

Гр. пр
3-82

Проф. Р. Золь.

М3937

~~ЮРИДИЧЕСКИЙ
КАБИНЕТЪ
В. Ж. К.~~

Институціи.

Исторія и система римскаго гражданскаго права.

(Ч. 2. Система).

Выпускъ I.

Общая часть и вещное право.

Переводъ съ 14-го изданія подъ редакціей приватъ-
доцента А. Н. Бѣликова.

Перевела Нина Кесслеръ.



СЕРГІЕВЪ ПОСАДЪ.

Типографія И. И. Иванова.

1916.

286 / 286 / 1987 / 1987 / 219571 / 4.44

~~Библиотека Ленинградского Университета
Юридический факультет~~

125
1876

REVISED

1/2

10

1876

1876





Предисловіе къ русскому переводу.

Институцій Зома пользуются заслуженной извѣстностью и являются однимъ изъ лучшихъ институціонныхъ руководствъ. Общепрізнанныя достоинства этой книги—ясное и картинное изложеніе, выпуклая обрисовка руководящихъ развитіемъ права идей, раскрытіе перспективы дальнѣйшаго правового творчества, высокой научный уровень и свѣжесть изложенія—побудили къ переводу ея на русскій языкъ. Переводъ начать былъ весной 1914-го года, и тогда же было получено разрѣшеніе на переводъ отъ автора. Объявленіе войны и условія военнаго времени задержали печатаніе перевода и вынудили издателей выпускать книгу частями, при чемъ на первую очередь поставлены отдѣлы догматическаго характера, составляющіе вторую часть Институцій Зома. Эта часть, начинающаяся съ 29-го параграфа, представляетъ собой вполнѣ законченный курсъ системы римскаго гражданскаго права. Занимая среднее мѣсто между подробными руководствами пандектъ и учебниками исторіи и институцій римскаго права, вторая часть Институцій Зома можетъ служить и непосредственно въ качествѣ учебника римскаго права, можетъ имѣть значеніе и какъ добавленіе къ другому руководству, давая свѣжій и интересный матеріаль въ живомъ изложеніи.

Въ настоящее время* выходитъ первый выпускъ этой второй части—общая часть и вещное право, т. е. §§ 29—72 (въ переводѣ сохранена нумерація параграфовъ подлинника). Второй выпускъ, выходъ котораго предполагается въ непродолжительномъ времени, будетъ содержать обязательственное, семейное и наследственное право, а вся историческая часть (первые 28 параграфовъ) составлять содержаніе дальнѣйшихъ выпусковъ.

А. Бѣликовъ.

Оглавление.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Система римскаго гражданскаго права.

стр.

- § 29. Основныя положенія системы. 1

КНИГА ПЕРВАЯ.

Общая часть (лицо частнаго права).

Глава первая. Правоспособность.

- § 30. Понятіе и виды лицъ. 7

I. Физическія лица.

- § 31. Введеніе. 9
§ 32. Рабъ. 11
§ 33. Cives и peregrini. 21
§ 34. Paterfamilias и filiusfamilias. 28
§ 35. Capitis deminutio. 31
§ 36. Умаленіе чести. 36

II. Юридическія лица.

- § 37. Сущность юридическаго лица. 42
§ 38. Корпораціи и учрежденія. 56

Глава вторая. Юридическія сдѣлки.

- § 39. Введеніе. 67
§ 40. Понятіе юридической сдѣлки и виды ея. 67
§ 41. Фактическій составъ юридической сдѣлки. 71
§ 42. Мотивъ и causa. 81
§ 43. Оговорки юридической сдѣлки. 92
§ 44. Дѣеспособность. 102
§ 45. Представительство. 109

Глава третья. Защита правъ.

- § 46. Введеніе. 118
§ 47. Римскій гражданскій процессъ. 121

§ 48. Legis actio.	128
§ 49. Формулярный процессъ.	143
§ 50. Formula.	159
§ 51. Intentio и actio.	165
§ 52. Система исковъ.	171
§ 53. Condemnatio и exceptio.	178
§ 54. Perpetua и temporalis actio. Tempus utile.	200
§ 55. Послѣдствія процесса.	208
§ 56. Производство extra ordinem. Interdicta. In integrum restitutio.	215
§ 57. Процессъ позднѣйшаго императорскаго періода.	224

КНИГА ВТОРАЯ.

Имущественныя права.

Глава первая. Вещное право.

§ 58. Понятіе вещи.	230
§ 59. Виды вещей.	235
§ 60. Права на вещи. Способы приобрѣтенія вещныхъ правъ.	246

I. Право собственности.

§ 61. Понятіе права собственности.	251
§ 62. Приобрѣтеніе права собственности. Историческое вве- деніе.	251
✓ § 63. Приобрѣтеніе права собственности. Производные спо- собы приобрѣтенія.	255
§ 64. Приобрѣтеніе права собственности. Первоначальные способы.	265
§ 65. Защита права собственности.	288
§ 66. Защита давностнаго владѣнія.	304
§ 67. Защита юридическаго владѣнія. Владѣніе и право собственности.	307

II. Права на чужую вещь.

§ 68. Общія положенія.	327
§ 69. Сервитуты.	328
§ 70. Эмфитевзисъ.	344
§ 71. Superficies.	349
§ 72. Залоговое право.	351

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Система римскаго гражданскаго права.

§ 29.

Основные положенія системы.

Гражданское право опредѣляетъ отношенія властвованія, вытекающія изъ соображеній собственной выгоды управомоченнаго (отношенія полезныя для отдѣльныхъ лицъ, эгоистическія см. выше § 7).

При изложеніи гражданскаго права мы имѣемъ дѣло, съ одной стороны, съ вопросомъ о субъектѣ, а съ другой стороны съ вопросомъ о видахъ эгоистическихъ (полезныхъ для отдѣльныхъ лицъ) отношеній, т. е. съ лицомъ частнаго (гражданскаго) права и съ частными (гражданскими) правами.

Лицо частнаго (гражданскаго) права составляетъ предметъ изученія такъ называемой *общей части*. Сущность частноправоваго лица заключается въ его гражданской правоспособности. Правоспособность проявляется въ дѣятельности, имѣющей цѣлью интересы даннаго лица; важнѣйшую форму такой дѣятельности составляютъ юридическія сдѣлки. Правоспособность получаетъ свою защиту въ охранѣ приобрѣтенныхъ лицомъ правъ. Такимъ образомъ, „общая часть“ распадается на ученіе о правоспособности, о юридическихъ сдѣлкахъ и о защитѣ правъ.

оспариванію (въ то время какъ римскій *in* могъ получить *in integrum restitutio* по отношенію къ юридическимъ дѣйствіямъ своего опекуна). Болѣе совершенное развитіе современнаго гражданскаго права *освободило* современный правовой строй отъ сувереннаго вмѣшательства судебного магистрата въ частныя отношенія, освободило ихъ и отъ *in integrum restitutio* и отъ *ius honorarium*.

§ 57.

Процессъ позднѣйшаго императорскаго періода.

Древнее раздѣленіе ординарнаго процесса на *ius* и *iudicium* утратило часть своего первоначальнаго значенія уже со времени утвержденія формулярнаго процесса, ибо *formula* обратила *iudex*'а въ органъ и орудіе также и преторскаго права (выше § 50). *In iudicio* стали дѣйствовать нормы, установленныя той же властью, которая господствовала и *in iure*. Наоборотъ, преторъ (а въ провинціяхъ и *praesides provinciarum*, стоявшіе тамъ во главѣ ординарнаго судопроизводства) со времени изданія эдикта Адрианомъ (выше § 17) утратилъ *ius edicendi* прежняго стиля: подобно *iudex*'у преторъ (и *praeses*) оказался связаннымъ дѣйствующимъ гражданскимъ правомъ и установленнымъ разъ навсегда по волѣ императора эдиктомъ. Объявленіе эдикта преторомъ отнынѣ обратилось въ простую формальность. Въ дѣйствительности преторъ лишился своего прежняго *imperium*. Какъ и *iudex*, преторъ обратился въ простой органъ примѣненія нормъ права; его роль суживалась все болѣе и болѣе еще и потому, что, съ одной стороны, теоретическая юриспруденція все шире раскрывала и разъясняла содержаніе дѣйствующаго права, а съ другой стороны,—выступавшая въ роли носительницы правового развитія императорская власть от-

Частныя права дѣлятся на двѣ группы: на права имущественныя и на права личнаго характера. *Имущественныя права* суть права отчуждаемыя ¹⁾ и права, производныя отъ нихъ, т.-е. тѣ, которыя являются порожденіемъ отчуждаемыхъ правъ ²⁾.

Только къ имущественнымъ правамъ примѣнимы юридическія постановленія о сдѣлкахъ по распоряженію, т.-е. сдѣлкахъ оборотнаго характера, при помощи которыхъ права могутъ быть переданы, прекращены или измѣнены (ср. ниже § 40). Въ этомъ именно и состоитъ юридическое различіе имущественныхъ и личныхъ правъ. И въ области личнаго права встрѣчаются юридическія сдѣлки, при помощи которыхъ могутъ быть прекращены, измѣнены или (по видимости) переданы права личнаго характера ³⁾. Но такія лично-

1) Напр., право собственности. Отчуждаемыя права могутъ въ единичныхъ случаяхъ вслѣдствіе того или иного препятствія (напр., вслѣдствіе запрещенія отчуждать) стать неотчуждаемыми. Это не имѣетъ значенія для понятія отчуждаемости права: достаточно, чтобы право было отчуждаемо по своей *природѣ*.

2) Производными отъ права собственности являются права на чужую вещь (напр., узуфруктъ, залоговое право): они возникаютъ вслѣдствіе особой юридической сдѣлки, т.-е. вслѣдствіе распоряженія собственностью. Эти производныя права являются отчасти неотчуждаемыми (напр., узуфруктъ) или же отчуждаемыми, но не самостоятельно (напр., залоговое право). Несмотря на это они относятся къ категоріи имущественныхъ правъ, т.-к. представляютъ собою порожденіе имущественнаго права—права собственности.

3) Когда отецъ несовершеннолѣтняго ребенка изъявляетъ согласіе на то, чтобы другое лицо „приняло“ дитя (Герм. Гр. Ул. § 174 и сл.), то существовавшая до тѣхъ поръ отеческая власть прекращается вслѣдствіе юридической сдѣлки и, какъ-будто, переносится на усыновителя (въ дѣйствительности, однако, здѣсь нѣтъ никакого отчужденія и перехода права: усыновитель получаетъ родительскую власть на основаніи факта принятія, независимо отъ родительской власти изъявившаго на то согласіе отца). Когда по брачному договору (ср. Г. Г. У. § 1432) измѣняется право на брачное имущество, напр., при установленіи полной общности имущества, то вслѣд-

правовыя юридическія сдѣлки никогда не представляют собою сдѣлокъ по распоряженію въ юридическомъ смыслѣ, и никогда къ сдѣлкамъ такого рода не могутъ быть примѣнены правовыя нормы, установленныя для сдѣлокъ по распоряженію ¹⁾. Личными правами *нельзя* распоряжаться посредствомъ сдѣлокъ *оборотнаго* характера, (сдѣлокъ по распоряженію). Только отчуждаемыя права и производныя отъ нихъ пригодны для *оборота* ²⁾. Только имущественныя права со-

ствіе юридической сдѣлки измѣняется отношеніе лично-правового характера (бракъ со стороны его вліянія на имущественныя правоотношенія).

¹⁾ Сдѣлка по распоряженію, заключенная отъ собственнаго имени лицомъ, на нее не управомоченнымъ, приобретаетъ силу черезъ послѣдующее согласіе управомоченнаго, или же черезъ наслѣдованіе совершителя сдѣлки управомоченному, либо наоборотъ—управомоченнаго совершителю. (Герм. Гр. Ул. § 185, 2). Но если при усыновленіи ребенка согласіе на усыновленіе даетъ не тотъ, кто по закону управомоченъ изъявить согласіе (ср. Герм. Гр. Ул. § 1746 и сл.), то нельзя полагать, будто недействительность усыновленія можетъ быть устранена черезъ послѣдующее (послѣ завершения акта) одобреніе, а тѣмъ болѣе черезъ наслѣдованіе; изъясненіе согласія, да и самое усыновленіе не могутъ быть отнесены къ сдѣлкамъ по распоряженію. Равнымъ образомъ, если постороннее лицо, не мужъ, заключитъ отъ собственнаго имени, брачный договоръ съ замужней женщиной (въ цѣляхъ измѣненія правъ на брачное имущество), то совершенно немыслимо, чтобы подобный договоръ получилъ впоследствии силу черезъ послѣдующее одобреніе со стороны мужа (или вслѣдствіе наслѣдованія!); слѣдовательно, несмотря на то, что такой договоръ имѣетъ имущественно-правовое значеніе, онъ не является сдѣлкою по распоряженію (онъ не есть обратная сдѣлка): предметъ его составляетъ отношеніе лично-правового характера (бракъ), а не отдѣльныя имущественныя права, какъ таковыя.

²⁾ Возможность распоряженія является слѣдствіемъ отчуждаемости или происхожденія отъ отчуждаемаго права, но она не совпадаетъ съ самою отчуждаемостью. Распоряжаться можно и неотчуждаемыми правами, производными отъ права собственности (выше прим. 2), т. е. и эти права могутъ быть предметомъ сдѣлокъ

ставляютъ предметъ *гражданско-правового оборота*; поэтому они въ Герм. Гр. Уложеніи называются просто „Gegenstände“ (предметы). Понятіе предметовъ распоряженія совпадаетъ съ понятіемъ имущественныхъ предметовъ (объектовъ). Это и есть имущество (свободно реализуемая власть). Только изъ нихъ составляется имущество въ юридическомъ смыслѣ (напр., въ случаѣ конкурса).

Какія права являются отчуждаемыми, и, слѣдовательно, имущественными,—опредѣляется различно въ разные времена. Древнѣйшій видъ имущественныхъ правъ есть право собственности на движимость. Вслѣдъ за нимъ стали возникать другія права. Въ римскомъ гражданскомъ правѣ имущественныя права распадаются на двѣ группы. Съ одной стороны они выступаютъ въ формѣ правъ обладанія (вещныя права съ правомъ собственности въ главѣ),—съ другой въ формѣ правъ притязанія (обязательственныя права). Такимъ образомъ, въ римскомъ правѣ имущественное право (второй отдѣлъ системы) распадается на двѣ части: на вещное право и на обязательственное право ¹⁾.

по распоряженію: такими сдѣлками они могутъ быть погашены или измѣнены со стороны своего содержанія. Отказъ отъ залоговаго права (ср. Герм. Гр. Ул. § 1168. 1255) регулируется нормами, относящимися къ сдѣлкамъ по распоряженію, въ то время, какъ отказъ отъ какого-нибудь личнаго права (напр. отъ родительской власти, совершаемый посредствомъ изъясненія согласія на усыновленіе, или отказъ отъ наслѣдованія при помощи уклоненія отъ принятія наслѣдства) не представляетъ собою сдѣлки по распоряженію.

¹⁾ Современное право знаетъ еще третій видъ имущественныхъ правъ,—права на блага нематеріальнаго характера (авторское право, право изобрѣтателя; сюда относится также и право на самостоятельно добытое электричество). Эти права имѣютъ видъ правъ на исключительную дѣятельность: извѣстнаго рода личная дѣятельность оказывается предоставленной только управомоченному (автору и т. д.). Будучи отчуждаемыми, эти права относятся къ категоріи имущественныхъ правъ и подлежатъ, напр., наслѣдованію.—

Личныя права господствуютъ въ сферѣ *семейнаго* и *наслѣдственнаго* права (третій отдѣлъ системы). Эти права не подлежатъ отчужденію, особенность ихъ заключается въ томъ, что *ими нельзя распорядиться*. Они стоятъ внѣ *оборота* (они не „предметы“ „Gegenstände“), они не представляютъ собою свободнаго имущества. Они тѣсно связаны съ определеннымъ юридическимъ положеніемъ лица, какъ таковымъ, (напр., съ положеніемъ мужа, отца) и служатъ для осуществленія даннаго юридическаго свойства. Они возникаютъ вмѣстѣ съ послѣднимъ и исчезаютъ вмѣстѣ съ нимъ. Отъ этого юридическаго положенія ихъ нельзя отдѣлить (отсюда невозможность распорядиться ими): только мужу можетъ принадлежать мужняя власть, только отцу—отцовская. Правотношенія лично-правового характера оказываютъ извѣстное вліяніе на имущественныя отношенія данныхъ лицъ. Однако, и эти вытекающія изъ отношеній личного характера права на имущество (напр., принадлежащій отцу узѣфруктъ на имущество ребенка) не подлежатъ отчужденію или распоряженію и не входятъ въ составъ имущества (въ юридическомъ смыслѣ) управомоченнаго лица (напр., въ случаѣ конкурса); природа ихъ—лично-правового, а не имущественнаго характера. Отраслью семейно-имущественнаго права является наслѣдственное право: оно регулируетъ вліяніе семейныхъ отношеній на наслѣдственное имущество. Вслѣдствіе своего права наслѣдованія наслѣдникъ приобрѣтаетъ имущественныя права (напр., принадлежавшее наслѣдодателю право собственности), но его право наслѣдованія само по себѣ не есть имущественное право, оно носитъ лично-правовой характеръ. Оно неотчуждаемо, не подлежитъ распоряженію. Оно выдвигаетъ значеніе *юридическаго положенія* члена семьи или

Ср. Iherings Jahrb. Bd. 53 (1908) стр. 373 и сл. *Binder*, Vermögensrecht und Gegenstand въ Archiv f. bürgerl. R., Bd. 34 (1910) стр. 209 и сл. Другія точки зрѣнія выдвинуты у *Meumann*, Observations sur le système du droit privé. Genève 1909.

лица, поставленнаго наслѣдодателемъ въ положеніе, равное съ положеніемъ членовъ семьи. Оно неотдѣлимо отъ этого юридическаго положенія.

Имущество есть гражданско-правовое созданіе субъекта права; а вся *имущественная сфера* даннаго лица составляетъ его принадлежность. „Личная“ долговая отвѣтственность (въ современномъ смыслѣ) означаетъ, что должникъ отвѣтствуетъ за свои долги (не своимъ тѣломъ, какъ въ былыя времена), но *всѣмъ* своимъ *имуществомъ*. На имуществомъ отражается вліяніе лично-правового положенія его обладателя. Равнымъ образомъ на имущество вліяютъ и *лично-правовыя* отношенія. Въ этомъ заключается сущность семейно-имущественнаго права,—въ частности наслѣдственнаго права.

Такимъ образомъ, система гражданскаго права излагаетъ ученіе о субъектѣ права (книга первая), ученіе объ отдѣльныхъ имущественныхъ правахъ (книга вторая) и ученіе о личныхъ правахъ въ связи съ ихъ воздѣйствіемъ на имущество въ его цѣломъ (книга третья: семейное и наслѣдственное право).

КНИГА ПЕРВАЯ.

Общая часть.

(Лицо частного права).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Правоспособность.

§ 30.

Понятіе и виды лицъ.

Обладать способностью имѣть собственность, обязательственныя права, долги,—съ точки зрѣнія частного права значить: быть лицомъ. Лицо въ частно-правовомъ смыслѣ есть правоспособный въ области частного права субъектъ.

Существуютъ два вида лицъ (въ смыслѣ частного права): *естественныя* (физическія) и *юридическія лица*. Естественное лицо—это правоспособный въ области частного права *человѣкъ*; юридическое лицо—это всякій иной правоспособный въ области частного права субъектъ, но не *человѣкъ* (напр., государство, городская община).

Основною правоспособности въ частномъ правѣ является правоспособность имущественная.

Два вида лицъ практически означаютъ два вида имущества.

Имущество *физическаго* лица (отдѣльнаго *человѣка*) слѣдуетъ цѣлямъ индивидуума, оно представляетъ собою *индивидуалистически* обособленное имущество одного лица, частное имущество въ полномъ смыслѣ слова, оно существуетъ

только для одного этого лица, а не для другихъ, оно *изъято* отъ всѣхъ остальныхъ людей. Собственность *физическаго* лица есть поэтому та самая частная собственность, которая служить предметомъ нападокъ, раздающихся противъ собственности („собственность—это воровство“). Какъ будто частная собственность въ самомъ дѣлѣ находится въ противорѣчii съ интересами общества! Какое заблужденіе! Частная собственность беретъ, но она и возвращаетъ сторицею. Частная собственность—это почва, на которой вырастаетъ свободная, сама себѣ принадлежащая *личность*. Въ томъ, чтобы стать личностью, заключается цѣль человѣка; въ томъ, чтобы создавать личности,—цѣль человѣческой исторіи. И свободные люди, составляющіе народъ, являютъ собою стремящуюся вверхъ силу, которая на пути своемъ захватываетъ *всѣхъ*. Частная собственность способствуетъ созданію *атмосферы свободы*, безъ которой невозможно полное развитіе нравственныхъ, духовныхъ, хозяйственныхъ силъ отдѣльныхъ лицъ, и безъ которой въ то же время немыслимъ побѣдоносный расцвѣтъ *всего народа*. Частная собственность служить не только самому собственнику: она, подобно сказочному великану Христофору, несетъ черезъ жизненный потокъ на своей могучей спинѣ не только собственника, но вмѣстѣ съ нимъ и верховнаго властелина нашего земного міра—народъ.

Имущество же *юридическаго* лица, рассматриваемое съ практической точки зрѣнія, лишено индивидуалистической черты, характерной для имущества отдѣльнаго человѣка. Наоборотъ, въ образѣ юридическаго лица (напр. государства, общины, университета) выступаетъ *общество*, получающее возможность пользоваться имуществомъ въ интересахъ *всего общенія*. Въ юридическую форму имущества публичныхъ юридическихъ лицъ облекается *соціальное* имущество, служащее на пользу всѣмъ,—имущество, которое по своему хозяйственному назначенію не есть *частное имущество*, не

есть частная собственность въ томъ смыслѣ, какъ собственность физическаго лица. Имущество юридическихъ лицъ имѣетъ возможность быть общественнымъ имуществомъ, въ противоположность имуществу физическаго лица, частному имуществу въ собственномъ смыслѣ.

Область хозяйственной жизни отдѣльный человекъ не долженъ эксплуатировать исключительно для своихъ цѣлей. Тѣ рѣзкія тѣни, которыя накладываетъ частная собственность (физическаго лица) на жизнь всего народа благодаря неизбежно *неравномерному* (но вовсе не неизмѣнному) распредѣленію хозяйственныхъ благъ, должны смягчиться отчасти и тѣмъ, что извѣстная доля національнаго богатства принадлежит неотъемлемо обществу, цѣлому союзу, т.-е. всѣмъ (вокругъ границы, долженствующей здѣсь установиться, идетъ въ исторіи борьба). Для достиженія этой цѣли физическому лицу противопоставляется лицо юридическое. Общество поднимается для того, чтобы воспрепятствовать единовластію индивидуума. Индивидуалистическій принципъ всегда нуждается въ дополненіи посредствомъ принципа социалистическаго, частное имущество—посредствомъ имущества общественнаго. Такимъ образомъ, физическое лицо требуетъ того, чтобы наряду съ нимъ существовало лицо юридическое.

І. Физическія лица.

§ 31.

Введеніе.

Личность (правоспособность) человека возникаетъ лишь съ окончаніемъ его рожденія. Юридическое положеніе: *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodo eius agitur*, означаетъ не то, что *nasciturus* уже правоспособенъ, а только то, что правоспособность *natus'a* (рожденнаго *живымъ*) при извѣстныхъ условіяхъ можетъ быть отнесена назадъ, т.-е. можетъ быть приурочена къ тому моменту, когда онъ

ЮРИДИЧЕСКІЙ

КАБИНЕТЪ

В. Ж. К.

былъ только зачатъ (*nasciturus*), но еще не рожденъ. Это имѣеть особенно большое значеніе въ наслѣдственномъ правѣ. По общему правилу,—наслѣдникъ долженъ уже быть въ живыхъ къ моменту открытія наслѣдства; но здѣсь достаточно, однако, если онъ къ моменту открытія наслѣдства былъ только зачатъ. Это значить: *natus* (не *nasciturus*, какъ таковой) можетъ наслѣдовать послѣ наслѣдодателя, если въ моментъ смерти послѣдняго онъ былъ только *nasciturus* (такъ законное дитя наслѣдуетъ послѣ отца, умершаго до его рожденія). Въ виду его *будущей* правоспособности и *будущей* способности къ наслѣдованію *nasciturus* можетъ получить попечителя, который бы уже теперь заботился объ его интересахъ: *curator ventris* (ср. Герм. Гр. Ул. § 1912); на этомъ же основаніи его мать (беременная будущимъ наслѣдникомъ) можетъ требовать содержанія на время своей беременности изъ причитающейся ей будущему ребенку наслѣдственной доли (ср. Герм. Гр. Ул. § 1963); римское право обезпечивало это притязаніе вводомъ беременной во владѣніе наслѣдственной массой (*missio in possessionem ventris nomine*).

L. 7 D. de statu hom. (1. 5) (Paulus): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.

Герм. Гр. Ул. § 1: Правоспособность человѣка возникаетъ съ окончаніемъ рожденія. § 1923: Наслѣдникомъ можетъ стать только тотъ, кто находится въ живыхъ при открытіи наслѣдства. Кто при открытіи наслѣдства еще не находился въ живыхъ, но былъ уже зачатъ, тотъ почитается родившимся до открытія наслѣдства.

По современному праву *каждый* человѣкъ считается лицомъ, т.-е. правоспособнымъ (свободнымъ), и въ сферѣ *частнаго* права правоспособность (свобода) всѣхъ людей принципіально *одинакова*. Этотъ юридическій принципъ—продуктъ долголѣтней эволюціи. Римское право въ этомъ отношеніи

стоять еще на довольно отдаленной от нас промежуточной ступени.

По римскому праву существуют несвободные (рабы), т.-е. такіе люди, на которыхъ право смотреть, какъ на вещи, которые потому не могутъ быть носителями собственныхъ правъ, а могутъ только быть объектами правъ. По римскому праву, далѣе, объемъ правоспособности неодинаковъ и для свободныхъ: онъ измѣняется въ зависимости отъ права гражданства и семейнаго положенія. По римскому праву, мы различаемъ поэтому три status (т.-е. три ступени правоспособности): status libertatis (люди бываютъ или свободными или рабами), status civitatis (свободные или являются гражданами Рима или нѣтъ) и status familiae (римскій гражданинъ есть или paterfamilias или filiusfamilias).

L. 11 D. de cap min. (4, 5) (Paulus: Tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam.

§ 32.

Рабъ.

Рабство уничтожаетъ достоинство личности; въ правовомъ отношеніи оно приравниваетъ человѣка къ животному. Рабъ— это человѣкъ, юридически представляющій собою не лицо, а вещь. Рабъ всецѣло отданъ на произволь господина; господину принадлежитъ право собственности на раба, dominium (власть надъ тѣломъ раба). Несмотря на это, рабъ, какъ человѣкъ, обладаетъ свойствами естественной личности, и даже римское право признавало за нимъ эти свойства. Рабъ можетъ заключать юридическія сдѣлки, можетъ самостоятельно управлять имуществомъ своего господина (такъ называемымъ peculium, ср. § 88); онъ можетъ совершать деликты; по ученію классической юриспруденціи, онъ можетъ даже посредствомъ заключаемыхъ имъ договоровъ самъ обязываться „naturaliter“ (т.-е. безъ права иска противъ него, ср.

§ 76 а) ¹⁾. Рабъ обладаетъ *волей*, которая находитъ свое юридическое признаніе въ рамкахъ только что изложенныхъ юридическихъ принциповъ. Однако право обращало результаты проявленія воли, да и вообще всѣхъ духовныхъ силъ раба принципиально въ пользу его господина. Господинъ имѣеть въ отношеніи раба не только право собственности, какъ на вещь, но и власть, подобную власти надъ сыномъ, *potestas dominica*, т.-е. власть надъ *волею* раба. *Все, что приобретаетъ рабъ, онъ приобретаетъ для своего господина.*

Въ области *ius sacrum* рабъ съ самаго начала являлся въ извѣстныхъ предѣлахъ личностью: обѣтъ (*votum*) и присяга могли обязать раба передъ богами, могила раба была *locus religiosus* (§ 59 I а), рабъ могъ быть членомъ религиозныхъ общинъ ²⁾.

Но по отношенію къ господину рабъ былъ совершенно безправенъ. Только право императорскаго періода понемногу стало создавать извѣстнаго рода законодательную охрану рабовъ: оно выступило въ защиту рабовъ отъ безпричиннаго убійства и отъ жестокаго обращенія и въ защиту рабынь отъ проституціи (ср. выше § 19).

Gai. Inst. I § 52. *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est.*

¹⁾ За *деликты* раба господинъ отвѣчалъ по *actio noxalis* (§ 86, № 5); если рабъ отпущенъ на волю, искъ можно предъявить къ нему лично. По заключеннымъ же рабомъ договорамъ къ нему вообще нельзя предъявлять исковъ, нельзя даже въ томъ случаѣ, если рабъ отпущенъ на волю (допускается только искъ къ господину, если имѣются условія для *actio adiecticia*, ср. § 88); возникаетъ только *naturalis obligatio servi* (ср. ниже § 76 а), которое можно обезпечить залогомъ или поручительствомъ, которое допускаетъ уплату (залогъ и поручительство могутъ породить иски, уплаченнаго нельзя требовать обратно). Ср. l. 14 D. 44, 7; l. 13 pr. D. 12, 6.

²⁾ Ср. А. Pernice въ *Sitzungsber. der Berl. Akad. d. Wiss.*, т. 51 (1886), стр. 1173 и сл.

nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse: et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.

L. 1 § 8 D. de off. praef. urbi (1, 12) (Ulpian): Quod autem dictum est, ut servos de dominis querentes praefectus audiat, sic accipiemus:...si saevitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud praefectum urbi exponant. Hoc quoque officium praefecto urbi a. d. Severo datum est, ut mancipia tueantur, ne prostituantur.

Gai. Inst. I § 53:... ex constitutione imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur quam qui alienum servum occiderit. Sed et... praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere.

Человѣкъ становится рабомъ или вслѣдствіе рожденія отъ рабыни (однако ребенокъ рождается свободнымъ, если мать во время беременности была свободной хотя-бы одинъ мигъ), или вслѣдствіе уголовного приговора (*servus poenae*, напр., вслѣдствіе присужденія къ работѣ въ рудникахъ или къ отдачѣ на растерзаніе дикимъ звѣрямъ). О случаѣ взятія въ плѣнъ ср. ниже § 35.

Рабъ приобретаетъ свободу посредствомъ *отпущенія на волю* (*manumissio*), т.-е. посредствомъ положительнаго *предоставленія* ему свободы со стороны господина. Простой отказъ господина отъ правъ на раба (*derelictio*) обращаетъ послѣдняго не въ свободнаго человѣка (*persona*), а только въ безхозяйнаго раба; такого раба въ качествѣ *res nullius* можетъ оккупировать (ср. § 64) въ собственность любое лицо.

Древнее римское право установило цѣлый рядъ формъ отпущенія на волю.

I. *Manumissio vindicta* (древнѣйшая форма) представляетъ собою отпущеніе на волю при помощи *in iure cessio* (ср. выше § 12): третье лицо передъ преторомъ требуетъ свободы

для раба (*vindicatio in libertatem*), дотрагиваясь при этомъ до раба палочкой (*vindicta*); господинъ раба, въ свою очередь дотрагиваясь *vindict'ой* до раба, изъявляетъ свое желаніе отпустить его на волю; преторъ утверждаетъ волеизъявленіе господина (*addictio*) ¹⁾. Впослѣдствіи форма судебного процесса отпала, осталось одно изъявленіе желанія отпустить на волю, дѣлаемое передъ судебной властью.

Ulp. tit. 1 § 7: *Vindicta manumittuntur apud magistratum populi Romani, velut consulem praetoremque vel proconsulem.*

L. 8 D. de manum. vind. (40, 2) (Ulpian): *Ego cum in villa cum praetore fuisset, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.*

2. *Manumissio censu*: цензоръ вносить въ списки гражданъ раба, согласно его личному заявленію въ качествѣ *civis Romanus sui iuris* ²⁾.

3. *Manumissio testamento*, т.-е. отпущеніе на волю путемъ *прямого* предоставленія свободы въ завѣщаніи. *Юридической сдѣлкой* объ освобожденіи, заключающейся въ завѣщаніи, завѣщатель самъ отпускаетъ раба на волю, и рабъ дѣлается свободнымъ въ моментъ, когда завѣщаніе вступаетъ въ силу;

¹⁾ Ср. *Karlowa*, Röm Rechtsgesch., т. 2, стр. 133. *Wlassak* въ *Paulys Real-Enzyklopädie der klass. Altertums-wissensch.* въ новой обработкѣ *Wissowa*, 1892, подъ словомъ *Addicere*, и выше § 12, прим. 6.

²⁾ Ср. *Degenkolb*, Die Befreiung durch Censur (въ *Tübinger Festgabe für Ihering* 1892, стр. 123 и сл.). Необходимый (по общему правилу) *iussus domini* формально не представлялъ собой составного элемента юридическаго акта. Съ формальной стороны рабъ приобрѣталъ свободу черезъ свое *собственное* дѣйствіе (посредствомъ своей *professio* въ качествѣ *civis*, принятой цензоромъ). *Manumissio censu*, какъ и облеченная въ процессуальную форму *manumissio vindicta*, не имѣла еще характера освобожденія *черезъ юридическую сдѣлку*; это стоитъ въ связи съ „первоначальнымъ отрицаніемъ возможности освобожденія вообще“, *Degenkolb*, стр. 151, ср. выше § 12, прим. 6.

рабъ считается вольноотпущенникомъ *умершаго* (наслѣдодателя) и называется поэтому „*libertus orcinus*“. Иное положеніе возникаетъ въ томъ случаѣ, когда свобода предоставляется завѣщаніемъ лишь косвенно, т.-е. когда завѣщатель только возлагаетъ на наслѣдника или на легатарія (которому онъ оставляетъ раба) *обязанность* отпустить раба на волю (*fideicommissaria libertas*). Въ этомъ случаѣ рабъ приобретаетъ свободу *не черезъ завѣщаніе* (стало-быть, не *ipso iure* въ моментъ вступленія завѣщанія въ силу, какъ въ предшествующемъ случаѣ), а лишь тогда, когда обязанное лицо выполнитъ возложенную на него обязанность и совершитъ актъ отпущенія на волю (напр. *vindicta*). Въ этомъ случаѣ рабъ считается вольноотпущенникомъ *живущаго* лица (того, на кого возложена обязанность отпустить раба), и рабъ отпускается уже не *manumissio testamento*, а *manumissio vindicta* (или *censu*, или *in ecclesia*, или *manumissio преторскою*).

Ulp. tit. 2 § 7: *Libertas et directo potest dari hoc modo: liber esto, liber sit, liberum esse iubeo, et per fideicommissum, ut puta: rogo, fidei committo heredis mei, ut Stichum servum manumittat.* § 8: *Is qui directo liber esse iussus est orcinus fit libertus; is autem, cui per fideicommissum data est libertas, non testatoris, sed manumissoris fit libertus.*

Къ этимъ формамъ законодательство Константина присоединило:

4. *Manumissio in ecclesia*, совершаемую при помощи соотвѣтствующаго объявленія передъ епископомъ и церковной общиной.

Преторское право установило болѣе легкія формы отпущенія на волю: устное объявленіе объ отпущеніи на волю въ присутствіи свидѣтелей (*manumissio inter amicos*) и отпущеніе посредствомъ письма (*manumissio per epistolam*). Отпущенный этими послѣдними способами пользовался свободой подъ защитою претора: послѣдній отказывалъ господину

въ *vindicatio in servitute*. Такая же преторская защита давалась и тому, кто былъ отпущенъ на волю хотя и съ соблюденіемъ соответствующей формы, но лишь бонитарнымъ собственникомъ (т.-е. тѣмъ, чье право собственности на раба признавалось только въ *ius honorarium*, ср. § 62). *Lex Iunia* (начала императорскаго періода) дала всѣмъ вольноотпущенникамъ, обладающимъ свободою *tutione praetoris*, закономъ признанную свободу, но лишь „латинскую“ свободу (*Latini Iuniani*, ср. § 33). Наконецъ Юстиніанъ предоставилъ тѣмъ, которые были отпущены на волю по преторскому праву (онъ устранилъ различіе между бонитарной и квинтиской собственностью, § 62) такую же точно свободу, какую обладали отпущенные на волю по цивильному праву: свободу римскаго гражданина. Но Юстиніанъ усложнилъ форму отпущенія на волю: онъ предписалъ привлекать пять свидѣтелей, какъ для устнаго отпущенія (*inter amicos*), такъ и при написаніи отпускнаго письма. Отъ случаевъ отпущенія на волю слѣдуетъ отличать тѣ случаи, когда рабъ приобретаетъ свободу силою закона (*ipso iure*, т.-е. независимо отъ выраженнаго господиномъ желанія отпустить его); такъ напр., рабъ приобретаетъ свободу, если онъ по распоряженію наследодателя или наследника принималъ участіе въ похоронахъ господина въ „шапкѣ свободнаго“ (*pileatus*)¹).

L. un. § 1 C. de lat. lib. toll. (7, 6) (Justinian): Sancimus itaque, si quis per epistulam servum suum in libertatem producere maluerit, licere ei hoc facere, quinque testibus adhibitis, qui post eius litteras... suas litteras supponentes fidem perpetuam possint chartulae praebere. Et si hoc fecerit... libertas servo competat quasi ex imitatione codicilli delata, ita tamen, ut et ipso patrono vivente et libertatem et civitatem habeat Romanam.

¹) Ср. *Wlassak* (Die prätorischen Freilassungen. Zeitschr. d. Sav.-Stift., т. 26, стр. 367 и сл.) опровергаетъ господствовавшее до него мнѣніе о томъ, что преторское право допускало просто „неформальное отпущеніе“.

§ 2: Sed et si quis inter amicos libertatem dare suo servo maluerit, licebit ei quinque similiter testibus adhibitis, suam explanare voluntatem: et... servi ad libertatem producantur Romanam quasi ex codicillis similiter libertatem adipiscentes. § 5: Sed et qui domini funus pileati antecedunt... si hoc ex voluntate fiat testatoris vel heredis, fiant ilico cives Romani.

Получившій юридически-дѣйствительное отпущеніе на волю (libertus) становится римскимъ гражданиномъ, но безъ присвоенія ему всѣхъ правъ гражданства. Онъ получаетъ право голоса (по крайней мѣрѣ въ эпоху республики) только въ одной изъ четырехъ *tribus urbanae*, гдѣ онъ находится, такимъ образомъ, со всею массою городской черни (въ болѣе знатныя *tribus rusticae* онъ не допускается); онъ лишенъ *ius honorum* (пассивнаго избирательнаго права) такъ же, какъ и права вступать въ сенатъ, въ совѣтъ (*curia*) своего города (*municipium*), въ легіонъ. На немъ еще лежитъ клеймо его несвободнаго рожденія. Такимъ образомъ, ему открывается возможность приобщиться только къ правоспособности римскаго гражданина въ области частнаго права (*ius commercii* и *ius conubii*)¹⁾; участіе въ государственной жизни въ полномъ объемѣ остается для него закрытымъ.

Отпущеніе на волю есть въ нѣкоторомъ родѣ новое рожденіе. Поэтому господинъ (*patronus*) становится къ своему вольноотпущеннику какъ-бы въ отеческія отношенія. *Патронатъ* заключается въ правѣ отцовской *опеки* *libertus*'а и отцовскаго *наследованія* послѣ него, въ правѣ подвергать его *наказанію* (*levis coercitio*), требовать отъ него *почтительности* (какъ отъ сына), требовать *алиментовъ* (въ случаѣ впаденія патрона въ бѣдность) и *услугъ*²⁾ (последнее

1) Но *lex Iulia* и *lex Papia Poppaea* запретили браки между сенаторами (и ихъ дѣтьми) съ одной стороны и вольноотпущенниками съ другой (ниже § 99). О положеніи вольноотпущенниковъ см. Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, т. 3, стр. 420 и сл.

2) Услуги, которыя вольноотпущенникъ обязанъ оказывать па-

право можетъ стать предметомъ иска со стороны патрона въ томъ случаѣ, если вольноотпущенникъ услуги эти патрону обѣщаль *послѣ* своего отпущенія на волю, и если характеръ этихъ услугъ не умаляетъ его свободы).

Права патроната переходятъ по наслѣдству къ дѣтямъ патрона, но дѣти вольноотпущенника считаются уже *ingenui*.

По распоряженію императора вольноотпущенникъ можетъ быть провозглашенъ свободно-рожденнымъ (*ingenuus*, такъ называемая *natalium restitutio*). Этимъ прекращаются вмѣстѣ съ прочими ограниченіями его свободы и отношенія, вытекающія изъ патроната. Пожалованіе императоромъ *ius augeum* (всадническаго кольца, которое въ императорскій періодъ носили всѣ свободнорожденные) тоже сообщало полную свободу, но оно не уничтожало правъ патроната. Юстиніанъ далъ посредствомъ общаго закона (*Nov. 78 cap. 1. 2. 5*) всѣмъ вольноотпущенникамъ *ius anulorum* и *natalium restitutio*, послѣднюю (*natalium restitutio*) однако лишь въ томъ случаѣ, если патронъ отказывался отъ своихъ правъ. Отпущенный на волю по этому новому Юстиніанову праву становится вполнѣ свободнымъ. Публичное право византійской деспотіи, уничтожавшее прежнюю свободу *гражданъ*, утвердило въ то же время принципъ свободы *подданныхъ*, общей и равной для всѣхъ принадлежащихъ къ составу государства.

L. 7 § 2 D. de iniur. (47, 10) (Ulpian): Etenim meminisse oportebit, liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum iniuriarum dari iudicium, si atrox sit iniuria, quam passus sit, puta si servilis; ceterum levem coercionem utique patrono adversus liberum dabimus.

L. 1 § 5 D. quar. rer. act. (44, 5) (Ulpian): Quae

троню, какъ таковому, считаются почетными услугами. Онѣ называются *operae officiales*, *officium*, ср. Mitteis въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* т. 23, стр. 143 и сл. Проводившееся прежними учеными различіе между *operae officiales* и *operae fabriles* основано, какъ доказалъ Mitteis, на заблужденіи.

onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum; onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subiectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente.

Уже къ концу республиканскаго періода вольноотпущенники составляли многочисленный классъ, отнюдь не всегда полезный для общества. Отпущенные на свободу рабы, отъ которыхъ отдѣльвались ихъ господа, далеко не всегда были лучшими элементами; во всякомъ случаѣ много чужой крови—греческой, сирійской, финикійской, іудейской и африканской—влилось черезъ рабовъ въ римское свободное населеніе. Поэтому съ теченіемъ времени стали изыскивать способы ограниченій отпущенія на волю; такъ, напр., *lex Aelia Sentia* (4 г. по Р. X.) установила, что рабы, совершившіе преступленіе, по отпущеніи на волю дѣлались не римскими гражданами, а только *dediticii* (неимѣющими родины peregrini, ср. § 33); пребываніе въ Римѣ, а также приобрѣтеніе права гражданства были имъ навсегда запрещены. Далѣе, на основаніи той же *lex Aelia Sentia* для полной дѣйствительности отпущенія на волю необходимо, чтобы господинъ былъ не моложе 20 лѣтъ, а рабъ не моложе 30 лѣтъ; если возрастъ оказывается ниже требуемаго, то отпущеніе на волю должно обязательно быть совершено *vindicta*, т.-е. при участіи судебной власти, и уже послѣ того, какъ *consilium*, т.-е. совѣтъ при магистратѣ ¹⁾ убѣдился въ наличности особыхъ основаній для отпущенія. Затѣмъ, согласно той же *lex Aelia Sentia*, было недѣйствительно отпущеніе на волю,

¹⁾ Привлеченіе магистратомъ *consilium*'а составляло общее правило, въ данномъ же случаѣ законъ призналъ его привлеченіе обязательнымъ и одновременно установилъ опредѣленный составъ *consilium*'а: *Romae quinque senatores et quinque equites Romani, in provinciis viginti recipatores cives Romani.* Ulpian, tit. 1, § 13. Ср. выше § 15, прим. 1.

совершенное несостоятельнымъ должникомъ во вредъ кредиторамъ (in fraudem creditorum). Lex Fufia Caninia, установившая извѣстные предѣлы для завѣщательныхъ отпущеній (ex tribus servis non plures quam duos, usque ad dimidiam partem manumittere concessit, и т. д.), была отмѣнена Юстинианомъ (tit. I, 1, 7: de lege Fufia Caninia sublata).

Примѣчаніе. Отношенія, приближающіяся къ рабству. *Statu liber* называется отпускаемый завѣщателемъ на волю подъ условіемъ или съ установленіемъ срока (онъ долженъ стать свободнымъ только по наступленіи опредѣленнаго дня). До наступленія условія или срока онъ еще подлежитъ дѣйствию права, установленнаго для рабовъ, но какъ только осуществится условіе или наступитъ срокъ, онъ тѣмъ самымъ (ipso iure) приобретаетъ свободу, даже въ томъ случаѣ, если онъ въ промежуточное время перешелъ въ собственность другого лица, (вслѣдствіе акта отчужденія или заклада со стороны наслѣдника или по давностному владѣнію) (seu alienetur ab herede seu usu capitur ab aliquo, libertatis condicionem secum trahit: Ulpian. tit. 2 § 3). Маркъ Аврелій приблизилъ къ состоянію *statu liber*'а юридическое положеніе *servus*'а, отчужденнаго съ возложеніемъ на приобретателя обязанности отпустить его на волю черезъ опредѣленный срокъ, ср. ниже § 43 прим. 10.—Выраженіе *bona fide servire* примѣнялось къ свободному человѣку, добросовѣстно считающему себя рабомъ господина, у котораго онъ живетъ. До тѣхъ поръ, пока длится это состояніе, юридическія сдѣлки его обсуждаются по нормамъ рабскаго права.—Выраженіе *in libertate esse* означаетъ, что рабъ фактически живетъ на положеніи свободнаго. Къ нему примѣняется право свободныхъ (пока это состояніе продолжается).—Клиентами въ древнемъ правѣ называли несвободныхъ, возвысившихся до степени „подчиненности“ патриціанской *gens*; они были обязаны платить подати своему господину (*patronus*), оказывать ему услуги, составлять его частную свиту на войнѣ; они подлежали карательной и семейной власти господина и находились подъ охраною взаимнаго довѣрія

(имѣвшаго значеніе по *ius sacrum*), господствовавшаго между господами и кліентами.— *Колоны*—это зависямыя земледѣльцы позднѣйшаго времени имперіи, лично свободные, но несвободные вслѣдствіе прикрѣпленія къ землѣ, *glebae adscripti* (они не могли покидать земельного участка, принадлежали къ составу имѣнія); ихъ можно вполне сравнить съ крѣпостными позднѣйшихъ временъ. Ср. *L. 1 § 1 C. de colon. Thracensib. 11, 52* (Theodos. II): *Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, aestimentur nec recedendi, quo velint, aut permutandi loca habeant facultatem, sed possessor eorum iure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate.* Въ первые три вѣка имперіи колонъ былъ еще свободнымъ мелкимъ арендаторомъ. Крупное землевладѣніе, и прежде всего само государство въ принадлежащихъ ему земляхъ, добилось сперва фактической (въ 3 вѣкѣ), а затѣмъ и юридической (въ 4 вѣкѣ) наслѣдственности отношеній колоната и прикрѣпило колоновъ къ землѣ. Выше въ § 10 прим. 3 указана литература. См. также Rostowzew *Studien zur Gesch. d. röm. Kolonates*, 1 Beil. zum *Archiv f. Papyrusforschung*, herausg. v. Wilcken, 1910.

§ 33.

Cives и *peregrini*.

Въ настоящее время право гражданства имѣетъ значеніе только публично-правовое (для избирательнаго права, налогового обложенія и т. п.): частное право совершенно обособилось отъ публичнаго, и въ сферѣ частнаго права всѣ люди въ принципѣ равны. Въ древнемъ правѣ, наоборотъ, право гражданства играетъ выдающуюся роль и въ области частнаго права: тамъ частное право еще стоитъ въ тѣсной связи съ правомъ публичнымъ. Частное право древней эпохи есть право *цивильное*, регулируетъ интересы только гражданъ даннаго государства. Особое римское право (*ius civile*, *ius*

Quiritium) существуетъ не для всякаго, а только для кви-
рита, для римскаго гражданина.

Civis (квирить)—это римскій гражданинъ. Онъ обладаетъ публично-правовой правоспособностью (*ius suffragii* и *ius honorum*) и только онъ является носителемъ гражданской правоспособности римскаго права. Только онъ считается правоспособнымъ не только по *ius gentium*, но и по *ius civile*. Его *правоспособность* проявляется въ томъ, что онъ можетъ быть субъектомъ римскаго имущественнаго права, въ частности, римскаго права собственности (*dominium ex iure Quiritium*), обладать римской семейной властью (*manus, patria potestas, tutela*), выступать въ качествѣ стороны въ римскомъ процессѣ (*legis actio, in iure cessio*, выше, § 12), въ томъ, что онъ способенъ наследовать по правиламъ римскаго наследованія. Съ его правоспособностью связаны его *цивильная дѣеспособность* (*ius commercii*) и *способность къ браку* (*ius conubii*). Римское *ius commercii* означаетъ право участія въ римскомъ гражданскомъ оборотѣ (*Ulpianus: emendi vendendique invicem ius*), т. е. право участвовать въ римскихъ (цивильныхъ) *юридическихъ сдѣлкахъ* по имуществу *inter vivos* (здѣсь прежде всего слѣдуетъ имѣть въ виду *mancipatio*). Римское *ius conubii* означаетъ способность ко вступленію въ римскій, т. е. признанный римскимъ *цивильнымъ правомъ* бракъ (*matrimonium iustum*, ср. ниже § 92). Римскій гражданинъ можетъ и не обладать *ius commercii* (интердикція, налагаемая на расточителя, отнимаетъ у него *commercium*, ср. ниже, § 103. IV). И *ius conubii* можетъ отсутствовать у римскаго гражданина, поскольку существуютъ препятствія къ браку (по древнему праву, напр., не существовало *ius conubii* между патриціями и плебеями). Но римская *правоспособность* можетъ исчезнуть лишь съ прекращеніемъ самаго права гражданства (находящійся подъ интердикціей расточитель сохраняетъ свою квиритскую собственность, свою способность къ наследованію, свою способность

выступать стороной въ процессѣ, хотя онъ и не можетъ быть активнымъ участникомъ гражданского оборота). Peregrinus, напротивъ, (напр., латянинъ) можетъ благодаря особому постановленію права или привилегіи обладать *ius commercii*, римская же правоспособность (квиритская собственность, *legis actio*) тѣмъ не менѣе остается для него закрытой. Гражданская правоспособность есть составная часть права гражданства, гражданская же дѣеспособность и способность къ браку являются только его слѣдствіями ¹⁾.

Перегринъ, не принадлежащій къ числу римскихъ гражданъ, но состоящій—за исключеніемъ *dediticii*—гражданиномъ другихъ общинъ, совершенно отстраненъ отъ римскаго публичнаго права; въ сферѣ же римскаго частнаго права онъ является право- и дѣеспособнымъ только по *ius gentium* ²⁾. Перегринъ не можетъ имѣть ни римской собственности (*dominium ex iure Quiritium*), ни римской patria potestas, ни римской мужней власти (*manus*), ни римской опеки (*tutela*). Онъ не можетъ быть наслѣдникомъ въ римскомъ наслѣдствѣ. Онъ не имѣетъ права ни составить римское завѣщаніе, ни быть назначеннымъ наслѣдникомъ, легатаріемъ или опекуномъ по завѣщанію римскаго гражданина; онъ даже лишень права быть свидѣтелемъ при составленіи римскаго завѣщанія. Римская *legis actio* для него недоступна. И все это

¹⁾ На различіе между гражданской правоспособностью, съ одной стороны, и *ius commercii* и *ius conubii*, съ другой, указываетъ *Mitteis Röm. Privatr.* т. I, стр. 116 и сл. Ср. также *Wlassak* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* т. 28, стр. 114 и сл.

²⁾ Первоначально всякій, не принадлежавшій къ числу гражданъ, былъ совершенно безправенъ. Исключеніе составлялъ *hostis* (первоначально это слово означало „гость“), т. е. гражданинъ государства, связаннаго съ Римомъ договоромъ дружбы. Однако, такое полное безправіе существовало всегда лишь въ теоріи. Такъ, изъ прежняго безправія, путемъ выше (§ 13) описанной эволюціи, могла вырасти правоспособность перегринна по *ius gentium*. *Mitteis, Rom. Privatr.* т. I, стр. 115.

имѣть причиной отсутствіе права гражданства, т. е. гражданской правоспособности. Такъ какъ (за исключеніемъ случаевъ особаго пожалованія) peregrini не имѣть также ius commercii и ius conubii, то онъ, по общему правилу, лишент дѣеспособности и способности къ matrimonium iustum. Право- и дѣеспособность римскаго ius civile (въ узкомъ смыслѣ) въ принципѣ присущи только римскому гражданину.

Но отнюдь не слѣдуетъ полагать, будто peregrini вообще лишены были права составлять завѣщанія, быть опекунами, заключать разныя юридическія сдѣлки и принимать активное участіе въ правовомъ оборотѣ страны. Наоборотъ, завѣщать, приобрѣтать право собственности и т. д. peregrini можетъ свободно по праву своей общины (напр., какъ гражданинъ Аѳинъ). Здѣсь проявляется личный принципъ въ правѣ: каждый гражданинъ живетъ по гражданскому праву той общины, къ которой онъ принадлежитъ. Аѳинскій гражданинъ можетъ обладать отцовской и мужней властью по аѳинскому праву, ему можетъ принадлежать аѳинская собственность, онъ можетъ составить аѳинское завѣщаніе. Онъ можетъ быть назначенъ наслѣдникомъ въ завѣщаніи аѳинянина и т. д., и подобно тому, какъ аѳинскій гражданинъ устраненъ отъ римскаго завѣщанія и его послѣдствій,—такъ точно и римскій гражданинъ устраняется отъ аѳинскаго завѣщанія и отъ приобрѣтенія правъ, изъ него вытекающихъ. Древній строй покоится на различіи другъ друга взаимно исключаящихъ общинъ, государствъ, правовыхъ сферъ. Все это предстояло измѣнить римскому государству. Государственное устройство должно было привести къ созданію общегосударственнаго права гражданства, государственное единство—къ единству въ правѣ. *Каракалла* сдѣлалъ рѣшительный шагъ, даровавъ всѣмъ peregrini, состоявшимъ гражданами какой бы то ни было общины, *право римскаго гражданства* (выше, § 19). Остались только peregrini *dedictii*, т. е., тѣ peregrini, общины которыхъ были уничто-

жены и которые поэтому нигдѣ не имѣли ни права гражданства, ни права постоянного жительства.

Промежуточную ступень между гражданами и негражданами составляли *Latini* (они были какъ бы лучше поставленными перегринами). Латинскіе союзники Рима, т. е., члены городскихъ общинъ *Latium'a*, издавна обладали такимъ же гражданскимъ и семейнымъ правомъ (а именно: латинскимъ гражданскимъ и семейнымъ правомъ, простымъ видоизмѣненіемъ котораго было и самое римское право), какъ и римляне, и въ качествѣ союзнаго народа, притомъ же родственнаго римлянамъ по праву, они пользовались и въ Римѣ *ius commercii*, а въ древнѣйшее время и *ius conubii*¹⁾. Право предоставило имъ римскую дѣеспособность и кромѣ того (вѣроятно, вслѣдствіе прежнихъ государственныхъ договоровъ) *общность завѣщаній* съ римлянами (латинянинъ могъ быть надѣленъ въ римскомъ завѣщаніи, онъ имѣлъ *testamenti factio passiva*), хотя римской правоспособности, частно и публично-правовой, латиняне не имѣли точно такъ же, какъ и остальные перегрины. Однако, огромный интересъ, связанный съ публично-правовыми правомочіями, предоставленными римскому гражданину (*ius suffragii* и *ius honorum*), привелъ къ тому, что (послѣ союзнической войны) сначала латинскимъ союзникамъ, а впослѣдствіи и всѣмъ италійскимъ общинамъ было предоставлено право *римскаго* гражданства; вмѣстѣ съ тѣмъ къ нимъ перешла какъ частная, такъ и публичная правоспособность римскихъ гражданъ. Съ тѣхъ поръ не осталось прежнихъ италійскихъ *Latini* (*Latini* по происхожденію), ихъ замѣнили *латинскіе колонисты* въ провинціяхъ, *Latini colonarii* (свободные поселенцы колоніи, основанной по *ius Latii*, или мѣстности, надѣленной *ius*

¹⁾ *Mitteis*, Röm. Privatr. т. I, стр. 4 и сл., 119, 122 и сл.; *Wlassak*, Der Ausschluss der Latiner von der römischen legis actio въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* т. 28, стр. 114 и сл.

Latii, ср. выше, § 19).¹⁾ и латинскіе вольноотпущенники (Latini Iuniani, § 32). Эти оба вида Latini новаго стиля (искусственно созданные Latini) обладают ius commercii (но не ius conubii), а Latini coloniarii обладают и testamenti factio (не взирая на отсутствіе права римскаго гражданства). Однако, дѣеспособность Latini Iuniani ограничивается только ius commercii, т. е., Latinus Iunianus можетъ участвовать только въ сдѣлкахъ между живыми. Онъ не имѣетъ права составить завѣщаніе или приобрѣтать что-либо по завѣщанію. Онъ живетъ какъ свободный, но умираетъ какъ рабъ. Послѣ смерти Latinus Iunianus его имущество переходитъ къ господину, какъ будто онъ все время продолжалъ оставаться его рабомъ.

Законъ *Каракаллы* коснулся также и Latini coloniarii (съ самаго начала имѣлось въ виду подготовить эти общины и области посредствомъ дарованія имъ ius Latii къ принятію

¹⁾ Ius Latii имѣетъ двѣ формы: Latium minus (древнѣйшая и обычная форма) и Latium maius (вѣроятно, появившаяся только со времени Адриана). Въ общинахъ, живущихъ по minus Latium, получаютъ право римскаго гражданства только чиновники, въ общинахъ же, живущихъ по maius Latium, имъ пользуются также и декуріоны (члены общиннаго совѣта). Maius Latium вводилось съ цѣлью поощренія къ занятію должности декуріоновъ, связанной съ крупными расходами и съ большой отвѣтственностью (замѣщеніе этихъ должностей представляло трудности уже съ начала 2 вѣка): *Gai*, I, § 96; *O. Hirschfeld*, zur Geschichte des latinischen Rechts (Festschr. für das archäologische Institut in Rom, Wien, 1879); *Mommsen*. Latium maius, въ Zeitschr. d. Sav.-Stift., т. 23, стр. 46 и сл.— Съ другой стороны, дарованіе общинѣ гражданъ (колоніи или муниципіи) ius Italicum означаетъ, что данная община приобрѣтаетъ права, присвоенныя colonia Italica, т. е. полноправной древне-римской колоніи гражданъ, такъ что ея область освобождается отъ поземельной подати и становится способной къ установленію квинтской собственности; другими словами, она приравнивается къ fundus Italicum (ср. § 64. II). *Heisterbergk*, Name und Begriff des ius Italicum (1885).

полнаго римскаго права гражданства). Со времени Каракаллы оставались еще только Latini Iuniani, которые, не принадлежа ни къ какой общинѣ, не имѣли возможности получить право римскаго гражданства.

Юстиніанъ имѣлъ намѣреніе совершенно устранить противоположность между *ius civile* и *ius gentium*. Въ соотвѣтствіи съ этимъ онъ формально отмѣнилъ *Latina libertas* юніановъ и особое юридическое положеніе перегриновъ *dediciti*—т. е. тѣ отношенія, которыя практически потеряли значеніе для частнаго права вслѣдствіе исчезновенія различія между *ius civile* и *ius gentium*, а для публичнаго права вслѣдствіе укрѣпленія деспотіи и уничтоженія политическихъ правъ гражданъ. Это не значитъ, что Юстиніанъ утвердилъ современный намъ принципъ равной для *всѣхъ людей* частно-правовой правоспособности. И по *Corpus iuris иностранецъ* (не принадлежащій къ римскому государству) пользуется правоспособностью только по *ius gentium*, а подданный римскаго государства въ наказаніе можетъ быть лишенъ по приговору суда права гражданства, вслѣдствіе чего его правоспособность можетъ съузиться до границъ *ius gentium*¹⁾. Но, оставляя въ сторонѣ осужденныхъ преступниковъ, надо замѣтить, что по отношенію къ *подданнымъ государства* исчезли правовыя различія прежняго времени, исчезли съ тѣмъ, чтобы окончательно предоставить мѣсто давно уже выступившимъ на авансцену социальнымъ различіямъ между отдѣльными классами. Въ принципѣ отнынѣ *каждый свободный подданный* римской имперіи является въ то же время римскимъ гражданиномъ. Съ юридической точки зрѣнія между подданными римскаго государства оставалось только одно различіе: свободныхъ и несвободныхъ. Противополож-

¹⁾ L. 17. § 1 D. de poenis (48, 49).—Ср. съ сказаннымъ выше *Leonhard*, Institutionen des römischen Rechts (1894), стр. 189, и ниже стр. 203.

ность между *cives* и *ne-cives* для нихъ уже отпала по существу. Граждане считаются отнынѣ подданными имперіи, а не отдѣльныхъ городовъ; и въ соотвѣтствіи съ принадлежностью всѣхъ гражданъ къ единой имперіи выдвигается единое имперское право, въ соотвѣтствіи съ принадлежностью ихъ къ государству міровому (римскому *orbis terrarum*) возникаетъ міровое право.

Ulp. tit. 19. § 5. *Commercium est emendi vendendique invicem ius.*

Ulp. tit. 5 § 3: *Conubium est uxoris iure ducendae facultas.*

Gai. Inst. I § 14: *Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt.*

Gai. eod. § 28: *Non tamen illis (Latinis Iunianis) permittit lex Iunia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari.*

Gai. eod. III § 56: *...admonendi sumus... eos, qui nunc Latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos; Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt.—Legis itaque Iuniae lator... necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuriam patronum converteretur, cavere, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque iure quodammodo peculii ad manumissores ea lege pertinent.*

§ 34.

Paterfamilias и *filiusfamilias*.

Римскій гражданинъ есть либо *paterfamilias* (домовладыка), либо *filiusfamilias* (подвластный сынъ) въ зависимости отъ

того, свободенъ онъ отъ отцовской власти (homo sui iuris) или подчиненъ ей (homo alieni iuris). Paterfamilias—это homo sui iuris (независимо отъ того, ребенокъ онъ или взрослый, женатъ или холостъ), filiusfamilias—homo alieni iuris (независимо отъ того, сынъ это или дочь, внукъ или внучка и т. д.).

Въ области публичнаго права различіе между paterfamilias и filiusfamilias не имѣетъ никакого значенія. Filiusfamilias можетъ, если онъ удовлетворяетъ общимъ необходимымъ требованіямъ, подавать голосъ въ комиціяхъ, можетъ стать консуломъ, точно такъ же, какъ и paterfamilias.

Различіе проявляется только въ области частнаго права. Filiusfamilias, правда, имѣетъ такія же ius commercii и ius conubii, какъ и paterfamilias, ибо и filiusfamilias является римскимъ гражданиномъ. Поэтому, сынъ можетъ заключать договоры по нормамъ гражданского права, принимать участіе въ юридическихъ сдѣлкахъ, направленныхъ на приобрѣтеніе права собственности ¹⁾, быть назначеннымъ наслѣдникомъ въ завѣщаніи, вступить въ вполне дѣйствительный бракъ и т. д. Но *все, приобретаемое filiusfamilias'омъ, приобретается имъ для paterfamilias'a*; право собственности, права требованія, даже мужнюю власть надъ его женой и отцовскую власть надъ его дочерьми приобрѣтаетъ не онъ, а его paterfamilias. Согласно древнему праву, въ римскомъ домѣ существовала только одна собственность — собственность домовладыки, только одна супружеская и родительская власть—власть домовладыки. *Filiusfamilias можетъ обладать пассивнымъ имуществомъ, отъ активнаго имущества онъ отстраненъ.*

1) Какъ, напр., mancipatio, но не in iure cessio, ибо для соблюденія формы in iure cessio необходимо заявить на судѣ притязаніе на право собственности (выше, § 12); по древнему же праву filiusfamilias (homo alieni iuris) не могъ обладать собственностью (см. ниже).

Однако, мало-по-малу въ теченіе императорскаго періода *filiusfamilias* сталъ получать и активную имущественную правоспособность. Сначала она была дана солдатамъ. *Filiusfamilias miles* прибрѣталъ все, что онъ прибрѣталъ въ качествѣ солдата, для себя самого, а не для отца (*bona castrensia*). Затѣмъ эта же привилегія была дарована всѣмъ, находящимся на общественной службѣ. То, что *filiusfamilias* получалъ, находясь на общественной службѣ, занимаясь адвокатурой или по пожалованію императора, онъ прибрѣталъ для себя самого, а не для *paterfamilias*'а (*bona quasi castrensia*). Въ концѣ концовъ, право прибрѣтать для себя было вообще дано всѣмъ подвластнымъ: все, что *filiusfamilias* прибрѣталъ не отъ отца, а отъ матери или иного лица, стало поступать въ собственность самого *filiusfamilias*'а; отецъ получалъ только право управленія этимъ имуществомъ и узуфруктъ на него (*bona adventicia*). Такимъ образомъ, по *Юстиніанову* праву подвластный лишень только права прибрѣтать *отъ отца*. То, что подвластный получаетъ отъ отца, остается собственностью отца, даже въ томъ случаѣ, если *filiusfamilias*'у предоставлено право распоряженія этимъ имуществомъ (*peculium profecticium*). Ср. ниже § 101.

L. 195. § 2 D. de V. S. (50, 16) (Ulpian): *Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus, et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est: nam et his sui iuris effectus propriam familiam habet.*

Gai, Inst. II § 87: *Igitur, quod liberi nostri, quos in potestate habemus, ... mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.*

§ 35.

Capitis deminutio.

Capitis deminutio есть разрушеніе юридической личности (caput). По классическому римскому праву оно могло произойти троякимъ образомъ: посредствомъ утраты (status libertatis (maxima c. d.), посредствомъ утраты status civitatis (media или magna c. d.), посредствомъ исключенія изъ агнатской семьи (minima c. d.). Съ точки зрѣнія римскаго права, въ первомъ случаѣ вполнѣ погибала юридическая личность, во второмъ и въ третьемъ случаяхъ исчезало только существовавшее до тѣхъ поръ юридическое положеніе личности ¹⁾.

Слѣдствіемъ утраты свободы являлась *maxima* capitis deminutio. Римскій гражданинъ могъ стать рабомъ вслѣдствіе уголовного приговора (выше § 32). Взятіе въ плѣнъ во время войны (когда онъ попадалъ подъ potestas hostium) приводитъ

¹⁾ Исторія вопроса изложена у *F. Desserteaux*, Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio. I Ancienneté respective des cas et des sources de la c. d. Paris 1909; *Mitteis*, Röm. Privatr., т. I, стр. 128, прим. 1; *Fehr*, въ Zeitschr. d. Sav.-Stift., т. 31, стр. 480 и сл. Capitis deminutio media (утрата права гражданства при сохраненіи свободы) появилась, повидимому, только въ началѣ императорскаго періода. Болѣе раннее право знаетъ только ту форму capitis deminutio, при которой—вслѣдствіе присужденія къ наказанію или вслѣдствіе вступленія подвластнаго сына въ mancipium—вмѣстѣ съ правомъ гражданства утрачивается и свобода. Взятіе въ плѣнъ на войнѣ не влекло за собой настоящей capitis deminutio, потому что при этомъ сохранялись права гражданства, а потому и свобода, основанная на римскомъ правѣ. (*Mitteis*, l. c.). Точно такъ же не представляли собой capitis deminutio in manum conventio и arrogatio до-классическаго права (права гражданства и свобода оставались). Древнее право разумѣло подъ caput свободу и правоспособность *римскаго гражданина*: capitis deminutio разрушало caput въ этомъ смыслѣ.

его въ состояніе, подобное рабству (такова точка зрѣнія римскаго права); слѣдовательно, взятіе въ плѣнь не представляетъ собою настоящую *capitis deminutio*, хотя и напоминаетъ ее по своему дѣйствию. Впредь до того, какъ станетъ извѣстно, вернется онъ на родину или нѣтъ, всѣ его права находятся въ неопредѣленномъ состояніи. Но только въ неопредѣленномъ состояніи,—ибо они еще не утрачены. Онъ еще римскій гражданинъ, онъ еще носитель своего права собственности, своей родительской власти,—не взирая на то, что его состояніе (подобное состоянію рабства) не разрѣшаетъ ему какимъ бы то ни было образомъ пользоваться своими правами. Только тѣ юридическія отношенія, которыя не могутъ находиться въ неопредѣленномъ состояніи, прекращаются совершенно съ момента взятія въ плѣнь; сюда относятся: бракъ и владѣніе (бракъ со взятіемъ въ плѣнь расторгается, владѣніе утрачивается). Если римскій гражданинъ умираетъ въ плѣну, то его бездѣйствовавшія права окончательно прекращаются, притомъ,—по теоріи классическихъ юристовъ,—это прекращеніе имѣетъ обратную силу. Въ случаѣ же своего возвращенія изъ плѣна онъ снова вступаетъ во всѣ свои права въ полномъ объемѣ (поскольку они не уничтожены; противъ давности, которая могла за это время завершиться въ пользу третьяго лица, ему дается *in integrum restitutio*). Онъ снова становится отцомъ своихъ дѣтей, собственникомъ своихъ вещей, кредиторомъ своихъ должниковъ, должникомъ своихъ кредиторовъ, т. е. субъектомъ всѣхъ своихъ юридическихъ отношеній такъ, какъ будто бы онъ совсѣмъ не былъ въ плѣну. Въ этомъ заключается такъ называемое *ius postliminii* ¹⁾. Но какъ происходитъ наследованіе послѣ римскаго гражданина въ томъ случаѣ, если онъ, не возвратившись, умеръ въ плѣну? Онъ умеръ въ состояніи, подобномъ рабству. слѣдовательно, завѣщаніе, составленное

1) *Mitteis*, Röm. Privatr. т. I, стр. 128 и сл.

имъ дома, до взятія въ плѣнъ, дѣйствительно или нѣтъ? Да, можетъ ли вообще наступить наслѣдованіе послѣ его смерти—вѣдь послѣ раба не открывается наслѣдованіе? Его права уничтожены. Какимъ же образомъ они могутъ перейти къ наслѣднику?—Всѣ эти затрудненія устраняла *fictio legis Corneliae* (введенная Суллой): если римлянинъ умираетъ въ плѣну, то считается, будто онъ умеръ полноправнымъ римскимъ гражданиномъ, а не плѣнникомъ. Классическая юриспруденція развила отсюда принципъ обратной силы: смерть во время пребыванія въ плѣну имѣетъ для наслѣдованія послѣ военноплѣннаго, а также для всѣхъ остальныхъ его юридическихъ отношеній тѣ же послѣдствія, какія имѣли бы мѣсто въ томъ случаѣ, если бы онъ умеръ раньше, въ моментъ взятія въ плѣнъ.

§ 5 I quib. mod. ius pot. solv. (1, 12): *Postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse.*

L. 16 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): *Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.*

L. 12 D. qui test. fac. (28, 1) (Iulian.): *Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent; et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet.*

L. 18 D. de captiv. (49, 5) (Ulpian.): *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*

Потерять права римскаго гражданства, (но съ сохраненіемъ свободы)—значить претерпѣть *capitis deminutio media* (или *magna*): напр., римскій гражданинъ переходитъ въ латинскую колонію. Въ Юстиніановомъ правѣ *media capitis deminutio* сохранилась только въ формѣ исключенія изъ имперскаго союза (изгнаніе) ибо при Юстиніанѣ для всѣхъ подданныхъ имперіи состояніе свободы совпадало съ правомъ гражданства)²⁾.

²⁾ Ср. I. M. Hartmann, *De exilio apud Romanos, dissertatio inauguralis* (Berolini 1887). Онъ же въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, т. 9, стр.

§ 2 I. de cap. min. (1, 16): Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.

Выходъ изъ агнатской семьи приводитъ также къ capitis deminutio, къ *разрушенію* личности. Сущность и значеніе личности основаны на ея семейномъ положеніи. Перемѣна въ семьѣ мѣняетъ личность, уничтожаетъ прежнюю личность и создаетъ новую.

Римское цивильное право разумѣло, однако, подъ семьей въ юридическомъ смыслѣ не то, что мы теперь называемъ этимъ именемъ: союзъ лицъ, связанныхъ узами кровнаго родства, т. е., принадлежащихъ къ одному *роду*. Римская семья (по ius civile) представляетъ собою совокупность лицъ, которыя принадлежатъ къ одному *дому*, находясь подъ властью (patria potestas) одного домовладыки, или которыя находились бы подъ его властью, если бы общій родоначальникъ былъ живъ. Это отношеніе называется агнаціей. И только агнація, а не кровное родство (когнація) составляетъ родство по цивильному праву. Семья римскаго цивильнаго права—это *агнатская семья* (ср. ниже § 91). И эта агнатская семья обладаетъ той особенностью, что ее можно переменить. Кровное родство не поддается уничтоженію, когнатскую семью (семью въ смыслѣ нашего современнаго права) переменить нельзя. А изъ агнатской семьи можно выступить, потому что можно уйти изъ *дома* (изъ союза лицъ, объединенныхъ подчиненіемъ общей родительской вла-

42 и сл. Одной изъ формъ изгнанія является депортация. Ср. выше, § 33.—Первоначально exilium означало потерю права римскаго гражданства вслѣдствіе перемены постояннаго мѣста жительства (переселенія въ дружественную Риму, но не принадлежавшую ему общину); возвратившійся и въ данномъ случаѣ снова вступалъ ipso iure въ права римскаго гражданства (postliminium in pace). *Mitteis*, I. с. стр. 126.

сти). Такъ, оставляетъ свою агнатскую семью дочь, *выходя замужъ* въ томъ случаѣ, если она посредствомъ вступленія въ бракъ подпадаетъ подъ власть своего мужа (или его домовладыки),—такъ называемая *in manum conventio* (послѣдняя не всегда является слѣдствіемъ замужества дочери—§ 92). Съ перемѣной домовладыки вышедшая замужъ дочь мѣняетъ и свою семью (агнатскую семью), кругъ своихъ родственниковъ (агнатическихъ), „домъ“, къ которому она принадлежитъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и все бытіе своей личности. То же самое происходитъ и съ подвластнымъ сыномъ, если отецъ продаетъ его въ кабалу (*mancipium*) (§ 101) или отдаетъ другому лицу въ цѣляхъ усыновленія (*datio in adoptionem*); съ *homo sui iuris*, который позволяетъ другому усыновить себя (*arrogatio*); со всякимъ подвластнымъ, котораго отецъ освобождаетъ отъ своей отеческой власти (*emancipatio*). Не смотря на то, что *emancipatus* улучшаетъ свое внѣшнее положеніе, поскольку онъ изъ *filiusfamilias*'а обращается въ *paterfamilias*'а, онъ тѣмъ не менѣ претерпѣваетъ *capitis deminutio*, ибо съ агнаціей *разрушается* его прежняя юридическая личность, вмѣсто которой создается новая.

Такимъ образомъ, *minima capitis deminutio* есть выходъ изъ агнаціи (изъ „дома“); въ классическомъ правѣ она имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ пяти случаяхъ: при *mancipio dare*, *in manum conventio*, *datio in adoptionem*, *arrogatio* и *emancipatio*.

Разрушающее дѣйствіе, которымъ обладаетъ и *capitis deminutio minima*, влечетъ за собой: прекращеніе гражданскихъ договорныхъ долговъ *capite minutus*'а (по гражданскому праву, преторъ же впоследствии возстановлялъ кредиторамъ право иска, примѣняя въ данномъ случаѣ *in integrum restitutio*) и прекращеніе личныхъ сервитутовъ, принадлежавшихъ *capite minutus*'у (ср. ниже § 69)³⁾. Послѣднее постановленіе

³⁾ По классическому праву велѣдствіе *capitis deminutio minima* погашало также право требованія, вытекавшее изъ подкрѣплен-

было устранено только Юстинианомъ: по праву *Corpus iuris* прекращеніе личныхъ сервитутовъ являлось послѣдствіемъ только *capitis deminutio maxima* и *media*. Агнатическій семейный союзъ, въ общемъ, не играетъ уже никакой роли въ Юстиниановомъ правѣ. Въмѣсто агнаціи значеніе приобретаетъ когнація (кровное родство, ниже § 91). Такимъ образомъ, въ Юстиниановомъ правѣ перемѣна агнатской семьи (*capitis deminutio minima*) утрачиваетъ свое юридическое значеніе.

Gaius Inst. I § 162: *Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt et in his, qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur: adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur totiens capite deminuat.*

L. 11. D. de cap. min. (4, 5) (Paulus): *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem. Cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.*

§ 36.

Умаленіе чести.

Честь представляетъ собой прежде всего общественное понятіе. Честью обладаетъ тотъ, за кѣмъ общество призна-

ной присягою *operarum obligatio libertus* и *lis contestata legitimo iudicio*, Gai. III § 83 (о *iudicium legitimum* ниже § 49).—Въ принципѣ *capitis deminutio minima* гражданского права оказывала вліяніе только на гражданскія правоотношенія, *Mitteis*, Röm. Privatr., т. I, стр. 53, прим. 31, стр. 61.

еть полное достоинство. Общество присуждаетъ честь тому, кто поступаетъ согласно его воззрѣнiямъ. Признанiе чести за кѣмъ либо, лишенiе чести (положенiя въ обществѣ)—являются для общества средствами принужденiя отдѣльныхъ лицъ къ соблюденiю не только велѣнiй права и нравственности, но и велѣнiй просто нравовъ (которые при извѣстныхъ условiяхъ могутъ стоять въ противорѣчiи съ правомъ и нравственностью). Такъ какъ требованiя общества относительно поведенiя отдѣльныхъ лицъ получаютъ своеобразное выраженiе въ каждомъ изъ различныхъ общественныхъ круговъ,—говорять о специальной сословной чести, о студенческой, офицерской чести и т. д.

Постановленiя права, касающiяся *гражданской* чести, указываютъ на то, что общественныя отношенiя, общественное мнѣнiе производятъ воздѣйствiе и на право. Право до извѣстной степени уступаетъ общественному приговору и при извѣстныхъ обстоятельствеахъ ограничиваетъ въ правахъ того человѣка, который въ обществѣ считается не вполне достойнымъ. *Гражданская* честь (честь въ юридическомъ смыслѣ)—это полное признанiе достоинства личности со стороны закона. Умаленiе чести (въ юридическомъ смыслѣ) есть уменьшенiе полного значенiя личности передъ закономъ.

Гражданская честь *civis Romanus'a* можетъ быть совершенно *уничтожена* (*consumptio existimationis*) вслѣдствiе *maxima* или *media capitis deminutio*; она можетъ также быть только *умалена* (*minutio existimationis*). Послѣднiй случай и есть случай умаленiя чести въ техническомъ (узкомъ) смыслѣ. Умаленiе чести есть умаленiе гражданской чести, которая *независимо* отъ *capitis deminutio*, независимо отъ разрушенiя прежней личности, приводитъ къ *простому ослабленiю* признанiя достоинства личности со стороны закона.

По римскому гражданскому праву умаленiе чести наступаетъ только: 1) въ случаяхъ, опредѣленныхъ народными

законами ¹⁾, 2) вслѣдствіе цензорскаго взыскація. Но и здѣсь *ius honorarium* опередило гражданское право. Къ концу республиканскаго періода цензура перестала дѣйствовать въ прежнемъ духѣ. Образовавшійся пробѣлъ былъ заполненъ преторомъ. Преторскому эдикту предстояло заняться положеніемъ лицъ, подвергшихся умаленію чести, поскольку рѣчь шла объ ограниченіи ихъ въ правѣ выступленія передъ судомъ. Такъ преторъ перечислялъ тѣхъ, которыхъ онъ вслѣдствіе ихъ опозоренности лишилъ полного *ius postulandi* (права ходатайства передъ судебной властью),—они сохранили право ходатайствовать только за себя и за нѣкоторыхъ близкихъ родственниковъ. Въ другомъ мѣстѣ эдикта онъ указалъ тѣхъ, которымъ онъ по причинѣ ихъ опозоренности запрещалъ самимъ быть представителями въ процессѣ (*alieno nomine agere*) и избирать себѣ представителей въ процессѣ ²⁾. Лишаемыхъ такимъ образомъ полной судебной правоспособности (права свободнаго ходатайства и т. д.) преторъ самъ не объявлялъ прямо лишенными чести. Онъ не имѣлъ ни повода, ни необходимой власти для того, чтобы формально урѣзать чью-либо гражданскую честь. Но, говорить Гай, „тѣхъ, которыхъ преторъ такъ ограничиваетъ въ правахъ, мы называемъ лишенными чести“ ³⁾. Въ этихъ спискахъ преторскаго права возрѣнія общества на умале-

¹⁾ Такъ, напр., было указано въ двѣнадцати таблицахъ (VIII, 22): *qui se sierit testatier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto.*

²⁾ Ср. *Karlowa* въ *Zeitschr., f. Rechtsgesch.*, т. 9, стр. 222 и сл.; *Lenel* въ *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, т. 2, стр. 54 и сл.; *Wlassak*, *Zur Geschichte der Cognitur*, 1893, стр. 18, прим. 3, стр. 72 прим. 53, въ концѣ.

³⁾ *Gai. Inst. IV § 182* (Studemund, изд. 2): *Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit: sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremque habere, item procuratoris aut cognitoris nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur.* Ср. ниже, прим. 5.

не чести приобрѣли юридическое значеніе и подверглись нѣкоторой, хотя и не вполне совершенной, кодификаціи; въ качествѣ такой кодификаціи права на честь они сохранили свое значеніе для послѣдующаго времени: компиляторы Юстиніана заимствовали изъ этихъ частей преторскаго эдикта свой списокъ случаевъ умаленія чести. А именно, здѣсь выдвигались двѣ группы случаевъ, противопоставляемыхъ одна другой: безчестіе наступало либо само собой (*ipso iure*) непосредственно за дѣяніемъ, влекшемъ за собой умаленіе чести,—такъ называемая *infamia immediata* (напр., въ случаяхъ безчестнаго промысла, безчестнаго увольненія съ военной службы, двоеженства и двойного сговора); или же оно наступало только послѣ того, какъ судъ постановитъ приговоръ по обвиненію въ безчестномъ дѣяніи,—такъ называемая *infamia mediata*. Прежде всего, *infamia* являлась слѣдствіемъ всякаго обвинительнаго уголовного приговора, влекшаго за собой наказаніе (тѣлесное наказаніе, лишеніе жизни, свободы), но она имѣла мѣсто и при извѣстныхъ гражданскихъ приговорахъ, именно въ тѣхъ случаяхъ, когда когонибудь осуждали по гражданскому иску за воровство, разбой, оскорбленіе, обманъ или безчестное нарушеніе долга (въ качествѣ опекуна, товарища, депозитарія, мандатарія). Гражданскіе иски, влекшіе за собой подобное умаленіе чести⁴), называются *actiones famosae*.

Однако, уже по самой своей природѣ, всякая кодификація права чести неизбѣжно представляется несовершенной. Поэтому римскому суду необходимо должна была быть предоставлена свобода принимать во вниманіе и такіе случаи безчестія, которые не были упомянуты ни въ народномъ

⁴) Четыре деликтныхъ иска: *actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, doli*; четыре контрактныхъ и квази-контрактныхъ иска: *actio pro socio, tutelae directa, depositi directa, mandati directa*. Ср. также выше, § 12, прим. 12: *actio fiduciae* (уже не вошедшая въ *Corpus iuris*).

законѣ, ни въ преторскомъ эдиктѣ. Такимъ образомъ, получились два рода умаленія чести (*minutio existimationis*): 1. *infamia*, предположенія которой установлены юридическими нормами, именно народными законами и преторскимъ эдиктомъ, и 2—такъ называемая *turpitude* (презрѣнность), возникавшая не по предписанію права, а по судейскому усмотрѣнію, причѣмъ судья въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ руководствовался приговоромъ общественнаго мнѣнія.

Оба вида умаленія чести имѣли своимъ послѣдствіемъ ограниченіе въ правахъ лица, признаннаго безчестнымъ, въ предѣлахъ, установленныхъ свободнымъ усмотрѣніемъ судьи (напр., при дачѣ свидѣтельскихъ показаній, при назначеніи опекуномъ, при допущеніи *querela inofficiosi testamenti* въ пользу обойденныхъ братьевъ и сестеръ, ср. § 113). *Infamia* имѣла кромѣ того слѣдующія особыя послѣдствія: она вела къ потерѣ *ius suffragii* и *ius honorum*, къ ограниченію *ius conubii* (бракъ между безчестными и свободнорожденными былъ запрещенъ, ср. § 99) и къ ограниченію права ходатайствовать за другихъ передъ судебной властью (см. выше). Однако, всѣ эти особыя послѣдствія инфаміи отпали въ Юстиніановомъ правѣ⁵⁾. По Юстиніанову праву *infames* и *turpes* подвергаются только одному: ограниченію въ правахъ (поскольку рѣчь идетъ о личности, какъ о таковой) въ предѣлахъ, устанавливаемыхъ усмотрѣніемъ судьи. Это указываетъ на то, что *infamia* (умаленіе чести не по усмотрѣнію судьи, а по предписанію закона) фактически уже исчезла въ Юстиніановомъ правѣ. Поэтому, въ общегерманское право перешла изъ римскаго права не *infamia*, а только *turpitude* („презрѣнность“). На ряду съ рецензированной *turpitude* раз-

⁵⁾ *Ius suffragii* и *ius honorum* потеряли свое значеніе на практикѣ, запрещеніе вступать въ бракъ было отмѣнено, а относительно допущенія къ представительству при заявленіи ходатайствъ должно было рѣшать свободное усмотрѣніе судьи. (§ 11. I. de except. 4, 13).

сма­три­ва­ет­ся въ ка­че­ствѣ у­ма­ле­нія че­сти по за­ко­ну гер­ман­ская „Rechtlosigkeit“— без­пра­віе, вы­сту­па­ю­щее въ двухъ фор­махъ: какъ „Ehrlosigkeit“ (без­че­ст­іе), ус­та­нов­лен­ная су­деб­нымъ у­го­лов­нымъ при­го­воромъ, и какъ „Anruechtigkeit“ (обез­сла­в­лен­ность), свя­зан­ная съ вѣб­рач­нымъ ро­жде­ніемъ и без­че­ст­нымъ про­мысломъ. „Anruechtigkeit“ неиз­вѣстна со­вре­мен­но­му пра­ву. Но от­ня­тіе су­домъ правъ гра­ждан­ской че­сти (а вмѣстѣ съ тѣмъ и пра­ва на за­ня­тіе об­щес­твен­ныхъ дол­ж­ностей, ис­клю­че­ніе изъ ар­міи и ф­лота, уда­ле­ніе отъ опе­кун­ства) прак­ти­ку­ет­ся и те­перь, какъ одно изъ на­ка­за­ній, ус­та­нов­лен­ныхъ Гер­ман­скимъ у­го­лов­нымъ ко­дек­сомъ (Гер­м. Угол. Улож. § 31 и сл.). Кро­мѣ то­го и Гер­м. Гражд. Уло­же­ніе свя­зы­ва­етъ съ „без­че­ст­нымъ и без­пра­в­ствен­нымъ по­ве­де­ніемъ“ („ehrloses und unsittliches Verhalten“) из­вѣст­ныя юри­дическія по­слѣд­ствія (см. от­но­ситель­но раз­вода § 1568, от­но­ситель­но огра­ни­че­нія или от­ня­тія ро­ди­тель­ской вла­сти § 1666), ко­торыя на­сту­па­ютъ по су­дей­ско­му ус­мо­т­рѣ­нію; та­кимъ об­ра­зомъ, въ Гер­ма­ніи и те­перь еще на­ряду съ ус­та­нов­лен­нымъ за­ко­номъ от­ня­тіемъ гра­ждан­скихъ правъ че­сти су­щес­т­ву­етъ на­по­ми­на­ю­щее рим­ское turpitudinis у­ма­ле­ніе пра­во­во­го зна­че­нія лич­ности.

L. 5 § 2 D. de extr. cogn. (50, 13) (Callistratus):
Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa
statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur
quis vel cum ordine movetur vel cum prohibetur hono-
ribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur
vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam
quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enu-
meratur. § 3: Consumitur vero, quotiens magna capitis
minutio intervenit.

L. 1. D. de his qui not. inf. (3, 2): Praetoris verba
dicunt: Infamia notatur ⁶⁾ qui ab exercitu ignominiae

⁶⁾ Эти оба первыхъ слова введены компиляторами Юстиниана, ср. *Lenel*, l. c. Догадки *Lenel*'я получили блестящее подтверждение въ

causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, qui in potestate eius erit, genero mortuo, cum eum, mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est; et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.

II. Юридическія лица.

§ 37.

Сущность юридического лица.

Съ хозяйственной точки зрѣнія юридическое лицо является средствомъ созданія *соціального цѣлевого имущества*, т.-е. такого имущества, которое право предназначило для цѣлей всего общества или опредѣленнаго общественнаго союза (выше § 31). Юридическое лицо (напр., государство или благотворительное учрежденіе) существуетъ для опредѣленныхъ цѣлей. Юридическое лицо надѣляется особымъ имуществомъ; тѣмъ самымъ это имущество является *вещно* (съ воздѣйстви-

возстановленномъ послѣ этого текстъ Гая. IV § 182 (прим. 3). О возстановленіи первоначальнаго текста и общей согласованности разбираемаго нами здѣсь преторскаго эдикта см. у *Lenel*, *Edictum perpetuum*, 2 Aufl. стр. 77. 78.

емъ непосредственно на отдѣльныя составныя части имущества) связаннымъ съ цѣлями юридическаго лица: только отъ имени даннаго юридическаго лица, т.-е. только для осуществленія его цѣлей, можно распоряжаться этимъ имуществомъ. Наряду съ *частнымъ* имуществомъ физическаго лица (которое одно только и представляетъ собой частное имущество въ полномъ смыслѣ слова) должно быть поставлено *соціальное* цѣлевое имущество въ формѣ юридическаго лица.

Какъ показываетъ исторія, на различныхъ ступеняхъ развитія бывала различна та *форма*, въ которую право облекало такое цѣлевое имущество. И та правовая форма, въ какой выступаетъ юридическое лицо въ настоящее время, никоимъ образомъ не является первоначальной, естественной, единственно-возможной: она представляетъ собой созданіе только высоко развитого права.

Соціальное цѣлевое имущество (ведущее свое начало отъ государственнаго и общиннаго имущества) первоначально представляло собой въ хозяйственномъ, а, слѣдовательно, и въ юридическомъ, отношеніи *общее* имущество членовъ союза, преслѣдующаго данную цѣль (согражданъ одного государства, одной общины). Общинное имущество (напр., „общая“ германская марка) является общимъ имуществомъ членовъ общины, государственное имущество—народной землей, *ager publicus* (*populicus*), т. е., общимъ имуществомъ *сочленовъ* одного народа. Соціальное имущество первоначально служить еще только для непосредственнаго пользованія отдѣльныхъ лицъ и составляетъ необходимую основу для еще не вполне самостоятельныхъ отдѣльныхъ хозяйствъ: крестьянинъ не можетъ существовать безъ общиннаго пастбища и безъ общиннаго лѣса. Общественное имущество въ хозяйственномъ, а потому и въ правовомъ, отношеніи пока представляетъ собой общее имущество *всѣхъ соединившихся въ союзъ*, а не обособленное частное имущество самого союза. Только отдѣльный человѣкъ ведетъ хозяйство, потому что только у отдѣль-

наго человѣка возникаютъ хозяйственныя потребности; только отдѣльный человѣкъ обладаетъ имуществомъ (частнымъ имуществомъ), только отдѣльный человѣкъ представляетъ собою личность. Союзъ прежняго времени въ своемъ цѣломъ еще не принимаетъ участія въ хозяйствѣ: въ хозяйственномъ, а потѣму и въ правовомъ отношеніяхъ онъ еще не является личностью. Пока существуютъ только физическія лица, юридическихъ лицъ еще нѣтъ.

Только на сравнительно высокой ступени развитія общественной жизни на долю союза выпадаютъ такія задачи, которыя не исчерпываются предоставленіемъ имущества въ пользованіе отдѣльныхъ лицъ и которыя не могутъ быть выполнены при помощи непосредственныхъ дѣйствій (дѣйствій *in patria*) отдѣльныхъ лицъ. Въ германскихъ городахъ передъ союзомъ раскрылась перспектива собственныхъ хозяйственныхъ потребностей, а вмѣстѣ съ тѣмъ и перспектива самостоятельной хозяйственной жизни, впервые благодаря необходимости воздвигнуть городскія стѣны. Затѣмъ (позднѣе) къ этому присоединились мощеніе улицъ и ихъ освѣщеніе, школьное дѣло, призрѣніе бѣдныхъ и многое другое. Такимъ образомъ, начинается создаваться хозяйство союза, отличное отъ хозяйствъ его членовъ. Самостоятельное (частное) хозяйство союза вызываетъ потребность въ самостоятельномъ (частномъ) имуществѣ. Теперь и союзъ въ своемъ цѣломъ занимается хозяйствомъ, съ каждымъ днемъ возрастаютъ его хозяйственныя потребности: и союзъ долженъ стать личностью. Наряду съ физическими лицами должны возникнуть лица юридическія.

Создавъ юридическую форму товарищества („*Genossenschaft*“), средневѣковое германское право не вполнѣ удовлетворило наблюдавшуюся у экономически самостоятельныхъ союзовъ потребность приобрѣсти соотвѣтственный юридическій обликъ. Германское право не перешагнуло черезъ идею „общности“ принадлежащаго союзу имущества (иму-

щество союза представляется общимъ имуществомъ его членовъ, которые обладаютъ имъ совмѣстно (zu gesamer Hand), напр., имущество города представляется общимъ имуществомъ согражданъ); отъ отдѣльныхъ же лицъ было отнято только право управленія и распоряженія имуществомъ, предоставленное общественнымъ органамъ. Германское товарищество предполагаетъ общность имущества при корпоративномъ управленіи. Римское же право придало имуществу союза и со стороны его принадлежности (а не только со стороны управленія имъ) характеръ *единоличнаго* имущества (единоличной собственности) *союза*; другими словами, римскому праву удалось создать для имущества союза наиболѣе совершенную техническую форму—шедевръ—въ образѣ „юридическаго лица“.

Древнѣйшему римскому праву также было *чуждо* понятіе юридическаго лица. Прежнее *ius privatum* (*ius civile*) было именно правомъ единичныхъ, физическихъ лицъ (*cives*). И въ древнее время существовали союзы (*collegia, sodalitates*), но тогда союзы не могли обладать имуществомъ: имущество, предназначенное для осуществленія цѣлей союза, съ формальной стороны должно было считаться имуществомъ отдѣльнаго лица (одного изъ членовъ союза). Цѣлевое имущество *частноправовыхъ* союзовъ не было, какъ таковое, извѣстно древне-римскому гражданскому праву. *Публичное* же цѣлевое имущество,—имущество государства (римской гражданской общины) и имущество, посвященное государственнымъ богамъ,—было облечено въ юридическое понятіе вещей, *изъятыхъ изъ оборота* (*res extra commercium*, ср. ниже § 59, 1). Римскій народъ составлялъ римское государство. Имущество государства считалось поэтому имуществомъ римскаго народа: *res publicae* (*populicae*). *Res publicae*, общее достояніе всѣхъ согражданъ, *противопологались* *res privatae*, единоличному имуществу римскаго гражданина. Первые *не* составляли предмета частной (единоличной) собственности и даже *не*

могли быть предметами частной собственности. Римскій народъ не былъ частнопровымъ лицомъ (не былъ юридическимъ лицомъ). Все, находившееся въ обладаніи римскаго народа, надо разсматривать какъ *изъятое* изъ частной собственности и частнаго оборота (*extra commercium*). По этой же причинѣ народная земля (*ager publicus*) считалась *ничьей* собственностью, т. е. ничьей единоличной собственностью¹⁾. То, что было и должно было быть общимъ для всѣхъ согражданъ, не могло находиться въ чемъ-либо единоличномъ (частномъ) обладаніи. Только *civis Romanus* представлялъ собой частное лицо, римскій народъ не былъ *civis*. Такимъ образомъ, въ римскомъ правѣ (*ius civile*) не было для публичнаго цѣлевого имущества формы, которая дала бы ему видъ частнопрового имущества. Публичное цѣлевое имущество было, наоборотъ, изъято изъ области частнаго права (*extra commercium*) и находилось исключительно подъ дѣйствіемъ *публичнаго* права. Все сказанное относительно *имущества* римскаго государства (*ager publicus* и денежной наличности—*aerarium*) относится также и къ участию государства въ имущественномъ оборотѣ. Черезъ своихъ магистратовъ римское государство (*populus Romanus*) заключало юридическія сдѣлки (сдача въ аренду, купля-продажа и т. п.),

¹⁾ На это еще указываетъ Гай въ L. 1. pr. D. de div. rer. (1, 8): *quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitati esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt*. Соответственно съ этимъ Ульпіанъ относитъ права *municipium* а къ правамъ, принадлежащимъ всѣмъ *municipes* совмѣстно. *Ulpian, tit. 22, 5: Nec municipia nec municipes heredes institui possunt quoniam incertum corpus est* (вслѣдствіе измѣняемости состава членовъ), *et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant*. Эти оба положенія имѣютъ одинаковое значеніе, и оба они являются отзвукомъ первоначальнаго воззрѣнія: то, что принадлежит *совмѣстно* всѣмъ (членамъ союза),—въ сущности не принадлежит *никому* (какъ предметъ единоличнаго частнаго права).

но и по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ, участникомъ которыхъ выступалъ *populus Romanus*, дѣйствовало не *ius privatum*, а *ius publicum*. Иски, вытекавшіе изъ юридическихъ сдѣлокъ, заключенныхъ государствомъ, не могли быть предъявлены въ обыкновенныхъ гражданскихъ судахъ. Государство подчинялось праву не такъ, какъ частное лицо. Въ сущности, оно само охраняло свое имущество (*res publicae*) черезъ магистратовъ, дѣйствовавшихъ въ порядкѣ управленія²⁾, и контрагентамъ государства, заключавшимъ съ нимъ юридическія сдѣлки, представлялся только одинъ путь для отстаиванія своихъ интересовъ—путь жалобъ надлежащимъ властямъ въ административномъ порядкѣ. Даже въ своихъ имущественно-правовыхъ отношеніяхъ государство всегда оставалось государствомъ, т. е., носителемъ верховныхъ правъ, и здѣсь оно всегда стояло надъ отдѣльнымъ гражданиномъ, а не наряду съ нимъ. *Populus Romanus* былъ величиной слишкомъ значительной, чтобы подобно частному лицу подчиняться общимъ формамъ гражданского права. Потому римское государство не было юридическимъ лицомъ, не имѣло права на имущество (въ смыслѣ гражданского права). Тамъ, гдѣ выступало римское государство,—гражданское право должно было отойти въ сторону. И съ формальной стороны цѣлевое имущество государства (*populus'a*) разсматривалось въ качествѣ имущества общественнаго, публичнаго, а не частнаго. Въ древне-римскомъ гражданскомъ правѣ находило себѣ мѣсто только индивидуалистическое имущество.

Однимъ изъ видовъ *res publicae* являлись *res sacrae* (вещи, посвященныя государственнымъ богамъ). Эти *res sacrae* также были изъяты изъ сферы дѣйствія гражданского права (*extra commercium*), и получали защиту въ порядкѣ управ-

2) *Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1. стр. 348. 349.* Кража и поврежденіе вещей, принадлежащихъ государству или посвященныхъ богамъ, каралось *ex officio*. *Mommsen, Röm. Strafrecht, стр. 786 и сл. 811.*

ленія; такимъ образомъ, и по отношенію къ этимъ *res sacrae* проводилась не идея частной собственности юридическаго лица (боговъ или религіознаго учрежденія), но идея *изъятія* изъ частной собственности.

Только право императорскаго періода ввело въ римское гражданское право понятіе юридическаго лица. Публичное цѣлевое имущество (*res publicae*) получило доступъ къ *commercium* гражданскаго права (исключеніе составляли только *res publicae* въ узкомъ смыслѣ, предназначенныя къ *непосредственному* пользованію всѣхъ, ср. § 59, I в). Публичное цѣлевое имущество стало *частнымъ* имуществомъ подобно имуществу отдѣльнаго физическаго лица. Въ этомъ развитіи рѣшающую роль сыграло утвердившееся приблизительно къ концу республики муниципальное устройство ^{2а}). Имущество городской общины (*municipium*) отнынѣ должно было подчиняться гражданскому праву, а сама городская община тѣмъ самымъ стала признаваться субъектомъ гражданскаго права. По образцу городскихъ общинъ (*ad exemplum rei publicae*, т. е., по образцу публично-правовыхъ общинныхъ союзовъ) стали признаваться имущественно-правоспособными въ области гражданскаго права и дозволенныя закономъ общества (*collegia, sodalitates, universitates*). А послѣ того, какъ находившееся подъ управленіемъ императора публичное имущество (*fiscus Caesaris*) охватило собой все государственное имущество (*aerarium populi Romani*, которымъ управлялъ сенатъ, исчезло не позднѣе Діоклетіана), тогда въ число субъектовъ гражданскаго права вступило, наконецъ, и римское государство—какъ *fiscus*, хотя въ цѣломъ рядѣ приви-

^{2а}) *Mitteis. Röm. Privatr.*, Bd. I, стр. 341. 376 и сл. По мнѣнію *H. Krüger'a*, изложенному въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 29, стр. 519 и сл., выраженіе *universitas* употреблялось до Юстиніана только по отношенію къ *municipium*, но не по отношенію къ корпораціи (иначе въ *Corpus iuris*).

легій фиска сохранились слѣды его первоначальной независимости отъ гражданскаго права ³⁾.

³⁾ Ср. сказанное о римскомъ государственномъ имуществѣ (*aerarium* и *fiscus Caesaris*) и о развивавшемся наряду съ *fiscus* имуществѣ короны (переходящемъ по наслѣдству къ преемнику престола, какъ таковому—*patrimonium Caesaris*) *Mitteis*, *Röm. Privatr.* Bd. 1, стр. 349 и сл.; и *W. Stintzing* въ *Krit. Vierteljahrschr.*, 3 Folge, Bd. 12 (1909), стр. 383 и сл.—*Privilegia fisci* по праву *Corpus iuris* составляютъ: 1. *Привилегія отчужденія*: то, что приобрѣтается отъ казны (*fiscus*), считается приобрѣтеннымъ непосредственно (независимо отъ права казны) и потому право управомоченнаго третьяго лица (въ томъ случаѣ, если казна распорядилась чужой собственностью) не принимается во вниманіе. Управомоченное третье лицо можетъ искать только возмѣщеніе ущерба, при чемъ право на соответствующій искъ погашается для него 4-хлѣтней давностью (*privilegia* отчужденія встрѣчается впервые у Птоломеевъ и возможно, что она перешла въ римское фискальное право изъ греко-египетскаго права. *Mitteis*, *Griech. Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig*, 1906, стр. 18). 2. *Привилегія въ отношеніи приобрѣтенія по давности*: вещи, принадлежащія казнѣ по праву собственности, не могутъ быть приобрѣтены по давности (третьими лицами). 3. *Привилегія при конкурсѣ*: при открытіи конкурса надъ имуществомъ своего должника казна имѣетъ право преимущественнаго удовлетворенія (*privilegium exigendi*). 4. *Привилегія залоговаго права*: по отношенію ко всѣмъ своимъ правамъ требованія—за исключеніемъ права требовать штрафъ—казна имѣетъ законное залоговое право на все имущество должника (*fiscus semper habet ius pignoris*, L. 46 § 3 D. 49, 14), при чемъ это залоговое право считается *привилегированнымъ*, т. е. стоящимъ впереди другихъ залоговыхъ правъ болѣе ранняго происхожденія: залоговое право, обеспечивающее требованіе уплаты налоговъ, является во всѣхъ случаяхъ привилегированнымъ, залоговое же право, обеспечивающее договорныя обязательства, считается привилегированнымъ только по отношенію къ имуществу, приобрѣтенному впоследствии. 5. *Привилегія въ отношеніи процентовъ*: казна не обязана платить проценты за просрочку своихъ договорныхъ обязательствъ (ср. ниже § 77). 6. Выступая *продавцомъ* въ куплѣ-продажѣ, казна не отвѣчаетъ за недостатки проданной вещи по искамъ, направленнымъ на расторженіе договора и на уменьшеніе покупной цѣны (ниже § 82). 7. Казна имѣетъ право *наслѣдованія* (общаго правила

Такимъ образомъ, юридическое лицо вошло въ обиходъ римскаго права императорскаго періода. Осталось только опредѣлить его сущность.

Какое значеніе имѣетъ частно-правовая личность корпораціи, напр., общины? Какъ слѣдуетъ понимать выраженія: община (корпорація) управомочена, обязана? Положеніе, выработанное римскимъ правомъ эпохи классической юриспруденціи, гласитъ: собственность корпораціи не является собственностью *нѣсколькихъ* лицъ; она составляетъ собственность одного *единственнаго* лица, именно, *corpus*'а (корпораціи, какъ таковой). Корпорація, совокупность лицъ, представляетъ собой въ глазахъ гражданскаго права одно *единственное* лицо, новый индивидуумъ, существующій *наряду* съ тѣми членами, изъ которыхъ онъ слагается. Раба нельзя пытать съ цѣлью добиться у него показаній противъ его господина, но рабъ корпораціи можетъ быть путемъ пы-

о способности юридическихъ лицъ къ наслѣдованію въ римскомъ правѣ не было). 8. *Compensatio* (зачетъ) по отношенію къ требованію казны возможна только въ томъ случаѣ, если оба требованія касались одной и той же кассы (*statio fisci*). Последнее положеніе, (неизбѣжное съ точки зрѣнія техники управленія) восприняло и Герм. Гражд. Уложеніе въ § 395: тамъ оно примѣняется какъ по отношенію къ казнѣ, такъ и по отношенію къ общиннымъ союзамъ публичнаго права. Всѣ же остальные постановленія Герм. Гражд. Уложенія въ пользу казны (переходъ къ ней выморочнаго наслѣдства, а при нѣкоторыхъ условіяхъ и имущества союзовъ—§ 45, право приобрѣтенія земельныхъ участковъ, покинутыхъ собственниками—§ 928) не подходятъ подъ понятіе *privilegium fisci*—привилегіи, отмѣняющей дѣйствіе обыкновенныхъ нормъ гражданскаго права. По Герм. Гражд. Уложенію казна подчиняется обще-гражданскому праву (имѣются только два исключенія для мѣстнаго законодательства въ *Einfür. Ges.* 91. 92). Соответственно этому германскій конкурсный процессъ знаетъ привилегіи только въ отношеніи требованій общественныхъ повинностей (Конк. Уст. § 61. 2. 3), а не въ отношеніи требованій казны. *Privilegia fisci* болѣе не существуютъ.

токъ принужденъ къ дачѣ показаній противъ членовъ корпораціи: *nec enim plurium esse videtur, sed corporis*. Рабъ корпораціи (*corpus'a*) *состоитъ не въ общей собственности* отдѣльныхъ сочленовъ, а въ *единоличной собственности* иного (невидимаго, „юридическаго“) лица—*corpus*. Точно такъ же: *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli, debent*, т. е. право требованія, принадлежащее корпораціи (напр., городской общинѣ), не принадлежитъ членамъ корпораціи, и долгъ корпораціи *не есть долгъ ея членовъ*. Члены корпораціи *не отвѣчаютъ* за ея долги. Принадлежащіе корпораціи права требованія и долги не могутъ разсматриваться въ качествѣ общихъ правъ и общихъ обязанностей сочленовъ,—они представляютъ собой единоличные права и единоличные обязанности другого (невидимаго, „юридическаго“) лица: *corpus*.

Юридическое лицо римскаго права есть *организация, обладающая самостоятельной правоспособностью*. Имущество юридическаго лица (напр., городской общины) является имуществомъ союза, а не его членовъ. Точно такъ же долги юридическаго лица представляютъ собой долги союза, а не долги его членовъ. Совокупность лицъ считается правоспособной какъ *таковая*, и потому принадлежащее ей имущество есть для ея членовъ имущество *чужое*, а ея долги—*чужіе* долги для членовъ. Въ смыслѣ *принадлежности* имущества корпораціи—корпорація и ея члены разсматриваются гражданскимъ правомъ (формально) какъ совершенно различные субъекты. Съ точки зрѣнія праваго оборота, т. е. по отношенію къ третьимъ лицамъ, члены корпораціи представляются посторонними ей лицами. Правоспособный союзъ есть новое, совсѣмъ другое, лицо—*юридическое лицо*, стоящее наряду съ физическими лицами и существующее отдѣльно отъ нихъ (членовъ союза).

Постановленія права, регулирующія положеніе юридическихъ лицъ, выступаютъ тамъ, гдѣ къ имущественному (гра-

жданскому) праву приобщаются стоящія *надъ* единичными лицами корпоративныя образованія *общественной* жизни, и въ особенности крупныя публично-правовыя организаціи,— государство, церковь и община; всѣ они приобщаются къ имущественному праву, чтобы на ряду съ отдѣльными лицами въ интересахъ *общества*, т. е. всѣхъ, принять участіе въ благахъ сего міра. Римское гражданское право на первыхъ ступеняхъ своего развитія не знало такихъ корпоративныхъ образованій, высоко поднимающихся надъ отдѣльными лицами. Первоначально оно могло и желало только быть правомъ, регулирующимъ имущественныя отношенія *частныхъ лицъ* въ собственномъ смыслѣ, т. е. *единичныхъ лицъ*. Однако, какъ мы видѣли, ему все-таки удалось ввести корпораціи въ сферу гражданского права. И именно та трудность, которую при этомъ пришлось преодолѣть, сообщила обрисовкѣ понятія юридическаго лица въ римскомъ правѣ его замѣчательную ясность. Римское гражданское право желаетъ быть правомъ единичной личности. Поэтому и выступающая въ качествѣ субъекта гражданского права корпорація должна формально оставить за предѣлами гражданского права всю свою *общественную* сторону, всю ту власть, которая даетъ ей возможность большаго размаха сравнительно съ размахомъ отдѣльнаго лица; болѣе того,—даже всемогущее государство должно сложить свою корону, чтобы получить возможность пройти сквозь низкія врата гражданского права. Подчиняясь строгому рѣзцу римскаго гражданского права, корпорація (также государство и община)—независимо отъ характера своего публично-правового положенія—становится *частнымъ лицомъ* новаго вида, подходящимъ подъ одну рубрику съ остальными единичными лицами (съ лицами физическими). Публичное цѣлевое имущество формально становится *частнымъ* имуществомъ *юридическаго*, т. е. *частнаго* лица. Выработанныя для соответственныхъ отношеній положенія гражданского права,—какъ понятіе лица (единич-

наго лица), единоличной собственности, единоличнаго долга,—могутъ безъ всякихъ измѣненій получить примѣненіе и къ этимъ новымъ субъектамъ гражданскаго права (корпорациямъ). Общественный союзъ съ правовой точки зрѣнія есть существующее наряду съ остальными лицами новое *единичное лицо*. Отсюда та ясность, которая такъ четко ограничиваетъ союзъ, въ качествѣ частно-правового субъекта, отъ его членовъ, имущество союза—отъ имущества членовъ. Самостоятельное хозяйство союза находитъ свое совершенное юридическое выраженіе въ самостоятельности его личности, въ ея частно-правовомъ характерѣ. Здѣсь римскому праву удалось создать настоящій шедевръ юридической техники. Когда германское право создало юридическую форму „товарищества“, которая обезпечивала союзу *распоряженіе* имуществомъ, предназначеннымъ служить его цѣлямъ, оно достигло тѣхъ же *практическихъ* результатовъ, какъ и римское право при созданіи юридическаго лица. Однако, та *простая формула*, которая придала имуществу организованныхъ соціальныхъ союзовъ со стороны ихъ *принадлежности* характеръ единоличнаго имущества новаго идеальнаго субъекта, и которая тѣмъ самымъ опредѣленно и рѣзко отграничивала соціальное имущество отъ имущества членовъ союза,—формула юридическаго лица—была найдена въ сферѣ *римскаго* права, и оттуда путемъ реценціи была перенесена въ Германію ⁴⁾.

⁴⁾ См. относительно сказаннаго выше *Mommsen*, De collegiis et sodalitiis Romanorum (1843). *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 339 сл. (съ которымъ я, однако, не могу согласиться въ томъ, что развиваемыя имъ положенія, относящіяся къ римскимъ частнымъ союзамъ, могутъ быть истолкованы въ смыслѣ приближенія къ образованіямъ германскаго права). *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3 (1881), стр. 34—106. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd., (1895), стр. 456. *Karlova*, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2, стр. 1 сл. 59 сл. *Sohm*, Die deutsche Genossenschaft, Festschrift für Windscheid, 1888.

Понятіе частно-правового лица все больше углублялось по мѣрѣ дальнѣйшаго развитія. Въ древнѣйшее время

Fr. H. Behrend, Die Stiftungen, Bd. 1 (1904). *Hölder*, Natürliche und iuristische Personen, 1905. *Binder*, Das Problem der iuristischen Persönlichkeit, 1907. *G. Schwarz*, Kritisches über Rechtssubjekt und Rechtsszweck, im Archiv f. bürgerl. R., Bd., 35 (1911), стр. 1 сл.—Изъ историческаго изложенія въ текстѣ видно, что представленіе о „цѣлевомъ имуществѣ“ принадлежитъ не къ юридической категоріи (исходящей изъ понятія формы), но къ категоріи хозяйственнаго порядка (оно выражаетъ собой матеріальный результатъ). Общественное цѣлевое имущество можетъ облекаться и въ дѣйствительности облекалось въ различныя *правовыя формы*. Исторія также разрѣшаетъ вызвавшій много споровъ вопросъ о томъ, представляютъ ли собой юридическія лица „фингированныя“ (таково было мнѣніе господствовавшей въ прежнее время романистической теоріи) или „реальныя“ лица. Послѣдняя точка зрѣнія была выдвинута *Gierke* (такъ называемая германистическая теорія). *Gierke* въ своемъ ученіи желаетъ выразить ту мысль, что юридическія лица существуютъ въ качествѣ *лицъ* и внѣ сферы правового порядка. Противъ этого совершенно основательно возражаютъ *Hölder* и *Binder* (l. c.) (но они, съ своей стороны, неосновательно вообще отвергаютъ правовую фигуру юридическаго лица). Правовой порядокъ *получаетъ готовой* только личность *человѣка* (только она является необходимымъ предположеніемъ и источникомъ развитія права); „личность“ же общественныхъ *союзовъ*, наоборотъ, *создана* правовымъ порядкомъ только уже на извѣстной ступени развитія, т. е. она возникла только внутри правового порядка и благодаря ему. Она означаетъ только правоспособность (не „фингированную“, но дѣйствительную въ юридическомъ смыслѣ), т. е. то, что права и обязанности могутъ возникать отъ имени этихъ союзовъ и что, такимъ образомъ, отъ ихъ имени можно *управлять дѣлами* (вести отдѣльное хозяйство). Правоспособность, гражданско-правовая личность,—означаетъ не „реальную“ личность (которая немислима безъ самосознанія) и не способность къ обладанію воли или къ дѣйствованію, но только *способность принимать участіе въ оборотѣ*, для чего достаточно обладать „гражданскимъ“, т. е. признаваемымъ въ гражданско-правовомъ оборотѣ, *именемъ*. Всякій, обладающій гражданскимъ именемъ, считается гражданиномъ въ частномъ правѣ, т. е. частнымъ лицомъ. Самостоятельное имя доставляетъ возможность самосто-

личностью считался только принадлежащий къ народу воинъ: мужчина, способный носить оружіе. Затѣмъ получаютъ признаніе въ качествѣ гражданско-правовыхъ личностей также и женщина, чужестранецъ, даже человѣкъ, неспособный обладать волей (ребенокъ, душевно-больной): *ius gentium* признавало личностью всякаго человѣка (ср. Герм. Гр. Улож. § 1). Наконецъ, возникаютъ и безтѣлесныя частно-правовыя личности: юридическія лица. Отнынѣ подъ частно-правовой личностью разумѣютъ не воина и не человѣка, а только обладателя признанной правомъ способности быть субъектомъ частнаго хозяйства, въ качествѣ такового могущаго принимать участіе въ оборотѣ. Центромъ гражданского права является имущество, а центромъ частно-правовой личности—*commercium*.

L. 1. § 1. D. quod cuiusque univ. nom. (3, 4) (Gaius): Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.

L. 7 § 1 eod. (Ulpianus): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

L. 1 § 7 D. de quaest. (48, 18) (Ulpianus): Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed reipublicae, idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.

L. 16 D. de verb. sign. (50, 16) (Gaius): civitates enim privatorum loco habentur.

ятельно вести дѣла, хозяйствовать, т. е. прибрѣтать хозяйственные блага для цѣлей носителя этого имени. Юридическая личность союза означаетъ, что имя союза прибрѣло характеръ *гражданскаго* имени, т. е. имени лица.

§ 38.

Корпорации и учреждения.

Мы различаемъ теперь два вида юридическихъ лицъ: юридическія лица *публичнаго* права (Герм. Гр. Ул. § 89) и юридическія лица *частнаго* права. Первые создаются публичнымъ правомъ, вторыя суть правоспособныя организаціи, возникающія при помощи частно-правовой юридической сдѣлки. Юридическія лица частнаго (гражданскаго) права представляютъ собой либо правоспособныя *общества* (союзы, корпораціи) (Герм. Гр. Ул. § 21 и сл.), либо правоспособныя *учрежденія* (Герм. Гр. Ул. § 80 и сл.): въ первомъ случаѣ правоспособное общество (союзъ) создается посредствомъ частно-правового *договора* нѣсколькихъ лицъ (Vereinsvertrag), во второмъ—правоспособное учрежденіе—посредствомъ *односторонней* частно-правовой юридической сдѣлки учредителя (Stiftungsgeschäft); въ первомъ случаѣ уставъ корпораціи, т. е. организація правленія, черезъ посредство котораго общество, какъ цѣлое, выступаетъ въ своихъ сношеніяхъ во внѣ, служить общимъ цѣлямъ всѣхъ участниковъ договора (сочленовъ); во второмъ случаѣ—уставъ служить цѣлямъ учредителя, т. е., тѣмъ цѣлямъ, которыя онъ имѣлъ въ виду, создавая юридическое лицо. Правоспособная корпорація—это совокупность лицъ, получившая отъ гражданскаго права правоспособность и корпоративно организованная. Подъ правоспособнымъ учрежденіемъ разумѣется заведеніе (Anstalt), надѣленное правоспособностью и корпоративно организованное ¹⁾.

¹⁾ И учрежденіе обязано имѣть правленіе, т. е. корпоративное устройство (Герм. Гр. Ул. § 86 и § 26). Корпораціями въ широкомъ смыслѣ (т. е. соединеніями, обладающими корпоративной организаціей) являются всѣ юридическія лица: дарованіе корпоративныхъ правъ означаетъ дарованіе свойства юридической личности. Общества

Но какимъ образомъ частныя общества и учрежденія приобретаютъ правоспособность?

Правоспособность (юридическая личность) публично-правовыхъ союзовъ коренится въ публичномъ правѣ. Публично-правовыя корпораціи и учрежденія считаются юридическими лицами на основаніи *общей нормы* права (дѣйствующей одновременно и въ публичномъ, и въ гражданскомъ правѣ). Они не нуждаются въ особомъ дарованіи имъ юридической личности (правоспособности). Правовая форма юридического лица именно для того и создана, чтобы придать имуществу *публичныхъ* корпорацій и учрежденій (соціальному имуществу, предназначенному для общей пользы) обликъ, наиболѣе соответствующій ихъ цѣлямъ.

Иначе обстоитъ дѣло съ частными обществами и учрежденіями. Союзы и учрежденія эти служатъ интересамъ отдѣльныхъ лицъ. Должна ли правовая форма юридического лица, выработанная для публичнаго имущества, служить также и волѣ частнаго лица? Возможно ли *ради частнаго интереса* закрѣпить имущество за опредѣленной цѣлью съ вещно-правовыми послѣдствіями точно такъ же, какъ публичное цѣлевое имущество при помощи правовой формы юридического лица закрѣпляется вещно (въ томъ смыслѣ, что это имущество составляетъ его собственность, такъ что правомѣрно распорядиться имъ можно только отъ имени этого идеальнаго лица) за цѣлями союза? На этотъ вопросъ римское право отвѣчало *отрицательно*.

По общему правилу *римское право* знало только юридическія лица *публичнаго права*.

Въ первые вѣка императорскаго періода появились императорскія благотворительныя учрежденія для Италіи (имѣв-

представляютъ собой корпораціи въ узкомъ смыслѣ, т. е. такія соединенія лицъ, которыя не только имѣютъ корпоративное устройство, но которымъ кромѣ того присвоено право корпоративнаго самоопредѣленія. Последняго права учрежденія не имѣютъ.

шія своєю цѣлю выдачу пособій бѣднымъ дѣтямъ). Они были *государственными* учреждениями и разсматривались какъ получившія самостоятельность части *государственного* имущества (фиска). Частныя лица не могли создавать учрежденій съ *собственнымъ* имуществомъ (т. е., обладающихъ самостоятельной юридической личностью). Частное лицо могло только предоставить имущество (путемъ даренія или завѣщанія) какому-нибудь уже *существующему* юридическому лицу, напр., городской общинѣ, съ указаніемъ, что это имущество должно быть употреблено на извѣстныя цѣли, напр., на устройство празднествъ и праздничныхъ трапезъ ²⁾. Такимъ путемъ возникало несамостоятельное („фидуціарное“) учрежденіе, учрежденіе въ не-техническомъ смыслѣ; подобное назначеніе имущества имѣло только *обязательственное дѣйствіе*: одаряемое юридическое лицо было *обязано* употреблять имущество въ указанномъ направленіи. Такое частное учрежденіе не представляло собой учрежденія въ *юридическомъ* смыслѣ, самостоятельнаго учрежденія: здѣсь не возникалъ *новый* субъектъ права, которому пожертвованное имущество принадлежало бы въ качествѣ *собственного* отдѣльнаго имущества ³⁾. Другими словами,—классическое право

2) Ср. *Pernice, Labeo*, Bd. 3, стр. 150 сл. 164 сл.; *Mitteis, Röm. Privatr.* Bd. 1. стр. 414 сл.

3) Если кто-либо учреждаетъ фондъ для стипендій, предоставляя имущество университету съ указаніемъ, что изъ процентовъ должны выдаваться стипендіи, то въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто учрежденіе въ не-техническомъ смыслѣ, несамостоятельное учрежденіе: это имущество принадлежит не новому „учрежденію“ (подобное учрежденіе не есть юридическое лицо), а университету, и университетъ только является *обязаннымъ* расходовать указаннымъ способомъ данную часть *своего* имущества; опредѣленіе цѣли сопряжено не съ вещно-правовыми послѣдствіями (въ смыслѣ принадлежности имущества университету на правахъ собственности), но только съ обязательственными послѣдствіями, касающимися распоряженія собственностью. Наоборотъ, налицо будетъ учрежденіе въ юриди-

императорскаго періода признавало въ качествѣ учрежденія въ юридическомъ смыслѣ только *императорское* (государственное) учрежденіе.

При христіанскихъ императорахъ (съ 5 вѣка) появляются учрежденія (въ юридическомъ смыслѣ), созданныя *частными лицами*, но только въ формѣ *рiа causa* (*рiум согрус*), въ формѣ *богоугоднаго* учрежденія, т. е. служащаго цѣлямъ благотворительности^{3а}). Съ этого времени предоставленіе имущества путемъ даренія или завѣщанія въ пользу неимущихъ, больныхъ, заключенныхъ, сиротъ, престарѣлыхъ—создаетъ, само по себѣ, новаго субъекта правъ (пріютъ для больныхъ, больница и т. д.), которому данное имущество поступаетъ въ *собственность* (оно становится имуществомъ *новаго* юридического лица). Но имущество подобнаго учрежденія разсматривается какъ особый видъ *церковнаго имущества*. *Рiа causa* подлежитъ *управленію церкви* (епископа или церковнаго управителя). *Рiа causa* считается *церковнымъ*, т. е. *публичнымъ* учрежденіемъ. Поэтому она пользуется правоспособностью церковныхъ учреждений, установленной *общими* нормами права. Тутъ нѣтъ надобности въ особомъ предоставленіи ей свойства юридической личности. Для созданія богоугоднаго учрежденія (*рiа causa*) въ качествѣ самостоятельнаго учрежденія и новаго субъекта права, по римскому праву достаточно было совершить актъ предоставле-

ческимъ смыслѣ, когда фондъ для стипендій надѣляется качествомъ самостоятельной личности и когда имущество становится его *собственнымъ* имуществомъ. Несамостоятельное учрежденіе имѣетъ мѣсто при назначеніи имущества для опредѣленной цѣли посредствомъ *предоставленія его какому-либо уже существующему* субъекту права; учрежденіе же въ юридическомъ смыслѣ имѣетъ мѣсто при предоставленіи имущества *новому* субъекту права посредствомъ *обособленія* имущества.

^{3а}) См. прекрасное сочиненіе *Saleilles, Les piae causae dans le droit de Justinien* въ *Mélanges Gérardin*, Paris 1907.

нія имущества (дареніе, завѣщаніе). То правило, что частное лицо можетъ создать въ качествѣ правоспособнаго учрежденія (юридическаго лица) только *богоугодное* учрежденіе, совпадаетъ съ другимъ правиломъ,—а именно, съ тѣмъ, что римское право признавало юридическую личность только за *публичнымъ* учрежденіемъ, т. е. правоспособностью наряду съ государственными учрежденіями пользовались (въ христіанскую эпоху) *только* учрежденія *церковныя*.

L. 48. C. de episc. (1, 3) (Iustinianus): Si quis-captivos scripserit heredes—sancimus talem institutionem—valere.—§ 1. Sed et si pauperes quidam scripserit heredes et non inveniatur certum ptochium vel certae ecclesiae pauperes—et huiusmodi institutionem valere decernimus. § 2. Et si quidem captivos scripserit heredes, civitatis—episcopus et oconomus hereditatem suscipiant et omnino in redemptione captivorum procedat hereditas — nullo penitus ex hoc lucro vel oeconomio vel episcopo vel sacrosanctae ecclesiae relinquendo.

Римское право императорскаго періода относилось къ корпораціямъ такъ же, какъ къ учрежденіямъ. Оно (по *lex Iulia*, изданной при Августѣ) по общему правилу *запрещало* всѣ корпораціи. Въ то время не было свободы союзовъ ⁴⁾. Только немногіе союзы пользовались исключеніемъ изъ всеобщаго запрета ⁵⁾. По общему правилу, право на существованіе даровалось каждому союзу отдѣльно посредствомъ *lex specialis* (привилегія). Разрѣшенные союзы создавались го-

⁴⁾ Ср. *Pernice*, *Labeo*, Bd. 1, стр. 289 сл. *Mitteis*, *Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 394 сл.

⁵⁾ Главнѣйшее исключеніе составляли союзы касъ взаимопомощи низшихъ классовъ (*collegia tenuiorum*, *collegia funeraticia*) l. 1. D. 47, 22 ср. *E. Loening*, *Gesch. d. Kirchenrechts*, Bd. 1, стр. 203 сл. Сомнительнымъ представляется вопросъ о томъ, обладали ли свойствами корпораціи *societates publicanorum* (союзы откупщиковъ податей и откупщиковъ доходовъ, получаемыхъ съ государственныхъ золотыхъ и серебряныхъ приисковъ, и соляныхъ копей): *Mitteis*, *Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 403 сл.

сударствомъ при помощи закона, *lex collegii* (императорскаго закона въ императорскихъ провинціяхъ, постановленія сената въ сенатскихъ провинціяхъ), а не частными лицами. Союзъ, созданный государственнымъ закономъ, считался членомъ государственной организаціи, *публичной* корпораціей „*ad exemplum rei publicae*“ (D. 3, 4, 1, 1, выше § 37). Только указаннымъ путемъ союзъ могъ приобрести правоспособность. По *lex Iulia*,—во всякомъ случаѣ, со времени Марка Аврелія,—каждый *дозволенный* союзъ (*collegium licitum*) считался правоспособнымъ безъ особаго дарованія ему свойствъ юридической личности^{5а}). Но дозволенными, по общему правилу, считались только союзы, сдѣлавшіеся черезъ *lex specialis* частью государственной организаціи. Частные союзы, какъ таковые, не обладали свойствами юридической личности по римскому праву.

L. 1 pr. D. quod cuiusque univ. (3, 4) (Gaius): Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur; paucis admodum in casibus concessa sunt huiusmodi corpora. Cp. L. 3 § 1 D. de colleg. (47, 22).

L. 20 D. de reb. dub. (34, 5) (Paulus): Cum senatus

^{5а}) *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 399 сл. оспариваетъ господствующее мнѣніе о томъ, что по *lex Iulia*, изданной при Августѣ, легализовавшая союзъ *lex specialis* даровала ему тѣмъ самымъ и правоспособность (*corpus*) (такое положеніе, по мнѣнію *Mitteis*'а установилось только со времени Марка Аврелія). *Mitteis* толкуетъ отрывокъ Гая (D. 3, 4, 1 pr.) въ томъ смыслѣ, что здѣсь правоспособность (*corpus habere*) ясно ограничивается отъ дозволеннаго существованія въ качествѣ *societas*, *collegium*, и что, слѣдовательно, Гай признавалъ необходимость испрашивать *особое* предоставленіе *corpus*'а (который давался только *in paucis admodum causis*). Несомнѣнно, однако, что въ контекстѣ *Corpus iuris* указанный отрывокъ не можетъ быть истолкованъ въ этомъ смыслѣ. Точка зрѣнія самого Гая остается невыясненной, тѣмъ болѣе, что отрывокъ, по всей вѣроятности, интерполированъ (*Mitteis*, стр. 396, прим. 25).

temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur ⁶⁾: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admitteantur ad legatum.

Только въ *германскомъ* правѣ частныя учрежденія и частныя корпораціи, какъ таковыя, получили свойство юридическихъ лицъ, но и то съ извѣстными ограниченіями.

Со времени реформаціи учрежденія отдѣлились отъ церкви. Учрежденія, даже „*богоугодныя*“, приобрѣли свѣтскій характеръ. Государство приняло учрежденіе подъ свое вѣдѣніе. вмѣстѣ съ этимъ отпало особое юридическое положеніе *riae causae*. И другія учрежденія получили возможность приобретать правоспособность. Но съ тѣхъ поръ установилось положеніе, по которому всѣ частныя учрежденія безъ различія получали правоспособность черезъ *дарованіе* имъ мѣстной государственной властью свойствъ юридической

⁶⁾ Collegium licitum, правоспособный союзъ, пользовался, такимъ образомъ, со времени Марка Аврелія и правомъ получать *по легатамъ*. Однако, по римскому праву collegia пользовались правомъ *быть назначенными наследниками* только на основаніи особой привилегіи (l. 8 C. 6, 24: collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est) въ то время какъ фискъ и города, вслѣдствіе своего свойства юридическихъ лицъ, пользовались этимъ правомъ уже въ классическомъ императорскомъ правѣ (ср. l. 1 D. 38, 3), а церкви и богоугодныя учрежденія—въ правѣ Юстиніана. Въ наше время всѣ юридическія лица, какъ таковыя, могутъ быть назначаемы наследниками. Отсюда ясно, съ какой постепенностью развивалась гражданская правоспособность юридическихъ лицъ въ римскомъ правѣ (ср. выше § 37, прим. 1). Сначала юридическое лицо обладало только имущественной правоспособностью; предоставленіе ему затѣмъ способности быть наследникомъ означаетъ, что оно получило возможность приобретать гражданскія права и личнаго характера (ср. выше, § 29), не смотря на то, что юридическое лицо по самой своей природѣ совершенно устранено отъ правъ, вытекающихъ изъ круга семейныхъ отношеній въ собственномъ смыслѣ.

личности. Для созданія учрежденія въ юридическомъ смыслѣ (*правоспособнаго* частнаго учрежденія) необходимы (и до сихъ поръ) два юридическія дѣйствія: 1) частный учредительный актъ со стороны учредителя (съ предоставленіемъ имущества), 2) дарованіе свойства юридическаго лица со стороны государства („признаніе“ учрежденія въ качествѣ особаго субъекта правъ). Закрѣпленіе имущества на продолжительный срокъ за даннымъ учрежденіемъ должно получить одобреніе со стороны государства. Частному учрежденію, какъ таковому, дается правоспособность, но государство не желаетъ при этомъ оставаться въ сторонѣ, такъ какъ фактически и по сіе время созданіемъ учрежденія въ юридическомъ смыслѣ частное имущество приравнивается къ имуществу *публичному*.

§ 80 Герм. Гражд. Уложенія гласитъ: „Для возникновенія правоспособнаго учрежденія требуется, кромѣ акта учрежденія, утвержденіе его тѣмъ союзнымъ государствомъ, въ предѣлахъ котораго учрежденіе должно имѣть свое мѣстожителство“.

Исторія корпорацій сходна съ исторіей учреждений. Развивавшееся съ 16 столѣтія абсолютное полицейское государство было столь же враждебно настроено по отношенію къ частнымъ корпораціямъ, какъ римское государство императорскаго періода. Полицейское государство допускало только тѣ корпораціи, которыя получили признаніе со стороны высшей власти. Правоспособность должна была быть дарована корпораціи мѣстной властью. Только въ теченіе 19 столѣтія германское *публичное* право стало признавать—по крайней мѣрѣ, въ принципѣ—свободу союзовъ. Въ современной Германіи (по общему правилу) для образованія частнаго союза въ предѣлахъ публичнаго права нѣтъ необходимости въ особомъ разрѣшеніи со стороны верховной власти. Однако, и въ наше время *гражданское право* еще не вполне отрѣшилось отъ точки зрѣнія полицейскаго государства. Въ цѣломъ

рядѣ единичныхъ случаевъ (такъ, напр., въ случаяхъ возникновенія акціонерныхъ компаній, товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью, зарегистрированныхъ товариществъ) законодательство нашего времени, въ частности законодательство Германской Имперіи, признаетъ правоспособность частныхъ союзовъ въ общей юридической нормѣ. Германское Гражданское Уложеніе расширило кругъ такихъ привилегированныхъ союзовъ, включивъ въ него общества, „не ставящія своею цѣлью совершеніе дѣловыхъ оборотныхъ операцій“ (они могутъ—хотя съ извѣстными ограниченіями—приобрѣтать гражданскую правоспособность посредствомъ внесенія ихъ въ реестръ обществъ). Въ отношеніи же всѣхъ остальныхъ частныхъ союзовъ до сихъ поръ остается въ силѣ основное положеніе, по которому они приобретаютъ свойства юридическихъ лицъ не иначе, какъ путемъ дарованія таковыхъ со стороны государственной власти. Въ наше время существуютъ юридическія лица и въ *гражданскомъ правѣ*. Теперь не только государству принадлежитъ право создавать правоспособные союзы. Теперь можно создать корпорацию путемъ совершенія частной юридической сдѣлки. Но государство не желаетъ вполне устраниться отъ этого. При образованіи союза частное лицо получаетъ возможность оказать нѣкоторое вліяніе на одну изъ сторонъ *общественной* жизни, а имущественная правоспособность союза даетъ ему возможность придать частному имуществу длительное существованіе и способность къ накопленію, присущія *публичному* имуществу. Этимъ объясняется *борьба* между обѣими великими политическими силами нашего времени—государствомъ и личностью, которая ведется по поводу допустимости союзовъ и приданія имъ свойствъ юридическихъ лицъ („правъ корпорации“); здѣсь ощущаются подземные толчки въ почвѣ гражданского права, которая въ другихъ областяхъ тверда какъ гранитъ. Юридическая личность дѣлаетъ своего носителя сверхъ-личностью,—подобно шапкѣ-

невидимъ, скрывая его и придавая ему сверхъестественную силу. Когда-то юридическое лицо служило для государства средствомъ принимать образъ частнаго лица, чтобы облекать публичное имущество въ формы, установленныя правомъ для имущества частнаго. Нынѣ возникаетъ вопросъ о томъ, поскольку оно можетъ и имѣть право служить отдѣльнымъ лицамъ, т. е. можетъ ли оно создавать для общественныхъ соединеній, образуемыхъ частными лицами, социальное имущество и тѣмъ давать имъ силу, свойственную государственнымъ союзамъ.

Герм. Гр. Ул. § 21. Общество, которое не имѣетъ цѣлю веденіе хозяйственнаго предпріятія, приобретаетъ гражданскую правоспособность черезъ внесеніе его въ реестръ обществъ при подлежащемъ судѣ.

§ 22. Общество, которое имѣетъ цѣлю веденіе хозяйственнаго предпріятія, приобретаетъ правоспособность, буде нѣтъ особыхъ на сей предметъ имперскихъ постановленій, черезъ концессию отъ правительства.

Средствомъ образованія общества является *организация*: *подчиненіе* членовъ корпоративной власти, устроенной сообразно уставу, въ цѣляхъ полученія корпораціей свободы (дѣеспособности), и—въ случаѣ приобретенія ею правоспособности—и въ цѣляхъ полученія права на особое имущество. Въ этомъ заключается различіе между правоспособнымъ обществомъ (корпораціей) и простымъ товариществомъ (*societas*). Средствомъ образованія товарищества является *обязательство*. *Societas* римскаго права есть обыкновенный *контрактъ*, такой же, какъ другіе контракты; посредствомъ этого контракта сочлены взаимно *обязываются* совершить извѣстныя дѣйствія для достиженія одной общей цѣли (напр., для совмѣстнаго распитія бутылки вина), ср. ниже § 82. По отношенію къ третьимъ лицамъ, т. е. во внѣ, *societas* римскаго права есть—ничто, *socius*—все. У *societas* нѣтъ ни дѣеспособности, ни способности обладать имуществомъ: товарищество, какъ таковое, не можетъ ни купить бутылку вина,

ни приобрести бутылку вина въ собственность, ни быть должной сумму стоимости бутылки. Все это возможно только для *socii*. *Societas* представляет собой только *юридическое отношеніе* между *socii* (не имѣющее значенія ни для кого другого),—правоспособное же общество представляет собой новаго *субъекта правъ*, совокупность лицъ, выступающую въ оборотѣ передъ каждымъ третьимъ лицомъ въ качествѣ правоспособнаго цѣлаго, въ качествѣ контрагента, собственника и должника. Существуетъ имущество корпораціи, но не существуетъ имущества товарищества въ собственномъ смыслѣ. Римское право установило правило, по которому для созданія корпораціи необходима наличность по крайней мѣрѣ трехъ членовъ (*tres faciunt collegium*), въ то время, какъ договоръ товарищества можетъ быть заключенъ двумя лицами, что понятно само собой. Въ этомъ правилѣ ясно отражается противоположность обоихъ образований. Три—это наименьшее число, необходимое для принятія рѣшенія по большинству голосовъ ⁷⁾. Наличность по крайней мѣрѣ трехъ лицъ необходима для того, чтобы могли быть вызваны къ жизни воля и дѣйствія корпораціи (*universitas*, какъ таковой), отличныя отъ воли и дѣйствій отдѣльныхъ лицъ. Если при наличности трехъ членовъ образовалось правоспособное общество, то надъ этими тремя лицами возникаетъ четвертый, новый субъектъ права: *universitas*, *collegium*, *corpus*. Невидимое четвертое лицо—это созданное организацией, существующее независимо отъ смѣны членовъ, лицо социальное, это юридическое лицо—сверхъ-лицо.

⁷⁾ *Pernice*, *Labeo*, Vd. 1. стр. 292 указываетъ на это основаніе римской нормы. Для дальнѣйшаго существованія уже возникшаго *corpus* нѣтъ необходимости сохранять трехъ членовъ, 1. 7 § 2 D. *quod cuiusque univ.* (3, 4): даже если *universitas ad unum redit, stat nomen universitatis*. По § 56 Герм. Гр. Ул. для регистраціи общества, не имѣющаго цѣлью веденіе хозяйственнаго предпріятія (регистраціею общество приобретаетъ правоспособность), необходимо минимальное число *семи* членовъ.

L. 85 D. de V. S. (50. 16) (Marcellus): Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Юридическія сдѣлки.

§ 39.

Введеніе.

Практическое значеніе правоспособности состоитъ въ томъ, что отъ имени носителя ея могутъ быть совершены дѣйствія, вызывающія юридическія послѣдствія (созданіе, осуществленіе, измѣненіе юридическихъ отношеній). Интересы правоспособнаго лица получаютъ обезпеченіе въ веденіи дѣлъ отъ его имени: правоспособное лицо считается хозяиномъ этихъ дѣлъ, т. е. его касаются результаты всѣхъ сдѣлокъ (права, обязательства); веденіе же дѣлъ, т. е. самое заключеніе сдѣлокъ можетъ быть предоставлено представителю (ниже § 45). Самымъ важнымъ способомъ веденія дѣлъ, при помощи котораго осуществляется правоспособность, въ области гражданскаго права являются *юридическія сдѣлки*.

§ 40.

Понятіе юридической сдѣлки и виды ея.

Мы видимъ, что для наступленія извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій воля заинтересованнаго субъекта иногда не играетъ никакой роли (такъ, напр., при погашеніи давностью права на искъ), иногда же она имѣетъ существенное значеніе, при чемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ право хочетъ *оказать противодѣйствіе* этой волѣ (въ случаяхъ деликтовъ), въ другихъ—право желаетъ *гармонизировать* съ этой волей (въ случаяхъ юридическихъ сдѣлокъ). Юридическія сдѣлки

гражданскаго права (напр., договоры купли-продажи, найма, брачный договоръ) *служатъ воля частнаго лица* для того, чтобы вызывать извѣстные юридическія послѣдствія. Юридическая сдѣлка гражданскаго права¹⁾ есть *исходящее отъ частнаго лица волеизъявленіе, которому право сообщаетъ послѣдствія, соответствующія выраженному желанію* (въ этомъ смыслѣ волеизъявленіе имѣетъ существенное юридическое значеніе). При этомъ въ юридической сдѣлкѣ проявляется и получаетъ силу либо воля *одного* только лица (такъ называемыя одностороннія юридическія сдѣлки), либо согласованная воля, *consensus, нѣсколькихъ* лицъ (такъ называемыя двустороннія юридическія сдѣлки или договоры).

Односторонней юридической сдѣлкой является, напр., завѣщаніе, актъ созданія учрежденія (выше § 38), заявленіе объ отказѣ отъ продолженія обязательственныхъ отношеній.

Договоромъ въ юридическомъ смыслѣ называется, какъ явствуетъ изъ сказаннаго выше, *влекущее юридическія послѣдствія изъявленіе согласованной воли двухъ или болѣе лицъ*.

Договоры *имущественнаго оборота* направлены либо на возникновеніе обязательственнаго отношенія (*обязывающія сдѣлки*), либо на непосредственное измѣненіе уже существующаго имущественнаго права (*сдѣлки распорядительныя, Verfügungsgeschäfte*). Къ сдѣлкамъ распорядительнымъ относятся сдѣлки, имѣющія цѣлью отчужденіе (напр., передачу права собственности или права требованія)²⁾, сдѣлки, устанавливающія

¹⁾ Изъ новѣйшей литературы о понятіи юридической сдѣлки и ея отличіи отъ другихъ юридическихъ дѣйствій слѣдуетъ отмѣтить: *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft* (1907). *Hellwig, Prozesshandlung und Rechtsgeschäft* (Festgabe für Gierke). 1910.

²⁾ Если придерживаться точнаго словоупотребленія (проведеннаго въ Герм. Гражд. Уложеніи), то подъ „отчуждательной сдѣлкой“ нужно понимать не обязывающую сдѣлку, которая, какъ, напр., купля-продажа, „направлена на отчужденіе“ (Герм. Гражд. Улож. §§ 445, 493), но *сдѣлку распорядительную* (передачу, цессію), кото-

обремененія (напр., устанавливающія узурфруктъ, залоговое право), сдѣлки по измѣненію правъ (сдѣлки, измѣняющія содержаніе или старшинство имущественнаго права, напр., ипотeki), сдѣлки по прекращенію правъ (напр., освобожденіе отъ долга). Сдѣлка распорядительная всегда непосредственно измѣняетъ принадлежность, силу, содержаніе или существованіе имущественнаго права въ пользу другого лица (пріобрѣтателя). Обязывающая сдѣлка (называемая также обязательственнымъ договоромъ, контрактомъ) можетъ создать *объщаніе* измѣнить право (такъ, напр., купля-продажа), но только распорядительная сдѣлка (сдѣлка по распоряженію, называемая также вещнымъ договоромъ) можетъ *осуществить* измѣненіе права (такъ, напр., передача проданной вещи покупателю). Обязывающая сдѣлка имѣетъ своимъ предметомъ будущее дѣйствіе; распорядительная сдѣлка обнаруживаетъ дѣйствіе въ настоящемъ (измѣненіе въ имуществѣ): распорядительныя сдѣлки суть сдѣлки *доставляющія*, или, другими словами, онѣ являются обратными *предоставительными сдѣлками* (Zuwendungsgeschäfte).

L. 1 § 2 D. de pactis (2, 14) (Ulpianus): Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

По другому раздѣленію юридическія сдѣлки распадаются на *negotia mortis causa* и *negotia inter vivos*. Подъ *negotia mortis causa* понимаются распоряженія на случай смерти, т. е. тѣ сдѣлки, которыя по самому содержанію своему обусловлены смертью распоряжающагося (напр., завѣщаніе, дареніе на случай смерти; сюда, такимъ образомъ, относятся, глав-

рая и *выполняетъ* самое отчужденіе (переходъ имущественнаго права). Продавецъ сигаръ отчуждаетъ сигары не тѣмъ, что онъ ихъ продаетъ мнѣ, но лишь тѣмъ, что онъ мнѣ ихъ передаетъ (традируетъ), и тѣмъ самымъ отдаетъ въ мою собственность. Въ юридическомъ обиходѣ слѣдуетъ избѣгать неточной (не только въ жизни, но и въ законахъ, напр., въ Герм. Торг. Кодексѣ § 49 п. 2) терминологіи, обозначающей словомъ „отчужденіе“ соотвѣтствующую обязывающую сдѣлку.

нымъ образомъ, распоряженія, касающіяся наслѣдственнаго имущества). Полная дѣйствительность такихъ сдѣлокъ наступаетъ только со смертью распоряжающагося; поэтому сдѣлки эти—по общему правилу—являются *предсмертными*, т. е. онѣ могутъ быть отмѣнены до момента смерти (онѣ, обычно, считаются выраженіемъ *последней* воли распоряжающагося).

Подъ *negotia inter vivos* разумѣютъ всѣ остальные юридическія сдѣлки ³⁾.

Право выработало нѣсколько типовъ юридическихъ сдѣлокъ (напр., купля-продажа, наемъ, заемъ, завѣщаніе). Для каждаго отдѣльнаго типа юридическихъ сдѣлокъ существуютъ особыя правовыя нормы. То содержаніе, которое опредѣляетъ отнесеніе сдѣлки къ данному типу, называется *essentialia negotii*; содержаніе, обычно встрѣчающееся въ сдѣлкахъ даннаго типа, носить названіе *naturalia negotii*; именемъ *accidentalia negotii* обозначаются тѣ измѣненія, которымъ подвергаются *naturalia*. Такъ, *essentialia* купли-продажи составляютъ обязанность одного контрагента передать товаръ и обязанность другого — передать плату; къ числу *naturalia* относится обязанность продавца отвѣчать за пороки въ правѣ и за недостатки вещи (ниже § 82); *accidentalia*

³⁾ Римскіе юристы не выработали общаго ученія о юридической сдѣлкѣ. У нихъ даже не было специальныхъ терминовъ для обозначенія юридической сдѣлки или договора, какъ таковыхъ. Терминъ *actus* (и *actio*) употреблялся для обозначенія всякаго имѣющаго юридическое значеніе акта, но онъ представляется слишкомъ широкимъ, такъ какъ онъ обнималъ собой и государственно-правовыя дѣйствія (*agere cum populo*). Терминомъ *Pactum* обозначалось вообще всякое соглашеніе за исключеніемъ, однако, тѣхъ соглашеній, которымъ присвоены свои техническія названія (*pexum* и *stipulatio* не считались за *pacta* у римлянъ). *Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 144* и сл. Общее ученіе о юридическихъ сдѣлкахъ разработано только юриспруденціей новѣйшаго времени, и потому въ послѣдующемъ изложеніи много мѣста отведено современному праву.

будутъ на лицо въ томъ случаѣ, если, напр., купля-продажа заключается подъ условіемъ или съ назначеніемъ срока (если, напр., отсрочено время платежа). *Essentialia* вытекаютъ изъ понятія юридической сдѣлки (типической сдѣлки), *naturalia* основаны на дополняющемъ волю сторонъ обычаѣ, установившемся въ оборотѣ, или на восполняющихъ нормахъ права (развившихся изъ обычаевъ оборота), наконецъ, *accidentalia* обусловлены добавочными соглашеніями (*clausulae*, ниже § 43), особо высказанными сторонами.

§ 41.

Фактической составъ юридической сдѣлки.

Фактической составъ юридической сдѣлки (купли-продажи, найма и т. д.) заключается въ волеизъявленіи. Слѣдовательно, здѣсь имѣются два составныхъ элемента: 1) воля, 2) изъявленіе.

I. *Воля*. Намѣренное и *обнаруженное* отсутствіе воли имѣть существенное значеніе: если заключившій сдѣлку не желалъ ее заключить и *обнаружилъ* это нежеланіе, то сдѣлка ничтожна. Такъ, ничтожны сдѣлки въ случаяхъ притворнаго изъявленія воли (симуляціи) и волеизъявленія въ шутку. *Симуляція* есть *желаемое обѣими сторонами* (условленное между изъявляющимъ волю и тѣмъ, къ кому обращено волеизъявленіе) отклоненіе воли отъ изъявленія: напр., заключается притворный договоръ купли-продажи только съ той цѣлью, чтобы повысить цѣну вещи въ глазахъ третьихъ лицъ. Симулированная—притворная—сдѣлка ничтожна. Если за симулированной сдѣлкой скрывается другая, дѣйствительно желаемая сторонами (напр., стороны дѣйствительно желали продать вещь, но по болѣе низкой цѣнѣ), то скрытая (диссимулированная) сдѣлка считается дѣйствительной, если на лицо окажется достаточное для нея изъявленіе воли ¹⁾.

¹⁾ Отъ притворной сдѣлки слѣдуетъ отличать сдѣлку *фидуціарную*, т. е. распорядительную сдѣлку, напр., отчужденіе вещи, уступку

Шуточное волеизъявление имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда *изъявляющій волю желаетъ* отклоненія воли отъ изъявленія, но полагаетъ, что это отклоненіе *достаточно ясно* для другихъ. Шуточное волеизъявленіе также ничтожно, но, если тотъ, къ кому обращено волеизъявленіе, по извинительному заблужденію считалъ его серьезнымъ, то, по современному праву, изъявившій волю обязанъ возмѣститъ такъ называемый отрицательный договорный интересъ, т. е. ущербъ, причиненный предполагавшимся *заключеніемъ* сдѣлки (Герм. Гражд. Улож. §§ 118. 122): это одинъ изъ случаевъ такъ называемой *culpa in contrahendo*, т. е. ответственности за ничтожность юридической сдѣлки ²⁾.

требованія, съ такимъ указаніемъ цѣли, которое обязываетъ приобретателя,—напр. отчужденіе съ цѣлью обезпеченія приобретателя или съ цѣлью уполномоченія (къ распоряженію или къ иску), т. е. распоряженіе съ оказаніемъ довѣрія (выше, § 12). Фидуціарная сдѣлка можетъ быть вызвана *серьезнымъ* намѣреніемъ: приобретатель долженъ стать дѣйствительно собственникомъ и т. д., но съ сохраненіемъ возложенной на него обязанности. Однако, это отнюдь не необходимо. Фидуціарная сдѣлка можетъ быть и просто *притворной* сдѣлкой: приобретатель въ дѣйствительности не долженъ приобрести что-либо при помощи этой сдѣлки, притворная сдѣлка (напр., выдача документа объ уступкѣ, индоссаментъ векселя, передача владѣнія притворно отчужденной вещи) должна только легитимировать приобретателя въ глазахъ третьяго лица такъ, какъ-будто онъ на самомъ дѣлѣ управомоченъ (легитимачія по внѣшнимъ признакамъ управомочія играетъ большую роль въ современномъ правѣ). Слѣдуетъ проводить различіе между притворной сдѣлкой (при которой недостаетъ соотвѣтственной воли) и фидуціарной сдѣлкой (при которой роль *causa* играетъ *fiducia*); однако, оба эти понятія не исключаютъ другъ друга (иного взгляда придерживается господствующее ученіе); они относятся къ *различнымъ* элементамъ фактическаго состава сдѣлки. *R. Sohm* (iun.) *Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage* (1908), стр. 144 и сл.

²⁾ Положительнымъ договорнымъ интересомъ называютъ ущербъ, причиненный *неисполненіемъ* сдѣлки, отрицательнымъ договорнымъ интересомъ—ущербъ, причиненный *заключеніемъ* сдѣлки. Примѣ-

Преднамеренный, но *не обнаруженный* недостаток воли не имѣетъ значенія. Сюда принадлежит *reservatio mentalis*, т. е. отклоненіе воли отъ изъясненія, *желаемое одной стороной, но скрытое* ею. Юридическая сдѣлка, заключенная при такихъ условіяхъ, считается дѣйствительной, кромѣ того случая, когда другая сторона все же знала о намѣреніяхъ своего контрагента (Герм. Гражд. Улож. § 116).

Затрудненіе представляютъ только случаи *ненамереннаго* недостатка воли: случаи такъ называемаго заблужденія въ сдѣлкѣ. Заблужденіе это (называемое также существеннымъ заблужденіемъ) выступаетъ въ трехъ формахъ (ср. Герм. Гражд. Улож. §§ 119. 120). 1) *Невѣрно понимаемое* изъясненіе, т. е. тотъ случай, когда изъясняющій волю неправильно понимаетъ *свое собственное* изъясненіе: онъ вовсе не желаетъ дѣлать изъясненія даннаго содержанія. Примѣръ: иностранецъ употребляетъ неправильное выраженіе, человѣкъ съ плохимъ слухомъ принимаетъ сдѣланное ему, но неправильно имъ разслышанное предложеніе вступить въ договоръ (въ послѣднемъ случаѣ важно не непониманіе словъ противной стороны, а неправильное пониманіе собственного изъясненія: изъясненіе согласія имѣетъ не тотъ смыслъ, который хотѣлъ придать изъясняющій). 2) *Неудавшееся* изъясненіе, т. е. случай, при которомъ изъясненіе получило иной смыслъ вслѣдствіе обмолвки, описки, неправильной передачи (черезъ посланнаго по телеграфу): волеизъявитель

рами послѣдняго могутъ служить расходы по заключенію сдѣлки (гербовый сборъ и т. п.) или ущербъ, происшедшій отъ того, что предполагаемое заключеніе данной сдѣлки заставило отклонить другое выгодное предложеніе. Заключившій сдѣлку понесъ убытки отъ *ничтожности* мнимо заключенной сдѣлки: онъ *не потерпѣлъ бы* убытковъ, если бы *не заключилъ* сдѣлки. Въ этомъ состоитъ смыслъ неяснаго выраженія „отрицательный договорный интересъ“. Герм. Гражд. Улож. въ данномъ случаѣ слѣдуетъ взглянуть, впервые выдвинутымъ *Герингомъ*.

вообще не хотѣлъ сдѣлать изъясненія подобнаго содержанія.

3) *Изъявленіе, не соответствующее характеру предположенной сдѣлки*, сдѣланное вслѣдствіе заблужденія относительно предполагавшихся *существенныхъ* качествъ лица (*error in qualitate*) или вещи (*error in substantia*). Существенными являются такія качества, по которымъ въ обычномъ оборотѣ различаются между собой отдѣльные виды сдѣлокъ ^{2а}). Заблужденіе относительно такого качества есть ошибка въ мотивѣ, но такая, которая обуславливаетъ свойства *воли, существенной для сдѣлки данного вида* (въ то время, какъ въ остальныхъ случаяхъ заблужденіе въ побудительной причинѣ не вліяетъ на свойства существенной для сдѣлки воли, ср. ниже § 42 I), потому римское, а также и современное право (ср. Герм. Гр. Ул. § 119. 2) рассматриваютъ этотъ случай такъ, какъ будто бы изъявитель совершенно не хотѣлъ сдѣлать изъясненія воли данного содержанія (даннаго типа). Примѣръ: кто-либо усыновляетъ ребенка, предполагая, что это мальчикъ, а на самомъ дѣлѣ — ребенокъ дѣвочка (*error in qualitate*); продавецъ продаетъ камень за поддѣльный, ювелирную вещь за только позолоченную, — на дѣлѣ же камень оказывается драгоценнымъ, ювелирная вещь — массивною золотою (*error in substantia*: иное качество имѣетъ въ оборотѣ значеніе не только въ смыслѣ повышенія сорта вещи, но и для вида вещи, для вида сдѣлки).

^{2а}) *Lenel* въ *Iherings Jahrb.* Bd. 44, стр. 1 сл. О случаяхъ, указанныхъ въ римскихъ источникахъ, см. *R. Leonhard*, *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*, 2 Aufl. Teil 2 (1907), стр. 70 и сл. Также и *Renle* въ *Götting. Gelehrten Anz.* 1908 стр. 507 и сл. — Особья постановленія о куплѣ-продажѣ запрещаютъ покупателю оспаривать сдѣлку купли изъ-за существенныхъ недостатковъ вещи (объ искѣ по поводу недостатковъ вещи см. ниже § 82), ср. *Entsch. d. Reichsger. R.* 61, стр. 171 и сл. Этимъ самымъ значительно суживается практическое значеніе юридическихъ положеній о заблужденіи относительно существенныхъ свойствъ вещи.

Какъ слѣдуетъ обсуждать сдѣлку въ случаяхъ ненамѣреннаго недостатка воли (заблужденія въ сдѣлкѣ)? Здѣсь могутъ имѣть мѣсто два отвѣта. Одинъ отвѣтъ даетъ волевая теорія, другой—теорія изъясненія.

Въ указанныхъ случаяхъ недостааетъ воли заключить сдѣлку, т. е. воли, направленной на извѣстный результатъ: указанное въ изъясненіи юридическое послѣдствіе въ дѣйствительности не является желаннымъ. На лицо, однако, имѣется желаніе совершить изъясненіе. Волевая теорія требуетъ для дѣйствительности юридической сдѣлки не только желанія сдѣлать изъясненіе, но и наличности соотвѣтственнаго желанія заключить сдѣлку: необходимо, чтобы было желаніе опредѣленнаго *юридическаго* результата (такого взгляда придерживалось ученіе, раньше господствовавшее всюду, въ новѣйшее время его держался въ особенности Виндшейдъ), или, по крайней мѣрѣ, желаніе соотвѣтственнаго *хозяйственнаго* результата (такова новѣйшая точка зрѣнія, смягчающая волевою теорію, — Ленея и др.),—въ противномъ случаѣ юридическая сдѣлка *ничтожна*. Это положеніе выгодно для лица, изъяснившего волю, ибо юридическая сдѣлка не можетъ имѣть никакихъ иныхъ послѣдствій, кромѣ тѣхъ, которыя это лицо имѣло въ виду, а при неправильномъ изъясненіи это лицо совершенно освобождается вслѣдствіе отсутствія соотвѣтственнаго желанія даннаго результата. Но волевая теорія невыгодна для другого контрагента,—для принимающаго изъясненіе, т. е. невыгодна для оборота. Кто станетъ заниматься переговорами о заключеніи юридическихъ сдѣлокъ, если существеннымъ будетъ признаваться не видимое (т. е. изъясненіе), а скрытое (т. е. внутреннее стремленіе къ извѣстному результату)? Это обстоятельство выдвигаетъ значеніе *теоріи изъясненія*. Для дѣйствительности юридической сдѣлки она считаетъ достаточнымъ желаніе сдѣлать *изъясненіе*: если имѣется воля сдѣлать изъясненіе, то изъясненіе само, даже и безъ наличности со-

ответственной воли заключить сдѣлку, создаетъ ее со всѣми указанными въ изъявленіи юридическими послѣдствіями: юридическая сдѣлка *дѣйствительна*, дѣйствіе ея опредѣляется изъявленіемъ. Въ особенности это имѣетъ мѣсто тогда, когда контрагентъ имѣлъ основаніе полагаться на дѣйствительность изъявленія, и когда вполнѣ основательное довѣріе его могло бы быть обмануто благодаря приданію значенія внутреннему желанію, отклонившемуся отъ изъявленія (этотъ взглядъ, въ частности, выдвигаетъ такъ называемая теорія довѣрія, поддерживаемая Дернбургомъ; она представляетъ собой теорію изъявленія въ слегка смягченномъ видѣ) ³⁾.

Ни одна изъ этихъ двухъ теорій не можетъ получить практическаго примѣненія, не подвергаясь ограниченіямъ. Положительное право должно стать на сторону того или другого принципа, но въ то же время, оно должно допустить компромиссныя постановленія.

Римское (по крайней мѣрѣ классическое) право становится на сторону изъявляющаго волю: по римскому праву юридическая сдѣлка признается *ничтожной* въ случаѣ недостатка воли (волевая теорія), убытки падаютъ на другого контрагента. Эта точка зрѣнія не соответствуетъ современнымъ правовымъ воззрѣніямъ, идущимъ навстрѣчу интересамъ оборота. Потому Герм. Гражд. Улож. (§§ 119 и сл.) слѣдуетъ смягченной теоріи изъявленія: юридическая сдѣлка *дѣйствительна*, кромѣ того случая, когда изъявившій волю *станетъ оспаривать* сдѣлку (т. е. станетъ протестовать противъ нея) *безъ промедленія* послѣ обнаруженія заблужденія. Такимъ образомъ, только самъ впавшій въ заблужденіе (но не его контрагентъ) и только въ теченіе самаго короткаго срока можетъ придать значеніе недостатку воли. Далѣе, оспариваніе сдѣлки совершается за собственный счетъ впаваго въ заблужденіе: контрагенту, по извинительнымъ основаніямъ

³⁾ Подробное указаніе литературы у *Oertmann*, B. G. V., Allgemeiner Teil (1908), стр. 344. 345.

довѣрившему сдѣлкѣ, оспаривающій долженъ возмѣстить отрицательный договорный интересъ (Герм. Гражд. Ул. § 122).
Случаи заблужденія въ сдѣлкѣ тоже подходятъ подъ категорию такъ называемой *culpa in contrahendo*: убытки падаютъ на изъявляющаго волю (заблуждающагося) ^{3a)}.

L. 57 D. de O. et A. (44, 7) (Pomponius): In omnibus negotiis contrahendis sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit.

L. 41 § 1 D. de contr. empt. (18, 1) (Iulianus): Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.

II. *Изъявленіе* есть объявленіе воли, направленной на юридическую сдѣлку. Не объявленная воля лишена юридического значенія. Изъявленіе истолковывается на основаніи обычнаго словоупотребленія, согласно правиламъ доброй совѣсти и обычаевъ оборота (ср. Герм. Гражд. Улож. § 157): руководящее значеніе имѣетъ *объективный* смыслъ изъявленія ^{3b)}.

^{3a)} Извинительность или неизвинительность заблужденія въ сдѣлкѣ не имѣетъ значенія (слѣдовательно, нѣтъ необходимости въ наличности настоящей *culpa*), ибо случаи заблужденія въ сдѣлкѣ являются случаями „неподлиннаго“ заблужденія: здѣсь важно не заблужденіе само по себѣ, а отсутствіе существенной для сдѣлки воли. Извинительность заблужденія имѣетъ значеніе только въ рѣдкихъ случаяхъ „подлиннаго“ заблужденія, когда, въ видѣ исключенія, заблужденіе само по себѣ имѣетъ юридическое значеніе (напр., заблужденіе является необходимымъ условіемъ при приобрѣтеніи собственности по давности, при приобрѣтеніи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ); въ отношеніи *этихъ* случаевъ въ римскомъ правѣ дѣйствовало правило (котораго уже нѣтъ въ Герм. Гражд. Уложеніи), по которому ошибка въ правѣ (*error iuris*) по общему правилу неизвинительна, а извинителенъ только *error facti* (однако, ошибка въ правѣ могла быть простительна для солдатъ, несовершеннолѣтнихъ, женщинъ, простолюдиновъ).

^{3b)} *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3 Aufl. 1911, онъ же

Изъявленія, касающіяся юридическихъ сдѣлокъ, по большей части *нуждаются въ принятіи* (они „должны быть обращены къ другому лицу“); это значитъ: объявленіе воли должно быть направлено къ *опредѣленному* „другому лицу“ — контрагенту (примѣры: предложеніе вступить въ договоръ, отказъ отъ продолженія договорныхъ отношеній, компенсація). Нѣкоторыя юридическія сдѣлки *должны* быть совершаемы въ *опредѣленной формѣ* (напр., завѣщаніе): здѣсь предписывается опредѣленный способъ выраженія воли. Большинство юридическихъ сдѣлокъ не связано опредѣленной формой, — изъявленіе воли можетъ послѣдовать въ любой формѣ. Даже не всегда является необходимымъ особое дѣйствіе, специально служащее выраженію воли (открытое изъявленіе воли), иногда достаточно и такого дѣйствія (конклюдентное дѣйствіе), изъ котораго можно просто заключить о наличности воли (молчаливое волеизъявленіе).

III. *Ничтожность и оспоримость.* *Ничтожная* юридическая сдѣлка просто (*ipso iure*) считается несуществующей въ отношеніи желаемаго результата. Признанія сдѣлки ничтожною можетъ добиться каждое лицо, котораго сдѣлка касается ⁴⁾. Ничтожной (абсолютно ничтожной) является

въ *Iherings Jahrb.* Bd. 54, стр. 1 и сл. *Siber* въ *Krit. Vierteljahrsschr.* 3 Folge, Bd. 13 (1911), стр. 41 и сл.

⁴⁾ Ничтожность сдѣлки есть, такимъ образомъ, по общему правилу, *абсолютная* ничтожность. Въ исключительныхъ случаяхъ ничтожность бываетъ *относительной*, т. е. она имѣетъ значеніе только для *опредѣленныхъ* заинтересованныхъ лицъ. Римскій примѣръ: отпущеніе на волю *in fraudem creditorum* ничтожно только по отношенію къ вѣрителямъ (ср. выше § 32 и *Mitteis, Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 242. 243); сходны съ этимъ постановленія Германск. Конкурснаго Процесса—§ 7. Къ относительной ничтожности близко подходитъ имѣющая мѣсто тоже только въ исключительныхъ случаяхъ *условная* ничтожность: здѣсь ничтожная сдѣлка можетъ съ обратной силой превратиться въ дѣйствительную. Римскимъ примѣромъ послѣдняго случая можетъ служить возстановленіе даренія

юридическая сдѣлка: 1) если имѣется недостатокъ въ фактическомъ составѣ ея (со стороны воли или со стороны извѣленія); ⁵⁾ 2) если юридическая сдѣлка противорѣчитъ нравственности или закону. Безнравственность юридической сдѣлки (напр., обѣщанія вознагражденія за безнравственное дѣйствіе) прямо влечетъ за собой ничтожность сдѣлки. Противозаконность сдѣлки влечетъ за собой ея ничтожность въ томъ случаѣ, когда законъ желаетъ ничтожности запрещенной юридической сдѣлки (въ случаѣ сомнѣнія такой смыслъ закона предполагается): *lex perfecta*. Однако, законъ можетъ ограничиться угрозой иными неблагоприятными юридическими послѣдствіями, напр., наказаніемъ: *lex minus quam perfecta* (примѣромъ этому можетъ служить правило о соблю-

между супругами (ниже § 94), современнымъ—возстановленіе сдѣлки, заключенной малолѣтнимъ, черезъ признаніе ея его законнымъ представителемъ—Герм. Гражд. Улож. § 108.—*Всѣ* случаи ничтожности обозначаются въ Герм. Гражд. Улож. выраженіемъ „Umvirksamkeit“ (выраженіе „Nichtigkeit“ обозначаетъ только абсолютную ничтожность). Но существуютъ такіа дѣйствительныя (разсматриваемыя, какъ имѣющія значеніе) юридическія сдѣлки, которыя не имѣютъ *полнаго* юридическаго дѣйствія и въ этомъ смыслѣ „недѣйствительны“ (ср. Герм. Гражд. Улож. § 185),—недѣйствительность въ узкомъ смыслѣ: главный случай—отчужденіе чужой вещи. Этотъ послѣдній случай сходенъ съ случаями относительной и условной ничтожности въ томъ отношеніи, что здѣсь тоже можетъ наступить возстановленіе сдѣлки („исцѣленіе“ недѣйствительности). Римское право казуистически разсматриваетъ случаи недѣйствительности; въ немъ отсутствуетъ научное развитіе общихъ точекъ зрѣнія. Общее же правило цивильнаго права составляетъ абсолютная (слѣд., и неисцѣлимая) ничтожность. Ее имѣетъ въ виду правило: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50, 17, 29). О выступающихъ въ римскомъ правѣ главнѣйшихъ формахъ недѣйствительности говорится у *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 236 и слѣд.

⁵⁾ Современное Германское право (Герм. Гражд. Улож.), однако, не придаетъ значенія недостатку воли, какъ таковому, въ случаяхъ заблужденія въ сдѣлкѣ, выше I.

деніи траурнаго года, ниже § 98). Норма, не угрожающая въ случаѣ ея нарушенія ни ничтожностью сдѣлки, ни иными невыгодными юридическими послѣдствіями, есть *lex imperfecta* (примѣръ изъ современнаго права: предписаніе Герм. Торг. Устава §§ 51. 57 о томъ, въ какой формѣ уполномоченный купца долженъ подписывать документы, выдаваемые имъ отъ имени довѣрителя). Предписанія относительно соблюденія определенной формы являются *leges perfectae* (ср. Герм. Гражд. Улож. § 125). *Lex perfecta* есть всегда предписаніе, отъ соблюденія котораго зависитъ *дѣйствительность* сдѣлки (предписаніе принуждающее, *Mussvorschrift*), *lex minus quam perfecta* и *lex imperfecta*—предписанія, опредѣляющія лишь *порядокъ заключенія* сдѣлки (предписанія обязывающія, *Sollvorschrift*).

Оспоримая юридическая сдѣлка считается дѣйствительной, но опредѣленное лицо (управомоченное оспаривать) можетъ лишитъ сдѣлку юридической силы; оно можетъ при этомъ добиться либо полнаго уничтоженія сдѣлки (современная оспоримость въ узкомъ смыслѣ), такъ что оспоренная сдѣлка считается ничтожной съ обратной силой, *ex tunc*, съ самаго начала,—сдѣлка, „ресциндирруется“ (въ римскомъ правѣ для этой цѣли прибѣгали преимущественно къ испрашиванію *in integrum restitutio*, ниже § 56,—въ Германскомъ Гражданскомъ Уложеніи для этой цѣли служить „*Anfechtung*“), либо можетъ оспоритъ сдѣлку, добившись только обязательственнаго эффекта: контрагентъ обязуется уничтожить на будущее время, *ex nunc*, послѣдствія оспоренной сдѣлки посредствомъ обратнаго предоставленія (для этой цѣли въ римскомъ правѣ служили, напр., *actio doli*, *actio quod metus causa*, *actio Pauliana*, ниже §§ 42, 73)⁶⁾. Оспариваніе Германскаго Граждан-

⁶⁾ Способы оспариванія относились, какъ показываетъ текстъ, преимущественно къ *преторскому* праву. Оспоримость въ римскомъ правѣ—по общему правилу—преторскаго, ничтожность—цивильно-правового происхожденія. Изъ этого существовали исключенія.

скаго Уложения происходит—по общему правилу—путемъ простого заявленія (контрагенту объявляютъ, что не желаютъ сохранить силу за юридической сдѣлкой) и оно влечетъ за собой полную недействительность сдѣлки, ср. Герм. Гражд. Улож. § 142 и слѣд.; въ то же время оспариваніе по германскому конкурсному процессу и по германскому закону объ оспариваніи связано съ послѣдствіями только обязательственнаго характера, ср. ниже § 73.

§ 42.

Мотивъ и causa.

I. *Мотивъ* есть представленіе, *вслѣдствіе котораго возникаетъ* воля заключить сдѣлку. Онъ является только причиною возникновенія, но не составной частью волевого акта, направленнаго на заключеніе сдѣлки, и потому *не* оказываетъ никакого вліянія на юридическое значеніе этого акта: воля заключить договоръ купли не мѣняется отъ того, покупаю ли я книгу съ цѣлью читать ее или съ цѣлью подарить другому лицу. Мотивъ по существу безразличенъ какъ для отнесенія сдѣлки къ той или иной категоріи, такъ, стало-быть, и для ея юридическихъ послѣдствій: совершенно безразлично, достигъ ли заключающій сдѣлку той цѣли, которую онъ при этомъ преслѣдовалъ (напр., онъ полагалъ, что купленная книга трактуеть объ огнестрѣльномъ оружии (Schießgewehre) тогда какъ въ действительности она говоритъ о „Gewere“, т. е. о владѣніи по нѣмецкому праву). *Falsa causa non nocet*. Мотивъ, а, слѣдовательно, и заблужденіе въ мотивѣ, по общему правилу значенія не имѣютъ.

Въ видѣ исключенія, однако, мотиву все же придаютъ юридическое значеніе, а именно—прежде всего, въ уже ука-

Существовала и преторская ничтожность (ср. *Mitteis*, l. c.), точно такъ же, какъ существовала и цивильно-правовая оспоримость. *Цивильнымъ* искомъ оспариванія являлась, напр., *querela inoffiosi testamenti*, ниже § 113.

занныхъ выше (§ 41) случаяхъ error in qualitate и error in substantia, а затѣмъ въ случаяхъ metus и dolus, къ изложению которыхъ теперь предстоитъ перейти.

а) *Metus* имѣеть мѣсто въ томъ случаѣ, когда юридическая сдѣлка вынуждается угрозой (значительной угрозой). Если угроза (такъ называемая *vis compulsiva* въ противоположность физическому принужденію—такъ называемой *vis absoluta*) была примѣнена съ цѣлью вызвать заключеніе юридической сдѣлки, напр., съ цѣлью вызвать передачу права собственности или обѣщаніе совершить уплату, то римское цивильное право признавало сдѣлку дѣйствительной и сообщало ей всѣ обычные послѣдствія (*quamvis coactus volui*, D. 4, 2, 21, 5); но преторъ давалъ дѣйствовавшему подъ угрозой юридическое средство устранить послѣдствія вынужденной сдѣлки: *actio quod metus causa* (въ отношеніи виновника угрозъ этотъ искъ, какъ деликтный, имѣлъ цѣлью возмѣщеніе ущерба,—ниже § 85, но онъ давался, какъ *actio in rem scripta*, и противъ всякаго, приобрѣвшаго что-либо изъ вынужденной угрозой сдѣлки, и имѣлъ въ этомъ случаѣ цѣлью возвращеніе полученнаго,—ниже § 52) и *exceptio quod metus causa* (возраженіе на случай, если ко мнѣ предъявятъ искъ, основанный на данной сдѣлкѣ). Можно было также испросить *in integrum restitutio propter metum* (§ 56)¹⁾. При наличности *vis absoluta* (когда при помощи физическаго насилія достигается видимость волеизъявленія,

¹⁾ Герм. Гражд. Улож. даетъ *propter metum*: 1) право оспаривать сдѣлку, соответствующее римской *in integrum restitutio* (§ 123. 124); 2) искъ противъ угрожавшаго, направленный на обратное представленіе полученнаго и на возмѣщеніе ущерба, соответствующій деликтной *actio quod metus causa* (§§ 823, 2. 826); 3) возраженіе (§ 853). *Actio in rem scripta propter metum* неизвѣстна Герм. Гражд. Уложенію. Но право оспаривать сдѣлку дѣйствуетъ *in rem*, даже въ томъ случаѣ, если сдѣлка заключена не съ самимъ угрожавшимъ.

напр., кто-нибудь схватываетъ руку другого, водить ею по бумагѣ и создаетъ такимъ образомъ его подпись) нѣтъ необходимости въ особыхъ юридическихъ средствахъ: здѣсь вообще отсутствуетъ составъ юридической сдѣлки (нѣтъ не только воли, но нѣтъ и изъявленія), въ то время, какъ *vis compulsiva* (угроза) вызываетъ волю и изъявленіе, а потому и *дѣйствительную* съ точки зрѣнія римскаго цивильнаго права юридическую сдѣлку.

L. 1. pr. D. quod met. c. (4, 2): Ait praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit.

L. 14 § 3 D. eod. (Ulpianus). In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.

б) Подъ *dolus* слѣдуетъ понимать тотъ случай, когда юридическая сдѣлка вызвана намереннымъ введеніемъ въ заблужденіе (обманомъ) со стороны контрагента. Одна сторона обманута другой стороной. И въ этомъ случаѣ цивильное римское право считало сдѣлку вполне дѣйствительной, но преторъ давалъ противъ обманщика юридическую защиту для уничтоженія послѣдствій сдѣлки: 1) *actio doli* (этотъ искъ давался, однако, только субсидіарно, когда не было возможности прибѣгнуть къ другому иску, и его можно было предъявить только къ самому обманщику, но не къ третьему лицу, извлекшему пользу изъ сдѣлки); *actio doli* служила для возмѣщенія всего ущерба, причиненнаго сдѣлкой (для этой цѣли при извѣстныхъ обстоятельствахъ можно было добиться и уничтоженія сдѣлки); 2) *exceptio doli*, служившая для защиты противъ иска, предъявленнаго виновникомъ *dolus'a* (или его правопреемникомъ). Существовала также и *integrum restitutio propter dolum* (§ 56) ²⁾.

2) Герм. Гражд. Улож. даетъ *propter dolum* три юридическихъ способа защиты: 1) право оспаривать сдѣлку, которое дѣйствуетъ

L. 1 § 1 D. de dolo (4, 3): Verba autem edicti talia sunt: quae dolo malo facta esse dicentur si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbifur, iudicium dabo.

II. Causa въ юридическомъ смыслѣ (юридическое основаніе сдѣлки) есть представленіе о цѣли, которое опредѣляетъ *юридическій характеръ* воли, направленной на имущественное предоставленіе. Воля совершить предоставленіе всегда направлена на непосредственное предоставленіе имущества (обычно совершающееся посредствомъ распорядительной сдѣлки): одинъ становится бѣднѣе, другой богаче, ср. ниже, III. Примѣры: передача права собственности на какую-нибудь вещь, уступка требованія, прощеніе долга. *Воля* совершить предоставленіе никогда не бываетъ волей сдѣлать предоставленіе *вообще*, т. е. никогда не бываетъ абстрактной: она

in personam (противъ самого обманщика и doli particeps) въ случаѣ, если волеизъявленіе было обращено къ опредѣленному лицу, и in rem (противъ всякаго извлекающаго выгоду изъ сдѣлки) при волеизъявленіи, не обращенномъ къ опредѣленному лицу (напр., меня обманомъ склонили къ принятію наслѣдства, § 123. 124); 2) деликтный искъ о возмѣщеніи ущерба противъ обманщика (§ 823, 2. 826); 3) возраженіе противъ обманщика и его правопреемниковъ (§ 853). Какъ для случаевъ metus'a, такъ и для случаевъ dolus'a въ Герм. Гражд. Улож. имѣются правила: 1) издержки по оспариванію сдѣлки (которое уничтожаетъ сдѣлку, вызванную угрозой или обманомъ) падаютъ на счетъ противника (оспаривающій не обязанъ возмѣщать ихъ даже въ томъ случаѣ, когда право оспариванія дѣйствуетъ in rem); 2) оспариваніе сдѣлки не должно, какъ въ случаяхъ заблужденія (см. выше § 41), производиться непременно безотлагательно: право оспариванія дѣйствительно въ теченіе года; 3) деликтный искъ о возмѣщеніи ущерба погашается трехлѣтней давностью (§ 852); 4) возраженіе не подлежитъ погашенію давностью (§ 853).—И заблужденіе въ сдѣлкѣ (напр., заблужденіе относительно содержанія подписаннаго мною документа, относительно существенныхъ свойствъ вещи) можетъ быть вызвано обманомъ. Въ такомъ случаѣ впавшій въ заблужденіе можетъ воспользоваться болѣе сильными средствами защиты, установленными для обмана.

всегда бываетъ связана съ представлениемъ объ опредѣленной *оборотной цѣли*, которая объясняетъ волю и въ то же время опредѣляетъ ея характеръ. Никогда ни у кого не возникаетъ желаніе передать право собственности на вещь ради самой передачи: всегда при этомъ имѣютъ въ виду либо одарить, либо уплатить долгъ, либо дать займы, либо дать приданое дочери и т. д. Представленіе объ опредѣленной оборотной цѣли является *составной частью* волевого акта, направленнаго на предоставленіе. Обратная цѣль *бываетъ различна* въ различныхъ случаяхъ, и соотвѣтственно этому мѣняется хозяйственный и юридическій *обликъ* воли, направленной на предоставленіе: это будетъ либо воля одарить, либо воля дать займы и т. д. Обратная цѣль, *опредѣляющая характеръ* волевого акта, направленнаго на предоставленіе, есть юридическая цѣль или юридическое *основаніе* (юридическая causa) предоставительной сдѣлки. Она имѣетъ *существенное значеніе* какъ для опредѣленія юридическаго типа сдѣлки, такъ и для опредѣленія юридическихъ послѣдствій предоставительной сдѣлки.

Соглашеніе объ оборотной цѣли (о юридическомъ основаніи предоставленія, напр., соглашеніе о дареніи или объ уплатѣ) называется каузальной сдѣлкой^{2а}). Каузальная сдѣлка опредѣляетъ юридическій типъ предоставленія, но она не является составной частью предоставительной сдѣлки. Скорѣе

^{2а}) Когда продавецъ передаетъ покупателю купленную вещь въ собственность, то передача права собственности (отчуждательная сдѣлка традиціи) является сдѣлкой предоставительной; каузальной сдѣлкой будетъ соглашеніе о томъ, что это предоставленіе совершается ради исполненія обязанности (solvendi causa, договоръ объ исполненіи, ср. ниже § 89 і, 2). Въ обычномъ словоупотребленіи въ этомъ случаѣ самый договоръ купли-продажи неправильно называется каузальной сдѣлкой, т. е. каузальной сдѣлкой называется и самая *обязывающая* сдѣлка, которая (въ большинствѣ случаевъ) лежитъ въ основѣ договора объ исполненіи, а тѣмъ самымъ, и въ основѣ сдѣлки предоставительной (распорядительной).

можно сказать, что каузальная сдѣлка есть дополнительная юридическая сдѣлка, стоящая рядомъ со сдѣлкой представителной, потому что послѣдняя сама по себѣ (напр., передача права собственности на какую-нибудь вещь) выражаетъ только въ абстрактномъ видѣ волю совершить предоставленіе: соглашеніе относительно перехода права собственности (самая передача его) можетъ совершиться и независимо отъ соглашенія относительно юридическаго основанія передачи (одна сторона желаетъ одарить, другая полагаетъ, что получаетъ взаймы). Несмотря на то, что представленіе объ оборотной цѣли является составной частью *воли*, направленной на предоставленіе (которая всегда каузальна), тѣмъ не менѣе, оно не является составной частью самой *представительной сдѣлки* (которая всегда абстрактна). Но характеръ каузальной сдѣлки, ея завершенность или незавершенность всегда оказываетъ вліяніе на юридическую *силу* предоставленія (напр., на вопросъ о томъ, возникнетъ ли обязанность для пріобрѣтателя и т. д.). Юридическое основаніе (*causa*) является *юридически существеннымъ* основаніемъ представителной сдѣлки.

Только сдѣлки представителныя обладаютъ той особенностью, что ихъ характеръ и юридическая сила опредѣляются моментомъ, лежащимъ *вънѣ содержанія* самой сдѣлки. Всѣ остальные юридическія сдѣлки, прежде всего—всѣ безъ исключенія сдѣлки лично-правовыя (напр., вступленіе въ бракъ, усыновленіе, завѣщаніе), а также всѣ имущественно-правовыя сдѣлки, не имѣющія характера чисто представителныхъ, напр., всѣ обязывающіе объ стороны договоры (купля-продажа, наемъ, порученіе, и т. д.) *не имѣютъ* юридическаго основанія, отличнаго отъ содержанія сдѣлки^{2b}).

^{2b}) Юридическимъ основаніемъ, т. е. имѣющей юридическое значеніе цѣлью купли-продажи всегда является обмѣнъ товара на деньги, другими словами, самое содержаніе купли-продажи. Такъ обстоитъ дѣло и при всѣхъ „каузальныхъ“ сдѣлкахъ.

Ихъ содержаніе является въ то же время и ихъ юридическимъ основаніемъ. Только содержаніе опредѣляетъ ихъ юридическій типъ, а такъ какъ съ юридической стороны ихъ содержаніе всегда одно и то же, то всё онѣ принадлежать всегда къ *одному* юридическому типу. Такъ какъ содержаніе ихъ въ то же время выражаетъ ихъ юридическое основаніе, то эти остальные юридическія сдѣлки называются обычно „каузальными“ (носящими въ себѣ свое юридическое основаніе). Правильнѣе и отчетливѣе было бы ограничить примѣненіе понятія юридическаго основанія областью представительныхъ сдѣлокъ, ибо только здѣсь встрѣчается это своеобразное *различіе* между юридическимъ основаніемъ (юридической цѣлью) и содержаніемъ сдѣлки.

Объ отдѣльныхъ каузальныхъ сдѣлкахъ, о *causa credendi, solvendi*, установленіи приданаго и т. д. говорится въ различныхъ отдѣлахъ особенной части гражданскаго права: а именно, тамъ, гдѣ выступаютъ интересы, вызывающіе соотвѣтственныя юридическія основанія. Здѣсь же слѣдуетъ рассмотреть только дареніе. *Causa donandi* не имѣетъ отношенія ни къ какому спеціальному интересу. Поэтому она отнесена сюда, къ общей части: ученіе о дареніи даетъ возможность на одномъ примѣрѣ освѣтить общее ученіе о юридической *causa*.

III. *Дареніе* (*donatio*) есть имущественное предоставленіе изъ щедрости, т. е. совершаемое просто ради обогащенія одаряемаго.

Имущественное предоставленіе имѣетъ мѣсто только при наличности произвольнаго уменьшенія имущества (*paupriorem fieri*) одной стороны и увеличенія имущества (*locupletiozem fieri*) другой. Простое уклоненіе отъ возможности приобрѣтенія (напр., отказъ отъ принятія наслѣдства, отъ полученія по легату въ пользу другого) не есть дареніе: здѣсь нѣтъ уменьшенія имущества. Точно такъ же не является дареніемъ отдача въ залогъ, ибо здѣсь нѣтъ уве-

личенія имущества. Имущественное предоставленіе можетъ быть совершено посредствомъ заключенія юридической сдѣлки (договора) съ одаряемымъ: посредствомъ распорядительной сдѣлки (напр., *dando* — отчуждательный договоръ, *liberando* — договоръ объ освобожденіи отъ обязанности) или же посредствомъ обязывающей сдѣлки (*promittendo* — обѣщаніе одарить)³⁾. Оно можетъ быть совершено и безъ заключенія договора съ одаряемымъ, напр., посредствомъ сдѣлки съ третьимъ лицомъ, — а именно, путемъ безвозмезднаго *negotiorum gestio* въ интересахъ одаряемаго: напр., дядя уплачиваетъ *animo donandi* долги племянника, или принимаетъ эти долги на себя, вступивъ въ соглашеніе съ кредиторомъ (принятіе на себя долга, *expromissio*, ниже § 80). Имущественное предоставленіе можетъ даже быть совершено не путемъ заключенія особой юридической сдѣлки, но просто посредствомъ льготнаго содержанія возмездной юридической сдѣлки (*negotium mixtum cum donatione*: вещь, стоящая десять, изъ желанія одарить продается за пять). Однако, всегда, даже когда *предоставленіе* совершается безъ договора, т. е. безъ специального договора съ одаряемымъ, *дареніе* (кау-

³⁾ *Обѣщаніе* одарить представляетъ собой еще не завершенное дареніе (потому оно не даетъ права требовать исполненія обязанности, возложенной на одаряемаго), — но оно порождаетъ обязательственное право, предметомъ котораго является будущее дареніе. Обѣщавшій одарить отвѣчаетъ только за *dolus* и *culpa lata*, не платитъ процентовъ за просрочку и имѣетъ право на *beneficium competentiae*, при чемъ принимаются во вниманіе и его остальные долги (ср. ниже § 55, прим. 5). Герм. Гражд. Улож. (§ 519 и сл.) въ данномъ вопросѣ по существу сходно съ римскимъ правомъ. Однако, въ то время, какъ юстиніаново право признаетъ дѣйствительнымъ и неформальное обѣщаніе одарить (поскольку не превышаетъ опредѣленная сумма), Герм. Гражд. Уложение въ § 518 предписываетъ необходимость опредѣленной формы: обѣщаніе совершить дареніе, независимо отъ суммы, должно быть засвидѣтельствовано въ судѣ или у нотариуса.

зальная сдѣлка) нуждается въ *принятіи* со стороны одаряемаго: это положеніе признавалось римскимъ правомъ (ср., напр., l. 18 D 12, 1), его придерживается и современное право (Герм. Гражд. Улож. § 516). Я могу обогатиться помимо своей воли, но быть *одареннымъ* помимо своей воли я не могу. Даже если предоставленіе (обогащеніе) совершено безъ моего желанія (кто-либо уплатилъ мои долги), то я все же могу отклонить дареніе. Отклоненіе даренія не влечетъ за собой обязательной недѣйствительности, разрушенія предоставленія, но, означая отсутствіе соглашенія относительно дарственной цѣли, оно придаетъ предоставленію характеръ предоставленія *sine causa* (безъ „юридическаго основанія“), т. е. обращаетъ его въ предоставленіе, не сопровождаемое дѣйствительной каузальной сдѣлкой. Недостааетъ сдѣлки, указывающей цѣль, и тѣмъ самымъ сообщающей предоставленію опредѣленный юридическій характеръ и юридическую силу. Я обязанъ и въ то же время управомоченъ уничтожить предоставленіе путемъ обратнаго предоставленія (противъ меня дѣйствуетъ *condictio sine causa*, ниже § 83).

Дареніе всегда должно быть основано на договорѣ.

Дареніе не принадлежитъ къ числу хозяйственныхъ сдѣлокъ. Поэтому право не благопріятствуетъ ему. Уже *lex Cincia* (204 г. до Р. X.) запрещала чрезмѣрно щедрыя даренія (до насъ не дошли свѣдѣнія о предѣльной суммѣ) и освобождала отъ запрещенія только нѣкоторыхъ лицъ (*exsertae personae*): супруга, близкихъ родныхъ и свойственниковъ. Но *lex Cincia* была *lex imperfecta*: въ ней не доставало санкции. Чрезмѣрное дареніе продолжало считаться вполне дѣйствительнымъ по гражданскому праву. Преторское же право оказало здѣсь свое вліяніе. Оно установило положеніе, по которому даритель могъ лишить силы чрезмѣрное дареніе до момента полнаго завершения даренія (напр., пока на лицо было только одно обѣщаніе одарить или пока еще не совершилась фактическая передача уже манципированныхъ

res mancipi): противъ иска, вытекающаго изъ обѣщанія одарить, противъ rei vindicatio приобрѣтателя манципированныхъ вещей преторъ давалъ exceptio legis Cinciae. Наконецъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ даритель могъ получить уже отчужденныя вещи въ свое обратное владѣніе, прибѣгнувъ къ владѣльческому интердикту (ср. interdictum utrubi, ниже § 67, прим. 3). Но если дареніе было вполне завершено (donatio perfecta), т. е. если одаренный уже приобрѣлъ право собственности и неоспоримое владѣніе, то и чрезмѣрное дареніе сохраняло полную силу. То же правило дѣйствовало и въ эпоху классическаго права позднѣйшаго періода по отношенію къ тому случаю, когда даритель умиралъ, не успѣвъ протестовать противъ даренія: наслѣдникъ не имѣлъ права, какъ это подтвердилъ Каракалла въ своемъ рескриптѣ, ссылаться на lex Cincia (его exceptio legis Cinciae парализовалась черезъ replicatio doli, ср. Fr. Vat. § 294. 312). „Morte Cincia removetur“. Право всего классическаго періода еще придерживается legis Cinciae⁴⁾. Только начиная съ Констанція Хлора (конецъ 3 вѣка) императорское законодательство устанавливаетъ необходимость судебнаго удостовѣренія даренія, и это положеніе кладется въ основу юстиніанова права.

Юстиніаново право установило слѣдующія положенія применительно къ имущественному предоставленію, совершающемуся съ цѣлью даренія:

1) Дареніе между супругами ничтожно (ср. § 94 въ концѣ). Это положеніе существовало уже и въ классическомъ правѣ (въ разрѣзъ съ нимъ шла lex Cincia, причислявшая супруга къ разряду exceptae personae). Въ Герм. Гражд. Уложеніи запрещеніе даренія между супругами *не существуетъ*.

2) Дареніе, въ томъ случаѣ, если оно переступаетъ изъ

⁴⁾ По поводу сложныхъ историческихъ вопросовъ, связанныхъ съ lex Cincia, ср. *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 153 и сл.

вѣстный предѣлъ, должно быть заявлено передъ судомъ, т. е. суду должно быть заявлено о желаніи совершить дареніе; иначе дареніе въ части излишка, превышающаго норму, не будетъ считаться дѣйствительнымъ. Юстиніаномъ установленъ предѣлъ въ 500 солидовъ (по общегерманскому пандектному праву соотвѣтственный предѣлъ равнялся 4666 маркамъ 67 пфеннигамъ). И это постановленіе *неизвѣстно* Герм. Гражд. Уложенію. Герм. Гражд. Улож., съ своей стороны, проводитъ различіе между уже завершеннымъ и только обѣщаннымъ дареніемъ. Только *обѣщаніе* одарить, какъ таковое, должно быть облечено въ опредѣленную форму (ср. прим. 3), завершенное дареніе считается дѣйствительнымъ независимо отъ размѣра суммы.

3) Даръ можетъ быть истребованъ обратно въ случаѣ грубой неблагодарности (угроза жизни, грубая обида). Такъ и по Герм. Гражд. Ул. § 530.

Mortis causa donatio, т. е. такое дареніе, которое приобрѣтаетъ силу только въ томъ случаѣ, если одаряемый переживетъ дарителя, въ отношеніи указанныхъ постановленій и въ нѣкоторыхъ другихъ отношеніяхъ находится подъ дѣйствіемъ правовыхъ нормъ, регулирующихъ легаты, а не дареніе (§ 118). И *дареніе съ цѣлью вознагражденія* (ремунераторное дареніе, — напр., спасшему жизнь) не подчиняется дѣйствію нормъ, установленныхъ для даренія (даръ не можетъ быть отобранъ обратно вслѣдствіе неблагодарности, дареніе не нуждается въ судебномъ удостовѣреніи, требуемомъ римскимъ правомъ), а разсматривается на равныхъ основаніяхъ съ исполненіемъ обязательства (такъ же и Герм. Гражд. Улож. § 534). Наоборотъ, дареніе съ *возложеніемъ обязанности* (*donatio sub modo*) подчиняется всѣмъ нормамъ, установленнымъ для даренія: оно является дареніемъ, несмотря на то, что цѣнность даренія уменьшается вслѣдствіе возложенія обязанности.

L. 1 pr. D. de donat. (39, 5) (Iulianus): Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.

§ 1 I. de donat. (2. 7): Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia...; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur... Et in summa, mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.

§ 43.

Оговорки юридической сдѣлки.

Нормальныя послѣдствія юридической сдѣлки могутъ быть видоизмѣнены добавочными соглашеніями сторонъ. Въ этомъ заключается сущность оговорокъ юридической сдѣлки. Особенное значеніе имѣютъ три вида оговорокъ (*accidentalia negotii*, выше § 40): условіе (*conditio*), срокъ (*dies*) и возложеніе обязанности (*modus*).

I. Подъ *условіемъ* слѣдуетъ разумѣть будущее *неизвѣстное* (т. е. такое, относительно котораго не извѣстно, наступитъ оно, или нѣтъ) событіе, отъ наступленія котораго стороны поставили въ зависимость дѣйствіе юридической сдѣлки: отъ условія зависитъ либо *начало* дѣйствія юридической сдѣлки (*суппензивное*, отлагательное условіе), либо *прекращеніе* дѣйствія ея (*резолютивное*, отмѣнительное условіе). Съ наступленіемъ суппензивнаго условія нормальныя послѣдствія юридической сдѣлки наступаютъ сами собой (*ipso iure*). Съ наступленіемъ резолютивнаго условія *ipso iure* прекращаются нормальныя послѣдствія юридической сдѣлки.

Юридическая сдѣлка, заключенная подъ *суппензивнымъ* (отлагательнымъ) условіемъ, есть *изъявленіе воли, сдѣланное напередъ въ виду будущаго неизвѣстнаго событія*. Поэтому сдѣлка считается заключенной и *получаетъ связующую силу* немедленно, еще до наступленія условія: если одна изъ сторонъ, нарушая (вопреки доброй совѣсти) соглашеніе, станетъ препятствовать наступленію условія, то условіе будетъ считаться наступившимъ¹⁾; если же одна изъ сторонъ по своей винѣ причинить ущербъ праву своего контрагента (напр., уничтожить проданную подъ условіемъ вещь), то она будетъ обязана возмѣстить ущербъ при наступленіи условія. Но пока продолжается состояніе *неизвѣстности* относительно наступленія условія (*pendente condicione*), сдѣлка, заключенная подъ отлагательнымъ условіемъ, *связываетъ* стороны *только въ этомъ отношеніи*²⁾; въ теченіе этого времени еще не наступаютъ послѣдствія, вытекающія изъ содержанія сдѣлки: условная обязывающая сдѣлка еще не порождаетъ долга (а только *spes debitum iri*), условная распорядительная сдѣлка (напр., условное отчужденіе) не вызываетъ еще желаемого измѣненія въ правѣ (напр., перехода права собственности и т. д.). Только *съ наступленіемъ* условія (*existente condicione*) сдѣлка получаетъ силу *ipso iure* (становятся дѣйствительными долгъ, переходъ права собственности

1) L. 161. D. de R. I. (50, 17): *In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset.* Такъ же Герм. Гражд. Улож. § 162.

2) Ср. Герм. Гражд. Улож. § 160, гдѣ высказанъ общій принципъ. Въ римскомъ правѣ существовали соотвѣтственные единичныя постановленія,—напр., *rei vindicatio*, предъявленная по поводу условно отчужденной вещи, можетъ въ періодъ неизвѣстности относительно наступленія условія быть парализована путемъ *exsertio doli*, заявленной пріобрѣтателемъ, которому вещь уже была передана (свою *exsertio* пріобрѣтатель будетъ обосновывать опасностью, угрожающей его будущему праву), l. 7 § 3 D. de iure dot. (23, 3).

и т. д.): дѣйствіе сдѣлки открывається по отношенію къ будущему времени (*ex nunc*), т. е., безъ обратной силы ³⁾ (такъ же и по Герм. Гражд. Улож. § 158. 159), такъ что—въ случаѣ сомнѣнія—проценты и плоды за промежуточный періодъ получаетъ тотъ, кто за это время имѣлъ право на вещь. Но сдѣлка вступаетъ въ силу *ipso iure*, на основаніи *ранѣе совершеннаго* (условнаго) волеизъявленія. Поэтому, если бы совершившій условное распоряженіе сдѣлалъ въ теченіе того періода, пока наступленіе условія находится въ неизвѣстности, другое распоряженіе — безусловное (напр., отдалъ бы условно отчужденную вещь въ залогъ или передалъ третьему лицу условно уступленное право требованія), то послѣ наступленія условія безусловное промежуточное распоряженіе было бы лишено силы прежнимъ условнымъ распоряженіемъ. Право сингулярнаго преемника (въ пользу котораго было сдѣлано въ промежуточное время распоряженіе) есть право отмѣнимое, такъ же, какъ и право его *auctor*'а; оно всецѣло зависитъ отъ условія, и сила его представляется ослабленной уже въ періодъ неизвѣстности относительно наступленія условія: *resoluto iure dantis resolvitur etiam ius accipientis*. Иное положеніе получается, конечно, если условіе отпадаетъ: при *отпаденіи* условія (*deficiente condicione*) сдѣлка, заключенная подъ отлагательнымъ условіемъ, окончательно лишается *всякой* силы.

Юридическая сдѣлка, заключенная подъ *резолутивнымъ* (отмѣнительнымъ) условіемъ, есть напередъ сдѣланное изъясненіе воли о томъ, чтобы направленная на заключеніе сдѣлки воля *потеряла силу* въ случаѣ наступленія въ будущемъ *неизвѣстнаго* событія. Такая оговорка только посте-

³⁾ Что римское право стояло именно на этой точкѣ зрѣнія, съ несомнѣнностью доказываетъ *Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 172 и сл.*—О теоретической сторонѣ вопроса см. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, Festschr. für die Univ. Giessen*) 1907. *Siber* въ *Krit. Vierteljahrsschr., 3 Folge, Bd. 13* (1911), стр. 57 и сл.

ленно получила признаніе въ римскомъ правѣ. Въ древнѣйшемъ періодѣ отмѣнительное условіе допускалось только при обязывающихъ сдѣлкахъ, при томъ неформальныхъ, при свободно обсуждавшихся *bonae fidei negotia*, какъ, напр., при куплѣ-продажѣ⁴⁾. Цивильныя обязательственныя сдѣлки *stricti iuris* не могли быть заключаемы подъ отмѣнительнымъ условіемъ. Стипуляція (насколько намъ можетъ быть извѣстно) становилась недѣйствительной въ случаѣ присоединенія къ ней отмѣнительнаго условія (въ то же время отлагательное условіе могло имѣть мѣсто): при формальномъ волеизъявленіи можно было отложить на неизвѣстное время возникновеніе послѣдствій, но нельзя было напередъ и условно взять это изъявленіе обратно. Цивильное право совершенно устраняло отмѣнительное условіе изъ сферы распорядительныхъ сдѣлокъ, особенно изъ сферы сдѣлокъ по отчужденію права собственности: право собственности, установленное на время, было, съ точки зрѣнія цивильнаго права, недопустимымъ противорѣчіемъ. Такимъ образомъ, древніе юристы превратили при отчужденіи права собственности отмѣнительныя условія, выдвинутыя оборотомъ (*in diem addictio, lex commissoria*), въ отлагательныя условія (покупатель приобрѣталъ вещное право только при отпаденіи отмѣнительнаго условія). Юліанъ впервые сталъ разсматривать *in diem addictio* какъ *отмѣнительное* условіе также и въ отношеніи приобрѣтенія *вещныхъ* правъ: онъ предоставляетъ покупателю немедленно вещное право (дав-

⁴⁾ При куплѣ-продажѣ уже въ древнее время допускалась *in diem addictio*, т. е. оговорка о кассации (купля-продажа расторгается, если въ теченіе извѣстнаго времени поступить болѣе выгодное предложеніе: напр., при аукціонѣ) и *lex commissoria*, т. е. оговорка относительно распаденья сдѣлки (купля-продажа расторгается, если покупатель не уплатитъ цѣны въ извѣстный срокъ, ср. ниже, § 84, прим. 3). Объ историческомъ развитіи отмѣнительнаго условія см. *Mitteis, Röm. Privatr.*, Bd. 1. стр. 178 и сл., на данныхъ котораго основано сказанное въ текстѣ.

ностное владѣніе и право на плоды), но это право прекращалось *ipso iure* съ наступленіемъ резолютивнаго условія (l. 2 § 4 D. 41. 4). Съ тѣхъ поръ римское право стало признавать возможность передачи и вещныхъ правъ подъ отмѣнительнымъ условіемъ⁵⁾: вещное право, находившееся подъ резолютивнымъ условіемъ, было „отмѣнимо“ и отпадало *ipso iure* съ наступленіемъ условія⁶⁾, но при этомъ не примѣнялся принципъ обратной силы (плоды за промежуточное время становились собственностью того лица, которое въ промежуточное время имѣло право на вещь, соглашеніе объ обратной силѣ имѣло только обязательственныя послѣдствія—такъ же, какъ и по современному праву,—Герм. Гр. Улож. § 158, 2. 159)⁷⁾. Но въ терминологіи римскаго права сохранилось воспоминаніе о томъ древнемъ періодѣ, когда резолютивное условіе не признавалось: терминъ „*condicio*“ обозначаетъ только *отлагательное* условіе (l. 2 § 3. 4 D. 41. 4; l. 2 pr. D. 18, 2).

Особое *содержаніе* имѣетъ *произвольное* условіе (потестативное условіе, *condicio potestativa, promiscua*), т. е. такое условіе, наступленіе котораго зависитъ отъ воли условно *управомоченнаго* лица, напр.: *Titius heres esto, si Capitolium ascenderit* (такое условіе слѣдуетъ отличать отъ *condicio mixta*, наступленію котораго условно управомоченно лицо можетъ только содѣйствовать, и отъ *condicio casualis*, на наступленіе котораго оно не можетъ оказать никакого влія-

⁵⁾ О техническихъ затрудненіяхъ, возникавшихъ при этомъ, см. *Mitteis*, l. c., стр. 183 и сл.

⁶⁾ То же происходитъ и съ вещнымъ правомъ, производнымъ отъ прекращающагося права: l. 4 § 3 D. 18, 2: *pure vendito et in diem addicto fundo, si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset*. И здѣсь имѣетъ силу положеніе: *resoluto iure dantis* и т. д., см. выше въ этомъ же параграфѣ.

⁷⁾ *Mitteis*, стр. 190.

нія). Потестативное условіе, присоединенное къ предсмертному распоряженію, должно быть исполнено послѣ смерти завѣщателя и соотвѣтственно распоряженію. Присоединенное къ предсмертному распоряженію отрицательное потестативное условіе (*si Capitolium non ascenderit*) можетъ быть исполнено посредствомъ установленія *cautio Muciana* (ниже § 112).

Не считаются условіями въ юридическомъ смыслѣ *condiciones iuris* или *tacitae* (такія предположенія, которыя вытекаютъ изъ самой сущности, изъ *essentialia* юридической сдѣлки,—напр., наступленіе смерти завѣщателя до смерти наслѣдника), затѣмъ *condiciones in praesens vel in praeteritum relatae*, невозможныя и необходимыя условія. Во всѣхъ этихъ случаяхъ отсутствуетъ созданное сторонами состояніе неизвѣстности, а это состояніе является характерной особенностью условныхъ сдѣлокъ. Поэтому здѣсь не находятъ себѣ примѣненія постановленія права относительно условій. Въ случаѣ отпаденія *condicio iuris* вступаютъ въ силу постановленія права о недостаткѣ одного изъ элементовъ, необходимыхъ для данной юридической сдѣлки. Невозможное *отлагательное* условіе ведетъ къ недействительности сдѣлки; исключеніе составляютъ сдѣлки на случай смерти, при которыхъ невозможное отлагательное условіе просто не принимается во вниманіе римскимъ правомъ (Герм. Гражд. Улож. уже не знаетъ этого исключенія). *Отмѣнительное* невозможное условіе считается во всѣхъ случаяхъ какъ-бы несуществующимъ, въ то время, какъ отмѣнительное необходимое условіе уничтожаетъ сдѣлку. Безнравственное условіе (*condicio turpis*) рассматривается такъ же, какъ невозможное условіе.

§ 4. I. de V. O. (3, 15): *Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit vel non fuerit, stipulatio committatur, veluti: Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes?*

§ 6 eod.: *Condicionem, quae in praeteritum vel ad*

praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: *Si Titius consul fuit vel: Si Maevius vivit, dare spondes?*

L. 9 § 1 D. de novat. (46, 2) (Ulpianus): Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.

II. *Срокъ* (dies) есть будущее *извѣстное* (относительно него извѣстно, что оно наступитъ) событіе, съ наступленіемъ котораго сдѣлка должна либо *приобрѣсти* силу (dies a quo), либо *потерять* ее (dies ad quem).

Срокъ можетъ быть неопредѣленнымъ въ отношеніи момента его наступленія (dies incertus quando), напр., поручитель долженъ отвѣчать до смерти должника. Если же въ неизвѣстности находится и самое наступленіе срока (dies incertus an),—напр., ты долженъ имѣть сто въ тотъ день, когда сдашь свой экзамень,—налицо будетъ не срокъ, а условіе. Срочная сдѣлка имѣетъ въ виду *отсроченныя* юридическія послѣдствія. То же можно сказать и объ условной сдѣлкѣ, такъ какъ и ея сила зависитъ отъ будущаго событія. Но срочная сдѣлка имѣетъ въ виду *только* истеченіе извѣстнаго времени, а не неопредѣленность, такъ что здѣсь отсутствуетъ характерное для условія состояніе неизвѣстности. Вслѣдствіе этого возникаетъ спорный вопросъ, влияетъ ли срокъ на возникновеніе юридическихъ послѣдствій или только на ихъ осуществленіе. Правильно отвѣчая на этотъ вопросъ, нужно сказать, что стороны *могутъ* придать сроку болѣе слабое дѣйствіе (такъ, въ случаѣ сомнѣнія, отсрочка платежа должна разсматриваться какъ отсрочка иска, но не какъ отсрочка самаго долга, такъ что, не взирая на отсрочку платежа, немедленная уплата долга все же будетъ признана дѣйствительной), но при соотвѣтственной волѣ сторонъ право сообщаетъ сроку *такое же* дѣйствіе, какъ условію (Герм. Гражд. Улож. § 163). Такова точка зрѣнія современнаго права. *Римское* право проводило различіе какъ между отлагательнымъ и отмѣнительнымъ условіями, такъ и между отлагательнымъ и отмѣ-

нительнымъ сроками. Отлагательный срокъ (начальный срокъ), въ общемъ, считался допустимымъ. Но отмѣнительный (конечный) срокъ римское *цивильное* право объявляло недействительнымъ. Онъ допускался только при неформальныхъ обязательственныхъ сдѣлкахъ (*bonae fidei negotia*—I. 1 pr. D. 17, 2). При строго формальныхъ обязательственныхъ сдѣлкахъ (*stipulatio, legatum per damnationem*) и при формальномъ отчужденіи (*mancipatio, in iure cessio*) онъ вовсе не принимался во вниманіе *цивильнымъ* правомъ. Отчужденіе посредствомъ *traditio* съ указаніемъ конечнаго срока считалось совершенно недействительнымъ по *цивильному* праву (*cum ad tempus proprietas transferri nequiverit, Fragm. Vat. § 283*)⁸⁾. Но *преторское* право внесло сюда измѣненія. Сдѣлки преторскаго права (напр., отдача въ залогъ) свободно могли заключаться съ установленіемъ конечнаго срока, а для строго *цивильныхъ* сдѣлокъ преторъ давалъ *exceptio* и *actio* съ цѣлью заставить принять въ расчетъ конечный срокъ. Такимъ образомъ, слѣдуетъ считать, что присоединеніе къ сдѣлкѣ конечнаго срока, имѣющаго вещное дѣйствіе, признавалось правомъ *Corpus iuris* (ср. I. 2 C. 2, 54).

§ 2. J. de V. O. (3, 15): *Id autem, quid in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat, non potest.*

Условіе и срокъ родственны по существу. Поэтому историческое развитіе ихъ идетъ параллельно. Первоначально они получили примѣненіе въ сферѣ завѣщательнаго права

⁸⁾ *Mitteis*, стр. 191. 192. Слѣдовательно, римское *цивильное* право по общему правилу не допускало установленія конечнаго срока съ цѣлью ограниченія *длительности* права. Но установленіе конечнаго срока считалось допустимымъ, поскольку оно имѣло цѣлью ограничить *содержаніе* права (а не *длительность*, какъ таковую). Сtipуляція: *decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* имѣла временную силу и по *цивильному* праву. Съ этой же точки зрѣнія слѣдуетъ разсматривать тотъ фактъ, что *личные* сервитуты могли быть установлены *ad tempus* и по *цивильному* праву. *Mitteis*, стр. 193. 194.

(вслѣдствіе того, что въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ изъявленіе воли всегда имѣеть въ виду будущее время)⁹⁾. Торжественныя оборотныя сдѣлки древне-римскаго цивильнаго права (*mancipatio, in iure cessio*) этихъ оговорокъ не допускали. Еще въ *Corpus iuris* встрѣчаются нѣкоторыя „*actus legitimi*“,—не допускающія условій юридическія сдѣлки строгаго цивильнаго права, которыя благодаря своей *формѣ* не могли заключаться ни подъ условіемъ, ни съ установленіемъ срока¹⁰⁾. Въ наше время—по общему правилу—всѣ юридическія сдѣлки могутъ свободно сопровождаться оговорками, за исключеніемъ только тѣхъ случаевъ, когда этому противорѣчитъ самое *содержаніе* сдѣлки¹¹⁾.

III. *Возложеніе обязанности (modus)* есть предписаніе (по бѣльшей части относительно назначенія имущества), сопровождающее дареніе, завѣщательное предоставленіе, отпущеніе раба на волю¹²⁾. Возложеніе обязанности не ограни-

⁹⁾ При назначеніи наслѣдника римское право допускало только отлагательное условіе: срокъ и отмѣнительное условіе не принимались во вниманіе: *semel heres, semper heres*,—ср. ниже § 112 (иначе Герм. Гражд. Улож., гдѣ всѣ эти оговорки допускаются и при назначеніи наслѣдника).

¹⁰⁾ Къ числу *actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem* въ *Corpus iuris* отнесены *emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris* (l. 77 D. 50, 17). Ср. *Mitteis, Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 65 и сл. Такъ какъ здѣсь все зависѣло отъ необходимости считаться съ *формой*, то эти юридическія сдѣлки считались недѣйствительными и при открытомъ объявленіи *condicio tacita*, (т. е. такого предположенія, которое подразумѣвалось само собою): *expressa nocent, non expressa non nocent* (l. 195 D. 50, 17).

¹¹⁾ Такъ, напр., заключеніе брака, компенсация, отказъ отъ продолженія обязательственныхъ отношеній. Въ виду *формальныхъ* соображеній современное право не допускаетъ условія и срока только при соглашеніи о переходѣ права собственности на недвижимости (Герм. Гражд. Улож., § 925).

¹²⁾ Ср. *Pernice, Labeo*, Bd. 3, Abt. 1: Auflage und Zweckbestimmung (1892). *F. Haymann, Schenkung unter einer Auflage* (1901), *Mitteis, Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 194 и сл.

чиваетъ силу сдѣлки (оно не отлагаетъ и не отмѣняетъ ее), но оно имѣетъ цѣлью *обязать* уполномоченное лицо слѣдовать указанію совершившаго предоставленіе. Однако, возложеніе обязанности, какъ таковое, *не имѣло* юридическаго значенія по цивильному праву¹³⁾. Указанный въ завѣщаніи *modus* имѣлъ еще по классическому праву силу непосредственнаго принужденія къ исполненію только тогда, когда онъ устанавливался въ пользу опредѣленнаго третьяго лица, такъ что онъ могъ подойти подъ понятіе завѣщательнаго отказа (фидеикоммисса). Въ противномъ случаѣ оставалась возможность только косвеннаго принужденія: наслѣдникъ могъ задержать (путемъ *exceptio doli*) выполненіе отказа до тѣхъ поръ, пока отказополучатель не представитъ обезпеченія въ исполненіи возложенной обязанности; сонаслѣдникъ, обремененный возложеніемъ обязанности, могъ быть принужденъ со стороны другихъ наслѣдниковъ къ выполненію возложеннаго посредствомъ иска о раздѣлѣ наслѣдственнаго имущества (*actio familiae erciscundae*). Въ остальныхъ случаяхъ магистратъ своей властью *extra ordinem* способствовалъ исполненію *modus*'а только при наличности общественнаго интереса или требованій пѣтета. Только *Corpus iuris* призналъ въ принципѣ *юридическую* силу за завѣщательнымъ возложеніемъ обязанности. Классическое право не признавало и *modus*'а, сопровождающаго *дареніе*. Въ случаѣ виновнаго неисполненія *modus*'а у дарителя не было права требовать даръ обратно; въ данномъ случаѣ для того, чтобы обезпечить себя, даритель долженъ былъ предварительно прибѣгнуть къ стипуляціи или же избрать фидуціар-

¹³⁾ Исключеніе составляетъ предписаніе Марка Аврелія: отчужденіе раба съ возложеніемъ обязанности отпустить его на волю черезъ опредѣленный срокъ освобождаетъ раба въ указанный срокъ *ipso iure* совершенно такъ же, какъ если бы его отпустилъ самъ приобрѣтатель. Ср. D. 40, 8. *F. Haymann*, Freilassungspflicht und Reurecht (1905) стр. 5 и сл. *Kübler* въ *Ztschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 29, стр. 477.

ную форму для своего предоставления (выше § 12). Лишь при *случайно* наступившей невозможности классическое право предоставляло дарителю законное притязание требовать даръ обратно¹⁴). И только позднѣйшее императорское право, а также право *Corpus iuris* въ случаѣ неисполненія *modus'a*, давало дарителю, съ одной стороны, право требовать даръ обратно (*condictio causa data causa non secuta*), съ другой—искъ объ исполненіи возложенной обязанности—*actio praescriptis verbis*), на подобіе современнаго Герм. Гражд. Уложения § 525—527. 330.

L. 17 § 4 D. de cond. et dem. (35, 1) (Gaius) Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

L. 80 eod. (Scaevola): ...nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: *si monumentum fecerit*, et eum, cui datum est: *ut monumentum faciat*.

§ 44.

Дѣеспособность.

Дѣеспособностью въ широкомъ смыслѣ (*Handlungsfähigkeit*) называется способность совершать дѣйствія, имѣющія *юридическое значеніе*. Только дѣйствіе дѣеспособнаго лица считается правомъ за *дѣйствіе*, т. е. за выраженіе (дозволенной или недозволенной) *воли*. Дѣеспособность имѣетъ два подвида: способность къ заключенію юридическихъ сдѣлокъ

¹⁴) *Mitteis*, I. с. стр. 196 и сл., 200 и сл. Особо разсматривалось въ классическомъ правѣ дареніе съ возложеніемъ обязанности выдать вещь опредѣленному третьему лицу. Здѣсь даритель въ случаѣ невыполненія имѣлъ законное право требовать даръ обратно (путемъ *condictio*): искъ дарителя предоставлялся (въ видѣ *utilis actio*) также и заинтересованному третьему лицу (I. 3 C. 8, 54). *Haymann* I. с. (прим. 12), стр. 124 и сл. *Mitteis*, стр. 201. 203.

(Geschäftsfähigkeit, дѣеспособность въ узкомъ смыслѣ) и способность къ совершенію деликтовъ.

Способность къ заключенію юридическихъ сдѣлокъ есть способность самостоятельно совершать имѣющія юридическое значеніе волеизъявленія, необходимыя для созданія юридическихъ сдѣлокъ. Она включаетъ въ себя способность къ самостоятельному веденію дѣлъ, т. е. къ самостоятельному распоряженію своими интересами. Только вполне способное къ заключенію сдѣлокъ лицо считается самостоятельнымъ (зрѣлымъ), лично распоряжающимся своими интересами. Существуютъ три степени этой дѣеспособности:

I. *Недѣеспособными*, т. е. неспособными къ заключенію *какихъ бы то ни было* юридическихъ сдѣлокъ, являются: 1) *infans*, т. е. ребенокъ, не достигшій семилѣтняго возраста; 2) *furius* — душевнобольной. Недѣеспособный не можетъ заключить юридической сдѣлки даже при содѣйствіи опекуна (*auctoritatis interpositio*, согласіе присутствующаго опекуна), ибо его волеизъявленіе лишено всякаго юридическаго значенія. Однако, *infans* можетъ приобрѣтать передаваемое ему владѣніе, — такъ какъ въ основаніи приобрѣтенія владѣнія лежитъ чисто фактической моментъ (ср. I. 3. С. 7, 32).

II. *Ограниченно-дѣеспособными*, т. е. способными къ заключенію *нѣкоторыхъ* юридическихъ сдѣлокъ (и неспособными къ заключенію другихъ) являются по *римскому* праву: 1) *impubes* (мальчикъ, не достигшій 14, дѣвочка не достигшая 12 лѣтъ)¹⁾; *prodigus* (расточитель, состоящій подѣ

¹⁾ Установленіе опредѣленнаго возраста, конечно, произошло только въ позднѣйшее время. Установленіе года совершеннолѣтія для дѣвочекъ (12 лѣтъ) произошло въ началѣ императорскаго періода; 14-лѣтній возрастъ для мальчиковъ отстаивали прокуліанцы, сабиніанцы же отдавали рѣшающее значеніе физическому развитію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, и только Юстиніанъ окончательно ввелъ 14-лѣтній возрастъ. Точно такъ же и предѣлъ 7-лѣтняго возраста для *infantia* былъ установленъ только въ позднѣйшемъ

опекой). По древне-римскому праву и женщины были ограничены въ дѣеспособности (§ 103 II).

Посредствомъ своихъ волеизъявленій (юридическихъ сдѣлокъ) ограниченно-дѣеспособное лицо можетъ приобрѣтать, но не можетъ отчуждать или принимать на себя *обязанности*. Когда такое лицо заключаетъ юридическую сдѣлку, одновременно предоставляющую ему права и налагающую на него обязанности, напр., беретъ деньги взаймы, то оно приобрѣтаетъ право собственности на данныя ему взаймы монеты, но *сдѣлка* (заемъ, какъ таковой) не порождаетъ для него обязанности съ правомъ иска у кредитора: къ нему, такъ же, какъ и къ вполне недѣеспособному, можно только предъявить искъ о возвращеніи *обогащенія*, въ предѣлахъ еще находящагося у него обогащенія (ср. § 83 I). Если сдѣлка имѣетъ въ виду совершеніе извѣстныхъ дѣйствій обѣими сторонами (напр., купля-продажа), то ограниченно-дѣеспособное лицо приобрѣтаетъ право требовать совершенія условленнаго дѣйствія отъ своего контрагента, но самого его нельзя принудить къ совершенію соотвѣтственнаго дѣйствія (такъ назыв. *negotia claudicantia* ²⁾).

Вмѣсто ограниченно-дѣеспособнаго (если онъ не имѣетъ отца) можетъ совершать юридическія дѣйствія его опекунь.

императорскомъ періодѣ. Древнее право разумѣло подъ „*infans*“ ребенка, еще не умѣющаго говорить, и еще классическіе юристы допускали къ принятію наслѣдства *pupillus si dari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditalis non intellegat*, при наличности *tutoris auctoritatis* (l. 9 D. 29, 2). Ср. *Pernice, Labeo, Bd. 1, стр. 206* и сл.

²⁾ По Герм. Гражд. Ул. § 108, 109 въ такомъ случаѣ возникаетъ не хромающій (обязывающій только контрагента, но не самого *pupillus'a*) договоръ, но договоръ *in pendentia*, т. е. такой договоръ, который можетъ получить силу для *обѣихъ* сторонъ (т. е. и въ отношеніи обязанности другого контрагента) только послѣ одобренія его законнымъ представителемъ (отцомъ, опекуномъ).

Или же, *impubes* (если не имѣть отца) можетъ самъ заключить отчуждательную или обязывающую сдѣлку въ присутствіи и *при содѣйствіи опекуна* (*tutoris auctoritatis interpositio*)—(§ 103)³).

pr. I. de auct. tut. (1, 21): *Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.*

§ 2 eod.: *Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit; post tempus vero aut per epistulam interposita auctoritas nihil agit.*

³) Римское право существенно отличается отъ современнаго права въ двухъ отношеніяхъ: 1) римское право исходитъ изъ того предположенія, что находящійся подъ отеческой властью не имѣть собственнаго имущества (все приобретаемое имъ приобретается для домовладыки,—выше § 34); поэтому оно не считаетъ нужнымъ ни заботиться о лицѣ, находящемся подъ отеческой властью, ни восполнять его недостаточную дѣеспособность; только *не имѣющіе домовладыки* имѣли „законнаго представителя“ въ римскомъ правѣ (*impubes* имѣлъ *tutor'a*, *minor-curator'a*, ср. ниже III); домовладыка не считался законнымъ представителемъ по римскому праву; 2) законный представитель римскаго права (*tutor*, *curator*) по общему правилу не могъ дѣйствовать отъ имени своего подопечнаго, такъ какъ римское право въ принципѣ не допускало представительства (ниже § 45). Если нужно было отнести результатъ сдѣлки непосредственно къ лицу *pupillus'a*, то *pupillus* лично долженъ былъ принять участіе въ сдѣлкѣ. Этимъ объясняется огромное значеніе того положенія, что *pupillus* самъ могъ совершать юридическія дѣйствія при наличности *auctoritatis interpositio*.

L. 6 D. de V. O. (45, 1) (Ulpianus): Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquiret, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiusor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.

III. *Вполнѣ дѣеспособными*, т. е. допускавшимися къ заключенію *всякихъ* юридическихъ сдѣлокъ (значить, и къ принятію на себя обязанностей по договорамъ) являются всѣ остальные лица, т. е. по *римскому* праву—всѣ *puberes*, кромѣ душевнобольныхъ и взятыхъ подъ опеку. Возрастъ въ 25 лѣтъ впервые получилъ значеніе черезъ *lex Plaetoria* (190 г. до Р. X.; отсюда названіе этого предѣльнаго возраста—*legitima aetas*). *Lex Plaetoria* подъ угрозой наказанія воспрещала обманныя дѣйствія, направленные во вредъ *minor XXV anns (circumscriptus adolescens)*. На основаніи этого закона преторъ сталъ давать не достигшему 25 лѣтъ *exceptio legis Plaetoriae* противъ иска изъ сдѣлки, приносящей вредъ несовершеннолѣтнему. Позднѣе преторъ сталъ давать *in integrum restitutio* даже при наличности простого объективнаго ущерба для *minor'a* (хотя бы этотъ ущербъ не имѣлся въ виду его контрагентомъ,—ниже § 56). Эта же *lex Plaetoria* постановила, что несовершеннолѣтній (не имѣющій отца) можетъ испрашивать назначеніе попечителя надъ своимъ имуществомъ (*curator*). Въ теченіе императорскаго періода такое испрашиваніе стало общимъ правиломъ. Испрошенный кураторъ (*curator legis Plaetoriae*) не становился опекуномъ: несовершеннолѣтній, имѣвшій куратора, сохранялъ не только полную дѣеспособность, но и неограниченную власть надъ своимъ имуществомъ. Еще по классическому праву несовершеннолѣтній могъ принимать на себя вполнѣ дѣйствительныя обязательства, не испрашивая согласія своего куратора (I. 101 D. 45, 1). Конечно, подобное двойное управленіе дѣлами нельзя было признать цѣлесообразнымъ. Поэтому Діоклетіанъ возвелъ въ юридическій принципъ то положеніе, которое уже утвердилось въ жизни (I. 3 C. 2, 21):

съ назначеніемъ испрошеннаго куратора несовершеннолѣтній такъ же, какъ и поставленный подъ опеку расточитель, *лишаются* распоряженія своимъ *имуществомъ* ⁴⁾. Съ этихъ поръ римскій *minor curator habens*, хотя и считается теоретически вполне дѣеспособнымъ (какъ и всякій *minor pubes*), но не имѣетъ болѣе права самостоятельно заключать отчуждательныя и обязывающія сдѣлки: отнынѣ онъ является *неспособнымъ къ управленію* своимъ имуществомъ, такъ какъ управление его имуществомъ передано попечителю. Существо же его полной *дѣеспособности* оставалось неприкосновеннымъ въ томъ отношеніи, что онъ не нуждался въ *auctoritatis interpositio*, т. е. въ *непосредственномъ* содѣйствіи попечителя для заключенія сдѣлки: для него было достаточно получить *consensus curatoris*, который могъ быть данъ въ любой формѣ, какъ во время заключенія сдѣлки, такъ раньше и позднѣе, и могъ быть замѣненъ согласіемъ самого несовершеннолѣтняго послѣ достиженія имъ совершеннолѣтія. Его дѣеспособность проявлялась, далѣе, въ томъ, что онъ имѣлъ *право вступить въ бракъ и составлять завѣщаніе*. Только въ отношеніи оборотныхъ сдѣлокъ, налагавшихъ на него обязанности, находящійся подъ попечительствомъ *minor* нуждался въ согласіи своего попечителя, и безъ такого согласія подобныя сдѣлки не могли получить никакого *юридическаго значенія* для его имущества.

Германское право (уже по *Reichspolizeiordnung* 1548 г.) отмѣнило постановленія, касающіяся границъ *pubertas*, а вмѣстѣ съ тѣмъ и то особое положеніе, которое занимали *minores puberes* въ римскомъ правѣ. Германское право уже не проводило различія между содѣйствіемъ (*auctoritatis interpositio*) и согласіемъ (*consensus curatoris*) при заключеніи сдѣлокъ. Соответственно этому *Герм. Гражд. Уложение* (§ 106) признаетъ всѣхъ *несовершеннолѣтнихъ*, достигшихъ семи-

⁴⁾ Ср. *Pernice, Labeo, Bd. 1, стр. 227* и сл.

лѣтняго возраста (*infantia maiores*) безъ различія *ограниченно-дѣеспособными* (§ 114 приравниваетъ къ малолѣтнимъ взятыхъ подъ опеку слабоумныхъ, расточителей и подверженныхъ пьянству). Но право вступать въ бракъ возникаетъ для лицъ женскаго пола съ достиженіемъ 16 лѣтъ (Герм. Гр. Ул. § 1303), съ достиженіемъ этого же возраста является право составлять завѣщанія (§ 229. 2). Съ другой стороны въ настоящее время несовершеннолѣтіе продолжается только до завершения 21 года (Г. Г. У. § 2).

Уже въ концѣ императорскаго періода римское право допускало, чтобы несовершеннолѣтній испрашивалъ себѣ дарованіе императорской привилегіи (*venia aetatis*), благодаря чему мужчина, достигшій 20 лѣтъ, и женщина, достигшая 18 лѣтъ, признавались совершеннолѣтними (С. 2, 44). Современное германское право допускаетъ объявленіе совершеннолѣтія путемъ опредѣленія опекунскаго суда безъ различія пола послѣ достиженія 18 лѣтъ (Г. Г. У. § 3).

gr. I. de curat. (1, 23): *Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt.*

Г. Г. У. § 107: Для дѣйствительности изъявленія воли несовершеннолѣтняго (уже достигшаго семилѣтняго возраста), которое не сводится единственно къ приобрѣтенію юридической выгоды, требуется согласіе его законнаго представителя.

Отъ дѣеспособности (въ узкомъ смыслѣ) слѣдуетъ *отличать*:

1) *Правоспособность* (т. е. гражданско-правовую личность, ср. § 30). Правоспособность есть способность *имѣть* права и долги (способность быть носителемъ правъ и обязанностей). Она включаетъ въ себя способность приобрѣтать права и принимать на себя обязанности. И *infans* можетъ приобрѣтать права, можетъ стать должникомъ (посредствомъ дѣйствій другого лица, напр., своего опекуна). Въ противоположность этому дѣеспособность есть способность приобрѣтать

права и принимать на себя обязанности посредствомъ *своихъ собственныхъ дѣйствій* (волеизъявленій). *Infans* правоспособенъ, ибо онъ представляетъ собою личность, но онъ не дѣеспособенъ: онъ является личностью несамостоятельною (нуждающейся въ содѣйствіи другого лица для управленія своими дѣлами).

2) *Способность къ совершенію деликтовъ*, т. е. способность нести отвѣтственность за недозволенные дѣянія; эту способность право разсматриваетъ съ иной точки зрѣнія, чѣмъ дѣеспособность. Недѣеспособное лицо (*infans, furiosus*) является въ то же время неспособнымъ къ деликту. Но лицо ограниченно дѣеспособное уже считается способнымъ къ совершенію деликта по римскому праву, если оно представляется *doli caxa* (такъ, напр., *prodigus* и *pubertati proximus*). Сходны съ этимъ постановленія Герм. Гражд. Уложенія (§§ 827. 828): съ завершеніемъ 18 лѣтъ наступаетъ (примѣнительно къ гражданско-правовой отвѣтственности за вредъ) полная способность къ деликтамъ; для возраста между 7-ью и 18-ью годами рѣшающее значеніе имѣетъ индивидуальное развитіе (въ зависимости отъ того, было ли данное лицо *doli caxa*). Способность къ деликту наступаетъ, такимъ образомъ, *раньше*, чѣмъ полная дѣеспособность. Но только полная дѣеспособность въ смыслѣ способности къ совершенію *сдѣлокъ* обосновываетъ гражданскую самостоятельность лица (право личнаго веденія своихъ дѣлъ),—проявляется же полная дѣеспособность въ томъ, что она сообщаетъ обладателю ея возможность самостоятельно обязываться посредствомъ заключаемыхъ имъ *юридическихъ сдѣлокъ* (договоровъ).

§ 45.

Представительство.

Не всегда возможно лично заключить тѣ юридическія сдѣлки, которыя хотѣлось бы или слѣдовало бы заключить.

Умалишенный не можетъ купить себѣ хлѣба, даже если у него достаточно денегъ: *право* устраняетъ его отъ заключенія сдѣлки. Или: хозяинъ дома не можетъ ежедневно самъ ходить на базаръ для закупокъ провизіи къ обѣду,—онъ *фактически* не можетъ самъ заключать сдѣлокъ.

Въ случаѣ наличности фактическихъ препятствій лицо, желающее *лично* участвовать въ сдѣлкѣ, часто можетъ вмѣсто себя послать кого-нибудь другого. Посланный долженъ только помочь ему преодолѣть то препятствіе, которое заключается въ разстояніи, т. е. выполнить роль письма. Посланный только проходитъ за него дорогу до мѣста заключенія сдѣлки, *но не заключаетъ за него сдѣлку*. Посланный является просто тѣмъ орудіемъ, при помощи котораго посылающій *лично* изъясняетъ свою волю, т. е. лично заключаетъ сдѣлку. Посланный (nuntius)—это тотъ, кто передаетъ волеизъявленіе другого лица, какъ *чужое* волеизъявленіе (волеизъявленіе пославшаго его, указывая на то, что оно исходить отъ послѣдняго). Но можетъ случиться, что лицо, желающее заключить сдѣлку, *не хочетъ* лично принимать участіе въ ея заключеніи. Въ такомъ случаѣ оно даетъ другому *полномочіе* дѣйствовать вмѣсто себя (отъ своего имени): напр., купецъ ставитъ въ своемъ магазинѣ приказчика, хозяинъ ресторана—кельнера. Въ такомъ случаѣ рѣшающее значеніе имѣютъ переговоры съ *уполномоченнымъ*, которые разсматриваются такъ, какъ будто они велись съ самимъ хозяиномъ. Уполномоченный замѣщаетъ хозяина какъ въ совершеніи, такъ и въ принятіи волеизъявленій. Уполномоченный *заключаетъ сдѣлку* вмѣсто лица, давшаго полномочіе, и вмѣсто него создаетъ тотъ фактическій составъ сдѣлки (волеизъявленіе), который необходимъ для возникновенія сдѣлки. Въ этомъ заключается сущность *представительства*. Посланный (nuntius) есть простое орудіе, при помощи котораго я самъ изъясляю свою волю (только я изъясляю, посланный ничего не изъясляетъ), или черезъ посредство котораго

третьи лица изъясляютъ свою волю мнѣ (при полученіи отвѣта моимъ посланнымъ я еще ничего не получаю). Представитель же изъясляетъ волю заключить сдѣлку *вмѣсто меня* (только представитель изъясляетъ волю, я не совершаю никакихъ волеизъявленій); точно такъ же представитель принимаетъ изъясленіе контрагента, напр., заявленіе контрагента объ отказѣ, или о компенсаціи, или о принятіи условій договора, вмѣсто меня (полученіемъ отвѣта представителемъ завершается волеизъявленіе контрагента). Представителемъ является тотъ, кто совершаетъ волеизъявленіе *какъ свое собственное* изъясленіе, или кто *самъ* принимаетъ изъясленіе контрагента, но дѣлаетъ это съ тѣмъ, чтобы *послѣдствія волеизъявленія относились не къ нему самому, а къ другому лицу*. Представительство состоитъ въ заключеніи *юридической сдѣлки съ цѣлью вызова послѣдствій этой сдѣлки непосредственно для другого лица, т. е. въ заключеніи юридической сдѣлки отъ имени другого лица*.

Въ случаяхъ заключенія сдѣлокъ отъ лица сумасшедшихъ, вообще, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ налицо имѣется *юридическое* препятствіе къ личному заключенію сдѣлокъ (гдѣ недостаетъ необходимой дѣеспособности), всегда (поскольку ограниченно-дѣеспособныя лица не могутъ дѣйствовать лично, прибѣгнувъ къ *auctoritatis interpositio*), можетъ дѣйствовать только представитель, но не посланный.

Итакъ, существуютъ два вида замѣстительства при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ: съ одной стороны—*предписанное правомъ* („законное“) представительство за лицъ, устраняемыхъ правомъ отъ заключенія юридическихъ сдѣлокъ (въ Герм. Гр. Улож. оно носитъ названіе „*Vertretung durch einen gesetzlichen Vertreter*“), и съ другой стороны—*добровольное* представительство за лицъ, не имѣющихъ только фактической возможности лично участвовать въ заключеніи сдѣлки (въ Герм. Гр. Улож. оно называется „*Vertretung durch einen Bevollmächtigten*“). „Законное“ представитель-

ство означаетъ, что данное лицо не имѣетъ права лично вести свои дѣла (что оно находится подъ опекой), добровольное же представительство является просто однимъ изъ способовъ личнаго веденія своихъ дѣлъ. Первое основано на предписаніи права и не зависитъ отъ воли представляемаго, второе основывается на юридической сдѣлкѣ (волеизъявленіи), т. е. сила и объемъ его находятся въ зависимости отъ полномочія, выданнаго представляемымъ.

Римское *цивильное* право стало признавать представительство только постепенно и въ очень узкихъ границахъ ¹⁾. Сила юридическихъ сдѣлокъ древняго римскаго цивильнаго права зависѣла отъ ихъ *формы*. Форма доставляла права тому и налагала обязанности на того, кто къ ней прибѣгалъ. Установленіе правъ и обязанностей для посторонняго лица, непрічастнаго къ формѣ сдѣлки, представлялось римскому, такъ же, какъ и древне-германскому праву, невозможнымъ. Такое положеніе сохранило навсегда свою силу въ отношеніи *negotia iuris civilis* (*mancipatio, in iure cessio, также и stipulatio*): эти сдѣлки могли заключаться только отъ собственнаго имени и имѣли силу только для самого заключающаго сдѣлку. Правда, рабы и подвластныя дѣти приобрѣтали для своего домовладыки съ юридической необходимостью въ силу его власти надъ ними. Но цивильное право не знало приобрѣтенія, основаннаго на правѣ представительства (на желаніи заключающаго сдѣлку быть представителемъ): *per liberam personam nobis adquiri nihil potest* (ср. L. 126 § 2 D. 45, 1; L. 1 C. 4, 27). Это относилось и къ опекуну. Въ

¹⁾ Ср. съ послѣдующимъ изложеніемъ *Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, стр. 203 и сл.* Изъ прежней литературы слѣдуетъ отмѣтить: *Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht* (1885), стр. 9 и сл. и въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 21, стр. 200 и сл.* *Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte* (1881), *Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung insbes. bei oblig. Verträgen, Bd. 2* (1902), стр. 153 и сл.

томъ случаѣ, если имѣлось въ виду непосредственное приобрѣтеніе самимъ подопечнымъ, опекунъ долженъ былъ допустить къ сдѣлкѣ или принадлежащаго подопечному раба или же (поскольку это оказывалось возможнымъ) самого подопечнаго (съ *auctoritatis interpositio*, выше, § 44). Въ противномъ случаѣ опекунъ приобрѣталъ для себя. Точно такъ же, опекунъ принималъ на себя лично обязательство, если подопечный не заключалъ сдѣлку лично при *auctoritatis interpositio*.

Только *ius gentium*, проникая въ римское цивильное право съ своими неформальными юридическими сдѣлками, пробило брешь въ смыслѣ установленія свободы представительства,— по крайней мѣрѣ, въ сферѣ *вещнаго* права: въ императорскій періодъ стали допускать представительство при *приобрѣтеніи владѣнія* и при тѣхъ признанныхъ въ *ius gentium* способахъ приобрѣтенія правъ, въ которыхъ приобрѣтеніе права основывалось на приобрѣтеніи владѣнія,—въ частности при неторжественномъ приобрѣтеніи права собственности путемъ *traditio* (*negotium iuris gentium*). Посредствующимъ звеномъ въ данномъ случаѣ явился *procurator*, т. е. представитель домовладыки, обладающій *общимъ* полномочіемъ (онъ назывался поэтому также *procurator omnium rerum*) и призванный къ *длительному* управленію дѣлами хозяйства; таковымъ обыкновенно являлся вольноотпущенникъ, положеніе котораго въ домѣ приближало его къ *servus'у*. Уже въ началѣ императорскаго періода можно было черезъ посредство прокуратора приобрѣтать владѣніе, а, слѣдовательно, и тѣ права, приобрѣтеніе которыхъ было основано на владѣніи. Всѣ юридическія положенія, примѣнявшіяся къ *procurator'у*, впоследствии были перенесены и на опекуна, а затѣмъ и на „*quasi procurator'a*“, т. е. на всякаго уполномоченнаго (окончательное свое закрѣпленіе эти положенія получили при Юстиніанѣ). Вещи, приобрѣтенныя путемъ *traditio procurator'омъ* (добровольнымъ представителемъ) отъ имени уполно-

мочившаго его, опекуномъ отъ имени своего подопечнаго,— поступали *непосредственно* во владѣніе и въ собственность представляемаго. Однако, по отношенію къ контрактамъ, т. е. въ сферѣ *обязательственнаго* права, продолжало дѣйствовать прежнее правило: контракты порождаютъ права и обязанности только для самого контрагента, контракты не могутъ быть заключаемы отъ имени другого лица.

Даже *преторъ* внесъ въ эту область только частичныя измѣненія. Приблизительно къ концу республиканскаго періода онъ ввелъ *actiones adiecticiae* (ниже § 88), т. е. онъ сталъ давать *противъ* представляемаго искъ съ широкимъ содержаніемъ по поводу долговъ назначеннаго имъ представителя (напр. *institor'a*, т. е. уполномоченнаго для веденія предпріятія). Слѣдовательно, по преторскому праву хозяинъ дѣла являлся тоже отвѣтственнымъ (противъ него преторъ давалъ контрактный искъ какъ *actio institoria*) на основаніи контракта, заключеннаго представителемъ (напр., поставленнымъ въ лавкѣ *institor'омъ*). Но и самъ представитель тоже являлся отвѣтственнымъ по цивильному праву (контрактный искъ могъ быть предъявленъ къ нему въ качествѣ *actio directa*). Въ то же время вытекающее изъ контракта право требованія принадлежало только представителю, а *не хозяину* дѣла (только въ крайнемъ случаѣ преторъ давалъ хозяину *utilis actio*). Только въ тѣхъ случаяхъ, когда представителемъ былъ рабъ или подвластный (*filius familias*) хозяина дѣла,—*право*, вытекающее изъ контракта, приобрѣталось хозяиномъ непосредственно (*ipso iure*): это приобрѣтеніе происходило, однако, въ силу права личной власти, а не въ силу права представительства.

Слабое развитіе даже и преторскаго права представительства обусловливалось экономическими причинами. Римское хозяйство было основано на рабствѣ (домашнее хозяйство). Представителемъ обыкновенно былъ рабъ, иногда подвластный сынъ. Права приобрѣтались благодаря власти домовла-

дыки, обязанности домовладыки возникали благодаря *actiones adiecticiae*. Такимъ образомъ, практическая потребность оказывалась удовлетворенной, и не ощущалось необходимости въ расширеніи права представительства (привлеченіемъ свободныхъ людей) ²⁾. Вслѣдствіе иного характера отношеній современный институтъ представительства носить совершенно иной видъ.

Современное право принципиально допускаетъ какъ законное, такъ и добровольное представительство во *всѣхъ* оборотныхъ сдѣлкахъ, (слѣдовательно, отсюда исключаются сдѣлки семейнаго права, напр., вступленіе въ бракъ, и сдѣлки наследственнаго права, напр., завѣщаніе). Представитель заключаетъ сдѣлку для другого лица: но поскольку мы разсматриваемъ самое *заключеніе* сдѣлки (т. е. съ точки зрѣнія акта волеизъявленія, вызывающаго сдѣлку), она представляется сдѣлкой самого представителя. Послѣдствія же ея падаютъ не на представителя, а на другое лицо (*dominus negotii*): съ точки зрѣнія своихъ *послѣдствій* сдѣлка является сдѣлкой представляемаго. Герм. Гр. Ул. (§ 164), разумѣется, придерживается этихъ воззрѣній современнаго права: представляемый

²⁾ Совершенно иную картину можно было наблюдать въ Египтѣ. Тамъ было мало рабовъ. Въ оборотъ принимали участіе свободные представители. Поэтому тамъ греческое право выработало принципъ непосредственнаго представительства, который въ области всѣхъ оборотныхъ сдѣлокъ, въ частности и въ области контрактовъ, проводился въ жизнь черезъ свободныхъ представителей. Ср. *L. Wenger*, *Die Stellvertretung im Rechte de Papyri* 1906, особенно стр. 268. 269. Однако, это касалось только грековъ, но не *римлянъ*, проживавшихъ въ Египтѣ. Таково мнѣніе *Mitteis*, *Röm. Privatr.* Bd. 1, стр. 230. 231 и въ *Zeitschr. d. Sav. St. Bd.* 28, стр. 477 и сл. Такъ же, какъ *Mitteis*, смотритъ *Kübler* въ *Zeitsch. d. Sav. St. Bd.* 29, стр. 223, въ то время, какъ *Manigk* въ *Berliner Philolog. Wochenschr.* 1909. № 52, стр. 1635 вмѣстѣ съ *Wenger*'омъ отстаиваетъ взглядъ, будто греческій институтъ свободнаго представительства въ Египтѣ на практикѣ примѣнялся и по отношенію къ римлянамъ.

приобрѣтаетъ права и обязанности *непосредственно* изъ сдѣлки, заключенной его представителемъ (такъ называемый принципъ непосредственнаго или прямого представительства).

Для наступленія послѣдствій представительства ³⁾ необходимо, чтобы контрагенту была *ясна* наличность представительства. Только въ томъ случаѣ, когда представитель (опекунъ или уполномоченный) дѣйствуетъ *какъ таковой*, т. е. съ отчетливо выраженнымъ или съ достаточною ясностью вытекающимъ изъ обстоятельствъ дѣла *указаніемъ* на то, что сдѣлка заключается для другого лица (представляемаго—*dominus negotii*), наступаютъ такія послѣдствія, въ силу которыхъ права и обязанности приобретаются *dominus'омъ* сдѣлки, а не представителемъ. Слѣдовательно, съ самаго начала должно быть ясно, что сдѣлка заключается *отъ имени dominus negotii* (напр., заключеніе договора кельнеромъ въ ресторанѣ, приказчикомъ въ магазинѣ). Нормы, относящіяся къ представительству, находятъ примѣненіе только въ томъ случаѣ, если для контрагента ясна наличность представительства (обычно такое представительство называютъ *открытымъ*).

Наоборотъ, такой уполномоченный (или законный представитель), который дѣйствуетъ хотя и въ интересахъ (за счетъ) своего *dominus'a*, но не отъ его, а отъ *собственного имени* (такъ называемый скрытый или косвенный представитель) вообще не считается представителемъ, и въ этомъ случаѣ постановленія права о представительствѣ не находятъ себѣ примѣненія. Послѣдствія сдѣлки, заключенной такимъ образомъ (напр., мой другъ покупаетъ для меня почтовые марки на почтѣ, мой комиссіонеръ покупаетъ для меня цѣнныя бумаги на биржѣ) падаютъ на заключающаго сдѣлку (друга, комиссіонера), а не на *dominus negotii*. Для

³⁾ Поскольку таковое вообще допускается,—слѣдовательно, по отношенію къ римскому праву придется принять во вниманіе ограниченія, указанныя выше.

перенесенія послѣдствій такой сдѣлки (напр., для пріобрѣтенія права собственности) на *dominus negotii* необходима новая юридическая сдѣлка. Слѣдовательно, косвенное (посредственное) представительство въ дѣйствительности *не является представительствомъ* въ юридическомъ смыслѣ, и, слѣдовательно, тотъ фактъ, что римское цивильное право принципиально допускало только представительство посредственное (порождающее права и обязанности прежде всего для самого заключающаго сдѣлку), но не непосредственное представительство, означаетъ, что оно въ принципѣ *вовсе не допускало представительства* ⁴⁾.

Не является представительствомъ и такъ называемое *не-*

4) „Косвенному представителю“ можно дать порученіе, но ему нельзя дать полномочія. Необходимо различать порученіе и полномочіе. Порученіе опредѣляетъ внутреннія отношенія между заключающимъ сдѣлку и ея хозяиномъ; полномочіе же опредѣляетъ внѣшнія отношенія между заключающимъ сдѣлку и третьимъ лицомъ. Порученіе *обязываетъ* заключающаго сдѣлку къ ея заключенію (для этого необходима наличность договора, т. е. принятіе порученія тѣмъ лицомъ, кому оно дано). Полномочіе даетъ заключающему сдѣлку *право* на совершеніе сдѣлки съ третьимъ лицомъ и на принятіе волеизъявленія третьяго лица *отъ имени* хозяина сдѣлки (для полномочія требуется только одностороннее волеизъявленіе хозяина сдѣлки). Порученіе можетъ быть дано *безъ* полномочія (такъ, напр., въ случаѣ „косвеннаго представительства“). И полномочіе можетъ быть дано безъ договора порученія (въ основѣ его могутъ лежать отношенія товарищества, отношенія, вытекающія изъ договора найма). Въ отношеніи *третьяго лица*, т. е. для приданія силы сдѣлкѣ, заключенной съ третьимъ лицомъ, всегда имѣетъ рѣшающее значеніе *полномочіе*. Въ случаѣ наличности полномочія, послѣдствія сдѣлки, заключенной отъ имени представляемаго, падаютъ,—по современному праву—только на представляемаго. Если же *полномочіе* отсутствуетъ, то послѣдствія сдѣлки—за исключеніемъ случая послѣдующаго одобренія (*ratihabitio*) со стороны представляемаго (отъ имени котораго сдѣлка заключена)—падаютъ и въ настоящее время только на представителя (*falsus procurator*),—ср. Герм. Гр. Улож. § 177—180.

свободное представительство римскаго права (неизвѣстное праву современному), т. е. *юридически неизбѣжное* приобрѣтеніе господиномъ черезъ раба, *paterfamilias*'омъ черезъ *filiusfamilias*'а (выше, §§ 32 и 34). Въ данномъ случаѣ сдѣлка влечетъ за собой по общему правилу только *благопріятныя* послѣдствія для *dominus*, который не несетъ отягчающихъ послѣдствій сдѣлки (въ принципѣ онъ не считается обязаннымъ по займу, несмотря на то, что онъ приобрѣтаетъ право собственности на полученныя взаймы деньги). Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ только *отчасти* наступаютъ свойственныя представительству послѣдствія. Для того, чтобы *dominus* не только приобрѣталъ права, но и обязывался по такой сдѣлкѣ необходима наличность еще другихъ особыхъ условій (ниже § 88). Далѣе, для наступленія предписаннаго правомъ приобрѣтенія господина безразлично, дѣйствовалъ ли *servus* или *filiusfamilias* отъ собственнаго имени или отъ имени господина, былъ ли онъ уполномоченъ, или нѣтъ. И здѣсь постановленія права о представительствѣ *не примѣняются*.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Защита правъ.

§ 46.

В в е д е н і е.

I. *Осуществленіе права*. Осуществленіе права заключается въ использованіи его содержанія. Осуществленіе права есть актъ правомѣрный (*qui iure suo utitur, neminem laedit*); исключеніе составляютъ случаи осуществленія права съ цѣлью совершить недозволенное дѣяніе (напр., собственное оружіе употребляется для поврежденія вещи, для убійства). Однимъ изъ случаевъ послѣдняго рода является также пользование

правомъ ради шиканы, т. е., *исключительно* ради причиненія вреда другому лицу. Осуществленіе права ради шиканы есть актъ неправомѣрный (Герм. Гр. Улож. § 226).

II. *Защита права.* Защита права имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда для осуществленія права необходимо добиться опредѣленнаго дѣйствія другого лица (напр., если нѣкто другой владѣетъ моею вещью, нѣкто другой долженъ мнѣ 100). Защита права порождаетъ *принужденіе*, обращенное къ другой сторонѣ. Въ наше время принужденіе исходить отъ государства, а не (какъ въ древнѣйшее время) отъ частнаго лица и его родни. Вся наша современная система защиты права основана на *запрещеніи самоуправства* (т. е. примѣненія частнымъ лицомъ силы въ отношеніи другого лица). Гражданско-правовая свобода (правоспособность) нашего времени есть свобода отъ самоуправства частныхъ лицъ она связана только съ подчиненіемъ публичной власти. Отсюда вытекаютъ слѣдующія положенія.

1) *Самозащита*, т. е. отраженіе самоуправнаго дѣйствія другого лица (необходимая оборона) считается, по общему правилу, правомѣрной. Она представляетъ собой слѣдствіе гражданско-правовой свободы: *vim vi repellere licet*.

2) *Самопомощь*, т. е. *наступательное* самоуправство, направленное противъ другого лица съ цѣлью принудить его къ удовлетворенію извѣстнаго притязанія, считается, по общему правилу, неправомѣрнымъ. Самопомощь представляетъ собой превышеніе своего права на свободу и вторженіе въ сферу свободы другого лица. Самопомощь есть *самоуправное взысканіе* (удовлетвореніе своего притязанія посредствомъ насилія надъ другимъ лицомъ). Взысканіе не есть осуществленіе права: послѣднее заключается въ собственномъ дѣйствіи управомоченнаго, совершаемомъ ради удовлетворенія права, взысканіе же имѣетъ въ виду вынудить или замѣнить эквивалентомъ дѣйствіе другого лица, необходимое для удовлетворенія. Для того, чтобы побудить другое лицо со-

вершить определенное дѣйствіе, надлежитъ обратиться къ государственной власти: обращеніе это происходитъ въ формѣ предъявленія иска (actio). Частное лицо имѣетъ *притязаніе*, т. е. право *требовать* отъ своего *противника* совершенія извѣстнаго *дѣйствія* (положительнаго дѣйствія или воздержанія отъ дѣйствія), необходимаго для удовлетворенія права (Герм. Гр. Ул. § 194). Принудить же другое лицо къ совершенію такого дѣйствія можетъ только государство. Поэтому необходимо сначала обосновать притязаніе въ публично-правовомъ производствѣ (въ гражданскомъ процессѣ) передъ государственнымъ судомъ, потомъ превратить его черезъ судебный приговоръ въ притязаніе публично-правового характера, и только послѣ этого возможно добиться удовлетворенія при помощи государственнаго принужденія.

Постановленія *римскаго* права о самопомощи основаны на *decretum divi Marci* (Марка Аврелія) и на примыкающемъ къ нему правѣ позднѣйшаго императорскаго періода (ср. I. 13 D. 4, 2, I. 7 C. 8, 4): лицо, самоуправно осуществляющее свое право, теряетъ это право (т. е. должно вернуть взятое); если окажется, что данное лицо въ дѣйствительности не обладало соответственнымъ правомъ, оно обязано вернуть самоуправно присвоенное въ двойномъ размѣрѣ. Современное германское право не знаетъ гражданско-правового наказанія за самопомощь (лишенія даннаго права, возмѣщенія въ двойномъ размѣрѣ). Но теперь самопомощь, вслѣдствіе своей неправомѣрности, даетъ тому лицу, противъ котораго она направлена, право на необходимую оборону; съ другой стороны, она налагаетъ на лицо, къ ней прибѣгнувшее, обязанность возмѣщенія ущерба (даже при наличности извинительнаго заблужденія,—Герм. Гр. Ул. § 231).

Тѣмъ не менѣе, изъ общаго правила запрещенія самопомощи исключаются нѣкоторые случаи. Въ случаѣ *крайней необходимости*, когда судебная защита фактически не можетъ достигъ цѣли, и когда, такимъ образомъ, безъ

самопомощи может возникнуть неустранимый вред (напр., когда должник захочет бѣгствомъ спастись отъ кредитора), самопомощь допускается какъ римскимъ, такъ и современнымъ правомъ (ср. l. 10 § 16 D. 42, 8; Герм. Гр. Ул. § 229).

§ 47.

Римскій гражданскій процессъ¹⁾.

Основной чертой классическаго римскаго гражданскаго процесса является его раздѣленіе на двѣ совершенно самостоятельныя части: на *производство in iure* и на *производство in iudicio*. Очевидно, что римскій гражданскій процессъ произошелъ изъ производства третейскаго суда. Римское государство оказывало юридическую помощь въ той формѣ, что стороны принуждаемы были обратиться къ санкціонированному государственной властью третейскому суду. Отсюда возникли двѣ части процесса: въ первой части (*in iure*) на-

¹⁾ Классическимъ сочиненіемъ, посвященнымъ римскому гражданскому процессу, является книга *Keller, Der römische Zivilprozess und die Aktionen*, прекрасно переработанная въ 6 изданіи *Wach*'омъ (1883). И все же новѣйшее изслѣдованіе основныхъ вопросовъ ушло значительно впередъ сравнительно съ *Keller*'омъ. Особеннаго вниманія въ данномъ вопросѣ заслуживаетъ *M. Wlassak, Römische Prozessgesetze*, 2 тома, 1888. 1891. Къ этому же *M. Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozess, Festschrift für Windscheid*, 1889. *Zur Geschichte der Kognitur*, 1893 и въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 25, стр. 81 и сл. Взгляды, высказанные *Wlassak*'омъ могутъ считаться господствующими въ наше время. Изъ новѣйшихъ сочиненій слѣдуетъ отмѣтить: *Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 2 тома (1871. 1873); *Karlowa, Der römische Zivilprozess zur Zeit der Legisaktionen* (1872); *Baron, Abhandlungen, aus dem röm. Zivilprozess*, 3 тома (1881. 82. 87); *Aug. Schultze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung* (1883), стр. 228 и сл. *O. E. Hartmann, Der Ordo iudiciorum und die Iudicia extraordinaria der Römer, erster Teil: Über die römische Gerichtsverfassung*, съ дополненіемъ и въ изданіи *A. Ubbelohde* (1886).

значался третейскій судъ, во второй (in iudicio) происходило разбирательство третейскаго суда ²⁾.

Производство in iure происходило *передъ магистратомъ*, т. е. передъ судебной властью, представляющей суверенную государственную власть: со времени введенія претурсы производство in iure происходило обычно *передъ преторомъ*. Сущность *притязанія*, составляющаго предметъ разбирательства, устанавливается in iure. Если уже въ производствѣ in iure (до назначенія третейскаго суда) отвѣтчикъ признавалъ справедливость *притязанія* истца (confessio in iure), или если одна сторона требовала отъ другой присяги въ подтвержденіе наличности или отсутствія *притязанія* (iusiurandum in iure delatum), то дѣло вовсе не доходило до третейскаго суда: confessio in iure, iusiurandum in iure замѣняли рѣшеніе суда (ср. выше § 12). Задача производства in iure заключалась въ томъ, чтобы установить допустимость притязанія (подлежитъ ли вообще данное притязаніе разсмотрѣнію въ гражданскомъ процессѣ), содержаніе притязанія и вмѣстѣ съ тѣмъ условія его осуществленія. Производство in iure завершается (поскольку притязаніе продолжаетъ оспариваться) такъ называемой *litis contestatio*, т. е. *формулированіемъ* спора о правѣ въ договорѣ тяжущихся; этимъ самымъ подготавливается почва для iudicium (третейскаго суда, получившаго полномочіе отъ государственной власти). Litis contestatio („закрѣпленіе спора“) называется такъ потому, что первоначально съ ней былъ связанъ торжественный вызовъ свидѣтелей обѣими сторонами ³⁾.

²⁾ Этотъ выводъ основанъ на изслѣдованіяхъ *Wlassak'a*. Ср. *Wlassak* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 25, стр. 139, прим. 9. *Lenel*, тамъ же, Bd. 24, стр. 342. 343.

³⁾ Festus de verborum signif.: *contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod *ordinato iudicio* utraque pars dicere solet: *testes estote*. Обѣ стороны должны вызвать свидѣтелей (contestari). Этимъ самымъ онѣ торжественно отдають свой формулированный

Она представляет собой санкционированный властью договоръ о третейскомъ судѣ, получающій свою публично-правовую силу

споръ на разсмотрѣніе назначеннаго iudicium (третейскаго суда). Отсюда вытекаетъ возрѣніе, что iudicio (совершеніемъ litis contestatio) *contrahitur* (Cicero de leg. III 3: *lites contractas iudicanto*; l. 3 § 11 D. 15, 1: *sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi*). Начинаящаяся вызовомъ свидѣтелей *litis contestatio* составляетъ существенную основу рѣшенія, она является предметомъ *litigare, agere, petere*. Ср. *Wlassak*, *Kognitur*, стр. 7 и сл. и ниже § 48, прим. 1.—Выраженіе Феста „*ordinato iudicio*“ раньше толковалось въ томъ смыслѣ, что вызовъ свидѣтелей происходилъ уже *послѣ* назначенія iudicium, т. е. уже *послѣ* формулированія спора о правѣ, и что имъ „завершалось“ производство *in iure*. *Wlassak* же (*Litiskontest.*, стр. 72 и сл.) доказалъ, что, наоборотъ, „*litem ordinare*“ означаетъ „подготовить споръ о правѣ“ (совершивъ необходимое для этого дѣйствіе), ср. выраженіе: *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. Въ такомъ случаѣ выраженіе „*ordinato iudicio*“ означаетъ: „послѣ того, какъ iudicium будетъ подготовлено“. Послѣ того, какъ выяснится характеръ формулированнаго спора (характеръ *legis actio*, позднѣе—содержаніе формулы), обѣ стороны (по взаимному соглашенію) вызываютъ свидѣтелей, чтобы торжественно въ ихъ присутствіи совершить самый актъ формулированія предмета спора (*litis contestatio*). Въ древнее время этотъ актъ заключался въ произнесеніи опредѣленной словесной формулы (*legis actio*). Въ формулярномъ процессѣ онъ заключался (какъ это съ достаточной вѣроятностью предположилъ *Wlassak* въ упомянутомъ сочиненіи) въ *передачѣ* (иногда путемъ диктовки) истцомъ отвѣтчику письменной формулы, одобренной (*datio*) преторомъ. И въ формулярномъ процессѣ *стороны* по договору совершали *актъ* формулированія предмета спора (истецъ „эдировалъ“, отвѣтчикъ „акцентовалъ“ формулу, а вмѣстѣ съ тѣмъ и iudicium). Поэтому вызовъ свидѣтелей обѣими сторонами продолжалъ имѣть мѣсто и при этомъ актѣ формулярнаго процесса (*Wlassak*, l. c. стр. 70 и сл.), но въ теченіе императорскаго періода онъ отпалъ, такъ какъ при письменной формулѣ онъ не имѣлъ практическаго значенія. Съ данными *Wlassak*'а ср. *Lenel* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 15, стр. 374 и сл., Bd. 24 стр. 329 и сл. и полемику *Hölder*'а, *Bekker*'а (въ той же *Zeitschr.* Bd. 24 стр. 197. 362 и сл. Bd. 27, стр. 13 и сл., Bd. 31, стр. 371 и сл.) и *Schlossmann*'а *Litis Contestatio* (1905).

(приводящую къ исполненію рѣшенія) вслѣдствіе содѣйствія присутствующаго представителя власти. Магистратъ отказывалъ въ *litis contestatio* (*denegatio actionis*), если притязаніе представлялось ему необоснованнымъ или недостойнымъ юридической защиты по матеріальнымъ или формальнымъ соображеніямъ ⁴⁾. Наоборотъ, въ допущеніи *litis contestatio* со стороны магистрата (*datio actionis*) слѣдуетъ видѣть рѣшеніе магистрата (*decretum*) о томъ, что притязаніе обосновано и что оно должно стать предметомъ разбирательства назначеннаго для сего *iudicium*'а.

Однако, производство *in iure* не можетъ завершиться постановленіемъ судебного рѣшенія въ юридическомъ смыслѣ этого слова (*sententia*). Для того, чтобы споръ, получившій свою формулировку *in iure* (посредствомъ *litis contestatio*) достигъ судебного рѣшенія,—процессъ долженъ перейти отъ магистрата къ присяжному третейскому судѣ (*iudex*), т. е. къ *частному лицу* (при извѣстныхъ обстоятельствахъ, къ нѣсколькимъ лицамъ, рѣшавшимъ споръ коллегіально) ⁵⁾.

⁴⁾ Ср. *R. Schott*, Das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Zivilprozess 1903. *Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, 1904. *Denegatio actionis* есть *свободное* проявленіе *imperium*, которымъ преторъ обладалъ уже въ эпоху легисакціоннаго процесса. *Wlassak*, *Prozessgesetze*, Bd. 2, стр. 335 и сл. и въ *Ztschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 25, стр. 81 и сл., Bd. 28, стр. 108 и сл. *Lenel*, тамъ же Bd. 30, стр. 329 и сл. *Mitteis*, *Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 40, прим. 3. Иначе говорить ученіе, господствовавшее прежде, устраненное въ Германіи *Wlassak*'омъ, поддерживаемое во Франціи и по сіе время *Girard*'омъ и его учениками (литература указана у *Wlassak*, *Ztschr.*, Bd. 25, стр. 81, прим. 2).—Въ прежнее время для обозначенія преторской *denegatio actionis* примѣнялось выраженіе: *exceptio*, ср. *Wlassak*, *Der Ursprung der römischen Einrede* (въ *Festgabe für Pfaff*), 1910.

⁵⁾ Въ періодъ республики для процессовъ объ отпущеніи на волю была установлена постоянная коллегія присяжныхъ децемвировъ (*decemviri litibus iudicandis*), для процессовъ о виндикаціи—особенно для процессовъ о наслѣдствѣ (*hereditatis vindicatio*)—кол-

Только *частное лицо*, призванное рѣшить дѣло не по своему свободному усмотрѣнію и не въ силу принадлежащей ему власти, а только сообразно велѣнію положительнаго права ⁶⁾ на основаніи принесенной присяги), можетъ постановить рѣшеніе въ юридическомъ смыслѣ (*sententia*); только частное лицо въ состояніи быть настоящимъ *iudex*омъ, органомъ *объективнаго* права. Рѣшеніе *магистрата* и въ гражданскихъ дѣлахъ съ формальной стороны является только про-

легія центумвировъ (*centumviri*), насчитывавшая 105, затѣмъ 180 членовъ (эта коллегія раздѣлялась на нѣсколько отдѣловъ, *consilia*). Если преторъ желалъ спѣшно закончить дѣло, то онъ могъ въ видѣ исключенія въ силу своего *imperium* назначить коллегію изъ *recuperatores* (назначавшихся обычно въ числѣ 3 или 5), которая должна была вынести рѣшеніе черезъ определенный срокъ. Это имѣло мѣсто при процессахъ объ отпущеніи на волю (*vindicatio in libertatem*), вслѣдствіе чего рекуператорный судъ фактически вытѣснилъ судъ децемвировъ (последніе со времени Августа больше не выполняли данной функціи) и при процессахъ между иностранцами. Ср. *Wlassak*, *Röm. Prozessgesetze*, Bd. 1, стр. 179, прим. 12, Bd. 2, стр. 318. *Recuperatores* (назначавшіеся всегда только на одинъ разъ) и *centumviri* были частными лицами, такъ же, какъ и *unus iudex*. Хотя въ число *centumviri* назначались всегда по три члена отъ каждой изъ 35 трибъ, не слѣдуетъ заключать, будто они избирались трибутными комиціями. Наоборотъ, *decemviri* къ концу республики должны были избираться трибутными комиціями, такъ что они формально причислялись къ *magistratus (minores) populi Romani*; но ихъ положеніе относительно сторонъ при этомъ не измѣнялось. Про всѣхъ присяжныхъ въ равной мѣрѣ, также и про децемвировъ, можно сказать, что они выступаютъ по отношенію къ сторонамъ просто въ качествѣ частныхъ лицъ (*iudex privatus*), а не въ качествѣ представителей власти, обладающихъ принуждающей силой,—ср. *Pernice*, въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift*, Bd. 5, стр. 48.

⁶⁾ *Iudex* имѣетъ право отклониться отъ указаній дѣйствующаго права только по специальному предписанію магистрата (*exceptio, actio in factum* и т. д.); при этомъ отвѣтственность падаетъ на магистрата, а не на *iudex*а.

явленіемъ верховнаго imperium (decretum или interdictum); въ юридическомъ смыслѣ оно представляетъ собою приказъ, а не приговоръ ⁷⁾. Только рѣшеніе давшаго присягу частнаго лица (iudex), авторитетъ котораго основанъ не на imperium, а на officium, можетъ считаться приговоромъ, а не приказаніемъ, вердиктомъ (sententia), а не распоряженіемъ представителя власти. На этомъ именно основаніи въ римскомъ гражданскомъ процессѣ магистрату предписывается воздерживаться отъ самоличнаго рѣшенія спора о правѣ, передавая его на разсмотрѣніе третейскому судѣ, частному лицу (которое назначается судьей—iudex—для даннаго процесса) ⁸⁾. Расчлененіе гражданского процесса на указанныя

7) Поэтому и въ гражданскихъ дѣлахъ рѣшеніе *магистрата* можетъ быть отмѣнено интерцессіей другого магистрата, равнаго или болѣе высокаго ранга, т. е. одно *приказаніе* можетъ быть отмѣнено противоположнымъ *приказаніемъ* носителя такой же власти (imperium). Рѣшеніе же, постановленное давшимъ присягу *частнымъ лицомъ* (iudex'омъ легисакціоннаго и формулярнаго процесса)—sententia—не подлежитъ апелляціи (рѣшеніе третейскаго суда не подлежало интерцессіи). Только рѣшеніе судьи-чиновника въ когниціонномъ процессѣ, являющагося представителемъ *власти*, подлежитъ обжалованію въ апелляціонномъ порядкѣ (обращеніе къ *болѣе высокому* должностному лицу). Всѣ дѣла, доходившія до императора, разсматривались въ порядкѣ когниціоннаго производства: при апелляціи дѣло направлялось отъ императорскаго делегата (ниже, § 57, прим. 2) къ императору. Когда, наконецъ, каждое дѣло стало рѣшаться въ когниціонномъ процессѣ чиновнымъ судьей отъ имени императора (ниже, § 57 въ концѣ), возникла современная апелляція—настоящій юридическій способъ переноса дѣла въ другую *инстанцію*, отдача его на новое *разсмотрѣніе высшему* суду съ цѣлью добиться новаго рѣшенія. Ср. *J. Merkel*, Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts, Heft 2: Über die Geschichte des klassischen Appellation (1883). *Lefèvre*, Du rôle des Tribuns de la plèbe en proc. civile, Paris 1910, стр. 201 и сл. *Wenger* въ Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 30, стр. 480, 481.

⁸⁾ Правда, запрещеніе магистрату разрѣшать дѣла самостоятельно и передача дѣлъ на разсмотрѣніе суда присяжныхъ были устано-

двѣ части—на производство *in iure* и на производство *in iudicio*—въ сущности, знаменуетъ собою *освобожденіе* частнаго права отъ власти магистратовъ.

Послѣ того, какъ споръ о правѣ признавался обоснованнымъ и получалъ свою формулировку (*litis contestatio*), онъ направлялся для дальнѣйшаго разсмотрѣнія къ частному присяжному *iudex* (или къ нѣсколькимъ *iudices*). Это производство передъ *iudex*’омъ и составляло *производство in iudicio* (въ санкціонированномъ государственной властью третейскомъ судѣ). Задачу его составляло, какъ уже сказано, *разрѣшеніе* спора о правѣ путемъ постановленія *приговора* (*sententia*) *iudex*’омъ. Здѣсь на сцену выступали *факты*, обосновывающіе или исключаютъ заявленное истцомъ притязаніе. *Iudex*—въ предѣлахъ, представляющихся ему необходимыми,—собираетъ доказательства. Затѣмъ онъ по совѣсти (*ex animi sententia*) постановляетъ свое рѣшеніе⁹⁾.

Въ то время, какъ производство *in iudicio*, поскольку мы можемъ судить, не претерпѣло никакихъ существенныхъ измѣненій со времени XII таблицъ до самаго конца классической эпохи, производство *in iure* къ концу республики было

влечены *закономъ* только для случаевъ возникновенія процессовъ между римскими гражданами и въ предѣлахъ римскаго городского округа. *Wlassak, Röm. Prozessgesetze, Bd. 2, стр. 338—442.*

⁹⁾ Первоначально терминъ *iudicium* употреблялся для обозначенія суда, именно третейскаго суда (суда присяжныхъ), которому поручалось *рѣшеніе* спора о правѣ. *Wlassak, Röm. Prozessgesetze, Bd. 2, стр. 53, 54.* Этимъ объясняется позднѣйшее словоупотребленіе, по которому производство въ судѣ присяжныхъ (передъ давшимъ присягу частнымъ лицомъ) называется производствомъ *in iudicio*, хотя, какъ доказалъ *Wlassak, l. c., стр. 26 и сл., 56 и сл.,* въ источникахъ терминомъ *iudicium* обозначался процессъ *въ его цѣломъ*, слѣдовательно, и производство *in iure*, въ частности, *litis contestatio*. Съ точки зрѣнія источниковъ, *iudicium* было налицо (*iudicium inchoatum, iudicio actum est*) уже съ момента *litis contestatio*. *Wlassak, стр. 29. 32.*

значительно преобразовано: легисакціонный процессъ оказался вытѣсненнымъ формулярнымъ процессомъ.

§ 48.

Legis actio.

Древне-римское производство in iure заканчивалось торжественнымъ актомъ *litis contestatio*, совершаемымъ сторонами. Послѣ того, какъ обѣ стороны, участвующія въ процессѣ, заканчивали свои переговоры передъ магистратомъ, и когда процессъ уже подходилъ къ стадіи назначенія *iudicium* со стороны магистрата, обѣ стороны торжественно вызывали свидѣтелей; въ присутствіи послѣднихъ стороны сами совершали актъ формулированія предмета своего спора въ опредѣленныхъ, заранѣе установленныхъ традиціонныхъ выраженіяхъ съ цѣлью подготовить его разрѣшеніе третейскимъ судомъ (*litis contestatio*, выше § 47). Формулы, произносившіяся при этомъ, были заимствованы либо изъ народнаго закона (именно того закона, на которомъ основывался искъ), либо изъ древняго обычая, который по силѣ приравнявался къ народному закону (*lex*). Поэтому актъ *litis contestatio*, да и весь процессъ (средоточіе и центръ тяжести котораго составляла *litis contestatio*) назывался *legis actio*¹⁾, т. е., *закономѣрнымъ* процессомъ. Это и былъ настоящій, подлинный процессъ, приводившій къ подобной *litis contestatio*, а тѣмъ самымъ и къ *iudicium*, къ постановленію рѣшенія частнымъ лицомъ, *присяжнымъ судьей* (а не къ приказанію магистрата). Но еще и въ другомъ отношеніи такой процессъ долженъ быть названъ *legis actio*, а именно, въ томъ отношеніи, что не только форма *litis contestatio*, но и самое

¹⁾ *Litis contestatio* иногда обозначаютъ терминомъ *actio*. Gaius IV, § 11: in *actione* *vitis* *pominaret*. Она представляетъ собою настоящую *legis actio* (въ формальномъ смыслѣ)—торжественное открытіе и начало дѣйствительнаго спора о правѣ. Ср. выше, § 47, прим. 3.

притязаніе о допущеніи *litis contestatio*, а тѣмъ самымъ и *iudicium*'а, покоилось на народномъ законѣ или на равномъ ему по значенію обычаѣ. Римская *actio* есть публичное (вытекающее изъ нормъ публичнаго права) правомочіе, обращенное одновременно къ противной сторонѣ съ требованіемъ принятія *iudicium*, (т. е. съ требованіемъ согласія на передачу спора третейскому суду) и къ магистрату съ требованіемъ назначить *iudicium* ²⁾, т. е. разрѣшить *ординарный* процессъ (по *ius civile*, народному праву), допустить рѣшеніе дѣла судебнымъ путемъ (а не путемъ административнымъ), т. е. назначить частнаго присяжнаго судью, который постановилъ бы свое *рѣшеніе* ³⁾. Это право на *iudicium* (*actio*) основывалось въ древнее время на *lex* (или на обычаѣ, имѣвшемъ равную съ закономъ силу). Отсюда названіе: *legis actio*.

I. *Legis actio sacramento*. Главнѣйшей и всего чаще примѣнявшейся формой легисакціоннаго процесса былъ такъ называемый *сакраментальный* процессъ (*legis actio sacramento*). Обѣ стороны въ дѣлахъ *litis contestatio* торжественно заявляютъ свое притязаніе (напр., *aito hanc rem meam esse*

²⁾ Право на *iudicium* включаетъ въ себя право на *litis contestatio* (т. е. на санкціонированный магистратомъ договоръ о третейскомъ судѣ); *litis contestatio* обращаетъ *iudicium* въ *inchoatum*, выше § 47, прим. 9: производство третейскаго суда вступаетъ въ дѣйствіе.

³⁾ Римская *actio* отличается отъ притязанія Герм. Гр. Уложения своимъ публично-правовымъ содержаніемъ. Притязаніе по Герм. Гр. Ул. есть просто гражданско-правовое право требованія отъ *другого* лица (своего противника), извѣстнаго *дѣйствія*—Г. Г. У. § 194.—Римское право знало притязаніе и безъ наличности *actio* (ср., напр., *naturalis obligatio*, ниже § 76 а) и *actio* безъ притязанія (напр., *actio pro socio*, пока *socii* еще не обязаны совершить какое-либо предоставленіе). *Actio* означаетъ обязанность противной стороны согласиться на судебное разсмотрѣніе спора,—притязаніе же означаетъ обязанность противной стороны совершить извѣстное дѣйствіе. *Bekker*. *Aktionen*, Bd. 1, стр. 7 и сл.

ex iure Quiritium и т. д., на что другая сторона отвѣчаетъ, произнося подобную же формулу) и затѣмъ вносятъ известную сумму въ качествѣ заклада (такъ называемое sacramentum — отъ 50 до 500 ассовъ), которую каждый рискуетъ потерять, если выяснится, что его заявленіе не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Благодаря этому закладу достигалось достаточное съ точки зрѣнія закона основаніе для iudicium (требуемое закономъ формулированіе спора). Поэтому народное право признавало желаніе биться объ закладъ за *закономѣрное* желаніе iudicium'a: этимъ путемъ обосновывалось *право* требовать iudicium (actio) отъ магистрата. Если кто-либо желалъ избрать путь заклада—пари (sacramentum) для разрѣшенія какого-либо допустимаго самого по себѣ правового притязанія, т. е. желалъ довести дѣло до *сакраментальнаго* договора о третейскомъ судѣ, то онъ тѣмъ самымъ принуждалъ магистрата къ санкціонированію такого договора (litis contestatio) и къ назначенію iudex'a, а противную сторону—къ согласію на такой договоръ и къ передачѣ дѣла на разсмотрѣніе iudex'a. Legis actio на самомъ дѣлѣ представляла собой legis actio *sacramento*. Пари въ процессѣ служило основаніемъ для рѣшенія iudicium'a; право на процессуальное пари обосновывало право на iudicium. Торжественный обрядъ (sacramentum) служилъ *средствомъ* введенія actio въ сферу гражданского права ⁴⁾.

⁴⁾ Обязанность магистрата пойти навстрѣчу sacramentum объясняется, вѣроятно, тѣмъ, что первоначально пари заключалось не только путемъ назначенія денежной суммы, но и принесеніемъ присяги (sacramentum въ обычномъ смыслѣ слова). За истинность sacramentum приносящій присягу отвѣчаетъ либо своей личностью (онъ посвящаетъ себя самого богамъ), либо только известной частью своего имущества (онъ посвящаетъ богамъ известную часть своихъ вещей, которыя въ случаѣ проигрыша пари должны достаться богамъ). Такая присяга („Vieh-Eid“, какъ она называется въ источникахъ германскаго права), при которой предметомъ риска служила только известная часть имущества, считалась достаточной

II. *Legis actio per iudicis postulationem*. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ связывалъ *actio*, т. е. право на *iudicium*, непосредственно съ извѣстнымъ фактическимъ составомъ, а именно, съ фактическимъ составомъ нѣкоторыхъ контрактовъ и нѣкоторыхъ деликтовъ. Тогда *sacramentum* и связанный съ этимъ видомъ процесса рискъ отпадали. Въ этихъ случаяхъ магистратъ обязанъ былъ удовлетворить простую просьбу о рѣшеніи спора судомъ присяжныхъ и санкціонировать простой (не сакраментальный) договоръ о третьей-скомъ судѣ въ качествѣ основанія для *iudicium'a* (*litis contestatio*): послѣ установленія того, что рѣчь идетъ объ одномъ изъ случаевъ, упомянутыхъ въ законѣ, производство *in iure* заканчивалось утвержденіемъ (при вызовѣ свидѣтелей обѣими сторонами) даннаго фактическаго состава (контракта или деликта) и требованіемъ—посредствомъ произнесенія торжественныхъ словъ—назначенія присяжнаго судьи (*iudex'a*). Фактическій составъ долженъ былъ находиться въ соотвѣтствіи съ *verba legis*, и потому его надлежало точно описать при помощи *verba legis*. Такъ какъ въ указанныхъ случаяхъ требованіе назначить *iudex'a* непосредственно побуждало ма-

для гражданского процесса. Но и при такой имущественной присягѣ возникалъ вопросъ, могшій получить свое разрѣшеніе только въ объективномъ приговорѣ. Другими словами, магистратъ былъ обязанъ отказаться отъ самостоятельнаго рѣшенія (*decretum*) и предоставить дѣло разсмотрѣнію присяжнаго (*iudex*) или коллегіи присяжныхъ (напр., центумвировъ) съ дѣлью получить ихъ вердиктъ (*sententia*). Готовность принести присягу считалось достаточнымъ основаніемъ для *actio* (для права на *iudicium*). Впослѣдствіи присяга отпала и сохранилось только назначеніе денежной суммы (посвящавшаяся сумма—*sacramentum* въ этомъ смыслѣ), впрочемъ, въ позднѣйшее время эта сумма уже не депонировалась, а только заранѣе обѣщалась.—О присягѣ и о спорѣ, рѣшаемомъ присягой, въ качествѣ источника возникновенія *legis actio sacramento* см. Н. Н. Pflüger, *Die legis actio sacramento*, 1898.

гистрата къ дозволенію *iudicium*'а, этотъ видъ *legis actio* назывался *legis actio per iudicis postulationem* ⁵⁾.

III. *Legis actio per condictionem*. L. a. per iudicis postulationem была предназначена для осуществленія личныхъ правъ требованія. Въ результатъ эволюціи личнаго иска о долгѣ появилась *legis actio per condictionem*, которая сначала была введена посредствомъ *lex Silia* для удовлетворенія притязанія о *certa pecunia*, а затѣмъ черезъ *lex Calpurnia* стала

⁵⁾ Приведенный у Гая (IV § 11) примѣръ *legis actio de arboribus succisis* относится именно къ этой *legis actio per iudicis postulationem*. Безъ сомнѣнія, можно признать, что первоначально—по праву 12 таблицъ—можно было прибѣгнуть къ данной *actio* только по поводу рубки *деревьевъ*. И только позднѣйшее толкованіе позволило воспользоваться *actio* и въ другихъ случаяхъ, въ частности, по поводу *vitibus succisis*; но для *litis contestatio* все еще требовалось упоминаніе выраженія закона „*de arboribus succisis*“. Отсюда протстекаетъ указанный Гаемъ формализмъ. Во время Гая магистратъ былъ въ правѣ (и обязанъ) допускать *iudicis postulatio de arboribus succisis*, даже если въ дѣйствительности (какъ это явствовало изъ производства *in iure*) рѣчь шла *de vitibus succisis*; однако, форма торжественной *litis contestatio (legis actio)* осталась безъ измѣненія: санкціонированный договоръ о третейскомъ судѣ долженъ былъ теперь, какъ и прежде, заключаться *de arboribus succisis* для того, чтобы получить силу безъ установленія *sacramentum*.—Другимъ примѣромъ *legis actio per iudicis postulationem* служить *actio fiduciae* (выше, § 12, прим. 14). Однако, никоимъ образомъ (вопреки взгляду *Keller*'а) нельзя считать, что l. a. per iudicis postulationem служила общей формой иска по притязаніямъ, вытекающимъ изъ *bonae fidei negotia*; только въ опредѣленныхъ случаяхъ можно было испросить *iudex*'а въ качествѣ *arbiter* въ цѣляхъ *свободнаго* обсужденія даннаго фактическаго состава (напр., съ цѣлью оцѣнки служащей предметомъ долга *certa res*; въ этомъ случаѣ *legis actio* выступала въ формѣ *legis actio per arbitri postulationem*); ср. *Wlassak* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 25, стр. 165, прим. 3. *Mitteis*, *Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 44, прим. 11.—Изъ прежней литературы: *A. Schmidt* въ *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, Bd. 2, (1881), стр. 155 и сл. *Voigt*, *Die zwölf Tafeln*, Bd. 1, стр. 586 и сл.

примѣняться и для удовлетворенія долгового требованія certa res⁶⁾. Если при наличности личного иска истецъ былъ въ состояннн направить свое притязанн на точно опредѣленную денежную сумму (certam pecuniam dare) или на прибрѣтенн права собственности на точно опредѣленную вещь (certam rem dare), то онъ тоже могъ непосредственно требовать назначенн iudex'a. Съ одной стороны этотъ процессъ былъ опасенъ для истца, т. к. послѣднн проигрывалъ дѣло въ томъ случаѣ, если онъ опредѣлил предметъ своего права требованн не въ томъ размѣрѣ, на который былъ управомоченъ; съ другой стороны—этотъ видъ legis actio имѣлъ свои преимущества, ибо къ нему можно было прибѣгнуть и тогда, когда фактической составъ притязанн самъ по себѣ не порождаетъ права на iudicis postulatio, и даже когда вообще не было на лицо достаточнаго съ точки зрѣнн цивильнаго права основанн для обязательства, а имѣлся налицо только тотъ фактъ, что одно лицо неправомѣрно обогатилось на счетъ другого лица⁷⁾. Въ то время, какъ при l. a. per iudicis postulationem въ litis contestatio формулировался только

6) *Gaius*, IV § 18—20.

7) *Lex Calpurnia*, допускавшая legis actio per conditionem и для удовлетворенн притязанн на certa res, вѣроятно, и есть *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* (изданная въ 149 г. до Р. X.), направленная противъ подкупа магистратовъ (*Pernice*, *Labeo*, Bd. 3, стр. 233. *Mommsen*, *Röm. Stafr.*, стр. 708). „*Repetere*“ и въ дальнѣйшемъ является техническимъ выраженнмъ при *condictio* (*Pernice*, стр. 232). Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, различали ли первоначально *condictio* и *actio certae creditae pecuniae*, служившую средствомъ взысканн опредѣленной денежной суммы на основанн юридической сдѣлки (*mutuum*. стипуляцн, литерального контракта): *Karlowa*, *Röm. Rechtsgesch.*, Bd. 2, стр. 594 и сл. *W. Stintzing*, *Beitr. zur, röm. Rechtsgesch.* (1901), стр. 7 и сл. 40 и сл. *Его же*, *Über die mancipatio* (1904), стр. 42 и сл. Во всякомъ случаѣ, *Corpus iuris* не знаетъ *actio certae cred. pec.* наряду съ *condictio*.

фактической составъ, безъ обозначенія вытекающаго изъ него притязанія (*legis actio in factum concepta*), здѣсь, наоборотъ, въ *litis contestatio* формулировалось только *притязаніе*, но не фактической составъ (*legis actio in ius concepta*). Это былъ *абстрактный* обязательственный искъ, при которомъ въ актѣ торжественнаго формулированія предмета спора (*litis contestatio*) не указывалось конкретное основаніе обязательства⁸).

Для этой новой *legis actio* былъ предписанъ другой видъ *iudicis postulatio* сравнительно съ примѣнявшейся при *legis actio per iudicis postulationem*. При *legis actio per iudicis postulationem* издавна установилось положеніе *немедленнаго* назначенія *iudex*'а со стороны магистрата⁹). Иначе обстояло дѣло съ *legis actio per condictionem*. Стороны уговаривались черезъ 30 дней снова предстать передъ преторомъ для избранія и назначенія *iudex*'а (*ad iudicem capessendum*). При этомъ истецъ, послѣ вызова свидѣтелей обѣими сторонами (т. е. договорнымъ порядкомъ), торжественно объявлялъ отвѣтчику о явкѣ черезъ 30 дней къ магистрату съ цѣлью перехода къ *iudicium*'у. Это объявленіе называлось *condictio* (буквально: условіе, уговоръ). *Condictio* уже представляла собой санкціонированный договоръ о третейскомъ судѣ.

⁸) Относительно частныхъ взгляды изслѣдователей расходятся, что вполне объяснимо, если принять во вниманіе отрывочность дошедшихъ до насъ свѣдѣній. Ср. *J. Baron*, *Abhandlungen aus dem röm. Zivilprozess*. Bd. 1: *Die Kondiktionen* (1881); *Pernice*, *Labeo*, Bd. 3, стр. 226 и сл. *Rob. v. Mayr*, *Die condictio des römischen Privatrechtes* (1900). *H. H. Pflüger*, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo* (1904). *Его же*, *Condictio und kein Ende*, 1911.

⁹) *Gaius*, IV § 15: *Ut autem [die] XXX iudex daretur, per legem Pinarium factum est; ante eam autem legem [stat]im dabatur iudex*. То, что здѣсь говорится примѣнительно къ *legis actio sacramento* (при которой раньше *iudex* назначался немедленно), можетъ быть отнесено и къ *l. a. per iudicis postulationem*.

Испрашивание *condictio* (по поводу абстрактного иска) имѣло для магистрата обязательную силу. Отсюда названіе: *legis actio per condictioem*.

IV. *Legis actio per manus iniectioem*. Изъ денежныхъ долговъ, подлежавшихъ непосредственному взысканію, возникалъ искъ о взысканіи (*actio iudicati*): *legis actio per manus iniectioem*. Здѣсь подлежащая власть утверждала не договоръ о третейскомъ судѣ, а исполнительное дѣйствіе (сторона сама производила взысканіе): этотъ видъ *legis actio* приводилъ не къ постановленію рѣшенія, а къ самому удовлетворенію требованія. Но въ извѣстныхъ случаяхъ допускался юридически оформленный споръ противъ исполнительнаго дѣйствія. Въ такомъ случаѣ и этотъ видъ *legis actio* завершался *iudicium* 'омъ какъ настоящая *actio*.

Нормальнымъ актомъ принудительнаго взысканія былъ актъ *судебнаго* взысканія, когда истецъ *in iure*, передъ магистратомъ, произносилъ торжественныя слова, *налагалъ руку* (*manus iniectio*)¹⁰⁾ на отвѣтника, какъ на своего должника,

¹⁰⁾ *Внѣсудебную* *manus iniectio* никоимъ образомъ нельзя разсматривать какъ актъ принудительнаго взысканія: это былъ либо актъ *завладѣнія* несвободнымъ (напр., *Livius*, III. 44: *Claudius* совершаетъ *manus iniectio* въ отношеніи *Virginia* съ цѣлью привести ее домой въ качествѣ рабыни) или же актъ *привода*. За каждой *in ius vocatio* (торжественное устное приглашеніе отвѣтника) слѣдовала въ случаѣ отказа приглашаемаго *manus iniectio* съ цѣлью привода его на судъ, XII tab. I. 2. Въ извѣстныхъ случаяхъ можно было непосредственно приступить къ *manus iniectio* безъ предварительной *in ius vocatio*; это было возможно по отношенію къ *iudicatus*'у (съ цѣлью привести его къ претору для совершения *судебной* *manus iniectio*), по отношенію къ *fur manifestus* и другимъ лицамъ, совершившимъ деликтъ (уголовно-наказуемый), ср. *Demelius* въ *Zeitschr. f. Rechtgesch.* Bd. 1, стр. 362 и сл. Такія *предварительныя* дѣйствія, какъ *внѣсудебная* *manus iniectio*, были несущественны для дальнѣйшаго хода процесса. Но *судебная* *manus iniectio* (и только она одна) относилась къ *существо* производства.

при томъ подлежащаго немедленному взысканію. На это надлежало испросить разрѣшеніе магистрата, поэтому сначала происходили переговоры (*in iure*), въ которыхъ, конечно, принималъ участіе и отвѣтчикъ; на основаніи этихъ переговоровъ магистратъ постановлялъ свое рѣшеніе о допущеніи *manus iniectio*. Если магистратъ допускалъ *manus iniectio*, то она проявлялась въ формѣ взятія истцомъ отвѣтника въ кабалу. Съ этихъ поръ отвѣтчикъ лишался возможности лично защищаться, ибо въ силу *manus iniectio* онъ становился какъ-бы рабомъ (*servi loco*). Но другое лицо могло выступить въ его защиту въ качествѣ *vindex*'а и устранить *manum inicere* истца посредствомъ *manum depellere*. *Manum depellere* означало уничтоженіе предыдущей *manus iniectio*: должникъ освобождался и не могъ болѣе быть привлеченъ къ отвѣту по поводу того же долга. *Vindex* же становился отвѣтственнымъ передъ кредиторомъ, принудительное взысканіе котораго онъ разрушилъ. Онъ былъ обязанъ немедленно уплатить долгъ, по поводу котораго была совершена *manus iniectio* ¹¹⁾. Если же

Итакъ, существовало много видовъ *manus iniectio*, но только одна *legis actio per manus iniectioem*: судебная *manus iniectio*, совершаемая съ цѣлью принудительнаго взысканія.

¹¹⁾ Примѣръ у *Livius VI 14*: (*M. Manlius*) *centurionem, nobilem militaribus factis, iudicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurit et manum iniecit, vociferatusque de superbia Patrum ac crudelitate foeneratorum... rem creditori palam populo solvit, libraeque et aere liberatum emittit*. Слѣдуетъ отмѣтить, что здѣсь *manum depellere* называется тоже *manum inicere*. Такимъ образомъ, здѣсь *manus iniectio* противопоставляется *manus iniectio* же, подобно тому, какъ въ другихъ случаяхъ *sacramentum* противопоставляется *sacramentum*. Въ XII таблицахъ (III, 3) дѣйствіе *vindex*'а называется *vindicare*: оно разсматривается какъ сила (*manum depellere*), направленная противъ другой силы (*manum inicere*). Ср. *Demelius, Confessio*, стр. 56 и ниже, прим. 13.—*Vindex* встрѣчается и при *in ius vocatio* (прим. 10). Приглашенный *in ius* долженъ былъ или послѣдовать приглашенію, или представить *vin-*

онъ отказывался уплатить долгъ, оспаривая правомѣрность manus iniectio, то дѣло доходило до процесса и оказавшійся неправымъ vindex долженъ былъ заплатить двойную сумму долга. Такой процессъ долженъ былъ происходить въ порядкѣ третейскаго суда, санкціонированнаго властью, съ назначеніемъ присяжнаго судьи (iudex'a). Актъ взысканія связанъ съ правомъ требовать назначенія iudicium'a для разрѣшенія конфликта въ случаѣ заявленія возраженій.

Необходимымъ условіемъ вступленія на путь судебной manus iniectio являлась наличность подлежащаго непосредственному взысканію денежнаго долга. Обычнымъ основаніемъ для этого служило судебное рѣшеніе: присужденіе къ уплатѣ опредѣленной денежной суммы по sententia присяжнаго судьи (in iudicio). Въ одинаковомъ положеніи съ iudicatus былъ aeris confessus (признавшій свой денежный долгъ передъ магистратомъ, in iure): и по отношенію къ нему примѣнялась manus iniectio pro iudicato. Впослѣдствіи народныя законы приравнивали къ долгу, признанному судебнымъ рѣшеніемъ, и другіе виды долговъ, но въ большинствѣ случаевъ (благодаря lex Vallia, изданной около 160 г. до Р. X.) дѣйствіе manus iniectio было смягчено въ томъ отношеніи, что должникъ получилъ право самъ выступать въ качествѣ своего vindex'a, т. е. самъ могъ manum sibi depellere, влѣдствіе чего онъ являлся самостоятельнымъ лицомъ въ процессѣ, и въ случаѣ надобности самъ могъ быть присужденъ къ уплатѣ двойной суммы долга. Такимъ образомъ возникли два вида указанной формы

dex'a, который устранилъ бы manus inicere истца посредствомъ manum depellere, и который тѣмъ самымъ принялъ бы на себя отвѣтственность за будущее появленіе отвѣтника на судѣ. Ср. *Lenel* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 25, стр. 232 и сл. *Edictum* 2 Aufl. стр. 65 и сл. Юридическое положеніе римскаго vindex'a ведетъ начало, вѣроятно, отъ древняго заложничества (поручительства) ср. *Partsch* въ *Ztschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 30, стр. 499 и выше § 12, прим. 16.

процесса: *legis actio per manus iniectioem pro iudicato* (при которой должник могъ защищаться противъ состоявшейся *manus iniectio* только при посредствѣ *vindex'a*) и *l. a. p. m. i. pura* (при которой должникъ лично могъ выступить въ свою защиту). Однако, во всѣхъ случаяхъ *manus iniectio*, совершенная *in iure*, становилась предметомъ судебного разбирательства и приговора: изъ *legis actio per manus iniectioem* возникало *iudicium*.

V. *Legis actio per pignoris capionem*. Съ *manus iniectio* близко соприкасается *pignoris capio*. Нѣкоторыя обязательственныя требованія пользовались по закону тѣмъ преимуществомъ, что ихъ дозволялось осуществлять путемъ *pignoris capio*, т. е. путемъ *вънесудебнаго* отнятія вещей, входящихъ въ составъ имущества должника. Отличительной чертой такой законной *pignoris capio* были *certa verba*, которыми она должна была сопровождаться. Должникъ долженъ былъ выкупить взятыя въ залогъ вещи въ теченіе опредѣленнаго времени (вѣроятно, приплативъ при этомъ нѣкоторую сумму въ видѣ штрафа); въ противномъ случаѣ эти вещи (какъ слѣдуетъ полагать) поступали въ собственность кредитора (при этомъ кредиторъ обыкновенно уничтожалъ предметъ залога *pignora caedere*: взятіе вещей въ залогъ имѣло своею цѣлью не удовлетвореніе кредитора, а наказаніе неисправнаго должника).

Собственнику вещей, взятыхъ въ залогъ, должно было быть предоставлено въ той или иной формѣ право выступить передъ магистратомъ (*in iure*) съ возраженіемъ противъ состоявшагося взятія вещей въ залогъ. Подобно тому, какъ *sacramentum* истца вызывало *sacramentum* со стороны отвѣтника, *manum inicere* вызывало *manum depellere*, такъ и *pignoris capio* *вынуждала* должника къ протесту въ томъ случаѣ, если онъ хотѣлъ защищаться. И здѣсь тогда возникалъ между сторонами споръ, происходившій въ закономъ установленной формѣ; при этомъ магистратъ устранился отъ

самоличнаго рѣшенія и былъ обязанъ назначить *iudicium*. Такимъ образомъ, *pignoris capio* порождаетъ *actio*: послѣдняя и была *legis actio per pignoris capionem*¹²).

Тѣ поводы, которые могли привести къ *pignoris capio*, сами по себѣ, насколько мы можемъ судить, не были въ состояніи вызвать ординарный гражданскій процессъ. Это были отчасти долговыя требованія публичнаго права (такъ, напр., право солдата требовать свое жалованье, денегъ на содержаніе лошади, на фуражъ, право откупщика податей требовать налогъ, имѣющей поступить въ пользу государства) или же—отдѣльныя гражданско-правовыя обязательства, за которыми древнее право не признавало *связующаго* характера: напр., требованіе покупной платы на основаніи *неформальнаго* договора купли-продажи (въ случаѣ продажи жертвеннаго животнаго) и наемной платы на основаніи *неформальнаго* договора найма (въ случаѣ отдачи внаймы рабочаго скота съ цѣлью употребить деньги, вырученныя за наемъ, на покупку ягненка для жертвы Юпитеру, покровителю жатвы).

Гражданское право не давало иска во всѣхъ этихъ случаяхъ. Не было возможности воспользоваться и *legis actio sacramento*, т. к. *sacramentum* въ спорѣ объ обязательствѣ относилось къ *dare* или *facere oportere*, т. е. къ обязательству, дѣйствительному по гражданскому праву. Черезъ посредство же обходной *pignoris capio* притязаніе могло быть доведено либо до штрафнаго взысканія (если должникъ подчинялся *pignoris capio*), либо до *actio* (если должникъ выступалъ съ возраженіемъ).

Право на *pignoris capio* было *instar actionis*: предоставленіе права на взятіе въ залогъ было подобно предоставленію права на искъ.

¹² Ср. *Gaius* IV § 32, *Thering*, Geist. Bd. 1, стр. 159 и сл. *Karlowa*, *Legisactionen*, стр. 201 и сл. *Mommsen*, *Röm. Staatsr.* (3 Aufl.), Bd. 1, стр. 177, прим. 1. *Wlassak*, *Prozessgesetze*, Bd. 1, стр. 251 и сл.

VI. *Обзоръ предыдущаго.* Подводя итогъ сказанному, мы видимъ, что защита права не вытекаетъ съ неизбѣжностью изъ каждаго гражданскаго права. Только нѣкоторые притязанія имѣють то преимущество, что законъ имъ непосредственно предоставляетъ содѣйствіе власти (*legis actio*); сюда относятся: притязаніе, связанное съ опредѣленнымъ, указаннымъ въ законѣ фактическимъ составомъ (*iudicis postulatio*), абстрактное притязаніе на *certum* (*condictio*), притязаніе, влекущее за собой непосредственное взысканіе (*manus iniectio, pignoris capio*). Во всѣхъ другихъ случаяхъ гражданско-правовое притязаніе могло получить юридическую защиту только будучи облечено въ форму притязанія на выигрышъ заклада (*sacramentum*). Поэтому *legis actio sacramento* представляетъ собой *общую* форму иска, при этомъ для простыхъ (непривилегированныхъ) притязаній—форму единственную; остальные *legis actiones* примѣняются *только* къ привилегированнымъ притязаніямъ по указанію народнаго закона (*lex*) или равнаго ему обычая.

Всѣ эти *особыя legis actiones* служатъ способами осуществленія *обязательствъ* (т. е. ими можно пользоваться при такъ называемыхъ личныхъ искахъ, ср. ниже § 52). Онѣ помогаютъ *кредитору* осуществить его право. Вѣритель можетъ воспользоваться и *legis actio sacramento* и при томъ не только въ отношеніи притязанія на *certum*, но также и въ отношеніи притязаній на *incertum* (напр., *pro fure damnum decidere oportere*)—въ томъ случаѣ, если заявленъ споръ относительно *существованія* такого притязанія, т. е. въ томъ случаѣ, если фактически могла получить примѣненіе своеобразная процессуальная форма пари (предполагающая наличность двухъ другъ друга *исключающихъ* утверждений). Въ то же время *legis actio sacramento* была *единственной* формой процесса для всѣхъ притязаній, вытекающихъ изъ отношеній власти (такъ называемыя вещныя притязанія) независимо отъ того, была ли это власть надъ вещами (право

собственности, право на наследство, сервитуты) или надъ лицами (супружеская, родительская, опекунская власть). Обѣ стороны должны были *in iure* (передъ магистратомъ) подтвердить свое право посредствомъ *sacramentum*, при томъ схватывая рукой объектъ спора *vindicatio* и *contravindicatio*)¹³⁾. Этимъ самымъ создавалось *litis contestatio* и возник-

¹³⁾ При схватываніи вещи (ср. „*Anefang*“ германскаго иска о движимости) имѣло мѣсто торжественное заявленіе своего права собственности на нее и такъ назыв. *festucam imponere*. Подъ „*vindicare*“ первоначально разумѣли взятіе вещи, самоуправное завладѣніе ею (ср. *Wlassak* въ *Ztschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 31, стр. 202, прим. 1, стр. 309, прим. 2). *Vindicta* являлась символомъ власти. Виндикантъ такимъ образомъ выступалъ въ качествѣ владѣльца. Онъ самъ былъ обязанъ позаботиться о томъ, чтобы движимая вещь находилась на мѣстѣ суда. Въ случаѣ надобности онъ долженъ былъ для этой цѣли добыть ее силой (древнее время еще знало защиты владѣнія). Онъ приносилъ движимую вещь на судъ (вмѣсто земельного участка на судѣ фигурировала вещь, его символизирующая) для того, чтобы обосновать свое владѣніе заявленіемъ притязанія на право собственности по отношенію къ данной вещи (при этомъ онъ воспроизводилъ актъ завладѣнія, собственно и представлявшій собой *vindicatio*). Противникъ съ своей стороны заявлялъ свое аналогичное притязаніе и воспроизводилъ тоже актъ завладѣнія (*contravindicatio*). Происходила, слѣдовательно, борьба, захватъ вещи *обѣими сторонами*. Представитель власти выступалъ съ предложеніемъ окончить споръ миролюбивымъ соглашеніемъ: *mittite ambo hominem* (виндигированнаго раба). Послѣ этого заключалось сакраментальное пари: спорили о томъ, кто совершилъ актъ захвата неправомѣрно. *Обѣ стороны* должны были оставить объектъ спора. Магистратъ одинъ получалъ власть надъ нимъ и потому могъ свободно предоставить временное владѣніе (*vindicias dare*) одному изъ спорящихъ; судья же (*iudex*) долженъ былъ рѣшить, чей актъ захвата былъ правомѣренъ, *Gaius IV* § 16. *Vindicatio sacramento* еще не представляла собою въ то время иска о правѣ собственности въ *чистомъ видѣ* (*in rem actio*) и выступала въ качествѣ иска о неправомѣрномъ захватѣ, подобно средневѣковому германскому иску объ имуществѣ (движимомъ и недвижимомъ,

кало основаніе для iudicium. На время производства in iudicio преторъ регулировалъ владѣніе по своему свободному усмотрѣнію (vindicias dare)¹⁴).

Итакъ, для иска о правѣ собственности и, вообще, для вещныхъ исковъ была установлена только одна форма, для обязательственныхъ же исковъ существовало нѣсколько формъ. И своеобразная творческая сила римскаго процессуальнаго права выросла на почвѣ именно обязательственнаго права.

Gaius, Inst. IV § 11: Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque legis observabantur: unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generalitar de arboribus succisis loque- retur.

Gut), Ср. Pflüger, l. c. (выше, прим. 4 въ концѣ). Rabel, Haftung des Verkäufers, Bd. 1 (1902), стр. 50. Münteis, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 87. 88.

¹⁴) Для виндикаціи, совершаемой посредствомъ legis actio sacramento, было безразлично, кто владѣль до начала процесса (требовалась только наличность вещи in iure). Предметомъ спора было право собственности. Тотъ, кто временно получалъ отъ претора владѣніе (vindicias), обязанъ былъ представить cautio въ виду (возможной) позднѣйшей выдачи вещи и ея плодовъ (черезъ praedes litis et vindiciarum, id est rei et fructuum, Gaius IV § 16). Соотвѣтственно этому въ послѣдствіи, въ эпоху формулярнаго процесса, каждый отвѣтчикъ въ виндикаціи по formula petitoria (онъ былъ владѣльцемъ) былъ обязанъ представить cautio iudicatum solvi (послѣдняя соотвѣтствовала прежней cautio черезъ praedes l. et v.; Lenel, Edictum, 2 Aufl., стр. 496 и сл.); ср. ниже § 65.

§ 49.

Формулярный процессъ.

Сущность только что описаннаго легисакціоннаго процесса выражается въ томъ формулированіи спора о правѣ, которымъ завершается производство *in iure* (*litis contestatio*): споръ формулировался сторонами въ *установленныхъ правомъ строгихъ формахъ*. Въ основаніе *iudicium*'а полагалась *произносившаяся* стороной формула, юридическая сила которой (равная силѣ закона) зависѣла отъ точнаго соотвѣтствія ея буквѣ закона.

Совершенное согласно предписанію закона процессуальное дѣйствіе *не допускало повторенія*¹⁾. Отсюда слѣдуетъ неизбежно (*ipso iure*), что совершенная согласно предписаніямъ права *litis contestatio* легисакціоннаго процесса приводила къ *погашенію права на искъ*. *Litis contestatio* могла быть совершена только *одинъ разъ*. *Litis contestatio* *консумировала* право на искъ.

Отсюда слѣдуетъ далѣе, что если въ формулѣ допущена ошибка по неосторожности, то формулу нельзя произнести еще разъ въ правильномъ видѣ. Ошибочно произнесенная формула приводитъ къ проигрышу процесса, ибо формула не подлежитъ ни повторенію, ни исправленію²⁾. Произне-

1) То же наблюдалось и въ древне-германскомъ процессѣ, гдѣ создалось юридическое правило: „*ein Mann, ein Wort*“, т. е. каждое лицо имѣло право только на *одно* слово, произнесенное слово не могло быть взято обратно, не могло быть повторено, или исправлено.

2) Gaius, Inst. IV § 108: *Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Ср. IV § 11, выше § 48.*

сеніе формулы, вызывая *процессуальную консумцію*, порождало и *процессуальную опасность*.

Несомнѣнно, что произнесеніе формулы скоро перестало удовлетворять своему назначенію—формулировать предметъ спора въ цѣляхъ рѣшенія его судьей (*iudex'омъ*). Текстъ формулъ не подлежалъ измѣненію, такъ какъ не подлежалъ измѣненію текстъ того закона, на которомъ формулы основывались. Въ то же время, однако, мѣнялось право, развивавшееся на почвѣ закона. На практикѣ законы часто толковались весьма широко. Такъ, напр., на основаніи статьи XII таблицъ, трактующей *de arboribus succisis*, практика впоследствии стала допускать искъ *de vitibus succisis*. Однако, текстъ XII таблицъ, а потому и относящейся сюда процессуальной формулы, продолжалъ оставаться неизмѣннымъ. При совершеніи *litis contestatio* надлежало говорить *de arboribus succisis*, хотя бы въ искѣ дѣло шло *de vitibus succisis*³⁾. Какимъ же образомъ *iudex* могъ узнать изъ подобной *litis contestatio*, что имѣлось въ виду въ дѣйствительности? Подобная *litis contestatio* должна была обратиться въ простую маску, которою можно было воспользоваться для самыхъ разнообразныхъ случаевъ. Формулированіе спора о правѣ посредствомъ *litis contestatio* часто превращалось въ простую видимость: для того, чтобы распознать истинную природу спора, скрытую за общей маской, *iudex* долженъ былъ прибѣгнуть къ другимъ средствамъ.

Къ этому необходимо добавить еще слѣдующее. Легисакціонный процессъ былъ ограниченъ въ своемъ примѣненіи извѣстнымъ числомъ „легальных“ притязаній. Требовались извѣстныя усилія (какъ показываетъ примѣръ *arbores* и *vitēs*) для того, чтобы втиснуть новое право въ старыя формы. Между тѣмъ, уже по крайней мѣрѣ съ начала третьяго вѣка до Р. X. (ср. выше §§ 13 и 15) все сильнѣе и сильнѣе стало

³⁾ Ср. выше § 48, прим. 5.

сказываться влияніе *ius gentium*, которое ввело цѣлый рядъ новыхъ притязаній (*bonae fidei negotia*, притязанія изъ неформальныхъ договоровъ купли-продажи, найма и т. д.); послѣднія, не имѣя никакого отношенія къ римскимъ народнымъ законамъ, не могли быть осуществляемы путемъ *legis actio*. Нарождалось новое право. Рамки *legis actio* оказались для него чрезчуръ тѣсными. Новое вино надо было влить въ новые мѣхи.

Въ то самое время, когда *legis actio*, какъ форма иска, перестала соответствовать ушедшему впередъ матеріальному праву, возникла потребность въ реформѣ римскаго гражданского (легисакціоннаго) процесса.

Характернымъ для эволюціи римскаго права представляется тотъ фактъ, что здѣсь не былъ избранъ путь законодательства. Малоподвижный законъ долженъ былъ вступить только уже послѣ того, какъ обрисовались цѣли и способы реформы. Сперва судебная практика сама должна была помочь себѣ. Въ качествѣ реформатора римскаго права выступилъ преторъ.

Руководящую идею реформы преторъ нашелъ уже въ готовомъ видѣ ⁴⁾.

⁴⁾ Послѣдующее изложеніе основано на данныхъ, добытыхъ *Wlassak*'омъ, особенно на почерпнутыхъ изъ его сочиненія о римскихъ процессуальныхъ законахъ (по тому же вопросу см. *Grünhuts Zeitschr. f. öff. и Privatr.* Bd. 19, стр. 729 и сл., въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 19, стр. 276, прим. 2, Bd. 25, стр. 131, прим. 3). Мысль о томъ, что формулярный процессъ заимствованъ изъ иностранныхъ процессуальныхъ нормъ, впервые была высказана *Huschke*. Однако, *Wlassak* открылъ новыя данныя, давшія этому взгляду прочное обоснованіе, опирающееся на источники. Новыя изслѣдованія въ томъ же направленіи: *J. Partsch*, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse* (1905). *Mitteis*, *Röm. Privatr.* Bd. 1, стр. 42 и сл. (ср. выше § 15).—О греческомъ процессѣ для чужестранцевъ см. *Hitzig* въ *Ztschr. Sav.-Stift.* Bd. 28; стр. 211 и сл. *Hitzig*, *Die Herkunft des Schwurgerichts im römischen Strafprozess* (1909).

Legis actio являлась процессуальной формой iuris civilis (права римскихъ гражданъ, народнаго права). Только римскіе граждане имѣли право участвовать въ гражданскомъ процессѣ. Коль скоро не-гражданинъ (пегрину) являлся стороною въ процессѣ, невозможно было примѣнять ни „право гражданъ“ (гражданское право), ни „процессъ гражданъ“ (гражданскій процессъ), ибо пегринамъ ius civile было недоступно. Legis actio была недоступна для пегриновъ. Тѣмъ не менѣе возникло производство, въ которомъ пегринамъ было предоставлено право участвовать въ качествѣ дѣйствующихъ лицъ. Уже въ 242 г. до Р. Х. для процессовъ чужестранцевъ былъ назначенъ особый преторъ (§ 13). Процессъ, въ которомъ принимали участіе чужестранцы, могъ происходить только по нормамъ ius honogarium. Въ качествѣ процесса, основаннаго на impetium судебного магистрата, онъ противопоставлялся гражданскому процессу, основанному на народномъ правѣ. Однако процессъ чужестранцевъ былъ построенъ по образцу гражданского процесса.

Преторъ (начиная съ 242 г. до Р. Х. особый praetor peregrinus) обычно не постановлялъ самъ рѣшенія и въ процессахъ по дѣламъ чужестранцевъ, хотя онъ и имѣлъ на это право въ силу своей неограниченной въ данной сферѣ власти должностнаго лица. И въ процессахъ чужестранцевъ, какъ и въ процессахъ римскихъ гражданъ, онъ обычно назначалъ только третейскій судъ, при чемъ почти всегда это былъ судъ присяжныхъ, составленный изъ *нѣсколькихъ* частныхъ лицъ (recuperatores—ср. выше, § 47, прим. 5). Право укрѣплявшагося римскаго государства показывало себя либеральнымъ въ отношеніи чужестранцевъ ⁵⁾. Несмотря на формально неограниченную власть римскихъ магистратовъ, съ чужестранцемъ должно быть поступлено *по праву*, такъ, чтобы

⁵⁾ Ср. *Mommsen*, Abriss des röm. Staatsrechts, въ Bindings Handbuch (1893), стр. 62 и 63.

онъ самъ принужденъ былъ признать правомѣрность приговора. Этимъ объясняется присутствіе нѣсколькихъ третейскихъ судей въ процессахъ чужестранцевъ: каждая сторона должна была располагать по крайней мѣрѣ однимъ лицомъ, къ которому бы она имѣла полное довѣріе ⁶⁾. Этимъ объясняется также и то, что въ процессахъ чужестранцевъ связующая сила рѣшенія суда присяжныхъ покоилась не только на *imperium* магистрата, но и на взаимномъ согласіи сторонъ подчиниться приговору назначеннаго третейскаго суда.

Если въ процессахъ чужестранцевъ происходило назначеніе третейскаго суда (изъ принявшихъ присягу частныхъ лицъ), то здѣсь, какъ и въ цивильномъ процессѣ, возникала необходимость формулировать споръ (*litis contestatio*) для послѣдующаго рѣшенія его присяжными. И здѣсь власть выступала на помощь сторонамъ. Преторъ долженъ былъ санкціонировать третейскій судъ: онъ утверждалъ рекуператоровъ, избранныхъ сторонами, и этимъ самымъ уполномочивалъ ихъ на произнесеніе рѣшенія, имѣвшаго силу *акта государственной власти* (декретъ о назначеніи судей). Въ этомъ декретѣ надлежало обозначить задачу даннаго присяжнаго суда. При этомъ сослаться на *lex* было нельзя. Въ декретѣ преторъ излагалъ сущность спора и *приказывалъ* въ силу своего *imperium* — при наличности однихъ условій присудить, при наличности другихъ — освободить отвѣтчика. Исходящій отъ претора, изготовленный въ письменной формѣ ⁷⁾ *декретъ о назначеніи судей* (называемый *formula*, такъ какъ онъ вкратцѣ опредѣлялъ предметъ спора ⁸⁾ *сталъ испол-*

⁶⁾ Кроме того, требовалось присутствіе суперъ-арбитра. Поэтому обыкновенно число *recuperatores* было 3 или 5.

⁷⁾ Противъ необходимости письменной формы возражаетъ особенно *S. Schlossmann*, *Litiscontestatio*, 1905. *Его же*, *Praescriptiones und praescripta verba*, 1907. Ср. *H. Krüger* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 26, стр. 541 и сл.

⁸⁾ Ср. *H. Krüger*, I. с. стр. 548. Въ пользу того взгляда, что исхо-

нять задачу формулированія спора. При этомъ значеніе имѣло не то обстоятельство, что формула исходила отъ претора и опиралась на его *imperium*: стороны должны были принять формулу согласно точному предписанію права. Путемъ передачи и принятія формулы (истецъ передавалъ ее отвѣтчику) заключался съ согласія магистрата договоръ, на основаніи котораго формулированный споръ передавался назначенному третейскому суду (ср. выше § 47, прим. 3). Этимъ самымъ и въ процессѣ чужестранцевъ было введено *iudicium inchoatum*, санкціонированное властью производство въ третейскомъ судѣ (ординарное производство по типу гражданского процесса); хотя здѣсь и не имѣла мѣста *actio* въ гражданско-правовомъ смыслѣ, и не примѣнялись народные законы, но и здѣсь процессъ основывался на заключаемомъ сторонами договорѣ о третейскомъ судѣ и на присоединявшемся къ нему *imperium* подлежащей власти.

Такимъ образомъ, на почвѣ процесса чужестранцевъ возникъ *формулярный процессъ*; онъ выступалъ въ видѣ производства третейскаго суда, установленнаго магистратомъ на основаніи его *imperium* (*iudicium imperio continens*) и противопоставлялся легисакціонному процессу *iuris civilis*. Различіе обѣихъ формъ процесса заключалось только въ характерѣ формулированія спора (*litis contestatio*), т. е. въ той формѣ, въ какой стороны заключали санкціонированный властью договоръ о третейскомъ судѣ. Въ легисакціонномъ процессѣ, т. е. въ производствѣ гражданского права, формулированіе спора происходило посредствомъ *произнесенія*

дѣяній отъ претора декретъ о назначеніи и есть *formula*, передача и принятіе которой сторонами создавали договоръ о третейскомъ судѣ (*litis contestatio*), ср. *Lenel*, *Edictum*, 2 изд. стр. 110, прим. 6 (и стр. 498). Только такой взглядъ соответствуетъ тексту формулы. Иначе *Wlassak* въ *Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 25. стр. 139, прим. 1. Patsch*, *Schriftsformel*, стр. 10. 32. 102 и въ *Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 31, стр. 408. 438.*

формулы, составленной въ словахъ народнаго закона (примѣненіе такой формулы было возможно для ограниченнаго числа спорныхъ случаевъ); въ формулярномъ же процессѣ оно совершалось посредствомъ *письменной формулы*, приуроченной къ данному случаю (письменные формулы могли включать въ себя самое разнообразное содержаніе). Видно сразу, какой изъ этихъ формъ суждено было одержать верхъ.

Основываясь на *ius honoagium*, формулярный процессъ въ то жѣ время опирался на *право чужестранцевъ* (*ius gentium*). Въ исторіи процесса отразилась борьба тѣхъ противоположныхъ началъ, которыя наложили свою печать на исторію римскаго частнаго права. И какъ разъ здѣсь намъ удастся болѣе глубоко заглянуть въ исторію развитія римскаго *ius gentium*. Былъ ли формулярный процессъ заимствованъ изъ греческаго или даже финикійскаго права? Нѣтъ, онъ являлъ собой шедевръ *римской* техники, вполне самостоятельное свободное твореніе римскаго магистрата. Основныя черты, опредѣлявшія характеръ формулярнаго процесса, были заложены не въ какомъ-либо иностранномъ правѣ, а въ самомъ *римскомъ гражданскомъ правѣ*. Процессъ чужестранцевъ отражалъ въ себѣ *гражданскій процессъ* (разграниченіе *ius* и *iudicium*). Римское *ius gentium* происходило отъ *ius civile*, оно создано изъ самого гражданского права путемъ *внутренняго* развитія при содѣйствіи сильной римской судебной власти и подъ вліяніемъ настоятельныхъ требованій мірового оборота⁹⁾. Сначала *ius gentium* высту-

⁹⁾ Ср. *Degenkolb*, *Rechtseinheit und Rechtsnationalitat im altrömischem Reich* (Rektoratsrede 1884), стр. 15 и 16: „Въ римскомъ судоустройствѣ и еще больше въ природномъ дисциплинированномъ характерѣ римской юриспруденціи съ самаго начала заключалась способность развивать право *изнутри*. На этомъ, полагаемъ мы, основана эволюція римскаго вещнаго права, римской системы договоровъ и римскаго наследованія.—Но, прежде всего, независимо отъ степени вліянія греческаго права, матеріаль, взятый изъ Гре-

пасть вообще (а также и въ области процесса) въ формѣ *ius honorarium* (т. е. въ формѣ права, получающаго свою силу только отъ власти магистрата и только примѣнительно къ чужестранцамъ). Но неуклонно *ius gentium* проникаетъ въ *ius civile*, преторское право чужестранцевъ проникаетъ въ основанное на законахъ право римскихъ гражданъ, и этотъ процессъ происходитъ тѣмъ неуклоннѣе, что римское право чужестранцевъ (*ius gentium*) представляетъ собою обновленное цивильное право,—цивильное право будущаго. Возникнувъ въ образѣ *ius honorarium*, *ius gentium* выдержало извѣстное испытаніе (оно было испробовано въ дѣлахъ чужестранцевъ), и, будучи отмѣчено знакомъ зрѣлости, перешло въ цивильное право.

Такъ должно было случиться и здѣсь, въ области процесса. *Изъ процесса для иностранцевъ* (формулярнаго процесса) *долженъ былъ возникнуть новый цивильный процессъ.*

Мы уже знаемъ, что ощущалась потребность въ реформѣ римскаго цивильнаго процесса. Рамки легисакціоннаго процесса оказались чересчуръ тѣсными для него. Въ то же время, налицо уже имѣлась *formula*, не связанная буквой закона, приспособленная къ предоставленію защиты всякому юридическому притязанію. Совершенно естественно было поэтому воспользоваться для обновленія гражданскаго процесса формулой, сила и значеніе которой уже были испытаны въ процессѣ чужестранцевъ. Такъ и случилось. Ошибочно было бы полагать, будто преторъ былъ связанъ необходимостью прибѣгать къ легисакціонному процессу при разсмотрѣніи

ціи, претерпѣлъ въ Римѣ то, что мы, юристы, называемъ спецификаціей: онъ приобрѣлъ *новый* обликъ, и въ этомъ обликѣ выступилъ въ качествѣ *новаго* права. Морской заемъ, право аваріи и ипотека со стороны ихъ матеріальнаго содержанія, можетъ быть, и заимствованы изъ греческаго права; но, будучи включены въ систему римскихъ *actiones* и подвергшись тамъ строгой дисциплинѣ, они приняли специфически римскій характеръ“.

споровъ между гражданами. Экстраординарная защита правыхъ интересовъ, заключающаяся въ отдачѣ преторомъ приказовъ въ административномъ порядкѣ (интердикты, ниже § 56) относится къ давнему времени легисакціоннаго процесса. Поскольку никакой народный законъ не ограничивалъ претора, послѣдній могъ совершенно свободно пользоваться своей суверенной юрисдикціонной властью и въ отношеніи римскихъ гражданъ^{9а)}. Ничто не мѣшало ему ввести новый видъ ординарнаго, т. е. третейскаго, судебного разбирательства и примѣнительно къ дѣламъ римскихъ гражданъ. Такимъ образомъ, городской преторъ (*praetor urbanus*) въ силу присвоенной ему власти (*imperium*) допустилъ, *iuris civilis corrigendi gratia*, формулированіе спора не черезъ *legis actio*, а черезъ *formula* и въ процессѣ *римскихъ гражданъ*.

Конечно, это было только *iudicium imperio continens*, прекращавшееся съ *imperium* назначившаго его претора¹⁰⁾; оно представляло собой третейское разбирательство, открывавшееся посредствомъ *formula*, и примѣнялось къ дѣламъ какъ гражданъ, такъ и чужестранцевъ. Но этотъ процессъ былъ вызванъ настоятельной потребностью правовой жизни, ибо все болѣе выступавшія на авансцену неформальныя сдѣлки повседневнаго оборота (купля-продажа, наемъ, и т. д.) могли получить юридическую защиту только этимъ новымъ путемъ, а не путемъ легисакціоннаго процесса. Поэтому стала ощущаться крайняя потребность обратить формулярный про-

^{9а)} *Mitteis*, I. с., стр. 48 и 49.

¹⁰⁾ Какъ эдиктъ, такъ и отдѣльныя распоряженія (*decreta*) претора, поскольку они не были основаны на дивильномъ правѣ, теряли свою силу съ устраненіемъ претора отъ должности; для сохраненія ихъ значенія необходимо было новое распоряженіе новаго претора. На эту слабую сторону преторскихъ декретовъ и преторскаго процесса совершенно основательно указываетъ *Hruza*, *zum röm. Amtsrechte* (1907), стр. 10 и сл.

цессъ, основанный на власти магистрата, въ процессъ цивилильно-правовой (т. е. опирающийся на цивилильное право). Для осуществленія этой потребности нужно было заручиться санкціей народнаго закона.

Съ этой цѣлью былъ изданъ народный законъ—*lex Aebutia* приблизительно въ 130 г. до Р. X. ¹¹⁾ Затѣмъ, позднѣе послѣдовала *lex Iulia iudiciorum privatorum* (вѣроятно, только въ эпоху Августа). *Lex Aebutia* касалась только производства у *praetor urbanus*, т. е. только того производства, которое было областью господства *legis actio*. Этотъ законъ провозгласилъ возможность обходиться въ судѣ передъ *praetor urbanus*, т. е. въ процессахъ римскихъ гражданъ, и безъ *legis actio*, прибѣгая только къ формулѣ; по этому закону *litis contestatio*, совершаемая черезъ *formula*, получила значеніе основаннаго на законѣ процессуальнаго договора, и соотвѣтственно этому рѣшеніе третейскаго суда получило значеніе законнаго (опирающагося на цивилильное право) рѣшенія. Этимъ устранялось крупное затрудненіе. Формулярный процессъ былъ объявленъ *modus'омъ agendi* въ области *цивильнаго права* (въ городскомъ судѣ). *Formula* съ цивилильно-правовой точки зрѣнія была *приравнена* къ *legis actio*. Производство городского суда, совершавшееся только при посредствѣ *formula*, стало разсматриваться какъ *iudicium legitimum*, если налицо были остальные условія, необходимыя для присяжнаго суда ¹²⁾. Съ этихъ поръ форму-

¹¹⁾ Годъ изданія *lex Aebutia* достовѣрно не извѣстенъ. Однако, съ приблизительной точностью его можно отнести ко времени послѣ 150 г. до Р. X. *Mitteis*, *Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 52, прим. 30. *Girard* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 14, стр. 11 и сл. Bd. 29, стр. 113 и сл. (и тѣмъ не менѣе, должно отвергнуть мнѣніе *Girard'a* о томъ, будто преторское право ведетъ свое начало только съ *lex Aebutia*, ср. выше, § 47, прим. 4).

¹²⁾ А именно назначеніе третейскаго суда въ предѣлахъ римскаго городского округа, принадлежность сторонъ и присяжнаго

лярный процессъ продолжалъ считаться за *iudicium imperio continens* (*iudicium quod imperio continetur*) только въ предѣловъ Рима и въ судѣ по дѣламъ чужестранцевъ. Здѣсь производство осталось безъ измѣненій. Здѣсь *imperium* магистрата не нуждалось въ санкціи закона, такъ какъ оно и безъ нея пользовалось неоспоримымъ признаніемъ. Но городской судъ, бывший въ вѣдѣніи *praetor urbanus*, представлялъ собой цитадель гражданского права и своеобразнаго гражданского процесса (*legis actio*). У *praetor urbanus* фактически не хватало силы разрушить эту цитадель. Здѣсь на помощь ему долженъ былъ прійти народный законъ. Порожденіе и орудіе понтификальной юриспруденціи, *legis actio* была лишена исключительнаго значенія, а *formula* получила легальное значеніе (въ городскомъ судѣ). Теперь стало возможнымъ примѣнять порядокъ формулярнаго производства и къ спорамъ о *ius civile*: формулярный процессъ получилъ значеніе гражданского процесса. Но легисакціонный процессъ еще не былъ отмѣненъ. Стороны могли сами выбирать между старой *legis actio* и новымъ формулярнымъ процессомъ. *Formula* получила, однако, свободное примѣненіе и могла теперь развернуться во всей своей полнотѣ. И съ самаго начала не оставалось сомнѣнія въ томъ, какой видъ процесса одержать верхъ. *Legis actio* представляла собой строго формальный, неподвижный способъ формулированія спора, при томъ сопряженный съ рискомъ; *formula* же была подвижна, приспособлена къ безконечной эволюціи, она шла навстрѣчу всѣмъ видамъ притязаній, была свободна отъ неудобствъ прежняго формализма. *Legis actio*, вслѣдствіе связанной съ ней необходимости точно придерживаться *verba*

судьи къ числу римскихъ гражданъ, *unus iudex*. Въ процессахъ чужестранцевъ издавна практиковалось назначеніе *нѣсколькихъ* присяжныхъ (*recuperatores*): въ этомъ отношеніи процессы римскихъ гражданъ отличались тѣмъ, что въ нихъ назначался только *одинъ* присяжный судья.

legis, часто неизбежно должна была расходиться съ истиной и потому становилась безсодержательной. Въ противоположность этому формулирование спора при помощи formula ничѣмъ не было связано: оно дѣйствительно воспроизводило сущность спора о правѣ, а не только шаблонъ, за которымъ данный споръ скрывался. Formula была свободна, какъ вѣтеръ, и ясна, какъ солнечный свѣтъ. Не удивительно поэтому, что практика единодушно склонилась на сторону формулярнаго процесса. Довершила дѣло вышеуказанная lex Iulia, которая—подобно lex Aebutia—касалась производства въ городскомъ судѣ: отнынѣ назначеніе присяжныхъ должно было происходить *только* на основаніи formula, а не на основаніи совершившейся legis actio, какъ раньше¹³⁾. Этимъ самымъ legis actio оказалась отмѣненной (за исключеніемъ случаевъ, которые сейчасъ будутъ указаны). Формулярный процессъ обратился съ этихъ поръ въ ординарный римскій гражданскій процессъ. Соответственно съ этимъ теперь измѣнилась конечная цѣль производства in iure. Мѣсто прежней litis contestatio занялъ процессуальный договоръ, совершающійся черезъ formula; онъ завершалъ производство in iure и составлялъ его основной актъ: отнынѣ на разрѣшеніе iudex'a въ iudicium поступалъ именно *тотъ вопросъ*, который содержался въ formula.

Такъ слѣдуетъ себѣ представлять „введеніе“ формулярнаго процесса при помощи вышеназванныхъ законовъ. Какъ мы видимъ, оно совершилось не путемъ внезапной реформы и переворота, а путемъ естественнаго завершения постепенно подготовлявшагося процесса. Письменная формула не была введена сразу какъ нѣчто новое; она просто одержала по-

¹³⁾ Вторая lex Iulia (Gaius IV, 30: duas Iulias) относилась, вѣроятно, къ производству въ римскихъ муниципіяхъ и имѣла цѣлью тамъ тоже замѣнить legis actio письменной формулой. Wlassak, Prozessgesetze, Bd. 1, стр. 191 и сл., Bd. 2, стр. 221 и сл.

бѣду надъ устной формулой, которая до того времени занимала свое мѣсто наряду съ ней; побѣда письменной формулы обусловлена внутренней логикой прогрессирующаго въ своемъ развитіи права.

Такая эволюція формулярнаго процесса, попытка воспроизведенія которой была сдѣлана въ предыдущемъ изложеніи, подтверждается, и въ то же время выясняется двумя обстоятельствами.

Первое обстоятельство заключается въ томъ, что въ центумвиральномъ судѣ письменная формула *не примѣнялась*; въ этомъ судѣ неизмѣнно, въ теченіе всего классическаго императорскаго періода (по крайней мѣрѣ до Діоклетіана) процессъ долженъ былъ протекать въ формѣ легисакціоннаго производства (сакраментальнаго процесса). Процессы о наслѣдствѣ (они во всякомъ случаѣ въ послѣдствіи составляли самую существенную сферу дѣйствія центумвиральнаго суда) происходили, такимъ образомъ, по прежней формѣ—*legis actio sacramento*. Почему? Просто потому, что центумвиры представляли собой *постоянную* коллегію присяжныхъ, которая *не нуждалась* въ письменномъ назначеніи ея преторомъ для каждаго единичнаго случая. Здѣсь не было необходимости назначать *iudicium*, ибо налицо имѣлось постоянное *iudicium* (центумвиры). Здѣсь *iudicium* возникало не на основаніи декрета о назначеніи, и потому преторъ не могъ давать центумвирамъ никакихъ приказаній относительно условій осужденія или оправданія отвѣтчика; и стороны не могли заключать процессуальнаго договора при помощи декрета о назначеніи. Именно вслѣдствіе отсутствія преторскаго декрета о назначеніи здѣсь не примѣнялась *formula* на ряду съ *legis actio*; поэтому здѣсь сохранила свое значеніе прежняя *litis contestatio*, и поэтому въ центумвиральномъ судѣ формулярный процессъ не вытѣснилъ собой *legis actio (sacramento)*. Здѣсь у *litis contestatio* не было соперника, выросшаго изъ преторскаго декрета о назначеніи

въ случаяхъ *iudicia privata* (когда въ качествѣ *iudex*'а призывалось специально для даннаго случая частное лицо) ¹⁴).

Второе обстоятельство касается такъ называемой *iurisdictio voluntaria*, т. е. того вида судебного процесса, который служилъ не для разрѣшенія споровъ о правѣ, а для установленія гражданскихъ правъ. Сюда относится *in iure cessio*, т. е. передача правъ посредствомъ *confessio in iure* (выше, § 12). Такъ какъ здѣсь вслѣдъ за утвержденіемъ мнимаго истца (приобрѣтателя) сейчасъ же, *in iure*, въ присутствіи магистрата слѣдовало признаніе мнимаго отвѣтчика (отчуждателя), дѣло, конечно, не доходило до назначенія *iudicium*, ибо здѣсь вообще не было спора о правѣ. Поэтому же дѣло не доходило и до *formula*, ибо въ данномъ случаѣ не было надобности въ назначеніи *iudex*'а. Отсюда слѣдуетъ, что за время своего существованія, т. е. въ теченіе всего классическаго періода и послѣ, *in iure cessio* продолжала совершаться по формамъ легисакціоннаго процесса (опять-таки въ видѣ *legis actio sacramento*).

Оба указаннныя обстоятельства означаютъ только слѣдующее: тамъ, гдѣ для отдѣльныхъ единичныхъ случаевъ не издавался декретъ о назначеніи *iudicium*, ни *formula*, ни формулярный процессъ не имѣли мѣста; въ этихъ случаяхъ попрежнему примѣнялся легисакціонный процессъ ¹⁵).

¹⁴ Децемвиральный судъ былъ уничтоженъ Августомъ; иначе, навѣрно, какъ справедливо замѣтилъ *Mommsen*, *Staatsrecht*, Bd. 2 (3 Aufl.), стр. 608, прим. 1, и въ производствѣ децемвиральнаго суда (по дѣламъ объ отпущеніи на волю) удержался бы старый сакраментальный процессъ. Само собою разумѣется, что къ децемвиральному суду *formula* (декретъ о назначеніи) имѣла такъ же мало отношенія, какъ къ суду центумвировъ.

¹⁵ По словамъ Гая, IV § 31, можно было *lege agere* и въ болѣе позднія времена также въ случаѣ *damnum infectum* (если, напр. ветхій домъ сосѣда грозитъ обрушиться на мой участокъ). По преторскому праву здѣсь примѣнялся не формулярный процессъ, а процессъ *extra ordinem*, доставлявшій тому лицу, которому угро-

Lex Aebutia и leges Iuliae не устранили легисакціонный процесс совершенно и не установили исключительность формулярнаго процесса. Скорѣе можно сказать, что эти законы закрѣпили примѣненіе формулярнаго процесса въ тѣхъ случаяхъ (составлявшихъ, несомнѣнно, огромное большинство), гдѣ онъ фактически уже примѣнялся, т. е. гдѣ фактически средствомъ заключенія процессуальнаго договора между сторонами и основаніемъ для *sententia iudex'a* стала служить письменная формула, замѣнившая прежнюю устную формулу; вмѣстѣ съ тѣмъ, эти законы отодвинули на задній планъ остатки архаическаго легисакціоннаго процесса. Но тамъ, гдѣ формулярный процессъ не примѣнялся, т. е. въ случаяхъ производства центумвиральнаго суда и *iurisdictio voluntaria*, а также при *damnum infectum* (ср. прим. 15 и ниже, § 65 въ концѣ), указанные законы не ввели формулярнаго процесса.

Такимъ образомъ, въ центумвиральномъ судѣ продолжалъ примѣняться старый сакраментальный процессъ; но при разборѣ дѣлъ въ *iudicia privata* (т. е. когда въ присяжные судьи призывали въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ частныхъ лицъ) сталъ господствовать формулярный процессъ. Это означало, что *iudex* въ своей *sententia* долженъ былъ основываться на декретѣ о назначеніи, изданномъ преторомъ и принятомъ сторонами въ ихъ договорѣ; онъ долженъ былъ руководиться письменной формулой, изданной преторомъ для

жалъ вредъ, обезпеченіе при помощи *stipulatio* (обѣщанія возмѣстить ущербъ): эта *stipulatio* заключалась по приказанію претора. Такимъ образомъ, и здѣсь сохранилась *legis actio*, ибо по преторскому праву въ этихъ случаяхъ *не происходило* назначенія *iudex'a*, *formula не давалась*. Въ случаяхъ древней *pignoris capio* преторъ давалъ формулу подъ фикціей уже совершенной *pignoris capio* (Gaius IV, § 32), т. е. онъ предписывалъ *iudex'у* рѣшить дѣло такъ, какъ будто *pignoris capio* уже совершена,—этимъ самымъ *legis actio устранилась*. Легисакціонный процессъ сохранился только тамъ, гдѣ *не было* декрета (*formula*) о назначеніи *iudicium*.

даннаго случая. Въ остальномъ все оставалось по прежнему. Сохранилось прежнее раздѣленіе на *ius* и *iudicium*, сохранилось прежнее положеніе, въ силу котораго роль магистрата ограничивалась простымъ открытіемъ, допущеніемъ и формулированіемъ спора о правѣ, и въ силу котораго окончательное рѣшеніе предоставлялось присяжному судѣ. Сохранилась прежняя связь между назначеніемъ присяжнаго судьи магистратомъ и формальнымъ договоромъ о третейскомъ судѣ, заключаемымъ сторонами. Все это сохранилось въ прежнемъ видѣ; измѣнилось только формальное основаніе *iudicium*'а. Договоръ о третейскомъ судѣ, опредѣлявшій задачу присяжнаго судьи, заключался отнынѣ уже черезъ письменную формулу, исходившую отъ претора, а не черезъ устную формулу, опиравшуюся на законъ. Наблюдая измѣненіе, внесенное *lex Aebutia* и *leges Iuliae*, можно было подумать, что процессъ только освободился отъ нѣкоторыхъ ставшихъ излишними формальностей прежняго времени и (ко времени *lex Aebutia*) отъ вліянія, которое оказывали понтифики на процессы въ городскомъ судѣ. Измѣненіе не казалось особенно значительнымъ, и трудно было представить себѣ, что произошло нѣчто очень важное, ибо, какъ мы уже видѣли при обзорѣ производства центумвиральнаго суда, не могло быть и рѣчи о коренной реформѣ гражданского процесса.

И тѣмъ не менѣе, заверенное этими законами измѣненіе гражданского процесса заключало въ себѣ новшество съ неисчислимыми послѣдствіями.

Gaius, Inst, IV § 30. 31: Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet: itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti

et si centumvirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum praetorem; damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius ius est plenius est.

§ 50.

Formula.

Formula, декретъ претора о назначеніи iudex'a (или нѣсколькихъ присяжныхъ судей, recuperatores), обратилась въ орудіе litis contestatio, договора о третейскомъ судѣ, формулировавшаго споръ о правѣ въ цѣляхъ полученія рѣшенія in iudicio. *Письменная формула, исходящая отъ представителя власти, замѣнила собой устную формулу, произносившуюся сторонами.*

Съ формальной стороны этотъ новый видъ litis contestatio обладалъ меньшей юридической силой по сравненію съ торжественнымъ актомъ, совершавшимся сторонами въ легисакціонномъ процессѣ. Новый актъ, выражающійся въ письменной формѣ и потому не признаваемый древнимъ правомъ за актъ формальный, самъ по себѣ не представлялъ собой actio въ смыслѣ цивильнаго права, такъ какъ при помощи его нельзя было осуществить и исчерпать основанное на законѣ право иска (ср. выше, § 49). По самому существу своему и по предписанію права (ipso iure civili) формула могла быть взята обратно, повторяема, исправляема, если это позволялъ преторскій декретъ; являясь созданиемъ iuris honorarii, формула не влекла за собой litis contestatio цивильнаго права и потому сама по себѣ (ipso iure) не исключала возможности вторичнаго заявленія того же притязанія передъ преторомъ и доведенія дѣла до iudicium'a. Исключеніе составляло только iudicium legitimum (§ 49) по предписанію lex Aebutia и leges Iuliae. Цивильное право

допустило формулярный процессъ въ спорахъ между римскими гражданами въ предѣлахъ римскаго городского округа. Въ томъ случаѣ, если въ *iudicium legitimum* предъявлялась *actio in personam* (§ 52) съ *intentio iuris civilis* (§ 51), то и здѣсь *ipso iure* наступала консумція права на искъ и исключалась всякая возможность вторичнаго предъявленія иска, подобно тому, какъ это имѣло мѣсто при старой *legis actio*. Въ остальныхъ же случаяхъ, составлявшихъ огромное большинство, только при наличности ясно выраженной *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, т. е. только при наличности ясно выраженного спеціальнаго распоряженія претора для даннаго отдѣльнаго случая, можно было не допустить, чтобы споръ, дошедшій по пути формулярнаго процесса уже до назначенія *iudicium*'а и, можетъ быть, даже уже до конечнаго рѣшенія, вторично прошелъ весь путь процесса заново ¹⁾. Отсюда ясно, что по древнему праву консумція иска зависѣла не отъ процесса, какъ такового, не отъ назначенія *iudicium*'а, и не отъ *sententia iudex*'а; она являлась послѣдствіемъ того торжественнаго акта, при помощи кото-

¹⁾ Gaius Inst. IV § 106. 107: *Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in ius habet intentionem, postea nihilominus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae.* Въ случаяхъ *iudicium legitimum* (если предъявлялась *actio in rem* или *actio in factum*) законъ обязывалъ претора предоставлять *exceptio* (*exceptio* здѣсь выступала въ формѣ такъ называемой *exceptio civilis*, ср. ниже § 53); въ тѣхъ же случаяхъ, когда дѣло разбиралось въ *iudicium imperio continens*, предоставление *exceptio* цѣликомъ зависѣло отъ усмотрѣнія претора.

раго тяжущійся вызывалъ назначеніе *iudicium*,—послѣдствіемъ *legis actio* въ собственномъ смыслѣ слова, торжественной *litis contestatio* древняго права. И этотъ торжественный актъ отпалъ въ формулярномъ процессѣ. Право различно относилось къ процессуальному договору, заключаемому посредствомъ *formula*, и къ прежней *litis contestatio* (кромѣ исключенія, указаннаго выше).

Однако, въ этой невзрачной *formula*, въ этихъ скудныхъ словахъ, написанныхъ преторомъ въ руководство *iudex*'у, заключалась вся будущность не только римскаго гражданского процесса, но и самого римскаго гражданского права, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всего римскаго права вообще.

Старый легисакціонный процессъ съ своей торжественной, связанной традиціонной формой *litis contestatio*, какъ мы уже видѣли, имѣлъ примѣненіе только къ тѣсно ограниченному числу случаевъ формулированія споровъ о правѣ. Когда оказывалось, что ни одинъ изъ традиціонныхъ шаблоновъ не подходилъ къ конкретному случаю, оставался только одинъ выходъ: такъ называемая *sponsio* (*agere per sponsionem*): одна сторона давала другой формальное обѣщаніе (*sponsio*) заплатить извѣстную сумму денегъ на тотъ случай, если утвержденіе противной стороны относительно существованія того или иного факта или права окажется справедливымъ. Благодаря этой *sponsio* можно было предъявить искъ—*legis actio sacramento in personam* (см. выше § 48), а благодаря *iudicium* по поводу *sponsio* можно было добиться *iudicium* и *sententia* по вопросу о фактѣ или о правѣ, лежащемъ въ основѣ *sponsio*. Въ такомъ случаѣ обѣщанная сумма не выплачивалась, ибо цѣлью подобной *sponsio* (такъ называемой *sponsio praeiudicialis*) являлось не полученіе денегъ, а открытіе процесса; *sponsio praeiudicialis* являлась преддверіемъ процесса ²⁾.

²⁾ Иначе обстояло дѣло при *sponsio poenalis*, когда *sponsio* заключалась по поводу исхода процесса и когда уплата денежной суммы

Formula претора, наоборотъ, не была связана традиціей. Formula означала свободное, ничѣмъ *неограниченное* формулирование спора о правѣ, въ то время, какъ прежняя *litis contestatio* приводила къ формулированію спора въ заранѣе строго опредѣленныхъ словахъ. Поэтому formula предоставляла возможность непосредственно воспроизвести любой вопросъ или любую комбинацію вопросовъ, допущенныхъ преторомъ, съ тѣмъ, чтобы послѣ процессуальнаго договора сторонъ передать ихъ на разрѣшеніе *iudex'a in iudicio*. Преторъ же былъ тѣмъ лицомъ, которое могло одновременно съ формулированіемъ спора о правѣ дать *iudex'у* прямое указаніе относительно рѣшенія спора. Ибо то или иное рѣшеніе *iudex'a* (кондемнація или освобожденіе отъ нея) отнынѣ зависѣло исключительно отъ того, какъ преторъ формулировалъ процессуальный вопросъ для заключенія процессуальнаго договора сторонами.

заранѣе *имѣлась въ виду*. Противъ *sponsio poenalis* отвѣтника истецъ долженъ былъ выставить *permissio*, т. е. долженъ былъ обѣщать такую же сумму денегъ на случай проигрыша процесса. Наоборотъ, *sponsio praecudicialis* не обязывала истца къ *permissio*. Ср. Gaius, Inst. IV § 13. 94. 171.—Bekker, Aktionen, Bd. 1, стр. 246 и сл.—Въ формѣ производства *per sponsionem* возможно было вести споръ и о правѣ собственности, такъ что виндикація *per sponsionem* (съ формальной стороны направленная на уплату обѣщанной суммы въ виду отсутствія у противника права собственности) могла имѣть мѣсто наряду съ виндикаціей посредствомъ *formula petitoria* (при которой имѣлась въ виду непосредственная передача владѣнія истцу). Однако, виндикація *per sponsionem* заканчивалась только *удостовереніемъ* права собственности истца, такъ что для выдачи вещи или ея эквивалента необходимо было дальнѣйшее производство (1. а. *per arbitri postulationem*, § 48, прим. 5), въ то время, какъ новѣйшая виндикація, совершаемая посредствомъ *formula petitoria*, приводила сразу и къ выдачѣ вещи. Повидимому, для выясненія картины владѣнія и положенія сторонъ при виндикаціи *per sponsionem* служила *vis ex conventu* (*deductio quae moribus fit*). Ср. интересныя указанія *Mitteis* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 23, стр. 282 и сл.

Formula должна была быть средствомъ, и была имъ, для того, чтобы освободить формулированіе и рѣшеніе тяжбы отъ вліянія старыхъ законовъ, отъ единовластія гражданского права. При помощи formula преторъ и его ius honorarium приобрѣли господство надъ правовой жизнью Рима.

Legis actio, ея развитіе и ея толкованіе зависѣли отъ pontifices, а не отъ претора. Въ легисакціонномъ процессѣ iudex не слѣдовалъ указаніямъ претора: его роль судьи обязывала его придерживаться только тѣхъ указаній, которыя даны были для его iudicium'a сторонами въ торжественной litis contestatio, и онъ долженъ былъ контекстированную такимъ образомъ iis рѣшить по нормамъ *гражданскаго права* (въ частности, согласно интерпретаціи pontifices). Въ iudicium'ѣ ординарнаго производства (legis actio) господствовало гражданское право, основанное на законѣ и подлежащее толкованію pontifices; примѣнялось оно только однимъ судьей—iudex'омъ. Теперь, съ введеніемъ формулы, отношеніе претора и судьи въ *ординарномъ* производствѣ измѣнилось, и въ то же время *измѣнилось соотношеніе между преторскимъ правомъ и правомъ гражданскимъ*³⁾. Декретъ о назначеніи (formula) давалъ указанія iudex'у и въ спорахъ, касавшихся гражданского права. Слѣдовательно, и въ спорахъ о гражданскомъ правѣ iudex отнынѣ долженъ былъ постановлять рѣшенія, руководствуясь не только ius civile, но и формулой претора (принятой договоромъ тяжущихся): онъ долженъ былъ ограничивать примѣненіе ius civilis согласно указаніямъ, заключающимся въ формулѣ. И въ сферѣ гражданского права присяжный судья (iudex) сталъ зависѣть отъ претора. Онъ обязанъ былъ освободить отвѣтчика согласно указанію

³⁾ Не слѣдуетъ думать, будто преторъ получилъ возможность самостоятельно вліять на судебный процессъ только благодаря lex Aebutia (какъ и по сію пору полагаетъ подъ вліяніемъ Girard'a французская школа, ср. выше § 47, прим. 4). Но вліяніе претора значительно усилилось со времени изданія этого закона, ср. § 15).

претора (въ формулѣ) даже въ томъ случаѣ, если цивильное право предписывало осудить его. И наоборотъ, подчиняясь указанію претора, онъ обязанъ былъ въ другихъ случаяхъ присудить отвѣтчика, въ то время, какъ по цивильному праву онъ долженъ былъ бы освободить его (ср. § 51. 53). Однимъ ударомъ присяжный судья изъ органа цивильнаго права превратился въ органъ *преторскаго* права.

При помощи *formula* преторъ пріобрѣлъ господство надъ договоромъ сторонъ о третейскомъ судѣ, а тѣмъ самымъ и надъ *всѣмъ* производствомъ споровъ о цивильномъ правѣ; вмѣстѣ съ тѣмъ процессъ и вся правовая жизнь подпали подъ власть эдикта. Цивильное право (за исключеніемъ производства въ центумвиральныхъ судахъ) сохранило свое значеніе для процесса только постольку, поскольку для него оставлялъ мѣсто преторскій эдиктъ.

Здѣсь передъ нами встаетъ вся картина будущаго развитія римскаго права. Ясно, что благодаря формулярному процессу безвозвратно исчезло рѣзкое разграниченіе на *ius* и *iudicium* прежняго времени. *Iudex* и въ области *ius civile* уже не представляется прежнимъ независимымъ частнымъ лицомъ, связаннымъ только нормами дѣйствующаго права. Онъ превратился въ органъ, подчиненный власти магистрата, онъ сталъ своего рода чиновникомъ. Такъ подъ вліяніемъ эволюціи формулярнаго процесса подготовлялось позднѣйшее уничтоженіе противоположности между *ius* и *iudicium* (ниже § 57). Въ то же время, однако, по мѣрѣ того, какъ магистратъ получалъ власть надъ *iudex*'омъ, онъ сталъ окончательно захватывать господство и надъ *всѣмъ* развитіемъ права. Въ формулярномъ процессѣ беретъ свое начало мощный расцвѣтъ *iuris honorarii*, приведшій къ преобразованію *ius civile* и къ созданію классическаго римскаго права. Переворотъ въ процессѣ повлекъ за собой переворотъ въ правѣ.

§ 51.

Intentio и actio.

Каждая формула начинается съ назначенія присяжнаго судьи (*Titius iudex esto*) или коллегіи присяжныхъ (*Titius, Maevius et Lucius recuperatores sunt*). Это назначеніе и вызвало къ жизни формулу. Съ теченіемъ времени оно превратилось въ введеніе къ настоящему содержанію формулы.

Formula, по общему правилу, редактировалась какъ приказъ о кондемнаціи; соотвѣтственно этому она обычно распадалась на двѣ основныя части: на *intentio* и на *condemnatio* по слѣдующей схемѣ: *если ты (iudex) убѣдишься въ существованіи этого права или этого факта (intentio), то присуди отвѣтчика (condemnatio); въ противномъ же случаѣ освободи его: si paret—condemna; si non paret—absolve.* *Intentio* является необходимымъ условіемъ для *condemnatio*. Она *формулируетъ вопросъ, возбужденный въ процессъ*, т. е. тотъ вопросъ, отъ положительнаго отвѣта на который (*si paret*) зависитъ побѣда истца. Природа поставленнаго въ процессъ вопроса, а потому и содержаніе *intentio* опредѣляютъ природу *actio*. Сколько видовъ *intentio*, столько и видовъ *actio*.

Въ процессъ или возбуждается вопросъ о правѣ, какъ, напр., вопросъ о томъ, является ли истецъ собственникомъ по цивильному праву, или является ли истецъ кредиторомъ по долгу цивильнаго права. Въ такомъ случаѣ *intentio* содержитъ выраженія: *eius esse ex iure Quiritium* или *dare (facere) oportere*: *actio* въ этомъ случаѣ есть *actio in ius concepta*. Или же въ процессъ ставится просто вопросъ о фактѣ. На лицо имѣется не право собственности или право требованія, признанное въ *ius civile*, а только извѣстный фактической составъ, по поводу котораго *преторъ* далъ искъ:

напр., фактическій составъ можетъ заключаться въ томъ, что одно лицо отдало другому вещь въ залогъ (только преторъ, но не гражданское право, давалъ приобретателю залогового права вещный искъ для истребованія заложенного), или въ томъ, что вольноотпущенникъ безъ разрѣшенія претора вызвалъ своего патрона въ судъ (только преторъ могъ въ данномъ случаѣ дать патрону штрафной искъ противъ *libertus'a*). Здѣсь въ *intentio* не упоминается какое-либо право, а просто указывается извѣстное фактическое состояніе, отъ наличности или отсутствія котораго зависитъ исходъ процесса. *Actio* съ *intentio* такого рода есть *actio in factum concepta*¹⁾.

Actio in factum concepta служила для претора средствомъ фактически создавать новыя права, неизвѣстныя гражданскому праву (напр., залоговое право, право патрона требовать наказанія непочтительнаго *libertus'a*).

Однако, преторъ располагалъ и другими средствами для достиженія той же цѣли. Онъ могъ сохранить *intentio iuris civilis* (*intentio in ius concepta*), дополнивъ ее постановленіями, чуждыми гражданскому праву. Онъ предписывалъ *iudex'у* признать наличность притязанія гражданского права (*eius esse ex iure Quiritium, dare oportere*), принявъ, однако, во вниманіе условія, самостоятельно формулированныя преторомъ. Такъ, напр., римское гражданское право не знало цессіи, т. е. уступки права требованія. Даже въ томъ случаѣ, если кредиторъ продавалъ и уступалъ свое право требованія другому лицу,—по гражданскому праву право на искъ продолжало принадлежать только самому кредитору (цеденту); оно не переходило къ приобретателю (цессіонарію). Преторъ же

¹⁾ Выраженіе „*actio in factum civilis*“ (I. 5 § 2 D. 19, 5), введено интерполяціей составителей *Corpus iuris*; это выраженіе употребляется въ томъ же значеніи, какъ и *actio praescriptis verbis* (последняя тоже введена компиляторами, ниже § 79). *Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten*, 1887, стр. 122 и сл.

предоставилъ цессіонарію искъ кредитора (направленный на dare oportere,— слѣдовательно, съ intentio in ius concepta), внеся въ intentio измѣненіе, вѣроятно, при помощи фикціи, въ томъ смыслѣ, что iudex'у предписывалось разсматривать цессіонарія какъ кредитора и соотвѣтственно этому постановить рѣшеніе. Такимъ образомъ возникаетъ понятіе *actio utilis*. *Actio utilis* представляетъ собой искъ съ измѣненной intentio (искъ приспособленный, сдѣланный „пригоднымъ“ для новыхъ случаевъ). Она противопоставляется *actio directa*, иску, сохранившему первоначальную intentio, которая послужила образцомъ для *actio utilis*. Такъ въ приведенномъ примѣрѣ кредиторъ (цедентъ) имѣлъ *actio directa*, цессіонарій—*actio utilis*.

Особенно важной формой *actio utilis* является *actio ficticia*, т. е. искъ, при которомъ измѣненіе intentio заключается въ примѣненіи фикціи. Iudex долженъ допустить фикцію, будто налицо имѣются условія, необходимыя съ точки зрѣнія цивильнаго права (отъ наличности которыхъ зависитъ дѣйствительность intentio), т. е. онъ долженъ *оставить безъ вниманія* то обстоятельство, что въ дѣйствительности такихъ условій нѣтъ. Примѣромъ здѣсь можетъ служить *actio Publiciana in rem*. Она представляетъ собою *utilis rei vindicatio*. Это значить, что она представляетъ собой *rei vindicatio* (искъ, основанный на правѣ собственности съ intentio: eius esse oportere ex iure Quiritium) съ измѣненной intentio. Лицо, купившее и получившее путемъ *traditio* вещь отъ не-собственника, еще не является собственникомъ, но можетъ стать таковымъ (по цивильному праву) вслѣдствіе приобретательной давности (ниже, § 64), если въ теченіе извѣстнаго промежутка времени будетъ добросовѣстно владѣть приобретенной вещью. Если истекъ полный срокъ, установленный для давности, то это лицо можетъ располагать настоящей *rei vindicatio* (*directa rei vindicatio*); въ этомъ случаѣ оно становится цивильнымъ собственникомъ. Но пока срокъ дав-

ности еще не истекъ, оно не можетъ прибѣгнуть къ *rei vindicatio* (цивильнаго права): оно еще не считается собственникомъ. Однако, преторъ пожелалъ несмотря на это—и по справедливымъ основаніямъ—предоставить такому лицу *rei vindicatio* еще до истечения давностнаго срока (противъ всѣхъ, кромѣ дѣйствительнаго собственника). Какъ этого достигнуть? Преторъ измѣняетъ *intentio* въ *rei vindicatio*, вводя въ нее фикцію: *iudex* долженъ допустить фикцію, будто давностный срокъ уже истекъ, т. е. онъ долженъ закрыть глаза на то, что этотъ срокъ *еще не истекъ*. Такимъ образомъ, преторъ предоставилъ лицу, имѣющему годное для давности владѣніе, *ficticia rei vindicatio*, такъ называемую *actio Publiciana in rem* (§ 66), *intentio* которой гласитъ:

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, quo de agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret....

Итакъ, это—*actio in ius concepta*: процессуальный вопросъ (*intentio*) здѣсь является вопросомъ о цивильномъ правѣ (*eius esse oportere ex iure Quiritium*). Но *intentio* здѣсь измѣнена настолько, что вопреки цивильному праву, давностный владѣлецъ защищается этимъ искомъ, въ сущности такъ же, какъ будто бы срокъ давности уже истекъ (по до-Юстиніанову праву срокъ равнялся одному году въ отношеніи раба). Давностный владѣлецъ располагалъ тоже *rei vindicatio*, но *rei vindicatio utilis* (*actio Publiciana*). Вѣроятно, *actio ficticia* была древнѣйшей формой *actio utilis*. Здѣсь преторъ старался держаться возможно ближе къ цивильному праву, хотя онъ и стремился къ его совершенствованію.

Actio directa и *actio utilis* могутъ противопологаться другъ другу не только въ области *actio in ius concepta*, но также и въ области *actio in factum concepta*, хотя въ послѣднемъ случаѣ преторъ вообще находился въ сферѣ своего свободнаго усмотрѣнія. Если преторомъ уже раньше данъ былъ искъ для опредѣленнаго случая, и если потомъ явля-

лась потребность въ искѣ для подобнаго, но не тождественнаго случая, то въ первоначальномъ искѣ измѣнялась *intentio* (указывающая фактическія обстоятельства) сообразно съ обстоятельствами новаго случая. Въ такомъ случаѣ первоначальный искъ считался *actio directa*, второй—*actio utilis*. Примѣромъ этому можетъ служить искъ, вытекающій изъ залогового права. Первоначально вещный искъ изъ залогового права (принадлежавшій кредитору по обезпеченному залогомъ долгу противъ владѣльца заложенной вещи) давался только въ томъ случаѣ, когда арендаторъ земельного участка (*praedium rusticum*) отдавалъ въ залогъ собственнику участка свои *invecta* и *illata* (свой инвентарь): собственнику въ защиту его залогового права давалась *actio Serviana (in factum concepta)*. Затѣмъ стало казаться справедливымъ предоставлять искъ изъ залогового права не только для защиты собственника арендуемаго имѣнія, но и вообще для защиты всякаго кредитора по долгу, обезпеченному залогомъ. Эти остальные кредиторы, права требованія которыхъ были обезпечены залогомъ, получили *utilis actio Serviana* (называемую также *actio quasi Serviana*), т. е. имъ былъ предоставленъ такой же искъ, основанный на залоговомъ правѣ, какимъ располагалъ собственникъ арендуемаго имѣнія, но съ соотвѣтственно измѣненной *intentio*.

Итакъ, *actio directa* есть оригиналь, съ котораго скопированъ другой искъ, а *actio utilis* есть копія.

Actio utilis (такъ же, какъ *actio in factum*) всегда представляетъ собой преторскій искъ (*actio honoraria*), т. е. источникомъ ея возникновенія всегда служитъ *ius honorarium*; но *actio directa* является либо *actio civilis*, т. е. искомъ, имѣющимъ основаніе въ цивильномъ правѣ, либо *actio honoraria* (въ томъ случаѣ, напр., когда съ *actio in factum* скопирована *actio utilis*).

Actio utilis всегда являетъ собою симптомъ дальнѣйшаго

развитія права—цивильнаго или преторскаго (то же можно сказать и объ *actio in factum concepta*)²⁾.

Оба вида исковъ: *actio utilis* и *actio in factum concepta* указываютъ на господство претора надъ всей областью правовой жизни, и прежде всего—на его власть надъ *iudex*’омъ. Подчиненіе претору обязываетъ *iudex*’а присудить на основаніи *actio in factum* и *actio utilis* несмотря на то, что для присужденія нѣтъ данныхъ по цивильному праву.

Занимавшія насъ до сихъ поръ противоположенія—между *actio civilis* и *a. honoraria*, между *actio in ius* и *in factum concepta*, между *actio directa* и *a. utilis*—суть противоположенія чисто формальнаго характера. Они выражаютъ внѣшнее отношеніе *intentio* къ цивильному праву съ одной стороны, къ преторскому эдикту—съ другой, т. е. то отношеніе, въ которомъ *intentio* стоитъ къ объективному праву.

Гораздо больше интереса представляетъ *intentio* съ точки зрѣнія своего матеріальнаго содержанія, т. е. если мы будемъ разсматривать *то субъективное* право, которое находитъ свое осуществленіе посредствомъ *intentio*. Разсматривая *intentio* съ этой точки зрѣнія, мы получаемъ картину цѣлой системы исковъ, въ которой отражается вся система гражданскаго права.

Gaius, Inst. IV § 41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere; item haec: quiquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere; item haec: si paret hominem ex iure Quiritium A. Agerii esse.*

§ 45 eod.: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere: in quibus iuris civilis intentio est.*

²⁾ Ср. *Wlassak* въ *Paulys Realenzykl.*—слово „*actio*“, Sp. 19. 20.

§ 46: Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae, nominato eo, quod factum est, adiiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, quae utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit, nam in ea ita est: *recuperatores sunt. Si paret, illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate: si non paret, absolvite...* et denique innumerabiles eiusmodi aliae formulae in albo proponuntur.

§ 47: Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati: illa enim formula, quae ita concepta est: *Iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit; qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat; si non paret, absolvito*, in ius concepta est; at illa formula, quae ita concepta est: *Iudex esto. Si paret, A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret, absolvito*, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.

§ 52.

Система исковъ.

Сущность actio въ эпоху формулярнаго процесса осталась той же, какъ въ эпоху legis actio. Гражданское право, какъ таковое, все еще не пользуется общей защитой. Защита дается только въ формѣ отдѣльныхъ, строго ограниченныхъ въ своемъ примѣненіи исковъ (actiones), которые имѣютъ самостоятельное существованіе. Современный искъ принадлежитъ къ области публичнаго права. Съ точки зрѣнія граж-

данскаго права онъ представляетъ собой форму безъ всякаго содержанія, которая можетъ и должна служить для защиты передъ судомъ *любого* притязанія. Наоборотъ, римская actio сама опредѣляетъ свои гражданско-правовыя предпосылки. Она по своему содержанію относится не только къ публичному, но и къ гражданскому праву. Она представляетъ собой право на возбужденіе судебного процесса только по поводу *опредѣленнаго* притязанія. Римская actio—это притязаніе, способное стать предметомъ судебного разбирательства. Поэтому, въ римскомъ правѣ мы видимъ не одинъ только искъ и не одно исковое производство, какъ въ наше время, а много исковъ (съ различными формулами): въ римскомъ правѣ выступаетъ цѣлая *система исковъ*, представляющая собой систему притязаній, снабжаемыхъ судебной защитой. Гражданское право въ Римѣ получаетъ защиту только въ томъ случаѣ, если на лицо имѣется соотвѣтственная actio.

Однако, въ вопросѣ о томъ, имѣется ли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ actio, рѣшающее значеніе уже не принадлежитъ больше только народному праву. Въ этомъ проявился прогрессъ, достигнутый благодаря формулярному процессу. Освободившіеся отъ строгой lex, магистраты получили возможность пойти навстрѣчу новымъ потребностямъ оборота и новымъ правовымъ воззрѣніямъ, создавъ массу новыхъ исковъ (actiones). Въ новыхъ искахъ отразилось гражданское право новаго времени. Въ техникѣ же исковъ отразилась искусная, *ведущая къ образованію новыхъ формъ* обработка гражданско-правового матеріала. Все это было достигнуто благодаря intentio. Съ этой частью formula связана формальная законченность римскаго права. Средневѣковое германское право также выработало свою систему исковъ¹⁾. Но тамъ тѣ при-

1) Самостоятельное развитіе системы защиты правъ соотвѣтствуетъ характеру всякаго древняго права. Развитіе системы защиты правъ (уголовное право, процессъ) есть форма развитія всего древняго права. Соотвѣтственно этому и средневѣковое германское

тязанія, которыя могли быть возбуждаемы въ судебномъ порядкѣ, подраздѣлялись просто по своему объекту: на иски о долгѣ, о движимости или о недвижимости, т. е. они различались по внѣшнимъ признакамъ, не имѣвшимъ ничего общаго съ юридической природой притязанія. Иначе обстояло дѣло съ исками въ римскомъ формулярномъ процессѣ. Они различались по своимъ *юридическимъ основаніямъ*: юридическое основаніе указывалось въ *intentio*. Такимъ образомъ, *intentio* выражала юридическую природу притязанія. Такъ выступаетъ наружу *гражданское матеріальное право*, лежащее въ основѣ иска; въ системѣ римскихъ исковъ отразилась основная идея системы всего гражданского права, въ различныхъ же отдѣльныхъ *intentiones* рельефно выдѣлялись различія отдѣльныхъ гражданскихъ правъ.

I. *Intentio* формулируется либо *in personam*, либо *in rem*, т. е. въ *intentio* либо упоминается личность отвѣтчика (который можетъ быть присужденъ по иску), либо объ отвѣтчикѣ не говорится, а упоминается только истецъ (лицо управомоченное). На этомъ различіи основано главное раздѣленіе всѣхъ исковъ, распадающихся на *actiones in personam* (съ *intentio in personam*) и на *actiones in rem* (съ *intentio in rem*).

Противоположность эта не является чисто внѣшней,—она основана на внутренней природѣ гражданскихъ правъ. Извѣстная группа гражданскихъ правъ—права требованія—исчерпываются обязанностью одного *единственнаго* лица (должника), и потому нельзя обозначить определенное право требованія, не упомянувъ объ этомъ обязанномъ лицѣ (о должникѣ). *Право* истца съ самаго начала имѣть въ виду

право не знаетъ общей защиты гражданского права: право собственности на движимость остается незащищеннымъ противъ третьяго владѣльца, если собственникъ добровольно оставилъ владѣніе вещью, и если вслѣдствіе этого исчезло необходимое условіе для соотвѣтственнаго притязанія (*actio*).

опредѣленное лицо (должника), съ самаго начала указываетъ, кто будетъ отвѣтчикомъ. *Intentio* (независимо отъ того, конципирована она *in ius* или *in factum*) должна указать это лицо, ибо личность должника индивидуализируетъ самое право: другой должникъ—другое и право (*intentio* гласить, напр.: *Si paret, Num Num Aº Aº dare oportere*). Въ противоположность этому, всѣ остальные права (въ особенности, но не исключительно, права вещныя, напр., право собственности) таковы, что ихъ сущность заключается не въ обязанности одного опредѣленного лица, а въ правомочіи, которое не только существуетъ, но и можетъ быть осуществлено противъ *всякаго* третьяго лица. Право, какъ таковое, не направлено здѣсь противъ какого-либо опредѣленного противника. Только *нарушеніе* права опредѣляетъ противника и вмѣстѣ съ тѣмъ отвѣтника. Притомъ, *каждое* нарушеніе одного и того же права порождаетъ всегда *одинаковый* искъ: и при разныхъ противникахъ право остается *однимъ и тѣмъ же*. *Intentio* здѣсь излагается безлично (напр.: *si paret, hominem, quo de agitur, Aº Aº esse ex iure Quiritium*), т. е. въ ней не упоминается отвѣтникъ; имя отвѣтника появляется только въ *condemnatio*.

Природа *intentio* опредѣляетъ природу *actio*.

Искъ, вытекающій изъ обязательственнаго права, есть actio in personam, искъ, вытекающій изъ какого-либо другого права (напр., изъ права собственности, залогового права, права семейной власти, наследственнаго права) есть actio in rem. Выражаясь языкомъ гражданского права, мы скажемъ: обязательственные права являются правами съ относительнымъ, остальные права—правами съ абсолютнымъ содержаниемъ. Форма *intentio* выражаетъ сущность соответственнаго права. Противоположность между абсолютными и относительными правами и въ наши дни еще господствуетъ надъ юридической мыслью. Эта противоположность сложилась подъ вліяніемъ римской *intentio*.

II. Вещные иски (actiones in rem) вытекаютъ частью изъ вещныхъ правъ (ниже § 60 и слѣд.), напр., изъ права собственности (rei vindicatio, actio negatoria), частью изъ семейныхъ правъ (напр., изъ права отцовской власти: vindicatio filii in potestatem), частью изъ наследственнаго права (hereditatis petitio, interdictum quorum bonorum), частью изъ правъ status'a, т. е. изъ правъ состоянія (напр., состоянія свободнаго рожденія, принадлежности къ опредѣленному семейному союзу, свободы отъ родительской власти). Иски, имѣвшіе своимъ предметомъ право status'a, причислялись къ *преюдиціальнымъ искамъ* (praeiudicialia), т. е. къ такимъ искамъ, при помощи которыхъ *удостоверялось* то или иное притязаніе; здѣсь истецъ домогался *только* признанія извѣстнаго юридическаго отношенія (напр., состоянія свободы), а не присужденія отвѣтчика.

Такъ называемая actio in rem scripta есть не actio in rem, а *личный искъ* (съ указаніемъ опредѣленнаго противника), вытекающій изъ *обязательственнаго права*; этотъ искъ отличается той особенностью, что должникъ не опредѣляется сразу, но обозначается черезъ указаніе на особое положеніе: всякій, кто окажется въ указанномъ положеніи, будетъ должникомъ. Такимъ образомъ, этотъ искъ есть actio in personam, но такая, при которой отвѣтчикъ (должникъ) является таковымъ только на извѣстный промежутокъ времени. Примѣромъ можетъ служить actio quod metus causa (§ 42), при помощи которой римское право давало возможность требовать возвращенія утраченнаго черезъ вынужденную юридическую сдѣлку (напр., возвращенія права собственности на вещь, отчужденную metus causa); требовать возврата можно отъ всякаго, кто *въ данный моментъ* обладаетъ тѣмъ, что получено черезъ эту сдѣлку; искъ этотъ имѣетъ вещное дѣйствіе (это—actio in rem scripta), поскольку онъ можетъ быть направленъ не только противъ лица, прибѣгнувшаго къ metus, но также и противъ третьяго лица, приобрѣвшаго отъ

перваго право собственности на вещь, отчужденную *metus causa*; однако, искъ этотъ нельзя отнести къ числу вещныхъ исковъ потому, что предъявляется къ третьему лицу не на основаніи права собственности истца (собственникомъ является отвѣтчика), но только на основаніи права требованія, возникшаго влѣдствіе *metus'a* (и направленнаго на возвращеніе права собственности). Другимъ примѣромъ служить искъ о раздѣлѣ, при помощи котораго можно требовать раздѣла общей собственности отъ лицъ, являющихся собственниками въ данный моментъ.

III. Обязательственные права вытекають либо изъ контрактовъ (или подобныхъ договорамъ отношеній), либо изъ деликтовъ (или подобныхъ деликтамъ отношеній). Поэтому, *actiones in personam* распадаются на *контрактные* (или квазиконтрактные) *иски* и на *иски деликтные* (или квазиделиктные). Ср. § 77.

IV. Контракты представляютъ собой либо *negotia stricti iuris* (при которыхъ обязанности точно опредѣлены), либо *negotia bonae fidei* (съ неточно опредѣленными обязанностями) ср. § 76. Поэтому контрактные иски относятся или къ *actiones stricti iuris* (напр., искъ изъ займа или изъ *stipulatio*), или къ *actiones bonae fidei* (напр., искъ изъ купли-продажи, найма, *depositum*). *Actio stricti iuris* обозначается терминомъ *condictio*, если она предъявляется безъ указанія (въ формулѣ—ср. § 80, прим. 8) на ея основаніе.

При *actio bonae fidei intentio* всегда бываетъ *incerta* (*quid Num Num Ao Ao dare facere oportet ex bona fide*); при *actio* же *stricti iuris intentio* бываетъ *incerta* только въ томъ случаѣ, если *negotium stricti iuris* (*stipulatio*) именно направлено на *incertum*. Въ случаяхъ *incerta intentio* (т. е. во всѣхъ случаяхъ *actio bonae fidei intentio* начинается съ такъ называемой *demonstratio*, т. е. съ обозначенія того договора, которымъ опредѣляется *incertum* (*quidquid*). Такъ, напр.: *quod Aus Aus apud Num Num hominem deposuit, quidquid* и

т. д. Такимъ образомъ, въ римской *intentio* получаетъ свое выраженіе не только сущность обязательственныхъ правъ, но и сущность контрактовъ.

V. Деликты, подлежаще разсмотрѣнію въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства (частные деликты), по римскому праву приводятъ или къ возмѣщенію ущерба, или къ уплатѣ штрафа, иногда же къ тому и другому одновременно; въ послѣднемъ случаѣ иногда одинъ и тотъ же искъ можетъ служить средствомъ какъ возмѣщенія ущерба, такъ и взысканія штрафа; но деликтъ (напр., кража) можетъ служить основаніемъ и для двухъ самостоятельныхъ исковъ, изъ которыхъ одинъ (какъ, напр., *condictio furtiva*) служитъ исключительно средствомъ возмѣщенія ущерба, а другой (какъ, напр., *actio furti*) служитъ исключительно средствомъ для взысканія штрафа. Поэтому деликтные иски дѣлятся на иски *rei persecuendae causa comparatae* (направленные только на возмѣщеніе ущерба), на иски *poenae persecuendae causa comparatae* (направленные только на уплату штрафа) и на *actiones mixtae* (въ послѣднемъ случаѣ одинъ и тотъ же искъ направленъ на возмѣщеніе ущерба и на уплату штрафа).

Порожденное деликтомъ притязаніе на штрафъ принадлежитъ пострадавшему, а въ случаѣ нарушенія общественнаго интереса—*populus*'у (государству). Искъ объ уплатѣ штрафа отъ имени *populus*'а можетъ по классическому праву быть вчиненъ каждымъ гражданиномъ. Поэтому штрафные иски (*actiones poenae persecuendae causa comparatae*) распадаются на *actiones privatae* (если они принадлежатъ пострадавшему частному лицу) и на *actiones populares* (если они могутъ быть вчинены отъ имени пострадавшаго общества каждымъ гражданиномъ, *civis ex populo*)²⁾.

²⁾ *Mommsen* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 24, стр. 1 и сл. Штрафъ, взысканный посредствомъ *actio popularis*, достается либо истцу, либо всему обществу, либо распределяется между истцомъ и обществомъ.

§ 1. I. de actionibus (4, 6): Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quaere quaeritur, summa divisio in dua genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui eo obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

§ 13 eod.: Praejudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo.

§ 20 eod.: Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent.

§ 53.

Condemnatio и excerptio.

I. *Condemnatio*—это та часть формулы, въ которой преторъ отдаетъ приказъ присудить отвѣтчика. Необходимой предпосылкой *condemnatio* служить *intentio*. Если *intentio* вѣрна, должно послѣдовать присужденіе. Только въ преюдициальномъ искѣ (§ 52) formula исчерпывается одной *intentio*: здѣсь formula обязываетъ iudex'a только къ выясненію (*pronuntiatio*) представленнаго ему вопроса (о status'ѣ); въ этомъ случаѣ нѣтъ надобности въ *condemnatio*.

Приказъ претора о присужденіи всегда направленъ на то, чтобы iudex присудилъ отвѣтчика къ уплатѣ нѣкоторой

денежной суммы (*pecuniaria condemnatio*); это относится и къ тѣмъ случаямъ, когда истецъ добился рѣшенія по такому иску, который даетъ ему право на возвращеніе (*restituere*) или предъявленіе (*exhibere*) опредѣленной вещи, находящейся у отвѣтчика.

По древнему и еще по классическому римскому праву можно было добиться процессуальнаго принудительнаго исполненія только въ отношеніи безспорнаго денежнаго долга. Поэтому, устанавливая своимъ рѣшеніемъ несомнѣнность права истца, *iudex* долженъ въ то же время превратить это право въ право на извѣстную денежную сумму.

Pecuniaria condemnatio нерѣдко приводитъ къ несправедливости,—и, прежде всего, въ только что указанномъ случаѣ, когда искъ направленъ на *restituere* или *exhibere*. Напр., истецъ доказалъ свое право собственности на вещь, удерживаемую отвѣтчикомъ. Несмотря на то, что онъ предъявилъ искъ, вытекающій изъ права собственности (*rei vindicatio*), онъ, вслѣдствіе присужденія отвѣтчика къ уплатѣ денежной суммы, получить не свою вещь, а денежное вознагражденіе. Отвѣтчикъ удерживаетъ вещь у себя, несмотря на проигрышъ процесса. Болѣе того, отвѣтчикъ становится собственникомъ вещи (по преторскому праву) въ тотъ самый моментъ, когда онъ выплатить истцу денежную сумму въ возмѣщеніе ущерба—*litis aestimatio* (*quantitae res est*). Результатомъ выигрыша дѣла по иску о правѣ собственности является отнятіе права собственности у истца, *utrupta* истцомъ права собственности. Въ такое же неблагопріятное положеніе попадаютъ: узуфруктуарь, предъявляющій искъ (*actio confessoria*) съ цѣлью осуществить свое право на полученіе предмета узуфрукта; залоговый кредиторъ, посредствомъ иска (*actio in rem hypothecaria*) заявляющій свое право на выдачу заложенной вещи; собственникъ вещи, отданной въ наемъ, добившійся посредствомъ *actio locati* признанія своего права на возвращеніе ему вещи по истеченіи срока найма; ком-

модантъ (ссудодатель), требующій посредствомъ *actio commodati directa* обратно вещь, отданную въ ссуду; депонентъ, требующій вещь, отданную на хранение, посредствомъ *actio depositi directa*; залогодатель, требующій обратно заложенную вещь отъ залогового кредитора посредствомъ *actio pignoratitia directa* послѣ уплаты долга, обеспеченнаго залогомъ. Въ аналогичное положеніе попадаютъ: обманутой, требующій при помощи *actio de dolo* обратно вещь, отданную имъ подъ вліяніемъ обмана; заключившій сдѣлку вслѣдствіе принужденія; требующій посредствомъ *actio quod metus causa* вещь, отданную подъ угрозой; наслѣдникъ, требующій посредствомъ *hereditatis petitio* передачи наслѣдственной массы отъ мнимаго наслѣдника, успѣвшаго ею завладѣть; собственникъ, требующій при помощи *actio ad exhibendum* предъявленія (*exhibere*) вещи, находящейся во владѣніи отвѣтчика, для того чтобы, удостовѣривъ тождество этой вещи съ вещью, ускользнувшей изъ его рукъ, приготовить *rei vindicatio*, и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ истцы домогаются либо *restituere*, либо (въ послѣднемъ случаѣ) *exhibere*¹⁾. Но, благодаря принципу денежной condemnation, выигрышъ процесса приводилъ не къ удовлетворенію, а къ *отчужденію* права истца.

Такой же нецѣлесообразный результатъ получается въ томъ случаѣ, когда покупатель (обнаружившій скрытые недостатки купленнаго товара) требуетъ расторженія договора купли-продажи. Присужденіе денежной суммы только возмѣщаетъ ему *интересъ* (*quanti ea res erit*), связанный съ расторженіемъ договора, но не предоставляетъ ему того,

¹⁾ Въ случаяхъ *actio de dolo* и *actio quod metus causa* требованіе можетъ быть и болѣе широкимъ. Напр., если вслѣдствіе обмана или угрозы совершено *отчужденіе права собственности*, то указанные иски направлены на возстановленіе *права собственности* истца (*обратная traditio*), а не только на возстановленіе владѣнія истца (*restitutio* въ узкомъ смыслѣ слова).

чего онъ управомоченъ требовать, а именно—самого расторженія, т. е. возможности возвратить товаръ и получить обратно отъ продавца уплаченную за товаръ сумму (или освободиться отъ долга, если товаръ отпущенъ въ кредитъ). Такимъ образомъ, напримѣръ, несмотря на присужденіе отвѣтчика, покупатель все-таки обязанъ оставить у себя купленное животное даже послѣ того, какъ у этого животного обнаружилось заразное заболѣваніе и т. п.

И при ноксальномъ искѣ можетъ случиться, что *condemnatio* не будетъ соответствовать интересамъ истца. Если рабъ совершилъ деликтъ, то отвѣтственность его господина выразится въ томъ, что онъ или принимаетъ на себя послѣдствія деликта (возмѣщеніе ущерба и уплату штрафа), или выдаетъ раба (*noxae deditio*) лицу, пострадавшему отъ деликта. Но какъ быть въ случаѣ *iniuria*? Рабъ обидѣлъ истца, обругавъ его. Въ *condemnatio* будетъ постановлено: господинъ обязанъ выдать раба или уплатить извѣстную (небольшую) сумму денегъ (послѣднее, конечно, будетъ предпочтено господиномъ); такая *condemnatio* не даетъ истцу удовлетворенія: денежная сумма не имѣетъ для него значенія. Въ данномъ случаѣ было бы гораздо цѣлесообразнѣе, если бы вмѣсто уплаты денегъ раба подвергли тѣлесному наказанію.

Всѣ эти случаи показываютъ, что денежная кондемнація не въ состояніи дать дѣйствительное удовлетвореніе интересамъ истца.

Другого рода затрудненіе возникало при *negotia stricti iuris*, т. е. при такихъ сдѣлкахъ, которыя истолковывались строго по буквальному смыслу (напр., *stipulatio*, ниже § 80). Если по *negotium stricti iuris* было обѣщано совершеніе дѣйствія въ *опредѣленномъ мѣстѣ* (напр., по стипуляціонному обѣщанію: *Ephesi centum dare*), то совершенія этого дѣйствія можно было требовать только въ указанномъ мѣстѣ и отвѣтчика можно было присудить только въ этомъ мѣстѣ.

Ибо должникъ не давалъ обѣщанія совершить дѣйствіе въ какомъ-либо другомъ мѣстѣ; кредиторъ же, предъявлявшій искъ въ другомъ мѣстѣ, требовалъ не то, что ему было обѣщано (*plus petitio*) и вслѣдствіе этого проигрывалъ процессъ. Однако, могло случиться, что кредиторъ лишень былъ возможности предъявить искъ въ условленномъ мѣстѣ (напр., въ Эфесѣ), такъ какъ отвѣтчикъ нарочно находился далеко оттуда, а заочнаго производства древнее право не знало. Необходимо было прійти на помощь кредитору. Необходимо было предоставить ему право предъявленія иска и въ другомъ мѣстѣ, но, конечно, въ другомъ мѣстѣ ему предоставлялось уже не право на обѣщанное дѣйствіе, а право на возмѣщеніе *интереса*, сопряженнаго для него съ этимъ дѣйствіемъ, при чемъ *принимался во вниманіе и интересъ исполненія въ условленномъ мѣстѣ*. Для этого, однако, необходимо было измѣнить приказаніе, заключавшееся въ кондемнаціи, ибо при *actio stricti iuris* въ *condemnatio* говорилось не объ интересѣ, сопряженномъ для истца съ исполненіемъ дѣйствія, а только о *цѣнѣ* дѣйствія, выраженной въ деньгахъ. Если путемъ *actio stricti iuris* (*condictio certi*) требовали опредѣленную денежную сумму, то въ *condemnatio* точно упоминалась именно эта сумма, но не бѣльшая и не меньшая и не упоминался интересъ, сопряженный съ этой суммой для истца²⁾. Тотъ же результатъ получался и тогда, когда дѣло шло не о денежной суммѣ, а объ опредѣленныхъ вещахъ или о какомъ-либо иномъ дѣйствіи, обѣщанномъ посредствомъ *negotium stricti iuris*. На основаніи *actio stricti iuris* истецъ могъ получить только объективную стоимость вещи или дѣйствія, но не могъ по-

2) Поэтому, напр., при запоздавшемъ дѣйствіи по *actio stricti iuris* нельзя было требовать интересъ за промедленіе (напр., проценты за просрочку). По этой же причинѣ не могъ быть принятъ во вниманіе интересъ, сопряженный съ мѣстомъ исполненія.

лучить удовлетвореніе въ предѣлахъ того интереса, который для него былъ связанъ съ полученіемъ данной вещи или съ совершеніемъ даннаго дѣйствія. И эту объективную стоимость онъ могъ требовать *только* въ томъ мѣстѣ, гдѣ дѣйствіе было общано. Требованіе въ какомъ-либо другомъ мѣстѣ считалось требованіемъ недолжнаго и влекло за собой проигрышъ процесса.

Итакъ, при упомянутыхъ выше искахъ, направленныхъ на *restituere* или *exhibere* (а также при *actio redhibitoria* и—въ практическомъ результатѣ—при *нокальномъ* искѣ), несправедливость заключалась въ томъ, что *condemnatio* касалась *только интереса* (денегъ), оставляя безъ вниманія удовлетвореніе истца *in natura*; при *actiones stricti iuris*, наоборотъ, несправедливость проявлялась въ томъ, что *condemnatio* касалась *не интереса*, а только объективной стоимости дѣйствія.

Это былъ рядъ весьма разнообразныхъ случаевъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ зло заключалось въ узости *condemnatio*—или въ томъ отношеніи, что *condemnatio* являлась простымъ присужденіемъ къ уплатѣ *денегъ*, или же въ томъ, что *денежная condemnatio* (при *actiones stricti iuris*) была поставлена въ опредѣленные очень узкія рамки. Поэтому во всѣхъ случаяхъ преторъ могъ прийти на помощь, прибѣгнувъ къ одному и тому же средству: къ *измѣненію condemnatio*. Онъ предоставилъ *iudex*'у право не только присудить, но и *быть посредникомъ* (*arbiter*), т. е. далъ ему возможность постановлять рѣшеніе основываясь на *всѣхъ обстоятельствахъ* дѣла. *Arbitrium* представляетъ собой *гибкій приговоръ*, освобожденный отъ узкихъ рамокъ кондемнаціоннаго приказа.

Такимъ образомъ при искѣ о правѣ собственности и другихъ сходныхъ искахъ (направленныхъ на *restituere* и *exhibere*) присужденіе отвѣчика къ *удовлетворенію* истца *in natura* стало зависѣть отъ обстоятельствъ дѣла: послѣ уста-

новления того, что право собственности или другое право, о котором идет рѣчь, дѣйствительно принадлежит истцу (*pronuntiatio*), отвѣтчику объявляется *arbitratus (iussus) de restituendo* или *de exhibendo*. Если отвѣтчикъ не подчиняется, то слѣдуетъ не принудительное исполненіе (ибо древнее и классическое римское гражданское право знали принудительное исполненіе только примѣнительно къ денежному долгу, и потому настоящая *condemnatio* и представляла собой лишь присужденіе къ уплатѣ денежной суммы), но *condemnatio приуроченная именно къ этому моменту*; при этомъ судья позволяетъ истцу установить размѣръ своего интереса путемъ принесенія присяги (*iusiurandum in litem*) для того, чтобы онъ могъ получить отъ непослушнаго отвѣтчика удовлетвореніе въ высшемъ размѣрѣ. Если отвѣтчикъ самовольно отказывается исполнить *arbitratus de restituendo*, то судья, руководствуясь присягой истца, присуждаетъ его къ уплатѣ денежной суммы, далеко превышающей стоимость вещи. Другими словами: денежная *condemnatio* теперь (послѣ постановленія *arbitratus de restituendo*) превращается въ средство наказанія упрямаго отвѣтчика. Этимъ способомъ было создано хотя и косвенное, но чрезвычайно дѣйствительное средство добиться исполненія *arbitrium'a de restituendo*; во всякомъ случаѣ, въ отношеніи огромнаго большинства случаевъ несправедливость, сопряженная съ *rescissoria condemnatio*, оказалась устраненной^{2а)}.

Совершенно такое же положеніе получалось при *actio redhibitoria*. Прежде чѣмъ *iudex* приступалъ къ *condemnatio*

^{2а)} Съ той же точки зрѣнія косвеннаго принужденія къ удовлетворенію *in natura* слѣдуетъ разсматривать тотъ фактъ, что инфамирующее дѣйствіе *actio de dolo* (выше § 36) проявляется только при *присужденіи* отвѣтчика на основаніи его *dolus'a*, т. е. только тогда, когда онъ не подчиняется *arbitrium'у* присяжнаго судьи (относительно возврата полученнаго). Ср. *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. I, стр. 320.

онъ высказывалъ *arbitrium*, въ которомъ предписывалъ покупателю вернуть купленный товаръ (и его приращеніе), а продавцу—вернуть полученную покупную сумму или освободить покупателя отъ долга (въ случаѣ продажи въ кредитъ). Если продавецъ по своей винѣ не подчинялся *arbitrium*'у, *iudex* теперь присуждалъ его къ уплатѣ двойной суммы (ср. D. 21, 1, 45). Соответственно этому, при ноксальномъ искѣ, возникшемъ вслѣдствіе нанесенія оскорбленія рабомъ (*actio iniuriarum noxalis*) *iudex*, прежде чѣмъ приступить къ *condemnatio*, предписывалъ посредствомъ *arbitratus*'а господину раба подвергнуть послѣдняго опредѣленному тѣлесному наказанію. Въ случаѣ отказа послѣдовать этому предписанію повышался размѣръ денежнаго штрафа³⁾.

Въ случаѣ *actio stricti iuris*, когда рѣчь шла о *condemnatio*, постановляемой въ другомъ мѣстѣ, дѣло обстояло еще проще: преторъ давалъ *iudex*'у право постановить *arbitrium*, которымъ отвѣтчикъ присуждался къ возмѣщенію интереса истца, связаннаго съ исполненіемъ. Здѣсь *arbitrium* замѣняло *condemnatio*. Ибо *condemnatio* (въ которой должна была бы итти рѣчь объ обѣщанномъ дѣйствіи) совершенно отсутствовала; здѣсь имѣло мѣсто только *arbitrium* (въ которомъ говорилось объ интересѣ), при чемъ судья имѣлъ право принять во вниманіе какъ интересъ истца, такъ и интересъ отвѣтника, связанный съ исполненіемъ въ условленномъ мѣстѣ. Слѣдовательно при наличности нѣкоторыхъ обстоятельствъ отвѣтчикъ могъ быть присужденъ къ уплатѣ въ другомъ мѣстѣ и меньшей суммы сравнительно съ той, какую онъ обѣщалъ (если исполненіе въ этомъ другомъ мѣстѣ представляло для истца большую цѣнность, чѣмъ ис-

³⁾ Относительно этихъ двухъ случаевъ ср. *Lenel*, *Edictum*, 2 изд., стр. 531. 388.—Если присужденный отвѣтчикъ исполнялъ *arbitrium*, то онъ не подвергался *condemnatio*, т. е. въ такомъ случаѣ онъ и при *actio rethibitoria* могъ ограничиться обратнымъ предоставленіемъ *simpulum* (*pretium*).

полненіе въ условленномъ мѣстѣ). Въ этомъ случаѣ за arbitrium слѣдовала не condemnatio, а принудительное исполненіе. Такое arbitrium подлежало принудительному исполненію, ибо оно касалось непосредственно уплаты денежной суммы ⁴⁾.

Изъ предыдущаго опредѣляется понятіе *actio arbitraria*. Она представляетъ собой искъ съ гибкимъ кондемнаціоннымъ приказомъ. Iudex'у здѣсь предоставлено больше свободы, такъ какъ въ его распоряженіи имѣется arbitratu. Въ этомъ смыслѣ къ числу actiones arbitrariae должны быть отнесены иски, направленные на restituere и exhibere, actio redhibitoria и поксальный искъ, возникшій вслѣдствіе нанесенія оскорбленія рабомъ, равно какъ и искъ, возникшій изъ negotium stricti iuris, содержаніемъ котораго является интересъ (связанный съ исполненіемъ въ условленномъ мѣстѣ). Во всѣхъ случаяхъ несправедливость устраняется однимъ и тѣмъ же способомъ: *измѣненіемъ condemnatio*.

Въ формулѣ иска, направленного на restituere или exhibere, кондемнаціонному приказу предшествовало предписаніе постановить arbitratu de restituendo или de exhibendo. Это предписаніе гласило не просто: condemna, но: neque (nisi) arbitratu tuo restituetur (exhibebitur), condemna. Къ condemnatio (денежной) можно было обратиться только послѣ того, какъ приказъ о реституціи (arbitrium) остался безъ результата ⁵⁾. При actio redhibitoria кондемнаціи предшествовала

⁴⁾ Ср. *Lenel*, Edictum, 2 изд., стр. 234 и сл. *Gradenwitz* въ Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 24, стр. 238 и сл. *G. Beseler*, Das Edictum de eo quod certo loco (1907). *H. Krüger* въ Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 29, стр. 491 и сл.

⁵⁾ Restituere можетъ принимать разнообразныя формы при отдѣльныхъ искахъ. Такъ, restituere можетъ проявиться въ выдачѣ вмѣстѣ съ вещью и принесенныхъ ею плодовъ, въ цессіи исковъ, возникшихъ по поводу данной вещи, въ возвращеніи права собственности (какъ напр., въ случая хъ actio doli и metus) и т. д. Resti-

такая оговорка: *si arbitrato tuo is homo (купленный рабъ) redhibebitur, (покупателемъ)... et... pecunia non reddetur (продавцомъ), а при указанномъ ноксальномъ искѣ: nisi arbitrato tuo servum verberandum exhibebit (или въ этомъ родѣ).*

Искъ направленный на получение *интереса*, возникшій на основаніи *negotium stricti iuris* съ упоминаніемъ мѣста исполненія, носить нынѣ названіе *arbitraria actio de eo quod certo loco*. У римлянъ же онъ назывался просто *actio arbitraria*, т. е. у нихъ для этого иска названіе „*actio arbitraria*“ являлось не родовымъ (какъ для другихъ *actiones arbitrarie*), но индивидуальнымъ названіемъ ⁶⁾. Искъ этотъ былъ *actio arbitraria* въ собственномъ смыслѣ потому что, какъ уже было указано, онъ приводилъ къ постановленію *arbitrium*'а, а не къ *condemnatio* въ техническомъ смыслѣ. *Formula* просто предписывала *iudex*'у постановить рѣшеніе *сообразно его arbitratus*'у (согласно его справедливому усмотрѣнію,—какъ въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе касалось въ точности обѣщаннаго, такъ и въ томъ, когда судья присуждалъ къ большому или меньшему).

Такимъ образомъ при *actiones arbitrarie* судья пользовался большей свободой такъ же, какъ при *actiones bonae fidei*. Различіе между этими категоріями *actiones* проявлялось, однако, въ томъ, что болѣе свободное положеніе судьи при *actiones bonae fidei* зависѣло отъ *intentio*; а при

tutio наслѣдственной массы со стороны лица, владѣющаго таковой, въ случаѣ проигрыша имъ *hereditatis petitio*, можетъ проявиться, между прочимъ, и въ томъ, что владѣлецъ долженъ уплатить наслѣднику долгъ, по которому онъ былъ обязанъ передъ наслѣдодателемъ, или въ томъ, что владѣлецъ долженъ выдать (по *haec datio*) своего раба, совершившаго деликтъ въ отношеніи вещей, входящихъ въ составъ наслѣдственной массы (напр., поврежденіе вещей, кражу; *l. 40 § 4 D. 5, 3*). Ср. прим. 7.

⁶⁾ *Lenel*, *Edictum*, 2 изд., стр. 239.

actiones arbitrariae—отъ condemnatio. При actio bonae fidei предоставленная судѣ возможность слѣдовать своему усмотрѣнію вытекала уже изъ самаго права истца (изъ содержанія этого права), составляющаго предметъ процесса; а при actio arbitraria возможность судейскаго усмотрѣнія основывалась на приказаніи претора (на кондемнаціонномъ приказѣ съ тѣмъ измѣненіемъ, которому онъ здѣсь подвергался), независимо отъ природы права, принадлежащаго истцу. Изъ сказаннаго не слѣдуетъ заключать, что одинъ и тотъ же искъ не могъ быть одновременно actio bonae fidei и actio arbitraria; но первое качество онъ приобрѣталъ въ силу своей intentio, второе—въ силу своей condemnatio.

Gaius, Inst. IV § 48: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.

§ 31 I. de act. (4, 6): Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciatur, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat ⁷⁾ condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quas Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est. Item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici *ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

⁷⁾ Ср. для объясненія этихъ словъ прим. 5.—Ноксальный искъ, какъ таковой, не принадлежитъ къ числу actiones arbitrariae. Онъ не ведетъ къ arbitrium; condemnatio же его гласитъ: aut tantam pecuniam aut innoxiam dedere. Только въ видѣ исключенія, въ случаѣ, указанномъ въ текстѣ (см. выше), этой condemnatio предшествовалъ arbitratus de verberando.

II. *Exceptio*. При *actio arbitraria condemnatio* измѣняется; соотвѣтственно съ этимъ право присужденія *расширяется*. *Exceptio* же указываетъ *исключенія*, которымъ подвергается *condemnatio*, и соотвѣтственно съ этимъ при *exceptio* право присужденія *ограничивается*.

Если *intentio* вѣрна, должна послѣдовать *condemnatio*. Таково нормальное положеніе. *Exceptio*, однако, приводитъ къ тому, что въ видѣ исключенія, несмотря на справедливость *intentio*, *condemnatio* все-таки не имѣетъ мѣста. Преторъ *запрещалъ* *iudex*'у прибѣгать къ *condemnatio* въ томъ случаѣ, когда *exceptio* была надлежащимъ образомъ обоснована, даже если *intentio* была настолько вѣрна, что она сама по себѣ должна была бы привести къ *condemnatio*. Слѣдовательно, фактическій составъ, лежавшій въ основаніи *exceptio*, могъ получить указанное значеніе только при наличности ясно выраженнаго предписанія, даннаго судьѣ преторомъ. Поэтому защита *ore exceptionis* противопоставляется защитѣ *ipso iure*. Отвѣтчикъ приводитъ въ свое оправданіе основаніе, дѣйствующее *ipso iure*, когда онъ можетъ быть освобожденъ уже въ силу буквального смысла *intentio*; наоборотъ, онъ ссылается, защищаясь, на основаніе, дѣйствующее *ore exceptionis*, когда онъ можетъ быть освобожденъ только въ силу буквального смысла *condemnatio*, а именно— въ силу внесеннаго въ нее, ясно выраженнаго изъятія изъ кондемнаціоннаго приказа (*exceptio*). Поэтому то основаніе защиты, которое дѣйствуетъ *ore exceptionis*, должно быть заявлено уже *in iure* (въ первой части процесса, передъ магистратомъ), т. е. уже здѣсь должно быть испрошено включеніе *exceptio* въ формулу; въ то же время основаніе защиты, дѣйствующее *ipso iure* (сообразно съ *intentio*), можетъ быть выдвинуто и *in iudicio* (передъ назначеннымъ *iudex*'омъ), даже если заявленіе о немъ *in iure* было пропущено.

Сущность *exceptio* даетъ ясное выраженіе различію между

преторскимъ и цивильнымъ правомъ. Напр., истцу обѣщано было сто посредствомъ юридической сдѣлки, порождающей строгое, буквально толкуемое обязательство (*stricti iuris negotium*), напр., посредствомъ *stipulatio*. Впослѣдствіи онъ неформальнымъ путемъ освободилъ должника отъ долга (*factum de non petendo*). Подобное *factum de non petendo* считается недѣйствительнымъ по цивильному праву; преторское же право признаетъ его дѣйствительнымъ. Затѣмъ истецъ предъявляетъ *actio stricti iuris (condicio certi)*. *Intentio* гласитъ: *Si paret Num Num (должникъ) Ao Ao (кредитору) centum dare oportere*. *Intentio* соотвѣтствуетъ дѣйствительности, ибо по цивильному праву (*dare oportere*) должникъ все еще продолжаетъ быть должнымъ кредитору сто, несмотря на *factum de non petendo*. Слѣдовательно, отвѣтчикъ долженъ бы быть присужденъ къ уплатѣ. Но преторъ присоединяетъ къ кондеминаціонному приказу изъятіе: *si inter Aum Aum et Num Num non convenit, ne ea pecunia peteretur* (такъ называемая *exceptio pacti de non petendo*). Такимъ образомъ, если должнику удастся доказать наличность *factum de non petendo*, онъ будетъ освобожденъ согласно предписанію, данному преторомъ *iudex*’у. Точно такъ же, защищаясь противъ цивильно-правового притязанія, отвѣтчикъ можетъ прибѣгнуть къ *exceptio*, сославшись на обманъ со стороны истца (*exceptio doli*), на угрозу (*exceptio metus*), на мировую сдѣлку (*exceptio transactionis*), на присягу, принесенную *in iure* (выше § 47—*exceptio iuris-iurandi*). Цивильное право въ принципѣ не принимаетъ во вниманіе всѣ эти обстоятельства. Если бы отвѣтчикъ сослался на уплату, онъ освободился бы *ipso iure*, ему не нужно было бы прибѣгать къ *exceptio*; онъ не подлежалъ бы отвѣтственности уже въ силу *intentio (dare oportere)* уже не существующей). Но обманъ, страхъ и т. п. не затрагиваютъ *dare oportere* по существу (ср. § 42). *Intentio* продолжаетъ соотвѣтствовать дѣйствительности. Отвѣтчикъ все еще подле-

жить присужденію. Преторъ выручаетъ его при помощи *exceptio iudex* у запрещается присудить, несмотря на вѣдѣніе цивильнаго права.

Подобно тому, какъ *actio in factum* и *actio utilis* служатъ средствомъ добиться кондемнаціи несмотря на цивильное право, *exceptio* служитъ средствомъ добиться освобожденія отъ отвѣтственности несмотря на цивильное право. *Exceptio* представляетъ собой способъ придать значеніе тѣмъ обстоятельствамъ, которыя *ius honorarium* признаетъ основаніями освобожденія отъ отвѣтственности.

Съ этой же точки зрѣнія слѣдуетъ разсматривать и другой рядъ случаевъ, съ перваго взгляда кажущихся отличными.

Именно, цивильное право не всегда объявляло ничтожными сдѣлки, заключенныя вопреки запрещенію ихъ. Такъ, *lex Cincia* (204 г. до Р. X.) запрещала даренія извѣстнаго рода. Однако, дареніе, совершенное вопреки запрещенію, все же считалось дѣйствительнымъ по цивильному праву (*lex Cincia* была *lex imperfecta*). Запрещеніе, содержащееся въ *lex Cincia*, получило значеніе благодаря претору, который сталъ давать *exceptio legis Cinciae* (выше, § 42). Аналогичное положеніе получалось при *senatus-consultum Velleianum* (46 г. по Р. X.), запрещавшемъ женщинамъ интерессію (принятіе на себя чужого долга); *senatusconsultum* ограничивалось тѣмъ, что предписывало магистрату принять запрещеніе интерессіи къ своему руководству⁸⁾. Преторъ

⁸⁾ Въ *Senatusconsultum* говорилось: *arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur*. Такимъ образомъ, преторъ обязанъ былъ *ex officio* включить въ формулу *exceptio sc. Velleiani*. Отвѣтчикъ не могъ отказаться отъ *exceptio* (ср. *Mitteis* въ *Iherings Jahrb. f. Dogm.*, Bd. 28, стр. 131 и сл.).—Сходную картину являли собой *Set. Freblianum* и *set. Pegasianum* (§ 117). Сенатъ могъ прибѣгнуть къ простому предписанію магистрату,

давалъ женщинѣ, къ которой предъявляли искъ въ слѣдствіе заключенія ею интерцессіонной сдѣлки (напр., поручительства), *exceptio senatusconsulti Velleiani*. Точно такъ же возникли *exceptio legis Plaetoria* (§ 56), *exceptio senatusconsulti Macedoniani* (§ 79) и т. д. Здѣсь преторъ слѣдовалъ при созданіи *ius honorarium* указаніямъ, которыя давалъ ему источникъ гражданского права (ср. выше, § 17). Но этотъ источникъ ограничивался тѣмъ, что излагалъ постановленія *публично-правового* характера (совершенно такъ же, какъ въ случаѣ, указанномъ выше—§ 17, прим. 4): онъ устанавливалъ только обязанность отправляющаго правосудіе магистрата въ отношеніи его *imperium*, но не касался непосредственно гражданского права. Въ такихъ случаяхъ мы теперь говоримъ о „*цивильныхъ экцепціяхъ*“. Подъ этимъ названіемъ мы разумѣемъ такія *exceptiones*, которыя *служатъ для осуществленія цивильныхъ предписаній публично-правового характера*, и включить которыя въ формулу преторъ поэтому *обязанъ*. Однако и въ этихъ случаяхъ *освобожденіе* должника отъ гражданско-правовой обязанности происходитъ только благодаря *ius honorarium*, но не *ius civile*. Ибо по нормамъ гражданского *частнаго права* дареніе, поручительство женщины и т. п. сдѣлки остаются въ полной силѣ; *освобожденіе* же должника обусловлено только воздѣйствіемъ *преторскаго* права (согласно указаніямъ источника гражданского права). Поэтому и здѣсь необходимо, чтобы

вѣдающему дѣлу, для того, чтобы вызвать примѣненіе своего рѣшенія, не только въ дѣлахъ римскихъ гражданъ, но и въ дѣлахъ перегриновъ (ср. выше § 19), *Mitteis*, *Röm. Privatr.*, Bd. 1, стр. 69, прим. 21.—Теперь можетъ считаться общепризнаннымъ, что преторъ *ex officio* (безъ просьбы отвѣтчика) имѣлъ право какъ на *denegatio actionis* (выше § 47), такъ и на предоставленіе *iudicium* съ оговоркой, т. е. на включеніе въ формулу *exceptio*, ст. *Hölder* въ *Archiv f. civ. Praxis* Bd. 93, стр. 57. 58. *Lenel*, *Edictum* 2 изд., стр. 91.

преторъ отдалъ iudex'у ясно выраженное предписаніе не подвергать отвѣтчика кондемнаціи, и здѣсь является потребность въ изъятіи (exceptio); въ противномъ случаѣ iudex былъ бы обязанъ (согласно цивильному праву) *присудить*. Слѣдовательно, и такъ называемая цивильная exceptio представляетъ собой такое юридическое основаніе для *освобожденія* отвѣтчика, которое получаетъ силу только благодаря *ius honorarium*.

До сихъ поръ рѣчь шла о formula in ius concepta, т. е. о той formula, въ которой condemnatio основывается на притязаніи цивильнаго права; эта формула черезъ взаимоотношеніе между condemnatio и intentio выясняетъ отношеніе претора къ цивильному праву: condemnatio безъ оговорокъ (безъ exceptio) означаетъ согласіе претора съ цивильнымъ правомъ⁹⁾, condemnatio же, снабженная оговоркой (exceptio), означаетъ *несогласіе* претора съ цивильнымъ правомъ.

Иначе обстояло дѣло при formula in factum concepta, т. е. при той formula, въ intentio которой упоминался просто *фактъ*, обосновывающій condemnatio (напр., въ intentio упоминалось, что libertus пригласилъ патрона въ судъ, не испросивъ предварительно разрѣшенія у претора). Въ этомъ случаѣ не имѣющій оговорокъ приказъ присудить всегда служить непреодолимымъ препятствіемъ *къ какой бы то ни было защитѣ* отвѣтчика (кромѣ отрицанія самого факта). Даже если отвѣтчикъ уже уплатилъ истцу, т. е. если при-

⁹⁾ По сколько рѣчь идетъ именно о condemnatio. Но измѣненію могла подвергнуться и intentio iuris civilis и, слѣдовательно, изъ цивильноправового иска могъ превратиться въ преторскую actio utilis (выше, § 51). Однако, и actio utilis, въ качествѣ actio in ius concepta, все еще, хотя и съ нѣкоторыми отступленіями, считалась съ цивильнымъ правомъ; и condemnatio, лишенная оговорокъ, въ этомъ случаѣ всегда означала согласіе претора съ цивильнымъ правомъ, лежавшемъ въ основаніи иска.

тизаніе послѣдняго несомнѣнно уже удовлетворено, то все же при *condemnatio* безъ оговорки отвѣтчика присудили бы немедленно послѣ установленія факта, обосновывающаго искъ. Слѣдовательно, отвѣтчику, желающему сослаться на произведенную уже уплату, здѣсь необходима *exceptio solutionis*, которая немыслима при *intentio iuris civilis*. Вообще, здѣсь необходимо, чтобы *каждое* основаніе освобожденія отвѣтчика, на которое онъ желаетъ сослаться, получило свое ясное выраженіе въ *exceptio*. Итакъ, *каждое* основаніе освобожденія, выставленное противъ *intentio in factum concepta*, облекается въ форму *exceptio*. Необходимость *exceptio* не вытекаетъ здѣсь изъ матеріально-правового основанія (не связана съ юридическимъ значеніемъ основанія освобожденія): она зависитъ исключительно отъ *формальной ограниченности*, присущей *intentio in factum concepta*. Если какой-либо фактъ, какъ таковой, становится вопросомъ процесса и условіемъ *condemnatio*, то въ формулѣ *iudex* не находятъ указаній на какія-либо юридическія нормы, которыя могли бы служить ему руководящей нитью для *condemnatio*. Всѣ юридическія положенія, опредѣляющія взаимоотношеніе между даннымъ фактомъ и *condemnatio* въ данномъ конкретномъ случаѣ, должны быть ясно указаны *iudex* у въ формѣ *exceptio*. При *formula in factum concepta* эксценціей является всякая оговорка, которую преторъ долженъ сообщить *iudex* у въслѣдствіе слишкомъ узко формулированной *intentio*.

Матеріальное понятіе лежитъ въ основѣ только той *exceptio*, которая выставляется противъ *intentio in ius concepta*; въ этомъ матеріальномъ смыслѣ *exceptio* представляетъ собой основаніе освобожденіе отвѣтчика, выдвинутое преторскимъ правомъ въ противовѣсъ праву гражданскому¹⁰⁾.

¹⁰⁾ Отсюда ясно различіе между *exceptio* и возраженіемъ (*Einrede*) Герм. Гражд. Уложенія. Римская *exceptio* (въ матеріальномъ смыслѣ) поконится на противоположности двухъ правовыхъ порядковъ (пре-

Изъ всѣхъ *exceptioes* наибольшую роль въ развитіи римскаго права сыграла *exceptio doli*. Она получила слѣдующую общую формулировку: *si in ea re nihil dolo malo Aī Aī factum sit neque fiat* (Gaius, IV § 119)¹¹⁾. Смыслъ этого выраженія заключается, прежде всего, въ томъ, что судья долженъ былъ принять во вниманіе тотъ *dolus*, въ которомъ истецъ былъ повиненъ *раньше*, при самомъ заключеніи юридической сдѣлки (на это указываетъ *perfectum: factum sit*). Въ этомъ смыслѣ *exceptio doli*, какъ указано выше

торскаго и цивильнаго); *Einrede* Герм. Уложенія относится къ тому же правовому порядку, какъ и притязаніе. *Einrede* въ смыслѣ Герм. Гражд. Уложенія есть право отказа отъ исполненія, противопоставляемое дѣйствительному самому по себѣ притязанію на исполненіе: таково, напр., возраженіе (*Einrede*) объ отсрочкѣ (*Einrede* противопоставляется *Einwendung* въ тѣсномъ смыслѣ, при помощи которой *отрицается* самое существованіе притязанія). Сходство между римской *exceptio* и *Einrede* Герм. Гражд. Уложенія проявляется только въ томъ, что *Einrede* представляетъ собой простое основаніе *задержки* для осуществленія притязанія,—ибо съ точки зрѣнія *цивильнаго* права *exceptio* разсматривалась тоже только какъ основаніе задержки. Но *exceptio* представляла собой такое основаніе задержки, которое находилось въ *противорѣчii* съ цивильнымъ правомъ, въ то время, какъ *Einrede* германскаго права вытекаетъ изъ самаго *содержанія* германскаго гражданскаго права. Цивильное право *не* считало *exceptio* *правомъ* отказа отъ исполненія, а преторское право разсматривало *exceptio* вообще не какъ основаніе задержки, а какъ основаніе *освобожденія* отвѣтчика. Ср., напр., выраженіе Ульпіана въ D. 13, 5, 3, 1: *Si quis autem constituerit (обѣщать уплатить, ср. ниже, § 84, II) quod iure civili debeat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum—eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est.*

¹¹⁾ Эта формулировка должна быть отнесена по меньшей мѣрѣ ко времени Лабейона: *A. Pernice, Labeo, Bd. 2, стр. 113.*—Вниманія заслуживаетъ сочиненіе объ *exceptio doli* *Hugo Krüger'a, Beitrage zur Lehre von der exceptio doli* (1892). См. также *Erman* въ *Zeitschr. der Sav.-Stift. Röm. Abt., Bd. 14, стр. 237.*

въ § 42, являлась возраженіемъ, указывающимъ на обманъ, возраженіемъ, выдвигающимъ опредѣленный фактъ съ цѣлью отклонить притязаніе истца (такъ же, какъ и *exceptio metus, pacti de non petendo* и т. д.); поэтому, *exceptio doli*, дѣйствующая въ этомъ направленіи, теперь обыкновенно называется *exceptio doli specialis* (или *doli praeterriti*). Но съ другой стороны, формулировка *exceptio doli* обязывала судью также и къ тому, чтобы обратить вниманіе на *dolus*, проявляемый истцомъ *въ настоящее время*, при предъявленіи иска (на это указываетъ *praesens: fiat*). *Dolus* такого рода имѣетъ мѣсто всякій разъ, когда истецъ предъявляетъ искъ несмотря на то, что знаетъ, что его искъ несправедливо по той или иной причинѣ несправедливо, т. е. когда, *предъявляя искъ*, истецъ сознательно дѣйствуетъ вопреки доброй совѣсти (*contra bonam fidem*): напр., онъ предъявляетъ искъ на основаніи сдѣлки, заключенной подъ влияніемъ его угрозъ, или его искъ идетъ вразрѣзъ съ заключеннымъ имъ неформальнымъ соглашеніемъ (*pactum de non petendo*). Такимъ образомъ, *exceptio doli* можетъ замѣнить собой *exceptio metus* или *exceptio pacti*. Даже болѣе того. Римская юриспруденція не ограничилась требованіемъ *сознательно* несправедливаго иска и объявила допустимостью *exceptio doli* во всѣхъ случаяхъ, при которыхъ *ipsa res in se dolum habet* (l. 36 D. de verb. obl. 45, 1), т. е. при которыхъ предъявленіе иска съ объективной точки зрѣнія вступало въ коллизію съ *bona fides*: напр., истецъ требуетъ предоставленія того, что онъ самъ обязанъ возвратить, хотя бы по другому основанію (*dolo facit qui petit quod redditurus est*, l. 173 § 3 D. 50, 17). Благодаря включенію въ формулу *exceptio doli* судья получалъ возможность принимать во вниманіе *всѣ* обстоятельства, которыя дѣлали осужденіе отвѣтчика материально несправедливымъ. Въ такомъ своемъ примѣненіи *exceptio doli* теперь называется *exceptio doli generalis* (или *doli praesentis*); римляне же знали только *одну exceptio doli*,

обнимавшую собой *одновременно* как *exceptio doli specialis*, так и *exceptio doli generalis* въ современномъ смыслѣ. Такимъ образомъ, *exceptio doli* могла замѣнить всѣ остальные спеціальныя эксцепціи и дѣйствовать въ качествѣ общей (несубстанціонированной) эксцепціонной оговорки, при помощи которой отвѣтчикъ получалъ возможность ссылаться *in iudicio* на *всѣ* обстоятельства, способныя по той или иной причинѣ привести къ его освобожденію. Прежде всего, благодаря своему столь широкому содержанию *exceptio doli* являлась для римской юриспруденціи и практики средствомъ *переработки* матеріальнаго права въ смыслѣ *aequitas*. Къ *exceptio doli* прибѣгали для того, чтобы ослабить господство *strictum ius*, регулировавшаго сдѣлки со строгими, зависѣвшими отъ буквальнаго текста обязанностями (ср. § 76); къ ней обращались, чтобы выставить на первое мѣсто истинный смыслъ формально даннаго общанія, находившійся въ противорѣчьи съ буквальнымъ текстомъ его, и чтобы парализовать въ отдѣльныхъ случаяхъ силу формальныхъ контрактовъ (напр., кто-либо общался уплатить долгъ, ошибочно предполагая наличность долговаго отношенія); *exceptio doli* служила также средствомъ осуществленія встрѣчныхъ притязаній путемъ *retentio* (при разнородности встрѣчнаго требованія: напр., отъ отвѣтчика требуютъ возвращенія вещи, а онъ требуетъ возмѣщенія издержекъ, сдѣланныхъ имъ для этой вещи)¹²⁾ или путемъ *compensatio* (если встрѣчное тре-

¹²⁾ *Право удержанія* (*ius retentionis*) представляетъ собой право воздерживаться отъ исполненія до тѣхъ поръ, пока противная сторона не совершитъ своего предоставленія, къ которому ее обязываетъ то же юридическое отношеніе. Право удержанія, какъ такое, порождаетъ не искъ, а только возраженіе—*exceptio doli generalis*. Главный случай: противъ *actio arbitraria*, направленной на *restituere* (напр., *rei vindicatio*, *actio commodati directa*), отвѣтчикъ можетъ защищаться правомъ удержанія, требуя возмѣщенія необходимыхъ, а при извѣстныхъ обстоятельствахъ и полезныхъ издержекъ (ср. ниже § 65). Герм. Гр. Улож. §§ 273. 274.

бование однородно). *Exceptio doli* была важнѣйшей изъ всѣхъ эксцепцій; она послужила тѣмъ созданнымъ римской юриспруденціей орудіемъ, при помощи котораго *ius aequum* вело побѣдоносную борьбу съ древнимъ *ius strictum*¹³⁾. Такая сила и такой богатый матеріалъ для дальнѣйшаго развитія права таились въ сжатомъ и узкомъ по своему содержанію изъятіи, которымъ преторъ снабжалъ свой кондемнаціонный приказъ, обращенный къ *iudex*'у!

Эксцепціи, составляющей изъятіе изъ приказа присудить, можетъ быть противопоставлено изъятіе въ пользу истца¹⁴⁾—*replicatio*; противъ *replicatio* можетъ быть снова выставлено изъятіе въ пользу отвѣтчика—*duplicatio*; противъ *duplicatio*—*triplicatio* и т. д.

Большинство эксцепцій относится къ числу *exceptiones peremptoriae* (или *perpetuae*); это значить, что онѣ обосновываются такими фактами, которые совершенно исключаютъ право иска со стороны истца (таковы эксцепціи, указанные въ качествѣ примѣровъ на стр. 190 и 191); нѣкоторыя же эксцепціи принадлежатъ къ числу *exceptiones dilatorias*, т. е. онѣ исключаютъ право иска не вообще, а только въ данное время (напр., если искъ предъявленъ слишкомъ рано) или только въ данной формѣ (напр., если искъ предъявленъ не управомоченнымъ на это представителемъ). *Exceptio peremptoria* направлена противъ самаго иска, какъ такового, а *exceptio dilatoria* — только противъ предъявленія иска въ данномъ видѣ¹⁵⁾. *Результатъ* же обѣихъ эксцепцій по классическому праву получался *одинъ и тотъ же*. На основаніи дилаторной эксцепціи отвѣтчикъ также освобождался не

¹³⁾ Ср. *A. Pernice, Labeo, Bd. 2, стр. 112 и сл. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 317. 318.*

¹⁴⁾ Примѣръ *replicatio doli*, противопоставляемой *exceptio legis Cinciae*, приведенъ выше, стр. 90.

¹⁵⁾ *Schultze Privatr. u. Proc., стр. 320.*

только отъ этого иска (предъявленнаго въ данное время, въ данной формѣ), но отъ иска вообще, т. е. онъ освобождался совершенно. Вторичное предъявленіе иска не могло имѣть мѣста вслѣдствіе связанной съ *litis contestatio* консумціей иска (ср. § 49. § 50).

Добавленіе. *Praescriptio* называется помѣщенная въ началѣ формулы оговорка, которая можетъ служить интересамъ истца (*pro actore*,—напр., *praescriptio: ea res agatur, cuius rei dies fuit*, при помощи которой конструирующее дѣйствіе иска по срочному долгу ограничивалось тѣми частями долга, которымъ уже наступилъ срокъ, *Gaius, IV § 131*) или интересамъ отвѣтчика (*pro reo*). Повидимому, *praescriptio pro reo* была древнѣйшей формой экцепціи: *formula (iudicium)* давалась только съ извѣстной оговоркой. Гай (*IV, § 133*) указываетъ, что въ его время существовали только *praescriptiones pro actore*: бывшія до этого въ ходу *praescriptiones pro reo* при немъ отпали, и ихъ замѣнили экцепціи. По существу *praescriptio pro reo* имѣла такое же значеніе, какъ и *exceptio*. Въ качествѣ *praescriptio pro reo* къ концу 2 вѣка появилось возраженіе объ истеченіи давности (*praescriptio longi temporis*, имѣвшая такое же значеніе, какъ *exceptio longae possessionis*, ниже § 54), за которымъ и сохранилось названіе *praescriptio*.

pr. I. de except. (4, 13): *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. § 1: Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus... stipulanti Titio promissisti... palam est, iure civili te obligatum esse; et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali,... ad impugnandam actionem.*

§ 9 eod.: *Perpetuae et peremptoriae (exceptiones) sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem, de qua agitur, peremunt: qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. § 10. Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi... § 11: Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt exceptiones: quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit.*

pr. I. de replicationibus (4, 14): Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie iusta videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adiuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut petere creditori liceat. Si agat creditor, et excipiat debitor, ut ita demum condemnetur: si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat,—nocet ei exceptio, convenit enim ita; namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sunt; sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

§ 54.

Perpetua и temporalia actio.—Tempus utile.

Цѣлый рядъ actiones honorariae давался магистратомъ только въ теченіе опредѣленнаго срока. Это относится особенно къ преторскимъ штрафнымъ искамъ, т. е. къ тѣмъ искамъ, которые служили для взысканія штрафа не въ силу гражданского права, а исключительно въ силу преторскаго эдикта (напр., actio iniuriarum, ниже § 85); они давались преторомъ только въ теченіе annus utilis. Другимъ примѣромъ являются эдильскіе иски по поводу недостатковъ купленной вещи (ниже, § 82): эдиль давалъ искъ о расторженіи договора (actio redhibitoria) только въ теченіе sex menses utiles, искъ объ уменьшеніи покупной суммы (actio quanti minoris) только въ теченіе одного annus utilis. Такіе иски, которые имѣютъ силу только въ теченіе опредѣленнаго времени, называются actiones temporales. Срочность иска была связана съ срочностью самаго права, ибо во всѣхъ случаяхъ actiones honorariae юридическое притязаніе основано на обѣщаніи иска въ эдиктѣ (преторскомъ или эдильскомъ),—точнѣе, на обѣщаніи претора (эдила) дать формулу и тѣмъ самымъ открыть путь къ ординарному судебному разбирательству (iudicium dabo). Если обѣщаніе иска было обусловлено

срокомъ, то срокомъ было обусловлено и самое право. Съ истеченіемъ срока *actio temporalis* погашалась, а съ нею вмѣстѣ погашалось и право (на взысканіе штрафа, на расторженіе договора, на уменьшеніе покупной суммы).

Наоборотъ, цивильное право въ принципѣ не признавало срочности исковъ. *Actiones civiles* и на ряду съ ними тѣ *actiones honorariae*, которыя не были ограничены срокомъ, принадлежали къ числу *actiones perpetuae*. Только въ видѣ исключенія цивильное право допускало срочность¹⁾.

Но независимо отъ подобныхъ сроковъ должно было сказаться еще одно обстоятельство: *замалчиваніе* притязанія, выражающееся въ томъ, что притязаніе не осуществляется въ теченіе продолжительнаго времени. Долго замалчиваемое притязаніе порождаетъ презумпцію противъ себя. Это обстоятельство присяжный судья, разбиравшій споръ *in iudicio*, могъ оцѣнить по своему свободному усмотрѣнію. Впослѣдствіи оно встрѣтило признаніе и со стороны власти. Приблизительно съ конца второго вѣка добросовѣстному приобретателю провинціального земельного участка стали давать *longi temporis praescriptio* противъ третьяго управомоченнаго лица: право на виндикацію погашалось 10 и 20 лѣтней давностью (ниже § 64). Тому, кто добросовѣстно *per longum tempus* владѣлъ заложенной (другимъ лицомъ) вещью, полагая, что она свободна отъ залога, давалась въ Италіи *exceptio annalis*, въ провинціяхъ—*exceptio longae possessionis*. Въ

¹⁾ Такъ, напр., для иска *de statu defuncti* и для *querela inofficiosi testamenti* (ниже § 113) былъ установленъ пятилѣтній срокъ. Не выясненъ вопросъ о томъ, находится ли этотъ пятилѣтній срокъ въ связи съ давностью греческаго права. *Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 21.*—*Lex Furia de sponsu* (345 г. до Р. X.) ограничивала срокомъ не искъ, а самое право требованія, обращенное къ *sponsor* и *fidepromissor in Italia acceptus*: черезъ два года онъ освобождался отъ обязательства (*biennio liberatur*); *Gaius, III § 121* и *Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 25, стр. 370*. Ср. ниже § 80, прим. 5.

остальныхъ случаяхъ замалчиваніе (незаявленіе притязанія) оцѣнивалось въ зависимости отъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая (ср. напр., рѣшеніе Коммода въ D. 22, 3, 26)²⁾. Наконецъ къ этому вопросу подошло императорское законодательство. Гонорій и Θεодосій (въ 424 г. по Р. X.) ввели *погашеніе давностью всехъ* исковъ въ результатъ невозбужденія ихъ. Давность, по общему правилу, наступала по истеченіи 30 лѣтъ, въ видѣ исключенія (такъ, напр., въ пользу церквей и богоугодныхъ учреждений) по истеченіи 40 лѣтъ. Въ случаѣ предъявленія иска по истеченіи этого срока выставлялось возраженіе о давностномъ погашеніи иска (*praescriptio temporis*).

Прежнія постановленія о срочности исковъ остались въ силѣ. Такимъ образомъ, начиная съ этого времени *actiones perpetuae* были тѣ, которыя погашались 30 и 40 лѣтней давностью; *actiones temporales*—тѣ, которыя погашались въ теченіе болѣе короткаго срока.

Гражданско-правовое притязаніе основывалось не только на общаніи иска. Поэтому погасительная давность, введенная Θεодосіемъ II, погашала только искъ, но не самое право.

Съ этой точки зрѣнія позднѣйшее римское право разсматривало и срочность *actiones temporales*; а право *Corpus iuris*, реципированное въ Германіи, создало единообразный институтъ *исковой давности* съ различными сроками, погашавшей только возможность осуществить притязаніе искомымъ путемъ (*actio*), но не самое правовое притязаніе. По существу съ нимъ сходенъ институтъ погасительной давности (*Anspruchsverjährung*) Герм. Гражд. Уложенія. Послѣдній создаетъ длительное препятствіе для осуществленія притязанія (черезъ возраженіе,—по общему правилу, по истеченіи 30 лѣтъ, но

²⁾ Ср. по вопросу объ эволюціи въ данномъ направленіи *Mitteis* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 26, стр. 486, 487, Bd. 27, стр. 226 и сл. *Lenel* въ Bd. 25, стр. 370 и сл. Bd. 27, стр. 71. *Edictum* 2 изд., стр. 486 и ниже § 64, прим. 4.

наряду съ этимъ существуютъ другіе болѣе короткіе сроки), но не уничтожаетъ самого притязанія. Право требованія продолжаетъ оставаться въ силѣ; хотя оно и не подлежитъ болѣе исковому осуществленію, но оно все-таки существуетъ и можетъ быть удовлетворено платежемъ (какъ *naturalis obligatio*, ниже § 76a); продолжаетъ оставаться въ силѣ и право собственности (если оно не прекратилось за истекшее время по другимъ причинамъ), и всякое другое право. Болѣе того, вещное право можетъ уже по истеченіи давности для порожденнаго имъ вещнаго притязанія породить новыя притязанія, ибо вещное право представляетъ собой неисчерпаемый источникъ притязаній, по новому реагирующій на каждое новое нарушеніе права. Такъ, притязаніе на выдачу вещи (напр., принадлежащая собственнику *rei vindicatio*) погашается давностью какъ по римскому, такъ и по современному праву только въ отношеніи опредѣленнаго владѣльца и его правопреемниковъ; противъ новаго владѣльца, не связаннаго съ прежнимъ черезъ преемство въ правѣ, изъ остающагося въ силѣ вещнаго права вырастаетъ *новое* притязаніе на выдачу вещи, свободное отъ возраженія о давности. Сущность погасительной давности состоитъ въ томъ, что она не вызываетъ никакого измѣненія въ правѣ. Этимъ исковая (погасительная) давность отличается отъ пріобрѣтательной (ниже § 64 и 69), отъ *non usus*, прекращающаго сервитутъ (§ 69), а также отъ такъ называемой незапамятности или незапамятной давности (когда нельзя припомнить, какъ началось какое-либо правовое состояніе, продолжающееся не менѣе 40 лѣтъ: *memoria non exstat*); послѣдняя въ нѣкоторыхъ единичныхъ случаяхъ признавалась римскимъ правомъ (а прежнимъ общегерманскимъ правомъ признавалась какъ общее правило) за обстоятельство, оправдывающее, т. е. обосновывающее существующія юридическія отношенія ³⁾.

³⁾ По римскому праву незапамятная давность (*vetustas*) замѣняла

Течение давности начинается съ момента возникновенія притязанія (*actio nata*),—слѣдовательно, съ момента появленія права требованія (свободнаго отъ возраженій) или съ момента нарушенія абсолютнаго права. Въ томъ случаѣ, когда возникновеніе притязанія находится въ зависимости отъ дѣйствія управомоченнаго лица (напр., нужно заявленіе управомоченнаго), давность начинаетъ течь еще до возникновенія притязанія (ср. Герм. Гр. Улож. §§ 199. 200). Существуютъ *основанія пріостановленія* теченія давности: теченіе давности пріостанавливается на все время, пока притязаніе не можетъ быть осуществлено вслѣдствіе возраженія, касающагося не одного только *способа* осуществленія притязанія (ср. Герм. Гражд. Улож. § 202), по римскому праву, кромѣ того, на то время, пока притязаніе принадлежит *impu-bes* (или *minoru*, если рѣчь идетъ о притязаніи, для котораго установлена болѣе короткая давность, чѣмъ 30 лѣтъ), или если притязаніе касается имѣнія ребенка, находящагося въ *узупруктѣ* у отца (иначе Герм. Гр. Улож. §§ 204. 206). Существуютъ *основанія перерыва* давности (когда истекшее уже время не принимается въ расчетъ); сюда относятся: предъявленіе иска управомоченнымъ лицомъ, фактическое (совершенное не только на словахъ) признаніе притязанія лицамъ *обязаннымъ*,—напр., выдача долговаго документа, представленіе поручителя, частичная уплата долга (Герм. Гр. Улож. § 203). *Вѣтустасъ* (вѣтустасъ) (лат. *vetustas pro lege habetur*, l. 2, D. 39, 3): она обосновывала существованіе публичной дороги, водопровода, приспособленія для измѣненія стока дождевой воды. По общегерманскому праву незапамятность служила основаніемъ для возникновенія всѣхъ правъ, не подлежащихъ пріобрѣтенію по давностному владѣнію, но способныхъ быть объектами длительного пользованія: напр. для пріобрѣтенія регалій (напр., горной регаліи) или правъ патроната. Герм. Гр. Улож. не знаетъ незапамятной давности; послѣдняя имѣетъ значеніе только для юридическихъ отношеній, регулируемыхъ мѣстнымъ правомъ (*Landesrecht*).

Улож. считаетъ достаточнымъ просто устное признаніе долга, § 208). Противъ притязанія, направленного на выдачу вещи, правопреемникъ прежняго владѣльца можетъ сослаться на *accessio possessionis*: правопреемникъ засчитываетъ въ свою пользу время владѣнія своего предшественника (слѣдовательно, здѣсь давность не прерывается); только въ томъ случаѣ, если владѣніе приобрѣтаетъ третье лицо безъ преемства въ правѣ, напр., путемъ кражи,—противъ этого третьяго лица возникаетъ новое притязаніе и давность начинаетъ течь сначала (ср. выше). Обще-германское право (слѣдовавшее въ данномъ вопросѣ особому постановленію каноническаго права) считало, что для погашенія давностью притязанія о выдачѣ вещи необходима *bona fides* того лица, противъ котораго направлено притязаніе. Герм. Гражд. Уложение вернулось къ точкѣ зрѣнія римскаго права: добросовѣстность является необходимымъ условіемъ только для приобрѣтенія права собственности по давности, а не для давностнаго погашенія иска.

Годъ, назначенный преторомъ для предъявленія установленныхъ имъ срочныхъ исковъ, былъ *annus utilis*, т. е. въ этотъ годовой срокъ (365 дней) засчитывались только тѣ дни, когда въ действительности возможно было предъявить искъ (когда засѣдалъ судъ, когда отвѣтчикъ былъ извѣстенъ, когда возможно было обратиться къ нему съ искомъ и т. д.). Такъ же слѣдуетъ понимать *sex menses utiles* (шесть 30-дневныхъ періодовъ), установленные для *actio redhibitoria*. Отсюда вырисовывается понятіе *tempus utile*. *Tempus utile*—это судебный срокъ⁴⁾, въ который засчиты-

4) Право установило *tempus utile* только для судебныхъ дѣйствій (предъявленія исковъ и испрашиванія *bonorum possessio*, ср. ниже § 110). Съ испрашиваніемъ *bonorum possessio* къ претору обращались тоже какъ къ судѣ; но уже по классическому праву съ этой просьбой можно было обратиться къ претору въ любомъ мѣстѣ и въ торжественнаго судебного засѣданія (*de plano*).

ваются только такіе дни, когда допускается совершение судебных дѣйствій (по классическому праву дѣйствій претора и эдиловъ). *Tempus utile* противопоставляется *tempus continuum*, т. е. срокъ, въ который, по общему правилу, зачисляются всѣ дни подрядъ. Такъ, напр., 30 и 40-лѣтняя давность предполагаютъ *tempus continuum* въ указанномъ смыслѣ. Какъ въ отношеніи *tempus utile*, такъ и въ отношеніи *tempus continuum* примѣняется такъ называемая *computatio civilis*, т. е. такое исчисленіе времени, при которомъ самой мелкой единицей принимается одинъ день (противоположностью этого исчисленія является *computatio naturalis* — *a momento ad momentum*, которая въ римскомъ правѣ встрѣчается только въ видѣ исключенія при исчисленіи времени несовершеннолѣтія). Въ качествѣ перваго дня римляне считали тотъ день, къ которому относится начало событія (въ нашемъ случаѣ — *actio nata*); современное право считаетъ первымъ днемъ ближайшій день, слѣдующій за днемъ начала событія (Герм. Гр. Улож. § 187). Для *приобрѣтенія* права на основаніи истеченія времени (напр., для *приобрѣтенія* собственности по давности) по римскому праву считалось достаточнымъ *наступленіе* послѣдняго дня срока (*dies coeptus pro completo habetur*), въ то время, какъ исковая давность завершалась только *съ истеченіемъ* послѣдняго дня. Современное право не знаетъ положенія: *dies coeptus pro completo habetur*, не знаетъ и *tempus utile*, ср. Герм. Гр. Улож. § 188.

L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7) (Paulus): In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait: ut,

Послѣдствіемъ этого явилось, конечно, то, что въ срокъ для испрашивания *bonorum possessio* стали засчитывать не только судебные дни, но и всѣ другіе дни, слѣдовавшіе за полученіемъ извѣстія объ открытіи наслѣдства (поскольку не оказывалось другихъ препятствій).

quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur; cetera intra annum.

L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3) (Ulpianus): Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, *quid sit experiundi potestatem habere*. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi: neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive rei publicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit.

§ 55.

Послѣдствія процесса.

Въ процессѣ выступаютъ два основныхъ акта: *litis contestatio*—*формулирование* спора о правѣ (выше, §§ 47—50) и приговоръ—*рѣшение* спора о правѣ.

I. Специальное послѣдствіе *litis contestatio* состоитъ въ *deductio rei in iudicium* (*юридическая связанность* спора),— одинъ и тотъ же споръ не можетъ вторично стать предметомъ судебного разбирательства: на основаніи *litis contestatio* онъ долженъ получить свое окончательное разрѣшеніе въ *данномъ* процессѣ. Въ *litis contestatio* *завершается рѣшительнымъ образомъ осуществленіе права иска*. Отсюда слѣдуетъ: 1) Теченіе исковой давности прерывается только съ момента *litis contestatio*. 2) *Litis contestatio* консумируетъ право иска. Повтореніе иска послѣ нея становится невозможнымъ (*ne bis de eadem re sit actio*). Противъ иска по вопросу, уже бывшему однажды предметомъ судебного

разбирательства (*eadem quaestio*), выставляется *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (ср. § 50 въ началѣ ¹⁾).

3) *Litis contestatio* служить основаніемъ для приговора. Приговоръ имѣетъ въ виду моментъ *litis contestatio*. Истецъ долженъ обладать тѣмъ правомъ, на которомъ онъ основываетъ искъ, уже въ моментъ *litis contestatio*. Съ другой стороны, истецъ, выигравшій процессъ, долженъ судебнымъ рѣшеніемъ быть поставленъ въ то же самое положеніе, въ какомъ онъ очутился бы, если бы рѣшеніе въ его пользу состоялось немедленно, въ моментъ *litis contestatio*. Поэтому истцу присуждаются плоды и возмѣщеніе ущерба за промежуточное время.

Вслѣдствіе такого дѣйствія *litis contestatio* римляне сравнивали ее съ новацией (обновленіе долга, ср. ниже § 80, II). Отнынѣ путемъ судебного разбирательства отъ отвѣтчика нельзя болѣе требовать предоставленія, составлявшаго первоначальный предметъ долга (это повлекло бы къ повторенію того же иска); можно требовать только *продолженія* начатаго производства: *ante litem contestatam dare reum oportere, post litem contestatam condemnari oportere* (Gaius, III § 180). Далѣе, вслѣдствіе принципа денежной кондемнаціи

¹⁾ Основной функцией *exceptio rei iudicatae* является такъ называемая отрицательная функція (осуществляющая консумирующее дѣйствіе процесса). Однако, какъ указано въ текстѣ подъ цифрой II, эта же *exceptio* *можетъ* быть выставлена также съ цѣлью осуществить *содержаніе* приговора (такъ называемая положительная функція *exceptio rei iudicatae*). Для точнаго обозначенія *eadem res* и вмѣстѣ съ тѣмъ консумирующаго дѣйствія процесса въ формулу, служившую для осуществленія долгового притязанія, включались слова: *qua de re agitur*. Въ этомъ заключалось указаніе на переговоры, имѣвшіе мѣсто *in iure*, которыми устанавливалось какъ самое притязаніе, такъ и индивидуализирующій его фактической составъ; Н. Krüger, въ Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 29, стр. 378 и сл. Объ исторіи правила: *ne bis* и т. д. Gradenwitz, Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumtion (въ Festgabe für Bekker, 1907.

(§ 53) по классическому праву первоначальное притязание истца превращается въ притязаніе на получение денежной суммы. Наконецъ, послѣ совершенія *litis contestatio* не переходящее по наслѣдству притязаніе (напр., *actio iniuriarum*) становится способнымъ къ наслѣдственному переходу. Юридическая связанность дѣла, являющаяся слѣдствіемъ *litis contestatio*, влечетъ за собой одновременно процессуальную консумцію и процессуальное *возрожденіе* осуществляемаго притязанія (такъ называемая *novatio necessaria*).

II. Специальное послѣдствіе судебного рѣшенія заключается въ его *законной силѣ*. Судебное рѣшеніе (поскольку оно не подлежитъ апелляціи) приобрѣтаетъ для даннаго конкретнаго случая силу закона²⁾. Вслѣдствіе судебного рѣшенія отрѣзается не только возможность повторить тотъ же процессъ, но и возможность вообще выдвигать такое утвержденіе о правѣ, которое противорѣчитъ состоявшемуся рѣшенію (противъ такого утвержденія служить *exceptio rei iudicatae* въ своей положительной функціи)³⁾. Если отвѣтчикъ присуждается къ исполненію (или если имѣются обстоятельства, равносильныя присужденію, ср. выше § 47 въ на-

²⁾ Ср. *Degenkolb*, *Einlassungszwang und Urteilsnorm* (1877), стр. 80 и сл.; *O. Bülow*, *Gesetz und Richteramt* (1885). *A. Mendelssohn-Bartholdy*, *Grenzen der Rechtskraft*, (1900).

³⁾ Примѣръ: истецъ выигралъ процессъ о правѣ собственности, предъявивъ *rei vindicatio*. Послѣ выдачи вещи отвѣтчикъ съ своей стороны предъявляетъ *rei vindicatio* къ прежнему истцу. *Exceptio rei iudicatae* въ своей отрицательной функціи здѣсь не можетъ имѣть примѣненія, потому что еще не было постановлено рѣшеніе по поводу иска о правѣ собственности, предъявленнаго отвѣтчикомъ, но можетъ имѣть мѣсто *exceptio rei iudicatae* въ своей положительной функціи, ибо притязаніе о правѣ собственности, заявленное отвѣтчикомъ, противорѣчитъ праву собственности истца, признанному судебнымъ рѣшеніемъ (если не выдвинуто новое основаніе приобрѣтенія права собственности, возникшее послѣ постановленія рѣшенія).

чалъ), то истцу предоставляется на основаніи судебного рѣшенія (или *confessio in iure*, или на основаніи принесеннаго истцомъ *iusiurandum in iure* и могущей послѣдовать затѣмъ *litis aestimatio*, ср. 1. 6 § 2 D. 42, 2) *actio iudicati* (а при *iusiurandum in iure*, приносимомъ истцомъ, соответственная *actio in factum*), которая при отказѣ отвѣтчика отъ уплаты приводитъ къ взысканію двойной суммы и къ принудительному исполненію для удовлетворенія притязаній истца.

III. *Принудительное исполненіе* судебного рѣшенія (*executio*) въ древнемъ правѣ было направлено, главнымъ образомъ, противъ личности отвѣтчика (*manus iniectio*, ср. выше стр. 135); оно отдавало должника въ кабалу кредитору и предоставляло послѣднему право продать своего неисправнаго должника (*trans Tiberim*) и право убить его (§ 11). *Lex Poetelia* (313 г. до Р. X.) отмѣнила право продажи и право лишенія жизни⁴). Но взятіе въ кабалу продолжало оставаться основнымъ средствомъ принудительнаго исполненія по гражданскому праву, хотя его послѣдствія проявлялись съ тѣхъ поръ только въ формѣ долгового ареста. Вмѣстѣ съ личностью должника (становившагося по отношенію къ кредитору въ положеніе раба) подъ власть кредитора подпадало все его имущество, вѣроятно, и вся его семья (т. е. всѣ находящіеся подъ его властью). Такимъ образомъ, принудительное исполненіе, направленное противъ личности должника, захватывало и его имущество; но захватъ имущества являлся только послѣдствіемъ приобрѣтенія власти надъ личностью; имущественное взысканіе состояло въ томъ, что, безотносительно къ размѣрамъ долга, захватывался самъ должникъ и все его имущество. Цѣль древняго принудительнаго взысканія заключалась не столько въ удовлетвореніи

⁴) *Kleineidam*, Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia (Festgabe für Dahn) 1905. Н. *Lewald*, zur Personalexekution im Recht der Papyri (1910) Также *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 30, стр. 406.

кредитора (какъ въ наше время), сколько въ наказаніи должника, проявившемся въ захватъ его самаго и всего, ему принадлежавшаго. Неисполненіе долгового обязательства, имѣющаго юридическую силу, равнялось наказуемому деликту: весь правопорядокъ древнѣйшаго времени выливался преимущественно въ форму *уголовнаго* права.

Только преторъ направилъ принудительное взысканіе *непосредственно* на имущество: онъ предоставилъ *missio in bona*, т. е. вводъ во владѣніе всѣмъ имуществомъ должника, тѣмъ кредиторамъ, которые испрашивали у него *missio*. Одинъ изъ этихъ кредиторовъ (по истеченіи извѣстнаго срока, въ теченіе котораго къ прежнимъ кредиторамъ могли присоединиться и другіе), избранный другими въ качествѣ управляющаго имущественной массой (*magister*), продавалъ имущество *цѣликомъ* (*venditio bonorum*)⁵⁾. Покупатель (*bo-*

5) *Magister* избирался изъ среды кредиторовъ, введенныхъ во владѣніе; въ качествѣ избраннаго „управителя“ онъ осуществлялъ *частно-правовую* власть отчужденія *всего* имущества, предоставленную кредиторамъ черезъ преторскую *missio in bona*. Если (послѣ избранія *magister'a*, но до продажи имущества) новый кредиторъ тоже получалъ отъ претора *missio in bona*, то этотъ новый кредиторъ, не участвовавшій въ избраніи *magister'a*, получалъ самостоятельное положеніе, равное положенію *magister'a*. *Magister* являлся только органомъ избравшихъ его лицъ, но не органомъ власти, уполномоченнымъ управлять конкурсомъ, какъ таковымъ. Иначе обстояло дѣло въ томъ случаѣ, когда преторъ не вводилъ кредиторовъ во владѣніе, а назначалъ должнику *curator'a bonorum*, вступавшаго въ управленіе имуществомъ для того, чтобы путемъ реализаціи отдѣльныхъ предметовъ этого имущества удовлетворить кредиторовъ изъ вырученныхъ суммъ. Это былъ такъ называемый *дистракціонный конкурсъ*, не влекшій за собой отнятія у должника всего его имущества и, слѣдовательно, не сопряженный съ *infamia*. Кредиторы въ этомъ случаѣ получали удовлетвореніе не отъ *bonorum emtor'a*, а отъ самого должника (черезъ его *curator'a*); могшій же получиться излишекъ поступалъ самому должнику. Это болѣе „достойное“ производство, первоначально примѣнявшееся только

bonorum emtor) уплачивалъ кредиторамъ, введеннымъ во владѣніе, опредѣленный процентъ ихъ требованій (это и была покупная плата, за которую онъ прибрѣталъ активъ имущества). Слѣдовательно, принудительное производство всегда охватывало все имущество *цѣликомъ* и не считалось съ тѣмъ, всѣ ли кредиторы добились *missio in bona*, или только нѣкоторые, а можетъ быть даже только одинъ изъ нихъ. Какъ въ этомъ фактѣ, такъ и въ безчестіи (*infamia*), покрывавшемъ должника въ результатѣ *missio in bona*, сказывались еще воспоминанія о личномъ задержаніи древняго права: считалось, что каждый кредиторъ налагаетъ руку не только на *все имущество*, но и на *честь* должника.

Такимъ образомъ, кредиторъ могъ выбирать между принудительнымъ исполненіемъ, направленнымъ противъ личности (по цивильному праву), и принудительнымъ исполненіемъ, направленнымъ противъ имущества (по преторскому праву). По *lex Julia* (обнародованной, вѣроятно, только при Августѣ) должникъ могъ самъ воспрепятствовать выбору кредитора тѣмъ, что добровольно уступалъ свое имущество (*cessio bonorum*), т. е. тѣмъ, что добровольно подвергалъ

къ задолжавшимъ сенаторамъ, впоследствии получило всеобщее примѣненіе. Только въ этомъ конкурсѣ кредиторовъ проявляется идея нашего современнаго конкурснаго производства (*общаго принудительнаго производства въ пользу всѣхъ кредиторовъ*). *Magister* древняго времени всегда являлся просто кредиторомъ, дѣйствующимъ въ своемъ эгоистическомъ интересѣ и въ интересѣ избравшихъ его; назначенный же преторомъ *curator bonorum* являлся представителемъ *общественнаго* интереса, требующаго единообразнаго управленія конкурсомъ и справедливаго удовлетворенія *всѣхъ* кредиторовъ безъ излишняго притѣсненія должника. И все-таки, повидимому, римское право въ данномъ вопросѣ не дошло до отдачи полного преимущества кураторскому конкурсу, организованному властью. Здѣсь встрѣчается „кураторъ“, *избранный* кредиторами, при чемъ положеніе его остается невыясненнымъ. См. *Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, 1905, стр. 161 и сл. Lenel, Edictum, 2 изд., стр. 409 и сл. 418 и сл.*

все свое имущество взысканію: въ этомъ случаѣ примѣнялось только взысканіе съ имущества (преторскаго стиля), должникъ же освобождался отъ *infamia* и получалъ *beneficium competentiae*, т. е. право на предоставленіе ему при принудительномъ исполненіи необходимыхъ для жизни средствъ (*ne egeat*: съ него присуждали лишь столько, *in quantum facere potest*) ⁶⁾.

Наряду съ этимъ взысканіемъ, простирающимся на все имущество должника (котораго истецъ добивался путемъ *actio iudicati*) ⁷⁾, преторъ впоследствии ввелъ частичное взы-

⁶⁾ Ограниченіе принудительнаго взысканія (отвѣтственности) рамками *beneficium competentiae* („привилегія необходимыхъ потребностей“) могло быть предоставлено по римскому праву нѣкоторымъ лицамъ и безъ *cessio bonorum*: солдатамъ противъ всѣхъ кредиторовъ; подвластнымъ дѣтямъ только что освобожденнымъ изъ-подъ власти домовладыки по отношенію къ долгамъ, заключеннымъ въ то время, когда они еще были подвластны; супругамъ другъ противъ друга; родителямъ противъ дѣтей; патрону противъ его вольноотпущенниковъ; затѣмъ противъ иска о назначеніи или о возвращеніи приданнаго (*dos*): противъ *actio pro socio*, противъ иска, основаннаго на обѣщаніи одарить. Мѣриломъ ограниченія служила валовая сумма имущества (слѣдовательно, не принимались во вниманіе другіе долги). Только въ случаѣ обѣщанія одарить рѣшающее значеніе имѣла сумма чистаго имущества, такъ что обѣщавшій одарить отвѣчалъ только въ предѣлахъ перевѣса актива надъ пассивомъ (*deducto aere alieno l. 19, § 1 D. 42, 1*). Герм. Гражд. Уложеніе сохранило *beneficium competentiae* только для обѣщанія одарить, при чемъ оно примѣняется въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и въ римскомъ правѣ (Г. Г. У. § 519; въ другихъ случаяхъ, указанныхъ, напр., § 829, § 1603, содержаніе обязательства является ограниченнымъ *ipso iure*, такъ что тамъ простое ограниченіе отвѣтственности принудительнаго взысканія не имѣетъ мѣста). Въ остальныхъ случаяхъ, въ наше время *каждый* должникъ пользуется при принудительномъ исполненіи льготами, основанными на публично-правовыхъ (соціально-политическихъ) соображеніяхъ (Герм. Уст. Гражд. Судопр. §§ 811. 812. 850—852).

⁷⁾ Легисакціонный и формулярный процессы предоставляли рѣшеніе дѣла третейскому суду, назначенному представителемъ вла-

сканіе, простиравшееся на отдѣльные предметы имущества (взятіе въ залогъ отдѣльныхъ вещей отвѣтчика, такъ называемое *pignus in causa iudicati captum*); послѣднее примѣнялось при извѣстныхъ обстоятельствахъ по усмотрѣнію претора (*extra ordinem*, вслѣдствіе *postulatio* истца). Если въ производствѣ *extra ordinem* (ср. § 56) магистратъ признавалъ, что отвѣтчикъ обязанъ вернуть или выдать опредѣленную вещь, то онъ могъ и принудить его исполнить обязательство (путемъ угрозы денежнымъ штрафомъ, а въ случаѣ необходимости, *manu militari*). Въ позднѣйшей императорской періодъ экстраординарное производство стало обычной формой процесса, и потому непосредственное взысканіе, направленное на отдѣльные предметы имущества, стало наиболѣе распространенной формой принудительнаго исполненія (§ 57). Штрафныя послѣдствія прежняго принудительнаго производства (*infamia* и уничтоженіе или по меньшей мѣрѣ умаленіе личности должника, выражавшееся въ лишеніи его всего имущества) были совершенно забыты: гражданско-правовое обязательство уже освободилось отъ уголовно-правовыхъ чертъ. Съ тѣхъ поръ принудительное исполненіе въ гражданствѣ возложено на судью (ср. § 58). Но частный судья не могъ принудить исполнить рѣшеніе. Поэтому для того, чтобы добиться исполненія рѣшенія, необходимо было возбудить новый искъ: *actio iudicati* (т. е. необходимо было новое обращеніе къ власти). Въ легисакціонный періодъ этотъ искъ выступалъ въ формѣ *legis actio per manus iniunctionem* (выше, § 48). Если отвѣтчикъ оспаривалъ судебное рѣшеніе, на которомъ основывался истецъ, или если онъ настаивалъ на томъ, что уже уплатилъ долгъ, то и здѣсь дѣло доходило до *iudicium*'а (слѣдовательно, въ формулярномъ процессѣ до *formula*). Но въ случаѣ справедливости требованій истца отвѣтчикъ присуждался къ уплатѣ двойной суммы (*poena dupli*, выше § 48). Поэтому общимъ правиломъ являлось признаніе отвѣтчика, такъ что обычно въ случаѣ предъявленія *actio iudicati* производство *in iure* приводило не къ *litis contestatio* и *iudicium*, а непосредственно къ взысканію. *Leop. Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati*, 1901.

жданскомъ процессѣ принимаетъ тотъ образъ, который при-
сущъ ему и въ наше время,—оно выступаетъ исключительно
въ качествѣ производства, имѣющаго своею цѣлью *удовле-*
твореніе лица, обладающаго правомъ иска.

§ 56.

Производство *extra ordinem*. *Interdicta*. *In* *integrum restitutio*.

I. Производство *extra ordinem* (*iudicium privatorum*)¹⁾,
когниціонное производство происходило безъ назначенія
iudicium'а, слѣдовательно безъ *litis contestatio* (выше § 47)
и безъ постановленія рѣшенія (*sententia*, выше § 47 въ
концѣ) въ собственномъ смыслѣ слова. Все разбирательство
совершалось передъ магистратомъ (*in iure*) и заканчивалось
на основаніи *causae cognitio* магистрата рѣшеніемъ, поста-
новляемымъ имъ самимъ (*decretum, interdictum*). Производ-
ство *extra ordinem* (*per cognitionem*, а не *per formulam*)
было подчинено ничѣмъ не связанной власти магистрата
(*imperium*) и формально оно должно разсматриваться какъ
процессъ, происходящій въ *порядкѣ управленія*, въ противо-
положность ординарному процессу (съ назначеніемъ *iudici-*
um'а), совершавшемуся въ порядкѣ судебномъ. Въ то время,
какъ въ ординарномъ процессѣ магистратъ съ своей прину-
дительной властью отступаетъ на задній планъ и весь про-
цессъ заканчивается рѣшеніемъ присяжнаго судьи, которое
только *выясняетъ* съ несомнѣнностью право истца (которое
выражается въ формѣ денежнаго притязанія), такъ что для

¹⁾ Дословно производство *extra ordinem* означаетъ производство
„въ очереди“. Дѣла, поступавшія на обсужденіе *extra ordinem*, не
были связаны обычнымъ дѣловымъ временемъ (временемъ *conven-*
tus, regum actus) и очередью, установленной для разбора осталь-
ныхъ дѣлъ (*ordo iudiciorum*); *Hartmann-Ubbelohde* (выше § 47),
стр. 418 и сл.

приведенія рѣшенія въ исполненіе требуется новый искъ (actio indicati),—процессъ extra ordinem съ самаго начала опирается на принудительную власть магистрата (imperium) и приводитъ къ исполненію воли магистрата посредствомъ multae dictio, pignoris capio, missio in possessionem, насильственного захвата, производившагося подчиненными магистрату чиновниками (manus militaris) и т. д. Ординарный процессъ былъ основанъ на авторитетѣ права, процессъ extra ordinem—на свободно дѣйствующей власти магистрата ²⁾.

Рѣшеніе магистрата въ процессѣ extra ordinem, какъ уже было указано, decretum или interdictum. Поэтому *интердиктное производство* первоначально отождествлялось съ административнымъ процессомъ, а интердиктъ съ административнымъ распоряженіемъ магистрата.

Къ числу дѣлъ, разбиравшихся преторомъ въ административномъ порядкѣ (посредствомъ интердикта), относились, напр., правоотношенія, касавшіяся вещей общаго пользованія (публичныхъ дорогъ, рѣкъ и т. д.), вещей, посвященныхъ богамъ, какъ храмы, алтари и т. д. (res sacrae), мѣстъ погребенія (res religiosae), сосѣдскія правоотношенія, алиментарныя требованія, притязанія, возникавшія по поводу удержанія дѣтей или подвластныхъ, споры по поводу построекъ, споры между оставляющимъ помѣщеніе нанимателемъ и наймодавцемъ и т. п.,—однимъ словомъ, сюда относились все тѣ дѣла, при которыхъ перевѣшивалъ публичный полицейскій интересъ. Поэтому сюда причислялись и владѣльческіе споры, т. е. споры о *фактической* сторонѣ владѣнія (но не о правѣ на владѣніе), о нарушеніи и объ отнятій владѣнія. *Общественный* интересъ *сохраненія мира* ³⁾ не допускалъ, чтобы фактическія отношенія владѣнія нарушались или уничтожались черезъ вмѣшательство голой силы.

²⁾ Ср. А. Pernice въ Zeitschr. d. Sav.-Stiftung. Bd. 5, стр. 29 и сл.

³⁾ Pernice въ Ztschr. Sav.-Stift. Bd. 17, стр. 195 и сл.

Въ такихъ случаяхъ преторъ разсматривалъ дѣло на основаніи своей административной власти (*extra ordinem*) и рѣшалъ его посредствомъ интердикта.

II. *Интердиктный процессъ въ техническомъ смыслѣ.*
Рѣшеніе магистрата *extra ordinem* скоро въ цѣломъ рядѣ случаевъ перестало быть настоящимъ разрѣшеніемъ спора. Часто для претора было невозможно разслѣдовать фактическую сторону дѣла. Поэтому преторъ довольствовался тѣмъ, что высказывалъ руководящій принципъ для разрѣшенія спора, т. е. онъ ограничивался объявленіемъ сторонамъ установленной имъ административной нормы.

Напримѣръ: одно лицо предоставило другому вещь, хотя бы земельный участокъ, въ прекарное владѣніе, т. е. съ тѣмъ, что вещь должна быть возвращена по первому требованію. Если получившій вещь (прекаристъ) послѣ требованія отказывался возвратить вещь, можно было обратиться къ претору, какъ представителю полицейской и административной власти, и потребовать, чтобы онъ *extra ordinem* (посредствомъ интердикта) возстановилъ прежнее владѣніе *precario dans'a*, не предрѣшая этимъ вопроса о правѣ на данную вещь (вопроса о томъ, кто является ея собственникомъ и т. д.). Первоначально преторъ, вѣроятно, самъ изслѣдовалъ фактическую сторону дѣла и постановлялъ: *такъ какъ ты, отвѣтчикъ, получилъ отъ другого эту вещь precario, ты обязанъ ее вернуть.* Однако, съ теченіемъ времени для претора оказалось не подъ силу изслѣдовать дѣйствительное положеніе вещей. Поэтому его рѣшеніе получило совершенно другое содержаніе: *то, что ты, отвѣтчикъ, получилъ отъ другого precario, ты обязанъ ему вернуть (quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas, ср. l. 2 pr. D. de precario 43, 26).* Рѣшеніе послѣдняго рода преторъ могъ дать немедленно, онъ даже могъ его заранѣе выставить и обнародовать въ своемъ *album*. Изъ безусловнаго возникло условное рѣшеніе,

изъ интердикта стараго стила возникла *абстрактная* норма, ничего не говорящая относительно *даннаго* конкретного случая, устанавливающая только общее правило, по которому предстояло постановлять дальнѣйшія рѣшенія, и котораго должны были придерживаться стороны; настоящаго же рѣшенія не было. Въмѣсто рѣшенія по дѣлу сторонамъ объявлялось *предписаніе*.

Такое предписаніе, объявленное преторомъ по просьбѣ стороны для исполненія сторонами въ административномъ дѣлѣ, получило названіе *interdictum* въ тѣсномъ и техническомъ смыслѣ. Отнынѣ интердиктнымъ процессомъ стали называться *тотъ* процессъ *extra ordinem*, который заканчивался не рѣшеніемъ, а *предписаніемъ* претора ⁴⁾.

Однако, стороны все-таки желали добиться рѣшенія: для этой цѣли было необходимо, чтобы за интердиктнымъ процессомъ слѣдовалъ новый процессъ. Обычно прибѣгали къ *sponsio* и *restipulatio* (§ 50), т. е. стороны по побужденію претора обѣщали другъ другу внести условленный штрафъ на тотъ случай, если они нарушатъ данное имъ специальное предписаніе претора (интердиктъ), или на тотъ случай, если кто-либо изъ нихъ неправомѣрно былъ вызванъ къ *sponsio*. *Sponsio* и *restipulatio* могли породить иски, возбуждаемые въ порядкѣ ординарнаго гражданского процесса. Рѣшеніе въ этомъ процессѣ служило вмѣстѣ съ тѣмъ и рѣшеніемъ для интердиктнаго процесса. На основаніи рѣшенія по поводу условленнаго штрафа можно было не только взыскать этотъ штрафъ, но и получить удовлетвореніе по самому интердиктному притязанію въ порядкѣ *arbitrium*. Или же можно

⁴⁾ Предписаніе могло обязать къ возвращенію вещи (реституторные интердикты), къ простому предъявленію напр., завѣщанія (эксгибиторные интердикты), къ воздержанію (прогибиторные интердикты). О послѣднихъ и о ихъ однородности съ другими интердиктами (они тоже представляли собой условныя рѣшенія) см. *Pfersché*, *Die Interdikte des römischen Zivilprozesses*, 1888.

было (при реституторныхъ и эксгибиторныхъ интердиктахъ) получить удовлетвореніе притязанія (*restituere* или *exhibere*), не прибѣгая къ *sponsio* и *restipulatio*, предъявивъ искъ непосредственно на основаніи *interdictum* при помощи *formula arbitraria*. Только въ томъ случаѣ, если рѣчь шла не о положительномъ дѣйствіи другой стороны (*restituere* или *exhibere*), а только о *запрещеніи*, напр., при нарушеніи владѣнія (случаи прогибиторныхъ интердиктовъ), гдѣ, слѣдовательно, единственнымъ послѣдствіемъ нарушенія запрещенія являлось взысканіе штрафа, единственно возможный путь процесса состоялъ, конечно, въ производствѣ *cum sponsione* (слѣдовательно, и *cum poena*).

Слѣдовательно, теперь единственная цѣль интердиктнаго процесса заключается въ подготовленіи *ординарнаго* процесса (есть *iudicium*). Въ результатъ интердиктнаго процесса постановляется рѣшеніе, основанное не на правовой нормѣ, а на административномъ усмотрѣніи претора; поэтому, въ каждомъ единичномъ случаѣ сторонамъ должно быть особо объявлено предписаніе претора (*interdictum* въ формальномъ смыслѣ). Въ дѣйствительности же этотъ позднѣйшій интердиктный процессъ представлялъ собой *actio*, отличающуюся отъ обыкновенной *actio* только производствомъ *in iure* (здѣсь сперва давалось предписаніе и т. д.) Въ Юстиніановомъ правѣ исчезли всѣ особенности интердиктнаго процесса. Тамъ интердиктъ (предписаніе) уже не объявляется спорящимъ сторонамъ особо въ каждомъ единичномъ случаѣ, а выставляется въ видѣ общаго, обязательнаго для всѣхъ предписанія права, которое можетъ служить основаніемъ для возбужденія *actio ex interdicto* въ обыкновенномъ процессѣ (происходящемъ теперь, однако, *extra ordinem*—§ 57).

Gaius, Inst. IV § 139: Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finendis controversiis interponit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos

contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri, aut fieri prohibet; formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta vocantur vel accuratius interdicta decretaeque.

L. 2 pr. D. de precario (43, 26): Ait Praetor: *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.*

L. 1 pr. D. uti possid (43, 17): Ait Praetor: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis: quominus ita possideatis, vim fieri veto.*

L. 1 pr. D. de liberis exhib (43, 30): Ait Praetor: *Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est, dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.*

III. Подъ *in integrum restitutio* разумѣютъ такое уничтоженіе *правомѣрно* наступившаго невыгоднаго измѣненія въ правѣ, которое состоитъ въ возстановленіи прежняго юридическаго состоянія и которое совершается по предписанію магистрата на основаніи его *imperium*; другими словами, *in integrum restitutio* представляетъ собой защиту противъ *права* (а не противъ правонарушенія, какъ *actio*), которая оказалась необходимой вслѣдствіе невозможности заранее предусмотрѣть всѣ конкретные случаи дѣйствія права. Право всегда до нѣкоторой степени обобщаетъ, т. е. игнорируетъ особенности единичныхъ случаевъ. Напр., норма права гласить: если ты заключилъ договоръ по предписанной правомъ формѣ, ты обязанъ его соблюдать и не можешь отъ него отступить. Однако, право допускаетъ извѣстныя исключенія изъ этого правила, санкціонируя единичные случаи, при которыхъ примѣненіе его было бы несправедливо. Напр., *lex Plaetoria*, (190 г. до Р. X.) запрещаетъ обманнымъ образомъ причинять ущербъ малолѣтнимъ, и преторъ предоставилъ *minor'у circumscriptus'у exceptio legis Plaetoriae* (выше, § 44); обобщая основную идею *legis Plaetoriae*, преторъ предоставляетъ *exceptio* (excep-

tio doli—§ 42) и взрослым, потерпѣвшимъ ущербъ вслѣдствіе обмана,—съ цѣлью защитить обманутыхъ отъ послѣдствій заключенныхъ ими юридическихъ сдѣлокъ. Такъ возникаетъ сингулярное право (*ius singulare*, ср. выше § 8), при помощи котораго могутъ быть приняты во вниманіе отдѣльные конкретные случаи,—такъ возникаетъ самоисправление права.

Однако, это самоисправление права не въ силахъ предотвратить всѣ несправедливости. Недостаточно, если общее правило просто ограничивается другими тоже общими правилами, изданными въ законодательномъ порядкѣ (или въ квази-законодательномъ, какъ въ преторскомъ эдиктѣ). Поэтому преторъ прибѣгаетъ къ своему *in iure* съ цѣлью сгладить несправедливость права въ данномъ *единичномъ случаѣ*: это и есть *in integrum restitutio*. При помощи преторскаго декрета, на основаніи преторской *causa cognitio* уничтожается ущербъ, возникшій благодаря особенностямъ данной системы права; этотъ ущербъ уничтожается по усмотрѣнію претора послѣ изслѣдованія всѣхъ обстоятельствъ, его обуславливающихъ. Если ущербъ заключался въ потерѣ права иска (напр., вслѣдствіе истеченія давности), то реституція выражается въ предоставленіи *actio*, т. е. *formula*; вслѣдъ за предоставленной (преторомъ) *in iure* реституціей въ такомъ случаѣ слѣдуетъ *iudicium*—такъ называемое *iudicium rescissorium*, т. е. разсмотрѣніе и рѣшеніе дѣла по реституированному иску (*actio restitutoria* или *rescissoria*). Реституціонное производство *всегда* совершается и заканчивается преторомъ самолично (*in iure*).

Существовало два рода случаевъ реституціи:

1) *Restitutio minorum (XXV annis)*. Предѣльный возрастъ въ 25 лѣтъ первоначально былъ установленъ вышеупомянутой *lex Plaetoria* и имѣлъ свое особое значеніе⁵⁾. Впослѣд-

⁵⁾ Повидимому, *lex Plaetoria* (называемая также *lex Lactoria*)

ствіи, какъ мы уже видѣли, преторъ въ своемъ эдиктѣ предоставилъ такую же защиту противъ обмана и совершеннолѣтнимъ. Преторскій эдиктъ, уничтожившій въ этомъ отношеніи практическое значеніе предѣльнаго 25-илѣтняго возраста, возстановилъ значеніе его въ другомъ примѣненіи. А именно, преторъ объявилъ въ своемъ эдиктѣ защиту для несовершеннолѣтнихъ не только на случай *dolus'a*, но и для другихъ случаевъ. Онъ объявилъ, что при каждой юридической сдѣлкѣ, заключенной съ несовершеннолѣтнимъ, онъ будетъ взвѣшивать, подлежитъ ли она соблюденію. Слѣдовательно, несовершеннолѣтній отнынѣ могъ рассчитывать на то, что не только въ случаѣ обмана, но и вообще, при всякой юридической сдѣлкѣ, если *последствія* ея угрожаютъ для него *ущербомъ*, онъ можетъ добиться уничтоженія сдѣлки (*in integrum restitutio*) при содѣйствіи претора. Отсюда впоследствии получило признаніе общее положеніе, по которому всякій несовершеннолѣтній, потерпѣвшій какой-либо ущербъ по своей неопытности (независимо отъ того, возникъ ли этотъ ущербъ благодаря юридической сдѣлкѣ или безъ таковой), могъ добиться *in integrum restitutio*.

L. 1 § 1 D. de minor (4, 4): Praetor edicit: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.

2) *Restitutio maiorum* (XXV annis). При извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ показаться справедливымъ предоставить *in integrum restitutio* и взрослому, напр., въ томъ случаѣ, если ущербъ наступилъ въ отсутствіе потерпѣвшаго (*restitutio propter absentiam*). Напр., въ его отсутствіе истекъ давностный срокъ на предъявленіе принадлежащаго ему иска, или третье лицо приобрѣло вещь въ собственность по

давала частный деликтный искъ въ случаѣ *fraus*, направленной противъ *minor XXV annis*, ср. *Pfaff u. Hofmann*, *Fragmentum de formula Fabiana*, (Wien 1888), стр. 38 и сл.; *Krüger* въ *Zeitschr. d. Savigny-Stift.* Bd. 9, стр. 149, прим. 5.

давности. Поводомъ установленія *in integrum restitutio* въ данномъ случаѣ послужило нахожденіе въ плѣну у враговъ. Впослѣдствіи къ отсутствію вслѣдствіе нахожденія въ плѣну были приравнены и другіе случаи отсутствія (напр., *rei publicae causa*), а затѣмъ и всѣ остальные случаи основанной по уважительной причинѣ невозможности стать на защиту своего права ⁶⁾. Подобно *absentia*, вызвать *in integrum restitutio* въ пользу взрослого могутъ принужденіе (*metus*), обманъ (*dolus*), заблужденіе (*error*).

Слѣдовательно, несовершеннолѣтнему дается *общее* обѣщаніе реституціи: для того, чтобы получить таковую, онъ только долженъ сослаться на свое несовершеннолѣтіе и доказать, что ущербъ наступилъ для него только благодаря его неопытности. Взрослому же реституція обѣщана только въ *отдѣльныхъ* случаяхъ (*absentia, metus, dolus, error*), и если онъ желаетъ добиться реституціи, онъ долженъ доказать, что въ данномъ случаѣ имѣется наличность именно одного изъ этихъ случаевъ.

Современное германское право не знаетъ *in integrum restitutio*. Вмѣсто *restitutio maiorum* Германское Гражданское Уложеніе предоставляетъ потерпѣвшимъ вслѣдствіе юридической сдѣлки ущербъ право оспаривать эту сдѣлку, ссылаясь на *metus, dolus, error* (выше § 41, 42). *Restitutio minorum* не имѣетъ соответственнаго института въ современномъ правѣ. Современное право защищаетъ несовершеннолѣтнихъ тѣмъ, что оно ограничиваетъ ихъ дѣеспособность (мы теперь уже не знаемъ больше вполнѣ дѣеспособнаго *minor'a*—выше § 44), а юридическія дѣйствія, совершаемыя за несовершеннолѣтняго или же самимъ несовершеннолѣтнимъ при содѣйствіи своего законнаго представителя (а при извѣстныхъ обстоятельствахъ и черезъ содѣйствіе опекунскаго суда),—какъ таковыя, уже болѣе не подлежатъ

⁶⁾ Объ эдиктѣ по поводу *in integrum restitutio* см. выше § 17.

оспариванію (въ то время какъ римскій *minor* могъ получить *in integrum restitutio* по отношенію къ юридическимъ дѣйствіямъ своего опекуна). Болѣе совершенное развитіе современнаго гражданскаго права *освободило* современный правовой строй отъ сувереннаго вмѣшательства судебного магистрата въ частныя отношенія, освободило ихъ и отъ *in integrum restitutio* и отъ *ius honorarium*.

§ 57.

Процессъ позднѣйшаго императорскаго періода.

Древнее раздѣленіе ординарнаго процесса на *ius* и *iudicium* утратило часть своего первоначальнаго значенія уже со времени утвержденія формулярнаго процесса, ибо *formula* обратила *iudex*'а въ органъ и орудіе также и преторскаго права (выше § 50). *In iudicio* стали дѣйствовать нормы, установленныя той же властью, которая господствовала и *in iure*. Наоборотъ, преторъ (а въ провинціяхъ и *praesides provinciarum*, стоявшіе тамъ во главѣ ординарнаго судопроизводства) со времени изданія эдикта Адрианомъ (выше § 17) утратилъ *ius edicendi* прежняго стила: подобно *iudex*'у преторъ (и *praeses*) оказался связаннымъ дѣйствующимъ гражданскимъ правомъ и установленнымъ разъ навсегда по волѣ императора эдиктомъ. Объявленіе эдикта преторомъ отнынѣ обратилось въ простую формальность. Въ дѣйствительности преторъ лишился своего прежняго *imperium*. Какъ и *iudex*, преторъ обратился въ простой органъ примѣненія нормъ права; его роль суживалась все болѣе и болѣе еще и потому, что, съ одной стороны, теоретическая юриспруденція все шире раскрывала и разъясняла содержаніе дѣйствующаго права, а съ другой стороны,—выступавшая въ роли носительницы правового развитія императорская власть от-

тѣсняла всѣ остальные силы, дѣйствовавшія въ одинаковомъ съ нею направленіи ¹⁾).

Такимъ образомъ, *iudex* обратился въ простого подчиненнаго и помощника претора, преторъ же фактически обратился въ подчиненнаго и помощника императора. Со времени Діоклетіана правосудіе и формально стало отправляться не преторомъ, а императорскимъ чиновникомъ—*praefectus urbi*. Послѣ уничтоженія прежняго разграниченія сенатскихъ и императорскихъ провинцій, въ провинціяхъ *praesides provinciarum* повсюду получили значеніе намѣстниковъ императора. Надъ ними были поставлены *praefecti praetorio* со своими викаріями, которые также всѣ отправляли правосудіе отъ имени императора. Мѣсто республиканскихъ формъ правленія и магистратуръ окончательно заняла монархія и находящееся отъ нея въ зависимости чиновничество. Исчезли и основы прежняго процесса. Новыя формы процесса должны были быть скопированы съ процесса, происходившаго передъ императоромъ.

Съ начала принципата всѣ судебныя дѣла могли поступать на разсмотрѣніе императора. Но всѣ дѣла, поступавшія къ императору, разрѣшались имъ безъ присяжнаго судьи, либо лично, либо черезъ делегированнаго имъ замѣстителя (напр., черезъ *praetor urbanus* или *praeses provinciae*) ²⁾, т. е. въ

¹⁾ *Schultze*, *Privatr. u. Proc.* стр. 533 и сл.

²⁾ Такъ, Октавіанъ ежегодно направлялъ (делегировалъ) „апелляціи“ по дѣламъ столичныхъ жителей къ *praetor urbanus*, ср. *Sueton. Octav.* с. 33 и *J. Merkel, Abhandl.* (выше, § 47, прим. 7), *Heft. 2*, стр. 46 и сл.—*Delegatio* можетъ быть связана съ изданіемъ императорскаго рескрипта, обращеннаго къ *iudex delegatus* (т. наз. рескриптный процессъ). Рескриптъ содержитъ въ себѣ предположительное разрѣшеніе казуса (*si preces veritate nitantur*). Испрашиваніе рескрипта (*supplicatio, preces, libellus principi datus*) влечетъ за собой послѣдствія *litis contestatio*. Такимъ образомъ, рескриптъ до извѣстной степени представляетъ собой въ экстраординарномъ процессѣ подобіе формулы. Но сущность формулы прежде всего

порядкѣ *когниціоннаго процесса*. Императорская власть была свободна отъ того ограниченія магистратскаго полномочія, которое заключалось въ необходимости назначить *iudicium* (присяжнаго судью, избраннаго сторонами). По образцу этого императорскаго процесса судили и императорскіе чиновники. Въ сенатскихъ провинціяхъ до 3 вѣка обычной формой гражданскаго процесса продолжалъ оставаться республиканскій формулярный процессъ. Но въ императорскихъ провинціяхъ, повидимому, уже со времени Августа вмѣсто формулярнаго процесса былъ введенъ когниціонный процессъ, т. е. производство *extra ordinem* по образцу императорскаго процесса, съ личной *causae cognitio* представителя власти. Императорскій намѣстникъ провинціи (или другой соотвѣтственный высшій чиновникъ) либо самъ разрѣшалъ гражданскіе споры, либо предоставлялъ это своимъ подчиненнымъ чиновникамъ (соотвѣтственнаго округа) ³⁾. Подчиненный

заключается въ формулированіи спора третейскимъ договоромъ; сущность же рескрипта состоитъ въ разрѣшеніи даннаго юридическаго казуса. Рескриптъ имѣеть въ виду рѣшеніе дѣла самимъ императоромъ при посредствѣ *iudex delegatus*. Въ рескриптномъ процессѣ нѣтъ третейскаго договора, а вмѣстѣ съ тѣмъ нѣтъ и *iudicium*—разбирательства третейскаго суда. Разумѣется, здѣсь не можетъ быть рѣчи и о соглашеніи сторонъ въ томъ, чтобы подчиниться рескрипту или рѣшенію лица, делегированнаго императоромъ. Поэтому рескриптный процессъ считается экстраординарнымъ процессомъ, а *iudex delegatus*, какъ таковой, является не частнымъ лицомъ и не третейскимъ судьей, а представителемъ суверенной императорской власти.—Подъ *praescriptio subreptionis* разумѣютъ возраженіе отвѣтчика относительно того, что при испрашиваніи рескрипта истцы умолчали о нѣкоторыхъ фактахъ; подъ *praescriptio obreptionis* понимаютъ указаніе на то, что истцы выдвинули факты, не соотвѣтствующіе истинѣ. О значеніи рескриптнаго процесса для развитія римскаго права, ср. выше § 19.

³⁾ Ср. *Pernice* въ *Berliner Festgaben* (выше § 18, прим. 10) стр. 75 и сл. и особенно *Partsch*, *Schriftformel im röm. Provinzialprozess* (1905) стр. 61 и сл.; *Mitteis*, *Zur Lehre von den Libellen und der*

судья (*iudex pedaneus, iudex datus, delegatus*) тоже былъ чиновникъ. Это уже болѣе не присяжный судья, не частное лицо, избранное сторонами въ качествѣ третейскаго судьи, а представитель высшаго магистрата. И судопроизводство представляетъ собой процессъ, происходящій передъ представителемъ власти, когниціонное производство *extra ordinem*, безъ третейскаго судьи, избраннаго по договору. Со времени Діоклетіана исчезло раздѣленіе на императорскія и сенатскія провинціи. Съ тѣхъ поръ всюду водворился императорскій процессъ. Діоклетіанъ санкціонировалъ существовавшую практику, но предписалъ провинціальнымъ намѣстникамъ, чтобы они судили *лично*, поручая дѣла *iudex pedaneus*'у только въ случаѣ дѣйствительной необходимости ⁴⁾. Законъ Императора Юліана 362 года до Р. X. (с. 5. C. de ped. iud. 3, 3) предоставлялъ намѣстнику право делегирования только въ случаяхъ *negotia humiliora*. Само собою разумѣется, что когниціонный процессъ обязанъ своей побѣдой не простому произволу, а тому измѣненію, который претерпѣлъ весь правовой строй. Въ Діоклетіановской монархіи исчезла магистратура республиканскаго стиля. Суверенная власть (*imperium*) была сохранена только за однимъ лицомъ — за императоромъ. Императорскіе чиновники въ провинціяхъ являлись чиновниками въ современномъ смыслѣ, т. е. они были связаны нормами дѣйствующаго права и не обладали самостоятельной властью. Этимъ самымъ въ корнѣ подрывался прежній строй, въ которомъ постановленіе магистрата не считалось рѣшеніемъ (приговоромъ) въ юриди-

Prozesseinleitung nach den Papyri der früheren Kaiserzeit (Verhandl. d. k. Sächs. Ges. d. Wiss. Phil. hist. Kl. Bd. 62 Heft 4), 1910, стр. 115 и сл.

⁴⁾ Таковъ смыслъ с. 2 C. de pedaneis iudic. (3, 3). Ср. А. Pernice въ Berliner Festgaben стр. 77 и въ Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 7, стр. 103 и сл.; Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 2, Abt. 2, 3 Aufl., стр. 978.

ческомъ смыслѣ, и прежнее разграниченіе на *ius* и *iudicium* потеряло свое прежнее значеніе. Исчезло различіе между *decretum* и *sententia*. Постановленіе магистрата (чиновника) получило значеніе рѣшенія (*sententia*), такъ какъ отнынѣ оно должно было основываться на правѣ, а не на *imperium*. Преобразование процесса происходило постепенно. Делегируя подчиненнаго судью, высшій чиновникъ зачастую давалъ ему указаніе для рѣшенія спора, напоминающее собою прежнюю *formula*⁵⁾, а истецъ все еще испрашивалъ у магистрата подобную инструкцію для подчиненнаго судьи (*impetrare actionem*). Однако, какъ самое назначеніе подчиненнаго судьи, такъ и отдача подобнаго указанія, объемъ и характеръ послѣдняго всецѣло зависѣли отъ усмотрѣнія высшаго чиновника; о принятіи формулы сторонами по уговору и о согласіи ихъ на назначеніе опредѣленнаго *iudex*'а больше не могло быть и рѣчи: процессъ пересталъ быть третейскимъ разбирательствомъ, санкціонированнымъ властью (ординарнымъ производствомъ въ старомъ смыслѣ). Ограниченіе подчиненнаго судьи формулой теперь утратило свое основаніе и потому обратилось только въ помѣху. Вся эта эволюція завершилась двумя императорскими конституціями (4 и 5 вѣка), изъ которыхъ одна запретила „придирчивыя“ *iuris formulae* (с. 1 С. de formulis sublatis 2, 57, 342 г.), а другая соотвѣтственно этому лишила отвѣтчика права возражать противъ того, что истецъ не испросилъ *formula* (*actionem impetrare*—с. 2. С. eod., 428 года). И здѣсь сказалась постепенная эволюція, которая нѣкогда вызвала появленіе формулярнаго процесса, а теперь завершилась его паденіемъ.

⁵⁾ Какъ въ императорскомъ рескриптномъ процессѣ (прим. 2). Ср. *Gradenwitz* въ *Hermes*, Bd. 28, стр. 333. *Mitteis*, тамъ же, Bd. 30, стр. 580, Bd. 34, стр. 99—101. *L. Wenger*, *Rechtshistorische Papyrusstudien* (1902), стр. 116 и сл.; *Partsch*, *Schriftformel*, стр. 120 и сл.; *Mitteis*, *Urkunden* (выше, § 20, прим. 2), стр. 121.

Такимъ образомъ, теперь все производство обратилось въ производство *in iure* (передъ магистратомъ или его замѣстителемъ), въ „когниціонный процессъ“, и съ формальной точки зрѣнія процессъ *extra ordinem* теперь сталъ ординарнымъ процессомъ. По существу же создавшійся теперь процессъ сталъ служить исключительно для *примѣненія* дѣйствующаго права,—постольку, слѣдовательно, онъ носилъ на себѣ черты прежняго *iudicium*.

Формула уже больше не объявлялась: *litis contestatio* считалась теперь завершившейся въ тотъ моментъ, когда обѣ стороны изложили суть дѣла чиновнику (с. un C. de lit cont. 3, 9). Въмѣстѣ съ формулой отпала необходимость денежной кондемнаціи и сопряженныхъ съ послѣдней тѣсныхъ рамокъ классическаго процесса (ср. выше § 53). Теперь судебное рѣшеніе могло обязать къ удовлетворенію *in natura*, а вслѣдствіе того, что теперь обязанности судьи исправлялъ *чиновникъ*, такое рѣшеніе могло повлечь за собою и принудительное взысканіе *in natura* (по предписанію представителя публичной власти). Принудительное взысканіе *in natura* вызвало специальную форму взысканія посредствомъ *rigoris cario*, при которомъ можно было удовлетворить отдѣльнаго кредитора, не затрагивая всего имущества должника въ совокупности (§ 55 въ концѣ). Съ другой стороны, то обстоятельство, что роль судьи теперь выполнялъ *чиновникъ*, привело къ развитію апелляціоннаго производства, цѣль котораго состояла въ отдачѣ рѣшенія низшаго чиновника на разсмотрѣніе высшаго чиновника, а въ послѣдней инстанціи—на разсмотрѣніе самого императора (ср. § 47, прим. 7).

Итакъ, весь процессъ, а особенно судебное рѣшеніе и принудительное производство, освободились отъ чрезмѣрной связанности опредѣленныхъ формъ и приобрѣли большую подвижность. Одновременно съ этимъ стало замѣчаться стремленіе путемъ апелляціи къ императорской власти дости-

гнуть бóльшого *единообразія* въ судебной практикѣ всего огромнаго государства ⁶⁾).

Вмѣстѣ съ формулой отпалъ послѣдній элементъ прежняго формализма и исчезло послѣднее напоминаніе о самовластіи магистратуры. Судья обратился въ судейскаго *чиновника* въ современномъ смыслѣ, процессъ сталъ завершаться произнесениемъ рѣшенія отъ имени *императора*. Другими словами, процессъ позднѣйшаго императорскаго періода положилъ начало *современному* процессу ⁷⁾).

⁶⁾ Болѣе подробно о процессѣ позднѣйшаго императорскаго періода см. *Bethmann-Hollweg*, *Der Zivilprozess des Gemeinen Rechts in geschichte Entwicklung* Bd. 3 (1866). Частности изложены у *A. Pernice* въ *Zeitschrift d. Sav.-Stift.* Bd. 7, Heft 2, стр. 129 и сл.; *Kipp*, *Die Litisdenuntiation* (1887); *Baron*, *Abhandl. aus dem röm. Zivilproz.*, Bd. 3: *Der Denuntiationsprozess* (1887), *Mitteis*, *Urkunden* стр. 90 и сл. 116 и въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 27, стр. 350 и сл. *R. Leonhard*, *Ein Papyrus aus der Zeit des spätrömischen Prozessrechts* (*Mélanges Fitting*); 1908.

⁷⁾ Ср. *Schultze*, I. c., стр. 562 и сл.

КНИГА ВТОРАЯ.

Имущественныя права.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Вещное право.

§ 58.

Понятіе о вещи.

Терминомъ *res* римляне обозначали всѣ имущественныя блага; они различали *res corporales* (вещи) и *res incorporales* (категорія чисто юридическаго происхожденія, напр., право наследованія, права на чужую вещь, права требованія, долги). Мы употребляемъ терминъ „вещь“ только примѣнительно къ *res corporales* и называемъ вещами въ юридическомъ смыслѣ только тѣ матеріальные предметы, которые пригодны для оборота и которые по своей природѣ *предназначены* для оборота. Этимъ опредѣляется сфера вещныхъ правъ, и прежде всего сфера права собственности. Право собственности мыслимо только по отношенію къ вещамъ; внѣ вещей вообще немислимо никакое *вещное право*.

Не являются вещами: 1) Предметы, непригодные для оборота, напр., солнце, мѣсяць, звѣзды. 2) Предметы, не предназначенные для оборота по своей природѣ, — напр., тѣло свободнаго человѣка и трупъ (но не анатомическіе препараты). 3) Предметы нематеріальные: нельзя конструировать право собственности на права, на цѣлое имущество, — вообще на все то, что составляетъ единство не въ матеріальномъ смыслѣ, а только въ представленіи. *Совокупность вещей* (такъ называемая *universitas rerum distantium*), напр., стадо, бібліотека, не считается вещью. Римское право знало

vindicatio gregis (D. 6, 1, 1, 3), т. е. общую виндикацію въ пользу собственника отдѣльныхъ вещей, входящихъ въ составъ совокупности. И тѣмъ не менѣе, не существуетъ права собственности на стадо, какъ таковое: право собственности мыслимо только по отношенію къ отдѣльнымъ животнымъ. Точно такъ же не существуетъ узуфрукта на стадо, какъ таковое, хотя узуфруктъ „стада“ (ususfructus gregis) обязываетъ узуфруктуара вернуть по прекращеніи узуфрукта стадо, равное полученному по числу головъ и, въ то же время узуфруктуаръ отдѣльнаго животного не возвращаетъ ничего въ томъ случаѣ, если животное умретъ (ср. D. 7, 1, 70, 3). Понятіе совокупности вещей можетъ имѣть значеніе при *толкованіи* юридической сдѣлки, напр., при установленіи узуфрукта (распоряженіе всей совокупностью) или при толкованіи иска (виндикація всей совокупности), но она никогда не можетъ быть объектомъ особаго вещнаго права.

4) Не считаются вещами и *части вещей*. Ибо онѣ не имѣютъ *самостоятельнаго* матеріальнаго существованія. Яблоко не можетъ принадлежать узуфруктуару раньше, чѣмъ оно отдѣлится отъ дерева, т. е. отъ земельного участка. Часть вещи пріобрѣтаетъ способность быть объектомъ самостоятельнаго права собственности только послѣ своего отдѣленія отъ самой вещи. До отдѣленія она неизбѣжно подпадаетъ подъ дѣйствіе права, установленнаго на самую вещь (только земельный участокъ считается вещью, но не растущее на немъ дерево, и не висящее на послѣднемъ яблоко). Если движимая вещь обращается въ составную часть другой вещи (напр., дерево, посаженное на земельномъ участкѣ), то существовавшее на нее ранѣе право собственности неизбѣжно прекращается (ср. § 64, III). Право собственности мыслимо только по отношенію къ вещамъ ¹⁾.

¹⁾ Соединеніе двухъ *земельныхъ участковъ* въ одинъ (ср. Герм. Гр. Улож. § 890) само по себѣ не измѣняетъ права на нихъ. Если

Римскому праву извѣстно понятіе *сложной вещи* (такъ наз. *universitas rerum cohaerentium*). Подъ это понятіе подходят вещи, составляющія извѣстное *матеріальное* (тѣлесное) единство, но составныя части которыхъ представляютъ собой не части вещи, а цѣлыя вещи, способныя быть предметами самостоятельныхъ правъ (слѣдовательно, это вещи, состоящія изъ ряда вещей). Главнымъ примѣромъ вещей этого рода по *Corpus iuris* является зданіе. Зданіе, какъ цѣлое (*universitas aedium*, D. 41, 3, 23 pr.) составляетъ собственность собственника земельного участка; однако право собственности на зданіе не включаетъ въ себя право собственности на строительный матеріалъ (*tigna*), т. е. *tigna* продолжаютъ считаться самостоятельными вещами. Собственникъ *tigna* не можетъ лишь осуществить свое право на нихъ пока они соединены съ зданіемъ (*dominium dormiens*). Собственникъ также не располагаетъ здѣсь, какъ и въ другихъ сходныхъ случаяхъ (ср. D. 10, 4, 6) *actio ad exhibendum*, направленной на отдѣленіе и предъявленіе *tigna* въ цѣляхъ подготовить *rei vindicatio*; онъ располагаетъ только (уже по 12 таблицамъ) *actio de tigno iuncto*, направленной на возмѣщеніе двойной стоимости (ср. D. 41, 1, 7, 10. 12). Герм.

чужой участокъ будетъ ошибочно внесенъ въ вотчинную книгу въ качествѣ моего участка, я этимъ самымъ еще не стану его собственникомъ; чужое право собственности, и въ этомъ смыслѣ и чужой участокъ, продолжаютъ существовать. Съ этой точки зрѣнія составныя части поверхности земельного участка разсматриваютъ какъ „несущественныя“ составныя части участка (могущія принадлежать и разнымъ собственникамъ). Въ остальномъ же слѣдуетъ считать, что *всѣ* части вещи, т. е. *всѣ матеріально* связанныя съ вещью части суть „существенныя составныя части“ въ смыслѣ § 93 Герм. Гражд. Уложения, т. е. онѣ не могутъ быть предметами отдѣльныхъ правъ: ихъ отдѣленіе (а также и ихъ присоединеніе) существенно для вещнаго права, такъ какъ оно производитъ измѣненіе въ ихъ матеріальной самостоятельности и въ ихъ назначеніи. *Sohn, Der Gegenstand* (1905), стр. 19.

Гражд. Уложение не знаетъ понятія сложной вещи: *tinga* теперь разсматриваются какъ простыя части вещи, т. е. они неизбежно подпадаютъ праву собственности, установленному на земельный участокъ (Герм. Гр. Ул. § 94 съ ограниченіями, указанными въ § 95). Современное право знаетъ только *простыя* вещи, а вопросъ о томъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ *вещью* въ юридическомъ смыслѣ, разрѣшается въ каждомъ случаѣ сообразно съ воззрѣніями оборота ²⁾.

pr. I. de reb. corp. (2, 2): Quaedam.... res corporales sunt, quaedam incorporeales. § 1: corporales eae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. § 2: Incorporeales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.

Надъ понятіемъ вещи въ Герм. Гражд. Уложеніи возвышается понятіе „предмета“, „Gegenstand“. „Gegenstände“ въ смыслѣ Герм. Гражд. Уложенія считаются вещи („körperliche Gegenstände § 90) и *имущественныя* права (unkörperliche Gegenstände). Понятіе „Gegenstand“ обладаетъ большою ясностью сравнительно съ римскимъ понятіемъ „res“. Оно исключаетъ всѣ долги и всѣ личные права, не подлежащія распоряженію (также и наследственное право). Оно обнимаетъ собой только составныя части *имущественнаго актива*, т. е. имущественныя права, и устанавливаетъ юридическое

²⁾ Ученіе римскихъ юристовъ о вещахъ находилось подъ влияніемъ, главнымъ образомъ, философскихъ, а не юридическихъ теченій (ср. *Sokolowsky*, *Die Philosophie im Privatrecht*, 1902); этимъ и объясняется его неопредѣленность: границы понятій сложныхъ и простыхъ вещей весьма неустойчивы. Въ знаменитомъ текстѣ Помпонія (l. 30 pr. D. 41, 3: *tria sunt genera corporum*,—простыя вещи, сложные вещи, совокупности вещей) къ составнымъ вещамъ причисляется корабль, а къ совокупностямъ вещей (которыя по идеѣ должны составляться изъ *corpore* одного рода)—наряду со стадомъ—народъ и легіонъ.

положеніе, по которому только право собственности (вещь, какъ предметъ оборота, совпадаетъ съ правомъ собственности) и остальные *имущественныя* права могутъ служить предметами распорядительныхъ сдѣлокъ (выше § 29). Совокупность „Gegenstände“ (а не только вещей) называется въ Герм. Гражд. Уложеніи „Gut“ (напр., *eingebrahtes Gut*) или „Vermögen“ (имущество—ср. § 1363). Подобная совокупность не можетъ быть объектомъ вещнаго права; она можетъ подлежать только праву управленія (*Verwaltungsrecht*), т. е. праву личнаго характера (власть надъ чужимъ „имуществомъ“ означаетъ власть надъ личностью его обладателя, ср., напр., § 1363, 2205 и выше § 29). Имущество, подлежащее особымъ условіямъ управленія, называется *Sondergut*, *Sondervermögen*, *universitas iuris* (напр., *Verbehaltsgut*, имущество, принесенное женой въ качествѣ приданого, наслѣдство, находящееся въ рукахъ неуправомоченнаго лица, римское *resculium*). Въ прежнее время полагали, что къ *universitas iuris* долженъ примѣняться принципъ суррогаціи (*res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*). Но какъ въ римскомъ, такъ и въ современномъ правѣ къ различнымъ случаямъ обособленнаго имущества (*Sondergut*) примѣняются *различныя* правовыя нормы въ зависимости отъ характера лично правовыхъ отношеній (также и въ отношеніи суррогаціи, ср., напр., Герм. Гражд. Улож. § 1370, 1381, 1382, 2019).

§ 59.

Виды вещей.

I. Постановленіемъ права нѣкоторыя вещи лишаются способности быть объектами частныхъ правоотношеній; такія вещи (по своей природѣ могущія однако быть предметами частныхъ правоотношеній) называются—*res extra commercium*. Къ числу ихъ принадлежатъ:

а) *Res divini iuris*: *res sacrae* (вещи,—посвященныя бо-

гамъ, напр., храмы, алтари), *res sanctae* (вещи, охраняемые богами—напр., городскія стѣны Рима), *res religiosae* (вещи, посвященныя *diis Manibus*, т. е. кладбища). Ср. выше § 37.

b) *Res publicae*, общественныя вещи. Первоначально къ *res publicae* причислялось все, принадлежавшее *populus Romanus* (собственность государства). То, что принадлежало римскому народу, было изъято изъ сферы дѣйствія частнаго права (§ 37). Только благодаря признанію за общинами, а затѣмъ и за государствомъ, свойствъ юридическихъ (частно-правовыхъ) лицъ, то имущество, которое было предназначено для *обособленнаго хозяйства* государства и общинъ (и которымъ отдѣльныя лица пользовались *посредственно*,—такое, напр., имущество школьное, или имущество, служащее для мощенія и освященія улицъ, ср. выше § 37), получило значеніе *res privata*, принадлежащей частно-правовому юридическому лицу (фиску); этимъ самымъ оно приобрѣло способность быть предметомъ права собственности и частно-правового оборота. Поэтому Юстиніаново право причисляло къ *res publicae* въ техническомъ смыслѣ только *res publicae publico usui destinatae*, т. е. только тѣ вещи, которыя *отданы въ общее пользованіе*, которыми *непосредственно* могутъ пользоваться *всѣ* единичныя лица, и которыя поэтому не подлежатъ исключительному обладанію частныхъ лицъ по принципамъ частнаго права; сюда относятся: публичныя дороги, публичныя площади, публичныя рѣки (къ послѣднимъ римское право относило *всѣ flumina perennia*; современное право относить къ нимъ только рѣки судоходныя). Эти вещи считались *res extra commercium*, изъятыми изъ гражданско-правового оборота, еще въ Юстиніановомъ правѣ: онѣ не подлежали частной собственности. Въ современной Германіи вопросъ о томъ, какія вещи должны считаться публичными, рѣшается на основаніи нормъ мѣстнаго права (постановленія, сюда относящіяся, составляютъ часть публичнаго мѣстнаго права). Теперь публичныя вещи тоже подлежатъ праву

собственности (обычно, праву собственности государства, общины или какой-либо иной публичной корпорации), но такъ называемому публичному праву собственности, ибо содержание и характеръ его определяются нормами публичнаго права¹⁾. Общественное пользование охраняется въ административномъ порядкѣ; въ римскомъ правѣ для этой цѣли служилъ также интердиктный процессъ (§ 56): тамъ были установлены *interdicta privata*, служившія потерпѣвшему (напр., *interdictum ne quid in loco publico fiat*, D. 43, 8, 2 pr. § 2) и *interdicta popularia* (напр., *interdictum de loco publico*, D. 43, 7, 1); *ne quid in flumine publico fiat*, D. 43, 13, 13, 9). Къ *interdictum popolare* могъ прибѣгнуть каждый гражданинъ отъ имени общества, интересы котораго оказались нарушенными (ср. выше § 52 въ концѣ).

с) *Res omnium communes*: воздушное пространство, свободно текущая вода, море и морское дно. Къ этой категоріи принадлежать такія вещи, которыя (подобно солнцу, лунѣ и звѣздамъ или атомамъ естествоиспытателя) вообще не являются вещами въ юридическомъ смыслѣ: атмосфера земли, океанъ и текущая вода (*aqua profluens*) по своей природѣ изъяты изъ оборота.

Gaius, Inst. II § 3: *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae*. § 4: *Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictas sunt*. § 5: *Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto*. § 6: *Re-*

¹⁾ Простое запрещеніе отчуждать вещь еще не обращаетъ ее въ *res extra commercium*. Такъ, по римскому праву отчужденіе спорной вещи (*res litigiosa*) и спорнаго притязанія считалось ничтожнымъ (I. 5 C. 8, 36). И несмотря на это *res litigiosa* составляла предметъ обыкновеннаго частнаго права собственности. Въ современномъ германскомъ правѣ допускается отчужденіе спорной вещи (и спорнаго притязанія), но отчужденіе не оказываетъ вліянія на исходъ процесса. Герм. уст. гр. суд. § 265, 266.

ligiosum vero nostra voluntate facimus, mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat. § 8: Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. § 9: Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est.

§ 1 I. de rer. div. (2, 1): Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aër et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis et monumentis et aedificiis absteineat... § 2: Flumina autem omnia et portus publica sunt, ideoque ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. § 3: Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. § 4: Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare; sed proprietates earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt.

II. Среди *res in commercio*, т. е. среди вещей, *способных* быть объектами права собственности, право выделяет слѣдующія категории:

а) *Res nullius* (безхозяйныя вещи), фактически не принадлежащія никому,—напр., дичь въ лѣсу. Они приобрѣтаются въ собственность путемъ оккупации (ниже § 64).

б) *Потребляемыя* вещи (*res, quae usu minuuntur vel consumuntur*), т. е. тѣ вещи, которыя предназначены къ потреблению или отчужденію,—напр., пищевые продукты, деньги. На такія вещи нельзя установить usufructъ, ибо usufructуаръ управомоченъ пользоваться вещью, только при условіи *сохраненія* ея субстанции (*salva rei substantia*); такъ называемый *quasi usufructus* на потребляемыя вещи сводится, въ сущности, къ приобрѣтенію права собственности на одніѣ вещи съ обязательствомъ возратить другія такія же вещи (ниже § 69). О *commodatum* примѣнительно къ потребляемымъ вещамъ см. ниже § 79 I в.

Деньги потребляются путем траты ихъ, по римскому праву также путемъ смѣшенія ихъ съ другими деньгами, послѣ чего отличить отдѣльныя монеты (или бумажки) становится невозможнымъ. Слѣдовательно, если, напр., кто-либо передалъ чужія деньги въ уплату долга или въ цѣляхъ займа, то принявшій эти деньги становится ихъ собственникомъ не въ силу передачи (*traditio*), но въ силу послѣдовавшаго смѣшенія своихъ денегъ съ полученными (*si nummi mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui acceperit*, D. 46, 3, 78). Послѣ смѣшенія чужія деньги уже не считаются болѣе чужими, они считаются потребленными тѣмъ лицомъ, которое получило ихъ; это лицо тѣмъ самымъ становится ихъ собственникомъ. Отсюда для приобретателя можетъ возникнуть обязательство вернуть такую же сумму денегъ, ср. § 83 Ia. Герм. Гражд. Уложение (§ 948) квалифицируетъ смѣшеніе денегъ (приводящее къ невозможности отличить свои деньги отъ чужихъ), подобно другимъ такимъ же случаямъ смѣшенія, не какъ потребление, но какъ соединеніе вещей (ср. § 64 въ концѣ); такимъ образомъ, приходится взвѣшивать, имѣютъ ли чужія деньги существенное значеніе для того денежнаго запаса, въ который онѣ вошли. Если имѣютъ, то налицо будетъ соединеніе вещей въ узкомъ смыслѣ (ни свои, ни чужія деньги не будутъ имѣть значенія главной вещи): въ этомъ случаѣ возникаетъ сособственность на смѣшанные деньги въ пропорціи, соответствующей долямъ cadaго собственника. Если же присоединеніе чужихъ денегъ не имѣетъ существеннаго значенія для основной денежной массы, налицо будетъ *accessio* (присоединеніе, при которомъ болѣшая первоначальная сумма, увеличившаяся въ незначительномъ размѣрѣ, считается главной вещью); здѣсь собственникъ первоначальной болѣшей суммы приобретаетъ все въ единичную собственность. Слѣдовательно, по Герм. Гражд. Уложенію лицо, получившее чужія деньги въ случаѣ смѣшенія ихъ со своими приобретаетъ всю сумму въ

единоличную собственность только въ случаѣ accessio. Съ другой стороны, передача денегъ (traditio) по § 935, 2 Герм. Гражд. Уложенія немедленно обращаетъ добросовѣстнаго приобрѣтателя въ собственника.

с) *Замѣнимыя вещи* (res fungibiles, res, quae pondere, numero, mensurave constant), т. е. тѣ вещи, которыя опредѣляются въ оборотѣ не по индивидуальнымъ, а по родовымъ признакамъ, напр., вино, хлѣбъ въ зернѣ, яйца, яблоки, сигары (но не лошади, не книги, не земельные участки). Для вещнаго права свойство замѣнимости не имѣетъ никакого значенія: право собственности имѣетъ своимъ объектомъ не массу, какъ таковую, но только опредѣленные вещи, входящія въ составъ этой массы (такъ, объектомъ его являются *опредѣленные* 100 бутылокъ вина, а не вообще какихъ-либо 100 бутылокъ). Иначе обстоитъ дѣло въ обязательственномъ правѣ. Въ томъ случаѣ, если предметомъ долга являются замѣнимыя вещи, — по общему правилу — должникъ обязанъ предоставить не индивидуально обозначенныя вещи, а только опредѣленное количество вещей извѣстнаго качества, ибо въ отношеніи долга на замѣнимыя вещи въ случаѣ сомнѣнія дѣйствуетъ положеніе: tantundem eiusdem generis est idem²⁾. И тѣмъ не менѣе не слѣдуетъ смѣшивать родовое обязательство съ обязательствомъ представить замѣнимыя вещи. Родовое обязательство (при которомъ предметъ долга обозначается только по родовымъ признакамъ, ср. § 75, I) можетъ имѣть своимъ объектомъ и не

²⁾ Замѣнимыя вещи вручаются приобрѣтателю *независимо отъ ихъ индивидуальныхъ признаковъ*; онѣ просто отсчитываются. „numero constant“ (въ этомъ заключается юридическая сущность термина „adnumerare“), отвѣшиваются (adpendere), отмѣряются (admetiri), — даже если фактически отдѣльные экземпляры нѣсколько отличаются отъ другихъ, какъ это бываетъ, напр., при покупкѣ винограда, яблокъ, яицъ. Ср. *Karlowa* въ *Grünhuts Zeitschr. f. Privat- und öffentl. Recht*, Bd. 16 (1889), стр. 411.

замѣнимыя вещи: напр., я покупаю сочиненія Гёте. Съ другой стороны, замѣнимыя вещи могутъ быть предметомъ индивидуальнаго обязательства (напр., я покупаю *данную* бутылку вина). Но обычно обязательство предоставить замѣнимыя вещи выступаетъ въ формѣ родового обязательства (но не наоборотъ). Заемъ и *depositum irregulare* могутъ быть заключены только въ отношеніи замѣнимыхъ вещей (деньги, зерно, вино, и т. д.),—ниже § 79. *Деньги* относятся одновременно къ потребляемымъ и къ замѣнимымъ вещамъ (о юридическомъ понятіи денегъ см. ниже § 75, II).

д) *Дѣлимыя вещи*, т. е. такія вещи, которыя безъ уменьшенія своей цѣнности могутъ быть раздѣлены на нѣсколько отдѣльныхъ вещей, однородныхъ съ первоначальной вещью. Къ числу дѣлимыхъ вещей относятся, по общему правилу, земельные участки, кусокъ сукна (но не одежда), извѣстное количество вина и т. д. При раздѣлѣ, (т. е. въ томъ случаѣ, когда собственники требуютъ выдѣла своей части), дѣлимыя вещи фактически (реально) раздѣляются на нѣсколько отдѣльныхъ вещей, въ то время, какъ въ отношеніи недѣлимыхъ вещей при раздѣлѣ приходится дѣйствовать иначе (ниже § 63, III).

Не считается дѣленіемъ вещей такъ называемое идеальное дѣленіе, представляющее собой дѣленіе общаго права на вещь, а не дѣленіе самой вещи. Такое идеальное дѣленіе можетъ имѣть мѣсто, напр., при общей собственности.

е) *Принадлежности* (*pertinentia*), т. е. вещи матеріально самостоятельныя, но не самостоятельныя въ хозяйственномъ отношеніи. Онѣ представляютъ собой служебныя (побочныя) вещи, получающія свою полную хозяйственную цѣнность только при своемъ подчиненіи опредѣленной другой (главной) вещи. Примѣрами могутъ служить: ключи отъ шкафа, отъ дома,—вообще, всѣ вещи, матеріально приспособленныя къ какой-нибудь другой вещи. Современное право считаетъ принадлежностями всѣ вещи, *предназначенныя* служить хо-

зв'язанимъ цѣлямъ другой вещи (Герм. Гражд. Улож. § 97), даже въ случаѣ ихъ матеріальной раздѣльности; такимъ образомъ, съ точки зрѣнія современнаго права, къ числу принадлежностей относятся: инвентарь имѣнія, инвентарь зданія, приспособленнаго къ промышленнымъ цѣлямъ,— ср. Герм. Гр. Улож. § 98 (приспособленіе принадлежностей къ главной вещи въ указанныхъ только что примѣрахъ выражается только въ числѣ, въ размѣрѣ или въ смѣнѣ служебныхъ вещей)³⁾. Вещное право, установленное на главную вещь, не простирается на принадлежность (право собственности на шкафъ не простирается на ключъ), ибо принадлежность есть не часть вещи, а тѣлесно самостоятельная вещь, не связанная съ главной вещью. Однако, *обязательственная (обязывающая) сдѣлка*, заключенная по поводу главной вещи, въ случаѣ сомнѣнія простирается и на принадлежность: если шкафъ продается, легируется, то, въ случаѣ сомнѣнія, считается проданнымъ, завѣщаннымъ также и ключъ⁴⁾.

³⁾ Римляне не считали инвентарь принадлежностью имѣнія: по римскому праву, для того, чтобы оставить по завѣщанію кому-либо инвентарь, необходимо было завѣщать данному лицу *fundus instructus*, ибо предоставленіе въ завѣщаніи *fundus'a* не включало въ себя предоставленія инвентаря, D. 33, 7, 1 pr.; l. 2 § 1 eod. Слѣдовательно, понятіе принадлежности у римлянъ было болѣе узко, нежели современное понятіе принадлежности.—Кирпичи, подвозимые къ воздвигаемой постройкѣ, не считаются ни ея составной частью, ни принадлежностью; черепицы на крышѣ считаются составной частью зданія; снятыя на время черепицы (*detractae, ut reponeretur*) считаются принадлежностью участка (онъ по своему роду и количеству приспособлены къ данному участку), ср. D. 19, 1, 18, 1.

⁴⁾ Современное право установило еще одно положеніе, неизвѣстное римскому праву: отчужденіе участка и установленіе на него правъ, его обременяющихъ, простираются (въ случаѣ сомнѣнія) и на принадлежности его (Герм. Гр. Улож. § 926. 1031. 1096. 1120). Слѣдовательно, въ отношеніи принадлежностей *земельнаго участка* (напр.,

IV. Очень важное *историческое* значеніе имѣло римское раздѣленіе вещей на *res mancipi* ((манципій) и *res nec mancipi* (манципій), т. е. выражаясь буквально, на вещи, которыя „могутъ быть схвачены руками“, и которыя „не могутъ быть схвачены руками“. Рука (*manus, munt*) въ древнее время считалась символомъ единоличной власти отдѣльнаго человѣка, символомъ частной собственности. *Res mancipi* древняго времени—это вещи, способныя быть предметами единоличной частной собственности (см. выше § 9). Съ теченіемъ времени терминъ „манципій“ сталъ употребляться примѣнительно къ *юридическому акту* „взятія въ руки“, манципаци, торжественной продажи (ср. § 11). Съ тѣхъ поръ подъ „*res mancipi*“ (манципій) стали разумѣть вещи, способныя къ манципаци (могущія быть предметами торжественной продажи въ смыслѣ *ius civile*), а подъ „*res nec mancipi*“—вещи, не могущія быть предметами манципаци. Только *res mancipi* подлежали отчужденію посредствомъ торжественной сдѣлки древняго права (манципацио, ср. § 11) съ особыми послѣдствіями, ей присущими (пріобрѣтеніе права полной римской, такъ называемой квинтской, собственности съ одной стороны, возникновеніе обязанности очистки, *actio auctoritatis* противъ манципацио данс—съ другой), и наоборотъ: *res mancipi* могли пріобрѣтаться только *торжественнымъ*

въ отношеніи инвентаря имѣнія, фабрики) существуетъ та особенность, что, въ случаѣ сомнѣнія, не только обязывающая, но и *распорядительная* сдѣлка, заключенная по поводу главной вещи (сдѣлка съ *вещными* послѣдствіями), простирается и на принадлежности. Въ отношеніи же принадлежностей движимыхъ вещей по Герм. Гр. Улож. остается въ силѣ постановленіе римскаго права, по которому на принадлежности оказываетъ вліяніе только обязывающая, но не распорядительная сдѣлка: продажа шкафа, въ случаѣ сомнѣнія, толкуется въ смыслѣ продажи и ключа, но отчужденіе шкафа (*traditio*) никогда не предполагаетъ отчужденія ключа (право собственности на ключъ переходитъ только послѣ *traditio* ключа).

способомъ, посредствомъ акта *iuris civilis* (*mancipatio* или другимъ способомъ, ей приравненнымъ, ср. ниже § 62); возможность приобрѣтенія *res mancipi* неторжественнымъ способомъ (напр., посредствомъ неформальнаго акта *iuris gentium*) исключалась. Древне-римское право считало *res mancipi* привилегированными вещами, вещами, имѣвшими значеніе основы крестьянскаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ и національнаго имущества; поэтому оно требовало, чтобы отчужденіе этихъ вещей (въ которомъ было заинтересовано государство) происходило *публично*, при содѣйствіи представителей общества (такowymi являлись либо пять свидѣтелей, либо магистратъ), и чтобы къ приобрѣтенію *res mancipi* не допускались иностранцы; послѣднее предписаніе являлось весьма существеннымъ въ древнее время. Иностранцу (перегрину), какъ таковому, вообще были недоступны *манципация* и другія юридическія сдѣлки, свойственныя римскому гражданскому праву. Поэтому иностранецъ не могъ приобрѣсти права собственности на „*res mancipi*“ (развѣ только, если по особой привилегіи ему было предоставлено *ius commercii*, выше § 13, § 33). Благодаря этому особому свойству движимыя вещи разряда „*mancipi*“ находились подъ своего рода запрещеніемъ вывоза. Тотъ фактъ, что *fundus Italicus* (къ которому первоначально, безъ сомнѣнія, относилась только земля римскаго округа) считался *res mancipi*, означаетъ, что, въ сущности, собственникомъ земельного участка въ Римѣ (а впослѣдствіи и во всей Италіи) можетъ быть только римскій гражданинъ. *Res mancipi*—это тѣ вещи, отчужденію которыхъ ставятся извѣстныя препятствія, обоснованныя общественными интересами.

По классическому римскому праву къ числу *res mancipi* относились: *fundus Italicus* (провинціальныя земельныя участки, поскольку ихъ не касалось *ius Italicum* (выше, § 33, прим. 4), считались собственностью римскаго народа, они юридически квалифицировались какъ *ager publicus* и потому

не подлежали частной собственности въ настоящемъ смыслѣ, ср. § 37); *сельскіе сервитуты* (права, установленныя въ пользу земельныхъ участковъ и повышающія цѣнность италійскихъ имѣній,—напр., право прохода и проѣзда, право водопровода, ср. ниже § 69); *рабы* и четвероногій *рабочій и вьючный скотъ*. Въ перечнѣ *res mancipi* мы видимъ все древне-италійское крестьянское хозяйство,—весь инвентарь (рабы и скотъ), относящійся къ составу *familia* (ср. ниже § 91, прим. 1). Въ древнемъ Римѣ *res mancipi* носятъ названіе *familia*; остальные движимыя вещи (*res nec mancipi*), главный контингентъ которыхъ составляетъ мелкій скотъ (*pecus*) называется *pecunia*⁵). То обстоятельство, что въ древнемъ Римѣ *res mancipi* занимали обособленное, привилегированное положеніе, означало, что право выдѣляло *земельные участки* (вмѣстѣ съ относящимися къ нимъ рабами и крупнымъ скотомъ), отграничивая ихъ отъ движимыхъ вещей, подобно тому, какъ это имѣло мѣсто въ древне-германскомъ правѣ. Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ обособленное положеніе *res mancipi* исчезло (ниже § 62 и 63). Вмѣстѣ съ тѣмъ было отмѣнено и привилегированное положеніе землевладѣнія. *Corpus iuris* въ принципѣ *одинаково* относится ко всѣмъ вещамъ,—движимымъ и недвижимымъ. Разграниченіе между этими обоими видами вещей проводится только иногда, въ видѣ исключенія⁶). *Corpus iuris* признаетъ только одно *единое* вещное право, регулирующее юридическое положеніе *всѣхъ* вещей.

Gaius, Inst. II § 19. *Res nec mancipii ipsa traditione pleno iure alterius fiunt.* § 22: *Mancipii vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipii res sunt dictae.*

⁵) *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 79 и сл.

⁶) Такъ, оно проводилось, напр., при приобрѣтеніи собственности по давности (ниже, § 64 II). *Interdictum unde vi* касалось только земельныхъ участковъ (§ 67). *Fundus dotalis* считался неотчуждаемымъ (§ 95). Ср. также *oratio divi Severi* (§ 105, I).

Ulp. tit. 19 § 1: Omnes res aut mancipii sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipii sunt; elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt. § 3. Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipii.

§ 60.

Права на вещи.—Способы приобрѣтенія вещ-ныхъ правъ.

Подъ вещными правами разумѣють такія частныя права, которыя предоставляютъ *непосредственное* господство надъ вещью. Они управомочиваютъ своего субъекта предпринимать *самостоятельныя дѣйствія* въ отношеніи вещи. Такъ какъ вещныя права даютъ своему субъекту возможность самому дѣйствовать (въ опредѣленномъ направленіи), они подпадаютъ подъ категорію *абсолютныхъ правъ*, т. е. они имѣють силу противъ *каждаго* третьяго лица¹⁾. *Каждый* обязанъ уважать мое право собственности или мое иное право на вещь и каждый долженъ отступить передъ моимъ правомъ, если онъ самъ не обладаетъ въ свою очередь такимъ правомъ воздѣйствія на вещь, съ которымъ и я долженъ считаться (напр., въ качествѣ нанимателя или узурфруктуара).

¹⁾ Всѣ права, предоставляющія своему субъекту возможность предпринимать *самостоятельныя дѣйствія* (напр., права семейной власти, право на патентъ, авторское право), относятся къ числу абсолютныхъ правъ, противопологаемыхъ въ качествѣ таковыхъ—правамъ обязательственнымъ. Вещныя права—суть абсолютныя права, имѣющія объектомъ матеріальную вещь.

Вещнымъ правамъ противопологаются права обязательственныя (ниже § 73). Обязательственное право (напр., право, вытекающее изъ договора найма) даетъ мнѣ только возможность требовать нѣкотораго дѣйствія отъ определеннаго *другого* лица—должника (напр., отдавшаго вещь внаймы). Поэтому, обязательственныя права имѣютъ силу только противъ одного *единственнаго* лица (должника). Если у меня есть право (напр., право, вытекающее изъ узуфрукта) пользоваться определеннымъ земельнымъ участкомъ, т. е. право *самостоятельно* (самому) брать себѣ плоды участка и т. д., то это значить, что мнѣ принадлежитъ вещное право на участокъ (право непосредственнаго господства надъ вещью). Если же я имѣю право (вытекающее, напр., изъ договора аренды или найма) только на то, чтобы определенное другое лицо (наймодавецъ) *позволялъ* мнѣ пользоваться участкомъ, (т. е. если у меня есть право только на дѣйствіе определеннаго *другого лица*), то это значить, что у меня есть только обязательственное, а не *вещное* право (т. е. я не имѣю власти надъ вещью, осуществляемой противъ всякаго третьяго лица): мнѣ принадлежитъ только право на дѣйствіе *другого лица*, т. е. право, обязывающее другое лицо къ определенному дѣйствію. Если мнѣ предоставлено право *проходить* черезъ чужой земельный участокъ,—я являюсь обладателемъ вещнаго права (сервитутъ прохода); если же я имѣю право только на то, чтобы *данный* собственникъ *позволялъ* мнѣ проходить, то это будетъ право обязательственное. Обязательственное право предоставляетъ господство надъ вещью только посредствомъ *чужого* дѣйствія (посредствомъ дѣйствія должника); вещное право предоставляетъ непосредственное (вещное) правомочіе, возможность дѣйствовать *самому*. Сущность вещнаго права заключается въ *самостоятельномъ господствѣ* надъ вещью.

Наиболѣе полнымъ вещнымъ правомъ является *право соб-*

ственности. Праву собственности противоплагаются *права на чужую вещь* (iura in re aliena).

Въ дальнѣйшемъ рѣчь будетъ итти о приобрѣтеніи вещныхъ правъ. Поэтому прежде всего слѣдуетъ дать общія свѣдѣнія о различныхъ категоріяхъ *способовъ приобрѣтенія имущественныхъ правъ*.

Имущественныя права приобрѣтаются либо универсально (acquisitio per universitatem), либо сингулярно. *Универсальное приобрѣтеніе* представляетъ собой приобрѣтеніе *имущества въ его цѣломъ*, такъ что приобрѣтеніе всѣхъ правъ, входящихъ въ составъ опредѣленнаго имущества, опирается на *одно* основаніе, при томъ на основаніе лично-правового характера. Главнымъ случаемъ универсальнаго приобрѣтенія является *наслѣдованіе* (ниже § 108). Вступая въ опредѣленное лично-правовое положеніе, напр., въ положеніе наслѣдника (которое является основаніемъ для универсальнаго приобрѣтенія правъ), данное лицо одновременно приобрѣтаетъ *всѣ* права, входящія въ составъ даннаго имущества, напр., въ составъ наслѣдственной массы (универсальное преемство). Имущественныя права здѣсь приобрѣтаются не по одиночкѣ, а *всѣ вмѣстѣ*,—какъ права, относящіяся къ одному имуществу; потому (ср. выше § 29 въ концѣ) основаніемъ для ихъ приобрѣтенія служитъ какое-либо личное право, напр., patria potestas, право наслѣдованія. Универсальное приобрѣтеніе и универсальное преемство относятся въ особенности къ области семейнаго и наслѣдственнаго права. Подъ *сингулярнымъ приобрѣтеніемъ* слѣдуетъ разумѣть приобрѣтеніе какого-либо *одного* имущественнаго права, какъ *такового*. Основаніе сингулярнаго приобрѣтенія непосредственно относится къ *данному* имущественному праву: сингулярное приобрѣтеніе нѣсколькихъ имущественныхъ правъ предполагаетъ наличность *нѣсколькихъ* основаній приобрѣтенія. Вопросомъ объ основаніяхъ сингулярнаго приобрѣтенія занимается имущественное право (разсматривающее отдѣльныя имущественныя права,

какъ таковыя—выше, § 29 въ концѣ). Къ „вещному“ праву относятся только основанія *сингулярнаго* приобрѣтенія права собственности и остальныхъ вещныхъ правъ.

Второе разграниченіе проводится между производнымъ и первоначальнымъ прибрѣтеніемъ правъ. *Производнымъ* (дери-вативнымъ) называется прибрѣтеніе права въ томъ случаѣ, когда оно основано на правѣ другого лица, *ранѣе обладавшаго правомъ* (auctor), т. е. когда оно *зависитъ* отъ правомочія предшественника въ правѣ. Приобрѣтатель является *правопреемникомъ*. Его право дѣйствительно только въ томъ случаѣ, если дѣйствительно было право его предшественника. *Первоначальнымъ* (оригинарнымъ) называется такое прибрѣтеніе права, которое происходитъ безъ установленія преемства въ правѣ, т. е. которое не зависитъ отъ правъ предшественника.

Универсальное прибрѣтеніе всегда бываетъ прибрѣтеніемъ производнымъ. Здѣсь всегда прибрѣтаются права, входящія въ составъ имущества даннаго, опредѣленнаго лица—напр., наследодателя. То лицо, имущество котораго прибрѣтается, является предшественникомъ въ правѣ по отношенію къ прибрѣтателю. Универсальное прибрѣтеніе всегда приводитъ къ универсальному *преемству*.

Сингулярное же прибрѣтеніе можетъ быть какъ производнымъ, такъ и первоначальнымъ. *Производное* сингулярное прибрѣтеніе (приводящее къ сингулярному преемству)—это прибрѣтеніе черезъ *распоряженіе*, являющееся результатомъ отчужденія, установленія новыхъ правъ (выше §§ 29. 40)²⁾. Оно можетъ быть „транслативнымъ“: тогда прибрѣ-

2) Распоряженіе обыкновенно совершается черезъ юридическую сдѣлку; но оно можетъ быть замѣнено такъ называемымъ принудительнымъ распоряженіемъ, т. е. распоряженіемъ, дѣлаемымъ судьей или закономъ, въ ущербъ *опредѣленному лицу*. Примѣромъ принудительнаго распоряженія, предписаннаго судебнымъ рѣшеніемъ, можетъ служить залогъ въ порядкѣ понудительнаго испол-

татель получаетъ право, равное праву своего предшественника (напр., въ случаяхъ отчужденія); или же оно можетъ быть „конститутивнымъ“: въ этомъ случаѣ прибрѣтатель прибрѣтаетъ другое право,—напр., онъ прибрѣтаетъ отъ собственника вещи залоговое право на нее, usufructъ (случаи обремененія вещи правами); или же онъ освобождается отъ чужого права,—напр., отъ залогового права, установленнаго на его вещь въ пользу другого лица (это лицо отказывается отъ своего залогового права), или отъ права требованія (при договорѣ о прощеніи долга). Распоряжающійся правомъ³⁾ всегда является правопредшественникомъ относительно прибрѣтателя, и прибрѣтеніе сингулярнаго преемника всегда при этомъ зависитъ отъ права предшественника. Здѣсь дѣйствуетъ правило: *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*. *Первоначальное* сингулярное прибрѣтеніе есть то, которое совершается не въ силу распоряженія, какъ такового, а въ силу иныхъ условій. Прибрѣтеніе, не основанное на распоряженіи, конечно, не зависитъ отъ правомочія опредѣленнаго распоряжающагося лица: оно является самостоятельнымъ, „оригинарнымъ“ прибрѣтеніемъ.

Указанныя разграниченія не имѣютъ никакого значенія въ сферѣ личныхъ правъ (тамъ нѣтъ мѣста распоряженію, выше § 29). Но въ сферѣ имущественныхъ правъ они играютъ огромную роль. Въ „вещномъ правѣ“ рѣчь идетъ о сингулярномъ прибрѣтеніи вещныхъ правъ, при чемъ въ основаніе ставится противоположеніе между первоначальнымъ и производнымъ способами прибрѣтенія.

ненія (ср. Герм. Гражд. Улож. § 135, П, примѣромъ принудительнаго распоряженія, предписаннаго закономъ, такъ называемая *cessio legis* (ниже, § 87).

³⁾ Или то лицо, за счетъ котораго дѣлается распоряженіе судомъ или непосредственно закономъ (ср. прим. 2).

I. Право собственности.

§ 61.

Понятіе права собственности.

Право собственности есть неограниченное по своему содержанию право господства надъ вещью. По существу оно отличается отъ правъ на чужую вещь тѣмъ, что оно, допуская юридическія ограниченія (напр., посредствомъ установленія правъ другихъ лицъ на ту же вещь), никогда не бываетъ ограничено своимъ собственнымъ *содержаніемъ*. Поэтому, какъ только отпадаютъ тѣ ограниченія, которымъ право собственности подвергалось вслѣдствіе наличности правъ другихъ лицъ на ту же вещь, или которыя были установлены въ общественныхъ интересахъ,—собственность автоматически обращается въ неограниченное право господства надъ вещью (въ этомъ состоитъ такъ называемая эластичность права собственности).

§ 62.

Приобрѣтеніе права собственности.—Историческое введеніе.

До-Юстиніаново право относительно прибрѣтенія права собственности различало *acquisitiones civiles* и *acquisitiones naturales*.

Подъ *acquisitiones civiles* разумѣлись способы прибрѣтенія, установленные въ *ius civile* въ узкомъ смыслѣ, т. е. способы прибрѣтенія, свойственные специально римскому праву. Всѣмъ имъ были присущи двѣ черты: публичность и торжественность. Торжественность выражалась въ необходимости прибѣгать къ особо предписаннымъ для этого словамъ и дѣй-

ствіямъ; публичность проявлялась въ томъ, что указанные способы приобрѣтенія права собственности были сопряжены съ участіемъ представителей общества, въ роли которыхъ выступали либо пять свидѣтелей (представлявшихъ пять классовъ римскаго народа), либо магистратъ. Къ числу цивильныхъ способовъ приобрѣтенія права собственности относились: 1) *mancipatio* (торжественная купля-продажа, происходившая въ присутствіи пяти свидѣтелей и одного *libripens*, ср. выше § 11) и связанный съ ней *виндикаціонный легатъ*, т. е. торжественный прямой отказъ собственности въ мандипационномъ завѣщаніи (ниже § 112); 2) *in iure cessio* (приобрѣтеніе права собственности, совершаемое путемъ мнимой виндикаціи передъ магистратомъ, выше § 12); 3) *adiudicatio* (присужденіе права собственности рѣшеніемъ *iudex'a* въ *iudicium legitimum* при процессѣ о раздѣлѣ, ниже § 63, III); 4) распоряженіе магистрата, выступавшее либо въ формѣ *assignatio* (отведеніе данному лицу части *ager publicus*), либо связанное съ публичными торгами (напр., при продажѣ военной добычи, *venditio sub hasta*).

Терминомъ *acquisitiones naturales* обозначались способы приобрѣтенія, установленные въ *ius gentium*. Они не отличались ни торжественностью, ни публичностью и обычно были связаны съ приобрѣтеніемъ владѣнія вещью. Главными способами приобрѣтенія, относившимися къ числу *acquisitiones naturales*, были *traditio* и *occupatio*.

Дополненіемъ къ этимъ способамъ приобрѣтенія права собственности была *usucapio* (приобрѣтеніе права собственности по давности), которая сама принадлежала къ *ius civile*, какъ институтъ, отличающийся специально римскими чертами (§ 64, II).

Различіе способовъ приобрѣтенія права собственности было обусловлено различіемъ вещей. Настоящее римское право собственности (*dominium ex iure Quiritium*) на *res mancipi* могло быть приобрѣтено только однимъ изъ цивильныхъ

способовъ приобрѣтенія ¹⁾. Простая *traditio* или *occupatio rei mancipi* не могла привести къ прибрѣтенію цивильнаго права собственности на нее. Но (приблизительно, къ концу республиканскаго періода) преторъ внесъ измѣненія въ цивильное право. Въ томъ случаѣ, когда *res mancipi* была продана безъ соблюденія установленной формы (или отчуждена инымъ неформальнымъ способомъ) и традирована, преторъ давалъ прибрѣтателю и наличному владѣльцу *exsertio rei venditae et traditae* для защиты противъ виндикаціоннаго иска лица, отчудившаго вещь (съ точки зрѣнія формальнаго цивильнаго права это лицо продолжало быть собственникомъ, *dominus ex iure Quiritium*). Такимъ образомъ, *dominium ex iure Quiritium*, остававшееся послѣ неформальнаго отчужденія у отчуждателя, потеряло силу по отношенію къ прибрѣтателю. Съ другой стороны, если прибрѣтатель утрачивалъ владѣніе *res mancipi*, прибрѣтенной неформально, преторъ давалъ ему такъ называемую *actio Publiciana in rem* (ниже § 66), хотя такой прибрѣтатель не получалъ цивильнаго иска для истребованія вещи (ибо онъ, вслѣдствіе неформальности прибрѣтенія, не считался собственникомъ); предоставленная преторомъ *actio Publiciana in rem* давала лицу, прибрѣвшему вещь неформальнымъ способомъ, фактически тѣ же правомочія на виндикацію, какими оно обладало бы, если бы было собственникомъ. Слѣдовательно, преторъ здѣсь отстранялъ цивильное (квиритское) право собственности и противопоставлялъ ему другое право собственности — преторское, которое хотя и не могло формально обратить прибрѣтателя вещи въ собственника ея, но которое фактически посредствомъ *exsertio* и *actio* вводило прибрѣтенную вещь въ составъ *имущества*

¹⁾ Этому соотвѣствовало общее положеніе, по которому только цивильныя права могли передаваться непосредственно путемъ цивильно-правовыхъ сдѣлокъ, *Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 60.*

(bona) ²⁾ приобрѣтателя. Этимъ объясняется выраженіе in bonis esse, примѣнявшееся къ преторской собственности (такъ называемая бонитарная собственность). Въ такую бонитарную собственность и res mancipi могли быть приобрѣтены при помощи acquisitio naturalis.

Такимъ образомъ, благодаря преторскому эдикту собственность стараго цивильнаго права обратилась въ простую форму (nudum ius Quiritium). Преторское право устранило различіе между вещами (res mancipi и res nec mancipi) и различіе между способами приобрѣтенія права собственности (civiles и naturales).

Но въ цивильномъ правѣ прежнія разграниченія сохранили силу, и классическое право еще признаетъ противоположеніе „dominium ex iure Quiritium“ и „in bonis esse“. Только Юстиніанъ завершилъ развитіе права въ указанномъ направленіи, совершенно упразднивъ квинитскую собственность и формально объявивъ единственнымъ видомъ собственности преторскую собственность (сообразно фактическому положенію вещей); съ того времени, конечно, стали примѣняться только *натуральные* способы приобрѣтенія права собственности. Отнынѣ осталась только одна единственная собственность, и ко всѣмъ вещамъ стала примѣняться одна единственная система способовъ приобрѣтенія собственности, основанная не на древнемъ ius civile, а на ius gentium. Въ Юстиніановомъ правѣ въ отношеніи способовъ приобрѣтенія права собственности вмѣсто прежняго формальнаго раздѣленія выдвигается покоящееся на существѣ вещей раздѣленіе способовъ приобрѣтенія на производные и первоначальные (выше § 61).

²⁾ Терминъ „bona“ употреблялся въ преторскомъ правѣ для обозначенія активнаго имущества (состоявшаго изъ вещей), включавшаго въ себѣ какъ res mancipi, такъ и res nec mancipi. Преторъ не проводилъ различія между familia и pecunia. *Mitteis*, I. c., стр. 84, 85.

§ 63.

Приобрѣтеніе права собственности. Производные способы приобретѣнія.

Съ тѣхъ поръ, какъ матеріальныя блага получили хозяевъ, право собственности преимущественно приобретается *отъ другого лица*, т. е. черезъ распоряженіе вещью со стороны прежняго собственника ея (отчужденіе). Этотъ прежній собственникъ является предшественникомъ въ правѣ (auctor) по отношенію къ новому приобретателю. Послѣдній есть преемникъ его въ правѣ собственности. Преемникъ приобретаетъ право собственности только въ томъ случаѣ, если его auctor дѣйствительно былъ собственникомъ. Въ этомъ заключается сущность *производнаго* (деривативнаго) приобретѣнія права собственности.

Къ числу производныхъ способовъ приобретѣнія права собственности по Юстиніанову праву относились: *traditio*, *legatъ*, *adiudicatio*.

I. *Traditio* представляетъ собой передачу владѣнія, сопровождаемую соглашеніемъ о передачѣ права собственности ¹⁾. По праву *Corpus iuris* право собственности (и на недвижности) приобретается не черезъ простое соглашеніе, а только черезъ передачу *владѣнія* вещью. Достаточно и необходимо, чтобы совершился переходъ *юридическаго* (*независимаго*)

¹⁾ *Mancipatio* первоначально тоже включала въ себя передачу владѣнія. Но впоследствии схватываніе вещи рукой осталось въ видѣ простой формальности и могло совершаться безъ дѣйствительной передачи владѣнія (такъ, напр., при отчужденіи земельного участка, находившагося на далекомъ разстояніи, выше § 11, прим. 5). Поэтому, передача владѣнія не существенна для *mancipatio* классическаго періода: право собственности здѣсь переходитъ только въслѣдствіе надлежащаго соглашенія. Иначе при *traditio*.

владѣнія, которое можетъ состоять въ господствѣ надъ вещью черезъ посредство другого лица (ср. § 67). Не является необходимой передача *detentio*, т. е. непосредственного держанія вещи; другими словами, не требуется, чтобы вещь *материально*, видимымъ образомъ перешла отъ одного владѣльца къ другому. Римская *traditio* не требуетъ непременно *тѣлесной* передачи. Этимъ объясняются постановленія римскаго права относительно *constitutum possessorium* и *brevi manu traditio*.

Constitutum possessorium есть передача владѣнія при помощи простаго соглашенія объ установленіи опредѣленнаго юридическаго отношенія (напр., объ установленіи найма, хранения); на основаніи этого соглашенія отдающій вещь *традентъ* сохраняетъ обладаніе вещью (*detentio*), но не какъ собственникъ, а только какъ лицо, стоящее въ нѣкоторыхъ *обязательственныхъ* отношеніяхъ къ приобрѣтателю (напр., въ качествѣ нанимателя и т. д.). Благодаря этому, юридическое владѣніе переходитъ къ приобрѣтателю,—напр., покупателю,—безъ перехода фактическаго обладанія вещью (*detentio*). Однако не купля-продажа производитъ переходъ права собственности. Купля-продажа представляетъ собой не способъ приобрѣтенія права собственности, а только обязательственную сдѣлку, *объщающую* приобрѣтеніе права собственности (выше, § 40). Недостаточно также, если договоръ купли-продажи связанъ съ соглашеніемъ о немедленной передачѣ права собственности (безъ соглашенія объ опредѣленномъ обязательственномъ отношеніи). Но вполне достаточно, если къ купль-продажѣ и къ такому соглашенію, присоединяется соглашеніе о томъ, что продавецъ въ то же время беретъ вещь отъ покупателя *внаймы*, или на сохраненіе, или въ безвозмездное пользованіе и т. д. Въ этихъ случаяхъ вещь будетъ не только проданной, но и *традированной*: черезъ посредство продавца, выступающаго теперь въ качествѣ нанимателя, хранителя и

т. д., покупатель, хотя и не обладающій вещью фактически, все же приобретаетъ юридическое владѣніе ею,—а этого вполне достаточно для дѣйствительности римской *traditio*. Противоположность *constitutum possessorium* составляетъ *brevi manu traditio*²⁾: этимъ терминомъ обозначалась *traditio*, совершенная путемъ простаго соглашенія о томъ, что лицо, владѣющее вещью въ качествѣ нанимателя, хранителя и т. д. (т. е. лицо, уже имѣющее *detentio*), съ даннаго момента становится настоящимъ владѣльцемъ (юридическимъ владѣльцемъ). И здѣсь происходитъ *традиція*: юридическое владѣніе переходитъ къ другому лицу, *detentio* же не измѣняется³⁾. Въ обоихъ случаяхъ мѣняется *владѣлецъ*, мѣняется *самостоятельное* владѣніе (простой наниматель, хранитель не можетъ считаться свободнымъ хозяиномъ вещи), фактически же вещь продолжаетъ оставаться у прежняго лица.

²⁾ Такъ называемая *longa manu traditio* не обладаетъ существенными особенностями въ юридическомъ отношеніи. Она представляетъ собой *матеріальную* передачу не только юридическаго владѣнія, но и *детенціи*, хотя и на далекомъ разстояніи, ср. ниже, § 67.

³⁾ Римское право не знало *фингированной traditio*, заключающейся въ простомъ символическомъ актѣ. Не смотря на это, прежнее общегерманское право (*usus modernus*), идя навстрѣчу практикѣ, требовавшей болѣе удобныхъ формъ отчужденія вещей, выработало, основываясь на нѣкоторыхъ отрывкахъ *Corpus iuris* и на ученіи комментаторовъ, символическую *traditio*, заключающуюся въ простой передачѣ ключей или отчуждительнаго документа. *Savigny* въ своей книгѣ о владѣніи (выше § 28) вновь открылъ нормы римскаго права, говоряція о приобрѣтеніи владѣнія, и очистилъ ихъ отъ примѣси постановленій тогдашняго общегерманскаго права. Римское право признавало за передачей ключей (D. 41, 1, 9, 6; 41, 2, 1, 21) значеніе *traditio* только въ томъ случаѣ, если къ этому присоединялись другія условія, достаточныя для перехода владѣнія (ср. D. 18, 1, 74); то же можно сказать и о передачѣ документа. Римское право знало только дѣйствительную, а не символическую *traditio*. Ср. поучительное сочиненіе *Biermann'a* „*Traditio ficta*“, 1891.

Такое положеніе считалось по римскому праву достаточнымъ для traditio^{3a)}.

По римскому праву traditio при куплѣ-продажѣ переносила на покупателя право собственности только въ томъ случаѣ, если покупная сумма была уплачена или кредитована⁴⁾. Изъ этого слѣдуетъ, что traditio считалась *каузаль-*

^{3a)} По Герм. Гражд. Уложенію посредствомъ передачи и соглашенія (о переходѣ права собственности), т. е. способомъ, соответствующимъ римской traditio, можно приобрести право собственности только на *движимыя* вещи. Однако „Übergabe“ Герм. Гр. Уложения (§ 929 и сл.) отличается тѣмъ, что она связана съ передачей *фактическаго* владѣнія (а не только владѣнія въ видѣ собственности, котораго не существуетъ больше въ Герм. Гр. Ул.—ниже, § 67), т. е. съ передачей detentio. Constitutum possessorium (при которомъ переходитъ только посредственное владѣніе) имѣетъ значеніе лишь какъ институтъ, *замѣняющій* передачу, Г. Г. У. § 930 (какъ и уступка притязанія на выдачу вещи по § 931, совершенно неизвѣстная римскому праву въ качествѣ способа отчужденія собственности). Brevi manu traditio (§ 929, п. 2) происходитъ *безъ* передачи вещи. Въ обоихъ случаяхъ по Герм. Гр. Улож. традиція *не происходитъ* (но все же право собственности приобретается деривативно), въ то время, какъ по римскому праву въ обоихъ случаяхъ имѣла мѣсто настоящая традиція. Практическое основаніе разграниченія, проводимаго современнымъ германскимъ правомъ, заключается въ томъ, что отчужденіе, связанное по Г. Г. Ул. съ передачей, влечетъ за собой для добросовѣстнаго приобретателя послѣдствія, свойственныя не только деривативнымъ, но и оригинарнымъ способамъ приобретенія права собственности, въ то время какъ отчужденіе безъ передачи вещи, какъ таковое, обладаетъ лишь послѣдствіями деривативнаго приобретенія, — Герм. Гр. Улож. §§ 932—935, ср. ниже, прим. 7.

⁴⁾ Ср. D. 18, 1, 19 и выше § 11, прим. 4. Впрочемъ, классическое право требовало satisfactio (поручительства) въ качествѣ суррогата уплаты; простого кредитованія было недостаточно; fidem emptoris sequi и satisfactio были приравнены другъ другу интерполяціей. Ср. *Enneccerus*, Die Lehre von Rechtsgeschäft, Bd. 1 (1888), стр. 250 и сл.; *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 185, прим. 71.—Германское Гражданское Уложеніе не сохранило приведеннаго выше положенія.

ной предоставительной сдѣлкой, т. е. при *traditio* имѣли значеніе тѣ конкретныя свойства желанія отчудить вещь (§ 42), которыя проявлялись въ юридическомъ основаніи традиціи (*causa*): такъ какъ при купль-продажѣ воля сторонъ направлена на исполненіе договора, т. е. на отчужденіе вещи согласно условіямъ купли-продажи, то самая *traditio* получаетъ силу только послѣ уплаты покупной цѣны. Но уже въ римскомъ правѣ намѣчалась тенденція къ тому, чтобы придавать значеніе самому желанію совершить *traditio*, независимо отъ его конкретныхъ юридическихъ свойствъ (т. е. независимо отъ того, имѣется ли въ виду дареніе, заемъ или что-либо иное); другими словами, уже въ римскомъ правѣ было стремленіе разсматривать *traditio* какъ *абстрактную* предоставительную сдѣлку. Это явствуется особенно изъ римскаго кондикціоннаго права (ниже § 83, I). Это обнаруживается также и изъ знаменитаго рѣшенія Юліана (D. 41, 1, 36), по которому право собственности переходитъ даже при *dissensus* относительно *causa* (одна сторона желаетъ одарить, другая считаетъ, что беретъ деньги взаймы, такъ что въ результатѣ не получается ни даренія, ни займа). Противоположное рѣшеніе даетъ Ульпіанъ (D. 12, 1, 18, pr.). Герм. Гражд. Уложеніе разсматриваетъ передачу какъ настоящую абстрактную юридическую сдѣлку. Оно требуетъ наличности соглашенія о переходѣ права собственности. Обычно такое соглашеніе вытекаетъ изъ юридическаго отношенія, лежащаго въ основѣ передачи (изъ *causa traditio-nis*),—напр., изъ купли-продажи, изъ даренія и т. д. Но для

И передача вещи, совершенная на основаніи договора купли-продажи, ведетъ къ немедленному переходу права собственности, если только сохраненіе права собственности за продавцомъ до уплаты покупной цѣны не было особо оговорено, — Г. Г. У., § 455. По общему правилу, въ современномъ правѣ передача собственности, какъ таковая, происходитъ независимо отъ *causa*. Ср. текстъ въ дальнѣйшемъ изложеніи.

перехода права собственности безразлично, состоялось ли соглашение также и относительно *causa traditionis*, можно ли вообще считать каузальную сдѣлку дѣйствительной: въ современномъ правѣ соглашение о переходѣ права собственности, какъ таковое (абстрактная предоставительная сдѣлка, выше § 42) *самостоятельно* вызываетъ переходъ права собственности.

Однако *traditio* представляетъ собой *производный* способъ приобрѣтенія права собственности (выше § 62), являющійся распоряженіемъ вещью. Традентъ — лицо распоряжающееся (отчуждающее), приобрѣтатель — его преемникъ въ правѣ (сингулярный преемникъ). *Traditio* только тогда способна перенести право собственности, если традентъ — (*auctor*) управомоченъ на распоряженіе вещью⁵⁾. *Traditio*, совершенная лицомъ неуправомоченнымъ, не влечетъ за собой перехода права собственности, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда она въ послѣдствіи получаетъ признаніе (*ratihabitio*) со стороны управомоченнаго лица, или когда неуправомоченный традентъ получаетъ въ послѣдствіи право на отчужденіе вещи, (если, напр., традентъ унаслѣдовалъ имущество собственника, или собственникъ — имущество традента). Въ этихъ случаяхъ традиція „исцѣляется“. Эти правила до конца удержались въ римскомъ правѣ⁶⁾. И только новѣйшее германское право, продолжавшее развитіе средневѣковаго права, признало за

⁵⁾ Въ качествѣ собственника, или въ качествѣ обладателя вещнаго права (напр., залогового права), или же на основаніи порученія отъ собственника и т. д.

⁶⁾ Римское право позднѣйшаго императорскаго періода стало придавать *traditio* значеніе оригинарнаго способа приобрѣтенія (независимо отъ права традента) только при традиціи, совершенной фискомъ, императоромъ и императрицей; потерпѣвшій ущербъ имѣлъ право требовать его возмѣщенія отъ традента. Эти случаи первоначальнаго приобрѣтенія права собственности посредствомъ *traditio* исчезли въ Герм. Гражд. Уложеніи.

передачей отчужденныхъ движимыхъ вещей (не украденныхъ и не утраченныхъ собственникомъ инымъ способомъ помимо его воли) значеніе первоначальнаго способа приобрѣтенія права собственности, — если эти вещи отчуждены добросовѣстному приобрѣтателю (т. е. лицу, безъ грубаго небреженія принимающему отчуждителя за собственника). Такимъ образомъ, въ современномъ правѣ право собственности можетъ быть приобрѣтено и при распоряженіи неуправомоченнаго лица при наличности добросовѣстности 7).

L. 20 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Ulpianus). Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.

L. 20 C. de pact. (2, 3) (Diocletianus): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

L. 31 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Paulus): Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio

7) Отчужденіе движимыхъ вещей добросовѣстному приобрѣтателю путемъ передачи имѣеть по § 932 Герм. Гражд. Улож. значеніе первоначальнаго способа приобрѣтенія права собственности (исключеніе устанавливается въ § 935 для вещей похищенныхъ или утерянныхъ); отчужденіе движимостей безъ передачи получаетъ значеніе оригинарнаго способа приобрѣтенія только при наличности другихъ обстоятельствъ, § 929 п. 2. §§ 933. 934. Герм. Торговое Уложеніе въ § 366 устанавливаетъ болѣе простыя требованія добросовѣстности, необходимой при приобрѣтеніи движимостей купцомъ: считается достаточнымъ, если купецъ безъ грубаго небреженія полагаетъ, что отчуждитель управомоченъ распорядиться вещью, — напр., вслѣдствіе порученія собственника (въ то время, какъ Герм. Гражд. Улож. требуетъ, чтобы приобрѣтатель считалъ отчуждителя собственникомъ). — При приобрѣтеніи права собственности на недвижимость теперь требуется запись въ вотчинную книгу и въ этомъ случаѣ интересы добросовѣстнаго приобрѣтателя защищаются нормами права, основанными на принципѣ довѣрія къ вотчиннымъ книгамъ (Г. Г. У. § 892. 893).

aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Ср. § 41, 1 de rer. div. (2, 1) выше § 11, прим. 4.

Римской traditio свойственно отсутствие формы, ибо она может имѣть мѣсто безъ матеріальной передачи вещи. Traditio отвѣчаетъ потребностямъ свободнаго обращенія *движимостей* (потребностямъ торговаго оборота), вызывающаго необходимость въ подвижныхъ отчуждательныхъ сдѣлкахъ. Traditio произошла отъ ius gentium (древнее ius civile отстраняло отъ traditio имущество римскихъ крестьянъ и его принадлежности, причисливъ его къ res mancipi) и она одержала побѣду надъ манципаціей; эта побѣда означаетъ мобилизацію недвижимостей. Новѣйшее германское право (дѣйствие котораго благодаря Герм. Гражд. Уложенію распространилось на всю Германію), подобно праву древне-германскому, снова установило особыя нормы въ отношеніи недвижимостей: недвижимости должны отчуждаться только *торжественными способами* (посредствомъ Auflassung и послѣдующаго внесенія въ вотчинную книгу). Переходъ права собственности посредствомъ передачи снова примѣняется лишь при обращеніи движимостей и, такимъ образомъ, земельные участки опять возведены какъ-бы въ положеніе своего рода res mancipi.

II. *Легатъ* (завѣщательный отказъ) представляетъ собой производный способъ пріобрѣтенія права собственности, поскольку завѣщатель римскаго права можетъ кому-либо предоставить свою вещь въ собственность непосредственно путемъ легата (legatum per vindicationem). Въ данномъ случаѣ нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы легатарій завладѣлъ отказанной вещью: съ того момента, какъ легатъ вступаетъ въ силу (dies legati venit), легатарій непосредственно (ipso iure) пріобрѣтаетъ право собственности на вещь, оставленную ему наслѣдодателемъ, совершенно независимо отъ какаго-либо дѣйствія наслѣдника; это происходитъ, однако,

лишь при условіи, если завѣщатель былъ самъ собственникомъ вещи или имѣлъ право ею распорядиться (поэтому данный способъ приобрѣтенія права собственности и называется *производнымъ*). Иначе обстоитъ дѣло въ современномъ германскомъ правѣ (Герм. Гражд. Улож.), которое не знаетъ римскаго виндикаціоннаго легата. Современный германскій легатъ никогда не доставляетъ отказополучателю непосредственно права собственности на отказанную вещь: онъ даетъ ему только право требовать эту вещь (Герм. Гражд. Ул. § 2174). Ср. ниже, § 115.

III. *Adiudicatio* есть присужденіе вещи въ собственность судьей въ процессѣ о раздѣлѣ. Сособственники не желаютъ болѣе совмѣстно пользоваться общей вещью (напр., въ случаѣ наслѣдованія нѣсколькихъ дѣтей послѣ отца). Раздѣлъ вещи можетъ быть произведенъ по соглашенію (полюбовно). Если же полюбовное соглашеніе не приводитъ къ желаемому результату, приходится обратиться къ судебному раздѣлу. Процессъ о раздѣлѣ имѣетъ своею цѣлью создать вмѣсто общей собственности единоличную собственность отдѣльныхъ сособственниковъ: это достигается *либо* тѣмъ, что вещь матеріально раздѣляется на части, т. е. на нѣсколько отдѣльныхъ вещей, изъ которыхъ каждая поступаетъ въ единоличную собственность отдѣльныхъ прежнихъ сособственниковъ⁸⁾, *либо* тѣмъ, что *вся* вещь цѣликомъ присуждается одному изъ сособственниковъ въ единоличную собственность съ возложеніемъ на него обязательства вознаградить остальныхъ сособственниковъ, возмѣстивъ имъ стоимость ихъ частей въ деньгахъ⁹⁾. Въ обоихъ случаяхъ рѣчь идетъ о *передачѣ* права собственности, а именно—о передачѣ общей

⁸⁾ Это возможно только въ отношеніи дѣлимыхъ вещей, выше § 59.

⁹⁾ Такъ поступаютъ при недѣлимыхъ вещахъ. Можно также продать недѣлимую вещь третьему лицу и вырученную сумму распределить между собственниками.

собственности, поскольку она принадлежала *другимъ condomini* на ту же вещь. Эта передача, обращающая то лицо, въ пользу котораго она совершается, въ единоличнаго собственника, выполняется при полюбовномъ соглашеніи самими сособственниками; тогда необходима *traditio* (передача владѣнія вещью). При судебномъ раздѣлѣ въ римскомъ правѣ право собственности переходило черезъ рѣшеніе судьи (*iudex*) вслѣдствіе присужденія — *adiudicatio*; право собственности переходило *безъ* передачи владѣнія при условіи, если обѣ стороны въ процессѣ дѣйствительно являются сособственниками. Судебная *adiudicatio* *переноситъ* право собственности съ одного участника процесса на другого. Она представляетъ собой публично-правовое распоряженіе собственностью, замѣняющее распоряженіе ею самими участниками процесса (принудительное распоряженіе, ср. выше § 61, прим. 2, 3). Тотъ участникъ процесса, право собственности котораго присуждается судьей другому участнику процесса, считается *auctor*'омъ послѣдняго. *Adiudicatio*—это *производный* способъ приобрѣтенія права собственности, находящійся въ *зависимости* отъ права *auctor*'а.

Германское Гражданское Уложеніе уже болѣе не относитъ ни легата, ни *adiudicatio* къ числу способовъ приобрѣтенія права собственности. Современное германское право уже не знаетъ *adiudicatio* (прежнее же обще-германское право сохраняло какъ виндикаціонный легатъ, такъ и римскую *adiudicatio*). Теперь сособственники должны принимать личное участіе даже въ судебномъ раздѣлѣ (Г. Г. У. §§ 752. 753). Судья въ этомъ случаѣ принуждаетъ ихъ къ личному участію въ раздѣлѣ; самъ онъ теперь, въ противоположность римскому праву, не вызываетъ своимъ рѣшеніемъ измѣненія въ правѣ собственности.

Изъ всѣхъ производныхъ способовъ приобрѣтенія права собственности, установленныхъ римскимъ правомъ, въ современномъ германскомъ правѣ сохранилась только *traditio*

и то лишь постольку, поскольку она имѣетъ мѣсто при современномъ обращеніи *движимостей*.

§ 7 I. de off. iud. (4, 17): Quod autem istis iudiciis (divisoriiis) alicui adiudicatum sit, id *statim* eius fit, cui adiudicatum est.

§ 64.

Приобрѣтеніе права собственности. Первоначальные способы приобрѣтенія.

Первоначальные (оригинарные) способы приобрѣтенія права собственности не находятся въ зависимости отъ распоряженія, какъ такового (выше § 62). Поэтому здѣсь отсутствуетъ преемство въ правѣ. При первоначальномъ приобрѣтеніи права собственности право опредѣленнаго третьяго лица на ту же вещь не играетъ никакой роли. Первоначальное приобрѣтеніе права собственности имѣетъ свое собственное обоснованіе. Оно не знаетъ *auctor'a*.

I. Древнѣйшимъ способомъ приобрѣтенія права собственности является *овладѣніе (occupatio)*. Оно представляетъ собой завладѣніе безхозяйной вещью съ намѣреніемъ приобрести ее въ собственность. *Res nullius occupanti cedit*. Примѣрами могутъ служить случаи *occupatio* дикихъ животных¹⁾, раковинъ и камней, лежащихъ на берегу моря, ве-

¹⁾ Дикими животными называются всѣ животныя, не принадлежащія къ домашнему хозяйству. Право собственности, приобретенное въ отношеніи ихъ, прекращается съ того момента, когда они возвращаются въ состояніе своей естественной свободы (D. 41, 1, 3, 2; I. 5 pr. eod. Герм. Гр. Ул. § 960. 961). Слѣдовательно, прирученныя дикія животныя становятся безхозяйными когда они утрачиваютъ *animus revertendi* (D. 41, 1. 5, 5. Герм. Гр. Ул. § 960, 3). Такимъ образомъ, право собственности на дикихъ животныхъ основывается на владѣніи ими (даже если владѣлецъ—воръ). Но право собственности на домашнихъ животныхъ (какъ и право собственности на остальные вещи) отъ владѣнія ими не зависитъ.

щей, покинутыхъ собственникомъ. По современному германскому праву *occupatio* можетъ быть ограничена запрети-тельными мѣстными законами или правами другого лица (напр., правомъ охоты), ср. Герм. Гр. Ул. § 958, 2. Римское право установило принципъ оккупационной *свободы*. *Occupatio*, какъ таковая, не знала ограниченій. Однако, собственникъ земельного участка могъ помѣшать оккупациі третьяго лица, закрывъ ему доступъ на свой участокъ.

Противоположностью *occupatio* является *derelictio* (покинутіе вещи). *Derelictio* представляетъ собой отказъ отъ владѣнія вещью съ намѣреніемъ отказаться отъ права собственности на нее (напр., выбрасываніе апельсинной корки послѣ того, какъ съѣденъ апельсинъ). Съ того момента, какъ владѣлецъ вещи *обнаружилъ* свое нежеланіе далѣе владѣть ею, вещь считается безхозяйной.

Поэтому каждый можетъ завладѣть дерелинквированными (покинутыми) вещами и такимъ образомъ, приобрѣсти ихъ въ собственность ²⁾.

Отъ *derelictio* слѣдуетъ отличать *потерю* вещей, т. е. утрату вещей *помимо* воли собственника. Здѣсь утрачивается только фактическое владѣніе вещью, но не право собственности на нее. Вещь въ этомъ случаѣ считается не *res nullius*, а *res alicuius*, и потому не подлежитъ *occupatio*. Нашедшій ее не становится ея собственникомъ. Онъ отвѣчаетъ за сохранность вещи и обязанъ возвратитъ ее собственнику (поскольку это возможно), заявивъ, напр., о нахождѣ полиціи.

И по современному праву право собственности на потерянную вещь приобрѣтается нашедшимъ ее только при извѣстныхъ условіяхъ (Г. Г. У. § 973): однако современное

²⁾ Современное германское право установило особыя нормы для случая отреченія собственника отъ *земельнаго участка*. Г. Г. У. § 928.

(но не римское) право предоставляет нашедшему вещь возможность требовать вознаграждения (Г. Г. У. § 971).

Не считаются дерелинквированными и, следовательно, безхозяйными вещами такъ называемыя *missilia*, т. е. тѣ вещи, которыя брошены въ толпу въ качествѣ подарка. *lactus missilium* означаетъ не отреченіе отъ вещи, а передачу ея (*traditio*), именно—передачу такому приобрѣтателю, личность котораго опредѣлится только благодаря послѣдующему событію (такъ называемая *traditio ad incertam personam*); подобно этому въ наше время происходитъ передача посредствомъ автоматовъ: тѣ вещи, которыя берутся не такъ, какъ указывалъ традентъ, остаются собственностью послѣдняго.

Кладъ—*thesaurus* считается безхозяйной вещью. Кладомъ въ юридическомъ смыслѣ называется давно скрытая цѣнная вещь, собственникъ которой неизвѣстенъ (*vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat*, D. 41, 1, 31, 1). Половину открытаго клада получаетъ въ собственность нашедшій его, т. е. оккупантъ (по Г. Г. У., § 984, открывшій кладъ, даже если не онъ первый завладѣетъ имъ); другая же половина поступаетъ собственнику той вещи, въ которой кладъ найденъ. Римское право запрещало разыскивать клады на чужой землѣ безъ разрѣшенія собственника; въ случаѣ нарушенія запрета и та половина клада, которая должна была при нормальныхъ условіяхъ поступить нашедшему, поступала собственнику земельного участка; не дозволялось прибѣгать и къ колдовству (заклинанію духовъ) подъ страхомъ отобранія найденнаго клада въ казну.

По римскому праву подлежали оккупации и вещи враговъ съ того момента, какъ онѣ попадали на римскую территорию; если же онѣ возвращались обратно на вражескую территорию, онѣ поступали прежнему собственнику по нормамъ *ius postliminii*. То же можно сказать и по отношенію къ

вещамъ римлянъ, попадавшимъ изъ рукъ враговъ обратно во владѣніе римлянъ³⁾.

§ 12, 1. de rer. div. (2, 1): Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae in terra, mari, caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane, qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur.

§ 18 eod: Item lapilli, gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventorii fiunt.

II. *Usucapio* представляетъ собой приобрѣтеніе права собственности на основаніи давностнаго владѣнія вещью.

Usucapio относится къ числу тѣхъ ограниченій права собственности, которыя установлены въ его же интересахъ для поддержанія его устойчивости.

Право собственности потеряло бы всю свою устойчивость, если бы оно не знало ограниченій и могло быть осуществлено при всякихъ условіяхъ. Необходимо установить моментъ, при наступленіи котораго прежній собственникъ перестаетъ быть таковымъ, а вмѣсто него собственникомъ становится добросовѣстный приобрѣтатель. Этотъ моментъ въ римскомъ правѣ опредѣляла *usucapio*.

Сюда присоединяется еще одно обстоятельство. Если собственникъ пожелалъ бы осуществить свое право собственности противъ третьяго лица въ исковомъ порядкѣ, онъ обязанъ былъ бы доказать свое право. Предположимъ, что онъ приобрѣлъ вещь отъ другого лица путемъ купли и *traditio*. Это не достаточно для доказательства права собствен-

³⁾ О *postliminium* примѣнительно къ вещамъ см. *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 134. 135. О *postliminium* въ отношеніи лицъ выше, § 35.

ности. Ибо *traditio* принадлежит къ числу производныхъ способовъ пріобрѣтенія, и истецъ могъ только въ томъ случаѣ стать при ея посредствѣ собственникомъ, если собственникомъ былъ его предшественникъ (*auctor*). Слѣдовательно, истцу пришлось бы доказывать и право собственности своего предшественника. Но предположимъ, что и етотъ послѣдній въ свою очередь пріобрѣлъ вещь (напр., домъ) путемъ купли и *traditio*, т. е. опять-таки производнымъ способомъ. Въ такомъ случаѣ придется разсматривать право слѣдующаго предшественника и т. д.: другими словами, открывается безконечный рядъ послѣдовательно смѣняющихся другъ друга лицъ, вслѣдствіе чего становится совершенно невозможнымъ доказать право собственности, пріобрѣтенное *производнымъ* способомъ. Поэтому является необходимость въ замѣнѣ производнаго титула *первоначальнымъ*. Такимъ первоначальнымъ титуломъ и является *usucapio*. Она не требуетъ возвращенія ко всѣмъ правопредшественникамъ. Вполнѣ достаточно доказать, что вещь пріобрѣтена честно, что ею владѣли непрерывно въ теченіе опредѣленнаго времени, и что владѣлецъ ея во всякомъ случаѣ долженъ стать собственникомъ по *usucapio*, если онъ и не сталъ собственникомъ на основаніи *traditio*. *Usucapio* имѣетъ своею цѣлью по истеченіи опредѣленнаго срока *совершенно прекратить* зависимость производнаго титула (*traditio*) отъ права прежнихъ собственниковъ. *Usucapio* *дополняетъ* пріобрѣтеніе, совершенное черезъ распоряженіе вещью: если распоряженіе (деривативный титулъ) *связано съ честностью* пріобрѣтателя и съ известной длительностью владѣнія, налицо получается составъ *первоначальнаго* способа пріобрѣтенія, не основаннаго только на распоряженіи; въ такомъ случаѣ вопросъ о правѣ *auctor*'а отпадаетъ.

Ради устойчивости и ради доказуемости права собственности признается необходимымъ, чтобы при наличности известныхъ условій владѣніе, хотя и не основанное на правѣ,

но продолжающееся непрерывно въ теченіе извѣстнаго времени, обратилось въ право собственности. Уже древне-римское право обратило на это вниманіе; оно ввело приобрѣтеніе права собственности на основаніи правомѣрнаго владѣнія (*usus*), для котораго былъ установленъ двухлѣтній срокъ примѣнительно къ недвижимостямъ и годичный срокъ примѣнительно ко всѣмъ остальнымъ вещамъ (*ceterae res*). Въ законахъ XII таблицъ говорилось: *usus auctoritas* (приобрѣтеніе по давности и обязанность отвѣчать за недостатокъ въ правѣ, ср. выше § 59) *fundi biennium, ceterarum rerum annus esto* (по истеченіи срока, установленнаго для *usucapio*, прекращалась обязанность манципанта отвѣчать за недостатокъ права). Но, такъ какъ *usucapio* XII таблицъ относилась къ *ius civile*, она была доступна только тѣмъ, кто обладалъ правомъ римскаго гражданства (или, по крайней мѣрѣ, *ius commercii*, выше § 33). Далѣе, она допускалась только по отношенію къ тѣмъ вещамъ, которыя могли быть объектами квинтеской собственности. Такимъ образомъ, не подлежали цивильной *usucapio* всѣ провинціальныя земельныя участки (поскольку не было налицо исключеній по *ius Italicum*, выше § 33, прим. 4), ибо земельныя участки въ провинціяхъ подлежали только праву собственности римскаго государства (*populus Romanus*), но не частной собственности (*dominium ex iure Quiritium*). Тѣмъ не менѣе, конечно, и въ провинціяхъ частныя лица владѣли землей (*possessio*), и тамъ имѣли мѣсто различныя юридическія отношенія (купля-продажа, наслѣдованіе), находившіяся въ связи съ существованіемъ тамъ фактической частной собственности на дома, сады и пашни. Римское цивильное право, однако, не становилось на защиту этихъ юридическихъ отношеній. Въ провинціяхъ они получали защиту въ эдиктахъ, издаваемыхъ намѣстниками провинцій (*praesides*); такимъ образомъ была установлена *praescriptio longi temporis*: порашеніе иска по давности въ пользу добросо-

вѣстнаго пріобрѣтателя (выше, § 54) ⁴⁾. Если кто-нибудь пріобрѣлъ земельный участокъ правомѣрно (*iusto titulo*) и добросовѣстно (*bona fide*) и провладѣлъ имъ „долгое время“, а именно—десять лѣтъ *inter praesentes* (въ томъ случаѣ, когда собственникъ жилъ въ той же провинціи, какъ и владѣлецъ) или двадцать лѣтъ *inter absentes* (въ томъ случаѣ, когда собственникъ жилъ въ другой провинціи), то право такого лица на участокъ охранялось путемъ *praescriptio* (въ начало формулы включалась оговорка въ его пользу, ср. выше § 53). При наличности указанныхъ условій владѣльцу давался искъ противъ всякаго третьяго лица (*in rem actio*) ^{4a)}. *Longi temporis possessio* прежде всего выступала въ качествѣ основанія для погашенія иска по давности (потому теченіе ея прерывалось вслѣдствіе предъявленія иска, благодаря ей погашались неизвѣстныя владѣльцу права на чужую вещь, она не примѣнялась противъ несовершеннолѣтнихъ, ср. прим. 8). Но въ то же время она приводила и къ пріобрѣтенію права собственности: она обосновывала для *possessor*'а не только возраженіе, но искъ, построенный по образцу иска собственника; другими словами, на практикѣ она приводила къ пріобрѣтенію собственности.

Впослѣдствіи Юстиніанъ слилъ во едино цивильную *usucapio* и *longi temporis possessio*, установленную *iure honorario*. Такимъ образомъ, *longi temporis possessio* получила значеніе

4) Древнѣйшимъ памятникомъ является рескриптъ Септимія Севера отъ 199 г. *Mitteis* Hermes, Bd., 30, стр. 612 и сл. *Partsch*, Die *longi temporis praescriptio* (1906) и выводы *Mitteis*'а у *Preisigke*, Griech. Papyrus der Univ.-Bibliothek in Straszburg i. E., Bd. 1 (1906) стр. 86; *Wenger* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 27, стр. 373 и сл.— По вопросу о томъ, что земля въ провинціяхъ стояла внѣ сферы дѣйствія *ius civile* и тѣмъ самымъ внѣ сферы квинтеской собственности ср. *Klingmüller*, Die Idee des Staatseigentums am römischen Provinzialboden, въ *Philologus*, Bd. 69 (1910) стр. 71 и сл.

4a) Ср. *Lenel*, *Edictum*, 2 изд., стр. 184: *Si praedium stipendiarium vel tributarium petatur.*

способа приобрѣтенія права собственности по давности на *земельные участки* (теперь уже не проводилось различія между *fundus Italicus* и *fundus provincialis*). Наряду съ ней сохранилась *usucapio* движимостей, при чемъ здѣсь годичный срокъ былъ повышенъ до трехъ лѣтъ. Слѣдовательно, по Юстиніанову праву недвижимости могли приобрѣтаться въ собственность на основаніи давностнаго владѣнія въ теченіе 10 лѣтъ (*inter praesentes*) или 20 лѣтъ (*inter absentes*); для движимостей достаточно было владѣніе въ теченіе трехъ лѣтъ. Не было необходимости въ томъ, чтобы въ теченіе всего времени владѣлецъ лично обладалъ вещью: владѣлецъ могъ присчитать время владѣнія своихъ предшественниковъ (такъ назыв. *accessio possessionis*)⁵⁾.

Лицо, отдавшее свою движимую вещь въ закладъ, продолжаетъ свое давностное владѣніе ею, несмотря на то, что фактически вещь ушла изъ его рукъ („производное“ владѣніе закладодателя присчитывается ему при *usucapio*, ср. ниже § 67, прим. 2). Для *usucapio* необходимо, чтобы владѣніе вещью опиралось на законный способъ приобрѣтенія—*iustus*

⁵⁾ *Наслѣдникъ* можетъ воспользоваться не только временемъ владѣнія своего наслѣдодателя, но и его *bona fides*, такъ что онъ можетъ прибрѣсти вещь по давностному владѣнію даже въ случаѣ своей *mala fides* (l. 2 § 19 D. 41, 4),—ибо по римскому праву—*mala fides superveniens non nocet*: это такъ называемая *successio in usucapionem*. Соотвѣтственно этому давностное владѣніе, начатое наслѣдодателемъ, можетъ завершиться въ пользу наслѣдника еще до вступленія послѣдняго въ наслѣдованіе (l. 40 D. 41, 3). Наслѣдникъ (или лежачее наслѣдство) завершаетъ *usucapio* наслѣдодателя. Въ противоположность этому, сингулярному преемнику предоставлена только *accessio possessionis*: онъ завершаетъ свою *собственную usucapio* и потому его владѣніе предполагаетъ его личную *bona fides*. *Accessio possessionis* развила изъ существа *longi temporis praescriptio*. Пескриптъ Севера и Каракаллы распространилъ ее и на гражданскую *usucapio*. *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1, стр. 113. Въ болѣе древней формѣ *accessio possessionis* выступаетъ при *interdictum utrobi* (ниже § 67, прим. 3).

titulus, могущій обосновать переходъ права отъ одного лица къ другому, напр., на *traditio*, и чтобы владѣніе было приобрѣтено добросовѣстно, т. е. чтобы владѣлецъ былъ убѣжденъ въ правомѣрности своего владѣнія (такъ называемая *bona fides*)⁶⁾. Римское право считало, однако, достаточной

⁶⁾ Въ XII таблицахъ не говорится ни о титулѣ, ни о *bona fides*; тамъ упоминается только о томъ, что краденныя вещи не подлежатъ *usucapio* (кромѣ того, самое понятие „*usus*“ предполагало правомѣрность владѣнія). Такимъ образомъ, юристамъ былъ предоставленъ извѣстный просторъ для толкованія отдѣльныхъ случаевъ. Признавались случаи *usucapio* безъ титула и безъ *bona fides*: 1) *usucapio* безъ титула имѣла мѣсто въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ вслѣдствіе извинительнаго заблужденія ошибочно предполагалъ наличность титула (такъ наз. *titulus putativus*); это имѣло мѣсто при приобрѣтеніи владѣнія отъ *impubes*, котораго приобрѣтатель принималъ за *pubes*, отъ *furiosus*, котораго приобрѣтатель считалъ и имѣлъ основаніе считать здоровымъ (I. 2 § 15. 16 D. 41, 4); сходны съ этимъ: случай, когда наслѣдникъ по извинительному заблужденію считаетъ, что вещь принадлежитъ къ наслѣдственной массѣ (I. 3 D. 41, 5), и случай, когда постороннее лицо по простительному заблужденію считаетъ себя наслѣдникомъ (I. 33 § 1 D. 41, 3); 2) безъ *bona fides* завершалась древняя *usucapio pro herede* (ниже § 110) и *usureceptio* (обратная *usucapio*), главнымъ случаемъ которой была *usureceptio ex fiducia*. Для обратной *usucapio* вещи, отчужденной фидуціарно (съ установленіемъ дружескаго обязательства) считалось достаточнымъ, чтобы отчуждившій вещь провладѣлъ ею въ теченіе года (даже если рѣчь шла о земельномъ участкѣ: „*fiducia*“, какъ таковая, относилась къ „*ceterae res*“). При *fiducia cum amico contracta* (выше § 12), когда *fiducia* устанавливалась въ интересахъ отчуждающаго вещь, достаточно было только владѣнія. При *fiducia cum creditore contracta* (здѣсь *fiducia* заключалась въ интересахъ другой стороны—выше § 12) необходима была кромѣ того уплата долга; безъ уплаты долга обратная *usucapio* при простомъ владѣніи только тогда имѣла мѣсто, если владѣніе не было связано ни съ наймомъ, ни съ *precarium*. Gaius, II, § 59—60. Фидуціарно отчужденная вещь въ отношеніи фидуціарнаго приобрѣтателя продолжала фактически считаться собственностью отчуждившаго ее. Потому и были установлены болѣе легкія

наличность bona fides только въ моментъ приобрѣтенія владѣнія (ср. прим. 5, въ случаѣ покупки также и въ моментъ заключенія купли); наступившая позднѣе mala fides не препятствовала давностному владѣнiю (mala fides superveniens non nocet)^{6a}). Само собой разумѣется, что res extra commercium (выше § 59) не подлежали usucapio, ибо онѣ вообще не могли быть объектами права собственности. Нѣкоторыя другія вещи, хотя и состояли in commercio, тѣмъ не менѣе были изъяты отъ usucapio по предписанiю закона (такъ называемыя res inhabiles). Къ числу ихъ относились res furtivae, не подлежащiя usucapio по предписанiю XII таблицъ и lex Atinia, res vi possessae—по предписанiю lex Iulia et Plautia⁷). Съ этимъ стоитъ въ связи такъ называемая *чрезвычайная приобретательная давность*, введенная Юстинiаномъ (longissimi temporis praescriptio): если по закону вещь не можетъ быть приобретена на основанiи давностнаго владѣнiя (res inhabilis), или если отсутствуетъ или не можетъ быть доказанъ titulus, вещь тѣмъ не менѣе можетъ быть приобретена въ собственность, если ею владѣли въ теченiи 30 или 40 лѣтъ при условiи приобретенiя владѣнiя bona fide; другими словами, (при наличности bona fides) считается достаточной наличность тѣхъ условiй, которыя требуются при погашенiи права иска по давности (выше § 54). Если владѣнiе приобретено bona fide и если виндикацiонный искъ соб-

условiя обратной usucapio, разрушавшей фидуцiарное право собственности контрагента. Юстинiаново право не знаетъ usucapio (а также и fiducia).

^{6a}) Иначе по каноническому праву и, соответственно этому, по прежнему пандектному праву. Здѣсь дѣйствовало правило: mala fides superveniens nocet: наличность bona fides требовалась въ теченiе всего периода давностнаго владѣнiя. Ср. прим. 9.

⁷) Изъ вышеуказаннаго вырисовываются пять условiй, установленныхъ римскимъ правомъ для usucapio и выраженныхъ стихомъ: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

ственника къ владѣльцу погашенъ давностью, владѣлецъ получаетъ не только право на возраженіе по поводу погашенія иска давностью, но и самое право собственности на вещь; такимъ образомъ, онъ съ своей стороны получаетъ возможность истребовать вещь отъ каждаго третьяго лица, если случайно утратить владѣніе ею. Слѣдовательно, воръ и деиціентъ сами не могутъ узаконивать даже посредствомъ чрезвычайной давности (ибо они приобрѣли владѣніе mala fide), но можетъ узаконивать третье лицо, добросовѣстно приобрѣвшее вещь отъ нихъ.

Приобрѣтательная давность, какъ обыкновенная, такъ и чрезвычайная, *приостанавливается* на то время, пока приостанавливается теченіе давности для иска о правѣ собственности (ср. выше § 54). Оно *прерывается* при перерывѣ владѣнія и при предьявленіи собственникомъ иска о правѣ собственности. При перерывѣ давности владѣніе должно быть начато сначала (*usurpatio*); если при предьявленіи иска собственникомъ процессъ остается безъ движенія, начинается течъ новый 40-лѣтній срокъ давности ⁸⁾.

⁸⁾ Перерывъ, вызванный предьявленіемъ иска (со стороны управомоченнаго лица, ср. *Mitteis*, I. с., выше прим. 4), соотвѣтствуетъ существу *longi temporis possessio*, которая прежде всего выступала въ роли давностнаго погашенія иска. Древняя *usucapio* не прерывалась вслѣдствіе *litis contestatio* даже тогда, когда отвѣтчикъ, заканчивающій *usucapio* только *post acceptum iudicium* (послѣ *litis contestatio*), присуждался къ возвращенію собственности (*tradere*, а не только *restituere*). (Отрывки подобнаго содержанія, вѣроятно, по недосмотру вошли и въ *Corpus iuris*—напр., I. 18 D. 6, 1). Но собственникъ (и только онъ одинъ, ср. I. 5 D. 41, 3) могъ протестовать противъ *usucapio* и прервать ее, прибѣгнувъ къ символическому дѣйствію (*usurpatio civilis*,—напр., онъ могъ сломать вѣтку съ дерева, растущаго на спорномъ участкѣ, *surculum defringere*, *Cicero de orat.* 3, 28 § 110). Въ Юстиніановомъ правѣ прежнюю *usurpatio civilis* замѣнило предьявленіе иска, которое въ случаѣ необходимости (напр., если нельзя было предьявить искъ къ данному отвѣтчику) могло быть замѣнено заявленіемъ протеста передъ

Приобрѣтеніе права собственности по давности имѣло двоякаго рода назначеніе въ классическомъ римскомъ правѣ: во первыхъ, оно служило для того, чтобы превращать бонитарную собственность въ собственность квинритскую; другими словами, оно восполняло способы приобрѣтенія права собственности въ томъ случаѣ, когда вещь приобрѣталась отъ *собственника* (напр., неформальное приобрѣтеніе *res mancipi* создавало квинритскую собственность только путемъ *usucapio* по истеченіи одного или двухъ лѣтъ); во вторыхъ, давностное приобрѣтеніе права собственности оказывало помощь тѣмъ лицамъ, которыя добросовѣстно приобрѣтали отъ *несобственниковъ* (напр., наслѣдникъ продалъ и передалъ третьему лицу вещь, которую онъ нашелъ среди другихъ вещей наслѣдодателя и которую онъ ошибочно считалъ собственностью наслѣдодателя). Въ первомъ случаѣ недостаточна форма титула, во второмъ—недостаточно правомочіе *auctor'a*; и тутъ, и тамъ недостатокъ восполняется приобрѣтеніемъ права собственности по давности. Въ Юстиніановомъ правѣ отпало противоположеніе между неформальными (*iuris gen-*

судомъ. I. 2 C. 7, 40.—И въ другихъ случаяхъ при приобрѣтеніи права собственности по давности въ Юстиніановомъ правѣ стали руководиться нормами, установленными для *longi temporis possessio*. Приобрѣтеніе по давности Юстиніанова права уничтожало какъ право собственности въ прежнемъ видѣ, такъ и иныя вещныя права, оставшіяся неизвѣстными добросовѣстному владѣльцу (C. 7, 36, иначе тѣ отрывки Дигестъ, которые воспроизводятъ нормы древней *usucapio*—I. 1 § 2 D. 20, I. 1. 44 § 5 D. 41, 3; съ Юстиніановымъ правомъ согласуется Герм. Гр. Ул. § 945). Въ Юстиніановомъ правѣ давностное приобрѣтеніе права собственности приостанавливается на то время, пока собственникъ не достигъ совершеннолѣтія (I. 5 C. 2, 40; и здѣсь въ Дигестахъ снова отражается *usucapio*, напр., I. 2 D. 27, 5. I. 4 § 24 D. 44, 4; по §§ 939 и 206 Герм. Гр. Улож. давностное приобрѣтеніе приостанавливается только въ отношеніи завершения и то при условіи, если у несовершеннолѣтняго нѣтъ законнаго представителя).

tium) и формальными (iuris civilis) способами приобретения права собственности. Всякій способ приводилъ тамъ къ *полному* праву собственности, если только (при производномъ приобретеніи) auctor дѣйствительно былъ собственникомъ. Поэтому, въ эпоху Юстиніана при приобретеніи вещи отъ собственника отпала потребность въ давности; приобретательная давность сохранила только свою вторую задачу: создать по истеченіи извѣстнаго срока право собственности для того, кто приобрѣлъ вещь отъ не-собственника⁹⁾.

⁹⁾ Въ Герм. Гражд. Улож. значеніе приобретательной давности существенно сужено. По Герм. Гр. Улож. приобретение вещи путемъ распорядительной сдѣлки (производное приобретение) всегда связано съ первоначальнымъ приобретениемъ, если кромѣ распорядительной (отчуждательной) сдѣлки налицо имѣются добросовѣстность приобретателя и легитимация отчуждающаго (послѣдняя выражается во внесеніи въ вотчинную книгу, во владѣнн движимостью). Отчужденіе, совершенное *легитимированнымъ* лицомъ, по общему правилу, *немедленно* сообщаетъ право собственности добросовѣстному приобретателю, даже въ томъ случаѣ, если отчуждившій вещь оказался не-собственникомъ. Современный оборотъ не можетъ ждть истечения срока, установленнаго для давности: онъ требуетъ немедленнаго выясненія правъ. Приобретательная давность выступаетъ только въ качествѣ *дополненія* (подобно чрезвычайной давности Юстиніана). Для приобретения движимыхъ вещей (Г. Г. У. § 937 и сл.) требуется десятилѣтнее владѣніе въ видѣ собственности и добросовѣстность (въ теченіе всего періода давностнаго владѣнія: mala fides superveniens nocet); титула *не требуется*. Давность имѣетъ мѣсто въ случаѣ отсутствія титула (слѣд., при titulus putativus, ср. прим. 6, особенно при отсутствіи дѣеспособности у лица, отчуждившаго вещь), затѣмъ, въ томъ случаѣ, если право собственности не можетъ быть приобретено немедленно вслѣдствіе отсутствія необходимой добросовѣстности приобретателя (послѣдній зналъ, что отчуждаетъ вещь не собственникъ, но полагалъ, что отчуждатель управомоченъ отчудить ее, ср. выше § 63, прим. 7), и въ томъ случаѣ если данная вещь была утрачена собственникомъ помимо его воли (ср. Герм. Гр. Ул. § 935: слѣдовательно, по Герм. Гражд. Улож. res furtivae не тотчасъ приобретаются въ собственность, а только посредствомъ давности; исключеніе¹ составляютъ

pr. I. de usuc. (2, 6): Iure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominium rerum, iusta causa possessionis praecedente, adquiratur.

§ 1 eod.: Sed aliquando, etiam si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.

§ 2 eod.: Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem; vi possessarum lex Iulia et Plautia.

III. *Accessio* обозначает существовавшую раньше самостоятельно вещь, обратившуюся въ *составную часть* другой вещи,—напр., растение, посаженное на участокъ земли. Вещь,

деньги и т. п.). По отношенію къ земельнымъ участкамъ установлена такъ называемая *Tabularersitzung*, требующая не титула и не bona fides, а только 30 лѣтнее нахождение записи пріобрѣтателя въ качествѣ собственника въ вотчинной книгѣ, и соответственное владѣніе участкомъ (Г. Г. У. § 900; по § 927 считается достаточнымъ 30 лѣтнее владѣніе въ видѣ собственности, если за этимъ послѣдуетъ исключеніе изъ вотчинной книги прежняго собственника и внесеніе въ нее такого владѣльца).

обратившаяся въ *accessio*, прекратила свое *самостоятельное* существованіе. Право собственности же мыслимо только въ отношеніи *самостоятельныхъ* вещей, а не въ отношеніи частей вещи (выше § 58). Поэтому, съ обращеніемъ вещи въ *accessio*, съ прекращеніемъ ея самостоятельнаго существованія, должно *прекратиться* и прежнее право собственности на эту вещь. Собственникъ главной вещи (той вещи, составной частью которой стала другая вещь) приобретаетъ право собственности и на *accessio* (напр., на растеніе) даже въ томъ случаѣ, если раньше она составляла собственность другого лица,—ибо отнынѣ эта *accessio* обратилась въ нераздѣльную составную часть *его* вещи; *accessio* неизбѣжно должна считаться принадлежащей собственнику главной вещи (последній же обязанъ вознаградить прежняго собственника за понесенный имъ ущербъ). Въ этомъ смыслѣ *accessio* представляетъ собой способъ приобретенія права собственности, при томъ способъ первоначальный (не основанный на распоряженіи вещью): совершенно безразлично, *кто* до соединенія вещей былъ собственникомъ *accessio*.

Примѣрами *accessio* являются: *ferruminatio* (привариваніе желѣзной руки къ желѣзной статуѣ; не считалась за *accessio* у римлянъ *adplumbatio*, т. е. соединеніе при помощи свинца, при которомъ соединенныя части могутъ быть различаемы—l. 23 § 5 D. 6, 1), *superficies*^{9a}), получающаяся отъ *implan-*

^{9a}) *Superficies solo cedit*. Терминомъ *superficies* обозначается все, что ввѣдряется въ участокъ,—напр., воздвигнутыя на немъ строенія, посаженныя на немъ растенія: по § 94 Герм. Гр. Ул. растенія, посаженныя на участокъ, немедленно приобретаютъ качество составныхъ частей участка и становятся собственностью того лица, которому принадлежит участокъ; по римскому же праву они поступаютъ въ его собственность только съ укрѣпленіемъ корней въ землю (D. 41, 1, 7, 13). Въ Германіи положеніе: *superficies solo cedit* всегда имѣло ограниченное значеніе. Практическій смыслъ его состоитъ въ поддержаніи строеній и посаженныхъ растеній. Тамъ, гдѣ такое поддержаніе не признавалось необходимымъ, это пра-

tatio или *inaedificatio* (домъ, какъ *цѣлое*, составляетъ *accessio* земельного участка, ср. выше § 58), *alluvio* (намывъ, посредствомъ котораго публичная рѣка увеличиваетъ участокъ земли), *avulsio* (отрывъ: публичная рѣка отрываетъ болѣе или менѣе значительный кусокъ отъ земельного участка, расположеннаго выше, и онъ прирастаетъ къ нижележащему участку; съ того момента, какъ этотъ кусокъ приросъ къ другому земельному участку, собственникъ послѣдняго приобрѣтаетъ право собственности на *accessio*); *alveus derelictus* (общественная рѣка измѣнила свое русло: освободившееся русло, въ качествѣ *accessio*, поступаетъ въ собственность тѣхъ лицъ, которымъ принадлежать прилегающіе къ нему съ обѣихъ сторонъ земельные участки; прибрежные собственники раздѣляютъ между собой прежнее русло по средней линіи его), *insula nata* (частичный уходъ общественной рѣки, при которомъ среди рѣки возникаетъ островъ: здѣсь дѣйствуетъ то же правило, какъ при *alveus derelictus*)¹⁰⁾.

§ 20 I. de rer. div. (2, 1): Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi ad-

вило не примѣнялось. Этимъ и объясняется ограниченіе сферы его значенія въ Герм. Гр. Ул.—§ 95. Ср. *Biermann*, *Superficies solo cedit* въ *Ihering's Jahrb.*, Bd. 34, стр. 169 и сл.

¹⁰⁾ Приобрѣтеніе права собственности по береговому праву (*alluvio* и т. д.) имѣло мѣсто въ римскомъ правѣ: 1) только въ отношеніи публичныхъ (общественныхъ) рѣкъ (выше § 59); 2) только, если рѣчь шла объ *agri arcifini*, т. е. о такихъ земельныхъ участкахъ, естественную границу которыхъ составляла рѣка; къ тѣмъ участкамъ, границы которыхъ устанавливались общественной властью (*agri limitati*), нормы берегового права не примѣнялись. Герм. Гр. Улож. не содержитъ постановленій, касающихся берегового и вообще воднаго права; поэтому, соотвѣтственныя юридическія отношенія въ Германіи регулируются нормами мѣстнаго права (*Landesrecht—Einführ. Ges. Art. 65*), а въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ не издано соотвѣтствующихъ мѣстныхъ законовъ,—прежними нормами реципированнаго римскаго права.

quiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur. § 21: Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiori tempore fundo vicini haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.

§ 22 eod.: Insula, quae in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim esse creditur; at in flumine nata (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

IV. *Specificatio* есть переработка вещей (напр., въ булочной, въ столярной мастерской, въ винодѣльномъ заведеніи, на фабрикѣ). Изъ сырья создается продуктъ труда, обычно болѣе цѣнный въ хозяйственномъ отношеніи. Благодаря обработкѣ сырья создается новая вещь. Ради поощренія этой хозяйственной производительности, полученная въ результатъ труда новая вещь поступаетъ въ собственность того, кто трудился надъ ея созданиемъ: спецификантъ (фабрикантъ), т. е. то лицо, которое создало вещь своимъ личнымъ трудомъ или трудомъ поставленныхъ имъ другихъ лицъ (*предприниматель*), приобрѣтаетъ право собственности на специфицированную вещь, независимо отъ того, кто раньше былъ ея собственникомъ (слѣдовательно, здѣсь право собственности приобрѣтается первоначальнымъ способомъ); однако, по Юстиніанову праву спецификантъ приобрѣталъ специфицированную вещь въ собственность только въ томъ случаѣ, если онъ дѣйствовалъ *bona fide*, и если новая вещь не могла быть приведена въ свое прежнее состояніе. Эти ограниченія отпадали, если часть матеріала принадлежала спецификанту.

Герм. Гражд. Улож. (§ 950) совершенно устранило эти ограничения: спецификантъ становится собственникомъ специфированной вещи всегда, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда стоимость переработки значительно уступаетъ стоимости материала (въ этихъ случаяхъ нѣтъ спецификаціи въ собственномъ смыслѣ). По поводу расхожденія во взглядахъ на *specificatio*, наблюдавагося у представителей разныхъ римскихъ юридическихъ школъ, см. выше § 18, прим. 15.

§ 25 I. de rer. div. (2, 1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit... Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, aut oleum, aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest... Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

V. Подъ *плодами* римское право разумѣло тѣ продукты, которые вещь приносить сообразно своему хозяйственному назначенію, — т. е. продукты, составляющіе *доходъ* отъ вещи ¹¹⁾);

¹¹⁾ Понятіе плодовъ въ Герм. Гражд. Улож. § 99, 1 шире соотвѣтствующаго понятія римскаго права, т. к. оно включаетъ не только тѣ продукты, которые получаются благодаря хозяйственной эксплуатаціи вещи, но вообще всѣ *продукты*, т. е. все, что вещь

таковы, напр., молоко коровы, приплодъ животныхъ, полевые и садовые плоды, камни изъ каменоломни, глина изъ копей. Дитя рабыни (*partus ancillae*) не относилось къ числу плодовъ ^{11a}). Плоды подлежатъ отдѣленію отъ вещи; отдѣленіе плодовъ, не противорѣчающее хозяйственному назначенію вещи, не умаляетъ ея цѣнности. Плоды, еще не отдѣленные (*fructus pendentes*), являются составными частями плодоносящей вещи и потому принадлежать собственнику ея. Но отдѣленные плоды могутъ поступить въ собственность и другого лица. Обыкновенный арендаторъ и узупфруктуаръ римскаго права приобрѣтали плоды путемъ *perceptio*, т. е. путемъ овладѣнія (слѣдовательно, яблоко, сорванное воромъ, поступало въ собственность того лица, которому принадлежалъ земельный участокъ, а не въ собственность арендатора или узупфруктуара); но наследственный арендаторъ (*emphyteusis*)

приносить,—всѣ тѣ вещи, отдѣленіе которыхъ не нарушаетъ субстанции главной вещи. Такъ, напр., вѣтви, сломанныя вѣтромъ, подходятъ подъ понятіе плодовъ Германскаго Гражд. Уложенія, но не подходятъ подъ соответствующее понятіе римскаго права. Въ отдѣльныхъ случаяхъ Германскаго Гражд. Улож. внесло частичныя ограниченія, напр., при арендѣ и узупфруктѣ (§ 581. 1039). Только относительно тѣхъ вещей, добываніе которыхъ сопряжено съ использованиемъ субстанции основной вещи (напр., относительно камней, добываемыхъ изъ каменоломни), Германскаго Гражд. Улож. тоже признало, что къ плодамъ относятся только тѣ вещи этой категоріи, которыя добыты *сообразно хозяйственному назначенію* главной вещи. Понятіе плодовъ, принятое Германскимъ Гражданскимъ Уложеніемъ, чуждо римскому праву.

^{11a}) Въ этомъ проявляется нѣкоторое признаніе человѣческой личности и за рабами (ср. выше § 32). D. 7, 1, 68: *Vetus fuit quaestio an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit, fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest,—fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructum pertinere. Brini, La sentenza di Bruto sul partus ancillae, Mem. della r. accad. d. Scienze dell' istituto di Bologna, Classe di Scienze morali, Serie I, Tom. IV, Bologna 1911.*

teuta) приобрѣтаетъ плоды подобно собственнику, съ момента ихъ отдѣленія. Герм. Гражд. Улож. въ §§ 954 и 956 предоставляетъ арендатору и узуфруктуару собственность на плоды уже съ момента ихъ отдѣленія (*separatio*). Обыкновенный арендаторъ приобрѣтаетъ плоды производнымъ способомъ (на основаніи распоряженія собственника его вещью): его приобрѣтеніе основано на разрѣшеніи собственника той вещи, которую онъ арендуетъ (такъ называемая *quasi traditio*). Наоборотъ, узуфруктуаръ и наследственный арендаторъ приобрѣтаютъ плоды первоначальнымъ способомъ такъ же, какъ и собственникъ (здѣсь приобрѣтеніе не зависитъ отъ распоряженія вещью): приобрѣтеніе въ этихъ случаяхъ основано на ихъ вещномъ правѣ на главную вещь.

Подобно собственнику (на основаніи *separatio*, какъ таковой) приобрѣтаетъ плоды и *добросовѣстный владѣлецъ* (*bonae fidei possessor*). Тотъ, кто въ видѣ собственности по извинительному заблужденію добросовѣстно владѣетъ чужой вещью, приобрѣтаетъ *плоды* этой вещи (но не *partus ancillae* и не половину клада, поступающую собственнику участка, — ибо это не плоды) въ собственность съ момента ихъ отдѣленія (I. 2, 1, 35), даже въ томъ случаѣ, если его владѣніе не носить характера давностнаго владѣнія (напр., если вещь — *res furtiva*, или если отсутствуетъ *titulus*). И даже если собственникъ выступить противъ такого владѣльца съ *rei vindicatio*, послѣдній не обязанъ возмѣщать стоимости уже потребленныхъ добросовѣстно плодовъ (*fructus consumptos suos facit*); онъ долженъ только выдать, кромѣ главной вещи, тѣ плоды, которые имѣются у него *въ наличности* въ моментъ предъявленія иска (*fructus extantes*; такъ предписывало Юстиніаново право и прежнее обще-германское право — ср. ниже, § 65, прим. 9). Однако, съ момента начала процесса онъ уже поставленъ въ извѣстность о томъ, что находящаяся въ его владѣніи вещь можетъ быть признана и чужой собственностью. Поэтому, съ момента *litis contestatio*

онъ обязанъ съ особой тщательностью (*omnis diligentia*) слѣдить за поступленіемъ плодовъ: онъ обязанъ выдать истцу, если послѣдній будетъ признанъ собственникомъ, *все* плоды, полученные за время процесса (*fructus percepti*), или возмѣстить ихъ стоимость; кромѣ того онъ обязанъ возмѣстить ущербъ въ томъ случаѣ, если окажется, что онъ имѣлъ возможность получить большее количество плодовъ (такъ назыв. *fructus percipiendi*).

Постановленія вещнаго права относительно *приобрѣтенія* плодовъ касаются только „естественныхъ“ плодовъ, т. е. только произведеній, получаемыхъ отъ вещей (*fructus naturales*). Понятіе „гражданскихъ“ плодовъ (такъ назыв. *fructus civiles*), т. е. тѣхъ доходовъ, которые получаются отъ вещи благодаря опредѣленнымъ юридическимъ отношеніямъ (какъ напр. наемная плата, — ср. Герм. Гр. Ул. § 99, 3), имѣетъ значеніе только для постановленій обязательственнаго права о *вознагражденіи* за плоды: лицо, обязанное выдать плоды вещи (какъ напр., добросовѣстный владѣлецъ послѣ возбужденія процесса), обязано выдать также и „гражданскіе“ плоды, уже полученные имъ (*percepti*) или тѣ, которые оно могло получить (*percipiendi*), или же возмѣстить ихъ стоимость (ср. напр., D. 6, 1, 62).

Добавленіе. Соединеніе вещей. Къ числу тѣхъ явленій, которыя неизбѣжно влекутъ за собой измѣненіе въ принадлежности права собственности, относится *соединеніе нѣсколькихъ вещей въ одну вещь* (напр., я сливаю вмѣстѣ двѣ бутылки вина). Кому должно принадлежать право собственности на новую вещь? Право рѣшаетъ этотъ вопросъ различно въ зависимости отъ особенностей каждаго отдѣльнаго случая. Нѣкоторые изъ этихъ случаевъ были рассмотрѣны выше. Теперь же предстоитъ выяснить основную точку зрѣнія.

Нижеслѣдующія постановленія права должны освѣтить вопросъ о юридическихъ послѣдствіяхъ соединенія вещей, *какъ такового* (независимо отъ воли собственниковъ этихъ вещей).

Соединеніе нѣсколькихъ вещей въ одну (такъ же, какъ соединеніе, обсуждается и окончательное смѣшеніе, напр., хлѣбныхъ зеренъ, денегъ и т. д. § 59) выступаетъ въ формѣ: 1) соединенія въ узкомъ смыслѣ, 2) *accessio* или 3) *specificatio*.

Соединеніе въ узкомъ смыслѣ имѣетъ мѣсто, когда новая вещь однородна съ *объими* прежними, изъ которыхъ она составлена (напр., слиты вода съ водой, вино съ виномъ, сплавлены серебро съ серебромъ, золото съ золотомъ), т. е. когда обѣ прежнія вещи продолжаютъ существовать въ новой вещи. Для этого случая установлена слѣдующая юридическая норма: если отдѣльныя вещи принадлежали различнымъ лицамъ, то послѣ соединенія возникаетъ *общая собственность* прежнихъ собственниковъ, устанавливаемая въ отношеніи новой вещи (доля каждаго собственника пропорціональна его прежней вещи).

Accessio имѣетъ мѣсто, когда новая вещь однородна только *одной* изъ прежнихъ вещей. Напримѣръ: посредствомъ *ferruginatio* къ статуѣ присоединена рука (новая вещь—статуя; рука же не была статуей). Или: къ столу придѣлана новая ножка. Или: на земельный участокъ посаженъ розовый кустъ (послѣ соединенія, черезъ укрѣпленіе корней въ землѣ, вмѣсто двухъ получилась одна только вещь—земельный участокъ; розовый кустъ пересталъ существовать въ качествѣ самостоятельной вещи). Во всѣхъ этихъ случаяхъ при соединеніи одна вещь получаетъ большее значеніе. Она опредѣляетъ существо новой вещи. Она поглотила другую вещь. Первая вещь стала *главной вещью*, другая вещь, которая только измѣнила, увеличила первую вещь, которая поглощена ею (рука, розовый кустъ), является *придаточной вещью*. Норма права гласитъ: собственникъ главной вещи приобретаетъ право собственности и на придаточную вещь (поглощенную главной). Собственникъ придаточной вещи долженъ ограничиться правомъ на возмѣщеніе понесеннаго имъ ущерба. Слѣдовательно, здѣсь возникаетъ *единоличная собственность* (собственника главной вещи).

Наконецъ, *specificatio* можетъ имѣть мѣсто и безъ соединенія вещей (напр., если изъ куска матеріи изго-

товляется платъ), но она можетъ произойти и путемъ соединенія нѣсколькихъ вещей (напр., при писаніи картины). Соединеніе вещей въ томъ случаѣ носить характеръ *specificatio*, если новая вещь отличается отъ *каждой* изъ прежнихъ вещей, т. е. если (съ хозяйственной точки зрѣнія) *ни одна* изъ прежнихъ вещей не продолжаетъ своего существованія въ новой вещи. Въ данномъ случаѣ дѣйствуетъ юридическая норма, указанная выше: право собственности на матеріаль прекращается (всѣ собственники прежнихъ вещей должны ограничиться правомъ на возмѣщеніе ущерба); новая вещь поступаетъ въ собственность спецификанта (при наличности условій, указанныхъ выше подъ IV).

Принявъ только что приведенную точку зрѣнія, очень легко отличать случаи *specificatio* отъ случаевъ *accessio*. Кому должна принадлежать картина, если художникъ *bona fide* писалъ ее чужими красками на чужомъ холстѣ? Отвѣтъ зависитъ отъ особенностей каждаго даннаго случая. Если въ результатѣ рисованія новая вещь будетъ представлять собой все-таки *холстъ*, хотя и разрисованный (т. е. если одна изъ вещей сохранить свое прежнее назначеніе несмотря на соединеніе), налицо будетъ *accessio* (напримѣръ: разрисовывается театральнй занавѣсъ, или художникъ рисовалъ такъ плохо, что вмѣсто картины получилась мазня): въ данномъ случаѣ право собственности на краски приобрѣтаетъ собственникъ холста (*tabula*). Иное получается, если въ результатѣ рисованія возникаетъ *картина* (новая, третья вещь, имѣющая иное назначеніе, чѣмъ краски и холстъ: вмѣсто матеріала получилось произведеніе искусства),—въ этомъ случаѣ налицо будетъ *specificatio*. Фресковая живопись всегда предполагаетъ *accessio*, а не *specificatio* (какъ до нея, такъ и послѣ нея продолжаетъ существовать зданіе, недвижимость, не измѣняющая своего назначенія послѣ соединенія). Тоже можно сказать и о писаніи. Если въ результатѣ писанія получится исписанная *бумага*,—налицо *accessio*, если же получатся *рукописи* (документы и т. д.), налицо будетъ *specificatio*.

Въ единичныхъ случаяхъ наблюдались колебанія и у римскихъ юристовъ (напр., относительно *pictura* и

scriptura, ср. D. 6, 1, 23, 3, гдѣ выдвигается только точка зрѣнія accessio). Тѣмъ не менѣе основная мысль ясна: необходимо установить, сохранили ли *обѣ* прежнія вещи, или хотя-бы *одна изъ нихъ*, свое хозяйственное назначеніе послѣ соединенія ихъ въ новую вещь, или *нѣтъ*. Сообразно съ измѣненіемъ хозяйственного назначенія вещи измѣняется и право собственности на нее.

§ 65.

Защита права собственности.

Для защиты своего права собственникъ располагаетъ двумя исками: искомъ о выдачѣ вещи (*rei vindicatio*) и искомъ объ устраненіи помѣхи при пользованіи вещью (*actio negatoria*).

I. *Rei vindicatio* представляетъ собой искъ, къ помощи котораго собственникъ обращается въ томъ случаѣ, если третье лицо владѣетъ вещью (*ubi rem meam invenio, ibi vindico*). *Rei vindicatio* обосновываетъ притязаніе невладѣющаго собственника къ владѣющему не-собственнику. Истецъ долженъ быть собственникомъ въ моментъ предъявленія иска, т. е. въ моментъ *litis contestatio* (активная легитимация). Отвѣтчикъ долженъ быть владѣльцемъ (пассивная легитимация): для рѣшенія, благопріятнаго истцу, достаточно, чтобы отвѣтчикъ владѣлъ въ моментъ произнесенія рѣшенія. Истецъ обязанъ доказать, что отвѣтчикъ является владѣльцемъ¹⁾. Всякій владѣлецъ, обладающій *facultas restituendi*,

¹⁾ Если онъ представилъ доказательства этому (значить, если отвѣтчикъ отрицалъ свое владѣніе), то по римскому (но не по современному) праву истецъ могъ просто требовать передачи владѣнія вещью (*translatio possessionis*), не прибѣгая больше къ иску о правѣ собственности (D. 6, 1, 80). Если же истецъ не увѣренъ въ томъ, владѣетъ ли отвѣтчикъ вещью, онъ можетъ подготовить *rei vindicatio* посредствомъ *actio ad exhibendum* (ниже, § 83 VII): онъ будетъ тогда требовать предъявленія вещи съ цѣлью узнать, его ли

является пассивно легитимированнымъ (D. 6, 1, 9); такимъ образомъ, пассивно легитимированнымъ является не только

это вещь, или нѣтъ (D. 10, 4, 13. 3). Если же отвѣтчикъ допустилъ до rei vindicatio, выставивъ себя владѣльцемъ (liti se obtulit), въ то время, какъ въ дѣйствительности онъ не владѣеть, то при постановкѣ рѣшенія судья обсуждаетъ дѣло такъ, какъ будто отвѣтчикъ владѣеть, ибо онъ принялъ на себя процессуальную обязанность защищаться. Таково было положеніе по праву Corpus iuris. Существенно расходилось съ нимъ, однако, древнее, а также и классическое римское право. Римская rei vindicatio и съ процессуальной точки зрѣнія является по существу actio in rem, т. е. искою, направленнымъ на вещь, а не на личность отвѣтчика. Отъ отвѣтчика ничего не требуютъ, не требуютъ даже, чтобы онъ принялъ участіе въ процессѣ (rem defendere). D. 6, 1, 80: In rem actionem pati non compellimur; 50, 17, 156 pr.: Invitus nemo rem cogitur defendere. *Wlassak* въ Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 25, стр. 141 и сл. *Lenel*, Rei vindicatio и actio ad exhibendum въ Grünhuts Zeitschr. Bd. 37, стр. 518. Этотъ принципъ строго соблюдался въ эпоху легисакціоннаго и формулярнаго процесса. Если отвѣтчикъ in iure (передъ магистратомъ) отказывался отъ участія въ процессѣ и litis contestatio, онъ этимъ самымъ отказывался отъ вещи, и преторъ предоставлялъ истцу завладѣть ею: этимъ виндикаціонный процессъ заканчивался. Если же отвѣтчикъ оказывалъ сопротивленіе завладѣнію вещью со стороны истца (оно называлось translatio possessionis), то преторъ, когда дѣло шло о земельномъ участкѣ, давалъ истцу interdictum Quem fundum, который давалъ истцу возможность завладѣть этимъ участкомъ, если же рѣчь шла о движимости,—преторъ давалъ истцу actio ad exhibendum (отвѣтчикъ долженъ былъ „экзгибировать“ вещь передъ судомъ, in iure, т. е. предъявить ее въ судебномъ мѣстѣ,—тогда преторъ могъ, воспользовавшись своей властью магистрата, передать владѣніе вещью истцу). Interdictum Quem fundum и actio ad exhibendum могли быть направлены не только противъ владѣющаго отвѣтчика, но и противъ того, qui dolo malo desiit possidere, слѣдовательно, противъ *прежняго* владѣльца, если онъ *недобросовѣстно* владѣлъ и намѣренно пересталъ владѣть, напр., уничтоживъ вещь. Однако, эти притязанія, будучи направлены противъ *личности* отвѣтчика, могли получить осуществленіе только въ искахъ in personam, а не въ искахъ in rem (rei vindicatio). Невладѣющій отвѣтчикъ, даже если

юридическій владѣлецъ (владѣющій вещью для себя), но и детенторъ (держашій чужую вещь для другого лица) ²⁾ и даже тотъ детенторъ, который держитъ вещь для истца,

онъ оставилъ владѣніе *dolo malo*, не считался легитимированнымъ въ отношеніи *вещнаго* иска (*rei vindicatio*). Точно такъ же, древнее право *освобождало отъ ответственности по вещному иску* (*rei vindicatio*) и того отвѣтчика, который принялъ на себя *defensio rei*,— который, слѣдовательно, принималъ участіе въ *litis contestatio*, хотя онъ и не владѣлъ вещью (*qui liti se obtulit*). Послѣдній отвѣчалъ только по *cautio iudicatum solvi*, которую обязанъ былъ представить всякій отвѣтчикъ по *rei vindicatio* (онъ отвѣчалъ по *clausula de dolo*, входившей въ составъ *cautio*): слѣдовательно, къ нему необходимо было обратиться съ *новымъ* обязательственнымъ искомъ (*in personam*). Все это измѣнилось въ *Юстиніановомъ* правѣ (въ эпоху когниціоннаго процесса). Съ тѣхъ поръ *translatio possessionis* (если отвѣтчикъ отрицалъ свое владѣніе) совершалось просто по предписанію представителя власти. *Interdictum Quem fundum* исчезло, *actio ad exhibendum* потеряла свое прежнее значеніе. Но основныя постановленія права о пассивной легитимации, относившіяся къ *interdictum Quem fundum* и *actio ad exhibendum*, стали примѣняться къ *rei vindicatio*. Точно такъ же и притязаніе, выставлявшееся противъ того, *qui liti se obtulit*, вошло въ составъ виндикаціоннаго притязанія. По *Юстиніанову* праву, и такъ называемый *fictus possessor* (*qui dolo malo desiit possidere* и тотъ, *qui liti se obtulit*) является пассивно легитимированнымъ въ отношеніи *вещнаго* иска (*rei vindicatio*). При Юстиніанѣ *rei vindicatio* не является уже болѣе чисто вещьнымъ искомъ; въ нее входятъ рѣзкіе обязательственные элементы (направленные *in personam*). (Въ *Герм. Гражд. Улож.* *rei vindicatio* снова выступаетъ въ роли иска о выдачѣ вещи, предъявляемаго собственникомъ). Все изложенное основано на весьма убѣдительныхъ изслѣдованіяхъ *Lenel'*я, I. с., ср. также *G. Beseler*, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* (1910). *Riccobono* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 31, стр. 350 и сл.

²⁾ Если детенторъ владѣетъ вещью для третьяго лица, онъ можетъ воспользоваться правомъ *nominatio (laudatio) auctoris*, т. е. правомъ назвать того, для кого онъ владѣетъ (того, кто отдалъ ему вещь на храненіе, внаймы) съ тѣмъ, чтобы это лицо приняло на себя роль отвѣтчика въ процессѣ (С. 3, 19, 2,—такъ же *Герм. Уст. Гр. Суд.* § 76).

выступая въ качествѣ хранителя, нанимателя и т. п.: истцу, такимъ образомъ, предоставленъ выборъ, либо выступить съ обязательственнымъ искомъ противъ хранителя, нанимателя и т. п. своей вещи, основываясь на договорномъ отношеніи, либо же предъявить искъ о правѣ собственности (*rei vindicatio*), направленный на возвращеніе вещи³⁾. Наряду съ дѣйствительнымъ владѣльцемъ является пассивно легитимированнымъ и *fictus possessor: qui liti se optulit* и *qui dolo malo desiit possidere* (прим. 1).

Таковы были постановленія Юстиніанова права *Corpus iuris*, которое и въ данномъ вопросѣ легло въ основу прежняго обще-германскаго и современнаго германскаго гражданскаго права. Но Юстиніаново право находилось подъ влияніемъ особенностей позднѣйшаго послѣ - Діоклетіанова императорскаго права. Иначе разсматривало вопросъ классиче-

³⁾ Эти случаи, когда юридическій владѣлецъ можетъ предъявить *rei vindicatio* противъ своего детентора (напр., когда депонентъ выступаетъ противъ депозитарія), когда, слѣдовательно, (юридически) владѣющій собственникъ имѣетъ право виндицировать вещь, повидимому, находятся въ соотвѣтствіи съ знаменитымъ *unicus casus* составителей Институцій (§ 2 I. 4, 6). Не смотря на это, авторы указаннаго отрывка Институцій, вѣроятно, имѣли въ виду не эти (довольно многочисленные) случаи, а тотъ единичный случай, при которомъ собственникъ *вынужденъ* выступить противъ своего детентора (черезъ посредство котораго онъ самъ владѣетъ) *только* съ искомъ о правѣ собственности, гдѣ онъ, слѣдовательно, не имѣетъ возможности обратиться къ обязательственному иску и долженъ довольствоваться вещнымъ искомъ (*rei vindicatio*). Главнымъ случаемъ такого рода является искъ собственника къ узурфруктуару, уже обладающему вещью (т. е. держащему вещь отъ имени собственника), но еще не представившему *cautio usufructuaria* (стипуляціоннаго обѣщанія вернуть вещь *finito usufructu*): собственникъ можетъ добиться *cautio*, предъявивъ *rei vindicatio*; и только послѣ полученія *cautio* собственникъ будетъ располагать обязательственнымъ искомъ о выдачѣ вещи—*Siber*, стр. 95. 96. Ср. прим. 4.

ское римское право, и въ отдѣлѣ объ искѣ собственника Юстиніаново право, да и современное Германское право могутъ получить правильное освѣщеніе только при сопоставленіи ихъ съ классическимъ римскимъ правомъ⁴⁾.

Rei vindicatio древняго легисакціоннаго процесса (*sacramento*) представляла собой споръ о *правѣ собственности*. Пассивно-легитимированнымъ считался не владѣлецъ, какъ таковой, а только претендентъ на право собственности, имѣвшій возможность виндикаціи истца противопоставить *contravindicatio* (выше § 48). Если отвѣтчикъ не былъ въ состояніи выступить съ контра-виндикаціей (напр., если онъ получилъ вещь въ ссуду или внаймы), онъ обязанъ былъ выдать вещь; другими словами, онъ проигрывалъ процессъ: онъ не считался легитимированнымъ на защиту своего права на вещь. Такое положеніе соответствовало состоянію древняго права, не признававшаго иного кромѣ собственности права владѣнія, не знавшаго ни права владѣть чужой вещью, ни узуфрукта, не развившаго еще договорныхъ отношеній, обязывающихъ собственника^{4а)}. Но уже въ періодъ легисакціоннаго процесса появился узуфруктъ. Затѣмъ наемъ, ссуда и т. д. стали признаваться дѣйствительными сдѣлками. Каково было отношеніе *rei vindicatio* къ развитію права въ этомъ направленіи? *Rei vindicatio* измѣнила свою природу. Формулярный процессъ создалъ *rei vindicatio*, связанную съ *formula petitoria*, имѣвшей цѣлью не только рѣшить вопросъ

4) Здѣсь изложеніе основывается на прекрасномъ сочиненіи *Siber'a*, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*. Частью дополняетъ его, частью исправляетъ, но согласуясь съ нимъ въ основномъ, *Kübler* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* Bd. 29, стр. 481 и сл. *Last*, *Von den Einwendungen gegen die r. v.* въ *Grünhut's Zeitschr.* Bd. 36, особенно же *Lenel*, I. с. (прим. 1) стр. 539 и сл.

4а) Единственной формой пользованія чужими вещами первоначально являлось ничѣмъ не связывавшее собственника *precarium*, ср. ниже §§ 67. 79.

о правѣ собственности, но и (въ качествѣ *actio arbitraria*, ср. выше, § 53) прежде всего *restituere*, т. е. передать владѣніе собственнику, предъявившему искъ. Съ тѣхъ поръ *владѣлецъ*, какъ таковой, а именно, каждый владѣлецъ, обладающій *facultas restituendi*, слѣдовательно, и простой детенторъ, долженъ былъ считаться пассивно легитимированнымъ, т. е. обязаннымъ и управомоченнымъ защищать свое право на вещь. Это положеніе и вошло въ классическое право⁵⁾, но съ извѣстнымъ ограниченіемъ: *rei vindicatio*, направленная противъ детентора, держащаго вещь отъ имени *истца*, т. е. противъ такого детентора, черезъ посредство котораго истецъ самъ владѣеть, считалась *недопустимой*, поскольку истецъ могъ выступить противъ своего детентора съ договорнымъ искомъ о возвращеніи вещи⁶⁾. Классическое право не допускало, чтобы вещный искъ о возвращеніи вещи (г. в.) конкурировалъ съ соответственнымъ договорнымъ искомъ. Какъ только *in iure* (передъ преторомъ) выяснялось, что отвѣтчикъ является нанимателемъ или хранителемъ вещи истца, преторъ—по классическому праву—отказывалъ истцу въ *rei vindicatio* (*denegatio actionis* выше § 47): истцу въ такомъ случаѣ приходилось довольствоваться только дого-

⁵⁾ Въ началѣ императорскаго періода юристъ Pegasus (жившій при Веспасіанѣ) придерживался еще прежняго взгляда, по которому г. в. можно было предъявить только противъ такъ называемаго *юридическаго* владѣльца, ведущаго себя какъ собственникъ, а не противъ простого детентора. Классическое право пошло, однако, дальше D. 6, 1, 9 (см. по поводу этого отрывка *Lenel*, I. с. стр. 539).

⁶⁾ Поэтому классическое право допускало г. в. противъ usufructуара только до тѣхъ поръ, пока usufructуаръ еще не представилъ *cautio usufructuaria*. Съ момента представленія *cautio* (устанавливавшей договорную обязанность usufructуара вернуть вещь *finito usufructu*) собственникъ по классическому праву могъ основывать свой искъ только на *cautio* и уже не имѣлъ права на г. в. Ср. прим. 3.

ворнымъ искомъ ^{6а}). Чѣмъ это объясняется? Тѣмъ, что въ этомъ случаѣ характеръ и размѣры отвѣтственности отвѣтчика въ отношеніи возмѣщенія ущерба, выдачи плодовъ и т. д. естественно должны опредѣляться *договорнымъ* отношеніемъ ⁷). Притязаніе собственника о выдачѣ вещи получило свою *нормировку* въ договорѣ, посредствомъ котораго собственникъ отдалъ другому лицу свою вещь внаймы, въ ссуду и т. д. Собственникъ не можетъ обойти эту нормировку, предъявивъ искъ, основанный не на договорѣ, а только на его правѣ собственности (г. в.): ему предоставленъ только одинъ искъ о выдачѣ вещи—договорной. Искъ, основанный на *правѣ собственности* по своей природѣ можетъ быть предъявленъ лишь къ такому владѣльцу или къ такому детентору, обязанность котораго (выдать вещь) основана *только* на правѣ собственности истца; онъ не можетъ быть направленъ противъ того лица, которое связано съ истцомъ договорнымъ (или квази-договорнымъ) обязательственнымъ отношеніемъ по поводу спорной вещи ⁸). И только послѣ Диоклетіана и затѣмъ при Юстиніанѣ въ видѣ исключенія *rei vindicatio* стали давать противъ каждаго детентора. Въ этомъ сказалось упадочное состояніе юриспруденціи, при которомъ замѣчалась склонность предоставлять истцу возможно больше исковъ разныхъ типовъ (съ цѣлью облегчить ему выборъ наиболѣе подходящаго). Такимъ образомъ, зна-

^{6а}) Такъ же и *Lenel*, I. с. стр. 551.

⁷) Договорная отвѣтственность депозитарія предполагаетъ только *dolus* и *culpa lata* (ниже § 79). Если было бы возможно предъявить къ нему, какъ къ завѣдомо неправомѣрному владѣльцу чужой вещи, также и *rei vindicatio*, то собственникъ—депонентъ могъ бы, прибѣгнувъ къ г. в., обойти условіе договора и потребовать возмѣщенія ущерба, происшедшаго и благодаря *culpa levis*. Ср. *Kühler*, I. с. стр. 482. *Last*, I. с. стр. 485, прим. 200.

⁸) Тѣ же принципы проведены въ Герм. Гражд. Уложеніи. Ср. убѣдительныя разсужденія *Siber'a*, стр. 233.

чение rei vindicatio далеко вышло за предѣлы области, ей предназначенной.

Поэтому въ постановленіяхъ Corpus iuris о rei vindicatio преимущественно сказывается вліяніе классическаго права. Этимъ объясняются постановленія о различномъ *содержаніи* виндикаціоннаго притязанія въ отношеніи добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца—bonae и malae fidei possessor. Добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ за diligentia до момента litis contestatio (т. е. онъ не обязанъ возмѣщать ущербъ въ случаѣ поврежденія, уничтоженія или утраты вещи) и за плоды (снятые плоды остаются за нимъ, ибо они составляютъ его собственность, выше § 64)⁹⁾; его обязанность выдать вещь носить чисто вещный, *не обязательственный* характеръ, она является послѣдствіемъ *права собственности*, принадлежащаго истцу. Только съ момента начала процесса (съ момента litis contestatio) возникаетъ обязательственная отвѣтственность отвѣчика (вызванная процессомъ), ибо тогда ему уже извѣстно, что вещь можетъ быть признана чужой: съ этого момента онъ отвѣчаетъ за diligentia и за плоды (fructus percepti и percipiendi, выше § 64). Такъ же и Герм. Гражд. Улож. § 987. 989. Но если виндикантъ заявляетъ притязаніе на выдачу вещи къ *недобросовѣстному* владѣльцу, то это притязаніе съ *самаго начала* носить *обязательственный* характеръ. Malae fidei possessor завѣдомо неправомѣрно владѣетъ чужой вещью. Поэтому онъ *сразу* (съ перваго момента недобросовѣстнаго

⁹⁾ Со времени Диоклетіана, а также по праву Corpus iuris, существовало ограниченіе, что bonae fidei possessor обязанъ выдать тѣ плоды, которые окажутся *въ наличности* къ моменту litis contestatio (fructus extantes) С. 3, 32, 22. Герм. Гражд. Улож. въ этомъ вопросѣ проводить точку зрѣнія классическаго права: добросовѣстный владѣлецъ по общему правилу *сохраняетъ* за собой и тѣ плоды, которые оказываются налицо въ моментъ предъявленія иска, ср. § 993 и исключеніе, установленное въ § 988.

владѣнія) отвѣчаетъ какъ лицо, ведущее чужое дѣло безъ порученія (*negotiorum gestor*, ниже § 83, III), за *diligentia*, а именно—за *summa diligentia* въ отношеніи самой вещи¹⁰⁾ и ея плодовъ (*fructus percepti* и *percipiendi*). Предъявленіе иска къ нему равносильно напоминанію. Оно ставитъ его въ просрочку (*mora*), и поэтому послѣ *litis contestatio* онъ отвѣчаетъ, подобно просрочившему должнику (ниже § 76), и за *случай*, если бы при немедленной выдачѣ вещи послѣдняя не подверглась бы дѣйствию этого случая (напр., пожара). Такъ же и Герм. Гражд. Улож. § 990. 992^{10а)}.

Къ этому надо добавить еще слѣдующее. Противъ *rei vindicatio* владѣльцу можетъ быть предоставлено право удержанія вещи вслѣдствіе издержекъ, произведенныхъ имъ въ отношеніи вещи; этимъ правомъ онъ можетъ воспользоваться, прибѣгнувъ къ *exceptio doli (generalis)*¹¹⁾. Но и это право

¹⁰⁾ Слѣдовательно, онъ обязанъ возмѣстить ущербъ въ случаѣ, если онъ окажется виновнымъ въ утратѣ владѣнія, въ поврежденіи или уничтоженіи вещи. Отсюда вытекаетъ, что въ Юстиніановомъ правѣ (ср. выше прим. 1) притязаніе собственника охватываетъ отвѣтственность недобросовѣстнаго владѣльца, намѣренно уничтожившаго вещь или инымъ образомъ утратившаго владѣніе ею, т. е. отвѣтственность того, *qui dolo malo desiit possidere*. Соотвѣтственно этому Герм. Гражд. Улож. § 990. 992.

^{10а)} Въ классическомъ правѣ обязательственное притязаніе предоставлялось собственнику посредствомъ *cautio iudicatum solvi*, которую обязанъ былъ дать каждый отвѣтчикъ по виндикаціи (если искъ былъ связанъ съ *formula petitoria*), или же посредствомъ *cautio pro praede litis et vindiciarum* (если виндикація производилась *per sponsionem*, выше § 50, Gaius, IV, 91, 94), ср. выше § 48, прим. 14. Въ Юстиніановомъ (а также и въ современномъ германскомъ) правѣ обязательственное притязаніе входитъ въ составъ *виндикаціоннаго* притязанія, ср. выше, прим. 1 въ концѣ.

¹¹⁾ По римскому праву предоставленное отвѣтчику по *rei vindicatio* въ возмѣщеніе издержекъ право удержанія (выше § 53, прим. 12) не было основано на *встрѣчномъ притязаніи*: владѣлецъ не имѣлъ *actio* противъ собственника (ибо онъ не находился съ нимъ въ договорныхъ отношеніяхъ), въ его распоряженіи было только *exceptio*. Иначе Герм. Гражд. Уложение §§ 1000—1003.

удержанія нормируется различно примѣнительно къ добросовѣстному и недобросовѣстному владѣльцамъ. Недобросовѣстный владѣлецъ можетъ требовать возмѣщенія только *необходимыхъ* издержекъ, т. е. такихъ, которыя были необходимы для сохраненія цѣнности вещи (такъ наз. *impensae necessariae*), при чемъ онъ требуетъ издержки какъ *negotiorum gestor*, т. е. только въ случаѣ, если онѣ произведены такъ, какъ ихъ произвелъ бы собственникъ. Въ отношеніи *полезныхъ* издержекъ, повышающихъ цѣнность вещи, а также въ отношеніи издержекъ на украшеніе вещи (такъ назыв. *impensae utiles* и *voluptuariae*) ему предоставлено не право удержанія, а только право *отдѣленія* (*ius tollendi*); *ius tollendi* исключается, если удаленіе (напр., стѣнной живописи) не приноситъ ему никакой пользы, или если *dominus* возмѣщаетъ ему стоимость тѣхъ улучшеній, которыя онъ намѣренъ отдѣлить. Добросовѣстному же владѣльцу предоставлено право удержанія не только въ отношеніи необходимыхъ, но и въ отношеніи полезныхъ издержекъ¹²⁾; и только въ отношеніи издержекъ на украшеніе вещи онъ долженъ довольствоваться *ius tollendi*.

Кого, однако, слѣдуетъ назвать добросовѣстнымъ и кого недобросовѣстнымъ владѣльцемъ? Недобросовѣстнымъ владѣльцемъ является тотъ, кто *завѣдомо* или по грубой небрежности *неправомѣрно* владѣетъ чужой вещью; этимъ объясняется его обязательственная отвѣтственность и ограниченіе его права удержанія вещи. Добросовѣстнымъ является тотъ владѣлецъ, который (безъ грубой вины) владѣетъ чужой вещью, *не зная* о томъ, что вещь принадлежитъ другому лицу, и что его владѣніе *противорѣчитъ праву соб-*

¹²⁾ Однако, изъ суммы необходимыхъ издержекъ онъ долженъ вычесть стоимость полученныхъ имъ выгодъ D. 6, 1, 48 (Герм. Гр. Ул. § 994); въ отношеніи полезныхъ издержекъ онъ можетъ требовать возмѣщенія постольку, поскольку въ данный моментъ цѣнность вещи отъ нихъ повысилась (поскольку истецъ обогатился).

ственности истца: его отвѣтственность носить лишь вещный характер (основанный на правѣ собственности истца), а не *обязательственный*. Слѣдовательно, лицо, владеющее вещью на основаніи договорнаго или квази-договорнаго отношенія съ собственникомъ (примѣромъ квази-договорнаго отношенія можетъ служить случай находки, если нашедшій намѣренъ вернуть вещь собственнику) и являющееся *обязательно-обязаннымъ* вернуть вещь, не считается *ни bonae, ни malae fidei possessor'омъ* въ смыслѣ г. v., ибо такое лицо завѣдомо владея чужой вещью, владеетъ ею, *не нарушая* права собственности¹³⁾. Постановленія *Corpus iuris* относительно добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльцевъ находятся въ соответствіи съ классическимъ правомъ, дававшимъ г. v. только противъ тѣхъ лицъ, которыя не были связаны договорными отношеніями съ истцомъ. И хотя *rei vindicatio* Юстиніанова права формально могла быть предъявлена къ каждому детентору, тѣмъ не менѣе нужно признать, что право *Corpus iuris* могло получать примѣненіе только въ предѣлахъ г. v. классическаго права: договорное притязаніе о выдачѣ вещи исключаетъ притязаніе, основанное на правѣ собственности.

Слѣдовательно *при отсутствіи* договорныхъ отношеній по поводу данной вещи собственникъ можетъ воспользоваться *rei vindicatio*, и если отвѣтчикъ въ свою очередь пожелалъ бы сослаться на свое право (напр., на какое-нибудь вещное право), онъ долженъ прибѣгнуть къ *exceptio (doli gene-*

¹³⁾ Точно такой же точки зрѣнія придерживается и Герм. Гр. Улож. Изъ § 987 и сл. явствуетъ, что отвѣтчиками предполагаются только добросовѣстный и недобросовѣстный владѣльцы. Только къ нимъ можетъ быть заявлено притязаніе истца. Владѣлецъ, состоящій въ договорномъ отношеніи съ собственникомъ, можетъ возражать противъ иска о правѣ собственности, не только ссылаясь на договоръ, но и указывая на то, что *rei vindicatio* къ нему *непри-*
мѣнима, Siber, l. c.

ralis) ¹⁴⁾. Напротивъ, то лицо, которое на основаніи договора или квази - договора обязано выдать вещь собственнику, обладаетъ не только обязательственнымъ правомъ, если договоръ (напр., договоръ найма) предоставляетъ ему право владѣть вещью. Такое лицо можетъ полагать, что собственникъ вообще не имѣетъ права выступить противъ него со своимъ притязаніемъ. Такова и точка зрѣнія Герм. Гражд. Уложенія. Въ *Corpus iuris* этотъ фактъ нѣсколько затушеванъ, но порою онъ все же ясно проступаетъ и тамъ.

II. Терминомъ *actio negatoria* обозначается принадлежащій собственнику искъ, путемъ котораго онъ можетъ требовать устраненія помѣхи владѣть вещью, слѣдовательно (по общему правилу)—искъ владѣющаго собственника, имѣющей своею цѣлью сохранить неприкосновенность владѣнія. Отвѣтчикомъ является тотъ, кто нарушаетъ спокойное владѣніе

¹⁴⁾ Однимъ изъ примѣровъ классическаго права можетъ служить здѣсь *exceptio rei venditae et traditae* (выше § 62). При помощи этой *exceptio* отвѣтчикъ противопоставлялъ гражданскому собственнику не свое право покупателя, и не иное право, основанное на договоръ, а свое вещное право.—именно: преторское право собственности, которое было дѣйствительно и противъ *сингулярнаго* преемника продавца, ср. *Last*, I. c., стр. 490. Этой *exceptio*, конечно, не знаетъ современное германское право, ибо оно не знаетъ двухъ видовъ собственности. Если въ современной Германіи собственникъ продалъ свой земельный участокъ и передалъ его покупателю, не внося имени послѣдняго въ вотчинную книгу, то покупателю пришлось бы воспользоваться своимъ правомъ изъ договора купли-продажи, съ которымъ онъ могъ бы обратиться къ продавцу и его наслѣдникамъ (универсальнымъ преемникамъ); въ этомъ случаѣ покупатель не располагаетъ какимъ-либо вещнымъ правомъ, дающимъ ему возможность обратиться къ сингулярному преемнику: если продавецъ еще разъ продалъ тотъ же участокъ и внесъ въ вотчинную книгу имя *второго* покупателя, то второй покупатель, какъ обладатель права собственности, одержитъ верхъ надъ первымъ, владѣющимъ участкомъ вслѣдствіе *traditio*, другими словами, въ наше время уже не существуетъ *exceptio rei venditae et traditae*.

собственника, напр., впустивъ *fumus immodicus* (ср. Герм. Гр. Ул. § 906), заградивъ своей постройкой притокъ воздуха къ току сосѣда, усвоивъ себѣ привычку проходить по чужому участку. Онъ обязанъ устранить эти помѣхи. *Iudex* въ своемъ рѣшеніи можетъ принудить его къ установленію *cautio de non amplius turbando* (въ наше время судья, въ случаѣ необходимости, отдаетъ приказъ не мѣшать владѣнію на будущее время подъ угрозой штрафомъ). Наряду съ *actio negatoria*, *intentio* которой была направлена на *ius tibi non esse*, преторскій эдиктъ ввелъ еще *actio prohibitoria* на тотъ случай, если лицо, нарушающее владѣніе, присваивало себѣ сервитутъ, признанный только преторскимъ правомъ и, слѣдовательно, не могущій быть предметомъ настоящаго „*ius*“, — *Lenel*, *Edictum*, 2 изд. стр. 186).

Добавленіе. Для защиты земельной собственности при сосѣдскихъ отношеніяхъ римское право допускало слѣдующія средства:

1. *Actio finium regundorum*, имѣвшую своюю цѣлью рѣшеніе спора о границахъ полевыхъ земельныхъ участковъ: рѣшеніе основывается на доказательствахъ права собственности (однако, римское право не допускало здѣсь ссылки на обыкновенную давность); въ случаѣ недостаточности доказательствъ спорная пограничная полоса считалась общей, и судья рѣшалъ споръ о границахъ по своему свободному усмотрѣнію, принявъ въ вниманіе всѣ обстоятельства дѣла; рѣшеніе судьи выливалось въ форму *adiudicatio*, къ ней, если представлялась необходимость, присоединялась *condemnatio* (сторона, получившая ббльшій кусокъ земли въ цѣляхъ округленія границъ, должна была возмѣстить ущербъ другой сторонѣ деньгами, l. 2 § 1; l. 3 D. 10, 1). Такимъ образомъ, римскій искъ о регулированіи границъ относился къ числу исковъ о раздѣлѣ (ниже § 83 V), а вмѣстѣ съ тѣмъ и къ *iudicia duplicia* (гдѣ могъ быть присужденъ также и истецъ). Герм. Гражд. Ул. и здѣсь устранило *adiudicatio*: въ процессѣ о раздѣлѣ судья болѣе не обязанъ *создавать* подходящія границы по соображеніямъ цѣлесообраз-

ности, вынося конститутивное рѣшеніе (которые измѣняетъ распредѣленіе правъ); теперь на обязанности судьи лежитъ только *выясненіе* границъ для каковой цѣли § 920 Герм. Гражд. Улож. даетъ извѣстные указанія. Слѣдовательно, теперь искъ объ урегулированіи границъ не является уже больше искомъ о раздѣлѣ (и уже не представляетъ собой *iudicium duplex*).

2. *Actio aquae pluviae arcendae* (D. 39, 3) представляетъ собой искъ, направленный на устраненіе воздвигнутаго на сосѣднемъ участкѣ сооруженія (*opus manu factum*), измѣняющаго естественный срокъ дождевой воды; собственникъ земельного участка можетъ воспользоваться этимъ искомъ, если отъ такого сооруженія его участку грозитъ ущербъ (этотъ искъ предоставляется также наследственному арендатору и узуфруктуару). Искъ можетъ быть предъявленъ къ собственнику, наследственному арендатору, узуфруктуару сосѣдняго участка. Если отвѣтчикъ самъ воздвигъ сооруженіе, онъ обязанъ устранить его за свой счетъ; иначе истецъ устраняетъ его за свой счетъ. Въ искѣ истцу отказываютъ, если сооруженіе воздвигнуто правомѣрно на основаніи сервитута, предписанія магистрата, или если оно существуетъ съ незапамятныхъ временъ (*vetustas*, § 54, прим. 3). Этотъ искъ дополняетъ римскую *a. negatoria*: къ нему можно было прибѣгнуть и при грозящей только опасности, и при уменьшеніи притока дождевой воды, и при препятствіи стока ея съ выше лежащаго участка. Негаторное притязаніе Герм. Гражд. Улож. (§ 1004) можетъ имѣть примѣненіе во всѣхъ случаяхъ *a. ag. pluv. arc.* (ср. § 907). Такимъ образомъ, теперь не существуетъ болѣе specialнаго иска по поводу измѣненія стока дождевой воды.

3. *Operis novi nuntiatio* (D. 39, 1) представляетъ собой запрещеніе дальнѣйшей стройки строящагося зданія, осуществляемое по *праву запрещенія* (право это можетъ быть основано на правѣ собственности, которое терпитъ ущербъ вслѣдствіе стройки, на сервитутѣ, — напр., на *servitus altius non tollendi*, на предписаніи строительнаго устава, на который истецъ ссылается въ интересахъ *populus'a*, ср. l. 5 § 9 D. 39, 1). До рѣ-

шенія спора стройка должна быть приостановлена (въ противномъ случаѣ нунціантъ можетъ предъявить *interdictum de opere restitueundo*, наз. *interdictum de molitorum*, и требовать устранения построеннаго вопреки запрещенію независимо отъ того, сдѣланъ ли былъ запретъ правомѣрно). Дальнѣйшая стройка разрѣшается только въ случаѣ отмены запрета со стороны претора (*remissio nuntiatiois*), напр., въ виду сомнительности права запрета или если строившій представитъ обезпеченіе (такъ наз. *cautio de demoliendo*). Нунціантъ долженъ предъявить искъ, основанный на его правѣ запрета (*in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus*, l. 1 § 6 D. 39, 1): *operis novi nuntiatio* служитъ лицу, обладающему правомъ запрета, но фактически не могущему помѣшать постройкѣ и поэтому вынужденному обратиться къ петиторному иску (основанному на правѣ запрета). Иначе обстоитъ дѣло если запрещеніе (*factus lapilli*) исходитъ отъ лица, которое дѣйствуетъ въ предѣлахъ своей фактической власти (владѣнія): въ этомъ случаѣ запрещающій можетъ воспользоваться противъ лица, предпринимающаго измѣненія на участкѣ (*opus in solo factum*) вопреки запрещенія (*vi*) или въ обходъ запрещенія (*clam*) *interdictum quod vi aut clam* (D. 43, 24) съ цѣлью добиться устранения измѣненія или возмѣщенія ущерба: при этомъ отвѣтчикъ не можетъ сослаться на свое право совершать измѣненія, и запрещающій не обязанъ сослаться на свое право запрета. Вполнѣ достаточно, если у запрещающаго имѣется основательный интересъ для запрета (напр., если онъ является арендаторомъ, l. 11 § 12 D.), и если дѣйствія другого лица представляются въ видѣ недопустимаго самоуправства (*vis*), т. е. если эти дѣйствія противорѣчатъ запрету, основанному на существующей фактической власти (въ бросаніи камня выражается оборона). Хотя *interdictum quod vi aut clam* не предполагаетъ юридическаго владѣнія (*possessio* въ юридическомъ смыслѣ—l. 16 pr. D. 43, 24), оно все же носитъ поссессорный характеръ (характеръ защиты владѣнія), въ то время, какъ *operis novi nuntiatio* направлена противъ дѣйствій, совершающихся въ

сферѣ чужой фактической власти (l. 5 § 10 D. 39, 1). Современное германское право не знает ни одного изъ двухъ указанныхъ юридическихъ способовъ защиты: ихъ замѣняетъ ходатайство о временномъ судебномъ распоряженіи (Уст. Гражд. Суд. § 935).

4. *Cautio damni infecti* (D. 39, 2) представляетъ собой обезпеченіе возмѣщенія того ущерба, который *угрожаетъ* (d. infectum=d. nondum factum) земельному участку со стороны другого участка (vicio aedium, loci, operis); обладатель того участка, которому угрожаетъ опасность, можетъ требовать подобное обезпеченіе отъ собственника (а также отъ наследственнаго арендатора, суперфициара, узупруктуара, залогового кредитора) угрожающаго участка съ тѣмъ, чтобы имѣть возможность по наступленію ущерба предъявить искъ о возмѣщеніи его. Если другая сторона отказывается представить обезпеченіе, преторъ сначала вводитъ владельца участка, находящагося подъ угрозой, во владѣніе угрожающимъ участкомъ (missio in possessionem ex primo decreto), а затѣмъ онъ передаетъ ему право на угрожающій участокъ (m. in poss. ex secundo decreto): противная сторона обязана согласиться на cautio, иначе она лишается участка (cavere aut carere). Cautio damni infecti имѣетъ примѣненіе въ томъ случаѣ, когда угрожающій ущербъ не обусловленъ *положительной виной* обладателя участка (хотя послѣдній и въ состояніи предотвратить этотъ ущербъ), такъ что безъ cautio *не было бы возможности* предъявить искъ о возмѣщеніи ущерба (a. legis Aquiliae, ср. ниже § 85). Искъ возникаетъ только благодаря праву на cautio (instar actionis habet, l. 1 § 2 D. 46, 5). Наибольшее практическое значеніе имѣли здѣсь случаи построекъ, угрожающихъ паденіемъ. Въ наше время нѣтъ необходимости прибѣгать къ cautio: лицо, потерпѣвшее ущербъ, непосредственно получаетъ право требовать его возмѣщенія (даже если окажется, что ущербъ произошелъ только отъ того, что своевременно не были приняты необходимыя мѣры предосторожности),—Герм. Гражд. Улож. §§ 836—838. Въ Герм. Гр. Улож. cautio damni infecti встрѣчается только въ видѣ условія права воздѣйство-

вать на чужую вещь (въ качествѣ условія права отдѣленія, права взятія вещи), Герм. Гр. Ул. §§ 258. 867. 1005; въ такомъ смыслѣ *cautio d. i.* находила примѣненіе и въ римскомъ правѣ: собственникъ цѣнной вещи („*thesaurus*“), находящейся на чужомъ земельномъ участкѣ, не имѣлъ права на виндикацію этой цѣнной вещи, если собственникъ участка не владѣлъ ею (право требовать выдачи вещи отсутствовало, такъ какъ вещь не состояла во владѣніи другой стороны); однако собственникъ цѣнной вещи имѣлъ право взять вещь (*interdictum de thesauro*) при условіи, что онъ представлялъ *cautio* на случай возможнаго ущерба, сопряженнаго съ взятіемъ (*cautio damni infecti*),—l. 15. D. 10, 4.

§ 66.

Защита давностнаго владѣнія.

Если кто-нибудь узурпируетъ вещь, то *по завершеіи usucapio* онъ получаетъ *rei vindicatio* и *actio negatoria*, ибо благодаря *usucapio* онъ приобретаетъ право собственности. Однако, преторъ пожелалъ защитить узурпатора еще *до завершеіи usucapio*. Для этой цѣли онъ ввелъ *actio Publiciana in rem*. Последняя представляетъ собой искъ о правѣ собственности съ той фикціей, будто уже истекъ срокъ, установленный для давности, другими словами, этотъ искъ дается тому владѣльцу, которому для приобрѣтенія права собственности недостаетъ *только* завершеіи установленнаго срока (ср. выше § 51). Такимъ образомъ, на практикѣ давностный владѣлецъ получалъ искъ о правѣ собственности (въ формѣ *actio Publiciana*) еще *до* приобрѣтенія самаго права собственности; ему предоставлялась также и *a. negatoria*. Однако, вълѣдствіе того, что истецъ въ данномъ случаѣ все же еще не являлся обладателемъ настоящаго права собственности, дѣйствіе *a. Publiciana* было *слабѣе* настоящаго иска о правѣ собственности въ двухъ отношеіяхъ. А именно: 1) истинный собственникъ, если онъ въ моментъ предъявленія иска

владѣль вещью или нарушалъ давностное владѣніе вещью истца, могъ выставить противъ а. Publiciana *exceptio domini*; слѣдовательно, actio Publiciana не имѣла силы противъ него (за исключеніемъ того случая, когда истецъ съ своей стороны могъ противъ *exceptio domini* сослаться на *replicatio rei venditae et traditae*, ср. выше § 62); 2) если отвѣтчикъ тоже является давностнымъ владѣльцемъ вещи (и, слѣдовательно, если онъ узупакируетъ ту же вещь, которая раньше была въ давностномъ владѣніи истца), истецъ, предъявившій а. Publiciana, только въ томъ случаѣ можетъ рассчитывать на удачный исходъ, если отвѣтчикъ приобрѣлъ вещь отъ *того же* auctor'a, какъ и истецъ, и если онъ приобрѣлъ ее *позднѣе* истца; если же отвѣтчикъ приобрѣлъ ее отъ другого auctor'a или же отъ того же auctor'a, но ранѣе истца, то онъ (отвѣтчикъ) можетъ защищаться путемъ *exceptio*, и истецъ долженъ проиграть дѣло. А. Publiciana обладаетъ лишь относительной силой: она дѣйствительна только противъ *менѣе управомоченныхъ* лицъ.

Въ остальномъ же а. Publiciana обладаетъ тѣми же послѣдствіями, какъ и настоящій искъ о правѣ собственности. Такимъ образомъ, а. *in rem* Publiciana выступаетъ въ качествѣ *utilis rei vindicatio*, когда истецъ *утратилъ* владѣніе такое примѣненіе а. Publiciana имѣется всегда въ виду, когда говорятъ объ этомъ искѣ безъ особыхъ оговорокъ); съ другой стороны, она выступаетъ въ качествѣ *Publiciana negatoria actio*, когда истцу просто *мѣшаютъ* владѣть вещью.

Цѣль actio Publiciana состоитъ не въ томъ, чтобы дать давностному владѣльцу преимущество передъ собственникомъ въ отношеніи права на вещь (потому собственнику и предоставляется *exceptio domini*), а въ томъ, чтобы защитить давностнаго владѣльцу отъ посягательствъ со стороны *менѣе управомоченныхъ* лицъ. Actio Publiciana даетъ только *относительную* защиту. Но значеніе ея можетъ быть шире. Самъ

собственникъ можетъ обратиться къ ней, если онъ вынужденъ выступить съ искомъ вслѣдствіе утраты или нарушенія владѣнія. Почему такъ? Потому, что онъ можетъ, не ссылаясь на свое право собственности, указать на то, что онъ во всякомъ случаѣ совмѣщаетъ себѣ всѣ условія, необходимые для *давностнаго владѣнія*. Вѣдь онъ или купилъ вещь или приобрѣлъ ее инымъ законнымъ способомъ. Вѣдь онъ находится *in bona fide*. Этого вполне достаточно для обоснованія *actio Publiciana* и для выигрыша процесса съ противникомъ, не имѣющимъ никакого права на вещь. Нѣтъ никакой необходимости прибѣгать къ сложному иску о правѣ собственности и къ доказательствамъ наличности права собственности.

Послѣднее замѣчаніе заставило насъ коснуться той области, въ которой на практикѣ играла наиболѣе важную роль *а. Publiciana* обще-германскаго пандектнаго права. Фактически тамъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, *actio Publiciana* служила для *собственника*; предъявляя этотъ искъ, собственникъ выступалъ въ роли давностнаго владѣльца. Практическое значеніе постановленій права о защитѣ давностнаго владѣнія состояло въ томъ, чтобы предоставить собственнику *второй* способъ защиты его права, при томъ способъ *болѣе легкій*, чѣмъ тотъ, какой представляли собой формальные иски о правѣ собственности въ своемъ настоящемъ видѣ. Послѣднее назначеніе *а. Publiciana* ясно выступало еще въ римскомъ правѣ. Къ *а. Publiciana* прибѣгалъ не только давностный владѣлецъ, приобрѣвшій вещь *а non domino*, но и бонитарный собственникъ, приобрѣвшій *а domino* (но получившій *res mancipi* путемъ простой *traditio*): ибо и онъ съ точки зрѣнія квинтеской собственности былъ только давностнымъ владѣльцемъ (ср. выше, § 64). Слѣдовательно, *actio Publiciana* считалась въ классическомъ римскомъ правѣ даже формально искомъ собственника, именно—искомъ бонитарнаго собственника. Современное германское граждан-

ское право не знает actio Publiciana. Предъявление иска о правѣ собственности облегчается въ наше время презумпціей принадлежности недвижимости тому, кто занесенъ въ качествѣ собственника въ вотчинную книгу, и принадлежности движимости тому, кто ею владѣеть (Герм. Гражд. Ул. §§ 891. 1006) ¹⁾.

Gaius Inst. IV § 36: Datur autem haec actio (Publiciana) ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam *ex iure Quiritium suam esse* intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit, veluti hoc modo: *Iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret, et reliqua.*

L. 17 D. de Publ. act. (6, 2) (Neratius): Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio *si ea res possessoris non sit*), sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

§ 67.

Защита юридическаго владѣнія.—Владѣніе и право собственности.

Отъ права собственности необходимо отличать владѣніе. Право собственности представляетъ собой правовое господство надъ вещью, владѣніе же, какъ таковое, является лишь

¹⁾ Существенно отличается отъ а. Publiciana также притязаніе на движимую вещь, утраченную добросовѣстнымъ владѣльцемъ помимо его воли (Герм. Гр. Ул. § 1007). Это притязаніе не имѣетъ предположеніемъ давностнаго владѣнія и вообще владѣнія отъ собственнаго имени. Этотъ искъ, ведеть свое происхождение отъ германскаго иска о движимости. Какъ самое давностное владѣніе, такъ и приобрѣтеніе права собственности по давности играютъ въ современномъ правѣ далеко не такую значительную роль, какъ у римлянъ (ср. выше, § 64, прим. 9).

фактическимъ господствомъ надъ вещью. Владѣніе есть *осуществленіе* права собственности, и можно сказать, что по идеѣ собственникъ долженъ быть въ то же время и владѣльцемъ. Этимъ объясняется смѣшеніе обоихъ понятій въ обычномъ словоупотребленіи. Тѣмъ не менѣе, понятіе права собственности и понятіе владѣнія *по существу* различны. Можно быть собственникомъ, не будучи владѣльцемъ, можно быть и владѣльцемъ, не будучи собственникомъ (напр., если вещь находится въ рукахъ вора). Владѣніе столь же *отличается* отъ права собственности, какъ *factum* отличается отъ *ius*.

Владѣніе, какъ *фактическое* господство надъ вещью, выступаетъ въ весьма разнообразныхъ видахъ.

Одинъ случай: хотя вещь находится у меня въ рукахъ, и хотя, быть можетъ, я держу ее въ своихъ собственныхъ интересахъ (напр., взятая мной для прочтенія книга), но я считаю настоящимъ хозяиномъ вещи другое лицо (одолжившее мнѣ книгу), и я намѣренъ сохранить вещь не столько для себя, сколько для этого *другого*. Въ данномъ случаѣ у меня есть *corpus* владѣнія, т. е. внѣшняя его сторона. *Мнѣ недостаетъ animus'a владѣнія*, ибо у меня нѣтъ соответствующей этому тѣлесному отношенію *воли*. Несмотря на то, что вещь находится въ моихъ рукахъ, я желаю сохранить ее не лично для себя,—я желаю сохранить ее въ концѣ концовъ для другого. Въ данномъ примѣрѣ держатель вещи не обнаруживаетъ *animus rem sibi habendi*,—у него есть *animus rem alteri habendi*. Въ такомъ случаѣ говорятъ о простомъ *держаніи*—*detentio*. Простой держатель, детенторъ (напр., взявшій вещь въ ссуду, нанявшій, арендовавшій ее, депозитарій, мандатарій) обладаетъ вещью,—*имѣя въ виду* другое лицо. Римское право считало держателя *представителемъ* (точнѣе: помощникомъ, слугою) другого владѣльца: этотъ другой (одолжившій вещь, отдавшій ее внаймы) считался въ римскомъ правѣ владѣющимъ черезъ детентора, держателя.

Другой случай: вещь находится у меня и въ то же время я желаю обладать ею *только для себя*, напр., потому что я являюсь ея собственникомъ или, по крайней мѣрѣ, считаю себя таковымъ, или даже несмотря на то, что я знаю, что я не собственникъ этой вещи: я все-таки хочу обладать вещью лично для себя (къ послѣдней категоріи принадлежить воръ, который съ точки зрѣнія своего *фактическаго* отношенія къ вещи ничѣмъ не отличается отъ собственника, и также, *закладоприиматель*, такъ какъ онъ тоже имѣетъ желаніе владѣть вещью, отстраняя отъ нея *собственника*)¹⁾. Въ этомъ случаѣ въ моемъ лицѣ сочетаются какъ *corpus*, такъ и *animus* владѣнія, т. е. не только матеріальный составъ владѣнія, но и *скрывающаяся* за нимъ соответственная *воля*. Я не только обладаю вещью, но и желаю обладать ею *для себя лично* (*animus rem sibi habendi*, который теперь называютъ *animus domini*). Я желаю *отстранить*

1) Иначе чѣмъ закладоприиматель относится къ вещи наниматель, арендаторъ (судоприиматель и т. д.). Наниматель не желаетъ отстранить отъ вещи лицо, отдавшее вещь внаймы; наоборотъ, онъ желаетъ *быть посредникомъ* между собственникомъ и самой вещью (поэтому считается, что наймодавецъ юридически владѣетъ вещью черезъ нанимателя). Ибо наниматель желаетъ осуществлять не вещное, а *обязательственное* право (право требовать отъ *наймодавца предоставленія* пользованія вещью, ср. выше § 60). Поэтому каждое дѣйствіе, производимое нанимателемъ при пользованіи вещью, представляетъ собой съ юридической точки зрѣнія пользованіе вещью съ разрѣшенія наймодавца, т. е. осуществленіе того господства надъ вещью, которое принадлежитъ *наймодавцу*. Наниматель отстраняетъ отъ вещи только постороннихъ лицъ; но (съ юридической точки зрѣнія) онъ отстраняетъ ихъ, *имѣя въ виду* владѣніе *наймодавца*. Если изгонять съ участка арендатора, то юридически изгнаннымъ будетъ наймодавецъ. Наниматель не имѣетъ владѣльческой воли (хозяйской воли), но такую волю имѣетъ закладоприиматель, ибо послѣдній стремится не къ тому, чтобы владѣть для закладодателя, а къ тому, чтобы *отстранить* послѣдняго отъ владѣнія (такова точка зрѣнія римскаго права).

отъ вещи всякое другое лицо. Поскольку рѣчь идетъ объ устраненіи другихъ лицъ, я пользуюсь вещью какъ собственникъ ея (она находится въ моемъ исключительномъ обладаніи) ²⁾, независимо отъ того, принадлежитъ ли мнѣ въ дѣй-

²⁾ Господствующее ученіе, развитое *Savigny*, рассматриваетъ *animus domini* какъ желаніе владѣть вещью какъ своей собственной; поэтому оно не въ силахъ обосновать юридическое владѣніе закладопринимателя (желающаго владѣть вещью только въ качествѣ такового). Съ точки зрѣнія этого ученія, владѣніе закладопринимателя считается особымъ своеобразнымъ видомъ юридическаго владѣнія и называется „производнымъ юридическимъ владѣніемъ“. Это неосновательно. Закладоприниматель, несмотря на то, что онъ желаетъ владѣть вещью только какъ закладомъ, имѣетъ такую же *владѣльческую* волю, какъ и собственникъ. Сущность владѣнія, какъ такового, составляетъ не пользование вещью, а только отстраненіе отъ вещи другихъ лицъ. И Гарпагонъ владѣетъ. Всякій, *желающій отстранить отъ вещи всѣхъ другихъ*, обнаруживаетъ „хозяйскую“ волю, *animus domini*, т. е. какъ *владѣлецъ* вещи имѣетъ одинаковую волю съ собственникомъ. То обстоятельство, что я владѣю вещью какъ собственной, или какъ заложенной, имѣетъ значеніе для воли, направленной на *пользованіе*, а не для *владѣльческой* воли. Желаніе пользоваться вещью не было по римскому праву необходимо для юридическаго владѣнія и не было достаточно (арендаторъ и наниматель, напр., имѣютъ желаніе пользоваться вещью и все же у нихъ нѣтъ владѣльческой воли—*animus domini*; ср. прим. 1). Одинаковое положеніе съ закладопринимателемъ занимаютъ въ римскомъ правѣ прекарістъ (ниже прим. 5) и секвестръ (ниже § 79 I с), также и наследственный арендаторъ (ниже § 70) и суперфициаръ (§ 71), поэтому господствующее ученіе считаетъ и ихъ владѣніе „производнымъ юридическимъ владѣніемъ“. Тѣ же основныя положенія (независимо отъ меня) развиваетъ *W. Stintzing*, *Der Besitz*, I, 1, 1 (1889), стр. 121 (тамъ же, стр. 8 и сл. о нанимателѣ, арендаторѣ и т. д.); *Zur Besitzlehre* (1892), стр. 5 и сл. *Der Besitz*, I, 1. В. (1895), стр. 8 и сл.; однако *Stintzing* въ объективномъ элементѣ владѣнія усматриваетъ не фактическое господство надъ *вещью*, но фактическую власть надъ другими лицами: фактическое отстраненіе (оно можетъ и не быть физическимъ) другихъ лицъ отъ обладанія вещью.—Въ случаяхъ, „производнаго“ юридическаго владѣнія то лицо, отъ котораго приобрѣтено юриди-

ствительности право собственности, или нѣтъ, — и если нѣтъ, то безразлично, знаю я объ этомъ (какъ знаетъ это воръ, закладоприиматель), или не знаю (какъ не знаютъ *bonae fidei possessor*, давностный владѣлецъ).

Послѣдній видъ владѣнія носить названіе *юридическаго владѣнія*. Слѣдовательно, юридическое владѣніе римскаго права составляютъ два элемента: 1) *corpus (detentio)*, т. е. фактическое господство надъ вещью (при чемъ безразлично, осуществляется ли *corpus* непосредственно владѣльцемъ лично или черезъ детентора, напр., при посредствѣ арендатора, ссудодержателя и т. д.); 2) *animus (domini)* т. е. воля владѣть *только для себя*, желаніе отстранить отъ вещи *всякое другое лицо*. Если вещь передана другому для простого держанія (напр., при ссудѣ, арендѣ, мандатѣ и т. п.), то непосредственный обладатель ея (ссудодержатель и т. д.) является только детенторомъ, посредственный же обладатель (лицо, отдавшее вещь въ ссуду, внаймы, мандантъ и т. п.) сохраняетъ въ своемъ лицѣ юридическое владѣніе.

Слѣдовательно, юридическое владѣніе *приобрѣтается* *corpore et animo* (I, 3 § 1 D. 41, 2). Фактическій составъ *corpus'a*, т. е. фактической власти надъ вещью, различается смотря по обстоятельствамъ. Для приобретѣнія владѣнія путемъ *occupatio* требуются болѣе сложныя условія, нежели для приобретѣнія черезъ *traditio*: въ послѣднемъ случаѣ для приобретѣнія *corpus'a* можетъ оказаться достаточнымъ простое соглашеніе съ прежнимъ владѣльцемъ (предоставляю-

ческое владѣніе (вмѣсто котораго владѣніе въ извѣстной степени осуществляется), продолжаетъ давностное владѣніе, хотя на дѣль оно и не владѣетъ вещью. Таково положеніе закладодателя (выше § 64): онъ владѣетъ *ad usucapionem*, хотя *quod ad reliquas omnes causas pertinet* владѣльцемъ (юридическимъ, интердиктнымъ владѣльцемъ) является закладоприиматель, т. е. несмотря на то, что закладоприиматель *отстраняетъ* его (закладодателя) отъ владѣнія (D. 41, 3, 16).

щимъ владѣніе пріобрѣтателю: *vacuam possessionem facere*), если пріобрѣтатель этимъ путемъ становится въ такое положеніе, что можетъ фактически господствовать надъ вещью (такъ называемая *longa manu traditio*, ср. l. 18 § 2 i. f. D. 41, 2. Герм. Гр. Ул. § 854, 2). Точно такъ же разнообразятся условія пріобрѣтенія *corpus*'а въ зависимости отъ того, идетъ ли рѣчь о недвижимости или о движимости, а примѣнительно къ послѣдней—въ зависимости отъ того, является ли эта движимость вещью, требующей особой охраны (напр., деньги), или же вещью, которая обыкновенно оставляется безъ охраны (напр., дрова на складѣ). Въ послѣднемъ случаѣ мыслима *longa manu traditio*, какъ и въ отношеніи земельного участка. Въ вопросѣ о томъ, можно ли считать владѣніе пріобрѣтеннымъ, рѣшающимъ моментомъ являются возрѣнія оборота. Однако, признать владѣніе пріобрѣтеннымъ можно только послѣ того, какъ къ *corpus*'у присоединится *animus*. Наличие *animus*'а можно вывести изъ основанія пріобрѣтенія владѣнія (*causa possessionis*), т. е. изъ объективнаго момента (напр., владѣніе вещью пріобрѣтается на основаніи купли, отдачи въ закладъ, кражи). Внутреннее настроеніе воли само по себѣ значенія не имѣетъ. Слѣдовательно, тотъ, кто пріобрѣтаетъ вещь въ качествѣ депозитарія или нанимателя, является только детенторомъ. Если такой детенторъ только внутренно (не проявляя вовнѣ) возымѣетъ *animus domini*, то онъ тѣмъ самымъ еще не обратится въ юридическаго владѣльца: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (D. 41. 2. 3. 19). Депозитарій (наниматель) только тогда обратится въ юридическаго владѣльца, когда онъ совершитъ актъ присвоенія вещи, или купить ее и т. д. *Brevi manu traditio* и *constitutum possessorium* (выше § 63) представляютъ собой случаи измѣненія *animus*'а, а вмѣстѣ съ тѣмъ и юридическаго владѣнія, путемъ измѣненія *causa possessionis*. Пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія черезъ представителя означаетъ, что

владѣніе приобрѣтено черезъ детентора, который въ силу юридическаго отношенія, лежащаго въ основаніи детенціи (напр., порученія), подчиняется *animus*'у представляемаго. Римское право допускало приобрѣтеніе владѣнія не только черезъ несвободныхъ, но и черезъ свободныхъ представителей (выше § 45).

Юридическое владѣніе *утрачивается vel animo, vel etiam corpore* (D. 41, 2. 44, 2), т. е. вслѣдствіе исчезновенія *одного* изъ двухъ основныхъ элементовъ владѣнія (когда одинъ изъ нихъ замѣняется противоположнымъ состояніемъ—*in contrarium actum est*). Условія утраты *corpus*'а опять-таки варьируются въ зависимости отъ обстоятельствъ и отъ свойствъ вещей. Владѣніе *saltus hiberni* и *aestivi* (т. е. пастбищами, которыми пользуются только зимой или только лѣтомъ) не утрачивается только вслѣдствіе того, что въ свободное время (когда владѣлецъ отсутствуетъ) третье лицо водворяется на участкѣ; здѣсь главное значеніе имѣетъ поведеніе прежняго владѣльца послѣ того, какъ фактъ водворенія посторонняго лица становится ему извѣстнымъ (прежній владѣлецъ утрачиваетъ владѣніе *animo*, если онъ не обнаруживаетъ болѣе *владѣльческой* воли и ограничивается, напр., предъявленіемъ иска о правѣ собственности; онъ утрачиваетъ владѣніе *corpore*, если третье лицо успѣшно защищается). Въ такомъ случаѣ римляне говорили, что владѣніе (пустующимъ по хозяйственнымъ соображеніямъ участкомъ) *solo animo retinetur* (ср. Герм. Гр. Ул. § 856, 2). Слѣдовательно, если третье лицо захватываетъ незанятый участокъ, вопросъ объ утратѣ владѣнія рѣшается въ зависимости отъ отношенія владѣльца къ этому факту; если владѣлецъ, узнавъ о томъ, что участокъ захваченъ третьимъ лицомъ, немедленно удалитъ это лицо, нарушеніе владѣнія будетъ считаться несущественнымъ, случайнымъ; въ противномъ случаѣ владѣніе считается утраченнымъ.

Къ существу юридическаго владѣнія принадлежать выте-

кающія изъ владѣнія *права*, такъ называемыя *iura possessionis*. Поэтому юридическое владѣніе немислимо въ отношеніи *res extra commercium* (выше § 59). Поэтому же неспособное лицо не можетъ приобрести юридическаго владѣнія (*quia possessio non tantum corporis sed etiam iuris est*, l. 49 § 1 D. 41, 2): по общему правилу, рабъ приобретаетъ юридическое владѣніе для своего господина, подвластный для своего домовладыки (еще по Юстиніанову праву и на вещи, входившія въ составъ его *peculium profecticium*). Права владѣнія совершенно не зависятъ отъ того, приобретено ли владѣніе правомѣрно (*iusta possessio*) или нѣтъ (*iniusta possessio*): *iura possessionis* (*вытекающія изъ фактическаго владѣнія*) не имѣютъ своимъ источникомъ права на владѣніе (*ius possidendi*). Какъ будетъ ясно изъ послѣдующаго изложенія, для *iura possessionis* значеніе имѣетъ лишь то, приобретено ли владѣніе порочнымъ способомъ (такъ назыв. *vitiosa possessio*) или нѣтъ. Владѣніе, приобретенное порочно (*vi, clam, precario*), снабжается всеми *iura possessionis* противъ всякаго третьяго лица, но оно должно отступить передъ тѣмъ лицомъ, у котораго владѣніе было отнято указаннымъ способомъ. По отношенію къ *этому* лицу порочное владѣніе не считается владѣніемъ.

Права владѣнія состоятъ въ правѣ самозащиты (выше § 46) и во владѣльческихъ искахъ (поссессорные interdикты). Последніе направлены противъ того лица, которое поступаетъ *формально* неправильно, — тѣмъ, что препятствуетъ существующему владѣнію, или тѣмъ, что удерживаетъ владѣніе самоуправно (*vi, clam*) или прекарно (*precario*). Такое лицо обязано *до того времени*, пока опредѣлится взаимное юридическое положеніе обѣихъ сторонъ, устранить состояніе, вызванное формальной неправильностью его поведенія (нарушеніемъ чужого владѣнія). Въ этомъ заключается смыслъ *владѣльческихъ interdиктовъ*.

Но только *юридическое* владѣніе (при которомъ налицо

имѣются *corpus* и *animus*) порождаетъ по римскому праву права владѣнія. Только *юридическое* владѣніе признавалось въ римскомъ правѣ владѣніемъ въ истинномъ смыслѣ (*possessio*) и поэтому только юридическое владѣніе защищалось поессессорными интердиктами. Детенторъ, — напр., наниматель, — не имѣлъ права на поессессорный искъ у римлянъ; онъ долженъ былъ основываться на томъ правоотношеніи, которое предоставило ему пользованіе вещью. Съ этой же точки зрѣнія слѣдуетъ разсматривать отношеніе нанимателя къ лицу, отдавшему ему вещь внаймы: если послѣднее самовольно лишитъ нанимателя вещи, то по римскому праву налицо будетъ только осуществленіе (наймодавцемъ) владѣнія, а не лишеніе владѣнія (наниматель, не являясь юридическимъ владѣльцемъ, можетъ прибѣгнуть только къ договорному, а не къ поессессорному иску). Если третье лицо самовольно лишитъ нанимателя нанятой вещи, то съ точки зрѣнія римскаго права будетъ нарушено владѣніе того, *кто отдалъ вещь внаймы* (юридическаго владѣльца), и только этому послѣднему будетъ принадлежать право на поессессорный искъ.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ находится и терминологія римскаго права. Простое держаніе вещи (*detentio*) обозначалось классическими юристами, какъ не имѣющее юридическаго значенія, терминомъ *naturalis possessio* (*in possessione esse*). Въ противоположность *naturalis possessio*, классическіе юристы ввели терминъ: *civilis possessio*, т. е. владѣніе, приобрѣтенное однимъ изъ способовъ (*iusta causa*), установленнаго гражданскимъ правомъ (также и *ius gentium*: *occupatio*, *traditio*); поэтому такое владѣніе имѣло значеніе для гражданского права (напр., въ отношеніи къ приобрѣтенію права собственности по давности владѣнія). Юридическое владѣніе, приобрѣтенное безъ *iusta causa* (напр., путемъ запрещеннаго даренія), но все же пользующееся преторской интердиктной защитой (напр., дареніе мужа женѣ) называлось просто *pos-*

sessio: это было владѣніе въ юридическомъ смыслѣ, но не обладавшее *цивильно*-правовыми послѣдствіями. Классическая терминологія нѣсколько затемнилась въ *Corpus iuris* вслѣдствіе интерполяцій (этимъ объясняются считавшіяся до сихъ поръ неустранимыми затрудненія). Въ Юстиніановомъ правѣ всякое владѣніе, признанное правомъ, обозначалось терминомъ *civilis possessio* (т. е. такъ называлось не только владѣніе *ex iusta causa*, но и такое владѣніе, которое пользовалось только преторской, интердиктной защитой): различіе между *ius honorarium* и *ius civile* исчезло. Но *possessio*, владѣніемъ въ собственномъ смыслѣ и въ *Corpus iuris* считалось не *detentio*, какъ таковая, а только *юридическое* владѣніе, защищенное поссессорными интердиктами; для интердиктной же защиты этого *юридического* владѣнія было безразлично, приобрѣтено ли оно *ex iusta* или *ex iniusta causa* ^{2a}).

Къ числу поссессорныхъ интердиктовъ *Юстиніанова* права относятся:

1) *Interdictum uti possidetis*, представляющей собой *interdictum retinendae possessionis* и служащей для *сохраненія* существующаго юридическаго владѣнія. Этотъ интердиктъ примѣняется въ случаѣ простой помѣхи владѣнію, но только такой помѣхи, которая носитъ характеръ длительнаго обремененія (напр., если сосѣдь возводитъ на своемъ участкѣ сооруженія, нарушающія спокойное владѣніе сосѣднимъ участкомъ, но не тогда, когда кто-либо ночью постучитъ въ окно). Путемъ интердикта юридическій владѣлецъ можетъ требовать признанія своего владѣнія, прекращенія

^{2a}) Изложеніе настоящаго отдѣла основано на остроумныхъ соображеніяхъ *Riccobono* (zur Terminologie der Besitzverhältnisse, Zeitschr. d. Sav.—Stift., Bd. 31, стр. 321 и сл.), выводы котораго, хотя и представляютъ еще нѣкоторыя затрудненія въ мелочахъ, въ основномъ—все же приводятъ къ цѣли, ибо они вносятъ ясность въ вопросъ, до сихъ поръ оставшіяся неразрѣшеннымъ, несмотря на крайне многочисленныя попытки освѣтить его.

помѣхи и возмѣщенія ущерба за понесенное безпокойство. Однако, право на интердиктъ имѣеть только тотъ юридическій владѣлецъ, который приобрѣлъ свое владѣніе *pec vi pec clam nec precario ab adversario* ³⁾. Тотъ, кто приобрѣлъ юридическое владѣніе насильно (*vi*), тайно (*clam*, предвидя возраженіе другой стороны и тайно обойдя его) или по просьбѣ (*precario*, до перваго заявленія, безъ связующей юридической сдѣлки), т. е. порочнымъ способомъ *отъ своего противника по процессу*, не считается въ этомъ процессѣ за юридическаго владѣльца; наоборотъ, противникъ по процессу (отъ котораго владѣніе приобрѣтено *vi, clam, precario*) считается юридическимъ владѣльцемъ и ему должно быть *передано* владѣніе вещь. Такимъ образомъ, напримѣръ, собственникъ украденной вещи можетъ, пока воръ *еще владѣетъ* вещью,

³⁾ По до-Юстинианову праву *interdictum uti possidetis* могъ имѣть примѣненіе *только въ отношеніи земельныхъ участковъ*; въ отношеніи движимыхъ вещей примѣнялся другой интердиктъ *retinendae possessionis: interdictum utrubi*. При *interd. uti possidetis* (примѣнительно къ земельнымъ участкамъ) верхъ одерживалъ тотъ, кто *въ данный моментъ* (въ моментъ объявленія интердикта преторомъ) владѣлъ *pec vi pec clam nec precario ab adversario*; при *interd. utrubi* (когда дѣло шло о движимыхъ вещахъ) верхъ одерживалъ тотъ, кто *въ теченіе послѣдняго года* (передъ объявленіемъ интердикта) владѣлъ дольше *pec vi pec clam nec precario ab adversario* (при этомъ дозволялось засчитывать себѣ время владѣнія своего аuctora, — такъ назыв. *accessio*, ср. выше § 64). Практика византийскаго періода римскаго права распространила положенія *uti possidetis* и на *interd. utrubi* (*utriusque interdicti potestas exaequata est*); эта практика нашла себѣ признаніе въ *Corpus iuris Юстиніана* (I. 4, 15, 4; D. 43, 31, 1, 1). Этимъ самымъ *interd. uti possidetis* сталъ примѣняться и въ отношеніи движимыхъ вещей, такъ что по *Corpus iuris* при спорѣ о владѣніи движимыми вещами принималось во вниманіе только состояніе владѣнія въ моментъ процесса (въ моментъ *litis contestatio*, ибо въ это время исчезло прежнее объявленіе интердикта, § 56). Ср. *Fitting* въ *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, Bd. 11, стр. 441.

выступить противъ вора и съ поссессорнымъ искомъ (*interd. uti possidetis*, по до-Юстиніанову праву съ *interd. utrubi*,—такъ назыв. рекуператорная функція интердикта); и несмотря на это, самъ воръ, съ своей стороны, можетъ выступить съ поссессорнымъ искомъ противъ другого вора, укравшаго вещь у него (въ теченіе того времени, пока этотъ другой воръ еще владѣть вещью). Далѣе, *истецъ* можетъ быть присужденъ къ передачѣ владѣнія отвѣтчику вслѣдствіе такъ называемой *exceptio vitiosae possessionis* (если владѣющій истецъ выступитъ по поводу помѣхи владѣнію съ *int. uti possidetis* противъ такого отвѣтчика, отъ котораго онъ приобрѣлъ юридическое владѣніе *vi, clam* или *precario*). Въ этомъ смыслѣ *interd. uti possidetis* называютъ *interdictum duplex* (приказъ претора касался *обѣихъ* сторонъ), а искъ *ex interdicto uti possidetis* (въ Юстиніановомъ судопроизводствѣ не было больше формальнаго интердикта, § 56) относиться къ *iudicia duplicia* (двустороннимъ искамъ): по такому иску можетъ быть присужденъ не только отвѣтчикъ, но и истецъ (обѣ стороны выступаютъ одновременно въ роли истца и отвѣтчика) 4).

2) *Interdictum unde vi* и *interdictum de precario*. Эти оба средства защиты владѣнія суть *interdicta recuperandae possessionis*. Они служатъ для возстановленія *утраченнаго* юридическаго владѣнія, а именно: *interd. unde vi*—для возстановленія насильственно (съ примѣненіемъ физической силы, *deiectio*) отнятаго владѣнія *земельнымъ* участкомъ, *interd. de precario*—для возстановленія владѣнія движимой или недвижимой вещью, если владѣніе таковой было утрачено вслѣдствіе отдачи вещи по просьбѣ до востребованія (безъ *obligo*), т. е. безъ соотвѣтственной юридической сдѣлки 5).

4) Кромѣ того, къ числу *iudicia duplicia* относятся и иски о раздѣлѣ, ниже § 83.

5) Отсутствіе *договорнаго соглашенія* характеризуетъ различіе между *precarium* съ одной стороны, наймомъ и ссудой (*commoda-*

Interdictum unde vi направленъ только противъ нарушителя, какъ такового, независимо отъ того, владѣеть ли онъ еще

tum) съ другой (ср. ниже, § 79 I в). Даже если при *precarium* стороны уговорились относительно частныхъ, то ихъ оговорки не имѣютъ связующаго юридическаго значенія. *Precarium* всегда предполагаетъ предоставленіе владѣнія „до перваго требованія“ и потому можетъ подлежать отмѣнѣ *во всякое время* (наемъ же и ссуда прекращаются только по истеченіи установленнаго срока) *Precario dans* не желаетъ ничѣмъ обязываться. Этимъ объясняется возможность прекращенія *precarium* въ любой моментъ и отсутствіе отвѣтственности *precario dans'a* за ущербъ (если съ его стороны нѣтъ *dolus'a*) и за издержки (*precario dans* не обязанъ возмѣщать даже *impensae necessariae*; его контрагенту предоставляется въ лучшемъ случаѣ *ius tollendi*). И обратно: прекаристъ не обязанъ къ *diligentia*; если же онъ обѣщалъ уплатить деньги за пользованіе (что въ классической періодъ часто имѣло мѣсто, тогда какъ первоначально *precarium*, повидимому, выступалъ въ формѣ безвозмезднаго предоставленія пользованія вещью), то все же къ нему нельзя было предъявить иска по поводу этихъ денегъ. *Precarium* представляетъ собой *фактическое* отношеніе, не сопряженное съ установленіемъ взаимныхъ правъ и обязанностей; и принадлежащее *precario dans'у* притязаніе на возвращеніе вещей, предоставленныхъ путемъ *precarium*, основано не на обѣщаніи (не на обязательственномъ правѣ, какъ при наймѣ и *commodatum*), а только на *precario habere* прекариста. Поэтому, съ формальной точки зрѣнія владѣніе прекариста считается самостоятельнымъ. Его владѣніе не базвруется на особомъ отношеніи, существующимъ между имъ и лицомъ, одолжившимъ вещь (какъ, напр., при наймѣ). Поэтому прекаристъ является *юридическимъ* владѣльцемъ (ср. прим. 2). Формально онъ самъ считается владѣльцемъ вещи, и потому если онъ не только находится „*in possessione*“, но и дѣйствительно обладаетъ самой вещью, онъ въ состояніи отстранить отъ вещи и *самого хозяина* (*precario dans'a*,—ибо послѣдній не владѣеть вещью). Однако, юридическое владѣніе прекариста считается „порочнымъ“ (оно имѣетъ *vitium possessionis*): коль скоро хозяинъ вещи изъявитъ желаніе получить вещь обратно, прекарное владѣніе, какъ „порочно“ добытое, должно быть возвращено хозяину по его *поссессорному* иску. Обязанность прекариста вернуть вещь ея хозяину обращаетъ его владѣніе въ „порочное“. Возможно, что прообразомъ римскаго *precarium* послужило владѣніе кліентовъ (владѣніе земельными

или нѣтъ, самъ ли онъ нарушилъ владѣніе или прибѣгъ къ помощи другихъ лицъ, приобрѣлъ ли истецъ самъ отъ него владѣніе *vi, clam* или *precario* или нѣтъ. Итакъ, при *interd. uti possidetis* отвѣтчикъ можетъ возразить истцу: ты самъ приобрѣлъ отъ меня *vi, clam* или *precario* (такъ называемая *exceptio vitiosae possessionis*); этимъ самымъ, какъ только что было указано, истецъ можетъ быть присужденъ къ передачѣ владѣнія. При *interd. unde vi* подобная *exceptio vitiosae possessionis* не можетъ имѣть мѣста ⁶⁾. *Interdictum de precario* направлено также противъ прекариста, какъ такового (который *precario habet* отъ истца или *dolo malo fecit, ut desineret habere*). По *interdictum unde vi* съ момента лишенія владѣнія истецъ можетъ требовать возмѣщенія ущерба за недостаточную заботливость о вещи; прекаристъ, какъ таковой, отвѣчаетъ только за *dolus* и *culpa lata* (ср. прим. 5); его отвѣтственность за *omnis diligentia* начинается только съ момента объявленія интердикта.

Къ *interdictum unde vi* и *interdictum uti possidetis* можно было прибѣгнуть только *intra annum (utilem)*; *post annum* оставалась только *actio in factum*, направленная на выдачу обогащенія (*quod ad eum pervenit*). Наоборотъ, *interdictum de precario* погашался только истеченіемъ обычной давности (30 или 40 лѣтъ).

Указанные интердикты (*retinendae* и *recuperandae possessionis*) ⁷⁾ предоставлялись юридическому владѣльцу какъ та-
участками, предоставлявшимися патронами кліентамъ для доставленія средствъ къ жизни). § 604, 3 Герм. Гражд. Улож. относить *precarium* къ категоріи ссуды; слѣдовательно, современное право не знаетъ больше *precarium*, какъ самостоятельнаго юридическаго отношенія.

⁶⁾ Таково было правило Юстиніанова права. Классическое право различало между *interdictum de vi armata* (при которомъ *exceptio* не допускалась) и *interdictum de vi (quotidiana)*, при которомъ *exceptio* была возможна. Юстиніанъ устранилъ это разграниченіе: при немъ въ *exceptio* отказывали во всѣхъ случаяхъ.

⁷⁾ Только эти интердикты носятъ посессорный характеръ. *Inter-*

ковому независимо отъ того, обладалъ ли онъ въ дѣйстви-
тельности правомъ на вещь, или нѣтъ. Интердикты защи-
щали его *владѣніе, какъ таковое*, совершенно независимо
отъ его права владѣть (поэтому интердикты и назывались
поссessorными средствами защиты). Болѣе того,—вопросъ о
правѣ прямо-таки *устранялся*. Отвѣтчикъ *не могъ* защи-
щаться, ссылаясь на свое право на вещь. То лицо, которое
является юридическимъ владѣльцемъ (*res vi res clam res
precario ab adversario*), одерживаетъ верхъ при интердикт-
номъ разбирательствѣ, даже если съ матеріально-правовой
точки зрѣнія оно неправо. Чѣмъ же объясняется такое по-
ложеніе вещей? Въ чемъ состоитъ смыслъ и основаніе за-
щиты владѣнія?

Владѣніе не представляетъ собой права на вещь, оно также
не порождаетъ правъ на вещь. Оно не принадлежитъ къ
числу имущественныхъ правъ. Поэтому владѣльческое при-
тязаніе не является имущественно-правовымъ (петиторнымъ)
притязаніемъ. Поссessorный искъ (обоснованный владѣніемъ,
какъ таковымъ) *противопологается* иску петиторному (въ
основѣ котораго лежитъ имущественное право). Владѣніе
одного лица защищается вслѣдствіе *формальной* неправоты
противника. Всякій, прибѣгающій къ самоуправству (явно
или тайно, или же путемъ удержанія владѣнія, предоставлен-
наго *precario*)⁸⁾, формально неправъ и долженъ поэтому

dicta adipiscendae possessionis, направленные на полученіе еще не
достигнутаго владѣнія (т. е. тѣ интердикты, которые не основаны
на владѣніи, а требуютъ владѣнія) носятъ петиторный характеръ:
они основываются на *правѣ* на владѣніе, напр., на правѣ собствен-
ности (*interdictum Quem fundum*, выше, § 65), на правѣ задержанія
вещей (*interdictum Salvianum*, ниже § 72) или на наследственномъ
правѣ (*interdictum Quorum bonorum*, ниже § 110, и *interdictum
Quod lesatorum*, ниже § 115, прим. 3^a).

⁸⁾ Сопротивленіе прекариста разсматривалось римлянами такъ же,
какъ запрещенное самоуправство, несмотря на то, что прекаристъ
владѣетъ вещью. Въ Герм. Гр. Ул. *precarium* защищается въ пети-

прежде всего возстановить самоуправно нарушенное владѣніе. *Пока* (въ теченіе поссessorнаго процесса) владѣлец считается правымъ, даже если по существу онъ не правъ. Петиторный искъ приводитъ къ *конечному* рѣшенію на основаніи данныхъ о положеніи имущественныхъ правъ. Поссessorный же искъ можетъ привести лишь къ *временному* рѣшенію, основанному на данномъ положеніи владѣнія, т. е. на данныхъ формальнаго положенія сторонъ. Почему же лицо, дѣйствовавшее самоуправно, считается формально неправымъ? Потому что, посягая на владѣніе, оно тѣмъ самымъ посягаетъ на *личность* владѣльца. Правовой порядокъ охраняетъ личность не только посредствомъ защиты предоставленныхъ ей правъ (петиторная защита), но и непосредственно, ради нея самой, не считаясь съ ея правами.

Непосредственная охрана личности (въ сферѣ гражданского права) проявляется въ защитѣ владѣнія. Права владѣнія носятъ лично-правовой характеръ. Смыслъ и основаніе защиты владѣнія состоятъ въ *свободѣ* частныхъ лицъ отъ насилія другихъ частныхъ лицъ (ср. выше § 46).

И тѣмъ не менѣе указанные поссessorныя средства защиты, охраняющія формально только владѣніе, въ концѣ концовъ, на практикѣ приводятъ къ охранѣ вещнаго права и прежде всего *права собственности*. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ юридическое владѣніе находится или ранѣе находилось въ рукахъ собственника. Слѣдовательно, по общему правилу, собственнику (римскаго права) предоставленъ выборъ въ слѣдующемъ:

1) Онъ можетъ предъявить *петиторный* искъ (основываясь на принадлежащемъ ему *правѣ* на вещь); въ этомъ торномъ порядкѣ (прим. 5 въ концѣ): предоставленіе пользованія вещью до перваго заявленія не порождаетъ болѣе владѣльческаго притязанія. Такимъ образомъ, по Герм. Гр. Улож. защита владѣнія ограничена случаями самоуправства въ настоящемъ смыслѣ (vi, clam).

случаѣ ему придется доказывать свое право собственности (§ 65);

2) онъ можетъ предъявить *петиторный* искъ, доказавъ только свое *давностное владѣніе* вещью (*actio Publiciana*); въ этомъ случаѣ онъ оставляетъ въ сторонѣ свое право собственности и доказываетъ только то, что въ его лицѣ сочетаются всѣ требованія давностнаго владѣнія (§ 66);

3) онъ можетъ предъявить *поссессорный* искъ, доказавъ только свое *юридическое владѣніе* (поссессорные интердикты); въ послѣднемъ случаѣ онъ оставляетъ въ сторонѣ какъ свое право собственности, такъ и давностное владѣніе и указываетъ только на то, что онъ удовлетворяетъ требованіямъ юридическаго владѣнія (что онъ имѣетъ фактическую власть надъ вещью, обнаруживая *animus domini*)⁹⁾.

Сходное положеніе съ правомъ собственности занимаютъ права на чужую вещь. Тотъ, кто владѣетъ въ качествѣ эмфитевты (наслѣдственнаго арендатора), суперфициара (имѣющаго наслѣдственное право застройки) или залоговаго кредитора, считается тоже юридическимъ владѣльцемъ вещи (онъ имѣетъ *corporis possessio* независимо отъ того, является ли онъ въ дѣйствительности управомоченнымъ или нѣтъ), такъ что ему (а не собственнику) принадлежитъ право на поссессорные интердикты (случаи такъ называемаго производнаго юридическаго владѣнія, ср. прим. 2). Слѣдовательно, при нарушеніи владѣнія эмфитевта, суперфициаръ и залоговый кредиторъ тоже могутъ по своему выбору прибѣгнуть либо къ петиторному иску (основываясь на своемъ правѣ на вещь), либо къ иску поссессорному (ссылаясь только на владѣніе). Съ осуществленіемъ *сервитутовъ* римское право не связывало юридическаго владѣнія вещью. И узупруктуаръ разсматривался въ римскомъ правѣ только какъ

⁹⁾ Ср. *Thering*, Jahrb. f. Dogmatik des heutigen römischen Rechts, Bd. 9, стр. 44 и сл.

детенторъ вещи, какъ посредникъ собственника во владѣнн: собственникъ юридически владѣль черезъ узупруктуара. Однако, римское право признавало—по крайней мѣрѣ для известнаго рода случаевъ, — что осуществленіе сервитута (правомѣрное или неправомѣрное) представляетъ собою юридическое владѣніе *правомъ* (*iuris possessio, quasi possessio*)—юридическое владѣніе *сервитутомъ* (напр., узупруктомъ, правомъ проѣзда и прохода); такимъ образомъ, по общему правилу, и обладатель сервитута имѣлъ возможность охранять свое право какъ въ петиторномъ (путемъ *actio in rem confessoria*), такъ и въ поссessorномъ порядкѣ (ср. ниже § 69 VI).

Огромное хозяйственное значеніе вещныхъ правъ находить свое выраженіе въ богатствѣ и разнообразіи предоставленныхъ имъ средствъ защиты.

L. 12 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (Ulpianus): *Nihil commune habet proprietas cum possessione.*

L. 1 § 2 D. uti possid. (43, 17) (Ulpianus): *Separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.*

L. 3 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (Paulus): *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.*

Добавленіе. Уже въ обще-германскомъ пандектномъ правѣ значеніе римскаго юридическаго владѣнія было ослаблено: рѣшающую роль при этомъ сыграло перешедшее въ обще-германское право изъ каноническаго права *ius spoli* (ср. выше § 26). *Spolium* называлось самоуправное отнятіе владѣнія. Лишенный владѣнія могъ воспользоваться противъ споліанта, до момента возвращенія владѣнія, *exceptio spoli*; благодаря этому возраженію онъ могъ отклонить любой искъ споліанта (изъ какого бы основанія споліантъ ни исходилъ,—напр., если онъ основывалъ свой искъ на займѣ,—ср. знаменитый лжеисидоровскій canon *Reditegranda*: с. 3 С. 3 quo 1 въ *Decr. Gratiani*). Герм. Гражд. Ул. устранило *exceptio spoli*. Иначе обстоитъ дѣло съ *actio spoli*, перешедшей въ классическое

каноническое право тоже изъ canon Redintegranda. Actio spoliі представляла собой possessорный искъ для обжалованія всякаго самоуправнаго захвата владѣнія (а по общегерманской практикѣ и всякой помѣхи владѣнію). Actio spoliі можно было воспользоваться и противъ третьяго лица, захватившаго владѣніе *dolo malo* (зная о *spolium*,—с. 18 X. 2, 13, знаменитый canon Saere). Слѣдуетъ отмѣтить, что actio spoliі была доступна не только юридическому владѣльцу римскаго права, но и детентору, признававшему чужую власть надъ вещью, въ частности—нанимателю и арендатору. Этотъ искъ призванъ былъ охранять въ лицѣ нанимателя и арендатора широкіе круги населенія противъ самоуправства, включая сюда и самоуправство хозяина вещи. Римское право придавало владѣнію аристократическій характеръ; въ каноническомъ же и общегерманскомъ правѣ *ius spoliі* носило демократическій отбѣнокъ. Блестящее сочиненіе *Savigny* о владѣніи (выше § 28) снова оживило постановленія о владѣніи римскаго права, но не надолго. Мѣстные законодательства придерживались *ius spoliі* (такъ, напр., въ Пруссіи); *ius spoliі* получило признаніе и въ обще-германскомъ правѣ и побѣдоносно водворилось въ Германскомъ Гражданскомъ Уложеніи.

Герм. Гражд. Уложеніе (§§ 854 и слѣд.) не знаетъ болѣе юридическаго владѣнія. Въ Герм. Гр. Улож. говорится еще о владѣніи въ видѣ собственности (правомѣрномъ или неправомѣрномъ—§ 872). Владѣніе въ видѣ собственности имѣетъ значеніе для приобрѣтенія права собственности по давности и для приобрѣтенія плодовъ (§§ 900, 937, 955). Но съ possessорной точки зрѣнія, т. е. въ отношеніи защиты владѣнія, владѣніе въ видѣ собственности не имѣетъ никакого значенія (съ possessорной точки зрѣнія важно только опредѣлить, является ли владѣніе посредственнымъ или непосредственнымъ). *Animus domini* (который въ римскомъ правѣ приписывался, впрочемъ, также и залоговому кредитору, эмфитевтѣ, суверфиціару и прекарісту) не играетъ болѣе никакой роли въ Герм. Гр. Улож. Владѣніе по Герм. Гр. Ул. заключается только въ дѣйствительномъ господствѣ надъ вещью (§ 854). Оно приобрѣтается *solo corpore*. Оно утрачивается тоже *solo corpore*. Наличности *animus domini* не требуется. Необходимо только самостоятельно обладать вещью. Всякій, кто, находясь въ *личнои* подчиненіи у другаго, обладаетъ вещью несамостоятельно, и въ современномъ германскомъ правѣ считается только слугой владѣльца, орудіемъ его владѣнія, не имѣющимъ самостоятельнаго владѣнія (§ 855). Однако,

тотъ, кто ограниченъ въ осуществленіи своего владѣнія вслѣдствіе наличности *обязательственнаго отношенія*, какъ, напр., наниматель, арендаторъ, мандатарій, узуфруктуарь и т. д., считается въ современномъ правѣ *владѣльцемъ* (обладающимъ вещью самостоятельно, несмотря на обязательство передъ другимъ лицомъ), а не только детенторомъ въ смыслѣ римскаго права. Такому лицу принадлежать всѣ права и всѣ притязанія, вытекающія изъ владѣнія. Наймодавецъ, арендодатель, мандантъ и пр., считавшіеся въ римскомъ правѣ если не всегда, то въ большинствѣ случаевъ юридическими владѣльцами, т. е. единственными владѣльцами въ правовомъ смыслѣ (*detentor* не былъ *possessor*, онъ только находился *in possessione*), современнымъ германскимъ правомъ низведены до положенія *посредственныхъ* владѣльцевъ (§ 868): такія лица сохраняютъ владѣніе только *черезъ владѣніе тѣхъ* лицъ, которыя состоятъ съ ними въ обязательственныхъ отношеніяхъ. Послѣднія являются *посредниками* во владѣніи тѣхъ, кому принадлежитъ противъ нихъ притязанія, а не просто слугами, орудіями ихъ (какъ римскій детенторъ). Посредственный владѣлецъ можетъ осуществить свое право владѣнія въ отношеніи *третьихъ лицъ*, сославшись на владѣніе своего посредника (§ 869): во внѣшнихъ отношеніяхъ посредственный владѣлецъ имѣетъ право выступать *наряду* съ непосредственнымъ владѣльцемъ (въ рукахъ котораго находится вещь). Но во *внутреннихъ отношеніяхъ*, въ отношеніяхъ къ своему посреднику, посредственный владѣлецъ не считается владѣльцемъ. Тотъ, кто обладаетъ вещью самостоятельно, непосредственный владѣлецъ, посредникъ, считается *хозяиномъ* владѣнія какъ по отношенію ко всякому третьему лицу, такъ и по отношенію къ посредственному владѣльцу. Римское поссессорное право допускало, что наймодавецъ можетъ (независимо отъ своего матеріальнаго права) самоуправно отстранить отъ владѣнія нанимателя (D. 43, 16, 18). Современное право *не* признаетъ за наймодавцемъ такого права. Теперь наниматель можетъ защищаться противъ подобнаго самоуправства со стороны наймодавца: теперь наниматель въ правѣ заявить притязаніе не только въ петиторномъ порядкѣ, ссылаясь на свое право, вытекающее изъ найма, но онъ можетъ воспользоваться и владѣльческимъ притязаніемъ, основываясь на нарушеніи своего владѣнія (§ 861, 862). Наниматель (непосредственный владѣлецъ) имѣетъ возможность осуществить свое право владѣнія какъ противъ всякаго третьяго лица, такъ и противъ наймодавца (посредственнаго владѣльца). Теперь роли перемѣстились. Прежній держатель (детенторъ)

обратился во владѣльца, а посредственное владѣніе лица, обладающаго обязательственнымъ притязаніемъ, не считается юридическимъ владѣніемъ въ смыслѣ римскаго права. Третье сословіе заинтересовано, главнымъ образомъ, въ улучшеніи юридическаго положенія нанIMATEЛЕЙ. И наблюдающійся въ наше время ростъ третьяго сословія накладываетъ свой отпечатокъ какъ на государственное устройство, такъ и на современное право владѣнія.

II. Права на чужую вещь.

§ 68.

Общія положенія.

Одно право собственности не можетъ удовлетворить всѣ потребности оборота. Въ интересахъ оборота необходимо предоставить участникамъ его возможность правомѣрнаго воздѣйствія и на чужія вещи.

Эта потребность пополнять свое хозяйство путемъ привлеченія чужихъ вещей (не приобретаая послѣднія въ собственность) можетъ быть удовлетворена посредствомъ *обязательственной* юридической сдѣлки, заключенной съ собственникомъ необходимой вещи,—напр., посредствомъ договора аренды или найма. Но при этомъ управомоченное лицо будетъ располагать только правомъ личнаго требованія къ своему контрагенту (ср. § 73). Если третье лицо (не наймодавецъ) мѣшаетъ арендатору владѣть и пользоваться арендованнымъ имѣніемъ, арендаторъ не можетъ прибѣгнуть къ договорному иску противъ этого третьяго лица; онъ долженъ обратиться къ своему контрагенту, предложивъ ему принять мѣры противъ даннаго третьяго лица¹⁾.

Слѣдовательно, обязательственная юридическая сдѣлка можетъ породить только несовершенное (относительное, лич-

¹⁾ Арендаторъ имѣетъ только право требовать отъ своего контрагента *предоставленія* ему пользования вещью (ср. § 60, § 67, прим. 1).

ное) право воздѣйствія на чужую вещь. Поэтому вышеуказанная потребность остается не вполне удовлетворенной сдѣлками даннаго рода. Продолжаетъ ощущаться недостатокъ въ болѣе прочно обезпеченныхъ правахъ, касающихся чужихъ вещей.

Для удовлетворенія указанной потребности были выработаны *вещныя* права на чужую вещь. Они предоставляютъ своему субъекту болѣе сильное,—абсолютное право, дѣйствительное противъ *всякаго третьяго лица* (см. выше § 60). Эти *вещныя* права на чужую вещь назывались у римлянъ просто *iura in re*; они и составляютъ предметъ послѣдующаго изложенія. Всѣ они характеризуются тѣмъ, что (въ противоположность праву собственности) *по своему содержанию* представляютъ собой права *ограниченнаго* господства надъ вещью, хотя они дѣйствительны непосредственно противъ всякаго третьяго лица, мѣшающаго ихъ осуществленію (въ этомъ отношеніи они сходны съ правомъ собственности). Въ остальномъ отдѣльныя *iura in re* различаются другъ отъ друга по характеру и по значенію предоставляемой ими власти надъ вещью.

Римское право выработало относительно небольшое количество *iura in re*: *сервитуты*, *эмфитевзисъ*, *superficies* и *залоговое право*. Болѣе тѣсно ограниченныя вещныя права, извѣстныя Герм. Гр. Уложенію,—вещное право преимущественной покупки, вотчинныя повинности и нѣкоторыя формы залога недвижимости (ипотека, *Grundschild*, *Rentenschuld*), были неизвѣстны римскому праву.

§ 69.

Сервитуты.

Цѣль сервитутовъ заключается въ томъ, чтобы, щадя по возможности права собственника, предоставить и другимъ лицамъ возможность пользоваться вещью. Право собственности, обремененное сервитутомъ, „служить“ (*servit*), оно

ограничено, не вполне свободно,—и темъ не менѣе, оно не перестаетъ существовать. Наоборотъ: въ отношеніи сервитута право собственности представляется болѣе сильнымъ правомъ. Поэтому весьма характерно то обстоятельство, что древне-римское цивильное право допускаетъ наряду съ правомъ собственности *только сервитуты*. Оно придерживается принципа *свободы собственности* и признаетъ *iura in re* только въ ограниченной формѣ сервитута. Всѣ остальные *iura in re* возникли позднѣе и были созданы либо преторомъ (залоговое право и *superficies*, ниже § 71—72), либо законодательствомъ позднѣйшаго императорскаго періода (эмфитевзисъ, ниже § 70).

Въ интересахъ права собственности сервитуты ограничены отчасти темъ, что они предоставляютъ своему субъекту только точно указанные, единичныя права пользованія вещью (они не даютъ ни права на владѣніе въ собственномъ смыслѣ, ни права отстранить отъ вещи *всякое другое лицо*; право, предоставляемое сервитутомъ, является только вещнымъ правомъ пользованія вещью, т. е. правомъ совершать опредѣленные дѣйствія для пользованія вещью); съ другой стороны, они ограничены темъ, что не подлежатъ отчужденію и наслѣдованію: они предназначаются опредѣленному субъекту и прекращаютъ свое существованіе съ отпаденіемъ этого субъекта. Такимъ образомъ, *сервитутами называются принадлежащія опредѣленному субъекту вещныя права ограниченаго пользованія чужою вещью*.

Субъектъ сервитута можетъ быть опредѣленъ двоякимъ образомъ: либо указывается *опредѣленное лицо* (*личные сервитуты*), либо субъектъ опредѣляется *черезъ вещь* (реальные или *предіальные сервитуты*). При предіальныхъ сервитутахъ субъектомъ сервитута является всякій собственникъ даннаго земельного участка (въ пользу котораго установленъ сервитутъ). По § 96 Герм. Гражд. Улож. предіальный сервитутъ считается составною частью господствующаго участка.

Личный сервитутъ закрѣпленъ за опредѣленнымъ лицомъ: онъ не можетъ ни отчуждаться, ни передаваться по наслѣдству. Предіальный сервитутъ закрѣпленъ за опредѣленнымъ земельнымъ участкомъ: онъ не можетъ быть отчужденъ самостоятельно, отдѣльно отъ участка.

Личные сервитуты прекращаются вслѣдствіе смерти управомоченнаго субъекта (въ лучшемъ случаѣ они бываютъ пожизненными правами); къ смерти римское право приравнивало *capitis deminutio* (по классическому праву и *capitis deminutio minima*, выше § 35). Предіальные сервитуты прекращаются,—если нѣтъ другихъ основаній для прекращенія,—только съ *гибелью самого земельного участка*. Такимъ образомъ, личные сервитуты (обладающіе, по общему правилу, болѣе широкимъ содержаніемъ) ограничены, главнымъ образомъ, въ смыслѣ своей длительности; предіальные же сервитуты (которые могутъ длиться вѣчно) ограничены преимущественно въ своемъ содержаніи.

I. Главнѣйшими *личными сервитутами* римскаго права являются:

а) *Ususfructus*. Узуфруктъ предоставляетъ управомоченному лицу пожизненное (въ лучшемъ случаѣ) вещное право полного пользованія чужой вещью и извлеченія изъ нея плодовъ (собственнику остается только „*nuda proprietas*“), но при условіи „*salva rei substantia*“. Узуфруктуару запрещается измѣнять субстанцію вещи; напр., узуфруктуарь земельного участка не имѣетъ права придать участку новое хозяйственное назначеніе (такъ же и по Герм. Гр. Ул., § 1037). По римскому праву существенное измѣненіе вещи приводитъ къ прекращенію узуфрукта (ср. I. 5 § 2, 3. I. 10 D. 7, 4); это происходитъ, напр., если узуфруктуарь превратитъ болото въ пашню (по Герм. Гр. Ул. измѣненіе вещи влечетъ за собой обязанность узуфруктуара возмѣстить возникшій при этомъ ущербъ). Узуфруктуарь имѣетъ право пользоваться вещью только въ данномъ ея видѣ, но не во

всякомъ видѣ. Онъ пріобрѣтаетъ также только плоды вещи, но не другія выгоды, которыя вещь можетъ доставить (напр., онъ не пріобрѣтаетъ половину клада, причитающуюся собственнику той вещи, въ которой кладъ найденъ, по римскому праву, напр., онъ не пріобрѣтаетъ и валежника, ср. выше § 64, прим. 14). Затѣмъ, по римскому праву онъ пріобрѣтаетъ плоды только путемъ перцепціи (по современному праву плоды пріобрѣтаются узуфруктуаромъ уже съ момента ихъ отдѣленія, выше § 64). Онъ не въ правѣ относиться къ вещи такъ, какъ можетъ относиться къ ней собственникъ. Онъ обязанъ передъ собственникомъ не выходить изъ рамокъ предоставленнаго ему права и вообще заботиться о вещи какъ *bonus vir* (отъ него требуется *omnis diligentia*). Поэтому онъ обязанъ представить *cautio usufructuaria* (стипуляціонное обѣщаніе заботиться о вещи и выдать ее по окончаніи узуфрукта—D. 7, 9, 1 pr.)⁵⁾. Онъ не считается хозяиномъ вещи, хотя она и находится въ его рукахъ. По этому римское право считало его только детенторомъ. Онъ не считается юридическимъ владѣльцемъ вещи (*dominus* владѣть вещью черезъ него), ему принадлежитъ только владѣніе правомъ (владѣніе сервитутомъ, ниже VI); современное германское право, однако, возвысило узуфруктуара до положенія владѣльца вещью, такъ что за собственникомъ теперь сохранилось лишь посредственное владѣніе.

Узуфруктуаръ можетъ пользоваться вещью и ея плодами *in natura* или же получать эквивалентъ въ деньгахъ (онъ въ правѣ уступить за деньги осуществленіе узуфрукта другому лицу). По истеченіи срока узуфрукта вещь должна

⁵⁾ По римскому праву *cautio usufructuaria* обосновывала обязательство узуфруктуара передъ собственникомъ. Поэтому она считалась необходимой (ср. выше § 65, прим. 3, 6). Въ наше время обязательство узуфруктуара основано прямо на законѣ и потому *cautio* (предоставленіе обезпеченія) дается узуфруктуаромъ только въ исключительныхъ случаяхъ. Герм. Гражд. Улож. § 1051. 1052.

быть возвращена въ исправности собственнику. Поэтому невозможно установить узуфруктъ на *res consumptibiles* (выше § 59). Такъ называемый *quasi ususfructus* на потребляемыя вещи (напр., въ случаѣ установленія въ завѣщаніи узуфрукта на 1000 бутылокъ вина или на извѣстную сумму денегъ) означаетъ, что опредѣленному лицу предоставляется *право собственности* на потребляемыя вещи съ тѣмъ, чтобы оно обязалось вернуть послѣ своей смерти (обязанность долженъ будетъ выполнить наслѣдникъ) *такое же количество* потребляемыхъ вещей *даннаго качества* (или же возмѣстить ихъ стоимость въ деньгахъ). Такое лицо должно представить *cautio usufructuaria*, т. е. обѣщать посредствомъ стипуляціи (ниже § 80) вернуть соответственныхъ вещей *finito usufructu*. *Cautio usufructuaria* съ хозяйственной точки зрѣнія приближаетъ принадлежащее *quasi*—узуфруктуару право собственности на потребляемыя вещи къ праву простого узуфруктуара. Герм. Гражд. Улож. также знаетъ *quasi*-узуфруктъ на потребляемыя вещи (§ 1067). Законъ налагаетъ на *quasi*-узуфруктуара обязанность вернуть денежную стоимость полученнаго (но не однородныя потребляемыя вещи). Современное германское право считаетъ излишней *cautio usufructuaria*. Только если собственникъ имѣетъ основаніе сомнѣваться въ томъ, что вещь будетъ ему возвращена своевременно, онъ можетъ требовать представленія обезпеченія.

б) *Usus* представляетъ собой пожизненное (но не болѣе) вещное право пользованія чужой вещью и ея плодами въ предѣлахъ удовлетворенія *личныхъ потребностей* узуара. Слѣдовательно, *usus* принципиально исключаетъ возможность уступки права другому лицу черезъ продажу или наемъ. Узуаръ долженъ представить *cautio usuaria*, посредствомъ которой онъ (такъ же, какъ и узуфруктуаръ) обязуется вернуть вещь по истеченіи срока *usus'a*, а до того времени—заботиться о вещи надлежащимъ образомъ (и возмѣстить возможный ущербъ).

е) *Habitatio* представляет собой пожизненное (но не болѣе) вещное право жить въ чужомъ домѣ, но только на положеніи лица, управомоченнаго на полученіе алиментовъ: другими словами, характеръ пользованія и мѣсто, занимаемое пользователемъ въ домѣ, указываетъ собственникъ дома по своей волѣ (въ то время, какъ не только узупфруктъ, но и *usus*, установленный на домѣ, даетъ управомоченному право *самоу* опредѣлять характеръ пользованія и мѣсто). Однако, *habitor*'у предоставляется право пользоваться помещеніемъ и не лично, а сдавая его внаймы другимъ. Слѣдовательно, онъ можетъ пользоваться предоставленнымъ ему правомъ, обративъ его въ денежную сумму.

д) *Operae servorum* — ограниченное право пользованія чужимъ рабомъ: оно выступаетъ въ видѣ пожизненнаго (но не болѣе) вещнаго права пользованія рабочей силой чужого раба, либо черезъ непосредственное принятіе его услугъ, либо черезъ отдачу этихъ услугъ внаймы другимъ. *Habitatio* и *operae servorum* (этотъ сервитутъ тоже, повидимому, имѣлъ алиментарный характеръ) имѣли уже въ классическомъ правѣ ту особенность, что не прекращались вѣдствие *capitis deminutio minima*.

Кромѣ того, уже римское право допускало возможность обратить любое право пользованія, т. е. и такое право, которое обычно встрѣчалось въ формѣ предіального сервитута (напр., право черпанія воды, право прохода) въ предметъ личнаго сервитута, и тѣмъ самымъ, предоставить его, какъ вещное право, опредѣленному лицу (такъ называемые *иррегулярные личные сервитуты*).

Конечно, теперь *operae servorum* уже болѣе не существуютъ. Вмѣсто *usus*, *habitatio* и „*иррегулярныхъ*“ личныхъ сервитутовъ Герм. Гражд. Уложеніе (§ 1090 и сл.) установило одну единственную форму „ограниченнаго личнаго сервитута“, которая имѣетъ, однако, примѣненіе только въ отношеніи земельныхъ участковъ. Такимъ образомъ, совре-

менное германское право различает только два рода личных сервитутовъ: узуфруктъ (который можетъ быть установленъ на земельный участокъ, на движимую вещь или на право, напр., на право требованія) и ограниченные личные сервитуты (устанавливаемые только на земельные участки).

pr. I. de usufr. (2, 4): Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.

§ 1 I. de usu et hab. (2, 5): Minus autem scilicet iuris in usu est, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet nihil alterius habere iutellegitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignis ad usum cottidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit: neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, cum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere.

L. 1. pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7, 9) (Ulpianus): Si cuius rei usufructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere: *et usurum se boni viri arbitrato, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde exstabit.*

II. *Предіальныя сервитуты* распадаютъ на *servitutes praediorum rusticorum* (такіе сервитуты, которые обычно служатъ потребностямъ сельскихъ земельныхъ участковъ) и на *servitutes praediorum urbanorum* (которые обычно служатъ потребностямъ застроенныхъ участковъ).

а) Главнѣйшими *сельскими сервитутами* являются: дорожные сервитуты (*servitus itineris, actus, viae*) ²⁾, право

²⁾ Подъ *iter* римляне разумѣли дорогу для пѣшеходовъ, подъ *actus* дорогу для прогона скота и для ѣзды (право на проходъ пѣшеходовъ подразумѣвалось при этомъ: *qui actum habet, et iter habet*), подъ *via*—оборудованную проѣзжую дорогу шириною въ 8 футовъ, а при поворотахъ—въ 12 футовъ (такъ было опредѣлено уже въ 12 таблицахъ), ср. l. 1 pr. l. 8 D. 8, 3.—Предіальные серви-

проведенія воды (*servitus aquaeductus*), право черпанія воды (*servitus aquae hauriendae*), право пасти скоть (*servitus pecoris pascendi*).

б) Главнѣйшими *городскими сервитутами* являются: *servitutis altius non tollendi* (право требовать отъ сосѣда, чтобы онъ не воздвигалъ на своемъ участкѣ построекъ, превышающихъ опредѣленную высоту), *servitus tigni immitendi* (право вставить балку, поддерживающую зданіе, въ стѣну сосѣда), *servitus oneris ferendi* (право опереть стѣну на стѣну сосѣда), *servitus stillicidii* (право спуска дождевой воды), *servitus protegendi* (право перекинуть навѣсъ надъ участкомъ сосѣда).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ одинъ участокъ оказываетъ пользу, служить другому участку. Поэтому участокъ, обремененный сервитутомъ, носитъ названіе „служащаго участка“ (*praedium serviens*), а тотъ участокъ, въ пользу котораго сервитутъ установленъ, называется „господствующимъ участкомъ“ (*praedium dominans*). Оба участка должны соприкасаться другъ съ другомъ (*praedia vicina*). Полезное для господствующаго участка *свойство* служащаго участка должно быть *длительнымъ* (*causa perpetua*); съ другой стороны, сервитутъ долженъ быть полезнымъ не только данному, но и всякому собственнику господствующаго участка. Въ этомъ смыслѣ и говорятъ, что одинъ участокъ служить другому *участку*. Если рѣчь идетъ только объ удовлетвореніи потребностей *даннаго* собственника, *предіальный сервитутъ* не имѣетъ мѣста: *servitus praedio utilis esse debet* (I. 1 pr. l. 19 D. 8. 1).

III. Субъектъ сервитута имѣетъ право осуществлять его

туты имѣютъ болѣе раннее происхожденіе, чѣмъ сервитуты личные, и потому римляне иногда называли ихъ просто *servitutes* (предіальные сервитуты, относившіеся къ *fundus Italicus*, считались *res mancipi*, выше § 59).

содержаніе; при предіальныхъ сервитутахъ при этомъ надлежитъ руководствоваться размѣромъ потребностей участка (напр., при пастбищномъ сервитутѣ). Съ другой стороны, собственникъ служащей вещи обязанъ, по общему правилу, только *терпѣть* пользованіе вещью со стороны управомоченнаго (pati, non facere), онъ не обязанъ совершать какія-либо положительныя дѣйствія въ пользу обладателя сервитута (servitus in faciendo consistere nequit): сущность сервитута (какъ вещнаго права) заключается не въ правѣ на дѣйствіе *другого лица* (in faciendo), а только въ правѣ *самому* совершать извѣстныя дѣйствія. Какъ при всякомъ иномъ вещномъ правѣ, обязанность другого лица можетъ возникнуть въ качествѣ послѣдствія сервитута въ томъ случаѣ только, если это другое лицо препятствуетъ осуществленію сервитута; но она ни въ коемъ случаѣ не можетъ составить *содержаніе* вещнаго права.

Pr. I. de serv. praed. (2, 3): Rusticorum praediorum iura sunt haec: iter, actus, via, aquae ductus. Iter est ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Itaque, qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquae ducendae per fundum alienum.

§ 1 eod: Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellantur, etsi in villa aedificata sunt. Item praediorum urbanorum servitutes sunt haec: ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem eius liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiat.

IV. *Приобрѣтеніе сервитутовъ*. Настоящій сервитутъ (ex iure Quiritium) приобрѣтался по цивильному праву (при приобрѣтеніи по взаимному соглашенію) только посредствомъ in iure cessio, слѣдовательно, необходимы были притворная виндикація сервитута, послѣдующее признаніе мнимаго отвѣтчика и addictio претора въ пользу мнимаго истца. Servitutes praediorum rusticorum (въ Италіи) считались за res mancipi, и потому италійскіе предіальные сервитуты могли приобрѣтаться, кромѣ in iure cessio, еще и посредствомъ mancipatio (§ 11) ³⁾.

³⁾ Наряду съ этимъ существовала такъ называемая *deductio servitutis*, т. е. установленіе сервитута посредствомъ *оговорки* при отчужденіи права собственности путемъ in iure cessio или mancipatio. Такимъ образомъ можно было манцинировать участокъ deducto usufructu или при in iure cessio виндицировать его (съ послѣдующей addictio) deducto usufructu. Въ такомъ случаѣ сервитутъ возникалъ въ силу lex mancipationi или in iure cessionis dicta (uti lingua nuncupasset, ita ius esto, см. выше § 12 примѣч. 8), т. е. въ силу волеизъявленія отчуждателя, желавшаго ограничить отчуждаемое право, а не въ силу изъявленнаго приобрѣтателемъ желанія установить сервитутъ (ср. *P. Kretschmar, die Erfüllung*, часть I, 1906, стр. 40). Здѣсь заключалась только одна юридическая сдѣлка—передача права собственности, ограниченнаго въ опредѣленномъ отношеніи, а не двѣ сдѣлки (одна—перенесеніе права собственности, другая—установленіе сервитута). Слѣдовательно, съ формальной стороны deductio servitutis дѣйствительно представляла собой deductio, а не constitutio servitutis. Съ точки зрѣнія приобрѣтателя права собственности сдѣлка представлялась просто *приобрѣтательной*, несмотря на то, что сила ея была ограничена (приобрѣтаемое право собственности являлось ограниченнымъ). Это обстоятельство имѣло значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда приобрѣтатель могъ совершать сдѣлки, доставляющія права, но не могъ совершать сдѣлокъ, порождающихъ какое-либо обремененіе (см. выше § 44). На приобретаемый такимъ лицомъ участокъ могъ быть установленъ сервитутъ путемъ deductio, но само это лицо не имѣло право совершить constitutio servitutis. Иначе обстояло дѣло при отчужденіи права собственности путемъ простой traditio. Traditio, какъ неторжественный актъ цивильнаго права, не знаетъ lex

Преторское право не требовало такой формальной сделки,—оно считало достаточным *фактическое предоставление и осуществление* сервитута (*quasi traditio servitutis*).

Формы установления сервитутовъ, выработанныя гражданскимъ правомъ, не примѣнялись къ провинціальнымъ земельнымъ участкамъ. Провинціальныя участки были изъяты изъ сферы дѣйствія квинтискаго права собственности (ср. выше § 59, 64) и изъ сферы дѣйствія *iura in re* въ смыслъ гражданского права. Сервитуты на такіе участки устанавливались *pactonibus et stipulationibus*, т. е. посредствомъ вещнаго договора (*pactio*), сила котораго обезпечивалась тѣмъ, что стороны заключали *stipulatio* о томъ, что нарушитель сервитутнаго права будетъ обязанъ уплатить неустойку⁴⁾. Эта форма, развившаяся примѣнительно къ провинціальнымъ земельнымъ участкамъ, стала единственной формой установления сервитутовъ въ Юстиніановомъ правѣ. *In iure cessio* и *mancipatio* сервитутовъ исчезли. Этимъ самымъ въ значительной степени была подготовлена почва для установления сервитута путемъ *простого договора*, получившаго себѣ признаніе въ прежнемъ общегерманскомъ правѣ.

Помимо договора, къ способамъ установления сервитутовъ римское право относило: *легатъ* (по гражданскому праву для

traditioni dicta (lex 6 D. comm. praed. 8, 4 является интерполированной). Поэтому какъ *fiducia* не можетъ быть совершена при помощи *traditio* (выше § 12, прим. 15), такъ при *traditio* не можетъ имѣть мѣста и *deductio* (*servitutis, pignoris*). Оставленіе отчуждателемъ за собой сервитута или залогового права на традируемую вещь слѣдуетъ скорѣе разсматривать какъ *второй* (налагающій обремененіе) договоръ, устанавливаемый *наряду* съ договоромъ традиціи. Этимъ объясняется рѣшеніе, приводимое въ I. 1 § 4, I. 2 D. de reb. eor. (27, 9).

4) Ср. *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft, стр. 233 и сл.; *Lenel* въ *Ihering's Jahrb. f. Dogm.*, Bd. 19, стр. 183 и сл.; *Hellwig*, Verträge auf Leistung an Dritte (1899), стр. 41, прим. 75. *Rabel*, Die Haftung des Verkäufers (1902), стр. 60 и сл. *Mitteis*, Röm. Privatr. Bd. 1 стр. 114.

этого необходимо было избрать форму *legatum per vindicationem*, ср. § 115 I, 1), затѣмъ *adiudicatio* при процесѣ о раздѣлѣ,—если, напр., *iudex* присуждалъ одному право собственности, а другому узупфруктъ,—или если при реальномъ раздѣленіи участка онъ присуждалъ каждой сторонѣ предѣльные сервитуты на участки противника (цивильное право требовало, чтобы искъ о раздѣлѣ былъ проведенъ въ *iudicium legitimum*; иначе *adiudicatio* не могла получить квинритской силы, ср. выше § 62), и *приобрѣтеніе по давности*. Хотя *lex Scribonia* и уничтожила древнюю *usucapio servitutis* (для которой были установлены сроки въ одинъ и въ два года), но преторское право допустило примѣненіе къ сервитутамъ *longi temporis possessio* (ср. выше § 64): сервитутъ на земельный участокъ сталъ приобретаться по давности путемъ десятилѣтняго (*inter praesentes*) и двадцатилѣтняго (*inter absentes*) осуществленія сервитута *res vi res clam res precario*. Герм. Гражд. Уложеніе не упоминаетъ въ числѣ способовъ установленія сервитутовъ легата (теперь уже не существуетъ виндикаціоннаго легата, но тѣмъ не менѣе и сейчасъ можно обязать наслѣдника посредствомъ легата къ установленію сервитута) и *adiudicatio* (выше § 63 въ концѣ); приобретеніе сервитутовъ на земельные участки происходитъ по правиламъ такъ называемой *Tabularersatzung* (Герм. Гр. Ул. § 900, 2, ср. выше § 64, прим. 9), узупфруктъ на движимыя вещи можетъ быть приобретенъ на основаніи десятилѣтняго добросовѣтнаго осуществленія его (Г. Г. У. § 1033). Для установленія сервитута посредствомъ юридической сдѣлки Герм. Гр. Уложеніе требуетъ—въ отношеніи движимостей соотвѣтственное соглашеніе и передачу вещи, въ отношеніи недвижимостей—соглашеніе и запись въ вотчинную книгу.

V. Сервитуты *прекращаются* вслѣдствіе смерти управомоченнаго лица или вслѣдствіе постигшей его *capitis deminutio*

putio (личные сервитуты) ⁵⁾, вслѣдствіе гибели земельного участка (предіальные сервитуты), ср. выше § 69; затѣмъ, вслѣдствіе *confusio* (представляющей собой случай приобрѣтеніе права собственности субъектомъ сервитута или приобрѣтенія сервитута собственникомъ), вслѣдствіе *отказа* отъ сервитута въ пользу собственника служащей вещи, вслѣдствіе *legata* (виндикаціонный легать), устанавливающего свободу отъ сервитута, вслѣдствіе *non usus*, т. е. неосуществленія сервитута *per longum tempus* (10 лѣтъ *inter praesentes* и 20 лѣтъ *inter absentes*). Для прекращенія *servitutes praediorum urbanorum* кромѣ *non usus* (неосуществленія сервитута со стороны управомоченнаго) требовалась еще такъ называемая *usucapio libertatis* (утвержденіе свободы отъ сервитута, производившееся путемъ *положительнаго* дѣйствія на служащемъ участкѣ, напр., путемъ возведенія болѣе высокой постройки, чѣмъ это позволялъ *servitus altius non tollendi*). Личные сервитуты *habitatio* и *operae servorum* не прекращались вслѣдствіе *non usus*, а со времени классическаго римскаго права и вслѣдствіе *capitis deminutio minima*; это объяснялось тѣмъ, что указанные сервитуты, будучи установлены въ цѣляхъ предоставленія алиментовъ, не должны были гибнуть вслѣдствіе временнаго непользованія ими или вслѣдствіе простаго измѣненія семейныхъ отношеній.—Въ Герм. Гражд. Улож. *confusio*, какъ способъ прекращенія предіальныхъ сервитутовъ, совершенно устранена (§ 889), а въ отношеніи узупфрукта на движимыя вещи она значительно ограничена въ своемъ дѣйствіи (§ 1063). По современному германскому праву легать уже не можетъ

⁵⁾ Узупфруктъ, установленный въ пользу юридическаго лица, прекращался по римскому праву не только вслѣдствіе того, что данное юридическое лицо прекращало свое существованіе, но и вслѣдствіе истеченія 100 лѣтъ со времени его возникновенія (l. 56 D. 7, 1: *is finis vitae longaevi hominis est*). Последнее постановленіе устранено въ Г. Г. Ул. § 1061.

служить способомъ непосредственнаго освобожденія отъ сервитута, онъ можетъ только породить обязанность наследника къ прекращенію сервитута (§ 2174). Non usus не является болѣе способомъ прекращенія сервитутовъ, но предѣльные сервитуты могутъ прекращаться благодаря тому, что въ теченіе 30 лѣтъ ихъ осуществленію препятствуетъ сооруженіе на служащемъ участкѣ (Герм. Гр. Ул. § 1028); это положеніе напоминаетъ римскую *usucapio libertatis*.

L. 6 D. de S. P. U. (8, 2) (Gaius): Haec autem iura (praediorum urbanorum) similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnino pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne liminibus mearum aedium officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego eximero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris. Alioquin, si nihil novi feceris, integrum permanet.

VI. Для защиты сервитутовъ установлена *actio confessoria in rem*: истецъ, утверждающій, что сервитутъ принадлежитъ ему, долженъ привести соотвѣтствующія доказательства. Тогда лицо, мѣшающее осуществлять сервитутъ, присуждается къ возмѣщенію ущерба, къ обязанности признавать сервитутъ и къ устраненію дальнѣйшихъ препятствій къ осуществленію сервитута. Такимъ образомъ *actio confessoria* является противоположностью принадлежащей собственнику *actio negatoria* (выше § 65). Къ *actio negatoria* прибѣгаетъ собственникъ съ цѣлью защититься противъ сервитута, присвоеннаго на его вещь другимъ лицомъ (какъ и

противъ другихъ видовъ нарушенія его права собственности); къ *actio confessoria* приобщаетъ тотъ, кто имѣетъ сервитутное право, чтобы защитить свое право противъ препятствій, чинимыхъ собственникомъ и третьими лицами, и чтобы достичь признанія этого права. *Actio confessoria* представляетъ собой *iuris vindicatio* (*ius mihi esse utendi fruendi, eundi agendi*): подобно тому, какъ въ *rei vindicatio* собственникъ заявляетъ свое притязаніе на вещь, такъ и управомоченный на сервитутъ въ *iuris vindicatio* заявляетъ притязаніе *на право* на чужую вещь (притязаніе на право пользования вещью, но не на самую вещь).

Римское право знало также *actio Publiciana confessoria in rem*, соотвѣтствовавшую *actio Publiciana*; подобно послѣдней, она предоставлялась въ двухъ случаяхъ: 1) когда сервитутъ былъ приобрѣтенъ *a domino* (отъ собственника служащаго участка), но безъ соблюденія необходимыхъ цивильно-правовыхъ формъ, а именно,—не посредствомъ *in iure cessio* или *mancipatio*, а посредствомъ простой *actio* и *stipulatio* или же посредствомъ *quasi traditio*; этотъ случай можно сравнить съ защитой бонитарной собственности; 2) когда сервитутъ былъ приобрѣтенъ *bona fide a non domino*, при чемъ приобрѣтатель успѣлъ получить владѣніе сервитутомъ, осуществляя его: этотъ случай соотвѣтствуетъ случаю защиты давностнаго владѣнія; подобно *Publiciana in rem actio* давностнаго владѣльца и *actio Publiciana confessoria* обладаетъ въ этомъ случаѣ только относительнымъ дѣйствіемъ,—она можетъ быть направлена только противъ лицъ, имѣющихъ менѣе сильное право (ср. выше § 66); слѣдовательно, дѣйствительный собственникъ служащаго участка можетъ парализовать этотъ искъ посредствомъ *exceptio dominii*.—Современное германское право не знаетъ ни *actio Publiciana* (§ 66), ни *actio Publiciana confessoria*. Давностное владѣніе не имѣетъ теперь уже прежняго значенія. По общему правилу, теперь лицо добросовѣстно приобрѣвшее

вещь по юридической сдѣлкѣ отъ несобственника, приобретаетъ право собственности на эту вещь оригинальнымъ способомъ *немедленно* въ силу *легитимациі* лица, отчудившаго вещь (для легитимациі требуется владѣніе движимостью, внесеніе въ вотчинную книгу при недвижимости). Ср. выше § 64, прим. 9.

Нѣкоторые сервитуты пользуются *поссессорной* защитой посредствомъ интердиктовъ; при этомъ нѣтъ необходимости доказывать наличность права; защита дается только на основаніи юридического владѣнія сервитутомъ (такъ называемая *quasi possessio* или *iuris possessio*), т. е. на основаніи фактического *осуществленія* сервитута (*corpus*), связаннаго съ желаніемъ вести себя какъ лицо *управомоченное* на сервитутъ (*animus*). Такая поссессорная защита владѣнія *правомъ* предоставлялась по римскому праву узуфруктуару и узуюару, которымъ обыкновенные владѣльческіе интердикты (выше § 63) давались какъ *utilia*; лицу, осуществляющему дорожный сервитутъ, получавшему *interdictum de itinere actuque privato* (если оно осуществляло сервитутъ въ теченіе 30 дней послѣдняго года *pec vi pec clam pec precario ab adversario*); осуществляющему право проведенія воды, которому предоставлялся *interdictum de aqua* (если онъ въ теченіе послѣдняго *annus utilis* осуществлялъ *bona fide* сервитутъ *pec vi pec clam pec precario* по крайней мѣрѣ одинъ разъ); лицу, осуществляющему право черпанія воды, получавшему *interdictum de fonte* (на тѣхъ же условіяхъ, какъ при *interdictum de aqua*). Германское Гражд. Уложеніе знаетъ поссессорную защиту владѣнія *правомъ* только въ отношеніи предіальныхъ сервитутовъ, *внесенныхъ въ вотчинную книгу*, и въ отношеніи ограниченныхъ личныхъ сервитутовъ (§ 1029, 1090, 2); узуфруктуарь и обладатель сходнаго съ узуфруктомъ права на квартиру (§ 1093) пользуются владѣльческой защитой въ качествѣ владѣльцевъ *вещей* (выше § 67, въ концѣ).

§ 70.

Эмфитевзисъ.

Эмфитевзисомъ называется римская наслѣдственная аренда. Отношенія наслѣдственной аренды выросли на почвѣ городского и общиннаго хозяйства и сначала были облечены въ форму *ius in agro vectigali*. Земельные участки, особенно сельскіе (*praedia rustica*), отдавались въ наслѣдственную аренду государствомъ и городскими общинами за годовую плату—чиншъ (*vectigal*, отсюда—*ager vectigalis*): ¹⁾ эти отношенія примѣнялись преимущественно (но не исключительно) при отдачѣ въ аренду еще не застроенной земли. Уже преторъ давалъ такому наслѣдственному арендатору вещный искъ (*actio in rem vectigalis, utilis rei vindicatio*). *Ius in agro vectigali* сохранилось до позднѣйшаго императорскаго періода подъ названіемъ *ius perpetuum*; оно примѣнялось при отдачѣ въ наслѣдственную аренду государственной земли. Въ противоположность этому эмфитевзисъ первоначально представлялъ собой *не наслѣдственную*, а срочную аренду. Съ конца третьяго вѣка эмфитевзисъ встрѣчается въ качествѣ формы предоставленія въ пользованіе за плату земельныхъ участковъ, входившихъ въ составъ имущества (*patrimonium*) правящей династіи. По истеченіи срока аренды эмфитевты могли быть поставлены болѣе тяжелыя условія; если онъ не соглашался на повышеніе арендной платы, его могли лишить имѣнія. На практикѣ срочная аренда съ теченіемъ времени превратилась фактически въ *наслѣдственную аренду*. Находявшіяся въ эмфитевзисѣ имѣнія не отбирались, право эмфитевты приобрѣло характеръ длительности, чиншъ

¹⁾ Существовали и *aedes vectigales*: *Degenkolb, Platzrecht*, стр. 51. 84.

болѣе не повышался. Съ середины четвертаго вѣка наступаетъ сліяніе *ius perpetuum* и эфитевзиса, и съ этого времени всякая *наслѣдственная аренда* римскаго императорскаго права начинается называться *эфитевзисомъ* ²⁾. Сомнѣніе римскихъ юристовъ въ томъ, представляетъ ли собой наслѣдственная аренда куплю-продажу или простой наемъ земельного участка, разрѣшилъ императоръ Зенонъ, объявивъ, что здѣсь имѣеть мѣсто юридическая сдѣлка *sui generis*: а именно—договоръ наслѣдственной аренды (*contractus emphyteuticarius*) и особый видъ юридическаго отношенія: отношеніе наслѣдственной аренды.

Наслѣдственному арендатору принадлежитъ *право полного осуществленія чужого права собственности*, и потому онъ въ хозяйственномъ отношеніи приравнивается къ собственнику земельного участка (въ теченіе того времени, пока дѣйствуетъ его право). Онъ имѣеть *подобное собственности* право на чужой земельный участокъ. Представители болѣе раннихъ теорій приписывали ему прямо-таки право собственности,—такъ называемое *dominium utile*, ограничивая собственника сферой только *dominium directum*. Въ качествѣ доказательства этому приводилось слѣдующее соображеніе: у наслѣдственнаго арендатора—*utilis rei vindicatio*, у собственника—*directa rei vindicatio*. Вторымъ примѣромъ подобнаго такъ называемаго раздѣленнаго права собственности (*dominium divisum*) было отношеніе леннаго права (вас-

²⁾ Все вышензложенное основано на данныхъ, почерпнутыхъ у *Mitteis*, zur Geschichte der Erbpacht im Altertum (Abh. der sächs. Gesellsch. der Wiss., phil. hist. kl., Bd. 20, 1901). Ср. съ этимъ *Mitteis*, Röm. Privatr., Bd. 1 стр. 361 и замѣтки *Mommsen*'а въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 23, стр. 441 и сл. Интересно провести параллель между описаннымъ *Mitteis*'омъ превращеніемъ срочной аренды въ наслѣдственную и развитіемъ свободной *Erbleihe* въ германскомъ правѣ, ср. *Rietschel* въ *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, Germ. Abt., Bd. 22, стр. 181 и сл.

салу принадлежало *dominium utile* на ленъ, хозяину лена—*dominium directum*). Это учение совершенно справедливо было отвергнуто въ 19 столѣтіи. И вассаль имѣлъ лишь подобное собственности право на *чужой* участокъ. Ленное право, такъ же, какъ и право наследственной аренды, несмотря на заключавшіяся въ нихъ широкія правомочія, все же являются правами, ограниченными по своему содержанию (они не включали права ухудшенія имѣнія) и потому по существу *противоположными* праву собственности (ср. выше § 61).

Наследственный арендаторъ (эмфитевта), какъ лицо обладающее правомъ, подобнымъ праву собственности, можетъ пользоваться всѣми плодами и всѣми доходами отъ вещи; онъ имѣетъ право меліораціи и измѣненія назначенія участка (чего лишены узупруктуаръ и срочный арендаторъ); плоды эмфитевта приобрѣтаетъ, какъ и собственникъ, путемъ одного отдѣленія (для него не требуется *perceptio*, овладѣнія плодами). Подобно собственнику онъ располагаетъ *rei vindicatio (utilis)* и *actio negatoria (utilis)*, а для защиты предіальныхъ сервитутовъ, принадлежащихъ къ *fundus emphyteuticarius*,—*actio confessoria (utilis)*. Затѣмъ, онъ, подобно собственнику, можетъ обратиться къ *поссessorной* защитѣ посредствомъ интердиктовъ, если онъ встрѣчаетъ помѣхи при фактическомъ осуществленіи своего права (ср. выше § 67). Фактически его владѣніе не отличается отъ владѣнія собственника. Ему присуще безусловное желаніе обладать вещью *въ своихъ собственныхъ* интересахъ, желаніе быть собственникомъ въ хозяйственномъ отношеніи (*animus domini*).

Съ другой стороны, эмфитевта обязанъ: 1) вносить ежегодно чиншъ (*canon vectigal*); 2) не ухудшать имѣнія; 3) въ случаѣ намѣренія отчудить свое право наследственной аренды извѣстить объ этомъ собственника, чтобы послѣдній имѣлъ возможность воспользоваться своимъ правомъ преимущественной покупки (*ius protimiseos*). Если наследст-

венный арендаторъ не выполнить этихъ обязанностей (напр., если онъ въ теченіе трехъ лѣтъ сряду не будетъ вносить чинша), собственникъ (*dominus emphyteuseos*) можетъ лишить его права наслѣдственной аренды (*ius expulsionis*).

Эмфитевзисъ отличается отъ сервитутовъ въ трехъ отношеніяхъ: 1) какъ въ хозяйственномъ смыслѣ, такъ и въ смыслѣ юридическомъ, эмфитевта находится въ положеніи *собственника*; поэтому правомочія при эмфитевзисѣ значительно *шире* правомочій при сервитутахъ: назначеніе эмфитевзиса заключается въ томъ, чтобы *замѣнить* право собственности; 2) эмфитевзисъ является правомъ наслѣдственнымъ и отчуждаемымъ; 3) эмфитевтѣ, осуществляющему свое право, принадлежить (по правильному взгляду) юридическое владѣніе вещью; лицу же, осуществляющему сервитутъ, принадлежить только юридическое владѣніе *правомъ* (*quasi possessio*, выше § 69), владѣніе сервитутомъ (напр., правомъ прохода), но не земельнымъ участкомъ. Эмфитевта (наслѣдственный арендаторъ) отстраняетъ *dominus*'а отъ участка, въ то время, какъ при сервитутѣ *dominus* *продолжаетъ владѣть* участкомъ наряду съ лицомъ, осуществляющимъ сервитутъ³⁾.

Отъ срочной аренды эмфитевзисъ (наслѣдственная аренда) отличается въ томъ отношеніи, что арендаторъ при срочной арендѣ обладаетъ только правомъ требованія, съ которымъ онъ можетъ обратиться къ своему контрагенту; наслѣдственный же арендаторъ обладаетъ вещнымъ правомъ на земельный участокъ, дѣйствительнымъ противъ всякаго третьяго лица.

³⁾ Эмфитевзисъ (наслѣдственная аренда) предоставляетъ право на владѣніе (*rei vindicatio*), сервитутъ—только право пользованія (*iuris vindicatio*). Лицо, желающее осуществлять эмфитевзисъ, обладаетъ желаніемъ владѣть (направленнымъ и противъ *dominus*'а); лицо, желающее осуществлять сервитутъ, обладаетъ только желаніемъ пользоваться (ср. выше § 67, прим. 2).

Съ рецещіей римскаго права римскій эмфитевзисъ проникъ въ Германію и легъ въ основу общегерманской формы наслѣдственной аренды. Однако, наряду съ нею продолжали существовать различныя мѣстныя формы германскаго наслѣдственнаго пользованія ведущія свое происхожденіе еще со среднихъ вѣковъ (онѣ носили разнообразныя названія: право колоната, *Leiherecht*, *Lassrecht*, *Meierrecht*, *Erbbestandsrecht*); такимъ образомъ, въ Германіи имѣлись налицо два рода наслѣдственной аренды:—общегерманская (римская) и мѣстная (германская). Послѣдній видъ наслѣдственной аренды былъ болѣе распространеннымъ. Онъ отличался отъ римскаго эмфитевзиса, главнымъ образомъ, отношеніемъ личной зависимости колона (наслѣдственнаго арендатора) отъ собственника имѣнія и проистекающей отсюда связанностью колона въ распоряженіи правомъ аренды. Законодательствомъ 19 столѣтія наслѣдственная аренда во всѣхъ своихъ формахъ была отмѣнена въ большинствѣ германскихъ государствъ (за исключеніемъ Мекленбурга и Лауенбурга). Крестьянство было освобождено отъ личной зависимости, наслѣдственная аренда была превращена въ право собственности (при чемъ было установлено обязательство выплачивать выкупные платежи). Поэтому Герм. Гражд. Улож. не знаетъ наслѣдственной аренды; послѣдняя сохранилась только въ тѣхъ союзныхъ государствахъ, въ которыхъ мѣстные законы, признававшіе данную форму владѣнія, оказались неотмѣненными (*Einführ. Ges. Art. 63*). Но позднѣйшее прусское законодательство (*Rentengütergesetz* отъ 27 іюля 1890) выработало новую форму наслѣдственной аренды—*Rentengut* (при которой предоставляется право собственности на имѣніе въ обмѣнъ на постоянную ренту; выкупъ можетъ быть совершенъ только при согласіи обѣихъ сторонъ); введеніе *Rentengut*, согласно *Einf. Ges. art. 62*, предоставляется всѣмъ союзнымъ государствамъ.

§ 3. I. de loc. et conduct. (3, 24): *Adeo autem familiari-*

tatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio? Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius cuiusve conductor heresve eius id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae *emphyteuseos contractui* propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.

§ 71.

Superficies.

Римская superficies произошла из найма (наследственной аренды) участка для постройки (при обязанности внесения годовой платы—*solarium*). Суперфициарь строил дом на собственные средства. Вследствие постановлений римского права об *accessio*, дом считался принадлежащим собственнику участка (*superficies solo cedit*; иначе по современному Герм. Гр. Ул. § 95, 1 Abs. 2); однако суперфициарю и его наследникам предоставлялось вещное право—на установленный срок (напр., на 99 лет) или же навсегда жить в этом доме и *осуществлять в отношении дома все права, свойственные собственнику*. Классическое римское право отделило superficies от найма. Суперфициарное право может быть куплено или приобретено каким либо иным способом (D. 43, 18, 1, 1). Superficies может быть установлена и в отношении уже готового строения. Во всех этих случаях суперфициарь занимает одинаковое юридическое положение, сходное с положением эмпитевты. Су-

перфициару также принадлежить подобное собственности право на чужой участокъ. Онъ можетъ прибѣгнуть къ *искамъ собственника utiliter*; онъ располагаетъ *поссessorной* защитой въ видѣ особаго *interdictum de superficie*. Онъ въ правѣ производить улучшения и измѣненія дома (онъ только не можетъ ухудшать его). Ему принадлежить власть надъ домомъ, и онъ имѣетъ какъ главнѣйшія правомочія собственника, такъ и юридическое владѣніе домомъ (*corpus* и *apud*),—совершенно такъ, какъ если бы онъ былъ собственникомъ ¹⁾.

По поводу отличій *superficies* отъ сервитутовъ съ одной стороны, и отъ найма—съ другой,—можно сказать то же самое, что въ § 70 *in fine* приведено относительно *emphyteusis*.

Свое юридическое признаніе *superficies* получило отъ преторскаго права.

Въ Герм. Гражд. Уложеніи римской *superficies* соотвѣтствуетъ *Erbbaurecht* (§ 1012 и сл.).

L. 1 pr. D. de sup. (43, 18): *Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quominus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficiei postulabitur, causa cognita dabo.*

§ 3 eod.: *Quod ait praetor: Si actio de superficiei postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est, ut, si ad*

¹⁾ *Degenkolb*, Platzrecht und Miete (1867). *Geib* въ *Archiv f. ziv. Praxis*. Bd. 106 (1910), стр. 13. *A. Schmidt* въ *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 11, стр. 121 и сл. *Karlowa*, *Röm. Rechtsgesch.*, Bd. 2, стр. 1260 и сл. Подобно наследственной арендѣ (§ 70), *superficies* впервые появилась на почвѣ римскаго публичнаго права, т. е. на почвѣ управления государственнымъ имуществомъ. Затѣмъ она перешла въ область частнаго права. Этимъ объясняется характеръ *solarium*, какъ земельной повинности, падающей и на сингулярнаго преемника, *Pernice*, *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 5 стр. 90.

tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

§ 72.

Залоговое право.

Залоговое право есть вещное право, дающее субъекту возможность удовлетворить его право требованія посредством заложенной вещи. Кредиторъ, какъ таковой, располагаетъ только правомъ требованія, т. е. только правомъ на удовлетвореніе посредствомъ дѣйствія *должника*; залоговое право предоставляетъ кредитору на ряду съ этимъ еще и вещное право, т. е. право на удовлетвореніе посредствомъ своего *собственного* дѣйствія (черезъ продажу заложенной вещи). *Rei obligatio* (такъ обозначали римляне залоговое право), т. е. отвѣтственность вещи, выступаетъ рядомъ съ *personae obligatio* въ качествѣ средства обезпеченія. Залоговое право является правомъ *добавочнымъ* (акцессорнымъ): существованіе его зависитъ отъ существованія обезпечиваемаго имъ обязательства. Но сила залоговаго права, какъ права вещнаго (непосредственно направленаго на распоряженіе стоимостью заложенной вещи), превосходитъ силу обязательственнаго права. Экономически содержаніе залоговаго права одинаково съ содержаніемъ права требованія, юридическія же формы ихъ различны.

1. *Исторія залоговаго права* ¹⁾. *Древне-римское* право не

¹⁾ *Oertmann*, Die Fiducia, 1890. *Herzen*, Origine de l'hypothèque romaine, Paris 1899. *Manigk*, Pfandrechtl. Untersuch. I. Gesch. der römischen Hypothek, Heft 1 (1904) и у *Pauly-Wissowa*, Realencyklopädie s. v. fiducia. *M. Fehr*, Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit (Upsala, 1910).—За самое послѣднее время появился цѣлый рядъ весьма цѣнныхъ изслѣдованій по исторіи греческаго залоговаго права, имѣющихъ значеніе так-

знало залоговаго права. Хотя оно признавало юридическія сдѣлки, создававшія такой же *хозяйственный эффектъ* (а именно, обезпеченіе обязательства определенной вещью), но ему была чужда юридическая сдѣлка, носящая *форму* установленія залоговаго права въ современномъ смыслѣ. Лицо, добывающее кредита подъ вещное обезпеченіе, могло:

1) передать кредитору определенную вещь въ *собственность* посредствомъ *mancipatio* или *in iure cessio* (передачи владѣнія при этомъ могло и не быть, ср. § 63, прим. 1), оговоривъ, что право собственности должно быть возвращено послѣ уплаты долга. Подобная *mancipatio* (или *in iure cessio*) являлась отчужденіемъ съ оказаніемъ довѣрія, — *fiducia cum creditore contracta*, описанная выше (§ 12). Въ данномъ случаѣ кредиторъ дѣлался собственникомъ. Но онъ не могъ свободно располагать своею собственностью. *Pactum fiduciae* связывало ему руки. Долгъ честнаго человѣка, облеченнаго довѣріемъ своего контрагента, обязывалъ его не пользоваться правомъ собственности вопреки условіямъ договора и особенно не производить отчужденія: въ случаѣ уплаты долга кредиторъ обязанъ былъ возвратить должнику право собственности. Но мы можемъ предполагать, что *pactum fiduciae* заключало въ себѣ оговорку о прекращеніи

же и для освѣщенія развитія римскаго залоговаго права. Таковы сочиненія: *Hitzig*, Das griechische Pfandrecht (1895). *Mitteis*, Ztschr. d. Sav.-Stift. Bd. 23, стр. 301. *Costa*, Corso di storia del diritto romano, vol. 2, стр. 164 и сл. *Manigk*, Gesch. d. Hyp., стр. 70 и сл. 131. *Partsch*, Griechisches Bürgschaftsrecht, Bd. 1 (1909), стр. 43. 198. 408. *Pappulias*, *Ἡ ἐμπόρευτος ἀσφάλεια κατὰ τὸ ἐλληνικὸν καὶ τὸ ῥωμαϊκὸν δίκαιον*, томъ 1 (1909), *Mitteis*, Ztschr. d. Sav.-Stift., Bd. 30, стр. 442. *E. Weiss* Pfandrehtliche Untersuchungen, 1. Abt., Beitr. z. röm. u. hellenischen Pfandrecht (1909). *Rabel*, Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri (Festgabe für die Univ. Leipzig, 1909). *B. Schwarz*, Hypothek uud Hypallagma. (1911).

всякихъ правъ должника (*lex commissoria*)²⁾: въ случаѣ неисполненія своей обязанности должникъ терялъ свое право получить вещь обратно, кредиторъ становился свободно распоряжающимся собственникомъ, ибо *actum fiduciae* больше уже не связывало его. Какъ въ греческомъ и германскомъ правѣ, такъ, повидимому, и въ римскомъ правѣ древнѣйшей формой залога былъ залогъ съ правомъ окончательнаго присвоенія вещи (*Verfallpfand*). Основная идея послѣдняго заключалась въ томъ, что кредиторъ получалъ вещь *вмѣсто* удовлетворенія по обязательству, при чемъ, съ одной стороны, этимъ самымъ прекращалась всякая отвѣтственность должника, а съ другой—должнику не возвращался тотъ излишекъ (*hyperocha*, ср. ниже), на который стоимость вещи превышала сумму долга. Въ императорскую эпоху *actum de vendendo*, развившееся примѣнительно къ *pignus*, получило примѣненіе и къ *fiducia*. Такимъ образомъ, залогъ съ правомъ присвоенія обратился въ залогъ съ правомъ продажи (здѣсь наряду съ вещнымъ обезпеченіемъ имѣла мѣсто личная отвѣтственность должника, а должникъ имѣлъ право на *hyperocha*), хотя кредиторъ продолжалъ при *fiducia* формально считаться собственникомъ, а не просто залогопринимателемъ чужой вещи. Такимъ образомъ, *fiducia* вполне обезпечивала интересы кредиторовъ. Но положеніе должника было непрочно.

²⁾ Ср. *Manigk*, *Fiducia* (выше, прим. 1). На то, что греческая ипотека представляла собой залогъ съ правомъ окончательнаго присвоенія вещи, указалъ *Hitzig*, I. с. Позднѣйшія изслѣдованія (прим. 1) подтвердили его мнѣніе. Аттическое право превратило ипотеку въ залогъ съ правомъ продажи. (*Pappulias* I. с.). Но и *Pappulias* допускаетъ, что въ аттическомъ правѣ древнѣйшей формой ипотеки тоже былъ залогъ съ правомъ присвоенія вещи. Идеѣ этого вида залога соотвѣтствуетъ запрещеніе распоряженій вещью со стороны залогодателя, на что указывалъ *Rabel*, I. с.: залогъ съ правомъ окончательнаго присвоенія вещи есть распоряженіе правомъ собственности, а потому всякое дальнѣйшее распоряженіе (отчужденіе, вторичный залогъ) должно быть исключено.

Даже въ томъ случаѣ, если онъ исправно уплачивалъ свой долгъ, онъ не могъ быть увѣренъ въ томъ, что вещь ему будетъ возвращена. Кредиторъ тѣмъ временемъ могъ ее отчудить, подарить, продать, обмѣнять на другую. Правда, въ этомъ случаѣ *кредиторъ* былъ обязанъ возмѣстить ему ущербъ (по инфамирующей *actio fiducia*), но противъ третьяго приобрѣтателя вещи должникъ былъ безсиленъ, ибо тотъ считался правомѣрнымъ и полноправнымъ собственникомъ. Такимъ образомъ должникъ вмѣсто самой вещи долженъ былъ довольствоваться полученіемъ ея стоимости. Ему недоставало *вещнаго* правомочія требовать вещь обратно отъ всякаго третьяго ея владѣльца³⁾. Недостатокъ заключался въ томъ, что должникъ *отдавалъ* другому право собственности, изъ котораго вытекало такое вещное правомочіе. Къ этому присоединялось еще то неудобство, что *fiducia*, какъ сдѣлка цивильнаго права, предполагала наличность римскаго *commercium*, римской дѣеспособности и потому была доступна только римскимъ гражданамъ (*fiducia* была связана съ *mancipatio* или *in iure cessio*; она не могла производиться путемъ простой *traditio*, выше § 12, прим. 15). Поэтому впослѣдствіи возникла еще новая форма обезпеченія.

2) Именно должникъ могъ *традировать* кредитору вещь, служащую обезпеченіемъ, только для полнаго (юридическаго) *владѣнія*, но не въ собственность. Такое отношеніе называлось *pignus*. При немъ интересы должника были достаточно защищены. Онъ сохранялъ свое право собственности, а потому и свое вещное правомочіе требовать вещь (*rei vindicatio*) у всякаго третьяго лица. Кромѣ того, договоръ о закладѣ (ниже § 79 I, d.) предоставлялъ ему (по уплатѣ

³⁾ Слабую защиту доставляла ему возможность *usureceptio* (§ 64, прим. 6), неперемѣннымъ условіемъ которой является *владѣніе* должника.

долга) личный (обязательственный) искъ противъ закладо-принимателя, направленный на обратное требованіе вещи— *actio pignoratitia directa*. Съ того момента, какъ онъ уплатилъ свой долгъ, никто не смѣлъ удерживать его вещь. Но въ данномъ случаѣ ухудшалось въ значительной степени положеніе кредитора. Хотя онъ и владѣлъ *фактически* вещью, и хотя *преторъ* предоставлялъ ему *поссессорные интердикты*, ему не доставало *вещнаго права* на эту вещь, а потому и соответственной *in rem actio* противъ третьихъ лицъ. И прежде всего ему недоставало просто права какого-бы то ни было распоряженія вещью. Если должникъ не платилъ онъ *не могъ* продать вещь съ цѣлью получить удовлетвореніе изъ покупной платы. Если даже должникъ предпочиталъ оставить вещь кредитору вмѣсто уплаты долга, то и тогда кредиторъ не могъ извлечь пользу изъ *pignus'a*. *Pignus*, какъ таковой, являлся просто задержаніемъ (арестомъ) вещи: кредиторъ получалъ въ руки тотъ предметъ, на который въ будущемъ могло быть направлено взысканіе (въ случаѣ, если бы пришлось взыскивать долгъ судомъ). Въ этомъ и состоялъ весь *pignus*. Если было желательнo предоставить кредитору частное право удовлетворенія посредствомъ вещи, необходимо было къ *pignori dare* присоединить *actum de vendendo*^{3a)}. Такъ и стали поступать все чаще и чаще. Залогъ, дававшій кредитору только владѣніе, превратился въ залогъ съ правомъ продажи. Отсюда возникла идея договорнаго залога, при которомъ владѣніе могло и не быть отнято у должника, а *право собственности* во всякомъ случаѣ *сохранялось* за должникомъ, предоставляя ему, такимъ образомъ, вещное правомочіе требовать вещь отъ всякаго третьяго лица; однако, въ то же время кредиторъ получалъ право на вещь, именно право въ слу-

^{3a)} *Manigk*, l. c. *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen, стр. 88 (сообщеніе взгляда *Mitteis'a*), стр. 92, прим. 1.

чаѣ надобности воспользоваться стоимостью вещи для удовлетворенія своего права требованія (это и было залоговое право). При помощи преторскаго эдикта только что описанныя юридическія отношенія вошли въ жизнь.

3) Должникъ могъ заключить съ кредиторомъ простое соглашеніе (безъ *mancipatio* или *traditio*) о томъ, что опредѣленныя вещи должника будутъ служить предметомъ возможнаго удовлетворенія кредитора (залоговый договоръ не связанный съ владѣніемъ вещью). Это называлось *pignori obligare* ⁴⁾. Подобнаго рода договоръ былъ совершенно не дѣйствителенъ по древне-римскому праву и даже по праву начала императорской эпохи. Но преторъ призналъ за нимъ связующую силу. Точкой отправления послужило слѣдующее. По установившейся съ давнихъ поръ практикѣ арендаторъ полевого участка предоставлялъ собственнику участка въ „залогъ“ тѣ вещи, которыя онъ привозилъ съ собой (*illata*), т. е. свой инвентарь (*Gaius IV, 147: res pro mercedibus fundi pignori futuras*). Конечно, арендаторъ сохранялъ за собой какъ право собственности, такъ и владѣніе: иначе онъ былъ бы лишень возможности вести хозяйство. Такимъ образомъ, здѣсь не возникало настоящаго залоговаго права. Собственникъ участка только имѣлъ право захватить вещи во владѣніе (право наложенія ареста) съ цѣлью обезпечить себя осуществленіе своего права требованія. Для этого уже

⁴⁾ По поводу терминологіи см. *Fehr*, I. с., стр. 120 и сл. Выраженіе же *pignori dare* употреблялось классиками для обозначенія заклада, связаннаго съ владѣніемъ, тамъ же, стр. 112 и сл. Повидимому, прообразомъ договорнаго залога безъ передачи права собственности и владѣнія служила относящаяся къ римскому публичному праву *praediatūra* (*obligare praedium* въ обезпеченіе долга народу, государству,—напр., со стороны откупщика податей), *Manigk*, *Gesch. d. Nurr.*, Heft 1, стр. 54. Во всякомъ случаѣ римскій договорный залогъ не греческаго происхожденія. Выраженіе *hypotheca* (единственное доказательство прежнихъ ученій (попаль въ римскіе источники только благодаря коммилляторамъ, ср. ниже.

во время республики преторъ снабдилъ его *interdictum adipsiscendae possessionis* (ср. выше § 67, прим. 7), такъ называемымъ *interdictum Salvianum*. Этотъ интердиктъ былъ дѣйствителенъ только противъ самого колона (интердиктъ представлялъ собой начало взысканія по долгу изъ договора аренды. О настоящемъ залоговомъ правѣ съ вещной защитой еще не могло быть и рѣчи. Когда же при Адрианѣ (выше § 17) Юліанъ окончательно формулировалъ эдиктъ, онъ въ концѣ эдикта (передъ добавленіемъ) помѣстилъ для описаннаго случая залога *illata* формулу *in rem actio* собственника участка, отданнаго въ аренду,—это была такъ называемая *actio Serviana*. Этимъ самымъ договорный залогъ получилъ силу вещнаго права, дѣйствующаго противъ всякаго другого лица ^{4а}). Въ этомъ заключался послѣдній важный актъ, совершенный *ius honorarium*. Затѣмъ сталъ даваться аналогичный искъ вообще во всѣхъ случаяхъ договорнаго залога (*actio quasi Serviana*, въ *Corpus iuris* называемая также *actio in rem hypothecaria*). Слѣдовательно, по преторскому праву простой договоръ о залогѣ предоставлялъ кредитору *право вещнаго иска*, посредствомъ котораго кредиторъ могъ (въ случаѣ неисправности должника) вступить во владѣніе вещью; затѣмъ изъ этого же договора вытекало *право продажи*, т. е. право получить удовлетвореніе изъ покупной стоимости вещи. Такимъ образомъ, кредиторъ располагалъ всѣми необходимыми ему правомочіями, а съ другой стороны интересы должника также были соблюдены благодаря принадлежащему ему какъ собственнику праву виндикаціи (и личной *actio pignoratitia directa*, съ которой онъ могъ обратиться къ залоговому кредитору, получившему владѣніе вещью).

Такимъ образомъ возникло *залоговое право* (въ современ-

^{4а}) Къ сказанному см. *Lenel*, *Edictum*, 2 изд., стр. 470 и сл. и особенно *Fehr*, стр. 136 и сл.

номъ смыслѣ): договоръ о залогѣ теперь *формально* порождаетъ право *использованія стоимости* чужой вещи (залоговое право). Конечно, и теперь договоръ о залогѣ можетъ быть сопряженъ съ передачей вещи во владѣніе кредитора (закладъ), но это условіе не считается необходимымъ. Существеннымъ моментомъ при возникновеніи залоговаго права является не передача владѣнія, какъ таковая, а только договоръ о залогѣ (*ut res pignori sit*). Такъ подъ вліяніемъ все болѣе развивающагося оборота произошла эволюція римскаго залога, — отъ залога съ передачей права собственности (манципаціоннаго залога) и залога съ передачей владѣнія къ залогу, дающему право продажи вещи, — къ договорному залогу, при которомъ вещь играетъ роль носителя опредѣленной денежной стоимости.

Въ *Corpus iuris* вмѣстѣ съ *mancipatio* и *in iure cessio* исчезла и *fiducia*. Компиляторы въ отрывкахъ, заимствованныхъ у классиковъ, замѣнили терминъ *fiducia* выраженіями *pignus* или *hypotheca* ^{4b)}. Но терминъ *hypotheca* для обозначенія договорнаго залога (въ отличіе отъ *pignus* въ узкомъ смыслѣ — въ смыслѣ ручнаго залога) былъ введенъ въ римское право только компиляторами. Съ значительной долей увѣренности можно сказать, что слово *hypotheca* въ *Corpus iuris* есть вездѣ плодъ интерполяціи. Только византійцы ввели греческое слово въ римскій юридическій языкъ ^{4c)}.

L. 9, § 2 D. de pign. act. (13. 7). (Ulpianus): *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem.*

L. 5 § 1 D. de pign. (20, 1) (Marcianus): *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

^{4b)} *Lenet* въ *Ztschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 3, стр. 104 и сл.

^{4c)} Къ такому поразительному выводу приходитъ *M. Fehr* въ своей превосходной работѣ (выше, прим. 1). Съ этимъ соглашается *Mitteis* въ *Ztschr. d. Sav.-Stift.*, Bd. 31, стр. 489 и сл. Очень близко къ этому подходилъ уже *Manigk*, *Gesch. d. Nurr.*, стр. 93 и сл. 113.

II. *Нормы залогового права.* Устанавливается залоговое право (въ римскомъ правѣ), обычно путемъ неформального договора (*pignus conventionale*) или путемъ виндикаціоннаго легата (*pignus testamentarium*)⁵⁾, въ исключительныхъ случаяхъ по закону. Въ цѣляхъ обезпеченія правъ требованія законъ устанавливалъ: залоговое право фиска на все имущество должника; залоговое право собственника отдающейся внаймы квартиры на *invecta* и *illata*, т. е. на находящіяся въ этой квартирѣ вещи нанимателя; залоговое право собственника арендуемаго *praedium rusticum* на плоды, приносимые этимъ участкомъ; залоговое право несовершеннолѣтняго (для обезпеченія его права требовать возмѣщенія ущерба) на все имущество опекуна; залоговое право жены (для обезпеченія ея права требовать возвращенія приданого) на все имущество мужа (все эти случаи составляютъ *pignus tacitum* или *legale*). Кроме того залогъ устанавливается арестомъ вещей должника при судебномъ взысканіи (*pignus iudiciale*). Залоговое отношеніе стараго стила (*pignus*), а именно фактическое обладаніе вещью (простая *detentio*) въ цѣляхъ обезпеченія притязанія, не связанное съ вещнымъ искомъ по классическому праву (только Юстиніанъ предоставлялъ и въ данномъ случаѣ *actio in rem hypothecaria*) и обычно не связанное и съ правомъ продажи, имѣетъ мѣсто въ томъ

5) Однако, только Северъ и Каракала установили возможность непосредственнаго возникновенія залоговаго права посредствомъ завѣщанія (виндикаціонный легатъ—D. 13, 7, 26, pr.). До нихъ можно было только *обязать* при помощи *legatum per damnationem* наследника установить залоговое право. Залоговое право было чуждо гражданскому праву и потому оно не могло возникнуть изъ непосредственнаго предоставленія по гражданской сдѣлкѣ древняго римскаго права (виндикаціонный легатъ), ср. выше § 62, прим. 1. Германск. Гражд. Уложеніе вообще не знаетъ виндикаціоннаго легата и потому оно не допускаетъ непосредственнаго *установленія* залоговаго права черезъ завѣщаніе: въ этомъ отношеніи современное право сходится съ древнѣйшимъ римскимъ правомъ.

случаѣ, когда въ цѣляхъ временнаго обезпеченія преторъ предоставляетъ управомоченному *missio in possessionem* тѣмъ вещами, во владѣніи коими онъ заинтересованъ (такъ называемое *pignus praetorium*). Примѣры выше—§ 55, § 65 *in fine*.

Залоговый кредиторъ имѣетъ право: 1) *владѣть* вещью; 2) *реализовать стоимость* вещи въ цѣляхъ удовлетворенія своего права требованія (обычно реализація совершается путемъ продажи вещи); 3) ему принадлежитъ еще *право удержанія* по поводу другихъ требованій (такъ называемыхъ расписочныхъ, т. е. не обезпеченныхъ залогомъ); другими словами, даже послѣ уплаты по требованію, обезпеченному залогомъ, залоговый кредиторъ можетъ удержать вещь (воспользовавшись *exceptio doli*) до тѣхъ поръ, пока должникъ не удовлетворитъ остальные требованія къ нему. Это положеніе обыкновенно включалось въ залоговые договоры, а затѣмъ рескриптъ императора Гордіана, изданный въ 239 г. до Р. X. (I. 1 C. 8, 26) отнесъ его къ нормальнымъ послѣдствіямъ залогового договора⁶⁾. Это принадлежащее залоговому кредитору право удержанія (такъ называемое *pignus Gordianum*) отличается отъ другихъ случаевъ права удержанія (см. выше § 53, прим. 12) тѣмъ, что при немъ можетъ и не быть юридической связи между встрѣчнымъ притязаніемъ (на которомъ основана *exceptio doli*) и притязаніемъ искомымъ.

Право владѣнія залоговаго кредитора въ цетиторномъ порядкѣ (т. е. въ смыслѣ осуществленія его *права* на вещь) охраняется упомянутой выше *actio Serviana* или *quasi Serviana*, называемой въ *Corpus iuris* также *actio hypothecaria* (*in rem*—и *actio pignoratitia in rem*). Если онъ владѣетъ заложеной вещью, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ располагаетъ и посессорной защитой въ видѣ интердиктовъ (направленной

⁶⁾ Ср. *Mitteis*, Griech. Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig Bd. 1, 1906, стр. 37.

на охраненіе только *владѣнія* вещью). *Actio Serviana* (*hypothecaria*) представляет собой искъ, построенный по образцу *rei vindicatio* ⁷⁾. Въ случаѣ ручного залога залоговый кредиторъ немедленно получаетъ право *владѣнія* вещью; при ипотекаѣ право *владѣнія* для него возникаетъ лишь съ того момента, когда появляется необходимость осуществить его право реализаціи. *Право реализаціи* (т. е. право продажи) возникаетъ для залоговаго кредитора только по наступленіи срока уплаты по обязательству, если несмотря на угрозу продать вещь (или несмотря на судебное присужде-

7) *A. Serviana* (а также и построенная по ея образцу *a. quasi Serviana*) была *actio in factum concepta* (выше § 51). Такъ какъ преторъ былъ лишенъ возможности создать цивильное вещное право, онъ поставилъ присужденіе отвѣтчика въ зависимость отъ *фактовъ* заключенія договора о залогѣ (*si paret, convenisse ut ea res pignori esset*), нахождения вещи въ тотъ моментъ *in bonis* залогодателя и наличности еще не погашеннаго денежнаго долга, *Lenel, Edictum*, 2 изд., стр. 475. Кондемнаціи предшествовалъ *arbitratus de restitendo* (*nisi ea res arbitrato tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna*): искъ подобно *rei vindicatio*, былъ *a. arbitraria* (выше § 53). Однако, всѣ возраженія противъ самаго обязательственнаго требованія, были дѣйствительны и противъ залоговаго иска, ибо залоговое право акцессорно. Затѣмъ отвѣтчику принадлежитъ *ius offerendi*, т. е. право удовлетворить залоговаго кредитора путемъ уплаты суммы долга, и (если отвѣтчикъ является добросовѣстнымъ владѣльцемъ, *iustus possessor*) право требовать уступки залоговаго права (D. 20, 4, 19, ср. Герм. Гр. Ул. § 1249)—такъ называемое *beneficium cedendarum actionum* (кромѣ того владѣлецъ можетъ, воспользовавшись *exceptio excussionis realis*, предложить истцу обратиться сперва възысканіе на находящуюся въ залогѣ специальную вещь; по Юстиніанову праву отвѣтчикъ могъ также прибѣгнуть къ *exceptio excussionis personalis* для того, чтобы предложить истцу обратиться сперва къ главному должнику или поручителю, если эти лица платежеспособны;—то и другое неизвѣстно современному праву, ср., однако, Герм. Уст. Гр. Суд. § 777). Ниже стоящій залоговый кредиторъ не располагаетъ вещнымъ искомъ изъ залога, ср. ниже, прим. 8.

ніе) должникъ не выполняетъ своего обязательства. Право *Cognus iuris* предписывало ждать еще два года послѣ объявленія угрозы продать вещь (послѣ объявленія рѣшенія въ пользу залоговаго кредитора). По истеченіи двухъ лѣтъ кредиторъ получалъ право продать вещь. Онъ получалъ это право даже въ томъ случаѣ, если онъ раньше условился не продавать вещь; но въ такомъ случаѣ онъ обязанъ былъ три раза (черезъ извѣстные промежутки времени) сдѣлать соответствующія предупрежденія. Продажу онъ совершаетъ лично (частнымъ образомъ) и въ силу своей власти залогопринимателя онъ посредствомъ *traditio* переноситъ на покупателя право собственности, принадлежавшее залогодателю. При заключеніи договора купли-продажи онъ обязуется (въ силу залоговаго договора, ниже § 79) соблюдать *omnis diligentia* въ отношеніи условій продажи. Вырученная при продажѣ сумма поступаетъ прежде всего на удовлетвореніе залоговаго кредитора. Излишекъ превышающій сумму его требованія (*hyperocha*), онъ обязанъ передать должнику (ср. ниже § 79). Такъ называемая *lex commissoria*, т. е. соглашеніе о томъ, что въ случаѣ неудовлетворенія залоговаго кредитора послѣдній *ipso iure* станетъ собственникомъ заложенной вещи, была объявлена недействительной закономъ императора Константина (этимъ самымъ оказалась отмѣненной первоначальная форма залога съ правомъ окончательнаго присвоенія вещи, ср. выше § 72, 1). Однако, въ случаѣ необходимости (напр., если продажа не состоялась) судъ по просьбѣ залоговаго кредитора могъ присудить ему право собственности на вещь по опредѣленной оцѣнкѣ въ цѣляхъ удовлетворить его (такъ называемая *impetratio domini*). Въ этомъ случаѣ *hyperocha* составляется изъ того излишка, на который оцѣнка вещи превышаетъ сумму долга, обеспеченнаго залогомъ. Въ случаѣ такъ называемаго *antichresis* залоговому кредитору, помимо права владѣнія и права продажи принадлежитъ еще право на

полное пользование вещью и извлечение плодовъ изъ нея (это право замѣняетъ собой получение процентовъ по долгу, при чемъ нѣтъ необходимости соблюдать законный предѣлъ процентовъ) ^{7а)}. Но въ остальномъ (при отсутствіи *actum antichreticum*, какъ это обычно бываетъ), кредиторъ, владеющій плодоприносящей заложеной вещью, является лишь обязаннымъ (въ силу залоговаго договора) извлекать плоды изъ нея, но не управомоченнымъ на это. Плоды поступаютъ въ собственность залогодателя или, — если залогодатель успѣлъ отчудить вещь, — его сингулярнаго преемника; тѣмъ не менѣе залоговый кредиторъ имѣетъ залоговое право на плоды (но лишь въ томъ случаѣ, когда плоды поступаютъ въ собственность залогодателя или его наслѣдника), и если залогъ былъ установленъ въ цѣляхъ обезпеченія безпроцентнаго денежнаго долга, онъ можетъ получить удовлетвореніе изъ плодовъ въ предѣлахъ законныхъ процентовъ (такъ называемая *antichresis tacita*). По общему правилу, залоговое право имѣетъ въ виду только владѣніе и реализацію вещи. Въ противоположность другимъ вещнымъ правамъ оно направлено не на пользование естественными свойствами вещи, а на ея денежную стоимость. Оно желаетъ не

^{7а)} *Antichresis* древняго права, какъ таковая, давала кредитору право получить удовлетвореніе путемъ извлеченія плодовъ изъ вещи или путемъ пользованія ею въ какомъ либо другомъ отношеніи. Однако, *antichresis* можетъ также быть связана и съ настоящимъ залоговымъ правомъ (влекущимъ право продажи вещи). Римская терминологія не восприняла выраженіе *antichresis*, но сущность этого института встрѣчается и въ римскихъ источникахъ, ср. *Manigk*, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung* (1910). *Manigk* на стр. 51 и сл. проводитъ тотъ взглядъ, что римскій закладъ по существу представлялъ собой право удовлетворенія черезъ пользование вещью, и оспариваетъ господствующее мнѣніе объ *antichresis tacita*, основанное на D. 20, 2, 8: онъ полагаетъ будто это мѣсто относится только къ процентамъ за просрочку, вообще же при безпроцентномъ долгѣ пользование засчитывается въ погашеніе *капитальнаго* долга.

господства въ настоящемъ надъ данной вещью, но обладанія въ будущемъ стоимостью этой вещи,—право, осуществленіе котораго отодвинуто на будущее, подобно обязательственнымъ правамъ: это не право пользованія, но право на будущую реализацію, дающее управомоченному удовлетвореніе не самымъ своимъ существованіемъ, подобно другимъ вещнымъ правамъ, но лишь прекращеніемъ своего существованія.

Собственникъ заложенной вещи можетъ отчудить свое право собственности другому лицу (но при этомъ, конечно, залоговое право сохраняетъ свою силу и противъ новаго собственника). Точно также собственникъ можетъ заложить уже заложенную вещь другимъ лицамъ ^{7b)}. Рядъ послѣдовательныхъ залоговыхъ правъ на ту же вещь можетъ возникнуть и по предписанію закона. Въ такомъ случаѣ каждый послѣдующій залоговый кредиторъ можетъ приступить къ осуществленію залоговаго права только послѣ удовлетворенія предшествующаго кредитора. *Старшинство* опредѣляется по общему правилу *временемъ возникновенія* залоговаго права (*prior tempore potior est iure*); изъ этого общаго правила римское право дѣлало исключенія въ пользу такъ называемыхъ *привилегированныхъ* залоговыхъ правъ (сюда относятся: законное залоговое право, принадлежащее казнѣ въ цѣляхъ обезпеченія требованія податей, право жены, обезпечивающее ей возвращеніе приданаго, договорное залоговое право въ случаѣ *in rem versio*, т. е. когда дана денежная сумма для улучшенія или сохраненія заложенной вещи). Императоръ Левъ предписалъ считать привилегированнымъ сравнительно съ возникшимъ въ неформальной частной

^{7b)} Последнее его право сравнительно поздняго происхожденія. Древній залогъ съ правомъ присвоенія по существу исключаетъ какъ дальнѣйшее отчужденіе, такъ и вторичный залогъ, выше § 72, прим. 2.

сдѣлкѣ такое залоговое право, которое закрѣплено въ публично засвидѣтельствованномъ документѣ (*pignus publicum*) или въ документѣ, подписанномъ тремя незапятнанными свидѣтелями (*pignus quasi publicum*).

Залоговое право *прекращается* въ случаѣ уплаты долга, обезпеченнаго залогомъ, и въ случаѣ удовлетворенія кредитора путемъ реализаціи (продажи) заложенной вещи. Такимъ образомъ, въ своемъ прекращеніи залоговое право достигаетъ своей цѣли. Однако, до того момента пока обезпеченный залогомъ долгъ не уплаченъ *до конца*,—заложенная вещь *цѣликомъ* продолжаетъ служить обезпеченіемъ остатка долга (*pignoris causa est individua*). Точно такъ же, въ случаѣ смерти залоговаго кредитора, его право требованія (дѣлимое) распредѣлялось *ipso iure* между его наслѣдниками (ниже § 114), но вся заложенная вещь цѣликомъ служила обезпеченіемъ доли требованія каждаго отдѣльнаго наслѣдника. Продажа вещи, совершенная старшимъ залоговымъ кредиторомъ, прекращаетъ права всѣхъ послѣдующихъ залоговыхъ кредиторовъ. Послѣдніе вмѣсто заложенной вещи должны были въ такомъ случаѣ довольствоваться *hypotheca*, которую былъ обязанъ имъ предоставить предшествующій залоговый кредиторъ. Послѣдующему залоговому кредитору принадлежитъ не право продажи, а только *ius offerendi*, т. е. право уплатить выше стоящему кредитору сумму его долга и занять его мѣсто, приобрѣтая вмѣстѣ съ тѣмъ и его право владѣть вещью и продать ее⁸⁾.

Римское право выработало также залоговое право на право, въ частности, на обязательственные права (*pignus nomi-*

⁸⁾ По поводу римскаго *ius offerendi* (другой случай его приведенъ выше, прим. 7) ср. *Fritz Schultz* въ *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, Bd. 27, стр. 102 и сл. Въ наше время послѣдующему залоговому кредитору принадлежитъ *ius offerendi* (вмѣстѣ съ правомъ приобрѣтенія обязательственнаго требованія) по правиламъ §§ 1150. 1249 Герм. Гражд. Улож.

nis), на узуфруктъ, и даже на залоговое право, какъ такое (subpignus): управомоченное лицо здѣсь получало право осуществленія и реализаціи заложенного права. Ср. Герм. Гражд. Ул. §§ 1273 и слѣд.

Залоговое право (наряду съ институтомъ необходимаго наслѣдованія) является наименѣе удавшейся частью римскаго гражданскаго права. Оно давало недостаточно вѣрную обезпеченность кредитору. Причина этому заключалась въ безгласности и нетвердости римскаго залоговаго права. Последнее могло возникнуть даже путемъ неформальнаго (нераспознаваемаго для третьихъ лицъ) залоговаго договора, — независимо отъ того, была ли рѣчь о движимостяхъ, или о недвижимостяхъ. Болѣе того, лишенное всякаго намека на формальность соглашеніе могло вызвать залогъ сразу всего настоящаго и будущаго имущества (такъ называемая генеральная ипотека). Для такихъ ипотекъ не всегда даже требовалось заключенія залоговаго договора. Римское право знало цѣлый рядъ законныхъ залоговыхъ правъ, которыя по большей, части представляли собой генеральныя ипотеки (см. выше II въ нач.). Поэтому, ни одинъ кредиторъ не былъ въ состояніи опредѣлить, сколько залоговыхъ правъ уже обременяютъ заложенную ему вещь. Последніе остатки его гарантій разбивались о вышеуказанныя привилегіи, установленныя для цѣлага ряда залоговъ. Благодаря имъ сегодняшній старшій залоговый кредиторъ завтра можетъ стать младшимъ. Установленный римскимъ правомъ порядокъ старшинства залоговыхъ правъ совершенно обезцѣнивалъ вещный кредитъ. Поэтому въ Римѣ было цѣлесообразнѣе представить поручителя, чѣмъ установить залоговое право.

Добавленіе. Герм. Гражд. Уложеніе положило совершенно инныя идеи въ основу залоговаго права. Оно исключаетъ генеральныя ипотеки (принципъ спеціальности). Германское право признаетъ только гласныя залоговыя права (принципъ публичности). Оно допускаетъ законное залоговое право только въ отношеніи

движимостей. Привилегированных залоговыхъ правъ больше не существуетъ. Основнымъ раздѣленіемъ является различіе между залогомъ движимостей (по образцу котораго построено залоговое право на право) и залогомъ недвижимостей. Въ отношеніи залога движимостей дѣйствуетъ *принципъ владѣнія*: признается только ручной закладъ (видимая отдача вещи), *constitutum possessorium* не считается достаточнымъ (Г. Г. У. §§ 1205, 1206); исключеніе составляютъ—залогъ корабля (§§ 1259 и слѣд.) и нѣсколько единичныхъ законныхъ залоговыхъ правъ (напр., залоговое право арендодателя на ввезенныя вещи нанимателя и арендатора, §§ 559, 585). Въ отношеніи залоговаго права на недвижимость дѣйствуетъ *принципъ внесенія въ вотчинныя книги*. Залоговое право на недвижимость можетъ возникнуть только путемъ внесенія въ вотчинную книгу (и соглашенія контрагентовъ), но не можетъ возникнуть черезъ постановленіе закона (хотя уже занесенная въ книгу ипотека по закону можетъ перейти къ другому лицу, не будучи переписана на него). Германское право не знаетъ ипотекъ, не занесенныхъ въ книгу. Всѣ ипотeki могутъ *быть видны* изъ книгъ. Очевидна также и степень старшинства ипотеки. Она опредѣляется порядкомъ занесенія въ книгу, т. е. мѣстомъ въ книгѣ (принципъ мѣста). Цѣнность ипотеки такимъ образомъ *поддается опредѣленію*. Мѣста ипотекъ постоянны. Только черезъ погашеніе предыдущей ипотеки послѣдующіе залоговые кредиторы могутъ перемѣнить мѣсто. Въ случаѣ, если собственникъ уплатитъ долгъ первому залоговому кредитору, не погасивъ ипотеку отмѣткой въ книгѣ, второй залоговый кредиторъ не двигается впередъ (какъ въ римскомъ правѣ), но собственникъ самъ приобрѣтаетъ залоговое право на собственный участокъ (здѣсь нѣтъ *confusio*). Здѣсь (въ этомъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ) имѣетъ мѣсто ипотека на собственную вещь. Принципъ зависимости ипотеки отъ обязательства подвергся значительнымъ ограниченіямъ. Въ формѣ „*Grundschild*“ (или *Rentenschuld*) можно установить самостоятельное право реализаціи участка (управомоченный получаетъ право на опредѣленную денежную сумму или на ренту,

приносимую участкомъ); также и *ипотека* недвижимостей Германскаго Гражд. Уложенія, которая устанавливается въ связи съ определеннымъ правомъ требованія, при известныхъ обстоятельствахъ (если она находится въ рукахъ собственника или добросовѣстнаго цессіонара) можетъ превратиться въ самостоятельное право реализаціи: акцессорная природа ипотеки выступаетъ теперь только въ известныхъ предѣлахъ (она проявляется противъ перваго приобретателя, но не противъ его добросовѣстнаго правопреемника). По отношенію къ недвижимостямъ уже больше не примѣняется даже римская *actio in rem hypothecaria* и право частной продажи, принадлежавшее залоговому кредитору (то и другое сохранилось теперь только при залогѣ движимости): современный ипотечный искъ (и искъ, вытекающій изъ *Grundschild*), направленъ противъ *собственника* участка и имѣетъ въ виду *уплату* записанной въ вотчинной книгѣ суммы или же (на случай неуплаты) продажи съ аукціона (въ судебномъ порядкѣ), въ то время какъ римская *actio hypothecaria* направлена противъ владѣльца какъ такового и имѣетъ въ виду передачу владѣнія. Мѣсто единаго римскаго залоговаго права въ современномъ германскомъ правѣ занимаютъ три права: залоговое право (на движимости и на права), ипотека на недвижимости (устанавливаемая въ качествѣ акцессорнаго права реализаціи), *Grundschild* и *Rentenschuld* (устанавливаемая въ качествѣ самостоятельныхъ правъ реализаціи). Различная нормировка этихъ трехъ видовъ залога дала возможность достигнуть дѣйствительно надежнаго обезпеченія.

О П Е Ч А Т К И.

<i>Стран.</i>	<i>Строка.</i>	<i>Напечатано:</i>	<i>Должно быть:</i>
2	10 сверху	юридичное	юридическое
18	11 "	aureorum	aureorum anulorum
21	11 "	facultalem	facultatem
42	13 "	cuia	cuilus
74	7 снизу	Renle	Henle
99	5 сверху	fidli	fidei
159	6 "	est	et
179	11 снизу	ae	ea
188	23 сверху	qnasl	quasi
190	9 "	condicio	condictio
191	2 снизу	Frebellianum	Trebellianum
200	въ заголовкѣ § 54	temporalia	temporalis
302	3 сверху	de molitorum	demolitorium
302	18 "	factus	iactus
