правахъ изъ получившаго законную силу судебного рѣшенія, постановленіе котораго и содержаніе безспорны между тяжущимися<sup>4</sup>; уступка по такимъ правамъ есть не мировая сдѣлка, а дареніе<sup>4а</sup>. — Сомнительность права заключается обыкновенно въ спорности его существованія или его объема между сторонами<sup>5</sup>; мировая сдѣлка устраняетъ споръ точно такъ же, какъ и судебное рѣшеніе<sup>6</sup>, такъ что въ этомъ случаѣ она служитъ суррогатомъ послѣдняго. Но сомнительность можетъ заключаться и въ неизвѣстности возникновенія или существованія (напр., вслѣдствіе суспензивнаго или резолютивнаго условія<sup>7</sup>), или объема права (напр., въ случаѣ пожизненной ренты<sup>8</sup>), или въ томъ, что подлежитъ сомнѣнію реализація права (вслѣдствіе угрожающей или уже наступившей несостоятельности должника). — Въ чемъ состоитъ взаимная уступка, это зависитъ отъ соглашенія сторонъ; иногда одна изъ сторонъ отказывается отъ части права и получаетъ признаніе остального<sup>9</sup>, или за вознагражденіе она отказывается отъ всего права, или наоборотъ, получаетъ признаніе всего права и обязывается дать условленное вознагражденіе противной сторонѣ<sup>10</sup>. То же бываетъ, если мировая сдѣлка касается не спорнаго права, но сомнительнаго. Уступка всегда должна быть обоюдною, иначе договоръ является дареніемъ<sup>11</sup>. — Отъ содержанія взаимной уступки зависитъ юридическая природа мировой сдѣлки; послѣдняя подчиняется то началамъ договоровъ вещныхъ, то началамъ договоровъ обязательственныхъ и т. д. — Если мировая сдѣлка касается алиментовъ, назначенныхъ

<sup>1</sup> II. 1—4. C. h. t. 2, 4; I. 14. D. h. t. 2, 15.—<sup>2</sup> I. 1. § 1 D. test. quemadm. ap. 29, 3; I. 6. D. h. t. 2, 15.—<sup>3</sup> I. 1. D. h. t. 2, 15.—<sup>4</sup> I. 23. § 1. D. de c. i. 12, 6; I. 7. pr. § 1. I. 11. D. h. t. 2, 15; I. 32. C. h. t. 2, 4.—<sup>4а</sup> Pauli sent. rec. I, 1. § 5.—<sup>5</sup> I. 1. D. h. t. 2, 15; I. 2. I. 12. I. 17. C. h. t. 2, 4.—<sup>6</sup> I. 20. I. 28. C. h. t. 2, 4.—<sup>7</sup> I. 11. C. h. t. 2, 4.—<sup>8</sup> I. 8. D. h. t. 2, 15.—<sup>9</sup> I. 6. C. h. t. 2, 4.—<sup>10</sup> I. 9. I. 33. D. h. t. 2, 15.—<sup>11</sup> I. 38. C. h. t. 2, 4; I. 1. D. h. t. 2, 15.

одной сторонѣ въ распоряженіи на случай смерти, и направлена на замѣну періодическихъ платежей единовременнымъ, то для такой сдѣлки требуется судебное подтвержденіе, которое дается лишь въ томъ случаѣ, если по предварительномъ разсмотрѣніи дѣла оказалось, что сдѣлка будетъ выгодна для лица, получающаго *alimenta*<sup>12</sup>.—Полнолѣтнее лицо, нарушившее мировую сдѣлку, подтвержденную присягою, лишается, по римскому праву, всѣхъ правъ, вытекающихъ изъ сдѣлки, и становится *infamis*<sup>13</sup>.—Послѣдствія мировой сдѣлки ограничиваются одними участвующими въ ней лицами; только кредиторы наслѣдства (но не отказополучатели<sup>14</sup>) связаны мировой, заключенною между двумя претендентами на наслѣдство<sup>15</sup>.—Въ случаѣ принужденія<sup>16</sup> или обмана<sup>17</sup> мировая сдѣлка по общимъ правиламъ § 51 можетъ быть оспорена; въ случаѣ простого заблужденія она можетъ быть оспорена только въ томъ случаѣ, если факты, которые *объ* стороны предполагали наличными, оказываются несуществующими, или, наоборотъ, если оказываются въ наличности такіе факты, несуществованіе коихъ предполагали *объ* стороны; поэтому, напр., признается порочною: мировая сдѣлка по поводу завѣщанія, оспариваемаго вслѣдствіе несоблюденія формы, если завѣщаніе это окажется подложнымъ; мировая сдѣлка о замѣнѣ отказанной въ завѣщаніи ренты одною суммою, — если отказъ затѣмъ окажется ничтожнымъ<sup>18</sup>. Напротивъ, мировая сдѣлка не подлежит оспариванію, если впоследствии разсѣется заблужденіе *одной* изъ сторонъ или прекратится неизвѣстность, побудившая вступить въ мировую сдѣлку<sup>19</sup>.

### VII. *In integrum restitutio*.

t. D. IV, 1: de in integrum restitutionibus. — *Burchardi*, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831. — *Spaltenstein*, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1873.

#### A. 102. Понятіе и сущность.

*Savigny*, §§ 315 — 317. — *Vangerow*, § 175. — *Windscheid*, § 114. — *Brinz*, § 115. — *Regelsberger*, § 200.

*In integrum restitutio* означаетъ вообще возстановленіе

<sup>12</sup> l. 8. D. h. t. 2, 15; l. 8. C. h. t. 2, 4.—<sup>13</sup> l. 41. C. h. t. 2, 4.—<sup>14</sup> l. 3. pr. D. h. t. 2, 15. —<sup>15</sup> l. 14. D. h. t. 2, 15.—<sup>16</sup> l. 13. C. h. t. 2, 4.—<sup>17</sup> l. 9. § 2. D. h. t. 2, 15; l. 4. l. 19. l. 30. C. h. t. 2, 4; l. 65. § 1. D. de c. i. 12, 6.—<sup>18</sup> l. 42. C. h. t. 2, 4; cf. l. 3. § 1. l. 12. i. f. D. h. t. 2, 15; l. 36. i. f. D. f. e. 10, 2.—<sup>19</sup> l. 2. l. 19. l. 23. l. 24. C. h. t. 2, 4.

прежняго состоянія, все равно, послѣдовало ли это возстановленіе на основаніи соглашенія сторонъ, или на основаніи иска. Такъ, напр., добровольная отмѣна купли съ возвращеніемъ того, что уже уплачено однимъ изъ контрагентовъ, а равно отмѣна купли на основаніи act. redhibitoria, если въ вещи оказались недостатки, и т. п. именуются *in integrum restitutio*<sup>1</sup>. Но въ техническомъ смыслѣ *in integrum restitutio* (*integrī restitutio*, возстановленіе прежняго состоянія) означаетъ, по римскому классическому праву, чрезвычайное возстановленіе прежняго состоянія на основаніи справедливости путемъ непосредственнаго вмѣшательства магистрата по своему усмотрѣнію. Aequitas, справедливость, была основаніемъ возникновенія не только реституціи, но и множества другихъ институтовъ; уже выше (§ 13) мы обратили вниманіе на ходъ развитія права отъ *ius strictum* къ *ius aequum*. Возстановленіе прежняго состоянія также не составляетъ особенности реституціи, а бываетъ слѣдствіемъ и многихъ другихъ исковъ, существующихъ для оспариванія сдѣлки (по поводу угрозъ, обмана, заблужденія). Характерными же признаками реституціи въ классическомъ правѣ было то:

1. Что совершеніе реституціи зависѣло отъ *усмотрѣнія* магистрата; это значитъ, что правила, по которымъ примѣняется реституція, не опредѣляются точно въ преторскомъ эдиктѣ (отъ котораго реституція ведетъ свое происхожденіе); дать ли реституцію, или отказать въ ней—это зависѣло отъ самого магистрата<sup>2</sup>. Причиною такого явленія послужило то, что преторы, первоначально считая слишкомъ рискованнымъ вводить въ этой области постоянные опредѣленные иски, прямо противорѣчащіе нормамъ *ius civile*, предпочитали оставить за собою право свободнаго усмотрѣнія въ отдѣльныхъ случаяхъ.

2. Что реституція состоитъ въ *непосредственномъ* вмѣшательствѣ *магистрата*; даже въ періодъ формулярнаго производства, когда преторъ по общему правилу лишь подготовлялъ (*in iure*) процессъ, а разбирали дѣло и постановляли рѣшеніе присяжные (*in iudicio*), реституція находилась исключительно въ завѣдываніи высшихъ магистратовъ (претора, императора, *praefectus urbi* и *praetorio* въ Римѣ, намѣстника въ провин-

<sup>1</sup> 1 58. D. de pact. 2, 14; 1. 23. § 7. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>2</sup> 1. 3. D. h. t. 4, 1; 1. 1. § 1. l. 24. § 5. D. de min. 4, 4.

ціи<sup>3</sup>, откуда часто попадающееся въ источникахъ названіе *praetoria cognitio*); реституція не входила въ область компетенціи ни присяжныхъ, ни городскихъ магистратовъ, надѣленныхъ дѣйствительною судебною властью, хотя и въ ограниченныхъ предѣлахъ; право совершать реституцію единственно принадлежало высшимъ магистратамъ съ *imperium mixtum*<sup>4</sup>; причина этого явленія заключалась въ томъ, что примѣненіе невыработанныхъ еще окончательно юридическихъ правилъ не хотѣли отдать въ руки лицъ безъ *imperium*.

Вслѣдствіе этихъ особенностей реституцію называютъ *auxilium extraordinarium*, противопоставляя ее искамъ и эксцепціямъ, какъ *auxilia communia*<sup>5</sup>. Отсюда слѣдуетъ, что реституція принадлежитъ лишь субсидіарное (вспомогательное) значеніе, т. е. реституція примѣняется лишь въ томъ случаѣ, если совсѣмъ нѣтъ налицо исковъ и эксцепцій<sup>6</sup>, или если послѣдніе даютъ менѣ полную или менѣ дѣйствительную защиту<sup>7</sup>; *restitutio* предпочитается лишь иску *doli*, такъ какъ послѣдній навлекаетъ на присужденнаго отвѣтчика безчестіе<sup>8</sup>.

Изложенныя особенности реституціи мало-по-малу исчезли. Во первыхъ, сами преторы, а также теорія и практика (*responsa*) юристовъ мало-по-малу подчинили реституцію твердымъ правиламъ, вслѣдствіе чего она перестала уже зависѣть отъ усмотрѣнія магистрата. Во вторыхъ, Юстиніанъ включилъ реституцію въ область компетенціи постоянныхъ судей, назначаемыхъ высшими магистратами<sup>9</sup>. (По нынѣшней практикѣ реституція входитъ, безспорно, въ кругъ компетенціи всякаго обыкновеннаго судьи). Вслѣдствіе этихъ измѣненій реституція получила характеръ обыкновеннаго средства защиты (какъ искъ и эксцепція), сохранивъ лишь ту особенность, что посредствомъ нея можно отмѣнять правоотношенія какого бы то ни было рода, т. е. исковое требованіе реституціи является теперь субсидіарнымъ искомъ для уничтоженія существующаго юридическаго состоянія по опредѣленнымъ законнымъ основаніямъ.

<sup>3</sup> 1. 16. § 5. 1. 17. 1. 18. 1. 42. D. de min. 4, 4.—<sup>4</sup> 1. 26. § 1. D. ad. munic. 50, 1.—<sup>5</sup> 1. 16. pr. D. de min. 4, 4.—<sup>6</sup> 1. 16. pr. D. de min. 4, 4; 1. 2. C. de filiof. min. 2, 22.—<sup>7</sup> 1. 45. § 1. D. de min. 4, 4; 1. 25. 1. 39. § 13. D. de adm. 26, 7; 1. 9. §§ 3. 4. 1. 21. § 6. D. quod met. 4, 2; 1. 3. C. de his quae vi 2, 20; 1. 3. C. qu. in. c. mai. 2, 53; 1. 5. 1. 10. C. de resc. vend. 4, 44.—<sup>8</sup> 1. 7. § 1. D. h. t. 4, 1; 1. 1. § 6. 1. 39. D. de dolo 4, 2.—<sup>9</sup> 1. 3. C. ubi et. ap. quem. 2, 46.

## В. Условія реституціи.

## 1) § 103. Laesio.

*Savigny*, §§ 318. 319. 321. — *Vangerow*, §§ 176. 178. — *Windscheid*, § 115. — *Brinz*, § 116.

Первое условіе реституціи заключается въ томъ, что кто либо потерпѣлъ какой либо юридическій вредъ (*laesio, damnum; captum, deceptum, circumventum, circumscriptum esse*), котораго онъ совсѣмъ не можетъ или не можетъ въ достаточной мѣрѣ устранить обыкновенными средствами (§ 102). Юридическій вредъ можетъ быть причиненъ положительными дѣйствіями (въ частности юридическими сдѣлками<sup>1</sup>) или упущеніями<sup>1а</sup>; если вредъ произошелъ вслѣдствіе случайныхъ обстоятельствъ, то реституція не можетъ имѣть мѣста<sup>2</sup>. — Вредъ можетъ состоять въ нарушеніи не только матеріальнаго, но и нематеріальнаго интереса, напр., если *minor* по *arrogatio* поступилъ подъ власть безхарактернаго человѣка. — Имущественный вредъ можетъ заключаться въ томъ, что кто либо понесъ положительные убытки (въ отсутствіе собственника другое лицо приобрѣло вещь по давности, за вещь заплачена слишкомъ большая цѣна или наемная плата, за вещь получена слишкомъ малая цѣна или наемная плата, проиграно дѣло вслѣдствіе плохого веденія процесса<sup>4</sup>), или въ томъ, что оно упустило случай получить выгоду<sup>5</sup> (упущено приобретеніе выгоднаго наслѣдства или отказа<sup>6</sup>); реституціи противъ упущенія прибыли не дается лишь въ томъ случаѣ, если это уменьшить уже приобретенное имущество другого лица (напр., если кто либо не предъявилъ своевременно штрафнаго иска, если кто либо упустилъ приобретеніе по давности)<sup>7</sup>. Спорять о томъ, дается ли реституція и въ случаѣ незначительнаго ущерба; въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣйствительно предполагаются значительные убытки (въ случаѣ продажи вещей должника для испол-

<sup>1</sup> 1. 1. § 1. 1. 7. pr. D. de min. 4, 4. — <sup>1а</sup> 1. 7. §§ 11. 12. D. de min. 4, 4; 1. 9. § 2. 1. 38. D. eod. — <sup>2</sup> 1. 11. §§ 4. 5. D. de min. 4, 4. — <sup>3</sup> 1. 3. § 6. 1. 6. 1. 35. D. de min. 4, 4; 1. 41. D. de rec. 4, 8. — <sup>4</sup> 1. 45. pr. 1. 7. §§ 1. 4. 11. 12. 1. 8. 1. 36. 1. 42. D. de min. 4, 4; 1. 1. § 1. D. ex qu. c. mai. 4, 6. — <sup>5</sup> 1. 7. § 6. 1. 44. D. de min. 4, 4; 1. 27. D. ex qu. c. mai. 4, 6. — <sup>6</sup> 1. 21. § 6. D. qu. met. 4, 2; 1. 7. § 10. 1. 22. 1. 24. § 2. 1. 30. D. de min. 4, 4; 1. 2. C. si ut om. 2, 39. — <sup>7</sup> 1. 37. pr. D. de min. 4, 4; 1. 18. 1. 20. D. ex qu. c. mai. 4, 6.

ненія рѣшенія<sup>8</sup>; въ случаѣ продажи вещей подопечнаго, если продажа произошла съ соблюденіемъ всѣхъ предписанныхъ правилъ<sup>9</sup>; въ случаѣ даренія невѣстѣ со стороны неполнолѣтняго жениха<sup>9а</sup>); но по общему правилу на размѣръ вреда вниманія не обращается; поговорка новыхъ юристовъ: *minima non curat praetor*—оказывается здѣсь невѣрною (что и понятно, если обратить вниманіе на неравномѣрное распредѣленіе имущества между людьми), за исключеніемъ того случая, если вредъ, причиняемый противнику реституціею, гораздо значительнѣе теперешняго ущерба лица, испрашивающаго реституцію<sup>10</sup>.—Не дается реституціи въ томъ случаѣ, если причиною вреда послужилъ *dolus* самаго потерпѣвшаго<sup>11</sup> (но это не относится къ деликтамъ по нерадѣнію<sup>12</sup>); реституція не допускается также противъ тридцатилѣтней и болѣе продолжительной давности<sup>14</sup>, не дается нисходящимъ противъ восходящихъ<sup>15</sup>, за исключеніемъ того случая, если нисходящій испрашиваетъ реституцію именно противъ его отношенія къ другому лицу, какъ нисходящаго къ восходящему, отношенія, въ которое онъ вступилъ по *adoptio* или по судебному рѣшенію<sup>16</sup>.

## 2) Основаніе реституціи.

### а. § 104. Общій обзоръ.

*Savigny*, §§ 320. 333.—*Vangerow*, § 177.—*Windscheid*, § 116.—*Brinz*, § 117.—*Regelsberger*, § 201.

Второе условіе реституціи есть наличность основанія справедливости, которое бы оправдывало отмѣну существующаго юридическаго положенія и возстановленіе прежняго. Такихъ основаній реституціи источники<sup>1</sup> насчитываютъ шесть: неполнолѣтіе, угроза, заблужденіе, обманъ, отсутствіе, *capitis deminutio minima*. Но *capitis deminutio* перестала быть основаніемъ реституціи; *capite minutus*, который по *ius civile* освобождался

<sup>8</sup> l. 9, pr. D. de min. 4, 4; l. 1. C. si adv. vend. pign. 2, 28.—<sup>9</sup> l. 49. pr. D. de min. 4, 4.—<sup>9а</sup> l. 1. C. si adv. don. 2, 29.—<sup>10</sup> l. 4. D. h. t. 4, 1.—<sup>11</sup> l. 9. §§ 2. 4. 5. l. 37. § 1. D. de min. 4, 4; l. 26. § 6. D. ex qu. c. mai. 4, 6; l. 2. l. 3. C. si minor se mai. 2, 42.—<sup>12</sup> l. 9. § 5. D. de min. 4, 4; l. 1. C. si adv. del. 2, 34.—<sup>13</sup> l. 5. C. de fide et iure hastae 10, 3.—<sup>14</sup> l. 3. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>15</sup> l. 2. C. qui et adv. quos 2, 41.—<sup>16</sup> l. 3. § 6. D. de min. 4, 4; l. 2. C. si adv. rem. iud. 2, 26.—<sup>17</sup> l. 8. § 1. C. de bon. lib. 6, 61.

<sup>1</sup> l. 1. l. 2. D. h. t. 4, 1; Paul. sent. rec. I. 7, § 2.

отъ своихъ долговъ, по преторскому праву уже не былъ свободенъ отъ отвѣтственности предъ кредиторами (§ 25 пр. 22 слѣд.); преторскимъ эдиктомъ была предоставлена кредиторамъ реституція иска<sup>2</sup>, для чего не требовалось не только предварительнаго разслѣдованія магистрата, но даже и соблюденія срока реституціи<sup>3</sup> (§ 110); такимъ образомъ реституція существовала только по формѣ, на дѣлѣ же норма цивильнаго права объ освобожденіи *capite minuti* отъ долговъ была отмѣнена.

## в. Отдѣльныя основанія реституціи.

### а. § 105. Для неполнолѣтнихъ (*minores*).

t. D. IV, 4: de minoribus XXV annis.—t. C. II, 21: de in integrum restitutione minorum.—*Savigny*, §§ 322—324.—*Vangerow*, §§ 183. 184.—*Windscheid*, § 117.—*Brinz*, § 118.

Для лицъ неполнолѣтнихъ основаніемъ реституціи служитъ ихъ возрастъ, — все равно, достигли ли они совершеннолѣтія или нѣтъ<sup>1</sup> (§ 21), находятся ли они подъ отеческою властью<sup>2</sup>, подъ опекою, или нѣтъ, произошелъ ли ущербъ отъ ихъ собственныхъ дѣйствій (или упущеній), или отъ дѣйствій ихъ представителей<sup>3</sup>; даже если опекунъ дѣйствовалъ съ разрѣшенія опекунскихъ властей, то и тогда допускается реституція<sup>4</sup>. Реституція противъ собственныхъ дѣйствій или упущеній дается неполнолѣтнему лишь въ томъ случаѣ, если вредъ произошелъ отъ его необдуманности или неопытности<sup>5</sup>; то же слѣдуетъ относить и къ дѣйствіямъ и упущеніямъ представителей. Такая чрезмѣрная и не могущая быть оправданною легкость реституціи обратилась бы, какъ замѣчаютъ сами источники, противъ самихъ же миноровъ, потому что всѣ бы боялись заключать съ ними или съ ихъ представителями какія бы то ни было сдѣлки; поэтому реституцію слѣдуетъ давать лишь противъ явной эксплуатаціи и въ случаѣ очевидной не-

<sup>2</sup> Gai. 3, 84; 4, 38; l. 2. § 1. l. 7. §§ 2. 3. D. de cap. min. 4, 5; l. 2. D. h. t. 4, 1.—<sup>3</sup> l. 2. §§ 1. 5. D. de cap. min. 4, 5.

<sup>1</sup> l. 29. pr. § 1. l. 38. pr. l. 47. pr. D. h. t. 4, 4; l. 2. l. 3. l. 5. C. si tutor 2, 5; l. 2. l. 5. C. si adv. rem iud. 2, 26.—<sup>2</sup> l. 3. § 4. l. 23. D. h. t. 4, 4.—<sup>3</sup> l. 29. pr. § 1. l. 38. pr. l. 41. pr. D. h. t. 4, 4; l. 2. l. 3. C. si tut. vel cur. 2, 24.—<sup>4</sup> l. 11. C. de praed. 5, 71; l. 2. C. le fid. min. 2, 23.—<sup>5</sup> l. 7. § 2. D. h. t. 4, 4; l. 25. C. de adm. 5, 37; § 2. I. quib. al. 2, 8.—<sup>6</sup> l. 1. pr. l. 11. §§ 4. 5. D. h. t. 4, 4.

брежности<sup>7</sup>. — Недостойнъ реституціи тотъ миноръ, который, заключая сдѣлку, завѣдомо выдавалъ себя за полнолѣтняго<sup>8</sup>. — Реституція не допускается: если *minor* объявленъ полнолѣтнимъ<sup>9</sup> (§ 21), если онъ подтвердилъ сдѣлку присягою<sup>10</sup> или призналъ ее по достиженіи полнолѣтія<sup>11</sup>, если слѣдствіемъ реституціи является вредъ для другого минора<sup>12</sup>, и еще въ нѣсколькихъ случаяхъ на основаніи чисто положительныхъ нормъ права<sup>13</sup>.

Къ минорамъ римское право приравниваетъ городскія общины<sup>14</sup> (каноническое право—церкви и благотворительныя учрежденія<sup>15</sup>, практика—*est* корпораціи, казну и *est*хъ находящихся подъ опекою). — *Nasciturus*, по римскому праву, также имѣетъ право на реституцію<sup>16</sup>.

Новыя партикулярныя законодательства отмѣнили реституцію миноровъ и лицъ, приравненныхъ къ послѣднимъ, потому что этотъ институтъ (какъ мы выше замѣтили) является въ высшей степени опаснымъ для прочности правоотношеній; Имп. уст. гражд. суд. § 210 отмѣнилъ реституцію означенныхъ лицъ противъ послѣдствій процессуальныхъ упушеній.

### β. Для полнолѣтнихъ (*maiores*).

#### аа. § 106. Страхъ, возбужденный угрозами.

t. D. IV, 2: quod metus causa gestum erit.—t. C. II, 19: de his quae vi metusve causa gesta sunt.—*Schliemann* и *Schlossmann*. въ соч. прив. къ § 51.—*Savigny*, § 330.—*Vangerow*, § 185.—*Windcheid*, § 118.—*Brinz*, § 120.

Лицу, потерпѣвшему вредъ вслѣдствіе угрозы, дается *actio quod metus* и *exceptio quod metus* (§§ 55. 317); такъ какъ и *actio quod metus*, и *exceptio quod metus* суть *in rem scriptae*, то, повидимому, и не можетъ быть надобности въ реституціи. Тѣмъ не менѣе источники упоминають, что дается реституція по поводу угрозы, когда кто либо отказался отъ вещнаго права или требованія, далъ обѣщаніе<sup>1</sup>, отрекся отъ выгоднаго на-

<sup>7</sup> l. 24. § 1. D. h. t. 4, 4.—<sup>8</sup> l. 2. l. 3. C. si minor 2, 42; l. 9. §§ 2. 5. D. h. t. 4, 4.—<sup>9</sup> l. 1. C. de his qui veniam 2, 44.—<sup>10</sup> l. 1. C. si adv. vend. 2, 28; Auth. sacramenta puberum.—<sup>11</sup> t. C. 2, 45: si maior factus ratum habuerit.—<sup>12</sup> l. 11. § 6. l. 34. pr. D. h. t. 4, 4.—<sup>13</sup> l. 3. § 4. D. h. t. 4, 4; l. 1. C. si adv. don. 2, 29; l. 11. C. de transact. 2, 4; Nov. 115. c. 3. § 13; l. 8. § 6. C. de bon. quae lib. 6, 61.—<sup>14</sup> l. 4. C. qu. ex caus. 2, 53.—<sup>15</sup> c. 1. c. 3. c. 6. X. de int. rest. 1, 41; c. 11. X. de reb. eccl. 3, 13.—<sup>16</sup> l. 45. pr. D. h. t. 4, 4.

<sup>1</sup> l. 9. §§ 3. 4. D. h. t. 4, 2; l. 3. C. h. t. 2, 19.

слѣдства, открывшагося ему<sup>2</sup>, или принялъ наслѣдство, слишкомъ обремененное долгами<sup>3</sup>. Въ послѣднемъ изъ означенныхъ случаевъ, дѣйствительно, есть надобность въ реституціи, потому что, *act. et exc. metus* не могутъ быть достаточными мѣрами при неопредѣленности и многочисленности, иногда необозримости тѣхъ правоотношеній съ чужими лицами, которыя могутъ находиться въ связи съ наслѣдствомъ; въ прочихъ же случаяхъ реституція недостаточно мотивирована.

### bb. § 107. Заблужденіе.

*Savigny*, § 331.—*Vangerow*, § 186.—*Windscheid*, § 118.—*Brinz*, § 120.

Источники упоминаютъ нѣсколько случаевъ реституціи вслѣдствіе заблужденія, если заблуждавшійся потерпѣлъ какой либо процессуальный вредъ (примѣры въ § 92 пр. 9, § 386 пр. 4); матеріальнаго же права касаются лишь два случая реституціи: а) если кредиторы наслѣдства, заблуждаясь въ составѣ наслѣдства, испросили *benef. separationis* и понесли отъ этого ущербъ<sup>1</sup> (§ 427); б) если наслѣднику, который вслѣдствіе извинительнаго заблужденія попалъ въ положеніе недостойнаго (*indignus*) и, какъ таковой, лишился наслѣдства, принадлежало (прекратившееся теперь по *confusio*) требованіе противъ наслѣдодателя (§ 426 пр. 11).

### cc. § 108. Обманъ.

t. D. IV, 3; t. C. II, 20: *de dolo malo*.—*Savigny*, § 332.—*Vangerow*, § 185.—*Windscheid*, § 118.—*Brinz*, § 120.

Кругъ примѣнимости реституціи вслѣдствіе *dolus* очень споренъ. Такъ какъ *act. doli* имѣетъ вспомогательное (субсидіарное, § 318) значеніе, то можно было бы ожидать, что этотъ кругъ весьма обширенъ; въ источникахъ упомянуто нѣсколько случаевъ процессуальнаго вреда<sup>1</sup>; матеріальнаго права касается лишь реституція

1. кредиторовъ, общій должникъ которыхъ отчудилъ вещь *dolo*<sup>2</sup> (§ 235 пр. 5);

<sup>2</sup> l. 21. 0 § D. h. t. 4, 2.—<sup>3</sup> l. 25. § 5. D. h. t. 4, 2.

<sup>1</sup> l. 1. § 17. D. de sep. 42, 6.—<sup>2</sup> l. 17. D. de his quae ut ind. l. 34, 9; l. 21. § 1. D. de sct. Sil. 29, 5.

<sup>1</sup> l. 33. D. de re iud. 42, 1; l. 18. D. de int. in iure 11, 1; l. 3. § 1. D. de eo per quem factum. 2, 10; l. 7. § 1. D. de i. i. rest. 4, 1.—<sup>2</sup> § 6. I. de act. 4, 6.

2. того лица, которое обманомъ побудили заключить какое либо *bonae fidei negotium*<sup>3</sup>.

dd. § 109. Отсутствіе и другія препятствія къ охранѣ права.

t. D. IV, 6: ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituantur. — t. C. II, 53: quibus ex causis maiores in integrum restituantur. — Savigny, §§ 325 — 329. — Vangerow, § 188. — Windscheid, § 119. — Brinz, § 119.

Отсутствіе и другія препятствія къ охранѣ права могутъ только въ томъ случаѣ послужить основаніемъ реституціи, *если лицо упустило какое либо дѣйствіе и потерпѣло отъ этого вредъ*. Болѣе подробныя постановленія преторскаго эдикта суть слѣдующія<sup>1</sup>:

1. *Защита отсутствующаго противъ другихъ лицъ*. Реституція дается тому лицу, которое потерпѣло имущественный вредъ или лишилось иска, находясь въ отсутствіи вслѣдствіе основательнаго страха<sup>2</sup> или по государственной службѣ<sup>3</sup>, или находясь въ тюрьмѣ<sup>4</sup>, въ рабствѣ, въ плѣну у непріятели<sup>5</sup>.

2. *Защита другихъ лицъ противъ отсутствующихъ*. Реституція дается другимъ лицамъ противъ отсутствующихъ, если послѣдніе получили какую либо имущественную прибыль или освободились отъ иска вслѣдствіе того, что находились въ отсутствіи или въ тюрьмѣ; при этомъ предполагается, что у отсутствующаго лица не было во время отсутствія защитника<sup>6</sup>. Причина отсутствія здѣсь безразлична.

3. *Generalis clausula*<sup>7</sup>. Въ заключеніи преторскаго эдикта говорится: *item si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituantur*<sup>8</sup>. Смыслъ этихъ словъ былъ въ прежнее время очень споренъ; по мнѣнію однихъ, судья могъ дать реституцію по *всякому* основанію справедливости, которое ему покажется уважительнымъ; по мнѣнію другихъ, судья могъ лишь дать реституцію по другимъ основаніямъ *отсутствія* (кромѣ перечисленныхъ sub 1), если они покажутся ему уважительными. Первое мнѣніе отвергнуто теперь всѣми; оно даетъ просторъ вредному произволу судьи. Но и второе мнѣніе не вполне

<sup>3</sup> l. 5. l. 10. C. de resc. vend. 4, 44.

<sup>1</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 4, 6. — <sup>2</sup> l. 2. § 1. l. 3. D. h. t. 4, 6. — <sup>3</sup> ll. 4—7. l. 33. § 1. l. 38. l. 45. D. h. t. 4, 6. — <sup>4</sup> l. 9. l. 10. D. h. t. 4, 6. — <sup>5</sup> ll. 11—15. § 2. D. h. t. 4, 6. — <sup>6</sup> l. 21. § 1. l. 23. pr. D. h. t. 4, 6. — <sup>7</sup> l. 26. § 1. l. 33. pr. D. h. t. 4, 6. — <sup>8</sup> l. 1. § 1. l. 26. § 9. D. h. t. 4, 6.

справедливо, потому что согласно съ *clausula generalis* признаются за основанія реституціи не только эти другія основанія *отсутствія*, но также и другія (по большей части фактического свойства) препятствія, которыя, мѣшая защищать право, влекутъ за собою его потерю. Такъ, источники даютъ реституцію:

а. (добавленія къ 1) *legatis civitatis*<sup>9</sup>, женамъ воиновъ<sup>10</sup> и военнымъ врачамъ<sup>11</sup>, *absentibus studiorum causa*<sup>12</sup>, уѣхавшимъ по промышленнымъ дѣламъ<sup>13</sup>; тому лицу, которое не могло осуществлять своего сервитута вслѣдствіе наводненія или истощенія источника отъ засухи<sup>14</sup> и др.;

б. (добавленіе къ 2) противъ того, кого нельзя было позвать въ судъ и у котораго не было представителя, напр., противъ умалишеннаго безъ опекуна, противъ городской общины безъ представителя<sup>17</sup>.

### 3) § 110. Давность.

t. C. II, 52: *de temporibus in integrum restitutionis tam minorum e, aliarum personarum, quae restitui possunt, quam heredum eorum.*—*Savigny* § 338—341.—*Vangerow*, § 180.—*Windschid*, § 120.—*Brinz*, § 121.

Право на реституцію, осуществляется ли оно искомъ или экцепціей<sup>1</sup>, погашалось, по классическому римскому праву<sup>2</sup>, истеченіемъ одного *annus utilis*; Константинъ<sup>3</sup> установилъ для реституціи миноровъ срокъ въ 5, 4 и 3 года, смотря по тому, живетъ ли миноръ въ Римѣ, въ Италіи или въ провинціи; наконецъ, Юстиніанъ для *всѣхъ* случаевъ реституціи предписалъ четырехлѣтній срокъ<sup>4</sup>. Срокъ начинается истекать: а) для миноровъ съ началомъ перваго дня 26-го года (теперь 22-го) ихъ возраста<sup>5</sup>; для лицъ, приравненныхъ къ минорамъ, давность начинается течь со дня нанесенія ущерба<sup>7</sup>; б) для отсутствующ-

<sup>9</sup> l. 8. l. 26. § 9. D. h. t. 4, 6; l. 86. pr. D. de a. h. 29, 2.—<sup>10</sup> l. 1. l. 2. C. de ux. mil. 2, 51.—<sup>11</sup> l. 33. § 2. D. h. t. 4, 6.—<sup>12</sup> l. 28. D. h. t. 4, 6.—<sup>13</sup> l. 57. D. mand. 17, 1.—<sup>14</sup> l. 34. § 1. l. 35. D. de serv. p. r. 8, 3; l. 14. pr. D. quemadm. s. am. 8, 6; l. 1. § 9. D. de it. 43, 19.—<sup>15</sup> l. 3. § 31. D. ad. sct. Sil. 29, 5.—<sup>16</sup> l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24.—<sup>17</sup> l. 22. § 2. D. h. t. 4, 6; l. 124. § 1. D. de r. i. 50, 17.

<sup>1</sup> l. 9. § 4. D. de iurei. 12, 2.—<sup>2</sup> l. 19. D. de min. 4, 4; l. 1. § 1. l. 28. § 3. 4. D. ex qu. c. 4, 6; l. 7. pr. C. h. t. 2, 52.—<sup>3</sup> l. 2. C. Th. de int. rest. 2, 16.—<sup>4</sup> l. 7. C. h. t. 2, 52.—<sup>5</sup> l. 7. pr. C. h. t. 2, 52.—<sup>6</sup> l. 5. pr. C. h. t. 2, 52.—<sup>7</sup> Cl. un. de rest. 1, 11; c. 1. c. 2. in VI. de rest. 1, 21.

щихъ и для другихъ лицъ, встрѣчающихъ препятствія въ охранѣ своего права, — со дня ихъ возвращенія или со дня устраненія препятствія<sup>8</sup>; с) для лицъ, потерпѣвшихъ угрозу, заблужденіе, обманъ — съ момента *laesio*. — По мнѣнію многихъ юристовъ, теченіе срока должно начаться не раньше того момента, когда лицо, потерпѣвшее вредъ, узнало о *laesio*; это мнѣніе справедливо для классическаго права, потому что тогда срокомъ служилъ одинъ годъ, исчисляемый *utiliter*<sup>9</sup> (§ 74); но для права Константина<sup>10</sup> и Юстиніана<sup>11</sup> оно неосновательно, потому что сроки свыше года исчисляются *continuo*. — Въ продолженіе четырехлѣтняго срока просьба о реституціи, по предписанію Юстиніана, должна быть не только предъявлена, но и рѣшена судьей<sup>12</sup>; послѣдняго не призываетъ практика.

#### § 4) 111. Процессъ реституціи.

*Savigny*, §§ 334 — 337. 342. 343. — *Vangerow*, §§ 179. 181. 182. — *Windscheid*, § 120. — *Brinz*, §§ 121. 122. — *Regelsberger*, § 202.

I. *Тяжущіяся стороны*. Искомъ бываетъ потерпѣвшій вредъ или его универсальный преемникъ<sup>1</sup>, или то лицо, которому уступлено право на реституцію<sup>2</sup>. — Лицо отвѣтчика зависитъ отъ природы юридическаго факта, противъ котораго должна наступить реституція; если этотъ юридическій фактъ повлекъ за собою потерю вещнаго права (напр., потерю права собственности вслѣдствіе давности владѣнія другого лица) или наслѣдства, то искъ реституціи направляется *in rem*, т. е. противъ всякаго владѣльца пріобрѣтенной по давности вещи или наслѣдственныхъ вещей<sup>3</sup>; если же этотъ юридическій фактъ состоялъ въ заключеніи обязательства, то искъ направляется *in personam*, т. е. противъ другого контрагента (такъ, напр., *minor*, совершившій невыгодную продажу, можетъ требовать отъ покупателя возвращенія проданной вещи<sup>4</sup>).

<sup>8</sup> 1. 7. § 1. C. h. t. 2, 52. — <sup>9</sup> 1. 6. D. de cal. 3, 6. — <sup>10</sup> 1. 2. C. Th. de i. r. 2, 16. — <sup>11</sup> cf. 1. 8. C. de dolo 2, 20. — <sup>12</sup> 1. 7. C. h. t. 2, 52; cf. 1. 39. pr. D. de min. 4, 4; 1. 5. pr. 1. 6. C. h. t. 2, 52.

<sup>1</sup> 1. 6. D. de i. i. r. 4, 1; 1. 18. § 5. D. de min. 4, 4. — <sup>2</sup> 1. 24. pr. D. de min. 4, 4. — <sup>3</sup> 1. 7. § 1. i. f. D. de exc. 44, 1. — <sup>4</sup> 1. 13. pr. D. de min. 4, 4; 1. 95. § 3. D. de sol. 46, 3; Paul. sent. rec. I, 9. § 6; 1. 2. C. de fid. min. 2, 23. — <sup>5</sup> 1. 17. pr. 1. 30. § 1. D. ex qu. c. mai. 4, 6. — <sup>6</sup> 1. 24. § 4. 1. 27. § 1. D. de min. 4, 4. — <sup>7</sup> 1. 13. § 1. 1. 14. D. de min. 4, 4; 1. 9. pr. eod; 1. 1. C. si adv. pign. 2, 28; 1. 39. pr. D. de ev. 21. 2.

II. *Производство*. Производство всегда состоитъ въ провѣркѣ наличности обоихъ условій реституціи<sup>8</sup> (§§ 103 слѣд.); если таковыя окажутся налицо, то теперешнее юридическое состояніе отмѣняется и возстановляется прежнее (поэтому новые юр. говорятъ здѣсь о *iudicium rescindens*); поскольку возстановленное состояніе нуждается въ фактическомъ осуществленіи, судья дѣлаетъ надлежащія распоряженія и обязываетъ, напр., лицо, купившее вещь отъ минора ко вреду послѣдняго, возвратитъ вещь взамѣнъ уплаченной цѣны<sup>9</sup>. Но если *laesio* состоитъ въ лишеніи иска (напр., истецъ вслѣдствіе своего отсутствія лишился иска по давности), то къ *iudicium rescindens* присоединяется еще *iudicium rescissorium*, т. е. процессъ, въ которомъ рѣшается *restituta actio*<sup>10</sup>. Оба процесса теперь обыкновенно соединяются въ одинъ.

III. *Рѣшеніе*. Если искъ о реституціи окажется основательнымъ, то юридическій фактъ, на которомъ основано настоящее юридическое состояніе, теряетъ силу, и возстановляется прежнее состояніе<sup>11</sup>; истцу опять дается пропущенный срокъ<sup>12</sup>, отъ принятаго обязательства онъ освобождается<sup>13</sup>, потерянное вещное, обязательственное или наследственное право присуждается ему опять<sup>14</sup>. Само собою разумѣется, что и противника слѣдуетъ тоже возстановить въ прежнее состояніе; поэтому на истца возлагаются прежнія обязательства; на него возлагается также обязанность выдать противнику всю прибыль отъ отмѣненнаго юридическаго факта<sup>15</sup>; отсюда исключается тотъ случай, если истецъ полученную прибыль потерялъ и не обязанъ отвѣчать за потерю; поэтому *minor*, получающій реституцію противъ продажи вещи, не обязанъ возвращать покупщику цѣны, если онъ растратилъ деньги<sup>16</sup>.

<sup>8</sup> 1. 3. D. de i. i. r. 4, 1. 24. § 4. 1. 27. § 1. D. de min. 4, 4. — <sup>10</sup> 1. 1. § 1. 1. 28. §§ 5. 6. D. ex qu. c. mai. 4, 6; 1. 46. § 3. D. de proc. 3, 3; 1. 7. § 3. D. quod falso 27, 6; другіе случаи съ *iud. resciss.* см. въ 1. 13. § 1. D. de min. 4, 4; 1. 9. § 3. 4. D. quod met. 4, 2. — <sup>11</sup> 1. 24. § 4. D. de min. 4, 4; 1. 29. D. ex qu. c. mai. 4, 6; 1. 1. pr. C. de reput. 2, 47. — <sup>12</sup> 1. 50. D. de min. 4, 4; 1. 26. §§ 7. 8. D. ex qu. c. mai. 4, 6. — <sup>13</sup> 1. 27. § 1. 1. 50. D. de min. 4, 4; 1. 19. D. de nov. 46, 2. — <sup>14</sup> 1. 40. 1. 48. D. de min. 4, 4; 1. 23. § 2. 1. 28. § 6. D. ex qu. c. mai. 4, 6. — <sup>15</sup> 1. 27. § 1. 1. 24. § 4. 1. 40. § 1. 1. 47. § 1. D. de min. 4, 4; 1. 39. § 1. eod; 1. 98. § 2. D. de sol. 46; 3. — <sup>16</sup> 1. 32. § 4. D. de adm. 26, 7; 1. 27. § 1. D. de min. 4, 4.

