

ДМИТРІЙ АЗАРЕВИЧЪ

# СИСТЕМА РИМСКАГО ПРАВА

---

УНИВЕРСИТЕТСКІЙ КУРСЪ

---

ТОМЪ I



С.-ПЕТЕРБУРГЪ  
Типографія А. С. Суворина. Эртелевъ пер., д. 11—2

1887



## ПРЕДИСЛОВІЕ.

---

Весьма распространено возрѣніе, что составленіе курсовъ Римскаго права не представляетъ никакихъ особенныхъ затрудненій, благодаря крайнему богатству не только монографической, но и учебной литературы по данной наукѣ. Но именно такая обработка и дѣлаетъ весьма труднымъ какъ установку общихъ исходныхъ основъ для всего курса и отдѣльныхъ его частей, такъ и разрѣшеніе иногда самыхъ мелкихъ вопросовъ. Каждому составителю самостоятельнаго курса по системѣ Римскаго права приходится теперь считаться не только съ выводами прежнихъ учебниковъ, но и съ массой такихъ трудовъ, результаты которыхъ, иногда по самымъ основамъ науки, начинаютъ восприниматься въ новѣйшихъ курсахъ (см., напр., курсы Зродловскаго, Дербурга и др.). — По мѣрѣ возможности, я слѣдовалъ такому взгляду. Курсъ учебный долженъ предлагать господствующія въ учебной литературѣ возрѣнія, но въ то же время необходимо для сознательнаго и пытливаго отношенія къ этимъ возрѣніямъ давать указанія и на рас-

ходящіяся съ ними направленія. При этомъ послѣднiя я излагалъ въ отступленiи и къ болѣе слабымъ относился критически, на дѣйствительно же сильныя указывалъ безъ дальнѣйшихъ разъясненiй.

Д. А.

Одесса  
1887 г. 24 апрѣля.

---

## ВВЕДЕНИЕ.

### Источники римскаго права.

1) До-юстиніаново право въ сборникахъ:

*Huschke*. Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt. Lips. 1867 изд. 2. 1879 изд. 4.

*Bruns*. Fontes juris romani antiqui. Tueb. 1871. 1881 изд. 4.

*Giraud*. Novum enchiridion juris romani. Paris. 1873.

Corpus juris romani antejustiniani consilio professorum Bonpensiun. Bonn. 1835—1844, вып. 6. Кромѣ твореній юристовъ, въ этомъ сборникѣ изданы: Codices Gregorianus, Hermogenianus и Theodosianus.

2) Юстиніаново право:

Corpus juris civilis ed. fratres Kriegelii.—Пандекты издали Kriegelii, Кодексъ — Herrmann, Новеллы — Osenbrüggen.

Новое исправленное изданіе Corpus juris civilis принадлежитъ Th. Mommsen и Krueger съ 1877 г. Пандекты изд. Mommsen, Институціи и Кодексъ—Krueger, Новеллы обрабатываетъ Schoell. Кромѣ того, новѣйшее греческое изданіе Новеллъ Юстиніана выполнено Zachariae v. Lingenthal.

3) По-юстиніаново право:

Ecloga Leonis et Constantini изд. Zachariae. Lips. 1852.

Ὁ πρόχειρος νόμος изд. Zachariae. Heidelb. 1837.

Ἐπιναγωγὴ изд. Zachariae въ его Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum 1852, отъ р. 61.

Basilicorum libri LX, изд. G. E. Heimbach., Lips., 1833—1845. Въ 1846 томъ дополненій Zachariae.

Объ остальныхъ источникахъ по-юстиніанова права см. въ Исторіи Византійскаго Права Д. Азаревича. Ярослав., 2 т. 1876, 1877.

### Пособія при изученіи римскаго права.

- Savigny*. System des heutigen römischen Rechts 1840—1853.  
*Kierulff*. Theorie des gemeinen Civilrechts. B. 1, 1839.  
*Puchta*. Pandekten. 1876, изд. 12 v. Schirmer.  
*Puchta*. Vorlesungen über das heutige röm. Recht, 2 v. 1854, 55 изд. 4.  
*Keller*. Pandekten-Vorlesungen 1866 изд. 2 v. Lewis.  
*I. A. Seuffert*. Praktische Pandekten 1860.—71, изд. 4.  
*Sintenis*. Das praktische gemeine Civilrecht, 1869, изд. 3.  
*Brinz*. Lehrb. der Pandekten. 3-е изд. начато въ 1884 (1 изд. 1857—71).  
*Windscheid*. Lehrb. d. Pandekten. 1882 изд. 5.  
*Arndts*. Lehrb. d. Pandekten. 1874 изд. 8.  
*Wächter*. Pandekten v. 2, 1880—1881.  
*Baron*. Pandekten. 1885 изд. 5.
- Марецолль*. Учебникъ римскаго гражданскаго права. Переводъ съ 8-го изд. 1867.  
*Гудсмитъ*. Курсъ Пандектовъ. Перев. ч. 1, 1881.
- Zrodowski*. Das römische Privatrecht. Bd. I 1877, Bd. II 1880.  
*M. E. Schmidt*. Pandekten. Ausg. v. Dethier. B. I 1882.  
*H. Dernburg*. Pandekten. B. I 1885.  
*E. Hölder*. Pandekten. 1. Lief. 1886.  
*E. J. Bekker*. System des heutigen Pandektenrechts. B. I, 1886. Тутъ-же см. и болѣе полный указатель нѣмецкой литературы (р. 41—43).  
*Demangeat*. Cours élémentaire de droit romain. v. 2, 1864—66.  
*Maynz*. Cours de droit romain, v. 3, 1870—74, изд. 3.  
*Accarias*. Précis de droit romain 1871—74.  
*Van Wetter*. Cours élémentaire de droit romain, v. 2, 1875—84.

Обширный комментарий къ Пандектамъ: *Glück*. Ausführliche Erläuterung der Pandekten съ 1790 г. по настоящее время.

Продолжали дѣло Глюка: Mühlenbruch, Fein, Arndts, Leist, Burckhard.

Система и контроверзы: *Vangerow*. Lehrb. der Pandekten, v. 3, 1863—69, изд. 7.

*Holzschuher*. Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3 Ausg. v. Kuntze, 1863—4.

Справочные труды: *Weiske*. Rechtslexikon f. Jurist. all. D. Staaten. Bd., 15 1836—61.

*V. Holtzendorff*. Encyclopedie der Rechtswissenschaft. v. 3, Ausg. 3, 1881.

Кромѣ указанныхъ трудовъ по римскому праву, важную догматическую обработку послѣдняго находимъ въ трудахъ по партикулярному, общегерманскому и французскому правамъ. Сюда относятся слѣдующіе классическіе труды:

*K. G. Wächter*. Handbuch der im Königreiche Würtemberg geltenden Privatrechtes. Bd. 2, 1839 u. 1842.

*Förster*. Theorie u. Praxis des heutigen gemeinen preuss. Privatrechtes. Bd. 4, Ausg. 4 v. Eccius, отъ 1880.

*J. Unger*. System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes. 4 Aufl. 1876. Bd. 6 Aufl. 2 1871.

*H. Dernburg*. Lehrbuch des preussischen Privatrechtes u. der Privatrechtsnormen des Reiches. 3 Bd. 1 B., 4 Aufl. 1884, 2 u. 3 B. 3 Aufl. 1882.

*Roth*. Bayrisches Civilrecht. 3 B., 2 Ausg., отъ 1881.

*Roth*. System des deutschen Privatrechtes. Bd. 2 отъ 1880.

*Troplong*. Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Съ 1835.

*Laurent*. Principes de droit civil. T. 1—33, 1876—78.

Имѣются и на другихъ языкахъ курсы по римскому праву, какъ напр. на итальянскомъ (Doveri, Ronga и др.) и англійскомъ (Tomkins and Lemon, Меккензи (русск. переводъ) и др.). Но ни одинъ изъ нихъ не выдерживаетъ сравненія съ указанными трудами нѣмецкихъ и французскихъ ученыхъ. На итальянскомъ языкѣ заслуживаетъ упоминаніе только обработка Пандектъ Арндтса профессоромъ Серафини.

На русскомъ языкѣ нѣсколько изданныхъ лекцій по римскому праву:

*Дыдынскій*. Начала римскаго права. Ч. I, 1876.

*Капустинъ.* Институціи римскаго права, 1880.

*Муромцевъ.* Гражданское право древняго Рима, 1883.

*Митюковъ.* Курсъ римскаго права. 2 вып. 1883, 1884.

*Азаревичъ.* Изъ лекцій по римскому праву, 1885.

Указатель сочиненій на русскомъ языкѣ по римскому праву, составленный г. Минервинымъ, см. въ Институціяхъ Капустина, стр. 377—381.

Повременныя изданія:

Archiv für civilistische Praxis нач. Gensler, Mittermaier и др.

Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess, нач. Linde и др.

Jahrbücher für Dogmatik, нач. Jhering и др.

Zeitschrift für das Privat-u.-öffentliche Recht der Gegenwart, нач. Grünhut.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn u. Göschen.

Zeitschrift f. Rechtsgeschichte v. Rudorff u. A.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (римскій отдѣлъ).

Другіе нѣмецкіе юридическіе журналы указаны у *Belker*. Pandekten p. 43, 44.

Revue critique de législation et de jurisprudence publ. par Demolombe, Troplong, Wolowski.

Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger dirig. par Harthelon, Boistel.

Nouvelle revue historique de droit français et étranger publ. par Laboulaye, Daresté, de Rozière, Ginoulhiac.

Archivio giuridico diretto da Serafini.

Журналъ гражданскаго и уголовнаго права. С.-Петербургъ.

Юридическій Вѣстникъ. Москва.

## ЗНАЧЕНІЕ РИМСКАГО ПРАВА.

---

Во главѣ курса по римскому праву считаемъ необходимымъ подробно остановиться на вопросѣ о значеніи римскаго права, какъ предмета юридическаго образованія. Громадная важность этого вопроса, съ которымъ въ новѣйшее время начинаютъ связывать общій вопросъ о источникахъ права <sup>1)</sup>, выяснится изъ самаго изложенія. Теперь же скажемъ впередъ, что значеніе римскаго права опредѣляется во-первыхъ I тѣмъ, что оно составляетъ жизненный, практическій элементъ современныхъ положительныхъ законодательствъ и во-вторыхъ II — тѣмъ, что оно служитъ основой для единой науки гражданскаго права. То и другое значеніе римское право получило чрезъ усвоеніе (рецепцію) его на Западѣ, въ особенности въ Германіи и Франціи. Въ Россіи древней это усвоеніе шло непосредственно чрезъ Византію, въ Россіи новой — посредственно, путемъ заимствованія западной культуры.

Итакъ,

### Исторія усвоенія (рецепція) римскаго права.

*Источники: Savigny. Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2 Ausg., Heidelberg 1834—1851. Bd. I—VII; Stobbe. Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Abth. I. Braunschweig 1860, p. 609—655. Abth. II. 1864, p. 1—143; Modderman. Die Reception des römischen Rechts. übers. v. K. Schulz. Jena*

---

<sup>1)</sup> См., напр., *Adickes: Zur Lehre von den Rechtsquellen. Cassel 1872.*



1875; *Stintzing*. Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. I Abth. München 1880.

Въ 15 и 16 столѣтіяхъ мы встрѣчаемся съ фактомъ усвоенія почти всѣми христіанскими народами западной Европы римскаго права въ томъ видѣ, какъ оно кодифицировано Юстиніаномъ между 528 и 565 г. по Р. Х. Явленіе это, справедливо названное Терингомъ «почти баснословною частью исторіи»<sup>1)</sup>, въ самомъ дѣлѣ поражаетъ умъ. Право, не имѣвшее уже нигдѣ живого практическаго значенія и распознаваемое только изъ свода, составленнаго 1000 лѣтъ назадъ въ государствѣ съ совсѣмъ иными отношеніями, на языкѣ, доступномъ только ученымъ, — это право пробуждается къ новой жизни и, несмотря на всѣ противудѣйствующія жизненныя начала, завоевываетъ себѣ всюду доступъ и одерживаетъ побѣду<sup>2)</sup>, получаетъ значеніе положительнаго права и вплоть до настоящаго времени составляетъ исходный предметъ нашего научнаго правового изслѣдованія<sup>3)</sup>.

Съ паденіемъ западной римской имперіи, въ ея бывшихъ областяхъ или вовсе исчезаетъ примѣненіе римскаго права, или если и замѣчаются въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ кое-какіе слѣды его, то по нимъ нельзя проводить связи съ явленіями рецепціи послѣдующихъ вѣковъ.

Германскіе завоеватели римскихъ провинцій въ вопросѣ о примѣненіи того или другаго права по общему началу держались принципа личнаго. Римское населеніе попрежнему примѣняло свое римское право, германцы — свое германское. Это даетъ основаніе Савиньи доказывать, что примѣненіе римскаго права въ бывшихъ римскихъ областяхъ (помимо Италіи, въ Испаніи, Франціи, Англии) не прерывалось съ 5-го по 12-ый вѣкъ, а отсюда недалеко до заключенія о жизненной практичности римскаго права въ періодъ его усвоенія. Эту мысль о непрерывномъ примѣненіи и научномъ изученіи римскаго права съ паденія рим. имперіи до основанія болонской школы въ новое время особенно рѣзко и опредѣленно защищаетъ *Fitting* (Ueber d. sog. Turiner Institutionenglosse etc. Halle 1870 p. 1, 2 и Zur Geschichte d. Rechtswissenschaft am Anfang des Mittelalters. Halle 1875). Но другіе современные писатели (напр. *Schmidt*: Die Reception d. römisch. Rechts in Deutschland 1868 § 1) несомнѣннымъ образомъ выяснили тотъ фактъ, что римское право задолго до его усвоенія во многихъ областяхъ вовсе вышло изъ употребленія (напр., въ сѣверной Франціи, Англии, Испаніи), а въ другихъ (напр., въ юж-

<sup>1)</sup> Значеніе римск. права, стр. 4.

<sup>2)</sup> *Stobbe* cit 1 p. 611.

<sup>3)</sup> *Moddermann* cit p. 1.

ной Франціи и Германіи) вліяніемъ германскаго элемента римскія начала постепенно были или вовсе вытѣснены, или же потеряли такую переработку, что въ нихъ невозможно было уже распознать Юстиніаново право (см. *Sohm: Fränkisches Recht u. römisches Recht* въ *Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. B. I Germ. Abth.*, p. 70 — 72). Несомнѣнно, что т. наз. своды варваровъ, болѣе или менѣе проникнутые началами римскаго права, при самомъ началѣ усвоенія были уже окончательно забыты. Наконецъ, цѣлыя области Германіи, въ которыхъ позднѣе встрѣчаемся съ процессомъ рецепціи, никогда не находились подъ непосредственнымъ господствомъ римской культуры (*Stobbe cit. I* p. 612).

Первые признаки усвоенія римскаго права относятся къ концу 12-го вѣка, когда впервые въ документахъ и источникахъ права встрѣчаются римско-правовыя формулы, выраженія или даже правоположенія. Съ этого времени усвоеніе идетъ все полнѣе и шире, пока не заканчивается въ 16-мъ вѣкѣ.

Несмотря на всю важность рецепціи и богатую литературу вопроса, объясненіе этого явленія и въ особенности оцѣнка его далеко еще не установились, хотя и сдѣлано уже многое для соглашенія <sup>1)</sup>.

При настоящей обработкѣ вопроса можно сказать, что рецепція вызвана была не однимъ какимъ-либо факторомъ, а цѣлой совокупностью причинъ.

Прежде всего въ образованіи германско-римской имперіи лежала идея о продолженіи древней римской имперіи. Германскіе императоры смотрѣли на себя, какъ на преемниковъ римскихъ императоровъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, и законамъ этихъ послѣднихъ стали въ Германіи придавать практическое значеніе. Германскіе императоры стремятся примѣнять начала римскаго права, выдаютъ его за право обязательное для всего міра и продолжаютъ юстиніановы своды собственными законами <sup>2)</sup>.

Уже съ 800 года, когда Карлъ Великій былъ коронованъ папою Львомъ III въ императоры, начинаютъ проводить параллель между новыми императорами и императорами древняго міра. Послѣ же того, какъ Оттонъ I, король нѣмецкій, владѣя верхнею Италіею, возлагаетъ на себя императорскую корону (962 г.), начинаетъ сильно развиваться воззрѣніе, поддерживаемое декретистами, феудистами и легистами, что имперія, корону которой носили нѣмецкіе императоры, была продолженіемъ римской имперіи, что нѣмецкіе властители, какъ римскіе императоры, были преемниками римскихъ и визан-

<sup>1)</sup> *Moddermann cit. p. 2; Геримъ. Значеніе, стр. 5.*

<sup>2)</sup> *Karsten. Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters. 1882, p. 87, 91.*

тійскихъ императоровъ. Фридрихъ I и III, Рудольфъ, Максимилианъ и самъ Карль V-ый весьма часто называютъ римскихъ императоровъ Константина, Θεодосіа, Валентиніана, Юстиніана своими *sanctissimi antecessores*. Фридрихъ I Барбаросса въ сношеніяхъ съ Саладиномъ претендуетъ на извѣстныя провинціи Малой Азіи по той причинѣ, что онѣ когда-то завоеваны были Крассомъ и Антониномъ, полководцами его предшественниковъ (!). Король Филиппъ далъ себѣ даже прозваніе II-го, имѣя въ виду римскаго императора Филиппа Араба. И т. д. Эта идея о преемственности имперіи постепенно перешла и къ отдѣльнымъ имперскимъ князьямъ, которые стали разсматривать себя властителями надъ частями римской имперіи. — Чѣмъ сильнѣе распространялось это убѣжденіе о продолженіи римской имперіи, тѣмъ настойчивѣе проводилась мысль объ обязательной силѣ римскаго права въ новой германской имперіи. Этотъ взглядъ выступаетъ рѣзко уже въ указахъ Оттона III. Соотвѣтственно съ такимъ заключеніемъ, нѣмецкіе императоры начинаютъ все чаще и шире примѣнять начала римск. права не только въ своихъ итальянскихъ областяхъ, но и въ Германіи. Уже съ 1158 г. на ронкальенскомъ сеймѣ раздаются голоса за римское положеніе, что воля императора имѣетъ силу закона, въ какой бы формѣ эта воля ни выражалась, *quod principi placuit legis habet vigorem*. Фридрихъ II въ спорѣ съ папой ссылается на римское правило: «*princeps legibus solutus est*». И т. д. (*Stobbe cit. I p. 612—624*). Въ практикѣ начинаютъ примѣнять безразлично законы Константина, Θεодосіа, Юстиніана, рядомъ съ законами Карла, Оттона. Мало того, своды римскихъ законовъ распространяютъ новыми законами. Такъ, Фридрихъ I и Фридрихъ II вносятъ въ *Corpus juris* свои собственныя постановленія. Кромѣ идеи о продолженіи римской имперіи, на покровительство римскому праву со стороны императоровъ и князей оказывало вліяніе вообще духовное направленіе того времени, стремившагося къ опорѣ на авторитетъ (*Muther: Zur Geschichte d. Rechtswissenschaft u. d. Universitäten in Deutschland. Jena 1876 p. 15*), а юстиніаново законодательство, какъ извѣстно, не мало проникнуто монархической тенденціей.

Такъ образовалось мало по малу понятіе имперскаго права (*Kaiserrecht*), подъ которымъ разумѣлось, какъ юстиніаново право, такъ и нѣмецкіе имперскіе законы.

Подъ имперскимъ правомъ понимали вообще право императоровъ, основанное на писанныхъ правовыхъ источникахъ и долженствовавшее примѣняться во всей ихъ имперіи, какъ общее право (*gemeines Recht*). При этомъ мысль о преемственности въ римской имперіи и въ силу этого обязательной силы римскаго права заставила мало-по-малу (по мнѣнію нѣкоторыхъ, уже въ 13-мъ вѣкѣ. *Schäffner. Das röm. Recht in Deutschland während d. 12 u. 13 Jahrh. 1859, p. 50*) понимать подъ имперскимъ правомъ, какъ *corpus juris*, такъ и нѣмецкіе императорскіе законы. Однимъ словомъ, принималось, какъ несомнѣнная истина, что римское законодательство императора Юстиніана образуетъ имперское право, авторитетъ котораго живетъ въ священной римской имперіи (*Bluntschli, вѣ Krit. Ueberschau, 6 p. 55*).

Такое возрѣніе на германскую имперію, а вмѣстѣ и на юстиніаново законодательство, значительно подготовляло усвое-ніе римскаго права, но практическіе результаты этого возрѣ-ніа были незначительны. Говоря о германской имперіи и зна-ченіи въ ней римскаго законодательства, серьезно не думали еще объ осуществленіи этой идеи. Послѣдняя служила глав-нымъ образомъ тому, чтобы существующій имперскій порядокъ украсить блескомъ римскаго всемірнаго владычества и суще-ствующее право возвысить и освѣтить высокой римской пра-вовой культурой <sup>1)</sup>. Практическое же употребленіе изъ рим-скаго права во всѣ средніе вѣка ограничивалось только не-большимъ числомъ правоположеній <sup>2)</sup>.

Дальнѣйшій факторъ, проводившій вліяніе римскаго права, была церковь. Въ церкви рано проявляется стремленіе къ един-ству и универсальности. При этомъ центромъ остается Римъ <sup>3)</sup>. Благодаря такому положенію церкви, римско-католическій клиръ жилъ вездѣ и во всѣхъ странахъ по праву римской церкви. Право же это стояло въ самомъ близкомъ отношеніи къ рим-скому; многія римскія правоположенія частью буквально, частью только по смыслу, перешли въ католическіе сборники и въ то же время признано было, что юстиніановы своды имѣютъ значеніе субсидіарное для права церкви <sup>4)</sup>. Такимъ образомъ каноническое право, по своему содержанію и тенденціи, было проникнуто началами римскаго права, что выразилось даже въ поговоркѣ: «*ecclesia vivit lege Romana*».

Въ римской имперіи правоотношенія церкви и клира опредѣлялись само собою римскимъ правомъ и это положеніе примѣнялось и позднѣе прежде всего потому, что различныя германскія права не способны были развить особыхъ нормъ для церковныхъ отношеній, а, кромѣ того, римское право было личнымъ правомъ отдѣльныхъ духовныхъ лицъ, которые, какъ римляне, жили, во вре-мена наводненія римской имперіи германцами, по римскому праву. Это перво-начальное положеніе вещей осталось, благодаря идеи единства и универсаль-ности, и позднѣе, когда въ клиръ стали приниматься лица и другихъ націо-нальностей. Поэтому уже весьма рано встрѣчаются своды римскихъ положе-ній для употребленія церковью или приобщенія къ каноническимъ сборникамъ отдѣльныхъ мѣстъ изъ римскихъ сводовъ и т. п. (см. *Hinschius* въ *Holtzen- dorff's Encyclop.* 1, p. 146, 147).

<sup>1)</sup> *Bluntschli*, въ *Krit. Ueberschau*, 6 p. 55.

<sup>2)</sup> *Moddermann*, cit. p. 36.

<sup>3)</sup> *Brunns*, въ *Encyclop. Holtzendorff's*, 2 изд., т. 1, p. 121.

<sup>4)</sup> *Muther*, *Z. Gesch. d. Rechtsw.*, p. 3, 4.

Опредѣлить практическое значеніе каноническаго права можно только разъясненіемъ компетентности духовныхъ судовъ. По общему началу всѣ дѣла, не только церковнаго характера, но и гражданскія, въ которыхъ обѣ стороны, или только одна—отвѣтчика, были духовныя лица,—подпадали вѣдѣнію духовныхъ судовъ. Но этимъ не ограничивалась компетентность духовныхъ судовъ; въ нихъ постоянно выражалось стремленіе расширять кругъ своей подсудности. Имперская власть и даже сама церковь дѣлали попытки сдерживать это стремленіе духовныхъ судовъ къ излишнимъ захватамъ <sup>1)</sup>. Такъ, всякое правонарушеніе съ точки зрѣнія грѣховности и тѣмъ опасности для души легко могло подлежать вѣдѣнію духовнаго суда. И на самомъ дѣлѣ нерѣдко въ духовномъ судѣ разбирались дѣла, въ которыхъ не было и слѣда церковнаго характера, какъ напр., чисто имущественные споры. Мало того, и самъ народъ способствовалъ расширенію компетентности этихъ судовъ. Они во многомъ имѣли преимущество предъ современными свѣтскими судами. Такъ, церковный процессъ обезпечивалъ выполненіе судейскаго рѣшенія такими дѣйствительными средствами, какъ отрѣшенія (*excommunicatio*) и запрещенія (*interdictum*), которыя имѣли значеніе не только во всей имперіи, но и во всемъ католическомъ мірѣ. При тогдашнихъ же формахъ свѣтскаго процесса помощь судьи была весьма ненадежна. Поэтому часто свѣтскіе люди приходили къ соглашенію, чтобы ихъ дѣло разсматривалось церковнымъ судьей, или даже при самомъ заключеніи сдѣлки выставляли впередъ условіе о подвѣдомственности всѣхъ споровъ по этой сдѣлкѣ духовному суду. Были и другія, менѣе значительныя причины, расширявшія кругъ дѣлъ, разсматриваемыхъ въ духовныхъ судахъ <sup>2)</sup>. Благодаря такой широкой компетентности духовныхъ судовъ, уже весьма рано начала чужого римскаго права (*leges*, въ отличіе отъ *salones*) получили доступъ въ практику <sup>3)</sup>. Такимъ образомъ, каноническое право служило мостомъ, черезъ который римское право могло въ значительномъ размѣрѣ войти въ Германію <sup>4)</sup>.

Но потемняющее всѣ предыдущіе факторы вліяніе на усвоеніе римскаго права оказало основаніе университетовъ, которые долго были исключительно школами правовѣдѣнія; пред-

<sup>1)</sup> *Muther*, cit. p. 11, 12, 21, 22.

<sup>2)</sup> См. *Muther* *ibid.*, p. 22, 23.

<sup>3)</sup> *Stobbe* cit. 1 p. 641, 642.

<sup>4)</sup> *Moddermann* cit. p. 44.

метами же преподаванія въ нихъ были каноническое и римское право. Знакомство съ послѣднимъ могло идти только путемъ научнаго образованія и этой цѣли служили основанные университеты.

Съ основанія, въ началѣ 12-го вѣка, болонской школы складывается правильное преподаваніе юстиніанова права <sup>1)</sup>. Слава преподавателей этой школы привлекаетъ въ Италію множество слушателей со всѣхъ странъ Европы.

На ряду съ итальянцами, въ числѣ слушателей въ Болоньи были представители 18 различныхъ народностей Европы (французы, англичане, испанцы, португальцы, венгры, поляки, чехи и т. д. См. *Savigny cit 3, p. 187*). Нѣмецкая народность даже пользовалась въ Болоньи и Падуѣ особыми правами. О количествѣ слушателей можно судить по одному уже тому факту, что около 1200 года въ Болоньи студентовъ было до 10,000.

Получивъ ученныя степени, воспитанники болонской школы разносили по всей Европѣ проповѣдь римскаго права. Мало того, по образцу болонской школы начинаютъ въ массѣ основываться университеты и въ другихъ странахъ, кромѣ Италіи <sup>2)</sup>. Такъ путемъ научнаго образованія распространялось познаніе римскаго права. При этомъ, какъ сказано, предметами научнаго изученія были только каноническое и римское право, а не туземное даннаго народа. Докторъ права былъ въ Германіи *doctor juris utriusque*, т. е. докторъ римскаго и каноническаго права, а не отечественнаго, *juris germanici* <sup>3)</sup>. Такимъ образомъ долго туземныя права не составляли предмета ни преподаванія, ни научнаго изученія.

Чѣмъ же объясняется такое рвеніе къ изученію римскаго права, преимущественно предъ туземнымъ, напр., въ Германіи?

Прежде всего покровительство, оказываемое императорами римскому праву, должно было значительно способствовать стремленію изучать это право. Императоры, начиная съ Фридриха I Гогенштауфена, предоставляли существовавшимъ университетамъ всевозможныя привилегіи и поощряли открытіе новыхъ.

<sup>1)</sup> Исторію итальянскихъ университетовъ см. у *Corpi. Le universita italiana nel medio evo. Firenze 1880.*

<sup>2)</sup> Монпелье, Орлеанъ, Тулуза, Ліонъ, Авиньонъ, Гренобль, Саламанка, Лиссабонъ, Коимбра. Въ Англій, уже въ серединѣ 12-го вѣка, нѣкто *Vasarius* основалъ школу римскаго права. Въ Германіи первымъ университетомъ былъ цржскій, основанный въ 1248 г. Затѣмъ, выходомъ изъ Праги основанъ университетъ въ Лейпцигѣ въ 1409 г. Въ 1502 г. основанъ знаменитый университетъ въ Виттенбергѣ. И. т. д.

<sup>3)</sup> *Sohm*, въ *Grünhut's Zeitschrift*, I p. 268.

Цѣль—распространять преподаваніе римскаго права. Имперскіе князья подражали въ этомъ верховнымъ сюзеренамъ<sup>1)</sup>. Поэтому же занятіе римскимъ правомъ сдѣлалось мало-по-малу источникомъ государственныхъ почестей. Императоры и князья старались привлечь къ себѣ лицъ, которые склонны были теоретически и практически укрѣплять права верховной власти<sup>2)</sup>. Докторамъ и даже профессорамъ поручались властителями устройство государственныхъ дѣлъ<sup>3)</sup>, посольства, заключеніе трактатовъ и т. п. (см., напр., жизнь А. Вестфала 1399<sup>4)</sup>). Докторамъ начинаютъ предоставлять высшія придворныя и административныя мѣста (напр., канцлеровъ). Карлъ IV облакаетъ докторовъ достоинствомъ низшаго дворянства, сравниваетъ *nobiles propter scientiam* съ *nobiles ex genere*. Другіе властители расширяютъ привилегіи этого званія<sup>5)</sup>. Такимъ образомъ образовалось особое сословіе докторовъ, которое мало-по-малу пріобрѣло глубокое вліяніе на общественную жизнь. Помимо практической ихъ дѣятельности, нерѣдко отдѣльные юристы и университеты призывались подавать совѣты, разрѣшать трудные государственные вопросы<sup>6)</sup>. Такое высокое положеніе юристовъ, конечно, заставляло все способное къ научнымъ занятіямъ наброситься на изученіе чуждаго римскаго права, которое въ свою очередь, вмѣстѣ съ вліяніемъ юристовъ, должно было проникать въ жизнь.

Далѣе, вышеизложенное положеніе церкви и компетентность церковныхъ судовъ способствовали занятію и распространенію свѣдѣній въ римскомъ правѣ. Канонистъ не могъ обойтись безъ римскаго права и поэтому чувствовалъ потребность въ его изученіи<sup>7)</sup>. Этимъ объясняется, что долго (до половины 15-го вѣка) въ Германіи большинство студентовъ и профессоровъ на юридическихъ факультетахъ были духовные лица, а также и то, что первое мѣсто въ преподаваніи уни-

<sup>1)</sup> *Muther* cit. p. 256—259.

<sup>2)</sup> *Stobbe* cit. 2 p. 49.

<sup>3)</sup> Монархи и города часто обращались въ университеты съ просьбами уступить имъ на время докторовъ. (*Stobbe* cit. 2 p. 55—62).

<sup>4)</sup> Нерѣдко раздавались жалобы, что императоры находятся совсѣмъ въ рукахъ ученыхъ юристовъ, какъ напр., Фридрихъ III, Максимилианъ и др.

<sup>5)</sup> *Stobbe* cit 2 p. 54.

<sup>6)</sup> *Stobbe* cit. 1 p. 629.

<sup>7)</sup> Нерѣдка встрѣчаемыя церковныя запрещенія занятій гражданскимъ правомъ (*leges*) имѣли цѣлью устремить главныя усилія клира на занятія теологіей (*Muther*, cit. p. 5).

верситетскомъ долго занимало каноническое право и ученая литература была болѣе канонистическая<sup>1)</sup>).

Нѣкоторые университеты, какъ напр., пражскій, прямо считались университетами канонистовъ (*universitas canonistarum*). Въ Вѣнѣ до 1494 г. преподавалось только каноническое право. Лейпцигъ и Кёльнъ славились своими школами для канонистовъ (*Muther cit. p. 75 — 77; p. 94 и слѣд.*).

При этомъ изученіе собственно римскаго права не могло быть особенно полное. Оно опредѣлялось одними непосредственными потребностями духовенства и поэтому преподавалось настолько оно было необходимо для объясненія каноническаго права. Но и этого было достаточно, чтобы значительно распространить познаніе въ римскомъ правѣ. Масса разныхъ «мнѣній» (*consilia*) и литературныхъ работъ служить тому доказательствомъ<sup>2)</sup>).

Наконецъ, интересъ къ римскому праву можно объяснить общей культурой средневѣковаго общества<sup>3)</sup>. Когда въ обществѣ пробудилась потребность научныхъ свѣдѣній, заставлявшая одновременно испанцевъ и французовъ бросаться въ арабскія школы и всѣ иныя народности стекаться для изученія теологіи въ Парижъ и другія французскія школы, въ это время понятенъ возбужденный интересъ и къ римскому праву, которое могло служить прекраснымъ средствомъ правового научнаго образованія. Римское право, ради его преимуществъ сравнительно съ туземными правами, должно было сосредоточить на себѣ вниманіе всѣхъ жаждущихъ познанія въ правѣ. Туземное право, быть можетъ, и имѣло въ своемъ зародышѣ болѣе широкія начала (такъ думаютъ многіе ярые германисты<sup>4)</sup>), но современникамъ оно представлялось въ иномъ видѣ<sup>5)</sup>: оно было въ большей части обычнымъ правомъ и поэтому называлось *jus incertum*; оно состояло изъ массы отдѣльныхъ, весьма конкретно схваченныхъ правилъ, лишенныхъ всякой руководящей основы. Наоборотъ, римское право было писанное, систематизированное, заключавшее массу общихъ началъ и вообще представлявшее чрезвычайно удобный матеріалъ для обобщеній. Однимъ словомъ, «римское право было по отношенію къ туземному праву, по формѣ и содер-

<sup>1)</sup> *Stobbe cit. 2 p. 19—29; ср. Muther, cit. p. 114 и слѣд.*

<sup>2)</sup> *Muther cit. p. 93, 112.*

<sup>3)</sup> *Schmidt. Reception, p. 12, 13.*

<sup>4)</sup> См., напр., *Sohm* въ *Grünhut's Zeitschr. I, p. 246, 247.*

<sup>5)</sup> *Stobbe cit. I, p. 636—638.*



жанію, настолько совершеннѣе, что казалось единою системою права» <sup>1)</sup>).

Правда, еще предъ вторженіемъ римскаго права въ Германію, послѣдняя формально выработала у себя такъ наз. *общее право* (*gemeines Recht*). Оно образовалось изъ содержанія имперскихъ законовъ и общаго обычнаго права. Но имперскіе законы касались весьма мало гражданскихъ правоотношеній; германскіе императоры были заняты устройеніемъ только публичнаго права Германіи (*Wächter. Gemeines Recht Deutschlands. 1844, p. 178, 179*). Прочныя же обычныя правоположенія могли образоваться только въ общихъ чертахъ. Тогдашняя Германія представляла во всемъ полный партикуляризмъ. До сознанія единства нѣмецкаго народа было еще очень далеко (примѣръ проявленія этого сознанія, и то только у отдѣльнаго лица, см. *Stinzing. Ulrich Zasius. Basel 1857, p. 31 и слѣд.*). Поэтому и образованіе права происходило въ формѣ партикулярной. Этотъ партикуляризмъ проявлялся не только въ значительныхъ областяхъ, но и въ самыхъ малыхъ округахъ и даже отдѣльныхъ мѣстностяхъ. (См. v. *Roth. System d. deutsch. Privatr. Th. I, p. 10 — 14*). Однимъ словомъ, въ Германіи господствовало главнымъ образомъ мѣстное право. Это мѣстное право въ большинствѣ случаевъ представлялось весьма неполнымъ по содержанію. Нормы обычнаго права по самой природѣ своей складывались только по поводу всего чаще встрѣчающихся въ правовой жизни случаевъ; часть же писанная мѣстныхъ законовъ представляла рядъ отрывочныхъ, въ большинствѣ весьма конкретно схваченныхъ, правоположеній, такъ что искать въ нихъ общихъ руководящихъ началъ нечего.

Къ этому надо прибавить, что римское право для германца, француза и т. д. представлялось единымъ предметомъ научной обработки. Единой школой правовѣдѣнія того времени была Италія. Почти всѣ *doctores juris*, которыхъ мы встрѣчаемъ въ Германіи до середины 15-го вѣка, приобрѣли академическое достоинство въ Италіи. Даже еще въ 16-омъ вѣкѣ большинство германскихъ громкихъ именъ въ правовѣдѣніи провели хотя нѣкоторое время въ Италіи <sup>2)</sup>. Мало того, большинство профессоровъ права въ 15-омъ вѣкѣ были итальянцы; нѣмцы встрѣчаются какъ исключеніе <sup>3)</sup>. Такимъ образомъ все юридическое образованіе проходило на римскомъ правѣ. Людямъ же, занимавшимся туземнымъ правомъ, недоставало сколько нибудь правильной школьной подготовки. Поэтому нельзя было и ожидать отъ нихъ выработки общихъ принци-

<sup>1)</sup> *Windscheid, Pand. 1, p. 2.*

<sup>2)</sup> *Stobbe, cit. 1 p. 630, 631 ; 2 p. 10, 11 и слѣд.*

<sup>3)</sup> *Bluntschli, въ Krit. Ueberschau 6 p. 56, 57.*

повъ изъ массы отдѣльныхъ правоположеній, развитія изъ одного принципа отдѣльныхъ выводовъ путемъ научной операціи и созданія стройной системы. Къ этому же, крайне разнообразіе правоположеній въ различныхъ мѣстахъ Германіи дѣлало самое знакомство съ правовымъ матеріаломъ чрезвычайо затруднительнымъ. — Конечно, научную обработку туземнаго правового матеріала могли бы взять на себя романисты, но они подъ обаяніемъ римскаго права относились не только равнодушно, но даже съ пренебреженіемъ къ туземному праву.

Юристы отзывались о туземномъ правѣ, какъ о «зломъ, неразумномъ обычаѣ», какъ о правѣ дикихъ животныхъ, скотскомъ, нечеловѣческомъ, несправедливомъ и т. д. Нѣкто Петръ изъ Андлау (жилъ въ серединѣ 15-го вѣка), учившійся въ Италіи *doctor juris canonici*, высказываетъ изумленіе, что въ нѣмецкихъ судахъ правосудіе продолжаетъ еще отправляться «неученой толпой», по «*jus incertum*» (обычаямъ), а не по «справедливѣйшимъ (римскимъ) законамъ». Въ городскомъ ростокскомъ правѣ находимъ такое выраженіе: «здѣсь оканчивается ростокское городское право и начинается здравый человѣческій разумъ». И т. п.

Поэтому, разумѣется, юристы при всѣхъ случаяхъ ссылались на *corpus juris*, хотя прямого въ немъ рѣшенія иногда и не заключалось, напр., о правѣ варить пиво, или объ освобожденіи дворянъ отъ податей. Начала же туземнаго права или просто вытѣснялись юристами, или истолковывались началами римскаго права. Такъ напр., нѣкто Іоаннъ фонъ-Бухъ и Николай Вурмъ объяснили Саксонское Зерцало замѣтками, заимствованными изъ римскаго и каноническаго права. Въ это же время одинъ государственный писецъ связалъ туземныя правовыя рѣшенія съ доктриной римскаго права. И т. д.

То же замѣчаемъ и во Франціи. Тамъ также вся литературная обработка имѣла своимъ основаніемъ римское право. Юристы или переводили отдѣльныя части *corpus juris civilis*, или излагали, въ связи съ извлеченіями изъ римскихъ источниковъ, туземное право; наконецъ, появились такіе своды, какъ *établissements de Saint Louis*, представлявшіе сопоставленіе ордонансовъ св. Людовика, обычнаго права Орлеана, Тура и др. и положеній римскаго и каноническаго права. То же признаніе рим. права находимъ и въ ордонансахъ Филиппа Прекраснаго. Позднѣе же въ парламентѣ нерѣдко подымался вопросъ: считать ли римское право за право общее для всей Франціи, т. е. и для Сѣвера, или признавать за нимъ только доктринальное значеніе? (*Brunner* въ *Holtzend. Encycl.* 1 p. 217. *Ginoulhiac. Histoire générale d. droit français* 1884, p. 432, 672—682).—Это же явленіе повторилось и въ Испаніи. Тутъ при Фердинандѣ и Изабеллѣ сдѣлана была въ 1505 г. попытка объединить законодательство страны въ томъ смыслѣ, что обычай

отдѣльныхъ общинъ были приведены къ согласію съ римскимъ правомъ. То же и въ Англіи, и т. д.

Подобные труды подготовляли общее признаніе (въ 15 и 16 вѣк.) слѣдующихъ двухъ началъ, высказанныхъ уже въ глоссѣ къ Саксонскому Зерцалу, что общее имперское право не имѣетъ силы лишь въ тѣхъ случаяхъ, на которые имѣются постановленія партикулярнаго права, и что римское право должно служить дополненію и толкованію самого партикулярнаго права. Вотъ происхожденіе правила: *statuta stricte sunt intelligenda contra jus commune* <sup>1)</sup>, — и *субсидіарнаго* значенія римскаго права, т. е. такого его значенія, по которому въ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ партикулярными правами или неясно нормированными ими, за восполненіемъ или поясненіемъ принято обращаться къ римскому праву. Путемъ же толкованія легко было провести массу чужихъ началъ <sup>2)</sup>. Отсюда также не далеко и до простой замѣны туземныхъ началъ началами чужого права.

Въ 16 и 17 вѣкахъ имперское и многія партикулярныя законодательства признали прямо субсидіарность общаго права (см. *Roth*, § Deutsch. Privatr. I, p. 25, 31). Но вмѣстѣ съ тѣмъ, въ партикулярныхъ правахъ уже замѣчается значительный иноземный правовой матеріалъ, отгѣснившій туземныя начала (*Muther* cit. 143, 144). Въ силу своего вліянія въ тайномъ совѣтѣ и законодательныхъ комиссіяхъ юристу легко было проводить начала излюбленнаго римскаго права. Образованная въ 1552 г. комиссія для составленія виртембергскаго свода объявила, что не станетъ читать «массу обычаевъ и положеній», нерѣдко противорѣчиваго содержанія и въ особенности противнаго римскому праву, а вмѣстѣ, значитъ, и справедливости. И въ результатѣ было постановлено составить сводъ не по обычнымъ мѣстнымъ правамъ, а по образцу римскаго права и общей справедливости (*Sohm*, cit. p. 264).

Но описанное вліяніе юристовъ способствовало сравнительно немного усвоенію римскаго права въ жизни. Практическое примѣненіе римскаго права было почти невозможно, пока суды не наполнились романистами; «ибо только тогда имъ представлялась возможность вынудить принятіе, соблюденіе и примѣненіе чужого права» <sup>3)</sup>. Однимъ словомъ, объясненіе такого замѣчательнаго явленія, какъ рецепція римскаго права, должна

<sup>1)</sup> *Stobbe*, cit. 2 p. 121.

<sup>2)</sup> *Muther*, cit p. 142.

<sup>3)</sup> *Franklin*, Beitrage zur Geschichte der Reception des rom. Rechts in Deutschland, 1863, p. 127.

исходить главнымъ образомъ изъ исторіи средневѣкового судоустройства <sup>1)</sup>).

Самой древнѣйшей формой суда были народные суды. Единственнымъ основаніемъ для рѣшеній этихъ судовъ было усмотрѣніе всей общины, ея воля, выраженная по каждому судебному случаю въ отдѣльности. «Народный судъ необходимо прирожденный врагъ юриспруденціи» <sup>2)</sup>. Съ 13-го вѣка народные суды окончательно замѣняются судомъ шёффеновъ. Суды эти имѣли ту же основную идею, что и народные суды, представляя историческій остатокъ послѣднихъ. Они также судили каждое дѣло по усмотрѣнію. Но суды эти, какъ неотправлявшіеся всею общиною, не служили болѣе выраженіемъ правового сознанія всего народа, не находились въ постоянномъ соприкосновеніи съ судебной общиною. Поэтому естественно народъ сталъ постепенно терять довѣріе къ такимъ судамъ, которые въ своихъ рѣшеніяхъ руководствовались однимъ усмотрѣніемъ, нерѣдко весьма не консеквентнымъ, не служа въ то же время выраженіемъ правового сознанія данной общины. И вотъ, съ 15-го вѣка въ важнѣйшихъ спорныхъ дѣлахъ начинаютъ обходить судъ шёффеновъ; начинаютъ чувствовать потребность въ болѣе солидномъ и твердомъ обоснованіи своихъ правъ. Единственный же исходъ это — обратиться къ юристу, ученому итальянской наукой, т. е. кононическимъ и римскимъ правомъ. И вотъ князья, города и частныя лица начинаютъ обращаться за третейскимъ судомъ къ ученымъ юристамъ <sup>3)</sup>; начинаютъ посылать судебные акты на заключеніе въ университеты или къ отдѣльнымъ ученымъ. Въ нѣкоторыхъ мѣстныхъ и общихъ законахъ такой порядокъ современемъ объявленъ обязательнымъ для судовъ <sup>4)</sup>. Затѣмъ съ самаго начала 15-го вѣка встрѣчаются случаи, когда стороны условиваются предоставить дѣло на рѣшеніе одного или нѣсколькихъ *doctores juris* <sup>5)</sup>. Даже сами шёффены отсылаютъ судящихся къ юристу, когда одна изъ сторонъ обосновывала свои притязанія неизвѣстнымъ шёффенамъ римскимъ правомъ. Наконецъ, князья указываютъ обращаться за совѣтомъ къ докто-

<sup>1)</sup> *Sohm* въ *Zeitsch. Grünhut's*, 1 p. 250 См. по этому вопросу *Stölzel: Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. B. I. 1872.*

<sup>2)</sup> *Sohm* cit. p. 252.

<sup>3)</sup> *Muther*, cit. p. 130—132.

<sup>4)</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>5)</sup> *Stobbe*, cit. 2 p. 74—80.

рамъ <sup>1)</sup>), которыхъ сами они начинаютъ призывать уже прямо въ суды для заключеній <sup>2)</sup>). Все это несомнѣнно вынуждало очистить юристамъ мѣста въ судахъ. Прежде всего доктора мало-по-малу сдѣлались предсѣдательствующими въ духовныхъ судахъ. Съ конца уже 14-го вѣка города принимаютъ докторовъ на службу въ качествѣ засѣдателей въ городскихъ судахъ и наставителей шѣффеновъ (консуленты). Въ низшихъ судахъ послѣднюю роль исполняли писцы и т. п. Наконецъ, общими законами за юристами оставляется извѣстное число судейскихъ мѣстъ <sup>3)</sup>). Такъ, при основаніи въ 1483 г. высшаго надворнаго суда въ Лейпцигѣ и Альтенбургѣ, саксонскіе князья постановили, чтобы третья часть судейскихъ мѣстъ была въ немъ занята докторами. Съ 1455 г., на сеймахъ имперскія сословія начинаютъ требовать образованія постояннаго имперскаго суда, часть судей въ которомъ были доктора императорскаго или церковнаго права <sup>4)</sup>). И вотъ при образованіи въ 1495 г. имперскаго общаго суда (*Reichskammergericht*), какъ высшаго судебнаго мѣста для всей имперіи, постановлено, чтобы на половину онъ состоялъ изъ ученыхъ юристовъ, остальная половина оставлена для неученыхъ засѣдателей изъ рыцарства. Но въ 1521 г. и отъ этой половины уже требовалось познаніе въ правѣ. Съ учрежденія этого суда можно считать, что рецепція практически закончена, такъ какъ «рецепція римскаго права въ опредѣленной территоріи можетъ считаться выполненной съ того момента, съ котораго начинается постоянное его практическое примѣненіе въ судахъ» <sup>5)</sup>). Такое же постоянное примѣненіе было послѣдствіемъ—образованія имперскаго суда <sup>6)</sup>). Организція его имѣла рѣшительное вліяніе на низшіе суды, куда юристы проникли гораздо позднѣе. Въ имперскомъ же судѣ примѣнялось юристами римское право, что даже прямо предписывалось въ актѣ его учрежденія: «судить по имперскому и общему (т. е. римскому) праву» <sup>7)</sup>). Послѣ этого низшіе суды

<sup>1)</sup> *Muther*, cit. p. 133—135.

<sup>2)</sup> *Stobbe*, 2 p. 91.

<sup>3)</sup> По отдѣльнымъ странамъ, см. *Stobbe*, 2, p. 92—101.

<sup>4)</sup> Другіе случаи, когда сословія просили о замѣщеніи судовъ докторами см. *Stobbe*, cit. 2, p. 93.

<sup>5)</sup> *Franklin*. Beiträge zur Geschichte der Reception d. röm. R. Hannover 1863, p. 107.

<sup>6)</sup> Ср. *Belker*. Pandekten. I p. 5, 6.

<sup>7)</sup> Издавались указы этого рода и раньше (напр., уже 1342 г.), но вліяніе ихъ на рецепцію было не особенно значительно (*Stobbe* cit. 1 p. 652—654).

должны были рано или поздно поддаться примѣру высшаго имперскаго суда, чтобы не видѣть уничтоженія своихъ рѣшеній въ апелляціонной инстанціи и не нарушать единства въ судорѣшеніяхъ.

И во Франціи рецепція римскаго права объясняется также главнымъ образомъ исторіею суда. Какъ въ Италіи и Англии, такъ и во Франціи въ 11 и 12 вѣк. народный судъ замѣняется королевскимъ судьей, что объясняется положеніемъ королевскаго суда (*curia regis*). Съ 11-го вѣка онъ становится центральнымъ судебнымъ учрежденіемъ, отправляя судъ непосредственно или посредственно чрезъ *missi* или *judices itinerantes*, которыхъ посылалъ въ провинціи. Эти служили средствомъ централизовать судопроизводство и замѣщать отдѣльнымъ судьей народные суды въ качествѣ королевскаго чиновника и представителя (*Sohm, cit. p. 250, 251*). Изъ королевскаго суда современемъ образовался парламентъ, какъ высшій судъ. Въ этомъ судѣ, кромѣ свѣтскихъ, сидѣли и духовныя лица, которыя проводили начала извѣстнаго имъ римск. и канонич. права и тѣмъ измѣняли обычное право. Королевскій же судъ служилъ высшимъ леннымъ судамъ образцомъ. Выработанныя королев. судомъ начала путемъ королевскихъ ордонансовъ, дѣятельностью королев. чиновниковъ и обратнымъ воздѣйствіемъ какъ апелляціонной инстанціи, получали мало-по-малу примѣненіе и въ низшихъ судахъ. Эти послѣдніе нерѣдко замѣщались королев. чиновникомъ (*Baillis, Prevôts*), часто изъ лицъ, которыя сидѣли въ королев. судѣ. Такимъ путемъ проникали новыя правовыя начала рим. права въ жизнь, т. ч. съ 12-го и 13-го вѣковъ и въ сѣверной Франціи, въ которой было вовсе исчезли слѣды римскаго права, писанное право проявляется въ значительномъ объемѣ (*Brunner въ Holtzendorf's Encyclop. I p. 214*).

Нельзя думать, что такая рецепція римскаго права проведена въ жизнь насильно. Потребности развившихся отношеній не могли удовлетвориться положеніями туземнаго права. Развившаяся торговля и усложненныя обязательства требовали новыхъ, болѣе тонкихъ правовыхъ началъ. Откуда же было ихъ взять? Ихъ можно было или извлечь изъ туземнаго права путемъ научной творческой дедукціи, или прямо заимствовать изъ сравнительно развитого законодательства. Послѣднее было и проще и не противорѣчило общему направленію тѣхъ временъ, когда не сознавали ясно противоположенія правъ различныхъ народовъ <sup>1)</sup> и съ вѣрою въ общее міровое государство считали возможнымъ и общее міровое право. Въ то время не стѣсня-

<sup>1)</sup> Въ средніе вѣка не было понятія одинаго нѣмецкаго народа, а также и *нѣмецкаго* права. Въ эти времена знали только саксонцевъ, швабовъ и т. д.; знали саксонскія земскія права, швабскія, магдѣбургскія и т. д. (*Muther cit., p. 15*).

лись, въ случаѣ пробѣла въ туземномъ правѣ, заимствовать положенія изъ любого законодательства, лишь бы только разрѣшить судебный случай, а объ соответствіи съ партикулярнымъ правомъ не заботились. При этомъ, разумѣется, римское право имѣло всѣ преимущества на заимствованія изъ него: оно было правомъ императорскимъ, богатое по матеріальному содержанию, въ сравнительно прекрасной формѣ сложенное, по духу представлявшееся тогда, какъ *jus aequum* <sup>1)</sup>. Понятно, что на него и смотрѣли, какъ на абсолютное право, право *κατ' ἐξουχίαν*, которое обезпечить общественную безопасность и миръ.—Правда, самый способъ примѣненія римскихъ сводовъ юристами, незнакомыми съ туземными условіями, или даже нежелающими ихъ знать, кромѣ того, и общій духъ многихъ положеній, противорѣчившихъ политическому строю страны,—возбуждали негодованіе противъ юристовъ и ненависть къ римскому праву <sup>2)</sup>. Но это не свидѣтельствуетъ, что римское право было рецепировано вопреки волѣ народа.

Въ литературѣ часто держатся воззрѣнія о насильномъ вторженіи римскаго права (напр., *Sohn* въ *Grünh. Zeit.* I, p. 259 и слѣд.). Но приводимыя историческія событія не имѣютъ такого общаго смысла. Такъ, въ концѣ 15-го вѣка баварскіе рыцари жалуются «на множество профессоровъ римскаго права, которые не знаютъ нашихъ обычаевъ, а если и знаютъ ихъ, то не желаютъ давать имъ значенія». Очевидно, тутъ высказывается протестъ противъ романизации, а не противъ субсидіарнаго значенія римскаго права (*Stobbe* cit. 2, p. 113). Въ другихъ случаяхъ ненависть къ *иноземнымъ совѣтникамъ* и докторамъ (см. *Muther* cit. p. 70) имѣла частью то же основаніе, частью же коренилась въ политическомъ ихъ направленіи, которымъ объясняется между прочимъ и требованіе въ крестьянскую войну устранить вовсе докторовъ. И т. д.

Такъ произошло усвоеніе римскаго права въ главнѣйшихъ странахъ Запада. Описанный ходъ этого процесса указываетъ, въ какомъ содержаніи было усвоено римское право и какое значеніе должно быть ему приписано.

Прежде всего римское право было рецепировано *in com-plexu*, т. е. не въ отдѣльныхъ частяхъ или правовыхъ институтахъ <sup>3)</sup>, а въ цѣломъ составѣ сводовъ, какъ они были из-

<sup>1)</sup> См. *Franken. Romanisten u. Germanisten.* Jena 1882, p. 29, 30.

<sup>2)</sup> См. *Stintzing. Gesch. d. deut. Rechtswiss.* I, p. 69.

<sup>3)</sup> Ср. *Falck. Jurist. Encyclop.* p. 90; *Kierulff. Theor. d. gem. Civilr.*, p. IX и слѣд.

вѣстны на Западѣ. На Западѣ же римское право было извѣстно только въ томъ видѣ, который оно получило въ юстиніановой кодификаціи и составляло предметъ ученія въ итальянскихъ школахъ.—Потому изъ римскаго права усвоено только содержаніе юстиніановыхъ сборниковъ, какъ то: Институцій, Дигестъ, Кодекса и Новелль. Всѣ эти сборники вмѣстѣ именовались итальянскими учителями *Corpus juris civilis*. Далѣе, до-юстиніаново право могло быть рецепировано въ тѣхъ только положеніяхъ, которыя встрѣчаются въ юстиніановыхъ сводахъ. По-юстиніаново же право (*jus postjustinianeum*), т. е. законы и своды византійскихъ императоровъ, — не было рецепировано вовсе. Да и въ юстиніановомъ правѣ не всѣ мѣста были рецепированы, а только тѣ, которыя знала, учила итальянская школа и передала ихъ на Западъ.

Итальянскіе учителя, обладая неполными рукописями, знали далеко не все юстиніаново право. Съ другой стороны, многія начала, и извѣстныя имъ, они за непримѣнимостью пропускали на своихъ лекціяхъ. Признакомъ того, чему они учили, служило толкованіе, глосса; откуда поговорка: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*. (О происхожденіи этой поговорки см. у *Landsberg Ueber die Entsteh. der Regel Quicq. etc.* 1880). Такъ въ Институціяхъ было все глоссировано, точно также и въ Дигестахъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ мѣстъ по уголовному праву, въ Кодексѣ не глоссировано около 200 греческихъ конституцій, т. наз. *leges restitutae*, также многія изъ числа извѣстныхъ Новелль не глоссированы. См. у *Vangerow. Pand. I* p. 14—16. Съ другой стороны, юстиніаново право было рецепировано съ нѣкоторыми приращеніями, а именно съ 13 т. наз. *Authenticae Fridericianae*, т. е. законы, изданные въ Италіи германскими императорами Фридрихомъ I и II и по ихъ приказанію внесенные въ Кодексъ, а также Ломбардское право, подъ именемъ *liber feudorum*.

Въ этомъ видѣ рецепированное, какъ одно цѣлое, римское право не требуетъ оправданія для примѣненія каждаго отдѣльнаго въ немъ содержащагося положенія. Каждое такое положеніе считается примѣнимымъ кождь скоро противъ его примѣнимости не выставлено возраженія: Прежде говорилось: кто можетъ въ пользу свою сослаться на положеніе римскаго права, тотъ имѣетъ за себя *fundatam in jure intentionem*<sup>1)</sup>.—Это положеніе въ существенномъ совпадаетъ съ другимъ, а именно, что римское право въ Германіи имѣетъ значеніе не только какъ *ratio scripta*, но скорѣе какъ *lex scripta*<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> См. *Wächter. Gemeines Recht Deutschl.*, p. 187.

<sup>2)</sup> О возраженіяхъ противъ этого ученія см. *Vangerow. Pandekt. I*, p. 13, 14.



Наконецъ, рецепированное римское право имѣло только субсидіарное значеніе (*in subsidium*), т. е. содержаніе его примѣнялось лишь тогда, когда въ каноническомъ и туземномъ правѣ были пробѣлы.

Прежде полагали еще (*Savigny. System I § 1 § 17 p. 69*), что рецепція римскаго права ограничивалась однимъ гражданскимъ правомъ и не распространялась на всѣ области публичнаго права. Но весь рассказанный ходъ рецепціи заставляетъ отвергать такое ограниченіе тѣмъ болѣе, что за него нѣтъ ни одного свидѣтельства (*Wächter. Pandekt. I, p. 56, 57*).

Что касается значенія рецепціи римскаго права для современнаго міра, то I прежде всего ею римское право сдѣлалось однимъ изъ болѣе общихъ практическихъ элементовъ современной правовой жизни. Намъ остается только опредѣлить отношеніе этого факта къ современнымъ кодификаціоннымъ работамъ.

Съ конца прошлаго столѣтія многія страны кодифицировали свое право (Франція, Пруссія, Австрія и т. д.) и только сравнительно ничтожная территорія принадлежитъ въ настоящее время господству *общаго права*<sup>1)</sup>.—Но и этому господству предвидится скорый конецъ, когда будутъ окончены работы по составленію общегерманскаго гражданскаго кодекса. Теперь спрашивается: какое же практическое значеніе можетъ имѣть наука римскаго права въ странахъ съ кодифицированнымъ гражданскимъ правомъ? Съ перваго взгляда казалось бы, что она совершенно излишняя, такъ какъ не даетъ практическихъ свѣдѣній о законодательствѣ страны. И такой взглядъ высказывался весьма часто<sup>2)</sup>. Говорятъ, что всѣ изслѣдованія въ гражданскомъ правѣ должны отправляться отъ дѣйствующихъ кодексовъ<sup>3)</sup>. При этомъ, разумѣется, римское право ради самого себя, ради своего внутренняго достоинства, должно было бы получить такое же значеніе, какое имѣетъ классическая филологія, эта наука языка и культуры древнихъ народовъ. Но дѣло въ томъ, что по всегдашнему закону всякого правового развитія, ни одна кодификаціонная работа въ матеріальномъ содержаніи не въ состояніи создать значительно новаго<sup>4)</sup>. Въ

<sup>1)</sup> См. у *Bekker. Pandekten I, p. 10*.

<sup>2)</sup> Изъ новѣйшихъ писателей см., напр., *Pacifici-Mazzoni. Istituzioni di diritto civile italiano ed. 3 Firenze 1880 v. 1, p. VIII, IX*.

<sup>3)</sup> См. *Muther. Die Reform d. juristischen Unterrichtes 1872, p. 12*. Почти такой же взглядъ высказываетъ и *Stammler. Die Behandlung d. röm. Rechtes in dem jurist. Studium nach Einführung d. deutsch. Reichs-Civilgesetzbücher. Freiburg. 1885*.

<sup>4)</sup> См. *Ihering. Geist I, p. 49*.

главномъ ея твореніе представляетъ болѣе или менѣе удачный сводъ ходячаго и живого правового матеріала; а такъ какъ въ западной Европѣ, какъ указано, до появленія современныхъ кодексовъ господствовали начала римскаго права, то слѣдуетъ предположить, что содержаніе этихъ кодексовъ во многихъ и существенныхъ частяхъ матеріально принадлежитъ римскому праву. Дѣйствительно, законодательные своды, которые замѣнили собою общее право, имѣютъ существенной своей основой римское право <sup>1)</sup>, или по крайней мѣрѣ воззрѣнія ихъ составителей на то, что будетъ истиннымъ содержаніемъ римскаго права и что изъ него примѣнимо. Точно также и французскій кодексъ, несмотря на то, что составлялся въ эпоху, когда стремились порвать всякую связь съ прежнимъ правомъ, проникнуть началами римскаго права <sup>2)</sup>. Въ такомъ же болѣе или менѣе близкомъ соотношеніи по матеріальному содержанію находятся съ римскимъ правомъ и остальные западные своды, въ основу которыхъ легъ французскій кодексъ (напр., итальянскій сводъ), или частью французскій кодексъ, частью общее право (напр., саксонскій сводъ). Такую же связь съ началами римскаго права должны мы предвидѣть и въ будущемъ общегерманскомъ сводѣ.

Теперь напомнимъ выраженіе юриста Цельза: *scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem*, иначе говоря: чтобы проникнуть въ сущность только формулированныхъ въ сводахъ правовыхъ институтовъ, а также чтобы имѣть возможность сознательнаго усовершенствованія этихъ сводовъ, необходимо познаніе римскаго права. Римское право для всѣхъ этихъ кодексовъ осталось существеннымъ элементомъ интерпретаціи и развитія. — Однимъ словомъ, изученіе римскаго права въ странахъ съ кодифицированнымъ правомъ имѣетъ настолько практическое значеніе, насколько внутренняя исторія *общаго права* составляетъ часть догматической исторіи къ современнымъ западнымъ кодексамъ <sup>3)</sup>.

Итакъ, нельзя отрицать за римскимъ правомъ значеніе живого элемента въ ученіи о дѣйствующемъ правѣ на Западѣ. — Посмотримъ теперь, имѣетъ ли въ частности такое же значеніе

<sup>1)</sup> v. Roth. System d. deutsch. Privatr. Th. 1, p. 2—4.

<sup>2)</sup> Напр., отдѣлъ объ обязательствахъ представляетъ чистое извлеченіе изъ различныхъ трактатовъ Потье, извѣстнаго толкователя римскаго права.

<sup>3)</sup> Essner. Die praktische Aufgabe d. romanist. Wissenschaft in Staaten mit codificirtem Privatrecht. 1869, p. 17.

римское право для познанія положительнаго права Россіи. Усвоеніе римскаго права въ Россіи шло черезъ посредство Византіи. Вліяніе послѣдней въ правовой сферѣ можно прослѣдить съ самыхъ древнѣйшихъ временъ. Оставляя предположеніе о воздѣйствіи византійцевъ на правовыя положенія договоровъ при Олегѣ, Игорѣ<sup>1)</sup>, мы знаемъ, что главнымъ проводникомъ византійскихъ правовыхъ началъ въ Россію было духовенство, жившее по греческимъ сводамъ и получившее у насъ, кромѣ церковной, обширную гражданскую юрисдикцію<sup>2)</sup>. Не говоря уже о Кормчей, составленной почти цѣликомъ изъ отдѣльныхъ законодательныхъ трактатовъ византійскихъ<sup>3)</sup>, всѣ остальные памятники русскаго законодательства съ древнѣйшихъ временъ вплоть до начала 18-го вѣка воспроизводятъ массу чисто римско-византійскихъ началъ<sup>4)</sup>. Съ Петра начинается вліяніе на наше законодательство Запада, т. е. римской же правовой культуры, только въ другой формѣ.

Насколько проникало въ народную массу вліяніе римскихъ началъ, сказать трудно. Несомнѣнно только, что народъ сохранилъ въ своемъ обычномъ правѣ много своеобразнаго<sup>5)</sup>, но въ то же время несомнѣнно многіе правовые институты проникнуты римско-византійскими началами. Можно предполагать, что до Петра вліяніе это было сильнѣе, такъ какъ въ гражданскомъ бытѣ не было различія между высшимъ и низшимъ сословіями<sup>6)</sup>. Петромъ же было остановлено дальнѣйшее завершеніе этого вліянія, такъ какъ съ его времени въ общемъ только жизнь высшихъ классовъ регулировалась законодательными положеніями, низшіе же предоставлены были господству обычнаго права<sup>7)</sup>.

Итакъ, и Россія не избѣжала вліянія римскаго права, начиная съ древнѣйшихъ временъ. Вліяніе это сначала проводилось непосредственно чрезъ Византію, позднѣе посредственно

<sup>1)</sup> См. *Сергеевичъ*. Греческое и русское право X вѣка въ Журн. Мин. Народн. Просвѣщ. Январь 1882, стр. 82—115.

<sup>2)</sup> *Неволинъ*. О пространствѣ церковнаго суда въ Россіи. Собр. т. VI 1859. *Голубинскій*. Исторія русской церкви. Т. I. Москва 1880, стр. 339—364.

<sup>3)</sup> *Калачевъ*. О значеніи Кормчей въ системѣ древняго русскаго права. М. 1850.

<sup>4)</sup> См. мое Византійское право т. II. 1877; *Hübner*. Droit romain et gréco-byzantin chez les peuples slaves. Paris. 1880, p. 31—34.

<sup>5)</sup> См. *Пахманъ*. Обычное право. Спб. 1877, 1879.

<sup>6)</sup> Ср. статьи *Дитяткина* въ «Русск. Мысли» 1881 кн. 8. 1882 кн. 3.

<sup>7)</sup> *Малышевъ*. Граждан. право I, стр. 70, 71.

черезъ западную культуру. Поэтому и для познанія нашего положительнаго права болѣе или менѣе необходимо знакомство съ началами римскаго права. Мы не говоримъ уже о такихъ мѣстныхъ правахъ, какъ права прибалтійскихъ губерній, Польши, Бессарабіи и т. д., которыя представляютъ болѣе или менѣе чистое воспроизведеніе римскихъ началъ.

Еще бѣльшее значеніе имѣетъ римское право, какъ главная основа науки права.

II. Исторія усвоенія могло уже отчасти дать понять, что римское право составляло долгое время главный предметъ научныхъ правовыхъ занятій. И дѣйствительно, исторія науки римскаго права есть исторія вообще науки права.

Въ началѣ 12-го вѣка, именно съ основанія болонской школы правовѣдѣнія, ведутъ обыкновенно начало возрожденія науки римскаго права. Доказанный теперь фактъ болѣе ранняго существованія въ Италіи и другихъ мѣстахъ школъ, въ которыхъ преподавалось между прочимъ и римское право, не умаляетъ значенія болонской школы 12-го вѣка, какъ возродившей преподаваніе римскаго права и служившей образцомъ для образованія университетовъ въ Италіи и другихъ странахъ.

Въ новое время старательно собираютъ всѣ свѣдѣнія о школахъ за періодъ отъ 6 до 12 вѣка. Такъ несомнѣнно въ 6-мъ вѣкѣ была школа права въ Римѣ (*Const. Omnem ad Antecessores § 7* и *Pragmatica sanctio cap. 22. Savigny cit. 1 p. 460*). Затѣмъ, одинъ болонскій профессоръ Одофредъ свидѣтельствуется, что школа изъ Рима была перенесена около 1060—1070 г. въ Равенну, а отсюда около 1100—въ Болонью (см. *Fitting. Das Castrense rescilium, p. 525*). Опъ же упоминаетъ одного профессора болонскаго ранѣе 12-го в. (Пепо). Далѣе, имѣются указанія о школахъ въ Павіи, Веронѣ, Нопантулѣ. Эти три школы были лонгобардскія; первыя двѣ главнымъ образомъ обрабатывали лонгобардское право, а послѣдняя служила посредничествомъ между лонгобардскимъ и римскимъ правомъ, постепенно выдвигая на первое мѣсто римское право (см. *Fischer. Zur Italienischen Reichs- u. Rechtsgeschichte. Bd. 3. 1870, p. 1—189*). Затѣмъ школа въ Анжерѣ (Франціи) и т. д. Всѣ эти данныя даютъ право доказывать, что преподаваніе рим. права не прерывалось за весь періодъ времени отъ паденія западной имперіи и что нельзя придавать болонской школѣ 12-го вѣка значеніе возродившей преподаваніе рим. права (см. *Fitting. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfange des Mittelalters. 1875; Oaillemet. L'enseignement du droit civil en France v. la fin du XIII s. въ N. Rev. hist. d. dr. fr. et étrang. 1879 № 6,*

р. 589—618). Внутреннее же основание такого возрѣнія—трудность логически объяснить себѣ внезапное пробужденіе жажды къ познанію рим. права, а также было бы крайне непонятно, какъ могли глоссаторы съ самаго начала въ такомъ совершенствѣ овладѣть громаднымъ матеріаломъ рим. права безъ предшествующей долгой его обработки (*Landsberg. D. Glosse d. Accursius p. 2*). См. *Fitting. Juristische Schriften d. früheren Mittelalters. 1876, p. 37, 62, 73, 75, 97, 107, 108* и др.

За періодъ до 12-го вѣка сохранились слѣды и ученой обработки въ различныхъ трактатахъ <sup>1)</sup>. Но этотъ періодъ отмѣчается такимъ блѣднымъ мерцаніемъ науки римскаго права, что позднѣйшая слава болонской школы вполне затемняетъ его и съ полною справедливостью начало возрожденія науки права ведутъ обыкновенно отъ начала 12-го вѣка <sup>2)</sup>. До того времени римское право преподавалась, какъ одна изъ отраслей энциклопедическаго знанія (*trivium*) и только школа болонская подняла его значеніе до спеціальнаго предмета изученія и вмѣстѣ возродила чистое римское право по подлиннымъ и главнымъ его памятникамъ <sup>3)</sup>.

Основаніе самостоятельнаго преподаванія римскаго права связываютъ обыкновенно съ нѣкимъ грамматикомъ Ирнеріемъ. Рассказываютъ, что одинъ профессоръ богословія, при объясненіи мѣста изъ Евангелиста Маттея, остановился надъ смысломъ слова *as* и за объясненіемъ обратился къ грамматику Ирнерію, который, занявшись разрѣшеніемъ вопроса, втянулся въ подробное изученіе правовыхъ источниковъ, а въ результатѣ открылъ по нимъ преподаваніе, съ котораго ведутъ начало возрожденія римскаго права и основаніе т. наз. болонской школы.

Ирнерій, котораго часто называютъ *primus illuminator scientiae nostrae, lucerna juris* и т. п., упоминается между 1113 и 1118 г. Онъ былъ приро-

<sup>1)</sup> Въ новѣйшее время ученые ревностно трудятся надъ собираніемъ этихъ памятниковъ. См. *Rudorff. R. Rechtsg. § 116; Fitting. Ueber d. sog. Turiner Institutionenglosse u. d. s. Brachylogus 1870*. Въ этомъ трудѣ Фиттингъ полагаетъ что *Brachylogus* составленъ въ Римѣ около 1000 г.; но въ позднѣйшемъ своемъ трудѣ (*Ueber die Heimat und Alter des sogenannten Brachylogus. Berlin 1880, p. 22*), онъ считаетъ его французскаго происхожденія, а именно по всей вѣроятности изъ Орлеана (*Rivier* въ *Nouv. Revue hist. du droit 1877, p. 1 — 46*). Объ изданіи трудовъ до Ирнерія см. у *Landsberg, p. 69—71*. Подробную новѣйшую критику по памятникамъ возрѣнія о первоначальной средневѣковой литературѣ до 12-го вѣка см. *M. Conrat. Die Epitome exactis regibus. Studien zur Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 1884, p. CXVI—CCLVII*.

<sup>2)</sup> См. *Stintzing. Geschichte der populären Litteratur, p. 91*.

<sup>3)</sup> *Sohm* въ *Zeitsch. der Savigny-Stiftung 1 Germ. Abth., p., 71, 72*.

жденный гражданинъ Болоньи, хотя нѣкоторые нѣмцы (напр., Böttger) и пытались безъ всякаго основанія сдѣлать изъ него нѣмца Вернера.

Болонская школа по методу, принятому ея учителями для преподаванія и разработки римскаго права, получила названіе *школы глоссаторовъ*<sup>1)</sup>. Ирнерій и его послѣдователи читали текстъ юстиніанова свода и затѣмъ объясняли непосредственный ихъ смыслъ и практическое содержаніе, сравнивали различныя мѣста между собою, разрѣшали противорѣчія, извлекали общія понятія и правовыя начала и внѣшнимъ размѣщеніемъ приводили ихъ въ извѣстный порядокъ. Отъ примѣчаній къ тексту такого содержанія (*glossae ad ipsam legum litteram*) сами комментаторы получили названіе глоссаторовъ. Выдающаяся черта ихъ приѣма изслѣдованія было полное игнорированіе историческаго матеріала. Они не знали, что у Римлянъ правовыя положенія развивались мало по малу и потому не пользовались для разбясненія юстиніанова права источниками до и послѣ Юстиніана, ни древней литературой вообще.

Невѣжество глоссаторовъ въ исторіи отразилось въ ихъ трудахъ. Такъ они нерѣдко Юстиніана считали современникомъ Христа, навязывали грекамъ времяъ XII таблицъ вѣру въ единого Бога о трехъ лицахъ, и т. д.

Болѣе знаменитыми глоссаторами были Булгарій, Мартинъ, Рогерій, Плацинтинъ, Бассіанъ, Азо и Аккурсіи (1182—1260 г.), составившій сборникъ глоссъ, подъ именемъ *glossa ordinaria* (*magistralis*, или просто *glossa*); по этому сборнику опредѣлялось въ Германіи дѣйствительное усвоеніе той или другой части юстиніанова права. Объ изданіяхъ трудовъ глоссаторовъ и аккурсіевой глоссы см. *Landsberg cit.*, p. 71—80.

Со второй половины 13-го вѣка и вплоть до 16-го въ юриспруденціи появляется новое направленіе. Глоссаторы обращались всегда непосредственно къ источникамъ и изъ нихъ прямо извлекали научныя положенія и распространяли ихъ въ общія начала. Но мало по малу авторитетъ отдѣльныхъ писателей пріобрѣтаетъ такое преобладающее вліяніе, что опредѣляетъ путь дальнѣйшей обработки права. Въ Италіи и Франціи юристы постепенно удаляются отъ источниковъ и ставятъ предметомъ своего изученія только глоссу<sup>2)</sup>. Школа такого направленія носитъ названіе школы *комментаторовъ* или *postglossatorum*.

<sup>1)</sup> См. характеристику у *Landsberg*. Die Glosse des Accursius 1883, p. 23—52.

<sup>2)</sup> Одинъ юристъ 15-го вѣка говоритъ: «scribunt nostri doctores moderni lecturas novas in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas» (см. у *Savigny R. R. im Mittelalt.* 5 p. 299 anm. g).

Комментаторы не имѣли какой либо научной системы. Они слѣдовали порядку титуловъ и дѣлений источниковъ. Только предметомъ изложенія не были сами источники, а мнѣнія глоссаторовъ по поводу ихъ. Приэтомъ обыкновенно примыкали къ авторитету знаменитыхъ писателей. Образовалось даже *communis opinio doctorum*. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда ученый отступалъ отъ господствующаго взгляда, матеріаломъ для его умозаключеній служили все-таки не источники, а мнѣнія другихъ писателей. Такой приемъ велъ къ схоластикѣ<sup>1)</sup>, особенно когда и въ другихъ наукахъ того времени замѣчается ея господство. Дѣйствительно, комментаторы, занимаясь главнымъ образомъ контроверзами, разъясняли не столько жизненные, сколько школьные вопросы. Взявъ изъ *Corpus juris* какія либо общія положенія (*loci ordinarii*), которыя, повидимому, содержали общія правила, развивали ихъ во всѣхъ выводахъ, безъ вниманія къ ихъ взаимной связи съ другими мѣстами источниковъ. При этомъ давался просторъ крайне расчленяющей діалектикѣ. Весь трудъ наполнялся установками разныхъ чисто отвлеченныхъ *distinctiones*, *limitationes*, *ampliaciones* и т. п., исходнымъ матеріаломъ для которыхъ были *dissensiones*, контроверзы легистовъ и декретистовъ. Согласно этому и самыя университетскія чтенія этого времени отличались крайнею расплывчатостью; цѣлыя недѣли и даже мѣсяцы профессоръ останавливался на одномъ какомъ либо положеніи и слушатель не приобрѣталъ свѣдѣній въ общей системѣ права, ни знакомства съ отдѣльными правовыми институтами въ ихъ цѣлостности<sup>2)</sup>. Позднѣе университеты начинаютъ издавать декреты, предписывающіе программы чтеній<sup>3)</sup>.

Нѣкто Іоаннъ Аппель жалуется, что нѣкоторые профессора останавливаются по цѣлымъ мѣсяцамъ на надписи титула, въ цѣлый годъ проходятъ едва пять мѣствъ изъ Пандектовъ, а интерпретація Институцій занимаетъ часто 5, 6 лѣтъ.

Главнѣйшіе представители школы комментаторовъ: *Wilhelmus Durantis*, † 1296; *Bartolus de Saxoferrato*, 1313—1359; *Baldus de Ubaldis*, род. около 1320 г., † 1400. Особенно два послѣдніе пользовались громкимъ авторитетомъ среди юристовъ даннаго періода.

Съ гуманизмомъ начинается новое направленіе въ право-

<sup>1)</sup> *Stinsing* Ubrich Zasius. 1857, p. 71—80.

<sup>2)</sup> *Stobbe* cit. 2, p. 23—26.

<sup>3)</sup> *Coppi* Le universita ital., p. 246.

вѣдѣній. Въ кругу гуманистовъ высказывается глубокое презрѣніе къ тогдашней юриспруденціи<sup>1)</sup>. А такъ какъ общее направленіе эпохи возрожденія отмѣчалось собираніемъ и изученіемъ памятниковъ классической культуры, то подъ вліяніемъ гуманизма<sup>2)</sup> ученые юристы снова возвращаются къ источникамъ. Начинаютъ раздаваться голоса (напр., Ульриха Цазіуса) противъ непреложности *communis opinio*; теперь сознаютъ, что оно покоится на привычкѣ слѣпо слѣдовать за авторитетомъ, но что на самомъ дѣлѣ оно правильно только въ случаѣ согласія съ источниками<sup>3)</sup>. Но въ отличіе отъ глоссаторовъ теперь заявляется требованіе подвергнуть ихъ филолого-критической обработкѣ съ помощью историческаго метода. Гуманисты указывали (напр., Петрарка)<sup>4)</sup> юристамъ на полное ихъ невѣжество въ исторіи, на варварство ихъ языка<sup>5)</sup>. И вотъ юристы начинаютъ прибѣгать къ изученію исторіи римскаго государственнаго управленія, процесса, вообще римскихъ древностей, литературы, и стараются писать въ болѣе элегантной формѣ. Высказываются (Г. Апцель) требованія для юриста изучать исторію, грамматику, знакомиться съ трудами Цицерона, Саллустія, Ливія и т. п. Это новое вѣяніе сказывается въ открытіяхъ новыхъ источниковъ (какъ напр., вестготскій Гай, *fragmenta Ulpiani*, *Paullus*, *Codex Theodosianus*, отрывки *Василикъ*), въ критическихъ изданіяхъ уже извѣстныхъ (таковы изданія Г. Sichardus, Haloander). Съ итальянца *Alciatus*'а и француза *Budæus*'а ведетъ начало элегантная юриспруденція. Въ трудахъ отдѣльныхъ юристовъ замѣчается уже и историческій элементъ. Такъ напр., въ Германіи нѣкто *Udalricus Zasius* (1461—1535 г.) былъ замѣчательнымъ знатокомъ исторіи римскаго права<sup>6)</sup>. Другіе стараются внести научную систему въ изложеніе права (напр., французъ *Peter Loricot*<sup>7)</sup>,

<sup>1)</sup> Гуттенъ и Эразмъ рѣзко отзываются о современной имъ романтикѣ. *Accursianum Absynthium* было браннымъ названіемъ юриспруденціи. Гансъ Саксъ въ одномъ сатирическомъ стихотвореніи представилъ народное сужденіе объ учености юристовъ. И т. п.

<sup>2)</sup> Именно гуманистамъ слѣдуетъ приписывать инициативу въ возрожденіи правовѣдѣнія. См. *Chiapelli*. *La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV, XVI* въ *Archiv. giurid.*, vol. XXVI f. I 1881 p. 295—322.

<sup>3)</sup> *Stintzing*. *Ulr. Zasius*, p. 100—104.

<sup>4)</sup> См. *Voigt*. *Die Wiederbelebung d. classischen Alterthums*. 2 Aufl. B. I 1880, p. 78, 79.

<sup>5)</sup> *Chiapelli* l. c., p. 299, 302, 303.

<sup>6)</sup> *Stintzing*. *Ulrich Zasius*. Basel 1857.

<sup>7)</sup> *Stobbe*. *Rechtsq.* 2, p. 26—28.



Conradus Lagus<sup>1)</sup> и др.<sup>2)</sup>. Но всё эти попытки къ исторической и систематической обработкѣ источниковъ слишкомъ ничтожны и поверхностны въ сравненіи съ трудами двухъ французскихъ ученыхъ, которые не только измѣнили направление въ правовѣдѣніи, но считаются вообще творцами современной юриспруденціи. Мы говоримъ о Куяціи (1522—1590)<sup>3)</sup> и Хуго Донеллѣ (1527—1591)<sup>4)</sup>. Первый—основатель историко-критическаго метода; второй—систематическо-доктринальнаго направленія. Куяцій разсматривалъ своды рим. права, какъ всякій другой остатокъ древности; онъ старался распознать историческій его составъ, который подвергалъ критическому анализу и толкованію. Куяцій не касался общей системы этихъ сводовъ, не пытался весь правовой ихъ матеріалъ свести въ стройный систематическій порядокъ. Но за то въ критической и исторической экзегезѣ онъ безспорно занимаетъ первое мѣсто между юристами всѣхъ временъ. Но этимъ великимъ творцомъ былъ онъ только для историко-критическаго метода, который донинѣ господствуетъ во французской романистикѣ.—Хуго Донелль наоборотъ задавался, главнымъ образомъ, систематизировать содержаніе *Corpus juris*. Беря матеріалъ прямо изъ источниковъ, онъ выискивалъ въ немъ общее правовое начало, изъ котораго путемъ дедукціи выводилъ всѣ отдѣльныя положенія тѣхъ же источниковъ. У Донелля все право представлялось стройнымъ органическимъ развитіемъ идей въ тѣсной связи цѣлаго съ частями. Какъ предъ первымъ могучимъ систематикомъ, предъ Донеллемъ донинѣ преклоняются германскіе ученые юристы, донинѣ его методъ господствуетъ въ германской юриспруденціи. Къ направленію великихъ французскихъ учителей примкнули голландскіе и испанскіе юристы<sup>5)</sup>.

Кромѣ Куяціи и Донелля, изъ болѣе значительныхъ именъ французской школы были Franciscus Duarenus, учитель Донелля и по преимуществу систематикъ, и Franciscus Hotomanus, по преимуществу историкъ.

Общій недостатокъ французской школы тотъ, что она не исчерпывала римскаго права во всей глубинѣ его смысла и

<sup>1)</sup> *Muther*, *Z. Gesch. d. Rechtswiss.*, p. 298—351.

<sup>2)</sup> Напр., *Vigelius*, *Connanus*.

<sup>3)</sup> См. жизнеописаніе у *Berriat-Saint-Prix*. *Histoire de Cujas* въ его *Histoire d. droit romain*. 1821, p. 373—611.

<sup>4)</sup> *Stintzing*. *Hugo Donellus in Altdorf*. 1869.

<sup>5)</sup> *Heineccius*, *Bach*, *Noodt*, *Voet*, *Vinnius*.

не всегда осмотрительно прилагала его начала къ обыкновеннымъ жизненнымъ отношеніямъ.

Въ то же самое время въ Германіи вліяніе эпохи возрожденія сказалось въ томъ, что мало по малу стали оставлять схоластическій пріемъ итальянскихъ юристовъ и обратились снова къ источникамъ. Но главная цѣль занятія римскими источниками у германскихъ юристовъ было примѣненіе римскаго права въ судахъ. Это такъ называемая школа *трактатистовъ*, господствовавшая въ Германіи съ 17-го вѣка и почти до конца 18-го.

Болѣе знаменитыми учеными юристами этого направленія были: Карпцовъ (1565—1624), Шильтеръ (1632—1705), Стрикъ (1640—1710), Бѣмеръ (1674—1749).

Практики не занимались ни распознаваніемъ сущности институтовъ, ни научнымъ развитіемъ права вообще. Для нихъ главнымъ было уже даже не *communis opinio doctorum*, а *usus fori*, судебная практика, т. е. совокупность положеній, примѣняемыхъ въ судѣ, происхожденія какъ чужеземнаго, такъ и туземнаго.

Нѣмецкіе юристы 18-го вѣка лишены были не только историческаго, но и чисто систематическаго смысла. Исторія права представлялась для однихъ памятниками заблужденій человеческого ума, для другихъ—безполезнымъ сборникомъ неприложимыхъ древностей<sup>1)</sup>.

Правда, за это время проявлялись кое-какія попытки къ историческому изслѣдованію даже чисто германскаго права, но попытки эти не нашли отголоска. Таковы были труды *Conring'a* (1606—1684) и *Justus Muser'a* въ 18 вѣкѣ. См. *Franken. Roman. u. Germ.*, p. 39—43.

Подобное направленіе, понятно, не могло прогрессировать науки права и правовое состояніе въ Германіи оставалось по-прежнему весьма неудовлетворительнымъ. Достаточно сказать, что высшій имперскій судъ оставилъ за собой 30,000 нерѣшенныхъ дѣлъ. Такое жалкое состояніе юриспруденціи вызывало по временамъ жалобы отдѣльныхъ юристовъ (напр., Гейнекція)<sup>2)</sup> и зародило мысль о кодификаціи. Объ ней говорилъ Цазій младшій и Лейбницъ.

Недовольство изслѣдованіями положительныхъ источниковъ права, т. е. римскаго права, при общемъ рационалистическомъ

<sup>1)</sup> *Rudorff* въ *Zeitsch. f. Rechtsg.* 2, p. 39.

<sup>2)</sup> *Joh. Gottlieb Heineccius* 1680—1741.

направленіи 18-го вѣка, повело въ правовѣдѣніи къ критическому, философствующему и догматизирующему методу <sup>1)</sup>). Въ этомъ общемъ направленіи имѣетъ свое начало *школа* т. н. *естественнаго права*, школа философская, которая, заявивъ оппозицію ко всякому изслѣдованію положительныхъ источниковъ права, задумала создать правовую систему изъ чистаго разума (*ex dictamine rectae rationis*), т. е. создать такое право, которое было бы выше всякаго положительнаго права, всеобще примѣнимо и неизмѣнное. При этой работѣ всѣ историческіе правовые элементы отвергались вовсе. Начало этого направленія слѣдуетъ искать въ философіи Томазія <sup>2)</sup>).

Ж. Ж. Руссо предлагалъ изгнать римское и обычное право изъ школъ и судовъ, а вмѣсто него составить кодексъ естественнаго права. Въ томъ же родѣ высказывался Вольтеръ, Бернардни и др. Лучшее понятіе объ этомъ направленіи могутъ дать нѣкоторыя положенія изъ проекта прусскаго свода, написаннаго при Фридрихѣ II Кокцеємъ. Тутъ, между прочимъ, мы читаемъ: «На будущее время лишаются права, какъ адвокаты ссылаются, такъ и судьи основывать рѣшенія на *jus romanum*, а тѣмъ болѣе на авторитетъ (ѣ) того или другого правовѣда». — «А чтобы *privati* и въ особенноти профессора не могли своими произвольными толкованіями исказить этотъ сводъ, то его королев. величество (Фридрихъ II) запрещаетъ подъ страхомъ строгаго наказанія, чтобы никто, кто бы онъ ни былъ, не смѣлъ писать комментарія на весь сводъ или часть его».

Вслѣдъ за безплодными спекуляціями естественной школы въ концѣ прошлаго столѣтія образовалась въ Германіи новая историческая школа.

Основатель этой школы былъ профес. Густавъ Хуго 1764—1844 <sup>3)</sup>; а величайшіи ея представители—Фридрихъ-Карль Савиньи 1779—1861 <sup>4)</sup>, самый могучій юристъ новаго времени. Изъ его послѣдователей всего болѣе услугъ наукѣ оказалъ Георгъ-Фридрихъ Пухта 1798—1846.

По воззрѣнію этой школы, неизмѣннаго естественнаго права не существуетъ. Право, какъ и языкъ, нравы, искусство, не есть твореніе свободной воли человѣка, а результатъ самороднаго развитія склонностей даннаго народа. Конституціи и законодательства не творятся, а растутъ. Однимъ словомъ, право есть сила, организованная временемъ, мочь, собранная поколѣніями. Вытекающая изъ общаго убѣжденія народа или чувства

<sup>1)</sup> *Bruno* въ *Holtzend. Encyclop.* 1. 313.

<sup>2)</sup> *Christian Thomasio*, 1655—1728.

<sup>3)</sup> *Savigny* въ *Zeitschr. f. Gesch. R. wiss.* IX, p. 421—433.

<sup>4)</sup> *Rudorff* Friedrich-Carl von Savigny въ *Zeitschr. für Rechtsgesch.* B. 2, p. 1—68.

внутренней необходимости, оно растет органически, вмѣстѣ съ жизнью народа. Живя первоначально въ общемъ сознаніи народа, оно, при возрастающемъ усложненіи отношеній, становится предметомъ вѣдѣнія особаго сословія юристовъ, которое является представителемъ и выразителемъ народнаго правового сознанія. Такимъ образомъ, право порождается сперва нравами и убѣжденіями народными, а позднѣе — наукою права, юриспруденціею; въ томъ и въ другомъ случаѣ — внутренними, дѣятельными силами, а не волею одного законодателя. Право, какъ и всѣ функціи народной жизни, находится въ постоянномъ развитіи; оно не можетъ ни разорвать связи съ прошедшимъ, ни замкнуться для будущаго.

Изъ этого выходитъ, что право вытекаетъ изъ національной жизни народовъ и потому должно быть распознаваемо у каждаго народа исторически. Для такого же распознаванія историческая школа приступила къ возстановленію чистоты источниковъ права путемъ историческаго ихъ изученія. Работа началась съ источниковъ римскаго права. Въ отличіе отъ французской школы 16-го вѣка, занимавшейся историческимъ изученіемъ болѣе частныхъ, новая историческая школа вызвала глубокое, органическое пониманіе римскаго права въ его основныхъ идеяхъ и систематической связи отдѣльныхъ его положеній. Въ трудахъ Савиньи и его послѣдователей открылась мощная духовная сила, содержащаяся въ твореніяхъ древнихъ юристовъ, и тѣмъ произведено полное обновленіе всей нѣмецкой науки права. — Такимъ образомъ, какъ происхожденіе, такъ и новое возрожденіе нѣмецкой науки исходитъ изъ науки римскаго права <sup>1)</sup>).

Съ поднятіемъ нѣмецкаго національнаго духа во время борьбы за освобожденіе отъ ига Наполеона начинаютъ и въ правовѣдѣніи раздаваться голоса противъ антинаціональнаго въ правѣ, дѣйствующемъ въ Германіи. Извѣстный профессоръ Тибо <sup>2)</sup> пишетъ трактатъ <sup>3)</sup>, въ которомъ, рисуя мрачными красками состояніе гражданскаго права въ Германіи, взываетъ къ составленію общаго для всей Германіи кодекса. При этомъ онъ отвергаетъ дѣйствовавшіе въ его время правовые источники, въ томъ числѣ римскіе своды. Однимъ словомъ, Тибо ждетъ та-

<sup>1)</sup> *Sohm*. въ *Grünh. Zeit.* I, p. 268, 269.

<sup>2)</sup> Friedrich Iustus Thibaut 1774—1840.

<sup>3)</sup> Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland въ Thibaut's civilistischen Abhandlung. 1814 p. 404 и слѣд.

кого права, которое вытекало бы единственно отъ законодательной власти. По представлению Тибо и его послѣдователей (Мейеръ, Фейербахъ), право есть нѣчто отдѣленное отъ остальныхъ элементовъ соціальной жизни и единственнымъ своимъ источникомъ имѣетъ законодательство; нормально всякое право вытекаетъ только изъ закона, т. е. прямыхъ предписаній правительственной власти, а слѣдовательно и правовѣдѣніе имѣетъ дѣло только съ содержаніемъ закона.

Противъ школы Тибо Савиньи написалъ особый трактатъ: «О призваніи нашего времени къ правовѣдѣнію и законодательству»<sup>1)</sup>, въ которомъ отрицаетъ за своимъ временемъ способность къ законодательству, говоря, что оно сведется къ простой редакціи дѣйствующаго права и право, полученное такимъ образомъ изъ одного закона, будетъ случайнымъ, измѣнчивымъ. Поэтому задачей ставитъ Савиньи не составленіе кодекса, а распознаваніе права въ его источникахъ. Однимъ словомъ, усовершенствованіе настоящаго правового состоянія слѣдуетъ ожидать отъ науки, а не отъ законодательства.

Савиньи основалъ свое ученіе о правѣ на идеѣ національности. «Историческая школа принимаетъ, что содержаніе права дано всѣмъ прошедшимъ націи, а не произволомъ, такъ чтобы оно могло случайно сдѣлаться тѣмъ или другимъ, но что оно вышло изъ внутренней сущности націи и изъ ея исторіи» (Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I, p. 6 и подробнѣе въ Vom Beruf unserer Zeit Aufl. 3, p. 8 и слѣд.). Приведя это основное положеніе Савиньи, Терингъ спрашиваетъ: «какую связь имѣетъ римское право съ совокупностью прошедшаго новыхъ народовъ, ихъ внутреннѣйшей сущностью и исторіей?». Наоборотъ, оно является пришельцемъ, не имѣющимъ за себя никакого законнаго основанія, удаленія котораго никто, вслѣдствіе этого, не долженъ былъ бы желать болѣе ревностно, чѣмъ Савиньи и историческая школа. Но именно они-то и взяли его подъ свою защиту, когда съ точки зрѣнія національности потребовано было, чтобы оно наконецъ было изгнано (Терингъ. Значеніе римскаго права, стр. 5, 6). Поэтому самъ Терингъ, не требуя этого изгнанія римскаго права, отвергаетъ исключительность національнаго принципа образованія права и на ряду съ національностью выставляетъ принципъ *всеобщности*. Онъ говоритъ: «преуспѣяніе народа, точно такъ же, какъ и преуспѣяніе единичной личности, есть непрерывное заимствованіе извнѣ. Его языкъ, его искусство, его нравы вся его культура, однимъ словомъ, его индивидуальность или національность является, какъ и тѣлесный и душевный организмъ единичной личности, продуктомъ безчисленныхъ вліяній и заим-

<sup>1)</sup> Savigny. Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. 2 Aufl. Heidelberg 1828.

ствованій изъ внѣшняго міра». Равнымъ образомъ, и право не изъято изъ этого общаго закона культуры (Значеніе, стр. 8, 9). Дѣйствительно, такого заимствованія нельзя отвергать уже для самого Рима. Нельзя отрицать, что въ послѣднемъ своемъ развитіи римское законодательство представляетъ много и съ формальной и матеріальной стороны носящее на себѣ внѣ-національный характеръ (*Hildenbrand. Geschichte u. System der Rechts-u. Staatsphilosophie. Leipzig 1860, § 148*). Римляне не могли остаться при своемъ древне-національномъ правѣ, рассчитанномъ на ограниченныя отношенія народа, состоявшаго изъ наслѣдственныхъ землевладѣльцевъ, т. наз. *jus civile*. Когда государство расширилось и оборотъ съ внѣшнимъ міромъ возрасталъ, то пришло время, когда въ Римѣ началось усвоеніе того права, которое они называютъ правомъ, покоящимся на правовой идеѣ, присущей всѣмъ людямъ, однимъ словомъ, права общенароднаго, *jus gentium*. Въ этомъ особенно выразилось великое значеніе римлянъ въ области права, что изъ наблюденія оборота великаго мірового государства, въ которое входили различныя національности, они извлекли содержаніе этого *jus gentium* и сложили его въ образцовой формѣ. Въ результатѣ этой работы отъ древне-національнаго *jus civile* почти ничего не осталось (*Muther cit. p. 35, 146*). Да и помимо римлянъ «едва ли существуетъ одинъ историческій народъ, который представлялъ бы историкъ только черты своего самостоятельнаго народнаго быта». (*Сергеевичъ. Государство и право въ исторіи. Сборникъ государ. знаній 7, стр. 52*). Признаки взаимныхъ заимствованій въ массѣ могутъ быть наблюдаемы и въ современномъ мірѣ. Такъ, оставивъ пока гражданское право, мы встрѣчаемся съ явленіями взаимнаго заимствованія въ области, напр., уголовного права: отмѣна пытки, смертной казни, судъ присяжныхъ. Вспомнимъ затѣмъ уничтоженіе крѣпостнаго права и массу другихъ вопросовъ соціальныхъ, политическихъ, вопросовъ церковнаго и международнаго права и т. п. (*Терингъ Значеніе, стр. 11*). Въ области же гражданскаго права укажемъ на распространеніе французскаго кодекса въ нѣкоторыхъ государствахъ германскихъ и т. д. — Все это даетъ право Терингу заключать, что идея *всеобщности* опредѣляетъ характеръ современнаго періода права (*ibid.*) «Вопросъ объ усвоеніи чужихъ учрежденій права не есть вопросъ національности, но просто вопросъ пользы, нужды» (*ibid.*, р. 9). Поэтому было усвоено и римское право, благодаря своему космополитическому, универсальному характеру (*ib. p. 11; Muther cit. p. 35*).

Нельзя оспаривать факта заимствованій, но отношеніе этого факта къ идеѣ національности въ правѣ понято Терингомъ не совсѣмъ вѣрно.

Прежде всего дѣйствительно изъ римскаго права заимствовано новѣйшими правами многіе такіе институты, которые представляютъ «здоровое пониманіе вообще человѣческихъ отношеній» (напр. *usucapio, beneficium inventarii, portio legitima* и др.), но съ другой стороны, на Западѣ римское право было усвоено *in complexu* (см. выше), безъ различія способнаго къ жизни матеріала и устарѣлаго, универсальнаго и специфически римскаго (какъ напр., *noxae deditio, patria potestas, peculium* и т. д.), въ массѣ вытѣснившаго

туземные институты (*Modderman cit. p. 11*). Мало того, все право *Corpus juris civilis* проникнуто совершенно отличными отъ германскаго права воззрѣніями. Такъ напр., оно основывалось на свободѣ и равенствѣ лицъ, а также на свободѣ собственности; тогда какъ германское право отличалось различіемъ состояній, сословіи и несвободой собственности (*Sohm* въ *Grünhut's Zeitsch.* I, p. 248, 249). Такимъ образомъ подъ вліяніемъ перваго необходимо должна была измѣниться вся правовая дисциплина нѣмцевъ, какая она тамъ ни была.—Но съ другой стороны, идея національности не противна заимствованіямъ чужого. Совершенно справедливо, если на право смотрятъ, какъ на нѣчто національное, но невѣрно, если національнымъ считаютъ только собственное произведеніи націи. Кто сомнѣвается, что нѣмецкое искусство и литература національны, кто отрицаетъ, что Лессингъ, Гёте, Шиллеръ національные творцы, несмотря на то, что они заимствовали тайну прекраснаго въ мышленіи и формѣ отъ грековъ? Черезъ умственную переработку чужого матеріала и соединеніе съ первоначально собственнымъ рождается національное, не менѣе національное, какъ и сотворенное въ первобытной исключительности (*Muther. Zur Gesch. d. Rechtswiss. u. d. Universit. in Deutschl.*, p. 35). То, что сказано здѣсь объ языкѣ, равно справедливо и для права.

Общеніе народовъ между собой ведетъ непременно къ возможности вліяній и заимствованій. Всякое людское общеніе устраиваетъ внѣшнія отношенія своихъ членовъ другъ къ другу и къ предметамъ внѣшняго міра согласно практической и внутренней (логической) необходимости. Сознать эту необходимость есть дѣло разума, работу котораго слѣдуетъ искать во всякомъ правѣ (*F. Dahm. Die Vernunft im Recht. Berlin 1879*). Разъ поэтому зарождается убѣжденіе въ превосходствѣ чужихъ правовыхъ началъ, то заимствованію ихъ не предстоитъ препятствій (см. *Сергѣевичъ* въ Сборн. госуд. знаній 7, стр. 55). Но при этомъ вызвавшія такое заимствование условія народной жизни могутъ или совпадать съ тѣми, при которыхъ выработались заимствованные начала и тогда эти послѣднія безъ перемѣны даютъ форму жизненнымъ отношеніямъ; если же такого тождества условій не будетъ и тогда заимствованные начала будутъ перерабатываться подъ вліяніемъ особенностей народной жизни, получаютъ особенный отпечатокъ. Зная какъ разнообразны условія, складывающія типъ народной жизни, мы должны допустить, что всегда заимствованное будетъ подвергаться переработкѣ, будетъ подводимо подъ общую гармонию. Поэтому же нельзя допустить существованія всемірнаго права.—Итакъ, заимствованія не отрицаютъ національности въ правѣ. Поэтому становится правъ Савиньи, когда предупреждаетъ возражаніе, сдѣланное ему новѣйшею наукой въ лицѣ Іеринга, говоря, что римское право въ теченіи времени сдѣлалось нашимъ.

Послѣ незначительныхъ проявленій чисто философскаго направленія, историческій методъ установился окончательно. Но въ одно время съ Савиньи выступилъ ученый, который предметомъ историческаго изслѣдованія избралъ нѣмецкія туземныя права. Ученый этотъ былъ Карль-Фридрихъ Эйхгорнь

(1782—1854)<sup>1)</sup>. Онъ выдвинулъ борьбу за господство въ исторической школѣ между элементами римскаго и германскаго права. Нѣкоторое время между этими направленіями велась ожесточенная борьба, раздѣлившая въ Германіи всѣхъ ученыхъ юристовъ на романистовъ и германистовъ. Но позднѣе остановились на томъ, что романизмъ и германизмъ не исключаютъ другъ друга, а каждый играетъ свою самостоятельную роль въ наукѣ права. Въ живомъ гражданскомъ правѣ настоящаго мирятся съ элементами, которые образуютъ научные выводы прежняго, но въ согласіи съ народнымъ сознаниемъ настоящаго. Никто теперь не споритъ, что римское право имѣетъ для Германіи и всего современнаго міра то же значеніе, что и вся античная культура. Рецепціей римское право въ извѣстномъ своемъ составѣ вошло «въ плоть и кровь народа»<sup>2)</sup>. «Римское право сдѣлалось такъ же, какъ христіанство, культурнымъ элементомъ новаго міра»<sup>3)</sup>. Поэтому общее отношеніе къ римскому праву, какъ и ко всей остальной античной культурѣ, должно заключаться не въ борьбѣ противъ жизненнаго его значенія, а въ сознательномъ его воспріятіи и внутренней переработкѣ до согласія съ потребностями настоящаго. Въ послѣднемъ получаютъ свое значеніе и чисто германскіе элементы права<sup>4)</sup>, сливающиміся съ чисто римскими во взаимномъ воздѣйствіи ради удовлетворенія жизненныхъ цѣлей настоящаго. Такъ, германисты отказались отъ гоненія на римское право въ пользу господства началъ чисто германскаго права, а романисты начали сознавать свою практическую задачу, устанавливая противоположеніе римскихъ и современныхъ правовыхъ воззрѣній и стараясь найти выводъ для удовлетвореній разумныхъ потребностей времени.

Историческая школа во многихъ ея представителяхъ современемъ должна была оказаться для юриспруденціи далеко недостаточной. Труды ея, давая разработку историческаго матеріала, на томъ и успокаивались. Историческая школа представляла изъ себя, по выраженію Геринга<sup>5)</sup>, рецептивную, а не продуктивную юриспруденцію. Не было тутъ ни философскаго обоснованія, ни философской оцѣнки по извѣстному идеалу

<sup>1)</sup> *Franken*. Romanisten u. Germanisten, p. 35—52.

<sup>2)</sup> *Wagner*. Die prakt. Aufgabe, p. 12.

<sup>3)</sup> *Gerling*. Значеніе, стр. 4.

<sup>4)</sup> *Windscheid* Pand. I, p. 26, 27.

<sup>5)</sup> *Unsere Aufgabe* въ *Jahrbücher f. d. Dogmatik* B. 1, p. 3, 4.



данныхъ явленій, т. е. того, изъ чего составляется практическое, жизненное значеніе юридической науки. Савиньи и его строгіе послѣдователи ограничивались тѣмъ, что прослѣживали историческое проявленіе и развитіе правовыхъ идей<sup>1)</sup>. Поэтому историческую школу справедливо упрекали въ фатализмъ и квіетизмъ<sup>2)</sup>. И вотъ зарождается новое направленіе въ юриспруденціи, которое выражается въ философскомъ обоснованіи и развитіи результатовъ, добытыхъ исторической школой; историческій методъ соединяется съ спекуляціей<sup>3)</sup>. Въ юриспруденціи теперь стремятся распознать общія понятія и идеи, которыя въ отдѣльныхъ народныхъ правахъ стали конкретными историческими явленіями, въ ихъ общей формѣ и необходимости<sup>4)</sup>.

Юриспруденція, поставивъ себѣ задачей выяснить правовыя понятія самостоятельно въ ихъ общей природѣ и внутренней конструкціи, исходитъ не изъ апріористическихъ спекулятивныхъ построеній, а изъ конкретныхъ формъ правовыхъ понятій, начиная съ римской почвы, изучая ихъ по римскимъ источникамъ, потомъ прослѣдивъ видоизмѣненія въ исторіи современныхъ народовъ и отмѣтивъ общій законъ историческаго развитія<sup>5)</sup>. Затѣмъ въ оцѣнкѣ и дальнѣйшемъ развитіи добытыхъ началъ спекуляція пользуется ими для сопоставленія съ общими соціальными условіями времени, съ національными потребностями даннаго народа, прибѣгая даже къ выводамъ и антропологической, общесоціологической науки. При этомъ, по законамъ чисто логическаго мышленія, возникаютъ новые вопросы, а вмѣстѣ и новыя правовыя положенія; внутренняя діалектика правоотношеній ведетъ насъ сама собою къ новымъ открытіямъ<sup>6)</sup>. Въ результатѣ получаемъ уже продуктивную юриспруденцію<sup>7)</sup>.

Такое направленіе мы можемъ назвать *историко-философско-реалистическимъ*. Въ немъ соединяются почти всѣ приемы изслѣдованій предшествующихъ школъ и еще расширяется об-

<sup>1)</sup> *Rudorff* въ *Zeitsch. f. Rechtsg.* 2, p. 41.

<sup>2)</sup> *Ihering*. *Kampf um's Recht*, p. 4. Впрочемъ, *Ihering* слишкомъ обобщаетъ свои нападки на историческую школу. Ср. *Dahn*. *Kampf. für d. Recht* въ *Behrend's Zeitschr.* 1874, p. 203—205.

<sup>3)</sup> *F. Dahn*. *D. Vernunft im Recht*, p. 11, 12.

<sup>4)</sup> *Bruns* въ *Holtzendorf's Encyclop.* I p. 314.

<sup>5)</sup> См. образчикъ у *Alex.* *Du droit et du positivisme*. Paris 1876.

<sup>6)</sup> *Ihering*, *ibid.*, p. 19.

<sup>7)</sup> См. *Ihering*. *Unsere Aufgabe*, p. 9 и слѣд.

ласть захватываемаго юриспруденціей научнаго матеріала изъ другихъ наукъ. Но этимъ мы указываемъ только, изъ какихъ лабораторій получается матеріалъ для юридическихъ построеній, но, конечно, и трудъ этихъ построеній, и трудъ отдѣльныхъ подготовительныхъ вѣтвей для него, и каждый частный пріемъ (напр., простая экзегеза римскихъ источниковъ) могутъ составить предметъ особыхъ работъ, одна другую не исключаютъ, такъ какъ всѣ онѣ служатъ одной практической наукѣ, наукѣ юридической.

Впервые данное направленіе юриспруденціи было начертано Кирульфомъ (*Kierulff. Theorie des gem. Civilr. Bd. I. Altona. 1839*) и въ новѣйшее время значительно развито учеными изслѣдователями, особенно извѣстнымъ Рудольфомъ Ф. Герингомъ въ его извѣстномъ «Духѣ римскаго права». Въ новомъ же своемъ трудѣ (*Der Zweck im Recht. Leipzig 1877 1884*), Герингъ предпринимаетъ такое изслѣдованіе права, которое по пріему не будетъ ни философскимъ, какъ лишенное всякаго общаго принципа въ основѣ, ни юридическимъ, какъ не дающее ни одной юридической конструкціи (ср. Bd. 1, p. 492), ни историческимъ. Пріемъ этотъ можно было бы назвать съ Ф. Даномъ *герингскимъ*, если бы Герингъ ясно не исходилъ изъ человѣческой природы съ ея социальными стремленіями, т. е. изъ того, что составляетъ исходную точку и пріемъ старой школы естественнаго права (*F. Dahn. Die Vernunft im Recht. Berlin 1879, p. 3, 8*).

Почти всѣми современными изслѣдователями въ правѣ признается необходимость историческаго элемента (*A. Franken. Romanisten und Germanisten. Jena 1882, p. 3*), хотя иногда и расширяютъ область наблюденій историческихъ сравнительно съ школой Савиньи. Такъ Ф. Данъ (*Die Vernunft im Recht, 1879*) называетъ свою философію права, въ отличіе отъ естественнаго права, «*Историзмомъ*», котораго особенность состоитъ въ наблюденіи болѣе обширной сферы бытія, причемъ особенно налагается на отсутствіе промежутковъ между животнымъ и человѣческимъ развитіемъ жизни (т. наз. дарвинизмъ).

Спрашиваемъ теперь: какое же положеніе заняла наука римскаго права въ современномъ направленіи правовѣдѣнія?

Въ теперешнемъ видѣ наука римскаго права представляетъ изъ себя единую науку права. Она даетъ полную и связную систему права, она вырабатываетъ общія абстрактныя основы права, какъ въ общей, такъ и въ особенной части. Всѣ же современныя положительныя права сводятся къ изложенію особенностей, исходя изъ системы римскаго права и выработанныхъ имъ началъ<sup>1)</sup>. Эта же система нынѣшняго римскаго права

<sup>1)</sup> *Sohm, cit. p. 269, 270.*

на самомъ дѣлѣ не есть римское право, насколько оно теперь еще дѣйствуетъ. Въ это нынѣшнее римское право вложены работа, духовное развитіе и наука почти всей современной Европы. Нынѣшняя правовая система не есть на самомъ дѣлѣ римская. Уже въ самомъ содержаніи она съ начала до конца проникнута современными идеями; но еще болѣе вся ея форма есть твореніе современнаго духа, результатъ работы всѣхъ образованныхъ націй. Уловить общія начала, расчленить и систематизировать правовыя понятія есть дѣло современной интеллигенціи. Правда, римляне дали для этой работы главный матеріаль, но не слѣдуетъ думать, что нахожденіе научной формы есть дѣло простое и легкое. Римляне не нашли ее вовсе, а затѣмъ понадобились цѣлые вѣка, чтобы ее найти<sup>1)</sup>. Работа эта имѣетъ тѣмъ болѣе значенія, что она имѣла дѣло не съ кодексами. Такіе кодексы Римъ имѣлъ только въ 12 таблицахъ и Андриановскомъ эдиктѣ. Юстиніановы же своды представляютъ прежде всего учебникъ крайне неудовлетворительный для пониманія древняго римскаго права, затѣмъ Кодексъ и Новеллы, которыя имѣютъ только временное антикварное значеніе. Остаются Пандекты, то есть сборникъ отрывковъ для внутренней исторіи права за пять вѣковъ отъ Августа до Юстиніана. По самому, значитъ, содержанію въ Пандектахъ нельзя видѣть готоваго выработаннаго правовоззрѣнія, представленнаго какъ одно цѣлое, твердый законодательный памятникъ. И вотъ, чтобы выработать изъ этого матеріала цѣльную систему, европейская интеллигенція потратила цѣлые вѣка усиленныхъ работъ или, какъ выразился Штейнъ: «Европа употребила во сто разъ болѣе времени и труда на созданіе римскаго права изъ *Cognis juris*, чѣмъ она употребила ихъ на объясненіе іероглифовъ и клинообразныхъ надписей»<sup>2)</sup>. Такимъ образомъ, наука римскаго права есть твореніе современнаго духа и въ настоящей своей формѣ представляетъ единую науку гражданскаго права. Вотъ почему донынѣ западное мышленіе въ области гражданскаго права изоцрѣяется главнымъ образомъ на римскихъ юристахъ. До сихъ поръ главный потокъ науки гражданскаго права идетъ по римскому праву и только побочные — по системамъ положительныхъ правъ. Призывъ Савиньи къ энергическимъ научнымъ рабо-

<sup>1)</sup> *Bruns* въ *Holtzend. Encycl.* 1, p. 312.

<sup>2)</sup> *Stein. Gegenwart. u. Zukunft*, p. 52.

тамъ, прежде чѣмъ приниматься за составленіе сводовъ, далъ за два поколѣнія грандіозные результаты. Если мы посмотримъ на содержаніе этихъ результатовъ, то увидимъ, что система и общія начала, т. е. философія гражданскаго права, выработаны на почвѣ римскаго права, подъ категоріи котораго подводились и оцѣнивались историческіе остатки туземныхъ правъ. Однимъ словомъ, общія категоріи юридическаго мышленія сдѣлались въ большинствѣ римскими<sup>1)</sup>. И-къ добытымъ основамъ, и системѣ римскаго права сводятъ положительныя права современныя<sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, единая наука гражданскаго права есть наука римскаго права, но не право римлянъ, а то право, которое вѣками научныхъ трудовъ разрабатывалось на почвѣ римскаго права, не закончилось въ дальнѣйшемъ развитіи еще понинѣ и открываетъ путь къ новымъ формамъ отношеній, неизвѣстныхъ самимъ римскимъ юристамъ, ими еще не разложенныхъ<sup>3)</sup>. Такъ мы знаемъ, какое плодотворное вліяніе оказало римское право на современное торговое право въ трудахъ Толя и др. (Сальпіусъ, Гольдшмидтъ). Все это оправдываетъ лозунгъ, выставленный Іерингомъ для современной науки гражданскаго права: «путемъ римскаго права, но превзойдя его»<sup>4)</sup>. Вотъ главнѣйшее значеніе римскаго права.

Въ прежнее время, а иногда и теперь, старались отыскать доказательства громаднаго значенія рим. права въ формальной или матеріальной его сторонахъ. Такъ говорятъ, что рим. право своей формальной выработкой можетъ сдѣлаться школой юридической; говорятъ, что понятія его всегда рѣзки и точны (*Windscheid. Pand. I, p. 17*). На это мы можемъ только сказать, что формулировка положеній въ современныхъ сводахъ, если не выше, то, во всякомъ случаѣ, не ниже римской (ср. *Ihering. Geist. I., p. 17—21*). Далѣе, говорили, что по содержанію римское право должно считать абсолютнымъ (*Lenz. Ueber die geschichtliche Entstehung d. Rechts. 1844*), тогда какъ другіе считали всѣ его основы окончательно ложными (*Schmidt. Der principielle Unterschied zwischen d. röm. u. ger. Recht. 1853*). Вѣрно только то, что въ области частнаго гражданскаго права мы можемъ указать не мало такихъ учрежденій, господствовавшихъ въ рим. юридическомъ быту, которыя отжили свой вѣкъ, напр., семья, собственность и наследство были оставлены у рим-

<sup>1)</sup> *Stobbe. P. R. § 4 III.*

<sup>2)</sup> Напр., прусское въ трудахъ Фёрстера и Дербурга; австрійское — Унгера. Это вліяніе можно прослѣдить и далѣе до обработки самого общаго права, напр., у Пахмана.

<sup>3)</sup> См. *Ihering*, въ *Jahrbüch. f. d. Dogm. 1, p. 43.*

<sup>4)</sup> *Ibid.*, p. 52.

лянъ такими особенностями, какихъ почти не знаетъ міръ новый (*Пахманъ. Кодификація. I, стр. 1, 2*).

Указаннымъ значеніемъ римскаго права достаточно объясняется то явленіе, что и въ западныхъ юридическихъ школахъ, и у насъ въ основной предметъ преподаванія поставлено римское право и только по окончаніи его курса обращаются къ изученію дѣйствующаго гражд. права <sup>1)</sup>.

## Содержаніе курса.

Предметомъ курса гражданскаго римскаго права будетъ догматическое его представленіе по всему содержанію чисто римскому и въ системѣ, выработанной современной наукой, особенно германскими учеными.

Въ Германіи римское право излагается и преподается подъ различными названіями и при соотвѣтствующемъ имъ содержаніи. Такъ, вводный краткій курсъ рим. гражд. права съ историческимъ развитіемъ отдѣльныхъ институтовъ носитъ названіе Институцій. Какъ названіе курса, такъ и характеръ содержанія заимствованъ отъ труда Юстиніана (*Institutiones*), въ конституціи къ которому (*Suprema legum juvenus*) былъ опредѣленъ и характеръ этого рода руководствъ (§§ 4, 5). Содержаніе герман. курсовъ Институцій всегда заимствовано только изъ чисто римскаго права.—Затѣмъ, подробное, чисто догматическое, изложеніе рим. права носитъ въ Германіи названіе «Общаго права (*das gemeine Recht*)» и «Пандектъ (*Pandekten*)». Общее право названо такъ по его общему значенію для всѣхъ областей германской имперіи и имѣетъ три состава: римское право по *corpus juris* имп. Юстиніана, каноническое право и правовые обычаи и законы германскаго происхожденія (см. указаніе на составныя части по отдѣльнымъ источникамъ у *Bekker: Pandekten I, p. 12—28*).

Подъ Пандектами же чаще всего разумѣютъ ту часть общаго права, которое имѣетъ содержаніемъ римское право, но только подверженное измѣненіямъ со стороны туземнаго герм. и каноническаго права и судебной практики. Иначе, такіе курсы носятъ названіе нынѣшняго римскаго права (*Heutiges Römisches Recht*), общаго гражданскаго права (*Gemeines Civilrecht*). Понятно, что такое дѣленіе римскаго права не можетъ быть точно принято у насъ въ Россіи, заимствовавшей начала римскаго права инымъ путемъ и въ иномъ составѣ. Поэтому правильнѣе излагать предварительно одну исторію римскаго права во всѣхъ его отрасляхъ, а главное гражд. права и процесса, и затѣмъ уже обращаться спеціально къ догматическому изложенію чисто римскаго

<sup>1)</sup> См. *Bethmann-Hollweg. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit. Bonn. 1876 p. 57—66.*

права въ системѣ, выработанной германскими учеными, въ системѣ, принимаемой теперь почти во всѣхъ странахъ, исключая пока Франціи, держащейся своихъ собственныхъ традиціонныхъ пріемовъ, въ которыхъ преобладающимъ признакомъ служитъ экзегеза въ порядкѣ юстиніановскихъ Институцій. Къ этому вынуждаетъ французскихъ ученыхъ и официальная программа по римскому праву.

Но прежде чѣмъ приступить къ начертанію системы римскаго права и изложенію ея отдѣловъ, необходимо установить тѣ философско-правовыя основы, которыми будутъ проникнуты всѣ ученія данной науки.

### Общее понятіе права.

Назначеніе права состоитъ въ опредѣленіи дѣятельности человѣка; дѣятельность же человѣка есть выраженіе его воли. То или другое рѣшеніе воли человѣкъ принимаетъ въ борьбѣ различныхъ мотивовъ, изъ которыхъ одинъ, восторжествовавъ надъ другими, даетъ направленіе духу и тѣлу человѣка; направленіе это можетъ иногда выражаться въ формѣ произвола, т. е. подавленія выраженія воли другого человѣка. Въ виду послѣдняго, интересы общежитія требуютъ ограниченія воли каждаго, чтобы выраженіе ея ни препятствовало, ни подавляло выраженія воли другого. Такое начало, ограничивающее волю, есть право. Итакъ, право состоитъ въ ограниченіи воли или свободы, иначе—право есть мѣра свободы. Цицеронъ говоритъ, что назначеніе права состоитъ въ сохраненіи общежитія, *incolumis civium conjunctio*. Это понятіе права римскіе юристы выражаютъ въ двухъ формулахъ: 1) *justi ac injusti scientia* <sup>1)</sup>, и 2) *jus est ars boni et aequi* <sup>2)</sup>. Отсюда слѣдуетъ, что право состоитъ въ такихъ повелѣніяхъ, въ силу которыхъ дѣятельность человѣка ограничивается и направляется согласно праву <sup>3)</sup>. Содержаніе этихъ повелѣній у римскихъ юристовъ выражено въ трехъ *praeserta juris: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* <sup>4)</sup>. Согласно этому, право есть форма нравственности, отличающаяся отъ другихъ предписа-

<sup>1)</sup> L. 10 § 2. D. 1, 1.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 1, 1.

<sup>3)</sup> По выраженію Модестина: *Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire* L. 7 D, 1, 3.

<sup>4)</sup> L. 10, § 1, D. 1, 1.

ній этики признакомъ внѣшней принудительности. Право есть дисциплина принужденія <sup>1)</sup>. Но, ограничивая свободу, право вмѣстѣ съ тѣмъ признаетъ ее, санкціонируетъ ее въ предѣлахъ своихъ повелѣній. Внѣ права нѣтъ свободы.

Повелѣнія права внѣшне выражаются въ опредѣленіяхъ, постановленіяхъ, предписаніяхъ, законахъ. Совокупность правовыхъ законовъ составляетъ *объективное право* (*norma agendi*). Въ противоположность ему, *субъективное право* (*facultas agendi*), есть та мочь, та власть, которая предоставляется объективнымъ правомъ отдѣльному человѣку. Изъ этого опредѣленія объективнаго и субъективнаго права видно, что основной его элементъ есть *воля*, на которой и должна быть построена вся теорія права. Дѣйствительно, въ филозофїи права постепенно выяснялся этотъ основной элементъ права. Сперва обратилъ на себя вниманіе признакъ внѣшней принудительности, который, по своей очевидности, и сталъ выдѣляться филозофами и юристами при опредѣленіи права <sup>2)</sup>. Такъ, Кантъ опредѣлялъ право, какъ совокупность условій, которыя ограничиваютъ свободу отдѣльныхъ лицъ, чтобы привести ихъ къ согласію <sup>3)</sup>. Нынѣ господствующая конструкція права принадлежитъ Гегелю. По его взгляду, сущность права, какъ въ объективномъ, такъ и въ субъективномъ смыслѣ, заключается въ волю. Задача, цѣль права состоитъ въ постоянномъ осуществленіи; для этого же предполагается извѣстная мочь, органомъ, носителемъ которой есть воля. Только путемъ волеизъявленія законодателя правовыя понятія становятся правоположеніями. Отсюда право въ объективномъ смыслѣ можно опредѣлить, какъ общую волю; право-же въ субъективномъ смыслѣ, — какъ власть, мочь отдѣльнаго лица, т. е. отдѣльная воля, насколько она опредѣляется общею волею, объективнымъ правомъ <sup>4)</sup>.

Изложенное возрѣніе на право можно считать господствующимъ донынѣ (см., напр., *Windscheid. Pand. I, § 37*; *Brinz. Pand. I, § 64*; *Wächter: Pand. § 1 a E*), хотя въ послѣднее время можно встрѣтить возраженія противъ теоріи воли не только въ отдѣльныхъ монографіяхъ (напр. *Thon. Rechtsnorm u. subject. Recht, p. 210* и слѣд.; *Schlossmann. Der Vertrag § 32*), но даже въ учебникахъ Пандектъ (напр., *Zrodowski. D. röm. Privatr. 2, § 54*; *Dern-*

<sup>1)</sup> *Jhering. D. Zweck im R., p. 306*. Ср. *Bierling. Z. Kritik d. jurist. Grundbegriffe, B. 1, § 101—110*.

<sup>2)</sup> *Fouillée. L'idée moderne du droit. Paris 1878, p. 18*.

<sup>3)</sup> *Kant. Metaphysik der Sitten. Einleitung in die Rechtslehre, §§ B. D.*

<sup>4)</sup> *Hegel. Philosophie des Rechtes. Zusatz, § 82*.

*burg. Pandekten*, §§ 19, 39). Различныя философскія построенія права сведены, напр., въ трудѣ *A. Sturm: Recht u. Rechtsquellen*. Kassel 1883, p. 62—112). Изъ этихъ построеній, болѣе или менѣе отклоняющихся отъ взглядовъ Гегеля на право, здѣсь слѣдуетъ остановиться лишь на томъ изъ нихъ, которое нашло доступъ въ систему пандектнаго права. Основу такого новаго направленія въ ученіи о правѣ положилъ извѣстный проф. Іерингъ, сначала въ трудѣ «Духъ римскаго права» (*Geist. d. röm. R. Th. 3 Abth. 1 Ausg.*, 2, p. 316—327), а затѣмъ въ «Цѣль въ правѣ» (*Zweck im Recht*, Bd. I, Kap. 7, p. 224, 225; Kap. 8, p. 517). По взгляду Іеринга, воля не есть цѣль и движущая сила правъ; понятіе воли и мочи не въ состояніи дать практическаго пониманія правъ. Права, говоритъ онъ, существуютъ не для того, чтобы осуществлять абстрактную правовую волю, но чтобы служить интересамъ, потребностямъ, цѣлямъ оборота. Понятіе права конструируютъ два момента: 1) субстанціональный, въ которомъ заключается практическая его цѣль, а именно—выгода, пользованіе, долженствующее быть предоставленнымъ правомъ; и 2) формальный моментъ, относящійся къ указанной цѣли, какъ средство, а именно, правовая защита, искъ. Каждое гражданское право предназначено предоставлять человѣку пользу, удовлетворять его потребности, отвѣчать его интересамъ и цѣлямъ. Сообразно съ этой точкой зрѣнія, Іерингъ опредѣляетъ право двояко: 1) Право есть юридическая обезпеченность пользованія, и 2) право есть юридически защищенные интересы (*Geist, cit.* p. 328) <sup>1)</sup>.

Большинство послѣдователей Іеринга видятъ въ этомъ двойномъ опредѣленіи большую заслугу (*Schlossmann. D. Vertrag*, p. 246). Они сознаютъ, что если власть, господство, и не составляетъ сущности права, а таковою будетъ польза, интересъ, то, съ другой стороны, господство есть та форма, въ которой выражается право (*Zrodowski. R. Privatr.*, p. 161). Но другіе ученые основательно считаютъ опредѣленія права Іерингомъ непримиримыми. Обезпеченность чрезъ принужденіе не можетъ быть въ то же время самимъ обезпеченнымъ, другими словами, нельзя смѣшивать фактъ обезпеченія съ самимъ объектомъ обезпеченія (*Bierling*, въ *Ienaer Litteratur-Zeitung* 1878, p. 415). Остается изъ двухъ опредѣленій выбрать одно, и вотъ прежде всего останавливаются на первомъ, а именно: что право есть обезпеченность благъ или пользованія (*Thon. Rechtsn. u. subj. R.* p. 226). Противъ этого опредѣленія можно сказать слѣдующее. Обезпеченность обозначаетъ извѣстную дѣятельность, направленную на опредѣленную цѣль, почему Іерингъ въ одномъ мѣстѣ и обозначаетъ обезпеченность человѣческихъ жизненныхъ условій какъ цѣль права (*D. Zweck im R.*, Bd. I p. 453). Несомнѣнно, право существуетъ не ради самого себя, а чтобы удовлетворять человѣческія потребности и дѣлать возможнымъ достиженіе человѣческихъ цѣлей. (*Wind-*

<sup>1)</sup> Въ *Zweck im Recht* I, p. 434: право есть «обезпеченіе жизненныхъ условій общества въ формѣ принужденія»; p. 499: «право есть понятіе защищенныхъ внѣшнимъ принужденіемъ, т. е. государственною властью, жизненныхъ условій общества».



*scheid. Wille u. Willenserklärung. Leipz. 1878, p. 9*). Но прежде всего, государство может обеспечить интересы и другимъ путемъ (*Belker. Pand. 1, p. 49*), значить отличительнаго признака права этимъ опредѣленіемъ Іеринга не отмѣчается; а затѣмъ, указывая на цѣль права, мы не опредѣляемъ самого права; цѣль предмета не совпадаетъ съ понятіемъ самого предмета. «Обезпеченіе отъ огня цѣнныхъ предметовъ есть цѣль желѣзнаго сундука; но этимъ не дается понятіе о сундукѣ, который остается тѣмъ, что онъ есть и тогда, когда не служитъ данной цѣли» (*Bierling cit., p. 415*).

Кромѣ того, въ разсматриваемомъ опредѣленіи Іеринга матеріальное право смѣшивается съ процессуальной его защитой, все юридическое значеніе права перенесено на защиту. Отсюда послѣдовательно сдѣланъ былъ (*Thon cit.*) тотъ выводъ, что право вытекаетъ только изъ нарушенія нормы, т. е. субъективная неправда есть источникъ всякаго субъективнаго права, которое состоитъ въ правѣ отрицать неправду. Это право отрицать неправду называютъ притязаніемъ. Такимъ образомъ выходитъ, что, напр., субъективнаго права собственности не существуетъ до нарушенія, не можетъ оно возродиться и по нарушеніи, такъ какъ послѣднее рождаетъ лишь право на притязаніе, искъ. Съ другой стороны, притязаніе въ случаяхъ неправды есть только симптомъ права потерпѣвшаго; его можетъ и не доставать, такъ какъ имѣются права, изъ непризнанія которыхъ не можетъ родиться притязаніе управомоченнаго (*Binding* въ *Kritisch. Vierteljahresschr. N. F. V. 2, p. 566, 567, 575*). Такіе несостоятельные результаты получены отъ невѣрнаго взгляда на защиту какъ на признакъ, опредѣляющій право. Защита не опредѣляетъ право, а лишь сопутствуетъ ему. Смѣшенія права матеріальнаго и процессуальнаго не существовало уже въ римскомъ правѣ, и совершенно вѣрно признаютъ за римскими юристами величайшую заслугу въ томъ, что они ясно выдѣлили матеріальное право изъ процессуальнаго.

Нельзя согласиться и со вторымъ опредѣленіемъ Іеринга, будто право есть юридически защищенный интересъ. Моментъ интереса нельзя класть въ основу классификаціи юридическихъ отношеній. Достаточно сказать, что съ точки зрѣнія интереса не будетъ никакого различія между вещными и обязательственными правами, между тѣмъ какъ мѣра господства въ тѣхъ и другихъ не одинакова. Кромѣ того, если право есть интересъ, то судъ въ правѣ отказывать въ искѣ, если не усматриваетъ въ защищаемомъ правѣ интереса для истца (*Пахманъ. Современное движеніе въ наукѣ права, 1882, стр. 24—34*). Уже въ виду этихъ однихъ выводовъ опредѣлять право интересомъ нельзя. См., напр., *Belker: Pandekt. 1, p. 57*.

Противъ опредѣленія права въ субъективномъ смыслѣ какъ власть, мочь, предоставляемая и опредѣляемая правомъ объективнымъ, въ частности возражали указаніемъ на разладъ его съ дѣйствительностью. Такъ, чаще всего указывали на фактъ обладанія правами и пріобрѣтенія ихъ для такихъ индивидовъ, которые не имѣютъ способности воли, какъ-то малолѣтніе, безумные, а слѣдовательно и отправлять какой-либо власти не могутъ (см. *Ihering. Geist, Th. 3, Abth. I, p. 321, 322*). Поэтому говорятъ, нельзя видѣть признакъ права въ субъективномъ смыслѣ въ господствѣ, а слѣдуетъ видѣть его въ участіи

индивида въ жизненныхъ благахъ, участіи, опредѣленномъ правовымъ порядкомъ (*Dernburg. Pand. I, p. 86, 87*). Но дѣло въ томъ, что по господствующему воззрѣнію, право въ субъективномъ смыслѣ понимается не въ томъ смыслѣ, чтобы воля выражалась, а въ томъ, что воля можетъ быть, въ силу положеній объективнаго права, выражена (*Wollendürfen, Windscheid. Pand. I § 37, 49, p. 3; ср. Brinz. Pand. V. I p. 65, изд. 2*). Касательно же реальнаго выраженія хотѣнія за малолѣтняго, безумнаго, можетъ хотѣть другое лицо, представитель (ср. *Zrodowski. Privatr. 2, p. 167—169*).

## Понятіе гражданскаго права.

*Пособія: Savigny: System d. heut. röm. R. Bd. I, § 6. Unger: Oester. Privatr. Bd., I p. 1 — 5. Zrodowski: D. röm. Privatr. Bd. I. § 2.*

Въ основу опредѣленія понятія гражданскаго права, въ отличіе отъ публичнаго, большинство современныхъ цивилистовъ кладутъ слова Ульпіана: «publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim» (L. I, § 2 D. 1, 1)<sup>1)</sup>, т. е. нормы гражданскаго права предназначены защищать частные интересы, а нормы публичнаго права — публичные интересы. Опредѣленіе Ульпіаномъ гражданскаго или частнаго права (*jus civile, jus privatum*) выходитъ изъ противоположенія лица и государства<sup>2)</sup>, индивидуальнаго существованія человѣка и идеи общества и, согласно этому, изъ противоположенія интересовъ частныхъ лицъ и интересовъ общества. Отсюда и обычное въ учебникахъ опредѣленіе гражданскаго права, какъ системы положительныхъ нормъ, опредѣляющихъ частныя права каждаго лица въ гражданскомъ обществѣ<sup>3)</sup>.

Въ государственномъ обществѣ можно отличить средѣ частнаго индивидуальнаго быта человѣка и сферу публичную, общихъ дѣлъ. Первый бытъ характеризуется частными, индивидуальными интересами, обособленными отъ интересовъ другихъ людей, второй — интересами общими. Насколько положительное право опредѣляетъ отношенія частнаго быта, оно — право частно-гражданское, а сами эти отношенія становятся

<sup>1)</sup> § 4 I. 1, 1.

<sup>2)</sup> Цитовичъ, Гражд. право, стр. 1.

<sup>3)</sup> Малышевъ, Гражд. право, стр. 2.

частно-гражданскими правоотношениями; во второй категории случаевъ имѣемъ дѣло съ публичнымъ правомъ и публичными правоотношениями. Изъ сказаннаго очевидно, что сама жизнь вызываетъ къ разграниченію гражданского отъ публичнаго права <sup>1)</sup>).

Дѣйствительно, каждый человѣкъ въ обществѣ носитъ двойной характеръ. Прежде всего онъ самъ составляетъ ему самостоятельную цѣль, самостоятельный центръ его правовыхъ отношений. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ членъ известнаго общества, которому подчиненъ и обязанъ служить. Первому его положенію соотвѣтствуютъ интересы, которые непосредственно не касаются всего общества (напр., обществу безразлично: взыскиваю я заемный долгъ или нѣтъ <sup>2)</sup>), другіе же интересы касаются его прямо (напр., наказаніе преступника).

Строгого различія между обѣими сферами интересовъ быть не можетъ. Благо отдѣльнаго лица и благо государства тѣсно соединены другъ съ другомъ. Поэтому сферу гражданскихъ правъ иногда трудно отличить отъ сферы публичныхъ правъ и въ исторіи права видно, какъ известныя нормы права получаютъ то гражданскій, то публичный характеръ <sup>3)</sup>, и самыя области гражданского и публичнаго права у различныхъ народовъ опредѣлялись иначе.

Въ общемъ, область публичнаго права у римлянъ признавалась иная по сравненію съ ученіемъ современныхъ систематиковъ. Римское публичное право въ главномъ обнимало государственное право съ принадлежащимъ къ нему сакральнымъ правомъ (L. 1, § 2 D. 1, 1; Cic. pro Flacco 69). Теперь же къ публичному праву относятъ и уголовное право, уголовный и гражданскій процессы, церковное право и международное право.

Но всегда отличительнымъ признакомъ правъ, признаваемыхъ за частно-гражданскіе, будетъ ихъ защита въ гражданскомъ процессѣ.

Противъ изложеннаго господствующаго возрѣнія на гражданское право, въ отличіе отъ другихъ областей права (см. въ новѣйшее время еще *Dernburg Pand. I, § 21*), и на Западѣ, и у насъ выступаютъ съ такими возраженіями. Говорятъ, что провести разграничительную черту между публичными

<sup>1)</sup> *Пахманъ*, въ Журн. Гр. и Уг. Пр. 1884, кн. 7, протоколы стр. 186, 187.

<sup>2)</sup> *Герингъ* (Борьба за право, стр. 14) придаетъ борьбѣ противъ нарушенія частнаго права значеніе долга, между прочимъ, и передъ самимъ обществомъ. *Op. Dernburg. Pandekten Bd. I, p. 47, n. 4.*

<sup>3)</sup> См. объ отдѣльныхъ видахъ правонарушеній въ исторіи римскаго права. *Паделлетти. Учебникъ истор. рим. пр., гл. 28 и 36.*

и частными интересами нельзя; они переходятъ одинъ въ другой и незамѣтно сливаются. При этомъ различіе у самихъ римскихъ юристовъ публичнаго и приватнаго объясняютъ иногда (напр., *Кавелинъ* въ Журн. Гражд. и Уголов. пр. 1882, кн. 8, стр. 13—17) особенностями быта во времена римской имперіи, когда граждане, вытѣсненные изъ сферы публичной жизни, замкнулись въ кругу своихъ частныхъ интересовъ и такимъ образомъ произошло противоположеніе интересовъ публичныхъ интересамъ частнымъ. Въ феодальной же Европѣ и въ современномъ быту такого противоположенія уже нѣтъ, а слѣдовательно и различіе публичнаго и приватнаго должно быть оставлено. — Нельзя отрицать, что между интересами отдѣльнаго человѣка и общества есть взаимодѣйствіе (*Цитовичъ*. Гражд. право, стр. 7), и такое соприкосновеніе, что иногда трудно распознать, къ какой категоріи относятся данные интересы. Это необходимо вытекаетъ изъ того, что въ организованномъ человѣческомъ общежитіи нѣтъ такой сферы дѣятельности, которая не была бы обставлена извѣстными условіями и ограниченіями въ видахъ общественной или государственной пользы или въ виду интересовъ и правъ другихъ лицъ (тотъ же *Кавелинъ*, въ Журн. Гр. и Уг. пр. 1882, кн. 8, стр. 26, 27). Но изъ того не слѣдуетъ, чтобы не существовало двухъ правовыхъ сферъ отношеній, между которыми было бы не одно теоретическое различіе, но которыя отличались бы другъ отъ друга весьма важными внѣшними признаками. Такъ, частно-гражданскіе интересы защищаются инымъ порядкомъ, чѣмъ интересы общіе; гражданскій искъ не то, что искъ публичный. Поэтому справедливо говоритъ г. Пахманъ (Журн. Гр. и Уг. пр. 1884, кн. 7, проток. стр. 187), что задача развитія юридическаго быта должна состоять не въ смѣшеніи двухъ сферъ его или сліяніи ихъ, а въ установленіи между ними точныхъ границъ, ибо правовая регламентація одной изъ этихъ сферъ не та, что правовая регламентація другой. Не останавливаемся на подробномъ развитіи признака, различающаго гражданское право отъ публичнаго, а именно гражданской исковой охраны въ отличіе отъ публичной охраны. Въ наукѣ выставляются самыя разнообразныя признаки, отличающіе характеръ нормъ, лица, къ которымъ они обращены, и т. д. Остановимся только на воззрѣніи, которое близко подходитъ къ принятому нами. Такъ, говорятъ (см. *Thon. Rechtsnorm u. subj. Recht.*, p. 108—146), что гражданское и публичное права различаются только по правовымъ послѣдствіямъ, возникающимъ отъ нарушенія нормъ. Нормы, при нарушеніи которыхъ потерпѣвшему въ своихъ интересахъ частному лицу предоставляется, правовымъ порядкомъ, въ распоряженіе средство противъ отдѣльнаго же лица устранить это нарушеніе, — будутъ частно-гражданскими нормами, т. е. гражданское притязаніе есть отличительный признакъ гражданского права, тогда какъ публично-правовое притязаніе характеризуетъ публичное право. Гражданское право состоитъ изъ суммы обязанностей, возложенныхъ правовымъ порядкомъ на отдѣльное лицо, и принужденіе къ выполненію которыхъ, въ случаяхъ отказа добровольно ихъ выполнить, предоставляется отдѣльному заинтересованному лицу. Публичное же право устанавливается такою нормою, устраненіе нарушенія которой государство удерживаетъ за собою. Воззрѣніе это, сводящее въ сущности все различіе къ су-

дебной защитѣ, грѣшитъ въ частностяхъ развитія. Принимая буквально это воззрѣніе, пришлось бы допустить, что само государство не можетъ имѣть гражданскихъ правъ. Кромѣ того, слѣдуетъ замѣтить, что всякое предъявленіе иска есть публично-правовой актъ; процессуальное право никогда не будетъ гражданскимъ правомъ (см. *Plossz. Beiträge zur Theorie des Klagerechts* 1880, p. 15 и слѣд. *Binding* въ *Kritische Vierteljahresschrift* B. 2 N. F. 1879, p. 580, 581).

## Предметъ и система гражданскаго права.

*Пособія: Savigny. System. Bd. I, §§ 52—59; Unger. Oesterr. Privatr. Bd. I, § 24; Neuner. Wesen u. Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel. 1866.*

Права различаются соотвѣтственно тѣмъ многимъ отношеніямъ, въ которыхъ могутъ находиться люди; отсюда понятно и разнообразіе правъ. Задача науки состоитъ въ томъ, чтобы ихъ классифицировать, находя для отдѣльныхъ ихъ классовъ одинъ общій принципъ. Насколько жизненное отношеніе опредѣляется въ своихъ признакахъ и послѣдствіяхъ правомъ, оно получаетъ значеніе правоотношенія<sup>1)</sup>. Совокупность же правовыхъ положеній, опредѣляющихъ извѣстный кругъ правоотношеній, связанныхъ однимъ общимъ принципомъ, составляетъ правовой институтъ. Изъ совокупности же отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ составляетъ правовая система.

Уже сказанное опредѣляетъ всю важность вопроса о системѣ права. «Ложный шагъ въ ней есть продуктъ и въ то же время источникъ неправильнаго познанія самого предмета»<sup>2)</sup>. Скажемъ сначала о составѣ, а затѣмъ объ основѣ системы.

Составъ правъ, входящихъ въ систему нашей науки, намѣченъ уже римскими юристами. *Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, говоритъ Гай<sup>3)</sup>. Слѣдовательно предметомъ права будутъ: *persona*, *res* и *actio*. Но такъ какъ *actio*, искъ, есть только санкція правъ, то остаются два предмета права: лицо (*persona*) и вещь (*res*). Такъ получается два общихъ отдѣла права: личное право и имущественное право. Изъ этого дѣленія выходитъ современная си-

<sup>1)</sup> Римскимъ юристамъ было извѣстно это понятіе.

<sup>2)</sup> *Ihering. Geist d. röm. R. 2, §§ 38, 41.* Несмотря на массу систематическихъ трудовъ по римскому праву, твердо принятой и общепризнанной системы до сихъ поръ нѣтъ (см. *Fitting* въ *Archiv f. civ. Praxis. Bd. 52*).

<sup>3)</sup> *Gajus Instit. I, 8; § 12, J. 1, 2.*

стематизація гражданского права, давая слѣдующее, болѣе подробное, обоснованіе.

Гай въ вышеприведенной цитатѣ говоритъ: «*omne jus*», понимая подъ этимъ выраженіемъ какъ публичное, такъ и гражданское право. Но это нисколько не уничтожаетъ правильности выведеннаго, на основаніи этихъ словъ Гайя, подраздѣленія гражданского права, такъ какъ, говоря о гражданскомъ правѣ, мы относимъ къ нему только соответствующія личныя и имущественныя права.

*Личное право* обнимаетъ собою прежде всего такъ наз. права личности. Гражданское право выходитъ изъ основанія индивидуальнаго существованія лица; поэтому всѣ тѣ права, которыя человѣкъ имѣетъ въ обособленіи отъ другихъ, будутъ прежде всего правами его личности, какъ напр., права состоянія и т. д. Затѣмъ, сюда же относятся и всѣ тѣ права, которыя даютъ возможность данному лицу вступать въ правоотношенія съ другими лицами. Права эти сводятся обыкновенно къ правоспособности отдѣльнаго человѣка. Но такъ какъ правоспособность есть только общее условіе для обладанія правами, то за этой точкой зрѣнія легко забыть, что она сама по себѣ есть не что иное, какъ личное право. Наконецъ, въ частной жизни отдѣльный человѣкъ ведетъ существованіе неполное, каковой недостатокъ и старается восполнить бракомъ и вступленіемъ въ семейныя и родственныя отношенія. Совокупность этихъ отношеній носитъ общее названіе семьи; совокупность же правъ, принадлежащихъ лицу въ силу его положенія въ семьѣ, есть семейное право. Итакъ, получаемъ два класса личныхъ правъ: 1) *права личности*, иначе — безусловныя, абсолютныя личныя права, и 2) *семейныя права*, иначе — относительныя личныя права.

Ученіе о личныхъ правахъ съ точки зрѣнія ихъ состава, входящаго въ систему гражданского права, еще чрезвычайно мало обработано въ наукѣ. Большинство современныхъ ученыхъ отрицаетъ существованіе особаго личнаго права, понимая подъ нимъ только правоспособность и то разсматривая ее, какъ предположеніе всякаго другого права (см. особенно *Unger. Oesterr. Privatr. I § 60, p. 504—511*). Нами принято дѣленіе личныхъ правъ, какъ оно разработано Вехтеромъ (*Wächter. Pandekten. Bd. 1, § 35*). Подробнѣе же объ этомъ вопросѣ см. въ статьѣ *С. В. Пажмана: О значеніи личности въ области гражданского права. Спб. 1883.*

*Имущественное право.* Подъ имуществомъ разумѣется совокупность цѣнностей, т. е. тѣхъ благъ, которыя способны

служить къ удовлетворенію потребностей человѣка <sup>1)</sup>). Сюда относятся прежде всего предметы внѣшняго міра, предназначенные путемъ подчиненія удовлетворять потребностямъ человѣка. Предметы эти носятъ названіе вещей (res), почему и совокупность правъ на предметы внѣшняго міра называется *вещнымъ правомъ* (jura in re). Но для удовлетворенія потребностей человѣка недостаточно однѣхъ вещей. Число ихъ ограничено, а съ другой стороны, силъ единичнаго человѣка не всегда достаточно для подчиненія требуемыхъ вещей. Въ этихъ случаяхъ человѣкъ нуждается въ услугахъ другихъ людей. Путемъ соглашенія устанавливается власть одного лица надъ дѣйствіями другого. Всѣ права, въ основѣ которыхъ лежитъ этотъ признакъ, носятъ названіе *обязательственныхъ правъ*.

Итакъ, имущественное право состоитъ изъ вещнаго и обязательственнаго правъ.

Нерѣдко одно и то же правоотношеніе заключаетъ въ себѣ какъ вещное, такъ и личное право (напр., рядомъ съ вещнымъ правомъ эмпитевты обязательство на ежегодную уплату канона); но само по себѣ рассматриваемое, каждое имущественное право будетъ непременно или вещнымъ, или обязательственнымъ правомъ (*Neuner. Rechtsverhältnisse*, p. 78 и слѣд.).

Къ имущественному же праву относится и *наслѣдственное право*. Правовая область признаетъ преемственность имущественныхъ правъ умершаго лица. Совокупность правовыхъ институтовъ, относящихся къ имуществу умершаго лица, называется наслѣдственнымъ правомъ. Отличается оно отъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ тѣмъ, что въ немъ говорится о преемственности правъ, а не объ одновременныхъ правахъ, какъ въ этихъ двухъ отдѣлахъ.

Наконецъ, отдѣльное конечное существованіе подвергнуто естественной безпомощности чрезъ дѣтство, безуміе и т. п. Въ этихъ случаяхъ человѣкъ ставится въ такое личное положеніе, которое имѣетъ аналогію съ семейнымъ положеніемъ. Совокупность нормъ и правъ по данному личному положенію составляетъ *опеку и попечительство*.

На основаніи сказаннаго, система гражданскаго права въ общемъ будетъ имѣть такой видъ:

### I. Личныя права:

#### а) права личности,

<sup>1)</sup> *Birkmeyer. Das Vermögen in juristischem Sinne. 1879.*

- б) семейное право,
- в) опека и попечительство.

## II. Имущественныя права:

- а) вещное право,
- б) обязательственное право,
- в) наследственное право.

Если отнести первый отдѣлъ личныхъ правъ, согласно большинству учебниковъ, въ общія ученія гражданскаго права на ряду съ другими ихъ отдѣлами (см. ниже), а затѣмъ—въ силу зависимости наследственной преемственности отъ ученій большей части гражданскихъ институтовъ — выдѣлить наследственное право въ особый отдѣлъ въ концѣ курса, то получимъ систему науки, впервые установленную Гуго и развитую Гейзе<sup>1)</sup>. Кроме того, въ этой системѣ находили сходство съ порядкомъ преторскаго эдикта и Юстиніановыхъ Дигестъ<sup>2)</sup>. Вотъ сравнительная таблица:

<i>Господствующая система:</i>	<i>Дигесты:</i>
1) Общія ученія.	Libr. 1—4 Источники права Лица Вещи (процессъ) In integr. restitutio.
2) Вещное право.	Libr. 4—11 In rem actiones etc.
3) Обязательственное право.	Libr. 12—19 In personam actiones. Libr. 20—22 Добавочныя обязательства.
4) Семейное право.	Libr. 23—25 Бракъ и приданное. 26, 27 Опека.
5) Наследственное право.	Libr. 28, 29 Завѣщанія. 30—36 Отказы. 37, 38 Bonorum poss. и legitima hereditas.

<sup>1)</sup> Heise. Grundriss eines Syst. des gemein. Civil-Rechts. Heidelb. 1823.

<sup>2)</sup> См. Leist. Versuch einer Geschichte der röm. Rechtssysteme. Rostock. 1850, p. 78, 79.



Сходство это не должно служить доказательством тождества основныхъ идей системы, которыя всецѣло принадлежатъ современной наукѣ, и римскимъ юристамъ не были извѣстны.

Противъ указаннаго состава гражданскаго права въ послѣднее время было высказано много сильныхъ возраженій. Такъ, у насъ пок. Кавелинъ (Русское гражданское Уложеніе въ Журналѣ Гражд. и Уголов. права 1882, кн. 8, стр. 1—28, и тамъ же, 1884, кн. 7, проток. Юридич. общ., стр. 181—186) настаивалъ на томъ, что между указанными отдѣлами науки нѣтъ руководящаго признака. Что, спрашиваетъ онъ, общаго между личными отношеніями членовъ семьи и имущественными правами, и т. д. ? И вотъ, теперешній составъ гражданскаго права онъ замѣняетъ однимъ имущественнымъ отдѣломъ,<sup>1)</sup> вводя въ его содержаніе по обобщенному признаку имущественности и такіе вопросы, которые до сихъ поръ принято было относить къ другимъ наукамъ права. Такъ получился курсъ Кавелина, подъ заглавіемъ: «Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ» Спб., 1879. Конечно, полного тождества признаковъ во всѣхъ указанныхъ отдѣлахъ науки не существуетъ, но научная система и не строится на тождествѣ признаковъ, исключаящихъ особенность частей. Достаточно если современная наука гражданскаго права во всѣхъ ея отдѣлахъ имѣетъ одинъ общій признакъ, по которому она выдѣляется изъ всѣхъ другихъ областей науки права. Таковъ признакъ частной правовой сферы лица въ отличіе отъ признака общей, публичной правовой сферы (см. г. Пашманъ въ Журналѣ Гражд. и Уголов. пр. 1884, кн. 7, проток. стр. 186—195). Римскіе юристы уловили особенность этихъ двухъ сферъ правовой жизни и выразили ихъ въ опредѣленіи объективнаго права. Уже поэтому одному ошибается Кавелинъ (Права и Обязан., стр. 1, 2; Журн. Гражд. и Угол. пр. 1882, кн. 8, стр. 3, 4), полагая далѣе, что гражданское право сложилось въ нынѣшній составъ только въ силу реценціи данныхъ отдѣловъ изъ всего *jus civile*, права гражданъ, и затѣмъ уже старались этотъ случайный составъ возвести въ научную систему. Кромѣ того, въ теперешній составъ гражданскаго права входитъ многое и вовсе не заимствованное изъ римскаго права (см. г. Муромцевъ въ Критическомъ Обзорѣніи 1879, № 18, стр. 13, 14).

Изложивъ составъ гражданскаго права, слѣдуетъ опредѣлить основу, изъ которой будетъ выходить развитіе намѣченныхъ правовыхъ институтовъ. Болѣе правильно въ основу изложенія принять отдѣльные виды правъ въ субъективномъ смыслѣ, такъ какъ назначеніе права—отграничить каждому въ общежитіи мѣру его господства, которая въ различныхъ областяхъ его жизненныхъ отношеній будетъ иная.

<sup>1)</sup> Раньше высказывалъ пѣчто подобное Мейеръ. (Гражданск. право § 1), а на Западѣ въ этомъ родѣ попытки встрѣчаются уже въ 40-выхъ годахъ (см. у *Unger. Oesterr. Priv. I. p. 4, n. 9*).

По этому вопросу до послѣдняго времени въ наукѣ большое разногласіе. Помимо спора о томъ, изъ чего выходили въ своей системѣ римскіе юристы, изъ права, или искового притязанія (см. *Kuntze. Excursus* § 301, p. 261), современная наука не пришла еще къ тому соглашенію, что слѣдуетъ положить въ основу системы. Такъ извѣстна попытка могучаго систематика Пухты построить систему на различіи предметовъ гражданскихъ правъ. Права личности онъ опредѣлялъ, какъ права человека на свое собственное лицо, по аналогіи вещныхъ правъ, какъ правъ на вещи (*Puchta. Kleine civ. Schrift.*, p. 239 и слѣд.). Эта точка зрѣнія отвергнута теперь окончательно (см. *Unger Oesterr. Privatr.* 2, § 24; *Windscheid. Pand.* 1, § 13). Помимо всего, права личности исключительно самостоятельнаго значенія имѣть не могутъ; они въ то же время составляютъ необходимое основаніе всякаго права (*Savigny. Syst.* I, p. 337). Затѣмъ, многіе писатели предпочитаютъ въ системѣ выходить изъ правоотношеній (см. *Windscheid. Pandekt.* I, § 14, p. 2), но такъ какъ подъ послѣднимъ разумѣется отношеніе, основанное на правѣ лица, то опредѣляющимъ является право, а не отношеніе (ср. *Unger. Oesterr. Privatr.* I, p. 23). Всего же слабѣе основывать систему на притязаніи, ибо могутъ быть права, которыя рождать притязанія не будутъ (*Binding* въ *Krit. Vierteljahresschr. N. F. V.* II, p. 575).

Прежде чѣмъ приступить къ изложенію отдѣльныхъ институтовъ гражданскаго римскаго права, необходимо представить извѣстныя общія ученія, которыя будутъ относиться ко всѣмъ разрядамъ правъ, или будутъ повторяться при изложеніи большинства ихъ<sup>1)</sup>. Ученія эти и составляютъ т. наз. «Общую часть» науки. Назначеніе ея — опредѣленіе общей сущности граждан. римск. права въ отличіе отъ особыхъ его видовъ<sup>2)</sup>.

Выходя изъ понятія права въ субъективномъ смыслѣ, предметъ общей части слѣдуетъ выяснитъ такимъ разсужденіемъ<sup>3)</sup>.

Какъ власть, мочь, право въ субъективномъ смыслѣ становится существующимъ въ жизненныхъ отношеніяхъ лишь при условіи, что имѣется управомоченный, который могъ бы отправлять эту власть. Такого управомоченнаго принято называть *субъектомъ* права. Право въ субъективномъ смыслѣ такимъ образомъ дѣлается существующимъ лишь съ того момента, когда оно соединяется съ извѣстнымъ субъектомъ. Безъ субъекта немислимо никакое право.

<sup>1)</sup> *Savigny. System* I, p. 389—393.

<sup>2)</sup> *Bruno*, въ *Holtzend. Encyclop.* I, p. 315.

<sup>3)</sup> См. *Zitelmann*, *Juristische Personen.* 1873, p. 62—64.

Въ юридической литературѣ нерѣдко можно встрѣтить воззрѣніе, будто права могутъ существовать и безъ субъекта. Въ доказательство чаще всего указываютъ на лежачее наслѣдство (*hereditas jacens*) и имущество военноплѣннаго (напр., *Körper. Die Erbschaft* § 1, p. 11 и слѣд.; *Zrodowski. D. röm. Privatr.* V. I, p. 122). Здѣсь можно возразить только слѣдующее. Хотя въ источникахъ и говорится по поводу лежачаго наслѣдства, что *res hereditariae nullius sunt* (L. 1 pr. D. 1, 8), а по поводу второго примѣра, — что «*negotia*» военноплѣннаго «*dominium non habuerunt*» (L. 19, (18, 20) § 5 D. 3, 5), — но тѣмъ не менѣе, въ обоихъ случаяхъ римскіе юристы старались установить связь даннаго имущества съ опредѣленнымъ субъектомъ (наслѣдодателемъ, будущимъ наслѣдникомъ, (L. 3 1 § 1 D. 28, 5; L. 54 D. 29; военноплѣннымъ, L. 12 § 1 D. 49, 15), въ интересѣ котораго отправлялось представительство, или же просто признавали особый субъектъ правъ по данному имуществу (лежачее наслѣдство, какъ юридическое лицо). См. ниже. *Neuner. Privatrechtsverhältnisse*, p. 120—129. Поэтому же они говорили... *hominum causa omne jus constitutum est* (L. 2 D. 1, 5; § 12 J. 1, 2).

Кромѣ субъекта, для существованія права необходимъ предметъ, на который простиралась бы власть, предоставляемая правовымъ порядкомъ. Такой предметъ, подчиненный правовой власти, носить названіе *объекта* права. Каждое право можетъ имѣть особый объектъ, но большинство гражданскихъ правъ имѣютъ непосредственно или посредственно своимъ объектомъ вещь. Поэтому въ «Общую часть» войдетъ ученіе о вещахъ.

Наконецъ, кромѣ субъекта и объекта, необходимымъ элементомъ права будетъ его *содержаніе* или субстанція, которая состоитъ въ томъ, что ею устанавливается юридическая связь между субъектомъ и объектомъ, т. е. значитъ, опредѣляется и правоотношеніе, въ которомъ стоитъ субъектъ къ объекту. Со стороны содержанія, права различаются другъ отъ друга. Въ «Общей части» слѣдуетъ изложить только общіе вопросы: установленіе и прекращеніе правъ, нарушеніе, защита и возстановленіе правъ<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Срав. *Unger, Oesterr. Privatr.* I, p. 228, 229.

# ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

## I. СУБЪЕКТЪ ПРАВА.

### Общее понятіе о субъектѣ правъ.

Подъ правовымъ субъектомъ разумѣется все то, чему принадлежать въ дѣйствительности права. Какъ таковой, правовой субъектъ будетъ *лицомъ*, *persona*, въ юридическомъ смыслѣ слова.

Изъ самого понятія субъективныхъ правъ вытекаютъ для всякаго правового субъекта два необходимыя условія: прежде всего условіе субъективное, т. е. такое качество, въ силу котораго является способность быть носителемъ субъективныхъ правъ, а именно: волеспособность, какъ естественное (а не юридическое) качество имѣть волю. Но тѣмъ, что какое-либо существо имѣетъ способность быть правовымъ субъектомъ, оно въ дѣйствительности еще не будетъ имъ. Оно становится правовымъ субъектомъ лишь тогда, когда эта способность будетъ признана правомъ въ субъективномъ смыслѣ. Это второе условіе, объективное, для всякаго правового субъекта. Качество, которое можетъ быть признано положительнымъ правомъ, называется *личностью*, а признанная правомъ личность называется *правоспособностью*.

Вопросъ: имѣетъ ли существо волю, или нѣтъ, есть *quaestio facti*, и такимъ образомъ личность есть реальное, а не идеальное явленіе.

Разсматривая человѣка, какъ лицо, право не даетъ ему личности, т. е. способности имѣть волю, а только признаетъ уже существующую личность<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> *Unger*, въ *Krit. Ueberschau* 6. p. 158.

Многіе писатели (напр. *Puchta*. *Kleine civil. Abhandl.*, p. 499. *Zrodowski*. *D. röm. Privatr.*, I p. 120) полагають, что личность есть правомъ данное качество. Но послѣ того, что сказано о волѣ въ понятіи права, мы не можемъ признать этого воззрѣнія. Да и сами римскіе юристы, очевидно, стоятъ на принятой нами точкѣ зрѣнія, употребляя выраженіе *persona* для такихъ лицъ, напр. рабовъ, которымъ положительное право отказываетъ въ правоспособности. (*Wächter*. *Pand. Vorlesung*, § 24), и если говорятъ *servi personam non habentes* или ἀπρόσωποι (*Nov. Theod.* XVII § 2 и др.), то только *quod attinet ad jus civile* (L. 32 D. 50, 17).

Личность есть качество существа имѣть правовую волю; существу, у котораго нѣтъ способности воли, отказывается въ личности.

Но разъ эта способность есть, то объективное право можетъ ее признать, можетъ и отказать въ этомъ признаніи.

Въ первомъ случаѣ мы говоримъ о правоспособности, такъ какъ всякое право относится къ волѣ; управомочіе есть господство воли, обязанность — подчиненіе воли. Такимъ образомъ правоспособность есть не что иное, какъ признанная правомъ способность воли, личность существа.

Фактомъ признанія личности ея носитель тотчасъ пріобрѣтаетъ всѣ общія права, вытекающія изъ такого признанія, а также возможность пріобрѣтать и другія всякія права и совершать юридическія дѣйствія. Выраженіемъ *правовый субъектъ* обозначается фактъ обладанія правами; выраженіемъ *правоспособность* — возможность имѣть, пріобрѣтать права<sup>1)</sup>.

Подъ правоспособностью въ этомъ смыслѣ понимается не только возможность обладать правами, но и возможность собственною волею пріобрѣтать права и обязанности. Первое принято называть правоспособностью въ тѣсномъ смыслѣ слова, второе способностью къ юридическимъ дѣйствіямъ, или дѣеспособностью<sup>2)</sup>.

Послѣднее слово есть буквальный переводъ нѣмецкаго слова *Handlungsfähigkeit* и мы не понимаемъ, почему не ввести его въ русскій юридическій языкъ, который уже раньше припалъ слово правоспособность, *Rechtsfähigkeit*.

Эти два понятія слѣдуетъ строго различать. Не всякій правоспособный субъектъ будетъ въ то же время и вполне дѣеспособнымъ. Нѣкоторые вовсе лишены дѣеспособности (дѣти, безумные), другіе ограничены въ ней (несовершеннолѣтніе, расточители).

<sup>1)</sup> *Zitelmann*, *Begriff u. Wesen d. sogen. jurist. Personon*. 1873, p. 65, 66.

<sup>2)</sup> Объ отношеніи правоспособности къ дѣеспособности ср. *Binding*: *Normen u. ihre Uebertretung* Bd. 2, p. 50.

## Виды правовых субъектов.

Такъ какъ право состоитъ въ волеизъявленіи, то правовымъ субъектомъ, лицомъ, можетъ быть только тотъ, кто имѣетъ способность къ правовой волѣ, т. е. человѣкъ. *Omne jus hominum causa constitutum est.* Поэтому нормальнымъ правовымъ субъектомъ будетъ только человѣкъ. И затѣмъ уже, ради удовлетворенія извѣстныхъ жизненныхъ потребностей, положительное право находить необходимымъ распространить положенія о правовыхъ субъектахъ и на извѣстныя идеальныя единства. Такимъ образомъ получается два вида правовыхъ субъектовъ: а) *физическое лицо*, человѣкъ, и б) *юридическое лицо*.

### А) ФИЗИЧЕСКІЯ ЛИЦА, КАКЪ ПРАВОВЫЕ СУБЪЕКТЫ.

*Источники:* Inst. I, 3 de jure personarum; — Dig. I, 5 de statu hominum.

*Пособія:* Savigny. System des heut. röm. Rechts. B. 2, §§ 60—85. Zrodowski. Das römische Privatrecht. Bd. I, §§ 21—42. Pernice. Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrh. d. Kaiserzeit. B. 1. 1873, p. 93—240.

### Общее понятіе.

Подъ физическимъ (или естественнымъ) лицомъ<sup>1)</sup> разумѣется человѣкъ, признанный способнымъ состоять въ гражданскихъ правоотношеніяхъ, быть правовымъ субъектомъ. Эта способность обуславливается прежде всего фактомъ существованія человѣка, т. е. можетъ имѣть мѣсто въ промежутокъ между крайними границами человѣческой жизни—*рожденіемъ и смертью*.

### Начало физическаго лица, рожденіе.

Человѣкъ начинаетъ свое существованіе, какъ физическое, такъ и юридическое, съ момента рожденія; только съ этого

<sup>1)</sup> D. physische oder natürliche Personen.

момента онъ становится лицомъ. Подъ рожденіемъ же разумѣется полное отдѣленіе отъ утробы матери живого существа съ человѣческимъ образомъ. Итакъ, для существованія физическаго лица требуются слѣдующія условія:

1) Должно произойти полное <sup>1)</sup> отдѣленіе отъ материнской утробы <sup>2)</sup>. Не выдѣлившійся изъ нея (*nasciturus, venter, partus non editus*) въ области гражданскаго права не признается за лицо, <sup>3)</sup>, а за часть материнской утробы <sup>4)</sup> (*pars viscerum matris*). Но римское право для нѣкоторыхъ юридическихъ послѣдствій обращаетъ вниманіе на плодъ, еще не отдѣлившійся; онъ признается *quodammodo in rerum natura* <sup>5)</sup>, *pro superstite* <sup>6)</sup>. Такъ, за эмбриономъ сохраняются всѣ права (напр., наследственныя), которыя онъ могъ бы пріобрѣсти, еслибъ въ данную минуту былъ уже рожденнымъ. Это не значитъ, что эмбрионъ пріобрѣтаетъ уже теперь права, а слѣдовательно есть уже въ извѣстномъ смыслѣ лицо: это значитъ только, что на будущій возможный фактъ рожденія теперь уже обращено вниманіе, такъ что если это рожденіе наступитъ, то обратно совершается установленіе опредѣленныхъ правъ; не произойдетъ этого рожденія, то права эти не считаются когда либо установленными <sup>7)</sup>.

Таковъ смыслъ выраженія Павла: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur nequaquam prosit* (L. 7 D. 1, 5). См. *Savigny. System II*, p. 12—16. О мнѣніи тѣхъ писателей, которые признаютъ за эмбриономъ самостоятельную личность, см. въ отдѣлѣ о юридическихъ лицахъ.

Эти возможные въ будущемъ права подлежатъ уже теперь охраненію, напр., назначеніемъ особаго попечителя, *curator ventris*, пріостановкой открытія наследства наличнымъ наследникамъ и т. д. <sup>8)</sup>.

Способъ отдѣленія ребенка отъ матери, естественный или искусственный (по операціи), безразличен <sup>9)</sup>.

2) Рожденное должно быть *живымъ* существомъ (*partus cum spiritu editus*); мертворожденный ребенокъ не считается

<sup>1)</sup> Ср. *Sintenis. Civilrecht I*, § 13 п. 4.

<sup>2)</sup> L. 26 D. 1, 5.

<sup>3)</sup> L. 9 § 1 D. 35, 2.

<sup>4)</sup> L. 1 D. 25, 4.

<sup>5)</sup> L. 26 D. 1, 5; L. 6; L. 7 D. 38, 16.

<sup>6)</sup> L. 281 D. 50, 16.

<sup>7)</sup> L. 3 D. 5, 4; L. 7 пр. D. 34, 5.

<sup>8)</sup> См. *Pernice. Ant. Labeo Bd. I* p. 198—201.

<sup>9)</sup> L. 12 пр. D. 28, 2 ср. L. 1 § 5 D. 38, 17; L. 141 D. 50, 16.

за лицо<sup>1)</sup>. Въ опредѣленіи признаковъ жизни римскіе юристы расходились во мнѣніи. Одни (прокуліанцы) считали необходимымъ, чтобы родившійся подалъ голосъ (*emissio vocis*); другіе (сабиніанцы) находили достаточнымъ и всякій другой признакъ жизни; Юстиніанъ принялъ послѣднее воззрѣніе<sup>2)</sup>. Какъ долго продолжается жизнь по рожденіи, это безразлично. Достаточно нѣсколькихъ моментовъ доказанной жизни родившагося, чтобы для него установились права и по его лицу опредѣлилась преемственность въ нихъ<sup>3)</sup>. Но одной жизни для того мало. Требуется:

3) чтобы родившійся былъ вполне сформировавшимся, т. е. пробылъ въ утробѣ матери достаточное время для продолженія существованія и внѣ материнской утробы. Иначе родившійся считается за выкидышъ (*abortus, abactus*) и какъ таковой, даже подавши признаки жизни, за лицо не почитается<sup>4)</sup>.

Вопросъ о послѣднемъ признакѣ въ наукѣ весьма споренъ. Въ прежнее время обыкновенно требовали отъ родившагося вообще жизнеспособности (*vitalitas, partus vitalis*, см., напр., *Glück. Erläuter.* II, p. 83; XXVIII, p. 131; *Schwerpe Handb.* § 59, и др.). Позднѣе же общимъ правиломъ стали отвергать этотъ признакъ, говоря, что въ римскомъ правѣ (см. L. 12, § 1 D. 28, 2) требовалось одно лишь проявленіе жизни безъ какихъ либо оговорокъ (*Savigny. System*, II Beilage III, p. 385—413; *Vangerow. Pandekten* I § 32 Anm., и др.). Но въ новѣйшее время весьма убѣдительно доказывается слѣдующее среднее воззрѣніе (см. особенно *Wächter. Commentatio de partu vivo non vitali. Pars V Lipsiae* 1866; *Fitting* въ *Arch. f. civ. Prag.* Bd. L., p. 1—26). Слѣдуетъ различать жизнеспособность, обусловленную только состояніемъ здоровья родившагося, отъ жизнеспособности, обусловливаемой тѣмъ, что родившійся болѣе или менѣе выношенъ (*partus perfectus* L. 12 D. 1, 5; *pleni temporis* Paulus *Res. sent.* 4, 9 § 1). Невыношенный настолько, чтобы продолжать самостоятельно жизнь, хотя бы при рожденіи и подалъ ея признаки, долженъ быть признанъ за выкидышъ и какъ таковой не считается лицомъ (см. противоположеніе *abortus* и *posthumus* въ L. 2 C. 6, 29; § 1, I. 2, 13). Выношенный же, хотя бы и не всѣ 9 мѣсяцевъ, но столько времени, сколько достаточно для продолженія жизни внѣ утробы матери, считается за лицо, если только по рожденіи жилъ нѣсколько моментовъ.

4) Родившійся долженъ имѣть человѣческій образъ (*forma humani generis, humana figura*)<sup>5)</sup>. Но не всякое отклоненіе отъ

<sup>1)</sup> L. 129 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> L. 3 C. 6, 29.

<sup>3)</sup> L. 1, § 1 D. 25, 4; L. 9, § 1 D. 35, 2; L. 161 D. 50, 16.

<sup>4)</sup> L. 2 C. 6, 29.

<sup>5)</sup> L. 3 C. 6, 29; L. 12 § 1 D. 28, 2.



нормальной человѣческой организаціи дѣлало родившагося не-  
 правоспособнымъ; таковое послѣдствіе имѣло только отклоне-  
 ніе отъ существенныхъ признаковъ человѣческаго существа  
 (*monstrum, prodigium*)<sup>1)</sup>. По взгляду римскихъ юристовъ, рѣ-  
 шающимъ признакомъ было нормальное образованіе головы,  
 какъ органическое выраженіе человѣческаго существа<sup>2)</sup>. Всѣ  
 остальные отклоненія отъ обыкновенной человѣческой органи-  
 заціи, какъ напр., сращеніе двухъ людей, ненормальное коли-  
 чество членовъ и т. п. (*ostentum*<sup>3)</sup>, *portentum*), не служили  
 основаніемъ не признавать за, родившимся личности<sup>4)</sup>.

### Конецъ физическаго лица, смерть.

Со смертью прекращается не только физическое, но и юри-  
 дическое существованіе человѣка. Умершій настолько неправо-  
 способенъ, насколько неправо способно еще неродившееся. Смерть  
 лица, какъ юридическій фактъ, опредѣляющій разныя права,  
 должна быть доказана тѣмъ, кто производитъ свои права отъ  
 этого факта. Какихъ либо предположеній смерти римское право  
 не допускало<sup>5)</sup>.

По мнѣнію нѣкоторыхъ прежнихъ писателей, начиная съ глоссаторовъ  
 (см. *Glück. Erläuterung.* 33, p. 288), въ случаяхъ безвѣстнаго отсутствія  
 римское право презумировало смерть съ достиженіемъ отсутствующимъ 100-  
 лѣтняго возраста. Но изъ толкованія приводимыхъ въ подтвержденіе этого  
 мнѣнія источниковъ (L. 2 § 4 D. 29, 3; L. 56 D. 7, 1; L. 68 D. 35, 2) мы  
 не можемъ вывести такого предположенія (см. *Vangerow Pand.* I, p. 68, 69).

И самый моментъ смерти подлежитъ доказыванію со сто-  
 роны того, кто обусловливаетъ свое право чьею либо смертью  
 въ опредѣленное время. Только смерть взятаго въ плѣнъ отно-  
 сится по закону Корнелія къ моменту плѣненія (т. наз.  *fictio  
 legis Corneliae*)<sup>6)</sup>. Поэтому когда права основываются на томъ  
 фактѣ, что изъ нѣсколькихъ умершихъ лицъ одно пережило  
 другое, или одно скончалось при жизни другого—и такой по-

<sup>1)</sup> L. 14 D. 1, 5; Paulus 4, 9, § 3.

<sup>2)</sup> Ср. L. 44 D. 11, 7.

<sup>3)</sup> L. 38, D. 50, 16.

<sup>4)</sup> L. 12 § 1 D. 28, 2; Paulus 4, 9 § 4.

<sup>5)</sup> Ср. новое право у *Brunns. Verschollenheit* въ *Jahrb. des gemeinen Deutsch. Rechtes* Bd. I, n. 5.

<sup>6)</sup> *Ulpian*, 23 § 5; L. 18 D. 49, 15.

слѣдовательности доказать нельзя какимъ либо образомъ, то общимъ правиломъ признается, что никто изъ нихъ не пережилъ другого, не скончался раньше другого <sup>1)</sup>, а слѣдовательно данныя права не могутъ быть осуществлены <sup>2)</sup>. Для одной категоріи случаевъ въ римскомъ правѣ выставлено слѣдующее *praesumptio juris*: если въ общемъ несчастіи (напр., кораблекрушеніи, на войнѣ) погибнуть восходящіе родственники вмѣстѣ съ нисходящими потомками, то предполагается, что несовершеннолѣтнее дитя умерло раньше восходящаго, а совершеннолѣтнее — позже <sup>3)</sup>. Это предположеніе основано на сравненіи силы возможнаго сопротивленія, при извѣстномъ развитіи физическомъ, и относится только къ случаю смерти восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ <sup>4)</sup> въ общемъ несчастіи <sup>5)</sup>. Но это предположеніе не примѣняется въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда оно явно противорѣчитъ волѣ завѣщателя. Такъ, если завѣщатель отказываетъ свое имущество опредѣленному лицу буде его наслѣдникъ умретъ бездѣтнымъ и затѣмъ этотъ послѣдній погибаетъ вмѣстѣ съ своимъ сыномъ, то безъ вниманія къ возрасту этого сына предполагается, что онъ умеръ раньше отца. Основаніе — соблюсти волю завѣщателя <sup>6)</sup>. 2) Въ огражденіе наслѣдственныхъ правъ патрона при смерти вольноотпущеннаго съ сыномъ въ общемъ несчастіи предполагается всегда, что отецъ умеръ послѣднимъ <sup>7)</sup>.

### Правоспособность физическихъ лицъ.

*Status, caput, capitis deminutio.*

*Источники:* Dig. 4, 5 de capite minutis; Inst. 1, 16 de capitis deminutione.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. Rechts B. 2, p. 23—170. Scheurl. Capitis deminutio въ Beiträge zur Bearbeitung d. röm. Rechts. Bd. I 1853, p. 232—268.

Правовое положеніе физическихъ лицъ неодинаковое. Оно обуславливается прежде всего личнымъ состояніемъ человѣка,

<sup>1)</sup> L. 18 pr. D. 34, 5.

<sup>2)</sup> L. 34 D. 36, 1; L. 9 § 3; L. 16 § 1; L. 17 D. 34, 5.

<sup>3)</sup> L. 9 § 4 D. 34, 5.

<sup>4)</sup> См. Vangerow. Pand I, p. 70, 71.

<sup>5)</sup> См. Wächter. Pandekt. I p. 200 art. c.

<sup>6)</sup> L. 17 § 7 D. 36, 1.

<sup>7)</sup> L. 9 § 2 D. 34, 5.

а затѣмъ массой особыхъ юридическихъ предположеній, которыми положительное право даетъ правовое значеніе.

Состояній, *status*, которыя имѣли въ Римѣ правовое значеніе было три, *libertas*, *civitas*, *familia*. Смотря по тому, какое положеніе занимало лицо въ вопросѣ объ его свободѣ, права гражданства, принадлежности къ основной римской агнатной семьѣ, зависѣла та или другая его правоспособность, *caput*. Подъ *caput* разумѣется вся правоспособность человѣка, насколько она является результатомъ различныхъ *status*, въ которыхъ онъ обрѣтается. Самою полною правоспособностью могъ обладать римскій гражданинъ, соединявшій въ себѣ всѣ три *status*, почему подъ *caput* технически разумѣется правоспособность римскаго гражданина <sup>1)</sup>. Съ измѣненіемъ *status* измѣняется и *caput*, что носитъ названіе *capitis deminutio*: *est autem capitis deminutio prioris status permutatio* <sup>2)</sup>. Слово *deminutio* обозначаетъ умаленіе правоспособности, и дѣйствительно обыкновенно измѣненіе *status* влечетъ за собою такое умаленіе, но иногда *caput* остается безъ перемѣны или даже увеличивается. Соответственно тремъ *status*, *capitis deminutio* бываетъ трехъ родовъ <sup>3)</sup>: 1) *capitis deminutio maxima*, 2) *capitis deminutio media* (или *minor*) и 3) *capitis deminutio minima*. Первые два вида нерѣдко носятъ общее названіе *cap. dem. magna*.

1) *Capitis deminutio maxima*.—Свобода есть основаніе всякой правоспособности. Съ потерей *libertas* отпадали вмѣстѣ и *civitas* и *familia*; наступало самое большое умаленіе правоспособности, *maxima capitis deminutio, per quam et civitas, et libertas amittitur* <sup>4)</sup>. Говоря о причинахъ, вызывающихъ потерю свободы, прежде всего слѣдуетъ указать на то положеніе римскаго права, по которому свобода не могла быть потеряна по соглашенію, по давности и т. п. <sup>5)</sup>. Добровольно поступившій въ рабы могъ всегда *ad libertatem proclamare* <sup>6)</sup>. Свобода могла быть потеряна: 1) на время нахождения въ плѣну <sup>7)</sup>. Правовое послѣдствіе плѣна смягчалось римлянами въ двойномъ отноше-

<sup>1)</sup> Ср. *Zrodowski*. Das röm. Privatrecht. B. 1, p. 154—156.

<sup>2)</sup> *Gajus* 1, 159; *Ulpian*. XI, 13.

<sup>3)</sup> *Pr.* § 1—3 J. 1, 16; L. 11 D. 4, 5. *Ulpian*. XI, 11—13; *Gajus* 1, 159—163. *Boeth.* ad. *Cic. Topic.* c. 4 ed *Orelli* P. 1, p. 302.

<sup>4)</sup> *Ulpian*. 11, 11; *Gajus* 1, 160.

<sup>5)</sup> L. 37 D. 40, 12; L. 6, 10, 39 C. 7, 16; L. 9 D. 41, 3.

<sup>6)</sup> L. 7 pr. D. 40, 12; L. 5 C. 7, 16.

<sup>7)</sup> § 5 J. 1, 12; § 4 J. 1, 3.

ніи<sup>1)</sup>: а) возвратившійся изъ плѣна возстановлялся въ своемъ правовомъ положеніи такъ, какъ будто никогда не терялъ свободы, это т. н. *jus postliminii*<sup>2)</sup>; б) въ случаѣ смерти римлянина въ плѣну, по  *fictio legis Corneliae*, онъ въ правовомъ отношеніи разсматривался никогда не состоявшимъ въ плѣну, какъ бы умершимъ въ самый моментъ плѣненія<sup>3)</sup>. 2) Потеря свободы въ наказаніе, а именно: а) за обманъ. Когда свободное лицо, достигшее 20-ти лѣтъ, выдавая себя за раба, допускаетъ себя продать съ тѣмъ, чтобы раздѣлить съ продавцомъ полученную имъ сумму, а затѣмъ доказать свою свободу и такимъ путемъ обмануть покупателя, — то въ наказаніе онъ объявляется дѣйствительнымъ рабомъ покупателя<sup>4)</sup>; б) приговоренный за преступленіе къ смерти или къ пожизненнымъ каторжнымъ работамъ (*ad metallum*) въ моментъ осужденія становился рабомъ, *servus poenae*, а имущество его шло въ казну<sup>5)</sup>; это было рабство *sine domino*<sup>6)</sup>; в) со временъ Клавдія вольноотпущенный, забывшій свои обязательства къ патрону, подлежалъ *revocatio in servitutem*. 3) По *sc. Claudianum* свободная женщина, завѣдомо вступившая въ связь съ чужимъ рабомъ и не оставившая этой связи по троекратному повѣщенію со стороны господина, записывалась въ рабство къ послѣднему<sup>7)</sup>. Юстиніанъ отмѣнилъ такую потерю свободы<sup>8)</sup>.

2) *Capitis deminutio media* (или *minor*) наступаетъ съ потерей правъ гражданства, но съ сохраніемъ свободы (*sola civitate amissa libertas retinetur*)<sup>9)</sup>. Обстоятельства, вызывавшія ее были: 1) изгнаніе въ формѣ *aquae et ignis interdictio*, запрещенія всякаго общенія водой и огнемъ и *deportatio in insulam v. oasim*, принудительнаго поселенія на островѣ или оазисѣ<sup>10)</sup> (слѣдуетъ отличать отъ *relegatio*, изгнанія, оставлявшаго свободу выбора мѣстожителства и не лишавшаго правъ гражданства<sup>11)</sup>), — и 2) выселеніе съ принятіемъ гражданства

<sup>1)</sup> См. *Bechmann*. Das Jus postliminii u. die Lex Cornelia. 1872.

<sup>2)</sup> L. 4 D. 49, 15.

<sup>3)</sup> L. 12 D. 28, 1; L. 18 D. 49, 15.

<sup>4)</sup> L. 1 pr.; L. 3 D. 40, 13; § 4 J. 1, 3.

<sup>5)</sup> L. 17 pr.; L. 29, 36 D. 48, 19; L. 12 D. 49, 14; L. 4 C. 9, 49.

<sup>6)</sup> Dig. de jur. fisc. 1, 12; L. 3 pr. D. 34, 8.

<sup>7)</sup> Paulus II, 21 § 1; § 1 J. 3. 12.

<sup>8)</sup> Cod. VII, 24 de senatus consulto Claudiano tollendo.

<sup>9)</sup> Ulpian. 11, 12; Gajus 1, 161; L. 11 D. 4, 5; § 2 I. 1, 16, L. 6 D. 48, 22.

<sup>10)</sup> Paulus 3. 6, 29; L. 1 § 8 D. 38, 17.

<sup>11)</sup> *Holtzendorff*. Die Deportationsstrafe im röm. Alterthum. 1859.

въ чужомъ государствѣ. Общее послѣдствіе *cap dem. media* то, что лицо, потерявъ права гражданства, вмѣстѣ съ тѣмъ лишалось участія въ институтахъ *juris civilis* и впредь подвергалось дѣйствию *juris gentium*<sup>1)</sup>. Въ частности имущество *deportati* кромѣ того поступало въ казну<sup>2)</sup>, которая по преторскому праву отвѣчала по его долгамъ (*passiva*) въ размѣрѣ *activa*. Принявшій чужое гражданство только подпадалъ впредь дѣйствию *juris gentium*; напр., его собственность изъ квиритарной становится собственностью *ex jure gentium*; то же съ бракомъ.

3) *Capitis deminutio minima* наступаетъ съ измѣненіемъ семейнаго положенія (*mutatio familiae*), при сохраненіи свободы и правъ гражданства (*salva libertate et civitate*<sup>3)</sup>. Вызывалось оно слѣдующими обстоятельствами:

1) Когда *homo sui juris* становился *homo alieni juris*<sup>4)</sup>, какъ-то при усыновленіи (*argrogatio*), узаконеніи (*legitimatio*), поступленіи женщины *sui juris* подъ мужнюю власть (*conventio in manum mariti*), возвращенія подъ отцовскую власть за неблагодарность (*revocatio in patriam potestatem propter ingrati-tudinem*).

2) Когда *homo alieni juris* становится путемъ эманципации *homo sui juris*, какъ-то при *manumissio e manu, e mancipii causa, ex patria potestate*<sup>5)</sup>. Буде освобожденіе отъ отцовской власти произойдетъ не чрезъ *emancipatio*, а, напр., чрезъ занятіе высшихъ государственныхъ должностей или смерть *patriis familias*, то не имѣется *capitis deminutio*; агнатныя связи остаются по прежнему<sup>6)</sup>.

3) Когда *homo alieni juris* вступаетъ въ другую семью<sup>7)</sup>, какъ напр., съ отдачей въ усыновленіе (*datio in adoptionem*), съ продажей въ *mancipium* (*datio in mancipii causam*), съ возвратной продажей (*remancipatio*), съ отдачей дочери подъ мужнюю власть<sup>8)</sup>.

4) Когда лицо, отцовской власти котораго подчинены дру-

<sup>1)</sup> L. 17 § 1 D. 48, 19; § 6. J. 1, 16.

<sup>2)</sup> L. 8 § 1, 2 D. 28, 1.

<sup>3)</sup> Ulpian. 11, 13, Gajus 1, 162; L. 11 D. 4, 5.

<sup>4)</sup> § 3. J. 1, 16; Paulus 3, 6, 29. L. 2 § 2 D. 4, 5.

<sup>5)</sup> § 3. J. 1, 16; Theoph. ad. h. 1; L. 3. § 1. D. 4, 5.

<sup>6)</sup> L. 195. § 2 in fin. D. 50, 16; Nov. 81, c. 2.

<sup>7)</sup> Paulus 3, 6, 29; L. 11 in f. D. 4, 5; L. 10. C. 8, 48.

<sup>8)</sup> Gajus I § 162.

гія лица, перемѣняетъ семью<sup>1)</sup>, то для подчиненныхъ наступаетъ *capit. demin.*, какъ-то для дѣтей *patrisfamilias arrogati*, *legitimati* или *in patria potestate revocati*.

То или другое *status familiae* оказываетъ, какъ уже сказано выше, большое вліяніе на правоспособность лица. Поэтому и *capit. dem. minima* должна отражаться на измѣненіяхъ въ правоспособности потерпѣвшаго такое умаленіе. Такъ, прежде всего *capite minutus* мѣняетъ свою *familiam* на новую, а этимъ разрушаются всѣ его прежнія права, обусловленные агнатствомъ, какъ напр., наследственные права, права на опеку (*legitima agnatorum tutela*). Далѣе, при *arrogatio* и *legitimatio* все положительное имущество *cap. minuti* переходитъ въ собственность *patris familias*. Затѣмъ, *capite minutus* освобождается отъ своихъ долговъ, исключая долговъ отъ правонарушеній. Наконецъ, отношенія по товариществу (*societas*), личные сервитуты (*узупфруктъ*, *узусъ*) прекращаются для *capite minutus*. Въ Юстиніановомъ правѣ многія изъ этихъ послѣдствій смягчены, а другія и вовсе отмѣнены. Такъ, наследственные права, обусловленные агнатствомъ, прекращаются по *cap. dem. minima* только для того, кто принадлежалъ къ семьѣ по усыновленію<sup>2)</sup>, а позднѣе вышелъ изъ семьи по *emanipatio* или по новому усыновленію. Затѣмъ, *arrogator* и усыновитель получалъ только право пользованія имуществомъ *capite minuti*. Касательно долговъ преторскій эдиктъ разрѣшилъ вчинять иски, какъ бы *cap. deminutio* не было вовсе<sup>3)</sup>, и новый *paterfamilias* отвѣчаетъ въ размѣрѣ принесеннаго *capite minuto* активаго имущества. Наконецъ, *capite dem. min.* по Юстиніанову праву уже не вело за собою прекращенія отношеній по товариществу и личныхъ сервитутовъ<sup>4)</sup>.

Всѣ эти послѣдствія *cap. dem. minima* для правоспособности *cap. minuti*, по древнему и новому римскому праву, находятся къ отдѣльнымъ случаямъ въ такомъ отношеніи. Въ указанныхъ примѣрахъ *capitis dem. minimaе*, *status familiae* или вовсе не измѣняется (въ §§ 3 и 4), или если и измѣняется, то вліяніе этого измѣненія на правоспособность самое разнообразное; въ однихъ случаяхъ (§ 1) измѣненіе *status* ведетъ за собою *умаленіе* правоспособности, въ другихъ (§ 2)—правоспо-

<sup>1)</sup> L. 3 pr. D. 4, 5.

<sup>2)</sup> L. 1 § 4 D. 38, 8.

<sup>3)</sup> L. 2 § 1 D. 4, 5.

<sup>4)</sup> L. 16 C. 3, 38.

собность наоборотъ *увеличивается*. Такимъ образомъ, общій для всѣхъ *capitis deminutio minima* признакъ есть только *mutatio familiae*, простая перемѣна въ семейномъ положеніи.

Источники, говоря о *capitis deminutio minima*, обыкновенно указываютъ только на этотъ его признакъ (L. 11 D. 4, 5; L. 7 pr. eod. Ulpian. fragm. XI, 13; § 3 J. 1, 16); поэтому нерѣдко *cap. dem. minima* и опредѣляютъ, какъ простое *mutatio familiae* (*Vangerow. Pand. I, p. 75—78; Wächter. Pand. I, p. 205, и др.*). Но Савиньи (*System II, § 68, p. 65—68*), держась особенно за слово *deminutio* и логической связи между *cap. dem. minima*, съ одной стороны, и *cap. dem. media* и *maxima*, съ другой, полагаетъ, что каждая *capitis deminutio* должна выражаться въ умаленіи, деградации чело­вѣка по отношенію къ его правоспособности. На правоспособность же лица имѣетъ опредѣленное вліяніе *libertas, civitas* и *familia*. *Capitis deminutio* по отноше­нію къ послѣднему пункту будетъ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда *homo sui juris* поступаетъ въ *patria potestas* или *manus*; 2) когда *filius fam.* или жена *in manu* поступаютъ въ *mancipium*, а такъ какъ путемъ поступле­нія въ *mancipium* происходило *emancipatio* и *datio in adoptionem*, то и въ послѣднихъ случаяхъ можно признать *cap. dem. minima*. Выходитъ, что по мнѣнію Савиньи, многіе изъ перечисленныхъ нами случаевъ *caput dem. min.*, вопреки ясному свидѣтельству источниковъ, не должны быть признаны, какъ напр., не будетъ по Савиньи *caput demin. min.* въ случаѣ аррогации для дѣтей аррогированнаго, но см. *Paulus L. 3 pr. D. 4, 5*, не будетъ *cap. dem.* и для дочери подъ отцовской властью, поступающей подъ мужнюю власть, но см. *Gaj. I, 162; IV, 38; Ulp. XI, 13; Cic. Top. c. 4 ср. Gaj. I, 115 а.*, наконецъ, въ юстиніановомъ правѣ *emancipatio* признается за одинъ изъ случаевъ *cap. dem.*, между тѣмъ какъ древняя форма продажи въ *mancipium* уже давно не примѣнялась (§ 3 J. 1, 16). Поэтому другіе писатели (напр., *Scheurl. Beiträge I, p. 235 и слѣд.*), держась взгляда Савиньи на *capitis deminutio*, какъ на деградацию гражданской правоспособности, объясняютъ всѣ приведенные нами случаи *cap. dem. minima* такимъ образомъ: личность была различная, смотря по тому, принадлежало ли лицо къ такой или иной семьѣ; *cap. dem. minima*, по отношенію къ прежней семьѣ, выражалось въ потерѣ, разрушеніи граждан­ской правоспособности. Но этимъ возрѣніемъ упускается изъ виду прямой смыслъ деградации, выраженный въ *cap. dem. media* и особенно *maxima*. Весьма правдоподобно мнѣніе одного новѣйшаго писателя (*Zrodowski. D. römische Privatrecht I, p. 158—161*), что въ Римѣ первоначально было только два рода *capit. dem.*, что сначала правоспособность уменьшалась только чрезъ потерю свободы, затѣмъ правъ гражданства, а, наконецъ, понятіе *cap. deminutionis* стали распространять и на другіе случаи деградации правоспособности, причемъ, отчасти съ самаго начала, отчасти позднѣе, къ нѣкоторымъ случаямъ приложеніе этого выраженія было не совсѣмъ точное.

Приступаемъ теперь къ вопросу о вліяніи отдѣльныхъ *status* на правоспособность.

А) *Status libertatis*. — По отношенію къ этому status, все римское населеніе дѣлилось на 1) свободныхъ, *liberi homines* и 2) рабовъ, *servi*, *mancipia*<sup>1)</sup>.

1) Между свободными слѣдуетъ по правовому положенію различать: а) свободнорожденныхъ, *ingenui*, и б) вольноотпущенныхъ, *liberti*. Наконецъ, въ Римѣ были цѣлые разряды населенія, занимавшіе среднее между свободой и рабствомъ положеніе, какъ-то *statuliberi*, *redempti ab hostibus*, *auctorati*, колонны.

Къ послѣдней же категоріи относятся изъ древнѣйшаго римскаго права т. наз. *nexi*, попавшіе въ долговую кабалу, и *addicti*, присужденные въ кабалу. И тѣ, и другіе не были рабами, но находились въ отношеніяхъ схожихъ съ рабствомъ. См. *Böcking Institut.* § 46 § i.

а) *Свободнорожденными*, *ingenui*<sup>2)</sup>, были лица, рожденные *ex libera matre* и отъ вольноотпущенной<sup>3)</sup>. Къ нимъ причислялись по взгляду, высказанному впервые Марцелломъ, также и тѣ лица, которыя ни при зачатіи, ни рожденіи не были свободны, но которыхъ мать *medio temporis momento* была свободна<sup>4)</sup>. *Ingenui* пользовались всѣмъ объемомъ правоспособности, обусловленной свободой.

б) *Вольноотпущенными*<sup>5)</sup>, *liberti*, *libertini* назывались лица, особымъ актомъ освобожденные изъ рабской зависимости.

*Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt*, *pr. I. 1, 5; Gajus I, § 11; L. 6, D. 1, 5*,

Правовое положеніе вольноотпущенныхъ, по сравненію съ свободнорожденными, выражается въ разныхъ ограниченіяхъ ихъ правоспособности, какъ въ публичномъ, такъ и въ гражданскомъ правѣ. Такъ, *libertus* не имѣлъ *jus honorum* (*et suffragii*).

Позднѣе въ императорскомъ Римѣ не держались строго этого начала.

По закону Юлія Целія Поппея, лица извѣстнаго высшаго класса (сенаторы и ихъ дѣти) не могли вступать въ бракъ съ вольноотпущенной<sup>6)</sup>.

Вольноотпущенные, какъ обязанные своему прежнему го-

<sup>1)</sup> Summa itaque divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi *pr. I. 1, 3; Gajus I § 9*.

<sup>2)</sup> *Ingenui sunt, qui liberi nati sunt. Gajus I § 11.*

<sup>3)</sup> *L. 22 D. 1, 5.*

<sup>4)</sup> *Pr. I. 1, 4.*

<sup>5)</sup> См. *E. Ferrero. Dei Libertini. Torino 1877. Brinz. Die Freigelassenen der Aelia Sentia etc. 1884.*

<sup>6)</sup> *L. 28; L. 44 pr. D. 23, 2; Ulpian. 12, 1.*



сподину существованіемъ въ качествѣ правового субъекта, ставились къ нему и его семьѣ въ извѣстную правовую зависимость<sup>1)</sup>, патронатство (*jus patronatus*), налагавшую на нихъ извѣстныя обязанности при жизни и дававшую извѣстныя права патрону и его дѣтямъ къ ихъ имуществу по смерти<sup>2)</sup>. Черезъ *impetratio juris anulorum libertinus* становился въ положеніе свободнорожденнаго, *ingenius*<sup>3)</sup>, но только въ публичномъ правѣ, права же патрона этимъ не прекращаются<sup>4)</sup>.

Такой вольноотпущенный, по выраженію источниковъ, *vivit quasi ingenius, moritur quasi libertus* (L. 3 pr. D. 38, 2).

Полное уравненіе въ правахъ съ свободнорожденнымъ вольноотпущенный получаетъ предоставленіемъ ему государемъ правъ свободнорожденности (*natalium restitutio*)<sup>5)</sup>.

Такъ думаетъ, напр., Пухта (*Instit.* § 215), но другіе ученые (напр. *Zrodowski. Röm. Privatr.* 1, p. 224, 225) полагаютъ, что и послѣ *natalium restitutio* патронатскія права вполне сами собою не погашаются.

2) Рабы<sup>6)</sup>, *servi* (или просто *homines*). Определеніе Юстиніаномъ рабства, какъ *constitutio, qua quis dominio alieno subicitur*<sup>7)</sup>, неполнѣ правильно, такъ какъ рабство прежде всего есть состояніе, а уже затѣмъ можетъ быть отношеніемъ подчиненія частной волѣ; потому были рабы, которые не имѣли собственника, какъ-то *servi derelicti*, *servi pœnæ*, рабы военнопленнаго и т. д. Рабство есть состояніе, которое отмѣчается полнымъ отсутствіемъ правоспособности, какъ по *jus Romanorum*, такъ и по *jus gentium*. Рабъ лишенъ личности съ точки зрѣнія права: *servi pro nullis habentur*<sup>8)</sup>; *servus—nullum caput habet*<sup>9)</sup>. Онъ, подобно четвероногимъ<sup>10)</sup> или вообще всякой другой безправой вещи, *res*, могъ состоять предметомъ собственности<sup>11)</sup>. Самъ же онъ не могъ имѣть ничего своего<sup>12)</sup>. По этому

<sup>1)</sup> См. *Kuntze. Cursus d. Instit.* § 801—805.

<sup>2)</sup> L. 9. D. 37, 15; L. 7, pr. § 3. D. 38, 1; L. 1 § 5 D. 44, 5.

<sup>3)</sup> L. 6 D. 40, 10.

<sup>4)</sup> *Fragm. Vatic.* § 226.

<sup>5)</sup> L. 2 D. 40, 11 *cp.* Nov. 78, 1.

<sup>6)</sup> См. *Caqueray. De l'Esclavage chez les Romains.* Paris 1864. *Wallon. De l'Esclavage dans l'Antiquité.* Paris 1879.

<sup>7)</sup> § 2 I. 1, 3.

<sup>8)</sup> L. 32 D. 50, 17; L. 3 § 1 D. 4, 5.

<sup>9)</sup> § 4 I. 1, 16 *cp.* L. 4 D. 4, 5.

<sup>10)</sup> L. 2 § 2 D. 9, 2.

<sup>11)</sup> L. 215 D. 50, 16.

<sup>12)</sup> *Gajus* II § 87; § 3 I. 2, 9.

всему, нерѣдко рабство въ правовомъ отношеніи уподобляютъ смерти<sup>1)</sup> и въ положеніи рабовъ не признаютъ никакихъ ступеней (*in servorum conditione nulla est differentia*). Только въ извѣстномъ смыслѣ *servi* роепæ находились въ состояніи болѣе тяжелой несвободы, чѣмъ *servi publici*; затѣмъ могла быть власть одного раба (*servus ordinarius*) надъ другимъ (*servus vicarius*)<sup>2)</sup>.

Но такое безличіе существа, обладающаго сознательною волею, строго послѣдовательно не проводилось уже и въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ<sup>3)</sup>. Позднѣе же въ Римѣ юристы часто высказываются за то, что по *jus naturale* всѣ люди равны<sup>4)</sup>. Въ рабѣ признается человѣкъ; многими законами смягчаются строгія послѣдствія правъ собственности на него, напр., по распоряженію его жизнью; къ рабу примѣняется понятіе брака съ отрицательной стороны въ томъ смыслѣ, что *servilis cognatio* и свойство составляютъ препятствіе къ браку<sup>5)</sup>, и съ положительной—въ томъ смыслѣ, что *contubernium* признается одной изъ формъ т. наз. конкубината<sup>6)</sup> и т. п. Съ другой стороны, за рабомъ въ интересѣ, главнымъ образомъ, самого господина признана была правомъ сознательная воля и дѣеспособность. Такъ, рабъ могъ совершать всякаго рода пріобрѣтенія собственности, требованій и т. п., но только не себѣ, а господину; онъ могъ свободно управлять имуществомъ, принадлежащимъ господину и отданнымъ имъ въ завѣдываніе, т. наз. *peculium servi* (*peculium concessum*). По этому имуществу рабъ могъ обязывать господина. Но и помимо *пекуліума* онъ могъ совершать юридическія дѣйствія въ качествѣ представителя своего господина<sup>7)</sup>. Мало того, рабъ и самъ могъ состоять въ обязательственныхъ отношеніяхъ, которыя или получали полную дѣйствительную силу съ момента пріобрѣтенія рабомъ свободы, или рассматривались какъ естественныя обязательства<sup>8)</sup>. По правонарушеніямъ раба отвѣчалъ господинъ,

<sup>1)</sup> L. 59 § 2 D. 35, 1; L. 209 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 17 D. 15, 1.

<sup>3)</sup> См. *Ihering*. Geist II, p. 173—189. *Schmidt* D. Persönlichkeit der Sklaven n. röm. Recht. 1868; *Permice*. Labeo Bd. I, p. 113.

<sup>4)</sup> § 2 J. 1, 2, § 2 J. 1, 3. См. *мой трудъ*: Античный міръ и христіанство. 1880, стр. 71—73.

<sup>5)</sup> L. 14 § 2, 3 D. 23, 2 ср. *Ulpian*. 12, 3.

<sup>6)</sup> L. 14 § 2, 3. D. 23, 2.

<sup>7)</sup> L. 30 pr. D. 15, 1.

<sup>8)</sup> L. 49 § 2 D. 15, 1; L. 64 D. 12, 6.

который имѣлъ право отклонить отъ себя эту отвѣтственность чрезъ похæ *deditio*. *Servus* же *publicus* могъ даже распоряжаться по завѣщанію половиною прибрѣтеннаго имъ имущества<sup>1)</sup>).

### Средній классъ между свободными и рабами.

1) *Statuliberi*<sup>2)</sup>. Одно изъ среднихъ состояній между рабствомъ и свободой составляетъ т. наз. *statulibertas*.

Въ древнемъ римскомъ правѣ къ *statuliberi* относился между прочимъ классъ лицъ, находившихся *in mancipio*. Это были свободнорожденные члены семьи, продаваемые семейнымъ главаремъ по *mancipatio*. Лицо такое находилось въ отношеніяхъ весьма схожихъ съ дѣйствительнымъ рабствомъ, почему Гай называетъ его *servi loco*<sup>3)</sup>. Его можно было заставить отправлять рабскія работы; все, что онъ прибрѣталъ, шло его господину<sup>4)</sup>; по завѣщанію онъ могъ получить наследство только вмѣстѣ съ отпущеніемъ на волю<sup>5)</sup>; отпущеніе же это совершалось не иначе, какъ съ примѣненіемъ одного изъ трехъ способовъ отпущенія на волю рабовъ<sup>6)</sup>. Но при всемъ томъ, за нимъ оставалось ненарушимо *status libertatis*<sup>7)</sup>, отчего въ отличіе отъ *servus* онъ могъ называться *statuliber*. Институтъ *mancipii causa* въ позднѣйшемъ императорскомъ періодѣ исчезъ<sup>8)</sup>.

Въ юстиніановомъ правѣ подъ *statu liberi* разумѣлись рабы, подъ условіемъ освобожденные завѣщаніемъ на волю<sup>9)</sup>. Освобожденный такимъ образомъ рабъ, до выполненія условія, продолжалъ оставаться въ рабствѣ у наследника завѣщателя<sup>10)</sup>. Поэтому все, имъ прибрѣтаемое, шло его господину; всѣ его сдѣлки обращались въ своихъ послѣдствіяхъ на господина; господинъ могъ его отчуждать, закладывать, отказывать по легатамъ и т. п. Но съ другой стороны, *statuliber* существенно

<sup>1)</sup> Ulpian. 20, 17.

<sup>2)</sup> Dig. 40, 7 de *statuliberis*. *Madai*, Die *Statuliberi* des römischen Rechts, Halle 1834.

<sup>3)</sup> Gajus 1, § 123.

<sup>4)</sup> Gajus 2, § 86.

<sup>5)</sup> Gajus 1, § 123.

<sup>6)</sup> Gajus 1, § 138.

<sup>7)</sup> Gajus 1, § 117, §§ 138—141.

<sup>8)</sup> L. 1 C. 4, 43 ср. L. 2 C. eod.

<sup>9)</sup> L. 1 pr. D. 40, 7; Ulpian. 2 § 1.

<sup>10)</sup> Ulpian. 2 § 2; L. 29 pr. D. 40, 7.

отличался по своему положенію отъ рабовъ тѣмъ, что не могъ быть лишенъ притязанія на свободу никакимъ дѣйствіемъ наследника или третьяго лица<sup>1)</sup>. Въ этомъ смыслѣ о немъ говорятъ, что онъ *conditionem suam secum trahit*<sup>2)</sup>. Такъ, если напр., онъ подаренъ наследникомъ или вообще какимъ либо способомъ отчужденъ, или на него выполнится третьимъ лицомъ давностное владѣніе, то тѣмъ не менѣе, съ наступленіемъ условія, онъ становится немедленно свободнымъ. Если его свобода оспаривается, то онъ могъ вчинить предъ *praetor fideicommissarius libertatis petitio*. *Statuliber* съ наступленіемъ условія его полной свободы, какъ *libertus originis*, не становится ни въ какія патронатскія отношенія къ наследнику.

Съ предыдущей категоріей лицъ большое сходство по общему характеру правового положенія имѣли:

2) *Redempti ab hostibus*. Римлянинъ, выкупленный римляниномъ же изъ вражьяго плѣна, до уплаты отданной за него суммы не возстановлялся *jure postliminii* въ своихъ правахъ<sup>3)</sup>, а подпадалъ въ отношенія извѣстной зависимости (*vinculum*)<sup>4)</sup>, власти (*potestas*)<sup>5)</sup> къ своему освободителю. По эдикту Гонорія и Θεодосія II (409 г.), наибольшій срокъ этой зависимости былъ опредѣленъ въ 5 лѣтъ<sup>6)</sup>. По правовому положенію, выкупленный, до уплаты *pretii*, фактически уподоблялся несвободному лицу<sup>7)</sup>, хотя источники съ другой стороны говорятъ, что *redemptus* не былъ рабомъ<sup>8)</sup>. Несвобода эта не распространялась на его дѣтей и не касалась имущественно-правовой стороны его личности<sup>9)</sup>.

3) *Auctorati*. Подъ этимъ именемъ извѣстны были лица, которыя вступали въ гладіаторскій договоръ съ держателями гладіаторскихъ учрежденій (*lanista*). По этому договору гладіаторъ подчинялъ себя волѣ антрепренера настолько, что рассматривался какъ бы предметъ его собственности<sup>10)</sup>. Въ случаѣ его похищенія, хозяинъ имѣлъ, подобно какъ и по от-

<sup>1)</sup> L. 33 D. 40, 7.

<sup>2)</sup> Ulpian. 2, 3.

<sup>3)</sup> L. 20 § 2 D. 49, 15; L. 8. D. 49, 16.

<sup>4)</sup> L. 43 § 3. D. 30.

<sup>5)</sup> L. 20 § 1. D. 28, 1.

<sup>6)</sup> L. 20 C. 8, 51.

<sup>7)</sup> L. 15. D. 49, 15.

<sup>8)</sup> L. 2. C. 8, 51; L. 20 § 1 D. 28, 1.

<sup>9)</sup> *Kuntze*. Institutionen, § 800.

<sup>10)</sup> *Horatius Satir.* II, 7 v. 58.

ношенію къ своимъ рабамъ, искъ о покражѣ<sup>1)</sup>); подобно какъ раба *lanista* имѣлъ право убить *auctoratum*, застигнутого въ прелюбодѣяннн<sup>2)</sup>). Но несмотря на такое сходство въ положеннн *auctorati* съ рабомъ, первый существенно отличался отъ послѣдняго тѣмъ, что оставался гражданиномъ и зависимость его не распространялась на имущественно-правовыя его отношенія<sup>3)</sup>).

Этотъ разрядъ лицъ исчезаетъ послѣ запрещенія Константиномъ гладіаторскихъ игръ<sup>4)</sup>.

4) *Колоны*<sup>5)</sup> (*coloni*). Въ императорскій періодъ, особенно съ 4-го вѣка<sup>6)</sup>, получаетъ особенное значеніе въ государственной жизни Рима классъ населенія, упоминаемый въ источникахъ подъ различными названіями: *coloni*, *rustici*, *originarii*, *adscriptitii*, *inquilini*, *tributarii*, *censiti* и т. д. Первое изъ этихъ названій принято въ наукѣ, какъ техническое, для обозначенія этого класса.

Колоны были земледѣльцы, прикрѣпленные къ чужому земельному участку, обязанные уплачивать за пользованіе собственнику подать и находящіеся отъ него въ извѣстной зависимости личной и имущественной.

Колоны по гражданской правоспособности занимаютъ мѣсто среднее между свободными и рабами, причемъ ближе подходятъ къ послѣднимъ, чѣмъ къ первымъ. На послѣднее указываетъ то, что въ колоны обращались извѣстные лица (нищіе, способные къ работѣ) въ наказаніе. Затѣмъ, источники называютъ колоновъ нерѣдко *servi terrae*<sup>7)</sup>, противопоставляютъ имъ, подобно рабамъ, *liberi*. Господинъ имѣлъ право наказывать колона и отыскивать бѣжавшаго колона, подобно бѣжавшему рабу (*secundum exemplum servi fugitivi*). Колонъ не могъ подавать на господина жалобы, исключая если тотъ произвольно возвышалъ подать (*superexactio*)<sup>8)</sup> или когда колонъ имѣлъ на-

<sup>1)</sup> Gajus 3, 199.

<sup>2)</sup> Coll. leg. Mosaic. et Rom. 4, 3, § 2.

<sup>3)</sup> Zrodowski Röm. Privatr. I, p. 218, 219.

<sup>4)</sup> L. un. C. 11, 43.

<sup>5)</sup> См. Savigny. Ueber den römischen Colonat въ Vermischt. Schriften. B. 2, p. 1—67. Подбертукъ. Исслѣдованія въ области національной экономіи классической древности. Вып. 1 Адскриптиціи, инквилины и колоны. Пер. Ярославль. 1880. Heisterbergk. Die Entstehung des Colonats. 1876.

<sup>6)</sup> Boullier. Civilisat. en Italie. 2 éd. I, p. 79—82.

<sup>7)</sup> L. 1 C. 11, 51.

<sup>8)</sup> L. 2 C. 11, 50 ср. L. 5 C. 11, 47.

мѣреніе обвинить господина въ преступленіи<sup>1)</sup>. Господинъ колона назывался его *patronus*. Онъ могъ отчуждить колона другому лицу, но только не иначе, какъ съ тѣмъ поземельнымъ участкомъ, на которомъ колонъ сидѣлъ<sup>2)</sup>. Въ противномъ случаѣ продажа была ничтожна; продавецъ могъ требовать колона себѣ назадъ и покупатель терялъ уплаченныя деньги. Никто не имѣлъ права удерживать на своей землѣ чужого колона<sup>3)</sup>. Но съ другой стороны, господину запрещалось отчуждать землю, удерживая за собою колоновъ<sup>4)</sup>. Отъ этой связи съ землей названіе колоновъ—приписанные, прикрѣпленные къ землѣ, *glebae adscripti, glebae adhaerentes*.

Разсматривая колонатъ съ имущественной стороны, видимъ прежде всего, что за колономъ не признавалось ни права собственности, ни какого-либо иного вещнаго права на участокъ, на которомъ онъ сидѣлъ. Съ юридической стороны, все его отношеніе къ участку выражалось въ обязанности платить за пользованіе собственнику ежегодную подать (*сanon, annuae functiones, reditus*) плодами, а по соглашенію—и деньгами. Отсюда названія колоновъ: *tributarii, censiti, censibus obnoxii* и т. п. Затѣмъ всѣмъ остальнымъ имуществомъ колонъ, подобно рабу, владѣлъ только на правахъ *пекуліума*, такъ какъ по общему выраженію источниковъ, все, пріобрѣтаемое колономъ, составляло собственность его господина<sup>5)</sup>.

Таково сближеніе колона по гражданской правоспособности съ рабомъ. Но съ другой стороны, колонъ всегда считался за свободное лицо и въ этомъ качествѣ онъ имѣлъ *jus connubii* и *commercii*. На самомъ дѣлѣ онъ имѣлъ даже и собственность, такъ какъ пріобрѣтеннаго имъ имущества онъ не могъ быть лишенъ господиномъ; только запрещалось отчужденіе этого имущества безъ согласія господина<sup>6)</sup> въ виду того, что послѣдній отвѣчалъ передъ казною по взносу поземельной подати, которую набиралъ съ поголовнаго канона колоновъ. Нѣкоторые же разряды колоновъ (по давности и отъ брака колона съ свободной) имѣли вполнѣ свободное имущество<sup>7)</sup>. По послѣднему въ наукѣ различаютъ болѣе строгій и менѣе строгій колонатъ.

<sup>1)</sup> L. 2 C. 11, 49.

<sup>2)</sup> L. 15 C. 11, 47.

<sup>3)</sup> L. 23, § 2 C. 11, 47.

<sup>4)</sup> L. 2 C. Th. 11, 3; L. 2 C. 11, 47.

<sup>5)</sup> L. 2 C. 11, 49.

<sup>6)</sup> L. 23 C. 11, 47; L. 1 C. Th. 5, 11.

<sup>7)</sup> Nov. 162, c. 2.

Б) *Status civitatis*.— По отношенію къ этому status, населеніе римскаго государства дѣлится на 1) гражданъ, *cives*, и 2) не гражданъ, *peregrini*. Среднее положеніе между тѣми и другими занимають 3) латиняне (*latini*) и т. наз. *dediticiorum numero, constituti*.

1) Римское гражданство, *civitas Romana*, просто *civitas, jus Quiritium*<sup>1)</sup>, *jure privato* предоставляло способность состоять субъектомъ семейныхъ и имущественныхъ правъ, возможныхъ по *jus civile: jus connubii, jus commercii*.

Ulpian. 5, 3: *connubium est uxoris jure ducendae facultas*, т. е. способность вступать въ бракъ со всѣми послѣдствіями строгаго римскаго брака (*Voigt. Jus naturale II, p. 76*).

Ulpian. 19, 5: *Commercium est emendi vendendique invicem jus*, т. е. способность вступать въ имущественный оборотъ съ полными правовыми послѣдствіями по *jus civile*. Къ *commercium* относится и т. наз. *testamentifactio*, т. е. способность принимать участіе активное и пассивное въ составленіи послѣдней воли (*Müller. Instit. § 184*).

2) *Peregrini* не имѣли доступа ко всѣмъ правоотношеніямъ чисто римскимъ, т. е. не имѣли *jus connubii* и *jus commercii*, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда имъ особымъ разрѣшеніемъ были предоставлены эти права безъ возведенія ихъ въ граждане<sup>2)</sup>. Во всѣхъ другихъ случаяхъ перекрины были способны ко всѣмъ актамъ *juris gentium*, какъ напр., куплѣ-продажѣ, найму и другимъ договорамъ.

Особымъ положеніемъ въ гражданскомъ правѣ отмѣчались 1) *Latini* и 2) *Dediticiorum numero constituti*.

1) *Nomen Latinum, Latinitas*<sup>3)</sup>. Между латинами по гражданской правоспособности различаются два класса: а) *Latini coloniarum* и б) *Latini Juniani*.

а) *Latini coloniarum* не имѣли *jus connubii*, если только специально оно не было имъ предоставлено<sup>4)</sup>. Поэтому же они не знали римской отцовской власти и агнатнаго родства. Но подобно гражданамъ, эти латины имѣли *jus commercii*<sup>5)</sup>, т. е. способны были имѣть квинитарную собственность и совершать всѣ

<sup>1)</sup> О значеніи этихъ выраженій см. у *Danz. Lehrbuch d. Geschichte d. röm. Rechts. 2 Aufl. Th. 1 1871, § 23*.

<sup>2)</sup> Ulpian. 5, 4; 19, 4.

<sup>3)</sup> См. *Savigny. Entstehung u. Fortbildung der Latinität in Vermischte Schrift. I, p. 14—28*.

Ulpian. 5, § 4.

<sup>5)</sup> Ulpian. 19, § 4.

акты, къ ней относящіеся: vindicatio, cessio in jure, mancipatio или nexum. Равнымъ образомъ они имѣли и полную testamentifactio<sup>1)</sup>, т. е. право совершать завѣщаніе въ римской формѣ, быть назначенными наслѣдниками въ римскомъ завѣщаніи и состоять свидѣтелями при его совершеніи.

б) *Latini Juniani*<sup>2)</sup>. Если отпускаемый на волю рабъ находился на правахъ in bonis, или и на правахъ dominii Quiritarii, но отпущеніе выражалось не въ одной изъ торжественныхъ формъ, предписанныхъ закономъ<sup>3)</sup>, то онъ, какъ говорилось, domini voluntate in libertate morabatur, имѣлъ formam s. possessionem libertatis<sup>4)</sup>. Съ закона Юнія Норбана (lex Junia Norbana 19 р. Chr. N.), это состояніе свободы приобрѣло правовой характеръ подъ именемъ latini Juniani. Правоспособность въ гражданскомъ правѣ этихъ латинъ выражалась въ томъ, что, съ одной стороны, они были свободны отъ рабскихъ обязанностей<sup>5)</sup>, имѣли всѣ имущественныя права, но съ другой стороны, они не имѣли jus capiendi ex testamento, не могли составлять завѣщаній, быть назначенными опекунами; все имъ принадлежавшее по смерти поступало по закону jure quodammodo peculii ихъ патрону; поэтому про нихъ говорилось, что они vivunt ut liberi, moriuntur ut servi<sup>6)</sup>.

2) *Dediticiorum numero constituti*<sup>7)</sup>. Народы, покоренные съ оружіемъ въ рукахъ (peregrini dediticii), были вовсе изъяты изъ дѣйствія juris civilis. Они могли состоять въ правоотношеніяхъ только по jus gentium и родному праву, насколько послѣднее было признано римлянами<sup>8)</sup>. Lex Aelia Sentia распространило такое правовое положеніе на клейменныхъ и вообще за тяжкія преступленія наказанныхъ рабовъ, когда они достигаютъ отпущеніемъ на волю свободы. Dediticiorum numero constituti имѣли pessimam libertatem<sup>9)</sup>.

Указанныя различія по правоспособности въ юстиніановомъ

<sup>1)</sup> Ulpian. 11, § 16; 20, § 8, Cicer. pro Caecina, c. 35.

<sup>2)</sup> Vangerow. Ueber die Latini Juniani. Marburg 1833. Cantarelli. I latini Juniani въ Archivio giuridico, v. XXIX, fasc. 1 e. 2 Pisa. 1882.

<sup>3)</sup> § 1 I. 1, 5.

<sup>4)</sup> Gaj. 3, 56; L. 28 D. 40. 12; Ulp. 1, 10.

<sup>5)</sup> Fr. Dosith. § 4.

<sup>6)</sup> Gaj. 1, 22—24; fr. Dosith. § 6.

<sup>7)</sup> Brinz. Die Freigelassenen d. Lex Aelia S. u. d. Berliner Fragm. v. d. Dediticiern 1884.

<sup>8)</sup> Puchta. Instit. § 217 Anm. f.

<sup>9)</sup> Gajus I, 14, 26.



правъ исчезли<sup>1)</sup>). По юстинианову опредѣленію, всѣ свободные поселенцы римскаго государства были гражданами, *cives*. Рабы, не отпущенные на волю съ соблюденіемъ предписанныхъ закономъ формальностей, не были уже латинянами, но оставались по прежнему въ рабствѣ<sup>2)</sup>).

В) *Status familiae*<sup>3)</sup>. Гражданская правоспособность чело-вѣка въ Римѣ обуславливалась не только *status libertatis* и *civitatis*, но и *status familiae*, т. е. тѣмъ или другимъ его положеніемъ къ римскому семейному началу. Отъ этого *status* зависитъ право основывать личныя и имущественныя отноше-нія съ силою *juris civilis*.—Всѣ граждане по этому *status* дѣ-лятся на два класса: *homines sui juris* и 2) *homines alieni juris*<sup>4)</sup>).

1) *Homines sui juris* были лица неподчиненныя чьей либо чужой семейной власти. Лица, составлявшія и представлявшія сами собою собственную семью, именовались *patres familias* (или *matres familias*<sup>5)</sup>). Какъ *patres fam.*, имъ были подчинены: жена, состоящая *in manu*, дѣти — *in patria potestate*, рабы — въ *dominica potestas* и свободныя лица, состоящія въ услуженіи подобномъ рабству, *mancipium*. Это не значитъ, чтобы они необходимо имѣли подчиненную себѣ семью, были окружены за-висимыми семейными членами; требовалось только, чтобы они сами не были подчинены семейной власти. Не имѣеть при этомъ значеніи и возрастъ.

*Paterfamilias appellatur, quamvis filium non habeat... et pupillum patrem familias appellamus* L. 195. § 2 D. 50, 16; L. 196 pr. *ibid.*

*Paterfamilias*, какъ таковой, имѣлъ полную правоспособ-ность гражданскую, *jus connubii* и *jus commercii*.

2) *Homines alieni juris*, т. е. лица, подчиненныя чужой семейной власти. Такія лица (*filii*—и *filiae familias*, а также *ne-ropotes* — и *neropotes familias* и т. д.<sup>6)</sup>) могли основывать свою соб-ственную семью, но пока они подчинены сами, семья ихъ по-

<sup>1)</sup> c. un. C. de dediticia libertate tollenda VII, 5 отъ 530 г. c. un. C. de latina libertate tollenda, et per certos modos in civitatem romanam transfusa VII, 6 отъ 531 г.

<sup>2)</sup> § 3 I. 1, 5; L. 3 C. 6, 4.

<sup>3)</sup> См. Alph. Boistel. Le droit dans la famille. Paris 1864.

<sup>4)</sup> Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri subjectae pr. I. de iis, qui sui vel alieni juris sunt 1, 8; Dig. 1, 6; Gajus 1, § 48.

<sup>5)</sup> L. 4 D. 1, 6.

<sup>6)</sup> L. 4 D. 1, 6.

давлена авторитетомъ семейной власти, зависима отъ нея и поэтому, съ отпаденіемъ власти бывшаго домовладыки, она тотчасъ проявляется къ самостоятельной жизни.

*Quum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere* L. 195 § 2 D. 50, 16.

Правовое положеніе семейно зависимыхъ гражданъ до императорскихъ временъ было одинаковое съ положеніемъ рабовъ, которые, какъ подчиненные *dominica potestas*, относились также къ разряду *personae alieni juris*<sup>1)</sup>. Съ императорскаго періода наступаютъ измѣненія; *filius fam.* въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ является даже вполне самостоятельнымъ лицомъ въ гражданско-правовой сферѣ. Такъ, по т. наз. *peculium castrense* и *quasi castrense* онъ разсматривался, какъ *paterfamilias*<sup>2)</sup>. Онъ могъ имъ свободно распоряжаться даже на случай смерти. О другихъ правахъ семейно-подчиненныхъ членовъ см. въ отдѣлѣ семейнаго права.

## Особья юридическія условія, предположенія правоспособности физическаго лица.

Кромѣ общаго вліянія, которое оказываетъ *status* на правоспособность физическихъ лицъ, положительное римское право, при опредѣленіи объема правоспособности, беретъ во вниманіе еще слѣдующія предположенія:

### 1) Полъ (*sexus*).

*Пособія: Ed. Laboulaye. Recherches sur la condition civile et politique des femmes. Paris 1843, p. 1—76; — Paul Gide. Étude sur la condition privée de la femme. Paris 1867, p. 95—185.*

Общимъ началомъ положеніе обоихъ половъ въ гражданскомъ правѣ временъ Юстиніана было одинаковое, такъ что норма, гласящая въ мужескомъ родѣ, одинаково относится и къ женщинамъ<sup>3)</sup>. Другое дѣло въ публичномъ правѣ. Тутъ дѣйствовало правило, что женщины устранены отъ всѣхъ пу-

<sup>1)</sup> Pr. § 1 I. 1, 8.

<sup>2)</sup> *Quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familias fungantur* (L. 2 D. 14, 6; L. 6, § 13 D. 28, 3.).

<sup>3)</sup> L. 1; L. 195 pr. D. 50, 16; L. 45 pr. D. 31 (2).

бличныхъ должностей<sup>1)</sup>. Въ связи съ этимъ онѣ не могли быть опекунами (исключая матери и бабки), торжественными свидѣтелями<sup>2)</sup> и представителями другихъ на судѣ<sup>3)</sup>. Но и по положенію въ гражданскомъ правѣ въ частности женщины во многомъ отличались отъ мужчинъ. Съ одной стороны, онѣ были значительно стѣснены и ограничены<sup>4)</sup>, а съ другой стороны, онѣ пользовались нѣкоторыми преимуществами (*beneficia*).

Такъ для женщинъ мѣстожителство и компетентность суда опредѣлялись по лицу мужа. Затѣмъ, онѣ не имѣли *patriam potestatem*, поэтому же не могли усыновлять. Наконецъ, онѣ обыкновенно не распоряжались свободно брачнымъ имуществомъ.

Въ классическомъ правѣ правоспособность женщинъ ограничивалась во многихъ другихъ случаяхъ, чему слѣды сохранились въ Юстин. сводахъ. Такъ, онѣ находились или подъ мужней властью (*manus*), или подъ пожизненной опекой (*tutela perpetua* Liv. 34. 2. Gaj. 1, 144. См. *Азаревичъ*. Опека и попечительство, стр. 133 и слѣд.). По закону же Воконія (*lex Voconia* 169 а. Ch. N. См. *Savigny*. Ueber die Lex Voconia въ *Vermischte Schrift*. I, p. 407—446. *Giraud*. Diss. sur la loi Voconia въ *Mémoires de l'Acad. de Sc. mor. et pol.*, t. 1 p. 559), женщина не могла быть назначена наслѣдницей тѣми, кого имущество оцѣнивалось во 100 тысячъ сестерцій (Gaj. II, 274; Cic. in *Verr. Act.* II, L. 1, c. 41), а *Voconiana ratio* отняло отъ нея право наслѣдовать по закону отъ своихъ агнатовъ иначе какъ въ качествѣ сестры (Paulus *Sent.* 4, 8 § 22; Gajus III, 29). Были нѣкоторыя и другія ограниченія женщинъ въ наслѣдственномъ правѣ. Объ этомъ будетъ рѣчь въ своемъ мѣстѣ.

Главнѣйшія преимущества женщинъ выражались въ томъ, что по *Act. Vellejanum* (46 г.), онѣ не могли обязываться за другихъ<sup>5)</sup>; такъ, онѣ не отвѣчали по поручительству за чужіе долги, не могли и принимать на себя чужихъ долговъ<sup>6)</sup>; въ извѣстныхъ случаяхъ имѣ извинялось невѣдѣніе закона (*error juris*); *lege Julia de fundo dotali* ея приданное охранялось отъ расточенія и отчужденія, и т. д.

Положительное право знаетъ только два пола: мужской и женскій. Двуполые (*heremphroditae*) въ правовомъ положеніи относились къ тому полу, признаки котораго у нихъ преобладали<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 2 pr. D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 18 D. 22, 5; L. 20, § 6 D. 28, 1.

<sup>3)</sup> L. 1, § 5 D. 3, 1; Valer. Max. 8, 3, 2; L. 2 D. 50, 17.

<sup>4)</sup> L. 9 D. I, 5.

<sup>5)</sup> Dig. ad senatusconsultum Vellejanum 16, 1.

<sup>6)</sup> L. 4 C. 4, 29; L. 8 § 1, 14 D. 16, 1.

<sup>7)</sup> L. 10 D. 1, 5; L. 15 § 1 D. 22, 5; L. 6 § 2 D. 28, 2.

## 2) Возрастъ (aetas).

*Пособія: Savigny. System III, p. 81—82, § 105—111;— Pernice. M. A. Labeo Bd. I, Halle 1873, p. 206—233;—Д. Азаревичъ. О различіи между опекой и попечительствомъ по римскому праву. Спб. 1872, стр. 33 и слѣд.*

Тотъ или другой возрастъ человѣка по общему правилу обусловливаетъ степень сознательнаго и самостоятельнаго отношенія къ окружающей жизни. Поэтому всегда положительное право обставляло различные возрасты правовыми послѣдствіями. Развитие отдѣльныхъ лицъ наступаетъ не въ одно и то же время; поэтому по справедливости слѣдовало бы опредѣлять, для юридическихъ послѣдствій, въ каждомъ случаѣ развитие лица. Но практическіе интересы и обеспеченность оборота требуютъ общихъ, точно отграниченныхъ возрастовъ. И вотъ, римское право подраздѣляло жизнь человѣка на нѣсколько возрастовъ, устанавливая общіе для нихъ признаки, и каждому изъ нихъ отводило особое правовое положеніе.

Въ позднѣйшемъ правѣ имп. Юстиніана принята была слѣдующая система возрастовъ съ ихъ признаками<sup>1)</sup>.

Вся жизнь человѣческая подраздѣляется на: 1) несовершеннолѣтіе (*impubertas*) и 2) совершеннолѣтіе (*pubertas*). Признакомъ, разграничивающимъ эти возрасты, принимали сначала способность къ дѣтороженію (*puberes* отъ *pubes*, *viripotens* и т. п.), что и констатировалось тѣлеснымъ осмотромъ<sup>2)</sup>; императоръ же Юстиніанъ, ставъ на сторону школы прокулианцевъ, опредѣлилъ общій законный срокъ совершеннолѣтія съ 14 лѣтъ для мужчинъ и съ 12-ти для женщинъ<sup>3)</sup>.

1) Несовершеннолѣтіе (*impuberes, pupilli*) по общему началу разсматривались въ правовой жизни вполне недѣеспособными и если они были *sui juris*, то къ нимъ назначались опекуны. *Impuberes* признавались неспособными совершить какой либо юридическій актъ съ дѣйствительной силой. По значенію ихъ юридической дѣятельности они нерѣдко сопоставля-

<sup>1)</sup> До Юстиніана различные римскіе писатели и юристы принимали различные другія системы возрастовъ. См. *Азаревичъ cit.* стр. 39 и прим. 1.

<sup>2)</sup> *Isid. orig.* 11, 2; *Ulpian.* 11, 28; *Gajus* 1, § 196.

<sup>3)</sup> *L. 3 C.* 5, 60; *pr. I.* 1, 22. См. *Flach.* *Etude historique sur la durée et les effets de la minorité.* Paris. 1870 p. 3—9.

ются въ источникахъ съ безумными <sup>1)</sup>, считаются неспособными къ пониманію *actum rei* <sup>2)</sup> безъ своихъ опекуновъ <sup>3)</sup>. Съ императорскихъ временъ въ возрастѣ несовершеннолѣтія юристы начинаютъ дѣлать подраздѣленія. Такъ, отличаются а) дѣтство, *infantia* отъ б) *infantia maiores*, возраста несовершеннолѣтнихъ, вышедшихъ изъ дѣтства. Первый возрастъ продолжался до 7 лѣтъ, второй—отъ семи до 12 или 14 лѣтъ. Различіе въ правовомъ положеніи этихъ возрастовъ выражалось въ томъ <sup>4)</sup>, что *infantes*, т. е. *qui fieri non possunt*, не признанные правомъ способными имѣть какую либо волю (*nullum intellectum habent* <sup>5)</sup>) и выражать ее въ словахъ, не могли принимать какого либо участія въ совершеніи юридическихъ актовъ <sup>6)</sup>; тогда какъ *impueres infantia maiores* могли принимать сами участіе въ совершеніи этихъ актовъ, хотя только при участіи опекуна <sup>7)</sup>, который этимъ своимъ участіемъ и придавалъ дѣйствительность актамъ, за исключеніемъ вступленія въ бракъ и составленія завѣщанія; этихъ актовъ *impueres* совершать не могли вовсе. Но по общему правилу всѣ юридическіе акты несовершеннолѣтнихъ не имѣли въ гражданскомъ правѣ никакихъ послѣдствій. Исключенія изъ этого правила не составляютъ тѣ случаи, когда и *infans* могъ приобрѣтать владѣніе даже безъ участія опекуна <sup>8)</sup>, такъ какъ тутъ признается только фактъ обогащенія, а не юридическій актъ <sup>9)</sup>.

Кромѣ этого подраздѣленія, всѣ *infantia maiores* дѣлились въ позднѣйшемъ правѣ на *infantiae proximi* и *pubertate proximi* <sup>10)</sup>. Дѣленіе это основывалось, по мнѣнію нѣкоторыхъ, на сравнительной степени умственного развитія; по мнѣнію же другихъ, возрастъ *infantia maiorum* дѣлился по поламъ ( $10\frac{1}{2}$  и  $9\frac{1}{2}$ ), и недостижшіе этой грани считались *inf. proximi*, а перешедшіе ее—*pubertati proximi*. Правовое значеніе этого дѣленія выражалось только въ томъ, что *pubertati proximi* были

<sup>1)</sup> § 10 I. 3, 19; L. 3 § 3, 4; L. 7 § 1 D. 15, 1; L. 9 D. 29, 2; L. 1, § 3. D. 41, 2; L. 46 D. 44, 7; L. 25 D. 46, 1; L. 68; L. 95, § 7 D. 46, 3.

<sup>2)</sup> L. 5 D. 50, 17, см. также L. 1 § 13 D. 44, 7; L. 6 D. 46, 6; L. 209 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 22, 6.

<sup>4)</sup> См. *Азаревичъ* cit. стр. 44, 45.

<sup>5)</sup> *Gajus* 3 § 109.

<sup>6)</sup> L. 18 пр. C. 6, 30.

<sup>7)</sup> L. 1, § 2 D. 26, 7; L. 5 D. 50, 17; L. 18, § 4 C. 6, 30.

<sup>8)</sup> L. 3 C. 7, 32 ср. L. 32, § 2 D. 41, 2.

<sup>9)</sup> См. *Азаревичъ* cit. стр. 40—43.

<sup>10)</sup> § 10 I. 3, 19.

отвѣтственны за недозволенные дѣйствія, были *doli capaces*<sup>1)</sup>, а *inf. proximi* (подобно *infantes*)—нѣтъ<sup>2)</sup>.

2) Совершеннолѣтніе (*puberes*, зрѣлые). Въ древности мужчины съ выходомъ изъ несовершеннолѣтія (выражался этотъ выходъ въ принятіи т. н. *toga virilis*) становились вполне дѣеспособными; могли вступать въ бракъ, совершать юридическіе акты *inter vivos* и *mortis causa*, быть свидѣтелями (*V testes cives Romani puberes*), судьями и т. д. На женщинъ не распространялись эти послѣдствія выхода изъ несовершеннолѣтія, такъ какъ онѣ долго оставались подъ пожизненной опекой (*perpetua tutela*). Но съ усложненіемъ жизненныхъ отношеній и распаденіемъ родового быта стала выясняться необходимость ограждать слишкомъ молодыхъ и потому неопытныхъ *puberes sui juris* отъ убыточныхъ проявленій ихъ дѣеспособности. Впервые *lex Plaetoria*<sup>3)</sup> отъ половины 6-го вѣка и. с. стала ограждать *minores* отъ обмана (*circumscriptio*) уголовными исками, денежнымъ штрафомъ и безчестіемъ<sup>4)</sup>; противъ же иска обманщика минору предоставлено было право на возраженія<sup>5)</sup>. Эти послѣдствія закона могли быть устранены тѣмъ, что въ каждомъ случаѣ сдѣлки минора привлекался къ участию въ совершеніи ея такъ называемый кураторъ, попечитель<sup>6)</sup>. Позднѣе мало по малу всѣхъ лицъ, не достигшихъ 25-ти лѣтъ и не находящихся подъ отцовскою властью, ограничи въ дѣеспособности и подвергли особаго вида опекѣ, *cura* (попечительство<sup>7)</sup>). Такимъ образомъ, въ юстиніановомъ правѣ *puberes* подраздѣлялись на а) *puberes minores* (*viginti quinque annis*) и б) *puberes maiores* (*vig. quinq. annis*).

а) *Puberes minores*. Въ правѣ они находились въ такомъ же положеніи, какъ и *infantia maiores*<sup>8)</sup>. Специально лицамъ этого возраста преторъ предоставилъ право на такъ называемый *in integrum restitutio*<sup>9)</sup>; имъ же извинялось незнаніе пра-

<sup>1)</sup> § 18 I. 4, 1; L. 13 § 1 D. 4, 4; L. 14 D. 29, 5; L. 4 § 26 D. 44, 4; L. 111 pr. D. 50, 17. См. *Pernice* cit. p. 216.

<sup>2)</sup> См. *Flach* cit. p. 11 u. n. 3.

<sup>3)</sup> См. *Sarigny*. Von dem Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht. u. insbesondere von der Lex Plaetoria въ *Vermischt. Schrift. II*, p. 321 и слѣд.

<sup>4)</sup> Cic. de offic. 3. 15; de nat. deor. 3, 20.

<sup>5)</sup> L. 7 § 1 D. 44, 1.

<sup>6)</sup> Capitolum. in Marc. c. 10.

<sup>7)</sup> L. 1 § 2, 3 D. 4, 4.

<sup>8)</sup> См. *Азаревичъ*. Опека и попечит., стр. 100 и слѣд. *Baron*. Pandekt. § 21.

<sup>9)</sup> L. 1 D. 4, 4.

ва<sup>1)</sup>). Передъ *infantia maiores* миноры имѣли только то преимущество, что признавались способными совершать завѣщанія<sup>2)</sup> и давать клятвенное обѣщаніе, приносить т. наз. *iuramentum promissorium*<sup>3)</sup>. Кромѣ того, какъ физически развитые, они могли вступать въ бракъ<sup>4)</sup>.

Съ 20 лѣтъ мужчины и съ 18-ти женщины могли просить государя, чтобы ихъ объявили рескриптомъ въ полномъ совершеннолѣтіи (*veniam aetatis impetrare*<sup>5)</sup>). Но и при такомъ объявленіи, на отчужденіе недвижимостей требуется согласіе высшаго опекунскаго учрежденія<sup>6)</sup>, а кромѣ того всякій юридич. актъ, выставлющій условіемъ достиженіе полного совершеннолѣтія, всегда обязываетъ выжидать 25 лѣтъ<sup>7)</sup>.

Для нѣкоторыхъ актовъ берется во вниманіе еще возрастъ 18 лѣтъ для юношей и 14-ти для дѣвушекъ (т. н. *plena pubertas*), напр., для отказовъ алиментовъ<sup>8)</sup>, для усыновленія<sup>9)</sup>.

б) *Puberes maiores*, т. е. перешедшіе возрастъ 25 лѣтъ (*legitima aetas*<sup>10)</sup>), были уже вполне дѣеспособны; къ нимъ вполне примѣнялись всѣ положенія права. Съ болѣе поздними годами, старостью (*senectus*), римское право соединяло нѣкоторыя правовыя послѣдствія<sup>11)</sup>. Такъ напр., *agnatio* разрѣшалось по правилу только 60-ти лѣтнему<sup>12)</sup>; 70 лѣтъ освобождали отъ опеки и вообще *tutela publica*<sup>13)</sup>; и т. д.

### 3) Тѣлесное и душевное здоровье (*valetudo*).

*Пособія: Savigny. System Bd. 3, § 112. Pernice. Ant. Labeo I, p. 233—240.*

Уклоненіе отъ нормальныхъ органическихъ отправленияхъ, т. е. болѣзнь въ обширномъ смыслѣ слова, можетъ оказывать

<sup>1)</sup> L. 9 pr. D. 22, 6.

<sup>2)</sup> L. 5 pr.; L. 19 D. 28, 1; L. 2, 4 D. 28, 6.

<sup>3)</sup> L. 4 D. 23, 2.

<sup>4)</sup> pr. I. 1. 10; L. 24 C. 5, 4; L. 4 D. 23, 2.

<sup>5)</sup> Tit. Cod. 2, 45 qui veniam aetatis impetraverunt.

<sup>6)</sup> L. 3. C. 2, 45.

<sup>7)</sup> L. 4. C. 2, 45.

<sup>8)</sup> L. 14 § 1 D. 34. 1.

<sup>9)</sup> L. 40 § 1 D. 1, 7; § 4 I. 1, 11.

<sup>10)</sup> L. 5 C. 6. 53.

<sup>11)</sup> *Thibaut. Ueber die Senectus* въ *Arch. für civ. Prax.* Bd. VIII, p. 74 и слѣд.

<sup>12)</sup> L. 15 § 2 D. 1, 7.

<sup>13)</sup> L. 2 § 3 D. 50, 5; L. 3 D. 50, 6.

вліяніе на дѣеспособность субъекта. Болѣзнь можетъ быть тѣлесная или душевная.

1) *Болѣзнь тѣлесная* вообще не оказываетъ вліянія на правовое положеніе лица. Но иногда право находить необходимымъ считаться съ болѣзью. Болѣзнь можетъ состоять прежде всего въ неправильномъ образованіи или въ недостаткахъ органовъ, т. наз. *vitium*, опредѣляемый нашими источниками, какъ *perpetuum corporis impedimentum*<sup>1)</sup>. Къ больнымъ этого рода относятся слѣпые (*caeci*), глухіе (*surdi*), нѣмые (*muti*), а также лишенные мужской половой силы, *spadones*<sup>2)</sup>, между которыми слѣдуетъ отличать *castrati*, съ безсиліемъ видимымъ, и *spadones* въ тѣсномъ смыслѣ, съ безсиліемъ скрытымъ<sup>3)</sup>. Кроме того, болѣзнь можетъ состоять въ нарушеніи правильной дѣятельности органовъ, *morbis* въ тѣсномъ смыслѣ<sup>4)</sup>; сюда относятся и упомянутая неспособность къ дѣтороженію, *spadones*. — Вліяніе тѣлесной болѣзни на дѣеспособность различно. Такъ, нѣмые и глухіе не могли совершать ни одного правового акта, для котораго требуется говорить и слушать<sup>5)</sup>; *castrati* (но не *spadones*<sup>6)</sup> не могли вступать въ бракъ<sup>7)</sup> и усыновлять<sup>8)</sup>; послѣднее по той причинѣ, что *adoptio naturam imitatur*<sup>9)</sup>. Просто безсиліе давало право отказаться отъ дѣтей, зачатыхъ женщиной во время безсилія<sup>10)</sup>. *Morbis*, мѣшающій совершить юридическій актъ и этой помѣхой причиняющій значительный вредъ, давалъ основаніе къ извиненію въ пропускѣ срока. Такой *morbis* назывался *sonticus*<sup>11)</sup>. Наконецъ, многія *vitia* и болѣзнь (*personae debiles*) давали право отказываться отъ опеки, муниципальных должностей, а также просить судью назначить для управленія имуществомъ попечителей<sup>12)</sup>, которые однако не ограничивали юридической дѣеспособности подопечныхъ.

<sup>1)</sup> L. 101, § 2 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> L. 128 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> § 9 I. 1, 11 Theoph. Thlibiae et thlasiae L. 128 D. 50, 16.

<sup>4)</sup> L. 101, § 2 D. 50, 16.

<sup>5)</sup> § 6 I. 2, 10.

<sup>6)</sup> L. 2 § 1; L. 40 § 2 D. 1. 7.

<sup>7)</sup> L. 39 § 1 D. 23, 3.

<sup>8)</sup> § 9 I. 1, 11.

<sup>9)</sup> § 4 I. 1, 11.

<sup>10)</sup> L. 6 in f. D. 1, 6.

<sup>11)</sup> Gell. 20, 1; L. 46 D. 5, 1; L. 65 § 1 D. 21. 1; L. 60 D. 42, 1; L. 113 D. 50, 16.

<sup>12)</sup> § 4 I. 1. 23; L. 45 § 2 D. 27, 1; L. 19 § 1; L. 20 D. 42, 5.



2) *Болѣзнь душевная*, насколько она имѣетъ значеніе въ правѣ, состоитъ или въ умопомѣшательствѣ, или въ слабоуміи. Кромѣ того, положенія о душевно больныхъ распространяются на расточителей, на которыхъ право съ духовной стороны смотрѣло какъ на людей, не вполне владѣющихъ разумомъ. Между безумными, *mente capti*, источники различаютъ, по внѣшнему проявленію болѣзни, *furiosi*, бѣшеныхъ, и *dementes*, вообще лишенныхъ разума<sup>1)</sup>, хотя юридически это различіе въ юстиніановомъ правѣ уже не имѣетъ никакого значенія<sup>2)</sup>. Безумные, какъ не имѣющіе сознательной воли (*furiosi nulla voluntas est*), вполне недѣеспособны<sup>3)</sup>. Они не могли ни пріобрѣтать по сдѣлкамъ, ни обязываться по нимъ, ни отвѣчать по правонарушеніямъ<sup>4)</sup>. Но съ возстановленіемъ разума, хотя бы только и временномъ (свѣтлые промежутки, *dilucida intervalla*, *intermissus furor*), возстанавливается и дѣеспособность<sup>5)</sup>. Поэтому же на оборотъ только временное потемнѣніе разума (*delirium tremens*, аффектъ и т. п.<sup>6)</sup> ставитъ по дѣеспособности въ положеніе равное безумію. Съ безумными же уподобляются и лица въ высшей степени слабоумныя (*fatui*), т. е. обладающія весьма неполнымъ разсудкомъ. Просто же ограниченные люди (*stulti, simplices*), простоватые (*rustici*<sup>7)</sup> имѣютъ полную дѣеспособность, хотя иногда и могутъ быть приняты мѣры къ огражденію ихъ отъ эксплуатаціи другихъ. Безумные и слабоумные находятся всегда подъ опекой (*cura furiosi*<sup>8)</sup>.

Такая же опека назначается и надъ расточителемъ (*prodigus*<sup>9)</sup>, т. е. лицомъ, которое судебнымъ декретомъ объявляется расточителемъ и потому подлежитъ опекѣ (*prodigus civiliter talis, cui bonis interdictum est; cui bonorum suorum administratio interdicta est*<sup>10)</sup>). Въ этомъ состоитъ сближеніе расточителей съ безумными. Подъ расточительностью разумѣется легкомысленная растрата имущества, угрожающая обѣднѣніемъ<sup>11)</sup>; притомъ; такая растрата

<sup>1)</sup> L. 25 C. 5, 4; § 8 I. 3, 19; L. 7 § 1; D. 27, 10.

<sup>2)</sup> Ср. *Pernice*. Labeo 1 p. 234, 235 и н. 5.

<sup>3)</sup> § 8 I. 3, 19.

<sup>4)</sup> L. 5 § 2 D. 9, 2; L. 3 § 11 D. 29, 5; L. 3 § 1 D. 47, 10.

<sup>5)</sup> L. 2 C. 4, 38; L. 9 C. 6, 22.

<sup>6)</sup> *Wächter*. Pandekt. I, p. 229, 230.

<sup>7)</sup> L. 6 § 19 D. 27, 1.

<sup>8)</sup> Dig. de curatoribus furioso... dandis 27, 10; L. 27, 10; L. 2. D. 3, 1; L. 21 D. 42, 5.

<sup>9)</sup> L. 1 pr. in medio D. 27, 10; L. 19 § 1 D. 42, 5.

<sup>10)</sup> § 2 I. 2, 12; § 3 I. 2 23; Paulus R. S. 3, 4 a, 7; L. 1 D. 27, 10.

<sup>11)</sup> Paulus R. S. III 4 a § 7; L. 12 § 5 D. 26, 5.

должна быть выраженіемъ постоянной склонности лица. На расточителей смотрѣли, какъ на душевно больныхъ <sup>1)</sup> и первоначально ставили ихъ въ одно положеніе съ *furiosi* <sup>2)</sup>. Позднѣе правоспособность объявленныхъ расточителями была такая: <sup>3)</sup> въ силу опеки они не могли управлять своимъ имуществомъ, ничего отчуждать, ни принимать самостоятельно на себя обязательствъ <sup>4)</sup>. Кроме того, расточитель не могъ совершать актовъ послѣдней воли и даже быть свидѣтелемъ при завѣщаніяхъ другихъ <sup>5)</sup>. Но съ другой стороны, какъ лицо волеспособное, расточитель былъ *doī* *sarax* и поэтому отвѣчалъ за правонарушенія, могъ пріобрѣтать по правовымъ сдѣлкамъ, равно какъ и обязываться, но только съ согласія попечителя <sup>6)</sup>.

Основаніе странному запрещенію расточителю составлять завѣщаніе объясняется Ульпіаномъ тѣмъ, что ему запрещенъ былъ свободный гражданскій оборотъ имуществомъ *et ob id familiam mancipare non potest* (Ulpian. 20, 13).

#### 4) Родство (*cognatio*).

*Источники*: Dig, XXXVIII, 10 de gradibus et affinibus et nominibus eorum; Inst. III, 6 de gradibus cognatorum.

*Пособія*: *Glück* Erläut. XXIII, § 1208—1216.

Слѣдуетъ различать родство естественное, по крови (*naturalis cognatio* или просто *cognatio*), отъ родства юридическаго (*civilis cognatio*), по усыновленію <sup>7)</sup>.

I. Родство естественное есть связь между двумя лицами, которыя происходятъ одно отъ другого, или оба отъ третьяго <sup>8)</sup>. Оно основывается на общности крови, вытекающей изъ половой связи родителей <sup>9)</sup>. Кровное родство оказываетъ различное вліяніе на правоспособность, смотря по тому, имѣетъ ли оно въ своей основѣ бракъ или другую половую связь; законные и незаконные родственники (*justi vel legitimi liberi* и *non justi vel illegitimi liberi*).

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 2, 7, 10; L. 12 § 2 in. f. D. 26, 5.

<sup>2)</sup> L. 40 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> См. *Ubbelohde*. Die Handlungsrahigkeit des Prodigus въ *Zeitschr. f. d. Privat-u. öffentl. Recht d. Gegenwart* Bd. 4, p. 672. *Delaporte*. De la condition du prodigue dans le droit romain etc. 1881.

<sup>4)</sup> L. 6. D. 45, 1; L. 10. pr. D, 27, 10.

<sup>5)</sup> § 2 I. 2, 12; § 6 I. 2, 10; L. 18 pr. D. 28, 1.

<sup>6)</sup> L. 6 D. 45, 1; I. 3 D. 46, 2; L. 9 § 7 D. 12, 1.

<sup>7)</sup> L. 4 § 2 D. 38, 10

<sup>8)</sup> L. 4 § 1 D. 38, 10.

<sup>9)</sup> L. 1 § 10 D. 38, 16 ср. L. 1 § 1 D. 38, 8.

Брачная связь (*matrimonium justum s. legitimum, justae nuptiae*) имѣла своимъ послѣдствіемъ отцовскую власть надъ происшедшими отъ нея дѣтьми, а прежде могла устанавливать и власть мужа надъ женой (*manus*). Такимъ образомъ, законныя дѣти имѣютъ не только *matrem certam*, но и *patrem certum*. По законной презумпціи, послѣднимъ считается мужъ ихъ матери: *pater est, quem nuptiae demonstrant*<sup>1)</sup>. Противъ этого предположенія допускается, конечно, возраженіе<sup>2)</sup>. Такъ напр., если мужъ докажетъ, что въ періодъ зачатія былъ въ отсутствіи или импотентнымъ, то родившійся считается незаконнымъ. Но недостаточнымъ считалось доказать, что жена во время зачатія находилась въ связи съ постороннимъ мужчиной<sup>3)</sup>. Съ другой стороны, если дѣти хотятъ доказать непризнающему ихъ отцу свое рожденіе отъ него (внѣ брака), то достаточно доказательства, что онъ имѣлъ связь съ ихъ матерью во время зачатія; собственное же показаніе матери, что ребенокъ не отъ мужа, не берется во вниманіе<sup>4)</sup>. Общее предположеніе о рожденіи въ бракѣ или внѣ его, въ случаѣ спора, было установлено въ римскомъ правѣ такое: родившійся въ 182 дня (на седьмой мѣсяцъ) по вступленіи въ бракъ<sup>5)</sup> или 300 дней (10 мѣсяцевъ) по его расторженіи<sup>6)</sup> считается родившимся отъ мужа. Кровное законное родство опредѣляетъ массу правъ, особенно по наследству.

Между *liberi illegitimi* слѣдуетъ различать слѣдующія категоріи:

*Liberi naturales* отъ постоянной связи мужчины и женщины, но безъ *affectio maritalis*, т. наз. конкубинатъ<sup>7)</sup>.

*Adulterini* отъ связи мужчины съ замужней женщиной (т. наз. *adulterium*<sup>8)</sup>).

*Incestuosi* отъ связи между родственниками и свойственниками въ прямой линіи (т. наз. *incestus jure gentium*) или отъ связи въ запрещенныхъ степеняхъ бокового родства (*incestus jure civili*<sup>9)</sup>).

<sup>1)</sup> L. 5 D. 2, 4.

<sup>2)</sup> L. 6 D. 1, 6.

<sup>3)</sup> L. 11 § 9 D. 48, 5.

<sup>4)</sup> L. 29 § 1 D. 22, 3.

<sup>5)</sup> L. 12 D. 1, 5.

<sup>6)</sup> L. 3 § 11, 12 D. 38, 16.

<sup>7)</sup> Cod. 5, 27 de naturalibus liberis etc.; Dig. 25, 7 de concubinis.

<sup>8)</sup> Dig. 48, 5 de adulteriis coercendis.

<sup>9)</sup> Ulpian. 5, 7.

Дѣти отъ временной связи мужчины съ свободной незамужней женщиной, напр., съ *meretrix* (т. наз. *stuprum*), *spurii*<sup>1)</sup>, *vulgo concepti*<sup>2)</sup>, *vulgo quaesiti*<sup>3)</sup>, хотя эти наименованія примѣняются и для двухъ предыдущихъ классовъ.

Всѣ незаконныя дѣти имѣютъ только *matrem certam*; только по отношенію къ ней и ея семьи пользуются выгодами родства<sup>4)</sup>. Отца же они въ глазахъ закона не имѣютъ<sup>5)</sup> даже по его собственному признанію; они — *sui juris* и слѣдуютъ состоянію матери. Нѣсколько лучше положеніе *liberi naturales*: они имѣютъ право на алименты со стороны отца, они могутъ быть имъ узаконяемы<sup>6)</sup> и, наконецъ, по юстин. праву<sup>7)</sup>, имъ предоставленъ извѣстный размѣръ наследственнаго права по закону въ случаѣ не имѣется у наследователя законной супруги и нисходящихъ.

Между родственниками естественными различаются слѣдующія категоріи:

а) Родственники по прямой линіи, *linea directa*, и родственники по боковой линіи, *linea transversa, obliqua*<sup>8)</sup>. Родственники, происходящіе одинъ отъ другого непосредственно или чрезъ посредствующее лицо, образуютъ прямую линію. Въ прямой линіи различаютъ восходящихъ родственниковъ (*ascendentes*), линію восходящую (*linea superior*) и родственниковъ нисходящихъ (*descendentes*), линію нисходящую (*linea inferior*) — смотря по тому, обращено ли вниманіе на родителей или на потомство лица. Родственники, происходящіе отъ одного родителя, какъ общаго корня (*stipes communis*), образуютъ боковую линію. Въ боковой линіи различаютъ родство двойное, *germani* (*consanguinei bilaterales sc. ex utroque parte conjuncti*), когда оба родителя общи, — и полуродство, *consanguinei*, единокровные, когда отецъ общій, и *uterini*, единоутробные, когда мать общая. Въ древнемъ римскомъ правѣ *germani* и *consanguinei* имѣли надъ *uterini* то преимущество, что были агнатами. Въ юстиніановомъ правѣ *germani* имѣютъ преимущество надъ *consanguinei* и *uterini* въ наследованіи по закону. — Между нѣкото-

1) L. 4 D. 38, 8.

2) L. 5 D. 2, 4.

3) § 7 I. 3, 3; § 3 I. 3, 4; L. 2, 8 D. 2, 4.

4) D. 6. C. 5, 5; Nov. 89 c. 15. См. *Sintenis. Civilrecht* B. 3 § 138 Anm. 40

5) *Spurii sine patre sunt*, § 12 I. 1, 10; *Gajus* 1 § 64.

6) § 13 I. 1. 10.

7) *Nov. 89 cap. 12 § 4, 6 cap. 13.*

8) L. 1 pr. § 1 D. 38, 10.

рыми боковыми родственниками состоятъ такъ наз. *respectus parentelae*, а именно отношеніе почтенія, съ особыми правовыми послѣдствіями, между нисходящимъ и боковыми его восходящими (братьями или сестрами его восходящаго<sup>1)</sup>).

б) Родство простое (*simplex*) и сложное (*multiplex*). Последнее имѣется въ случаяхъ сплетенія различныхъ родственныхъ линій въ силу брака между родственниками, напр., родство между дѣтьми отъ брака двухъ братьевъ на двухъ сестрахъ<sup>2)</sup>).

Кровное родство можетъ быть болѣе близкое и болѣе отдаленное. Общая мѣра близости родства, какъ прямого, такъ и бокового, есть *gradus*, степень. Степень родства опредѣляется числомъ рожденій, которыя раздѣляютъ двухъ родственниковъ<sup>3)</sup>, *tot sunt gradus, quot sunt generationes*. Въ боковой линіи счетъ рожденій дѣлаютъ такъ, что соединяютъ двѣ серіи рожденій, раздѣляющихъ каждаго родственника отъ общаго ихъ корня. Такой счетъ степеней называютъ въ наукѣ *computatio civilis*, въ отличіе отъ т. назыв. *computatio canonica*, то есть счета степеней, выработаннаго каноническимъ правомъ западной церкви<sup>4)</sup>);

Такимъ образомъ, по римскому праву отецъ и дочь будутъ находиться въ первой степени родства, дѣдъ и внучка—во второй, братья и сестры—во второй степени боковаго родства,—племянникъ и тетка—въ третьей, двоюродные братья—въ четвертой и т. д. Далѣе шестой степени обыкновенно не считаютъ, обозначая всѣхъ остальныхъ родственниковъ общимъ именемъ восходящихъ, *maiores*, и нисходящихъ, *posteriores*. Въ боковой линіи въ иныхъ случаяхъ еще отличаютъ седьмую степень, *sobrino sobrinae natus*. Счетъ степеней родства имѣетъ большое значеніе при наслѣдованіи, при установленіи опеки<sup>5)</sup> и вступленіи въ бракъ<sup>6)</sup>).

II. Родство юридическое, искусственное, *legitima, civilis cognatio*. Въ юстиніановомъ правѣ подъ нимъ разумѣлось только родство (по усыновленію<sup>7)</sup>). Оно уподоблялось естественному

<sup>1)</sup> § 5 I. 1, 10.

<sup>2)</sup> См. примѣры сложнаго родства у *Kuntze*. *Cursus d. Instit.* § 392 и p. 293 или *Гудсмитъ*. *Пандекты I*, p. 59. 60;

<sup>3)</sup> L. 10. §§ 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 D. 38, 10; § 7 I. 3, 6; *semper generata persona gradum adjicit*.

<sup>4)</sup> См. *Glück* cit. § 1210, p. 177 и слѣд.

<sup>5)</sup> L. 10 pr. D. 38, 10.

<sup>6)</sup> Напр., см. L. 17 § 2 D. 23, 2.

<sup>7)</sup> I. de adopt. 1, 11; Dig. 1, 7; Cod. 8, 48.

родству<sup>1)</sup>, но отличалось отъ послѣдняго тѣмъ, что по усыновленію родственная связь устанавливалась только между усыновленнымъ и усыновителемъ и его агнатами. Между же усыновленнымъ и кровными родственниками, когнатами, усыновителя родства не признавалось<sup>2)</sup>.

Въ древнемъ правѣ юридическое родство обнимало еще особый кругъ агнатогум (въ отличіе отъ кровныхъ родныхъ, cognati), т. е. всѣхъ лицъ, соединенныхъ отцовскою (и мужнею) властью, patria potestas (§ 1 I. 1, 15; § 1, 2 I. 3, 2 manus). Агнатное родство основывалось на единствѣ семьи. Отецъ со всѣми подчиненными лицами образуетъ familiam въ тѣсномъ смыслѣ (proprio jure L. 195 § 2 D. 50, 16); по смерти patrisfamilias всѣ бывшіе filii fam. вмѣстѣ съ послѣ рожденными (posthumi) образуютъ семью въ обширномъ смыслѣ слова (familia communi jure, familia agnatorum L. 195, § 2 D. 50, 16). Агнатное родство можетъ быть связано съ когнатнымъ (напр., дѣти, рожденные въ законномъ бракѣ), но можетъ таковой связи и не быть (напр., agnatio между arrogatus и arrogans, а съ другой стороны только cognatio между отцомъ и эманципированнымъ сыномъ L. 10 § 4 D. 38, 10; L. 1 § 4 D. 38, 8). Въ древнемъ римскомъ правѣ одно естественное родство не имѣло никакого юридическаго значенія. Но постепенно законами позднѣйшей республики, преторскимъ эдиктомъ и императорскими постановленіями cognati получили всѣ тѣ права, которыя до того имѣли agnati. Agnatio само по себѣ потеряло почти всякое значеніе (см. Nov. 118).

Правовыя послѣдствія естественнаго и юридическаго родства сказываются особенно въ отдѣлахъ семейнаго и наследственнаго правъ, но также въ обязательствахъ и процессѣ. Родство опредѣляетъ наследованіе по закону, законную опеку (tutela legitima), устанавливаетъ обязанность доставлять средства къ содержанію (alimenta), служитъ препятствіемъ къ браку, даетъ право на т. наз. beneficium competentiae и освобождаетъ отъ показаній въ судѣ<sup>3)</sup>.

Отъ родства слѣдуетъ отличать связь, извѣстную подъ названіемъ:

*Свойства, affinitas.* — Подъ свойствомъ разумѣется связь между супругомъ и родственниками другого супруга; affines sunt viri et uxoris cognati<sup>4)</sup>. Свойство вытекаетъ изъ брака<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> § 4 I, 1, 11.

<sup>2)</sup> L. 23 D. 1, 7.

<sup>3)</sup> Подробнѣе объ этихъ послѣдствіяхъ родства будетъ сказано въ соотвѣтствующихъ отдѣлахъ системы.

<sup>4)</sup> L. 4 § 3 D. 38, 10.

<sup>5)</sup> Theophilus ad Inst. 1, 10 § 6.

Эта связь предполагаетъ: 1) наличность дѣйствительнаго брака<sup>1)</sup> и прекращается вмѣстѣ съ прекращеніемъ брака<sup>2)</sup>; 2) она касается супруга и родственниковъ другого супруга<sup>3)</sup>, а не супруговъ другъ къ другу<sup>4)</sup>, такъ какъ супружескія отношенія были отношеніями sui generis, отличными отъ родства и свойства. Нѣтъ свойства между родственниками обоихъ супруговъ<sup>5)</sup>, ни между супругомъ и родственниками другого супруга<sup>6)</sup>. Съ прекращеніемъ родства къ одному изъ супруговъ прекращается свойство другого супруга<sup>7)</sup>. Свойство по общему началу не имѣло степеней: gradus autem afinitati nulli sunt<sup>8)</sup>, но по аналогіи отъ родства и на свойство былъ распространень юристами счетъ степеней; степень свойства опредѣлялась степенью родства къ другому супругу<sup>9)</sup>.

Свойство имѣло въ извѣстныхъ случаяхъ опредѣленные юридическія послѣдствія. Такъ, оно устанавливало обязанность давать содержаніе (alimenta<sup>10)</sup>), служило препятствіемъ ко вступленію въ бракъ<sup>11)</sup>, освобождало отъ свидѣтельствованія въ судѣ<sup>12)</sup>.

Наконецъ, остается упомянуть еще о

*Cognatio spiritualis*. Въ христіанскій періодъ получаетъ правовое значеніе и т. наз. духовное родство, т. е. родство по воспринятію отъ купѣли. Родство это, по постановленію Юстиніана, служило препятствіемъ ко вступленію въ бракъ между данными лицами<sup>13)</sup>.

### 5) Гражданская честь.

*Источники*: Dig. 3, 2 de his, qui notantur infamia; Cod. II, 12 ex quibus causis infamia irrogatur; Cod. X, 57 de infamibus.

*Пособія*: *Marezoll*. Ueber die bürgerl. Ehre, ihre gänz-

<sup>1)</sup> L. 4 § 8 D. 38, 10.

<sup>2)</sup> Cic. pro Cluentio, 67.

<sup>3)</sup> L. 4 § 3 D. 38, 10.

<sup>4)</sup> Arg. L. 4 § 3 D. 38, 10.

<sup>5)</sup> Arg. § 8 I. 1, 10.

<sup>6)</sup> Arg. L. 4 § 3 D. 38, 10.

<sup>7)</sup> L. 4 § 11 D. 38, 10.

<sup>8)</sup> L. 4 § 5 D. 38, 10.

<sup>9)</sup> L. 10 pr. D. 38, 10. Fragm. Vatic. § 216. 217.

<sup>10)</sup> Arg. L. 8 D. 25, 3.

<sup>11)</sup> § 6 I. 1, 10; L. 4 § 7 D. 38, 10; L. 5 C. 5, 5.

<sup>12)</sup> L. 4 D. 22, 5; Mos. et Rom. leg. Coll. 9, 3 § 2.

<sup>13)</sup> L. 26 C. 5, 4. Позднѣйшіе византійскіе законы объ этомъ см. у *Zhishmann*. D. Ehrerecht d. oriental. Kirche. Wien 1864.

liche Entziehung u. theilweise Schmälerung 1824. *Herp.* De la note d'infamie en dr. rom. 1862.

*Определение.*—Подъ гражданскою (или внѣшнею) честью разумѣется признаніе и уваженіе со стороны согражданъ въ данномъ лицѣ его личности. Внутренняя основа такого отношенія къ лицу заключается въ соотвѣтствіи его хотѣній и дѣяній съ его обязанностями. Въ силу особенностей римскаго соціального строя, римляне знали только одну честь, а именно честь гражданина, какъ такового. Поэтому *civitas* была основой чести, *existimationis*<sup>1)</sup>. Перегрины, какъ несограждане, не имѣли чести. Не имѣли чести и рабы, такъ какъ не признавались за лица.

Честь представляетъ лицу извѣстное достоинство, которое не должно быть оскорбляемо. Отсюда легальное опредѣленіе чести: *existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*<sup>2)</sup>, т. е. гражданская честь есть состояніе, въ которомъ гражданинъ пользуется вполне тѣмъ достоинствомъ, которое за нимъ признается законами и обычаями и только по закону это достоинство можетъ подлежать уничтоженію или умаленію. Насколько признаніе достоинства покоится исключительно на сознаніи другихъ (т. наз. общественное мнѣніе), законъ не имѣетъ надъ нимъ власти. Но законъ можетъ:

А) ограждать честь отъ внѣшнихъ покушеній на нее или

Б) соединять съ извѣстными поступками лишеніе или умаленіе чести.

А) Государство должно ограждать честь лица отъ всякихъ противоправныхъ покушеній, какъ клевета и т. п., а также отъ всякихъ дѣйствій, которыми выражается положительное неуваженіе къ данному лицу. Дальнѣйшее относится къ уголовному праву.

Б) Законъ можетъ лишить лицо вполне, или отчасти, гражданской чести и тѣмъ вліять на правовое его положеніе.

а) Законъ можетъ объявить, что въ извѣстныхъ случаяхъ конкретное лицо вполне лишено всякой чести, *безчестно*. Это значитъ, что въ такомъ-то не слѣдуетъ болѣе уважать личности; онъ признается вполне безправнымъ. Потеря чести (*exis-*

<sup>1)</sup> *Zrodowski* Röm. Privatr. 1, p. 251.

<sup>2)</sup> L. 5 § 1 D. 50, 13.



timatio consumitur) наступаетъ при каждой caritis deminutio maxima, а также и при car. dem. media, которая была результатомъ преступленія<sup>1)</sup>.

б) Римское положительное право соединяло съ извѣстными дѣйствіями, какъ ихъ послѣдствіе, умаленіе чести (existimatio minuitur), называемое *infamia*<sup>2)</sup>, ignominia. Infamia наступала или въ силу судебного приговора (notatur, qui damnatus est) и называется тогда *infamia mediata*, или же она соединялась непосредственно съ извѣстными дѣяніями и тогда называется *infamia immediata* (notatur, qui fecerit<sup>3)</sup>).

I. Infamia mediata наступила при слѣдующихъ судебныхъ приговорахъ<sup>4)</sup>:

1) Осужденіе въ *judicium publicum*, т. е. за преступленія, разслѣдованіе по которымъ установлено комиціальнымъ закономъ при Суллѣ, Помпеемъ, Цезаремъ, Октавіаномъ (т. наз. *leges iudiciorum publicorum*<sup>5)</sup>). Если преступленіе было государственная измѣна, то *infamia* распространялась и на сыновей измѣнника<sup>6)</sup>.

2) Осужденіе по нѣкоторымъ *delicta extraordinaria*, т. е. *delicta*, которыя разслѣдовались какъ *crimen extraordinarium*, напр., *sepulchri violatio*<sup>7)</sup>.

3) Осужденіе по нѣкоторымъ *delicta privata*, а именно *furtum*, *rapina*, *injuria*, *dolus*<sup>8)</sup>.

4) Осужденіе по одному изъ т. наз. *contractus famosi*: *mandatum*, *societas*, *depositum*, *tutela*; а прежде и по *fiducia*<sup>9)</sup>. Если отвѣтчикъ по даннымъ сдѣлкамъ не являлся самъ въ судъ, а посылалъ представителя (*procurator*), то его не постигала *infamia* въ случаѣ присужденія, такъ какъ послѣднее было на имя представителя. Конечно, и прокураторъ не подлежалъ безчестію<sup>10)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 5 § 3 D. 50, 13.

<sup>2)</sup> L. 1 D. 3, 2. ср. Tab. Heracl. Vat. fragm. § 320, 321.

<sup>3)</sup> Главнѣйшіе случаи *infamiae* перечислены въ преторскомъ эдиктѣ L. 1 D. 3, 1; другіе разбросаны въ различныхъ мѣстахъ *corporis*, см. *Arnolds Pand.* § 31 Anm. 1.

<sup>4)</sup> См. *Vangerow. Pand.* I p. 86—88.

<sup>5)</sup> L. 1; L. 7 D. 48, 1; L. 56 D. 17, 2.

<sup>6)</sup> L. 5 § 1 C. 9, 8.

<sup>7)</sup> L. 1 D. 47, 12.

<sup>8)</sup> L. 1; L. 4 § 5 D. 3, 2; L. 7 D. 48, 1. См. *Maresoll cit.* p. 134—136.

<sup>9)</sup> Cic. pr. Roscio Com. 6; pro Roscio Amer. 38, 39; pro Caeccina 2; Gajus § 182; § 2 I 4, 16; L. 6, § 5. L. 7. D. 3, 2. См. *Savigny cit.* p. 176—179.

<sup>10)</sup> L. 6 § 2 D. 3, 2.

5) *Infamia* налагалась на опекуна, устраненнаго какъ *suspectus* отъ опеки <sup>1)</sup>).

II. *Infamia immeditia*. Болѣе частое и важное примѣненіе этого безчестія происходило въ слѣдующихъ случаяхъ: при

1) позорной отставкѣ солдата (*qui ab exercitu ignominiae causa dimissus erit* <sup>2)</sup>).

2) предосудительныхъ промыслахъ, какъ-то: актеровъ и бойцовъ со звѣрями <sup>3)</sup>);

3) безнравственныхъ промыслахъ: содержателей публичныхъ домовъ (*qui lenocinium fecerint*), публичныхъ женщинъ (*qui corpore quaestum fecerint*), мужчинъ, *qui corpore suo muliebria passi sunt* <sup>4)</sup>);

4) нарушеніи нѣкоторыхъ брачныхъ законовъ, какъ-то: досрочный выходъ замужъ, бигамія, двойное обрученіе, бракъ опекуна или его сына съ опекаемой до сдачи отчета по опекѣ, накрытіе жены въ оскверненіи супружескаго ложа <sup>5)</sup>);

5) массѣ другихъ различныхъ случаевъ: ростовщичества, нарушенія скрѣпленнаго клятвою соглашенія, преступленія по должности судей, адвокатовъ <sup>6)</sup>. И т. д.

Нормально *infamia* продолжается до смерти обезчещеннаго <sup>7)</sup>); она не прекращается ни истеченіемъ срока наказанія, ни простымъ помилованіемъ. Снимается она въ каждомъ случаѣ или отмѣной обезчестившаго судебного приговора <sup>8)</sup> или особымъ спеціальнымъ актомъ предоставленія отъ государя чести, т. наз. *famae restitutio* <sup>9)</sup>).

*Вліяніе infamiae на правоспособность*. *Infamia* первоначально имѣла вліяніе, быть можетъ, исключительно на публичныя права. *Famosus* терялъ публичныя права гражданина (*jus honorum et suffragii* <sup>10)</sup>). Затѣмъ по преторскому эдикту *famosus* не могъ являться на судѣ представителемъ (*postulare*) кого либо дру-

<sup>1)</sup> § 6 I. 1. 26; L. 3 § 18 D. 26, 10; L. 9 C. 5, 43.

<sup>2)</sup> L. 1 in; L. 2 pr. §§ 1—4 D. 3, 2.

<sup>3)</sup> L. 1; L. 2 § 5; L. 3; L. 4 pr. § 1 D. 3, 2; L. 1 § 6 D. 3, 1; L. 21 C. 2, 12.

<sup>4)</sup> L. 1; L. 4 §§ 2, 3 D. 3, 2.—L. 24 D. 3, 2; L. 43 pr. §§ 1—5 D. 23, 2.—L. 1 § 6 D. 3, 1.

<sup>5)</sup> L. 1 D. 3, 2; L. 18 C. 9, 9.—L. 66 pr. D. 23, 2; L. 7 C. 5, 6.—L. 43 §§ 12, 13 D. 23, 2.

<sup>6)</sup> L. 20 C. 2, 12.—L. 41 C. 2, 4.—L. 2 C. 7, 49; L. 1 C. 9, 4; L. 8 § 2 C. 9, 8; L. 6 § 1 C. 2, 6.

<sup>7)</sup> L. 43 § 4 D. 23, 2; L. 6 C. 2, 12.

<sup>8)</sup> L. 1 § 10 D. 3, 1.

<sup>9)</sup> L. 1 § 9, 10 D. 3, 1 ср. L. 3. C. 9, 43.

<sup>10)</sup> См. L. un. C. 10, 57; L. 2, 12. C. 12, 1; L. 3. C. 12, 36.

гого, кромѣ ближайшихъ къ нему лицъ <sup>1)</sup>). По *L. Julia et Papia Poperaea* и интерпретаціи юристовъ, сенаторы и ихъ потомки и свободнорожденные мужи не могли заключать браковъ съ лицами *famosi* <sup>2)</sup>). Законами христіанскихъ императоровъ послѣднее постепенно отмѣнено <sup>3)</sup>). Если кто назначить своимъ наследникомъ безчестное лицо, а своимъ ближайшимъ боковымъ родственникамъ не оставить законной части, то завѣщаніе можетъ быть оспорено (*querela inofficiosi testamenti* <sup>4)</sup>).—Юстиціанъ объявилъ только людей доброй славы способными къ свидѣтельствуванію, а слѣдовательно отказалъ *famosi* въ правѣ быть свидѣтелями <sup>5)</sup>).

Разсмотрѣнное *infamia* современные писатели называютъ *infamia juris*, оффиціальнымъ безчестіемъ, въ отличіе отъ т. наз. *infamia facti*, фактическаго безчестія.—При многихъ отношеніяхъ оказываетъ извѣстное вліяніе худая слава о данномъ лицѣ потому ли, что оно заявило себя способнымъ совершить дурной поступокъ (напр., замѣшано въ преступленіи, наказаніи по которому случайно избѣгло), или по причинѣ вообще предосудительнаго образа жизни (напр., расточительности). Умаленіе чести, какъ результатъ такой славы, источники называютъ *vitae turpitude*, *turpitudinis nota* или *macula*, *gravata s. operata apud bonos opinio*, *facti infamia*; отъ послѣдняго новѣйшее *infamia facti* <sup>6)</sup>). *Personae turpes* по умаленію правоспособности уподоблялись *famosi* <sup>7)</sup>); но кромѣ того, судья и магистратъ обязаны были брать во вниманіе славу лица (его *dignitas*, *gravitas*, *honestas*) при различныхъ случаяхъ облеченія его извѣстнымъ достоинствомъ, напр., опекой <sup>8)</sup>), и друг. случаяхъ.

Подобно предшествующей категоріи лицъ, римляне разсматривали многіе классы людей, занимавшихся презираемымъ ремесломъ, напр., полицейскихъ шпионовъ, *stationarii*, *tabernarii*, *сауроны*. Сюда же они причисляли вообще крайнихъ бѣдняковъ, презираемыхъ въ языческомъ Римѣ, дѣтей актеровъ и

<sup>1)</sup> *Paulus* 1, 2 § 1; *L.* 1 § 5, 6, 8 *D.* 3, 1. См. *Lenel*. *Edictum perpetuum* p. 62—64; 73—77.

<sup>2)</sup> *Ulpianus* 13 § 1, § 2; 16 § 2; *L.* 43, 44 *D.* 23, 2. См. *Savigny* cit. *Beilage* 7 p. 517 и слѣд.

<sup>3)</sup> См. *L.* 28, 29 *C.* 5, 4; *Nov.* 117 *cap.* 6.

<sup>4)</sup> *L.* 27 *C.* 3, 28.

<sup>5)</sup> *Nov.* 90 *c.* 1 *ср.* *L.* 18 *C.* 4, 20.

<sup>6)</sup> *Ср.* *L.* 2 *пр.* *D.* 37, 15. *L.* 39 *D.* 47, 2.

<sup>7)</sup> *L.* 1 § 5, 6, 8 *D.* 3, 1; *L.* 27 *C.* 3, 28.

<sup>8)</sup> *L.* 17; *L.* 27 § 1 *D.* 26, 2.

т. п. Всѣ эти лица называются *personae viles, viliores, objectae* въ отличіе отъ *honestae, integrae personae*<sup>1)</sup>. На нихъ лежитъ *levis notae macula*.

Упоминаются въ источникахъ еще категорія *humiles, humiliores personae*, т. е. лица низшаго происхожденія, которымъ запрещалось вчинять противъ лицъ знатныхъ *actiones famosae*, безчещащихъ исковъ (L. 11 § 1 D. 4, 3).

## 6) Религія.

*Источники*: Cod. I, 5 de haereticis et Manichaeis et Samaritis; I, 7 de apostasis; I, 9 de Iudaeis et caelicolis; I, 11 de paganis; Nov. 132.

*Пособія*: Savigny. System II, p. 231—233.—Буассье. Римская религія отъ Августа до Антониновъ. Пер. Москва 1878;—Marquardt. Röm. Staatsverwaltung. Bd. 3, 1878.

Въ древнемъ Римѣ то или другое вѣроисповѣданіе не имѣло вліянія на правоспособность; даже евреи и христіане пользовались общимъ правомъ; *judaei communi jure vivunt*. Какъ запрещенія нѣкоторыхъ языческихъ культовъ, такъ и періодическія гоненія на христіанъ и отчасти евреевъ имѣли преимущественно политическій характеръ и сначала нерѣдко сводились къ гоненію опредѣленнаго племени.

Христіанъ, довольно долго отождествляемыхъ съ ненавистными евреями, часто называютъ *народомъ христіанъ*. См. Азаревичъ. Античный міръ и христіанство. Ярославль. 1880, стр. 37.

Только съ господства христіанской религіи мало по малу образовалось въ римскомъ правѣ положеніе, что извѣстныя различія въ религіозномъ исповѣданіи должны вести за собой опредѣленныя ограниченія въ правоспособности.

До того гонимое, а теперь торжествующее христіанство, отчасти по реакціи, отчасти въ силу тѣснаго пониманія идеи универсальности, отнеслось во временныхъ<sup>2)</sup> своихъ мѣрахъ крайне враждебно къ язычеству, *paganis*, хотя гоненія эти въ общемъ и не касались прямо правоспособности язычниковъ. Только позднѣе въ Византіи, когда образовалось понятіе православія (*orthodoxus, fides catholica*) и стали противопоставлять

<sup>1)</sup> L. 3, 21 D. 22, 5; L. 17 § 2 D. 26, 2;—L. 4 D. 47, 23; L. 28 § 19. D. 48, 19.

<sup>2)</sup> Константинъ издахъ въ 312 г. эдиктъ о свободѣ богопочитанія. Euseb. hist. eccl 9, 9; 10, 5.

православныхъ неправославнымъ, начинаютъ, въ ряду другихъ мѣръ гоненія на послѣднихъ, ограничивать ихъ правоспособность. Подъ православными (*orthodoxi*) разумѣлись признавшіе символъ первыхъ четырехъ вселенскихъ соборовъ (Никейскій, Константинопольскій, Ефесскій, Халкидонскій)<sup>1)</sup> и имъ противопоставались жидаы, всякого рода еретики и апостаты. Подъ вліяніемъ особаго раздраженія придворной партіи, нѣкоторыя секты еретиковъ и апостаты ограничивались въ правоспособности гораздо строже, чѣмъ евреи и даже язычники<sup>2)</sup>.

*Judaei*. По общему правилу они имѣли одинаковыя права съ христіанами<sup>3)</sup>. Но на самомъ дѣлѣ они лишались правъ занимать публичныя должности<sup>4)</sup>; не могли быть свидѣтелями противъ христіанъ; не могли вступать съ послѣдними въ бракъ подъ страхомъ наказанія, налагаемаго за супружескую невѣрность (*adulterium*<sup>5)</sup>); не могли держать рабовъ-христіанъ<sup>6)</sup>.

*Haeretici*, т. е. христіане, не признававшіе правилъ вселенскихъ соборовъ, которые поэтому объявляли ихъ ученіе за ересь. Ограниченія въ правоспособности касались чаще отдѣльныхъ, болѣе важныхъ категорій еретиковъ, какъ напр., Манихеевъ, Донатистовъ, но иногда распространялись и на всѣхъ еретиковъ. Чаще всего имъ отказывалось въ правѣ принимать наслѣдства, составлять завѣщанія, дѣлать отказы иначе какъ въ пользу православныхъ; все, имъ завѣщанное православными или ими завѣщанное неправославнымъ, шло въ казну; говорится иногда и о запрещеніи дареній и продажи, даже заключенія какихъ либо договоровъ, подачи исковъ, свидѣтельствванія противъ православныхъ и, наконецъ, совершенія какихъ либо юридическихъ актовъ<sup>7)</sup>.

*Apostatae*. Особые законы издавались противъ отпадавшихъ отъ православія въ язычество или іудейство. Ограниченія отступниковъ въ правоспособности чаще всего касались принятія наслѣдства, составленія завѣщанія, права отчужденія еще при жизни<sup>8)</sup>; иногда же они объявлялись *intestabiles*.

<sup>1)</sup> Novell. 115, 3 § 14.

<sup>2)</sup> См. на форму рѣчи въ Nov. 132.

<sup>3)</sup> L. 8, 15 C. 1, 9.

<sup>4)</sup> L. 19 C. 1, 9.

<sup>5)</sup> L. 6 C. 1, 9.

<sup>6)</sup> L. 1, 2 C. 1, 10.

<sup>7)</sup> L. 4; L. 5; L. 17; L. 18; L. 19 пр.; L. 21, 22 C. 1, 5; L. 7, 17, 18, 25, 40, 49, 58 C. Th. 16, 5; Nov. 45, 1; Nov. 115, 3 § 14; 4 § 8.

<sup>8)</sup> L. 2, 3, 4 C. 1, 7; L. 1, 2, 4, 7 C. Th. 16, 7.

7) Мѣстожителство (*domicilium*) и происхождение (*origo*).

*Источники*: Dig. 50, 1 ad municipalem et de incolis; Cod. X, 38 de municipibus et originariis; X, 39 de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt.

*Пособія*: Savigny. System VIII §§ 350 и слѣд., p. 67—89.

Подъ мѣстожителствомъ (*domicilium* или просто *domus*) въ юридическомъ смыслѣ разумѣется то мѣсто, которое составляетъ центръ гражданскихъ отношеній лица<sup>1)</sup>. Такъ что одинъ фактъ пребыванія (*morari*) въ опредѣленной мѣстности, безъ явнаго желанія основаться въ ней, не опредѣлитъ мѣстожителства лица, равно какъ и одно заявленіе о своемъ желаніи имѣть такое-то мѣсто своимъ мѣстожителствомъ<sup>2)</sup>.

По мѣстожителству опредѣляются многія правоотношенія, особенно въ процессѣ (*forum domicilii*<sup>3)</sup>. По отношенію къ коммунальнымъ обязанностямъ, опредѣлившій свое мѣстожителство носить названіе *incolatus, incola*<sup>4)</sup>.

По общему правилу, выборъ мѣстожителства есть дѣло свободной воли частнаго лица, откуда назв. *domicilium voluntarium*<sup>5)</sup>. Даже договоръ оставаться въ извѣстной мѣстности объявлялся за *rustum turre* и потому былъ недѣйствительнымъ<sup>6)</sup>. По исключенію, нѣкоторыя категоріи лицъ имѣютъ предписанное мѣстожителство, какъ-то, солдаты, служащіе, *deportati*, жены, дѣти, подчиненныя отцовской власти<sup>7)</sup>. Это такъ наз. *domicilium necessarium*. Лицо, ведущее свою дѣятельность въ различныхъ мѣстахъ, можетъ имѣть нѣсколько мѣстожителствъ<sup>8)</sup>. Въ частности сенаторы имѣли за *domicilium dignitatis* Римъ и въ то же время центромъ своихъ частныхъ дѣлъ могли избрать всякое другое мѣсто. Отсюда раздѣленіе мѣстожителства на *domicilium simplex* и *multiplex*.

<sup>1)</sup> Ubi quisque negotia sua semper agit. L. 27 D. 50, 1; L. 7 C. 10, 39; L. 203 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione. L. 20 D. 50, 1.

<sup>3)</sup> L. 19 § 4 D. 5, 1; L. 29 § 4 D. 5, 2; L. 1, 2 D. 42, 5.

<sup>4)</sup> L. 7 C. 10, 39.

<sup>5)</sup> L. 27 § 2; L. 31 D. 50, 1.

<sup>6)</sup> L. 71 § 2 D. 35, 1.

<sup>7)</sup> L. 3, 4, 6 § 1; L. 17 § 11; L. 22 § 1; L. 23 § 1; L. 38 § 3 D. 50, 1; L. 5 D. 23, 2; L. 64 D. 5, 1.

<sup>8)</sup> L. 5, 6 § 2; L. 27 § 2 D. 50, 1.

Лицо, пребывающее въ данное время въ мѣстѣ своего жительства, будетъ *praesens*, не пребывающее—*absens*<sup>1)</sup>. Лицо, не имѣющее вовсе мѣстожительства<sup>2)</sup>, было *vagabundus*, бродяга.

Подъ происхожденіемъ, *origo*, разумѣется то мѣсто, въ которомъ отецъ или мать находились какъ граждане, какъ члены общины въ моментъ рожденія ребенка (если онъ слѣдуетъ состоянію матери), или зачатія (если онъ слѣдуетъ состоянію отца<sup>3)</sup>). Названіемъ *cives* опредѣляется принадлежность даннаго лица къ данной мѣстности по его происхожденію<sup>4)</sup>. Въ сферѣ гражданско-правовой происхожденіе играетъ незначительную роль. Имъ опредѣляется только компетентность суда, *forum originis*, въ томъ случаѣ, когда лицо нигдѣ не основываетъ своего мѣстожительства<sup>5)</sup>.

### 8) Родъ занятій.

*Пособія.* — *Kuntze*. *Cursus des römischen Rechts*. Leipzig 1869. *Das Ius militum*, p. 733—736.

По общему римскому началу, родъ занятій не оказывалъ непосредственнаго вліянія на гражданскія права. Занятія извѣстными ремеслами, какъ мы видѣли, вели къ большому или меньшему умаленію гражданской чести и только такимъ путемъ къ умаленію и въ гражданскихъ правахъ (актеры, ростовщики, сводники и т. д.). Но въ императорскія времена образуется особое военное сословіе, *milites*, мало по малу выдѣлившееся отъ остальнаго населенія государства, *pagani*, по своимъ гражданскимъ правамъ. Совокупность началъ, по которымъ жило это сословіе, въ отличіе отъ другихъ, составляло особое военное право, *ius militum*, въ противоположность къ *ius privatorum* или *paganorum*. Начала этого особаго права обыкновенно считались съ *imperitia*<sup>6)</sup> и *simplicitas*<sup>7)</sup> военного сословія и поэтому солдатамъ извинялся *error juris* для того, чтобы *damnum vitare* на томъ основаніи, что *milites arma magis quam leges scire debent*<sup>8)</sup>. Затѣмъ находили возможнымъ освободить

<sup>1)</sup> Въ ученіи о давности эти термины употребляются въ особомъ смыслѣ.

<sup>2)</sup> L. 27 § 2 D. 50, 1.

<sup>3)</sup> L. 1 § 2; L. 6 § 1; L. 9 D. 50, 1; L. 3 C. 10, 38.

<sup>4)</sup> L. 7 C. 10, 39.

<sup>5)</sup> L. 29 D. 50, 1.

<sup>6)</sup> Gaj. 2, 109.

<sup>7)</sup> L. 1 pr. D. 29, 1.

<sup>8)</sup> L. 22 pr. C. 6, 30.

солдатъ, по различнымъ соображеніямъ, отъ многихъ предписаній положительнаго права и общихъ выводовъ изъ основныхъ римскихъ гражданскихъ институтовъ. Такъ, въ совершеніи завѣщаній солдаты освобождались отъ нѣкоторыхъ формальныхъ и матеріальныхъ условій<sup>1)</sup>; солдатъ *filiusfamilias* имѣетъ самостоятельное право на *peculium castrense*<sup>2)</sup>; въ обязательствахъ онъ имѣетъ *beneficium competentiae*, и т. д.<sup>3)</sup>.

## В) ЮРИДИЧЕСКІЯ ЛИЦА.

*Источники:* Digest. III, 4. Quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur; Digest. XLVII, 22 de collegiis et corporibus.

*Пособія:* C. v. Savigny. System des heutigen römischen Rechts. B. 2 §§ 85—103; K. Pfeifer. Die Lehre von den juristischen Personen. Tübingen 1847; Pernice. M. Antistius La-beo. D. röm. Privatr. im ersten Jahrh. d. Kaiserzeit B. 1, p. 254—309; Zitelmann. Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen. Leipzig 1873.

*Определение.* — Существуютъ права и обязанности, которыя не имѣютъ своимъ субъектомъ человѣка, но охраняются точно такъ же, какъ права и обязанности физическаго субъекта. Въ этихъ случаяхъ говорится объ юридическомъ лицѣ. Подъ юридическимъ лицомъ, слѣдовательно, разумѣется все то, что не будучи человѣкомъ, способно состоять правовымъ субъектомъ, т. е. способно имѣть права и обязанности.

Въ источникахъ римскаго права не имѣется техническаго наименованія этого рода субъектовъ, но каждый видъ, или много, классъ обозначается особымъ названіемъ. Волѣ употребительныя выраженія: *corpus habere*, *collegium*, *universitas*. Теперь почти общеупотребительно выраженіе *юридическое лицо*. Прежде весьма распространено было (еще Тибо, въ новое время *Lasson. Völkerrecht*, p. 131, 132) названіе *моральныхъ* лицъ. Этимъ эпитетомъ обозначали вообще все невидимое, не подлежащее внѣшнему чувствованію. Тотъ же смыслъ и въ названіи *мистическаго* лица. Но слово моральный въ дру-

<sup>1)</sup> Gaj. 2, 109; L. 1 D. 29, 1; Ulp. 20, 10; L. 7 D. 50, 17; L. 1 § 15 D. 37, 6.

<sup>2)</sup> См. въ семейн. правѣ.

<sup>3)</sup> Напр., см. Gaj. 1, 57; L. 8 § 1 D. 2, 8; L. 31 C. 4. 65; L. 26 D. 28, 2.



гомъ его обычною смыслѣ наводитъ на предположеніе о существованіи неморальныхъ лицъ (*Savigny cit. p. 240*), а съ другой стороны, уже и въ исторіи Рима нерѣдки были случаи установленія юридическихъ лицъ далеко не съ моральными цѣлями. Другое также распространенное названіе—*фиктивные лица* (*fictae personae*), хотя и имѣетъ за себя нѣкоторое основаніе въ природѣ данныхъ субъектовъ (см. также *L. 1 pr. D. 1, 8*), но въ общемъ этотъ эпитетъ наводитъ сомнѣніе на дѣйствительное существованіе ихъ. Правда, и названіе *юридическое* лицо имѣетъ свои недостатки. Если слово «юридическое» употребляютъ въ томъ смыслѣ, что соотвѣтствующая личность признана правомъ, то вѣдь личность, чтобы быть субъектомъ правъ, должна быть признана положительнымъ правомъ. А въ этомъ отношеніи и человекъ будетъ «юридическимъ» лицомъ. Поэтому данный эпитетъ долженъ отбѣнять лишь тотъ признакъ, что положительнымъ правомъ возводится въ лицо то, что не имѣетъ необходимыхъ качествъ лица. Болѣе удачны наименованія «нечеловѣческія, нефизическія, въ умѣ представляемыя лица» (*Kuntze въ Heidelb. Krit. Zeitschr. 1, p. 359*) или, — соотвѣтственно дѣленію вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя, — «безтѣлесныя» лица (*Zitelmann cit. p. 113*). Мы не признаемъ этихъ названій только потому, что они не распространены, а выраженіе «юридическое лицо» приобрѣло почти техническое значеніе.

*Происхожденіе и теоретическая конструкция юридическихъ лицъ.* — Происхожденіе юридическихъ лицъ объясняется чисто жизненными потребностями. Сама жизнь выставляетъ цѣли, которыя посредственно также служатъ отдѣльнымъ людямъ, но которыя однако выходятъ за индивидуальныя потребности и жизненные интересы отдѣльныхъ людей. Достиженіе этихъ цѣлей требуетъ извѣстныхъ внѣшнихъ средствъ, имущества. Кто же будетъ субъектомъ правъ и обязанностей по этому имуществу? Признать такимъ субъектомъ опредѣленное физическое лицо, значитъ поставить достиженіе цѣли въ зависимость отъ ограниченныхъ свойствъ отдѣльнаго физическаго существованія<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, въ жизни сами собою проявляются случаи, когда совокупность гражданско-правовыхъ отношеній не имѣетъ своимъ субъектомъ какое либо физическое лицо<sup>2)</sup>. Съ этими фактами положительное право обращается такъ, что признаетъ для данныхъ правъ и обязанностей особый искусственный субъектъ, т. е. искусственно, путемъ фикціи, признаетъ личность, эту необходимую основу правоспособности, тамъ, гдѣ ея на самомъ дѣлѣ нѣтъ, разсма-

<sup>1)</sup> Ср. *Arndts* въ *Kritische Vierteljahrs. f. Gesetzg. u. Rechtswiss. B. 1, p. 98*.

<sup>2)</sup> См. *L. 1 § 22; L. 2 D. 41, 2; L. 97 D. 35, 1; L. 10, § 4. D. 2; 4. L. 1. § 7. D. 48, 18.*

триваетъ волеспособнымъ то, что въ дѣйствительности не можетъ имѣть воли<sup>1)</sup>).

Теоретическая конструкція юридическихъ лицъ принадлежитъ вполне наукѣ. Источники римскаго права не дали никакихъ ясныхъ указаній по вопросу.

Высказанный взглядъ извѣстенъ подъ именемъ *теоріи персонификаціи*, отъ признанія личности. Теорія эта вполне развита Савиньи (Syst. II, p. 236) и съ тѣхъ поръ господствуетъ въ учебникахъ (исключенія составляютъ руководства Виндшейда и Бринца). Исходное положеніе этой теоріи заключается въ томъ, что никакое право не мыслимо безъ субъекта. А такъ какъ существуютъ права и обязанности, которыя не служатъ непосредственно цѣлямъ отдѣльнаго человѣка, то слѣдуетъ, изъ основнаго положенія, опредѣлить принадлежность этихъ правъ и обязанностей. Одни ученые (*Puchta. Kleine civil. Schriften, p. 499—501*) полагаютъ, что право путемъ положительнаго опредѣленія создаетъ идеальный субъектъ, чтобы тѣмъ извлечь права и обязанности изъ борьбы отдѣльныхъ интересовъ и заставить ихъ служить общей цѣли, т. е. юридическія лица признаются твореніемъ положительнаго права. (*Pfeifer, cit. p. 13—15*). Но на самомъ дѣлѣ юридическія лица суть факты, только признанные и устроенные правомъ. Эти факты право пытается привести въ согласіе съ необходимымъ его требованіемъ (нѣтъ права безъ субъекта) тѣмъ, что по фикціи признаетъ для данныхъ правъ и обязанностей искусственный субъектъ. (*Unger. Krit. Uebersch. VI, p. 168, 169*).

Противъ теоріи персонификаціи въ новѣйшее время высказана масса возраженій, что указываетъ на дѣйствительныя слабыя ея стороны. Всего чаще указываютъ на то, что эта теорія невѣрно ставитъ задачу юридической фикціи. Фикція не измѣняетъ дѣйствительности (*Demelius. Rechtsfiction, p. 85 и слѣд.*); она только распространяетъ, ради удовлетворенія встрѣтившейся въ правовой жизни потребности, извѣстное фактическое обстоятельство на тѣ случаи, когда въ дѣйствительности этого обстоятельства нѣтъ, но логически оно возможно. (*Böhlau. Rechtssubject u. Personenrolle 1871, p. 9*). Однимъ словомъ, фикція есть только техническая форма обращенія съ фактами, а не факторъ, перерабатывающій дѣйствительность. Поэтому фикціей нельзя создать «искусственнаго субъекта», гдѣ его въ дѣйствительности нѣтъ, но можно лишь распространить на такіе случаи положенія о правахъ при опредѣленномъ субъектѣ. Изъ этого же вытекаетъ, что фигура субъекта при так. наз. юридическихъ лицахъ, мы признаемъ, что въ дѣйствительности тутъ нѣтъ никакого субъекта. И въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторые послѣдователи теоріи персонификаціи вынуждены допустить логическую возможность существованія безсубъектныхъ правъ и объяснять признаніе юридическаго лица только извѣстными практическими мотивами (см. *Arndts* въ *Krit. Viert. J. Schr. 1, p. 98*). Виндшейдъ ясно опредѣлилъ тѣсную связь теоріи фикціи съ признаніемъ безсубъектныхъ правъ. Онъ говоритъ (въ *Krit. Ueberschau VI*

<sup>1)</sup> Unger въ *Krit. Uebersch. 6, p. 156—158*.

р. 219), что права т. наз. юридического лица въ дѣйствительности не имѣютъ никакого субъекта, но такъ какъ человѣческой природѣ, по ея глубокому влеченію къ личности, противна мысль о безсубъектныхъ правахъ, то и представляютъ себѣ эти безсубъектныя права принадлежащими какому либо фиктивному лицу и такимъ образомъ подводятъ подъ одну схему оба класса правъ, дѣйствительно принадлежащихъ субъекту и безсубъектныхъ.

Признавая эту слабую сторону теоріи персонификаціи, другіе писатели измѣняютъ содержаніе фикціи. Такъ Белау (*Böhlau cit. p. 16, 17*). О предшественникахъ *Böhlau* въ этомъ направленіи (см. *Zitelmann cit. 21, 22*) говоритъ, что при юридическихъ лицахъ имущество *de facto* безхозяйно, но это фактически безхозяйное имущество разсматривается въ правовомъ отношеніи такъ, какъ бы оно въ дѣйствительности имѣло физическаго субъекта; такимъ образомъ имущество это не обращается путемъ фикціи въ лицо, а только играетъ роль лица. Фикція тутъ состоитъ въ слѣдующемъ: права и обязанности, установленныя для цѣлей опредѣленнаго, фактически безхозяйнаго, имущества, разсматриваются такъ, какъ бы они были установлены для физическаго лица, которое юридически принимается за хозяина этого имущества.— Это воззрѣніе страдаетъ тѣмъ общимъ недостаткомъ, что поясняетъ только, какъ технически обращаться съ цѣлесообразнымъ имуществомъ, но не даетъ никакого отвѣта на вопросъ, что на самомъ дѣлѣ это имущество представляетъ, т. е. Белау не касается теоретической конструкціи сущности юридич. лицъ (*Zitelmann cit. p. 23, 24*). Кроме того, все развитіе даннаго взгляда такъ неясно и бездоказательно, что рядомъ съ теоріей персонификаціи онъ никоимъ образомъ не выигрываетъ (*Wächter. Pandekten 1, p. 238*).

Слабыя стороны теоріи персонификаціи навели другихъ писателей на мысль заподозрить основательность господствующаго въ ученіи о правѣ положенія: «нѣтъ права безъ субъекта». Представители ученія о «безсубъектныхъ правахъ» (см. образованіе и развитіе этого ученія у *Zitelmann cit. p. 27—48*), въ противность представителямъ теоріи персонификаціи, стараются расширить само понятіе права до того, чтобы можно было подвести подъ него юридическія лица, не прибѣгая къ фикціи. Приложение ученія о безсубъектныхъ правахъ къ т. наз. нами юридическимъ лицамъ дало представленіе о т. н. «цѣлесообразномъ имуществѣ» (*Zweckvermögen*). Изобрѣтеніе этого термина и первое полное развитіе соотвѣтствующаго воззрѣнія принадлежитъ Вринцу (*Pandekten, p. 979—1150*). Исходное его разсужденіе слѣдующее: рядомъ съ имуществомъ, принадлежащимъ опредѣленному лицу, *ad aliquem*, имѣется цѣлый классъ имущества, которое *ad aliquid pertinet*. Имущество это, неподчиненное правовому господству частнаго лица, предназначено служить опредѣленной цѣли и въ силу этого своего назначенія не имѣетъ субъекта, составляетъ *цѣлесообразное имущество*. Но противъ такого разсужденія основательно возражали, что всякое имущество служитъ цѣли и что поэтому всякое имущество будетъ *цѣлесообразнымъ* (*Böhlau cit. p. 6, 7*). И имущество опредѣленнаго лица служитъ также цѣлямъ. Но независимо отъ вопроса о цѣляхъ имущества, стоитъ вопросъ о субъектѣ его. Цѣль имущества не опредѣляетъ правовой природы его (*Zitelmann cit.*

р. 42). Теперь спрашивается: возможно ли реализовать это «*pertinere ad aliquid*» без того, чтобы оно не имѣло своего субъекта? Представляя себѣ цѣлесообразное имущество предметомъ гражданскаго оборота, будетъ логическою невозможностью признавать существованіе собственности—безъ собственника, требованіе—безъ кредитора, долга—безъ должника. Цѣль, какъ таковая, не имѣетъ своего собственнаго авторитета, его имѣетъ преслѣдующее цѣль или предписывающее ее лицо (*Bolze. Der Begriff d. juristischen Person. 1879, p. 47*). Для насъ немислимо представить себѣ власть, мочь, составляющую необходимый признакъ права въ гражданскомъ оборотѣ, чтобы она не принадлежала какому нибудь субъекту. Это противорѣчитъ нашей логикѣ, опирающейся на основное положеніе философіи права. Философско-правовое же мышленіе выработало слѣдующія положенія: какъ правовой субъектъ, не имѣющій права, не будетъ вовсе правовымъ субъектомъ, а только субъектомъ безъ правъ; далѣе, какъ правовой объектъ, на который не имѣется правъ, не будетъ правовымъ объектомъ, а простымъ предметомъ виѣ всякой правовой сферы,—такъ и право, не принадлежащее никакому субъекту, не будетъ правомъ, будетъ ничто (*Zitelmann, cit p. 37*).

Слабыя стороны теоріи персонификаціи вызвали попытки и такой теоретической конструкціи юридическихъ лицъ, которая уничтожила-бы аномальный характеръ этихъ лицъ, а съ другой стороны, удержала-бы положеніе: нѣтъ права безъ субъекта.

Сюда относится попытка писателей т. наз. школы германистовъ. Писатели эти, выходя изъ опредѣленія личности государства, какъ естественнаго организма, обладающаго своею волею,—считаютъ всѣ юридическія лица такими же естественными, дѣйствительными, а не фиктивными лицами, какъ и отдѣльные люди. Они, какъ и физическія лица, воле-и дѣеспособны, и власть только признаетъ (*confirmare*, а не *constituere*) эту способность, какъ и у людей, возводимыхъ этимъ признаніемъ въ лица (*Beseler. System d. gemeinen deutsch. Privatrecht, 2 ed. Berlin. 1867 §§ 67, 69. Bluntschli. Deutsches Privatrecht 3 ed. München 1864 § 34, и др.*). Ближайшее обоснованіе этого общаго возрѣвнія весьма разнообразно и часто касается лишь одного какого нибудь вида юридическихъ лицъ (напр., *Salkowski. Bemerk. v. den juristischen Personen. Leipzig 1863*, говоритъ только о союзѣ людей). Но все это возрѣвнѣе грѣшитъ въ самомъ основаніи. Юридическія лица на самомъ дѣлѣ не имѣютъ ни органовъ, ни воли, а поэтому они не суть дѣйствительныя реальныя существа; они только произведенія людской фантазіи или, иначе говоря, эти лица свидѣтельствуютъ, что право приписываетъ имъ такія функціи, которыя свойственно отправлять только человѣку, физическому лицу. Последнее же есть исходное основаніе теоріи персонификаціи, съ которой, теоріей, поэтому въ сущности германисты весьма мало расходятся (*Brinz. Pandekt., p. 982—984*).

Эта несостоятельность теоріи германистовъ въ самомъ исходномъ ихъ положеніи вызвала новую конструкцію юридическихъ лицъ, но въ томъ же направленіи. Понятіе личности, какъ мы знаемъ, опредѣляется способностью имѣть правовую волю. И вотъ нѣкоторые ученые (см. сперва *Bekker* въ *Jahrb. f. Dogm. XII p. 60—75, 105, 106*, затѣмъ особенно рѣзко *Zitelmann cit*

р. 63, 69 и слѣд.) допускаютъ самостоятельное существованіе воли внѣ тѣлесныхъ оболочекъ. Самое происхожденіе этой воли они объясняютъ тѣмъ, что въ данной совокупности имущества объективируется воля отдѣльныхъ физическихъ лицъ, воля предполагаемая или ясно выраженная въ самомъ опредѣленіи цѣли даннаго имущества. Воля эта, объективируясь, пріобрѣтаетъ самостоятельное существованіе и господствуетъ надъ даннымъ имуществомъ. Значитъ, воля и будетъ субъектомъ правъ въ т. н. юридическихъ лицахъ, которымъ Цителъманъ (р. 112) даетъ такое опредѣленіе: юридическія лица суть безтѣлесныя воли. Самостоятельное существованіе объективированной воли—такое трудно понимаемое искусственное построеніе, что даже допуская возможность яснаго представленія воли, которая не будетъ волею опредѣленнаго человѣка, мы не колеблясь станемъ на сторону теоріи персонификаціи, которая не навязываетъ юрид. лицу того, чего, по здравому разуму, оно имѣть не можетъ, а лишь распространяетъ на него качества, принадлежащія одному человѣку. (Критику данаго воззрѣнія см. у *Böhlau. Zur Lehre v. den jurist. Personen* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* B. 56, p. 351—360).

На ряду съ попытками конструировать юридич. лица, какъ нормальные субъекты правъ, мы должны упомянуть о воззрѣніи Іеринга (*Geist des röm. Rechts* 3 Th. 1 Abth. 2 ed., p. 218—220; p. 341—346). Не путемъ критическаго анализа прежнихъ конструкцій доходитъ Іерингъ до своего оригинальнаго воззрѣнія на юридическія лица. Нѣтъ, оно составляетъ строгій логическій выводъ изъ его ученія о гражданскихъ правахъ вообще. Понятіе интереса, лежащее въ основѣ этого ученія, заставляетъ принимать Іеринга положеніе, что только человѣкъ можетъ быть субъектомъ правъ, а слѣдовательно, теоріи фингированныхъ лицъ и безсубъектныхъ правъ въ основѣ несостоятельны. Что же такое юридич. лицо по Іерингу? Іерингъ не могъ отвергать того, что т. наз. нами юридическія лица являются въ гражданскомъ оборотѣ, какъ самостоятельные субъекты правъ и обязанностей; но въ то же время его теорія гражданскихъ правъ не могла допустить буквальнаго признанія за ними субъектовъ правовыхъ, т. е. юридическое лицо, какъ такое, вполнѣ неспособно къ пользованію, не можетъ имѣть интересовъ и цѣлей, не можетъ поэтому имѣть и правъ, ибо о правахъ можно говорить лишь тогда, когда они достигаютъ своего назначенія—служить интересамъ управомоченнаго лица (р. 342). Изъ этой дилеммы Іерингъ выходитъ слѣдующимъ образомъ: настоящими правовыми субъектами будутъ тѣ физическія лица, которымъ предназначается пользованіе, т. е. *destinati*; но такъ какъ не всегда удобно предоставить имъ же и осуществленіе правъ частично по этому пользованію, то искусственно создается особый механизмъ, называемый юридич. лицомъ. Назначеніе его «фигурировать во внѣ» въ качествѣ субъекта даннаго имущества, съ единственною цѣлью облегчить гражданскій оборотъ по этому имуществу: вступать въ сдѣлки, совершать пріобрѣтенія, принимать на себя долги, преслѣдовать въ судѣ и т. п. Но это лишь внѣшнее выраженіе субъективности юридическаго лица, какъ такового; по внутренней же сущности не оно является истинно управомоченнымъ, а отдѣльныя физическія лица, которымъ предназначается пользованіе, *destinati*. Оставляя въ сто-

ронъ основныя посылки даннаго воззрѣнія Геринга, мы обратимъ вниманіе только на практическую его сторону. По яснымъ и многочисленнымъ выраженіямъ нашихъ источниковъ (см. ниже), субъектомъ правъ и обязанностей при юридич. лицахъ непосредственно являются эти послѣднія, а не *destinati*, отдѣльные заинтересованные люди (см. *Brinz, Pand.*, p. 985, 986). Какъ же объяснить, послѣ того, всю массу глубокихъ практическихъ положеній, какъ напр., объ отвѣтственности, обращаемой не на *destinati*, а на юридическое лицо, и т. п. (см. ниже)? Наконецъ, вопросъ пользованія, какъ *quaestio facti*, строго слѣдуетъ отличать отъ вопроса, кто будетъ субъектомъ права. Можно указать случаи, когда часть имущества юридич. лица обращается прямо на него, напр., въ случаяхъ трагъ на управленіе и т. п. (*Zitelmann cit.* p. 49, 50).

Наконецъ, въ новое время одинъ писатель (*Bolze cit.*)<sup>1)</sup>, смущаясь, по всей вѣроятности, разнообразіемъ теоретическихъ конструкцій юридическихъ лицъ, вовсе отвергаетъ, какъ заблужденіе, существованіе для насъ таковыхъ. Онъ находитъ возможнымъ для насъ, подобно будто бы римлянамъ, обойтись безъ этого понятія. Но развивая свой взглядъ, Больце самъ, не замѣчая того, высказывается за принадлежность правъ и обязанностей, въ случаяхъ нами опредѣляемыхъ какъ юридич. лица, не отдѣльнымъ лицамъ какъ таковымъ, а нѣчто особенному отъ нихъ (см. *Krasnopolski* въ *Kritische Vierteljahresschr. für Gesetzg. u. Rechtswiss.* 1880 B. III, p. 188—194). Существованіе такихъ правъ и обязанностей есть фактъ, а слѣдовательно фактъ и существованіе особаго субъекта ихъ.

Послѣ всего сказаннаго о различныхъ конструкціяхъ юридическихъ лицъ, мы не можемъ не предпочесть господствующей донинѣ въ учебникахъ теоріи персонификаціи, тѣмъ болѣе, что сами источники очевидно подтверждаютъ ее. Итакъ, что касается источниковъ, то вопреки увѣренію противниковъ теоріи персонификаціи (напр., см. *Böhlau cit.* p. 10 и слѣд.), Юстиніаново право многими ясными выраженіями указываетъ на персонификацію (см. ссылки ниже). Правда, понятіе субъекта, созданнаго юридическою фикціею, весьма абстрактно и не могло сразу выработаться въ сознаніи римскихъ юристовъ во всей своей полнотѣ. Поэтому въ древнемъ римскомъ правѣ довольствовались тѣмъ, что разсматривали имущества, не принадлежавшія никакому физическому субъекту такъ, какъ будто они принадлежали таковому. Отъ этого времени такія выраженія для юридическихъ лицъ, какъ «*personae vice fingitur*» (L. 22 D. 46, 1), и многія ограниченія въ правоспособности, указывающія на то, что римская мысль не привыкла еще видѣть въ юридич. лицахъ такихъ же самостоятельныхъ субъектовъ, какъ и физическія лица (см. *Savigny cit.* p. 291, 301; *Arnolds* въ *Kritische Viertelj.* B. 1, p. 96—98). Но мало по малу созрѣвавшее правовое сознаніе дало путемъ научной абстракціи возможность усматривать юридически настоящихъ лицъ тамъ, гдѣ на самомъ дѣлѣ не было физическаго лица. Этому сознанію обязано наименованіе нашими источниками юридич. лицъ «*persona*» (см. уже *Frontinus* въ *Lachmanns*

<sup>1)</sup> См. по-русски: «Новѣйшая попытка упраздненія юридич. лица» въ Журн. Гражд. и Уголовн. права. 1882 г., кн. 2.

Schriften der römisch. Feldmesser I, p. 54; другія ссылки ниже), а также и отпаденіе многихъ прежнихъ ограниченій правоспособности юридическихъ лицъ (см. ниже).

*Предметъ персонификаціи.* При юридическихъ лицахъ личность придается идеальному единству, отвлеченному отъ самой основы (субстрата) юридического лица. Это идеальное единство и считается субъектомъ всѣхъ правъ и обязанностей юридического лица.

Между послѣдователями теоріи персонификаціи долгое время господствовало разногласіе по вопросу: что слѣдуетъ персонифицировать въ случаяхъ т. н. юридическихъ лицъ. Савиньи (cit II, p. 224 п. в), Пухта (Institut. II, p. 291, 296) и другіе, *Schewrl* (Beiträge 1, p. 5 и слѣд.). *Miller* (Institut. § 60) говорили, что «сама цѣль есть нѣкоторымъ образомъ лицо, которому принадлежитъ имущество» юридического лица. Но на это совершенно основательно возразилъ Унгеръ (раньше еще см. *Kierulff*. Theorie d. gemein. Civilrechts p. 131 п. р. 146), что «цѣль всегда нѣчто объективное, подлежащее достиженію, и поэтому поставить ее въ положеніе субъекта нельзя, такъ какъ сама цѣль себя не можетъ преслѣдовать» (*Unger*: System d. österr. Privatr I § 42 п. 7 и въ *Kritische Uebersch.* VI, p. 159). И вотъ, самъ Унгеръ выставилъ положеніе, что персонифицируется идеальное единство, отвлеченное отъ субстрата юридич. лица. И это воззрѣніе теперь господствующее между послѣдователями теоріи персонификаціи. Подтвержденіе его видятъ и въ самомъ выраженіи источниковъ, какъ напр.: *municipium, societas personae vice fungitur, corpori legatur, collegium hereditatem capere potest*, и т. д. *L. 1 D. 3, 4, L. 22 D. 46, 1.*

*Виды юридическихъ лицъ.* Юридическими лицами по римскому праву были слѣдующія категоріи:

1) Соединеніе физическихъ лицъ, образующихъ въ своей совокупности самостоятельный правовой субъектъ. Въ источникахъ эта категорія юридическихъ лицъ обозначается общимъ названіемъ *universitas* <sup>1)</sup> *personarum, hominum*.

2) Учрежденія съ благотворительною цѣлью, *pia corpora, piae causae* (благочестивыя цѣли), подъ которыми разумѣлось по римскому праву предоставленіе имущества или само это имущество, предназначенное преслѣдовать цѣли христіанской церкви, т. е. по римскимъ понятіямъ, христіанско-религіозныя цѣли вспомошествованія нуждающимся и цѣли воспитательныя.

3) Лежащее наслѣдство, *hereditas jacens*, т. е. совокупность наслѣдственнаго имущества за періодъ отъ открытія наслѣдства до его принятія.

<sup>1)</sup> Rubr. Dig. lib. 3 tit. 4; L. 1 pr. § 1, 3; L. 2; L. 7 § 2 D. 3, 4.

Потребность въ такихъ юридическихъ лицахъ опредѣляется цѣлями, желаемое достиженіе которыхъ возможно только при тѣхъ условіяхъ, если субъектомъ правъ и обязанностей даннаго имущества будетъ особое идеальное лицо. Такъ, нерѣдко нѣсколько лицъ преслѣдуютъ одну и ту же цѣль, но въ то же время осуществленіе ея было бы крайне затруднительно, если бы субъектами правъ и обязанностей, служащихъ достиженію этой цѣли, были по частямъ (*pro rata*) сами эти физическія лица. Поэтому чувствуется потребность признать, для данныхъ правъ и обязанностей, отвлеченный отъ физическихъ лицъ субъектъ. Имъ и будетъ *universitas personarum*, какъ юридическое лицо<sup>1)</sup>.

Далѣе, нерѣдко человекъ задается цѣлями общаго блага, которымъ жертвуетъ свое имущество или часть его. Если цѣль эта такого рода, что осуществленіе ея выходитъ за предѣлы жизни жертвователя, то послѣдній можетъ быть гарантированъ въ точномъ и постоянномъ исполненіи своей воли лишь тогда, когда данному имуществу будетъ данъ особый идеальный субъектъ правъ и обязанностей<sup>2)</sup>. Такое юридическое лицо носить названіе благочестиваго учрежденія, *ria corpora, ria causa*.

Наконецъ, можетъ случиться, что имущество, предназначенное служить отдѣльному физическому лицу, известное время не имѣетъ субъекта. Это бываетъ съ наследственнымъ имуществомъ въ періодъ между открытіемъ и принятіемъ наследства. Потребности оборота дѣлаютъ необходимымъ признать данному имуществу особый субъектъ, которымъ, конечно, не можетъ быть физическое лицо. Вотъ это юридическое лицо и носить названіе *hereditas jacens*, лежачаго наследства, т. е. право признаетъ за самимъ наследствомъ особую личность и такимъ образомъ само наследство является субъектомъ имущественныхъ правъ и обязанностей, составляющихъ его содержаніе.

Въ литературѣ перечисленный кругъ юридическихъ лицъ то суживаютъ, то расширяютъ массой другихъ видовъ.

Такъ, чаще всего изъ числа юридическихъ лицъ исключаютъ *hereditas jacens* (напр., *Savigny. System* 2 р. 363—373, ср. возраженія *Pfeifer cit.* р. 154—158). Такому взгляду весьма способствуетъ полное разногласіе между

<sup>1)</sup> См. *Pfeifer, cit.* р. 2—9.

<sup>2)</sup> Недостаточность всякихъ другихъ мѣръ, которыми могъ бы жертвователь обставить достиженіе данной цѣли, см. у *Pfeifer cit.* р. 123—125.



нашими источниками въ теоретической конструкціи лежащаго наслѣдства. Такъ, въ однихъ положеніяхъ такое наслѣдство сравнивается съ корпораціями (L. 22 D. 46, 1), говорится, что *res hereditariae nullius sunt* (L. 1, pr. D. 1, 8), въ другихъ наслѣдство разсматривается представительницею наслѣдодателя (L. 31 § 1 D. 28, 5; L. 33 § 2; L. 34 D. 41, 1 и др.), въ третьихъ вступленіе въ лежащее наслѣдство относится ко дню смерти наслѣдодателя, т. е. *res hereditariae* разсматриваются имуществомъ будущаго наслѣдника (L. 54 D. 29, 2 и др.). Въ литературѣ масса попытокъ примирить это разногласіе. Но для насъ важно не такъ это разногласіе во мнѣніяхъ отдѣльныхъ римскихъ юристовъ, какъ тотъ фактъ, что положительными началами римскаго права лежащее наслѣдство втягивается въ гражданскій оборотъ какъ самостоятельная правовая единица, что права и обязанности по этому наслѣдству подлежатъ измѣненію (см. *Windscheid. Die ruhende Erbschaft* въ *Krit. Ueberschau* B. 1, p. 181—207), а слѣдовательно нельзя за нимъ отрицать значеніе самостоятельнаго субъекта правъ, какъ это прямо и признаютъ нѣкоторые римскіе юристы. См., напр., L. 15 pr. D. 11, 1... *domini loco habetur hereditas*, ср. L. 3 § 6 D. 3, 5; L. 13 § 5 D. 43, 24. L. 61 pr. § 1 D. 41, 1.

Далѣе, и *res caesariae* иногда не считаютъ за особое лицо (см., напр., *Rosshirt* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* 10, p. 321 — 325; ср. *Roth* въ *Jahrb. f. d. Dogm.* 1, 2, p. 189 и слѣд.). Думаютъ, что въ классической юриспруденціи имущество учрежденій разсматривалось, какъ составная часть имущества общины, хотя и не сливалось съ нимъ, будучи предназначено служить опредѣленной цѣли. А въ христіанскія времена, думаютъ, *res caesariae* образовывали имущественную часть церкви (*bona ecclesiastica* — *Zrodowski. D. römische Privatrecht* B. 1. Prag 1877, p. 275 и 276, 277). Но мѣста, приводимыя въ доказательство этого воззрѣнія, говорятъ только объ участіи общины, церкви въ управленіи имуществомъ *res caesarum*. На послѣднемъ же основаніи не слѣдовало бы и въ подопечномъ признавать самостоятельнаго субъекта правъ (*Puchta. Vorlesung.*, p. 65). Съ другой же стороны, въ нашихъ источникахъ часто учрежденія, какъ-то: госпитали, сиротскіе дома и т. д., представлены особыми правовыми субъектами на ряду съ церквами и городами (напр., L. 19 C. 1, 2; L. 35 C. 1, 3; см. *Pfeifer cit.* p. 125, 126).

Другіе ученые, какъ сказано, распространяютъ понятіе юридическаго лица на многіе другіе случаи, кромѣ перечисленныхъ. Такъ перѣдко считаютъ за юридическое лицо:

Поземельные участки, *praedia* (см., напр., *Boecking. Pandekten* 1, § 38). На это подаетъ поводъ форма выраженія источниковъ, изъ которой (формы) слѣдуетъ по первому взгляду, будто участку, какъ таковому, могутъ принадлежать сервитутныя права (L. 12. D. 8, 1: *fundo servitus acquiritur*; L. 31 D. 8, 3: *fundus id jus aquae amisit*. И т. д.). Но это только значитъ, что сервитутъ предназначенъ служить потребности самаго участка и что поэтому сервитутное право такъ соединено съ участкомъ, что съ приобрѣтеніемъ послѣдняго всегда приобрѣтается и первое. Но при этомъ собственно управомоченнымъ будетъ не участокъ, но всякій владѣлецъ его, который, поэтому, и

можетъ свободно распоряжаться такими сервитутами, какъ всякою другою частью своего имущества (*Vangerow. Pand. 1, p. 92, 93*). Источники выражаютъ только связь соотвѣтствующаго права съ правомъ собственности на участокъ: пріобрѣтеніе перваго обусловлено пріобрѣтеніемъ послѣдняго (*Zitelmann. cit. p. 111*). Самой формѣ выраженія источниковъ не слѣдуетъ придавать слишкомъ большого значенія, такъ какъ въ тѣхъ же источникахъ можно найти и другія подобныя выраженія, какъ-то: *pecori debetur appulsus L. 1 § 18 D. 43, 20*; *ager itineri servit (L. 13 § 1 D. 8, 3)*. См. *Arndts Pandect., § 41 п. 5*.

Нерѣдко государственную власть или должность возводятъ въ юридическое лицо (см. *Bluntshli. Deutsch. Privatr. 1, p. 174—178*), т. е., значить, признаютъ возможнымъ, чтобы сама должность разсматривалась субъектомъ имущественныхъ правъ, предназначенныхъ служить отправленію должностныхъ цѣлей. Но такъ какъ должность не имѣетъ самостоятельнаго существованія рядомъ съ государствомъ, вызывающимъ ее къ жизни, то государство и будетъ всегда субъектомъ правъ по имуществу, опредѣленному извѣстной должности (*Windscheid. Pand. 1, § 57 п. 3*) и такимъ образомъ видимъ, что выраженіе «права должности» неточное. — Другіе писатели (*Voessing. Pand. 1, § 38*; *Windscheid 1, § 57*) принимаютъ за юридическое лицо всѣхъ послѣдовательныхъ представителей опредѣленной должности и одновременныхъ членовъ коллегіальной должности, буде къмъ либо предоставлено имущество въ пользованіе представителямъ опредѣленной должности. Въ источникахъ находимъ выраженія, изъ которыхъ можно заключить, что иногда представители извѣстной должности въ ихъ совокупности разсматриваются, какъ единое отдѣльное лицо (*L. 25 D. 50, 1... unius hominis vicem...; L. 76. D. 5, 1; Nov. 134 c. 6*). Но всѣ эти выраженія относятся лишь къ положенію въ публичномъ правѣ и не имѣютъ никакого отношенія къ гражданско-правовому ученію о гражданскихъ лицахъ (*Savigny. System 2, p. 237, 238*). Въ тѣхъ же случаяхъ, когда совершаются имущественные отказы въ пользу вообще государства (*L. 56 D. II (31)*) или жрецовъ опредѣленнаго храма (*L. 20 § 1 D. 33, 1*) и т. п., то настоящимъ субъектомъ правъ будутъ отдѣльныя физическія лица, — всѣ наличные носители данной власти, представители данной должности, — которые свободно будутъ располагать данными правами; достоинство же должностное будетъ составлять условіе допущенія къ отправленію данныхъ правъ. Намѣреніе лица, отказывающаго такимъ образомъ имущество, заключалось ясно въ томъ, чтобы пользователями были физическія лица, но подъ условіемъ извѣстнаго должностнаго ихъ положенія (*Puchta. Vorlesung, § 27, p. 66*). Но все это не значить, чтобы должностныя лица въ своей совокупности не могли образовывать коллегіи, т. е. юридическаго лица (см. ниже).

Иногда за особый правовой субъектъ принимается т. наз. *peculium* (*Bekker* въ *Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. 4, p. 499*). Но нѣтъ надобности въ такомъ особомъ субъектѣ, т. к. права и обязанности по *peculium* будутъ непосредственно устанавливаться для *filiusfamilias* и *paterfamilias* (*Zitelmann cit. p. 111*).

Наконецъ, за юридическое лицо принимаютъ nasciturus (*Rudorff* zu Puchta, § 114 в; *Arndts. Pand.* § 25 п. 1). Говорятъ, что съ рожденія начинается существованіе человѣка, но не лица, которое считается субъектомъ имущественныхъ правъ еще до рожденія ребенка (L. 7 D. 1, 5). Но источники вывода на юридическую личность неродившагося не подтверждаютъ. Наоборотъ, всѣ основанія предполагать, что ребенокъ во чревѣ матери не имѣетъ никакой личности; если онъ родится мертвымъ, то, по источникамъ, онъ не считался лицомъ ни на одно мгновеніе (L. 129 D. 50, 16). Но только въ случаѣ рожденія живымъ принимается, что онъ уже въ періодъ беременности *in rebus humanis* былъ. Этимъ объясняются и всѣ правила объ охраненіи имущественнаго интереса nasciturus'a (*Vangerow. Pand.*, I § 32 ср. *Pernice. Antistius Labeo. Bd. I, p. 201*).

I. Universitates<sup>1)</sup>. Совокупность людей въ формѣ юридическихъ лицъ можетъ представлять изъ себя такіе союзы, которые вызываются какъ бы законами необходимости, основаны на естественно-нравственныхъ требованіяхъ человѣческой природы, другіе же союзы вызываются къ жизни свободнымъ опредѣленіемъ ихъ членовъ. Поэтому всѣ юридическія лица, состоящія изъ совокупности физическихъ лицъ, распадаются на а) *необходимыя* и б) *волею людскою устанавливаемыя*<sup>2)</sup>. Общее названіе для всѣхъ видовъ юридическихъ лицъ, основа которыхъ союзъ людей, какъ сказано выше, было *universitas*<sup>3)</sup>. Въ современной наукѣ принято<sup>4)</sup> обозначать эти юридическія лица другимъ общимъ названіемъ, корпораціей<sup>5)</sup>. Для корпорацій, основанныхъ волею лицъ, источники употребляютъ названіе *corpus*<sup>6)</sup>. Одинъ и тотъ же смыслъ съ послѣднимъ имѣетъ слово «*collegium*»<sup>7)</sup>. Наконецъ, корпорація нерѣдко

<sup>1)</sup> *Gierke. Die Staats- u. Korporationslehre des Alterthums etc. 1881 §§ 4, 6.*

<sup>2)</sup> См. *Savigny cit.* § 86. О другихъ подраздѣленіяхъ см. *Zitelmann cit.* p. 95.

<sup>3)</sup> *Savigny cit.* p. 261, 262. *Cohn* (*Z. röm. Vereinsr.*, p. 8—15) ограничиваетъ смыслъ этого слова союзами, не имѣющими частнаго характера.

<sup>4)</sup> *Windscheid. Pand.* 1, p. 148.

<sup>5)</sup> Слово *corporatio* встрѣчается въ *Nov. Severi. tit. II (a. 465)*. Названіе же членовъ *corporati* нерѣдко, напр., L. 5 D. 4, 63; *Rubr.* и L. un. C. 11, 14.

<sup>6)</sup> L. 1 pr. D. 3, 4; L. 10 § 4 D. 2, 4; L. 17 § 2 D. 27, 1. *Savigny cit.* p. 260, 261. *Cohn* (*cit.* p. 4—8) придаетъ слову *corpus* самое обширное значеніе, обнимающее собой *universitas* въ его смыслѣ слова и другіе виды корпорацій. — Въ тождественномъ смыслѣ со словомъ *corpus* употребляется, особенно у неюридическихъ писателей, слово *ordo* (см. *Dirksen* въ *civil. Abhandl. B. 2, p. 5, 6*).

<sup>7)</sup> L. 1 pr. § 1 D. 3, 4; *Rubr. Dig.* 47, 22; L. 17 § 3; L. 41, § 3 D. 27, 1; L. 20 D. 34, 5. *Savigny cit.* p. 260, 261. *Cohn* (*cit.* p. 19, 46) видитъ въ *collegiis* одну категорію *corporis* въ его смыслѣ послѣдняго слова.

обозначаются словомъ *societas* <sup>1)</sup>, которымъ, думаютъ, отъѣняется болѣе частная цѣль даннаго союза, тогда какъ въ коллегіи выступаетъ болѣе публичная цѣль <sup>2)</sup>.

а) *Необходимые* или естественно-нравственные союзы людей. Сюда прежде всего относится:

*Община* — самое первоначальное по признанію и точному опредѣленію юридическое лице <sup>3)</sup>. Идея общаго интереса жителей даннаго округа настолько насущна и проста, что всѣ народы весьма рано и необходимо должны были сознать ее. Первое выраженіе идея эта получаетъ путемъ персонификаціи общины. Община предшествуетъ государству. Въ источникахъ общины, различныя по объему и формѣ единенія, носятъ различныя названія: *civitas*, *municipes*, *municipium*, *respublica*, *com-mune*, *communitas*, *vicus*, *colonia* и т. д. <sup>4)</sup>. Для осуществленія своихъ цѣлей община имѣетъ свое отдѣльное имущество, управляемое ея магистратами <sup>5)</sup>.

*Государство*, какъ общеніе людей въ формѣ юридического лица, установленное на естественно-нравственной основѣ, имѣющее цѣлью реализовать всѣ нравственные цѣли этого общенія. Для осуществленія своего назначенія государство нуждается въ частно-гражданской личности <sup>6)</sup>. Съ точки зрѣнія имущественной правоспособности, государство именуется *fiscus*, *aerarium*. Въ гражданскомъ правѣ самостоятельная, юридическая личность государства разсматривается только въ формѣ государственной казны, фиска.

Въ наукѣ нерѣдко говорятъ о *fiscus*, какъ объ особомъ юридическомъ лицѣ (напр., *Kierulff. Theor. d. gem. Civilr.*, p. 129, 153), на что подаютъ поводъ и самый способъ выраженія источниковъ (см. t. D. 49, 14; C. 10, 1: *de jure fisci*). Но *fiscus* есть не что иное, какъ само государство, разсматриваемое съ имущественной стороны (*Vangerow. Pand.* 1 p. 93).

<sup>1)</sup> L. 1 D. 3, 4; L. 22 D. 46, 1; L. 31 § 1 D. 47, 2.

<sup>2)</sup> Таково мнѣніе Пухты (*Kleine Schrift.*, p. 314), хотя провести его по источникамъ иногда весьма трудно. — Kuntze (*Krit. Vierteljahrssch.* 6, p. 60, 61) не признаетъ *societates* вообще за юридическихъ лицъ.

<sup>3)</sup> Историческая послѣдовательность въ происхожденіи юридическихъ лицъ весьма спорна. См. Pfeifer cit. p. 15—18.

<sup>4)</sup> L. 1 § 1; L. 2, 3, 7 pr., 8, 9, D. 3, 4; L. 6 § 1 D. 1, 8; L. 15 § 1. D. 4, 3; L. 1 § 7 D. 48, 13; L. 30 D. 50, 1; L. 4 C. 11, 29; L. 1, 3 C. 11, 30; L. 1, 2 C. 11, 32, и т. д. См. также перечисленіе въ *lex Rubria de Gallia cisalpina*, сар. XXI, XXII.

<sup>5)</sup> Римскій народъ, какъ правовой субъектъ, см. *Pernice M. A. Labeo* Bd. I, p. 263—277.

<sup>6)</sup> *Zitelmann*, cit. p. 96—101.

Во времена республики было известно названіе *aerarium populi Romani*. Позднѣе былъ учрежденъ *aerarium militare* и рядомъ съ этими обоими существовалъ *fiscus Caesaris*. Мало по малу всѣ три казны подпали одинаковому вѣдѣнію императора и слились подъ общимъ названіемъ *fiscus* или *aerarium* (§ 13 J. 2, 6; L. 13 pr. §§ 1, 3, 4; L. 15 § 5 D. 49, 14; L. 1 § 9 D. 48 10; L. 3 C. 7, 37), отъ котораго отдѣлено частное имущество императоровъ, *res privata principis*.—Слѣдуетъ еще замѣтить, что отдѣльныя государственныя кассы не составляютъ каждая особаго юридическаго лица (L. 2 C. 8, 43; L. 1 C. 10, 5; L. 1 C. 4, 31).

б) *Волею устанавливаемая ассоціація*. Къ этого рода юридическимъ лицамъ принадлежатъ всѣ тѣ союзы, которые устанавливаются или рѣшеніемъ власти, или свободнымъ опредѣленіемъ своихъ членовъ, если только въ основѣ союзъ не имѣетъ характера сожитія, вызываемаго естественно-нравственной природой человѣка, какъ-то напр., община, которая съ укрѣпленіемъ государственной идеи часто устанавливается предписаніемъ власти, напр., чрезъ *coloniae deductio*<sup>1)</sup>, и тѣмъ не менѣе относится къ числу союзовъ необходимыхъ.

Сюда же относятся:

*Collegia militum* въ смыслѣ воинскихъ отдѣленій, какъ-то легионъ<sup>2)</sup> и др.<sup>3)</sup>.

Прежде подраздѣленія народа на трибы, куріи и т. п.

Разные союзы должностныхъ лицъ: *decuriae scribarum*, *decuriae librariorum*, *fiscalium*, *sensualium*<sup>4)</sup> и въ особенности муниципальный совѣтъ (городской сенатъ), *ordo decurionum*, *curia*<sup>5)</sup>.

Союзы жрецовъ и жриць, — *collegia sacerdotum*, *collegia templorum*<sup>6)</sup>.

Далѣе идутъ разнообразныя ассоціаціи съ ремесленной, промышленной цѣлью, съ религіозною цѣлью, съ цѣлью взаимнаго пособія.

Преданіе<sup>7)</sup> относитъ происхожденіе ремесленныхъ ассоціацій къ самымъ древнимъ временамъ<sup>8)</sup>. Говорятъ, будто Нума

<sup>1)</sup> См. также L. 10 C. Th. 14, 4.

<sup>2)</sup> L. 6 § 7 D. 28, 3; L. 2 C. 6, 62; ср. L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>3)</sup> Ср. *Сohn. Z. röm. Vereinsrecht*, p. 109—135.

<sup>4)</sup> *Festus v. Scribas* L. 3 § 4 D. 37, 1; L. 22 D. 46, 1; L. 25 § 1 D. 29, 2; t. C. 11, 13.

<sup>5)</sup> L. 7 § 2 D. 3, 4; L. 2 C. 10, 33; L. 4 C. 6, 62; Nov. 38 c. 1 c. 2.

<sup>6)</sup> L. 38 § 6 D. 3 (32).

<sup>7)</sup> *Буассье*. Римская религія, стр. 524 и слѣд. *Сohn. Z. röm. Ver.*, p. 21 и слѣд.

<sup>8)</sup> *Plutarch. Num.* P. c. 17.

Помпидій, желая смѣшати латинянъ съ сабинянами, раздѣлилъ весь народъ на девять ремесленныхъ корпорацій. Въ концѣ республики и въ императорскія времена не было почти ни одного ремесла, которое не соединяло всѣхъ занимающихся имъ въ корпорацію. Источники упоминаютъ коллегіи погонщиковъ ословъ и муловъ, мясниковъ, колбасниковъ, сукновальщиковъ и т. д., и т. д. Особенное значеніе имѣли *collegia pistorum, fabrorum, naviculariorum*<sup>1)</sup>, которыя пользовались особыми правами.

Изъ корпорацій, основанныхъ для промышленныхъ предприятий, особенное значеніе имѣли т. наз. *societates publicanorum*. Въ Римѣ съ древнихъ временъ принято было отдавать частнымъ лицамъ съ торговъ взысканіе извѣстныхъ (косвенныхъ) налоговъ, эксплуатацію извѣстныхъ государственныхъ имуществъ (соленые источники, *salinae*, золотыя россыпи и т. п.), выполнение извѣстныхъ общественныхъ работъ (постройки). Въ этихъ случаяхъ обыкновенно капитала одного лица не хватало и поэтому естественно образовывалось общество, которое мало по малу получило характеръ корпораціи. Это и были извѣстныя *societates vectigalium publicorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum*<sup>2)</sup> и т. п.

Далѣе, съ древнѣйшихъ временъ въ Римѣ существовали религіозныя братства, *sodalitates, sodalicia, collegia sodalicia*<sup>3)</sup>. Цѣль ихъ состояла въ отправленіи служенія какому нибудь божеству. Для этого всѣ члены собирались въ храмъ даннаго бога; жрецъ общества (*flamen*) закалывалъ жертву и члены братства садились за общую трапезу<sup>4)</sup>.

*Collegia tenuiorum* или *collegia funeraticia* были ассоціаціями, цѣль которыхъ обезпечивать своимъ членамъ приличное погребеніе. Этими членами обыкновенно были люди низшаго состоянія, вольноотпущенники, рабы съ разрѣшенія господъ и т. д.

Обыкновенно думаютъ, что погребальныя ассоціаціи первоначально устанавливались съ цѣлью постройки на совокупныя средства *колумбаріевъ* (зданія для сохраненія праха, въ которыхъ каждый членъ получалъ извѣстное

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 3, 4; L. 5 § 3, 12, 13 D. 50, 6; L. 17 § 2 D. 27, 1; L. 5 § 12 D. 50, 6.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 8, 4; L. 59 pr. D. 17, 2. См. *Salkowski* Bemerk. z. Lehre v. d. jurist. Pers. p. 29—44. Ср. *Cohn*. Zum röm. Vereinsrecht, p. 155—185.

<sup>3)</sup> L. 4 D. 47, 22. *Mommsen*. De collegiis et sodaliciis Romanorum. Kiliae 1843.

<sup>4)</sup> *Paulus* Diacon. v. sodales; *Cic.* de senect. c. 13; L. 1, D. 47, 22.

число мѣстъ (loca). Позднѣе же, начиная съ Нервы, цѣль погребальныхъ ассоціацій сводилась лишь къ тому, чтобы обезпечить покупку мѣста для погребенія своихъ членовъ. Въ послѣднемъ, конечно, всего болѣе были заинтересованы люди низшаго состоянія, которые за малый взносъ (funeraticium) при жизни получали право на покупку для нихъ особаго мѣста погребенія, (*Буассе. Римская религія. Москва 1878, стр. 541 — 548*). Отсюда и самое названіе коллегій *tenuiorum* (*Mommsen* въ *Zeit. f. gesch. R. — W. V. 15, p. 359*).

Вопреки этому господствующему воззрѣнію, одинъ изъ современныхъ писателей (*Cohn. Zum röm., Vereinsrecht, p. 100 — 109*), путемъ толкованія единственныхъ двухъ мѣстъ, упоминающихъ о *collegia tenuiorum* (L. 1 pr.; L. 3 § 2 D. 47, 22), пришелъ къ заключенію, что подъ *tenuiores* слѣдуетъ разумѣть солдатъ и что *collegia ten.* ничего не имѣетъ общаго съ погребальными ассоціаціями.

II. *Учрежденія*<sup>1)</sup>. — Общаго названія этотъ разрядъ юридическихъ лицъ въ источникахъ не имѣлъ. Иногда они названы тамъ *riae causae*<sup>2)</sup>. Другое обычное наименованіе, *ria socioga*, новѣйшаго происхожденія<sup>3)</sup>. Обоиими этими названіями отъбняется благочестивая цѣль учрежденій. Римское право только и знало благочестивыя учрежденія (см. ниже ссылки).

Къ учрежденіямъ относятся всѣ имущественныя пожертвованія отдѣльнымъ богамъ<sup>4)</sup>, Иисусу Христу, Святымъ Мученикамъ<sup>5)</sup>, т. е. имущество храма или церкви. Если подъ церковью понимать церковную общину, то мы будемъ имѣть дѣло уже не съ учрежденіемъ, а съ корпораціей. Далѣе, подъ *ria socioga* понимаются имущества, пожертвованныя съ опредѣленной благотворительной цѣлью на устройство благотворительнаго заведенія<sup>6)</sup>, какъ-то: воспитательныхъ домовъ (Траяна), богадѣлень, больницъ, домовъ призрѣнія и т. д.

*Положеніе юридическаго лица въ правѣ.* Въ вопросѣ о положеніи юридическаго лица въ правѣ слѣдуетъ отличать I пассивную сторону отношеній юридическаго лица, способность состоять субъектомъ правъ и обязанностей, II отъ активной — способность на юридическія дѣйствія. При этомъ, конечно, рѣчь будетъ идти объ общихъ для всѣхъ юридич. лицъ началахъ; въ частности же отдѣльные виды юридическихъ лицъ

<sup>1)</sup> *Roth. Ueber Stiftungen* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* B. 1 N. 2, p. 189—220.

<sup>2)</sup> L. 19 C. 1, 2.

<sup>3)</sup> *Savigny, cit. p. 262.*

<sup>4)</sup> *Ulpian. 22, 6. См. Pernice cit. p. 254—263.*

<sup>5)</sup> L. 26 C. 1, 2.

<sup>6)</sup> См. L. 23 C. 1, 2; L. 35, 46 C. 1, 3; Nov. 131 c. 7, 10.

различаются, подобно отдѣльнымъ физическимъ лицамъ, въ своемъ правовомъ положеніи.

I. Юридическое лицо, какъ самостоятельный субъектъ правъ и обязанностей, съ одной стороны ограничивается въ своей правоспособности, а съ другой является въ привилегированномъ положеніи.

Многія права по самой природѣ вещей недоступны юридическимъ лицамъ, а именно всѣ тѣ, которыя предполагаютъ въ своемъ субъектѣ качества физическаго существованія. Поэтому, въ области гражданскаго права юридическому лицу недоступны семейныя права<sup>1)</sup>, какъ личныя, такъ и имущественныя, а именно: брачное имущественное право, всѣ формы имущественно-правовыхъ отношеній подъ вліяніемъ отцовской власти, наслѣдованіе по закону, какъ основывающееся на родствѣ или бракѣ. Далѣе, только особыми императорскими законами предоставлено юридическимъ лицамъ право патроната<sup>2)</sup>. По этому же основанію юридич. лицо не могло бы состоять субъектомъ тѣхъ вещныхъ правъ, которыя по своему свойству предполагаютъ физическаго субъекта, а именно личные сервитуты; и только для нѣкоторыхъ видовъ личныхъ сервитутовъ римскіе юристы обошли искусственно это препятствіе.

Такъ пожизненный личный сервитутъ, *ususfructus*, принадлежа юридическому лицу, напр., муниципіи, могъ бы навсегда отдѣлится отъ собственности самую существенную ея функцію, пользованіе. Это затрудненіе къ установленію даннаго сервитута римскіе юристы обошли тѣмъ, что опредѣлили крайній срокъ отправления *узифрукта* сто лѣтъ (L. 56 D. 7, 1; но срав. L. 26 D. 45, 3). Но другой личный сервитутъ, *usus*, какъ предполагающій личное пользованіе управомоченнаго, такъ и остался недоступнымъ юридическому лицу.

Наконецъ, имущество юридическаго лица не можетъ подлежать наслѣдованію, такъ какъ юридическое лицо не умираетъ.

Вотъ самыя существенныя общія ограниченія правоспособности юридическихъ лицъ. Но съ другой стороны, какъ сказано, положеніе юридическихъ лицъ въ правѣ было во многомъ привилегированнымъ. Такъ, многіе изъ нихъ, наравнѣ съ минарами охранялись особыми средствами (*in integrum restitutio*) отъ убыточныхъ послѣдствій установленныхъ правоотношеній<sup>3)</sup>; въ частности имущества государства пользовались значитель-

<sup>1)</sup> Ср. *Zrodowski*. D. röm. Privatr. 1, p. 121 n. 2.

<sup>2)</sup> L. 1, 2, 3; D. 40, 3, L. un. D. 38, 3; L. 3 C. 7, 9.

<sup>3)</sup> L. 4 C. 2, 54; L. 9. D. 49, 1.



ными привилегіями, которыя частью были распространены и на имущество общинъ<sup>1)</sup>, и т. д.<sup>2)</sup>.

Итакъ, по гражданскому праву юридическому лицу доступны только имущественныя права. И въ этой сферѣ правоотношеній оно частью ограничено, частью стояло въ привилегированномъ положеніи.

II. Особенность положенія юридическихъ лицъ въ правѣ та, что они по самому существу своему не способны къ какому либо юридическому дѣйствию. Дѣйствія могутъ исходить только отъ человѣческаго существа. Но безъ возможности дѣйствія правовое существованіе юридическихъ лицъ было бы въ высшей степени неполнымъ. Вступленіе въ правоотношенія совершается въ большинствѣ случаевъ чрезъ дѣйствія. Только съ развитіемъ представительства стало возможнымъ обходить это затрудненіе тѣмъ, что дѣйствіямъ опредѣленныхъ людей придается такое значеніе, какъ бы то были дѣйствія юридическаго лица<sup>3)</sup>, и въ этомъ отношеніи послѣднее сопоставляется съ физическимъ недѣеспособнымъ лицомъ.

Въ юстиніановомъ правѣ сохранилось еще достаточно слѣдовъ первоначальнаго ограниченія дѣеспособности юридическихъ лицъ. Такъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, юридическія лица по общему началу не могли владѣть. Юристъ мотивировалъ это начало тѣмъ, что юридическое лице *consentire non potest*<sup>4)</sup>. Другіе юристы во времена Юстиніана уже допускали возможность для юридическихъ лицъ владѣть чрезъ представителей<sup>5)</sup>.

Затѣмъ, еще въ юстиніановомъ правѣ общимъ правиломъ нельзя было предоставить какого либо имущества юридическому лицу по акту послѣдней воли<sup>6)</sup>. Приобрѣтеніе наслѣдства возможно было только чрезъ личное дѣйствіе наслѣдника. Представительство тутъ вообще не допускалось<sup>7)</sup>. Поэтому и юридическое лицо, какъ неспособное предпринять само требуемыхъ дѣйствій, не могло и приобрѣтать никакихъ наслѣдствъ<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 10 D. 50, 1, L; 1 § 3, 4 D. 49, 14; L. 2 C. 11, 32.

<sup>2)</sup> L. 9 § 9 D. 50, 8; L. 37; L. 38 § 1 D. 42, 5; L. 4 C. 11, 35; L. nn. C. 11, 38; L. 8 C. 8, 12. *Zrodowski*, cit. p. 122 n. 4.

<sup>3)</sup> *Puchta*. *Kleine Schrift.*, p. 505.

<sup>4)</sup> L. 1 § 22 D. 41, 2, ср. L. un D. 38, 3.

<sup>5)</sup> L. 2 D. 41, 2; L. 7 § 3; L. 10, 4.

<sup>6)</sup> L. 8, C. 6, 24.

<sup>7)</sup> L. 63, § 3 D. 36, 1; L. 5 C. 6, 30.

<sup>8)</sup> Впрочемъ, въ объясненіи этого начала ученые расходятся во мнѣніяхъ (см. *Rosshirt* въ *Archiv f. d. civ. Praxis*. X., p. 318).

Таково объясненіе юриста Ульпіана<sup>1)</sup>. Только съ развитіемъ идеи представительства<sup>2)</sup> открылась для юридическаго лица возможность вступать въ наслѣдство и принимать отказы, такъ что въ юстиніановомъ правѣ уже могли исполнѣ быть назначаемы наслѣдниками казна и общины, какъ свѣтскія, такъ и церковныя, и благотворительныя учрежденія<sup>3)</sup>, и тѣмъ болѣе они могли теперь получать отказы<sup>4)</sup>.

И въ обязательственныя отношенія юридическое лицо могло вступать лишь насколько здѣсь допускалось римскимъ правомъ представительство<sup>5)</sup>.—То же самое и при судебномъ осуществленіи правъ<sup>6)</sup>.

Форма представительства юридическихъ лицъ можетъ быть крайне разнообразной. Такъ, управленіе казной опредѣляется государственнымъ устройствомъ; управленіе учрежденіями могло быть опредѣлено впередъ волею жертвователя (L. 15. C. 1, 2. См. *Roth* въ *Jahrb. f. d. Dogm.* 1, 2, p. 197, 198). Въ другихъ случаяхъ юридическимъ лицамъ могли быть назначаемы отдѣльные представители подъ самыми различными названіями (см. *Dirksen. Civilist. Abhandl.* 2, p. 47—61. Объ управленіи *societates publicanorum* см. у *Salkowski. Bemerk.*, p. 37, 38), для отдѣльныхъ дѣлъ или цѣлой ихъ совокупности (L. 1 § 1; L. 2, 3; L. 6 § 1, 3 D. 3, 4. Управители учреждений носили чаще названіе отъ самого назначенія учрежденія: *xenodochi*, *orphanothropi*, *gerontocomi* и т. п., но также *oeconomi*, *gubernatores*; иногда *praesaepe* управлялась самимъ епископомъ (Nov. 131 c. 11). Затѣмъ, представительство можетъ выражаться въ одномъ лицѣ или въ нѣсколькихъ лицахъ, которыя въ своей совокупности могутъ представлять изъ себя коллегію, какъ напр., въ муниципіяхъ (*collegia* или *ordo decurionum*). Наконецъ, въ корпораціи всѣ члены ея въ собраніи могутъ являться представителями юридическаго лица.—Если представителями будутъ нѣсколько лицъ, или цѣлая коллегія, то для рѣшенія, напр., въ муниципальныхъ дѣлахъ, требуется наличность не менѣе  $\frac{2}{3}$  членовъ правленія (L. 2, 3 D. 50, 9; L. 46 C. 10, 31; L. 142 C. Th. 12, 1). А въ состоявшемся собраніи дѣла, по общему началу, рѣшаются большинствомъ голосовъ (L. 19 pr. D. 26, 5; L. 19 D. 50, 1; L. 160 § 1 D. 50, 17; L. 46 C. 10, 31; L. 2, 3 C. 10, 33. Но см. *Pfeifer cit.* p. 92, 93; *Savigny cit.* § 97).—Корпорацію съ опредѣленно организованнымъ правленіемъ принято называть *universitas ordinata*, въ отличіе

<sup>1)</sup> Ulpian. 22 § 5. Ср. источники у *Dirksen Civilist. Abhandl.* 2, p. 130—143.

<sup>2)</sup> См. L. 14 D. 50, 1.

<sup>3)</sup> L. 3 § 4 D. 37, 1; L. un. § 1 D. 38, 3; Ulpian. 22, 6; L. 1 Cod. Th. 5, 2; C. Th. 5, 3; 5, 4; L. 1 C. 1, 2; L. 24; 49 C. 1, 3; L. 8, 12; C. 6, 24; Nov. 131 cap. 11.

<sup>4)</sup> L. 73 § 1; L. 117, 122 D. 30; L. 20 § 1 D. 33, 1; L. 20 D. 34, 5; L. 26, 27 pr. D. 36, 1; L. un. § 1 D. 38, 3.

<sup>5)</sup> L. 5 § 7, 9 D. 13, 5; L. 11 § 1 D. 22, 1.

<sup>6)</sup> L. 1 § 1, L. 6 § 1 D. 3, 4; L. 97 D. 35, 1.

отъ *universitas inordinata*, когда дѣла завѣдуются самими членами корпораціи, внѣ определенной организаціи особаго правленія (въ наукѣ, впрочемъ, эти термины принимаются въ различныхъ смыслахъ; см. *Pfeifer*, cit. p. 50, 51).

Искусственно созданная дѣеспособность юридическихъ лицъ, разумѣется, не можетъ распространяться на совершеніе преступленій (*delicta*).

Вопросъ о способности юридическихъ лицъ совершать преступленія (*delicta*) въ наукѣ прежде былъ весьма споренъ. Нѣкоторые писатели, особенно цивилисты, высказывались въ утвердительномъ смыслѣ, но теперь большинство отвергаетъ такую отвѣтственность (см. пр. *Таланцевъ*. Курсъ русскаго уголовного права. I. Спб. 1874, стр. 8—13). По принятой нами теоретической конструкціи юридическихъ лицъ, вопросъ рѣшается вполне безспорно. Хотя за юридическимъ лицомъ и признана воля и способность внѣшне ее выражать, но, тѣмъ не менѣе, юридическое лицо по своей сущности есть только юридическая фикція и имѣетъ собственную личность и волю лишь настолько, насколько распространяется эта фикція<sup>1)</sup>. Но такъ какъ совершеніе преступленія не можетъ заключаться въ дѣли установленія юридического лица, то это послѣднее и неспособно къ нему (*Vangerow*. Pand. 1, p. 97). Поэтому все то, что называютъ преступленіемъ юридического лица, будетъ всегда преступленіемъ только отдѣльныхъ его членовъ или представителей, т. е. отдѣльныхъ физическихъ лицъ; причемъ безразлично—будетъ ли оно совершено по поводу отношеній юридического лица, или нѣтъ (*Savigny* cit. II, p. 313). Это воззрѣніе находитъ подтвержденіе въ нашихъ источникахъ. Такъ, Ульпіанъ, задавшись вопросомъ, можно ли предъявить *actionem de dolo* противъ муниципіи, даетъ отрицательный отвѣтъ: *quid enim municipes dolo facere possunt?* (L. 15, § 1 D. 4, 3 ср. Nov. Major. tit. VII, § 11 ed. Haenel, p. 320). Но совсѣмъ иной вопросъ: насколько юридическія лица отвѣчаютъ изъ правонарушеній своихъ представителей или членовъ. Юристъ Помпоній въ одномъ мѣстѣ (L. 4 D. 43, 16) говоритъ, что если будетъ совершенъ деликтъ отъ имени муниципіи, то послѣдняя отвѣтственна, насколько получила прибыль путемъ правонарушенія своихъ представителей (*quid ad eum pervenit*). Очевидно, о способности юридическихъ лицъ совершать деликты тутъ и рѣчи нѣтъ. Равно и въ другомъ фрагментѣ (L. 9, § 1 D. 4, 2) говорится лишь о томъ, что нѣсколько лицъ, случайно соединеннымъ въ коллегію, могутъ подобно отдѣльнымъ лицамъ (*personae singulares*) совершать *delictum*, но объ искѣ по деликту противъ самой коллегіи тутъ и рѣчи (*Puchta*. Kleine Schriften, p. 506 п.).

Права и обязанности, устанавливаемые юридическому лицу, будутъ имѣть непосредственнымъ своимъ субъектомъ само юри-

<sup>1)</sup> Съ точки зрѣнія германистовъ на юрид. лица (см. выше), нельзя отрицать способности ихъ совершать деликты (см. *Bezeler*. System 2 ed., p. 243), а поэтому неотвѣтственность за послѣдніе приходится обосновывать совершенно иначе, чѣмъ это дѣлаемъ мы.

дическое лицо. Оно въ правовомъ отношеніи разсматривается за совершенно самостоятельное лицо<sup>1)</sup>. Такъ что, напр., имущество корпорации не будетъ имуществомъ ея членовъ<sup>2)</sup>, представитель корпорации не будетъ представитель ея членовъ<sup>3)</sup>. Мало того, отдѣльные члены корпорации могутъ находиться въ самостоятельныхъ правоотношеніяхъ къ самой корпорации, напр., пріобрѣтать вещныя права на имущество корпорации и т. п.<sup>4)</sup>. Но при этой самостоятельности личности юридического лица, въ самомъ его назначеніи можетъ заключаться право отдѣльныхъ членовъ пользоваться на счетъ имущества юридического лица, напр., корпорации.

Прежде обыкновенно думали, что, по самой сущности юридическихъ лицъ, отдѣльные члены ихъ не имѣютъ никакого участія въ имуществѣ корпорации, на томъ основаніи, что юридическое лицо стоитъ въ такомъ же самостоятельномъ, независимомъ положеніи относительно своихъ членовъ, какъ и относительно всякаго третьяго лица (см. у *Salkowski*. *Bemerk. Z. Lehre v. d. Jur. Pers.*, p. 13—16). Но нѣкоторыя римскія корпорации, какъ напр., *societates publicanorum* (*vestigalium publicorum*), *aurifodinarum*, *argentifodinarum*, *salinarum* и т. п. несомнѣнно должны допускать участіе къ пользованію своими доходностями отдѣльныхъ ихъ членовъ, право на каковое участіе эти послѣдніе могли осуществлять даже исками (*pro socio* или *communi dividundo* L. 63, § 8; L. 65, § 15 D. 17, 2). На такое участіе направлена сама цѣль установленія подобныхъ обществъ и поэтому каждый отдѣльный членъ ихъ можетъ требовать этого участія соразмѣрно своему вкладу, паю, *pars* (*Cic. pro Rab. Post.* c. 2; L. 9, § 4 D. 39, 4). Эту *pars* можно было даже отчуждать и унаследовать (*Cic. in Vatini.* c. 12; *Cic. pro Rab. Post.* c. 2; L. 59 pr. D. 17, 2). Все это заставило новѣйшихъ ученыхъ допустить, смотря по существу корпорации, участіе ея членовъ въ прибыли (*Unger* въ *Krit. Ueber.* 6, p. 172, 174, 175), хотя иногда и отмѣчаютъ этотъ классъ корпораций особымъ названіемъ, корпораций не въ собственномъ смыслѣ слова (*uneigentliche Corporationen*, напр., *Gerber* въ *Zeitschr. für. Civilr. u. Process* N. F. Bd. XII, p. 206). Но нѣтъ необходимости устанавливать какія-то отклоненія отъ правила, такъ какъ цѣли, съ которыми соединяются отдѣльные лица въ корпорацию, не могутъ вліять на самую конструкцію этого юридического лица. Разъ союзъ людей является во внѣ, какъ самостоятельный правовой субъектъ, то всегда

<sup>1)</sup> *Salkowski* (cit. p. 11, 17) доказываетъ, что субъектами правъ во всякомъ случаѣ будутъ сами члены корпорации, причемъ не нарушается единство послѣдней. Но см. *Windscheid*. *Pand.* § 59 п. 3 а. О возвращеніи Геринга говорено выше.

<sup>2)</sup> L. 1 § 1 D. 3, 4; L. 10 § 4 D. 2, 4; L. 6 § 1 D. 1, 8; L. 1 § 7 D. 48, 18—L. 7 § 1 D. 3, 4; L. 18 C. Th. 13, 5.

<sup>3)</sup> L. 2; L. 7 pr.; L. 8, 9 D. 3, 4.

<sup>4)</sup> См., напр., L. 1 § 15 D. 36, 1 обязательство корпорации къ ея члену. L. 9 D. 3, 4 процессъ между ними.

будемъ имѣть дѣло съ юридическимъ лицомъ, безъ вниманія къ цѣлямъ, преслѣдуемымъ отдѣльными членами его при установленіи этого новаго правового субъекта (ср. *Salkowski cit.* p. 17—19, ср. p. 41).

*Установленіе юридическихъ лицъ.*—Установленіе нѣкоторыхъ видовъ юридическихъ лицъ, какъ-то лежачаго наследства, объясняется самымъ ихъ понятіемъ. Установленіе другихъ, какъ-то государства, объясняется въ государственномъ правѣ. Затѣмъ, учрежденія устанавливаются посвященіемъ опредѣленнаго имущества опредѣленнымъ цѣлямъ<sup>1)</sup>. Наконецъ, о корпораціяхъ мы говоримъ въ случаѣ ясно выраженнаго намѣренія нѣсколькихъ лицъ устроить такое сообщество, которое, въ качествѣ идеальнаго единства, разсматривалось бы какъ особый субъектъ правъ<sup>2)</sup>. Число требуемыхъ для корпораціи лицъ не опредѣляется общимъ правиломъ.

Въ L. 85 D. 50, 16 читаемъ: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.* Долго считали (напр., *Kierulff, Civilr.*, p. 132) это положеніе за общее правило объ обязательныхъ трехъ членахъ для всякой корпораціи, но теперь остановились на томъ объясненіи, что число три даетъ только основаніе для сужденія о данномъ сообществѣ, какъ о коллегіи; но и при всякомъ другомъ числѣ участниковъ ихъ сообщество съ опредѣленной цѣлью можетъ стать юридическимъ лицомъ (*Arndts, Pand.* § 44 п. 2).

Состоять членомъ нѣсколькихъ коллегій не дозволялось<sup>3)</sup>.

Вопросъ о томъ, насколько юридическая личность зависѣла въ каждомъ случаѣ отъ утвержденія власти, разрѣшается слѣдующимъ образомъ. Учрежденія не требовали особаго разрѣшенія; самое ихъ существованіе придавало имъ значеніе юридическаго лица. Корпораціи слѣдуетъ подраздѣлить на дозволенные и недозволенные (*collegia licita, collegia illicita*). Последними признавались тѣ союзы, которые, уже съ послѣднихъ временъ республики, имѣли стремленіе выродиться въ политическіе клубы. Поэтому подобныя союзы запрещено было открывать подъ страхомъ наказанія<sup>4)</sup> безъ особаго разрѣшенія императора или сената. Къ числу дозволенныхъ корпорацій принадлежали и такія, которыхъ установленіе даже поощрялось со стороны императоровъ разными привилегіями, какъ-то мно-

<sup>1)</sup> Nov. 131 c. 11.

<sup>2)</sup> *Windscheid. Pand.* 1 § 60.

<sup>3)</sup> L. 1 § 2 D. 47, 22.

<sup>4)</sup> L. 2 D. 47, 22.

гіе виды ремесленныхъ и торговыхъ корпорацій<sup>1)</sup>). Поэтому для установленія дозволенныхъ корпорацій едвали требовалось особое какое либо разрѣшеніе власти.

Вообще вопросъ объ участіи государства при установленіи юридическихъ лицъ весьма споренъ. Такъ, по мнѣнію Савиньи (сѣт. р. 275—279), для установленія всякаго юридическаго лица безусловно необходимо разрѣшеніе государственной власти. Главное теоретическое основаніе этому воззрѣнію то, что юридическое лицо не носитъ, подобно физическому лицу, въ самомъ себѣ естественныхъ условій правоспособности. На него только путемъ фикціи распространяется правоспособность физическаго лица, а такое распространеніе можетъ исходить только отъ власти (см. другія основанія этого воззрѣнія у *Salkowski*. Bemerkung, р. 19—29). Но римское право положительно держится иного начала. Такъ, въ частности учрежденія, по яснымъ выраженіямъ источниковъ, могли устанавливаться безъ какого либо участія власти (L. 23 C. 1, 2; L. 35, 46, 49 C. 1, 3. См. прежнюю спорность вопроса у *Rosshirt* въ *Archiv f. d. civilist. Praxis* X, р. 325, 326). Такъ какъ Римъ зналъ только благотворительныя учрежденія (см. выше), то сама похвальная цѣль ихъ установленія не могла дать повода къ ограниченію первоначальной свободы каждаго по усмотрѣнію устанавливать *ria corpora*. Теперь большинство романистовъ держатся этого мнѣнія.—По вопросу объ установленіи корпорацій высказанное мнѣніе принадлежитъ Пухтѣ (*Kleine civ. Schriften*, р. 512—515). Но многіе ученые оспариваютъ это мнѣніе (см. у *Unger* въ *Krit. Uebersch.* 6, р. 148—156; *Windscheid*. *Pandekt.* 1 § 60 п. 2). Источники же даютъ основаніе думать, что римское законодательство шло путемъ ограниченія первоначальной свободы основывать корпораціи (противное доказываетъ *Sohn*. *Vereinsr.*, р. 28—35), запрещая подъ страхомъ наказанія извѣстныхъ категоріи; откуда и названіе «недозволенные коллегіи» (*collegia illicita*). Такъ, во время политическихъ неурядицъ были запрещены клубы съ политическимъ вліяніемъ, *sodalitates* (*Cic. ad Quint.* 2, 3) и вообще собранія политическія (*coetus factiosorum hominum* *Asconius in Cornel.*, р. 75 ed. *Orelli*). Подобныя корпораціи, подразумѣвалось, могли быть установлены только съ разрѣшенія власти (L. 3 пр. § 1 D. 47, 22), тогда какъ всѣ остальные, какъ *collegia licita*, не требовали подобнаго разрѣшенія, такъ какъ закона подобнаго не было. Вотъ смыслъ L. 1, 2, 3 D. 47, 22; L. 1 пр. D. 3, 4. (Ср. *Sohn* *Vereinsr.*, р. 80—100).

*Конецъ юридическаго лица.* Конецъ государства и лежащаго наследства объясняется изъ самаго ихъ понятія. Остальныя юридическія лица прекращаютъ свое существованіе, когда отпадаютъ необходимыя предположенія ихъ юридической личности: I) отпадаетъ основа ихъ личности и II) когда правовое

<sup>1)</sup> L. 17 § 2, 3; L. 46 D. 27, 1; L. 6 § 12, 13 D. 50, 6. См. также *Lampadius* с. 33.

предписаніе направлено на прекращеніе за ними характера самостоятельнаго правового субъекта.

I. Такъ, корпорація прекращаетъ свое существованіе, когда выходятъ всѣ ея члены смертью или заявленіемъ. Простая перемѣна членовъ, хотя бы всѣхъ, не влечетъ за собой прекращенія корпораціи<sup>1)</sup>, такъ какъ корпорація, какъ особое лицо, требуетъ для своего понятія наличности членовъ, но какихъ—настоящихъ, или послѣдующихъ—это безразлично. Поэтому же корпорація продолжаетъ свое существованіе, если останется хотя бы одинъ членъ<sup>2)</sup>, и прекращается, если не останется на лицо ни одного члена.

Многіе писатели полагаютъ, что и съ выходомъ всѣхъ членовъ возможно еще продолженіе корпораціи, если не прекратилась ея цѣль, осуществляютъ которую въ непродолжительномъ времени могутъ приступить новые члены (*Savigny Syst. I, p. 280; Windscheid P. 1 § 61; Arndts § 45 п. 1; Zrodowski 1, p. 284*). Но другіе писатели основательно не признаютъ существованія корпораціи за то время, когда выходятъ всѣ ея члены, такъ какъ по самому понятію корпораціи, она немыслима безъ личнаго состава (*Pfeifer cit. p. 115; Brinz. Pand., p. 1147; см. Dernburg. Pand. I, p. 148 п. 2*).

II. Прекращается корпорація, когда предписаніемъ власти она лишается характера юридическаго лица, закрывается<sup>3)</sup>.

Помимо этихъ способовъ прекращенія корпорацій, въ самомъ ихъ установленіи могутъ заключаться условія ихъ прекращенія, какъ-то наступленіе срока, на который были установлены, достиженіемъ цѣли, на которую были направлены.

Иногда въ числѣ способовъ прекращенія корпорацій выставляются постановленія о томъ членовъ корпораціи (напр., *Windscheid 1. § 61*); но уже давно возражали противъ такого возрѣнія (особенно см. *Puchta* въ *Kleine civ. Schrift., p. 505*). Воля членовъ корпораціи имѣетъ лишь то значеніе, что придаетъ ей активное бытѣе, но нельзя эту волю разсматривать за волю самой корпораціи, направленную на прекращеніе своей личности. Постановленіемъ члены могутъ вызвать только косвенно прекращеніе корпораціи, а именно, соглашаясь выдти изъ состава корпораціи, но это не будетъ уже особый способъ прекращать корпорацію (*Zrodowski, P. 1, p. 285, 286*).

Учрежденія прекращаются<sup>4)</sup>, I когда нѣтъ болѣе имущества.

<sup>1)</sup> Ср. L. 76 D. 5, 1. Принадлежность къ корпораціи переходила нерѣдко *ipso jure* отъ отца къ дѣтямъ, см. L. 16 C. Th. 10, 20; L. 51, 62, 64, 101, 137, 139, 149, 159, 178 C. Th. 12, 1; L. 1, 20 C. Th. 13, 5.

<sup>2)</sup> L. 7 § 2 D. 3, 4.

<sup>3)</sup> См., напр., L. 3 pr. § 1 D. 47, 22.

<sup>4)</sup> *Roth* въ *Jahrb. f. d. Dogm.* 1, 2, p. 218—220.

Аналогическій вопросъ о продолженіи учрежденія при существованіи цѣли (*Brinz P.*, p. 1137, 1138).

II. Когда преслѣдуемая цѣль становится недозволенной или недостижимой.

Помимо этихъ способовъ прекращенія, учрежденіе по общимъ правовымъ началамъ перестаетъ существовать съ наступленіемъ его срока или условія, подъ которымъ было установлено.

*Судьба имущества юридического лица по его прекращеніи.* По вопросу о преемственности въ имуществѣ юридического лица источники римскаго права не имѣютъ никакихъ данныхъ<sup>1)</sup>. Правильное рѣшеніе состоитъ въ слѣдующемъ<sup>2)</sup>.

Прежде всего обращается вниманіе, не постановлено ли чего либо въ самомъ актѣ установленія юридического лица о будущей судьбѣ имущества, или въ частности для корпораціи, — не было ли предъ прекращеніемъ юридического лица постановленіе объ его имуществѣ. Но съ прекращеніемъ юридического лица никоимъ образомъ не прекращаются права отдѣльныхъ лицъ, въ томъ числѣ и членовъ его, установленныя къ имуществу юридического лица (напр., право сервитутовъ, или въ случаяхъ вообще товариществъ на паяхъ). Если не имѣется ни того, ни другого, то имущество юридического лица, какъ выморочное (*bonum vacans*) идетъ въ казну (имущества религіозныхъ учрежденій идутъ спеціально въ *fiscus ecclesiasticus*).

Нѣкоторые ученые (*Böhlau cit.* p. 41—51) полагаютъ, что и въ послѣднемъ случаѣ имущество корпораціи дѣлится между ея членами. Но, выходя изъ принятой нами теоретической конструкціи юридическихъ лицъ, мы не можемъ признать такого дѣленія. Съ прекращеніемъ корпораціи нѣтъ уже болѣе того субъекта, которому исключительно принадлежало корпораціонное имущество; а такъ какъ юридическія лица не могутъ имѣть ни завѣщательныхъ, ни законныхъ наслѣдниковъ, то остается одно изъ двухъ: или разсматривать данное имущество безхозяйнымъ, обязательства прекратившимися, или же считать его выморочнымъ, *bonum vacans*, и какъ таковое передавать казнѣ. Всѣ юридическія предположенія говорятъ за выморочность (*Puchta* въ *Kleine civ. Schriften*, p. 509—511).

<sup>1)</sup> Въ *L. 5 C. 1, 11* говорится лишь о конфискаціи мѣстъ языческаго богослуженія (*Böhlau cit.* p. 42), а въ *L. 3 D. 47, 22* рѣчь идетъ о недозволенныхъ сообществахъ (*collegia illicita*), а поэтому имущество не перестаетъ принадлежать отдѣльнымъ ихъ членамъ (*Savigny cit.* p. 257 f. N. o. ср. *Cohn Vereinsr.*, p. 94, 95).

<sup>2)</sup> *Arndts*, *Pandekten* § 45; *Windscheid*, *Pand.* I § 62. См. предполагаемую волю учредителя *L. 16 D. 33, 2*; *L. 4 (6) D. 50, 8*.



## II. ОБЪЕКТЪ ПРАВА.

### Вещь, какъ предметъ права.

*Пособія: Unger. System d. oesterr. allem. Privatr. B. 1 Aufl. 1876, p. 353—488.—Zrodowski. Das römische Privatrecht B. 2. 1880, p. 1—160.*

*Общее понятіе предмета права.* Подъ предметомъ или объектомъ права разумѣется все то, что на основаніи положительнаго права можетъ быть подчинено власти лица, т. е. иначе, все, что субъектъ права можетъ подчинить своей власти на основаніи закона, есть предметъ права. Общіе виды правовыхъ предметовъ по римскому праву слѣдующіе: 1) Извѣстная категория лицъ, которыя съ одной стороны сами могутъ быть субъектами правъ, а съ другой — состоятъ объектами извѣстныхъ правъ: это такъ наз. *homines alieni juris*, напр., *filiifamilias*, какъ объекты *patriae potestatis*. 2) Одушевленные и неодушевленные предметы внѣшняго міра, за изъятіемъ лицъ. Сюда относятся: вещи въ тѣсномъ смыслѣ слова, рабы и животныя. Наконецъ, 3) могутъ быть установлены права на опредѣленныя дѣйствія лицъ, неподчиненныхъ другому лицу. Что касается до перваго вида, лицъ, то они могутъ быть объектами правъ только тогда, когда находятся въ семейныхъ отношеніяхъ, а поэтому разсмотрѣніе ихъ относится къ отдѣлу семейнаго права. Затѣмъ, третій видъ, дѣйствія лицъ, какъ правовые объекты, имѣютъ также свой опредѣленный отдѣлъ въ системѣ гражданскаго права, а именно, отдѣлъ обязательственнаго права. Остаются одушевленные и неодушевленные предметы внѣшняго міра; они составляютъ самый главный и общій видъ объектовъ права. Этотъ видъ и составитъ предметъ послѣдующаго разсмотрѣнія подъ общимъ названіемъ *вещей, res*.

### Понятіе вещи.

Подъ словомъ вещь, *res*, въ обширномъ смыслѣ разумѣются всѣ предметы существующіе. Какъ объекты частнаго обладанія лица, совокупность вещей составляетъ имущество этого лица,

его *familia*, по выраженію древнихъ источниковъ, а по позднѣйшимъ *bona* или даже *pecunia* <sup>1)</sup>).

Ульпіанъ даетъ такую этимологію слова *bona*: *Bona dicuntur ex eo quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse* (L. 49 D. 50, 16). Въ словахъ этихъ не заключается юридическаго опредѣленія понятія имущества а, какъ говоритъ самъ Ульпіанъ, только естественный смыслъ (*naturalis appellatio*) *bona*, какъ всего того *quae prosunt* (ср. также L. 83. D. 1, 5). Въ числѣ вещей, способныхъ приносить человѣку пользу, есть много такихъ, которыя въ понятіе имущества входятъ не могутъ, какъ не состоящія въ частномъ обладаніи лица. Поэтому всякое имущество состоитъ изъ вещей, но не всѣ вещи входятъ въ имущество, а только тѣ, которыя составляютъ *res singulorum, res privatae* даннаго лица. *Rei appellatio latior est quam pecuniae, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt* (L. 5. § 1. D. 50, 16).

*Bona* въ юридическомъ смыслѣ будетъ имущество, которое мы можемъ назвать *nostra*, которое принадлежитъ намъ по праву <sup>2)</sup>).

Подъ вещами, составляющими имущество лица, въ болѣе обширномъ смыслѣ слова разумѣются не только предметы физическіе, опредѣленные по пространству предметы внѣшняго міра, но и дѣйствія и права, т. е. всѣ доставшіеся правовымъ путемъ предметы внѣшняго міра для удовлетворенія потребностей даннаго лица <sup>3)</sup>).

*Rei appellatione et causae et jura continentur* L. 23. D. 50, 16.

Сами права несомнѣнно могутъ быть правовыми объектами <sup>4)</sup>). Такъ установленныя права подлежатъ волею ихъ субъекта прекращенію, измѣненію. Въ этомъ выражается правовая власть, объектомъ которой будетъ право. Разсмотрѣніе правъ, какъ правовыхъ объектовъ, уместно въ соотвѣтствующихъ имъ отдѣлахъ особенной части системы <sup>5)</sup>), а потому въ настоящемъ отдѣлѣ о немъ будетъ упомянуто настолько, насколько этимъ выясняется главный предметъ. Въ той же мѣрѣ будетъ говорено и объ имущественныхъ совокупностяхъ (*universitates juris*), какъ напр., *rescuium*, наследство (*hereditas*) и т. д. Полное разсмотрѣніе ихъ, по всей очевидности, относится къ особенной

<sup>1)</sup> L. 222. D. 50, 16.

<sup>2)</sup> *Birkmeyer*. Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. Erlangen 1879, p. 15—26.

<sup>3)</sup> *Birkmeyer*. cit. p. 23.

<sup>4)</sup> См. *Neuner*. Rechtsverh., p. 52, 53; *Hartmann* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* 17, p. 86.

<sup>5)</sup> *Windscheid*. Pandekt. I § 48 a.

части. Изъ этого же слѣдуетъ, что предметомъ дальнѣйшаго изложенія будетъ *res* въ самомъ тѣсномъ смыслѣ слова <sup>1)</sup>, а именно: предметы только физическіе, за исключеніемъ лицъ, *personae*. Свободный человекъ никогда не рассматривался какъ вещь <sup>2)</sup>. Рабы хотя и рассматривались какъ бы вещами еще въ позднѣйшемъ правѣ <sup>3)</sup>, тѣмъ не менѣе, безличіе ихъ никогда не было проведено со всей строгой послѣдовательностью; въ новомъ же римскомъ правѣ за рабами весьма широко признается дѣеспособность <sup>4)</sup> и уже поэтому рабство слѣдуетъ отнести къ отдѣлу о правахъ личности. Итакъ, подъ вещами мы будемъ разумѣть физическіе предметы, за исключеніемъ рабовъ.

### Виды вещей <sup>5)</sup>.

Согласно изложенному понятію вещей, ихъ можно раздѣлить на виды по двумъ признакамъ, а именно: А) со стороны ихъ естественныхъ свойствъ, насколько они имѣютъ юридическое значеніе и Б) со стороны правоотношеній на нихъ.

А) По естественнымъ свойствамъ всѣ вещи дѣлятся прежде всего на

#### 1) Вещи тѣлесныя и безтѣлесныя, *res corporales* и *res incorporales* <sup>6)</sup>.

По опредѣленію источниковъ, подъ тѣлесными вещами разумѣются такія вещи, которыя могутъ быть осязаемы, въ отличіе отъ безтѣлесныхъ, которыя могутъ быть восприняты только мыслию.

*Res corporales sunt, quae tangi possunt; res incorporales, quae tangi non possunt* L. 1. § 1 D. 1, 8; § 1, 2. I. 2, 2.

Къ первой категоріи будутъ относиться всѣ предметы ограниченнаго въ пространствѣ матеріальнаго существованія: земля, камень, рабъ и т. п. Ко второй принадлежатъ права, какъ вещныя, такъ и обязательственныя и семейныя. Сюда же относится и право наследства въ смыслѣ права пріобрѣсти, вступ-

<sup>1)</sup> Срав. L. 3 D. 48, 13; L. 4 D. 48, 22.

<sup>2)</sup> L. 6 pr. L. 18, 1; L. 83 § 5 D. 45, 1.

<sup>3)</sup> L. 2 § 2 D. 9, 2, L. 215 D. 50, 16.

<sup>4)</sup> См. выше о физическ. лицахъ, стр. 71, 72.

<sup>5)</sup> *Inst.* 2, 1 de rerum divisione.—*Dig.* 1, 8 de divisione rerum et qualitate.

<sup>6)</sup> *Inst.* 2, 2 de rebus corporalibus et incorporalibus.

леніемъ въ права наследника, имущество умершаго <sup>1)</sup>. Но изъ всѣхъ правъ, право собственности Римляне относили къ тѣлеснымъ вещамъ <sup>2)</sup>; собственность, по ихъ возрѣнію, въ силу своего объема нѣкоторымъ образомъ сливается съ самою вещью; собственникъ, какъ таковой, есть неограниченный распорядитель вещью.

Противъ такого причисленія права собственности къ тѣлеснымъ вещамъ (см. *Pagenstecher. D. röm. Lehre vom Eigenthum* I, p. 4) начинаютъ высказываться нѣкоторые новѣйшіе писатели. Думаютъ (см. *Randa. Das Eigenthumsrecht* I. Leipzig 1884, p. 1 п. 2), что обозначеніе собственности тѣлесной вещью основано на юридически неточномъ отождествленіи самой вещи съ правомъ на нее (но ср. *Wächter. Pand. I.*, p. 257—259).

Подобно тѣлеснымъ, и безтѣлесныя вещи, какъ сказано выше, могутъ быть правовыми объектами, хотя сравнительно въ рѣдкихъ случаяхъ, напр., залога права требованія, *pignus nominis*, права вещного пожизненнаго пользованія, *pignus ususfructus*, уступки права наследства, *in jure cessio hereditatis*. Поэтому подъ именемъ вещи обыкновенно разумѣютъ вещь тѣлесную.

Вещи тѣлесныя бываютъ двухъ родовъ:

## 2) Вещи недвижимыя и движимыя, *res immobiles* и *res mobiles*.

Нѣкоторые писатели (напр., *Böcking. Pand. § 74. §§ a, b*) распространяютъ это дѣленіе и на права. Но источники наши ясно противопоставляютъ *res mobiles* и *immobiles* правамъ (*jura, res incorporales*); L. 7. § 4. D. 15, 1; L. 15. § 2. D. 42, 1; L. 2, 3. C. 7, 37; L. un. § 7. C. 5. 13. Вопросъ о приуроченіи правъ къ одной изъ данныхъ категорій вещей принадлежитъ новому времени.

Тѣлесныя вещи бываютъ или недвижимыя, или движимыя, смотря по тому, способны онѣ къ перемѣщенію безъ поврежденія ихъ сущности или измѣненія формы, или неспособны къ такому перемѣщенію.

Нѣкоторые писатели (напр., *Windscheid. Pand. I § 139; Zrodowski. D. röm Privatr. 2.*, p. 87. п. 2) выходятъ лишь изъ одной возможности перемѣщенія, не упоминая о томъ, будетъ ли это перемѣщеніе вести за собою поврежденіе или нѣтъ. Они выходятъ изъ того, что послѣдняя оговорка заста-

<sup>1)</sup> § 2 J. 2, 2.

<sup>2)</sup> L. 8 pr. D. 20, 6; L. 13 § 1 D. 39, 2.

вить признать многіе предметы, несомнѣнно движимые, за недвижимые, напр., молоко, портящееся при дальнемъ перемѣщеніи. Но на это можно возразить, что безъ данной оговорки, наоборотъ, не мало недвижимостей должно быть отнесено къ движимостямъ, напр., многія строенія. Поэтому вѣрнѣе внести въ опредѣленіе признаковъ поврежденія, но рассматривать его какъ общее явленіе при перемѣщеніи извѣстныхъ вещей, а не какъ случайное, возможное при этомъ послѣдствіе.

Недвижимыми вещами будутъ только поземельные участки (*solum, fundus*, обширные участки — *latifundia, campī*, малые — *praedia, loci*), т. е. опредѣленные границами части земной поверхности, и все что съ ними естественно или искусственно соединенѣ (*junctio, implicatio*)<sup>1)</sup>, такъ что не можетъ быть отдѣлено безъ ущерба сущности или перемѣны формы, напр., растенія, строенія, находящіяся въ связи съ поверхностью участка (*ager* для деревни, *area*—для города<sup>2)</sup>).

Общее названіе для участка вмѣстѣ со всѣмъ находящимся на немъ, т. е. строеніями, было *fundus*. *Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur*. L. 211. D. 50, 16; L. 115. D. 50, 16. Впрочемъ, въ другихъ мѣстахъ дѣлается различіе между *fundus* и *aedes*. *Gajus* 2, 42; L. 1. §§ 3, 6. D. 43, 16. Поэтому болѣе точное обозначеніе участка со всѣмъ его составомъ имѣемъ въ выраженіи *res soli*. *Gajus* 2 § 53, 54.

Поземельный участокъ становится самостоятельной вещью чрезъ опредѣленіе его границъ. По отграниченію въ Римѣ участки дѣлились на *agri limitati*, границы которыхъ установлены публично межевщиками (*agrimensores*), и *agri arcifinii*, участки отграниченные всякимъ другимъ способомъ, напр., рѣкой, публичной дорогой и т. п. Различіе это имѣло то юридическое значеніе, что только *agri arcifinii* могли подлежать приращенію чрезъ прімой, *alluvio*<sup>3)</sup>.

Къ участку принадлежитъ также пространство подъ и надъ нимъ находящееся<sup>4)</sup>.

Разъ соединеніе съ участкомъ кончается, то прежнія составныя части его теряютъ качество недвижимыхъ вещей, напр., *ruta caesa, eruta et caesa*.

<sup>1)</sup> L. 7 § 5; L. 9 pr. D. 43, 24; L. 30 § 1 D. 41, 3; L. 7 § 10 D. 41, 1; L. 29 § 2 D. 20, 1.

<sup>2)</sup> L. 27 pr.; L. 2, 11 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 16 D. 41, 1; L. 1 § 6 D. 43, 12.

<sup>4)</sup> L. 13 § 1 D. 8, 4; L. 24 § 12; L. 26 inf. D. 39, 2; L. 1 § 12 D. 39, 3; L. 1 pr.; L. 9, 14, 15 D. 8, 2; L. 8 § 5; L. 14 § 1 D. 8, 5; L. 22 § 4 D. 43, 24.

Весьма важное правовое значеніе имѣетъ дѣленіе участковъ по ихъ экономическому назначенію на городскіе и деревенскіе участки, *praedia urbana* и *praedia rustica*<sup>1)</sup>. Подъ первыми разумѣются недвижимости, предназначенныя для жилья (*aedes* — въ городѣ, *villae* — въ деревнѣ<sup>2)</sup>), или вообще для удобства (напр., сады). Сюда же относятся конюшни, магазины и даже незастроенныя складочныя мѣста<sup>3)</sup>. Подъ вторыми разумѣются участки, служащіе для извлеченія естественныхъ плодовъ. Если они лежатъ внутри или вообще въ округѣ города, то называются *praedia suburbana*<sup>4)</sup>.

Затѣмъ, особенное правовое значеніе имѣло дѣленіе участковъ на итальянскія и провинціальныя земли (*fundi italici* и *provinciales*). Первыми назывались земли, расположенныя въ Италіи, а вторыми земли, находящіяся въ провинціи<sup>5)</sup>.

Вещами движимыми могутъ быть какъ неодушевленные предметы (*res mobiles* въ тѣсномъ смыслѣ, напр., торговые корабли<sup>6)</sup>), такъ и одушевленные предметы, т. е. приходящіе въ движеніе собственною силою (*res se moventes, moventia*<sup>7)</sup>), какъ-то рабы и животныя. Между послѣдними различаютъ животныхъ дикихъ (*bestiae, ferae bestiae*<sup>8)</sup>), когда они живутъ на свободѣ, прирученныхъ (*mansuetae, mansuefactae*<sup>9)</sup>) и ручныхъ, домашнихъ животныхъ<sup>10)</sup>.

Дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя имѣетъ значеніе въ отдѣльныхъ постановленіяхъ положительнаго права, дающаго особаго начала для одной и другой категоріи вещей, какъ напр., при давности владѣнія (*usucapio*), сервитутахъ, воровствѣ<sup>11)</sup> и нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ<sup>12)</sup>.

Въ средѣ тѣлесныхъ же вещей слѣдуетъ далѣе различать:

1) L. 198 D. 50, 16; L. 16 C. 5, 71.

2) L. 211 D. 50, 16.

3) L. 4 § 1 D. 20, 2.

4) Ср. L. 16 C. 5, 71.

5) Gajus 1, 120; Ulpian. 19, 1 — Gajus 2, 21.

6) L. 20 § 4 D. 43, 24.

7) L. 93 D. 50, 16.

8) Gajus 2, 67; § 12 J. 2, 1; L. 44 D. 41, 1.

9) L. 1 § 6 D. 3, 1.

10) Какія животныя относятся къ какому изъ перечисленныхъ видовъ см. у Böcking. Pand. I § 74 note.

11) L. 38 D. 41, 3.

12) Kuntze. Cursus d. Instit. § 438.

3) Вещи простые, составныя и совокупности вещей (*res unitae, res connexae s. compositae, universitates rerum*<sup>1)</sup>).

Всякая отдѣльная вещь (*res singula*) будетъ по роду соединенія составныхъ ея частей или вещью простою, или составною<sup>2)</sup>, а именно: если между частями вещи имѣется непосредственная связь (*continuatio*), такъ что граница одной части тотчасъ образуетъ начало другой части, partes не имѣютъ собственныхъ fines, то вещь такая будетъ простая<sup>3)</sup>, *res unita, corpus unitum, quod uno spiritu continetur*<sup>4)</sup>, какъ напр., человекъ, камень, балка. Если же соединеніе частей будетъ только внѣшнее, такъ что не будетъ перехода одной части въ другую, части будутъ только соприкасаться (*contingere*), то вещь называется составною<sup>5)</sup>, *res composita, corpus connexum, quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat*<sup>6)</sup>, какъ напр., домъ, корабль. Болѣе кратко различіе между вещами простыми и составными можно опредѣлить такъ: подъ первыми разумѣются вещи, коихъ части соединены органически, а подъ вторыми — вещи, коихъ части соединены механически<sup>7)</sup>. Если соединеніе таково, что образуется новая вещь (напр. корабль), то составная вещь можетъ быть объектомъ правъ сама по себѣ, могутъ быть объектами правъ и отдѣльныя ея составныя части, насколько онѣ въ соединеніи не теряютъ своего самостоятельнаго существованія (напр., *ignum junctum*); только осуществленіе этихъ правъ отлагается до тѣхъ поръ, пока это соединеніе не прекращается<sup>8)</sup>. Наконецъ, существуютъ такіе предметы, которые состоятъ изъ совокупности отдѣльныхъ вещей (*capita*), не соединенныхъ вмѣстѣ ни органически, ни механически, но которыя подъ общимъ названіемъ составляютъ одно цѣлое, къ которому и примѣняются правовыя начала, напр., стадо<sup>9)</sup> (*grex, armentum, equitium*).

<sup>1)</sup> *Göppert. Ueber einheitliche, zusammengesetzte u. Gesamtsachen. Halle 1871.*

<sup>2)</sup> Ср. слова Помпонія L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>3)</sup> *Göppert cit. p. 41.*

<sup>4)</sup> L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>5)</sup> *Ibid.*, p. 44 — 46.

<sup>6)</sup> L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>7)</sup> *Vangerow. Pand. 1, p. 106, 107.*

<sup>8)</sup> L. 23 pr. § 2 D. 41, 3; L. 7 § 11 D. 41, 1.

<sup>9)</sup> L. 1 § 3; L. 2; L. 3 pr.; L. 23 § 5 D. 6, 1; L. 21 § 1 D. 44, 2.

Въ наукѣ весьма спорно: можетъ ли совокупность вещей, какъ таковая, быть объектомъ правъ. Многие полагаютъ, что объектами всегда будутъ только *res singulae*, составляющія эти совокупности, допуская самое большее возможность востребовать ихъ однимъ искомъ, ради практическаго удобства (см. *Girtanner* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik*. В. 3. Н. 1, р. 95 и слѣд. Новѣйшія воззрѣнія по вопросу см. у *Windscheid'a Pand.* I § 137 п. 6).

Источники называютъ эти предметы словомъ *universitas*; новѣйшая же наука, для отличія этой совокупности отдѣльныхъ вещей отъ вещей составныхъ, называемыхъ въ источникахъ также *universitas*<sup>1)</sup>, даетъ послѣднимъ названіе *universitas rerum cohaerentium*, а первымъ — *universitas rerum distantium*. Правовое положеніе той и другой *universitas* во многомъ различно, какъ напр., въ ученіи о владѣніи и давности.

*Universitas rerum dist.* въ наукѣ, начиная со временъ глоссаторовъ, противопоставляютъ подъ названіемъ *universitas facti, hominis*, такъ называемому *universitas juris*, подъ которой разумѣется совокупность вещей (какъ тѣлесныхъ, такъ и безтѣлесныхъ, или обоого рода), вмѣстѣ съ принадлежащими къ нимъ долгами, разсматриваемая какъ одно цѣлое, напр. *hereditas, dos, peculium*<sup>2)</sup>.

По вопросу о признакахъ, по которымъ слѣдуетъ различать *universitates facti* отъ *univers. juris*, писатели расходятся. Такъ, одни писатели видятъ въ *univers. facti* совокупности, которыя сами собою ясны, такъ что всякій можетъ ихъ принять за таковыя, тогда какъ *univers. juris* будутъ совокупности, признанныя таковыми юридической нормой (см., напр., *Hesser. Personnes morales*, р. 45, 46). Другіе понимаютъ подъ *univers. facti* совокупности, обусловленныя природой своей, тогда какъ *univers. juris* могутъ быть схвачены только мыслью (см., напр., *v. Wetter. Droit romain I*, р. 125, 126). Такъ какъ дѣленіе это не имѣетъ существеннаго юридическаго значенія, то достаточно условиться лишь въ пониманіи состава совокупности подъ тѣмъ или другимъ названіемъ. Поэтому, согласно уже воззрѣнію Тибо (*System d. Pandectenrechts*, I § 175), Макельдея (*Lehr. d. röm. Rechts* § 150) и др. мы будемъ подъ *univers. facti* разумѣть совокупности лишь предметовъ матеріальныхъ, а подъ *univers. juris* — совокупности, которыя могутъ заключать въ себѣ и *res incorporales*, права и обязательства.

Различіе въ правовомъ положеніи между обоими видами *universitates* видѣли обыкновенно въ томъ, что только къ *universitas juris* примѣнялось правило, *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, а также *in rem actio universalis*. Но теперь большинство ученыхъ (см. статью *Hasse* въ *Civ.*

<sup>1)</sup> L. 23 pr. D. 41, 3; L. 7 § 11 D. 41, 1; L. 8 D. 43, 24.

<sup>2)</sup> L. 20 § 10 D. 5, 3; L. 1 § 4 D. 33, 4; L. 1 § 8 D. 15, 2.



Arch. 5 № 1 и *Mühlenbruch* ibid. 17 № 12) признают эти особенности только для hereditas. Если же это такъ, то нѣтъ основанія удерживать особыя обозначенія для той и другой universitates (*Vangerow. Pand.* 1, p. 109).

#### 4) Вещи дѣлимая и недѣлимая<sup>1)</sup> (res dividuae et individuae).

Физически всѣ вещи дѣлимы, но юридически дѣлимы только тѣ вещи, разложеніе которыхъ на части не ведетъ за собою разрушенія ихъ сущности или значительнаго пониженія ихъ стоимости<sup>2)</sup>.

Признакъ такой дѣлимости источники выражаютъ словами: res quae dividi possunt (L. 26 § 2 D. 30), въ отличіе отъ res quae dividi non possunt (L. 35 § 3 D. 6, 1).

Дѣленіе вещи безъ разрушенія ея стоимости будетъ тогда, когда полученныя отъ дѣленія вещи по своей сущности не отличаются отъ цѣлаго, когда дѣленіемъ получаютъ изъ одной вещи нѣсколько одного и того же рода, но только меньшаго объема<sup>3)</sup>. Поэтому дѣлимы всѣ земли, а изъ движимыхъ res, quae pondere ac mensura consistunt. Совсѣмъ иное значеніе имѣетъ вопросъ о дѣлимости вещей, когда рѣчь идетъ объ отдѣльныхъ ея частяхъ, безъ непремѣннаго уничтоженія между ними связи. Существенный признакъ дѣленія въ этомъ смыслѣ тотъ, чтобы изъ дѣлимой вещи образовалось нѣсколько предметовъ, изъ которыхъ каждый составилъ бы отдѣльный объектъ самостоятельнаго правового господства. Подобныя части носятъ названіе *partes pro diviso*, реальныя части. Самый способъ дѣленія опредѣляется природою и свойствами вещи. Недвижимыя вещи могутъ быть лишь разграничены на части. Такое дѣленіе мыслимо не только для недвижимыхъ, но и для движимыхъ вещей<sup>4)</sup>.

Многіе писатели (напр., *Steinlechner. D. Wesen d. juris communio* 1, p. 39—43) не допускаютъ дѣлимости движимыхъ вещей на *partes pro diviso*, но едва ли основательно. Возьмемъ примѣръ: отдѣльныя таблицы одного и того же манускрипта въ рукахъ различныхъ лицъ и т. п. (См. *Randa D. Eigenthumsrecht* 1, p. 210 п. 6). Можно допустить оспариваемое воззрѣніе только съ той оговоркой, что движимая вещь недѣлима настолько, насколько

<sup>1)</sup> *Bianchi. La divisibilità e la indivisibilità delle cose corporali* въ *Archivio giuridico*, v. XXIX fasc. 1 e 2. Pisa 1882.

<sup>2)</sup> L. 26 § 2 D. 30 (1).

<sup>3)</sup> *Zrodowski. D. röm. Privatr.* 2, p. 109, 110.

<sup>4)</sup> L. 83 D. 17, 2.

она не допускаетъ разложеніе на части; въ этихъ случаяхъ господство на *pars pro diviso* будетъ непременно обнимать всю вещь (L. 8 in fin. D. 6, 1).

Но вещи, недѣлимыя въ изложенномъ смыслѣ, дѣлимы умственно, подлежатъ дѣленію на такъ наз. *partes pro indiviso*, переводимыя теперь чаще словами интеллектуальныя части.

*Ut intellectu magis partes habent, quam corpore.* L. 5 D. 45, 3.

Такая дѣлимость имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣсколькимъ лицамъ принадлежитъ сообща вещь, но каждому въ части, реально не опредѣленной, *res plurium communis pro partibus indivisis*<sup>1)</sup>.

Понятіе такой дѣлимости спорно. По мнѣнію болѣе правильному, умственные части суть части самой вещи, но не дѣйствительныя, а умственно опредѣленныя или, иначе сказать, части въ стоимости вещи.

Въ наукѣ крайне спорно, какъ понимать *partes pro indiviso* (см. *Steinlechner. Das Wesen der juris communio etc. Abth. I Innsbruck 1876, p. 72 и слѣд. и II 1878, p. 224 и слѣд.*). Многие ученые (напр. *Arndts. Pand. § 53; Unger. Oest. Civ. R. § 51 и Anm. 27 и др.*) видятъ тутъ умственное дѣленіе права на данную вещь, т. е. дѣленіе содержанія права. По мнѣнію другихъ (напр., *Windscheid. Pand. I § 142 и п. 11*), дѣленіе это относится къ самой вещи. Последнее болѣе справедливо, ибо право, т. е. содержаніе права, не можетъ быть дѣлимо; частичное право на осуществленіе воли — ничто. Мыслимо только общее участіе нѣсколькихъ лицъ въ опредѣленномъ правѣ. Сверхъ того, принятое воззрѣніе какъ нельзя болѣе соотвѣтствуетъ выраженіямъ источниковъ (L. 5, pr. D. 45, 3; L. 25, D. 7, 4; L. 5. § 15 D. 13, 6; L. 66, § 2, D. 2 (31); L. 64, § 4, D. 21, 2). Но срав. *Randa D. Eigenthumsr. 1, p. 212 п. 7*). Умственное дѣленіе имѣетъ значеніе опредѣлить величину участія въ стоимости вещи. Впрочемъ, весь этотъ споръ о *partes pro indiviso* практическаго значенія не имѣетъ (*Baron. Pandekt., p. 64*).

##### 5) Вещи потребляемыя и непотребляемыя (*res consumtibiles* и *non consumtibiles*).

Подъ первыми разумѣются вещи, которыхъ обыкновенное употребленіе состоитъ въ уничтоженіи или уменьшеніи ихъ субстанціи; вторыя же имѣютъ назначеніемъ служить цѣлому ряду пользованія, хотя бы это пользованіе и могло вести за собою постепенное уничтоженіе самой субстанціи.

Такъ какъ обыкновенно пользованіе вещами ведетъ за собою постепенное потребленіе ихъ, то нѣкоторые ученые противопоставляютъ потребляемымъ

<sup>1)</sup> L. 25 § 1 D. 50, 16; L. 26 D. 41, 2.

вещамъ категорію вещей изнашиваемыхъ (*abnützbare Sachen*, см. *Windscheid. Pand. I § 140*). Нами принятое противоположеніе болѣе рѣзко отгѣняетъ отличительные признаки тѣхъ и другихъ разрядовъ вещей и болѣе отвѣчаетъ словоупотребленію источниковъ, которые для вещей потребляемыхъ употребляютъ выраженія: *res quae usu consumuntur* (§ 2, I. 2, 4, рубрика къ *Dig. 7, 5*), *res quae in abusu consistunt* (L. 5. § 1, D. 7, 5), *quae usu tolluntur* (L. 1, D. 7, 5) и т. п. Это словоупотребленіе будетъ и противъ тѣхъ ученыхъ (напр., *Dernburg. Pand. I, p. 170*), которые относятъ изнашиваемыя вещи (напр., платья) прямо къ разряду потребляемыхъ вещей (ср. *Ihering. Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 15, p. 401*).

Къ числу вещей потребляемыхъ источники относятъ между прочимъ и деньги, употребленіе которыхъ, хотя и не ведетъ къ уничтоженію ихъ, но для употребляющаго собственника оно равно уничтоженію<sup>1)</sup>. По весьма явному признаку потребленія, къ вещамъ потребляемымъ источники иногда относятъ и носильное платье (*vestimenta*)<sup>2)</sup>, хотя правильнѣе считать ихъ въ числѣ *res quae usu minuitur*<sup>3)</sup>.

Дѣленіе вещей на потребляемыя и непотребляемыя не имѣетъ абсолютнаго значенія; въ каждомъ конкретномъ случаѣ частной волей можетъ быть приданъ характеръ непотребляемости вещамъ потребляемымъ<sup>4)</sup> и наоборотъ<sup>5)</sup>.

Юридическое значеніе разсмотрѣннаго дѣленія состоитъ въ томъ, что вещи потребляемыя не могутъ составлять объекта такого правового пользованія, которое рассчитано на большую или меньшую продолжительность, напр., не могутъ быть предметомъ ссуды и т. д.

Б) *Вещи со стороны правоотношеній на нихъ*. Въ гражданскомъ правѣ вещи разсматриваются лишь какъ предметъ извѣстныхъ правъ и правовыхъ сдѣлокъ. Какъ объекты тѣхъ и другихъ, вещи считаются состоящими въ гражданскомъ оборотѣ. Такія вещи составляютъ общее правило. Но многія категоріи вещей по различнымъ основаніямъ изъяты изъ гражданского оборота, т. е. не могутъ быть предметами гражданскихъ правъ, ни гражданскихъ сдѣлокъ. Такъ, рядомъ съ вещами, названными въ наукѣ *res quae in commercio sunt*, имѣется цѣлый разрядъ вещей, *res quae extra commercium sunt*.

<sup>1)</sup> § 2 J. 2, 4; L. 11 § 2; L. 13 D. 12, 1.

<sup>2)</sup> § 2 J. 2, 4.

<sup>3)</sup> L. 1. D. 7, 5.

<sup>4)</sup> См. L. 3 § 6; L. 4 D. 13, 6.

<sup>5)</sup> L. 15 § 4 D. 7, 1. См. *Zrodowski D. röm. Privatr. 2, p. 123 n. d.*

Источники для обозначенія этихъ вещей употребляютъ выраженія: *res quarum commercium non est*; *res quae haberi non possunt* или *quarum alienatio non est*. См. § 4 I. 2, 20; § 2 I. 3, 19; L. 39 § 9 D. 30 (1); L. 83 § 5 D. 45, 1.

1) Вещи изъятыя изъ оборота, *res extra commercium*<sup>1)</sup>.

Между вещами, изъятыми изъ оборота, слѣдуетъ различать<sup>2)</sup>: I. Вещи, вполне изъятыя изъ оборота и II. Вещи, частично изъятыя изъ оборота. Частичное изъятіе выражается или въ томъ, что а) всѣ правовые субъекты устранены отъ извѣстныхъ правъ на вещи, или б) только отдѣльнымъ правовымъ субъектамъ закрыты всѣ права на вещи, или в) отдѣльныя лица устранены отъ извѣстныхъ правъ на вещи. Рядомъ съ вещами, вполне или частично изъятыми изъ оборота, имѣется цѣлый классъ III. вещей, на которыя всѣмъ частнымъ лицамъ доступны всѣ вещныя права, но по которымъ не могутъ быть совершены извѣстныя сдѣлки съ дѣйствительной обязательной силой; это будутъ *res extra commercium* не въ собственномъ смыслѣ слова. Разсмотримъ каждый видъ изъятыхъ изъ оборота вещей въ отдѣльности.

1. *Вполнѣ изъятыя изъ оборота вещи*. Сюда прежде всего относятся обыкновенно т. наз.

а) *Res omnium communes*, вещи общія всѣмъ.

Подъ ними разумѣются такіе предметы, которые по естественнымъ своимъ свойствамъ какъ бы предназначены природою на пользованіе всѣхъ людей. Въ строгомъ смыслѣ о вещахъ этихъ нельзя сказать, что онѣ не подлежатъ гражданскому обороту; они вообще изъяты ото всякой человѣческой власти. Къ числу *res omn. communes* римляне относили: воздухъ<sup>3)</sup> (*aer*), море съ берегами, которыхъ граница опредѣлялась высшей чертой прилива<sup>4)</sup> (*mare et per hoc litora maris*), и протечная вода<sup>5)</sup> (*aqua profluens*).

<sup>1)</sup> *Wappäus*. Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. Göttingen 1867.

<sup>2)</sup> *Wappäus* cit. p. 6—8.

<sup>3)</sup> § 1, 5 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> § 3 J. 2, 1; L. 96 pr.; L. 112 D. 50, 16.

<sup>5)</sup> § 1 J. 2, 1.

Относительно моря источники нѣсколько противорѣчивы. Съ одной стороны, называютъ его абсолютно безхозяйной вещью (L. 14 pr. D. 41, 1), а съ другой, признаютъ верховное на него право государства (см. *Windscheid. Pand.* 1, § 146 п. 4).

Но всѣ эти предметы въ извѣстномъ смыслѣ могутъ состоять на исключительномъ правѣ частнаго лица. Такъ, воздушное пространство (а не воздухъ) надъ поверхностью частной недвижимой собственности будетъ на исключительномъ правѣ хозяина послѣдней<sup>1)</sup>; протечная вода, запруженная въ границахъ даннаго участка, становится собственностью хозяина послѣдняго, но при этомъ теряетъ характеръ протечной воды; частъ поверхности моря (а не самаго моря), а также берега, могутъ съ разрѣшенія власти<sup>2)</sup> быть застроены частнымъ лицомъ и сдѣлаться предметомъ его частнаго обладанія<sup>3)</sup>.

Распространеніе права собственности на воздушное пространство, находящееся надъ данною поверхностью, признается теперь почти всѣми писателями. Кромѣ учебниковъ, см. *Jhering* въ *Jahrb. f. Dogmat.* VI, p. 89. 90; *Becker* въ *Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts.* V, p. 166. Противъ этого высказывалось такое мнѣніе, что воздухъ никоимъ образомъ не можетъ составлять предмета собственности, какъ *res omnium communis* (см. *Werenberg* въ *Jahrb. f. Dogm.* VI, p. 12 и слѣд.). Послѣднее вполне вѣрно, но вопросъ идетъ только о воздушномъ пространствѣ, а не о воздухѣ, какъ замѣтилъ уже *Jhering* cit. p. 86.

β) *Res divini juris*, вещи божескаго права.

Въ понятіи правомочій римляне дѣлали различіе между *jus humanum* и *jus divinum*, т. е. совокупности человѣческихъ, а съ другой стороны, божескихъ правомочій, человѣческаго и божескаго права. Соотвѣтственно этому различію, подъ *res juris humani* разумѣлись вещи, способныя состоять объектомъ человѣческаго права, а подъ *res divini juris*—вещи, состоящія въ области чисто божескаго правомочія, на которыя человѣкъ не можетъ приобрѣсти никакого права.

Въ основѣ этого возрѣнія лежитъ представленіе древней языческой религіей божества, какъ человѣкоподобнаго существа, имѣющаго свои потребности, которымъ человѣкъ стремился удовлетворить посвященіемъ, имѣя цѣлью заручиться небеснымъ благоволеніемъ въ своимъ жизненныхъ дѣлахъ (*Warrinus* cit. p. 9).

<sup>1)</sup> L. 8 § 5; L. 14 § 1 D. 8, 5; L. 22 § 4 D. 43, 24.

<sup>2)</sup> L. 50 D. 41, 1; L. 3 § 1 D. 43, 8.

<sup>3)</sup> § 1 J. 2, 1; L. 4 pr. D. 1, 8; L. 5 § 1; L. 6 pr.; L. 10 D. eod.; L. 14 pr.; L. 30 § 4 D. 41, 1.

Къ числу этихъ предметовъ принадлежать прежде всего: *Res sacrae*, вещи публично, отъ имени римскаго народа, посвященные *diis superis*, высшимъ богамъ<sup>1)</sup>. Посвященіе (*consecratio, dedicatio*) должно было совершаться публично (*publice, non privatim*) отъ имени римскаго народа (*auctoritate populi Romani*) и поэтому требовалось предварительное согласіе народнаго собранія или сената. Сама церемонія посвященія совершалась высшими представителями римскаго культа, понтификами, позднѣе императорами<sup>2)</sup>. Посвящаемы могли быть всевозможные предметы.

Фестъ (*v. sacer mons*) перечисляетъ всего чаще посвящаемые предметы: *sive aedes, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud.* Въ Дигестахъ (1, 8) упоминается по преимуществу *locus sacer*, напр., мѣсто, предназначаемое для жертвоприношеній отъ имени государства.

Представленные посвященіемъ непосредственному господству высшихъ боговъ, *res sacrae* не могли составлять предмета частнаго права, они *in nullius bonis sunt*<sup>3)</sup>.

*Res religiosae*<sup>4)</sup> разумѣлись почти<sup>5)</sup> исключительно предметы, посвященные *diis manibus*<sup>6)</sup>, богамъ аида, т. е. иначе мѣста погребенія (*sepulcra, busta*). Для того, чтобы *locus* сдѣлался *religiosus*, требуется, чтобы 1) въ дѣйствительности произошло *illatio mortui*, былъ внесенъ прахъ умершаго въ назначенное для погребенія мѣсто<sup>7)</sup>. При этомъ безразлично, будетъ-ли это общее, публичное мѣсто погребенія или частное, для отдѣльнаго лица или семьи предназначенное. Ни мѣсто, отведенное для погребенія, ни гробница не считались за *res religiosa*, пока въ дѣйствительности не произошло погребенія<sup>8)</sup>. 2) *Illatio* должно быть совершено лицомъ на то имѣющимъ право, какъ-то наследниками умершаго, или другими лицами, получившими на то разрѣшеніе собственника земли<sup>9)</sup> (т. наз. *jus sepulcri et monumenti*).

<sup>1)</sup> Gajus 2, 4, 5; § 8 J. 2, 1; L. 6 § 3; L. 9 pr. D. 1, 8; Cod. de sacrosanct. eccles. 1, 2.

<sup>2)</sup> *Pernice*. Labeo 1, p. 256 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 6 § 2 D. 1, 8.

<sup>4)</sup> Dig. 11, 7; Cod. 3, 44 de religiosis.

<sup>5)</sup> Къ *res religiosae* причислялись также мѣста, пораженные молніей (*fulguritum*). См. *Rein Privat.*, p. 183.

<sup>6)</sup> Gajus 2, 4; L. 4 D. 11, 7; L. 4 init. C. 9, 19.

<sup>7)</sup> § 9 J. 2, 1.

<sup>8)</sup> L. 6 § 5; L. 7 D. 1, 8; L. 2 § 5 D. 11, 7.

<sup>9)</sup> § 9 J. 2, 1.

Только мѣсто, занятое прахомъ, считалось за *locus religiosus*, а не все пространство, предназначенное къ погребенію <sup>1)</sup>.

Какъ предметы непосредственнаго господства мановъ умершаго, *lusa religiosa* были вполнѣ изъяты изъ области гражданскаго оборота <sup>2)</sup>.

Только *res sacrae* и *res religiosae* считались за *res divini juris* <sup>3)</sup> и противопоставались *res humani juris* или *res profanae* <sup>4)</sup>. Какъ таковыя, они находились подъ охраной священныхъ законовъ, были *res sanctae* <sup>5)</sup>, ограждались отъ профанаціи суровыми наказаніями (*sancire poenas*). Послѣдній признакъ былъ имъ общій съ цѣлымъ разрядомъ предметовъ, которые назывались также *res sanctae*, но въ особомъ, тѣсномъ смыслѣ слова. Это были предметы, также поставленные подъ защиту священныхъ законовъ <sup>6)</sup>, но которые не были собственно *res divini juris* <sup>7)</sup>, ни *res extra commercium*, какъ таковыя <sup>8)</sup>. Таковы были городскія стѣны, ворота <sup>9)</sup> и т. п.

Къ вещамъ, вполнѣ изъятымъ изъ гражданскаго оборота, принадлежатъ еще слѣдующія <sup>10)</sup>:

а) Яды, *venena*, но не лекарственные (*venena bona*), а только вредныя яды (*venena mala*), служащія средствомъ къ убійству <sup>11)</sup>. Помимо того, что всѣ сдѣлки на эти яды были ничтожны <sup>12)</sup>, запрещалось подъ страхомъ суровыхъ наказаній даже имѣть ихъ у себя <sup>13)</sup>.

б) Запрещенныя книги, *libri prohibiti*, какъ-то *libri magicae artis, mathematicorum et vaticinatorum* <sup>14)</sup>

II. *Частью изъятая изъ оборота вещи*, т. е. предметы, на которые отдѣльныя права частнаго лица допускаются только съ ограниченіями. Сюда относятся: а) вещи, по которымъ извѣстныя права не доступны никому изъ правовыхъ субъек-

<sup>1)</sup> L. 2 § 5 D. 11, 7.

<sup>2)</sup> § 2 J. 3, 19; L. 6 § 2 D. 1, 8.

<sup>3)</sup> Gajus 2, 3.

<sup>4)</sup> L. 6 § 3 D. 1, 8.

<sup>5)</sup> Festus v. Sanctum; L. 8 pr. D. 1, 8.

<sup>6)</sup> Gajus 2, 8; L. 11 D. 1, 8.

<sup>7)</sup> Источники выражаются; *quodammodo divini juris* § 10 J. 2, 1.

<sup>8)</sup> *Warräus*, cit. p. 16.

<sup>9)</sup> § 10 J. 2, 1; L. 8 § 2; L. 9 § 3, 4 D. 1, 8.

<sup>10)</sup> *Warräus*, cit. p. 17.

<sup>11)</sup> L. 2, 36 pr. D. 50, 16.

<sup>12)</sup> L. 35 § 2 D. 18, 1.

<sup>13)</sup> L. 3 pr. § 3 D. 48, 8.

<sup>14)</sup> L. 4 § 1 D. 10, 2 ср. Paulus R. S. V. 23 § 18; 21 § 3, 4.

товъ. Таковы будутъ т. наз. *res publicae*, подъ которыми въ тѣсномъ, первоначальномъ смыслѣ разумѣлись только вещи, принадлежащія римскому народу <sup>1)</sup>, но въ болѣе обширномъ смыслѣ подъ ними разумѣются всѣ *res, quae in publico usu sunt*, т. е. предназначенныя къ общему употребленію или только удобству.

Считать-ли эти предметы состоящими въ собственности государства или общины, въ наукѣ спорно. Одни даютъ утвердительный отвѣтъ (см. *Baron* въ *Krit. Vierteljahrs.* 19, p. 393), другіе (*Windscheid. Pand.* 1, § 146, п. 11) признаютъ только верховное право (см. *Arndts. Pand.* § 49, п. 3). Первое мнѣніе вѣрнѣе, какъ прямо подтверждаемое источниками (L. 1 pr. D. 43, 1, см. *Pernice. Labeo* 1, p. 273).

Въ силу самаго назначенія этихъ вещей, отправленіе всѣхъ тѣхъ правъ на нихъ, которыя были бы противны такому ихъ назначенію, не допускается, иначе говоря, въ данной мѣрѣ наступаетъ изъятіе этихъ предметовъ изъ оборота; всѣ же права, не препятствующія общему употребленію, остаются въ полной силѣ. Къ даннымъ предметамъ относятся: публичныя рѣки, *flumina publica*, публичныя дороги, *viae publicae*, публичныя мѣста, *loca publica*, публичныя зданія и т. д.

*Рѣка и публичная рѣка въ частности* <sup>2)</sup>. — Отъ рѣки, *flumen*, отличается ручей, *rivus*, по величинѣ и по тому значенію, какое послѣднему придаютъ окрестные жители <sup>3)</sup>.

Слово *rivus* въ источникахъ имѣетъ и другой смыслъ, а именно искусственныхъ канавъ съ водопроводомъ (L. 1 § 2 D. 43, 21; L. 6 D. 10, 1). Поэтому придавать точный смыслъ приведенному различенію не слѣдуетъ. См. *Warräus, cit.* p. 19, 10.

Засимъ, *flumina* дѣлятся на *flumen publicum* и *flumen privatum* <sup>4)</sup>. По опредѣленію Кассія, къ первой категоріи принадлежатъ рѣки съ постоянно текущей водой <sup>5)</sup>, т. е. *flumina perpetua*, въ отличіе отъ второй категоріи, т. наз. *flumina tor-*

<sup>1)</sup> L. 15 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> Dig. 43, 12 de fluminibus etc. Dig. 43, 13 nequid in flum. publ. fiat. etc. Dig. 43, 14 ut in flumine publico navigare liceat. *Kappeler. Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach röm. Rechte* 1867. *Baron. Begriff u. Bedeutung d. öffentlichen u. privaten Wasserlaufs nach alten u. neuen Gesetzen* въ *Zeitsch. für vergleichende Rechtswissenschaft* Bd. I, p. 261 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 1 § 1 D. 43, 12.

<sup>4)</sup> L. 1 § 4 D. 43, 12.

<sup>5)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 12.



gentia, т. е. временныхъ потоковъ воды<sup>1)</sup>. По этому опредѣленію, почти всѣ flumina будутъ publica<sup>2)</sup>.

Какъ постоянно измѣняющаяся, неопредѣленная вещь, flumen не можетъ составлять предмета частной собственности. Она по естественнымъ свойствамъ должна быть относима собственно къ res communes, вещамъ, открытымъ пользованію всѣхъ людей, но римское право ограничило пользованіе ею, признавая только publicus usus римскихъ гражданъ<sup>3)</sup>; почему и слѣдуетъ подобныя рѣки считать за res publica. Поэтому каждому гражданину предоставляется свободное право пользоваться публичной рѣкой для движенія своихъ кораблей и плотовъ<sup>4)</sup>, для рыбной ловли (jus piscandi<sup>5)</sup>, для собиранія раковинъ, камней, растеній-въ рѣкѣ или на берегу ея, для купанія, мытья, водопоя и т. далѣе.

Какъ изъятая изъ частной собственности, flumina принадлежатъ къ числу res extra commercium. Но съ другой стороны, это изъятіе изъ частнаго гражданскаго оборота только частичное; ибо частному лицу могли принадлежать частныя права пользованія публичными рѣками<sup>6)</sup>, насколько только эти частныя права не нарушали или не затрудняли usus publicus<sup>7)</sup> обставленный защитой особыми исками<sup>8)</sup>. Flumina privata состоятъ въ собственности частныхъ лицъ, собственниковъ прибрежныхъ земель, до середины рѣки<sup>9)</sup>.

Наравнѣ съ flumina publica подлежатъ публичному пользованію portus publici, lacus, fossæ, stagna publica<sup>10)</sup>. Последніе три водоема становятся публичными по преимуществу тогда, когда они соединены съ публичной рѣкой въ томъ смыслѣ, что она протекаетъ ихъ, или двѣ публичныя рѣки соединены каналомъ (fossa).

Наконецъ, берега судоходныхъ рѣкъ (ripæ fluminum navigabilium) также подлежатъ публичному пользованію; собственникъ ихъ лишается права такихъ распоряженій, которыя пре-

<sup>1)</sup> L. 1 § 2 D. 43, 12.

<sup>2)</sup> § 2 J. 2, 1; L. 4 § 1 D. 1, 8.

<sup>3)</sup> L. 1 pr. D. 43, 1; L. 24 init. D. 39, 2. См. *Wappäus*, cit. p. 25.

<sup>4)</sup> L. 1 pr. § 19 D. 43, 12.

<sup>5)</sup> § 2 J. 2, 1; L. 13 § 7 D. 47, 10.

<sup>6)</sup> L. 1 § 41, 42; L. 3 § 4 D. 43, 20; L. 17 D. 8, 3.

<sup>7)</sup> L. 1 § 12; L. 2 D. 43, 12; L. 17 in fin. D. 8, 3.

<sup>8)</sup> Dig. 43, 12; 43, 13; 43, 14 cit.

<sup>9)</sup> L. 1 § 4 D. 43, 12.

<sup>10)</sup> § 2 J. 2, 1; L. 1 pr. § 3—6 D. 43, 14; L. 1 § 8 D. 43, 12.

пятствовали бы свободному пользованію данной полосой земли <sup>1)</sup> и, наоборотъ, въ остальномъ допускалось отправление правъ частной собственности <sup>2)</sup>.

2) Подъ публичными дорогами, *viae publicae*, разумѣются такіе пути и улицы, по которымъ каждый имѣетъ право -идти, ѣхать верхомъ или въ повозкѣ; тогда какъ на частныя дороги, *viae privatae*, право пользованія принадлежитъ одному только собственнику <sup>3)</sup>.

Между публичными дорогами различали главныя дороги, — *viae consulares* или *militares*, — и общинныя дороги, *viae vicinales* (L. 3 1 D. de locis et itineribus publicis 43, 7. L. 2 § 22 D. 43, 8). Первыя служили соединенію между городами или городовъ съ моремъ, съ публичными рѣками; вторыя были путями сообщенія въ общинѣ и между отдѣльными общинами.

На публичныя дороги не исключается въ общемъ право частной собственности. Онѣ могутъ принадлежать въ собственность государству <sup>4)</sup> общинѣ <sup>5)</sup> или даже частному лицу, когда, напр., дорога шла черезъ частное владѣніе, ведя отъ большѣй дороги къ селеніямъ <sup>6)</sup>. Но отправление частного права собственности допускается лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно не препятствуетъ публичному движенію. Поэтому, напр., на римскихъ большихъ дорогахъ и улицахъ была построена масса т. наз. *tabernae*, за которыя государству платилась подать (*solarium*) <sup>7)</sup>. Общее пользованіе публичными дорогами защищалось особыми исками <sup>8)</sup>.

3) Частично изъяты ихъ оборота были т. наз. *loca publica* <sup>9)</sup>, т. е. государству или общинѣ принадлежащія площади, а также мѣста и зданія, предназначенныя для торгова, ярмарокъ и вообще для общаго удобства, публичныхъ зрѣлищъ. Сюда принадлежатъ <sup>10)</sup>: *forum*, *basilicae* (городскія думы и судебныя мѣста), *theatra*, *stadia*, *campus Martius* и *balneae publicae*, какъ въ Римѣ, такъ и въ муниципіяхъ. Составляя государственную или общинную собственность, всѣ эти мѣста и учрежденія были въ то же время открыты пользованію каждого (*quivis ex populo*,

<sup>1)</sup> § 4 J. 2, 1; L. 30 § 1 D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 5 pr. D. 1, 8.

<sup>3)</sup> Festus v. *Viae*; L. 2 § 21, 22 D. 43, 8.

<sup>4)</sup> L. 2 § 21 D. 43, 8;

<sup>5)</sup> L. 3 § 4; L. 5 § 4 D. 43, 24; L. 1 § 5 D. 50, 4.

<sup>6)</sup> L. 2 § 23 D. 43, 8; L. 3 pr. D. 43, 7.

<sup>7)</sup> L. 2 § 17 D. 43, 8.

<sup>8)</sup> L. 2 pr. §§ 35, 45 D. ne quid in loco publico 43, 8.

<sup>9)</sup> L. 2 § 2, 3 D. 43, 8.

<sup>10)</sup> § 6 J. 2, 1; L. 6 § 1 D. 1, 8.

ex civitate), насколько только это пользование не препятствовало ихъ публичному назначенію.

б) Вещи, всѣ права по которымъ недоступны только отдѣльнымъ лицамъ. Сюда относятся владѣнія императора, не только какъ частная его собственность, но и какъ состоящая въ распоряженіи императорской казны (*praedia in patrimonio Caesaris*). Для всякаго посторонняго лица вещи эти были *extra commercium*; ни купли, ни другого какого акта на эти владѣнія частное лицо совершать не могло<sup>1)</sup>.

в) Вещи, по которымъ отдѣльныя лица не могли имѣть извѣстныхъ правъ. Такъ напр., іудеи<sup>2)</sup>, а позднѣе и язычники и еретики<sup>3)</sup>, не могли имѣть права собственности на христіанскихъ рабовъ.

III. Отъ разсмотрѣнныхъ категорій вещей, вполне или отчасти изъятыхъ изъ оборота, слѣдуетъ отличать такой разрядъ предметовъ, на которые частному лицу могли быть установлены всевозможныя гражданскія права, но на которыя положительнымъ правомъ запрещалось совершать опредѣленныя сдѣлки. Такъ напр., не подлежали отчужденію приданныя недвижимости, *fundus dotalis*, и вообще предметы въ судебномъ спорѣ находящіеся, *res litigiosae*<sup>4)</sup>. Подобные предметы можно называть *res extra commercium* только въ несобственномъ смыслѣ слова.

## 2) *Res in patrimonio* и *res extra patrimonium*.

Съ дѣленіемъ вещей на подлежащія гражданскому обороту и неподлежащія ему не слѣдуетъ смѣшивать другого, нерѣдко упоминаемаго дѣленія на *res in patrimonio* и *res extra patrimonium*<sup>5)</sup>, т. е. вещи, составляющія объектъ дѣйствительнаго господства частнаго лица или нѣтъ<sup>6)</sup>. Последней категоріи вещи нерѣдко называются еще *res nullius*. Такими вещами будутъ, на примѣръ: *res communes*, дикіе звѣри, *insula in*

<sup>1)</sup> L. 39 § 8, 10 D. 30 (1); ср. L. 40 eod.

<sup>2)</sup> L. 1 C. 1, 10.

<sup>3)</sup> L. 2 C. 1, 10.

<sup>4)</sup> L. 1 § 2 D. 20; 3; Dig. 44, 6 de litigiosis; L. 4 C. 8, 37; Dig. 23, 5 de fundo dotali. Сюда же можно отнести и предметы промышленной и торговой монополіи государства (*Cod. quas res venire non possunt* 4, 40), а также запрещенные къ вывозу (*Cod. quas res exportari non debeant* 4, 41).

<sup>5)</sup> См. *Wärraus*, cit. p. 6.

<sup>6)</sup> Pr. J. 2, 1.

mare nata, островъ, образовавшійся въ морѣ, res derelictæ, покинутыя вещи, непріатели и ихъ имущество, thesaurus, кладъ<sup>1)</sup>. Разница этого дѣленія отъ предыдущаго въ томъ, что res in commercio будетъ та вещь, которая можетъ быть объектомъ частной собственности, а res in patrimonio та, которая уже состоитъ въ частной собственности. Только res communes, если считать ихъ за res extra commercium, будутъ въ одно и то же время и res extra patrimonium. Другія же res extra patrim., какъ напр., дикіе звѣри, будутъ res in commercio. Наоборотъ, имущество государства, предоставленное въ пользованіе его членовъ, будетъ res extra com., но въ то же время — res in patrimonio.

Понятно, что правовое положеніе вещей in patrimonio весьма отлично отъ положенія вещей extra patrimonium.

### 3) Главныя вещи, придаточныя вещи и принадлежности, res principales, res accessoriae, pertinentia.

Вещи могутъ находиться между собою въ такомъ отношеніи, что одна будетъ въ отношеніяхъ зависимости отъ другой, а именно: или самое существованіе ея немислимо безъ второй<sup>2)</sup>, или она служитъ дополненіемъ<sup>3)</sup>, украшеніемъ<sup>4)</sup> ея, или только облегчаетъ пользованіе ею<sup>5)</sup>. Последняя носитъ названіе главной вещи, res principalis, а первая — вещи придаточной, res accessoria. Особый видъ придаточныхъ вещей составляютъ принадлежности, pertinentia, т. е. такія вещи, которыя, не будучи составными частями другой вещи<sup>6)</sup>, находятся къ ней въ такомъ отношеніи, что въ оборотѣ разсматриваются<sup>7)</sup> какъ бы входящими въ нее, составляющими съ нею одну вещь, quasi pars rei<sup>8)</sup>.

Въ прежнее время не выдѣляли принадлежностей изъ числа остальныхъ придаточныхъ вещей (см., напр., Sintenis. D. gem. Civilrecht I § 41, p. 427 и

<sup>1)</sup> § 12... 16, 18, 47 J. 2, 1; L. 2 D. 1, 8.

<sup>2)</sup> § 29, 30, 31 J. 2, 1.

<sup>3)</sup> L. 23 § 2 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> L. 19 § 13, 16 D. 34, 2.

<sup>5)</sup> L. 13 § 31; L. 14 D. 19, 1.

<sup>6)</sup> Boecking. Pand. 1 § 81 e.

<sup>7)</sup> Windscheid. Pand. 1 § 145 n. 3.

<sup>8)</sup> L. 13 § 31 D. 19, 1; L. 49 D. 18, 1; L. 3 § 1 D. 33, 6; L. 12 § 23, 24 D. 33, 7.

слѣд.). Теперь же считаютъ необходимымъ такое выдѣленіе (см. *Göppert. Ueber die organische Erzeugnisse*, p. 58—80), ибо къ придаточнымъ вещамъ, кромѣ принадлежностей, относятся и составныя части вещи, которыя по своимъ признакамъ (несамостоятельное бытіе) и по правовому положенію (вполнѣ охватываются правомъ цѣлаго) представляютъ нѣчто совсѣмъ иное, чѣмъ принадлежности.

Юридическое начало зависимости всѣхъ придаточныхъ вещей выражается въ томъ, что всякій юридическій актъ по главной вещи распространяется и на нихъ. Источники говорятъ, что придаточныя вещи слѣдуютъ за главной вещью: *accessorium semper cedit principali*<sup>1)</sup>.

Скажемъ сначала о частномъ видѣ придаточныхъ вещей, *pertinentia*, а затѣмъ объ остальныхъ *accessoriae*.

*Pertinentia*. Для понятія принадлежности необходимо, чтобы вещь опредѣлена была на постоянную службу (*perpetuus usus*) другой<sup>2)</sup>. Поэтому, напр., сосуды, въ которыхъ содержатъ вино и т. п., не будутъ принадлежностями сохраняемаго<sup>3)</sup>; статуи будутъ принадлежностями дома лишь тогда, когда они входятъ въ планъ постройки дома<sup>4)</sup> и т. п. Далѣе требуется, чтобы это назначеніе вещи въ дѣйствительности было осуществлено<sup>5)</sup>. Принадлежность можетъ быть соединена съ главной вещью (*vineta fixa*, напр., колья въ виноградникѣ), но для самаго понятія принадлежности этого соединенія не только не требуется, но, наоборотъ, оно даже не можетъ считаться и признакомъ принадлежности<sup>6)</sup>. Напр., предметы инвентаря, хотя бы и прикрѣпленные къ участку, по взгляду римлянъ никогда не считались за принадлежность<sup>7)</sup>. Принадлежности могутъ имѣть какъ недвижимыя вещи, такъ и движимыя, и въ первомъ случаѣ могутъ быть, какъ движимыя, такъ и недвижимыя<sup>8)</sup>. Примѣры принадлежности недвижимыхъ вещей: прикупленные участки земли, склады соломы, зерна, не предназначеннаго къ продажѣ. Но скоть, земледѣльческія орудія, *instrumentum domus*, по взгляду римлянъ на инвентарь, не будутъ составлять принад-

<sup>1)</sup> L. 19 § 13 D. 34, 2.

<sup>2)</sup> L. 17 § 7 D. 19, 1; L. 26 pr. D. 33, 7; L. 242 § 4 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 3 § 1 D. 33, 6.

<sup>4)</sup> L. 245 pr. D. 50, 16; L. 12 § 23 D. 33, 7.

<sup>5)</sup> L. 17 § 10, 11; L. 18 § 1 D. 19, 1; L. 83 § 5 D. 45, 1 ср. L. 3 § 1 D. 33, 6.

<sup>6)</sup> L. 17 pr. § 10, 11; L. 18 § 1 D. 19, 1; L. 12 § 25 D. 33, 7.

<sup>7)</sup> L. 1 pr.; L. 2 § 1 D. 33, 7; L. 14 D. 33, 10.

<sup>8)</sup> L. 20 § 1 D. 8, 5; L. 91 § 4, 5 D. 32 (3).

опредѣляя данный родъ издержекъ, какъ траты, quae speciebus duntaxat ornant, non etiam fructum augent<sup>1)</sup>, какъ, напр., украшеніе мраморомъ, рисунками и т. п.<sup>2)</sup>.

Различеніе издержекъ по этимъ тремъ видамъ имѣетъ важное правовое значеніе, а именно при разнообразныхъ случаяхъ, возбуждающихъ вопросъ объ обязанности возмѣстить ихъ.

Наконецъ, самый важный видъ *res accessoriae*

г) *Плоды (fructus)*<sup>3)</sup>. Слово *fructus* въ римскихъ источникахъ употребляется въ различныхъ значеніяхъ. Различно потому и правовое ихъ положеніе. 1) Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ подъ плодами разумѣются естественныя произведенія другой вещи (*res frugifera*), полученныя безъ умаленія послѣдней и въ силу ея хозяйственнаго назначенія. Въ этомъ смыслѣ понятіе плода опредѣляется прежде всего тѣмъ признакомъ, что онъ составляетъ естественное произведеніе другой вещи. Поэтому кладъ (*thesaurus*) не считается плодомъ<sup>4)</sup>, какъ не будутъ плодами: *alluvio, alveus derelictus, insula in flumine nata*. Затѣмъ, это произведеніе должно непосредственно проистекать изъ опредѣленной вещи. Поэтому не считаются плодами *fructuum fructus*<sup>5)</sup>. Далѣе, получка плода не должна умалять субстанціи вещи. Поэтому нельзя разсматривать за плоды: шкуру и мясо животных<sup>6)</sup>, буреломъ<sup>7)</sup>, парковыя деревья<sup>8)</sup> и т. п. Наконецъ, плодъ въ тѣсномъ смыслѣ есть произведеніе, полученное отъ вещи въ силу ея хозяйственнаго назначенія<sup>9)</sup>. Поэтому римское право не причисляетъ къ плодамъ дѣтей рабыни<sup>10)</sup>.

По всѣмъ этимъ признакамъ источники причисляютъ къ

<sup>1)</sup> L. 79 § 2 D. 50, 17; L. 13 § 7 D. 7, 1. Ср. Ulpian 6, 17.

<sup>2)</sup> L. 39 § 1 D. 5, 3; L. 7 § 3; L. 13 § 7 D. 7, 1.

<sup>3)</sup> Dig. 22, 1 de usuris et fructibus; Cod. 7, 51 de fructibus et litium ex-pensis.—Heimbach. Die Lehre von der Frucht. Leipzig 1843.

II. Кремлевъ. Сепаратія, какъ способъ приобрѣтенія собственности и т. д.—Глава I. Понятіе плода (*fructus*). Казань 1863.

Göppert. Ueber die organische Erzeugnisse. Halle 1869.

<sup>4)</sup> L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>5)</sup> L. 8 D. 22, 1; L. 40 § 1 D. 5, 3.

<sup>6)</sup> L. 30 D. 7, 4.

<sup>7)</sup> L. 12 пр. D. 7, 1; L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>8)</sup> L. 10, 11, 18 D. 7, 1.

<sup>9)</sup> L. 77 D. 50, 16.

<sup>10)</sup> Quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant L. 27 пр. D. 5, 3; L. 28 § 1 D. 22, 1; L. 68 пр. D. 7, 1. Ср. Böcking. Pand. I § 79 п. 5, а также Göppert cit. p. 29, 30 и п. 32. Но плодами считались услуги рабовъ L. 31; L. 79 D. 6, 1.

плодамъ въ тѣсномъ смыслѣ: дѣтенышей отъ животныхъ (овецъ, козъ, коровъ, лошадей и свиней), молоко, волосъ, шерсть, произведенія виноградныхъ, масличныхъ, яблочныхъ и другихъ фруктовыхъ садовъ, овощи, зерновой хлѣбъ, солому, сѣно, иву, тростникъ, деревья, назначенныя для рубки и отопленія (*arbores caeduae et cremiales*), прутья и вѣтви, употребляемыя для подпоры виноградной лозы и другихъ деревьевъ<sup>1)</sup>).

2) Подъ словомъ плоды разумѣются не только естественныя произведенія вещи, но и всякія другія естественныя произведенія, т. е. вообще предметы, образуемые дѣйствіемъ природы. Въ этомъ смыслѣ плодами будутъ: золото, серебро, мѣдь, желѣзо, мраморъ, камень, сѣра, песокъ, мѣль и другія минеральныя произведенія<sup>2)</sup>).

Только упомянутыми двумя категоріями ограничивается понятіе плода въ собственномъ смыслѣ слова, какъ естественныхъ произведеній, *fructus naturales*.

Особенно точно такое ограниченіе понятія *fructus* установлено г. Кремлевымъ (*cit*). Изъ новѣйшихъ писателей нѣкоторые идутъ еще далѣе, ограничивая понятіе *fructus naturalis* только одной первой категоріей плодовъ (напр., *Baron. Pand. § 41*).

*Fructus naturales* подраздѣляются на *fructus mere naturales* и *industriales*<sup>3)</sup>, смотря по тому, произведены они одною силою природы безъ участія человѣка или при участіи его труда.

Указанныхъ признаковъ недостаточно для того, чтобы могло установиться особое правоотношеніе на плодъ, какъ на самостоятельный предметъ. Пока произведеніе соединено съ главной вещью, оно составляетъ часть послѣдней<sup>4)</sup> и какъ таковая не можетъ составлять особаго предмета собственности или другого какого либо вещнаго права<sup>5)</sup>. Только по отдѣленію, *separatio*, оно становится плодомъ въ юридическомъ смыслѣ, какъ самостоятельный предметъ правоотношеній.

Многіе писатели держатся того взгляда, что и отдѣленный плодъ продолжаетъ оставаться частью плодоприносящей вещи, что отдѣленіе плода такое же явленіе, какъ если собственникъ разрѣзаетъ кусокъ хлѣба на части.

<sup>1)</sup> *Кремлевъ, cit. стр. 12, 13.*

<sup>2)</sup> *L. 9 §§ 2, 3; L. 13 § 5 D. 7, 1; L. 7 § 13, 14; L. 8 pr. D. 24, 3; L. 77 D. 50, 16.*

<sup>3)</sup> *L. 45 D. 22, 1; L. 48 pr. D. 41, 1.*

<sup>4)</sup> *L. 44 D. 6, 1; L. 40 D. 19, 1; L. 25 § 6 D. 42, 8; L. 12 § 11 D. 33, 7.* См. *Lenel. Edictum perpetuum, p. 399.*

<sup>5)</sup> *L. 40 D. 19, 1. Pand. Bd. 1 § 144 n. 4.*

Но это не вѣрно; отдѣленный плодъ имѣетъ самостоятельную форму, особое названіе, представляетъ самостоятельную вещь (ср. *Brinz. Pand. Bd. I, p. 546*; *Göppert cit. p. 176* съ *Windscheid. Pand. Bd. I, § 144 n. 4*).

Способъ отдѣленія безраличенъ <sup>1)</sup>. Но хотя неотдѣлившееся произведеніе и не считается плодомъ, тѣмъ не менѣе возможность будущаго его значенія, какъ плода, ведетъ къ тому, что на него совершаются уже теперь юридическія сдѣлки, насколько этимъ не придается ему значеніе самостоятельнаго объекта, не разрывается его зависимость отъ судьбы главной вещи <sup>2)</sup>. Сдѣлка (напр., купля, залогъ) считаются заключенными на будущую вещь, *res futura* <sup>3)</sup>. Отсюда раздѣленіе плодовъ на *fructus pendentes s. stantes*, пока они соединены съ главной вещью, и на *fructus separati*, отдѣленные плоды. Тѣ изъ отдѣленныхъ плодовъ, которые кѣмъ либо собраны, поступили во владѣніе, носятъ названіе *fructus percipi s. apprehensi*. Плоды, которые могли и должны были быть получены, *fructus qui percipi potuerunt*, носятъ теперь названіе *fructus percipiendi*. Плоды, находящіеся у извлекающаго ихъ, будутъ *fructus extantes*, наличные плоды, въ отличіе отъ *fructus consumti*, потребленныхъ плодовъ, т. е. не только потребленныхъ въ буквальномъ смыслѣ, но и отчужденныхъ и т. д. <sup>4)</sup>. Всѣ эти различенія играютъ большую роль при случаяхъ отвѣтственности за плоды.

Подраздѣленіе *fructus* на *fr. ordinarii* и *extraordinarii* теперь оставлено (см. *Böcking Pand. § 79. § 9*).

3) Только въ обширномъ смыслѣ подъ словомъ *fructus* разумѣются тѣ пріобрѣтенія, которыя получаютъ отъ вещи не чрезъ естественное производство, а чрезъ правоотношеніе и притомъ также безъ потери или уменьшенія экономическаго значенія вещи. Плоды такіе принято теперь называть *fructus civiles*. Юридическое ихъ положеніе совсѣмъ иное, чѣмъ положеніе *fructus naturales*. Къ этого рода плодамъ въ особенности относится вознагражденіе, получаемое за предоставленіе другому пользованія вещью, какъ арендная наемая плата <sup>5)</sup> и т. п. <sup>6)</sup>. Сюда же относятся и проценты, *usurae* <sup>7)</sup>, на которыхъ

<sup>1)</sup> L. 48 § 1 D. 7. 1; L. 42 D. 33, 2.

<sup>2)</sup> См. *Кремлевъ*, стр. 15—20.

<sup>3)</sup> L. 8 D. 18, 1; *Göppert. cit. p. 166*.

<sup>4)</sup> По поводу этихъ различій см. *Zrodowski. D. röm.-Privat. II p. 145 ff.*

<sup>5)</sup> L. 36 D. 22, 1; L. 29 D. 5, 3; L. 62 pr. D. 6, 1.

<sup>6)</sup> L. 29 init. D. 30 (1); L. 7 § 1 D. 24, 3.

<sup>7)</sup> L. 34 D. 22, 1; L. 29 § 2 D. 21, 1.



слѣдуетъ остановиться подробнѣе и по особому правовому ихъ значенію, и по обширной ихъ примѣнимости во многихъ отдѣлахъ права.

Многіе современные писатели (напр., см. *Görrert cit.* p. 46—49) находятъ неудачнымъ распространеніе выраженія *fructus* на послѣднюю категорію прибрѣтеній отъ вещи, такъ какъ правовое положеніе послѣднихъ совсѣмъ особенное, а общее названіе даетъ основаніе предполагать и общія начала, а этимъ мѣшаетъ раскрытію индивидуальныхъ особенностей той и другой категоріи прирѣтка. Въ источникахъ есть одно мѣсто Помпонія, которое говоритъ, что: *usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est* (L. 121 D. 50, 16. См. *Кремлевъ cit.* стр. 9—11).

*Проценты*<sup>1)</sup>, *usurae*, есть плата на извѣстное количество замѣнимыхъ вещей, капиталъ (*sors, caput*), извѣстнымъ количествомъ однородныхъ вещей. Итакъ, проценты всегда предполагаютъ наличность капитала<sup>2)</sup>. Но наличность капитала сама собою не предполагаетъ процентовъ; послѣдніе устанавливаются по особому основанію<sup>3)</sup>. Такихъ основаній для несенія процентовъ могутъ быть два: правовая сдѣлка и предписаніе закона. Первый видъ процентовъ, *usurae ex obligatione*, можетъ вытекать какъ изъ двусторонней сдѣлки, такъ и изъ односторонняго акта, напр. *pollicitatio*<sup>4)</sup>, *legatum*<sup>5)</sup>. Проценты эти могутъ составлять особый, самостоятельный отъ капитала, предметъ исковаго требованія<sup>6)</sup>. Второй видъ процентовъ, *usurae quae officio iudicis praestantur*, устанавливается закономъ по самымъ разнообразнымъ поводамъ, главнѣйшіе изъ которыхъ слѣдующіе: просрочка по уплатѣ денежнаго долга, вытекающаго изъ *bonae fidei negotium*<sup>7)</sup>. Если кредиторами будутъ казна или *minor*, то теченіе процентовъ начинается уже съ момента возможнаго осуществленія обязательственнаго требованія<sup>8)</sup>. Обратившіе безъ всякаго права чужія деньги на собственную пользу, или оставившіе ихъ вопреки своей обязанности безъ выгоднаго помѣщенія, напр., опекуны, управители и т. д., не сдѣлавшіе изъ порученныхъ имъ капиталовъ ни-

<sup>1)</sup> Dig. 22, 1 de usuris et fructibus; Cod. 4, 32 de usuris.

<sup>2)</sup> L. 121 D. 50, 16; L. 23; L. 26 § 1 C. 4, 32.

<sup>3)</sup> L. 121 D. 50, 16.

<sup>4)</sup> L. 10 D. 50, 12.

<sup>5)</sup> L. 3 § 6 D. 33, 1.

<sup>6)</sup> L. 75 § 9 D. 45 1; L. 1 C. 3, 1.

<sup>7)</sup> L. 32 § 2 D. 22, 1.

<sup>8)</sup> L. 17 § 5, 6; L. 43 D. 22, 1; L. 3 C. 2, 41.

какого употребленія, отвѣчаютъ за проценты<sup>1)</sup>). Далѣе, лица, заправлявшія чужимъ имуществомъ и сдѣлавшія по немъ затраты изъ собственныхъ средствъ, имѣютъ право на возмѣщеніе этихъ затратъ съ процентами<sup>2)</sup>). И т. д. Проценты по предписанію закона, въ противоположность процентамъ по сдѣлкамъ, никогда не могутъ быть самостоятельнымъ предметомъ искового требованія; послѣднее всегда должно быть соединено съ требованіемъ капитала<sup>3)</sup>).

Въ прежнее время многіе писатели, опираясь на L. 6 pr. D. 22, 1, признавали давность за особое основаніе для несенія процентовъ, такъ что если долгое время будутъ уплачиваться проценты безъ всякаго основанія, то самая эта уплата будетъ служить основаніемъ для обязанности дальнѣйшей уплаты ихъ. Но теперь общепринято такое толкованіе источниковъ: долгая неосновательная уплата процентовъ служитъ только доказательствомъ существованія главнаго долга и обязанности нести по нему проценты; но это предположеніе можно всегда обезсилить доказательствомъ противнаго (см. подробно у *Sintenis. D. Civilrecht* B. 2, p. 91 п. 4).

Процентные платежи подлежали разнымъ ограниченіямъ. Такъ, прежде всего касательно величины процентовъ. Римляне съ древнѣйшихъ временъ принимали мѣры къ ограниченію процентовъ опредѣленнымъ максимумомъ<sup>4)</sup>). При Юстиніанѣ<sup>5)</sup> такой общей нормой (*usurae legitimaе, maximaе*) были 6 процентовъ (*dimidia centesimaе*), но для нѣкоторыхъ случаевъ эта норма уменьшалась, а для другихъ увеличивалась. Такъ, сенаторы могли брать по сдѣлкамъ только 4%<sup>6)</sup>), равно какъ отъ крестьянъ нельзя было требовать болѣе 4%. Съ другой стороны, по займамъ другимъ кромѣ денежнаго можно было получать до 12%<sup>7)</sup>), а по торговымъ сдѣлкамъ 8%. *Usurae rei judicatae* и проценты по тратамъ на поправку зданія опредѣлялись закономъ въ размѣрѣ 12%<sup>8)</sup>); въ другихъ же случаяхъ законъ указывалъ на норму 4, какъ-то при уплатѣ и возвращеніи приданаго<sup>9)</sup>). И т. д.

1) L. 17 § 7 D. 22, 1; L. 19 § 4 D. 3, 5; L. 7 § 3; L. 15 D. 26, 7; L. 1 § 1 D. 22, 1; L. 10 § 3 D. 17, 1; L. 7 § 10—12 D. 26, 7.

2) L. 12 § 9 D. 17, 1; L. 19 § 4 D. 3, 5.

3) L. 49 § 1 D. 19, 1; L. 4 C. 4, 34; L. 13 C. 4, 32.

4) См. *Streuber. Der Zinsfuß bei den Römern*. Basel 1857.

5) L. 26 § 1 C. 4, 32; Nov. 34; L. ult. C. 10, 8.

6) Ср. L. 4 C. Th. 2, 33.

7) Ср. L. 1 C. Th. 2, 33; Nov. 32, 1; Nov. 106; Nov. 110.

8) L. 2 C. 7, 54; L. 4 C. 8, 54.

9) L. 31 § 2 C. 5, 12.

Въ періодъ классической юриспруденціи высшими дозволенными процентами были т. наз. *usurae centesimaе*, т. е. 12<sup>0</sup>/о. Названіе это объясняется тѣмъ, что въ это время данные проценты выплачивались помѣсячно, 1 со ста. Затѣмъ, при обозначеніи меньшихъ процентовъ эти *usurae centesimaе* брались какъ единица подъ именемъ *асса* и затѣмъ указывалась часть этого *асса*, имѣвшаго 12 унцій. Такимъ образомъ 4<sup>0</sup>/о назывались *usurae trientes* (*trients*=*tertia assis*= $\frac{4}{12}$ ), 6<sup>0</sup>/о—*usur. semisses* (*semis*=*semiassis*= $\frac{6}{12}$ ), 8<sup>0</sup>/о—*usur. besses* (*bes* = *bis triens* =  $\frac{8}{12}$ ) и т. д. См. *Danz Gesch. d. röm. Rechts*. 2 Aufl. Leipzig 1873. Theil 2, p. 65 и 67.

Кромѣ опредѣленія высшихъ дозволенныхъ процентовъ, источники даютъ еще нѣкоторыя другія положенія, направленные на ограниченіе процентныхъ платежей. Такъ, накопившіеся проценты не должны превышать капиталъ; разъ они сравнятся съ послѣднимъ, то дальнѣйшій счетъ процентовъ останавливается. Проценты не нарастаютъ *ultra alterum tantum, ultra duplum*<sup>1)</sup>.

Затѣмъ, римскимъ правомъ запрещалось взимать проценты на проценты<sup>2)</sup>, т. наз. *anatocismus*, который могъ выражаться въ двухъ видахъ, а именно: можно было неуплаченные проценты причислять къ капиталу (т. наз. *anatocismus conjunctus*), или обращать ихъ въ отдѣльный капиталъ, несущій проценты (т. наз. *anatocismus disjunctus s. separatus*).

Наконецъ, запрещалось удерживать при выдачѣ занимаемаго слѣдующихъ по нему процентовъ; въ противномъ случаѣ только дѣйствительно выданное изъ имущества кредитора считается занятымъ на проценты<sup>3)</sup>. Но этимъ не запрещалось выплачивать проценты впередъ, но только позднѣе, когда заемъ уже вполне осуществился<sup>4)</sup>.

Нарушеніе указанныхъ законоположеній считалось за ростовщичество, *usuraria pravitas*. Выговорившій себѣ недозволенные проценты не имѣлъ по нимъ иска<sup>5)</sup>, а произведенная уплата ихъ уменьшала самый капиталъ<sup>6)</sup>; если же капиталъ исчерпанъ, то остальная уплата могла быть востребована *condictione ob injustam causam*<sup>7)</sup>. Тѣмъ болѣе можно было востребовать обратно уплаченные проценты по недолжному капиталу,

<sup>1)</sup> L. 26 § 1 D. 12, 6; L. 10; L. 27 § 1 C. 4, 32.

<sup>2)</sup> L. 28 C. 4, 32; L. 3 pr. C. 7, 54.

<sup>3)</sup> L. 26 § 1 C. 4, 32: *interd. licentia etc.*

<sup>4)</sup> L. 57 pr. D. 2, 14; L. 2 § 6 D. 44, 4.

<sup>5)</sup> L. 26 § 1 D. 12, 6; L. 26 § 1; L. 27 § 1 C. 4, 32.

<sup>6)</sup> L. 26 pr. D. 12, 6; L. 18 C. 4, 32.

<sup>7)</sup> Paulus R. S. 2, 14 § 2, 4.

если платившій находился въ извинительномъ заблужденіи <sup>1)</sup>; наоборотъ, уплата процентовъ недолжныхъ, *usurae indebitae*, по капиталу (напр., при безпроцентномъ займѣ) идетъ въ пользу кредитора <sup>2)</sup>, ибо такая уплата считается за выраженіе благодарности со стороны должника <sup>3)</sup>.

4) Вещи замѣнимыя, или родовымъ образомъ опредѣленныя, и вещи незамѣнимыя, или индивидуально опредѣленныя, *res fungibiles* и *res non fungibiles*.

При сдѣлкахъ на вещь, послѣдняя можетъ быть опредѣлена или индивидуально (напр., *fundus Tusculanus, homo Stichus*) <sup>4)</sup>, или указаніемъ на родъ, къ которому она принадлежитъ (*fundus sine propria appellatione, homo generaliter sine proprio nomine*) <sup>5)</sup>. При опредѣленіяхъ перваго рода источники употребляютъ выраженіе *species, certum corpus, corpus*, вещь индивидуально опредѣленная, а при опредѣленіяхъ втораго рода говорятъ о *genus (incertum corpus, quantitas)*, родъ, вещи родовымъ образомъ опредѣляемыя <sup>6)</sup>. Послѣднія могутъ быть двухъ видовъ, а именно; отдѣльные представители даннаго рода могутъ различаться по качествамъ и цѣнѣ (лошадь), могутъ быть и вполне равны въ этихъ признакахъ всѣмъ остальнымъ представителямъ рода. Таковыми будутъ по своей природѣ вещи, которыя въ сдѣлкахъ опредѣляются только по измѣренію (вѣсомъ, счетомъ, мѣрой, *res, quae pondere, numero, mensura consistunt*) <sup>7)</sup> на томъ основаніи, что не индивидуальность ихъ, а лишь количество и качество опредѣляютъ ихъ стоимость и при равномъ количествѣ и качествѣ стоимость въ обращеніи будетъ одна и та же, почему онѣ и могутъ быть замѣняемы одна другой <sup>8)</sup>. Таковы въ особенности деньги (*rescilia, nummi, назыв. aes signatum*) <sup>9)</sup>. Римляне выражались о такихъ вещахъ,

<sup>1)</sup> L. 26 § 2 D. 12, 6.

<sup>2)</sup> L. 26 pr. D. 12, 6.

<sup>3)</sup> См. *Vangerow. Pand.* 1, § 76 Anm. 2.

<sup>4)</sup> L. 74 D. 45, 1.

<sup>5)</sup> L. 75 § 1 D. 45, 1.

<sup>6)</sup> L. 54 pr.; L. 85 § 3 D. 45, 1; L. 30 pr.; L. 34 § 3, 4; L. 51 D. 30 (1); L. 6 pr. D. 6, 1; L. 1 § 7; D. 35, 2; L. 2 pr. D. 12, 1; L. 87 pr. D. 31; L. 94 § 1 D. 46, 3.

<sup>7)</sup> *Gajus* 3 § 90 L. 1 § 7 D. 35, 2; L. 30 pr.; L. 34 § 6 D. 30 (1); L. 42 D. 23, 3; L. 1 § 2 D. 44, 7.

<sup>8)</sup> L. 34 § 3 D. 30 (1); L. 7 pr. D. 44, 2.

<sup>9)</sup> L. 159 D. 50, 16.

какъ о res quae in genere suo *functionem* recipiunt per solutionem magis quam specie<sup>1)</sup>. Отсюда съ 16-го вѣка<sup>2)</sup> создали терминъ res fungibiles, теперь въ большинствѣ<sup>3)</sup> учебниковъ переводимый словами: замѣнимыя вещи. Конечно, понятіе замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ вещей относительное. Въ частномъ случаѣ незамѣнимая вещь можетъ быть разсматриваема какъ замѣнимая (напр., поставка 20 лошадей подъ обозъ) и, наоборотъ, замѣнимая вещь можетъ составлять объектъ сдѣлки, какъ вещь незамѣнимая<sup>4)</sup> (напр., стипуляція о vinum, oleum, triticum, quod in horreo est).

Юридическое значеніе разсмотрѣннаго дѣленія то, что извѣстныя права могутъ быть устанавливаемы только на незамѣнимыя вещи, какъ-то: владѣніе и вещныя права; другія — только на замѣнимыя, какъ напр., заемъ<sup>5)</sup>. Кромѣ обязательственныхъ правъ, замѣнимыя вещи могутъ составлять объектъ отказовъ<sup>6)</sup>, а до Юстиніана — и семейно-имущественныхъ отношеній<sup>7)</sup>. Далѣе, только притязанія на замѣнимыя вещи могутъ сопровождаться процентами. Юридическое положеніе вещей замѣнимыхъ выражается правиломъ: genus regere non potest, т. е. родовымъ образомъ опредѣленная вещь не подлежитъ юридическимъ послѣдствіямъ уничтоженія данныхъ представителей рода.

Въ заключеніе слѣдуетъ упомянуть еще объ одномъ дѣленіи вещей, упоминаемомъ уже XII таблицами<sup>8)</sup> и извѣстномъ еще Юстиніанову праву, хотя въ это время оно и потеряло уже свое положительное значеніе, а именно дѣленіе на

б) *Res mancipi* и *res nec mancipi*<sup>9)</sup>. Раздѣленіе это обнимаетъ не только вещи, но вообще всѣ правовые объекты<sup>10)</sup> и основывается на способахъ ихъ пріобрѣтенія<sup>11)</sup>. Подъ res man-

1) L. 2 § 1 D. 12, 1.

2) *Savigny Syst.* 6, § 268 n. a p. 123.

3) Срав. *Savigny. Syst.* 6 § 268 n. b.

4) L. 2 § 1; L. 53 pr.; L. 117 D. 45, 1; L. 37 pr.; L. 110 D. 30 (1); L. 24 D. 16, 3; L. 30 § 6; L. 31 § 4 D. 30 (1); L. 37 D. 45, 1.

5) Pr. J. 3, 14.

6) Gajus 3, 175.

7) Ulpian. 6, 8.

8) Gajus 2, 47; *Fragm. Vatic.* 50.

9) Волѣ новая литература по различію res mancipi и nec mancipi у *Mün-derloh. Aus der Zeit d. Quiriten*, p. 59—65 и *Montanari* въ *Archivio giuridico* X, p. 351 и слѣд.

10) *Zrodowski, Röm. Privatr.* 2, p. 21.

11) *Азаревичъ. Патриціи и Плебеи* т. 2, стр. 155, прим. 2.

сірі разумѣлись предметы, на которыхъ права устанавливались по *мансіратіо*<sup>1)</sup>, а подъ *res nec мансірі*—всѣ прочіе предметы. На послѣдніе могло быть установлено полное право собственности по простой *traditio*<sup>2)</sup>. Къ *res мансірі* источники причисляютъ слѣдующіе роды предметовъ: а) рабы, *мансіріа*<sup>3)</sup>; б) *quadrupedes quae collo dorsove domantur*, т. е. четвероногія рабочія и вьючныя животныя, но только если они не принадлежатъ къ числу *bestiae*. Поэтому *boves, equi, asini, muli* будутъ *res мансірі* и не будутъ ими верблюды, слоны, хотя они и употреблялись какъ вьючныя и рабочія животныя, но считались въ числѣ *bestiae*<sup>4)</sup>. в) Всѣ *praedia in italico solo*<sup>5)</sup> и г) нѣкоторыя права, какъ то: *jura praediorum rusticorum*, т. е. деревенскіе сервитуты, какъ напр., сервитутъ прохода, водопровода и т. п.<sup>6)</sup>; три вида семейныхъ властей, *potestas, manus, мансіріум, familia*, т. е. имущество гражданина, какъ предметъ его завѣщательнаго распоряженія<sup>7)</sup>.

Различіе между *res мансірі* и *res nec мансірі* было окончательно уничтожено Юстиніаномъ 529 г.)<sup>8)</sup>.

### III. О ПРАВѢ, КАКЪ ГОСПОДСТВѢ СУБЪЕКТА НАДЪ ОБЪЕКТОМЪ.

*Пособія: Savigny. System d. heut. röm. Rechts. Bd. 3, §§ 104, 105; Unger. Oester. Privatr. Bd. 2, §§ 71—77; Windscheid. Pandekten Bd. I, §§ 63—68; Zrodowski. Das römische Privatrecht II, §§ 56—67.*

Всякое субъективное право, кромѣ субъекта и объекта, предполагаетъ власть, связывающую субъектъ съ объектомъ.

Съ понятіемъ права неразрывно связано представленіе объ обязанности; обязанность—обратная сторона права. Если подъ субъективнымъ правомъ разумѣть власть, мочь признанную объ-

<sup>1)</sup> Ulpian. 19, 3.

<sup>2)</sup> Gajus. 2, 19.

<sup>3)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 15; 1, 120.

<sup>4)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 16; L. 2 § 2 D. 9, 2.

<sup>5)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 27.

<sup>6)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 17.

<sup>7)</sup> Gajus 2, 102, 104; Ulpian. 20, 2.

<sup>8)</sup> L. un. in f. C. 7, 1.

ективнымъ правомъ, то подь обязанностью слѣдуетъ представлять требованіе, которое ставитъ объективное же право, какъ условіе правового порядка. Немыслимо право безъ обязанности, ни обязанность безъ права. Если говорятъ объ обязанности лица совершить что либо другому лицу, то тѣмъ самымъ для того другого создается основаніе права. Затѣмъ лицо, пріобрѣвшее извѣстное право, въ свою очередь можетъ являться обязаннымъ по отношенію къ другому, третьему, иначе говоря, быть виновникомъ права другихъ лицъ. Наконецъ, противопоставляя отдѣльное лицо обществу, отличаемъ право и обязанности лица къ обществу, и наоборотъ.—Привести эти взаимно обуславливающіе факторы въ равновѣсіе есть дѣло права объективнаго.

Итакъ, въ субъективномъ правѣ слѣдуетъ различать его активную сторону, т. е. мочь, власть субъекта, и пассивную, опредѣляемую понятіемъ объ обязанности.

Иногда говорятъ о положительной и отрицательной сторонѣ права, но подь этимъ не слѣдуетъ разумѣть что нибудь отличное отъ только что указаннаго различія: права съ одной стороны и обязанности—съ другой.

Всякое субъективное право имѣетъ свою исторію<sup>1)</sup>, т. е. всякое право проходитъ извѣстный, отмѣчаемый тѣми или другими послѣдствіями, путь. Прежде всего право зарождается, затѣмъ живетъ и, наконецъ, погибаетъ, прекращается. Отсюда слѣдующіе историческіе моменты права: установленіе и окончаніе права, пріобрѣтеніе и потеря, измѣненіе, выполненіе и нарушеніе, охраненіе и осуществленіе права.

L. 41 D. 1, 3 (Ulpianus): Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo; aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.

Но не слѣдуетъ смѣшивать установленіе и окончаніе права съ пріобрѣтеніемъ и потерей права. Подь пріобрѣтеніемъ права разумѣется соединеніе права съ опредѣленнымъ субъектомъ, говоря-же объ установленіи права, мы разумѣемъ тотъ моментъ, когда право возникаетъ, зарождается безотносительно къ самому субъекту права. Затѣмъ, потеря права—это есть разрывъ права съ прежнимъ субъектомъ; но подь разрывомъ вовсе не разумѣется полного прекращенія права: прекращеніе права есть

<sup>1)</sup> *Schey*. Ueber Rechtsverwandlungen въ Zeitschr. f. d. Privat-u. öff. R. Bd. 7, n. 15; Bd. 8, n. 3.

вмѣстѣ съ тѣмъ уничтоженіе всевозможныхъ соединеній права съ субъектомъ. Слѣдовательно, нельзя отождествлять потерю съ окончаніемъ права, какъ нельзя понимать установленіе за пріобрѣтеніе права.

Что касается измѣненія права, то этотъ моментъ предполагаетъ тѣ случаи, когда право остается, но получаетъ другой видъ. Такимъ образомъ, измѣненіе можетъ касаться правового субъекта (примѣръ, когда право, не умаляясь въ силѣ и значеніи, переходитъ къ новому лицу, въ силу ли воли прежняго субъекта, объективной нормы, либо случая), содержанія права (въ смыслѣ расширенія и сокращенія границъ права) и даже полной перемѣны объекта права, напр., обязательство на выдачу опредѣленной вещи съ преднамѣреннымъ уничтоженіемъ ея имѣеть своимъ объектомъ вознагражденіе.

Всякое измѣненіе права требуетъ какого-либо основанія. Эти основанія можно назвать юридическими фактами <sup>1)</sup>—правооснованіями. Подъ юридическимъ фактомъ, правооснованіемъ, можно разумѣть всякое обстоятельство, которому въ положительномъ правѣ приписывается такое юридическое значеніе, въ силу котораго совершается измѣненіе въ сферѣ конкретныхъ правъ <sup>2)</sup>. Эти факты весьма различны для отдѣльныхъ правъ. Факты могутъ быть простые и сложные. При сложномъ правооснованіи можетъ случиться, что извѣстныя части состава правооснованія будутъ на лицо, а другія еще неизвѣстны; въ этомъ случаѣ вызываемыя правооснованіемъ права для послѣдствія считаются въ состояніи *pendens*. Иногда не существующій юридическій фактъ признается существующимъ ради того, чтобы вызвать извѣстныя правовыя послѣдствія: это такъ называемыя *юридическія фикціи*.

Напр., *Jus postliminii* въ силу котораго вновь возникаетъ право на вещь, взятую непріателемъ, но обратно отъ него пріобрѣтенную (*recipiuntur postliminio*); *fictio legis Corneliae*, по которой если лицо умираетъ въ плѣну, то, чтобы сохранить извѣстныя правовыя послѣдствія за его наследниками, оно считается умершимъ въ моментъ плѣненія.

Наоборотъ, бываютъ случаи, когда на лицо полный составъ правооснованія, но вызываемыя имъ правоотношенія лишаются всякаго правового значенія, случай, такъ называемый, *in inte-*

<sup>1)</sup> *Savigny*, cit. Bd. 3, p. 3.

<sup>2)</sup> *Windscheid*. Pand. Bd. 1, p. 63.



grum restitutio, возстановленіе въ прежнее юридическое состояніе.

Юридическіе факты крайне разнообразны. Теорія старается свести эти факты къ извѣстнымъ категоріямъ; такъ, по содержанію различаются факты положительныя и отрицательныя. По своему происхожденію факты получаютъ значеніе а) дѣйствій и б) случаевъ.

Подъ дѣйствіемъ разумѣется такой юридическій фактъ, правооснованіе, которое вызвано волей людскою. Эти дѣйствія могутъ быть положительными (*facta commissiva*) и отрицательными (*facta ammissiva*). По характеру своему дѣйствія различаются, какъ 1) дозволенныя и 2) недозволенныя (*delicta*)<sup>1)</sup>. Между дозволенными дѣйствіями особенное значеніе получаютъ *negotia, acta*, т. е. юридическія сдѣлки, акты, т. е. дѣйствія, непосредственно направленные на юридическія послѣдствія.

Случаями называются независимыя отъ воли людскою факты, какъ напр.: рожденіе, смерть, перемѣна русла рѣки и т. д. Изъ числа случаевъ особенное значеніе имѣетъ время, вліяющее на уничтоженіе всякихъ отношеній, возникающихъ между субъектомъ и объектомъ.

Вопросъ о томъ, вызываетъ-ли данное обстоятельство правовыя послѣдствія и если вызываетъ, то какія именно, есть вопросъ соотвѣтствующаго права. Общее положеніе, что всѣ обстоятельства вліяютъ на судьбу права только въ будущемъ, и лишь по исключенію правооснованіе можетъ касаться предыдущаго времени.

Факты, какъ причины измѣненій въ правахъ, носятъ названіе титуловъ. Если они основаны на договорахъ, то называются договорными титулами, если же они независимы отъ воли сторонъ, то говорятъ о законныхъ титулахъ.

## Установленіе правъ.

Способовъ установленія правъ много, но прежде всего должно разсмотрѣть тѣ изъ нихъ, которые устанавливаютъ связь субъекта съ объектомъ. Такъ, сперва будетъ сказано о способахъ приобрѣтенія права.

Въ римскомъ правѣ различаютъ два способа приобрѣтенія:

<sup>1)</sup> См. *Schlossmann. D. Vertrag*, p. 129.

1) *acquisitio civilis* и 2) *acquisitio naturalis*, смотря по тому, приобрѣтается-ли право на основаніи *jus civile* или *jus gentium*.

Общій способъ приобрѣтенія права можетъ быть или первоначальный (*acquisitio originaria*), или производный (*acquisitio derivativa*). Въ первомъ случаѣ приобрѣтеніе права совершается извѣстнымъ лицомъ совершенно независимо отъ права другого лица, т. е. безъ посредства другого лица. Во второмъ случаѣ приобрѣтатель права производитъ свое право отъ права другого лица (*auctor*)<sup>1)</sup>. Это послѣднее право служитъ источникомъ перваго. Сила такого приобрѣтеннаго права обусловливается силой права того лица, которое отчуждаетъ это право; такъ, для производныхъ способовъ приобрѣтенія права существуетъ слѣдующее юридическое положеніе: *Nemo plus juris ad alterum transferre potest, quam ipse haberet*<sup>2)</sup>, т. е. никто не можетъ переносить на другого большаго права, чѣмъ самъ имѣетъ. Но изъ этого положенія имѣлись исключенія; такъ, *fiscus* (казна) могла удѣлить извѣстнымъ лицамъ такія права, которыхъ сама не имѣла, что могло имѣть мѣсто, напр., при аукціонѣ.—Производное приобрѣтеніе возможно въ различныхъ видахъ: 1) на основаніи одного права приобрѣтается другое, напр., собственникъ предоставляетъ сервитутъ или право залога; 2) или существующее право, какъ оно есть, во всемъ объемѣ или части переходитъ на другого, т. е. происходитъ простая перемѣна въ субъектѣ права.

Нѣкоторые ученые не признаютъ, чтобы при *successio* на преемника переходило то же самое право *auctoris*, но что на основѣ этого послѣдняго создается преемнику новое право. Однако это воззрѣніе несправедливо уже потому, что право можетъ существовать и безъ субъекта и какъ таковое несомнѣнно переходитъ, напр., по наслѣдству (см. *Unger. Oest. Privatr.* 2, § 74. п. 4; *Windscheid. Pand I*, § 64 п. 6).

Въ послѣднемъ случаѣ имѣемъ дѣло съ преемственностью въ правахъ *successio*, приобрѣтатель (*successor*), т. е. вступающій въ права другого, вступаетъ мѣсто<sup>3)</sup> прежняго субъекта (*auctor*) данныхъ правъ.

Всѣ права допускаютъ *successio* даже права семейныя; такъ передавалась отцовская власть, уступалась въ классическомъ

<sup>1)</sup> L. 175 § 1 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 54; L. 175 § 1; L. 177 пр. D. 50, 17.

<sup>3)</sup> *In locum alicujus succedere* L. 42; L. 156 § 2 D. 50, 17; L. 1 § 13 D. 43, 3; L. 3 § 2 D. 43, 19; L. 4 § 29, 31 D. 44, 4.

правъ и опека (*tutela cessionis*). Только въ высшей степени личные права составляли исключеніе, не допуская *successio*. Это такъ называемы *jura personalissima*, напр., личные сервитуты (*servitutes personarum*), брачное право.

*Successio* въ имущественныхъ правахъ распадается на два рода, на: *successio singularis* и *successio universalis*, частная и общая преемственность.

1. *Successio singularis* (*succ. in rem, in singulas res, in singularum rerum dominium*<sup>1)</sup>) бываетъ въ томъ случаѣ, если лицо преемствуетъ въ одномъ имущественномъ правѣ или даже во многихъ, но каждое изъ нихъ переходитъ на него по отдѣльному акту<sup>2)</sup>. Всѣ вещныя права подлежатъ этому роду преемственности. Обязательственные права не подлежатъ по общему правилу древняго римскаго права *successio singularis*. Позднѣе это начало было обойдено.

2. Въ *successio universalis* (*successio per universitatem*) различается два вида:

a) *Acquisitio per universitatem*, т. е. преемственность во всѣхъ активахъ даннаго лица. Въ древнемъ римскомъ правѣ подобная *successio universalis* имѣлась во многихъ случаяхъ, но позднѣе значеніе такой преемственности ограничилось тѣмъ положеніемъ, что лицо, наследующее актива даннаго лица, отвѣчало и по *passiva*, но только въ размѣрѣ *activa*. Всѣ *capitis deminutiones*, особенно *minima*, сопровождались такимъ *acquisitio per universitatem*<sup>3)</sup>. Если лицо самостоятельное поступаетъ подъ отцовскую власть по усыновленію, то все его положительное имущество поступало *parti agrogatori*<sup>4)</sup>, который однако не отвѣчаетъ по долгамъ усыновляемаго, и должникъ не имѣетъ права обращаться со взысканіемъ ни къ усыновленному, ни къ его отцу *agrogator*'у, такъ какъ сынъ, лицо подчиненное отцовской власти, могъ только пріобрѣтать для отца, но не обязывать его.

Преторскій эдиктъ и позднѣйшее юстиніаново право для всѣхъ случаевъ подобной *acquisitio per universitatem* устано-

<sup>1)</sup> L. 3 § 1 D. 21, 3; L. 1 § 13 D. 43, 3; L. 24 § 1 D. 39, 2; L. 37 D. 29, 2.

<sup>2)</sup> Напр., по римск. праву нельзя было подарить всего своего имущества въ одномъ актѣ, а для каждаго отдѣльнаго состава требовался особый актъ переноса. *Fragm. Vatic.* §§ 263, 287.

<sup>3)</sup> *Gajus*, 3 § 83.

<sup>4)</sup> *Gajus* 3 § 83; § 1 J. 3, 10.

вили общимъ началомъ, что *successor* отвѣчаетъ и по долгамъ, но только въ размѣрѣ активаго имущества должника<sup>1)</sup>.

б) *Successio in omne jus, in universa bona* — преемственность во всю имущественную личность *auctoris*. Тутъ въ одномъ актѣ совершается *successio* во всю совокупность актива и пассива даннаго лица, причемъ если нѣсколько лицъ преемствуютъ данному лицу, то активъ и пассивъ падаютъ по соразмѣрности на каждого участника. Такая преемственность имѣетъ мѣсто въ особенности при наслѣдованіи<sup>2)</sup>. Напр., отъ даннаго лица наслѣдуютъ трое его сыновей; каждый, наслѣдуя одну треть имущества, соотвѣтственно съ этимъ отвѣчаетъ въ одной трети по долгамъ наслѣдниковъ. При этомъ если пассивъ превышаетъ активъ, то каждый наслѣдникъ отвѣчаетъ по долгамъ въ одной ихъ трети и своимъ собственнымъ имуществомъ, тогда какъ въ *acquisitio per universitatem* каждый отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ полученнаго актива.

Въ до-юстиніановомъ правѣ *successio universalis* встрѣчалось еще и въ другихъ случаяхъ, какъ-то: *bonorum venditio*, продажа съ аукціона, вела за собою подобную *successio*<sup>3)</sup>, но въ юстиніановомъ правѣ вмѣсто такой преемственности имѣется *distractio singularum rerum*.

### Прегращеніе правъ.

Каждое изъ отдѣльныхъ правъ прекращается по основаніямъ, соотвѣтствующимъ его содержанію, и притомъ тѣми же способами, какими оно устанавливается. Это — основное начало римскаго права: *...isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur*<sup>4)</sup>. Но имѣются нѣкоторые такіе способы прекращенія, которые общи всѣмъ или большинству отдѣльныхъ правъ. Таково отчужденіе, *alienatio*, и видъ его — отказъ, *renuntiatio*.

Отчужденіе въ разныхъ правахъ имѣетъ свои особые признаки; здѣсь же рѣчь будетъ только объ общемъ его смыслѣ.

Подъ отчужденіемъ въ тѣсномъ смыслѣ разумѣется такая юридическая сдѣлка, которой кто либо переноситъ принадлежащее ему право на другое лицо или устанавливаетъ какое либо право, которымъ ограничиваетъ свое собственное.

<sup>1)</sup> Gajus, 3 § 84; § 3 J. 3, 10.

<sup>2)</sup> L. 37 D. 29, 2.

<sup>3)</sup> Gajus 3 § 77.

<sup>4)</sup> L. 1 D. 41, 7.

Въ болѣе обширномъ смыслѣ подѣ отчужденіемъ разумѣется также и отказъ, *renuntiatio*<sup>1)</sup>. Отказъ есть такое выраженіе воли управомоченнаго, которымъ онъ желаетъ достигнуть прекращенія ему принадлежащаго права безъ переноса его на другое лицо. Этотъ актъ въ большинствѣ случаевъ не одностороннее заявленіе воли; обыкновенно для правовыхъ его послѣдствій требуется принятіе отказа, какъ напр., при отказѣ отъ обязательства, отъ закладнаго права<sup>2)</sup>. Отказываться можно, какъ отъ настоящаго, — напр., *derelictio*<sup>3)</sup>, — такъ и отъ будущаго права, напр., отъ открывшагося наслѣдства, отъ легата. Но въ послѣднемъ случаѣ нельзя говорить объ отчужденіи<sup>4)</sup>, которое всегда предполагаетъ уже приобрѣтенное право<sup>5)</sup>. Отказъ отъ наслѣдства при жизни наслѣдодателя, по римскому праву, недействителенъ<sup>6)</sup>.

Иногда подѣ отчужденіемъ въ обширномъ смыслѣ источники разумѣютъ и такое прекращеніе права, которое происходитъ не по волѣ даннаго субъекта, но и не въ противность его воли, какъ-то: допущеніе къ выполненію давности владѣнія (L. 28 pr. D. 50, 16). Если выходить изъ принятыхъ выше общихъ необходимыхъ признаковъ всякаго отчужденія, то, конечно, признать въ подобныхъ случаяхъ отчужденіе въ тѣсномъ смыслѣ слова нельзя (*Dernburg Pandect. 1, p. 187*).

Отчужденіе и его форма — отказъ — прилагаются почти ко всѣмъ правамъ, за исключеніемъ тѣхъ, которыя носятъ спеціальный характеръ публичности. Поэтому въ числѣ гражданскихъ правъ нельзя отказаться отъ правъ состоянія (*jura status*), отъ семейныхъ правъ.

---

<sup>1)</sup> См. *Leopold Bacher. Revision des Verzichtsbegriffs* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 5, p. 222 — 262. Тутъ рассмотрѣны всевозможныя возвращенія на отказъ.

<sup>2)</sup> L. 2 C. 8, 25. См. *Wächter. Pandecten* 1, p. 336, 337.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 41, 7. См. *Bacher cit.* p. 224, 225.

<sup>4)</sup> См. *Wächter. Pandecten* 1, p. 332, 333.

<sup>5)</sup> L. 28 pr. D. 50, 16. L. 6 pr. § 1—3 D. 42, 8.

<sup>6)</sup> L. 3 C. 6, 20; L. 16 D. 38, 16.

## ЮРИДИЧЕСКАЯ СДѢЛКА.

*Пособія: Savigny. System Bd. 3, §§ 104, 140, 141; Unger. Oester. Privatr. Bd. 2, §§ 75, 78, 79; Karlowa. Das Rechtsgeschäft u. seine Wirkung. 1877.*

*Понятіе.* При установленіи правъ особенное значеніе имѣютъ тѣ юридическія дѣйствія, которыя извѣстны подъ именемъ юридическихъ сдѣлокъ.

Латинскіе термины «negotium», «actus legitimus», «actum» (§ 8 J. 3, 19; L. 77 D. 50, 17), переводимые на нѣмецкій языкъ словомъ «Geschäft», точно передать на русскомъ языкѣ нельзя. «Сдѣлка» предполагаетъ всегда соглашеніе волей, а подѣ словомъ «актъ» разумѣется вообще всякое юридическое дѣйствіе, но то, что мы называемъ сдѣлкой, отождествлять съ юрид. дѣйствіемъ нельзя, подѣ понятіе котораго подходитъ и деликтъ (см. *Unger cit.* § 78 п. 1). Поэтому останавливаемся на словѣ «сдѣлка», оговаривая не строго техническій его смыслъ. Подобною нетехничностью, впрочемъ, отмѣчается и словоупотребленіе источниковъ (см. у *Dernburg. Pand.* 1, § 91 п. 3).

Подѣ юридической сдѣлкой разумѣется дозволенное выраженіе воли лица, производящее извѣстное измѣненіе въ сферѣ конкретныхъ правъ: установленіе, прекращеніе или другое какое либо измѣненіе этихъ правъ<sup>1)</sup>.

Каждая изъ многочисленныхъ юрид. сдѣлокъ, извѣстныхъ положительному праву, опредѣляется особыми правилами согласно ея свойствамъ. Въ общей части будутъ указаны лишь общіе признаки всякой сдѣлки, согласно данному общему ея опредѣленію.

Всякая юрид. сдѣлка имѣетъ слѣдующіе

*Признаки:* 1) Выраженіе воли. При этомъ или только одно выраженіе воли будетъ тѣмъ основаніемъ, которое производитъ данное измѣненіе (напр., консенсуальные договоры), или такимъ основаніемъ будетъ выраженіе воли, соединенное съ обращеніемъ съ вещью (напр., заемная сдѣлка, принятіе наследства).

2) Выраженіе воли должно быть дозволенное. Недозволенное выраженіе воли, *delictum*, не будетъ *negotium*. При юри-

<sup>1)</sup> Разнообразныя опредѣленія юрид. сдѣлокъ см. у *Windscheid. Pandect* 1, § 69 п. 1.

дической сдѣлкѣ опредѣленные послѣдствія зависятъ отъ воли; при деликтахъ — отъ закона.

3) Выраженіе воли должно исходить отъ стороны, т. е. отъ заинтересованнаго лица. Поэтому постановленіе судьей приговора не будетъ юридическая сдѣлка.

4) Выраженіе воли должно имѣть своимъ послѣдствіемъ измѣненіе въ сферѣ конкретныхъ правъ. При этомъ слѣдуетъ отличать цѣль, достигаемую данной юридич. сдѣлкой.

*Виды юрид. сдѣлокъ.* Данное опредѣленіе юрид. сдѣлокъ указываетъ на возможно крайнее разнообразіе ихъ. Наука классифицируетъ ихъ по слѣдующимъ общимъ видамъ:

1) Сдѣлки одностороннія (*negotia unilateralia*) и сдѣлки дву-или многостороннія (*n. bilateralia*). Подъ первыми разумѣются сдѣлки, которыхъ существованіе и содержаніе вытекаютъ изъ единой воли (*ex uno latere sunt*). Таковы будутъ, напр., завѣщаніе, овладѣніе предметами, никому не принадлежащими (*occupatio*), обѣтъ (*votum, pollicitatio*) и т. д. Дву-или многостороннія сдѣлки вытекаютъ изъ соглашенія двухъ или многихъ самостоятельныхъ волей. Всякое соглашеніе, договоръ, *conventio, pactio*, будетъ *n. bilaterale*.

Общее опредѣленіе соглашенія: *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. L. 1 § 2 D. 2, 14; L. 1 § 3 eod.; L. 3 pr. D. 50, 12.*

2) Сдѣлки на случай смерти (*negotia mortis causa*) и между живыми (*n. inter vivos*). Подъ первыми разумѣются сдѣлки, правовыя послѣдствія которыхъ поставлены въ зависимость отъ смерти аuctoris, какъ напр., завѣщаніе, отказъ, дареніе на случай смерти. Всѣ остальные сдѣлки будутъ *n. inter vivos*.

3) Сдѣлки возмездныя (*negotia onerosa*) и безвозмездныя (*n. lucrativa*). Подъ первыми разумѣются сдѣлки на извѣстное дѣйствіе за обратное дѣйствіе, напр., купля-продажа; а подъ вторыми — сдѣлки, по которымъ предоставляется выгода безъ обратнаго дѣйствія, безъ предоставленія эквивалента, напр., дареніе.

Въ до-юстиніановомъ правѣ было извѣстно еще дѣленіе сдѣлокъ на *negotia juris civilis* и *juris gentium*, на *negotia stricti juris* и *bonae fidei*. Въ юстиніановомъ правѣ сохранились уже незначительныя послѣдствія этихъ дѣленій.

## ОБЩІЯ УСЛОВІЯ ЮРИДИЧЕСКИХЪ СДѢЛОКЪ.

Юридическая сдѣлка есть одна изъ формъ выраженія юридическаго дѣйствія; юридическое же дѣйствіе есть выраженіе воли лица, имѣющее опредѣленные правовыя послѣдствія. Следовательно, юридическая сдѣлка должна непременно отмѣчаться выраженіемъ воли. Этимъ признакомъ данные юридическіе факты отличаются отъ т. наз. юридическихъ случаевъ.

Но не всякое выраженіе воли будетъ юридической сдѣлкой. Для того, чтобы воля произвела извѣстныя правовыя послѣдствія, она должна быть признана объективнымъ правомъ. Воля, признанная объективнымъ правомъ, способною производить извѣстное измѣненіе въ сферѣ конкретныхъ правъ, носить названіе дѣеспособной воли. Самое качество, по которому воля можетъ произвести правовыя послѣдствія, носить названіе дѣеспособности (*facultas agendi* въ тѣсномъ смыслѣ). Итакъ, первое условіе юридической сдѣлки есть

### Дѣеспособность лица.

За многими лицами, въ силу различныхъ условій, или вовсе не признается дѣеспособности, или признается только ограниченная дѣеспособность. Такъ, выраженіе воли дѣтей, безумныхъ или дѣйствующихъ въ состояніи аффекта, не имѣетъ, по общему началу, никакихъ правовыхъ послѣдствій<sup>1)</sup>. Дѣеспособность же *infantia maiores*, женщинъ и др. ограниченная<sup>2)</sup>.

Кромѣ дѣеспособности, для сдѣлки необходима сама наличность воли.

### Наличность воли.

*Пособія: Savigny. System Bd. 3, §§ 130 — 134; Röver. Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung. 1874; Schall. Der Parteiwille im Rechtsgeschäft 1877; Windscheid. Wille и Willenserklärung. 1878.*

По общему началу, безъ воли не можетъ быть дѣйстви-

<sup>1)</sup> L. 1 §§ 12, 13 D. 44, 7; L. 5 D. 50, 17; L. 48 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> См. выше.



тельной сдѣлки<sup>1)</sup>). Воля должна быть выражена; невыраженная воля (т. наз. *reservatio mentalis*) не будетъ имѣть никакихъ юридическихъ послѣдствій.

Воля, выраженная въ данной сдѣлкѣ, вызываетъ соответствующія послѣдствія до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано, что данная воля была только кажущаяся, что данная сдѣлка не выражаетъ настоящей воли лица. Разъ имѣется юридическая сдѣлка, то предполагается и наличность настоящей воли; только доказательство противнаго, по объективной обстановкѣ сдѣлки, обезсиливаетъ данное предположеніе.

Въ юридической сдѣлкѣ можетъ быть выражена, иногда *преднамѣренно* или *непреднамѣренно*, не истинная воля лица (ъ).

Изъ случаевъ преднамѣреннаго выраженія не истинной воли обращаетъ особое вниманіе т. наз. симуляція, притворная сдѣлка, *negotium simulatum*<sup>2)</sup>). Подъ симуляціей разумѣется такая неподлинная воля, которая изъясняется съ тѣмъ, чтобы только повидимому совершить данную сдѣлку. Сюда относятся прежде всего тѣ случаи, когда совершается какая либо сдѣлка ради шутки (*per jocum*), чтобы показать остроуміе и т. п.<sup>3)</sup>. Тутъ не имѣется въ виду вызвать дѣйствительныя правовыя послѣдствія данной сдѣлки<sup>4)</sup>). Такой притворный актъ не дѣйствителенъ. Разъ заинтересованная сторона докажетъ симуляцію, то сдѣлка падаетъ, какъ ничтожная.

Особенное значеніе это имѣетъ въ случаяхъ притворнаго отчужденія должникомъ своего имущества третьимъ лицамъ. Кредиторъ, доказавшій такое притворство, можетъ наложить руку на отчужденные предметы.

Но нерѣдко въ формѣ притворнаго акта имѣется въ виду осуществленіе другой воли<sup>5)</sup>), напр., въ формѣ продажи осуществить дареніе. Самъ притворный актъ, какъ лишенный истинной воли сторонъ, не можетъ имѣть дѣйствительности, но такую дѣйствительность можетъ имѣть *negotium dissimulatum*, сдѣлка скрытая, какъ сдѣлка желаемая и только облеченная въ форму притворнаго акта. Послѣднее можетъ имѣть мѣсто

<sup>1)</sup> L. 3 D. 34, 5; L. 10 C. 8, 54. См. ограниченіе этого начала у *Röver. cit.*

<sup>2)</sup> См. *Kohler. Mentalreservation u. Simulation* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik.* Bd. 16 n. 2 и п. 7.

<sup>3)</sup> L. 3 § 2 D. 44, 7.

<sup>4)</sup> См. примѣры. L. 54 D. 44, 7; L. 55 D. 18, 1; L. 4 § 5 D. 18, 2; L. 30, D. 32, 2; L. 1 C. 5, 3; L. 20 C. 5, 16; L. 8 C. 5, 17.

<sup>5)</sup> См. L. 36, 38 D. 18, 1; L. 14 пр. D. 18, 2; L. 46 D. 19, 2; L. 5 § 5; L. 7 § 6 D. 24, 1; L. 8 C. 4, 22; L. 8 C. 4, 38.

лишь тогда, когда на лицо всѣ требуемыя закономъ условія для дѣйствительности скрытой воли.

Примѣръ. Мужъ, желая сдѣлать даръ женѣ, облакаетъ свою волю въ форму купли-продажи за сравнительно ничтожную цѣну. Сдѣлка, какъ купля-продажа, ничтожна, ибо ни мужъ не желалъ въ дѣйствительности продать, ни жена — купить. Не можетъ имѣть дѣйствительной силы и дареніе, ибо по римскому праву оно запрещено между супругами; значитъ, для дѣйствительности скрытаго акта здѣсь не имѣется условій, требуемыхъ положительнымъ закономъ. (См. L. 5 § 5; L. 7 § 6 D. 24, 1; L. 36; L. 38; D. 18, 1, ср. L. 4 § 5 D. 18, 2). Другое дѣло, если, напр., по одному предразсудку цѣнная колющая вещь продается за безцѣнокъ. Какъ купля-продажа сдѣлка ничтожна, какъ дареніе — она дѣйствительна.

Общее правило для притворныхъ сдѣлокъ гласитъ: *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*<sup>1)</sup>, т. е.: значеніе имѣетъ скрытая сдѣлка, а не притворно выраженная.

Отъ симуляціи слѣдуетъ отличать символическое дѣйствіе, подъ которымъ разумѣется предписанная положительнымъ правомъ форма сдѣлки, не соответствующая дѣйствительному ея содержанию<sup>2)</sup>, таковы, напр., *venditio nummo uno*, въ древности — *mancipatio*, *in jure cessio*, и др.<sup>3)</sup>.

Непреднамѣренное выраженіе не истинной воли происходитъ или подъ вліяніемъ заблужденія, или принужденія, или обмана.

**Вліяніе на волю заблужденія, принужденія и обмана.**

### Заблужденіе (*error*).

*Источники*: Dig. 22, 6; Cod. 1, 18 de juris et facti ignorantia.

*Пособія*: Savigny. System d. heut röm. Rechts Bd. 3 §§ 134—139. Carathéodory. De l'erreur en matière civile d'après le droit romain et le Code Napoleon 1860; Zitelmann. Irrthum u. Rechtsgeschäft 1879.

Подъ заблужденіемъ или ошибкой (*error*) разумѣется пред-

<sup>1)</sup> L. 3 C. 4, 38; L. 2; L. 4 C. plus valere quod agitur, quam q. sim. concipitur 4, 22.

<sup>2)</sup> См. Ihering. Geist Bd. 2 § 46; Bd. 3 § 58.

<sup>3)</sup> Gajus 2 § 103, 252; 4 § 93, 94; L. 66 D. 23, 3.

ставленіе о предметѣ, несоотвѣтствующее истинѣ. Въ гражданскомъ правѣ вопросъ о заблужденіи разсматривается вмѣстѣ съ вопросомъ о невѣдѣніи (*ignorantia*), т. е. отсутствіи всякаго представленія о предметѣ, такъ какъ считается безразличнымъ: находится ли лицо въ полномъ невѣдѣніи, или будетъ имѣть только мнимое знаніе (*falsa existimatio*)<sup>1)</sup>.

Что касается вліянія заблужденія на дѣйствительность юридической сдѣлки со стороны его отношенія къ волѣ лица, то прежде всего принимается за общее правило, что мотивы, которыми руководствуется лицо, заключающее юридическую сдѣлку, вліять на дѣйствительность ея не могутъ, ибо каковъ бы ни былъ мотивъ — мы имѣемъ дѣло съ волей, воплотившейся въ сдѣлкѣ. Поэтому заблужденіе, какъ мотивъ къ совершенію акта, не имѣетъ вліянія на дѣйствительность этого акта, если въ него вложена и выражена въ дѣйствіи воля лица<sup>2)</sup>.

Напр., неправильно опредѣляя стоимость данной вещи въ 100, когда на самомъ дѣлѣ она стоитъ 60, я рѣшаюсь ее купить. Тутъ ошибка, но сдѣлка тѣмъ не менѣе дѣйствительна, ибо въ нее вложена моя воля, направленная на совершеніе именно данной сдѣлки купли-продажи.

Другое дѣло, когда лицо дѣйствуетъ при заблужденіи, касающемся содержанія воли; въ этихъ случаяхъ не имѣется настоящей воли и потому юридическій актъ недѣйствителенъ<sup>3)</sup>. Такое заблужденіе называютъ существеннымъ (*error essentialis*) и оно касается существенныхъ сторонъ сдѣлки. Что считать существеннымъ, что не существеннымъ въ сдѣлкѣ—это римское право старалось опредѣлить внѣшними признаками. Такъ, существенно заблужденіе въ характерѣ сдѣлки, *error in negotio*.

Я думаю, что вступаю въ сдѣлку даренія, мой же контрагентъ имѣетъ въ виду сдѣлку займа. L. 36. D. 41, 1; L. 18 pr. D. 12, 1.

Одно неправильное обозначеніе сдѣлки на ея дѣйствительность вліянія не имѣетъ<sup>4)</sup>.

Затѣмъ, существенно заблужденіе въ самомъ предметѣ сдѣлки, *error in corpore*.

Я желаю купить fundum Cornelianum, а покупаю fundum Sempronianum. L. 9 pr. D. 18, 1; L. 34 pr. D. 41, 2; L. 2 § 6. D. 41, 4.

<sup>1)</sup> Savigny cit. p. 326; но срав. Dernburg. Preuss. Privat. R. § 108 n. 2.

<sup>2)</sup> Zitelmann cit. p. 414 и слѣд.

<sup>3)</sup> Vangerow. Pand 1. § 83, p. 118.

<sup>4)</sup> L. 9 § 1 D. 18, 1; L. 32 D. 45, 1.

Существенно заблужденіе и въ качествахъ предмета, если оно таково, что въ оборотѣ данный предметъ будетъ относиться къ вещамъ совсѣмъ другого рода<sup>1)</sup>, *error in substantia, error in materia*, напр., вмѣсто вина покупаютъ уксусъ<sup>2)</sup>. Но понятно, заблужденіе и во всѣхъ другихъ свойствахъ предмета, которыя при заключеніи сдѣлки будутъ обозначены существенными, считается также существеннымъ заблужденіемъ<sup>3)</sup>.

Существенно заблужденіе въ лицѣ контрагента<sup>4)</sup>, или вообще въ лицѣ, на которое направлена воля<sup>5)</sup>, т. наз. *error in persona*.

Напр., я желаю нанять въ услуженіе рекомендованное мнѣ лицо, а вмѣсто него является другой, котораго я принимаю за перваго и нанимаю его. Или вмѣсто А. наследникомъ назначаю въ завѣщаніи Б.

Конечно, если тождество лица не имѣетъ значенія для опредѣленія воли, то заблужденіе несущественно, напр., покупка въ лавкѣ у одного приказчика вмѣсто другого. Ошибка въ качествахъ лица, если нѣтъ ошибки въ его тождествѣ, значенія для дѣйствительности сдѣлки не имѣетъ<sup>6)</sup>.

Юридическіе акты, совершенные при существенномъ заблужденіи, недѣйствительны, ибо нельзя сказать, чтобы въ нихъ вложена была воля лица. Только къ подобнаго рода случаямъ прилагается правило: *errantis nulla est voluntas*<sup>7)</sup>, у заблуждающагося нѣтъ воли.

Въ подобныхъ случаяхъ собственно нельзя говорить о дѣйстви заблужденія; тутъ имѣется отсутствіе воли, почему Савиньи (*System. Bd. 3, p. 264, 444, по ср. Dernburg. Pand. I, § 101*) и прозвалъ такое заблужденіе заблужденіемъ не въ собственномъ смыслѣ слова, не настоящимъ заблужденіемъ (*unechter Irrthum*). Въ прежнее же время *error* въ мотивахъ и *error*, касающійся существеннаго содержанія сдѣлки, обыкновенно не различали (см., напр. *Glück. Erläuter. d. Pandecten. Bd. 22, p. 262—374*).

Итакъ, заблужденіе только въ существенномъ содержаніи

<sup>1)</sup> *Savigny cit. §§ 137, 138; Windscheid. Pand. I. § 76 n. 9.*

<sup>2)</sup> *L. 9 § 2; L. 11 pr. § 1; L. 10; L. 14, L. 45 D. 18, 1; L. 21 § 2 D. 19, 1.* Впрочемъ, такое заблужденіе не всегда будетъ вести къ недѣйствительности акта, какъ напр., закладъ бронзовой вещи вмѣсто золотой не обезсиливаетъ закладного права. *L. 1 § 2 D. 13, 7. См. Pfersche. Z. Lehre vom sog. error in substantia. Graz. 1880 отъ p. 8.*

<sup>3)</sup> *L. 58 D. 18, 1.* Подробнѣе см. въ обязательствахъ правѣ.

<sup>4)</sup> *D. 32 D. 12, 1.*

<sup>5)</sup> *L. 9 pr. D. 28, 5.*

<sup>6)</sup> *L. 14 § 3 D. 18, 2.*

<sup>7)</sup> *L. 20 D. 39, 3; L. 116 § 2 D. 50, 17.*

сдѣлки ведетъ за собою недѣйствительность ея; тогда какъ заблужденіе въ мотивахъ, по общему правилу, никакого вліянія на сдѣлку не оказываетъ. Только по исключенію *error* въ мотивахъ берется во вниманіе, и съ этой точки зрѣнія различаютъ заблужденіе извинительное и неизвинительное, *error probabilis* и *error non probabilis*. Только о первомъ говорилось *error non nocet*, *error prodest*; заблужденіе охраняло отъ убытка, шло въ пользу лица заблуждающагося. Извиняемость же и неизвиняемость заблужденія въ мотивахъ близко опредѣляется дѣленіемъ на *error facti* и *error juris*—заблужденіе въ фактическихъ обстоятельствахъ и заблужденіе въ нормахъ положительнаго права. По общему правилу, заблужденіе въ законахъ было во вредъ заблуждающемуся; заблужденіе же въ фактахъ не вредило.

*Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. L. 9 pr. D. 22, 6; L. 2 D. eod.*

Положительное право считается опредѣленнымъ и твердо установленнымъ; поэтому заблужденіе въ немъ не допускается<sup>1)</sup>.

Итакъ, убыточный актъ, совершенный по незнанію законовъ, остается въ полной силѣ; ошибка же въ фактическихъ обстоятельствахъ даетъ право на устраненіе убыточныхъ послѣдствій юридическаго акта. Это начало, однако, проведено въ источникахъ не безъ исключеній.

Съ одной стороны, *error juris* было извинительно для нѣкоторыхъ лицъ, а именно: 1) Для *minores* и притомъ не только въ случаяхъ положительнаго убытка, *de damno vitando*, но и въ случаяхъ упущенной прибыли, *de lucro captando*<sup>2)</sup>. 2) Для воиновъ, которые, какъ говорилось, должны были знать больше употребленіе оружія, чѣмъ законы, *milites qui magis arma quam iura scire debent*<sup>3)</sup>. 3) Для женщинъ, впрочемъ только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, *in quibusdam causis propter sexus infirmitatem*<sup>4)</sup>. 4) Для такъ наз. *rustici*, людей простоватыхъ, деревенщины, вообще не привыкшихъ обращаться съ законами.

*Ita demum non nocere si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem jus suum possit. L. 2 § 7 D. 49, 14; L. 1 § 5 D. 2, 19; L. 8 C. 6, 9.*

<sup>1)</sup> L. 2 D. 22, 6.

<sup>2)</sup> L. 9 pr. D. 22, 6.

<sup>3)</sup> L. 22 pr. C. 6, 30; L. 9 § 1 D. 22, 6.

<sup>4)</sup> L. 7, 8; L. 9 pr. D. 22, 6; L. 9 C. 4, 29; L. 3, 11, 13 C. 1, 18. Это исключеніе понимается различно. См. *Vangerow. Pand. I.*, p. 183 n. 1.

5) Кроме того, для лицъ, не принадлежащихъ къ одной изъ перечисленныхъ категорій, но доказавшихъ невозможность ознакомленія съ нормами положительнаго права (напр., въ данной мѣстности не было ни одного юриста), *error juris* считался извинительнымъ<sup>1)</sup>.

Извинительность при заблужденіи въ правѣ открывала возможность къ устраненію невыгодныхъ послѣдствій юридическаго акта, но не къ приобрѣтенію выгодъ<sup>2)</sup>.

Съ другой стороны, и *error facti* не всегда считается извинительнымъ. Такъ, заблужденіе лица, *qui id non intelligit, quod omnes intelligunt*, которое не замѣчаетъ того, что всѣмъ извѣстно, нельзя ничѣмъ оправдать.

*Sed facti ignorantiam ita demum cuique non nocet, si non ei summo negligentia objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat. Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis, accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit (L. 9 § 2 D. 22, 6), т. е. заблужденіе въ фактическихъ обстоятельствахъ никому не вредитъ, если только заблуждающагося нельзя обвинить въ крайней небрежности и въ незнаніи того, что извѣстно всякому лицу внимательному ко всему его окружающему.*

Оправданіе всякаго заблужденія въ фактѣ поставило бы, по выраженію римскихъ юристовъ, людей невнимательныхъ и небрежныхъ въ лучшее положеніе по сравненію съ людьми внимательными и заботливыми<sup>3)</sup>.

Каждое изъ разсмотрѣнныхъ исключеній изъ общаго правила о вліяніи заблужденія въ мотивахъ на юридическую сдѣлку должно быть доказано въ требуемыхъ для нихъ условіяхъ лицомъ, ссылающимся на исключеніе<sup>4)</sup>.

Что касается *error essentialis*, то извинительность или неизвинительность заблужденія при немъ безразлична, ибо, какъ выше сказано, въ случаяхъ этого рода рѣчь идетъ собственно не о дѣйствіи заблужденія, а объ отсутствіи воли.

<sup>1)</sup> L. 9 § 3 D. 22, 6.

<sup>2)</sup> L. 7, 8 D. 22, 6; L. 31 pr. D. 41, 3. См. *Dernburg. Pandekt. I, p. 199 n. 10.*

<sup>3)</sup> L. 4 D. 43, 24; L. 6 D. 22, 6.

<sup>4)</sup> См. *Savigny cit. p. 335, 336.*

### Принужденіе (vis et metus).

*Источники:* Dig. 4, 2 quod metus causa gestum erit; Cod. 2, 20 de his, quae vi metusve causa gesta sunt.

*Пособія:* Savigny. System d. heut röm. R. Bd. 3 §§ 114, 115, Beilage 8; Schliemann. Die Lehre vom Zwange 1861; Schlossmann. Zur Lehre vom Zwange 1874; Cзыларз. Der Einfluss des Zwanges въ Jahrb. f. d. Dogmat. Bd. 13, n. 1.

По вліянію на дѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ слѣдуетъ различать принужденіе физическое, насиліе, *vis*, и принужденіе психическое, нравственное, *metus*.

Подъ физическимъ принужденіемъ разумѣется тотъ случай воздѣйствія на волю лица, когда физическимъ преодоленіемъ оно принуждается къ совершенію юридическаго акта. Такое физическое воздѣйствіе, уничтожающее наличность воли лица дѣйствующаго, называется *vis*, или *vis absoluta*, и въ источникахъ опредѣляется слѣдующимъ образомъ: *Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest*<sup>1)</sup>, т. е. насиліе есть воздѣйствіе высшей силы, которую отразить нельзя.

Само собою разумѣется, что актъ, совершенный при насиліи, недѣйствителенъ за отсутствіемъ въ немъ признака воли.

Подъ психическимъ принужденіемъ, *metus*, *metus illatus*, *vis compulsiva*, разумѣется такое воздѣйствіе на волю дѣйствующаго лица, по которому оно побуждается къ совершенію юридическаго акта чрезъ намѣренно возбужденный страхъ, опасеніе; воздѣйствіе, выражающееся въ угрозѣ зломъ. Опредѣленіе источниковъ такое: *metus est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*<sup>2)</sup>, т. е. *metus* есть нравственное опасеніе настоящаго или будущаго зла, оно есть насиліе надъ волею, *vis voluntati imposita*.

Что касается вліянія психическаго принужденія на юридическія сдѣлки, то прежде всего въ правовой сферѣ свобода имѣетъ лишь внѣшнее значеніе и выражается въ способности произвести выборъ между нѣсколькими рѣшеніями. Свобода же во внѣшности психическимъ принужденіемъ не нарушается. Лицо угрожаемое можетъ произвести выборъ между тремя рѣшеніями: 1) принять предлагаемыя условія; 2) испытать вы-

<sup>1)</sup> L. 2 D. 4, 2.

<sup>2)</sup> L. 1 D. 4, 2.

полненіе угрозъ; 3) противодѣйствовать этимъ угрозамъ. Если угрожаемое лицо останавливается на первомъ рѣшеніи, то въ данный актъ оно вкладываетъ свою дѣйствительную волю и поэтому актъ этотъ вполне дѣйствителенъ. Римскіе юристы выражаются такъ: *si liber essem, noluissem, tamen coactus volui*<sup>1)</sup>, т. е.: не желая безъ принужденія, я желаю хотя бы по принужденію или *maluisse hoc videtur*<sup>2)</sup>, изъ нѣсколькихъ рѣшеній я останавливаю свою волю на данномъ рѣшеніи. Разъ имѣется внѣшне выраженная воля, то юридическій актъ имѣетъ всю свою дѣйствительность.

Въ немногихъ только случаяхъ римское право признавало вынужденную сдѣлку недѣйствительной, какъ-то вынужденное вступленіе въ бракъ (L. 22 D. 23, 2), вынужденное отпущеніе на волю (L. 9 pr.; L. 17 pr. D. 40, 9).

Но съ другой стороны, общее назначеніе положительнаго права—ограждать свободное развитіе cadaго лица въ живомъ, безпрепятственномъ общеніи съ другими людьми. Всякое дѣйствіе, противное этому назначенію, будетъ безнравственно. Поэтому безнравственно съ точки зрѣнія правового порядка всякое психическое принужденіе, а слѣдовательно задача положительнаго права—устранить послѣдствія, вызванныя принужденіемъ. И вотъ, если лицо укажетъ, что при заключеніи данной сдѣлки оно дѣйствовало подъ вліяніемъ принужденія, то ему предоставляются положительнымъ правомъ различныя средства избѣгнуть невыгодныхъ послѣдствій этой сдѣлки.

Средства эти слѣдующія. Если лицо, вынудившее заключеніе извѣстной сдѣлки, предъявитъ искъ на ея выполненіе, то дѣйствовавшій подъ принужденіемъ можетъ противопоставить возраженіе о принужденіи, *exceptio metus*<sup>3)</sup>. Въ тѣхъ случаяхъ, когда сдѣлка уже выполнена, потерпѣвшему принужденіе предоставляется<sup>4)</sup> искъ на возвращеніе выполненнаго, *actio quod metus causa*<sup>5)</sup>. Наконецъ, послѣдствія вынужденной сдѣлки могли быть уничтожены, по преторскому эдикту, путемъ восстановленія въ прежнее правоотношеніе въ силу принужденія, *in integrum restitutio propter metum*<sup>6)</sup>. Помимо того, лицо, со-

<sup>1)</sup> L. 21 § 5 D. 4, 2.

<sup>2)</sup> L. 22 D. 23, 2.

<sup>3)</sup> Dig. 44, 4 de doli mali et metus exceptione.

<sup>4)</sup> Время появленія см. *Lenel. Edictum perpetuum*, p. 94.

<sup>5)</sup> Cicero in Verrem. 2, 3 Cap. 65 § 152; ad Quintum frat. 1, 17 § 21.

<sup>6)</sup> L. 1 D. 4, 2. См. ниже.



вершившее принужденіе, отвѣчало за весь причиненный этимъ вредъ <sup>1)</sup>).

Всѣ указанная средства дѣйствуютъ *in rem* <sup>2)</sup>, а не только *in personam*, т. е. ихъ можно осуществить противъ всякаго лица, къ которому перейдутъ послѣдствія сдѣлки, совершенной по принужденію <sup>3)</sup>).

Но для примѣненія всѣхъ этихъ средствъ требуются слѣдующіе признаки принужденія. Прежде всего опасеніе должно быть одновременное съ выраженіемъ воли: *metum praesentem non suspicionem inferendi ejus* <sup>4)</sup>). При этомъ безразлично, будетъ ли угроза настоящимъ или будущимъ зломъ: *instantis vel futuri periculi* <sup>5)</sup>). Затѣмъ, *metus* долженъ быть *injustus ex parte inferentis*, т. е. чтобы опасеніе было возбуждено средствами противузаконными или противунравственными <sup>6)</sup>). Поэтому нельзя говорить о принужденіи, когда, напр., кредиторъ вынуждаетъ выполнение своего требованія угрозой судебного взысканія <sup>7)</sup>). Далѣе, *metus* долженъ быть *majoris malitatis* <sup>8)</sup>), т. е. принужденіе должно заключать угрозу зломъ значительнымъ по сравненію съ ущербомъ, которому подвергается сторона отъ заключенія сдѣлки. Таковой считается угроза жизни, тѣлу (истязаніе), свободѣ угрожаемаго лица и ему близкихъ, но не угроза имуществу <sup>9)</sup>). Угроза клеветой, несправедливымъ доносомъ и т. п. не имѣетъ значенія, если только съ этимъ не соединены дѣйствительные вредъ и опасность <sup>10)</sup>). Наконецъ, *metus* долженъ быть *non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadit* <sup>11)</sup>), т. е. принужденіе должно быть таково, чтобы было способно возбудить опасеніе даже въ самомъ неустрашимомъ человѣкѣ. Слабохарактерному человѣку или пугливому воображенію защиты не оказывается <sup>12)</sup>).

<sup>1)</sup> L. 14 §§ 3, 5 D. 4, 2.

<sup>2)</sup> L. 4 § 33 D. 44, 3; L. 14 §§ 3, 5 D. 4, 2.

<sup>3)</sup> См. ниже въ отдѣлѣ объ искахъ.

<sup>4)</sup> L. 9 pr. D. 4, 2.

<sup>5)</sup> L. 1 D. 4, 2.

<sup>6)</sup> *Accerimus vim, quae adversus bonos mores fiat.* L. 3 § 1 D. 4, 2.

<sup>7)</sup> L. 12 § 2; L. 23 § 1 D. 4, 2.

<sup>8)</sup> L. 5 D. 4, 2.

<sup>9)</sup> L. 3 § 1; L. 4; L. 7 pr.; L. 8 § 3 D. 4, 2; L. 3 D. 4, 6; L. 13 C. 2, 4; L. 4; L. 7—10 C. 2, 20.

<sup>10)</sup> L. 7 pr. D. 4, 2; L. 10 C. 2, 19.

<sup>11)</sup> L. 6; L. 9 D. 4, 2; L. 184 D. 50, 17.

<sup>12)</sup> *Schliemann cit.* p. 27.

## Обманъ (dolus).

*Источники:* Dig. 4, 3; Cod. 2, 21 de dolo malo.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. Rechts. Bd. 3 § 115, p. 115—120; Chardon. Traité du dol et de la fraude. 1838, vol. 3; Bédarride. Traité du dol et de la fraude, éd. 3, 1879, t. 4.

Обманъ собственно не составляетъ особаго порока воли, а только средство возбудить въ другомъ заблужденіе или опасеніе. При этомъ объ обманѣ можетъ быть рѣчь только съ точки зрѣнія мотива къ заключенію сдѣлки, ибо въ остальныхъ случаяхъ обмана сдѣлка не дѣйствительна по отсутствію воли. Подъ обманомъ, dolus (чаще dolus malus)<sup>1)</sup>, разумѣется умышленное вовлеченіе одного лица другимъ въ заблужденіе относительно какого либо обстоятельства съ тѣмъ, чтобы побудить перваго къ заключенію извѣстной юридической сдѣлки и съ цѣлью нанести ему тѣмъ имущественный ущербъ. Определеніе источниковъ: dolum malum est omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam<sup>2)</sup>. Выражаться обманъ можетъ и въ формѣ умолчанія, когда лицо обязано говорить<sup>3)</sup>, напр., намѣренное умолчаніе о недостаткахъ вещи при ея продажѣ<sup>4)</sup>.

Общее вліяніе обмана на сдѣлку то же, что и заблужденія. Въ этихъ случаяхъ имѣется воля на лицо, но съ другой стороны нельзя допустить, чтобы такое изъявленіе воли доставляло выгоду обманувшему, причиняя въ то же время убытокъ обманутому. Тутъ имѣется нарушеніе довѣрія<sup>5)</sup>, слѣдовательно явленіе безнравственное, къ которому, въ интересѣ общежитія, право положительное не можетъ отнестись равнодушно<sup>6)</sup>. И вотъ обманутому предоставляется нѣсколько средствъ избѣгнуть убыточныхъ послѣдствій заключенной имъ сдѣлки, а именно: exceptio doli<sup>7)</sup>, возраженіе объ обманѣ на искъ о выполненіи сдѣлки, actio doli, искъ на возвращеніе выполненнаго по сдѣлкѣ

<sup>1)</sup> Римляне различали dolus bonus и dolus malus. Первый имѣлъ мѣсто, напр., противъ враговъ или разбойниковъ L. 1 § 3 D. 4, 3.

<sup>2)</sup> L. 1 § 2 D. 4, 3; L. 7 § 9 D. 2, 14. См. Bédarride cit. t. 1 p. 11, 12.

<sup>3)</sup> L. 43 § 2 D. 18, 1.

<sup>4)</sup> L. 11 § 5 D. 19, 1; L. 35 § 8 D. 18, 1.

<sup>5)</sup> L. 5 C. 4, 44.

<sup>6)</sup> Ср. Bédarride cit. t. 1 p. 17, 18; p. 252 и слѣд.

<sup>7)</sup> Dig. 44, 4 de doli mali et m. exceptione.

обманной, и *in integrum restitutio propter dolum*, возстановленіе въ прежнее правоотношеніе въ силу обмана <sup>1)</sup>).

Но эти средства дѣйствуютъ уже только *in personam*, т. е. только противъ лица обманувшаго <sup>2)</sup> и противъ его наслѣдниковъ, если послѣдніе чѣмъ либо обогатились изъ обманной сдѣлки <sup>3)</sup>. Такое болѣе ограниченное дѣйствіе данныхъ средствъ защиты, по сравненію съ защитой противъ принужденія, можно объяснить тѣмъ, что въ обманѣ заключается меньшее насиліе противъ воли, чѣмъ при принужденіи, а потому легче обещаться отъ перваго, чѣмъ отъ втораго.

Прежніе писатели различали *dolus causam dans*, обманъ, безъ паличности котораго сдѣлка не была бы заключена, — и *dolus incidens*, обманъ, касающійся только частныхъ сдѣлки. Въ первомъ случаѣ признавалась ничтожность сдѣлки, во второмъ — только право ее обезсилить указанными средствами. Теперь это дѣленіе и соединенную съ нимъ разницу въ послѣдствіяхъ покинули (см. *Dernburg. Pandekt. Bd. I, p. 240 n. 8*).

### Выраженіе воли.

Досихъ поръ излагалось ученіе о внутреннихъ условіяхъ воли, необходимыхъ для того, чтобы волеизъявленіе могло произвести извѣстныя измѣненія въ конкретныхъ правахъ. Но для послѣдняго недостаточно одной наличности воли: необходимо еще, чтобы она была такъ или иначе выражена, ибо воля невыраженная никакихъ послѣдствій имѣть не можетъ.

...*neq. consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit* (L. 53 § 2, in f. D. 50, 16). — *Cogitationis reo nam nemo patitur* (L. 18 D. 48, 19).

Иногда проявленіе воли въ положительномъ правѣ обставлялось требованіемъ извѣстныхъ формальностей. Такъ, въ древнемъ римскомъ правѣ извѣстные юридическіе акты могли проявлять правовыя послѣдствія только будучи облечены въ предписанную положительнымъ правомъ форму, какъ напр., *mancipatio*, *in jure cessio*. Въ юстиніановомъ правѣ уже не встрѣчается какихъ либо опредѣленныхъ формъ для внѣшняго проявленія воли, но зато тутъ предписываются для многихъ актовъ другія формальныя требованія. Такъ, при *negotia* мог-

<sup>1)</sup> См. *Vangerow. Pand. Bd. I. § 185 n. 1.*

<sup>2)</sup> L. 4 § 33 D. 44, 4.

<sup>3)</sup> L. 17 § 1; L. 29; L. 30 D. 4, 3.

tis causa требовалась наличность известнаго числа свидѣтелей; иногда то же требованіе распространялось и на *per. inter vivos*, какъ напр., при поручительствѣ женщинъ на основаніи *Set. Vellejanum*. Свидѣтелями могли быть только совершеннолѣтніе римскіе граждане (*puberes cives Romani*) и притомъ мужского пола. Женщины въ качествѣ свидѣтелей при совершеніи сдѣлокъ не допускались. Затѣмъ, въ юстиніановомъ правѣ для известныхъ актовъ требовалась письменная форма, представленіе въ присутственное мѣсто (*insinuatio*), занесеніе въ оффиціальныя книги (*referre ad acta*); нѣкоторыя сдѣлки получали силу только *per rescriptum principis*. Помимо всего сказаннаго, стороны могутъ согласиться облечь сдѣлку въ опредѣленную форму<sup>1)</sup>.

Опущеніе формальностей, предписанныхъ закономъ или соглашеніемъ, имѣетъ своимъ обыкновеннымъ послѣдствіемъ ничтожность сдѣлки.

*Способы выраженія воли.* — Воля можетъ проявиться въ самомъ юридическомъ актѣ; она также считается проявившеюся, когда по постороннимъ фактамъ можно судить объ ея наличности. Отсюда, по способу своего выраженія, воля можетъ подраздѣляться на *voluntas expressa*, явно выраженная воля, и на *voluntas tacita* (*voluntas tacite patefacta, tacite declarata*), молчаливо выраженная воля.

*Voluntas expressa* есть воля, выраженная въ самомъ желаемомъ актѣ, который совершается именно съ цѣлью изъявленія воли. Такая воля обыкновенно облачается въ слова, но можетъ быть объявлена иначе, чрезъ знаки, напр., кивкомъ головы (*nutu*) въ знакъ согласія<sup>2)</sup>, указаніемъ руки, опредѣляющимъ предметъ соглашенія<sup>3)</sup>, и т. п. Нѣкоторыя лица главнымъ образомъ только знаками могутъ выразить свою волю, какъ напр., нѣмые<sup>4)</sup>.

Въ случаяхъ *voluntas tacita*<sup>5)</sup> акта, направленнаго на непосредственное выраженіе воли, не имѣется; о наличности воли тутъ дѣлается заключеніе по другимъ постороннимъ фактамъ.

<sup>1)</sup> Pr. J. 3, 23; L. 17 C. 4, 21.

<sup>2)</sup> L. 21 pr. D. 3 (32 un); L. 1 § 3 D. 38, 4; L. 52 § 10 D. 44, 7; L. 17 D. 46, 2.

<sup>3)</sup> L. 6 D. 12, 1; L. 58 pr. D. 28, 5.

<sup>4)</sup> L. 17 D. 46, 2.

<sup>5)</sup> См. *Stössel*. Die stillschweigende Willenserklärung nach. röm. Recht. Zurich. 1859.

Отсюда и самое названіе этихъ фактовъ, *facta concludentia*. Вопросъ о томъ, какіе факты могутъ служить для подобнаго заключенія о наличности воли, не можетъ быть разрѣшенъ общимъ началомъ, все зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго случая<sup>1)</sup>. Такъ напр., принятіе по истеченіи срока займа процентовъ на слѣдующій срокъ можетъ представиться *factum concludens* того, что имѣется согласіе на возобновленіе договора займа<sup>2)</sup>. Другой примѣръ: если по открывшемся наслѣдствѣ наслѣдникъ, не изъявляя согласія на принятіе наслѣдства, начинаетъ управлять наслѣдственнымъ имуществомъ (напр., платитъ долги, продаетъ вещи), то такое вмѣшательство (*pro herede gestio*) можетъ быть рассматриваемо какъ *factum concludens* о принятіи наслѣдства<sup>3)</sup>. Имѣются и другіе примѣры<sup>4)</sup>, но особенное вниманіе слѣдуетъ остановить на вопросѣ: можетъ ли считаться молчаніе за такой *factum concludens*, по которому слѣдовало бы заключать о томъ или другомъ выраженіи воли лица? Общимъ правиломъ слѣдуетъ признать, что молчаніе есть невыраженіе воли, не заключаетъ въ себѣ ни согласія, ни противорѣчія.

Въ прежнее время было распространено воззрѣніе, опирающееся на положеніе каноническаго права, что молчаніе есть знакъ согласія; *qui tacet consentire videtur* (cap. 43, X, 5, 12 *regula Bonifacii*). Но это явно противорѣчитъ выраженію римскихъ источниковъ: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* (L. 142 D. 50, 17).

Только при слѣдующихъ двухъ условіяхъ молчаніе принимается за *factum concludens*: 1) *Tacens* долженъ знать о тѣхъ обстоятельствахъ, при которыхъ его молчаніе принимается за знакъ согласія. 2) *Tacens* долженъ имѣть побудительную причину для выраженія своей воли по даннымъ обстоятельствамъ. Для обоихъ этихъ условій сочинена формула: *qui tacet, quum loqui potuit ac debuit, consentire videtur*. Второе изъ этихъ условій можетъ быть болѣе точно опредѣлено такъ: молчаніе должно имѣть мѣсто при такихъ обстоятельствахъ, изъ которыхъ иначе разумнаго вывода, какъ о согласіи, сдѣлать нельзя; или же положительный законъ для опредѣленныхъ случаевъ молчанія выставляетъ предположеніе о согласіи<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> *Unger. Oesterr. Privat. R. Bd. I, p. 105, 106.*

<sup>2)</sup> L. 57 pr. D. 2, 14.

<sup>3)</sup> L. 20 pr. § 1 D. 29, 2 § 7 J. 2, 19.

<sup>4)</sup> См. *Savigny. System. Bd. 3 p. 246—248.*

<sup>5)</sup> *Glück. Erläuter. Bd. 4 § 290; Unger. Oest. Privat. R. Bd. 2 p. 111, 112.*

Примѣры. Молчаніе отца при sponsalia дочери, или молчаніе дочери при ея обрученіи отцомъ разсматривается какъ согласіе <sup>1)</sup>. Молчаливое оставленіе у наемщика пользованіе вещью по истеченіи срока выражаетъ согласіе на продолженіе договора найма <sup>2)</sup>. И друг. <sup>3)</sup>.

Принятое воззрѣніе разрѣшаетъ вопросъ общимъ теоретическимъ началомъ, а потому должно быть предпочтено тому воззрѣнію, которое сводитъ все къ отдѣльнымъ случаямъ, упомянутымъ въ источникахъ (*Savigny. System. Bd. 3 § 132*).

Особенный видъ выраженія воли составляетъ такъ наз. *consensus*, признаніе, согласіе. Согласіе можетъ быть направлено на собственное и на чужое дѣйствіе. Въ обоихъ случаяхъ оно можетъ выражаться въ формѣ особаго обязательственнаго отношенія <sup>4)</sup>. По внѣшнему своему выраженію, *consensus* можетъ быть *expressus* или *tacitus*. Примѣръ *cons. tacitus*, направленнаго на чужое дѣйствіе. А. отдаетъ деньги, принадлежащія Б., и безъ его полномочія, въ займы; если затѣмъ Б. приметъ по этому займу проценты, то этимъ самымъ онъ выражаетъ согласіе на заключенную чужимъ лицомъ сдѣлку. Примѣръ *consens. tacitus*, направленнаго на собственное дѣйствіе. Minor сдѣлалъ заемъ, недѣйствительный въ силу его возраста, но затѣмъ, по достиженіи совершеннолѣтія, начинаетъ уплату процентовъ по заемной суммѣ. Такая уплата считается за признаніе сдѣлки дѣйствительною.—Въ нѣкоторыхъ случаяхъ *consensus* долженъ быть обязательно *expressus*. Такъ, изъявленіе опекуномъ своего согласія на заключенную подѣопечнымъ ему лицомъ сдѣлку (*tutoris auctoritas*) должно быть непременно выражено въ формѣ *cons. expressus*.

Согласіе могло быть выражено передъ заключеніемъ сдѣлки или послѣ заключенія ея. Такое послѣдующее согласіе называлось *ratihabitio* <sup>5)</sup>. Въ *ratih.* выражалось рѣшеніе воли въ томъ смыслѣ, что прежде заключенная сдѣлка должна быть сдѣлкой дающаго на нее согласіе. Примѣръ *ratihabitio*. А. заключаетъ отъ имени Б., и безъ его полномочія, сдѣлку (т. наз. *negotiorum gestio*); позднѣе Б. признаетъ эту сдѣлку. Въ по-

<sup>1)</sup> L. 7 § 1; L. 12 pr. D. 23, 1.

<sup>2)</sup> L. 13 § 11 D. 19, 2.

<sup>3)</sup> См. *Savigny. System. Bd. 3 § 132*.

<sup>4)</sup> См. въ отдѣлѣ обязат. права.

<sup>5)</sup> Dig. 46, 8 *ratam rem haberi, et de ratihabitione*.  
*Seuffert. Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868,*

добномъ выраженіи воли вмѣстѣ съ тѣмъ заключается намѣреніе отнести ея дѣйствительность къ моменту заключенія сдѣлки, т. е. всякое *ratihabitio* имѣетъ обратное дѣйствіе.

Въ юстиніановомъ правѣ послѣднее начало установлено твердо: *omnis (sc. vera) ratihabitio retrotrahitur et confirmat ea ab initio, qua subsequuta sunt* L. 7 pr. i. f. C. 4, 28;—*ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt* L. 25 i. f. C. 5, 16. (См. *Zimmermann. Die Lehre v. d. stellvertretenden negot. gestio* p. 211 и слѣд.).—Въ до-юстиніановомъ правѣ среди юристовъ подымался вопросъ: можно ли допустить *ratihabitio* въ томъ случаѣ, когда наступитъ какое либо измѣненіе въ промежуточное время или нѣтъ? Одни юристы рѣшали вопросъ утвердительно (*Celsus* L. 71 § 1 D. 46, 3), другіе отрицательно (*Africanus* L. 25 § 1 D. 46, 8). Современная наука отказалась отъ примиренія этого разногласія, находя окончательное его разрѣшеніе въ конституціи Юстиніана L. 25 C. 5, 16 (см. *Karlowa. Das Rechtsgeschäft* p. 61—64).

Для нѣкоторыхъ случаевъ послѣдующее согласіе не допускалось. Такъ, опекунъ долженъ былъ всегда давать свое *auctoritas in continenti*, т. е. при самомъ совершеніи сдѣлки<sup>1)</sup>.

### Содержаніе юридической сдѣлки.

Подробно о содержаніи юридическихъ сдѣлокъ говорится въ соответствующихъ институтахъ гражданскаго права; въ общей же части можно коснуться только общихъ элементовъ сдѣлки.

Наука<sup>2)</sup> различаетъ въ сдѣлкѣ: существенное содержаніе, *substantialia s. essentialia negotii*, естественное, обыкновенное содержаніе, *naturalia negotii*, и случайное содержаніе, *accidentalialia negotii*.

Подъ существеннымъ содержаніемъ сдѣлки разумѣется такой ея составъ, безъ котораго немислимо самое ея существованіе. Для различныхъ юридическихъ сдѣлокъ устанавливается положительнымъ правомъ свое существенное содержаніе. Такъ, для договора купли-продажи существенно соглашеніе двухъ сторонъ о продаваемой вещи и покупной цѣнѣ<sup>3)</sup>; существеннымъ содержаніемъ завѣщанія будетъ назначеніе наследника<sup>4)</sup>, и т. д.

Подъ естественнымъ содержаніемъ сдѣлки разумѣется такой

<sup>1)</sup> См. въ отдѣлѣ объ опекахъ.

<sup>2)</sup> См. уже *Glück. Erläuter. d. Pand.* Bd. 4, p. 216 и слѣд.

<sup>3)</sup> § 1 J. 3, 23; L. 72 pr. D. 18, 1.

<sup>4)</sup> § 34 J. 2, 20.

ея составъ, наличность котораго не обуславливаетъ ея существованіе, но который обыкновенно имѣетъ мѣсто въ юридической сдѣлкѣ. Поэтому, если *naturalia* не оговорены въ сдѣлкѣ, то положительное право предполагаетъ ихъ наличность; съ другой стороны, такъ какъ они не опредѣляютъ самое существованіе сдѣлки, то дѣйствующія лица всегда могутъ особой оговоркой отмѣнить ихъ<sup>1)</sup>. Послѣднимъ *naturalia n.* отличаются отъ *substantialia n.* Такъ, при куплѣ-продажѣ предполагается, что при передачѣ вещи выплачивается и цѣна; но стороны могутъ условиться о продажѣ и въ кредитъ. И т. д.

Подъ случайнымъ содержаніемъ сдѣлки разумѣется такой ея составъ, который не только не опредѣляетъ ея существованіе, но и не предполагается наличностью. Поэтому *accidentalia n.* всегда опредѣляются волею одной или обѣихъ сторонъ и этимъ они отличаются отъ *naturalia n.* Напр., заладное право не предполагаетъ пользованія залогопринимателемъ заложенной вещью (т. наз. *antichresis*), но стороны могли установить такое пользованіе по соглашенію.

Изъ числа разнообразнѣйшихъ *accidentalia negotii* особенное значеніе имѣютъ *conditio*, условіе, *dies*, срокъ, и *modus*, предположеніе.

### Условія (*conditiones*).

*Источники:* Dig. XXVIII, 7 de conditionibus institutionum; XXXV, 1 de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. Cod. VI, 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis; VI, 46 de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus; VIII, 55 de donationibus quae sub modo vel certo tempore conficiuntur.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. Rechts. B. III, p. 120 — 204; A. v. Scheurl. Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1871; O. Wendt. Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. Erlangen 1872; I'. Adickes. Zur Lehre von den Bedingungen nach römischen u. heut. Recht. Berlin. 1876.

*Понятіе условія.*—Подъ условіемъ (*conditio*<sup>2)</sup>) въ тѣсномъ

<sup>1)</sup> L. 11 § 1 D. 19, 1.

<sup>2)</sup> Отъ «*conditum*», сунпунмъ отъ *condo*.



смыслъ слова разумѣется такое самоограниченіе <sup>1)</sup> при волеизъявленіи, которымъ желаемыя правовыя послѣдствія этого волеизъявленія ставятся свободно въ зависимость отъ сомнительнаго наступленія или ненаступленія будущаго извѣстнаго обстоятельства. И самое это будущее сомнительное въ проявленіи обстоятельство носитъ названіе условія. Актъ, заключенный при такомъ ограниченіи, называется условнымъ (*conditionale negotium*, въ отличіе отъ *negotium purum*). Условіе въ этомъ его смыслѣ дѣлаетъ существованіе и дѣйствительность акта сомнительными, а слѣдовательно оказываетъ извѣстныя правовыя послѣдствія. Вотъ по отношенію къ послѣднему вопросу условія имѣютъ свое особое ученіе, по которому ихъ строго слѣдуетъ отличать отъ всякаго другого обстоятельства, отъ котораго находится въ зависимости существованіе или дѣйствительность акта и которое въ источникахъ также обозначается словомъ *conditio*. Послѣднія обстоятельства не даютъ акту отпечатокъ неизвѣстности, сомнительности. Они тотчасъ опредѣляютъ всѣ правовыя послѣдствія акта. Поэтому ихъ можно назвать условіями въ обширномъ смыслѣ слова, *quae figuram tantum, non autem vim habent conditionum* <sup>2)</sup>.

Послѣ Савиньи на условія смотрятъ какъ на самоограниченіе воли (Keller, Windscheid, Arndts и др.). Этотъ совершенно справедливый взглядъ однако слѣдуетъ оговорить: самоограниченіе не касается объема воли, какъ полагаетъ Савиньи (cit. p. 99, 120), а только существованія воли (*Fitting. Ueber den Begriff der Bedingung* въ *civ. Archiv* 39 § 3, p. 307, 308).

Расходятся въ наукѣ и въ томъ, что считать за условіе въ настоящемъ смыслѣ слова. Такъ, по воззрѣнію Фиттинга (въ *Archiv f. d. civ. Praxis* 39, p. 314—329) всякое *conditio in futurum concepta*, т. е. всякое условіе, по самой формѣ выраженія относимое къ будущему, будетъ настоящимъ условіемъ. Затѣмъ, по мнѣнію Угера (*Oesterr. Privatr. 2 § 82*), подъ условіемъ должно разумѣть всякое субъективно неизвѣстное обстоятельство, отъ осуществленія котораго ставится въ зависимость требуемая для сдѣлки воля.—Выводы изъ подобныхъ воззрѣній и критическій по нимъ анализъ цѣлаго опредѣленія см. ниже. Тутъ пока можно только сказать, что факты подлежатъ юридической квалификаціи по ихъ объективной природѣ, а не по субъективному отношенію къ нимъ человѣка.

Итакъ, подъ условіями въ обширномъ смыслѣ слова разумѣется такая оговорка при волеизъявленіи, которой оговоркой ставится въ зависимость та или другая дѣйствительность акта

<sup>1)</sup> См. *L. 6 § 2 D. 18, 1* и *L. 10 § 1 D. 14, 2*; *L. 39 D. 17, 1*.

<sup>2)</sup> *L. 69 D. 28, 5*; *L. 120 D. 45, 1*.

отъ какого бы то ни было обстоятельства. Равно и сами эти обстоятельства называются условіями въ обширномъ смыслѣ. Сюда относятся:

*Conditiones in praeteritum vel praesens collatae, relatae или conserptae.* Если обстоятельство, отъ котораго поставляются въ зависимость извѣстные правовыя послѣдствія акта, уже осуществилось въ прошедшемъ или осуществляется въ настоящемъ, то оно не можетъ разсматриваться какъ настоящее условіе, такъ какъ объективно вопросъ о желаемомъ правовомъ послѣдствіи акта уже рѣшенъ, уже въ моментъ совершенія акта юридическое положеніе его объективно не представляетъ никакой неопредѣленности: актъ или осуществился уже въ своихъ послѣдствіяхъ, или не осуществится вовсе<sup>1)</sup>. Будутъ ли субъективно неизвѣстны такіе результаты, это безразлично<sup>2)</sup>. Поэтому все равно: опредѣляютъ ли стороны данное обстоятельство прямо, какъ прошедшее или настоящее (*si Titius consul fuit, si Maevius vivit*), или, не зная его осуществленія, опредѣляютъ его какъ будущее обстоятельство<sup>3)</sup>.

Нѣкоторые писатели (*Unger. Syst. d. öst. allg. Privatr. § 82 п. 15*) думаютъ, что *condit. in praeter. vel praes. collatae* будутъ настоящими условіями, если только устанавливающій ихъ не зналъ о проявленіи даннаго обстоятельства, въ каковомъ случаѣ сдѣлка будетъ лишь видимо условной. Но источники выражаются слишкомъ категорично, *L. 39 D. 12, 1:—itaque tunc potestatem conditionis obtinet, quum in futurum confertur; L. 3 § 13 D. 38, 2:—Si tamen in praeteritum collata sit conditio vel ad praesens, non videtur sub conditione institutus: aut enim impleta est et pure institutus est etc.; L. 120 D. 45, 1... non facit conditionem haec adjectio... nec placuit instar habere conditionis sermone.* Всѣ эти приведенныя мѣста ясно отвергаютъ за *conditiones in pr. vel praes. coll.* характеръ условій по тому основанію, что они не даютъ никакой сомнительности правоотношенію (*Ennescerus. Ueber Begriff и Wirkung d. Suspensivbed. 93, 94, 97*). Для понятія условія требуется такая сомнительность въ проявленіи условнаго обстоятельства, которая объяснялась бы самой природой этого обстоятельства, т. е. требуется объективная, а не субъективная неизвѣстность: *quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint* (§ 6 J. 3, 15; *L. 37, 38 D. 12, 1*).

<sup>1)</sup> *Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt. § 6 J. 3, 15; § 11 J. 3, 19; L. 37 — 39 D. 12, 1; L. 8; L. 100, 120 D. 45, 1.—L. 16 D. 28, 3; L. 10 § 1 D. 28, 7; L. 3 § 13 D. 38, 2.*

<sup>2)</sup> § 6 J. 3, 15; *L. 37, 38 D. 12, 1.*

<sup>3)</sup> *L. 10 § 1 D. 35, 1.*

Conditiones, quae tacite negotio insunt, extrinsecus veniunt, sive juris conditiones. Если въ качествѣ условія будетъ выставлено обстоятельство, которое и безъ того составляетъ необходимое предположеніе дѣйствительности даннаго акта<sup>1)</sup>, то нельзя говорить объ условномъ актѣ. Напр., если будетъ сдѣлано распоряженіе о легатѣ подѣ условіемъ принятія наследникомъ наследства, если будетъ сдѣлано дареніе свыше 500 золотыхъ подѣ условіемъ явки акта въ присутственномъ мѣстѣ (*insinuatio*) и т. п. Подобныя оговорки будутъ совсѣмъ излишними (*superflua conditio*<sup>2)</sup>; *frustra adduntur*<sup>3)</sup>, такъ какъ дѣйствительность акта и безъ того сама собою разумѣется не иначе, какъ при наличности данныхъ обстоятельствъ (*tacite negotio insunt*). Поэтому въ подобныхъ случаяхъ не примѣняются особыя начала для условныхъ сдѣлокъ; сдѣлки не считаются условными<sup>4)</sup>. Такъ какъ наличность этихъ обстоятельствъ необходима для дѣйствительности акта и предписывается правомъ, то ихъ называютъ также *conditiones necessariae* или *juris*.

Въ наукѣ иногда признають для нѣкоторыхъ случаевъ *conditiones juris* характеръ настоящихъ условій (*Fitting* въ *civ. Archiv* 49 § 7; *Unger. Oesterr. Privatr.* § 82, p. 58—60). Что касается источниковъ, то они едва ли оставляють мѣсто сомнѣнію. См., напр., L. 99 D. 35, 1: *Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia*. Въ L. 6 § 1 D. 36, 2 о такомъ условіи говорится: *magis enim mora quam conditio legato injecta videtur*. Въ другихъ фрагментахъ сдѣлка, заключенная подѣ такимъ условіемъ, называется *purum*; L. 43 § 10 D. 21, 1—*purum venditio*; L. 107 D. 35, 1—*legatum purum*, и т. д. (Толкованіе L. 19 § 1 D. 35, 1, на каковой фрагментъ ссылаются противники принятаго нами воззрѣнія, см. у *Arndts. Pand.* § 66 п. 10). Обращаясь къ самой волѣ устанавливающаго *conditionem juris*, нельзя не отличить послѣдняго отъ настоящаго условія. Въ первомъ случаѣ правовое дѣйствіе несомнѣнно желаемо, но только препятствуетъ ему правоположеніе; тогда какъ при условіи правовое дѣйствіе желаютъ вызвать лишь въ томъ случаѣ, если условіе осуществится (см. *Unneserus. Ueber Begriff u. Wirkung d. Suspensivbeding.* § 18).

*Conditiones necessariae*, необходимыя условія въ обширномъ смыслѣ. Если въ качествѣ условія будетъ выставлено такое обстоятельство, выполненіе котораго наступитъ необходимо, то

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 35, 1; L. 25 § 1 D. 36, 2; L. 68 D. 23, 3.

<sup>2)</sup> L. 22 § 1 D. 36, 2.

<sup>3)</sup> L. 12 D. 28, 7.

<sup>4)</sup> L. 47, 99, 107; D. 35, 1; L. 21 § 1; L. 22 § 1; L. 25 § 1 D. 36, 2.

такое условіе принято называть необходимымъ. Необходимость проявленія условнаго обстоятельства можетъ зависѣть какъ отъ естественныхъ законовъ, — напр., если въ день моей смерти взойдетъ солнце, если Титъ не достанетъ въ мѣсяцъ неба пальцемъ <sup>1)</sup>, — такъ равно и отъ правовыхъ нормъ, напр., если Титъ, мой единственный наслѣдникъ, не будетъ требовать послѣ моей смерти моего ему долга <sup>2)</sup> (сюда относятся и всѣ необходимыя предположенія дѣйствительности акта, выставленныя въ качествѣ условія; см. выше). Актъ, при такихъ обстоятельствахъ, не будетъ условнымъ <sup>3)</sup>, такъ какъ вопросъ о дѣйствительности его не будетъ подѣ какимъ либо сомнѣніемъ.

Подобно *condit. in pract. vel in pr. coll.*, и за необходимыми условіями признается нѣкоторыми писателями характеръ настоящихъ условій, которыхъ отличіе лишь въ томъ, что они сразу опредѣляютъ ту или другую судьбу волеизъявленія (*Unger. Oesterr. Privatr. § 82 n. 14.; Fitting въ Archiv f. d. civ. Praх. 39 § 16. Тѣ же возраженія см. у Enneccerus cit.*).

*Невозможныя условія (conditiones impossibiles).* Подѣ невозможными условіями разумѣются такія обстоятельства, о которыхъ при самомъ ихъ установленіи въ качествѣ условій несомнѣнно извѣстно, что они не могутъ осуществиться. Невозможность такая обуславливается или законами природы, т. н. физически невозможныя условія (*conditio, quae natura impossibilis est* <sup>4)</sup>), — напр., *si digito coelum attingero*, — или положеніями права, т. наз. юридически невозможныя условія (*conditio, quae jura impleri non potest*), т. е. когда въ качествѣ условія выставлено обстоятельство, касающееся правовой сферы, но въ ней не могущее осуществиться, напр., «если Титъ приобрѣтетъ собственность надъ *res extra commercium*»; «если Сей заключить дѣйствительный бракъ со своей сестрой», и т. п.

Оба вида невозможныхъ условій разсматриваются совершенно одинаково <sup>5)</sup>. Вліяніе ихъ на правоотношеніе таково:

Невозможныя условія при *negotia mortis causa* (завѣщаніяхъ, отказахъ) *pro non scriptis habentur* <sup>6)</sup>, т. е. разсматриваются какъ бы вовсе неустановленными, и самый актъ какъ

<sup>1)</sup> § 11 J. 3, 19.

<sup>2)</sup> L. 20 pr. D. 28, 7.

<sup>3)</sup> L. 9 § 1 D. 46, 2; L. 7, § D. 45, 1; L. 17, 18 D. 12, 6; L. 50 § 1 D. 28, 5.

<sup>4)</sup> Paulus. Rec. sent. III, 4 B. § 1.

<sup>5)</sup> *Vangerow. Pand.* 1, p. 136.

<sup>6)</sup> Между школами былъ споръ Gajus III § 98. Юстиніанъ принялъ мнѣніе Собиніанцевъ § 10 I. 2, 14; L. 3; L. 6 § 1 D. 35, 1; L. 1, 6, 20 pr. D. 28, 7; L. 16 D. 28, 3; L. 104 § 1 D. 30; L. 5 § 4 D. 36, 2.

не условный. Если условіе частью возможно, частью невозможно, то возможная часть считается за настоящее условіе, а невозможная игнорируется<sup>1)</sup>.

При *negotia* же *inter vivos* невозможное условіе или обращаетъ сдѣлку съ самаго начала въ ничто, если такое условіе отлагаетъ ея дѣйствительность<sup>2)</sup>, или съ самаго же начала сдѣлка будетъ безусловно дѣйствительною, если такое условіе отмѣняетъ ея дѣйствительность.

Такое вліяніе этихъ условій на *negotia inter vivos* вытекаетъ изъ самой сущности, съ самаго начала не оставляющей сомнѣнія въ томъ, что условныя обстоятельства не проявятся въ жизни. Отступленіе отъ этихъ выводовъ при *negotia mortis causa* можно объяснить тѣмъ, что всегда предполагается серьезное намѣреніе наследодателя установить извѣстную преемственность въ его имуществѣ, хотя бы и обусловленную появленіемъ того или другого обстоятельства. Поэтому положительное право считаетъ необходимымъ удержатъ за актомъ дѣйствительную силу, а для этого необходимо условное невозможное обстоятельство разсматривать, какъ неписанное.

Вопросъ о томъ, къ какой категоріи условій, въ тѣсномъ смыслѣ слова, или условіямъ не въ собственномъ смыслѣ слова, относятся условія невозможныя, въ наукѣ далеко не безспоренъ. Многие писатели считаютъ *conditiones impossibiles* за настоящія условія (напр., *Fitting* въ *civ. Archiv* 39 § 16; *Scheurl* cit. p. 109). Хотя въ доказательство принятого нами взгляда нельзя указать на ясныя выраженія источниковъ (*Emmegerus* cit. p. 98 и п. 167), но внутреннія основанія отвергать за невозможными условіями характеръ настоящихъ условій будутъ тѣ же, что и для предыдущихъ видовъ условій.

Невозможность условнаго обстоятельства должна быть признакомъ, присущимъ ему въ моментъ установленія акта, а не зависимымъ отъ времени и перемѣны обстоятельствъ. Поэтому, если возможное въ проявленіи обстоятельство сдѣлается позднѣе невозможнымъ, то оно не разсматривается какъ невозможное условіе. Наоборотъ, если невозможность въ моментъ установленія акта не была присущимъ условному обстоятельству признакомъ, то имѣемъ дѣло съ настоящимъ дѣйствительнымъ условіемъ, напр., если будетъ обѣщано приданое несовершенно-

<sup>1)</sup> L. 45 D. 28, 5; L. 6 § 1 D. 35, 1.

<sup>2)</sup> *Gajus* III § 98; L. 7; L. 137 § 6 D. 45, 1; L. 9 § 6 D. 12, 1. Если заключающій условный актъ знаетъ невозможность условія, то это можно разсматривать, какъ шутку съ его стороны L. 81 D. 44, 7; L. 1 § 11 eod.; L. 29 D. 46, 1; § 11 I. 8, 19.

полѣтней дочери Тита на случай выхода ея замужъ; будетъ оставленъ легать рабыни подъ условіемъ выхода ея замужъ<sup>1)</sup>; и т. п. — Если же невозможное обстоятельство сдѣлается позднѣе возможнымъ въ силу чрезвычайнаго какого либо событія, — напр., перемѣны закона, то послѣднее не дѣлаетъ его дѣйствительнымъ условіемъ<sup>2)</sup>.

Одинаково съ невозможными рассматриваются тѣ условія, которыхъ осуществленіе хотя и возможно, но не иначе какъ по преодоленіи чрезвычайныхъ затрудненій. Эти условія можно назвать *неудобовыполнимыми*<sup>3)</sup>. Сюда будетъ относиться, напр., назначеніе наследникомъ подъ условіемъ соорудить наследодателю памятникъ въ продолженіе трехъ дней по его смерти<sup>4)</sup>, и т. п.

Невозможнымъ условіямъ въ собственномъ смыслѣ уподобляются по вліянію на правоотношенія такія условія, которыми пріобрѣтеніе права или прекращеніе его становится въ зависимость отъ совершенія противозаконнаго или безнравственнаго дѣйствія, или отъ упущенія дѣйствія, закономъ или моралью предписаннаго. Такія условія, въ отличіе отъ невозможныхъ, можно назвать *недозволенными* условіями<sup>5)</sup>.

Часто этого рода условія называли *юридически* или *морально невозможными* условіями (напр., *Sell. Die Lehre v. d. unmögl. Bedingungen*, p. 20). Но это названіе невѣрно. Фактически наступленіе такихъ условій вполне возможно, но не должно, и самое это наступленіе находится въ неизвѣстности. Воровство, нарушеніе супружеской вѣрности — дѣйствія возможные, тогда какъ вступленіе въ дѣйствительный бракъ съ сестрой, совершеніе несовершеннолѣтнимъ завѣщанія — дѣйствія юридически невозможныя. Да и самъ Юстиніанъ дѣлаетъ различіе между *impossibilia* и *legibus interdicta vel alias probrosa* (§ 36 I. 2, 20; L. un. C. 6, 41). Поэтому вѣрнѣе назвать эти условія *недозволенными* (*Sintenis. Prakt. Civilrecht* I, p. 174; *Vangerow. Pand. I*, p. 136. — *Savigny* (cit. p. 171) даетъ имъ названіе *безнравственныхъ* условій, но вульгарный смыслъ этого эпитета не всегда подойдетъ къ запрещенному положительнымъ правомъ).

Такія условія сами по себѣ носятъ всѣ признаки настоящихъ условій, какъ будущія, неизвѣстныя обстоятельства,

<sup>1)</sup> L. 58, D. 35, 1.

<sup>2)</sup> L. 137 § 6 D. 45, 1; L. 35 § 1 D. eod.; L. 83 § 5 D. eod.; L. 34 § 1 D. 18, 1. См. *Savigny* cit. p. 167—169.

<sup>3)</sup> *Unerschwingliche* (*Savigny* cit. p. 165).

<sup>4)</sup> L. 6 D. 28, 7 ср. L. 4 § 1 D. 40, 7.

<sup>5)</sup> См. *Fitting. Ueber d. Begriff d. unsittlichen Bedingung* въ *Archiv f. d. civil. Praxis*. Bd. 56, p. 399—424.

возможныя въ своемъ осуществленіи, но такъ какъ эти условія имѣютъ въ виду достиженіе цѣли, неодобряемой закономъ, то они уподобляются въ своемъ дѣйствиіи невозможнымъ условіямъ, т. е. при актахъ послѣдней воли они *pro non scriptis habentur*<sup>1)</sup>, при *negotia inter vivos* они ведутъ къ полной ничтожности акта<sup>2)</sup>, если условность была отлагательная; если же условность была отмѣнительная, то актъ остается безусловно дѣйствительнымъ и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ объявляется также ничтожнымъ.

Для такихъ послѣдствій недозволенныхъ условій при отлагательно условныхъ актахъ, понятно, требуется, чтобы пріобрѣтеніе права ставилось въ зависимость отъ недозволеннаго дѣйствія или опущенія лица пріобрѣтающаго, *promissarius'a* (L. 123 D. 45, 1). Если же кто-либо обѣщаетъ подъ условіемъ, если онъ, *promittens*, (или также третье лицо) совершитъ недозволенное дѣяніе, то актъ вполне дѣйствителенъ (L. 1, 2 C. 4, 56; L. 121 § 1 D. 45, 1), такъ какъ актъ этотъ направленъ на противодѣйствіе недозволенному дѣянію (*Savigny cit.*, p. 174, 175). Полную ничтожность акта при отмѣнительныхъ недозволенныхъ условіяхъ различныя ученые допускаютъ въ различномъ примѣненіи. Правильнѣе, по нашему мнѣнію, смотрятъ тѣ писатели, которые объявляютъ такіе акты ничтожными во всѣхъ случаяхъ, когда недозволенное условіе есть результатъ общаго, обѣихъ сторонъ, дѣла, предосудительно для обѣихъ сторонъ. Такъ напр., А., притязая на владѣемую В. вещь, вступаетъ съ послѣднимъ въ такое соглашеніе: я оставляю тебѣ вещь, но если я заставлю В. по фальшивому документу тебѣ уплатить такую-то сумму, то вещь должна ко мнѣ возвратиться (*Wächter. Pand. I*, p. 373, 374; ср. *Vangerow Pand. I*, p. 137, 138).

Къ недозволеннымъ условіямъ принадлежатъ слѣдующія двѣ категоріи:

1) Дѣйствія или опущенія, которыя уже сами по себѣ, объективно, противоправны или безнравственны, напр.: «если Титъ совершитъ кражу, нарушитъ супружескую вѣрность, не выкупитъ своего отца изъ плѣна» и т. п.<sup>3)</sup>.

2) Дѣйствія или опущенія сами по себѣ дозволенные и не безнравственныя, но которыя получаютъ предосудительный характеръ, если будутъ выставлены въ качествѣ условій, если ими обусловлено будетъ пріобрѣтеніе имущественной выгоды или устраненъ имущественный ущербъ, напр., отказъ по завѣщанію подъ условіемъ безбрачія даннаго лица или брака по

<sup>1)</sup> L. 9, 15, 27 pr. D. 28, 7; L. 5 C. 6, 26. По ср. § 36 I. 2, 20; L. un. C. 6, 41.

<sup>2)</sup> L. 123, 137 D. 45, 1.

<sup>3)</sup> L. 15 D. 28, 7; L. 8 § 1 D. 7, 8; L. 128 D. 45, 1.

чужому выбору<sup>1)</sup>, уговоръ объ уплатѣ определенной суммы въ случаѣ невступленія въ определенный бракъ<sup>2)</sup>, разводъ, выставленный въ качествѣ условія<sup>3)</sup> и т. д.<sup>4)</sup>. Къ этой же категоріи должны быть отнесены и тѣ случаи, когда въ качествѣ условія выставляется обязанность не совершать правонарушенія или исполнять свой долгъ<sup>5)</sup>. Эти послѣднія явленія, сами по себѣ желаемыя, объявляются недозволенными условіями, въ силу безнравственнаго отношенія воли къ предписаніямъ закона и морали.

*Conditiones perplexae*, т. е. спутанныя, непонятныя или неразрѣшимыя по законамъ логики условія, напр.: Титъ да будетъ наслѣдникомъ, если будетъ наслѣдникомъ Сей<sup>6)</sup>. Въ этихъ случаяхъ ничего не будетъ сомнительнаго или неизвѣстнаго, такъ какъ такія условія сразу уничтожаютъ то, что ими обусловливается<sup>7)</sup>,

*Различные виды условій.*— Вліяніе условія на правоотношеніе можетъ выражаться въ томъ, что или отлагается установленіе, начало правоотношенія до наступленія условнаго обстоятельства, или отмѣняется, прекращается установившееся правоотношеніе съ наступленіемъ условнаго обстоятельства. По этому двойному вліянію на правоотношеніе всѣ условія дѣлятся на отлагательныя, суспензивныя (*conditiones suspensivae*) и отмѣнительныя, резолютивныя (*conditiones resolutivae*).

Названія суспензивныя и резолютивныя условія изобрѣтены новѣйшей наукой. Въ источникахъ этихъ терминовъ нѣтъ, а употребляются выраженія: для первой категоріи условій — *negotium conditionale* или *sub conditione initium* (L. 10, § 4, 5 D. 23, 3; § 4 I, 3, 15) въ отличіе отъ *negotium purum*; а для второй — *sub conditione resolvi potest* (L. 2 pr. D. 18, 2; L. 1 D. 18, 3; L. 2 § 4 D. 41, 4). О другихъ признакахъ, по которымъ различали тѣ и другія условія, см. у *Appleton*. *De la condition resolutoire dans la stipulation*. 1879, p. 2—4.

Оба вида условій по формѣ выраженія могутъ быть или положительныя (*conditiones affirmativae*), или отрицательныя (*conditiones negativae*). О первыхъ говорится въ тѣхъ случа-

<sup>1)</sup> L. 22, 28 pr.; L. 72 § 4, 5; L. 79 § 4 D. 28, 7.

<sup>2)</sup> L. 71 § 1 D. 28, 7; L. 134 D. 45, 1.

<sup>3)</sup> L. 2 O. 8, 39; L. 8 § 1 D. 7, 8.

<sup>4)</sup> См. у *Arndts*. *Pandek.* § 72 п. 5.

<sup>5)</sup> L. 7 § 3 D. 2, 14; L. 2 pr. § 1, 2; L. 4 § 2; L. 9 pr. § 1, 2 D. 12, 5; L. 6, 7 O. 4, 7.

<sup>6)</sup> L. 16 D. 28, 7; см. также L. 39 D. 40, 4; L. 88 pr. D. 35, 2.

<sup>7)</sup> *Wächter*. *Pand.* 1, p. 373.



чаяхъ, когда та или другая дѣйствительность акта обусловливается проявленіемъ извѣстнаго обстоятельства или совершеніемъ опредѣленнаго положительнаго дѣйствія; о вторыхъ — когда та или другая дѣйствительность акта становится въ зависимость отъ непроявленія извѣстнаго обстоятельства или не совершенія опредѣленнаго дѣйствія<sup>1)</sup>).

Наконецъ, наступленіе какъ суспензивнаго, такъ и резолютивнаго условія можетъ или зависѣть отъ человѣческой воли, — совершеніе или не совершеніе опредѣленнаго дѣйствія, — или нѣтъ, — проявленіе и непроявленіе случайнаго, отъ человѣческой воли независимаго событія. Въ первомъ случаѣ говорятъ о *conditiones potestativae*, во второмъ — о *conditiones causales*<sup>2)</sup>. Если проявленіе условія зависитъ совмѣстно отъ человѣческой дѣятельности и отъ обстоятельствъ, внѣ его воли лежащихъ, то такое условіе называютъ смѣшаннымъ, *conditio mixta*, напр., если А. женится на Б, получитъ должность, родитъ сына.

Опредѣленіе свойства условія въ каждомъ случаѣ должно исходить отъ лица управомоченнаго по условному правоотношенію. Условіе будетъ потестативное, или казуальное, или смѣшанное, смотря какимъ оно будетъ по лицу управомоченнаго. L. un. § 7 C. 6, 51. *Arndts. Pand.* § 67 п. 1.

Если та или другая дѣйствительность правоотношенія будетъ поставлена въ зависимость отъ простаго согласія на него, отъ воли лица обязаннаго, то вся сдѣлка недѣйствительна, нѣтъ никакого правоотношенія, такъ какъ *promissor* ни къ чему не обязывается: *sub hac conditione si volam nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis, nam nec heres promissoris ejus, qui nunquam dare voluerit, tenetur, quia haec conditio in ipsum promissorem nunquam exstitit.* L. 8. D. 44, 7; L. 17, 46 § 3; L. 108, § 1 D. 45, 1; L. 7 pr. D. 18, 1; L. 13 C. 4, 38; — L. 43 § 2 D. 30 un. — Но сдѣлка будетъ условной, если условіемъ будетъ выставлено внѣшнее какое-либо дѣйствіе обязаннаго, хотя бы это дѣйствіе вполнѣ зависѣло отъ его воли, напр., А. обѣщаетъ Б. 100 р., если онъ, А., два года не подымется на Капитолій (L. 3 D. 31; L. 27 § 1; L. 115 § 1 D. 45, 1). Впрочемъ, объ отношеніи послѣднихъ условій къ первымъ въ наукѣ разногласіе (см. *Windscheid. Pand.* 1, § 93 п. 5, *Wächter. Pandekt.* 1, p. 377, 378).

*Допустимость условій.* — Нѣкоторыя правовыя сдѣлки, заключенныя подъ условіемъ, будутъ недѣйствительны. Основаніе этому частью въ особой формѣ этихъ сдѣлокъ, недопускаю-

<sup>1)</sup> L. 7 pr.; L. 67 D. 35, 1.

<sup>2)</sup> L. 60 pr. D. 35, 1; L. un. § 7 C. 6, 51. См. *Savigny cit.* p. 128 и п. а. *Maassen. Civ. Erörterungen I. Potestativbedingungen.*

щей условія, частью въ томъ, что по самому существу сдѣлки она нерѣдко не допускаетъ какого либо обусловливанія<sup>1)</sup>. Это одинаково относится какъ къ условіямъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, такъ и къ условіямъ не въ собственномъ смыслѣ слова<sup>2)</sup>.

Съ другой стороны, только извѣстный видъ условій не допускается и вызываетъ недѣйствительность сдѣлки<sup>3)</sup>. О вліяніи всякаго другого рода обусловливаній на дѣйствительность сдѣлки сказано уже выше.

*Вліяніе условій на юридическій актъ.*—По вопросу о вліяніи условій слѣдуетъ различать отдѣльныя состоянія, въ которыхъ они могутъ находиться. Такихъ состояній три: 1) *conditio pendens*, 2) *c. existens* и 3) *c. deficiens*.

1) *Conditio pendens*.—Пока неизвѣстно, осуществится ли обстоятельство, выставленное въ качествѣ условія, ожидаемымъ образомъ (*affirm.* или *negativ.*), говорятъ, что *conditio pendet* (*conditio pendens*).

Значеніе этого состоянія условія:

При суспензивно-условномъ актѣ за періодъ *conditionis pendentis* правоотношеніе не считается еще вовсе установившимся, право на выговоренное въ актѣ еще не приобрѣтено<sup>4)</sup>. Такъ что если будетъ передана вещь подъ суспензивнымъ условіемъ, то право собственности еще не будетъ перенесено традентомъ на получателя. Право собственности остается за традентомъ, а вмѣстѣ и прежнее право распоряженія вещью. При условныхъ обязательствахъ не будетъ еще установлено право требованія и искъ<sup>5)</sup>. Поэтому если условный долгъ будетъ по заблужденію выполненъ, то искомъ о недолжномъ (*condictione indebiti*) можно вытребовать выполненное назадъ<sup>6)</sup>. Но съ другой стороны, уже при самомъ заключеніи условнаго акта устанавливается извѣстная связанность волей сторонъ (*vinculum necessitatis*) въ виду будущей возможности приобрѣ-

<sup>1)</sup> См. т. н. *actus legitimi* L. 77 D. 50, 17. Ср. *Fragm. Vatic.* § 329; L. 52 D. 35, 1; L. 68 D. 28, 5. См. *Enneccerus. Ueber. Begriff u. Wirkung d. Suspensivbedingung*, p. 9—84.

<sup>2)</sup> L. 51 § 2 D. 29, 2. См. *Fitting*, въ *Civil. Archiv.* 39, 13, p. 316 и слѣд.

<sup>3)</sup> Напр., L. 70, 71 D. 28, 5; L. 15 D. 28, 7; L. 4 C. 6, 25.

<sup>4)</sup> L. 213 pr. D. 50, 16.

<sup>5)</sup> L. 9 pr.; L. 36 D. 12, 1; L. 13 § 5 D. 20, 1: *nihil interim debetur* L. 54 D. 50, 16.—Поэтому предъявленный искъ по условному легату *pendente conditione* не ведетъ за собой исковой консумпціи: *arg.* L. 35 D. 5, 1; L. 11 § 4 и 5 D. 44, 2.

<sup>6)</sup> L. 16, 18 D. 12, 6.

сти право. Управомоченный по акту уже теперь кредиторъ; хотя и условный только (*creditor sub conditione, conditionalis*), обладающій положительной надеждой (*spes*) на будущее приобретение права<sup>1)</sup>; обязанное лицо уже теперь состоитъ должникомъ, хотя и условнымъ<sup>2)</sup>; однимъ словомъ, сдѣлка уже теперь существуетъ, хотя бы только условная (*conditionalis venditio*<sup>3)</sup>. Поэтому ни одна сторона не можетъ отступить произвольно отъ сдѣлки, а обязана выжидать исхода условнаго обстоятельства, и всякія такія дѣйствія на сторонѣ обязанной, которыя положительнымъ препятствовали бы будущему осуществленію сдѣлки (напр., отпущеніе раба на волю, конкурсъ въ имуществѣ должника), даютъ право условно управомоченному принимать мѣры, ограждающія его будущія права<sup>4)</sup>, какъ напр., требовать cautionem, и т. п. Далѣе, условныя права и обязанности могутъ быть переносимы на другихъ путемъ отчужденія<sup>5)</sup> или наслѣдованія<sup>6)</sup>, но только не права изъ послѣдней воли<sup>7)</sup>, такъ какъ *negotia mortis causa* въ высшей степени личнаго свойства<sup>8)</sup>: ихъ центръ тяжести находится не столько въ томъ, чтобы установить вообще преемственность въ данномъ имуществѣ, сколько въ томъ, чтобы послѣднее досталось именно опредѣленному лицу.

Всѣ эти послѣдствія, вытекающія изъ связанности волей въ періодъ *conditionis pendentis*, дали нѣкоторымъ писателямъ основаніе утверждать, что суспензивно-условный актъ устанавливаетъ тотчасъ готовое правоотношеніе, хотя и не съ полными послѣдствіями акта (см. *Wendt cit. p. 65, 125*; ср. также *Eisele. Wirkung der Suspensiv-Bedingung* въ *Archiv f. d. Civilist. Praxis* V. 50, p. 262). Но вышеприведенныя данныя, кажется, несомнѣнно говорятъ противъ установленія изъ условной сдѣлки правоотношенія.

Резолютивное условіе въ состояніи *pendentis* не оказываетъ никакого вліянія на существованіе и дѣйствительность сдѣлки. Съ самаго ея заключенія она вступаетъ въ полную силу и под-

<sup>1)</sup> L. 54 D. 50, 16; § 4 I. 3, 15.

<sup>2)</sup> L. 4 pr. D. 42, 6; L. 10 pr. D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 10 § 5 D. 23, 3; L. 14 pr. D. 46, 2.

<sup>4)</sup> L. 27 D. 17, 2; L. 13 § 5 D. 20, 1; L. 6 pr. 42, 4; L. 4 pr. D. 42, 6; L. 1 § 3, 14, 20; L. 5 pr. § 2; L. 10; L. 14 D. 36, 3.—L. 41 D. 5, 1; L. 16 pr. D. 5, 3.

<sup>5)</sup> L. 17, 19 D. 18, 4.

<sup>6)</sup> L. 57 D. 45; 1; L. 8 pr. D. 18, 6; L. 2 § 5 D. 39, 5; § 4 I. 3, 15; § 25 I. 3, 19.

<sup>7)</sup> L. un. § 7, 13 O. 6, 51; L. 59 pr. D. 35, 1.

<sup>8)</sup> *Savigny cit. p. 186.*

лежитъ исполненію съ обѣихъ сторонъ<sup>1)</sup>). Только остается сомнительнымъ вопросъ о будущемъ прекращеніи ея, и съ этимъ признакомъ правоотношеніе переходитъ къ преемникамъ сторонъ.

2) *Conditio existens*. *Осуществленіе условій*.—Условіе считается выполненнымъ, когда обстоятельство, выставленное въ качествѣ условія, точно и вполнѣ осуществилось<sup>2)</sup>. При этомъ слѣдуетъ обращать вниманіе болѣе на настоящее намѣреніе установившаго условіе, чѣмъ на внѣшнюю форму установленія, на слова<sup>3)</sup>.

Затѣмъ, выполненіе условія не можетъ быть вынуждаемо никакими правовыми средствами<sup>4)</sup>, такъ какъ условіе никогда не возлагаетъ обязанности выполнить условное обстоятельство.

Въ частности *conditio negativa* считается выполненнымъ, когда обстоятельство, не долженствующее выполняться, не осуществилось въ продолженіе впередъ опредѣленнаго срока, или осуществленіе его сдѣлалось невозможнымъ<sup>5)</sup>, напр., умеръ рабъ, неотпущеніе на волю котораго было выставлено въ качествѣ условія сдѣлки. Если *conditio negativa* будетъ *potestativa* (напр., если ты не вступишь на Капитолій), то весьма часто исполненіе условія несомнѣнно наступитъ только въ моментъ смерти самаго управомоченнаго<sup>6)</sup>. При этомъ если такое условіе было присоединено къ *negotia inter vivos*, то извлечь пользу изъ послѣднихъ могутъ еще наследники управомоченнаго, но изъ *negotia mortis causa* не можетъ быть и такого осуществленія сдѣлки (см. выше). И вотъ, въ случаяхъ наследованія и отказовъ подъ такимъ условіемъ, римское право допускаетъ управомоченнаго тотчасъ къ пользованію правомъ, если только имъ будетъ доставлено обезпеченіе (въ формѣ поручительства или т. п.) въ томъ, что онъ не совершитъ даннаго дѣйствія, въ противномъ же случаѣ возвратитъ полученное изъ сдѣлки. Такое обезпеченіе носитъ названіе *cautio Muciana*<sup>7)</sup>.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ условія, на самомъ дѣлѣ не выполненныя, принимаются за выполненныя. Въ наукѣ при-

<sup>1)</sup> L. 2, 3; L. 4 § 3 D. 18, 2; L. 29 D. 39, 6.

<sup>2)</sup> L. 99 § 1; L. 129 D. 45, 1.

<sup>3)</sup> L. 19 pr., L. 101 pr. D. 35, 1.

<sup>4)</sup> L. 41 pr. D. 18, 1.

<sup>5)</sup> L. 115 pr. § 1 D. 45, 1.

<sup>6)</sup> § 4 J. 3, 15; L. 73 D. 35, 1.

<sup>7)</sup> L. 7, L. 73 D. 35, 1.

нято это называть фикціей выполненія условій<sup>1)</sup>. Но источники по поводу этихъ случаевъ чаще выражаются такъ, что сама правовая сдѣлка дѣйствительна, какъ бы условіе выполнилось (*ac si impleta conditio esset,—quasi impleta conditio*<sup>2)</sup>). А это нѣчто иное, чѣмъ фикція выполнившася условія, т. е. римскіе юристы исходятъ не изъ предположенія выполнившася условія и слѣдовательно осуществленія извѣстныхъ правовыхъ послѣдствій, но прямо допускаютъ изъ особыхъ основаній такія послѣдствія, которыя правильно были бы вызваны наступленіемъ условія<sup>3)</sup>. При такомъ толкованіи условнаго акта приходится, конечно, выходить изъ воли сторонъ, опредѣлявшихъ актъ. И вотъ, опредѣленные основанія даютъ право предполагать, что волеизъявитель при условной сдѣлкѣ желаетъ наступленія опредѣленныхъ правовыхъ послѣдствій своего волеизъявленія, хотя бы условіе и не наступило. Такое предположеніе можетъ имѣть мѣсто:

1) Когда условно обязанное лицо препятствуетъ выполненію условія. Это особенно ясно и часто могло выступать при условныхъ актахъ послѣдней воли<sup>4)</sup>, напр., въ случаяхъ условныхъ вольноотпущеній по завѣщанію. Наслѣдникъ, препятствующій выполненію условія, становился въ противорѣчіе съ волей завѣщателя, изъ чего можно предполагать, что завѣщатель въ виду этихъ обстоятельствъ желалъ бы наступленія правовыхъ послѣдствій вольноотпущеній, хотя условія ихъ и не исполнились<sup>5)</sup>. Но для такого предположенія необходимо, чтобы обязанное лицо преднамѣренно (злонамѣренно, *dolo*, и т. п.) предприняло такія дѣйствія, которыя сдѣлали бы выполненіе условія невозможнымъ, напр., наследникъ препятствуетъ рабу выполнить условіе, отъ котораго поставлено завѣщателемъ въ зависимость его вольноотпущеніе<sup>6)</sup> (отнимаетъ у него *rescilium*, изъ котораго онъ могъ бы уплатить условную сумму, заточаетъ его и тѣмъ лишаетъ возможности совершить условное дѣйствіе, напр., выполнить работу, и т. п.). Когда же выполненіе условія вполнѣ или отчасти зависитъ отъ личной дѣятельности обя-

<sup>1)</sup> Savigny. cit. § 119.

<sup>2)</sup> L. 161 D. 50, 17. L. 3 § 11; L. 28 D. 40, 7.

<sup>3)</sup> Scheurl cit. p. 160.

<sup>4)</sup> Jhering. Geist d. R. R. Bd. II, Abth. 1 § 32 и Abth. 2 § 39.

<sup>5)</sup> Tit. D. de statuliberis 40, 7; L. 161 D. 50, 17; L. 85 § 7 D. 45, 1. При договорахъ см. L. 50 D. 18, 1.

<sup>6)</sup> L. 3 § 3, 4; 7, 8, 11, 13, 16, 17; L. 4 § 4. L. 23 § 1; L. 34 § 1. L. 38 D. 40, 7; L. 3 § 9 D. 12, 4; L. 66, 110 D. 35, 1.

заннаго, то бездѣятельность его не можетъ служить основаніемъ фикціи о выполненіи условія<sup>1)</sup>).

Многіе ученые (*Puchta Pand. § 60 note g; Wendt. cit., p. 143—147*) принимаютъ положеніе— «когда условно обязанное лицо препятствуетъ выполнению условія, то условіе признается выполненнымъ»—безъ всякихъ оговорокъ. Они опираются въ этомъ на выраженія источниковъ, какъ: *tunc deum pro impleta habetur conditio, quum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat* (L. 81 § 1 D. 35, 1. Также L. 85 § 7 D. 35, 1). Но принимая положеніе въ такой общей формѣ, придется допустить выводы, явно противорѣчащіе намѣренію сторонъ. Такъ, если выполненіе условія будетъ зависѣть отъ дѣйствія обязаннаго лица, то несовершенство имъ этого дѣйствія не даетъ права допускать наступленіе правовыхъ послѣдствій акта, какъ бы условіе исполнилось. Напр., А. обѣщаетъ В. столько-то денегъ, если только онъ не поѣдетъ будущій годъ путешествовать. По данной формулѣ, путешествіе А. должно разсматриваться какъ обстоятельство, дающее основаніе установить его обязанность выплатить В. обѣщанную сумму, тогда какъ настоящее намѣреніе сторонъ было то, что А. обязанъ уплатить В. въ томъ только случаѣ, если онъ не поѣдетъ путешествовать (*Wächter. Pand. I, p. 381 п. 2*). Поэтому уже съ Савиньи (*cit. III, p. 141*) въ наукѣ ограничиваютъ разными оговорками данную формулу тѣмъ, что препятствіе со стороны обязаннаго должно выражаться въ преднамѣренномъ дѣйствіи (*dolus*), дѣлающимъ выполненіе условія невозможнымъ (*Schewrl cit., § 41, p. 163—165*). За такое ограниченіе формулы и многія выраженія источниковъ, болѣе точно опредѣляющія смыслъ конкретныхъ случаевъ, какъ напр., L. 161 D. 50, 17: *jure civili receptum est, quoties per eum cujus interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset... quum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret. L. 24 D. 35, 1. Ср. L. 38 D. 40, 7; L. 110 D. 35, 1.*

2) Когда для исполненія условія требуется содѣйствіе третьяго лица и это послѣднее отказывается въ своемъ участіи. Въ этихъ случаяхъ наступаютъ правовыя послѣдствія акта, какъ бы условіе исполнилось<sup>2)</sup>. Такъ, если пріобрѣтеніе права поставлено въ зависимость отъ брака пріобрѣтающаго съ опредѣленной женщиной и со стороны перваго будутъ сдѣланы попытки выполнить условіе, но онъ получитъ отказъ, то право считается пріобрѣтеннымъ за нимъ<sup>3)</sup>. Другой примѣръ: условіемъ выставлено усыновленіе пріобрѣтающаго со стороны опредѣлен-

<sup>1)</sup> *Wächter. Pand. I, p. 381 п. 2.*

<sup>2)</sup> Примѣры: L. 3 D. 28, 7; L. 112 § 1 D. 35, 1; L. 20 § 3 D. 40, 7; — L. 101 pr. 35, 1.—L. 84 D. 35, 1; L. 30 § 5 D. 33 (3).—L. 101 § 4 D. 35, 1; L. 18 D. 33, 1—L. 23 § 2 D. 9, 2; D. 8 § 7 D. 28, 7; L. 54 § 2; D. 30 (1). И др.

<sup>3)</sup> L. 23 D. 28, 7; L. 31 D. 35, 1; L. 1 C. 6, 45.

Наго лица и этотъ послѣдній отказывается усыновлять, то право считается прибрѣтеннымъ<sup>1)</sup>). Основаніе — въ предполагаемой волѣ опредѣлившаго условный актъ, а именно допустить правовыя послѣдствія этого акта, буде условно управомоченный сдѣлаетъ отъ него зависящее для исполненія желанія своего контрагента, но причиной неудачи будетъ воля третьяго лица. Потому, если по смыслу акта та или другая его дѣйствительность обуславливается непременно фактомъ наступленія даннаго обстоятельства, напр., женитьбой условно управомоченнаго на данной особѣ, то данному положенію нѣтъ мѣста<sup>2)</sup>).

Нѣкоторые ученые по Савиньи (cit. 3, § 119) ограничиваютъ приведенное правило такъ: условіе считается выполненнымъ, если лицо, въ интересѣ котораго рассчитано выполненіе условія (si decem dederis), добровольно отъ этого отказывается (*Puchta Pand. § 60; Arndts Pand. § 69* и др.). Но источники выражаются слишкомъ обще, чтобы условіе о содѣйствіи третьихъ лицъ ограничивать въ данномъ положеніи случаями ихъ интереса. Такъ, напр., L. 5 § 5 D. 36, 2: *Item si qua conditio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni dies legati cedit; quoniam pro impleta habetur.* (См. *Windscheid. Pand. § 92, п. 6; Wendt cit. p. 147—149*).

3) Наконецъ, спеціально при отпущеніи раба на волю по завѣщанію (все равно въ какой формѣ), но подъ условіемъ, исполненіе котораго будетъ со стороны самаго раба вполне подготовлено и только внѣшняя причина препятствуетъ этому исполненію, въ такихъ случаяхъ воля завѣщателя основательно (*ex favore libertatis*) можетъ быть истолкована въ смыслѣ наступившаго условія<sup>3)</sup>, т. е. что завѣщатель желалъ свободы раба при подобныхъ препятствіяхъ къ выполненію условія. Такъ напр., отпущеніе раба на волю обуславливается уплатой рабомъ опредѣленному лицу известной суммы денегъ. У раба эти деньги готовы, но онъ не успѣваетъ вручить ихъ за смертью этого лица<sup>4)</sup>. Въ подобныхъ случаяхъ, несмотря на невыполненіе условія, можно предполагать, что завѣщатель тѣмъ не менѣе желалъ рабу свободы.

*Вліяніе осуществившагося условія.* — Наступленіе условія (*conditio existit, impleta, expleta*) для настоящаго и будущаго

<sup>1)</sup> L. 11 D. 28, 7.

<sup>2)</sup> *Wächter. Pand. I p. 381 п. 1.*

<sup>3)</sup> L. 20 § 3, 4; L. 19; L. 3 pr. § 8, 10, 11; L. 4 § 2, 5; L. 5 pr.; L. 28 D. 40, 7; L. 55 pr. § 1, 2. D. 40, 4; L. 94 pr. § 1 D. 35, 1; *Ulpian. 2 § 6.*

<sup>4)</sup> L. 39 § 4 D. 40, 7.

условнаго акта оказываетъ то вліяніе, что при суспензивно условномъ актѣ съ этого момента наступаетъ его дѣйствительность, съ этого момента условно выговоренное считается пріобрѣтеннымъ безусловнымъ правомъ <sup>1)</sup> (*dies cecidit*) и по нему можно тотчасъ требовать выполненія (*dies venit*), при резолютивно-условномъ актѣ, съ момента наступленія условія, правоотношеніе прекращается, какъ бы правоотношенія вовсе не было установлено <sup>2)</sup>).

Спрашивается теперь: какое вліяніе оказываетъ наступленіе условія на предшествующее состояніе акта въ промежутокъ между его заключеніемъ и выполненіемъ условія? По самому распространенному до сихъ поръ воззрѣнію, общимъ правиломъ выполнившееся условіе имѣетъ обратную силу, *conditio impleta retrotrahitur ad initium negotii* <sup>3)</sup>. Источники римскаго права не даютъ принципиальнаго рѣшенія вопроса, а въ отдѣльныхъ постановленіяхъ онъ разрѣшается далеко не одинаково. Въ однихъ случаяхъ несомнѣнно признается обратное дѣйствіе выполнишагося условія, въ другихъ—не признается такого дѣйствія. Общее правило господствующаго воззрѣнія обосновывается предполагаемымъ содержаніемъ воли лицъ, совершившихъ условный актъ.

Такъ, въ суспензивно-условныхъ актахъ предполагается изъ самаго смысла условнаго выраженія воли, что выразившій послѣднюю желаетъ установленія правоотношенія по наступленіи условія въ самый моментъ совершенія акта <sup>4)</sup>. Только потому, что онъ сомнѣвается въ наступленіи когда либо условія, онъ не желаетъ, чтобы теперь уже при совершеніи акта установилось правоотношеніе. Выполненіе условія не рождаетъ акта, но только устраняетъ неизвѣстность, сомнительность, которой онъ окруженъ въ самый моментъ его совершенія. Такимъ образомъ, право, по наступленіи условія, считается пріобрѣтеннымъ съ момента совершенія акта <sup>5)</sup>. Поэтому долгъ, установ-

<sup>1)</sup> L. 26 D. 287:.. *conditioe expleta pro eo est, quasi ei hereditas vel legatum relictum sit.*

<sup>2)</sup> *Pura conventio, quae resolvitur sub conditioe:* L. 3 D. 18, I; L. 2 D. 18, 2; L. 1 D. 18, 3; L. 4 C. 4, 54.

<sup>3)</sup> *Savigny cit. p. 150* и слѣд.

<sup>4)</sup> Намѣреніе лица, совершающаго актъ подѣ суспензивнымъ условіемъ, можно выразить въ такой формулѣ: я желаю теперь же (продать, и т. п.) съ тѣмъ, чтобы мое желаніе осуществилось тогда, когда (*Scheurl cit. p. 193*).

<sup>5)</sup> Римскіе источники высказываются нерѣдко въ смыслѣ этого положенія, хотя полнаго согласія въ нихъ искать нельзя. Такъ, см., напр., L. 8 pr.



ленный подъ условіемъ и уплаченный *pendente conditione*, съ наступленіемъ условія считается погашеннымъ въ прошедшемъ, уплата эта не даетъ уже права на *condictio indebiti* <sup>1)</sup>. Это — правило, которое допускаетъ само собою понятныя изъятія <sup>2)</sup>. Такъ, правило объ обратной силѣ наступившаго условія выводится изъ предполагаемой воли совершающихъ актъ, а потому противное опредѣленіе сторонъ отмѣняетъ правило <sup>3)</sup>. Далѣе, чтобы право могло быть приобрѣтено въ данный моментъ, требуется наличность всѣхъ требованій для приобрѣтенія права; будетъ недоставать одного изъ нихъ въ моментъ совершенія акта, то наступленіе условія не въ состояніи создать заднимъ числомъ несуществующій фактъ <sup>4)</sup>; напр., объ установленіи права собственности въ моментъ соглашенія можно говорить лишь въ томъ случаѣ, когда за соглашеніемъ совершена была и передача, *traditio*. Но съ другой стороны, римское право опредѣляетъ дѣйствительность условнаго волеизъявленія и по наличности ея требованій въ моментъ осуществленія условія <sup>5)</sup>. Наконецъ, всѣ такія измѣненія въ отношеніяхъ, которыя безъ вины сторонъ наступаютъ въ промежуточное время до наступленія условія и препятствуютъ, по объективнымъ основаніямъ, существованію правоотношенія, конечно, препятствуютъ обратной силѣ исполнившагося условія <sup>6)</sup>, напр., предметъ соглашенія *pendente conditione* уничтожится случайно. Но съ другой стороны, въ силу обратнаго дѣйствія всѣ отчужденія и обремененія новыми правами, сдѣланныя по предмету условной сдѣлки до момента выполненія условія, съ этого момента обезсиливаются <sup>7)</sup>. Что касается прибыли, напр., плодовъ, полученной отъ вещи до наступленія условія, то по общему правилу она

---

D. 18, 6; L. 9 § 1; L. 11 § 1, D. 20, 4; L. 16 D. 46, 3; L. 8 D. 12, 1; L. 78 pr. D. 45, 4; L. 40 D. 45, 3; L. 72 D. 46, 1 (ср. *Scheurl* cit. p. 204—209). По ср. L. 16 § 7 D. 20, 1; L. 4 D. 20, 3; L. 9 § 1; L. 11 pr. § 2 D. 20, 4; L. 7 § 3; L. 9 D. 23, 3; L. 2 D. 39, 6. При условныхъ легатахъ обратное дѣйствіе положительно не допускается: L. 28 D. 20, 1; L. 14 D. 36, 2; L. 2 § 3 D. 37, 6; L. 40 D. 45, 3; L. 18 D. 50, 17; L. 5 C. 6, 46.

<sup>1)</sup> L. 16 D. 46, 3.—Другіе частные выводы см. у *Scheurl* cit. § 51 и слѣд.

<sup>2)</sup> *Wachter*. *Pandekten* I. § 78.

<sup>3)</sup> Ср. *Unger*. *Oesterr. Privat.* 2. p. 75 и п. 71.

<sup>4)</sup> См. L. 16 § 7 D. 20, 1; L. 7 § 3; L. 9 D. 23, 3; L. 8 D. 12, 1; L. 2 § 5 D. 39, 5.

<sup>5)</sup> L. 14 pr.; L. 31 pr. D. 46, 2; L. 8 pr. D. 18, 6; L. 3, 4 D. 34, 7; L. 41 § 2 D. 30; L. 31, 98 pr. D. 45, 1.

<sup>6)</sup> L. 8 pr. in f. D. 18, 6.—L. 2 § 1 D. 18. 2.—L. 14 pr. D. 46, 2.

<sup>7)</sup> L. 11 § 1 D. 8, 6; L. 105 D. 35, 1; L. 3 § 3 C. 6, 43.

не подлежит выдачѣ управомоченному. По самому смыслу суспензивной условности, обратное дѣйствіе можетъ касаться лишь существованія (*dies cedit*) права, а не его осуществленія (*dies venit*).

Обратное дѣйствіе теперь признается (см. *Windscheid. Pand. § 91 п. 1*) только для существованія правоотношенія, а не его осуществленія (*quo ad exercitium*). Прежніе ученые не дѣлали этого различія (см., напр., *Glück Erläut. 50*, p. 50; *Savigny cit. 120*) и поэтому допускали, напр., право требовать по выполненіи суспензивнаго условія плоды за все предыдущее время, собранные должникомъ. Теперь несомнѣнно признано (*Vangerow. Pand. ed. 7, § 97*, p. 143, 144), что право на плоды получается лишь при этомъ уговорѣ о нихъ (L. 40 D. 12, 1. L. 64, 126 pr. D. 45, 1. Для случаевъ установленія легатовъ подѣ условіемъ источники категорично высказывались за это начало: L. 15, § 6; L. 24, § 1; L. 88, § 3 D, 35, 2; L. 18 pr.; L. 33; L. 57 pr. D. 36, 1), или если до наступленія условія будетъ выполнено соглашеніе, напр., переданъ предметъ этого соглашенія, то полученные изъ этого плоды остаются за управомоченнымъ и послѣ наступленія условія (см. *Scheurl cit. p. 213*).

При резолютивно-условныхъ актахъ наступленіе условія равнымъ образомъ уничтожаетъ послѣдствія акта въ прошедшемъ. Воля совершившаго актъ подѣ резолютивнымъ условіемъ можетъ истолковываться только въ томъ смыслѣ, что съ наступленіемъ условія желали уничтожить правовое дѣйствіе акта такъ, какъ бы его вовсе не существовало, т. е. съ момента его совершенія<sup>1)</sup>, *resolutio ex tunc*<sup>2)</sup>. Появленіе условія прекращаетъ только сомнительность, но не рождаетъ новаго юридическаго положенія. Конечно, и тутъ стороны могутъ опредѣлить иначе вліяніе наступившаго условія<sup>3)</sup>. Какъ общее же правило принимается обратное дѣйствіе выполнившагося условія<sup>4)</sup>, хотя въ источникахъ мы и не находимъ прямого подтвержденія этого начала. Отсюда вытекаютъ такіе выводы. Если ни одна изъ сторонъ не дала хода соглашенію, заключенному подѣ резолютивнымъ условіемъ, то по наступленіи послѣдняго нельзя требовать какого либо исполненія соглашенія. Затѣмъ лицо, теряющее чрезъ выполненіе условія, обязывается

<sup>1)</sup> *Windscheid Pand. 1 § 91*.

<sup>2)</sup> Намѣреніе лица, совершающаго актъ подѣ резолютивнымъ условіемъ, можетъ быть выражено въ такой формулѣ: я желаю, если не осуществится известное обстоятельство, или иначе я не желаю, если это обстоятельство осуществится. *Unger. Oester. Privatr. 2, p. 77*.

<sup>3)</sup> См. *Scheurl. cit. § 66*.

<sup>4)</sup> *Ibid., p. 238*.

личнымъ образомъ возстановить противную сторону въ то состояніе, въ которомъ она бы находилась, если бы для нея не наступило никогда правовыхъ послѣдствій, теперь отмѣненныхъ. Такъ, она можетъ требовать возвращенія даннаго по соглашенію въ томъ же видѣ<sup>1)</sup>, возмѣщенія всякой прибыли (напр., плоды), полученной въ промежуточное время<sup>2)</sup>, если только стороны не постановили противнаго. Кромѣ такого *обязательственнаго* послѣдствія обратнаго дѣйствія, многіе ученые<sup>3)</sup> признаютъ еще вещныя, прямыя послѣдствія, т. е. право собственности считается съ наступленіемъ условія какъ бы никогда не отходившимъ отъ даннаго лица; всѣ распоряженія вещью со стороны пріобрѣвшаго ее подъ резолютивнымъ условіемъ, если эти распоряженія идутъ въ ущербъ противной стороны, съ момента наступленія условія сами собой обезсиливаются<sup>4)</sup>. Впрочемъ, послѣдній выводъ изъ обратнаго дѣйствія весьма споренъ<sup>5)</sup>.

Вопросъ объ обратномъ дѣйствіи выполнишагося условія въ наукѣ крайне споренъ. Самый полный сводъ всевозможныхъ воззрѣній см. у *Adickes cit.*, p. 91—122. Но до сихъ поръ господствующее въ учебникахъ воззрѣніе есть вышеизложенное (см., напр., *Savigny cit.*, § 120. *Puchta. Instit.* § 204. *Unger. System d. österr. allgem. Privatr.* B. 2, p. 71—76; *Wächter. Pand.* I, § 78 и др.). Исходное основаніе этому воззрѣнію, какъ сказано, предполагаемое намѣреніе лица, совершающаго актъ подъ условіемъ. Какъ для актовъ суспензивно-условныхъ, такъ и для резолютивно-условныхъ предполагается, что устанавливающій ихъ желалъ такъ или иначе опредѣлить ихъ бытіе въ самый моментъ ихъ совершенія, *если* только въ будущемъ проявится (не проявится) такое-то обстоятельство (*Scheurl, cit.* p. 193, 194). Выходя изъ толкованія той же воли, Виндшейдъ (*Wirk. d. erf. Beding.* и *Pandekt.* I, § 91) не допускаетъ обратнаго дѣйствія для выполнишагося суспензивнаго условія (см. его опроверженіе источниковъ, приводимыхъ за господствующее мнѣніе *Wirk.* p. 13—23), оставляетъ ретракцію только за резолютивными условіями. Въ суспензивномъ условіи Виндшейдъ видитъ срокъ, съ котораго устанавливающій актъ желаетъ наступленія его бытія (*тогда, когда*). Но дѣлать различіе между суспензивными и резолютивными условіями едва ли основательно: въ обоихъ случаяхъ ставится подъ сомнѣніе существо-

<sup>1)</sup> L. 6 § 1 D. 18, 1; L. 4 pr. D. 18, 3.

<sup>2)</sup> *Fragm. Vatic.* § 14; L. 4 § 4; L. 6 pr.; L. 16 D. 18, 2; L. 4 pr.;—L. 5 D. 18, 3; L. 38 § 2, 3. D. 22, 1; L. 11 § 10. D. 43, 24.

<sup>3)</sup> Напр., *Savigny. cit.* p. 15, *Wächter Pand.* 1, p. 387, 388.

<sup>4)</sup> См. приводимыя доказательства: L. 41 pr. D. 6, 1; L. 4 § 3 D. 18, 2; L. 3 D. 20, 6.

<sup>5)</sup> Не признаетъ такого послѣдствія, напр., *Windscheid. Pand.* 1 p. 253 и п. 3. См. *Scheurl, cit.* §§ 68, 69.

ваніе теперь выраженной воли, теперь опредѣленнаго правоотношенія, а слѣдовательно одинаково при всѣхъ условіяхъ къ будущему относится лишь разрѣшеніе сомнѣнія о теперешнемъ существованіи или несуществованіи акта (*Unger. System II, § 82; Brinz. Pand., p. 1446* и слѣд.).

Другіе ученые (*Vangerow. Pandekten 7 ed., § 95*. Впрочемъ, Вангеровъ мѣнялъ нѣсколько разъ свои воззрѣнія) дѣлаютъ по данному вопросу различіе между вещными и обязательственными правами. Для первыхъ по общему праву ими не допускается ретракція выполнишагося условія, для вторыхъ — допускается. Это мнѣніе можно признать вѣрнымъ настолько, насколько условнымъ актомъ устанавливается лишь право требовать вещь въ собственность, въ вещное пользованіе и т. п. Въ этихъ случаяхъ не можетъ быть обратнаго дѣйствія исполнишагося условія для установленія вещнаго права, такъ какъ въ моментъ совершенія акта не было необходимыхъ требованій, при наличности которыхъ только и устанавливается вещное право. Если же эти требованія были на лицо, напр., при самомъ соглашеніи вещь передана, то ничего не препятствуетъ обратному дѣйствію наступившаго условія для установленія вещнаго права. Наконецъ, это воззрѣніе относится лишь къ суспензивнымъ условіямъ.

Другіе писатели (см. у *Windscheid. Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851, p. 4, Anm. 4*) вовсе отвергаютъ обратное дѣйствіе выполнишагося условія, выставляя положеніе *omni conditioni inest dies*. Противъ этого воззрѣнія можно только повторить высказанное въ текстѣ.

*Ненаступленіе условія (conditio deficit, conditio defecta).* Когда наступаетъ увѣренность, что условіе не наступитъ, то говорится *conditio deficit*. Для *conditio affirmativa* это бываетъ тогда, когда рѣшительно извѣстно, что условное положительное обстоятельство не наступитъ, а для *conditio negativa* — когда условное отрицательное обстоятельство на самомъ дѣлѣ проявилось. Если *defecta* будетъ суспензивное условіе, то правовая сдѣлка должна разсматриваться какъ бы вовсе не заключенной<sup>1)</sup>. Если *defecta* будетъ условіе резолютивное, то въ установленномъ уже правоотношеніи ничего не измѣняется, но только прекращается на будущее время сомнительность въ его существованіи, въ возможности прекратить его существованіе<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 8 pr. D. 18, 6: quodsi defecerit conditio, nulla est emptio sicuti nec stipulatio. L. 37 D. 18, 1; L. 19 D. 18, 4; ср. § 1 J. 3, 23.

<sup>2)</sup> L. 15 pr. D. 18, 2.

## Срокъ (dies).

*Пособія: Savigny. System III p. 204 — 226; Lenz. Zur Lehre vom dies. Tübingen 1858; v. Scheurl. Zur Lehre v. d Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, p. 22—69.*

Подъ dies (срокомъ) въ тѣсномъ смыслѣ слова разумѣется такое добавленіе при волеизъявленіи въ юридическомъ актѣ, каковымъ добавленіемъ желаемое правовое дѣйствіе акта отнесено къ опредѣленному моменту времени<sup>1)</sup>. Но подъ этимъ терминомъ разумѣется и самый этотъ пунктъ времени<sup>2)</sup>. Цѣль опредѣленія срока можетъ заключаться или въ томъ, чтобы извѣстное отношеніе начало свое бытіе съ опредѣленнаго пункта времени (т. наз. срокъ начальный, отлагательный, dies a quo, ex quo terminus, a quo<sup>3)</sup>, напр., А. нанимаетъ домъ отъ будущаго перваго марта, — или чтобы оно прекратилось съ этого момента времени (конечный, отмѣнительный срокъ, dies ad quem, terminus ad quem<sup>4)</sup>, напр., А. нанимаетъ до будущаго перваго марта.

Характерные признаки срока. Назначеніе срока должно быть актомъ свободной воли совершающихъ сдѣлку. Если дѣйствительность ея отнесена къ опредѣленному пункту времени самимъ закономъ, то къ этимъ случаямъ не примѣняются начала diei<sup>5)</sup>, подобно какъ при conditiones juris не примѣняются начала условій. Далѣе, всякое опредѣленіе срокомъ, какъ и опредѣленіе условіемъ можетъ относиться только къ будущему<sup>6)</sup>. Но въ отличіе отъ условія, наступленіе срока всегда несомнѣнно, поэтому и вліяніе его на юридическій актъ совершенно иное.

Признакъ несомнѣннаго наступленія срока даетъ поводъ отождествлять его съ conditio necessaria. Но правовыя послѣдствія того и другого различны. При условіяхъ намѣреніе установителя заключается въ томъ, чтобы поставить правовыя послѣдствія акта въ зависимость отъ извѣстнаго предположе-

<sup>1)</sup> Windscheid. Pand. 1 § 96.

<sup>2)</sup> Lenz. cit. p. 8.

<sup>3)</sup> Выраженіе источниковъ: ex die, in diem. L. 44 § 1; L. 22. D. 44, 7. L. 213 D. 50, 16; L. 22 D. 28, 7; L. 56 D. 12, 6; L. 34 D. 28, 5; L. 3, 15, 46 pr. D. 45, 1. § 2 J. 3, 15.

<sup>4)</sup> Ad diem, usque in diem. L. 56 § 4 D. 45, 1; L. 34 D. 28. 5; L. 44 § 1 D. 44, 7.

<sup>5)</sup> L. 18 § 1, 2 D. 40, 4.

<sup>6)</sup> Lenz cit. p. 8.

нія, выставленнаго въ качествѣ условія; почему *negotium* подъ условіемъ необходимымъ считается совершеннымъ, какъ *n. purum* (см. выше). При назначеніи же срока, очевидно, имѣется намѣреніе установить для данныхъ правовыхъ послѣдствій акта обязательное выжиданіе опредѣленнаго пункта времени; *L. 79 pr. D. 35, 1*; «*Heres meus, quum morietur Titius centum ei dato purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur.*»

Прибавленіе срока не накладываетъ на право и правоотношеніе тѣни сомнительности, такъ какъ срокъ непременно наступитъ<sup>1)</sup>. Поэтому при срокѣ право устанавливается немедленно какъ право безусловное, но только осуществленіе его и продолжительность правоотношенія становятся въ зависимость отъ наступленія извѣстнаго момента времени. Такъ какъ *dies a quo* не оставляетъ сомнѣнія въ приобрѣтеніи права, а *dies ad quem*—въ прекращеніи правоотношенія, то цѣль уговора о срокѣ можетъ заключаться лишь въ томъ, чтобы опредѣлить время исполненія сдѣлки или продолжительность правоотношенія, его конецъ.

Если А. обѣщаетъ Б. 100 р. съ 1-го марта, то соглашеніе считается тотчасъ же установившимся безусловно, право на эту сумму считается приобрѣтеннымъ теперь же (*dies cessit—statim debetur*), но требовать выполненія его можно лишь съ наступленія срока (*dies venit*); искъ еще не рожденъ<sup>2)</sup>, не получаетъ права управомоченный и на возраженіе изъ срочнаго требованія<sup>3)</sup>. Однако, по срочному требованію до наступленія можно, какъ и при суспензивныхъ условіяхъ, принимать мѣры къ обезпеченію будущаго осуществленія права, напр., чрезъ *cautio*, и т. п.<sup>4)</sup>

Римское право говоритъ въ этихъ случаяхъ, что *praesens obligatio, sed in diem dilata solutio* (§ 2 I. 3, 15; *L. 45*; *L. 46 pr. D. 45, 1.—L. 7 pr. D. 16, 2*; *L. 9 D. 36, 2*; *L. 223 pr. D. 50, 16*).—Поэтому большинство ученыхъ (см., напр., *Lenz. cit. p. 22—34*; *Unger. Oesterr. Privatr. 2, p. 89—91*) думаютъ, что при *dies a quo* къ наступленію срока относится лишь осуществленіе, а не существованіе права. Но Виндшейдъ (*Pandekt. 1 § 95 п. 5*) относитъ и самое существованіе права къ наступленію срока, выходя при этомъ изъ предполагаемой воли устанавливающаго срочное какое либо право, а именно если А. говоритъ, что Б. долженъ стать собственникомъ съ такого-то числа,

<sup>1)</sup> См. по поводу *dies a quo*: *Gajus 3, 124*; *L. 9 § 2 D. 7, 9*; *L. 1 § 1 D. 35, 1*; *L. 73 § 4 D. 35, 2*.

<sup>2)</sup> § 2 I. 3. 15. См. послѣдствія несвоевременнаго предъявленія иска: *L. 1 C. 3, 10. § 10 J. 4, 13*.

<sup>3)</sup> *L. 7 pr. D. 16, 2*.

<sup>4)</sup> *L. 41 D. 5, 1*;—*Gaj IV § 44*; *L. 40 D. 9, 2*.

то этимъ онъ явно выражаетъ свое нежеланіе, чтобы В. сдѣлался бы тотчасъ собственникомъ. Но вѣрнѣе будетъ опредѣлить волю А. согласно несомнѣнности, при заключеніи сдѣлки, о наступленіи срока. А., приступая при этихъ данныхъ къ заключенію сдѣлки, можетъ имѣть въ виду отнести лишь ея исполненіе къ будущему. Такъ смотрятъ и наши источники говоря: *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti, prius quam dies veniat, non potest*, § 2 J. 3, 15 ср.:... *purum legatum est L. 79 pr. D. 35, 1.* Этотъ взглядъ подтверждается приведенными отдѣльными выводами (о другихъ см. ниже). Да и въ общемъ было бы весьма странно отрицать за займодавцемъ, давшимъ въ займы на 10 лѣтъ, существованіе имущественнаго права съ момента совершенія договора. Но, конечно, чтобы отнести существованіе опредѣленнаго права къ моменту установленія акта необходимо, чтобы въ этомъ моментѣ совпали всѣ реквизиты даннаго права, напр., для существованія права собственности (не права на собственность) необходима *traditio*, то же и для сервитутовъ, и т. д. Если поэтому этихъ реквизитовъ установленія даннаго права не будетъ на лицо при совершеніи акта *in diem*, то управомоченный получаетъ лишь право на установленіе себѣ даннаго права по наступленіи срока *L. 1 § 2 D. 7, 4; L. 9 § 2 D. 7, 9; L. 72 § 5 D. 35, 1* (*Scheurl cit. p. 32, 33. p. 48—40*).

Далѣе, если будетъ уплачено, хотя бы по заблужденію, обѣщанное *ex die* до наступленія срока, то востребовать назадъ уже нельзя, такъ какъ погашенъ былъ установившійся долгъ<sup>1)</sup>. Кроме того, срочное право, какъ уже существующее, переходитъ по преемственности<sup>2)</sup>. Залогъ, обезпечивающій срочный долгъ, рождаетъ *actio hypothecaria*<sup>3)</sup>. Срочное право подлежитъ обновленію (*novatio*)<sup>4)</sup>. *Dies ad quem* не оставляетъ сомнѣнія въ прекращеніи настоящаго правоотношенія<sup>5)</sup>, а потому и права на возвращеніе, напр., переданнаго въ собственность до опредѣленнаго срока съ наступленіемъ этого срока, уже теперь установлены твердо и безусловно, равно какъ и обязательства противной стороны<sup>6)</sup>. Прекращается правоотношеніе лишь на будущее время (*ex nunc*).

Вопросъ, насколько наступленіе срока *ad quem* имѣетъ обратную силу, долженъ рѣшаться безспорно. Дѣйствительно, въ наукѣ отвергаютъ такое дѣйствіе (*Lenz cit. p. 51—54; Windscheid Pand. 1 § 96 п. 6*) наступив-

<sup>1)</sup> *L. 37 § 2 D. 45, 1; L. 70 D. 46, 3 ср. L. 10; L. 16 § 1; L. 17 D. 12 6; arg. L. 173 § 3 D. 50, 17.*—Но навязана уплата до срока не можетъ быть *L. 1 § 3 D. 18, 6*.

<sup>2)</sup> *L. 5 pr. § 1, 7; L. 14 § 3 D. 36, 2; L. 18 D. 50, 17.*

<sup>3)</sup> *L. 14 pr. D. 20, 1 ср. L. 13 § 5 D. eod.*

<sup>4)</sup> *L. 5 D. 46, 2.*

<sup>5)</sup> *L. 26 C. 6, 37; L. 2 C. 8, 55.*

<sup>6)</sup> См. *Scheurl cit. p. 66—69.*

шаго конечнаго срока.—Отождествляющее сопоставленіе *dies ad quem* съ резолютивнымъ условіемъ будетъ неправильно. Наступленіе резолютивнаго условія есть проявленіе того предположенія, при которомъ совершающій актъ не желаетъ вовсе проявлять въ немъ своей воли (я не хочу теперь же, *если* будетъ то-то); тогда какъ, ставя конечный срокъ, совершающій актъ желаетъ установить правоотношеніе до впередъ опредѣленнаго момента времени (я не хочу, *когда* наступитъ такое-то число, событіе. См. *Unger. Oesterr. Privatr.* 2, p. 94, 95 и п. 16).

*Опредѣленіе срока.* Срокъ можетъ быть опредѣленъ или непосредственно по календарю, указаніемъ на такой-то моментъ времени<sup>1)</sup>, или такимъ-то пространствомъ времени отъ извѣстнаго событія<sup>2)</sup>, напр., завѣщательное распоряженіе: «годъ послѣ моей смерти». Кроме того, срокъ можетъ быть опредѣленъ посредственно, появленіемъ какого либо будущаго обстоятельства, напр., «когда умретъ (*cum morietur*) такое-то лицо»<sup>3)</sup>. Въ тѣхъ случаяхъ, когда при совершеніи акта дѣлается указаніе на будущее обстоятельство, отъ появленія котораго ставятся въ зависимость извѣстныя правовыя послѣдствія акта, то это указаніе можетъ имѣть значеніе опредѣленія срока, если появленіе этого обстоятельства не подлежитъ сомнѣнію; въ другихъ же случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ условіемъ. Поэтому, когда срокъ опредѣляется будущимъ обстоятельствомъ, то подымается вопросъ: появится ли оно несомнѣнно или появленіе его подлежитъ сомнѣнію; это т. н. *quaestio an*, а затѣмъ: если оно появится, то когда появится, т. наз. *quaestio quando*.

Такимъ образомъ, при добавленіяхъ къ акту, ограничивающихъ его правовыя послѣдствія опредѣленіями времени, могутъ представиться слѣдующія четыре комбинаціи.

*Dies certus an et quando*, когда самое наступленіе срока и время его наступленія точно извѣстны. Это бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда срокъ опредѣляется указаніемъ на точный календарный моментъ времени (1 декабря 1882 года).

*Dies certus an, incertus quando*, когда наступленіе срока несомнѣнно, но неизвѣстно, когда онъ наступитъ. Напр., А. обѣщаетъ Б. 100 р., когда умретъ В.

*Dies incertus an, certus quando*, когда неизвѣстно самое наступленіе срока, но если оно будетъ, то это произойдетъ въ

<sup>1)</sup> Ср. L. 41 pr. § 2 D. 45, 1.

<sup>2)</sup> Ср. § 9 J. 2, 14.

<sup>3)</sup> L. 17 D. 12, 6; L. 18 § 1; L. 61 pr. D. 40, 4; L. 107 § 1 D. 30; L. 4 § 1 D. 36, 2; Gajus 2 § 232; 3 § 100.



извѣстный моментъ времени. Напр., А. обѣщаетъ Б. 100 р., когда ему исполнится 40 лѣтъ.

*Dies incertus an et quando*, когда неизвѣстно ни наступленіе, ни время наступленія срока. Напр., А. обѣщаетъ Б. 100 р., когда у него родится сынъ.

Въ первыхъ двухъ случаяхъ по общему правилу имѣемъ дѣло со срокомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, котораго признакъ есть несомнѣнное наступленіе времени, хотя бы и нельзя было впередъ разсчитать послѣдняго, т. е. *dies certus an* будетъ срокомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Когда въ источникахъ употребляется одно слово *dies*, то они разумѣютъ подъ нимъ всегда *dies certus* со стороны вопроса *an* и противопоставляютъ, какъ настоящій срокъ условію. См. § 2 J. 3, 15; L. 10 D. 12, 6; L. 44 pr. D. 44, 7; L. 41 § 1 D. 45, 1.

Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло по общему правилу съ условіями, т. к. при установленіи акта неизвѣстно наступитъ ли такое время, когда выполнится данное обстоятельство. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о срокѣ, *dies*, въ обширномъ, нетехническомъ смыслѣ этого слова.

По мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ (напр. *Wächter. Württemberg. Privatr. § 97. Ego же. Pandekt. I, p. 399*), *dies certus* будетъ во всѣхъ случаяхъ чистымъ срокомъ, а *dies incertus* — всегда чистымъ условіемъ. Но большинство не признаетъ такой рѣзкой квалификаціи (см. *Savigny cit. p. 208—210; Lenz. cit. p. 13, 22—27, 68—81*). Чаше во второй и третьей комбинаціяхъ усматриваютъ соединеніе условія со срокомъ, какъ напр., при актахъ послѣдней воли опредѣленіе срока несомнѣннымъ событіемъ, напр., смертью опредѣленнаго лица, можетъ быть истолковано по намѣренію наследодателя въ смыслѣ установленія условія, если назначенное лицо не доживетъ до даннаго событія (*Dies incertus conditionem in testamento facit L. 75, 79 § 1 D. 35, 1; L. 4 D. 36, 2; L. 104 § 6 D. 30* и др.). Далѣе, при установленіи legata съ момента совершеннолѣтія легатарія (*L. 21 pr. D. 36, 2; L. 36 § 1 D. 35, 1; L. 49 § 2, 3 D. 30*), послѣднее добавленіе можетъ имѣть значеніе условія, когда является неизвѣстность доживетъ ли данное лицо до совершеннолѣтія. Поэтому источники о такомъ опредѣленіи временемъ выражаются: *non solum conditionem sed et diem in se continet* (*L. 22 pr. D. 36, 2*). Но если опредѣленіе временемъ не имѣло въ виду ограниченіе самаго права, т. е. не касается приобрѣтенія права, а только его осуществленія, относимаго къ опредѣленному пункту времени, то и *dies incertus an* имѣетъ значеніе чистаго срока, какъ напр., при назначеніи завѣщателемъ своему ребенку отказа, который онъ могъ востребовать по достиженіи извѣстнаго возраста. Тутъ понятно, воля наследодателя направлена на установленіе срока пользованія, а не приобрѣтенія права; почему и по смерти ребенка до указаннаго возраста ле-

гать остается въ силѣ (L. 46 D. 36, 1; L. 26 § 2 D. 36, 2; L. 18 § 2 D. 34, 1; L. 5 C. 6, 53).

Какихъ либо внѣшнихъ признаковъ, различающихъ срокъ отъ условія, не имѣется, а поэтому должно распознавать всегда настоящее намѣреніе установливающаго актъ при добавочномъ опредѣленіи.

Римляне употребляли для обозначенія условія и срока различныя частицы; для перваго *si*, а для втораго *cum*. Но сами римскіе юристы признали крайнюю шаткость такого различенія (L. 45 § 3 D. 45, 1).

*Допустимость назначенія срока.* Не всѣ юридическіе акты допускаютъ прибавленіе срока. По общему правилу срокъ не допускался при всѣхъ тѣхъ актахъ, при которыхъ не допускалось и условіе<sup>1)</sup>, но въ иныхъ случаяхъ послѣднее допускалось, а первый нѣтъ. Такъ, назначеніе наслѣдниковъ съ опредѣленіемъ какого либо срока не допускалось, тогда какъ *institutio sub conditione* допускалось<sup>2)</sup>. Если къ сдѣлкѣ, недопускающей срочнаго опредѣленія, тѣмъ не менѣе будетъ присоединенъ *dies*, то въ однихъ случаяхъ сама сдѣлка становилась недѣйствительною<sup>3)</sup>, а въ другихъ *dies* считался *pro non scripto* и сдѣлка разсматривалась какъ бы вовсе несрочной<sup>4)</sup>.

### Предположеніе (*modus*).

*Источники:* Dig. XXXV, 1 de conditionibus et modis eorum, quae in testamento scribuntur. Cod. VI, 45 de his, quae sub modo legata vel fidei commissa relinquuntur. Cod. VIII, 55 de donationibus, quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur.

*Пособія:* Savigny. System III, p. 226; Windscheid. Die Lehre d. röm. Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf. 1850; Scheurl. z. Lehre v. d. Nebenbestimmung bei Rechtsgesch., p. 245—262.

Условіе и срокъ составляютъ предположенія (*modus*) юридическаго акта<sup>5)</sup>. Но въ другихъ случаяхъ предположеніе

<sup>1)</sup> L. 77 D. 50, 17.—L. 4 D. 8, 1.

<sup>2)</sup> § 9 I. 2, 14; L. 34; L. 88 D. 28, 5; L. 3 § 2 D. 28, 2; L. 3 § 10 D. 4, 4.

<sup>3)</sup> L. 5 D. 46, 4 и др.

<sup>4)</sup> L. 34 D. 1, 7; L. 12 пр. D. 43, 26 и др.

<sup>5)</sup> L. 44 § 3 D. 44, 7. См. также L. 1 § 1 D. 8, 1.

(modus) имѣеть техническое значеніе<sup>1)</sup>. При безвозмездныхъ актахъ, направленныхъ на перенесеніе имущественныхъ выгодъ (даре), лицо, оказывающее liberalitas, можетъ возложить на принимающее лицо обязанность затратить полученное, или часть его, опредѣленнымъ образомъ (на опредѣленную цѣль) или вообще исполнить что либо (дѣлать или недѣлать) по поводу данной выгоды. Вотъ эта возложенная обязанность и носить названіе modus'a (предположеніе, цѣль) въ тѣсномъ смыслѣ слова. Напр.: ut monumentum testatori vel opus aut erulum municipibus faceret vel ut ex eo partem alii restitueret или ut alicui pubat. И т. д.<sup>2)</sup>.

Слово modus признано весьма труднымъ передать соответствующимъ словомъ на современныхъ языкахъ и тѣмъ болѣе на русскомъ. Въ нѣмецкихъ учебникахъ его перѣдко переводятъ словомъ цѣль (Zweck<sup>3)</sup>). Но цѣлью сдѣлки sub modo будетъ намѣреніе передать имущество опредѣленному лицу, а не сооруженіе, напр., изъ него памятника. По тѣмъ же соображеніямъ отвергаемъ мы и слово «назначеніе», употребленное официальными переводчиками остзейскихъ гражданскихъ законовъ. — Ничего не говоритъ и слово «возложеніе» (Aufage). Далѣе, предлагали и слово «затрата» (Verwendung), но т. к. оно слишкомъ общаго смысла, то и отъ него отказались. Теперь обыкновенно сохраняютъ латинское названіе modus (Savigny cit. p. 229, 230). Мы переводимъ его по Виндшейду (cit.) словомъ «предположеніе», выражающимъ сущность modus'a, хотя и не ограничивающимся тѣсными рамками послѣдняго (см. ниже).

По мнѣнію Scheurl'a (cit. p. 246, 247, также Dernburg. Pand. I p. 262, 263) имущественная затрата составляетъ дѣйствительный признакъ modus'a только въ классической юриспруденціи; во времена же Юстиніана въ формѣ modus'a можно было возлагать и всякія другія обязанности. Но въ послѣднихъ случаяхъ нѣтъ тѣхъ признаковъ, изъ которыхъ выводятся особія начала для сдѣлокъ sub modo (см. ниже), а поэтому должно признавать лишь вульгарный смыслъ слова modus въ примѣрахъ, приводимыхъ Шейрломъ.

Modus мыслимъ только при безвозмездныхъ сдѣлкахъ, какъ-то дареніи, предоставленіяхъ по послѣдней волѣ (назначеніе наследникомъ, легать, фидеикоммиссъ<sup>4)</sup>). Если что либо выговорено при negotia onerosa, то оно образуетъ только часть обратнаго дѣйствія и поэтому не составляетъ чего либо особеннаго, подпадающаго особеннымъ правовымъ началамъ.

<sup>1)</sup> Кроме tit. cit. см. L. 17 § 4 D. 35, 1.

<sup>2)</sup> L. 17 § 4; L. 92 D. 35, 1; L. 17 § 2 D. 40, 4.

<sup>3)</sup> Scheurl (cit p. 245) переводитъ словомъ Massgabe.

<sup>4)</sup> L. 17 § 4 D. 35, 1; L. 1 § 6 D. 3 (32 un); L. 9 C. 6, 42. Rubric. Cod. Greg. 13, 3 и Cod. I. 8, 55.

Въ прежнее время допускали *modus* и при *negotia onerosa* (напр., *Glück. Erläut.* 4, p. 461) и въ новое время нѣкоторые ученые (*Adickes. Von d. Beding.*, p. 65, 66, 73, 74) не видятъ внутренняго основанія отвергать возможность добавочнаго уговора, напр., при куплѣ и мѣнѣ, которымъ уменьшалась бы цѣнность доставляемаго по этимъ договорамъ. Они полагаютъ, что въ наукѣ *modus* ограничивается безмвездными актами только потому, что римское право упоминаетъ объ немъ лишь по поводу этихъ актовъ. Но это едва ли справедливо. Если при продажѣ дома покупателя обяжутъ, напр., оставить пожизненно даннаго жильца, то это будетъ условіемъ договора и можетъ быть осуществлено искомъ изъ договора купли-продажи (*actio venditi*). Особенностей *modus*'а тутъ не будетъ (*Dernburg. Pand.* I, p. 262 п. 3).

Нѣкоторые ученые (напр., *Böcking, Institut.* § 115) ограничиваютъ примѣненіе *modus*'а только дареніями и легатами. Правда, нѣтъ прямого выраженія источниковъ объ *heredis institutio sub modo*, но нельзя сомнѣваться, чтобы римляне не допускали такихъ назначеній рядомъ съ отказами *sub modo* (ср. *Scheurl cit.* p. 248, 249).

Правда, *modus* является уменьшеніемъ цѣнности самаго дара, но для понятія *modus*'а необходимо, чтобы обязанность, возлагаемая имъ, не была вознагражденіемъ за получаемую выгоду. *Modus* состоитъ въ самоограниченіи воли, выражающейся въ дареніи.

Въ чемъ состоитъ вліяніе *modus*'а на правоотношеніе въ отличіе отъ вліянія условій и срока? Содержаніе *modi* одинаково можетъ быть достигнуто и условіемъ. Но *modus*, какъ возложеніе обязанности, не отлагаетъ приобрѣтенія права, какъ это дѣлаетъ условіе<sup>1)</sup>. Актъ, сопровождаемый *modus*'омъ, тотчасъ устанавливаетъ извѣстное правоотношеніе, тогда какъ условіе дѣлаетъ это установленіе сомнительнымъ, отлагаетъ его до наступленія будущаго неизвѣстнаго событія. Мало того, *modus* не препятствуетъ и самому осуществленію права, хотя и затрудняетъ его, а именно, не выполняя уговореннаго дѣйствія, лицо, приобрѣтающее выгоду *sub modo* (отказъ), можетъ пользоваться приобрѣтеннымъ правомъ, если доставитъ *cautio* въ выполненіи *modus*'а<sup>2)</sup>. Въ послѣднемъ состоитъ отличіе *modus*'а отъ *dies*, который, не откладывая приобрѣтеніе права, всегда откладываетъ самое пользованіе имъ. Изъ этого основнаго различія *modus*'а отъ другихъ условій вытекаютъ и другіе отличительные его признаки, а именно:

<sup>1)</sup> *Savigny cit.* p. 281.

<sup>2)</sup> L. 40 § 5; L. 71 pr. § 1, 2; L. 80 D. 35, 1; L. 48 D. 10, 5; L. 19 D. 30. Ср. *Adickes cit.* p. 66.

Условіе не принуждаетъ къ выполнению уговореннаго дѣйствія, тогда какъ *modus* даетъ право на принужденіе. Даритель, а по его смерти наследники, имѣютъ право требовать, чтобы одаренный *sub modo* выполнилъ возложенную на него обязанность. Если *modus* не будетъ выполненъ, то даритель имѣетъ право иска на выполнение *modus'a* (*actioe praescriptis verbis*) или можетъ личнымъ искомъ (*conditioe causa data non secuta*) требовать возвращеніе дара, или вознагражденія его стоимостью (въ случаѣ если вещь по винѣ одареннаго погибла или испортилась<sup>1)</sup>). При отказахъ (легатахъ и фидеикоммиссахъ) *sub modo*, наблюденіе за выполнениемъ послѣдняго предоставляется наследнику<sup>2)</sup>. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ, равно какъ въ случаѣ же назначенія наследникомъ *sub modo*, выполнение *modus'a* вынуждается самою властью<sup>3)</sup>. Если будетъ нѣсколько наследниковъ, то каждый изъ нихъ имѣетъ право требовать (*actioe familiae herciscundae*) выполнение *modus'a*<sup>4)</sup>. Если *modus* установленъ въ интересѣ третьихъ лицъ, то эти послѣднія имѣютъ право требовать и выполнение его. Здѣсь замѣчается изъятіе изъ того правила, что третьи лица, не участвующія въ договорѣ, не могутъ требовать его выполнения<sup>5)</sup>.

Далѣе, такъ какъ *modus* возлагаетъ на пріобрѣтающаго изъ сдѣлки выгоду личную обязанность<sup>6)</sup> совершить то или другое дѣйствіе, то если *modus* будетъ состоять въ совершеніи невозможнаго или безнравственнаго дѣйствія, то исполненіе его необязательно<sup>7)</sup>; оно разсматривается *pro non scripto* въ силу основнаго правила, что *impossibilium* и *turpium non est obligatio*. Если же выполненіе *modus'a* невозможно только отчасти, то остается обязанность выполнить возможную часть<sup>8)</sup>. *Conditio* же *impossibilis vel turpis*, какъ сказано выше, уничтожаетъ самый *negotium inter vivos* и только при *negotia mortis causa pro non scripta habetur*.

Такое различіе *modus'a* отъ условій дѣлаетъ весьма важ-

<sup>1)</sup> L. 2, 3, 6, 8 C. 4, 6; L. 9, § 2 C. 8, 53; L. 10 C. 8, 56.

<sup>2)</sup> L. 21 § 3 D. 33, 1; L. 17 D. 33, 2; L. 25 C. 6, 37.

<sup>3)</sup> L. 50 § 1 D. 5, 3.

<sup>4)</sup> L. 92 D. 35, 1; L. 44 D. 40, 4. — L. 7 D. 33, 1; L. 50 § 1 D. 5, 3; L. 8 § 6 D. 28, 7; L. 1 § 3 D. 27, 2.

<sup>5)</sup> L. 3 C. 8, 54.

<sup>6)</sup> L. 9 C. 8, 54.

<sup>7)</sup> L. 7 D. 33, 1; L. 113 § 5 D. 1 (30 un.); L. 16 D. 33, 2; L. 8 §§ 6, 7 D. 28, 7; L. 1 C. 6, 45; L. 8 C. 4, 6.

<sup>8)</sup> L. 6 pr. L. 27; L. 37 D. 35, 1; L. 16 D. 33, 2.

нымъ распознаваніе въ каждомъ частномъ случаѣ: будетъ ли добавочный уговоръ условіе или *modus*. То и другое выражается одними и тѣми же словами. Если представляется сомнѣніе въ смыслѣ фразы, то слѣдуетъ толковать ее по намѣренію сторонъ, разсмотрѣвъ всѣ обстоятельства дѣла<sup>1)</sup>.

Нѣкоторые римскіе юристы пытались различить условіе и *modus*, употребляя для перваго частицу *si*, а для втораго *ut* (L. 80 D. 35, 1). Но обыденное употребленіе этихъ частицъ могло возбуждать въ каждомъ случаѣ сомнѣніе: имѣемъ ли дѣло съ условіемъ или *modus*'омъ. Въ источникахъ же нерѣдко употребляется слово «*conditio*» тамъ, гдѣ дѣло идетъ о *modus* (L. 71 § 1, D. 35, 1; L. 2 § 7 D. 39, 5; L. 44 D. 40, 4).

Если нельзя распознать воли сторонъ, то принимается *praesumptio modi*, какъ меньшее ограниченіе акта<sup>2)</sup>, какъ поддерживающее правовую дѣйствительность акта<sup>3)</sup>.

Но съ *modus*'омъ не слѣдуетъ смѣшивать такихъ заявленій дарителя, которыми онъ не желаетъ собственно возложить обязанность на одаряемаго, а выражаетъ только простое свое пожеланіе или совѣтъ, или поводъ къ даренію, не имѣющіе въ своихъ результатахъ для него никакого интереса, какъ, напр., А. дарить Б. 100 р., прибавивъ, чтобы Б. купилъ себѣ на эти деньги какую нибудь вещицу. Подобныя заявленія необязательны для одаряемаго<sup>4)</sup>.

Отъ *modus*'а существенно отличаются такіе уговоры при волеизъявленіи, которыми существованіе правоотношенія ставится въ зависимость отъ наличности извѣстныхъ обстоятельствъ или достиженія определенной цѣли; въ случаѣ же измѣненія этихъ обстоятельствъ или недостиженія данной цѣли, одна изъ сторонъ имѣетъ право искомъ или возраженіемъ о неправильномъ обогащеніи уничтожить установившееся правоотношеніе. Эти оговорки часто называютъ также *предположеніями*<sup>5)</sup>. Ихъ слѣдуетъ отличать и отъ условій, и отъ *modus*'а; отъ первыхъ тѣмъ, что при этихъ оговоркахъ актъ не только устанавливаетъ правоотношеніе, но и подлежитъ выполненію, не оставляя сомнѣнія въ его дѣйствительности и приобрѣтеніи права; только сторонамъ предоставлено право въ извѣстныхъ

<sup>1)</sup> L. 44 D. 40, 4.

<sup>2)</sup> L. 9 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> См. *Pfeiffer*. *Praktische Ausführungen* Bd. 1 Abth. 4. Von dem wesentlichen Unterschiede u. den Kennzeichen des *modus* u. der *conditio* p. 30.

<sup>4)</sup> L. 13 § 2 D. 24, 1; L. 71 pr. D. 35, 1; L. 2 § 7 D. 39, 5.

<sup>5)</sup> См. *Windscheid* cit. и критику *Adickes* cit. § 7.

случаяхъ прекращать правоотношеніе. Отъ *modus*'а данныя предположенія отличаются тѣмъ, что не возлагаютъ никакой обязанности выполнять ихъ.

Сюда относятся, напр., такіе случаи:

Отецъ даритъ дочери землю съ оговоркой, чтобы она удовлетворила кредиторовъ, иначе дареніе должно быть уничтожено.

А. дѣлаетъ уплату Б. съ оговоркой, что въ случаѣ принцпалъ не дастъ *ratihabitionem* этой уплатѣ, то ее можно вы-  
требовать назадъ, и т. п. <sup>1)</sup>).

### Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.

*Источники:* Dig. 34,5 de rebus dubiis.

Когда по самой формѣ выраженія юридической сдѣлки не остается никакого сомнѣнія въ ея содержаніи, то слѣдуетъ держаться буквального смысла, выраженнаго въ сдѣлкѣ. Римское положеніе: *quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* <sup>2)</sup>). Только въ томъ случаѣ, когда воля выражена въ сдѣлкѣ настолько не ясно, что даетъ мѣсто сомнѣнію въ ея содержаніи, примѣняются правила толкованія сдѣлокъ.

*Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem* L. 69 pr. D. de leg. III ср. L. 125 D. 50, 16.

Правила эти весьма схожи съ правилами толкованія законовъ. Такъ, прежде всего слѣдуетъ обратиться къ аутентическому толкованію сдѣлки, т. е. къ толкованію, исходящему отъ лица, совершившаго сдѣлку.

*In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset* L. 96 D. 50, 17.

Если вопросъ идетъ объ односторонней сдѣлкѣ, то аутентическое толкованіе исходитъ отъ лица, ее совершившаго, напр., завѣщаніе толкуется прежде всего самимъ завѣщателемъ <sup>3)</sup>). При двусторонней сдѣлкѣ аутентическое толкованіе исходитъ отъ обѣихъ сторонъ по взаимному ихъ соглашенію <sup>4)</sup>).

<sup>1)</sup> См. L. 41 pr. D. 18, 1; L. 58 § 2 D. 19, 2.

<sup>2)</sup> L. 25 § 1 D. de leg. III (82).

<sup>3)</sup> L. 21 § 1 D. 28, 1; L. 50 § 8 D. I (80).

<sup>4)</sup> L. 12 D. 2, 15.

При невозможности примѣнить къ данному случаю аутентическое толкованіе, наступаетъ толкованіе судебное, толкованіе судьи, который при этомъ руководствуется такими правилами. Словамъ сдѣлки долженъ быть приданъ тотъ смыслъ, въ которомъ они обыкновенно употребляются въ мѣстѣ совершенія, если только не будетъ доказано, что совершавшіе сдѣлку уклонялись отъ этого обыкновеннаго смысла<sup>1)</sup>. Если при всей ясности выраженій изъ другихъ обстоятельствъ будетъ слѣдовать, что содержаніе воли въ данномъ случаѣ не соотвѣтствуетъ внѣшнему ея выраженію, то сдѣлка толкуется согласно настоящему содержанію воли.

*In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. L. 219 D. 50, 16; L. 12 D. 50, 17; L. 3 D. 12, 1; L. 3; L. 24 D. 34, 5; L. 3 C. 6, 28; L. 23 § 1 in f. C. 6, 37.*

Если слова сдѣлки допускаютъ нѣсколько толкованій, то судья обязанъ прежде всего искать въ ней самой объясненія сомнительныхъ или темныхъ выраженій; иначе говоря, они толкуются съ помощью другихъ частей сдѣлки. Затѣмъ, судья обязанъ придать сдѣлкѣ тотъ смыслъ, который скорѣе всего поддерживаетъ дѣйствительную ея силу, а не тотъ смыслъ, который ведетъ къ ея недѣйствительности; должно предполагать, что стороны хотѣли совершить дѣйствительную сдѣлку, а не бесполезное какое либо дѣйствіе.

*Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est. L. 67 D. 50, 17; L. 80 D. 45, 1; L. 12 D. 34, 5; L. 31 D. 21, 2.*

При нѣсколькихъ возможныхъ смыслахъ слѣдуетъ принять тотъ изъ нихъ, который наиболѣе соотвѣтствуетъ природѣ сдѣлки и ведетъ къ самымъ обыкновеннымъ послѣдствіямъ даннаго рода сдѣлокъ; основывается это на томъ, что исключенія сами собою не предполагаются и подлежатъ строгому толкованію.

Если приложеніе всѣхъ изложенныхъ правилъ не выясняетъ сомнѣнія, то слѣдуетъ принять тотъ смыслъ сомнительной сдѣлки, который представляетъ наименѣе ущерба для лицъ, являющихся второстепенными при совершеніи сдѣлки. Въ сомнѣніи слѣдуетъ высказываться за меньшую обязанность, ибо всякую обязанность слѣдуетъ признавать лишь при ея доказательности. Поэтому, при сдѣлкахъ одностороннихъ сомнительное мѣсто тол-

<sup>1)</sup> L. 96 § 1 D. 50, 17; L. 69 § 1 D. III (32). См. *Wächter* въ *Archiv f. civ. Praxis* Bd. 19 p. 114.



куется въ пользу лица обязаннаго и противъ лица, опредѣляющаго своею волею сущность данной сдѣлки, ибо, по выраженію источниковъ, одному послѣднему можетъ быть вмѣнена неясность, съ которой онъ опредѣлилъ свою выгоду.

*Secundum promissorem interpretatum, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere* L. 97 pr. D. 45, 1; L. 39 D. 2, 14; L. 26 D. 34, 5; L. 38 § 18 D. 45, 1; L. 21, 33 D. 18, 1.

Такъ напр., сомнѣніе въ величинѣ долга толкуется въ пользу меньшаго.

*Semper in obscuris, quod minimum est sequimur* L. 9, 34 D. 50, 17; L. 39 § 6 D. I (30); L. 99 pr. D. 45, 1.

Отъ примѣненія указаннаго правила исключаются, подъ именемъ *causae favorabiles*, тѣ случаи, когда закономъ устанавливалось толковать сомнѣніе въ ущербъ лица обязаннаго, какъ напр., *dotis dictio*<sup>1)</sup>, отпущеніе на волю<sup>2)</sup>, завѣщательныя распоряженія<sup>3)</sup>.

Въ соглашеніяхъ двустороннихъ слѣдуетъ обращать вниманіе на сторону, которая обыкновенно предписываетъ условія договора<sup>4)</sup>, напр., при займѣ, противъ займодавца.

Наконецъ, если приложеніе всѣхъ изложенныхъ правилъ не въ состояніи разсѣять сомнѣніе, то сдѣлка объявляется недѣйствительною.

## Недѣйствительность юридическихъ актовъ, сдѣлокъ.

*Пособія: Savigny. System Bd. 4 p. 536 и слѣд.; Unger. Oesterr. Privatr. 2 § 91.*

Выраженіе «недѣйствительныя» сдѣлки, *ungültige Geschäfte*, установлено Савиньи (*Syst. Bd. 4, p. 536*); другіе ученые предлагаютъ выраженіе «порочныя» сдѣлки, *fehlerhafte Geschäfte*, что болѣе соотвѣтствуетъ источникамъ, *institutio vitiosa* (L. 29; L. 201; L. 210 D. 50, 17).

Юридическая сдѣлка считается недѣйствительною, если не наступаютъ тѣ правовыя послѣдствія, которыя имѣлись въ виду при ея совершеніи. Недѣйствительность можетъ быть полная

<sup>1)</sup> L. 85 pr. D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 179 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> L. 12 D. 50, 17; L. 24 D. 34, 5.

<sup>4)</sup> L. 9; L. 34 D. 50, 17; L. 39 D. 2, 14; L. 21; L. 33 D. 18, 1; L. 99 D. 45, 1.

и неполная. Уже средневѣковая наука употребляла выраженія для первой *nullum negotium* (*nullitas negotii*), а для второй — *negotium rescissum*. Въ источникахъ о полной недѣйствительности говорятъ: *negotium nullum est, nullius est momenti, nihil actum videtur*, а о неполной недѣйствительности — *negotium rescinditur*<sup>1)</sup>. Правильно полную недѣйствительность называть ничтожностью (*Nichtigkeit*), а неполную — опороченностью (*Anfechtbarkeit*)<sup>2)</sup>.

Подъ полной недѣйствительностью, ничтожностью сдѣлки разумѣется тотъ случай, когда сдѣлка *ipso jure* недѣйствительна, безъ какого либо посредства воли лица. Сдѣлка такая не имѣетъ вовсе правового существованія. Если ничтожность будетъ слѣдовать изъ обстоятельствъ дѣла, то ее обязанъ признать самъ судья, *ex officio*, не ожидая, чтобы стороны привели основанія ничтожности.

Нѣкоторые ученые (напр., *Schlossman. Zwang* p. 25) придерживаются иного мнѣнія, но едва ли справедливо; ибо судья, взвѣшивая обязательства, приводимыя истцомъ, обязанъ самъ рѣшить какое они имѣютъ значеніе съ точки зрѣнія объективнаго права. — Точно также по ничтожному акту немыслимъ искъ объ его ничтожности, *querella nullitatis*, какъ это долго думали; нельзя особымъ, спеціальнымъ дѣйствіемъ объявить ничтожнымъ то, что само по себѣ и безъ того не существуетъ (*Brandis* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* Bd. 7, p. 123).

Ничтожность издавна дѣлили на абсолютную и относительную (релятивную). Подъ первой разумѣли тѣ случаи, когда ничтожность наступала безусловно и поэтому на нее могло ссылаться всякое заинтересованное лицо; вторая же наступала только по волѣ опредѣленнаго лица, на которую только оно и могло ссылаться. Впрочемъ, эти термины понимались неодинаково (см. у *Brandis. Ueber absolute u. relative Nichtigkeit* l. c. p. 121, 122). Что касается римскаго права, то тамъ нельзя указать ни на одинъ случай относительной ничтожности въ упомянутомъ смыслѣ (см. *Brandis* cit. p. 127—202). Въ настоящее время большинство ученыхъ отвергаетъ и самое дѣленіе ничтожности. Дѣйствительно, ничтожность выражаетъ понятіе полнаго несуществованія, не допускающее какой либо относительности (см. *Unger* cit. p. 150 п. 42).

Примѣромъ полной недѣйствительности можетъ служить тотъ случай, когда недостаетъ *essentialia negotii*, напр., субъектъ сдѣлки недѣеспособенъ, объектъ сдѣлки принадлежитъ къ числу *res extra commercium*.

<sup>1)</sup> Впрочемъ, твердаго техническаго обозначенія полной и неполной недѣйствительности въ источникахъ не было (*Seuffert. Ratihabition*, p. 119 п. 8).

<sup>2)</sup> *Savigny* cit. p. 537.

Недѣйствительность будетъ неполною, когда она наступаетъ по волѣ лицъ, заинтересованныхъ въ сдѣлкѣ. Недѣйствительность этого рода наступаетъ при тѣхъ условіяхъ, когда сдѣлка имѣетъ недостатокъ, хотя и не касающійся его законнаго существованія, но по *ratio aequitatis* дающій право заинтересованному лицу требовать уничтоженія этой сдѣлки. Поэтому *negotium rescissum* есть дѣйствительная сдѣлка; она основываетъ желаемое правоотношеніе и судья обязанъ дать присужденіе по ней. Но въ то же время сдѣлка эта носитъ въ себѣ условія опороченности. Недостатки, дающіе право на опороченіе, могутъ быть самые разнообразныя, напр., обманъ, угроза и т. д. Также и лица, управомоченныя къ опороченію и средства къ нему, могутъ быть также различныя. Такъ, въ однихъ случаяхъ опорочить сдѣлку можетъ только одинъ изъ контрагентовъ, въ случаяхъ, напр., обмана; въ другихъ случаяхъ это можетъ сдѣлать даже третье лицо, напр., по *actio Pauliana* сдѣлки должника съ посторонними опорочиваются кредиторами. Средствами къ опорочиванію могутъ служить искъ, возраженіе, *in integrum restitutio* и т. д.

Какъ полная, такъ и не полная недѣйствительность можетъ быть первоначальной и послѣдующей<sup>1)</sup>. Для послѣдующей недѣйствительности употребляютъ выраженіе *ruptio s. infirmatio negotii*. Примѣръ: вещь, на которую заключается сдѣлка, въ моментъ ея совершенія принадлежала къ числу *res in commercio*, а затѣмъ становится *res extra commercium*.

Общими началами для всякой недѣйствительности будутъ слѣдующія:

Однажды недѣйствительный актъ не получаетъ впослѣдствіи дѣйствительной силы, если позднѣе отпадутъ основанія его недѣйствительности. Это выражалось римлянами въ слѣдующемъ положеніи: *quod (ab) initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*<sup>2)</sup>. Только для отдѣльныхъ случаевъ положительное право отступало отъ этого начала, какъ напр., дареніе между супругами, недѣйствительное по закону, получало силу, когда даритель умиралъ ранѣе одареннаго<sup>3)</sup>. И др.<sup>4)</sup>.

Наоборотъ, дѣйствительный актъ могъ оставаться въ силѣ,

<sup>1)</sup> См. *Karlowa*. Das Rechtsgeschäft p. 121 и д.

<sup>2)</sup> L. 29; L. 201 D. 50, 17.—L. 1 § 4 D. 13, 5.

<sup>3)</sup> L. 32 D. 24, 1.

<sup>4)</sup> L. 42 D. 41, 3. — *Savigny cit.* p. 559 ср. p. 556, 557.

когда современемъ наступятъ условія, при которыхъ онъ первоначально не могъ быть установленъ.

Однако, общимъ правиломъ этого признать нельзя<sup>1)</sup>. Такъ, завѣщаніе остается въ силѣ, когда завѣщатель позднѣе сходитъ съ ума, и наоборотъ оно будетъ недѣйствительнымъ, когда завѣщатель потеряетъ право гражданства или свободу. То или другое послѣдствіе позднѣйшаго факта, дѣлающаго сдѣлку недѣйствительною при ея установленіи, опредѣляется въ каждомъ частномъ случаѣ свойствомъ даннаго правоотношенія<sup>2)</sup>.

Сказаннымъ объясняется разногласіе въ источникахъ. Съ одной стороны, см. L. 3 § 2 D. 34, 8: «Nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur (L. 3 D. 34, 8; L. 98 pr. D. 45, 1), а съ другой, см. L. 85 § 1 D. 50, 17: «Non est novum; ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt (L. 140 § 2 D. 45, 1; § 14 J. 2, 20).

Ничтожность и опороченность сдѣлки касаются только тѣхъ ея частей, которыя имѣютъ тотъ или другой недостатокъ, не касаясь другихъ ея частей. *Utile per inutile non vitiatur*<sup>3)</sup>. Но если недѣйствительность касается главнаго содержанія сдѣлки, то она распространяется на весь ея составъ.

*Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent* L. 178 D. 50, 17.

*Утвержденіе, confirmatio.*—Опороченность сдѣлки можетъ быть устранена утвержденіемъ, *confirmatio*, дающимъ сдѣлкѣ полную дѣйствительность. Подъ утвержденіемъ разумѣется актъ согласія сторонъ на недѣйствительную сдѣлку при условіяхъ ея дѣйствительнаго заключенія. *Confirmatio* не можетъ касаться ничтожной сдѣлки. Нельзя давать утвержденіе и по *negotium rescissum* въ томъ ея періодѣ, когда она еще носитъ признаки опороченности, такъ какъ утвержденіе подобной сдѣлки будетъ подлежать тому же опороченію. *Confirmatio* можетъ быть *expressa* и *tacita*. Наконецъ, она всегда имѣетъ обратную силу, т. е. сдѣлка послѣ утвержденія считается дѣйствительною за все время своего существованія<sup>4)</sup>.

Послѣднее начало въ наукѣ принято не единогласно. Спорятъ, какъ о самомъ общемъ началѣ, такъ и о мѣрѣ его applicatіи. См. *Vangerow. Pand. I, 88* и выше излож. ученіе о *ratihabitio*.

<sup>1)</sup> См. *Karlowa cit. p. 131, 132.*

<sup>2)</sup> *Savigny cit. p. 552—554.*

<sup>3)</sup> L. 1 § 5 D. 45, 1; L. 17 pr. D. 18, 6; L. 1 § 7 D. 16, 3; L. 42 C. 2, 4

<sup>4)</sup> L. 25 C. 5, 16; L. 7 pr. C. 4, 28.

## СОУЧАСТІЕ И ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО.

*Пособія: Savigny. System d. heutigen römischen Rechts III § 113; Савиньи. Обязательственное право. Москва 1876, стр. 369; Buchka. Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852; Ihering. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte въ Gesammelte Aufsätze. 1881 p. 122—290; Fr. Hellmann. Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften 1882; Mitteis. Die Lehre von d. Stellvertretung nach römischem Recht 1885; Пересовъ. Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ. Москва 1878.*

Обыкновенно лицо, вкладывающее свою волю въ установленіе права, становится и правовымъ субъектомъ по немъ. Но I., въ иныхъ случаяхъ участія нѣсколькихъ лицъ при установленіи права, правовыя послѣдствія послѣдняго обращаются не ко всѣмъ участвующимъ. Дѣятельность остальныхъ мы называемъ *соучастіемъ*, а самихъ лицъ—соучастниками. II. Въ другихъ случаяхъ юридическая сдѣлка, заключаемая однимъ лицомъ, въ правовыхъ послѣдствіяхъ вся обращается на лицо, не принимавшее участіе при ея заключеніи, такъ что контрагентомъ и правовымъ субъектомъ по сдѣлкѣ являются не одни и тѣ же лица. Въ этихъ случаяхъ мы говоримъ о *представительствѣ*, представителяхъ.

### I. Соучастіе.

Въ соучастіи слѣдуетъ различать двѣ категоріи случаевъ:  
 а) Подъ юридическимъ соучастіемъ разумѣется выполненіе однимъ лицомъ, при заключеніи другимъ сдѣлки, такихъ юридическихъ дѣйствій, которыя по положительному праву признаются необходимыми для дѣйствительности сдѣлки. Итакъ, характерные признаки этого соучастія слѣдующіе: дѣйствія соучастника являются дополняющими къ дѣйствию контрагента и, какъ признанныя необходимыми для дѣйствительности сдѣлки, они обуславливаютъ эту дѣйствительность вмѣстѣ съ дѣйствіемъ контрагента, такъ что ни дѣйствіе контрагента, ни дѣйствіе соучастника сами по себѣ не въ состояніи вызвать акта къ жизни. Затѣмъ, послѣдствія акта не касаются соучастника. Наконецъ, соучастіе выражается въ совершеніи

*юридическихъ* дѣйствій, а поэтому отъ соучастника требуется известная дѣеспособность<sup>1)</sup>). Въ случаямъ такого рода соучастія относится предписываемое закономъ присутствіе нѣкоторыхъ лицъ при совершеніи сдѣлки, какъ необходимое условіе ея дѣйствительности, какъ напр., *solemnitatis testes*; затѣмъ, согласіе нѣкоторыхъ лицъ при заключеніи сдѣлки, какъ-то: согласіе опекуна, попечителя, отца (напр., при займѣ сына) и т. д.

б) Въ отличіе отъ такого соучастія, которое можно назвать *необходимымъ*, какъ закономъ предписаннаго, соучастіе, не обуславливающее юридическую дѣйствительность сдѣлки, а служащее только доказательству ея совершенія (напр., свидѣтельство ради доказательства, *Beweiszeugen*), можно назвать *добровольнымъ* или *свободнымъ* соучастіемъ. Отъ соучастниковъ этой категоріи не требуется особенной дѣеспособности.

## II. Общее понятіе представительства.

Подъ представительствомъ въ техническомъ смыслѣ разумѣется такой правовой институтъ, который характеризуется фактомъ совершенія однимъ лицомъ юридическаго акта отъ имени другого такъ, что всѣ права и обязанности непосредственно устанавливаются въ лицѣ послѣдняго. Первое лицо называется представителемъ, второе—принципаломъ.

Итакъ, главные общіе признаки представительства слѣдующіе два: а) въ представительствѣ юридическій актъ совершается однимъ лицомъ, а правовымъ субъектомъ по немъ является другое лицо, т. е. по сдѣлкѣ, заключенной чрезъ представителя, контрагентомъ и правовымъ субъектомъ являются не одни и тѣ же лица; б) послѣдствія акта устанавливаются *непосредственно* принципалу, не устанавливаясь въ лицѣ представителя.

а) Въ представительствѣ самое существованіе акта опредѣляется волею не того лица, которое будетъ субъектомъ правъ и обязанностей по нему, а волею другого лица, представителя. Совершеніе юридической сдѣлки есть актъ рѣшенія воли представителя, его личное дѣло. Если онъ и руководится въ большинствѣ случаевъ, приступая къ совершенію акта, инструкціей

<sup>1)</sup> *Перрессовъ*, cit. стр. 21—23.

принципала, то тѣмъ не менѣе въ данную сдѣлку онъ владываетъ свою свободную волю; инструкция же выражаетъ только намѣреніе принципала вступить въ сдѣлку, а не самое вступленіе, которое есть дѣло представителя; почему болѣе или менѣе общая или спеціальная форма инструкции не имѣетъ никакого значенія для дѣйствительности сдѣлки. Этимъ признакомъ представительство отличается отъ тѣхъ случаевъ, когда существованіе сдѣлки опредѣляется волею самаго принципала, но объявленіе этой воли предоставляется другому лицу, которое является простымъ органомъ объявленія чужого рѣшенія. Такое представительство можно назвать фактическимъ въ отличіе отъ опредѣленнаго выше, юридическаго представительства. Самый обыкновенный видъ фактическаго представителя есть т. н. нунцій, посоль, котораго иногда весьма трудно отличить отъ представителя. Въ основу различенія слѣдуетъ брать признакъ воли, опредѣляющей бытѣе сдѣлки. Если это будетъ воля принципала, то онъ же является и контрагентомъ, а посредникъ нунціемъ, хотя бы послѣдній и участвовалъ своей волей въ опредѣленіи отдѣльныхъ условій сдѣлки. Наоборотъ, посредникъ, опредѣляющій своею волею бытѣе сдѣлки, хотя бы всѣ ея условія были предписаны инструкціей принципала, — будетъ представителемъ.

По вопросу о различеніи нунція отъ представителя въ наукѣ большое разногласіе (болѣе толковое изложеніе возрѣній имѣемъ въ нашей литературѣ у *Нерсесова*, сѣт. стр. 8 — 21), которое однако въ послѣднее время склонно разрѣшиться въ пользу одного общаго положенія. Въ римскихъ источникахъ значеніе нунція перѣдко отождествляется съ значеніемъ простаго письма (L. 2 § 2 D. 44, 7: *unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam, vel per nuntium*. То же въ L. 1 § 1 D. 17, 1; L. 1 § 2 D. 18, 1; L. 2 пр. D. 2, 14). И вотъ одинъ новѣйшій писатель (*Thering, op. c.*), опираясь на источники, различаетъ нунція отъ представителя по характеру его дѣятельности при совершеніи юридическаго дѣйствія. Въ каждомъ такомъ юридическомъ дѣйствіи онъ различаетъ чисто юридическій элементъ отъ фактическаго. Первый — необходимое предположеніе юридической сдѣлки, какъ производящій правовыя послѣдствія, второй — безразличенъ для ея существа. Лицо, выполняющее за другого юридическій элементъ сдѣлки, будетъ представителемъ, а выполняющій фактический элементъ — нунціемъ. Противъ этого возрѣнія вполнѣ правильно возражали (*Unger. System d. oesterr. Privatr. II § 90, № 3; Laband. Die Stellvertretung nach D. N. G. B. вѣ Zeitschr. für d. gesammte Handelsrecht Bd. X, p. 189 sq.*), говоря, что значеніе того и другого элемента въ юридическомъ дѣйствіи весьма различно въ отдѣльныхъ случаяхъ: иногда фактическая сторона является съ характеромъ

необходимаго элемента для даннаго юридическаго акта (напр., дѣятельность писца при составленіи духовнаго завѣщанія) и наоборотъ, юридическій элементъ иногда имѣетъ только фактическое значеніе (напр., воля, не выраженная въ требуемой формѣ). Держась необходимаго предположенія всякой юридической сдѣлки, воли, мы легко объясняемъ себѣ представленіе римскихъ юристовъ о нунціѣ. Изъ сопоставленія его съ письмомъ слѣдуетъ, что нунцій является простымъ органомъ чужой воли, направленной на одно изъ измѣненій въ сферѣ конкретныхъ правъ, т. е. главнымъ образомъ на установленіе и прекращеніе правъ, тогда какъ представитель опредѣляетъ эти измѣненія своею собственною волею. Теперь можно считать это основное различіе за господствующее. (Изъ спец. труд. см. *Laband* cit. p. 189—193; *Zimmermann*. Die stellvertretende Negotiorum gestio, p. 24; *Curtius* въ *Archiv f. civil. Praxis* 58, p. 71—75).

Споръ идетъ только о признакахъ, по которымъ въ каждомъ случаѣ можно распознать нунція въ отличіе отъ представителя. Старая доктрина, глоссаторовъ, полагала, что если принципаломъ не предоставлено было посреднику ничего на личное его усмотрѣніе при заключеніи сдѣлки, то мы имѣемъ дѣло съ нунціемъ, въ противномъ случаѣ—съ представителемъ (см. *Buchka* cit. p. 122, 123, 135). Очевидно, мы имѣемъ тутъ строгое приложеніе вышеприведенныхъ выраженій источниковъ, которые ясно опредѣляютъ роль нунція въ томъ, чтобы онъ довелъ волю принципала до свѣдѣнія противной стороны, каковую роль можетъ принципаль предоставить и письму, рунору и всякому другому средству сообщенія. Воззрѣніе это, принятое пѣкторыми и новѣйшими писателями (см., напр., кромѣ *Ihering*'а op. с. еще *Platner* въ *Archiv für civil. Praxis* Bd. 50 p. 235; *Canstein* въ *Zeitschr. f. d. privat u. öffentl. Recht. d. Gegenw.* Bd. III, p. 678), въ своемъ практическомъ приложеніи перѣдко можетъ поставить въ затрудненіе, указанное уже *Савиньи* (*Обязательственное право*, стр. 372). Между такими случаями, когда посредникъ передаетъ, какъ простой органъ, волю принципала и тѣми случаями, когда посредникъ заключаетъ самъ сдѣлку, лежитъ масса переходныхъ ступеней, на которыхъ весьма трудно, не вооружась предварительно теоретическимъ началомъ, отмѣтить характеръ посредника. Такъ, если принципаль опредѣлилъ самъ объекты купли-продажи, опредѣлилъ приблизительно и цѣну ихъ и затѣмъ отправилъ третье лицо за этими вещами, предоставивъ на его усмотрѣніе выборъ ихъ и ближайшее опредѣленіе цѣны, то никто не скажетъ, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ представителемъ, такъ какъ сдѣлка въ своемъ существованіи опредѣлена волею самого принципала, а не посредника. *Савиньи* самъ, выходя изъ подобныхъ случаевъ, пришелъ къ заключенію, что контрагентомъ сдѣлки будетъ всегда самъ принципаль, а поэтому между нунціемъ и представителемъ по признаку воли нѣтъ никакого различія. Оба они только переносятъ волю принципала, т. к. и воля представителя имѣетъ лишь настолько значенія, насколько она согласна съ волею принципала. Значитъ, источникъ правовыхъ послѣдствій будетъ всегда воля представляемаго (*Обязат. право* § 57). Мнѣніе *Савиньи* для современныхъ правъ поддерживаютъ и другіе ученые (напр., *Ruhstrat*. Ueber *Savigny's Lehre von*



der Stellvertretung p. 21, 42 и *Fr. Hellmann. cit.* p. 9, 18, 19, 21, 24). Въ подтвержденіе указываютъ на выраженія источниковъ, изъ которыхъ слѣдуетъ, что дѣйствія какъ посла, такъ и представителя разсматриваются какъ дѣйствія самого принципала: *per alium renuntiare, administrare, vendere, emere, petere, postulare, contrahere* и т. д. Но при этомъ приходится стать въ затрудненіе предъ такъ наз. законнымъ представительствомъ (напр., опекуна), при которомъ о волѣ принципала не можетъ быть и рѣчи. Остается поэтому прибѣгать къ такому объясненію этого случая, будто на основаніи предписанія закона устанавливается фикція, что законный представитель дѣйствуетъ какъ бы на основаніи воли представляемаго (*Hellmann cit.* p. 25). Оттого, не допуская въ свободномъ представительствѣ смѣшенія намѣренія заключать сдѣлку и самое заключеніе ея, мы по поводу послѣдняго различаемъ случаи, когда принципаль самъ заключаетъ сдѣлку непосредственно, своею волею, отъ тѣхъ случаевъ, когда ее заключаетъ посредникъ своею волею. Въ первой категоріи случаевъ посредникъ можетъ быть только органомъ воли принципала. Этого характера онъ не лишается, какъ мы видѣли, и тогда, когда ему предоставлено на усмотрѣніе опредѣлить нѣкоторыя статьи совершаемаго акта. Однимъ словомъ, большая или меньшая свобода по порученію не опредѣляетъ различія нунція отъ представителя (см. также *Ulrian. L. 1 § 1 D. 3, 3*). Но практическіе примѣры даютъ намъ и вѣрный признакъ для различенія характера посредника. Какъ бы много ни было предоставлено на усмотрѣніе послѣдняго при совершеніи сдѣлки, но если не онъ опредѣлитъ своею волею существованіе сдѣлки, то мы имѣемъ дѣло съ нунціемъ, въ противномъ случаѣ — съ представителемъ, хотя бы порученіе въ послѣднемъ случаѣ было самое специальное.

б) Необходимый признакъ представительства тотъ, чтобы послѣдствія сдѣлки *непосредственно* относились къ лицу принципала, т. е. чтобы дѣйствіе и послѣдствія рождались въ субъективномъ отношеніи тотчасъ же при самомъ совершеніи акта. Поэтому не будетъ собственно представительствомъ тотъ случай, когда въ лицѣ контрагента устанавливаются всѣ правовыя послѣдствія, которыя онъ затѣмъ особымъ актомъ переноситъ на другое лицо<sup>1)</sup>. Здѣсь дѣйствія и послѣдствія не расходятся, но только въ силу особаго правоотношенія послѣднія переносятся не къ тому лицу, которое установило ихъ по акту въ своемъ лицѣ. Тутъ нѣтъ разницы съ тѣми случаями, когда вообще переносятся уже пріобрѣтенныя права. Предварительное соглашеніе на такой переносъ не можетъ имѣть вліянія на самый смыслъ сдѣлки въ субъективномъ отношеніи.

<sup>1)</sup> *L. 135 § 2 D. 45, 1; L. 59 D. 41, 1; L. 13 § 2 D. 41, 3; L. 7 § 2 D. 41, 4; L. 3 C. 7, 10.—L. 8 § 10 D. 17, 1 ср. L. 45 pr. D. 17, 1.*

Въ наукѣ нерѣдко дѣлаютъ различіе между *непосредственнымъ* или *прямымъ* представительствомъ (*unmittelbare, directe Stellvertretung*) и *посредственнымъ* или *косвеннымъ* представительствомъ (*mittelbare, indirecte Stellv.*). Въ первомъ случаѣ сдѣлка заключается отъ имени принципала, во второмъ представитель совершаетъ юридическое дѣйствіе отъ своего имени, и въ обоихъ случаяхъ, думаютъ, мы имѣемъ дѣло съ представительствомъ. Въ нашей литературѣ этотъ взглядъ отстаиваетъ г. *Гордонъ* (Представительство въ гражданскомъ правѣ. Спб. 1879 стр. 19—35), который видитъ въ такъ названномъ имъ *одностороннемъ* представителѣ настоящаго представителя. Въ новѣйшей литературѣ см. *Schlossmann. Der Besitzerwerb durch Dritte. 1881 §§ 2 — 6.* Но масса другихъ писателей не признаютъ въ этихъ посредникахъ (*Zwischenperson, Ersatzmann, Interessenvertreter* и т. п.; по римск. источникамъ они подходили подъ понятіе посредниковъ, *persona interposita* (L. 18 D. 23, 1; L. 5 § 2 D. 24, 1; L. 4 D. 39, 5) въ обширномъ смыслѣ слова) представителей въ собственномъ смыслѣ слова (напр., *Unger Oesterr. Priv. R. § 90; Brinz Pand. § 368, 2 и § 371, 4; Laband p. 208* и др.). Дѣйствительно, такой посредникъ со стороны формальнаго дѣйствія права никоимъ образомъ не будетъ представителемъ. Изъ того, что въ дальнѣйшемъ движеніи установившагося правоотношенія экономическіе результаты его перейдутъ на другое лицо, нельзя въ первоначальномъ дѣйствіи посредника видѣть актъ представительства (*Gareis. Die Verträge zu Gunsten Dritter, p. 14 и 17*), тѣмъ болѣе, что *юридически* невозможно различать дѣйствія такого посредника по предварительному соглашенію съ принципаломъ (т. наз. *procurator, mandatarius* L. 1 pr. § 1 D. 3, 3) отъ дѣйствій всякаго другого лица, которое позднѣе рѣшается перенести пріобрѣтенное имъ право кому либо другому.

Разсматриваемый признакъ обязываетъ насъ также строго отличать представительство отъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ <sup>1)</sup>. Въ послѣднихъ случаяхъ ни одинъ изъ контрагентовъ не заступаетъ какаго либо третьяго лица; но только въ самомъ соглашеніи на имя самихъ контрагентовъ высказывается однимъ изъ нихъ воля, чтобы третье лицо пріобрѣло изъ него опредѣленное право. Такимъ образомъ, различіе отъ представительства сводится къ тому, что представитель ведетъ чужое дѣло, заключаетъ сдѣлку отъ имени принципала; совершающій же договоръ въ пользу третьяго ведетъ свое собственное дѣло и отъ собственнаго имени. Поэтому въ первомъ случаѣ юридическія послѣдствія сдѣлки осуществляются только между двумя лицами, тогда какъ договоръ въ пользу третьяго лица осуществляется всегда при участіи трехъ лицъ. Затѣмъ, при представительствѣ дѣйствительность сдѣлки для принципала опредѣ-

<sup>1)</sup> *Gareis. Die Verträge zu Gunsten Dritter. 1873.*

ляется его волею (полномочіемъ), тогда какъ дѣйствительность договора въ пользу третьяго опредѣляется лишь волею самихъ контрагентовъ, согласіе же третьяго лица не имѣетъ тутъ никакого значенія<sup>1)</sup>).

### Теоретическое обоснованіе представительства.

Нормально всякое юридическое дѣйствіе проявляетъ правовыя послѣдствія въ лицѣ самаго контрагента. Поэтому свободное представительство является въ правовой сферѣ явленіемъ аномальнымъ, требующимъ своего обоснованія. Выходя изъ установленнаго выше различенія контрагента, каковымъ будетъ представитель, и правового субъекта, каковымъ будетъ принципаль, мы представляемъ себѣ дѣло такъ. Представитель опредѣляетъ своею волею существованіе сдѣлки, но юридическія послѣдствія этой сдѣлки относятся къ лицу принципала такъ, какъ будто они опредѣлились его волею. Такимъ образомъ, существованіе и составъ сдѣлки обсуждаются по лицу представителя, а права и обязанности изъ нея по лицу принципала. Однимъ словомъ, въ представительствѣ мы имѣемъ одно изъ приложений юридической фикціи.

Вопросъ объ основаніи представительства весьма споренъ въ наукѣ (см. *Нерсесовъ cit.* стр. 81 — 87; *Казанцевъ. Ученіе о представительствѣ въ гражд. правѣ. 1879* стр. 102 — 113; *Mitteis cit.* р. 82 и слѣд.). Писатели, держащіеся тождества представителя съ нунціемъ (см. выше), вовсе избѣгаютъ этого вопроса, такъ какъ по ихъ взгляду контрагентомъ и правовымъ субъектомъ будетъ одно и то же лицо, принципаль. Такое же отношеніе къ вопросу и тѣхъ писателей, которые допускаютъ различіе между нунціемъ и представителемъ, но контрагентомъ считаютъ представляемаго; а потому, напр., отъ представителя не требуютъ дѣеспособности (*Hellmann cit.* с. X). То же находимъ и въ повѣйшей попыткѣ установить такое воззрѣніе, что въ представительствѣ допускается совокупное дѣйствіе волей какъ представителя, такъ и принципала (*Mitteis cit.* р. 109 — 128). Господствующее же ученіе держится теоріи юридической фикціи (*Buchka cit.* §§ 19 и 21; *Laband cit.* р. 225; *Gareis cit.* § 5 р. 15, и учебники Унгера, Виндшейда и т. д.), хотя въ развитіи этой теоріи отдѣльные писатели нерѣдко расходятся. Но и противъ самой основы этого воззрѣнія, фикціи, раздается немало голосовъ (у насъ г. *Нерсесовъ cit.* стр. 84—86); въ замѣну же фикціи единственной основой данной аномаліи выставляютъ санкцію положительнаго права.

<sup>1)</sup> *Нерсесовъ, cit.* стр. 64, 65.

Намъ казалось (Временникъ Демидов. Юрид. Лицея 1878, стр. 6, 7), что такая санкція въ свою очередь выражаетъ извѣстную конструкцію правовыхъ отношеній по извѣстному исходному логическому основанію. Последнее же будетъ одно и то же, что и при конструкціи юридическихъ лицъ, а именно — фикція. Положительное право относить правовыя послѣдствія сдѣлки къ лицу, не участвовавшему въ ея заключеніи такъ, какъ будто оно принимало въ послѣднемъ прямое и исключительное участіе, т. е. распространяетъ положенія права, установленныя для опредѣленной категоріи обстоятельствъ, на обстоятельство, первоначально ими непредусмотрѣнныя. Такое же распространеніе и имѣетъ въ своей основѣ фикцію.

### Допустимость представительства въ римскомъ правѣ.

Представительство, какъ мы видѣли, основано на такомъ тонкомъ правовомъ мышленіи, что трудно представить знакомство съ нимъ въ болѣе или менѣе раннюю эпоху быта. Дѣйствительно, основнымъ общимъ правиломъ римскаго права еще въ юстиніановыхъ сводахъ было то, что только самъ контрагентъ могъ быть и правовымъ субъектомъ изъ сдѣлки.

Gajus 2 § 95. Ex his apparet, per liberos homines... nulla ex causa adquiri posse, et hoc est, quod dicitur: per extraneam personam nihil adquiri posse § 5 I. 2, 9. — *Paulus* Rec. Sent. 5, 2 § 2: Per liberas personas... acquiri nobis nihil potest. — L. 1 C. 4, 27: Per liberam personam... nihil adquiri posse, indubitati juris est. — Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest (L. 73 § 4 D. 50, 17). И это правило мотивировалось такимъ образомъ: tibi non vis nec illi potes (L. 6 C. 4, 50; L. 26 C. 5, 12). L. 11 D. 44, 7; L. 5 § 6 D. 13, 5, и мног. друг. См. *Казанцевъ*. Свободное представительство въ рим. гражд. правѣ. Кіевъ 1884, отъ стр. 9. Различныя воззрѣнія на основанія недопустимости прямого представительства въ рим. правѣ сведены у *Mitteis* cit. p. 9—25.

Поэтому въ Римѣ воспользоваться изъ сдѣлки посторонняго свободнаго лица по правилу можно было только косвеннымъ путемъ: прокуратор устанавливалъ въ своемъ лицѣ права и обязанности изъ сдѣлки съ третьимъ лицомъ, т. е. былъ не только контрагентомъ, но и правовымъ субъектомъ; затѣмъ уже онъ обязанъ былъ въ силу мандата передать принципалу приобретенное отъ сдѣлки съ третьимъ или уступить противъ послѣдняго свой искъ на выполненіе сдѣлки; принципалъ же возмѣщалъ прокуратору принятыя имъ на себя обязанности и всѣ

понесенные убытки<sup>1)</sup>). Кроме того, каждому римскому гражданину открыта была возможность вступать въ правоотношенія съ третьими лицами чрезъ посредство подчиненныхъ его власти, рабовъ и сыновей (см. ниже).—Но рано или поздно, пути эти должны были оказаться недостаточными. Развившійся и усложнившійся гражданскій оборотъ давалъ чувствовать необходимость въ установленіи непосредственныхъ отношеній между представляемымъ и третьимъ лицомъ. Къ этому вызывалъ интересъ прежде всего самого представляемаго, который часто долженъ былъ сознавать непрочность устанавливаемыхъ правоотношеній, когда между нимъ и третьимъ лицомъ стоялъ посторонній человекъ. Но еще болѣе сознавать эту непрочность должно было третье лицо, заключавшее сдѣлку съ прокураторомъ, который весьма часто могъ быть безъ всякихъ средствъ или даже просто завѣдомо несостоятельнымъ. Къ тому же, не всякій гражданинъ могъ располагать услугами рабовъ или *filii familias*. И вотъ, подъ давленіемъ жизненныхъ потребностей начинаютъ смягчать строгія послѣдствія основного начала, а для отдѣльныхъ видовъ правъ допускать и полное изъятіе изъ правила<sup>2)</sup>).

Прежде всего преторскій эдиктъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предоставилъ контрагенту прокуратора право иска не только противъ послѣдняго, но и противъ самаго принципала. Это было въ слѣдующихъ случаяхъ: а) Третье лицо, вступившее въ какую либо сдѣлку съ управителемъ корабля (*magister navis*) по поводу довѣреннаго ему снарядившимъ корабль (*exercitor navis*) дѣла (напр., по поводу починки корабля, прокормленія экипажа и т. д.), имѣлъ право иска не только противъ управителя, но и противъ самаго принципала (т. наз. *actio exercitoria*)<sup>3)</sup>. б) То же самое было въ тѣхъ случаяхъ, когда поручалось кѣмъ либо (*procurator*) постороннему лицу, рабу или сыну завѣдывать какою либо отраслью промышленности<sup>4)</sup> (*institor*) и этотъ послѣдній вступалъ съ третьимъ лицомъ въ сдѣлку въ кругѣ порученнаго ему дѣла. Третье лицо приобрѣтало право иска не только противъ инститора, но и противъ самаго принципала (т. наз. *actio institoria*)<sup>5)</sup>. Это начало рим-

<sup>1)</sup> L. 8 § 10; L. 10 § 2; L. 43; L. 45 pr. § 5 D. 17, 1; L. 1 § 18. D. 14, 1

<sup>2)</sup> См. *Hellmann* cit. p. 43.

<sup>3)</sup> L. 1 pr. § 1—3, § 6—12, 15, 17, 24 D. 14, 1; § 2 J. 4, 7.

<sup>4)</sup> L. 3, 4, 5 pr. § 1—10; L. 18 D. 14, 3.

<sup>5)</sup> § 2 J. 4, 7; L. 5 § 11—16; L. 17 pr. D. 14, 3; L. 1 C. 4, 25.

ское правовѣдѣніе мало по малу распространило на всѣ тѣ случаи, когда довѣренное лицо вступало въ сдѣлку съ третьимъ, согласно порученію. Искъ по всякой такой сдѣлкѣ третье лицо могло вчинить и противъ принципала, какъ *actio utilis* или *quasi-institoria*, т. е. *ad exemplum institoriae actionis*<sup>1)</sup>. Съ другой стороны, права, которыя устанавливались прокуратору, принципаль могъ осуществить только по уступкѣ этимъ послѣднимъ иска противъ третьяго лица, т. е. *actione cessa*. Но въ крайнемъ случаѣ, напр., если прокураторъ отказывался уступить искъ или отсутствовалъ, принципалу предоставлено было право прямого обращенія къ третьему лицу съ *actio utilis*<sup>2)</sup>.

Но все это еще не было представительствомъ въ собственномъ смыслѣ слова. Такъ, третье лицо, имѣя право предъявлять искъ прямо къ принципалу, не лишалось возможности обратиться съ искомъ попрежнему къ прокуратору<sup>3)</sup>. Что же касается *actio utilis* принципала, то въ немъ слѣдуетъ видѣть средство осуществленія не собственного требованія принципала, а чужого требованія<sup>4)</sup>, такъ какъ по общему началу римское право не допускало сингулярнаго преемства. Итакъ, права и обязанности, которыя въ разсмотрѣнныхъ случаяхъ могли осуществляться противъ принципала и принципаломъ противъ третьяго лица, устанавливались въ лицѣ прокуратора. Поэтому же на искъ принципала третье лицо могло предъявить возраженія по лицу прокуратора<sup>5)</sup>. Итакъ, прямого представительства въ данныхъ случаяхъ видѣть еще нельзя, хотя въ результатахъ, достигаемыхъ этими исками, легко должно было зародиться сознаніе о непосредственныхъ прямыхъ отношеніяхъ между третьимъ лицомъ и принципаломъ. И дѣйствительно, на разсмотрѣнныхъ смягченіяхъ основного начала римское право не остановилось; а именно, для цѣлыхъ категорій правъ было допущено настоящее прямое представительство. Прежде всего римское право признало представительство въ тѣхъ чисто фактическихъ отношеніяхъ, которыя по своей природѣ легко могли быть устанавливаемы за насъ другими лицами, а между тѣмъ имѣли юридическія послѣдствія<sup>6)</sup>. Путемъ же распространенія

<sup>1)</sup> L. 19 pr.; L. 16 D. 14, 3; L. 13 § 25 D. 19, 1; L. 5, 6 C. 4, 25.

<sup>2)</sup> L. 1, 2 D. 14, 3; L. 1 § 18 D. 14, 1; L. 13 § 25 D. 19, 1; L. 5 D. 46, 5.

<sup>3)</sup> L. 1 § 17; L. 5 § 1 D. 14, 1; L. 7 § 1; L. 13 pr. D. 14, 3.

<sup>4)</sup> См. *Vangerow. Pand.* 2 § 574 p. 114.

<sup>5)</sup> L. 5 pr. D. 14, 4; L. 51 § 1 D. 21, 1.

<sup>6)</sup> *Wächter. Pandekt*, 1 p. 418 n. 6.

отъ этихъ случаевъ были допущены и нѣкоторыя другія изъятія. Итакъ,

а) Допускалось представительство при приобрѣтеніи владѣнія<sup>1)</sup>, а именно: коль скоро представитель, какъ таковой, получалъ господство надъ вещью, принципалу непосредственно устанавливалось владѣніе надъ нею.

б) Въ тѣхъ случаяхъ, когда собственность приобрѣталась черезъ посредство владѣнія (напр., по *traditio*), необходимо применялось предыдущее изъятіе<sup>2)</sup>.

в) При обязательствахъ, которыя устанавливаются черезъ перенесеніе владѣнія и собственности, напр., при займѣ<sup>3)</sup>. Это необходимое распространеніе предыдущихъ изъятій изъ общаго правила, ибо заемъ заключается передачей извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей въ собственность, а ужъ изъ этой передачи возникало обязательство на возвращеніе полученнаго. Такъ представительство въ предоставленіи владѣнія и собственности необходимо вело и къ представительству въ сопровождающихъ эти акты лично обязательственныхъ отношеніяхъ.

Нѣкоторые писатели (*Ihering op. c. p. 275*), выходя изъ общаго основанія только что приведеннаго изъятія, распространяютъ его и на другія правоотношенія, которыя устанавливаются на основаніи *date* съ обязанностью возвратитъ полученное. Такимъ образомъ допускается представительство при ссудѣ (*commodatum*), поклажѣ (*depositum*), залогѣ (*pignus* L. 11 § 6 D. 13, 7; L. 21 D. 20, 1; L. 2 C. 4. 27), при такъ наз. *dationes ob causam* (L. 14 D. 12, 4; L. 47 D. 12, 6), приданомѣ (*dos*) и брачномъ дареніи (*donatio propter nuptias* L. 9 C. 5, 14). Весьма вѣроятно, что такое распространеніе имѣло мѣсто, но прямыми свидѣтельствами источниковъ оно не подтверждается; а нѣкоторыя мѣста (напр., по поводу *pignus* L. 11 § 6 D. 13, 7<sup>4)</sup> и *depositum* L. 6 C. 5, 16) могутъ быть истолкованы даже въ обратномъ смыслѣ (см. *Казанцевъ*, Своб. Представ., стр. 95—99). Къ данному же изъятію должно отнести уплату по чужому долгу<sup>5)</sup>, откуда недалеко было до признанія дѣйствительности и суррогата уплаты, какъ-то *exromissio*<sup>6)</sup>.

г) При приобрѣтеніи наслѣдства. Несомнѣнно, что т. наз. *bonorum possessio*, наслѣдство по преторскому праву, должно

<sup>1)</sup> L. 11 § 6 D. 13, 7; пр. § 5 J. 2, 9; L. 13 D. 41, 1; L. 41 D. 41, 3; L. 1 C. 7, 32.

<sup>2)</sup> L. 20 § 2 D. 41, 1; L. 8 C. 7, 32.

<sup>3)</sup> L. 2 § 4; L. 9 § 8 D. 12, 1; L. 126 § 2 D. 45, 1; L. 2 C. 4, 27.

<sup>4)</sup> L. 2 C. 4, 27 думаютъ относиться къ закладному праву только при договорѣ найма.

<sup>5)</sup> L. 6 C. 4, 5 ср. L. 39 D. 3, 5.

<sup>6)</sup> L. 5 C. 8, 43.

было допускать представительство<sup>1)</sup>, такъ какъ приобрѣтеніе его совершалось чрезъ посредство владѣнія оставленнымъ имуществомъ. Можно предполагать<sup>2)</sup>, что позднѣе это изъятіе было распространено и на прибрѣтеніе цивильнаго наслѣдства, *hereditas*<sup>3)</sup>.

Вотъ всѣ тѣ отклоненія отъ древняго начала, которыя можно признать въ позднѣйшемъ, юстиніановомъ правѣ.

Не составляетъ исключенія изъ правила такъ назыв. *необходимое* представительство (*Puchta Pand. § 274*), т. е. представительство *fili familias* и рабовъ (*Inst. 2, 9 per quas personas nobis acquiritur; Inst. 3, 28 per quas personas nobis obligatio acquiritur; Inst. 4, 7 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur. L. 45 pr. D. 45, 1*). Приобрѣтеніе правъ чрезъ этихъ лицъ обусловливается той основной организаціей римской семьи, по которой личность подчиненныхъ домоладцевъ и несвободныхъ настолько поглощается домовладыкой (*unitas personarum*), что первые рассматриваются простыми имущественными орудіями послѣдняго, такъ что желаніе подобныхъ представителей не имѣло для юридическихъ послѣдствій сдѣлки никакого значенія (*Нерсесовъ cit. стр. 40—42*); всякое установленное ими право безъ вниманія къ ихъ волѣ (§ 1 J. 3, 17) въ силу законной необходимости (*ex lege*) становилось правомъ домовладыки (*Gaj. II. §§ 86—96, 163—167; Ulpian. XIX § 18—21 Paul. Rec. Sent. V. 8; L. 10, 53 D. 41, 1; L. 79 D. 29, 2; § 4 J. 3, 19*); имѣлъ ли въ свою очередь послѣдній какое либо представленіе (§ 3 J. 2, 9) о такомъ прибрѣтеніи или вообще желаніе прибрѣсти (*L. 62 D. 45, 1*)—было безразлично. Поэтому большинство современныхъ цивилистовъ отрицаютъ за данными актами характеръ представительства (см. литературу у *Казанцева. Ученіе о представ.*, стр. 69 — 71). Здѣсь остается только указать на различное положеніе подчиненныхъ дѣтей и рабовъ къ юридическимъ признакамъ сдѣлки. Подчиненные сыновья опредѣляли дѣйствительность сдѣлки своею личною дѣеспособностью; что касается рабовъ, то, какъ существа по общему началу неправоспособныя, они опредѣляли дѣйствительность сдѣлки способностью ихъ господъ (*servus ex persona domini jus stipulandi habet pr. J. 3, 17 и L. 31 pr. D. 28, 5*), но уже рано для нѣкоторыхъ условій сдѣлокъ была сознава необходимость признать въ извѣстной степени личность и самаго раба, напр., *dolus, scientia* во всякомъ случаѣ должны были обсуждаться по лицу раба (*L. 4 § 17 D. 44, 4; L. 51 D. 21, 1*). Мало того, за рабомъ постепенно была вообще признава сознательная воля и дѣеспособность, которыми опредѣлялась дѣйствительность актовъ въ пользу господина. (См. выше, стр. 71, 72).

Пока вопросъ шелъ только о прибрѣтеніи правъ чрезъ подвластныхъ лицъ; обязываться же третьимъ лицамъ чрезъ рабовъ и сыновей по основному рим-

1) L. 3 § 7; L. 15; L. 16 D. 37, 1; L. 48 D. 29, 2.

2) *Windscheid. Pand. 3 § 596 n. 2.*

3) L. 4 C. 6, 30 ср. L. 90 D. 29, 2; L. 54 pr. D. 41, 1.



скому праву было нельзя (L. 57 D. 5, 1; L. 8 § 4 D. 46, 4; L. 133 D. 50, 17). Но позднѣе интересъ самихъ домовладыкъ и чувство справедливости къ третьимъ лицамъ заставили преторовъ признать въ эдиктѣ право контрагентовъ обращаться съ искомъ по сдѣлкамъ съ подвластными къ ихъ домовладыкамъ. Признано это было не общимъ правиломъ, а только при извѣстныхъ условіяхъ заключенія сдѣлки. Такъ находимъ въ эдиктѣ слѣдующіе иски третьихъ лицъ къ домовладыкамъ изъ сдѣлокъ подвластныхъ лицъ: *actio de peculio*, *actio tributoria*, *actio de in rem verso*, *actio quod jussu*, *actio exercitoria* и *actio institoria* (*Baron. Abhandlung, II. Die adjectivischen Klagen 1882*). Первый изъ нихъ, *actio de peculio*, вчинялся въ тѣхъ случаяхъ, когда подвластное лицо обязывалось изъ сдѣлки по пекуліуму. Этимъ искомъ третье лицо могло принудить отца къ выполнению изъ пекуліуму обязательства (L. 21 § 3 D. 15, 1. См. *Mandry. Begriff u. Wesen des Peculiums 1872*). *Actio tributoria* былъ одинъ изъ видовъ *actionis de peculio*; онъ примѣнялся въ тѣхъ случаяхъ, когда подвластному лицу отдѣлялось имущество на веденіе какого либо промышленнаго или торговаго предпріятія и подвластный вступалъ согласно этому назначенію въ обязательство (L. 1 pr. D. 14, 4). *Actio de in rem verso* былъ искъ противъ домовладыки, который обогащался изъ сдѣлокъ подвластнаго съ третьимъ лицомъ (L. 1 pr. D. 15, 3. См. *Löwenfeld. Die selbstständige actio de in rem verso. 1873*). *Actio quod jussu* — искъ противъ господина или отца по обязательству, въ которое вступалъ подвластный согласно волѣ домовладыки (L. 1 pr. D. 15, 4). *Actiones exercitoria* и *institoria* мы уже знаемъ; здѣсь только рѣчь идетъ о первоначальномъ ихъ примѣненіи, когда капитанами кораблей и завѣдующими промышленнымъ предпріятіемъ были исключительно подвластные лица. — Спрашивается: не будетъ ли подобное установленіе иска противъ домовладыки признакомъ прямого и свободнаго представительства? Въ общемъ отвѣтъ долженъ быть отрицательный (напротивъ *Buchka cit. p. 28—38*), такъ какъ данныя обязательства устанавливаются не на имя господъ и иски по нимъ предоставляются прежде всего противъ контрагентовъ, подвластныхъ лицъ, и только къ этимъ искамъ присоединяются иски и противъ домовладыкъ, отчего сами иски эти носятъ названіе исковъ придаточнаго свойства, *actiones adjectivae qualitatis*. Но съ другой стороны, разъ эти иски имѣли мѣсто въ практикѣ, то третьи лица, вступая съ подвластными въ сдѣлку, могли уже имѣть въ виду главнымъ образомъ ихъ принципаловъ, особенно при сдѣлкахъ съ капитаномъ корабля или завѣдующимъ промышленнымъ дѣломъ (см. L. 1 § 9; L. 2, L. 7 D. 14, 1). Поэтому вполне справедливо видѣть въ этихъ искахъ признакъ, хотя бы только неполнаго, представительства, т. е. такого представительства, когда видный актъ заключается на имя самаго контрагента, а въ виду имѣется исковое притязаніе на другое лицо (*Zimmermann. Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, p. 105* и слѣд.).

На основаніи главнымъ образомъ одного мѣста, приписываемаго Модестину, Савиньи (Обязат. право стр. 382—389; System 3 p. 95 и слѣд.) заключилъ, что будто въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ свободное представительство допускалось общимъ правиломъ при всѣхъ неформальныхъ сдѣлкахъ.

Вотъ это мѣсто: *Modestinus lib. XIV ad. Q. Mucium. Ea quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, adquirimus (L. 53 D. 41, 1)*. Въ словахъ этихъ Савиньи видитъ противоположеніе правъ, приобретаемыхъ формальными, цивильными способами, правамъ, приобретаемымъ неформальными, естественными способами. Первые, въ примѣръ которыхъ приведена стипуляція, не могли быть приобретаемы чрезъ представителей; а вторыя, примѣръ — владѣніе, могли быть приобретаемы чрезъ представителя. Но разсуждаетъ далѣе Савиньи, такъ какъ при Юстиніанѣ, за исключеніемъ стипуляціи, почти все способы приобретенія были неформальные, то допустимость представительства въ это время была общимъ правиломъ. — Не останавливаясь на разнообразнѣйшихъ возраженіяхъ этому толкованію (см. *Нерсесовъ*, *cit.* стр. 145 — 150), укажемъ на главнѣйшее недоразумѣніе, вызываемое имъ. Если таковъ смыслъ приведеннаго мѣста, то какъ объяснить рядомъ съ нимъ массу выраженій, поддерживающихъ древнее начало и принятыхъ при Юстиніанѣ въ Пандекты, а еще важнѣе, какъ объяснить мѣста, рѣзко проводящія это начало въ Юстиніановомъ Кодексѣ и Институціяхъ? (*Wächter. Pand. 1 § 83 p. 418*). Поэтому большинство ученыхъ толкуютъ данное мѣсто въ иномъ смыслѣ. Самое распространенное толкованіе принадлежитъ Пухтѣ (*Institut. 2 § 203 p. 309 n.*), по мнѣнію котораго владѣніе приведено въ данномъ мѣстѣ не въ видѣ примѣра, а въ качествѣ единственнаго исключенія изъ начала недопустимости прямого представительства; слова же: «*veluti stipulationem*» вставлены позднѣе комментаторами вмѣсто слова «*mancipationem*» (см. *Vangerow Pand § 108*). — Почти общая оппозиція противъ возрѣнія Савиньи не остановила попытокъ поддержать его. Взгляда Савиньи держатся въ новѣйшее время и другіе писатели (напр., *Hellmann. D. Stellvertretung, p. 49*), доказывающіе массой другихъ выраженій источниковъ, что римляне знали настоящее прямое представительство, какъ при одностороннихъ, такъ и двустороннихъ сдѣлкахъ. Послѣ вышензложеннаго можно только сказать, что мѣста въ родѣ *L. 64 D. 17, 2; L. 63 D. 8, 1* и друг. легко получаютъ совсѣмъ иное толкованіе и поэтому никоимъ образомъ не могутъ быть приводимы въ доказательство прямого представительства (см. *Baron* въ *Kritische. Vierteljahresschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswiss. N. F. B. 5 p. 42 — 48; Oeyhlarc* въ *Zeitschr. f. d. Privat. u. öffentl. Recht. B. 9 II. IV p. 778, 779*).

Въ числѣ юридическихъ сдѣлокъ имѣется одна сдѣлка такой общей природы, стоящая въ связи съ такой массой различныхъ отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ, что настоящее мѣсто ея изложенія въ общей части. Это — дареніе.

## Дареніе (donatio).

*Источники:* Inst. 2, 7 de donationibus; Dig. 39, 5 de donationibus; Cod. 8, 54 de donationibus.

*Пособія:* *Meyerfeld.* Die Lehre von den Schenkungen nach röm. Recht. Marburg 1835—1837 (неоконченное); *Savigny.* System des heutigen römischen Rechts Bd. IV; *Michaux.* Traité pratique des donations. Paris 1873; *Умовъ.* Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права. Москва 1876.

*Понятіе даренія.*— Подъ словомъ дареніе, donatio, слѣдуетъ понимать двѣ категоріи случаевъ, носящихъ одинъ общій характеръ благодѣянія, liberalitas и munificentia. Въ наукѣ обыкновенно различаютъ по признакамъ этой liberalitas: а) дареніе въ обширномъ смыслѣ слова и б) дареніе въ тѣсномъ, техническомъ смыслѣ его.

а) Подъ дареніемъ въ обширномъ смыслѣ разумѣется всякое свободное и безвозмездное предоставленіе другому имущественной выгоды. Такъ отказъ (legatum) и назначеніе наследникомъ (institutio heredis) будутъ дареніемъ въ обширномъ смыслѣ<sup>1)</sup>. Такое дареніе не имѣетъ самостоятельной правовой теоріи, ибо юридическія отношенія въ данныхъ случаяхъ не зависятъ отъ самаго даренія, а отъ той сдѣлки (легата, назначеніе наследникомъ), въ которой оно выражается.

б) Подъ дареніемъ въ тѣсномъ смыслѣ разумѣется такое намѣренное и безвозмездное предоставленіе имущественной выгоды, такая имущественная liberalitas, которая сопровождается уменьшеніемъ имущества лица, ее предоставляющаго (даритель — donator) — съ одной стороны и увеличеніемъ имущества лица, ее получающаго (одаренный — is cui donatum est) — съ другой стороны. Дареніе въ этомъ смыслѣ имѣетъ свою правовую теорію, обуславливаетъ какъ таковое самостоятельно отъ сдѣлокъ, служащихъ ему титуломъ (causa), юридическія послѣдствія. — Поэтому въ послѣднемъ смыслѣ и будемъ разсматривать ученіе о дареніи.

*Признаки даренія.* Изъ даннаго опредѣленія видно, что признаками всякаго даренія будутъ: а) намѣреніе одарить, б) свободное къ тому опредѣленіе воли, в) безвозмездность,

<sup>1)</sup> L. 5 § 13, 14 D. 24, 1; L. 36 D. 31 (II).

г) уменьшение имущества дарителя и д) увеличение имущества одаряемого.

Иерингъ въ блестящемъ своемъ трудѣ «Цѣль въ правѣ» (т. I глав. 4 и 7), выводя понятіе даренія изъ общественно-этическихъ цѣлей, различаетъ въ немъ слѣдующіе два признака: а) цѣль принести жертву безъ принужденія (Zwang) и награды (Lohn), и б) наличность имущественной жертвы, переходъ имущества отъ одного лица къ другому.—Тутъ заключаются всѣ нами перечисленные признаки, только послѣдніе мы выводимъ не изъ общественнаго значенія права, а изъ анализа установленнаго уже института.

б) *Намѣреніе одарить, animus donandi*. Для понятія даренія необходимо, чтобы предоставленіе имущественной выгоды другому совершалось непременно съ намѣреніемъ облагодѣтельствовать послѣдняго: *dat aliquis... propter nullam aliam causam ut munificentiam et liberalitatem exerceat, haec donatio appellatur*<sup>1)</sup>. Поэтому не будетъ дареніемъ, напр., соглашеніе съ цѣлью избѣжать процесса, продажа вещи по необходимости или по незнанію, за цѣну низшую ея стоимости, оставленіе на произволь (derelictio) вещи, которою потомъ овладѣваетъ кто либо и т. п.<sup>2)</sup>.

б) *Намѣреніе одарить должно быть результатомъ свободнаго къ тому опредѣленія воли*. *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*<sup>3)</sup>. Не будетъ дареніемъ, если предоставляющій имущественную выгоду обязуется къ тому правомъ, напр., дѣлаетъ арендатору обязательную скидку съ арендной платы (*remissio mercedis*) или уплачиваетъ по естественному обязательству, и т. п. Но будетъ настоящимъ дареніемъ по разнымъ нравственнымъ обязанностямъ, напр.: по родству, дружбѣ, а также дареніе изъ чувства благодарности, т. наз. *donatio remuneratoria*<sup>4)</sup>. Коль скоро безвозмездное предоставленіе имущественной выгоды съ цѣлью оказать *liberalitas* совершается добровольно, хотя бы и по нравственному побужденію, но безъ принудительной связи между дѣяніемъ дарителя и услугой одаряемаго, то мы имѣемъ настоящее дареніе<sup>5)</sup>. Другое дѣло, если предоставленіе имущественной выгоды совершается не *animo donandi*, а *animo solvendi*, съ намѣреніемъ

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 39, 5.

<sup>2)</sup> *Savigny* cit. § 152.

<sup>3)</sup> L. 29 pr. D. 39, 5; L. 82 D. 50, 17.

<sup>4)</sup> L. 10 § 18; L. 12 D. 17, 1; L. 25 § 11 D. 5, 3. *Harburger*. D. remuner. Schenkung. 1875.

<sup>5)</sup> См. L. 65 § 2 D. 12, 6 ср. L. 3 § 7 D. 12, 4.

простого расчета за оказанную услугу <sup>1)</sup>. Поэтому же и такъ называемое *donatio reciproca* будетъ также настоящимъ дареніемъ, когда оно совершается изъ благодарности за раньше полученный даръ, но безъ всякой принудительной связи <sup>2)</sup>. Тутъ будемъ имѣть два совершенно самостоятельныхъ даренія.

По поводу *donatio remuneratoria* въ наукѣ до новѣйшаго времени не пришли къ согласію. По господствующему воззрѣнію (*Meyerfeld. cit. I § 19; Savigny cit. § 153; Unger. Oesterr. Privatr. § 99*) въ немъ видятъ настоящее дареніе. Другіе же ученые вовсе не признаютъ въ немъ даренія. Наконецъ, третьи только въ нѣкоторыхъ случаяхъ видятъ настоящее дареніе, а въ другихъ—простую возмездную сдѣлку (напр., *Michaux cit. p. 379* и слѣд.; *Molitor. Obligat. p. 348*). Первое мнѣніе слѣдуетъ признать уже потому, что оно, по всѣмъ вѣроятіямъ, было мнѣніемъ и римскихъ юристовъ, прилагавшихъ къ *donatio remuner.* общія начала о дареніи. Толкованіе спорныхъ мѣстъ см. у Савиньи I. с.—Кромѣ того, такой мотивъ, какъ благодарность, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ можетъ быть и вовсе неуловимымъ (*Molitor. Obligations II p. 350*).

в) *Предоставленіе имущественной выгоды должно быть безвозмезднымъ*. Не будетъ дареніемъ *dare ob causam, ob rem, ut alium obliget*. Для даренія необходимо, чтобы имущественное приобрѣтеніе совершалось *ex lucrativa causa*. Полученіе же эквивалента исключаетъ понятіе благодаренія. Не будутъ дареніями *datationes* какъ по поводу *causa praesens* (купля, мѣна и др.), такъ и *causa futura* (заемъ, приданое и др.). Но иногда для даренія избирается только форма *negotii onerosi*, какъ, напр., уплата завѣдомо недолжнаго, и тогда, разумѣется, имѣемъ дѣло съ настоящимъ дареніемъ (значеніе *negotii simulati*) <sup>3)</sup>. Кромѣ того, могутъ быть сдѣлки, смѣшанныя съ дареніемъ (*negotium mixtum cum donatione*), какъ, напр., продажа вещи за низкую цѣну съ цѣлью предоставить покупателю выгоду <sup>4)</sup>. Сюда же относится и такъ наз. *donatio sub modo* <sup>5)</sup>, т. е. дареніе съ уговоромъ произвести изъ даннаго имущества опредѣленныя затраты <sup>6)</sup>. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ имѣемъ дѣло съ дареніемъ <sup>7)</sup>, но, конечно, на ту только часть предо-

<sup>1)</sup> *Unger. Syst. d. oesterr. allg. Privatrechts § 99 n. 14.*

<sup>2)</sup> *Unger. cit. § 99 n. 21; Meyerfeld. cit. p. 371.*

<sup>3)</sup> *L. 32 § 25 D. 24, 1; L. 36, 38 D 18, 1; L. 3, 9 C. 4, 38.*

<sup>4)</sup> *L. 5 § 5; L. 32 § 26 D. 24. 1.*

<sup>5)</sup> *Cod. de donationibus quae sub modo conficiuntur 8, 55.*

<sup>6)</sup> *L. 1 § 2, 3, 9, 22 C. 8, 55; L. 3 C. 4, 38; L. 8 C. 4, 64. L. 2 § 7 D. 39, 5; L. 71 pr. D. 35, 1. L. 13 § 2; L. 14 D. 24, 1; L. 36 § 2 C. 8, 54.*

<sup>7)</sup> *L. 5 § 2 D. 24, 1.*

ставляемаго имущества, которая останется отъ разницы между платой и стоимостью, отъ выполненія *modus'a*. Будетъ выполненіе *modus'a* исчерпывать все имущество, то о дареніи не можетъ быть рѣчи.

2) *Уменьшеніе имущества дарителя*. Необходимымъ признакомъ всякаго даренія будетъ уменьшеніе имущества дарителя: *non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur*<sup>1)</sup>. Это уменьшеніе слѣдуетъ понимать не только въ смыслѣ выдѣленія одаряемому части наличнаго имущества дарителя, но и въ смыслѣ всякаго отказа отъ имущественной прибыли въ пользу одаряемаго<sup>2)</sup>. Такъ, дарственными сдѣлками будутъ, между прочимъ, сдѣлки, которыми предоставляется безвозмездное пользованіе домомъ (*habitatio*), договоръ ссуды, безпроцентный заемъ, прекаріумъ, безвозмездное совершеніе услугъ, извѣстныхъ подъ именемъ *operæ fabriles* и т. д. Однимъ словомъ, во всѣхъ случаяхъ, когда лицо добровольно теряетъ возможную выгоду въ пользу другого, хотя бы и не уменьшая наличнаго своего имущества, мы имѣемъ дѣло съ дареніемъ. Но простое опущеніе сдѣлать своему имуществу приращеніе, хотя бы это опущеніе послужило въ пользу другого, по римскому праву не считалось за дареніе: *qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare*<sup>3)</sup>. Поэтому, напр., не будетъ дареніемъ отказъ отъ наслѣдства, или легата, вслѣдствіе какового отказа наслѣдство или легатъ получаетъ другое лицо<sup>4)</sup>.

Въ литературѣ далеко не согласны въ томъ, какъ понимать признакъ уменьшенія имущества даренія. Есть мнѣніе (напр., см. *Unger. Oesterr. Privatr.* 2 § 95 п. 12), что уменьшеніе всегда должно касаться объема наличнаго имущества дарителя. Но такое ограниченіе невѣрно уже потому, что сами римскіе юристы признавали дареніе въ случаяхъ т. наз. *habitatio* (L. 9 pr. D. 39, 5). Савиньи (*System* 4 р. 35, 49) объясняетъ это исключительное постановленіе тѣмъ, что тутъ сама вещь содержитъ въ себѣ продуктивную силу, подготовляющую ей владѣльцу новую прибыль, которой онъ и лишается безвозмезднымъ предоставленіемъ пользованія. Но поэтому-же другіе ученые (напр., *Heimbach* въ *Rechtslex.* 9 р. 647 п. 25) совершенно логично выводили такое общее начало: всякое дѣйствіе или отдача вещи въ пользованіе, которыя могутъ служить по своей природѣ къ приобрѣтенію денегъ, при без-

1) L. 31 § 7 D. 24, 1.

2) См. *Умовъ cit.* стр. 55—72; *Азаревичъ. Прекаріумъ 1877*, стр. 39—48.

3) L. 28 pr. D. 50, 16; L. 5 § 13 D. 24, 1.

4) L. 5 §§ 13, 14 D. 24, 1.

возмездности должны рассматриваться какъ дареніе. Объектомъ такого даренія будетъ возможный имущественно-производительный результатъ дѣйствія или пользованія вещью, насколько то опредѣляется экономическимъ отношеніемъ спроса и предложенія. Дѣйствительно, источники нерѣдко говорятъ, напр., о дареніи пользованія: L. 22, 28 D. 23, 5; L. 9 pr. D. 39, 5 и особенно L. 9 § 1 D. 39, 5... *non fundum, sed fructus percceptionem tibi donem...* О выраженіяхъ, съ перваго взгляда противорѣчащихъ этому (въ особенности L. 1 § 2 D. 43, 26), см. *мой трудъ*: Прекаріумъ стр. 44—48.

д) *Увеличеніе имущества одаряемаго*. Необходимымъ признакомъ даренія будетъ увеличеніе имущества одаряемаго, чтобы онъ сдѣлался *locupletior*<sup>1)</sup>. Поэтому не будутъ дареніемъ такіе акты, которые хотя и выражаютъ въ извѣстной степени имущественное самопожертвованіе, но не ведутъ къ обогащенію другого лица<sup>2)</sup>. Такъ, не будетъ дареніемъ предоставленіе поручительства или залога за чужой долгъ<sup>3)</sup>. Не будетъ тутъ даренія по отношенію къ кредитору. Хотя объемъ имущества поручителя измѣняется, — онъ принимаетъ на себя обязанность, — но объемъ имущества кредитора остается прежній, у него не является двухъ требованій, онъ не можетъ получить и съ должника, и съ поручителя, а только съ одного изъ нихъ. При залогѣ кредиторъ получаетъ право, въ случаѣ неуплаты должникомъ, обратить взысканіе на заложенную вещь, но размѣръ этого взысканія опредѣляется величиною долга; значитъ залогъ не увеличиваетъ самаго требованія. Дѣло не измѣняется и при несостоятельности должника, такъ какъ уплата долга со стороны поручителя лишаетъ кредитора права требованія къ должнику. Не будетъ поручительство и залогъ по чужому долгу дареніемъ по отношенію къ самому должнику, такъ какъ поручитель и залогодатель въ моментъ уплаты чужого долга получаютъ право требованія къ должнику, становятся его кредиторами и остаются ими даже при несостоятельности должника, котораго имущество, значитъ, отъ поручительства и залога не увеличивается. Нельзя видѣть даренія и въ отказѣ кредитора отъ поручительства и залога, такъ какъ подобный отказъ не производитъ никакого измѣненія въ имуществѣ кредитора, поручителя и залогодателя. Не будетъ даренія и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лицу предоставляется имущество для передачи его другому; имущество такого лица нисколько

<sup>1)</sup> L. 5, § 8 D. 24, 1.

<sup>2)</sup> См. *Savigny cit.* § 149; *Molitor. Obligations* 2 p. 306.

<sup>3)</sup> L. 1 § 19 D. 38, 5; L. 18 D. 42, 8.

не увеличивается; къ тому же, дающій вещь для передачи и не имѣетъ намѣренія одарить его, хотя можетъ имѣть намѣреніе одарить кого нибудь другого (*donatio per interpositam personam*).

Мы разсмотрѣли всѣ необходимые признаки даренія. Иногда къ нимъ прибавляютъ еще

е) *Согласіе одаряемаго*. Въ понятіе даренія по римскому праву не входило однимъ изъ необходимыхъ его признаковъ согласіе лица одаряемаго. Поэтому будетъ вполнѣ дѣйствительно дареніе, на примѣръ, въ формѣ принятія на себя чужого долга<sup>1)</sup> или уплаты чужого долга<sup>2)</sup> безъ согласія и вѣдѣнія должника. Изъ этого слѣдуетъ, что дареніе можетъ быть и не договоромъ; дареніе не требуетъ необходимаго соглашенія воли.

Нами принято воззрѣніе, котораго первыми и главными представителями были Мейерфельдъ (*cit. p. 37 и слѣд.*) и Савиньи (*cit. § 160*). Но весьма многіе писатели (напр., *Puchta. Inst. II § 205 p.*; *Windscheid Pand. § 365 и 5*) держатся того воззрѣнія, что дареніе для своей дѣйствительности требуетъ согласія одаряемаго. Въ источникахъ дѣйствительно имѣются такіа выраженія, изъ которыхъ съ перваго взгляда можно сдѣлать тотъ выводъ (см. *Умовъ cit. стр. 119*), что дареніе немислимо безъ акцепта (*Cic. Top. c. 8 in f.*). Но по вѣрному замѣчанію Савиньи, такіа выраженія имѣютъ лишь тотъ смыслъ, что дареніе не можетъ получить силы только *противъ* воли одаряемаго, какъ это ясно слѣдуетъ изъ такихъ словъ: *non potest liberalitas nolenti acquiri* (L. 19 § 2 D. 39, 5); *invito beneficium non datur* (L. 69 D. 50, 17, L. 16 C. 6, 30). Съ другой же стороны, устраненіе примѣровъ дѣйствительнаго даренія безъ акцепта со стороны одаряемаго основано на весьма неубѣдительныхъ разсужденіяхъ (см. у *Умова cit. стр. 121, 122*).

Разсмотрѣвъ признаки даренія, скажемъ объ его предметѣ.

*Предметъ даренія* можетъ быть самый разнообразный, такъ какъ дареніемъ можно произвести измѣненіе во всѣхъ родахъ имущественныхъ правъ. Различіе предметовъ обусловливаетъ различіе и способовъ обогащенія чрезъ посредство даренія. Выходя изъ послѣднихъ, дареніе можно свести къ слѣдующимъ тремъ разрядамъ: а) дареніе, состоящее *in dando*<sup>3)</sup>; б) дареніе, состоящее *in promittendo* или *obligando*<sup>4)</sup> и в) дареніе, состоящее *in liberando*<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 8 D. 46, 2; L. 91 D. 46, 3.

<sup>2)</sup> L. 23 D. 46, 3.

<sup>3)</sup> § 40 I. 2, 1; L. 4, 6, 9, 10, 27 D. 39, 5; L. 12 § 2; L. 38, 40 D. 7, 1.

<sup>4)</sup> § 2 J. 2, 7; L. 35 § 5 C. 8, 54. L. 12, 22, 23 D. 39, 5. — L. 2 § 1; L. 21 § 4; L. 33 § 3 D. 39, 5; L. 2, 3, 11 C. 8, 54.

<sup>5)</sup> L. 17, 21 pr. L. 33 § 3 D. 39, 5; L. 1 D. 2, 15; — L. 7 § 7; L. 50 pr. D. 24, 1; L. 12 C. 2, 19.



О первомъ говорится тогда, когда одаряемому непосредственно самимъ актомъ даренія устанавливается извѣстное право на вещь, напр., переносится право собственности, владѣнія, пользованія, сервитутное право и т. д.

Второй случай даренія имѣется тогда, когда даритель обогащаетъ одаряемаго тѣмъ, что предоставляетъ ему право требованія съ него, дарителя, принявъ на себя обязательство. Это такъ наз. обѣщаніе подарить. Въ *donatio in obligando* дареніе составляетъ самое обѣщаніе, а не исполненіе его, такъ какъ только оно и увеличиваетъ имущество одареннаго и уменьшаетъ имущество дарителя, предоставляя одному право требованія и возлагая на другого обязанность его исполнить; исполненіе же обѣщанія не болѣе, какъ простое исполненіе долга.

Третій случай даренія имѣемъ тогда, когда даритель обогащаетъ одаряемаго тѣмъ, что освобождаетъ его отъ извѣстнаго обязательства къ себѣ или отъ извѣстныхъ ограниченій его правъ, установленныхъ въ интересѣ дарителя. Такъ, даритель можетъ обогатить своего должника по долговому обязательству, отказавшись *cum animo donandi* отъ своего права требованія. Отказъ съ тою же цѣлью отъ безвозмезднаго сервитутнаго права будетъ также дареніемъ собственнику обремененной сервитутомъ вещи<sup>1)</sup>. И т. д.

Дареніе можетъ имѣть своимъ объектомъ не только опредѣленныя вещи или опредѣленныя права, но и все имущество или часть его (напр., *dimidia pars*). Это такъ наз. *donatio universalis*. *Donatio universalis*, если оно даже будетъ *donatio omnium bonorum*, не устанавливаетъ общаго преемства въ правахъ, *successio per universitatem*<sup>2)</sup>. Здѣсь каждая вещь, каждое право составляетъ самостоятельный предметъ даренія<sup>3)</sup>, почему при *d. univ.* непременно должно было переименовать всѣ предметы даренія. Даритель попрежнему остается отвѣтственнымъ передъ кредиторами по старымъ своимъ обязательствамъ.

На основаніи рассмотрѣнныхъ признаковъ и предмета даренія можно теперь опредѣлить:

*Юридическую сущность даренія и мѣсто его въ системѣ права.* Разъ, какъ мы видѣли, дареніе можетъ выражаться и

<sup>1)</sup> *Unger. Syst. oesterr. Privatr. II § 95 n. 36.*

<sup>2)</sup> *Meyerfeld cit. II p. 1.*

<sup>3)</sup> См. *L. 11, 22, 34, § 4 C. 8, 54; L. 8 C. 8, 56; L. 28 D. 39, 5; L. 37 § 3 D. 30; L. 17 § 1 D. 42, 8; Fragm. Vat. § 268.*

не въ формѣ соглашенія воли, каковымъ соглашеніемъ характеризуется понятіе договора, то нельзя считать дареніе за договоръ и отводить ему мѣсто между договорами. Кромѣ того, по даренію, какъ показано, могутъ устанавливаться самыя разнообразныя права (вещныя и обязательственныя, какъ, на примѣръ, при обѣщаніи подарить) и притомъ безъ явной, опредѣленной связи съ какимъ либо институтомъ гражданскаго права, подобно, напр., приданому, куплѣ-продажѣ. Поэтому правильно видѣть въ дареніи такую сдѣлку общаго характера, которая можетъ принимать въ себя признаки самыхъ разнообразныхъ сдѣлокъ и устанавливать самыя разнообразныя правоотношенія. Этимъ опредѣляется и мѣсто даренія въ системѣ гражданскаго права, а именно въ общей его части, въ раздѣлѣ о приобрѣтеніи гражданскихъ правъ.

Вопросъ объ юридической сущности даренія и его мѣстѣ въ системѣ гражданскаго права одинъ изъ самыхъ спорныхъ въ наукѣ. Большинство современныхъ ученыхъ дѣлятся на два лагеря. Тѣ, которые держатся признака соглашенія въ каждомъ дареніи, видятъ въ немъ договоръ и потому помещаютъ его въ обязательственномъ правѣ, въ отдѣлѣ о договорахъ. Другіе высказываютъ взглядъ, принятый въ текстѣ. Въ прежнее же время многіе держались взгляда Юстиніана, помѣстившаго дареніе между способами приобрѣтенія права собственности (*Inst. de donat.* 2, 7); въ дареніи видѣли только способъ безвозмезднаго приобрѣтенія права собственности и отводили ему мѣсто среди вещныхъ правъ. Правда, по даренію, весьма часто переносится право собственности, но даже и въ этихъ случаяхъ оно служитъ только *justa causa* для традиціи, подобно куплѣ-продажѣ и множеству другихъ сдѣлокъ (*Savigny cit.* § 142). Но кромѣ того, по даренію могутъ быть переносимы, помимо собственности, и многія другія права (напр., право на чужую вещь), можетъ производиться освобожденіе отъ долга (*liberatio*); значитъ *donatio* не будетъ всегда *datio* (*Unger. Syst. d. österr. allg. Privatr.* p. 201). — Съ другой стороны, нельзя относить даренія и къ обязательствамъ (см., напр., *Windscheid. Pandekt* 2, p. 348 n. 18. За нимъ и *Умовъ cit.* стр. 132, 133) прежде всего уже потому, что признакъ соглашенія не существенъ, какъ указано выше, а кромѣ того, отношеніе, устанавливаемое дареніемъ, во многихъ случаяхъ не будетъ носить обязательственнаго характера. Необходимо обязательственное отношеніе устанавливается только въ дареніи, совершенномъ чрезъ обѣщаніе подарить. Но изъ даренія, переносащаго, напр., право собственности, обязательственнаго отношенія никоимъ образомъ не получится. — Оба упомянутыя воззрѣнія слишкомъ односторонни и исключительны (*Meyerfeld. cit.* p. 86, 87). Поэтому правильно видѣть въ дареніи *negotium* такого общаго характера, который можетъ выражаться въ самыхъ разнообразныхъ формахъ юридическихъ сдѣлокъ (въ формѣ традиціи, въ видѣ установленія и уступки обязательства, уплаты долга и т. п.) и устанавливать самаго разно-

образнаго характера права; а поэтому и мѣсто даренію можно отвѣсти только въ общей части. Со времянь Пухты (Institut. p. 29; System § 68), такой взглядъ можно считать господствующимъ въ литературѣ (его держатся: Савиньи, Келлеръ, Синтенисъ, Арндсъ, Вангеровъ, Унгеръ и др.). Довольно сильное возраженіе противъ этого воззрѣнія находимъ въ слѣдующихъ разсужденіяхъ Виндшейда (Pandekt. 2 § 117 п. 18). По поводу общаго характера даренія онъ указываетъ на институтъ такого же общаго характера, а именно приданое, которое можетъ устанавливаться въ самыхъ разнообразныхъ сдѣлкахъ, а тѣмъ не менѣе никто не думаетъ выносить его изъ семейнаго права въ общую часть. Затѣмъ еще купля-продажа — несомнѣнно обязательственная сдѣлка, а между тѣмъ послѣдствіемъ ея можетъ быть установленіе самыхъ разнообразныхъ правъ, такъ какъ можно продавать не только вещи, но и права на чужую вещь, обязательственныя права и т. п. — На это можно отвѣтить слѣдующее. Приданое по своимъ специальнымъ цѣлямъ, — какъ бы разнообразны ни были сдѣлки, которыми эти цѣли осуществляются, — тѣсно связано съ опредѣленнымъ отдѣломъ гражданскаго права, тогда какъ дареніе не имѣетъ такого спеціальнаго признака, по которому его можно было бы приурочить къ опредѣленному отдѣлу права. Затѣмъ, если купля-продажа и можетъ вести къ установленію разнообразныхъ правъ, то лишь посредственно; непосредственно же она устанавливаетъ только обязательство. Дареніемъ же въ одномъ случаѣ можетъ непосредственно установиться обязательственное отношеніе (обѣщаніе подарить), въ другомъ — прямо вещное право (передача вещи *cum animo donandi*). — Мы не упоминаемъ о многихъ другихъ попыткахъ прежняго времени болѣе или менѣе своеобразно опредѣлить сущность даренія (см. у *Meyerfeld. cit. p. 87—89*), а также и тѣхъ послѣднихъ попыткахъ конструировать дареніе, которыя выходили изъ переработки всей принятой теперь системы гражданскаго права. Къ числу послѣднихъ относятся, напр., попытки *Мейерфельда* (*cit. p. 89—92*) и особенно надѣлавшаго шумъ *Нейнера* (*Neuner. Wesen und Arten der Privatrechtsverhältn. § 14, p. 101—104*).

*Установленіе даренія.* Изъ сказаннаго объ юридической сущности даренія и его предметѣ слѣдуетъ, что устанавливаться дареніе можетъ сдѣлками самаго разнообразнаго рода. Такъ, для дарственнаго установленія права собственности на вещь необходимо *traditio*, для обѣщанія подарить — формальное (*stipulatio*) или неформальное (*actum*)<sup>1)</sup>, соглашеніе, для дарственнаго освобожденія отъ долга — формальное признаніе долга погашеннымъ (*assertilatio*) или принятіе на себя чужаго долга (*expromissio*). Это только примѣры сдѣлокъ, съ очевидностью обусловленныхъ предметомъ даренія; но дареніе, согласно предмету, можетъ быть установлено и всякими другими юридиче-

<sup>1)</sup> L. 35 § 5 C. 8, 54; § 2 J. § 2, 7.

скими путями<sup>1)</sup>, лишь бы только всѣ необходимые признаки его были на лицо и даритель имѣлъ право на безвозмездное отчужденіе своего имущества<sup>2)</sup>. Поэтому настоящимъ дареніемъ будетъ лишь дареніе, установленное сдѣлкой *inter vivos*, *donatio inter vivos*, и не будетъ имъ т. н. дареніе на случай смерти, *mortis causa donatio*<sup>3)</sup>, т. е. дареніе, котораго выполненіе поставлено въ зависимость отъ смерти дарителя, такъ что если даритель переживетъ одаряемаго, то даръ считается не осуществившимся. По сходству признаковъ такого даренія съ отказами, разсмотрѣніе его чаще всего относятъ къ наследственному праву. Отъ *donationes mortis causa* слѣдуетъ строго отличать тѣ случаи чистаго даренія *inter vivos*, когда прибавленное къ нему условіе (суспензивное или резолютивное) выполняется по смерти дарителя<sup>4)</sup>.

Считать ли *donatio mortis causa* за дареніе или за одну изъ формъ отказа,—вопросъ въ литературѣ весьма спорный. Разсмотрѣніе его мы относимъ къ отдѣлу о легатахъ.

Въ римскомъ ученіи о дареніи были нѣкоторыя запрещенія и предписаніе формъ, несоблюденіе которыхъ дѣлало установленіе даренія недѣйствительнымъ. Къ первымъ относится дареніе между супругами, ко вторымъ—требованіе т. наз. *insinuatio*.

*Даренія между супругами*<sup>5)</sup>. Дареніе между лицами, состоявшими въ бракѣ дѣйствительномъ, по римскимъ законамъ<sup>6)</sup>, запрещалось въ томъ смыслѣ, что супругъ-даритель имѣлъ право востребовать (*vindicatio*) подаренную вещь или (*condictione sine causa, ex injusta causa*) ея стоимость (когда вещь отчуждена, а цѣна полученная на лицо), или (*utili vindicatione*) предметъ, купленный на подаренныя деньги; могъ, наконецъ, произвести зачетъ полученнаго дара. Запрещеніе это касалось супруговъ только на время существованія брака и не примѣнялось къ дареніямъ, совершаемымъ до и послѣ брака. Такъ, римское право знало цѣлый институтъ добрачнаго даренія,

1) См., напр., L. 10 D. 39, 5; L. 6, 28 C. 8, 54.

2) Arg. L. 35 § 2 D. 39, 5; L. 16 C. 8, 54.

3) Pr. § 1 J. 2, 7; Dig. 39, 6 de mortis causa donationibus et capionibus Cod. 8, 57 de mortis causa donationibus.

4) L. 27; L. 35 § 2 D. 39, 6.

5) Dig. 24, 1 de donationibus inter virum et uxorem; Cod. 5, 16 de donationibus inter virum et uxorem etc.

6) L. 3 § 1 D. 24, 1.

donatio ante nuptias, позднѣе donatio propter nuptias<sup>1)</sup>. При этомъ однако дареніе, совершенное до брака, но осуществимое уже во время брака, подпадало данному запрещенію. Наоборотъ, дареніе, совершенное во время брака, но осуществляющееся уже послѣ брака, было вполне дозволено, какъ-то donatio mortis causa. Со времени сенатусконсульта 206 года по Р. Х. (предложеніе сдѣлано было импер. Северомъ и Каракаллою, отчего носить названіе oratio Severi, oratio Antonini<sup>2)</sup> послѣ смерти супруга-дарителя, — раньше или одновременно съ супругомъ одареннымъ, — не потребовавшего при жизни возвращенія дара, послѣдній разсматривался какъ donatio mortis causa и поэтому считался съ самаго установленія<sup>3)</sup> въ полной дѣйствительности<sup>4)</sup>. — Основаніемъ къ такому запрещенію дареній между супругами, по словамъ источниковъ<sup>5)</sup>, служило намѣреніе предупредить взаимное обирание супруговъ во имя любви. Свободный римскій разводъ могъ послужить къ такому постановленію однимъ изъ сильнѣйшихъ поводовъ, что доказывается исключеніемъ, сдѣланнымъ, для donatio mortis causa<sup>6)</sup>. — По этому-же основанію запрещалось дареніе не только между супругами, но и даренія одного супруга родственникамъ другого, а именно patrifamilias послѣдняго, всѣмъ находящимся подъ одною отцовскою властью съ нимъ, не могла дарить мать своему сыну<sup>7)</sup>, т. к. косвенно это вело бы къ одаренію мужа въ формѣ увуфрукта<sup>8)</sup>.

Изъ запрещенія чистыхъ дареній между супругами допускались слѣдующія исключенія:

- 1) Дареніе между императоромъ и императрицей<sup>9)</sup>.
- 2) Дареніе на поправку зданій<sup>10)</sup> (ne urbs ruinis deformatur).
- 3) Дареніе въ случаѣ присужденія одного изъ супруговъ къ deportatio<sup>11)</sup>.

<sup>1)</sup> Cod. 5, 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis.

<sup>2)</sup> L. 23; L. 32 pr. D. 24, 1. См. объ этомъ sc-tum у Savigny cit. § 163.

<sup>3)</sup> L. 32 §§ 1, 8. D. 24, 1; L. 25. C. 5, 16.

<sup>4)</sup> L. 32 §§ 2—4, 5, 14, 15. D. 24, 1; L. 8. D. 34, 5; L. 26. D. 39, 6; L. 12; L. 15; L. 18, C. 5, 16.

<sup>5)</sup> L. 1; L. 3 pr. D. 24, 1.

<sup>6)</sup> Michaux cit. p. 340.

<sup>7)</sup> L. 3 § 2—8; L. 26 § 1; L. 32 § 16—21; L. 53 pr.; L. 60 pr. D. 24, 1; L. 4, 5. C. 5, 16.

<sup>8)</sup> Savigny cit. § 162 n. o.

<sup>9)</sup> L. 26 C. 5, 16.

<sup>10)</sup> L. 14. D. 24, 1.

<sup>11)</sup> L. 13 § 1 D. 24, 1.

4) Дареніе раба *manumissionis causa*—съ обязанности отпустить его на волю<sup>1)</sup>).

5) Дареніе жены мужу съ цѣлью доставить ему возможность получить почетное званіе<sup>2)</sup>, напр., сенатора и всадника.

6) Дареніе жены мужу для устройства общественныхъ увеселеній<sup>3)</sup>, которыя лежали на обязанности нѣкоторыхъ высшихъ магистратовъ.

7) Дареніе мужемъ женѣ необходимыхъ средствъ къ жизни<sup>4)</sup> или вообще такія даренія, которыя состояли въ предоставленіи однимъ супругомъ другому пользованія его вещами (наприм., одеждой, рабами) или его личными услугами<sup>5)</sup>).

8) Наконецъ, были дѣйствительны даренія небольшой стоимости, которыя дѣлалъ одинъ супругъ другому по поводу различныхъ торжественныхъ случаевъ, напр., дня рожденія<sup>6)</sup>).

*Insinuatio*. Въ юстиніановомъ правѣ для всѣхъ крупныхъ дареній предписана была т. наз. инсинуація (*insinuatio*), состоящая въ заявленіи и занесеніи въ протоколъ предъ определеннымъ должностнымъ лицомъ (въ столицѣ такимъ былъ *magister census*, въ остальныхъ мѣстахъ—другіе магистры). Крупными дареніями, требующими инсинуаціи, сперва (съ 529 г.) считались даренія<sup>7)</sup>, превышающія 300, а позднѣе (съ 531 г.) 500 солидовъ<sup>8)</sup>. Если дарились не деньги, то производилась оцѣнка даримому въ судебномъ мѣстѣ. При вычисленіи суммы даренія въ расчетъ принимается только одно настоящее дареніе; нѣсколько дареній, сдѣланныхъ одному лицу въ разное время<sup>9)</sup>, тѣмъ болѣе нѣсколько дареній нѣсколькимъ лицамъ<sup>10)</sup> никогда не слагаются. При дареніи плодоносящей вещи въ оцѣнку не входятъ будущіе плоды и доходы съ нея<sup>11)</sup>. При пожизненномъ вещномъ пользованіи чужою вещью (*узупруктъ*) стоимость даренія опредѣляется вѣроятною продолжительностью жизни пользователя<sup>12)</sup>. При обѣщаніи производить срочные пла-

<sup>1)</sup> L. 7 § 9 D. 24, 1.

<sup>2)</sup> L. 40—42 D. 24, 1; L. 21 C. 5, 16.

<sup>3)</sup> L. 42 D. 24, 1.

<sup>4)</sup> L. 21 pr. D. 24, 1.

<sup>5)</sup> L. 18; L. 28 § 2; L. 31 § 1 D. 24, 1.

<sup>6)</sup> L. 31 § 8 D. 24, 1.

<sup>7)</sup> L. 30—35; L. 36 § 3 C. 8, 54; § 2 I. 2, 7.

<sup>8)</sup> Около 2000 рублей по теперешнему курсу.

<sup>9)</sup> L. 34 § 3 C. 8, 54.

<sup>10)</sup> *Seuffert's Archiv*. I 342.

<sup>11)</sup> L. 9 § 1; L. 11 D. 39, 5.

<sup>12)</sup> См. *Savigny cit.* § 166 п. м. ср. *Michaux cit.* p. 63.

тежи нужно различать: назначенъ ли срокъ продолжительности такихъ платежей или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ всѣ платежи складываются<sup>1)</sup> и если сумма превышаетъ 500 солидовъ, то дареніе подлежитъ инсинуаціи. Когда же сумму невозможно опредѣлить<sup>2)</sup>, то платежъ 1), долженствующій окончиться со смертию одной какой либо стороны, при каждомъ осуществленіи рассматривается какъ отдѣльное дареніе, 2) долженствующій же перейти къ наслѣдникамъ обѣихъ сторонъ, всегда подлежитъ инсинуаціи<sup>3)</sup>.—Несоблюденіе правилъ инсинуаціи ведетъ за собою недействительность даренія съ самаго начала и притомъ настолько, насколько общая сумма даренія превышаетъ 500 солидовъ<sup>4)</sup>. Въ послѣднемъ случаѣ устанавливается общая собственность съ предоставленіемъ тому, кто имѣетъ большую часть вещи, купить у другого остальную; но если это лицо отказывается отъ такой покупки, то приступаютъ къ дѣйствительному раздѣлу вещи. Если даритель уже передалъ вещь, то онъ можетъ требовать, на основаніи несоблюденія правилъ инсинуаціи, возвращенія того, чѣмъ одаренный неправильно обогатился (*vindicatio* и *condictio*<sup>5)</sup>).—По исключенію не требуется инсинуаціи для дареній: а) дѣлаемыхъ императоромъ или въ пользу его<sup>6)</sup>; б) дѣлаемыхъ съ цѣлью поправки разрушеннаго зданія<sup>7)</sup>; в) дѣлаемыхъ *piissima causa*, т. е. для выкупа плѣнныхъ<sup>8)</sup>; г) дареніе движимыхъ вещей *magister militum* для вознагражденія солдатъ<sup>9)</sup>; д) дареніе съ цѣлью установить приданное и *donatio ante nuptias*<sup>10)</sup>; е) до 531 г. дареніе для *piæ causæ*<sup>11)</sup>.

Въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ дареніе не знало никакихъ другихъ ограниченій и формальностей кромѣ тѣхъ, которыя требовались для пріобрѣтенія по даренію соотвѣтствующаго права (см. L. 9 § 3. D. 39, 5; *Fragm. Vatic.* § 263, 293). Впервые формальныя требованія для даренія, какъ таковаго, мы находимъ въ плебисцитѣ *M. Cinci Alimenti de donis et muneribus*,

<sup>1)</sup> Arg. L. 35 § 7 D. 39, 6; L. 16 § 1 D. 45, 1.

<sup>2)</sup> L. 34 § 4 in f. C. 8, 54.

<sup>3)</sup> Ср. *Savigny* cit. § 166 n. p. съ *Windscheid. Pandekt.* § 119 n. 6.

<sup>4)</sup> L. 34 pr.; L. 35 § 3 in f. C. 8, 54.

<sup>5)</sup> *Savigny* cit. § 167; *Molitor. Oblig.* § 913.

<sup>6)</sup> L. 34 pr. C. 8, 54; Nov. 52 c. 2.

<sup>7)</sup> L. 36 § 2 C. 8, 54.

<sup>8)</sup> L. 34 pr.; L. 36 pr. C. 8, 54.

<sup>9)</sup> L. 36 § 1 C. 8, 54.

<sup>10)</sup> L. 31 pr. C. 5, 12; Nov. 119 c. 1; Nov. 127 c. 2.

<sup>11)</sup> См. L. 34 pr. in f. C. 8, 54 ср.; L. 35 § 5; L. 36 pr. C. 8, 54; L. 19 C. 1, 2.

т. наз. *lex Cincia* 548 а. и. с. Источники не даютъ яснаго представленія о содержаніи этого закона и въ наукѣ поэтому крайнее разногласіе (см. *Danz. Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts* 2, Aufl. Th. 2, p. 72—74). Савиньи (*Vermischte Schriften* Bd. I, p. 384, 385), а за нимъ и большинство новѣйшихъ писателей полагаютъ, что законъ Цинція прежде всего запретилъ даренія свыше известной мѣры (*modus legitimus*, см. *Ulp.* 1), которую по разнымъ соображеніямъ онъ опредѣляетъ въ 20000 сестерцій. Другіе же ученые (напр., *Liebe. Die Stipulation u. das einfache Versprechen*, p. 107 и слѣд.) полагаютъ, что этотъ законъ имѣлъ цѣлью предупредить, чтобы разныя одаренія, установленныя нравами по поводу различныхъ жизненныхъ отношеній (т. наз. *munus*), не выразились въ форму безвозмезднаго обогащенія одаряемаго (*donationes*); однимъ словомъ, законъ хотѣлъ запретить вообще *immodicum munus*. Затѣмъ, законъ Цинція принадлежалъ къ числу *leges imperfectae* (*Ulp. pr.* 1), поэтому дареніе свыше мѣры не было само по себѣ недѣйствительно, а давало право дарителю на *rescissio* въ размѣрѣ, превышающемъ *legitimus modus*. Но выполненная давность владѣнія на подаренную вещь и смерть дарителя останавливали дѣйствіе закона Цинція (*Frag. Vat. § 293*); наследники дарителя не могли прибѣгать къ его защитѣ (*Frag. Vatic. § 312*). Кроме того, несомнѣнно отъ дѣйствія закона Цинція были изъяты лица въ известныхъ степеняхъ родства (*cognati*) до пятой степени включительно, свойственники до 2-ой степени, мужъ и жена, женихъ и невеста (*Frag. Vat. § 299, 302*), лица, находящіяся въ известныхъ отношеніяхъ признательности (вольнотпущенникъ и патронъ, спасшій жизнь другому и т. п. *Paulus* 5, 11, § 6), всѣ когнаты безъ различія степеней по поводу установленія въ формѣ даренія приданаго. Лица эти были *personae exceptae* (т. е. отъ дѣйствія закона Цинція) въ отличіе отъ всѣхъ остальныхъ, какъ *personae non exceptae*. Писатели, не признающіе въ законѣ максимума даренія, рассматриваютъ положеніе *personarum exceptarum* иначе (см. *Liebe cit. Vangerow Pand § 122, Anm. 1*). Современемъ положенія закона Цинція мало по малу перестаютъ примѣняться въ жизни и замѣняются новыми. Съ Констанція Хлора находимъ судебную инсинуацію, которая по разнымъ конституціямъ сопровождалась разными другими формальностями, обставлялась разными условіями и вела къ разнымъ послѣдствіямъ, пока Юстиніанъ не далъ ей изложенныхъ формъ и значенія (см. различныя конституціи объ инсинуаціи до Юстиніана у *Danza. Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rechts* p. 75).

Послѣ вопроса объ установленіи даренія остается рассмотретьъ вопросъ объ его прекращеніи. Тутъ мыслимъ только одинъ способъ прекращенія, а именно:

*Возвращеніе дара.*— По общему правилу, дѣйствительный даръ не подлежалъ востребованію назадъ <sup>1)</sup>. По особымъ только основаніямъ даръ могъ быть ревоцированъ 1) третьими лицами или 2) даже самимъ дарителемъ.

<sup>1)</sup> L. 2—5 C. 8, 56.



1) Третьи лица могли уничтожить силу даренія, когда щедростью дарителя нарушались ихъ права. Сюда относится тотъ случай, когда дареніемъ нарушается законная часть (*portio legitima*) наслѣдниковъ. Особымъ, чисто личнымъ искомъ *querela inofficiosae donationis*<sup>1)</sup>, послѣдніе имѣли право обезсилить дареніе въ томъ размѣрѣ, въ какомъ возстановлялась вполнѣ ихъ законная часть. Кроме того, кредиторы могутъ требовать уничтоженія дареній, сдѣланныхъ должникомъ *in fraudem creditorum*, хотя бы одаренный и не зналъ объ этой *fraus*<sup>2)</sup>.

2) Самъ даритель могъ востребовать даръ назадъ въ слѣдующихъ случаяхъ<sup>3)</sup>:

а) *Propter ingratitudinem*, въ случаяхъ неблагодарности одареннаго<sup>4)</sup>. Ревокація по этой причинѣ сперва предоставлялась только патрону, позднѣе восходящимъ родственникамъ<sup>5)</sup>, а съ Юстиніана — всѣмъ дарителямъ. Но тутъ же въ законѣ перечислены роды неблагодарности, дающіе право на ревокацію, а именно<sup>6)</sup>: *injuria atrox*, нанесеніе тяжкой обиды, преимущественно словомъ; *impria dextra*, оскорбленіе дѣйствіемъ; *damnum*, умышленное причиненіе значительнаго имущественнаго вреда; *fides fracta*, нарушеніе довѣрія по исполненію возложенныхъ дарителемъ на одареннаго обязанностей; *periculum necis*, причиненіе одареннымъ дарителю смертной опасности. Въ перечисленныхъ случаяхъ неблагодарности всякій даритель получалъ право требовать даръ обратно; этого права онъ не могъ быть лишенъ самимъ соглашеніемъ: такое соглашеніе считалось противнымъ доброй нравственности. Только по исключенію права на ревокацію лишалась дарительница-мать, ведущая предосудительный образъ жизни<sup>7)</sup>, а по древнему праву и мать, вступившая во второй бракъ (*mater binuba*). Но по юстиніанову праву эта послѣдняя уже имѣла право на ревокацію, хотя только въ трехъ случаяхъ неблагодарности: *impria dextra*, *damnum*, дѣйствіе, направленное на уничтоженіе всего имущества, и *periculum necis*<sup>8)</sup>. Осуществлялось право ревокаціи особымъ *actio revocatoria* — *condictio ex lege*. Искъ этотъ направленъ на возвращеніе пода-

<sup>1)</sup> Cod. 3, 29 de inofficiosis donationibus.

<sup>2)</sup> Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

<sup>3)</sup> Cod. 8, 56 de revocandis donationibus.

<sup>4)</sup> Savigny cit. § 169; Michaux cit. §§ 1159—1162.

<sup>5)</sup> L. 1, 7, 9 C. 8, 56.

<sup>6)</sup> L. 10 C. 8, 56.

<sup>7)</sup> L. 7 in f. C. 8, 56.

<sup>8)</sup> L. 7 C. 8, 56; Nov. 22 cap. 35.

ренной вещи или ея стоимости<sup>1)</sup>; противъ третьихъ онъ не могъ быть вчиненъ на выдачу вещи<sup>2)</sup>; наконецъ, это былъ чисто личный искъ и не могъ быть осуществленъ ни наслѣдниками дарителя, ни противъ наслѣдниковъ одареннаго<sup>3)</sup>).

б) *Propter prolem subvenientem*, въ случаяхъ нарожденія дѣтей, т. е. когда у дарителя родятся дѣти, которыхъ не было во время даренія и по обстоятельствамъ даренія можно заключить, что дареніе не имѣло бы мѣста, еслибъ даритель зналъ о будущемъ появленіи дѣтей. Этотъ поводъ къ ревокаціи въ римскомъ правѣ признавался только въ случаяхъ даренія патрона своему вольноотпущенному<sup>4)</sup>).

Нѣкоторые писатели ошибочно распространяютъ этотъ поводъ къ ревокаціи на всѣ случаи дареній. См. *Michaux. Traité prat. des donat.* § 1259.

## ПРОТИВОПРАВНЫЯ ДѢЙСТВІЯ.

*Пособія:* *Hasse.* Die Culpa des röm. Rechts. Ausg. 1838; *Unger.* Oesterr. Privatr. 2 §§ 100—103; *Mommsen.* Beiträge zur Lehre von der Culpa (въ Beiträg. z. Obligat. — R. Bd. III 1855); *Binding.* Die Normen u. ihre Uebertretung. Bd. 2 1877 p. 269 — 390; *Pernice.* Marcus Antistius Labeo. Bd. 2 1878 p. 231 — 255; p. 330 — 428.

*Понятіе.* Подъ противоправнымъ дѣйствіемъ (или актомъ, *negotium injustum*) въ частно-гражданскомъ смыслѣ разумѣется такое дѣйствіе, которымъ законопротивно нарушаются права другихъ лицъ, положительнымъ дѣяніемъ или упущеніемъ, и тѣмъ порождается гражданская отвѣтственность.—Дѣйствія противоправны или сами по себѣ, какъ самостоятельныя дѣянія (*delicta*), порождающія извѣстныя обязательственныя отношенія между нарушителемъ и потерпѣвшимъ (*obligatio ex delicto*),— или же будутъ таковыми въ силу особыхъ, уже существующихъ правоотношеній (напр., договорныхъ) и своимъ послѣдствіемъ имѣютъ извѣстныя измѣненія въ этихъ правоотношеніяхъ или даже ихъ прекращеніе.

<sup>1)</sup> L. 7 C. 8, 56.

<sup>2)</sup> Ibid.

<sup>3)</sup> L. 7, 10 C. 8, 56.

<sup>4)</sup> L. 8 C. 8, 56.

Всякое противоправное дѣйствіе предполагаетъ два момента: объективный — самое правонарушеніе, и субъективный, по которому содѣянное лицомъ вмѣняется ему въ вину, моментъ вины (Schuldmoment).

По господствующему воззрѣнію (см., напр., *Unger. cit.* p. 230—233), въ каждомъ гражданскомъ правонарушеніи долженъ заключаться признакъ вины. Но нѣкоторые писатели (напр., *Heysler. Das Civilunrecht u. seine Formen.* 1870, p. 10—22) ограничиваютъ понятіе гражд. правонарушенія однимъ объективнымъ признакомъ, считая вину признакомъ только одной изъ его формъ, де ликта. Иерингъ (*Das Schuldmoment im röm. Privatr.* 1867, p. 5 и слѣд.) разумѣетъ подъ объективной неправдой правонарушеніе безъ вины правонарушителя; правонарушеніе же съ признакомъ вины онъ называетъ субъективнымъ неправомъ. Но срав. *Binding. cit.* Bd. 1, p. 135 и слѣд.

Итакъ, признаками противоправнаго дѣйствія будутъ:

1) Дѣйствительное нарушеніе права. Одна попытка совершить вредящій актъ не разсматривается въ гражданскомъ правѣ какъ противоправное дѣйствіе<sup>1)</sup>.

Вредъ, причиняемый противоправнымъ дѣйствіемъ, состоитъ большею частью въ уменьшеніи имущества (въ убыткѣ), но часто онъ выражается въ нарушеніи и другихъ достояній человека, какъ напр., при оскорбленіяхъ и т. п. Имущественный ущербъ можетъ выражаться самымъ разнообразнымъ образомъ: въ лишеніи владѣнія, въ поврежденіи или уничтоженіи чужой вещи, въ неоказаніи слѣдуемыхъ услугъ, и т. д. Общія выраженія для потерянной выгоды: *id quod interest, commodum, dampnum* и т. д.

2) Нарушеніе права должно быть законопротивнымъ<sup>2)</sup>. Не всякое нарушеніе будетъ таковымъ. Такъ, не считается противозаконнымъ дѣйствіемъ, когда лицо, не переступая границъ своего правомочія, наноситъ ущербъ другому лицу.

*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet* L. 151. D. 50, 17.—*Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* L. 55. D. 50, 17.

Равнымъ образомъ нанесеніе вреда въ состояніи необходимой обороны лишаетъ дѣйствіе характера противоправности<sup>3)</sup>; точно также когда имѣется на данное дѣйствіе согласіе потерпѣвшаго: *volenti non fit injuria*<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 36 § 1 D. 6, 1; L. 21 § 7 D. 47, 2.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 47, 10; L. 5 § 1 D. 9, 2.

<sup>3)</sup> L. 3 § 7 D. 47, 9; L. 45 § 4; L. 52 § 1 D. 9, 2.

<sup>4)</sup> L. 7 § 4 D. 9, 2.

3) Нарушеніе права должно влечь вмѣненіе его виновнику<sup>1)</sup> (*imputatio juris*). Для вмѣненія же требуется наличность воли. Поэтому не будутъ считаться противоправными дѣйствія, совершенныя лицами, которыхъ положительное право не признаетъ волеспособными, какъ напр., дѣтей, безумныхъ<sup>2)</sup>. Но лицо, и признанное волеспособнымъ, однако проявившее свою волю при такихъ обстоятельствахъ, которыя вполнѣ отрицаютъ ея свободу, напр., при физическомъ принужденіи, не совершаетъ противоправнаго дѣйствія. Наконецъ<sup>3)</sup>, для вмѣненія необходимо, чтобы виновникъ дѣйствія находился въ такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ онъ могъ бы избѣжать причиненія вреда, принявъ предосторожность<sup>4)</sup>.

*Вина и ея степени.* Всѣ изложенные признаки противоправнаго дѣйствія даютъ представленіе вины (*culpa*) совершившаго его. По указанному уже выше основанію, вину подраздѣляютъ на т. наз. *culpa Aquiliana* и *culpa extra Aquiliana*, смотря по тому, совершено ли данное противоправное дѣйствіе въ связи съ даннымъ правоотношеніемъ между сторонами или помимо всякаго такого отношенія.

Положительное право не обязываетъ никого совершать опредѣленныхъ дѣйствій для охраны чужого интереса, если только лицо не обязалось особо охранять этотъ интересъ. При существованіи такого обязательства, вина можетъ выражаться въ формѣ опущенія, *culpa in non faciundo s. in omittendo*<sup>5)</sup>. Но право запрещаетъ, помимо всякаго правоотношенія между лицами, причинять другъ другу ущербъ положительнымъ дѣяніемъ. Вина, выраженная въ послѣдней формѣ, будетъ *culpa in faciundo*. Противоправныя дѣйствія, направленные на причиненіе ущерба другому лицу, были регулированы закономъ Аквилія, почему *culpa in faciundo* называется *culpa Aquiliana*<sup>6)</sup>. *Culpa* же *in non faciundo* названа по аналогіи *culpa extra Aquiliana*<sup>7)</sup>.

Вина со стороны ея отношенія къ голѣ лица дѣлится на

<sup>1)</sup> L. 1 § 5 D. 47, 10.

<sup>2)</sup> L. 5 § 2 D. 9, 2; L. 61 in f. D. 26, 7.

<sup>3)</sup> L. 16 § 1 D. 40, 12.

<sup>4)</sup> Qui non divinat culpam non admittit arg. L. 31 in f. D. 9, 2; § 3—7 J. 4, 3; L. 29 § 2 D. 17, 1.

<sup>5)</sup> L. 91 pr. D. 45, 1; L. 1 pr. D. 27, 3.

<sup>6)</sup> См. *Hasse* cit. §§ 4—13.

<sup>7)</sup> *Chironi*. La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale (*Aquiliana*). Vol. 1 1886.

1) преднамѣренную, желаемую, сознательную и 2) непредна-  
мѣренную, нежелаемую, несознательную.

Преднамѣренная вина имѣеть мѣсто тогда, когда совер-  
шается дѣяніе или опущеніе <sup>1)</sup> съ намѣреніемъ, съ сознаниемъ,  
что этимъ производится правонарушеніе, наносится ущербъ.  
Такая вина съ субъективной стороны носить названіе *dolus  
malus* <sup>2)</sup>.

Подъ *dolus* въ тѣсномъ смыслѣ разумѣется обманъ; въ обширномъ же смы-  
слѣ—всякое преднамѣренное и противоправное нарушеніе черезъ посредство  
обмана или другимъ какимъ либо путемъ. См. L. 1 § 2. D. 4, 3. *Dolus ma-  
lus* въ смыслѣ противоправнаго дѣянія тождественно съ *fraus*, подъ ко-  
торымъ разумѣется также внѣшнее нарушеніе правъ. См. *Binding* cit. Bd.  
2, p. 273, 274.

Для наличности *dolus* требуется только сознание противоправ-  
ности, мотивъ не имѣеть значенія <sup>3)</sup> (напр., вражда); равно не  
имѣеть значенія и то, что правонарушеніе составляло главную  
цѣль дѣянія или служило средствомъ для достиженія другой  
какой либо цѣли. Только заблужденіе въ противоправности дѣя-  
нія устраняеть *dolus* <sup>4)</sup>.

Когда противоправное дѣйствіе не находится въ непосред-  
ственной связи съ волею лица, когда правонарушеніе бываетъ  
слѣдствіемъ небрежности, невнимательности,— то говорится о  
*culpa* въ тѣсномъ смыслѣ слова <sup>5)</sup>. Въ обширномъ же смыслѣ  
*culpa* обнимаетъ собою и *dolus*. Только между *culpa* въ тѣс-  
номъ смыслѣ дѣлается различіе по степенямъ. При *dolus* нельзя  
отличать степеней, ибо въ гражданскомъ правѣ рѣшимость воли  
не имѣеть значенія; здѣсь важенъ только фактъ сознанія по-  
слѣдствій. Въ непреднамѣренной же винѣ возможно различать  
степени виновности по двумъ мѣрамъ: 1) общей, абстрактной,  
такъ наз. *culpa in abstracto* и 2) конкретной, *culpa in concreto*.  
Въ первомъ видѣ вины можно различать такіе два случая:

а) Когда лицо, совершившее противоправное дѣйствіе, не  
соблюло той внимательности, *diligentia*, осторожности, которая  
характеризуетъ каждаго обыкновеннаго человѣка. Такая *culpa*  
границитъ съ предумышленной виной, *dolus*. Поэтому эта *culpa*

<sup>1)</sup> *Hasse* cit. § 19.

<sup>2)</sup> L. 15 § 1 D. 5, 1; L. 1 § 43; L. 13 D. 16, 3; L. 61 § 5 D. 47, 2; L. 3  
§ 6 D. 43, 29.

<sup>3)</sup> L. 55 § 1 D. 47, 2.

<sup>4)</sup> L. 3 § 4 D. 47, 10; L. 46 § 7 D. 47, 2; L. 2 § 5 D. 44, 4.

<sup>5)</sup> L. 61 § 5 D. 47, 2.

считается тяжкой, грубой, иначе—*culpa lata*. Источники говорят, что она *dolo comparatur, prope dolum esse* и т. п., а виновному лицу приписывается *negligentia dissoluta, crassa, lata*<sup>1)</sup>.

*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt.* L. 213 § 2; L. 223 pr. D. 50, 16.

б) Въ противоправномъ дѣйствии можетъ недоставать осторожности, свойственной обыкновенному внимательному къ своимъ дѣламъ человѣку или отцу семейства, *paterfamilias*. Источники говорятъ о *homines frugī, diligentes*<sup>2)</sup>, представителемъ которыхъ позднѣе обыкновенно выставлялся<sup>3)</sup> *paterfamilias, studiosus, diligens*<sup>4)</sup> и т. п. Виновность противъ подобной *diligentia* будетъ уже слабѣе, ибо это *diligentia* не простого человѣка, а такого лица, на котораго возложенъ долгъ особенной осмотрительности. Поэтому и вина въ этихъ случаяхъ будетъ легкая, *culpa levis*. Такая вина вмѣняется, между прочимъ, и тѣмъ лицамъ, которыя оказались неопытными въ принятомъ на себя дѣлѣ, напр., въ дѣлахъ искусства, медицины и т. п.<sup>5)</sup>. Осторожный человѣкъ не приметъ на себя дѣла ему незнакомаго<sup>6)</sup>.

Итакъ, по абстрактной мѣрѣ *culpa* будетъ или *lata*, или *levis*; первая выражается въ несоблюденіи осмотрительности обыкновеннаго человѣка, вторая — въ несоблюденіи осмотрительности отца семейства. По конкретной мѣрѣ положительное право требуетъ отъ лица той осторожности въ дѣлахъ другихъ лицъ, съ какой относятся къ своимъ собственнымъ дѣламъ, *diligentia quam suis rebus adhibere solet*<sup>7)</sup>. *Culpa in concreto* будетъ всегда *culpa levis*<sup>8)</sup>.

Многіе прежніе ученые допускали еще одну степень вины подъ названіемъ *culpa levissima*. Правда, въ одномъ мѣстѣ (о приводимыхъ другихъ мѣстахъ см. у *Vangerow. Pand.* 1, § 107) источники употребляютъ это выраженіе (L. 44 pr. D. 9, 2), но тѣмъ не менѣе, нельзя видѣть тутъ особаго

<sup>1)</sup> L. 32 D. 16, 3; L. 29 pr. D. 17, 1; L. 1 § 5 D. 44, 7; L. 11 § 11 D. 11, 1; L. 22 § 3 D. 36, 1. См. *Pernice cit.* 2 p. 377 и слѣд.

<sup>2)</sup> L. 11 D. 18, 6.

<sup>3)</sup> См. *Pernice cit.* 2 p. 330 и слѣд.

<sup>4)</sup> L. 65 D. 7, 1. L. 18 pr. D. 13, 5; L. 14 D. 13, 7; L. 137 § 2 D. 45, 1; § 5 J. 3, 24.

<sup>5)</sup> L. 9 § 5 D. 19, 2.

<sup>6)</sup> См. *Pernice cit.* 2, p. 236.

<sup>7)</sup> L. 72 D. 17, 2; L. 17 pr. D. 23, 3; L. 1 pr. D. 27, 3.

<sup>8)</sup> L. 72 D. 17, 2. Но иначе L. 32 D. 16, 3. Попытки къ примиренію см. *Binding. cit.* 2 p. 355.

вида culpa. Положительное право не может возлагать на лицо какой либо чрезвычайной осмотрительности и поэтому вменить въ вину невыполнение ея. Теперь учение о culpa levissima покинуто всѣми. См. *Unger. Oesterr. Privat.* 2, p. 237—240.

Помимо отвѣтственности по винѣ, — въ формѣ ли преднамѣренной или не преднамѣренной (culpa), — вменить чужой ущербъ, причиненный фактомъ, лежащимъ внѣ воли лица, нельзя. Положительное право не налагаетъ отвѣтственности за ущербъ, причиненный случаемъ: casus non praestantur<sup>1)</sup>. Подъ случаемъ, casus (casus fortuitus, damnum fatale, fortuna) разумѣется событіе, проявленіе котораго лежало внѣ воли даннаго лица, не было вызвано его содѣйствіемъ<sup>2)</sup>. Сюда относятся, напр., явленія природы (vis naturalis), вторженіе непріятеля, смерть и т. д.<sup>3)</sup>.

Въ литературѣ нерѣдко ставятъ рѣзкое различіе между простымъ случаемъ и такъ наз. vis major (L. 3 § 1 D. 4, 9; L. 13 § 1 D. 13, 7), непреодолимой силой, причѣмъ чаще всего признакомъ послѣдняго выставляютъ неизбѣжность, casus qui resisti non potest (L. 18 pr. D. 13, 6. См., напр., *Glück. Erläuter.* Bd. 6, p. 120; *Sintenis. Civilr.* Bd. 2, p. 698). Другіе же писатели и прежняго, и новѣйшаго времени, не признаютъ никакого различія vis major отъ всякаго другаго случая (напр., *Mackeldey. Lehrb. d. Inst.* § 341; *Arndts. Pandekt.* § 289). Послѣднее возрѣніе имѣетъ за себя то, что ближайшая и болѣе точная установка различающихъ признаковъ въ ученіи о случаяхъ и попытка вывести изъ нихъ извѣстныя послѣдствія должны быть признаны неудачными (см. *Exner. Der Begriff der höheren Gewalt (vis major).* 1883, p. 1—17 и слѣд.). Такъ напр., неизбѣжность, какъ всегдашній признакъ для vis major, проведена всегда не можетъ быть, ибо вполне неизбѣжныхъ случаевъ нѣтъ. Вотъ почему и въ новѣйшей литературѣ различіе между случаями чаще и чаще покидаютъ (*Exner cit.* p. 13, 14).

Иногда возможна отвѣтственность и за casus. Такъ, прежде всего, когда лицо прямо обязывается отвѣчать за случай, напр., принимаетъ на себя полную сохранность (custodia) чужой вещи<sup>4)</sup>. Затѣмъ, возможна отвѣтственность за случай, когда ущербъ причиненъ casu fortuito въ связи съ извѣстнымъ дѣяніемъ даннаго лица: это такъ наз. casus mixtus, смѣшанный случай. Такъ, если предметъ, не возвращенный въ срокъ, погибаетъ по наступленіи его отъ какого либо случая, то просрочившій отвѣчаетъ

<sup>1)</sup> § 3 J. 4, 3; L. 30 § 3; L. 52 § 4 D. 9, 2; L. 23 D. 50. 17.

<sup>2)</sup> *Mommsen. Beiträge cit.* I, p. 241 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 30 pr. D. 35, 2; L. 18 pr. D. 13, 6; L. 25 § 6 D. 19, 2; L. 23 in f. D. 50, 17.

<sup>4)</sup> § 3 J. 3, 23.

за этотъ casus въ предположеніи, что только по причинѣ просрочки предметъ застигнуть былъ даннымъ случаемъ<sup>1)</sup>). Тутъ отвѣтственность обосновывается тѣмъ, что лицо вызвало такое положеніе, при которомъ случай могъ произвести ущербъ<sup>2)</sup>).

## ЮРИДИЧЕСКІЕ СЛУЧАИ.

### Время.

Изъ крайняго разнообразія юридическихъ случаевъ здѣсь слѣдуетъ выдѣлить тѣ, которые имѣютъ особенное значеніе во всѣхъ отдѣлахъ права: таково время, *tempus*, какъ юридическій случай.

Время играетъ громадную роль въ измѣненіяхъ среди конкретныхъ правъ.

Время, какъ срокъ, *dies*, устанавливаемый сторонами при сдѣлкахъ, уже рассмотрѣнъ выше. Но кромѣ того,

Извѣстныя права могутъ быть пріобрѣтаемы, извѣстное дѣйствіе можетъ быть выполнено, извѣстное объявленіе воли можетъ быть сдѣлано только въ теченіе времени, опредѣленнаго соглашеніемъ сторонъ, судьей или закономъ.

Напр., по преторскому праву, притязаніе на *bonorum possessio* можетъ быть предъявлено только въ теченіе 100 дней. — Срокъ апелляціи былъ десятидневный, и т. д.

Право можетъ подлежать зависимости отъ продолжительности извѣстнаго состоянія вещей въ теченіе извѣстнаго времени. Это — институтъ давности, общее ученіе о которой слѣдующее.

### Давность.

*Пособія: Savigny. System d. h. r. R. Bd. 4 §§ 177, 178, 195—198; Unterholzner. Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre 2 Aufl. v. Schirmer. 1858; Grawert. Verjährung u. gesetzliche Befristung. 1880.*

*Понятіе и виды.* — Давность есть узаконеніе фактическаго состоянія отправления или неотправления извѣстныхъ правъ съ истеченіемъ опредѣленнаго закономъ времени.

<sup>1)</sup> L. 1 § 4 D. 44, 7; L. 11 § 2 D. 19, 2; L. 30 D. 13, 7; L. 36 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> *Pernice. Antist. Lab. 2, p. 374.*



Одного общаго института давности, одинаково вліяющаго на конкретныя права, не существуетъ. Противное мнѣніе было общераспространеннымъ начиная съ среднихъ вѣковъ и вплоть до новѣйшаго времени<sup>1)</sup>. Можно отличать только отдѣльные виды давности, въ основѣ которыхъ лежатъ самыя разнообразныя идеи<sup>2)</sup>. Въ «Общей части» курса придется высказать немного общихъ соображеній.

Изъ опредѣленія давности, какъ узаконенія фактическаго состоянія отправления или неотправленія извѣстнаго права чрезъ истеченіе опредѣленнаго періода времени, слѣдуетъ, что давность имѣетъ своимъ назначеніемъ возводить въ правовое состояніе извѣстное фактическое состояніе и притомъ такъ, что если это фактическое состояніе выражалось въ осуществленіи права, то давность узаконяетъ дальнѣйшее его существованіе; если же данное фактическое состояніе выражалось въ неосуществленіи права, то давность погашаетъ его. Отсюда получаютъ два вида давности: *давность пріобрѣтательная* и *давность погасительная*. Изъ институтовъ, относящихся къ первому виду давности, будетъ такъ наз. *usucario* давностное владѣніе, т. е. пріобрѣтеніе собственности чрезъ продолжительное добросовѣстное владѣніе, установленное на законномъ титулѣ<sup>3)</sup>.

Въ этихъ случаяхъ пріобрѣтенію соотвѣтствуетъ потеря права для прежняго собственника. Въ другихъ случаяхъ пріобрѣтенія права по давности, какъ-то сервитута, суперфиція и эмфитевзиса, — не имѣется соотвѣтствующей потери, а получается только ограниченіе права собственности. Примѣромъ для второго вида давности можетъ служить непользованіе (*non usus*) сервитутомъ, напр., правомъ прохода чрезъ чужой участокъ земли. Если это непользованіе продолжается опредѣленное для давности время, то само право прекращается; причемъ погашеніе не ведетъ за собою соотвѣтствующаго пріобрѣтенія какого либо права. Особый характеръ имѣетъ такъ наз. *исковая давность*, т. е. погашеніе искового права въ силу непредъявленія иска въ продолженіе опредѣленнаго срока времени. Тутъ должникъ пріобрѣтаетъ право на возраженіе противъ иска, а не самостоятельное какое либо правомочіе.

Въ наукѣ, начиная съ среднихъ вѣковъ, для давности при-

<sup>1)</sup> См. *Unger. Oesterr. Privatr.* 2 § 104 p. 257—259.

<sup>2)</sup> *Savigny. System.* 4 § 178.

<sup>3)</sup> *L. 3 D.* 41, 3.

нято общее названіе — *praescriptio*<sup>1)</sup>. Но словомъ *praescriptio* въ римскомъ его смыслѣ можно назвать развѣ только одинъ видъ давности, а именно исковую погасительную давность, между тѣмъ какъ давность въ обширномъ смыслѣ есть совокупность многихъ институтовъ, которые всѣ имѣютъ только тотъ общій признакъ, что данное фактическое состояніе узаконяется по истеченіи извѣстнаго періода времени.

*Praescriptio* въ сущности есть лишь одинъ изъ видовъ возраженія (*exceptio*) на искъ (*Gajus* 4 §§ 130—137). Если возраженіе на искъ выписывалось во главѣ исковой формулы (*praescribatur*), то оно называлось *praescriptio* (*Gajus* 4 § 132). Въ числѣ такихъ возраженій однимъ изъ наиболее дѣйствительныхъ было возраженіе объ исковой погасительной давности. Поэтому названіе *praescriptio* собственно можетъ быть отнесено только къ исковой давности, а не ко всякой давности.

Однако такое несоотвѣтствующее названіе давности приобрѣло въ наукѣ твердое положеніе, почему и слѣдуетъ его считать обязательнымъ въ современномъ юридическомъ языкѣ для обозначенія давности.

По послѣдствіямъ, оказываемымъ въ сферѣ конкретныхъ правъ, *praescriptio*, какъ уже сказано, можетъ быть или *acquisitiva* или *extinctiva*<sup>2)</sup>. Но приобретенію правъ можетъ соотвѣтствовать потеря ихъ. Поэтому когда говорится о приобретательной или погасительной давности, то всегда тотъ или другой характеръ ея опредѣляется по цѣли, которую имѣютъ въ виду при данномъ случаѣ, ссылаясь на истеченіе давностнаго срока. Иначе говоря, тотъ или другой видъ давности опредѣляется не по послѣдствіямъ ея для той или другой стороны, а по цѣли, которую желаютъ достигъ ссылкой на истеченіе законнаго срока.

Приобрѣтательная и погасительная давность имѣютъ одинъ общій признакъ, заключающійся въ томъ, что періодъ времени всегда точно опредѣленъ. Другими словами, всякая *praescriptio*, какъ *acquisitiva*, такъ и *extinctiva*, есть *praescriptio definita*. Но рядомъ съ этимъ говорятъ еще о *praescriptio indefinita*, *immemorialis*, иначе *vetustas*<sup>3)</sup>, незапамятная давность. Прилагается она къ такимъ явленіямъ, когда извѣстное фактическое состояніе продолжается такъ долго, что ни современное,

<sup>1)</sup> См. *Unterholzner*. cit. Bd. 1 § 3.

<sup>2)</sup> Эпитеты также не римскіе.

<sup>3)</sup> L. 2 pr.; L. 26 D. 39, 3.

ни непосредственно предшествующее поколѣніе не помнятъ его начала <sup>1)</sup>). Въ случаяхъ такого фактическаго состоянія, котораго *origo excedit memoriam* <sup>2)</sup> (*cujus memoria non exstat*) <sup>3)</sup>, положительное право выставляетъ предположеніе, что оно установилось вслѣдствіе когда-то существовавшаго правооснованія, почему и должно разсматриваться въ настоящее время какъ правовое состояніе. Въ римскомъ правѣ подобная ссылка встрѣчается въ трехъ примѣрахъ <sup>4)</sup>). Такъ *viae vicinales*, общинныя дороги, проложенныя на землѣ въ частной собственности, признавались публичными дорогами, *viae publicae*, если они съ незапамятныхъ временъ служили путями сообщенія <sup>5)</sup>). Во вторыхъ, всѣ работы по стоку дождевой воды, нарушавшія сосѣдское право, получаютъ отъ *vetustas* право на дальнѣйшее безпрепятственное существованіе <sup>6)</sup>). Наконецъ, по незапамятной давности пріобрѣтается и право водопровода (*aqueductus*) <sup>7)</sup>).

*Обоснованіе давности.* Оправдать давность общей юридической логикой нельзя. Право пріобрѣтается только по опредѣленному юридическому факту, въ силу юридическаго же факта оно можетъ быть потеряно. Осуществленіе или неосуществленіе права не есть правооснованіе, способное произвести измѣненіе въ конкретныхъ правахъ. Обосновать давность можно только публичными интересами <sup>8)</sup>), интересами правового мира, столь необходимаго для правильнаго гражданскаго оборота. Правовой порядокъ не можетъ допустить продолжительной неувѣренности въ правахъ и поэтому требуетъ, чтобы права своевременно проявлялись въ жизни и охранялись отъ нарушеній. Отсюда фактическое неосуществленіе права въ продолженіе долгаго времени считается какъ бы уничтожившимъ его. Последнее оправдывается въ достаточной мѣрѣ и тѣмъ, что притязаніе по давнишнимъ правамъ часто можетъ поставить въ затрудненіе противную сторону въ представленіи данныхъ, по которымъ установленіе данныхъ правъ могло имѣть недостатки, или вполнѣ

<sup>1)</sup> L. 2 § 8 D. 39, 3; L. 28 D. 22, 3. О чтеніи послѣдняго мѣста и крайне спорномъ его смыслѣ см. *Glück. Erläuter. d. Pandekt. Bd. 21, p. 405—422.*

<sup>2)</sup> L. 3 § 4 D. 43, 20.

<sup>3)</sup> L. 3 pr. D. 43, 7.

<sup>4)</sup> См. *Savigny. System 4 §§ 196, 197.*

<sup>5)</sup> L. 3 pr. D. 43, 7.

<sup>6)</sup> L. 1 § 23; L. 2 pr. D. 39, 3.

<sup>7)</sup> L. 3 § 4 D. 43, 20; L. 26 D. 39, 3.

<sup>8)</sup> Папиньянъ называетъ давность *publica tutela* L. 2 D. 40, 15.

правильно установленныя права впоследствии были погашены известнымъ юридическимъ фактомъ<sup>1)</sup>.

Многіе писатели считаютъ еще давность наказаніемъ за нерадѣніе къ своимъ правамъ. Но это несправедливо. Цѣль давности — только предоставить средство защиты отъ устарѣлыхъ притязаній; замедленіе въ осуществленіи ихъ не можетъ служить поводомъ къ наказанію съ точки зрѣнія публичнаго интереса (см. *Grawein. Verjährung*, p. 209, 210).

Такимъ образомъ, давность имѣетъ прежде всего цѣлью охранить настоящее противъ прошедшаго<sup>2)</sup>. Съ другой стороны, правовой порядокъ пользуется институтомъ давности и въ такихъ случаяхъ, когда въ основу даннаго состоянія положено было прежде известное правооснованіе, но доказательствъ тому въ данное время не имѣется. Въ такихъ случаяхъ положительное право укрѣпляетъ по давности дѣйствительныя права.

Итакъ, значеніе института давности заключается, во 1-хъ, въ томъ, что давность укрѣпляетъ данное фактическое состояніе въ виду истеченія продолжительнаго періода времени съ момента его установленія и, во 2-хъ, въ томъ, что давность укрѣпляетъ дѣйствительныя права, по которымъ почему либо не могутъ быть приведены въ настоящее время правооснованія.

Изъ того, что сказано о вліяніи времени на измѣненія въ сферѣ конкретныхъ правъ, становится необходимымъ рассмотреть вопросъ о счетѣ времени.

#### Счетъ времени.

*Пособія: Savigny. System d. heut. r. R. Bd. 4 §§ 177—188. Unger. Oesterr. Privatr. Bd. 2 §§ 105, 106. Hölder. Die Theorie der Zeitberechnung nach röm. Recht. 1873.*

*Дѣленіе времени.*—При томъ многообразномъ вліяніи, какое имѣетъ время на измѣненіе правоотношеній, имѣетъ особое значеніе установленіе точной и опредѣленной мѣры времени. Въ правовой сферѣ время измѣряется только по годамъ, мѣсяцамъ и днямъ. Эти дѣленія могутъ разсматриваться или какъ неподвижные календарные періоды, или какъ подвижные отдѣлы времени, когда подъ ними разумѣются періоды, имѣющіе переменчивое начало и копецъ, которые опредѣляются

<sup>1)</sup> *Grawein. Verjährung*, p. 208, 209.

<sup>2)</sup> *Dernburg. Pandekt. I. § 144, p. 328.*

извѣстнымъ юридическимъ фактомъ независимо отъ календарныхъ дѣлений. Въ послѣднемъ случаѣ годъ и мѣсяцъ опредѣляются только числомъ дней.

Римляне считали годъ обыкновенно отъ 1-го февраля. Числа же мѣсяца они опредѣляли по тремъ неподвижнымъ днямъ, находившимся въ извѣстныхъ промежуткахъ, причемъ числа считались отъ этихъ дней въ обратномъ порядкѣ. Дни эти слѣдующіе: 1) *Calendae* — первый день каждаго мѣсяца; 2) *Nonae* (девятый день, если считать отъ идъ обратно) — обыкновенно пятый день и седьмой въ мартѣ, маѣ, іюлѣ и октябрѣ; 3) *Idus* — обыкновенно тринадцатый и пятнадцатый въ сейчасъ перечисленныхъ мѣсяцахъ. — Число мѣсяца обозначалось числомъ дней, недостающихъ до слѣдующаго неподвижнаго дня, т. е. календъ, нонъ, идъ. Поэтому, напр., 22-ое февраля обозначалось такъ: *dies octavus ante Calendas Martias*; 3-е февраля — *dies tertius ante Nonas Februarias*; 10-е февраля — *dies quartus ante Idus Februarias*; etc.

Римскій годъ въ различныя эпохи представлялся въ различномъ видѣ. Такъ, въ древнѣйшія времена онъ имѣлъ только 304 дня. Нума Помпилій установилъ годъ въ 12 мѣсяцевъ съ 355-ю днями. Все, что недоставало въ этомъ году до тропическаго (солнечнаго) года, вносилось черезъ годъ между 23 и 24 числами февраля (по нашему счету). Въ это время были праздники бѣгства царей (*regifugium*) и между этими числами вносились, подъ названіемъ *mensis intercalaris*, всѣ недостававшіе до полнаго солнечнаго года дни. Этотъ вставной мѣсяцъ имѣлъ 27 или 28 дней<sup>1)</sup> и въ правовомъ отношеніи рассматривался, какъ одинъ моментъ времени<sup>2)</sup>. Наконецъ, по юліанскому календарю годъ считается въ 365 дней<sup>3)</sup>, причемъ для уравненія его съ тропическимъ годомъ вносился въ опредѣленные періоды между 23 и 24 февралемъ<sup>4)</sup> одинъ лишній день, *dies intercalaris*. Юридическое положеніе этого вставнаго дня выражалось такъ: *id bīdium (s. bissextus) pro uno die habetur*, т. е. онъ рассматривался съ 23-мъ февралемъ какъ одинъ день<sup>5)</sup>. Впрочемъ, въ счетѣ по днямъ *dies intercalaris* принимался иногда за особый день<sup>6)</sup>.

Мѣсяцъ по юліанскому календарю имѣлъ различное число дней и есть основаніе думать, что въ правовой жизни у рим-

<sup>1)</sup> *Mommsen. Römische Chronologie vor Cäsar 2 Ausg. p. 18 и слѣд.* См еще въ L. 98 §§ 1, 2 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> L. 98 § 1 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 134 D. 50, 16; L. 51 § 2 D. 9, 2; L. 4 § 5 D. 40, 7.

<sup>4)</sup> Ср. *Mommsen. Röm. Chron.*, p. 279 и слѣд.

<sup>5)</sup> L. 3 § 3 D. 4, 4; L. 98 pr. D. 50, 16.

<sup>6)</sup> L. 2 D. 44, 3.

лянъ считались и дни лишніе противъ 30, если такіе представлялись<sup>1)</sup>; такъ что мѣсяцъ (ды) считался отъ календарнаго дня начала срока до возвращенія соотвѣтствующаго дня въ слѣдующемъ (ихъ) мѣсяцѣ (ex nominatione dierum)<sup>2)</sup>.

По мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ (см. *Hölder* cit. p. 41—44), римляне въ правовой жизни всегда считали мѣсяцъ въ 30 дней, въ подтвержденіе чего ссылались на L. 40, D. 12, 1; L. 11 § 6; L. 29 § 5. D. 48, 5; L. 1 § 10 D. 48, 16; L. 22 §§ 2, 2a; L. 11 C. 6, 30; Nov. 115, 2. Но всѣ эти мѣста положительно не указываютъ, чтобы римляне при счетѣ по мѣсяцамъ установили всегда одно число дней въ каждомъ (см. *Bachofen* въ *Zeitschr. f. Civ. u. P.* 18 p. 362 и слѣд.).

День (сутки) при перемѣнчивомъ счетѣ имѣлъ 24 часа, причемъ различались *horae diei s. lucis* и *horae noctis*<sup>3)</sup>.

12 часовъ дня считались отъ восхода солнца до его заката, 12 часовъ ночи—отъ захода солнца до его восхода. Поэтому полночь выпадала на выполнившійся *hora sexta noctis*, а полдень—на выполнившійся *hora sexta diei*.

*Счетъ времени.*—Въ правовой жизни самой меньшей единицей времени принимался обыкновенно день; часы не брались во вниманіе. День, считая отъ полночи до полночи<sup>4)</sup>, рассматривался какъ одно цѣлое; меньшія мѣры времени въ немъ не различались. Такой счетъ времени, когда наименьшимъ его періодомъ принимался день, называется *computatio temporis civilis*, гражданскимъ счетомъ<sup>5)</sup>, въ отличіе отъ тѣхъ случаевъ, когда счетъ шель *a momento ad momentum*, *computatio naturalis*, естественный счетъ. Въ римскомъ правѣ общимъ правиломъ принималось *computatio temp. civilis*<sup>6)</sup> по тому основанію, что часто невозможно съ точностью опредѣлить моментъ, когда совершился данный юридическій фактъ, да кромѣ того, такая точность въ большинствѣ случаевъ не имѣетъ особеннаго значенія, а наоборотъ, однообразіе счета имѣетъ общій интересъ. *Computatio naturalis* допускалось только въ рѣдкихъ случаяхъ<sup>7)</sup>, какъ-то въ случаѣ заявленія несовершеннолѣтнимъ

<sup>1)</sup> См. L. 2 Th. C. 12, 1; L. 101 D. 50, 17. Ср. *Vangerow. Pand. I, § 194.*

<sup>2)</sup> *Bachofen* въ *Zeitschr. f. Civ. u. P.* 18 p. 364 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 7 D. 44, 7.

<sup>4)</sup> L. 8 D. 2, 12.

<sup>5)</sup> L. 134 D. 50, 16.

<sup>6)</sup> L. 8 D. 2, 12.

<sup>7)</sup> *Bachofen. Zur Lehre v. d. civilen Berechnung d. Zeit* (въ *Zeitschr. f. Civ. u. P.* 18, p. 38—50; p. 385—375). Ср. *Unger. Oest. Priv. II § 106.*

своихъ правъ <sup>1)</sup> и при вычисленіи апелляціоннаго срока (240 часовъ) <sup>2)</sup>.

Нѣкоторые ученые признають еще другіе случаи естественнаго счета, но едва ли основательно (см. *Vangerow. Pand. I, p. 340*).

При гражданскомъ счетѣ слѣдуетъ рѣшить два вопроса: считать ли въ данный срокъ день установленія юридическаго отношенія, хотя бы это произошло при его концѣ, или начинать счетъ со слѣдующаго дня; а затѣмъ, считать ли осуществившимся юридическое отношеніе въ началѣ послѣдняго дня или по окончаніи его? <sup>3)</sup>.

На первый вопросъ большинство ученыхъ <sup>4)</sup> отвѣчаетъ такъ: разъ имѣется *computatio civ.*, по каковому день принимается за меньшую единицу времени, то въ счетъ непременно принимается и день даннаго юридическаго факта, съ какимъ бы моментомъ этого дня (отъ полночи до полночи) онъ ни совпалъ.

По второму вопросу въ источникахъ для однихъ случаевъ принимается конечнымъ срокомъ начало послѣдняго дня, для другихъ—его полное истеченіе. Такъ, когда дѣло идетъ о пріобрѣтеніи права, — напр., о выполненіи пріобрѣтательной давности,—то оно осуществляется въ первый моментъ послѣдняго дня; для потери же права требуется полное истеченіе послѣдняго дня.

Въ источникахъ по поводу пріобрѣтательной давности говорится: *ultimus dies coeptus pro jam completo habetur* (L. 7 D. 41, 3; L. 15 pr. D. 44, 3); для погасительной же: *in omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus dies compleatur, non finit obligationem* (L. 6 D. 44, 7; L. 1 § 9 D. 38, 9).

Относительно того, какой день считать за *ultimus dies*, — напр., родившейся 1 января будетъ ли *anniculus* въ полночь съ 30 по 31 декабря или съ 31 дек. на 1 января, — въ наукѣ разногласіе (см. *Hölder cit. §§ 2—11*). Источники по различнымъ случаямъ даютъ основаніе рѣшать вопросъ различно. Съ одной стороны, см. L. 134 D. 50, 16; L. 5 D. 28, 1; L. 1 D. 40, 1; L. 49 D. 35, 1; L. 15 pr. D. 44, 3. Съ другой стороны, см. L. 6, 7 D. 41, 3; L. 101 D. 50, 17; L. 30 § 1 D. 48, 5; L. 1 § 9 D. 38, 9; L. 1 § 5, 6 D. 49, 4 (см. у *Vangerow. Pand. I, § 196*). Намъ кажется, что второе воз-

<sup>1)</sup> L. 3 § 3 D. 4, 4.

<sup>2)</sup> Nov. 23, 1.

<sup>3)</sup> Разнообразныя воззрѣнія по этимъ вопросамъ сведены у *Holder, cit.*, p. 1—41.

<sup>4)</sup> См. *Windscheid. Pand. I § 108. Unger. Oosterr. Privatr. 2 § 106.* p. 295—299.

зрѣніе болѣе правильно; по *comput. civilis* послѣднимъ днемъ изъ 365 въ году должно считать 31-е дек., а не 30-е дек. и не 1-ое января.

Далѣе, счетъ времени можетъ идти по началамъ *temporis continui* и *temporis utilis*. Первый имѣется тогда, когда всѣ дни даннаго періода времени идутъ въ счетъ. При второмъ нѣкоторые дни въ счетъ не принимаются<sup>1)</sup>, для чего, конечно, требуется особое, признанное правомъ, основаніе, *justa causa*. Изъ этого слѣдуетъ, что счетъ времени по началамъ *tempus utile* допускается только какъ изъятіе. Изъятія эти перечислены въ положительномъ правѣ (преторскомъ эдиктѣ, *jus civile*)<sup>2)</sup> и имѣютъ общимъ основаніемъ извѣстное препятствіе для совершенія въ опредѣленный срокъ опредѣленнаго дѣйствія. При этомъ всегда требовалось, чтобы причина изъятія нѣкоторыхъ дней была не постоянной, а чрезвычайной и временной, какъ напр., отсутствіе судьи на форумѣ по случаю *dies nefasti* или внезапная болѣзнь, *absentia reipublicae causa*, или не имѣется на мѣстѣ лица, къ которому должно было относиться данное дѣйствіе<sup>3)</sup>. Если же причина, по которой не выполняется извѣстное юридическое дѣйствіе, долговременная или постоянная, то счетъ времени происходитъ по началамъ *temporis continui* и только особыми средствами потерпѣвшіе защищались отъ невыгодныхъ послѣдствій. Такъ напр., если причина, по которой не подается искъ, заключается въ безуміи или малолѣтствѣ лицъ, не имѣющихъ попечителя, или если и самъ попечитель пропуститъ срокъ, то противъ невыгодныхъ отсюда послѣдствій преторомъ предоставлялось право на т. наз. *in integrum restitutio*.

## ОТПРАВЛЕНІЕ ПРАВА.

Подъ отправленіемъ права разумѣется прежде всего осуществленіе на дѣлѣ предоставляемой имъ выгоды, а затѣмъ въ болѣе обширномъ смыслѣ подъ отправленіемъ права понимается и судебная его охрана. Пока будетъ рѣчь объ осуществленіи права въ первомъ, тѣсномъ смыслѣ.

Нѣкоторыя права по своей природѣ доступны непрерывному отправленію; другія съ единичнымъ актомъ отправленія

<sup>1)</sup> L. 2 pr. D. 38, 15; L. 1 D. 44, 3.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 44, 3; L. 12 § 5; L. 30 § 5 D. 48, 5.

<sup>3)</sup> L. 1 D. 44, 3.



прекращаются; такъ, *solutio* по обязательствамъ ведетъ къ прекращенію ихъ.

Субъектъ права можетъ выполнить свое право вполнѣ или отчасти; можетъ его и не отправлять вовсе.

При отправленіи права общимъ началомъ никто не обязывается обращать вниманіе на интересъ другихъ лицъ, разъ онъ не выходитъ изъ границъ своего правомочія, будетъ ли этимъ другой лишенъ выгоды<sup>1)</sup> или даже потерпитъ ущербъ.

*Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur* (L. 55 D. 50, 17; L. 3 § 2 D. 43, 29). *Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet* (L. 151 D. 50, 17).

Но въ интересахъ общежитія отправленіе правъ можетъ быть ограничено. Подробное изложеніе этого относится къ особенной части; по общему началу не допускается отправленіе, не представляющее интереса для субъекта права и предпринятое имъ съ цѣлью причинить ущербъ другому<sup>2)</sup>, *neque malitiis indulgendum est*<sup>3)</sup>. Иногда же прямо предписывается при отправленіи правъ щадить чужой интересъ, *civiliter uti*<sup>4)</sup>.

Кто имѣетъ право, тотъ можетъ пользоваться и всѣми средствами необходимыми для осуществленія его. Но если нѣсколько лицъ имѣютъ каждое самостоятельное право на одинъ и тотъ же предметъ или самостоятельное же личное право требованія къ одному и тому же лицу, то можетъ случиться, что всѣхъ данныхъ правъ осуществить будетъ невозможно. Сюда относится вопросъ о

### Коллизіи правъ.

Нерѣдко самостоятельное право не можетъ быть осуществлено безъ того, чтобы осуществленіе другихъ правъ не подверглось опасности. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о *коллизіи* (конфликтѣ) *правъ*.

Вступающія въ коллизію права могутъ быть равными (напр., нѣсколько закладныхъ правъ) или не равными (напр., право собственности и сервитуты). Они могутъ быть имущественными правами или даже семейными (напр., отцовская власть надъ замужней дочерью и мужняя власть надъ нею же).

<sup>1)</sup> L. 26 D. 39, 2.

<sup>2)</sup> См. примѣръ L. 1 § 12 D. 39, 3.

<sup>3)</sup> L. 38 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> См. въ ученіи о сервитутахъ.

Нѣкоторые ученые (*Kierulff. Civilr. p. 235; Arndts. Pand. § 92 п. 3 z. d.*) не допускаютъ коллизію между правами неодинаковой силы, напр., между привилегированными и непривилегированными обязательствами по взысканію съ имущества несостоятельнаго должника. Другіе же ученые (*Wächter. Pand. Bd. 1 § 96. Beil. II; Dernburg. Pand. I, p. 91*) допускаютъ такую коллизію на томъ основаніи, что оба вида обязательствъ имѣютъ право на удовлетвореніе изъ конкурсной массы; только привилегированныя требованія оттѣсняютъ непривилегированныя требованія назадъ.

Общихъ правилъ, по которымъ разрѣшается коллизія правъ, установить нельзя. Все зависитъ отъ свойства и силы даннаго права; поэтому о разрѣшеніи коллизій можно говорить только въ особомъ ученіи о каждомъ разрядѣ правъ. Въ общей части можно сдѣлать лишь нѣкоторыя болѣе или менѣе общія замѣчанія.

Такъ, вещныя права иногда (права на чужія вещи) въ случаѣ коллизіи осуществляются по началу старшинства установленія: *qui prior est tempore, potior est jure*, какъ напр., нѣсколько закладныхъ правъ. При правахъ одинаковой силы дѣйствуетъ правило: *in pari causa est potior causa possidentis*<sup>1)</sup>, т. е. преимущество имѣетъ то право, которое сопровождается обладаніемъ предмета.

Въ обязательственныхъ правахъ старшинство по времени не даетъ никакого преимущества; поэтому если собственникъ продастъ одну и ту же вещь въ разное время разнымъ лицамъ, то купившій первымъ не имѣетъ никакого преимущества передъ другими покупателями.

Для всякой же коллизіи руководящимъ должно быть признано то начало, что пріобрѣтающій выгоду долженъ уступить мѣсто тому, кто осуществленіемъ своего права стремится избѣгнуть убытка, напр., получившій отказъ можетъ осуществить свое право только по удовлетворенію кредиторовъ наслѣдства.

При отправленіи права могутъ представиться нарушенія его. Право, осуществляемое вполнѣ или отчасти, можетъ быть нарушаемо, что вызываетъ на защиту. Какъ самыя нарушенія, такъ и средства защиты, различны. Подробное изложеніе средствъ защиты противъ нарушеній частно-гражданскихъ будетъ имѣть мѣсто при развитіи отдѣльныхъ институтовъ права. Тутъ будетъ указано только на общія средства защиты гражданскихъ правъ подъ слѣдующими тремя рубриками: 1) Въ

<sup>1)</sup> L. 10 D. 20 1.

виду возможнаго нарушенія правъ могутъ быть приняты мѣры къ обезпеченію ихъ осуществленія. 2) Послѣ совершеннаго нарушенія опредѣленными средствами уничтожаются послѣдствія такого нарушенія. 3) Существуютъ чрезвычайныя мѣры защиты правъ.

## 1. Обезпеченіе правъ.

*Источники:* Inst. 3, 18 de divisione stipulationum; Inst. 4, 11 de satisfactionibus; Dig. 46, 5 de stipulationibus praetoriis; Dig. 46, 6—8; Dig. 2, 8 qui satisfacere cogantur vel jurato promittant vel suae promissioni committantur; Cod. 2, 57 de satisfaciendo.

*Пособія:* *Schirmer*. Die Prätor. Judicialstipulationen. 1853. *Muther*. Sequestration u. Arrest 1856. *Nicolas*. Etude sur le droit de rétention légal. 1872. *Schläger*. Von den Kautionen im Civilprozesse въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 9, p. 1, 7, 10.

### а) Protestatio и reservatio.

Подъ протестомъ, protestatio, разумѣется такое объявленіе воли по поводу извѣстнаго юридическаго дѣйствія, которымъ, объявленіемъ, останавливается опредѣленное послѣдствіе даннаго юридическаго дѣйствія <sup>1)</sup>. Это объявленіе воли можетъ касаться какъ собственнаго дѣйствія протестанта, такъ и дѣйствія посторонняго лица.

Напр., если наслѣдникъ, не желая принимать наслѣдство, вмѣшивается въ наслѣдственное имущество съ цѣлью хотя бы познакомиться съ активомъ его, то, чтобы его дѣйствія не были приняты за pro herede gestio, онъ долженъ сдѣлать протестъ.—Но чаще всего протестъ касается дѣйствія другого лица, напр., протестъ съ цѣлью прервать давность владѣнія.

Но если извѣстное дѣйствіе или происшествіе имѣетъ законныя, независящія отъ воли протестующаго послѣдствія, то они не могутъ быть отмѣняемы протестомъ.

Особый видъ протеста есть reservatio <sup>2)</sup>. Это такое объявленіе воли, которымъ выражается желаніе сохранить опредѣленное право, считающееся безъ такого объявленія прекращеннымъ.

<sup>1)</sup> См., напр., L. 1 §§ 3, 4 D. 25, 3; L. 10 § 3 D. 42, 8; L. 2 C. 7, 40.

<sup>2)</sup> L. 20 § 1 D. 29, 2.

Напр., чтобы сохранить право пользования (*ususfructus*) продаваемой вещью, продавец долженъ это оговорить при продажѣ.

#### б) *Cautiones*.

Подъ *cautiones* въ общемъ смыслѣ разумѣются разнообразныя средства обезпеченія уже установленныя правъ. Главнымъ и обыкновеннымъ средствомъ обезпеченія правъ были въ Римѣ т. наз. *stipulationes praetoriae*, на которыя вынуждали сами преторы. Стипуляціи, имѣвшія такую цѣль, носили названіе *cautiones*.

У римскихъ юристовъ встрѣчаются самыя различныя подраздѣленія этихъ средствъ обезпеченія на виды <sup>1)</sup>. Въ современной наукѣ ихъ классифицируютъ такъ: *Cautiones* по происхожденію могутъ быть: *s. legales*, если они устанавливаются по требованію самого закона; *s. judiciales, vel ex officio iudicis*, вынуждаемая судьей; *s. testamentariae*, устанавливаемая по духовному завѣщанію, и *s. conventionales*, устанавливаемая по соглашенію сторонъ.—*Cautiones legales et judiciales* подходятъ подъ категорію *cautiones necessariae*, устанавливаемыхъ помимо воли сторонъ; *cautiones* же *testamentariae* и *conventionales* будутъ *caut. voluntariae* <sup>2)</sup>.

Съ точки зрѣнія средствъ обезпеченія, *cautiones* бываютъ *reales* и *verbales*. Подъ *cautio realis* подходитъ обезпеченіе залогомъ, *hypotheca* <sup>3)</sup>, и поручительствомъ, *fidejussio* <sup>4)</sup>, а подъ *cautio verbalis* <sup>5)</sup> обезпеченіе обѣщаніемъ выполненія, *permissio, nuda promissio*, или обѣщательною клятвою, *iuramentum promissorium* <sup>6)</sup>. Устанавливается *cautio realis* съ цѣлью обезпечить матеріальное выполненіе права; *cautio verbalis*—съ цѣлью облегчить судебное притязаніе по данному праву.

Сомнѣваясь въ томъ, что должникъ будетъ способенъ къ уплатѣ въ срокъ осуществленія права, послѣднее обезпечиваютъ залогомъ; когда же имѣется сомнѣніе не въ способности должника къ платежамъ, а въ самомъ правѣ искового притязанія, то въ обезпеченіе послѣдняго прибѣгаютъ къ *cautio verbalis*.

<sup>1)</sup> Съ одной стороны, см. *Inst.* 3, 18 de *divisione stipulationum* и *Pomponius* L. 5 pr. D. 45, 1. Съ другой стороны, см. *Ulpianus* L. 1 pr. D. 46, 5.

<sup>2)</sup> L. 7 § 1 D. 2, 8.

<sup>3)</sup> L. 4 § 8 D. 40, 5; L. 1 § 9 D. 37, 6.

<sup>4)</sup> L. 7 D. 46, 5; L. 1 D. 2, 8.

<sup>5)</sup> L. 1 §§ 4—8 D. 46, 5; L. 2 § 3 D. 43, 3.

<sup>6)</sup> § 2 J. 4, 11.

*Cautio verbalis* исходило отъ лица, противъ котораго имѣлось притязаніе, и въ чистомъ видѣ примѣнялось рѣдко; чаще же оно сопровождалось поручительствомъ, что называлось *satisfactio* <sup>1)</sup>.

в) *Sequestratio*.

Подъ секвестромъ разумѣется тотъ случай обезпеченія выполнения права, когда на время выясненія искового притязанія вещь передается третьему лицу (*sequester*). *Sequestratio* можетъ быть обязательна для сторонъ по самому закону; въ другихъ случаяхъ она устанавливается по соглашенію. Отсюда дѣленіе на *sequestratio necessaria* и *seq. voluntaria*. Примѣровъ перваго вида секвестра было достаточно въ римскомъ правѣ; такъ, по закону отдавались въ секвестръ: приданое безумной жены въ случаѣ расточительности мужа <sup>2)</sup>, спорная движимая вещь въ случаѣ апелляціи на приговоръ <sup>3)</sup>; и т. п.

г) *Missio in possessionem* <sup>4)</sup>.

Какъ средство обезпечить выполнение права въ римскомъ правѣ былъ извѣстенъ ввѣдъ во владѣніе, въ обладаніе отдѣльными вещами, или всей совокупностью имущества, *missio in bona, in possessionem*.

Подобный ввѣдъ имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ:

Съ цѣлью принудить отвѣтчика принять вызовъ, совершалось *missio in possessionem contumaciae coercendae gratia*.

*Missio rei servandae causa*, ввѣдъ для охраны имущества въ виду будущаго осуществленія на него права: 1) Ввѣдъ для выполнения судебного рѣшенія (*executio rei iudicatae*). 2) При несостоятельности должника кредиторы вводятся въ обладаніе его имуществомъ. 3) Ввѣдъ съ цѣлью осуществить будущее право на оставленное наслѣдство, напр., при *hereditas iacens*. 4) Ввѣдъ въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, обязанное по закону или *ex officio iudicis* представить *cautio* по осуществленію права, не исполняетъ этой обязанности. 5) *Missio in bona*, какъ

<sup>1)</sup> L. 1 § 5 D. 46, 5.

<sup>2)</sup> L. 22 § 8 D. 24, 3.

<sup>3)</sup> L. 5 C. 7, 65.

<sup>4)</sup> Dig. 42, 4 quibus ex causis in possessionem eatur; 42, 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Cod. 7, 72 de bonis auctoritate iudicis possidendis seu vendundis et de separationibus bonorum.

предварительное выполнение известнаго права, напр., беременная женщина вводится въ обладаніе имуществомъ *ventris nomine*, въ виду возможнаго въ будущемъ права на это имущество теперь еще не родившагося<sup>1)</sup>).

*Missio in possessionem* по общему началу не устанавливаетъ для *missus* юридическаго владѣнія, а даетъ только *detentio rei*, простое обладаніе вещью<sup>2)</sup>).

Только въ одномъ случаѣ *missio* влекло за собою, по первому акту, юридическое владѣніе, а по второму акту—и самое право собственности. Такъ, въ случаѣ недоставленія обезпеченія въ нанесеніи ущерба чужому имуществу, т. наз. *cautio damni infecti*<sup>3)</sup>, по *missio ex primo decreto* предоставляется юридическое владѣніе; если же и послѣ этого не будетъ дано *cautio*, то *ex secundo decreto* для *missus* устанавливается право собственности.

По общему опять началу *missus* не имѣетъ и права пользованія, *jus fruendi*; собранные имъ плоды уменьшаютъ самое право требованія. Только въ исключительныхъ случаяхъ, какъ напр., при *missio in possessionem ventris nomine* предоставляется и право пользованія.

#### д) *Retentio*<sup>4)</sup>.

Подъ *jus retinendi* разумѣется право удерживать вещь, не удовлетворяя требованію выдать лицу, имѣющему на нее право, пока это лицо не удовлетворитъ обратнаго требованія, связаннаго съ его притязаніемъ. Удержатель вещи можетъ быть юридическимъ ея владѣльцемъ и даже собственникомъ. Такъ, право на *retentio* имѣютъ залогоприниматель, принявшій вещь въ ссуду (*commodatarius*), добросовѣстный владѣлецъ, пока не будутъ удовлетворены ихъ требованія по поводу затратъ, которыя они совершили на данную вещь<sup>5)</sup>).

#### е) Составленіе инвентаря (*inventarium, repertorium*).

Однимъ изъ способовъ обезпеченія правъ было составленіе письменнаго реестра имущественныхъ предметовъ въ тѣхъ слу-

<sup>1)</sup> Dig. 37, 9 de ventre in possessionem mittendo etc.

<sup>2)</sup> L. 10 § 1 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> Dig. 39, 2, de damno infecto.

<sup>4)</sup> *Grosskopf*. Z. Lehre v. Retentionsrecht 1860; *Maschié*. Etude sur le droit de rétention en dr. rom. 1869.

<sup>5)</sup> L. 1. pr. D. 20, 6.—L. 15 § 2 D. 47, 2.—L. 48 D. 6, 1.

чаяхъ, когда опредѣленные лица являются обязанными къ выдачѣ даннаго имущества или отвѣтственными за общее или частичное управленіе имъ, какъ-то опекуны <sup>1)</sup>, представители юридическихъ лицъ <sup>2)</sup>. Другія лица обязаны составлять инвентарь какъ такое обезпеченіе, которымъ они избѣгаютъ извѣстнаго правового убытка; такъ напр., наследникъ, не желая отвѣчать во всемъ размѣрѣ долговъ наследодателя, превышающихъ оставленное имущество, можетъ избѣгнуть такой отвѣтственности путемъ составленія инвентаря наследственному имуществу и тогда уже онъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ только даннаго инвентаря <sup>3)</sup> (такъ наз. *beneficium inventarii*).

## II. Активные способы защиты правъ.

Прежде всего слѣдуетъ разсмотрѣть такіе способы защиты, которые занимаютъ средину между фактической и юридической защитой правъ, а именно:

### Самооборона и самопомощь.

*Пособія: J. Schmitt. Die Selbsthilfe im Römischen Privatrecht 1868; Wendt. Das Faustrecht 1883.*

Самооборона, *inculcata tutela*, есть отраженіе противузаконнаго посягательства. Въ римскомъ правѣ она допускалась общимъ началомъ и въ формѣ даже отраженія силы силою, *vim vi repellere licet* <sup>4)</sup>. Болѣе подробное развитіе этого вопроса принадлежитъ уголовному праву.

Самопомощь, *sibi jus dicere*, есть осуществленіе дѣйствительнаго или мнимаго права со стороны извѣстнаго лица путемъ нападенія на лицо или имущество другого лица. Вызванное самопомощью состояніе могло быть уже по преторскому праву устранено правовыми средствами. Въ концѣ республики для случаевъ самопомощи существовали *interdictum quod vi* и *lex Julia de vi*. По послѣднему самопомощь разсматривалась какъ *crimen vis* и наказывалась уголовнымъ порядкомъ <sup>5)</sup>. Но

<sup>1)</sup> L. 7 pr. D. 26, 7; L. 24 C. 5, 37.

<sup>2)</sup> L. 32 C. 1, 3; Nov. 131, 15.

<sup>3)</sup> § 6 J. 2, 19; L. 22 C. 6, 30.

<sup>4)</sup> L. 1 C. unde vi 8, 4 ср. L. 3 D. 1, 1; L. 4 D. 9, 2; L. 1 § 27 D. 43, 16.

<sup>5)</sup> L. 5; L. 8 D. 48, 7.

только въ императорскія времена появляются общія гражданско-правовыя мѣры противъ самопомощи. Такъ по *decretum divi Martii*, кредиторъ, который съ цѣлью удовлетворить себя, самовольно, безъ посредства суда и противъ воли должника, захватываетъ вещь послѣдняго или принуждаетъ его къ выдачѣ, обязывается возвратить данную вещь и въ наказаніе теряетъ право требованія <sup>1)</sup>. Затѣмъ, въ массѣ узаконеній устанавливалось наказаніе за самовольно взятая въ залогъ вещи, за удержаніе дѣтей должника въ качествѣ заложниковъ или чтобы заставить ихъ работать въ удовлетвореніе долга, и т. д. <sup>2)</sup>. Но особенное значеніе имѣетъ законъ Валентиніана III, Θεодосія II и Аркадія 389 г., по которому лицо, захватившее вещь, дѣйствительно или мнимо ему принадлежащую, обязуется возвратить вещь и теряетъ на нее право собственности, если оно имѣло это право, въ противномъ же случаѣ, кромѣ возвращенія вещи, потерпѣвшему уплачивается еще стоимость ея <sup>3)</sup>. Дозволяется самопомощь только въ тѣхъ случаяхъ, когда обращеніе къ суду могло бы повести къ неисправимому ущербу <sup>4)</sup>, напр., должникъ бѣжитъ и уноситъ съ собою вещь. Допускалась самопомощь и въ тѣхъ случаяхъ, когда на нее было соглашеніе сторонъ и притомъ въ размѣрѣ этого соглашенія, напр., кредитору, не получившему въ срокъ уплаты долга, предоставляется по предварительному соглашенію вступить во владѣніе опредѣленнымъ имуществомъ должника <sup>5)</sup>.

### Право въ судебномъ его осуществленіи.

*Пособія: Windscheid. Die Actio des Röm. Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts 1856. Muther. Zur Lehre von der Röm. Actio 1857; Windscheid. Die Actio (возраженіе противъ Мутера) 1857; Plösz. Beiträge zur Theorie des Klagerrechts. 1880.*

Разсматривая право въ судебномъ его осуществленіи, слѣдуетъ прежде всего разграничить предметъ изслѣдованій гражданского права и предметъ изслѣдованій гражданского про-

<sup>1)</sup> L. 7 D. 48, 7 ср. L. 13 D. 4, 2.

<sup>2)</sup> См. *Wendt* cit. § 3.

<sup>3)</sup> L. 7 C. 8, 4. См. еще болѣе ранѣе постановленіе Константина L. 3 C. Th. 9, 10.

<sup>4)</sup> L. 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42, 8.

<sup>5)</sup> L. 3 C. 8, 13.



цесса<sup>1)</sup>. Первое рассматриваетъ право въ судебномъ его осуществленіи, второй—судебное осуществленіе права. Такъ

1) Съ выраженіемъ искъ (*actio*) соединяется двойной смыслъ. Съ точки зрѣнія гражданскаго процесса, подъ нимъ разумѣется процессуальное дѣйствіе, которымъ одно лицо (истецъ, *actor*, *petitor*) призываетъ въ защиту судъ противъ опредѣленнаго противника (отвѣтчика, *reus possessor*, *unde petitur*), чтобы заставить послѣдняго признать право, на которое притязаетъ истецъ, и понудить отвѣтчика на соответствующее отношеніе къ истцу. Съ точки же зрѣнія матеріальнаго права, подъ *actio* разумѣется право призвать въ извѣстныхъ случаяхъ защиту суда для осуществленія правового притязанія<sup>2)</sup>, т. е. право на искъ въ процессуальномъ отношеніи, исковое право<sup>3)</sup>. Въ этомъ смыслѣ говорятъ: собственникъ, кредиторъ имѣетъ искъ.

2) И возраженіями (*exceptioes*) матеріальное право занимаетъ только въ смыслѣ права стороны, какъ возможность осуществить свое право путемъ обороны.

3) Доказательства рассматриваются матеріальнымъ правомъ въ смыслѣ совокупности основаній, говорящихъ въ пользу даннаго заявленія, безотносительно къ роли суда.

4) Наконецъ, судебное рѣшеніе рассматривается въ матеріальномъ правѣ какъ актъ, признающій или не признающій возможность непосредственнаго осуществленія права, какъ рѣшительный моментъ въ судьбѣ права, однимъ словомъ, изучаетъ его значеніе для осуществляемаго права.

*Отношеніе иска къ матеріальному праву.*—Искъ, по господствующему въ наукѣ воззрѣнію<sup>4)</sup>, рождается и существуетъ вмѣстѣ съ матеріальнымъ правомъ; искъ составляетъ силу, мочь этого права. Каждое право имѣетъ то качество, что въ случаѣ фактическое состояніе не соответствуетъ его содержанію, быть осуществленнымъ со стороны его субъекта путемъ процесса. Если фактическое состояніе не соответствуетъ матеріальному праву, то измѣняется лишь природа искового

<sup>1)</sup> См. *Schultze. Privatrecht u. Process in ihrer Wechselbeziehung.* 1884; *Гольмстенъ.* Объ отношеніи гражданскаго судопроизводства къ гражд. праву въ Журн. Гражд. и Уголов. пр. 1879, кн. 4, стр. 77 и слѣд.

<sup>2)</sup> *Conveniendi iudicis facultas* (L. 5 § 14 D. 3. 5); *agendi facultas* (L. 1 D. 13, 4).

<sup>3)</sup> *Unger. Oesterr. Privatr.* 2, p. 350, 351.

<sup>4)</sup> Напр., *Puchta. Pand.* § 81; *Arndts. Pand.* § 96; *Unger. Oest Priv.* 2 § 113.

права: къ основанію иска присоединяется поводъ къ иску и только въ этомъ смыслѣ говорится, что *actio nata est*, искъ родился. Этотъ смыслъ иска и выражаетъ опредѣленіе источниковъ: *nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debetur iudicio persequendi*<sup>1)</sup>, т. е. искъ есть право преслѣдованія судомъ того, что считаемъ себѣ должнымъ.

Противъ высказаннаго воззрѣнія на значеніе иска, какъ атрибута матеріальнаго права, сливающегося съ нимъ неразрывно, нерѣдко возражаютъ, доказывая, что искъ есть нѣчто придаточное къ праву, вытекающее изъ какого либо особаго юридическаго факта. Такъ, по мнѣнію Савиньи (*System 5 § 204, 205*, также *Wetzell. Syst. § 5*), *actio* есть новое право, родившееся изъ нарушенія права. По мнѣнію другихъ писателей, исковое право независимо отъ существованія матеріальнаго права, которое всегда до приговора сомнительно (*Plossz. Theorie d. Klagerechts*, p. 14, 32); другіе, наконецъ, самостоятельность искового права отъ матеріальнаго права доводятъ до того, что не замѣчаютъ между ними связи даже въ притязаніи истца на опредѣленное право (*Muther. Actio § 12*, ср. *Windscheid. Die Actio d. röm. Civilrechts*. 1856).

Въ исторіи, особенно римскаго, права наблюдаются явленія, когда исковое право не совпадаетъ съ матеріальнымъ правомъ. Такъ съ одной стороны, римское право знало цѣлый разрядъ исковъ, которые по самому ихъ происхожденію не были соединены съ матеріальнымъ правомъ, которымъ не отвѣчали существующія въ дѣйствительности матеріальныя права, признанныя положительнымъ правомъ. Такъ напр., интердиктами первоначально защищались отношенія, не признанныя правами въ субъективномъ смыслѣ. Но эти и подобныя другіе примѣры только формально представляютъ иски безъ правъ, по существу же самой защитой они указываютъ на признаніе, хотя и не органами гражданского права<sup>2)</sup>, въ защищаемыхъ отношеніяхъ правовой характеръ<sup>3)</sup>.

Съ другой стороны, многія права не имѣли искового права; осуществленіе ихъ не могло быть преслѣдуемо искомъ, напр., т. наз. естественныя обязательства. Разсматривая внимательно подобныя явленія, нельзя не замѣтить, что данныя права лишены иска по спеціальному предписанію положительнаго права; отсюда слѣдуетъ, что исковое право въ каждомъ матеріальномъ

<sup>1)</sup> L. 51 D. 44, 7; pr. J. 4, 6.

<sup>2)</sup> Praetor jus facere non potest.

<sup>3)</sup> См. въ ученіи о владѣніи.

правѣ разумѣется само собою <sup>1)</sup> и въ сомнѣніи даже должно быть предполагаемо <sup>2)</sup>).

Итакъ, исковое право есть тоже матеріальное право, но только въ особомъ его проявленіи.

### Иски, actiones.

*Источники:* Inst. 4, 6 de actionibus; Dig. 44, 7; Cod. 4, 10 de obligationibus et actionibus.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. R. 5 § 205—226; Bonjean. Traité der actions etc. 3 éd. 1864; E. I. Bekker. Die Aktionen des röm. Privatrechts Bd. I 1871, Bd. II 1873.

Въ обширномъ смыслѣ подъ actio разумѣется всякое правовое средство судебной защиты. Въ этомъ смыслѣ сюда подойдутъ, напр., и возраженія (L. 1 D. 44, 1). Въ тѣсномъ смыслѣ actionis verbo non continetur exceptio (L. 8 § 1 D. 50, 16), см. Savigny cit. p. 7 и слѣд.

### Дѣленіе исковъ:

1) *По правамъ, лежащимъ въ ихъ основаніи.* По отношенію къ правамъ, которыя служатъ основаніемъ исковъ, всѣ иски дѣлятся на личные и не-личные, иначе вещные иски <sup>3)</sup>. Intentio при личныхъ искахъ было направлено *in personam*; intentio же при не-личныхъ искахъ *in rem*; откуда и самое названіе actiones in personam и actiones in rem. Первые носятъ еще названіе condictiones, а вторые—vindicationes.

Actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio et in personam, quae conditio appellatur. L. 25 pr. D. 44, 7.

Въ основѣ этого дѣленія лежатъ права, которыя защищаются тѣмъ или другимъ искомъ.

Actiones in rem суть тѣ иски, которые вытекаютъ изъ права абсолютнаго, притязанію по которому соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ и каждаго; такъ что отвѣтчикомъ по данному иску будетъ всякое лицо, которое нарушитъ право. Такимъ образомъ, лицо отвѣтчика опредѣляется лишь съ момента наруше-

<sup>1)</sup> Unger. Oest. Priv. 2. p. 352, 353.

<sup>2)</sup> Wächter. Pand. I, p. 538. Ср. Bekker въ Zeitschr. f. vergleich. R. W. I, p. 110 и слѣд.

<sup>3)</sup> Gajus 4 § 1; § 1 J. 4, 6.

нія права. Абсолютными правами считаются права вещныя <sup>1)</sup> и права личности <sup>2)</sup>.

*Actiones in personam* суть иски, вытекающіе изъ права, по которому опредѣленное лицо обязуется по отношенію къ другому дѣлать что либо или не дѣлать, иначе—это иски по обязательствамъ <sup>3)</sup>. Тутъ лицо, противъ котораго можетъ быть вчиненъ искъ, уже впередъ опредѣлено и извѣстно съ момента рожденія права.

Но имѣются и такіе иски, по которымъ, несмотря на то, что въ основѣ ихъ лежитъ личное право, отвѣтчикомъ можетъ быть всякое лицо, а именно обладающее въ данное время вещью, по поводу которой предъявляется искъ. Такъ, по *actio quod metus causa* отвѣчаетъ всякое лицо, у котораго находится вещь, составляющая предметъ иска. Въ сущности это есть искъ личный; по нему отвѣчаетъ только данное лицо, которое признакомъ *detentio rei* лишь опредѣляется. Такіе иски называются *actiones in rem scriptae* <sup>4)</sup>. Къ иску ихъ принадлежитъ еще, напр., *actio Pauliana*: если *in fraudem* кредиторовъ отчуждена должникомъ вещь, то они имѣютъ право обратиться съ искомъ ко всякому лицу, приобрѣвшему эту вещь <sup>5)</sup>. Другой подобный искъ будетъ *actio ad exhibendum* <sup>6)</sup>.

Отъ рассмотрѣнныхъ исковъ слѣдуетъ строго отличать тѣ иски, которые въ источникахъ называются *actiones quae mixtam causam habent*, т. е. смѣшанными исками.

*Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam. § 20 J. 4, 6.*

Но допустить особый разрядъ исковъ смѣшанныхъ изъ признаковъ личныхъ и вещныхъ исковъ нельзя, ибо въ основѣ тѣхъ и другихъ лежатъ права несовмѣстимыя: въ первыхъ—относительныя, во вторыхъ—абсолютныя. Поэтому иски, называемые смѣшанными, слѣдуетъ размѣстить по главнымъ двумъ разрядамъ. Такъ, источники говорятъ, что искъ по наследству (*petitio hereditatis*) и иски на раздѣлъ (*judiciae divisoriae: actiones familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*)

<sup>1)</sup> L. 25 pr. D. 44, 7; §§ 1, 2 J. 4, 6.

<sup>2)</sup> § 13 J. 4, 6.

<sup>3)</sup> Gajus 4 § 2; § 1 J. 4, 6.

<sup>4)</sup> L. 9 § 8 D. 4, 2.

<sup>5)</sup> L. 1 pr.; L. 6 § 8; L. 9, 10 § 2—5; L. 25 § 1 D. 42, 8.

<sup>6)</sup> L. 5, § 4 D. 10, 4.

*mixtam causam obtinere videntur*<sup>1)</sup>. Но такъ можно сказать только объ отдѣльныхъ правовыхъ послѣдствіяхъ данныхъ исковъ, а не о сущности ихъ. По сущности *restitutio hereditatis* всегда *actio in rem*, ибо отвѣтственнымъ по нему будетъ всякое лицо, которое нарушитъ права наследника. Иски же на раздѣлъ по сущности будутъ *actiones in personam*, ибо отвѣтственнымъ по нимъ можетъ быть только опредѣленное лицо.

Къ числу *actiones in rem* относятся такъ наз. *actiones praejudiciales* или *praejudicia*<sup>2)</sup>, установительные иски<sup>3)</sup>, т. е. иски, направленные не на присужденіе отвѣтчика къ совершенію извѣстнаго дѣйствія, а на установленіе, признаніе какого нибудь правового или фактическаго отношенія. Споръ о такомъ отношеніи часто могъ быть поднятъ въ другомъ процессѣ и требовалъ предварительнаго разрѣшенія; откуда и самое названіе данныхъ исковъ. Противники въ *praejudicia* впередъ не опредѣлены; ими будутъ всѣ и каждый, кто отказывается въ признаніи даннаго спорнаго отношенія. Поэтому эти иски и относятся къ *actiones in rem*. Примѣры *act. praejud.*: иски, направленные на разрѣшеніе вопроса о томъ, будетъ ли лицо свободнымъ или вольноотпущеннымъ, или вопроса о признаніи даннаго родившагося, или имѣющаго родиться за ребенка даннаго лица<sup>4)</sup>.

*Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit vel de partu agnoscendo.* § 13 J. 4, 6; Gajus 4 § 44; L. 12 pr. D. 10, 4; L. 40 § 1 D. 29, 1; L. 32 D. 40, 12.

2) *Дѣленіе исковъ по объектамъ.* Подъ объектомъ иска разумѣется то, чего истецъ старается достигнуть путемъ посредничества суда. По объекту всѣ иски дѣлятся прежде всего на *actiones rei persecuendae causa*, *poenae persecuendae causa*, *mixtae*<sup>5)</sup>.

*Actiones rei pers. causa*, иначе *act. rei persecutoriae*, служатъ къ возстановленію нарушеннаго правового состоянія; таковы обыкновенно иски изъ вещнаго права и договоровъ<sup>6)</sup>.

*Actiones poenae persecuendae causa*, или *actiones poenales*,

<sup>1)</sup> § 20 J. 4, 6; L. 7 C. 3, 31.

<sup>2)</sup> Ср. *Vangerow. Pand. I* § 113, p. 168.

<sup>3)</sup> См. *Weismann. Die Feststellungsklage* 1879; *Löning. Die Widerklage* 1881, p. 182—190.

<sup>4)</sup> См. *Belker. Aktionen Bd. I*, p. 283.

<sup>5)</sup> Gajus 4 §§ 6—9; §§ 16—27 J. 4, 6.

<sup>6)</sup> L. 35 D. 44, 7; § 17 J. 4, 6.

служать для нанесенія извѣстнаго имущественнаго убытка правонарушителю и соотвѣтственнаго обогащенія потерпѣвшаго лица. Вытекали эти иски изъ деликта<sup>1)</sup>. Составъ имущества, отнимаемаго у правонарушителя въ пользу потерпѣвшаго, носить названіе роена, штрафа (частнаго). Къ числу данныхъ исковъ принадлежитъ, напр., *actio furti*, направленный на взысканіе двойной или даже четверной стоимости украденнаго; само же украденное имущество могло быть востребовано по *rei vindicatio* или *condictio furtiva*.

Подъ *actiones mixtae*, исками смѣшанными, разумѣются иски, которые служатъ какъ возстановленію нарушеннаго имущественнаго права, такъ и увеличенію, въ наказаніе правонарушителю, имущества потерпѣвшаго, *tam rei quam роенае persecuendae causa comparatae et ob id mixtae sunt*<sup>2)</sup>. Таковы, напр., *actio vi bonorum raptorum* и *actio Aquiliana*. По этимъ искамъ взыскивалась, кромѣ самой вещи или ея стоимости, еще въ качествѣ штрафа извѣстная сумма, соотвѣтствующая цѣнѣ вещи<sup>3)</sup>.

*Actiones rei perseq. c.* могутъ быть вчинены и противъ наследниковъ отвѣтчика; *actiones же роенае perseq. c. heres non succedit*.

По объекту иски дѣлятся еще на *actiones directae или principales* и *actiones contrariae*. Первые, иски прямые, направлены на требованіе того, что было уговорено между сторонами, т. е. они вытекали непосредственно изъ цѣли данной сдѣлки, напр., *actio depositi directa*, искъ о возвращеніи отданнаго на сохраненіе. Вторые, иски обратные, направлены на обратное требованіе добавочныхъ сторонъ сдѣлки, которыя прямо предусмотрѣны не были, а вытекаютъ изъ добавочныхъ обстоятельствъ, чаще всего случайныхъ, напр., по поводу затратъ по вещи, отданной на сохраненіе, *actio depositi contraria*.

3) Дѣленіе исковъ съ точки зрѣнія спорящихъ сторонъ. По спорящимъ лицамъ и ихъ взаимнымъ отношеніямъ иски дѣлятся на *actiones privatae* и *actiones populares*<sup>4)</sup>. Подъ первыми разумѣются иски, служащіе къ возстановленію частнаго имущественнаго интереса, подъ вторыми же—иски, служащіе

<sup>1)</sup> Gajus 4 § 8; § 18 J. 4, 6.

<sup>2)</sup> § 18. J. 4, 6.

<sup>3)</sup> § 21, 23 J. 4, 6.

<sup>4)</sup> Dig. 47, 23 de popularibus actionibus.—Bruns въ Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 3, p. 341 и слѣд.

къ возстановленію общественнаго интереса. *Eam popularem actionem dicimus, qua suum jus populi tuetur*<sup>1)</sup>). Последніе иски могутъ быть осуществляемы каждымъ римскимъ гражданиномъ<sup>2)</sup>). Если истцами являются нѣсколько лицъ, то преторъ избираетъ одного изъ нихъ, какъ болѣе способнаго къ преслѣдованію или лично заинтересованнаго<sup>3)</sup>). Результатъ взысканія, по преторскому праву, могъ идти въ пользу истца, а по общему закону — въ пользу общины, казны. Къ числу *act. populares* принадлежатъ, напр., *actiones de effusis et dejectis, de albo corrupto*.

Въ источникахъ упоминаются еще *actiones quasi populares, quasi publicae*. *Vatic. frag. 266; § 3 I. 1, 26*.

Въ этомъ же раздѣлѣ слѣдуетъ сказать о т. наз. *actiones vindictam spirantes*, искахъ по личнымъ оскорбленіямъ. По выраженію источниковъ, эти иски *vindictam continent, ad ultionem pertinent*. Они могутъ быть осуществлены только противъ опредѣленныхъ лицъ и не переходятъ по общему правилу на наслѣдниковъ<sup>4)</sup>, за исключеніемъ того случая, когда потерпѣвшее лицо умерло уже послѣ вчиненія иска и дѣло дошло до *litis contestatio*<sup>5)</sup>. Къ числу этихъ исковъ принадлежатъ: *actio injuriarum, querella inofficiosi testamenti, actio calumniae, a. sepulcri violati* и др.

*Actiones simplices, duplices*<sup>6)</sup>. Обыкновенно исковое притязаніе направлено на присужденіе отвѣтчика или на установленіе для истца одного правового состоянія, а для отвѣтчика — другого состоянія. Поэтому исковая формула обыкновенно направлялась или на присужденіе отвѣтчика, или на отказъ истцу: *si paret condemnata, si non paret absolve*<sup>7)</sup>. Но иногда такой роли между сторонами распределить нельзя; каждая изъ сторонъ является, напр., въ искахъ о раздѣлѣ общаго имущества<sup>8)</sup> (*actio finium regundorum, actio familiae erciscundae, actio communi dividundo*), въ положеніи той и другой судебной сто-

<sup>1)</sup> L. 1 D. 47, 23.

<sup>2)</sup> L. 4 D. 47, 23.

<sup>3)</sup> L. 2; L. 3 § 1 D. 47, 23; L. 5 § 5 D. 9, 3; L. 3 § 12 D. 43, 29; L. 3 pr. § 9; L. 6 D. 47, 12.

<sup>4)</sup> § 1 J. 4, 12; L. 2 § 4 D. 37, 6.

<sup>5)</sup> L. 139 D. 50, 17.

<sup>6)</sup> *Eck.* Die sogenannten doppelseitigen Klagen d. Röm. u. Gemein. Deutsch. Rechts 1870.

<sup>7)</sup> Gajus 4 § 43.

<sup>8)</sup> L. 10 D. 10, 1; L. 44 § 4 D. 10, 2.

роны. Тутъ искъ направленъ на регулированіе даннаго фактическаго состоянія, поэтому и присужденіе можетъ быть въ ту и другую сторону. Послѣдніе иски называются *actiones duplices*, обоюдные иски, въ отличіе отъ первыхъ, *actiones simplices*, простыхъ исковъ<sup>1)</sup>.

*Историческія формы исковъ.*—Въ юстиніановомъ правѣ имѣютъ еще значеніе нѣкоторыя историческія формы исковъ. Такъ, по своимъ источникамъ иски дѣлились на *actiones civiles* или *legitimae* и *actiones honorariae*<sup>2)</sup>, *praetoriae*<sup>3)</sup>, *aediliciae*<sup>4)</sup>, смотря по тому, вытекаютъ ли они изъ *jus civile*, или изъ эдиктовъ магистратскихъ.

*Actiones directae* или *vulgares*, *actiones utiles*, *in factum*.—Подъ *actiones directae* разумѣлись тѣ иски, которые примѣнялись въ сферѣ прямого ихъ назначенія, т. е. къ случаямъ, по поводу которыхъ они первоначально установлены по *jus civile* или преторомъ. Этимъ признакомъ они отличаются отъ тѣхъ исковъ, которые были созданы позднѣе, частью по аналогіи съ первыми, *actiones utiles*<sup>5)</sup> (напр., иски эмфитевты по аналогіи съ исками собственника), частью отдѣльно отъ нихъ, по фактическимъ обстоятельствамъ даннаго дѣла, *actiones in factum*<sup>6)</sup> (напр., *actio Serviana*, *actio doli*). При распространеніи иска по аналогіи можно было придать ему основанія фиктивные; такой *actio utilis* носить названіе *actio fictitia*<sup>7)</sup>. Разъ созданъ *actio utilis*, то нѣтъ препятствія распространить его основу и на другіе случаи, создать по аналогіи отъ него новый *actio utilis*. Примѣръ *actio Publiciana in rem*, который самъ былъ *a. utilis* и затѣмъ распространень на аналогичныя случаи<sup>8)</sup>. Особеннымъ же видомъ *actio in factum* былъ т. наз. *actio praescriptis verbis*, искъ по безымянному договору, установленный по *jus civile* на основаніи извѣстныхъ фактическихъ данныхъ<sup>9)</sup>.

Затѣмъ еще въ юстиніановомъ слѣдуетъ отличать *actio* отъ

<sup>1)</sup> Gajus, 4 §§ 156—160; § 7 J. 4, 15.

<sup>2)</sup> Omnes autem actiones aut civiles dicuntur, aut honorariae L. 25 § 2 D. 44, 7; § 3 J. 4, 6.

<sup>3)</sup> L. 63 § 9 D. 36, 1.

<sup>4)</sup> Cod. 4, 58 de aediliciis actionibus.

<sup>5)</sup> § 16 J. 4, 3; L. 21 D. 19, 5. Слово *utilis* иногда производятъ отъ *ut uti* (см. Hugo. Gesch. d. Röm. R., p. 657 (11 изд.).

<sup>6)</sup> Gajus 4, 45, 46, 107; L. 1 pr.; L. 3 § 1 D. 4, 9; L. 25 § 1 D. 44, 7. См. Bekker. D. Aktionen II, p. 130—153.

<sup>7)</sup> Ulpianus 28, 12.

<sup>8)</sup> Quasi Publiciana actio L. 70 D. 6, 1.

<sup>9)</sup> См. Alb. Desjardins. De l'action praescriptis verbis, 1866.



*interdicta*. Иски вытекали изъ *jus civile* и проводились въ порядкѣ *ordo judiciorum privatorum*; *interdicta* же вытекали изъ магистратской *imperium* и производство по нимъ начиналось съ личнаго повелѣнія претора, обращеннаго къ сторонамъ<sup>1)</sup>. Согласно содержанію повелѣнія, *interdicta* были или *prohibitoria*, запретительные, или *restitutoria*, возстановительные, вынуждавшіе выдачу вещи, или *exhibitoria*, вынуждавшіе представить спорный предметъ. Формула первыхъ была: *vim fieri veto*; вторыхъ — *restituas*; третьихъ — *exhibeas*. По объекту интердикты дѣлились на *interdicta de divinis rebus* и *int. de rebus humanis*<sup>2)</sup>. Послѣдніе интердикты бываютъ или *publicae utilitatis causa* (*int. de liberis exhibendis*), или *officii causa* (*de libero homine exhibendo*), или, наконецъ, *interdicta rei familiaris causa constituta*, т. е. интердикты на защиту имущественныхъ отношеній; таковы интердикты на установленіе владѣнія, *interd. adipiscendae possessionis*, и на защиту уже существующаго права владѣнія, *interdicta retinendae possessionis*, *int. recuperandae possessionis*.

Въ юстиніановомъ правѣ еще проводится различіе между *interdicta* и *actiones*, хотя уже задолго до того интердикты, занесенные въ преторскій эдиктъ, ничѣмъ не отличались въ представленіи общества отъ исковъ<sup>3)</sup>, ибо всегда, когда имѣлось основаніе, въ эдиктѣ предоставлялся и интердиктъ. Съ другой стороны, послѣ Діоклетіана общая форма процесса была *extraordinaria cognitio*, т. е. судебныя дѣла рѣшались вполнѣ однимъ магистратомъ или его замѣстителемъ<sup>4)</sup>. Поэтому и процессуальной разницы между *actiones* и *interdicta* въ юстиніановомъ правѣ уже не было.

На это сглаженіе указываетъ юстиніаново право, говоря въ одномъ мѣстѣ, что искъ предоставляется *ex causa interdicti*. § 8 I. 4, 15. См. *Азаревичъ*. Прекаріумъ по римскому праву, 1877, стр. 229, 230. Въ другихъ же мѣстахъ выраженія еще болѣе опредѣленны: *interdicta quoque actionis verbo continentur* (L. 37 pr. D. 44, 7; L. 35 pr. D. eod.)

До-юстиніаново право знало еще различіе *actiones ordinariae* отъ *actiones arbitrariae*. *Actiones ordinariae* имѣли цѣлью присужденіе на денежную сумму, такъ какъ по процессуальному положенію римскаго права всякая *condemnatio* должна быть

<sup>1)</sup> См. *Lenel*. D. Edictum perpet., p. 356 и слѣд.

<sup>2)</sup> L. 1 pr.; L. 2 §§ 1, 2 D. 43, 1.

<sup>3)</sup> Ср. *Beliker*. Aktionen II, p. 58.

<sup>4)</sup> L. 2 C. 3, 3.

ресупиаріа<sup>1)</sup>. Поэтому всякое не-денежное притязаніе обращалось въ денежную сумму чрезъ судебную оцѣнку, *litis aestimatio*. Только въ исключительныхъ случаяхъ, когда дѣло рѣшалось повелѣніемъ магистрата или онъ *extra ordinem cognoscebat* (напр., по *exhibitio* завѣщанія, *vindicatio* раба), отвѣтчикъ присуждался къ самому предмету спора<sup>2)</sup>. Для обыкновенныхъ же случаевъ *actiones arbitrarіae*<sup>3)</sup> давали судѣ возможность косвеннымъ путемъ заставить отвѣтчика возстановить нарушенное право въ настоящемъ его видѣ, исполнить самый предметъ искового притязанія. Достигалось это слѣдующимъ образомъ. Преторъ дѣлалъ въ формулѣ такое объявленіе (*pronuntiatio*): *nisi arbitrato tuo restituatur, или exhibeatur*, когда по разсмотрѣніи дѣла судья найдетъ претензію истца дѣйствительной, то онъ присудитъ отвѣтчика къ денежной суммѣ, если только этотъ не вернетъ самага предмета спора или не выполнитъ опредѣленнаго дѣйствія<sup>4)</sup>. Но въ послѣднемъ случаѣ опредѣленіе денежнаго интереса предоставлялось усмотрѣнію истца по т. наз. *jusjurandum in litem*<sup>5)</sup>. Отъ приказанія судьи (*arbitratus, jussus judicis*) выполнить самый предметъ спора подъ страхомъ такой денежной оцѣнки, иски при подобной формулѣ носили названіе *actiones arbitrarіae*<sup>6)</sup>. Только чрезмѣрно большая оцѣнка подвергалась уменьшенію со стороны судьи. Но во всякомъ случаѣ, опасеніе, что оцѣнка будетъ выше стоимости вещи, косвенно вынуждало отвѣтчика выдать самый предметъ спора или выполнить опредѣленное дѣйствіе. Кроме того, неповиновеніе *arbitratus* судьи вело иногда къ *infamia* (напр., по *actio doli*), а иногда, какъ при *actio quod metus causa*, къ присужденію на четверной интересъ истца, впрочемъ, опредѣляемый тутъ самимъ судьей<sup>7)</sup>. Въ Ди-

<sup>1)</sup> Gajus 4 § 48—52.

<sup>2)</sup> L. 3 pr. D. 43, 4; L. 5 § 27 D. 36, 4.

<sup>3)</sup> Gajus 4 § 141; § 31 J. 4, 6.

<sup>4)</sup> Gajus 4 § 47.

<sup>5)</sup> Dig. 12, 3; Cod. 5, 53 de in litem jurando. См. v. Schröter. Ueber d. jusjurandum in litem въ Zeitschr. f. Civ. u. Proz. 7, p. 356.

<sup>6)</sup> § 1 J. 4, 6.

<sup>7)</sup> L. 14 §§ 1, 3, 4, 7, 14 D. 4, 2. — Но L. 68 D. 6, 1 слѣдуетъ, что въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ истецъ имѣлъ возможность осуществить *arbitratus* судьи противъ воли отвѣтчика, т. е., напр., силой взять самую вещь. Но это мѣсто такъ противорѣчитъ всѣмъ остальнымъ источникамъ, что по господствующему возрѣнію въ L. 68 cit. видятъ интерполяцію компиляторовъ Дигестъ, сдѣланную въ виду современнаго имъ положенія вещей (см. Savigny 5, p. 123 и слѣд.).

гестахъ встрѣчаются еще слѣды этихъ древнихъ началъ<sup>1)</sup>. Но въ юстиніановомъ правѣ уже не требовалось непременно денежнаго присужденія, хотя и тутъ, по мѣрѣ возможности, присужденіе выражалось или въ определенной денежной суммѣ, или въ определенномъ предметѣ<sup>2)</sup>. *Jusjurandum in litem* допускалось лишь тогда, когда отвѣтчикъ *dolo* дѣлалъ невозможнымъ возстановленіе самаго предмета спора<sup>3)</sup>.

Въ юстиніановыхъ сводахъ упоминается еще дѣленіе исковъ на *actiones stricti juris* и *actiones bonae fidei*<sup>4)</sup>. Въ *actiones stricti juris*<sup>5)</sup> должно было строго придерживаться правовой нормы; тутъ нельзя было разсматривать дѣла съ точки зрѣнія общей справедливости, тогда какъ въ *actiones bonae fidei* принимались во вниманіе рядомъ съ строгой буквой закона самый характеръ правоотношенія, рядомъ съ буквальнымъ смысломъ соглашенія его настоящее значеніе. Вообще при *act. bon f.* усмотрѣнію судьи предоставлялся обширный просторъ, тогда какъ въ *act. str. juris* онъ былъ строго связанъ буквальнымъ смысломъ формулы, поставленнаго притязанія со стороны истца и возраженій со стороны отвѣтчика. Къ числу *act. bonae fidei* принадлежали личные иски изъ двустороннихъ договоровъ (купи, найма и т. д.), изъ договоровъ залога, поклажи, ссуды, иски по приданому, по раздѣлу общаго имущества. Обыкновенная формула этихъ исковъ была такая: *quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere paret oportere ex fide bona*<sup>6)</sup>. Отъ послѣднихъ словъ и самое названіе исковъ, *act. bonae fidei*.

Въ юстиніановомъ правѣ почти все *judicia* были *bonae fidei*. Къ числу *act. stricti juris* тутъ причислялись еще т. наз. *condictiones*<sup>7)</sup>. Самое названіе этихъ исковъ происходитъ отъ той *legis actio*, которой основная форма состояла изъ предложенія истца отвѣтчику явиться черезъ 30 дней къ претору для назначенія судьи. Эта форма процесса примѣнялась по *lex Silia* къ искамъ на определенную денежную сумму, а по *lex Cal-*

<sup>1)</sup> Напр., L. 4 § 3; L. 13 § 1; L. 59 § 1 D. 42, 1; L. 5 § 1 D. 13, 6. См. *Wächter. Erörterungen* 2, p. 14—16; 3, p. 25 и слѣд.

<sup>2)</sup> § 32 J. 4, 6; § 2 J. 4, 17; L. 17 C. 7, 4; L. 14 C. 7, 45.

<sup>3)</sup> L. 2 § 1; L. 4 § 4; L. 5 § 3 D. 12, 3 ср. L. 2 C. 5, 53.

<sup>4)</sup> §§ 28—31 J. 4, 6.

<sup>5)</sup> L. 5 § 4 D. 12, 3; L. un. § 2 C. 5, 13. Ср. *Windscheid. Pand.* I § 46 п. 4.

<sup>6)</sup> См. *Belker. Aktionen* 1, p. 160—169.

<sup>7)</sup> См. *Baron. Abhandlungen aus dem röm. Civilrecht* I. Die *Condictio-*  
*nen*, 1881.

rupta къ искамъ на всякую другую опредѣленную вещь<sup>1)</sup>. Позднѣе это названіе осталось для обязательственныхъ исковъ на опредѣленный предметъ. При *condictiones* не указывалось основаніе иска, его *causa*, напр., опредѣленный договоръ и т. п. Общая ихъ формула была такая: *si parer eum dare oportere*<sup>2)</sup>. Но *jus civile* и юристы постепенно установили основанія, по которымъ можно было вчинать кондикціи, какъ-то: *stipulatio*, *contractus litterarum*, *legatum*, *lex*, соглашеніе о займѣ, а въ остальныхъ случаяхъ *cond.* была *sine causa*.

*Conditiones* дѣлятся на *condictiones certi* или *certae pecuniae*, когда дѣло идетъ о предоставленіи опредѣленной суммы денегъ<sup>3)</sup>, *condictiones triticariae*<sup>4)</sup> или *de certa re*, когда дѣло идетъ о предоставленіи всякого другого опредѣленнаго предмета, образцомъ котораго въ преторской формулѣ взять *tritiscum*, быть можетъ потому, что зерновой хлѣбъ былъ однимъ изъ самыхъ обыкновенныхъ предметовъ взысканія по этимъ искамъ. Затѣмъ, въ императорскія времена рядомъ съ этими *condictiones* начинаютъ упоминаться еще *condictiones incerti*<sup>5)</sup>, подъ которыми разумѣлись строгіе иски на *incertum* (формула: *dare facere*). Отсюда было уже недалеко до того, чтобы подъ *condictiones* стали разумѣть вообще *actiones in personam*<sup>6)</sup> и такимъ образомъ отнять у нихъ въ дѣйствительности особенное ихъ значеніе.

### Прекращеніе искового права.

Исковое право прекращается независимо отъ прекращенія самаго права, служащаго основаніемъ иска, въ слѣдующихъ случаяхъ:

- 1) Смертью сторонъ,
- 2) Стеченіемъ нѣсколькихъ исковъ,
- 3) Исковой давностью.

<sup>1)</sup> Gajus 4 §§ 18, 19.

<sup>2)</sup> См. *Lenel. Edictum perpetuum*, p. 187.

<sup>3)</sup> Gajus 4 §§ 41, 50.

<sup>4)</sup> Dig. 13, 3 de *condictione triticaria*.

<sup>5)</sup> L. 12 D. 46, 2.

<sup>6)</sup> L. 25 pr. D. 44, 7.

## 1.

Со смертью одной или обѣихъ сторонъ<sup>1)</sup>, рожденные иски по общему правилу переходятъ на преемниковъ и противъ преемниковъ; *heredibus et in heredes dantur*<sup>2)</sup> (т. наз. *translatio actionis*). Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ исковое право прекращается со смертью управомоченнаго или отвѣтчика. Такъ, иски, направленные на личное удовлетвореніе (*actiones vindictam spirantes*), напр., *actio injuriarum*, прекращаются со смертью оскорбленнаго<sup>3)</sup>. Не переходитъ на наслѣдниковъ и искъ на возвращеніе дара *propter ingratitudinem*<sup>4)</sup>. Съ другой стороны, прекращаются со смертью отвѣтчика штрафные иски<sup>5)</sup>. Наслѣдники отвѣчаютъ по нимъ имущественно только въ размѣрѣ оставленнаго правонарушителемъ состоянія<sup>6)</sup>, *in quantum locupletiores facti sunt*<sup>7)</sup>. Но во всѣхъ указанныхъ случаяхъ, если искъ уже дошелъ до момента *litis contestatio*, то онъ продолжаетъ существовать для преемниковъ той и другой стороны<sup>8)</sup>.

*Omnes actiones, quae morte.... pereunt, semel incluso iudicio salvae permanent.* L. 139 pr. D. 50, 17.

## 2.

Иски прекращаются стеченіемъ нѣсколькихъ исковъ, *concursus actionum*<sup>6)</sup>. Для понятія стеченія исковъ недостаточно, чтобы данное лицо имѣло право на нѣсколько исковъ; необходимо, чтобы эти иски имѣли между собою точку соприкосновенія, чтобы они сливались и составляли одно. Такой точкой соприкосновенія будетъ единство юридическаго притязанія, которое можетъ быть осуществлено этими исками. Стеченіе исковъ можетъ имѣть различныя основанія. Оно можетъ заключаться въ томъ, что обязанной стороной является нѣсколько

<sup>1)</sup> *Inst.* 4, 12 de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes transeunt. *Cod.* 4, 17 ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur.

<sup>2)</sup> § 1 J. 4, 12; L. 57 D. 5, 1; L. 15 D. 9, 4.

<sup>3)</sup> L. 2 § 4 D. 37, 6. Еще примѣръ *actio sepulchri violati* L. 6, 8, 10 D. 47, 12 и др.; L. 9 D. 11, 7; L. 24 D. 2, 4; L. 4 D. 3, 6.

<sup>4)</sup> L. 10 § 2 C. 8, 55.

<sup>5)</sup> L. 1 pr. D. 47, 1.

<sup>6)</sup> L. 22 D. 39, 1 ... in poenam heres non succedit.

<sup>7)</sup> L. 38, 44, 127 D. 50, 17.

<sup>8)</sup> L. 58 D. 44, 7; L. 29 D. 46, 2; L. 13 pr. D. 47, 10; L. un. C. 4, 17.

<sup>9)</sup> *Savigny. System* 5 §§ 231—236; *Merkel. Ueber d. Concours d. Actionen* 1877.

субъектовъ, какъ, напр., при солидарныхъ обязательствахъ; здѣсь будетъ столько исковъ, сколько лицъ, но притязаніе — одно, такъ что всѣ иски сливаются въ одно притязаніе. Стеченіе исковъ еще встрѣчается въ томъ случаѣ, когда въ одномъ дѣйствіи нарушаются различныя права одного и того же лица. Кто повреждаетъ чужую, ссуженную ему вещь, тотъ отвѣчаетъ какъ по *actio commodati* (искъ изъ договора ссуды), такъ и по *actio Aquiliana* (искъ изъ поврежденія чужой собственности). Наконецъ, конкуренція исковъ можетъ основываться и на томъ явленіи, вытекающемъ изъ историческаго развитія процессуальныхъ формъ римскаго права, что рядомъ съ исками, установленными *ex jure civili*, зарождаются и другіе иски по одному и тому же матеріальному основанію; напр., *condictio furtiva* рядомъ съ *rei vindicatio*. Въ этихъ случаяхъ одно и то же притязаніе могло быть осуществлено тѣмъ или другимъ искомъ.

Основное положеніе, разрѣшающее конкуренцію исковъ, гласитъ: *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, если по данному юридическому притязанію будетъ предъявленъ и осуществленъ одинъ искъ, то второй искъ предъявленъ быть не можетъ: онъ погашается осуществленіемъ перваго.

Напр., если вещь, отданная въ ссуду, будетъ похищена, то собственникъ можетъ вчинить искъ о воровствѣ (*condictio furtiva*) и искъ о ссудѣ (*actio commodati*). Вчиненіе одного изъ этихъ исковъ погашаетъ другой. L. 71 pr. D. 47, 2; L. 34 § 1, 2 D. 44, 7.—Другіе примѣры: L. 14 § 13 D. 4, 2; L. 3 § ult.; L. 6 § 4 D. 4, 9; L. 38 § 1; L. 43, 47 D. 17, 2; L. 35 § 1 D. 19, 2; L. 1 § 21; L. 2 § 1 D. 27, 3; L. 55 § 1 in f. D. 26, 7; L. 134 § 2 D. 44, 7; L. 9 § 1 D. 47, 2; L. 1 § 3 D. 47, 5.

Но если иски по одному и тому же притязанію ведутъ къ различному взысканію, то искъ, осуществленный на меньшее, не лишаетъ права на искъ для осуществленія добавочнаго къ полученному удовлетворенію<sup>2)</sup>.

### 3. Исковая погасительная давность.

*Пособія* см. выше къ общему ученію о давности.

*Понятіе*.—Когда исковое право теряетъ свою дѣйствительность по той причинѣ, что лицо, способное его осуществить,

<sup>1)</sup> L. 57 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 41 § 1 D. 44, 7; L. 7 § 1 D. 18, 6; L. 43, 47 pr. D. 17, 2; L. 28 D. 19, 1; L. 2 § 3 D. 47, 1. См. *Savigny cit.* § 233.

пренебрегло этимъ въ срокъ, опредѣленный положительнымъ правомъ, то это погашеніе называется исковою погасительною давностью. Съ исковою давностью не слѣдуетъ смѣшивать того случая, когда право теряется по той причинѣ, что былъ пропущенъ закономъ предписанный для его осуществленія срокъ. Различіе между ними заключается въ томъ, что въ послѣднемъ случаѣ съ самаго начала существуетъ срокъ, право установлено только на опредѣленный срокъ времени; прошелъ онъ—и право уничтожается само собою. При исковой же давности право не ограничено въ своей продолжительности; только продолжительная бездѣятельность со стороны субъекта права влечетъ за собой погашеніе исковой претензіи; предоставляется опредѣленнымъ отвѣтчикамъ право возраженія о давности<sup>1)</sup>. Поэтому не всегда съ исполнившееюся исковою давностью погашается и само матеріальное право (см. ниже); если же осуществленію права поставленъ срокъ, то истеченіе его ведетъ за собою всегда погашеніе и самаго матеріальнаго права.

Исковая давность основывается исключительно на бездѣятельности, на пассивномъ отношеніи правового субъекта къ своему праву (*juge silentium, diuturnum silentium, jugis taciturnitas*)<sup>2)</sup>. Оправдывается она частью пренебреженіемъ субъекта къ своимъ правамъ, частью справедливымъ стремленіемъ покровительствовать отвѣтчику противъ устарѣлыхъ притязаній, которыя, быть можетъ, уже и не существуютъ, но за истеченіемъ долгаго времени весьма трудно, если не невозможно, доказать—когда и какимъ образомъ они погашены<sup>3)</sup>. Вообще же въ основѣ установленія исковой давности лежитъ потребность публичнаго мира, *humano generi patrona praescriptio*<sup>4)</sup>. Въ силу публичнаго характера, послѣдствія давности не могутъ быть уничтожены соглашеніемъ частныхъ лицъ<sup>5)</sup>, ибо *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>6)</sup>.

Приобрѣтая право, нельзя вступить съ противной стороной въ соглашеніе такого рода: «если будетъ пропущенъ срокъ исковой погасительной давности, то тѣмъ не менѣе не будутъ имѣть мѣсто ея послѣдствія».

<sup>1)</sup> См. *Schwalbach* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 20 п. 6.

<sup>2)</sup> См. *Savigny. System* Bd. 5 p. 267.

<sup>3)</sup> L. 2 C. 7, 40.

<sup>4)</sup> *Cassiodor. var. V, 37. Finis sollicitudinis ac periculi litium Cic. pro Caecina cap. 26.*

<sup>5)</sup> *Savigny. Syst.* Bd. 5. p. 411.

<sup>6)</sup> L. 38; L. 61 D. 2, 14; L. 45 § 1 D. 50. 17.

*Исторія*<sup>1)</sup>. — Исковая погасительная давность первоначально была неизвѣстна римлянамъ. Всѣ иски, за немногими исключеніями<sup>2)</sup>, были вѣчными, *actiones perpetuae*<sup>3)</sup>. Римляне твердо держались за сохраненіе разъ пріобрѣтеннаго права. Но съ другой стороны, иски, устанавливаемые преторомъ (также эдиломъ), имѣли обыкновенно силу только въ теченіе года<sup>4)</sup> — были *actiones annales*<sup>5)</sup>. Такой краткой срочности требовалъ самый смыслъ данныхъ исковъ; такъ, напр., было бы странно допустить предъявленіе преторскаго пенальнаго иска, если онъ не вчинялся вскорѣ послѣ совершеннаго правонарушенія<sup>6)</sup>. Современемъ, когда юриспруденція предоставила отвѣтчику *exceptio nem temporis*, срочность этихъ исковъ сдѣлалась ихъ давностью. Затѣмъ преторъ распространилъ давность на *actiones reales juris civilis* (за исключеніемъ *hereditatis petitio*), если истекло имъ 10 лѣтъ *inter praesentes* и 20 лѣтъ *inter absentes*. Эта давность называлась *praescriptio longi temporis* и позднѣе сдѣлалась пріобрѣтательною давностію<sup>7)</sup>.

Такъ, добросовѣстный владѣлецъ, основывавшій свое владѣніе на *justus titulus*, могъ обезсилить вещный искъ *praescriptio longi temporis*.

Были подвергнуты давности и другіе отдѣльные иски, какъ, напр., установлена пятилѣтняя давность для исковъ на отрицаніе свободы; счетъ срока шель съ момента смерти лица<sup>8)</sup>; той же пятилѣтней давности подвергнута была *querela inofficiosi testamenti*<sup>9)</sup> и др. Наконецъ, по конституціи 424 года императоровъ Гонорія и Θεодосія II, всѣ иски, бывшіе до тѣхъ поръ вѣчными, стали по общему началу подлежать погасительной давности<sup>10)</sup>. Съ этихъ поръ подъ именемъ *actiones perpetuae* разумѣлись иски, погашаемые 30-ти-лѣтнею давностью. Болѣе краткая давность, признанная прежде, осталась нетронутою.

<sup>1)</sup> См. у *Demelius*. *Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht* I, 1856.

<sup>2)</sup> Такъ, по *lex Furia* поручители, *sponsores* и *fidepromissores*, освобождались отъ поручительства съ истеченіемъ двухъ лѣтъ (*Gajus* 3, 121).

<sup>3)</sup> *Gajus* 4, 110; *pr. J.* 4, 12.

<sup>4)</sup> *L. 30 § 5 D.* 15, 1; *L. 15 § 5 D.* 43, 24.

<sup>5)</sup> *pr. J.* 4, 12.

<sup>6)</sup> Поэтому въ преторской формулѣ говорилось: *in anno judicium dabo*.

<sup>7)</sup> См. въ ученіи объ *usucapio*.

<sup>8)</sup> *L. 4 D.* 40, 15.

<sup>9)</sup> *L. 8 § 17; L. 9 D.* 5, 2.

<sup>10)</sup> *L. 3 C.* 7, 39 *ср. L. un. C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis* 4, 14.



Но и въ юстиніановомъ правѣ нѣкоторые иски по исключенію не подлежали исковой давности. Это были:

1) *Vindicationes in libertatem*, иски, направленные на утверждение свободнаго состоянія<sup>1)</sup>. 2) *Actiones communi dividundo*, иски о раздѣлѣ общаго имущества, и *actiones finium regundorum*, иски на возстановленіе настоящихъ межей<sup>2)</sup>. 3) *Vindicatio*, требованіе колена собственникомъ земли<sup>3)</sup>. 4) Иски по налогамъ, *functiones publicae*<sup>4)</sup>. 5) Иски города противъ лицъ, отказывающихся отъ обязательствъ ихъ класса<sup>5)</sup>.

*Предположенія исковой погасительной давности.*—Для исковой погасительной давности требуется: а) рожденіе иска — *actio debet esse nata*; б) истечение опредѣленнаго срока времени; в) непрерывность.

а) *Actio nata*, рожденіе иска.—Начало римскаго права о рожденіи иска выражено въ наукѣ такъ: *actioni nondum natae non praescribitur*<sup>6)</sup>, искъ не возникшій не можетъ быть погашенъ давностью, т. е. иначе, давность начинается съ того момента, когда можетъ быть вчиненъ съ успѣхомъ искъ.

Исковое право устанавливается вмѣстѣ съ матеріальнымъ правомъ. Искъ — то же право, но только въ его направленіи подчинить людскую волю, вынудить признаніе даннаго права другимъ лицомъ. Съ какого же момента право принимаетъ такое направленіе? По этому вопросу различаютъ вещныя и обязательственныя права<sup>7)</sup>.

Пока вещное право не нарушено, до тѣхъ поръ претензія, вытекающая изъ этого права, удовлетворена. Вещный искъ направляется на то, чтобы никто не нарушалъ предоставляемаго вещнымъ правомъ господства надъ вещью. Пока нарушенія нѣтъ, до тѣхъ поръ правовой субъектъ имѣетъ все, чего онъ въ силу своего вещнаго притязанія могъ желать. Поэтому начало давности въ вещныхъ искахъ считается съ момента нарушенія права. Такъ, искъ о собственности, *rei vindicatio*, считается *nata* съ того момента, какъ третье лицо овладѣетъ на-

<sup>1)</sup> L. 3 C. 7, 22.

<sup>2)</sup> L. 5 C. 3, 37.

<sup>3)</sup> L. 23 pr. C. 11, 47.

<sup>4)</sup> L. 6 C. 7, 39.

<sup>5)</sup> L. 5 C. 7, 39.

<sup>6)</sup> См. L. 3 § 1; L. 7 § 1 C. 7, 39; L. 1 § 1 C. 7, 40; L. 30 C. 5, 12.

<sup>7)</sup> См. *R. Leonhard*. Ein Beitrag zur Lehre vom Beginn der Verjährung въ Jahrb. f. d. Dogmatik B. 17.

шею вещью; искъ по сервитутамъ, *actio confessoria*, — съ момента нарушенія отправления сервитутнаго пользованія и т. д.

Въ личныхъ или обязательственныхъ правахъ иски по содержанию распадаются на двѣ категоріи: 1) иски, направленные на совершеніе отвѣтчикомъ опредѣленнаго дѣйствія, и 2) иски, направленные на несовершеніе отвѣтчикомъ опредѣленнаго дѣйствія. Обязательственное право состоитъ или *in faciendo* или *in non faciendo*. Если обязательство будетъ состоять *in non faciendo*, то *actio nata est* съ момента нарушенія этого обязательства. Пока лицо обязанное не совершаетъ опредѣленнаго дѣйствія, до тѣхъ поръ притязаніе кредитора удовлетворено. Онъ не имѣетъ права вчинать искъ, пока обязанное лицо выполняетъ свое обязательство не совершая опредѣленнаго дѣйствія. При обязательствѣ *in faciendo*, по общему началу, исковое притязаніе на выполненіе даннаго дѣйствія устанавливается въ самый моментъ установленія обязательства. Слѣдовательно, въ этихъ случаяхъ *actio nata est* съ момента *exordium obligationis*, такъ какъ съ этого уже момента фактическія отношенія начинаютъ несоотвѣтствовать содержанию даннаго права. А. далъ Б. деньги въ займы безъ опредѣленія срока. Спрашивается, къ какого момента А. имѣетъ право требовать деньги обратно? Такъ какъ деньги отданы безъ срока, то по первому же требованію А. отвѣтчикъ Б. обязанъ возратить деньги. Значитъ, *actio nata est* въ самый моментъ установленія заемнаго обязательства. То же слѣдуетъ сказать и о другихъ подобныхъ же случаяхъ, какъ, напр., о безсрочной поклажѣ и т. д.

Съ высказаннымъ мнѣніемъ теперь согласны многіе ученые (см., напр., *Unger. Oesterr. Privatr. Bd. I p. 377*; *Windscheid. Pandekt. Bd. I § 108 n. 4*; *Dernburg. Pandekt. Bd. I § 146*), но другіе ученые, особенно прежняго времени, не раздѣляютъ его (см. *Kierulff. Civilr. p. 192*; *Savigny. System. Bd. 5 p. 291* и слѣд.). Последніе полагаютъ, что во всѣхъ обязательствахъ исковая давность начинается съ нарушенія ихъ. Такое нарушеніе въ обязательствахъ *in faciendo* они допускаютъ только съ момента предъявленія кредиторомъ должнику требованія на удовлетвореніе. Согласно съ этимъ, и при безсрочномъ займѣ моментомъ *actionis natae* будетъ моментъ предъявленія займодавцемъ требованія и отказа со стороны должника удовлетворить его. Ранѣе этого не признаютъ нарушенія права. Но едва ли правильно такъ понимать нарушеніе. Для наличности нарушенія достаточно, если только притязаніе, подлежащее выполненію, не встрѣчаетъ соотвѣтствующаго удовлетворенія, хотя бы должникъ и кредиторъ этого даже и не сознавали. Затѣмъ, съ практической стороны оспариваемое нами воззрѣніе можетъ вести къ та-

кимъ выводамъ. А. далъ Б. въ безсрочный заемъ 100 р. и, не требуя удовлетворенія, черезъ нѣкоторое время умираетъ. Затѣмъ проходитъ, положимъ, 100 лѣтъ, смѣняется нѣсколько поколѣній, и наконецъ одинъ изъ преемниковъ А. требуетъ отъ одного изъ преемниковъ Б. возврата 100 р. Отвѣтчикъ отказывается удовлетворить требованіе, а кредиторъ не даетъ хода иску, который теперь будетъ погашенъ только еще черезъ 30 лѣтъ. Такой послѣдовательный выводъ изъ разсматриваемаго возрѣнія прямо противорѣчитъ самому основанію исковой погасительной давности, установленной для того, чтобы внести миръ и увѣренность въ непоколебимой устойчивости правового порядка. Итакъ, теченіе исковой давности начинается съ момента установленія обязательства *in faciendo*, въ частности—съ момента заключенія договора безсрочнаго займа (см. *Vangerow. Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehensklage?* въ *Archiv für civ. Praxis. Bd. 33 п. 12*). Съ этимъ возрѣніемъ согласно и чтеніе источниковъ: *L. 94 § 1 D. 46, 3; L. 1 § 22 D. 16, 3*. За оспариваемое же мнѣніе будетъ только одно логическое основаніе, а именно: при безсрочныхъ займахъ, въ особенности, имѣется въ виду оставить заемную сумму въ рукахъ должника на болѣе или менѣе продолжительное время.

Когда обязательство, напр., заемъ, установлено съ оговоркой «по предъявленію къ уплатѣ», то между этими случаями и тѣми, когда обязательство установлено безъ всякой оговорки объ обратной уплатѣ, нѣтъ никакого различія<sup>1)</sup>; а поэтому теченіе исковой давности и тутъ начинается съ момента установленія обязательства.

Нѣкоторые писатели (см. *Thon. Ueber die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung* въ *Linde's Zeitschr. Bd. 8 п. 8*) специально для этихъ случаевъ ведутъ начало давности съ момента предъявленія къ уплатѣ. На это можно повторить уже вышесказанное, а именно, что этимъ возрѣніемъ открывалась возможность вчинять искъ черезъ сотни лѣтъ, еслибъ за это время не совершено было предъявленіе къ уплатѣ.

При обязательствахъ до предъявленія съ обозначеніемъ срока уплаты отъ предъявленія,—напр., возвратить заемную сумму по предъявленію черезъ три мѣсяца,—должно считать начало исковой давности точно также съ момента установленія обязательства.

Писателямъ, которые въ этихъ случаяхъ отпосытъ моментъ *actionis natae* къ моменту предъявленія и истеченія срока, слѣдуетъ сдѣлать вышеприведенное возраженіе о несовмѣстимости этого возрѣнія съ общимъ назначеніемъ исковой давности (см. *Unger. Oesterr. Privatr. 2 р. 410 п. 6; Windscheid. Pandekt § 107 п. 9*).

<sup>1)</sup> См. *L. 48 D. 45, 1*.

Иногда давность начинается раньше самого искового притязанія, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда возникновеніе его зависитъ отъ воли управомоченнаго. Тутъ бездѣтельность субъекта ничѣмъ не отличается отъ бездѣтельности по возникшему уже притязанію. Поэтому, если, напр., покупатель выговариваетъ право расторгнуть куплю-продажу, возвративъ купленное (такъ наз. *actum displicentiae*), то теченіе давности по этому притязанію начинается съ момента самого уговора, а не съ момента заявленія о возвратѣ.

Такъ понимается обыкновенно правило глоссаторовъ: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties natiuitas eius est in potestate creditoris* (*Windscheid. Pand. I § 107 п. 9, ср. Zrodowski. Ueber Natiuität der Klage* въ *Archiv f. civ. Praxis Bd. 52. Отвергаетъ это правило, напр., Thon cit. въ Linde's Zeitschr. Bd. 8 п. 1).*

Если обязательственное право условно или срочно, то, понятно, теченіе исковой давности начинается не иначе какъ съ того момента, когда исполнилось условіе или истекъ срокъ<sup>1)</sup>. Когда исковая претензія имѣетъ своимъ предметомъ періодическія уплаты, напр., арендную плату, проценты, то давность начинается для каждой уплаты съ наступленіемъ ея срока<sup>2)</sup>.

Начало исковой давности не зависитъ отъ права отвѣтчика на возраженія, *exceptioes*, ибо въ виду постоянныхъ возраженій (*exc. peremptoriae*) было бы непрактично откладывать моментъ *actionis natae*, а временныя возраженія (*except. dilatoriae*) такого свойства, что въ большинствѣ случаевъ отъ кредитора зависитъ ихъ обезсилить (напр., возраженіе о правѣ *retentionis*), а поэтому опять нѣтъ основанія откладывать моментъ *actionis natae*<sup>3)</sup>. Другое дѣло, если кредиторъ, по соглашенію съ отвѣтчикомъ, отказался вчинять искъ въ продолженіе опредѣленнаго времени, что даетъ право послѣднему на *exceptio pacti de non petendo*<sup>4)</sup>. Въ этихъ случаяхъ давность можетъ начинаться только съ истеченіемъ выговореннаго срока.

б) *Истеченіе опредѣленнаго срока времени.* — Всѣ иски распадалась, какъ сказано выше, на *actiones perpetuae* и *actiones temporales*. Первые погашались въ 30 лѣтъ<sup>5)</sup>, вторые были

1) L. 7 § 4 C. 7, 39; L. 4 pr. D. 27, 3; L. 30 C. 5, 12; L. 8 in f. D. 7, 71.

2) L. 7 § 6 C. 7, 39.

3) См. *Schwalbach* въ *Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 19 п. 49* и слѣд.

4) L. 8 § 7 C. 7, 71.

5) L. 3. C. 7, 39.

обыкновенно <sup>1)</sup> *actiones annales*. Кроме того, для отдельных видовъ исковъ установлены были особые сроки давности, частью болѣе продолжительные, частью болѣе краткіе. Такъ, всѣ иски, имѣющіе давность 10, 20 или 30 лѣтъ, по юстиніанову праву для церквей погашаются только въ 40 лѣтъ <sup>2)</sup>. Также и закладной искъ (*actio hypothecaria*) имѣетъ въ иныхъ случаяхъ 40-лѣтнюю давность <sup>3)</sup> и др.

Въ давностный срокъ зачитывается преемникамъ (*successores singulares* и *universales*) время, выполненное ихъ предшественниками, *auctores* <sup>4)</sup>. Счетъ давностнаго срока для *actiones perpetuae* шелъ по началамъ *tempus continuum*; а для большей части *actiones temporales*—по началамъ *tempus utile*. При этомъ всегда примѣнялось *computatio civilis*. Наконецъ, обыкновенно дѣйствовало начало, что давность не выполняется, *nisi totus ultimus dies completus sit* <sup>5)</sup>.

в) *Непрерывность*.—Послѣ момента *actionis natae* могутъ появиться обстоятельства, которыя или 1) вполне прерываютъ давность, или 2) только приостанавливаютъ ее.

1) Подъ полнымъ перерывомъ давности (*interruptio temporis, interruptum silentium, usurpatio*) разумѣется такое ея нарушение, когда истекшее время уже болѣе не считается и слѣдуетъ начинать вновь весь давностный срокъ. Такой перерывъ происходитъ: а) чрезъ вчинаніе иска передъ компетентнымъ судьей и сообщеніе искового прошенія (*libellum conventionis*) отвѣтчику <sup>6)</sup>, или избраніемъ обѣими сторонами третейскаго судьи <sup>7)</sup>.

Нѣкоторые писатели полагаютъ, что перерывъ давности имѣетъ мѣсто и тогда, какъ искъ будетъ вчиненъ предъ некомпетентнымъ судьей (напр., *Dernburg. Pand.* I р. 340 п. 1).

Съ момента вчинанія иска давность прерывается и можетъ вновь начаться съ того момента, когда этому иску больше не

<sup>1)</sup> Были и болѣе короткіе сроки: такъ, *actio redhibitoria* погашалась шестимѣсячною давностью.

<sup>2)</sup> Nov. 111; Nov. 131 cap. 6, срав. L. 23 C. 1, 2 и Nov. 9.

<sup>3)</sup> L. 7 §§ 2, 3 C. 7, 39.

<sup>4)</sup> L. 7 § 2; L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>5)</sup> L. 6 D. 44, 7.

<sup>6)</sup> L. 3 § 1; L. 7 pr. C. 7, 39; L. 3 C. 7, 40. Въ классическомъ правѣ перерывъ совершался въ моментъ *litis contestatio* (L. 8 § 1 D. 27, 7; L. 9 § 3 D. 12, 2).

<sup>7)</sup> L. 5 § 1 C. 2, 56.

даютъ хода, т. е. съ момента послѣдняго процессуальнаго дѣйствія по нему 40 лѣтъ<sup>1)</sup>).

б) Когда иска вчинить нельзя, напр., за отсутствіемъ отвѣтчика, или по другому какому либо препятствію со стороны послѣдняго, то перерывъ исковой давности можно выполнить черезъ протестъ (*protestatio*)<sup>2)</sup> передъ судьей, за отсутствіемъ его передъ епископомъ, а наконецъ, достаточно письменнаго протеста, подписаннаго тремя свидѣтелями.

в) Всякое признаніе со стороны будущаго судебного отвѣтчика правового притязанія будущаго истца прерываетъ исковую давность. При этомъ безразлично, будетъ ли это признаніе выражено явно (*expresse*) или молчаливо (*tacite*), напр., возобновленіемъ долгового документа, представленіемъ залога, уплатой процентовъ<sup>3)</sup>, и т. д.

2) Вслѣдствіе нѣкоторыхъ обстоятельствъ, исковая давность только приостанавливается и послѣ отпаденія ихъ продолжается съ причисленіемъ прежняго времени ея теченія. Приостановившуюся давность называютъ *praescriptio dormiens seu quiescens*.— Причины, вызывающія приостановку, слѣдующія: а) *Improbetas*, малолѣтство лица, имѣющаго право на искъ, хотя бы это лицо имѣло опекуна<sup>4)</sup>. б) *Minoritas*, несовершеннолѣтіе такого лица, но не для 30 и 40 лѣтней давности<sup>5)</sup>. в) *Impedimenta juris*, извѣстныя правовыя препятствія для предъявленія иска. Въ этихъ случаяхъ дѣйствуетъ правило: *agere non valenti non currit praescriptio*<sup>6)</sup>. Напр., собственникъ матерьяла, застроеннаго въ чужое зданіе, не могъ, по римскому праву, вчинать иска, *actio de tigno juncto*, до тѣхъ поръ, пока стояло зданіе. г) Нѣкоторыя фактическія препятствія вчинанію иска, какъ-то военныя событія, напр., непріятель вторгся въ предѣлы римскаго государства и это помѣшало вчинить искъ<sup>7)</sup>.

Невѣдѣніе лица объ его правѣ на искъ не останавливаетъ теченія давности<sup>8)</sup>).

<sup>1)</sup> L. 9 C. 7, 39; L. 1 § 1 C. 7, 40. Таково начало юстиніанова права, въ прежнее же время дѣйствовало правило: *omnes actiones semel inclusae iudicio, salvae permanent* L. 139 pr. D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 2 C. 7, 40.

<sup>3)</sup> L. 7 § 5; L. 8 § 4 C. 7, 39; L. 19 C. 4, 21.

<sup>4)</sup> L. 3 C. 7, 39; Nov. 22 cap. 24 in. fin.

<sup>5)</sup> L. 5 § 1 C. 2, 40.

<sup>6)</sup> Примѣры: L. 1 § 2 C. 7, 40; L. 30 § 2 C. 5, 12; L. 22 § 11 C. 6, 30.

<sup>7)</sup> См. *Marezoll* въ *Linde's Zeitschr.* Bd. 7 n. 8.

<sup>8)</sup> L. 12 C. 7, 33.

Изложивъ предположенія исковой погасительной давности, слѣдуетъ прибавить, что по римскому ученію, въ отличіе отъ западнаго каноническаго, въ числѣ ея условій не требовалась добросовѣстность, *bona fides* <sup>1)</sup>. Знаніе лицомъ своей обязанности не препятствовало началу и выполненію давности въ его пользу <sup>2)</sup>.

*Послѣдствія вытолкнувшейся исковой давности.* — По вопросу о послѣдствіяхъ слѣдуетъ дѣлать различіе между правами вещными и правами обязательственными или личными.

Вещное право выражается въ непосредственномъ господствѣ субъекта надъ предметомъ внѣшняго міра. Поэтому погашеніе искового права не влечетъ за собою погашеніе самаго матеріальнаго права. Исковая давность погашаетъ въ этихъ случаяхъ только право предъявить претензію противъ определеннаго лица и его наслѣдниковъ. Отсюда слѣдуетъ, что если А. по вещному праву не предъявляетъ иска въ продолженіе 30 лѣтъ противъ Б., нарушившаго это право, то въ случаѣ затѣмъ А. вчинить искъ, отвѣтить на него *exsertione triginta annorum* имѣютъ право только Б. и его наслѣдники. Если же предметъ вещнаго права А. попадетъ въ руки третьяго лица или къ самому А., то въ первомъ случаѣ онъ можетъ отыскивать свое право отъ новаго владѣльца въ теченіе новыхъ 30 лѣтъ <sup>3)</sup>, а во второмъ — не возвращать никому вещи.

Другое дѣло обязательственное право. Оно выражается въ томъ, что субъектъ его имѣетъ право предъявлять исковую претензію на совершеніе извѣстнаго дѣйствія только противъ определеннаго лица, т. е. иначе, обязательственное требованіе въ полномъ составѣ выражается въ исковой претензіи, въ правѣ иска; поэтому разъ погашено исковое право, вмѣстѣ погашается вполнѣ и обязательство <sup>4)</sup>.

Источники подтверждаютъ такое полное погашеніе. Такъ они говорятъ, если кто либо выполнилъ по заблужденію обязательство, по которому исковое право погашено давностью, то *condictione, indebiti* можно вытребовать назадъ выполненное, какъ недолжное <sup>5)</sup>. Далѣе, поручительство (*fidejussio* и *consti-*

<sup>1)</sup> L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>2)</sup> Справ. сар. 20 X 2, 26. *Reich. Entwicklung der kanonischen Verjährungslehre* 1880.

<sup>3)</sup> L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>4)</sup> См. *Vangerow. Pand. I § 151; Windscheid. Pand. I § 112 n. 3.*

<sup>5)</sup> L. 25 § 1 D. 46, 8.

tutum), установленное по поводу прекращеннаго исковою давностью обязательства, должно считаться недѣйствительнымъ <sup>1)</sup>. Итакъ, обязательство съ выполнениемъ исковой давности считается погашеннымъ вполне; оно не существуетъ даже какъ естественное обязательство, *obligatio naturalis*. Правда, нельзя считать дарениемъ, когда должникъ выполняетъ, послѣ истечения исковой давности, обязательство. Но здѣсь имѣется результатъ только нравственной оцѣнки даннаго дѣйствія, а не установленіе обязательныхъ правовыхъ его послѣдствій.

Савиньи (*System 5 § 248—251*) и за нимъ другіе писатели (напр., *Puchta. Pandekt. § 92*; *Гудсмитъ. Пандекты стр. 311—313*; *Dernburg. Pand. I § 150*), выходя изъ разсужденія, что всякій порядочный человѣкъ и по истеченіи исковой давности будетъ считать себя обязаннымъ по отношенію къ своему кредитору, — держатся того взгляда, что съ уничтоженіемъ искового права само обязательство не погасилось вполне, а продолжало существовать, какъ естественное обязательство. — Повторяемъ, не всякое естественное правовое чувство находитъ признаніе въ положительномъ правѣ. См. *Windscheid. Pand. I § 112 п. 5*.

Погашеніе давностью главнаго притязанія распространяется и на добавочныя требованія, но не наоборотъ.

Первая половина положенія ясно выражена въ такихъ словахъ источника: *principali actione non subsistente, satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere* (L. 26 pr. C. 4, 32). Но относительно того вопроса, погашается ли главный долгъ давностью, когда не выполняется подобное обязательство, напр., по капиталу не платятся проценты, — въ наукахъ разногласіе. Такъ, Савиньи (*System 5 р. 306*) полагаетъ, что невыполненіе подобнаго обязательства есть нарушеніе главнаго права требованія, а поэтому такое невыполненіе служитъ побужденіемъ кредитору предъявить свою претензію, т. е. иначе говоря, съ момента невыполненія побочнаго обязательства начинается давность и для главнаго требованія. Но вѣрнѣе считать оба обязательства имѣющими различное назначеніе и предполагать, какъ это подтверждаетъ сама жизнь, намѣреніе кредитора отказаться, напр., отъ процентовъ, но не терять права на капиталъ. На такое рѣшеніе уполномочиваетъ и смыслъ источниковъ L. 7 § 6 C. 7, 39; L. 46 § 9 C. 1, 3.

### Возраженія, *exceptiones*.

*Источники*: *Inst. 4, 13 de exceptionibus*; *Dig. 44, 1 de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis*. *Cod. 8, 36 de exceptionibus seu praescriptionibus*.

<sup>1)</sup> L. 37 D. 46, 1; L. 18 § 1 D. 13, 5.



*Пособія: Savigny. System d. h. r. Rechts Bd. 5 §§ 226—228; Eisele. Die materielle Grundlage der Exceptio 1871; Lenel. Ueber Ursprung u. Wirkung der Exceptionen 1876.*

*Понятіе.* — Возраженіе не есть средство нападенія, какъ искъ, а средство только защиты. Для болѣе яснаго представленія *exceptio* въ техническомъ смыслѣ не лишнимъ будетъ разсмотрѣть тѣ средства, которыми осуществляются права путемъ защиты.

Защита противъ иска можетъ быть троякая: 1) Можно отвергать право истца, отрицая факты, приводимые имъ для подтвержденія своего искового притязанія. Такая защита называется *litis contestatio negativa* или *denegatio absoluta*, полное отрицаніе. 2) Можно признавать факты, приводимые истцомъ, но въ то же время противопоставлять имъ другіе факты, изъ которыхъ слѣдовало бы, что утверждаемое истцомъ право не установилось или, если и установилось, то позднѣе было погашено. Такъ, напр., отвѣтчикъ не отрицаетъ существованія заемнаго обязательства, но объявляетъ его ничтожнымъ, какъ заключенное въ состояніи безумія или несовершеннолѣтія, или же ссылается на произведенную уже уплату по немъ. Такого рода защита носитъ названіе *litis contestatio relativa* или *denegatio relativa*, отрицаніе относительное. 3) Отвѣтчикъ можетъ отрицать искъ, ссылаясь на независимое право, которое ему принадлежитъ и въ силу котораго право истца, хотя само по себѣ и основательное, останавливается или уничтожается въ своихъ выводахъ. Это и есть возраженіе, *exceptio*, въ собственномъ смыслѣ слова. Напр., на требованіе истца о выдачѣ ему принадлежащей вещи отвѣтчикъ можетъ сослаться на право ее удержать по причинѣ произведенныхъ имъ затратъ и до возмѣщенія ихъ истцомъ т. наз. *exceptio impensarum*.

Опредѣляется источниками эксцепція такъ: *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum est*<sup>1)</sup> Отсюда видно, что отличіе эксцепціи въ собственномъ смыслѣ слова отъ предыдущихъ двухъ способовъ защиты состоитъ въ томъ, что эти послѣдніе выражаются въ отрицаніи права истца, тогда какъ *exceptio* имѣетъ цѣлью

<sup>1)</sup> L. 2 pr. D. 44, 1. Другое опредѣленіе: *exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* L. 22 pr. D. 44, 1; Gajus 4, 119.

только парализовать действительность этого права, не нападая на его основанія, такъ что право истца остается въ основѣ нетронутымъ.

Самое названіе этого рода защиты, *exsertio*, объясняется порядкомъ составленія исковой формулы. Въ нее вносились, вмѣстѣ съ притязаніемъ истца, и возраженія отвѣтчика въ видѣ исключеній, оговорокъ, *si non, ac si non, extra quam si, praeterquam si* и т. д., откуда и самое названіе *exsertio*.

Образецъ формулы съ эксцепціей: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio HS decem milia dare oportere, Numerium Aulo, si non inter eos convenit, ne ea pecunia intra quinquennium peteretur, condemna, si non paret, absolve.* См. *Gajus* 4, 119.

Особый видъ эксцепціи представляетъ т. наз. *praescriptio*, названная такъ оттого, что *praescribatur formulae*. Имѣя особенно рѣшительное вліяніе на исковое притязаніе истца, она помѣщается въ началѣ исковой формулы.

*Виды возраженій.*—Главнѣйшее значеніе имѣетъ дѣленіе возраженій на *exsertiones dilatoriae*, или *temporales*, и *exsertiones peremptoriae*, или *perpetuae*<sup>1)</sup>, возраженія отлагательныя или временныя, и возраженія разрушительныя, постоянныя<sup>2)</sup>.

*Exsertiones dilatoriae*—такія возраженія quae ad tempus possent; они заключаются въ ссылкѣ на такіе факты, которые лишь отклоняютъ на нѣкоторое время требованіе истца<sup>3)</sup>. Къ нимъ принадлежатъ, напр., *exsertio pacti ne intra certum tempus petatur*, *exsertio quod praesudicium non fiat*, а также ссылка на *jus retentionis*.

Первый примѣръ заключается въ слѣдующемъ. Лица, состоящія въ извѣстномъ правоотношеніи, вступаютъ въ соглашеніе (*pactum*), что въ теченіе опредѣленнаго времени не будетъ предъявлено требованіе на выполненіе. На искъ, предъявленный вопреки этому соглашенію, противная сторона имѣетъ право противоставить *exsertio pacti ne intra certum tempus petatur*. — Второй примѣръ заключается въ томъ, что разрѣшеніе уже вчиненаго процесса зависитъ отъ разрѣшенія побочнаго вопроса, составляющаго предметъ особаго судебного разбирательства. И вотъ, путемъ *exsertio quod praesudicium non fiat* отвѣтчикъ заявляетъ о побочномъ процессѣ, являющимся *praesudicium* главнаго. Напр., въ случаѣ иска о раздѣлѣ или сервитутѣ отвѣтчикъ возбу-

<sup>1)</sup> *Gajus* 4, 120; § 8 J. 4, 13; L. 2 § 4; L. 3 D. 44, 1.

<sup>2)</sup> См. объ этомъ дѣленіи *Schwalbach* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik d. heut. röm. Privatr.* Bd. 19 p. 30—34.

<sup>3)</sup> § 10 J. 4, 13; L. 1 C. 3, 10. Ср. для классическаго періода *Gajus* 4 §§ 122, 123.

ждаетъ вопросъ о самомъ правѣ собственности истца.—Третій примѣръ представляетъ ссылку на встрѣчное притязаніе отвѣтчика къ истцу, въ силу котораго первый, путемъ *exceptio doli*, удерживаетъ выполненіе притязанія истца до покрытія притязанія отвѣтчика.

*Exceptioes peremptoriae* суть возраженія, которыя парализуютъ навсегда исковое право истца (*perpetuo valent*<sup>1)</sup>), не поражая однако матеріальнаго его содержанія. Къ нимъ принадлежатъ, напр., *except. metus, doli, rei iudicatae, pacti de non petendo in perpetuum* и т. д.

Заключена сдѣлка подъ вліяніемъ психическаго принужденія; искъ изъ этой дѣйствительной сдѣлки навсегда парализуется чрезъ *exceptio metus*, которое однако не касается самой основы права. То же и въ случаѣ обмана. И. т. д.

Возраженія дѣлятся еще на *exceptioes personae cohaerentes* и *except. rei cohaerentes*<sup>2)</sup>. Подъ первыми разумѣются такія возраженія, которыя могли быть употребляемы только тѣми лицами, которымъ право на нихъ было первоначально установлено; вторыя же могли быть предъявлены и всѣми тѣми, къ кому обращенъ искъ вмѣсто данныхъ лицъ, какъ-то: преемниками, поручителями, т. е. каждымъ, противъ кого предъявлено притязаніе изъ даннаго правоотношенія. Количественно второй разрядъ возраженій превосходитъ первый. Къ числу *exc. personae cohaerentes* принадлежатъ, напр., *except. beneficii competentiae, pacti de non petendo in personam*.

*Beneficium competentiae* состоитъ въ томъ, что опредѣленные лица могутъ парализовать, въ силу своихъ отношеній къ истцу, осуществленіе ихъ искового притязанія сверхъ той мѣры, которая не заставила бы отвѣтчика пуждаться въ необходимыхъ средствахъ къ жизни.—*Exc. pacti de non petendo in personam* есть возраженіе изъ соглашенія о неостребованіи выполненія отъ опредѣленнаго только лица.

Слѣдующее дѣленіе возраженій на *exceptioes in rem* и *in personam*<sup>3)</sup>. Первые могли быть предъявлены противъ каждаго истца по данному правоотношенію; вторыя же имѣютъ силу только противъ опредѣленнаго лица. *Except. in rem* многочисленнѣе, чѣмъ *except. in personam*. Къ числу послѣднихъ принадлежатъ, напр., *exc. beneficii competentiae*, отчасти *except. doli*.

<sup>1)</sup> Gajus 4, 121.

<sup>2)</sup> § 4 J 4, 14; L. 7 pr. § 1; L. 19 D. 44, 1.

<sup>3)</sup> L. 4 §§ 27—29; 31, 33 D. 44, 4.

Наконецъ, въ юстиніановомъ правѣ упоминаются еще нѣкоторыя историческія формы возраженій, какъ-то *exceptio utiles, in factum*<sup>1)</sup>. Значеніе ихъ аналогичное съ *actiones utiles, in factum*. Къ числу *exceptio in factum* принадлежатъ, напр., *exceptio S. C. Macedoniani, rei judicatae* и т. д.

Въ числѣ отдѣльныхъ возраженій особенное значеніе, по своему широкому примѣненію, имѣетъ т. наз. *exceptio doli*<sup>2)</sup>. *Exceptio doli* бываетъ или *exceptio doli specialis*, или *exceptio doli generalis*<sup>3)</sup>. *Exceptio doli specialis* состоитъ въ ссылкѣ на обманъ со стороны истца при установленіи права. Поэтому такое возраженіе будетъ *exceptio doli praeteriti*. Отвѣтчикъ доказываетъ, что истецъ поступилъ *dolose* при самомъ заключеніи данной сдѣлки, обвиняетъ его въ *dolus malus*, относящемся ко времени совершенія даннаго акта.—При *exceptio doli generalis* (или *praesentis*) доказывается, что хотя правоотношеніе, предъявленное къ разбирательству въ судѣ, и не было установлено при обманѣ, но что въ настоящемъ обжалованіи права заключается *dolus: etsi inter initia nihil fecit dolose, attamen nunc petendo facit dolose*<sup>4)</sup>. Напр., виндицирующему собственнику можно противопоставить *exceptio doli*, если онъ до предъявленія иска не возвратитъ отвѣтчику сдѣланныхъ послѣднимъ затратъ. Судя по этому примѣру, легко можно было всякую *exceptio* разсматривать, какъ *exceptio doli*, разъ будетъ доказано, что право на возраженіе было извѣстно истцу. Дѣйствительно, уже во времена формулярнаго процесса *exceptio doli generalis* часто играла роль общей формы возраженія, ибо *dolo facit quisque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit*<sup>5)</sup>. Въ этомъ ея значеніи *exceptio doli* имѣло весьма важное и широкое значеніе для развитія римскаго права.

*Уничтоженіе возраженій.*—Возраженія уничтожаются или вслѣдствіе уничтоженія ихъ основаній, или же не пользова- нія ими. Тутъ возбуждается весьма важный въ практическомъ отношеніи и спорный вопросъ: подлежатъ ли возраженія погасительной давности?<sup>6)</sup> Въ прежнее время обыкно-

<sup>1)</sup> § 1 J. 4, 13; L. 4 § 32 D. 44, 4; L. 21 D. 19, 5.

<sup>2)</sup> Dig. 44, 4 de doli mali exceptione. — Hänel въ Archiv. f. civil. Praxis. Bd. 12 p. 422 и слѣд. Milone. La exceptio doli 1882.

<sup>3)</sup> L. 4 § 33 D. 44, 4.

<sup>4)</sup> L. 2 § 5 D. 44, 4.

<sup>5)</sup> L. 2 § 5 D. 44, 4; L. 8; L. 12 D. eod.

<sup>6)</sup> См. Wildhagen. Ueber d. Verjährung der Einreden im heut. röm. Rechte въ Jahrb. f. d. Dogmatik d. heut. röm. u. deut. Privatr. Bd. 21 p. 1—55.

венно признавали общимъ началомъ, что *exceptiones* не подлежатъ давности<sup>1)</sup>. Говорили: *quae ad agendum sunt temporaria, ad excipiendum perpetua*. Теперь же по этому вопросу различаютъ слѣдующіе случаи:

По опредѣленному праву возможно только одно возраженіе, напр., *exceptio pacti de non petendo, exceptio rei iudicatae*. Въ этихъ случаяхъ возраженія не погашаются давностью, ибо осуществленіе ихъ зависитъ отъ предъявленія иска и, слѣдовательно, нельзя поставить въ вину непредъявленіе экцепціи лицу, когда оно къ этому не имѣетъ повода.

L. 5 § 6 D. 44, 4: — «*cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur*». Поэтому, напр., владѣлецъ участка, выигравшій дѣло по виндикаціи другого и тѣмъ пріобрѣвшій противъ послѣдняго *exceptio rei iudicatae* (но не искъ)<sup>2)</sup>, можетъ осуществлять это возраженіе, хотя бы прежняя виндикація была предъявлена болѣе чѣмъ черезъ 30 лѣтъ.

Другой разрядъ случаевъ, когда изъ одного и того же права устанавливается, какъ возраженіе, такъ и искъ, напр., *actio empti* и *exceptio non adimpleti contractus*; *actio de dolo* и *exceptio doli*<sup>3)</sup>. Тутъ слѣдуетъ признать, что съ погашеніемъ по давности иска погашается и возраженіе, ибо нельзя опираться послѣдняго на погашенное давностью притязаніе.

Послѣднее воззрѣніе принято теперь въ большинствѣ учебниковъ (напр., *Windscheid. Pand. 1 § 112*; *Brinz. Pand. 1 Auf. 2 p. 398*; *Wächter. Pand. 1 § 109*), но многіе отвергаютъ распространеніе давности на возраженія и въ данныхъ случаяхъ (*Savigny. cit. § 254*; *Гудсмитъ. Пандекты стр. 313—315*, и др.). Источники<sup>4)</sup> точнаго и опредѣленнаго рѣшенія вопроса не даютъ и тѣмъ оставляютъ свободу разногласіямъ (см. *Wildhagen cit. p. 2—25*). Остановимся на одномъ изъ примѣровъ. Купленная лошадь умираетъ отъ скрытаго недостатка вскорѣ послѣ совершенія сдѣлки и до уплаты цѣны. Въ этомъ случаѣ покупатель имѣетъ право на освобожденіе отъ своего долга, что можетъ осуществить или путемъ *actio redhibitoria*, погашаемый давностью шести мѣсяцевъ, или путемъ возраженія на искъ продавца объ уплатѣ цѣны. (L. 59 pr. § 1 D. 21, 1). Спрашивается: можетъ ли покупатель предъявить данное возраженіе и тогда, когда *actio venditi* будетъ вчиненъ противъ него спустя шесть мѣсяцевъ? Не можетъ, ибо такое возраженіе будетъ основны-

<sup>1)</sup> См. еще *Savigny. System 5 §§ 253—255*.

<sup>2)</sup> L. 15 § 6 D. 44, 2.

<sup>3)</sup> Другіе примѣры см. у *Savigny cit. § 254*.

<sup>4)</sup> Вотъ тѣ мѣста, которыя толкуются въ самомъ противорѣчивомъ смыслѣ: L. 9 § 4 D. 12, 2; L. 8 § 13 D. 5, 2; L. 30 § 6 D. 15, 1; L. 5 § 6 D. 44, 4; L. 5; L. 6 C. 8, 36.

ваться на утерянномъ уже правѣ возстановить прежнее состояніе, т. е. уничтожить куплю-продажу.

*Replicatio, duplicatio*<sup>1)</sup>.— Какъ отвѣтчикъ можетъ защищаться противъ иска, такъ можетъ и истецъ защищаться противъ *exceptioes*, выставляя возраженіе на возраженіе. Такое *exceptio exceptiois* носитъ названіе *replicatio*<sup>2)</sup>. Возраженіе отвѣтчика на *replicatio* будетъ *duplicatio*.

Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ возраженіе отвѣтчика на возраженіе истца называется *triplicatio* вмѣсто *duplicatio*. L. 2 § 3 D. 44, 1; L. 7 § 1, 2 D. 27, 10.

Затѣмъ идетъ *triplicatio, quadruplicatio* и т. д.<sup>3)</sup>.

### Начало процесса и его вліяніе на матеріальное право сторонъ (*Litis contestatio*).

*Пособія: Savigny. System d. heut. röm. Rechts Bd. 6 §§ 256—279. Keller. Ueber Litiscontestatio u. Urtheil nach classischem Römischem Recht. 1827; Buchka. Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss 2 Bd. 1846, 1847; Bekker. Die processualische Consumption im classischen Römischen Recht 1853; Krüger. Die processualische Consumption u. die Rechtskraft des Erkenntnisses 1864.*

Съ началомъ процесса соединяются многочисленныя правовыя послѣдствія для матеріальнаго права сторонъ, потому прежде всего необходимо опредѣлить моментъ начала процесса и затѣмъ уже указать на послѣдствія, какія въ матеріальномъ правѣ связываются съ этимъ моментомъ.

*Начало процесса.*— Въ римскомъ правѣ общее обозначеніе начала процесса было *litis contestatio*, отъ формы засвидѣтельствованія (*cum testari*) въ древнѣйшемъ процессѣ производства въ первой стадіи его<sup>4)</sup>. Въ различныхъ послѣдовательныхъ системахъ римскаго прецеденса моментъ *litis cont.* опредѣлялся различно<sup>5)</sup>. Такъ, при процессѣ *per legis actiones* моментомъ *litis cont.* было окончаніе производства передъ маги-

<sup>1)</sup> Inst. 4, 14 de replicationibus.

<sup>2)</sup> Pr. J. 4, 14; L. 2 § 1, 2; L. 22 D. 44, 1; L. 27 § 2 D. 2, 14; L. 154 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> Gajus 4, 127; §§ 1, 2 J. 4, 14; Theophilus ad. h. t.

<sup>4)</sup> Festus v. contestari.

<sup>5)</sup> См. *Baron. Civilprozess 1884 §§ 196, 210, 220.*

стратомъ (*in iure*), отмѣчавшееся воззваніемъ къ окружающимъ трибуну быть свидѣтелями того, что происходило, и на основаніи чего въ слѣдующей стадіи (*in iudicio*) будетъ положенъ приговоръ.— Съ проявленіемъ въ жизни процесса *per formulas* уже не представлялось больше надобности въ такомъ засвидѣтельствovanіи. Тутъ моментомъ *litis contestatio* считалось окончательное дѣйствіе магистрата (*in iure*) по составленіи формулы для судей. Когда со временъ имп. Діоклетіана всѣ гражданскіе процессы стали производиться въ формѣ *extraordinariae cognitiones*, то моментъ *litis cont.* сталъ опредѣляться моментомъ, когда оканчивалось предъявленіе требованій истца и возраженій отвѣтчика: *post narrationem actoris propositam et post contradictionem rei objectam*<sup>1)</sup>.

*Общее послѣдствіе litis cont.*— По основному значенію, моментъ *litis cont.* связывалъ волю сторонъ новымъ обязательствомъ, похожимъ на договорное, и направленнымъ на выжиданіе рѣшенія суда<sup>2)</sup>.

*Apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem iudicatum facere oportere Gajus 3, 180.*

Прежнее правоотношеніе, вызвавшее процессъ, какъ бы исчезаетъ и замѣняется новымъ отношеніемъ.

*....obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri litis contestatione. Gajus 3 § 100; 3 § 181; 4 §§ 106, 107.*

Прежнее правоотношеніе составляетъ лишь основаніе для новаго правоотношенія.

Такимъ образомъ, моментъ *litis cont.*, замѣняя прежнее правоотношеніе новымъ, состоящимъ въ обязательствѣ выжидать рѣшеніе суда, производитъ такъ наз. обновленіе, *novatio*.

*....interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit. Fragm. Vaticana § 263; Gajus 3 § 180; L. 29 D. de novat. 46, 2; L. 2 § 8 D. 18, 4.*

Прекращеніе при *litis cont.* прежняго права по замѣнѣ его другимъ дѣлаетъ уже болѣе невозможнымъ его возрожденіе; однимъ словомъ, тутъ наблюдается явленіе извѣстное на теперешнемъ языкѣ гражданскаго процесса подъ именемъ процессуальной *консумпціи*<sup>3)</sup>. Отсюда вытекаетъ и правило: *de*

<sup>1)</sup> L. 14 § 4 C. 3, 1; L. un. C. 3, 9.

<sup>2)</sup> L. 3 § 11 D. 15, 1 *iudicio contrahi*.... L. 22 D. 27, 3.

<sup>3)</sup> См. *Bekker*, cit. § 3, 4; *Kröger* cit. § 1.

*eadem re ne bis sit actio*, т. е. какой бы ни былъ исходъ процесса, отвѣтчикъ можетъ защищаться противъ новаго вчинанія иска по тому же дѣлу возраженіемъ, что оно уже разъ было предъявлено въ судъ, *exceptio rei in iudicium deductae*<sup>1)</sup>.

Но въ юстиніановомъ правѣ строгія послѣдствія консумпціи были значительно сглажены<sup>2)</sup>. Такъ, въ древнемъ процессѣ *pluris petitio* (преждевременное предъявленіе иска или искъ на большее) разъ навсегда уничтожало право истца вторично предъявлять искъ въ правильномъ видѣ<sup>3)</sup>, а вмѣстѣ выставляло его на отказъ въ данномъ видѣ. Въ юстиніановомъ правѣ *pluris petitio* уже не уничтожаетъ самаго права и не мѣшаетъ предъявленію новаго иска въ надлежащій срокъ и въ правильномъ видѣ.

На основаніи сказаннаго многіе ученые полагаютъ, что въ юстиніановомъ правѣ начало процесса не оказывало уже болѣе конструирующаго вліянія, хотя и признаютъ, что въ сводахъ остались нѣкоторыя слѣды такого вліянія (см. *Windscheid. Pand. I § 124 п. 1*). Нѣкоторые же писатели отрицаютъ вовсе существованіе особой *exceptio rei in iudicium deductae* (*Lenel. Edictum perpetuum p. 404 ср. Keller. Litis cont. p. 209*).

*Отдѣльныя послѣдствія litis contestatio.*— Право, на которомъ основанъ искъ, должно существовать въ моментъ *litis contestatio*. Если это право устанавливается послѣ *litis cont.*, въ продолженіе процесса (*causa superveniens*), то истцу еще въ юстиніановомъ правѣ отказывается, хотя и предоставляется теперь возможность преслѣдовать свои притязанія въ новомъ процессѣ<sup>4)</sup>.

Что касается вопроса, какое вліяніе оказываетъ потеря основанія иска послѣ момента *litis cont.*<sup>5)</sup>, то римскіе юристы расходились въ воззрѣніяхъ<sup>6)</sup>. Касательно *judicia stricti juris* и Прокуліанцы, и Сабиніанцы строго держатся того начала, что моментомъ *litis cont.* опредѣляются права судебныхъ сторонъ, и что поэтому потеря основанія иска послѣ *litis cont.* сама по себѣ не предотвращаетъ присужденіе отвѣтчика; даже

<sup>1)</sup> Gajus 3 §§ 180, 181; 4 §§ 106—108.

<sup>2)</sup> См. L. 13 § 2, 5 C. 3, 1; L. 1 pr. C. 3, 10; § 10 J. 1, 13.

<sup>3)</sup> Gajus 4 §§ 53, 60, 68; § 33 J. 4, 6; *Fragm. Vat.* § 53. См. *Keller cit.* § 56.

<sup>4)</sup> L. 23; L. 35 D. 5, 1. 1. Ср. L. 17 D. 17, 1; L. 9 § 5 D. 13, 7;—L. 27 § 1 D. 6, 1; L. 7 § 4 D. 10, 4; L. 30 pr. D. 15, 1 и *Dernburg. Pand. I p. 353, 354*.

<sup>5)</sup> См. *Römer. Das Erlöschen des klägerischen Rechtes nach der Einleitung des Prozesses 1852*.

<sup>6)</sup> Gajus 4 § 112.



добровольная уплата отвѣтчикомъ долга послѣ этого момента не освобождаетъ его отъ притязанія истца. Того же мнѣнія держались Прокуліанцы и по отношенію къ *judicia bonaе fidei*. Но въ послѣднемъ съ ними расходились Сабиніанцы, державшіеся въ этихъ случаяхъ того воззрѣнія, что потеря основанія иска въ періодъ между *litis cont.* и постановленіемъ приговора, какъ и всякое пріобрѣтеніе отвѣтчикомъ права на возраженіе, ведетъ къ обезсиленію притязаній истца и къ рѣшенію въ пользу отвѣтчика; *omnia judicia esse absolutoria*.—Юстиніанъ рѣшилъ споръ, постановивъ, что во всѣхъ *judicia* потеря права истцомъ или пріобрѣтеніе отвѣтчикомъ въ періодъ между *litis cont.* и приговоромъ принимается во вниманіе и идетъ въ пользу отвѣтчика<sup>1)</sup>.

На предметъ взысканія *litis cont.* имѣетъ то вліяніе, что отвѣтчикъ обязывается предоставить истцу (конечно, при условіи присужденія послѣднему) все, что тотъ получилъ бы, если бы при самомъ началѣ процесса ему было возстановлено его право (*causa rei*)<sup>2)</sup>: *omne quod habiturus esset actor, si statim judicii accepti tempore res ei redita (exhibita) fuisset*. Отвѣтчикъ долженъ возстановить право истца въ томъ видѣ, какъ оно было въ моментъ *litis cont.*: *causa ejus temporis quo lis contestabatur representari debet actori*<sup>3)</sup>. Продолжительность процессуальныхъ дѣйствій не должна падать своею тяжестью на истца.

По обладанію спорною вещью съ момента *litis cont.* отвѣтчикъ считается недобросовѣстнымъ владѣльцемъ (*mala fide possessor*) и, какъ таковой, несетъ отвѣтственность за вещь<sup>4)</sup>.

*Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse... L. 25 § 7 D. 5, 3 ср. L. 40 D. 5, 3; L. 20 § 11; L. 31 § 3 D. 5, 3; L. 2 C. 7, 51; L. 10 C. 7, 22. Ср. Windscheid. Pand. I § 124 п. 5.*

Кромѣ главной вещи, отвѣтчикъ обязанъ представить истцу *omnis causa*, всю прибыль (напр., плоды<sup>5)</sup>), полученную съ момента *litis contestatio*<sup>6)</sup>. Въ частности, если къ отвѣтчику

<sup>1)</sup> § 2 J. 4, 12; L. 63 § 1 D. 36, 1; ср. также L. 50 § 2 D. 15, 1; L. 8 § 3 D. 46, 1.

<sup>2)</sup> § 3 J. 4, 17; L. 40 пр. D. 5, 3; L. 17 § 1; L. 20 D. 6, 1; L. 31 пр. D. 12, 1; L. 91 § 7 D. I (30); L. 35, 75 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 91 § 7 D. I (30).

<sup>4)</sup> Подробнѣе въ особенной части.

<sup>5)</sup> § 2 J. 4, 17; L. 17 § 1; L. 20; L. 35 § 1 D. 6, 1; L. 9 § 6, 7 D. 10, 4; L. 5 § 5 D. 7, 6; L. 16 § 4 D. 20, 1; L. 28 § 7 D. 22, 1.

<sup>6)</sup> L. 2 D. 22, 1.

предъявлено притязаніе на извѣстную сумму замѣнимыхъ вещей, то онъ обязуется уплатить истцу за время отъ *litis cont.* процессуальные проценты: *lite contestata usurae currunt*<sup>1)</sup>.

Затѣмъ отвѣтчикъ обязывается вознаградить истца за убытки, причиненные ему. впродолженіе процесса, если только ему можетъ быть вмененъ *dolus* или *culpa*.

Прежде думали, что отвѣтчикъ послѣ *litis cont.* всегда находится въ просрочкѣ ( *mora*); но просрочка предполагаетъ вину, а отвѣтчикъ можетъ принять вызовъ къ суду добросовѣстно, не признавая притязаніе истца основательнымъ: *qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere* L. 63 D. 50, 17 ср. L. 24 пр. D. 22, 1. Только при недобросовѣстномъ спорѣ можно признать отвѣтчика *in mora* L. 3 пр. D. 22, 1; L. 82 § 2 D. 45, 1.

Спорный предметъ (*res litigiosa*) гзъемлется изъ гражданскаго оборота. Это относится не только къ спорнымъ вещамъ, но и къ самимъ спорнымъ притязаніямъ.

Уже Августъ запретилъ истцу продажу отыскиваемаго итальянскаго участка земли впродолженіе хода процесса. Продажа объявлялась ничтожною<sup>2)</sup> и вела за собою уголовное наказаніе (*fragmentum de jure fisci* § 8). Позднѣйшія постановленія Юстиніана запрещали отчужденіе вчиненныхъ вещныхъ и личныхъ исковъ, *actiones litigiosae* (Gajus 4 § 47; L. 1, 2 D. 44, 6; L. 1 § 2 D. 20, 3; L. 3, 4 C. 8, 36). Затѣмъ, общимъ началомъ было объявлено ничтожнымъ и подлежащимъ наказанію отчужденіе владѣльцемъ-отвѣтчикомъ вещи, отыскиваемой другимъ въ собственность (L. 4 C. 8, 37; L. 5 C. 8, 36; Nov. 112 cap. 1).

Изъ другихъ послѣдствій *litis contestatio* отмѣтимъ прерывъ, по классическому праву, не только исковой, но и всякой другой давности<sup>3)</sup> (*usucapio non usus*). Позднѣе давность прерывалась уже черезъ простой односторонній актъ сообщенія отвѣтчику искового прошенія<sup>4)</sup>. Послѣ этого давность можетъ быть выполнена только впродолженіе сорока лѣтъ.

Наконецъ, если процессъ доведенъ до момента *litis contestatio*, то даже личные права переходятъ къ преемникамъ той или другой стороны<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 35 D. 22, 1; L. 1 § 1 C. 4, 5. См. *Wächter. Erörterungen* 3 p. 23, 24.

<sup>2)</sup> См. *Zimmermann* въ *Arch. f. civ. Praxis* Bd. 25 p. 440; p. 36, p. 54 и слѣд. Но другіе писатели не видятъ прямого подтвержденія ничтожности въ источникахъ, а потому допускаютъ только право истца на оспариваніе само по себѣ дѣйствительнаго отчужденія (*Wächter. Pand.* I p. 559 nr. III).

<sup>3)</sup> L. 9 § 3 D. 12, 2; L. 8 § 1 D. 27, 7; L. 139 пр. D. 50, 17; § 3 J. 4, 17; L. 18; L. 20; L. 21 D. 6, 1; L. 35 D. 50, 16; L. 8 § 4 D. 8, 5.

<sup>4)</sup> L. 7 пр. § 1 C. 7, 39; L. 3 § 3 D. 7, 40.

<sup>5)</sup> § 1 J. 4, 12; L. 8 § 1 D. 27, 7; L. 26; L. 58 D. 44, 7; L. 29 D. 46, 2; L. 87; L. 139 пр.; L. 164 D. 50, 17; L. 1 C. 5, 54.

## Доказываніе и доказательства.

*Источники:* Dig. 22, 3 de probationibus et praesumptionibus; Cod. 4, 19 de probationibus.

*Пособія:* Gerber. Beiträge zur Lehre vom Klagegrund u. der Beweislast 1858; Langenbeck. Beweisführung 1869; Maxen. Ueber Beweislast 1861; Brinckmann. Die Begründung der Klagen des Reichsrechtes u. gemeinen Rechtes 1883; De Fresquet. De la preuve en droit romain. 1862.

Когда процессъ начался, то рѣшеніе его зависитъ отъ того, убѣждается ли судья въ истинности утверженій, которыя приводятся сторонами въ оправданіе своего притязанія и своихъ возраженій.

Доказательствами называются средства, которыя употребляютъ стороны съ цѣлью опредѣлить убѣжденіе судьи въ ихъ правахъ, а доказывать значитъ предъявлять судьѣ основанія для поддержанія выставленныхъ судьѣ утверженій.

Ученіе о судебныхъ доказательствахъ можетъ быть разсматриваемо въ матеріальномъ правѣ съ двухъ сторонъ: 1) со стороны положеній, требующихъ доказыванія, *thema probandum*, и 2) со стороны обязанности доказывать, *opus probandi*.

1) *Thema probandum*. — Доказыванію подлежатъ только факты; постановленія положительнаго права въ немъ не нуждаются, *jura novit curia* (законъ знаетъ судъ). Только факты спорные подлежатъ доказыванію; факты безспорные и общеизвѣстные (*notoria*) не доказываются, точно такъ же какъ и факты, выставленные истцомъ и признанные отвѣтчикомъ. Сюда же относится ученіе и о такъ называемыхъ

*Praesumptiones, предположенія*<sup>1)</sup>. — Подъ *praesumptio*, предположеніемъ, разумѣется заключеніе отъ доказаннаго или признаннаго факта на существованіе факта доказываемаго.

Въ извѣстныхъ случаяхъ такое заключеніе предписывается самимъ положительнымъ правомъ и тогда предположенія носятъ названіе правовыхъ, законныхъ, *praesumptiones juris, legis*.

Нерѣдко съ правовыми предположеніями смѣшиваютъ многіе такіе случаи, которые ничего общаго съ предположеніями въ тѣсномъ смыслѣ не имѣютъ. Объ отличіи см. у Unger cit. 2 p. 595—601.

<sup>1)</sup> См. Unger. Oesterr. Privatr. Bd. 2 § 130. Burchard. Die civilistischen Präsumtionen. 1866.

Между правовыми предположеніями слѣдуетъ различать два вида:

а) *Praesumptiones juris et de jure*, правовыя предположенія неопровержимыя, т. е. такія, которыя не могутъ быть обезсилены доказательствомъ противнаго, *contrarii probationem non admittunt*. Такъ, противъ предположенія, что ребенокъ, родившійся 10 мѣсяцевъ послѣ прекращенія брака, рожденъ внѣ брака, никакія возраженія противнаго не принимаются<sup>1)</sup>.

Эти неопровержимыя предположенія не слѣдуетъ смѣшивать съ фикціями. При первыхъ законъ выходитъ изъ того, что дѣло было дѣйствительно такъ, и только изъ особыхъ основаній исключаетъ доказательство противнаго. При фикціи же законъ признаетъ существующимъ фактъ, о которомъ извѣстно, что его на самомъ дѣлѣ не было (*Wächter. Pand. I p. 523*).

б) *Praesumptiones juris*, правовыя предположенія опровержимыя, т. е. допускающія доказательство противнаго. Такъ предположеніе, что ребенокъ, родившійся въ бракѣ, рожденъ мужемъ родительницы<sup>2)</sup> (*pater est, quem nuptiae demonstrant*), можетъ быть опровергаемо доказательствомъ противнаго.

Отъ правовыхъ предположеній слѣдуетъ отличать такъ наз. *praesumptiones hominis seu facti*, предположенія о вѣроятіи фактовъ положительно неизвѣстныхъ на основаніи фактовъ извѣстныхъ. Тутъ имѣемъ дѣло съ простыми *indicia*<sup>3)</sup>, не имѣющими обязательнаго правового значенія. Напр., если въ подтвержденіе требованія на основаніи договора займа (*mutuum*) истецъ предъявитъ росписку, выданную ему отвѣтчикомъ, то эта росписка дѣлаетъ вѣроятнымъ тотъ фактъ, что отвѣтчикъ долженъ *ex mutuo*, но въ дѣйствительности онъ можетъ быть должнымъ и по другому основанію, такъ что данное предположеніе никакого правового значенія не имѣетъ.

2) *Onus probandi*.—Каждая сторона должна доказать факты, которые образуютъ основаніе нападенія, *denegatio relativa*, или независимой защиты, противопоставленной нападенію. Такъ, прежде всего истецъ долженъ доказать оспариваемые факты, составляющіе основу его права.

*Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.* L. 21 D. 22, 3; L. 8, 20 C. 4, 19.

Не доказываетъ истецъ, то нѣтъ и присужденія.

<sup>1)</sup> L. 3 § 11 D. 38, 16.

<sup>2)</sup> L. 5 D. 2, 4; L. 12 D. 1, 5; L. 1 § 4 D. 25, 3; L. 11 C. 5, 27.

<sup>3)</sup> L. 19 C. 3, 32; L. 10; L. 17; L. 22 C. 4, 19.

Actore non probante reus absolvitur. L. 4 C. 2, 1; L. 23 C. 4, 19; L. 2 C. 3, 32.

Отвѣтчикъ долженъ доказать оспариваемые факты его возраженій, или, какъ говорятъ, отвѣтчикъ, возражая, становится въ положеніе истца.

Reus in exceptiōne actor est L. 1 D. 44, 1; L. 19 pr.; L. 25 § 2 D. 22, 3.

Затѣмъ истецъ долженъ доказать основанія для своего replicatio. И т. д. Однимъ словомъ, та сторона, которая выставляетъ утвержденіе, требующее доказательствъ, обязана и доказать его; *affirmandi incumbit probatio*.

Правовыя предположенія не освобождаютъ отъ обязанности доказывать, какъ это думали прежде (см. *Unger. Oest. Privatr.* 2 p. 586 и слѣд.), хотя несомнѣнно облегчаютъ ее. Лицо, которое должно доказать фактъ, служащій основаніемъ его иска или возраженія, можетъ, въ случаѣ правового предположенія, только ограничиться доказательствомъ того факта, отъ котораго должно быть сдѣлано заключеніе о данномъ основномъ фактѣ. Напр., лицо, претендующее на извѣстныя права на основаніи смерти двухъ лицъ, отца и сына въ общемъ несчастіи, должно доказать этотъ послѣдній фактъ; послѣдовательность же смерти можетъ быть доказана установкой возраста (L. 9 § 4 D. 34, 5; § 26 pr. I. 23, 3. См. выше стр. 63).

Доказывать должно лицо, утверждающее, а не отрицающее, *qui dicit, non qui negat*<sup>1)</sup>. *Negativa non sunt probanda*, отрицаніе не ведетъ за собой обязанности доказывать<sup>2)</sup>. Напр., наймодатель при отказѣ нанимателю не долженъ доказывать неплатежъ наемной суммы. Но отрицательные факты, составляющіе основаніе для утвержденія, должны быть доказаны. Напр., истецъ по иску о недолжномъ (*condictio indebiti*) долженъ доказать несуществованіе уплаченнаго долга<sup>3)</sup>.

Въ прежнее время было распространено воззрѣніе, что отрицательные факты вообще не подлежатъ доказыванію. Въ этомъ смыслѣ толковали правило: *affirmans probat, negantis nulla probatio* (см. *Toullier. Le droit civil français* liv. 3 tit. 3 chap. 6 n. 16 и слѣд.).

<sup>1)</sup> L. 2 D. 22, 3.

<sup>2)</sup> L. 23 C. 4, 19; L. 10 C. 4, 30.

<sup>3)</sup> L. 25 pr. D. 22, 3.

## Приговоръ.

*Источники:* Dig. 42, 1 de re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus; Cod. 7, 52 de re judicata; Cod. 7, 45 de sententiis et interlocutionibus.

*Пособія:* *Rümelin.* Zur Lehre v. d. exсер. rei judicatae 1875; *Klöppel.* Die Einrede der Rechtskraft. 1882.

Процессъ заканчивается постановленіемъ приговора (condemnatio или absolutio) Приговоръ составляетъ конечную цѣль всякаго процесса.

Если приговоръ не можетъ быть обезсиленъ никакими правовыми средствами<sup>1)</sup>, то онъ считается вошедшимъ въ законную силу, онъ будетъ *res judicata* и имѣетъ окончательную формальную и матеріальную силу правды между сторонами.

*Res judicata pro veritate accipitur.* L. 25 D. 1, 5; L. 1 § 16; L. 3 pr. D. 25, 3; L. 65 § 2 D. 36, 1; L. 12 § 3 D. 38, 2; L. 6 D. 44, 2. См. *Klöppel* cit. p. 61.

Приговоръ становится непреложной основой правоотношенія между истцомъ и отвѣтчикомъ; правоотношеніе между сторонами признается такимъ, какимъ установилъ его приговоръ<sup>2)</sup>. Никто изъ участвующихъ въ процессѣ не можетъ ссылаться на неправильность приговора. Какъ бы неправильно ни примѣнилъ судья существующее право и тѣмъ постановилъ матеріально неправильный приговоръ, тѣмъ не менѣе послѣдній образуетъ формальную правду между сторонами и ихъ преемниками: *jus facit inter partes*.

Общее вліяніе приговора на матеріальное право выражалось въ положеніи: *bis de eadem re ne sit actio*<sup>3)</sup>, т. е. дважды по одному и тому же дѣлу предъявлять иска нельзя. Приговоръ поглощалъ, консумировалъ данное правовое притязаніе<sup>4)</sup> и вмѣстѣ служилъ основаніемъ обновленія правоотношенія между сторонами. Матеріальное содержаніе этого новаго правоотношенія выражается въ *obligatio, quae ex causa judicati descendit*<sup>5)</sup>. Это обязательство имѣетъ своимъ предметомъ *judicatum*

<sup>1)</sup> *Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest.* L. 23 § 1 in f. D. 12, 6.

<sup>2)</sup> L. 207 D. 50, 17; L. 29 § 5 D. 17, 1; L. 65 § 2 D. 36, 1; L. 24 D. 44, 2.

<sup>3)</sup> C. Julius Victor c. 3 § 10; c. 4 § 8. См. *Kruger.* Process. Consumtion p. 3, 4.

<sup>4)</sup> См. Gajus 3 § 180; 4 § 106.

<sup>5)</sup> L. 4 § 7 D. 42, 1.

*solvi*, право требовать исполненія приговора и обязанность его выполнить<sup>1)</sup>).

Многіе современные писатели, не признавая болѣе процессуальной консумпціи въ новѣйшемъ римскомъ правѣ (*Krüger. Process. Consumtion* p. 202—216), тѣмъ не менѣе держатся за обновляющее послѣдствіе судебного приговора (напр., *Vangerow. Pandekt. I § 160 (7 Ausg. p. 248)*). Но нѣкоторые ученые высказываются и противъ самаго обновленія (см., напр. *Wächter. Erörterungen III* p. 47 и слѣд.).

Приговоръ, вошедшій въ законную силу, можетъ осуществляться двоякимъ образомъ: посредствомъ *actio judicati* и *exceptio rei judicatae*.

Съ момента приговора наступаетъ выполнимость спорнаго дѣла согласно рѣшенію. Въ случаѣ *condemnatio* истецъ можетъ требовать выполненія (*executio*) приговора, предъявляя при возраженіяхъ искъ на выполненіе, *actio judicati*<sup>2)</sup>, направленный на выполненіе обязательства по *judicatum solvi*. По денежнымъ уплатамъ такой искъ въ юстиніановомъ правѣ могъ быть предъявленъ не ранѣе 4 мѣсяцевъ послѣ приговора (*in tempus judicati*).

*Exceptio rei judicatae*<sup>3)</sup> имѣетъ въ римскомъ правѣ единственно отрицательную функцію<sup>4)</sup>; оно состоитъ въ ссылкѣ на прежде состоявшееся рѣшеніе по данному дѣлу съ цѣлью отклонить возобновленіе судебного спора. Какъ въ случаяхъ *condemnatio*, такъ и въ случаяхъ *absolutio*, дѣйствуетъ общее правило: дважды между одними и тѣми же лицами по одному и тому же дѣлу не можетъ быть постановленъ судебный приговоръ. И это процессуальное начало осуществляется путемъ *exceptio rei judicatae*.

*Exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur* (L. 3; L. 7 § 4 D. 44, 2).

Итакъ, условіями для *exceptio rei jud.* будутъ: 1) тождество притязанія (*eadem res, eadem quaestio*) и 2) тождество процессуальныхъ сторонъ (*eaedem personae*)<sup>5)</sup>.

1) Тождество притязанія зависитъ а) отъ предмета, отыскиваемого судомъ; б) отъ права, которае желаютъ осуществить

<sup>1)</sup> Gajus 3 § 180.

<sup>2)</sup> L. 4 § 2 D. 42, 1.

<sup>3)</sup> Dig, 44, 2 de exceptione rei judicatae.

<sup>4)</sup> Ср., напр., *Keller. Litis cont. § 28* и *Bekker. Prozess. Consumtion 1853*. См. у *Rümelin cit.*

<sup>5)</sup> См. *Гольмстенъ. Принципы тождества въ гражданскомъ процесѣ*. Спб. 1884.

на данный предмет; и в) отъ основанія, на которое опирается данное право.

а) Если въ новомъ процессѣ отыскивается не прежній предметъ, то притязаніе считается другимъ <sup>1)</sup>. Но притязаніе будетъ прежнимъ, если сперва искалось цѣлое, а затѣмъ часть <sup>2)</sup>. Наоборотъ, если сперва искали часть, а затѣмъ ищутъ цѣлое, то предметъ, не подлежавшій разсмотрѣнію въ первомъ процессѣ, будетъ составлять уже новое *quaestio* <sup>3)</sup>. Принимается за одинъ и тотъ же предметъ, если два притязанія находятся въ такомъ взаимномъ отношеніи, что одно составляетъ предположеніе другого и по первому было отказано въ процессѣ; напр., требованіе капитала, а затѣмъ — процентовъ <sup>4)</sup>. Наоборотъ, предметъ считается новымъ, если сначала отвергнуто притязаніе, составляющее послѣдствіе другого права, и затѣмъ это послѣднее будетъ представлено къ разбирательству; напр., сначала требованіе процентовъ, а затѣмъ — капитала <sup>5)</sup>.

б) Не тождественно притязаніе, если въ прежнемъ процессѣ дѣло шло о правѣ собственности, а въ позднѣйшемъ — о владѣніи или обязательствѣ по поводу той же вещи <sup>6)</sup>.

в) Относительно основаній, на которыя опираются права, слѣдуетъ отличать права обязательственныя и вещныя. — Обязательственныя права получаютъ всегда свою опредѣленность по ихъ *causa* <sup>7)</sup>. Притязаніе по нимъ можетъ быть только изъ опредѣленнаго основанія (*ex commodato, ex mutuo* и т. д.), такъ что въ каждомъ личномъ искѣ указывается и *causa* искомаго права. Поэтому обязательственное притязаніе по новой *causa* считается за новое *quaestio* <sup>8)</sup>. — Что касается вещнаго права, то оно не стоитъ въ такой зависимости отъ основанія; оно опредѣляется только мѣрой господства надъ данной вещью. Поэтому притязаніе по вещному праву по самымъ разнообразнымъ основаніямъ будетъ однимъ и тѣмъ же *quaestio* <sup>9)</sup>. Въ древнемъ про-

<sup>1)</sup> L. 12; L. 13 D. 44, 2.

<sup>2)</sup> L. 7 pr. D. 44, 2; L. 3; L. 7 §§ 4, 5; L. 21 §§ 1, 3 D. 44, 2; L. 22. § 8 D. 46, 8.

<sup>3)</sup> L. 23 in f. D. 44, 2; L. 1 C. 3, 1.

<sup>4)</sup> L. 13 D. 20, 6; L. 8; L. 11 § 3 D. 44, 2; L. 1 § 1; L. 25 § 8 D. 10, 2. И друг.

<sup>5)</sup> L. 1 C. 3, 8; L. 3 C. 3, 1; L. 17 D. 44, 1; L. 23 D. 44, 2. И друг.

<sup>6)</sup> L. 14 § 3; L. 31 D. 44, 2.

<sup>7)</sup> L. 14 § 2 D. 44, 2.

<sup>8)</sup> L. 18 D. 44, 7; L. 93 § 1 D. 3 (32).

<sup>9)</sup> L. 11 pr. § 1, 5 D. 44, 2; L. 30 pr. D. 44, 2. Ср. Гольмстенъ. Принципы тождества стр. 57—60.



цессѣ и не требовалось указанія causa вещнаго права. Только въ классическомъ періодѣ стали допускать указываніе въ искѣ способовъ приобрѣтенія вещныхъ правъ, causa expressa agere, и съ этихъ поръ стало возможнымъ разсмотрѣніе притязанія изъ вещнаго права только по новому основанію<sup>1)</sup>.

2) *Inter easdem personas*<sup>2)</sup>, тождество сторонъ. Судебное рѣшеніе не касается лицъ, не участвовавшихъ въ процессѣ, *res inter alios iudicata aliis nec nocet, nec prodest*. За тождественныя процессуальныя стороны принимаются не только лица, непосредственно принимавшія участіе въ процессѣ, но и ихъ преемники, какъ *successores universales*<sup>3)</sup>, такъ и *singulares*<sup>4)</sup>. Но преемники имѣютъ право на *excert. rei iudicatae* только въ объемѣ полученнаго по преемству<sup>5)</sup>.

Кромѣ нормальнаго рѣшенія спора о правѣ путемъ судебного приговора, споръ можетъ быть рѣшенъ и другими способами, которые разсматриваются какъ бы судебными приговорами.

### Суррогаты судебного приговора.

*Судебное признаніе (confessio)*<sup>6)</sup>. — Признаніе дѣеспособнымъ отвѣтчикомъ въ судѣ требованія истца имѣетъ дѣйствіе тождественное съ судебнымъ приговоромъ. *Confessio* утверждаетъ право истца противъ отвѣтчика подобно приговору<sup>7)</sup> и обезпечиваетъ истцу выполненіе (*executio*) права такъ, какъ бы

<sup>1)</sup> L. 14 § 2, L. 11 § 2 D. 44, 2. Впрочемъ, въ толкованіи этихъ мѣстъ ученые расходятся. См. *Savigny. System. Bd. 6. Beilage 17*. По мнѣнію нѣкоторыхъ (*Puchta* въ *Rhein. Museum* 2 p. 251; 3 p. 487) римляне не знали *actiones in rem* «*expressa causa*».

<sup>2)</sup> L. 12 D. 12, 2; L. 16 D. 20, 4; L. 63 D. 42, 1; L. 10 D. 44, 1; L. 1, 3; 7 § 4; L. 22, 29, 63 D. 44, 2. — Tit. Gr. C. quibus res iudicata noceat 10, 1. Cod. 7, 56 quibus res iudicata non noceat; Cod. 7, 60 inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. L. 2 C. 8, 36.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 44, 1. L. 11 § 8 D. 44, 2; L. 2 C. 8, 36.

<sup>4)</sup> L. 25 § 8 D. 10, 2; L. 3 § 1 D. 20, 1; L. 7 § 1 D. 44, 1; L. 9 § 2; L. 11 § 3 D. 9, 10; L. 28, 29 § 1 D. 44, 2; L. 16 § 1 D. 46, 8.

<sup>5)</sup> О прямыхъ исключеніяхъ изъ правила см. *Krüger. Consumtion. p. 199, 200*.

<sup>6)</sup> Dig. 42, 2; Cod. 7, 59 de confessis. — *Savigny. System Bd. 7 §§ 303—308. Demelius. Die confessio im römischen Civil-Prozess u. das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung. 1880*.

<sup>7)</sup> L. 1; L. 6 § 2 D. 42, 2; L. un. C. 7, 59; Paulus 5, 5a, 2.

имѣлся приговоръ <sup>1)</sup>). Поэтому отвѣтчикъ, давшій признаніе, можетъ быть разсматриваемъ какъ бы присудившимъ самого себя <sup>2)</sup>).

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 1 D. 42, 2.

Еще въ классическомъ правѣ такое дѣйствіе имѣло только признаніе *in jure*; позднѣе же *confessio* во всякой стадіи процесса (*confessio in iudicio*) разсматривалось какъ суррогатъ приговора <sup>3)</sup>).

*Клятва, jusjurandum* <sup>4)</sup>).—*Jusjurandum* состоитъ въ томъ, что въ удостовѣреніе истинности какого либо утвержденія ссылаются на какой либо высокій, священный предметъ (у христіанъ всегда клянутся именемъ Бога) <sup>5)</sup>).

Cicero de officiis 3, 29: Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est.

Клятвенное утвержденіе можетъ имѣть своимъ назначеніемъ прежде всего укрѣпленіе обѣщанія, т. наз. обѣщательная клятва, *jusjurandum promissorium*. Въ римскомъ правѣ обѣщательная клятва только въ исключительныхъ случаяхъ имѣла юридическое значеніе; во всѣхъ остальныхъ она давала только нравственный импульсъ къ выполненію обѣщанія <sup>6)</sup>). Разсмотрѣніе этого вида клятвы не относится къ данному вопросу, а относится къ ученію о судебныхъ доказательствахъ. Здѣсь же будетъ рѣчь о такъ наз. *jusjurandum assertorium*, клятвѣ подтвердительной, на которую вызывается одна судебная сторона другою, т. наз. *jusjurandum delatum*. Считалось излишнимъ постановлять приговоръ, когда отвѣтчикъ, по требованію дѣеспособнаго истца, отвергаетъ клятвенно притязаніе послѣдняго, или когда истецъ клятвенно подтверждаетъ свое исковое притязаніе, по требованію дѣеспособнаго отвѣтника <sup>6)</sup>). Лицо, вызванное на клятву, *relatus*, обязано было принести ее <sup>7)</sup>), откуда и самое

<sup>1)</sup> О различіи *confessio* отъ признанія въ современномъ процессѣ см. *Demelius* cit. p. 229—245.

<sup>2)</sup> *Bethmann-Hollweg*. Röm. Civilpr. I p. 117.

<sup>3)</sup> *Savigny* cit p. 39. Ср. *Demelius* cit. p. 10 и слѣд.

<sup>4)</sup> Dig. 12, 2 de jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali. Cod. 4, 1 (de rebus creditis et) jurejurando.—*Savigny*. System. Bd. 7 §§ 309—314; *Strippelmann*. Der Gerichtseid 3 Abth. 1855—57.

<sup>5)</sup> Ср. L. 5 pr. § 1, 3 D. 12, 2.

<sup>6)</sup> См. *Vangerow*. Pand. 1 § 170.

<sup>7)</sup> Ср. *Paulus* 2, 1 § 2.

<sup>8)</sup> L. 34 § 6; L. 38 D. 12, 2.

звание этой клятвы *jusjurandum necessarium*. Въ случаѣ отказа принести клятву, отвѣтчикъ считался присужденнымъ, истецъ потерявшимъ искъ, и, наоборотъ, принесенная клятва служила формальной правдой между сторонами <sup>1)</sup>. Клятва могла быть приносима и внѣ суда, по соглашенію сторонъ <sup>2)</sup>; называлась она *jusjurandum voluntarium*. Послѣдствія ея были тѣ же, что и *jusj. necessarium*.

*Рѣшеніе третейскаго суда* <sup>3)</sup>.—Для рѣшенія дѣла третейскимъ судомъ требуется установленіе двухъ правоотношеній. Прежде всего стороны должны вступить въ соглашеніе о томъ, чтобы подвергнуть данное дѣло на разсмотрѣніе и рѣшеніе третейскаго суда. Соглашеніе это носитъ названіе *compromissum*. Во-вторыхъ, требовалось соглашеніе между сторонами и избранными судьями (*arbitri*), соглашеніе, по которому данное лицо или нѣсколько лицъ принимаютъ на себя рѣшеніе дѣла въ качествѣ третейскихъ судей. Это соглашеніе называется *receptum scil. arbitrium* <sup>4)</sup>.

Въ до-юстиніановомъ правѣ третейскій договоръ устанавливался неформальнымъ соглашеніемъ (*actum*), которое, по общему правилу, не предоставляло иска на выполненіе. Поэтому, чтобы связать стороны, оно сопровождалось торжественнымъ выговоромъ, въ формѣ стипуляціи, пени на случай, если одна изъ сторонъ отпадетъ отъ даннаго соглашенія, т. е. откажется отъ разсмотрѣнія дѣла третейскимъ судомъ или не подчинится его приговору. Такая пеня называлась *poena compromissa* <sup>5)</sup>. Первый Юстиніанъ предоставилъ искъ по третейскому приговору, но только при нѣкоторыхъ условіяхъ, а именно, когда соглашеніе составлено письменно или клятвенно утверждено <sup>6)</sup>.

Третейское соглашеніе могло имѣть своимъ предметомъ разрѣшеніе всѣхъ спорныхъ между сторонами дѣлъ, такъ наз. *compromissum plenum* <sup>7)</sup>, или только опредѣленнаго дѣла. Оно

<sup>1)</sup> L. 5 § 2; L. 9 § 1; L. 28 § 10; L. 29; L. 30 pr. D. 12, 2; L. 1 C. 4, 1.

<sup>2)</sup> L. 5 § 4; L. 7 sqq. D. 12, 2.

<sup>3)</sup> Dig. 4, 8 de receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant; Cod. 2, 55 de receptis arbitris. — *Andre. Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte* 1860; *Weizsäcker. Das römische Schiedsrichteramt* 1879.

<sup>4)</sup> L. 13 § 2 D. 4, 8.

<sup>5)</sup> L. 3 § 2; L. 27 §§ 1, 4, 6; L. 23 § 2; L. 52 D. 4, 8.

<sup>6)</sup> L. 4; L. 5 C. 2, 56.

<sup>7)</sup> L. 21 § 6 D. 4, 8.

не могло касаться будущаго спора<sup>1)</sup>. Но всегда предметъ соглашения долженъ былъ находиться въ свободномъ распоряженіи сторонъ<sup>2)</sup>; поэтому, напр., брачныя дѣла не могли быть подвергнуты третейскому разбирательству.

Что касается *rescriptum*, то никто не былъ обязанъ принимать на себя разсмотрѣніе дѣла третейскимъ судомъ; но разъ кто либо принялъ на себя такое разсмотрѣніе, то уклониться отъ него уже не могъ<sup>3)</sup> подъ страхомъ взысканія штрафа, *multa*<sup>4)</sup>. Только по точно опредѣленнымъ причинамъ, какъ то: старости, тяжелой болѣзни, установившихся враждебныхъ отношеніяхъ къ спорящей сторонѣ и т. д., *arbiter* могъ сложить съ себя обязанность третейскаго судьи<sup>5)</sup>. Кроме того, все третейское соглашеніе обезсиливало тѣмъ, что одна изъ сторонъ умирала, впадала въ безуміе, одинъ изъ судей оказывалъ явное пристрастіе<sup>6)</sup>.

Рѣшеніе третейскаго судьи было мнѣніемъ или единоличнаго судьи, или большинства.

Если при четномъ числѣ судей голоса раздѣлялись поровну, то сами *arbitri* избирали еще одно лицо, которое и давало своимъ голосомъ перевѣсъ<sup>7)</sup>.

*Соглашеніе, уступка, transactio*<sup>8)</sup>.—Подъ соглашеніемъ въ тѣсномъ смыслѣ слова разумѣется договоръ, которымъ двѣ стороны устраняютъ путемъ обоюдныхъ уступокъ неизвѣстность касательно опредѣленнаго права. Оно можетъ касаться правъ вещныхъ, обязательственныхъ, семейныхъ<sup>9)</sup>.

Въ наукѣ долгое время утверждали, что нельзя вступать въ соглашеніе о правахъ изъ нескрытаго еще завѣщанія (см. *Glück. Erläuter. d. Pandecten. Th. 5 § 349*). Но въ источникахъ прямого запрещенія такого соглашенія не имѣется. Тамъ говорится только, что, не читавши завѣщанія, трудно вступать въ соглашеніе о правахъ изъ него. См. *L. 1 § 1 D. 29, 3; L. 6. D. 2, 15.*

<sup>1)</sup> *L. 46 D. 4, 8.*

<sup>2)</sup> *L. 32 §§ 6, 7 D. 4, 8.*

<sup>3)</sup> *L. 3 § 2; L. 15 D. 4, 8.*

<sup>4)</sup> *L. 32 § 12 D. 4, 8.*

<sup>5)</sup> *L. 9 §§ 4, 5; L. 10; L. 11 pr.; L. 15; L. 16; L. 17 pr. D. 4, 8.*

<sup>6)</sup> *L. 21 § 7 D. 4, 8; L. 3 C. 2, 56.*

<sup>7)</sup> *L. 17 §§ 5, 7; L. 18; L. 27 § 3 D. 4, 8.*

<sup>8)</sup> *Dig. 2, 15; Cod 2, 4 de transactionibus. — Risch. Die Lehre vom Vergleich nach Gemeinem Recht 1856. Accarias. Étude sur la transaction en droit romain etc. 1863.*

<sup>9)</sup> *L. 1—4 C. 2, 4; L. 14 D. 2, 15.*

Необходимое условіе соглашенія то, чтобы данное право было сомнительнымъ, т. е. въ большинствѣ случаевъ, спорнымъ между сторонами<sup>1)</sup>. Уступка по безспорному праву, напр., вытекающему изъ дѣйствительнаго судебного приговора, будетъ дареніемъ<sup>2)</sup>.

Соглашеніемъ устраняется споръ, какъ бы по судебному рѣшенію<sup>3)</sup>, и въ этомъ значеніи оно составляетъ суррогатъ судебного приговора.

Уступка должна быть обоюдною; уступка только съ одной стороны будетъ дареніемъ<sup>4)</sup>. Содержаніе ея можетъ быть самое разнообразное: то отказываются отъ части права и признается остальное<sup>5)</sup>, то отказываются ото всего права за вознагражденіе, то признается все право и выговаривается вознагражденіе признающему<sup>6)</sup>.

Дѣйствіе соглашенія ограничивается всегда почти одними участвующими въ немъ лицами<sup>7)</sup>.

Въ заключеніе давнаго отдѣла остается изложить ученіе объ одномъ чрезвычайномъ средствѣ охраны правъ, не имѣющемъ ничего общаго съ искомъ, ни съ возраженіемъ: это такъ называемое

Возстановленіе прежняго правоотношенія или состоянія, *In integrum restitutio*<sup>8)</sup>.

*Источники:* Dig. 4, 1 de in integrum restitutionibus. Th. C. de integri restitutione; Cod. 2, 20 — 55.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. Rechts Bd. 7 p. 90 — 209. Burchardi. Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den

<sup>1)</sup> L. 1 D. 2, 15; L. 2; L. 12; L. 17 C. 2, 4.

<sup>2)</sup> Paulus. S. R. I, 1 § 5.

<sup>3)</sup> L. 20; L. 28 C. 2, 4.

<sup>4)</sup> L. 38 C. 2, 4.

<sup>5)</sup> L. 6 C. 2, 4.

<sup>6)</sup> L. 9 D. 2, 15.

<sup>7)</sup> L. 14 D. 2, 15.

<sup>8)</sup> Источники обыкновенно употребляютъ выраженіе «in integrum restitutio» или «integri restitutio» и весьма рѣдко «restitutio in integrum». Savigny cit. § 315 а.

vorigen Stand 1831. *Spaltenstein*. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1873.

*Понятіе.*—Подъ *in integrum restitutio* въ обширномъ смыслѣ этого выраженія можно разумѣть прежде всего всякое удовлетвореніе правового притязанія, какъ-то уплату по обязательству, и т. д.—Также не въ техническомъ смыслѣ подъ *in int. rest.*<sup>1)</sup> будутъ подходить случаи, когда возстановляется потерянное право, но не непосредственно, а путемъ косвеннымъ при участіи противной стороны, чрезъ посредство ея юридическаго дѣйствія, на которое вызываетъ притязаніе потерявшей стороны. Напр., путемъ обмана заключенъ договоръ купли-продажи и въ то же время проданная вещь передана въ кредитъ. Этой передачей вещь становится собственностью купившаго. Затѣмъ продавецъ вчиняетъ искъ о продажѣ, которымъ купившій вынуждается обратной передачей вновь установить собственность на вещь прежнему ея хозяину. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ нѣтъ прямого возстановленія потеряннаго права, а имѣются лишь извѣстныя обязательственныя отношенія между сторонами, которыя косвенно могутъ вести къ такому возстановленію<sup>2)</sup>.

Эти и многіе другіе случаи подобнаго возстановленія долго смѣшивали (напр., еще *Burchardi cit.*) съ *in integr. rest.* въ тѣсномъ его смыслѣ (см. *Savigny. cit.* p. 99—106).

Въ тѣсномъ смыслѣ подъ *in integrum restitutio* разумѣется чрезвычайное юридическое средство возстановленія права, потеряннаго на основаніи *strictum jus* (*in integrum restitutio est redintegrandae rei vel causae actio*<sup>3)</sup>), чрезъ судебную власть, особенно чрезъ непосредственное проявленіе *imperium* претора (*magis imperii, quam jurisdictionis est*<sup>4)</sup>) и на основаніи причинъ, впередъ опредѣленныхъ. Итакъ, въ отличіе отъ предыдущихъ случаевъ возстановленія правъ, *in int. rest.* представляетъ то чрезвычайное средство, по которому непосредственно судебнымъ приговоромъ или магистратскимъ повелѣніемъ возстановляется право, потерянное на основаніи юридическаго факта, возстановляется такъ, какъ бы потерявшій никогда не терялъ его.

*Условія:*—1) Юридическій фактъ долженъ проявиться въ

<sup>1)</sup> L. 3 § 4 D. 4, 7; L. 23 § 7 D. 21, 1; L. 10 C. 4, 44.

<sup>2)</sup> *Windscheid. Pand.* I § 114.

<sup>3)</sup> *Paulus* 1, 7 § 1.

<sup>4)</sup> L. 26 pr. D. 50, 1.

юридическихъ послѣдствіяхъ; если онъ не проявился, то требовать возстановленія нельзя.

2) Не всякій юридическій фактъ, проявившійся въ юридическихъ послѣдствіяхъ, даетъ право на возстановленіе. Если имѣются другія нормальныя средства защиты противъ данныхъ правовыхъ послѣдствій, то по общему началу *in integrum restitutio* непримѣнимо.

*Nam si communi auxilio ex merito jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. L. 16 pr. D. 4, 4.*

Въ нѣкоторыхъ только особенныхъ случаяхъ дозволялось прибѣгать къ *in integr. restitutio*, если обыкновенныя средства представляли какія либо неудобства въ достиженіи цѣли<sup>1)</sup>.

3) Для осуществленія *in int. rest.* необходима наличность какого либо ущерба, — *laesio, damnum, captio*<sup>2)</sup>, — отъ опредѣленнаго правового состоянія, установленнаго по предшествующему юридическому факту. Поэтому, по ничтожному факту нельзя требовать возстановленія, ибо онъ не имѣетъ никакого правового значенія, а слѣдовательно и ущерба какого либо причинить не можетъ<sup>3)</sup>. Тѣмъ болѣе не дается *in int. rest.* по ущербу, причиненному не вслѣдствіе даннаго юридическаго факта, а вслѣдствіе позднѣйшаго случая<sup>4)</sup>.

Свойство ущерба могло быть самое разнообразное. Чаще всего онъ могъ состоять въ имущественной потерѣ<sup>5)</sup>. При этомъ безразлично: выражался ли ущербъ въ потерѣ прибрѣтеннаго имущества или въ опущеніи прибрѣсти таковое<sup>6)</sup>. Но для возстановленія не требовалось непременно матеріальнаго свойства ущерба; можно было требовать *in int. rest.* и противъ семейно-правовыхъ сдѣлокъ, напр., если по усыновленію лица *sui juris* (такъ наз. *agrogatio*) оно становится въ худшее семейное положеніе, чѣмъ то, въ какомъ оно стояло прежде<sup>7)</sup>. Возстановленіе по опущенной прибыли допускалось лишь при томъ условіи,

<sup>1)</sup> Такъ въ особенности о мипорахъ источники говорятъ: *Minoribus XXV annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari. L. 6 D. 4, 4.*

<sup>2)</sup> *L. 1 D. 4, 1* ср. *L. 9 § 1 D. 4, 4, L. 1 C. 2, 29. Windscheid. Pand. I § 115.*

<sup>3)</sup> *L. 4 C. 2, 41; L. 11 C. 5, 71; L. 16 pr. § 3 D. 4, 4.*

<sup>4)</sup> *L. 11 §§ 4, 5 D. 4, 4.*

<sup>5)</sup> *L. 6; L. 35 D. 4, 4; L. 41 D. 4, 8; L. 2 C. 2, 27; L. 8 C. 7, 64.*

<sup>6)</sup> *L. 27 D. 4, 6; L. 7 § 6; L. 44 D. 4, 4.*

<sup>7)</sup> *L. 3 § 6 D. 4, 4; L. 2 C. 2, 27.*

если противная сторона, не получившая прибыли отъ даннаго юридическаго факта, не потерпитъ отъ возстановленія какого либо ущерба<sup>1)</sup>. Поэтому реституція не допускается по пропущенному предъявленію штрафнаго иска (*actiones poenales*)<sup>2)</sup>, а также противъ 30-ти лѣтней и болѣе погасительной давности. Ущербъ не долженъ быть незначительнымъ самъ по себѣ.

Таково господствующее воззрѣніе (см. *Vangerow. Pand. I § 176*), подтверждаемое и источниками (*L. 49 D. 4. 4; L. 9 pr. D. 4, 1*), но нѣкоторые ученые не признаютъ такого ограниченія (напр., *Burchardi cit. § 8*).

Во всякомъ случаѣ, *laesio* должно быть всегда значительнымъ сравнительно съ ущербомъ, который потерпитъ противная сторона отъ возстановленія<sup>3)</sup>. Кроме того, *in int. restitutio* не допускалось, когда ущербъ навлеченъ по винѣ (*dolus*) самого потерпѣвшаго<sup>4)</sup>, или когда пришлось бы возстановлять нисходящихъ противъ восходящихъ родственниковъ<sup>5)</sup>. Наконецъ, не допускалось возстановленіе по сдѣлкамъ, заключеннымъ казною по имуществу своего должника съ цѣлью удовлетворить свои претензіи<sup>6)</sup>.

4) Какъ средство чрезвычайное<sup>7)</sup>, *in int. restitutio* примѣнялось не во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имѣлись на лицо всѣ до сихъ поръ изложенныя условія, а лишь по особымъ причинамъ, *justae causae*.

*Justae causae* были перечислены въ преторскомъ эдиктѣ: *Praetor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem. L. 1; L. 2 D. 4, 1; Paulus sentent. I, 7 §2*,

Чрезвычайность этой мѣры состоитъ въ томъ, что судья при подобныхъ случаяхъ не примѣняетъ положительнаго права; онъ выходитъ изъ общей справедливости и своимъ приговоромъ создаетъ конкретное право. Тутъ имѣется отклоненіе отъ правовыхъ нормъ во имя идеи справедливости, не нашедшей еще выраженія въ правовой системѣ и проводимой путемъ судейскаго приговора. Поэтому же и причины, по которымъ допускалось такое отклоненіе, должно было строго опредѣлить. Онѣ были слѣдующія:

<sup>1)</sup> *L. 3 C. 7, 39; Savigny cit. p. 121—124 ср. Burchardi cit. p. 135 и сл.*

<sup>2)</sup> *L. 37 pr. § 1 D. 4, 4; L. 18 D. 4, 6.*

<sup>3)</sup> *L. 4 D. 4, 1; L. 9 pr.; L. 49 D. 4, 4; L. 1 C. 2, 28.*

<sup>4)</sup> *L. 9 §§ 2, 5 D. 4, 4; L. 26 § 6 D. 4, 6; L. 1—3 C. 2, 42.*

<sup>5)</sup> *L. 2 C. 2, 42. См. Spaltenstein cit. p. 37—42.*

<sup>6)</sup> *L. 5 C. 10, 8.*

<sup>7)</sup> *Op. L. 16 pr. D. 4, 4.*



а) Самое основное восстановление, послужившее прототипомъ для всѣхъ другихъ, было *in integrum restitutio propter minorem aetatem*<sup>1)</sup>. Всѣ лица, не имѣвшія 25 лѣтъ, имѣютъ право на восстановление по всѣмъ ущербамъ<sup>2)</sup>, которымъ они подвергаются отъ собственныхъ сдѣлокъ съ третьими лицами<sup>3)</sup>, одностороннихъ объявленій, хотя бы они дѣйствовали съ согласія попечителя и даже родителя<sup>4)</sup>. Мало того, право на реституцію миноры имѣютъ и въ случаяхъ ущерба отъ дѣйствія ихъ замѣстителей, опекуновъ, попечителей<sup>5)</sup>, хотя бы даже имѣлось согласіе высшей опекунской власти<sup>6)</sup>. Но при этомъ отъ опекуновъ требуется *dolus* или, по крайней мѣрѣ, *culpa lata*<sup>7)</sup>.

Такую защиту римскіе юристы мотивировали легкомысліемъ и неопытностью даннаго возраста, ведущими ко всякому ущербу въ развитой правовой жизни<sup>8)</sup>. Поэтому общимъ началомъ миноры не получали защиты по поводу ущерба, причиненнаго случаемъ (*casus fortuitus*)<sup>9)</sup>. Но если они терпѣли ущербъ отъ рискованнаго предпріятія только потому, что не осуществляли его своевременно, по неопытности, то они не лишались права на реституцію<sup>10)</sup>. Кроме этого, не допускалось *in integr. restitutio propter minorem aetatem*<sup>11)</sup>: если по достиженіи 25 лѣтъ миноръ клятвенно подтвердитъ данный юридическій актъ; если реституція была бы противна нравственности, напр., подарки невѣстѣ, требуемые назадъ послѣ разстроившагося брака. Миноръ противъ минора не восстанавливается, если этимъ будетъ причиненъ отвѣтчику ущербъ, выражающійся въ уменьшеніи его наличнаго имущества<sup>12)</sup>. Въ этихъ случаяхъ примѣняется правило *beati possidentes*. Затѣмъ, полученное *venia aetatis* прекращаетъ право на восстановление по актамъ, совершеннымъ

<sup>1)</sup> См. *Bonjean. De la restitutio in integrum accordée aux mineurs de XXV ans en droit romain. Paris. 1883.*

<sup>2)</sup> Оупущеніе выгоды L. 8 C. 2, 21.

<sup>3)</sup> L. 1 § 1 D. 4, 4: Praetor edicit: quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur; uti quaeque res erit, animadvertam. L. 7 pr. и слѣд. D. 4, 4; L. 9; L. 11 D. 4, 4.

<sup>4)</sup> L. 3 §§ 4 и слѣд. D. 4, 4.

<sup>5)</sup> L. 47 pr.; L. 7 § 8; L. 49 D. 4, 4; L. 2, 3, 5 C. 2, 24.

<sup>6)</sup> L. 11 C. 5, 71.

<sup>7)</sup> Arg. L. 24 § 1 D. 4, 4.

<sup>8)</sup> L. 1 pr. § 7 D. 4, 4; L. 5 pr. C. 2, 21.

<sup>9)</sup> L. 11 § 4 D. 4, 4.

<sup>10)</sup> L. 11 § 5 D. 4, 4.

<sup>11)</sup> См. у *Vangerow. Pand. I § 83 п. 2; Arndts. Pand. § 119.*

<sup>12)</sup> L. 11 § 6; L. 84 pr. D. 4, 4; L. 128 pr. D. 50, 17.

послѣ объявленія совершеннолѣтія<sup>1)</sup>). Но противъ самой *venia aetatis* можно было просить восстановленія въ прежнее состояніе.

Начала *in integrum restitutio propter minorem aetatem* были распространены на городскія общины<sup>2)</sup>, и, наоборотъ, не были распространены, какъ это можно было ожидать, на съумасшедшихъ и расточителей, находящихся подъ попечительствомъ. Только въ случаѣ если совершеннолѣтнему съумасшедшему будетъ упущено назначить опекуна, то по ущербу, проистекшему отъ такого упущенія, предоставлялось право на реституцію. Но и тутъ съумасшедшій не разсматривался какъ бы несовершеннолѣтнимъ, а считался какъ бы отсутствующимъ<sup>3)</sup>.

б) *In integrum restitutio propter metum*, восстановленіе по сдѣлкамъ, заключеннымъ подъ вліяніемъ психическаго принужденія. Восстановленіе по этой причинѣ примѣнялось рѣдко, ибо въ большинствѣ случаевъ достаточно было обыкновенныхъ средствъ защиты, какъ-то: *actio quod metus causa*, *exceptio metus*<sup>4)</sup>.

в) *In integrum restitutio propter dolum*<sup>5)</sup>, восстановленіе по актамъ, совершеннымъ подъ вліяніемъ обмана. И подобная реституція примѣнялась рѣдко, ибо въ большинствѣ случаевъ обмана достаточно было обыкновенныхъ способовъ защиты: *actio doli* и *exceptio doli*<sup>6)</sup>. Примѣнялось восстановленіе только въ отдѣльныхъ случаяхъ, точно опредѣленныхъ положительнымъ правомъ, а именно, прежде всего въ случаяхъ, относящихся къ процессу<sup>7)</sup>; затѣмъ, при вступленіи въ *bona fidei negotium* подъ вліяніемъ обмана<sup>8)</sup>, и частный случай продажи *dolo* однимъ изъ содолжниковъ вещи, отвѣтственной по общему долгу<sup>9)</sup>.

Таковъ кругъ примѣнимости *in integr. rest. propter dolum* по возрѣнію большинства ученыхъ. Но многіе другіе ограничиваютъ этотъ кругъ, а другіе, наоборотъ, расширяютъ его. Такъ, нерѣдко допускаютъ данную реституцію только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, относящихся къ процессу (напр., *Windscheid. Pand. I § 118* и п. 6; *Wächter. Pand. I p. 579 art. IV*). Дру-

1) L. 1 C. 2, 44.

2) L. 4 C. 2, 53.

3) L. 124 § 1 D. 50, 17.

4) См. выше стр. 175.

5) L. 1 D. 4, 1; Paulus Sentent. I 7 § 2.

6) См. выше стр. 177.

7) L. 33 D 42, 1; L. 7 § 1 D. 4, 1; L. 18 D. 11, 1.

8) L. 3 C. 2, 54; L. 5; L. 10 C. 4, 44. См. *Spaltenstein* cit. p. 154 — 162

9) § 6 J. 4, 6.

гіе присоединяють сюда, на основаніи позднѣйшихъ императорскихъ конституцій, случаи обмана при вступленіи въ *bonae fidei contractus* (*Vangerow. Pand.* § 178 п. 1 пр. 4; § 185 п. 1 пр. 3, 5). Наконецъ, третьи предоставляютъ право на возстановленіе противъ всякаго третьяго лица, которое будетъ владѣть вещью, уступленною по обману другому лицу, или вступить въ сдѣлку, не зная, что его контрагентъ былъ вызванъ на нее обманомъ. (*Savigny cit.* р. 200, 208, 209). Послѣднее распространеніе нельзя никоимъ образомъ признать. Третье лицо, невиновное въ обманѣ, не обязано отвѣчать по претензіи обманутаго; послѣдній можетъ обратиться съ таковою только къ обманувшему (см. выше стр. 178 и *Vangerow. Pand.* III § 605 п. 1 пр. 6).

г) *In integrum restitutio propter errorem*<sup>1)</sup>, возстановленіе по актамъ, совершеннымъ при заблужденіи. Главное значеніе, конечно, имѣетъ *error facti*<sup>2)</sup>. Поводы же могутъ быть самые разнообразныя<sup>3)</sup>. Источники говорятъ въ особенности о заблужденіи относительно процессуальныхъ дѣйствій<sup>4)</sup>, какъ напр., если будетъ предъявленъ искъ въ формѣ *pluris petitio* при заблужденіи, которое *ut constantissimus quisque labi potest*, то предоставляется право на возстановленіе. — Въ матеріальномъ правѣ допускалась *rest. propter errorem* только въ отдѣльныхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ, случаяхъ. Такъ напр., если въ силу заблужденія кто либо становился въ состояніе недостойнаго наслѣдника (*heres indignus*), то у него отнималось унаслѣдованное имущество, формально же онъ оставался наслѣдникомъ и, какъ таковой, не имѣлъ право осуществить своего прежняго права требованія къ наслѣдодателю. Противъ такого послѣдствія онъ имѣлъ право на реституцію<sup>5)</sup>. Другой примѣръ: если кредиторы къ наслѣдству, по извинительному заблужденію, совершили себѣ въ ущербъ *separatio bonorum*, то имѣли право на возстановленіе<sup>6)</sup>. Подобные частные случаи реституціи на другіе случаи распространять нельзя<sup>7)</sup>.

д) Въ до-юстиніановомъ правѣ допускалось *in integrum restitutio* въ случаяхъ такъ наз. *alienatio iudicii mutandi causa*<sup>8)</sup>,

<sup>1)</sup> L. 2 D. 4, 1.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 172.

<sup>3)</sup> Напр. L. 1 D. 27, 6. Затѣмъ см. *Vangerow. Pand.* I § 186.

<sup>4)</sup> Gajus 4, 35—37, 55, 125; § 33 J. 4, 6; L. 8 § 2 D. 2, 8; L. 7 пр. D. 4, 1; L. 11 § 8, 10 D. 11, 1; L. 13 пр. D. 14, 3; L. 2 пр. D. 38, 15; L. 2 D. 42, 2; L. 2; L. 11 пр. D. 44, 2; L. 15 § 5 D. 43, 24.

<sup>5)</sup> L. 17 D. 34, 9; L. 21 § 1 D. 29, 5.

<sup>6)</sup> L. 1 § 17 D. 42, 6.—См. также L. 1 § 1, 6 D. 27, 6.

<sup>7)</sup> *Savigny cit.* р. 196 и слѣд.

<sup>8)</sup> Dig. 4, 7 de alienatione iudicii mutandi causa. См. *Lenel. Edictum perpet.* р. 101.

когда владѣлецъ чужой вещи, во избѣжаніе взысканія, отчуждалъ ее другому, то продолжалъ отвѣчать по ней какъ бы она была у него въ рукахъ. Но въ юстиніановомъ правѣ отчуждившій съ такою цѣлью вещь отвѣчалъ по фѣкціи владѣнія, согласно началу: *pro possessione dolus est* <sup>1)</sup>).

Въ новѣйшихъ трудахъ вовсе не признаютъ *alienatio jud. mutandi causa*, какъ особое основаніе для *in integr. restit.* Приводимые за него источники толкуютъ въ смыслѣ лишь права на вознагражденіе за убытки (*Spaltenstein cit. p. 18* и слѣд.).

е) *In integrum restitutio* въ случаяхъ *status mutatio*, измененія семейнаго положенія. Если лицо *sui juris* поступало подъ власть другого, то вслѣдствіе *capitis deminutio minima* все активное его имущество переходило къ его семейному владыкѣ, а долги его падали сами собою, такъ что кредиторы лишались дальнѣйшаго къ нему права требованія. Противъ этихъ послѣдствій преторъ предоставилъ возстановленіе правъ кредиторовъ къ имуществу въ томъ видѣ, въ какомъ оно было до поступленія ея хозяина подъ чужую семейную власть <sup>2)</sup>. Позднѣе же кредиторамъ предоставленъ былъ общій искъ, которымъ прямо устранялось освобожденіе отъ долговъ по *status mutatio* <sup>3)</sup>.

ж) *In integrum restitutio* по случаю *justa absentia* <sup>4)</sup>, т. е. отсутствію, оправдываемому необходимостью или инымъ какимъ либо основаніемъ <sup>5)</sup>.

Въ источникахъ различаютъ отсутствіе *ex necessitate*, *ex voluntate*, *de causa probabili* или по иному какому либо основанію (L. 28 pr.; L. 26 § 9; L. 2 § 1; L. 3 D. 4, 6). Отсюда въ прежнее время устанавливали различные виды основаній, по которымъ судья могъ признать отсутствіе уважительнымъ или нѣтъ, и, согласно этому, предоставить *in int. rest.* или отказать въ немъ (см. *Gluck. Erläut. d. Pand.* 6 p. 30—34). Наоборотъ, другіе ученые (*Savigny cit. p. 174—176*) полагаютъ, что при вопросѣ о возстановленіи причины отсутствія не должны быть разсматриваемы вовсе.—То и другое воззрѣніе противорѣчитъ источникамъ, которые, не устанавливая точныхъ основаній для признанія отсутствія уважительнымъ, тѣмъ не менѣе, не по всякому отсутствію допускаютъ *in integr. rest.* (см., напр., L. 14 D. 4, 6).

Такъ, если лицо, отсутствующее по государственной службѣ,

<sup>1)</sup> L. un. C. 2, 55. См. *Savigny cit. p. 103—105; 212, 213.*

<sup>2)</sup> *Gajus* 4, 38; 3, 84.

<sup>3)</sup> L. 2 § 1 D. de capite minutis 4, 5; L. 2 pr. D. 14, 5. Ср. *Spaltenstein cit. p. 189—192.*

<sup>4)</sup> L. 1 § 1; L. 16 D. 4, 6. См. *Lenel. Edictum perpet. p. 96.*

<sup>5)</sup> *Windscheid. Pand. I § 119 Nr. 1.*

по собственнымъ дѣламъ, по нахожденію въ плѣну, въ темницѣ<sup>1)</sup>, въ рабствѣ, и т. п., или же по отсутствію отъ мѣстожителства противной стороны, не предъявить иска или возраженія, не осуществитъ своего права (напр., сервитута), и вслѣдствіе этого понесетъ ущербъ, то оно имѣло право на возстановленіе. При этомъ только положительный ущербъ, напр., потеря вещи по давности даетъ право на *in int. rest. propter absentiam*; упущенное пріобрѣтеніе во вниманіе не берется<sup>2)</sup>.

Назначеніе отсутствующимъ представителя не лишаетъ его права на возстановленіе, за исключеніемъ случаевъ состоявшагося противъ него приговора, вошедшаго въ законную силу<sup>3)</sup>.

Въ источникахъ встрѣчаются мѣста какъ будто противорѣчащія другъ другу. Такъ, съ одной стороны, L. 26 § 9 D. 4, 6... «*et saepissime constitutum est, adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non*» (ср. L. 15 pr. D. 4, 6; L. 8 D. 4, 1). Съ другой стороны, L. 39 D. 4, 6: *Is, qui reipublicae causa âbfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur* (ср. L. 1 C. 2. 53). Попытки къ приміненію см. у *Fritze* въ *Zeitschr. für Civilr. u. Pr.* N. F. 17, 3 p. 68 и слѣд., и у *Wächter*. *Pand.* I p. 583. Если видѣть въ L. 39 представителя для судебной защиты, то этотъ случай составитъ изъятіе изъ общаго правила L. 26 § 9 (*Windscheid*. *Pand.* I § 119 п. 8), въ основѣ котораго лежитъ та мысль, что если бы представляемый былъ на лицо, то ущерба отъ небрежности другого онъ не понесъ бы.

Если отсутствующій не оставилъ представителя, то права на *in int. rest.* онъ лишается только въ случаяхъ неизвинительной небрежности по этому поводу<sup>4)</sup>.

При отсутствіи противной стороны, *in int. restit.* предоставляется только при неимѣніи отсутствующимъ представителя. Но въ большинствѣ этихъ случаевъ реституція предоставляется только тогда, когда отъ отсутствія, произошелъ непредвидѣнный ущербъ и отсутствующему нельзя вѣнать въ вину того, что онъ не оставилъ представителя<sup>5)</sup>.

з) Въ заключеніи преторскаго эдикта о возстановленіи говорится: «*etiam si qua alia causa esse mihi videbitur, in integrum restituum*»<sup>6)</sup>, т. е.: если мнѣ покажется уважительнымъ и

<sup>1)</sup> L. 9, 10; L. 23 pr. D. 4, 6.

<sup>2)</sup> L. 18—20; L. 22 § 1 D. 4, 6.

<sup>3)</sup> *Spaltenstein* cit. p. 55—68.

<sup>4)</sup> L. 20 pr. D. 4, 4; L. 26 § 1; L. 28 pr. D. 4, 6.

<sup>5)</sup> Ср. L. 28 pr. D. 4, 6.

<sup>6)</sup> L. 1 § 1; L. 26 § 9; L. 28 § 2 D. 4, 1.

другое какое либо основаніе, то я совершу возстановленіе. Прибавка эта называется *generalis clausula*, общая оговорка, а самое возстановленіе на основаніи ея—*restitutio ex clausula generali*<sup>1)</sup>.

Въ прежнее время этой оговоркѣ давали тотъ смыслъ, что преторъ сохранялъ за собою право предоставлять *in integr. restit.* во всѣхъ случаяхъ, кромѣ перечисленныхъ въ эдиктѣ, когда это ему покажется необходимымъ (напр., *Thibaut. Pand. 8 Ausg. 1834 § 695*). Теперь же большинство ученыхъ относитъ данную оговорку спеціально къ различнымъ случаямъ отсутствія. Дѣйствительно, предоставить судѣ право возстановлять по своему усмотрѣнію во всѣхъ случаяхъ, кромѣ точно опредѣленныхъ, — было бы и опасно, и противорѣчило бы строгому обозначенію въ источникахъ основаній для реституціи. Но съ другой стороны, слишкомъ общая форма, въ которой выражена *clausula generalis*, не говоритъ и за господствующее воззрѣніе.

Данное возстановленіе совершается въ случаяхъ аналогичныхъ упомянутымъ въ источникахъ<sup>2)</sup>. Сюда будутъ относиться главнымъ образомъ случаи отсутствія, не упомянутые въ *edictum de absentia*<sup>3)</sup>, затѣмъ случаи внѣшнихъ препятствій (напр., въ силу явленій природы) къ отправленію права, которое отъ этого теряется, и, наконецъ, всякіе другіе случаи, распространенные толкованіемъ по аналогіи отъ случаевъ, упомянутыхъ въ эдиктѣ.

*Осуществленіе in int. rest.*—Право предоставлять *in integr. restit.* имѣли высшіе магистраты<sup>4)</sup>, преторъ, намѣстникъ провинціи, а позднѣе и другія высшія власти (*praefectus urbi, praefectus praetorio* и самъ императоръ).

Рѣшеніе происходило *extra ordinem* (*cognitio extraordinaria*).

Въ самомъ производствѣ первоначально отличали процессъ объ *in int. restitutio*, т. наз. *judicium rescindens*, и процессъ объ осуществленіи возстановленнаго права, такъ наз. *judicium rescissorium* или *restitutorium*. Такъ, напр., отсутствующій потерялъ вещь по давности владѣнія; желая получить ее отъ владѣльца, онъ прежде всего проситъ о возстановленіи прежняго правоотношенія, доказывая при этомъ *justam causam restituendi*, и затѣмъ, признаніи возстановленія, онъ вчинаетъ искъ о собственности къ владѣльцу. При формулярномъ процессѣ только первое происходило передъ магистратомъ, а затѣмъ уже (*praetor rescissa alienatione, usucapione etc. actionem dat*) за

<sup>1)</sup> L. 20 § 1; L. 33 D. 4, 1.

<sup>2)</sup> *Wachter. Pand. I p. 584, 585.*

<sup>3)</sup> *Arndts. Pandekt. § 120 п. 2.*

<sup>4)</sup> L. 26 § 1 D. 50, 1.

осуществленіемъ возстановленнаго права обращались въ *judicium ordinarium* (Gajus 3, 84; 4, 38; L. 2 § 1 D. 4, 5). Были случаи, которые по самому своему свойству оканчивались предъ магистратомъ, напр., возстановленіе процессуальнаго срока, другіе по исключенію находили окончательное рѣшеніе въ *judicium extraordinarium* (См. *Burchardi cit.* p. 467 и слѣд.). Съ прекращеніемъ же формулярнаго процесса исчезло основаніе дѣлать производство по *in int. restitutio* на двѣ стадіи.

Срокъ подачи просьбы объ *in integ. restitutio* былъ первоначально *annus utilis*, согласно должностному году; но когда должностныя лица стали назначаться на неопредѣленный срокъ и преторскій эдиктъ получилъ значеніе источника положительнаго права, тогда *annus utilis* для прошеній о возстановленіи долженъ былъ потерять свой прежній смыслъ. И вотъ, сначала имп. Константинъ устанавливаетъ <sup>1)</sup> для *in integr. restitutio propter minorem aetatem* срокъ пятилѣтній въ Римѣ, четырехлѣтній въ Италіи и трехлѣтній въ провинціи, а имп. Юстиніанъ опредѣляетъ общимъ срокомъ для осуществленія всѣхъ *in integr. restitut. quadriennium continuum* <sup>2)</sup>, четыре года, считаемые по началамъ *tempus continuum*. Теченіе давности въ различныхъ случаяхъ возстановленія начинается въ различные моменты <sup>3)</sup>. Такъ, для *in integr. restitutio propter minorem aetatem* теченіе давности начинается съ момента достиженія 25 лѣтъ <sup>4)</sup> или полученной *venia aetatis*. Для *in int. rest. propter absentiam*—съ момента, когда данное лицо уже *praesens* <sup>5)</sup>. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ—съ момента наступленія *laesio*. Незнаніе объ ущербѣ не останавливаетъ теченіе срока.

Послѣднее начало можно косвенно вывести изъ того, что по L. 7 C. 2, 52 пріостановка теченія срока относится только ко времени несовершеннолѣтія и отсутствія. Впрочемъ, вопросъ этотъ въ наукѣ споренъ. Ср. *Keil* въ *Archiv für civ. Praxis* Bd. 38 п. 16 и *Vermeiren* *ibid.* Bd. 39 п. 11.

Право на *in integr. rest.* переходитъ къ универсальнымъ и сингулярнымъ преемникамъ и противъ универсальныхъ преемниковъ <sup>6)</sup>, но противъ сингулярныхъ преемниковъ—лишь тогда, когда при переходѣ на нихъ правъ они знали и о претензій на *in int. restitutio*, и тогда, когда безъ осуществленія рести-

<sup>1)</sup> L. 2 C. Th. 2, 16.

<sup>2)</sup> L. 7 C. de temporibus in integrum restitutionis 2, 52.

<sup>3)</sup> См. *Savigny cit.* p. 245—248.

<sup>4)</sup> L. 5 pr. C. 2, 52.

<sup>5)</sup> L. 7 § 1 C. 2, 58.

<sup>6)</sup> L. 24 pr.; L. 18 § 1; L. 14 D. 4, 4.

туціи нельзя было бы предотвратить значительнаго ущерба, напр., когда по вещи, опредѣленной *in specie*, возстановленіе ея цѣны не предотвращаетъ убытка. Въ частности *in integr. restitutio propter metum* осуществлялось противъ всякаго владѣльца данной вещи (*in rem scripta*)<sup>1)</sup>.

*Послѣдствія возстановленія.*—Возстановленіе должно быть обоюдное<sup>2)</sup>, т. е. возстановляются какъ выгодныя, такъ и невыгодныя послѣдствія; возстановляется право въ прежнемъ видѣ, какимъ оно было до факта, причинившаго ущербъ, и не только для потерпѣвшаго, но, по мѣрѣ возможности, и для другой стороны. Такъ, если миноръ потерпитъ ущербъ отъ невыгодной продажи и получаетъ реституцію, то купившій обязывается возвратитъ ему вещь съ прибылью промежуточнаго времени, а миноръ съ своей стороны обязанъ возвратитъ ему полученную сумму съ процентами за то же время<sup>3)</sup>.

Осуществленная реституція имѣетъ дѣйствіе только для сторонъ, принимавшихъ участіе въ процессѣ о реституціи, и не отражается на третьихъ лицахъ, ни къ ихъ выгодѣ, ни къ ихъ вреду<sup>4)</sup>, если только эта выгода, этотъ ущербъ не будутъ составлять неустраимаго послѣдствія возстановленія<sup>5)</sup>, напр., въ силу недѣлимости сервитутовъ.

<sup>1)</sup> L. 3 C. 2, 20. См. *Schliemann*. Die Lehre v. Zwang. p. 56.

<sup>2)</sup> L. 24 § 4; L. 27 § 1; L. 40 § 1; L. 47 § 1 D. 4, 4; L. un. § 2 C. 2, L. 1, 2 C. 2, 32; L. 6 C. 2, 51.

<sup>3)</sup> См. *Savigny* cit. p. 266 и слѣд.

<sup>4)</sup> L. 48 pr. D. 4, 4; L. 61 D. 29, 2; L. un. C. 2, 26. См. *Burchardi* cit. p. 566—569.

<sup>5)</sup> L. 10 pr. D. 8, 6; L. 27 § 2 D. 4, 4.



## ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

---

### А) ВЕЩНОЕ ПРАВО.

*Понятіе.* — Подъ вещнымъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ разумѣется непосредственное господство лица надъ вещью, опредѣляемое правомъ объективнымъ.

Непосредственная связь лица съ вещью, какъ характерный признакъ вещныхъ правъ, выражается у римлянъ въ словахъ: «res mea est», «ubi rem meam invenio, ibi vindico» и т. п.

Но въ сущности права мыслимы только по отношенію къ лицамъ, и съ этой точки зрѣнія вещнымъ правомъ будетъ то право, по которому управомоченный имѣетъ притязаніе на уваженіе всѣхъ и каждаго<sup>1)</sup>). Вещное право независимо отъ особенной обязанности опредѣленнаго другого лица и потому можетъ быть осуществлено вещнымъ искомъ.

*Виды вещныхъ правъ.* — Если субъектъ господствуетъ надъ вещью неограничено и во всей совокупности ея отношеній, то имѣется самое полное неограниченное вещное право, *право собственности*.

Это обширное право можетъ быть ограничено, безъ устраненія его, предоставленіемъ по акту частной воли постороннему лицу отпращивленія одной изъ сторонъ господства на самую вещь. Тутъ имѣются такъ наз. *права на чужую вещь, jura in re aliena*. Права эти, по содержанію господства лица надъ вещью, распадаются на такъ наз. сервитуты (servitutes), эмфи-

---

<sup>1)</sup> *Thon. Rechtsnorm u. subj. Recht* p. 161 и слѣд.; *Bierling. Kritik d. R. Begr.* 2 p. 169 и слѣд.

тевзисъ (emphyteusis), суперфицій (superficies) и закладное право.

Кромѣ того, лицо можетъ стоять по вещи въ такомъ правоотношеніи, которое отъ права собственности и правъ на чужую вещь будетъ отличаться своей фактической природой. Это такъ наз. *владѣніе*, *possessio*, изложеніемъ котораго и должно начинать отдѣль вѣщныхъ правъ.

Итакъ, система вѣщныхъ правъ:

- 1) Владѣніе.
- 2) Право собственности.
- 3) Права на чужую вещь:
  - а) Сервитуты.
  - б) Эмфитевзисъ.
  - в) Суперфицій.
  - г) Закладное право.

## ВЛАДѢНІЕ.

*Источники:* Dig. 41, 2 de acquirenda vel amittenda possessione; Cod. 7, 32 de acquirenda at retinenda possessione.

*Пособія:* Savigny. Das Recht des Besitzes 7 Aufl. v. Rudorff 1865; Bruns. Das Recht des Besitzes im Mittelalter u. in der Gegenwart. 1848; Randa. Der Besitz nach österreichischem Rechte 3. Aufl. 1879; Bekker. Das Recht des Besitzes bei den Römern 1880; Molitor. La possession et la revendication en droit romain 2 ed. 1874; van Wetter. Traité de la possession en droit romain 1868.

### Понятіе владѣнія (possessio).

Владѣть въ обширномъ смыслѣ слова значитъ фактически имѣть вещь въ своей власти.

L. 1 pr. D. 41, 2: Possessio appellata est ut Labeo ait, a sedibus (pedibus?) quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt. Ср. L. 3 § 5 D. eod.

Если къ этому фактическому отношенію присоединяется намѣреніе (воля) относиться къ предмету на правѣ собствен-

ности или иномъ вещномъ правѣ, то получается владѣніе въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Простое фактическое господство, не предполагающее непременно сознание или воли на исключительность этого господства, называется удержаніемъ, *detentio, possessio naturalis, possessio corporalis*.

Таково господствующее возрѣніе на *detentio*, по которому сюда будутъ относиться и тѣ случаи, когда захватъ совершенъ лицомъ вполнѣ неволе-способнымъ (см. *Randa cit p. 11*). По другому мнѣнію (*Bruns cit. p. 466; Zielonacki. Der Besitz nach d. röm. Rechte 1854 p. 4 n.*), *detentio*, какъ внѣшній фактъ господства надъ вещью, исключаящаго отъ него всякаго третьяго, логически требуетъ необходимо наличности сознаниа и воли.

Итакъ, владѣніе отмѣчается двумя признаками: фактическимъ господствомъ надъ вещью и волею, направленною на право по этой вещи. При этомъ господство должно быть разсчитано на будущее<sup>1)</sup>; вещь должна быть подчинена лицу на болѣе или менѣе продолжительное время, а не находиться только во временномъ къ нему отношеніи.

Такое фактическое господство разсматривается въ правовой системѣ ради тѣхъ правовыхъ послѣдствій, которыя положительное право съ нимъ связываетъ. Эти правовыя послѣдствія образуютъ право владѣнія, *jus possessionis*<sup>2)</sup>, которое слѣдуетъ отличать отъ права владѣть, *jus possidendi*; владѣніе можетъ быть правомочнымъ или неправомочнымъ. *Jus possidendi* для понятія владѣнія значенія не имѣетъ; лицо, которое не имѣетъ никакого права на владѣніе, будетъ тѣмъ не менѣе владѣльцемъ, если оно господствуетъ надъ вещью<sup>3)</sup>.

*In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat L. 3 § 5 D. 41, 2; — qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet L. 2 D. 43, 17.*

По содержанію господства владѣніе можетъ касаться вещи во всѣхъ ея отношеніяхъ съ намѣреніемъ быть ея собственникомъ, или же выражаться въ отправленіи одного какого либо права на вещь съ намѣреніемъ отправлять это право для себя. Въ послѣднемъ случаѣ источники говорятъ о *quasi possessio*,

<sup>1)</sup> L. 3 § 13 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> Это выраженіе см. въ L. 44 pr. D. 41, 2; L. 2 § 38 D. 43, 8.

<sup>3)</sup> L. 11 D. 5, 3; L. 12 D. 41, 2; *qui interrogatus, cur possideat responsurus sit «quia possideo» nec contendet se heredem vel per mendacium.*

*juris possessio, juris quasi possessio*<sup>1)</sup>). Германскіе ученые первый видъ владѣнія называютъ владѣніемъ вещью (*Sachbesitz*), а второй — владѣніемъ правомъ (*Rechtsbesitz*).

Послѣ сказаннаго выясняется то мѣсто, которое должно быть отведено владѣнію въ системѣ гражданскаго права. Владѣніе относится несомнѣнно къ вещнымъ правамъ, такъ какъ оно состоитъ въ непосредственномъ отношеніи лица къ вещи и только тѣмъ отличается отъ другихъ вещныхъ отношеній, что оно чисто фактическаго, а не правового характера. При этомъ владѣніе по содержанію своему соотвѣтствуетъ, какъ фактическое господство, нѣсколькимъ видамъ вещныхъ правъ; поэтому всего удобнѣе излагать его во главѣ вещныхъ правъ.

Вопросъ о мѣстѣ владѣнія въ системѣ гражданскаго права весьма споренъ. Римскіе источники его не разрѣшаютъ; оставляя же прежнихъ юристовъ (*Savigny cit. p. 52, 53*), получаемъ слѣдующія главнѣйшія воззрѣнія. Многіе систематики помѣщаютъ владѣніе въ общей части науки (*Puchta, Böcking, Brinz* и др.). Но уже Савиньи (*cit. p. 54*) вполне правильно замѣтилъ, что за владѣніемъ можно признать общій характеръ съ такою же основательностью, какъ и за собственностью и всякимъ другимъ правомъ. Затѣмъ, самъ Савиньи (§ 6) считаетъ владѣніе за обязательственное право, а именно относитъ его къ *obligationes ex maleficiis* на томъ основаніи, что владѣльческіе иски, интердикты, суть личные, деликтные иски. Совершенно вѣрно, что интердикты — личные иски, но нельзя классифицировать отношеніе по послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ него (*Kierulff. Civilr. p. 344 Anm.*); природа отношенія опредѣляетъ мѣсто его въ системѣ, а природа владѣнія, какъ уже установлено, вещного характера. Поэтому большинство современныхъ ученыхъ отводитъ владѣнію мѣсто въ вещномъ правѣ; причемъ одни излагаютъ все ученіе о немъ въ одномъ мѣстѣ, во главѣ вещныхъ правъ (*Windscheid, Baron, Maunz* и др.), другіе же считаютъ болѣе правильнымъ раздѣлять это изложеніе по особымъ отдѣламъ вещныхъ правъ, которымъ по фактическому содержанію будетъ соотвѣтствовать владѣніе (*Brinz cit. p. 487; Randa cit. p. 53 n. 17*). Но по общимъ признакамъ владѣніе какъ вещами, такъ и правами, представляетъ самостоятельное цѣлое, проникнутое одною общею основною идеей, а потому долженствующее имѣть свое особое мѣсто въ системѣ и, какъ относящееся къ нѣсколькимъ отдѣламъ вещного права, всего правильнѣе помѣститъ его во главѣ вещныхъ правъ.

Въ интересахъ лишь учебнаго изложенія дальше будетъ рѣчь главнымъ образомъ о владѣніи вещью, а въ концѣ будетъ сказано о владѣніи правомъ<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *Pr. J. 4, 15; L. 10 pr. D. 8, 5; L. 2 § 3 D. 43, 26; L. 2 D. 8, 4; L. 7 D. 43, 19; L. 28 § 2 D. 4, 6. Ср. L. 3 pr. D. 41, 2; L. 4 § 27 D. 41, 3; L. 1 § 8 D. 43, 3; L. 32 § 1 D. 8, 2.*

<sup>2)</sup> См. *Windscheid. Pand. 1 § 151.*

## Правовая природа владѣнія.

На основаніи до сихъ поръ сказаннаго, владѣніе вещами представляется отношеніемъ господства лица, устанавливаемаго внѣшнимъ актомъ; владѣніе же правомъ — отправленіемъ права, устанавливаемаго по начальному акту. Природа этого господства чисто фактическая. Владѣніе есть фактъ. Въ правовой системѣ этотъ фактъ получаетъ мѣсто въ силу правовыхъ послѣдствій, съ нимъ соединяемыхъ. Поэтому, съ одной стороны владѣніе есть фактъ, а съ другой — оно ведетъ къ установленію правоотношенія.

...plurimum ex jure possessio mutuatur L. 49 pr. D. 41, 2; ...possessio non tantum corporis, sed etiam juris est L. 49 § 1 D. 41, 2.

Что владѣніе — фактъ, слѣдуетъ прежде всего изъ того, что приобрѣтеніе владѣнія не основывается собственно на правовомъ титулѣ, тогда какъ всякое право имѣетъ объективныя основанія, независимыя отъ воли единичнаго лица. Затѣмъ, право собственности чрезъ владѣніе ничего не теряетъ, оно остается *dominium illimitatum*. И самое погашеніе владѣнія происходитъ безъ всякаго правового погасительнаго титула, тогда какъ право не можетъ прекратиться *sine justa causa*. Защищается владѣніе только противъ опредѣленныхъ нарушеній; оно не пользуется постоянною защитою, подобно правамъ<sup>1)</sup>. Наконецъ, и сами источники выражаются о владѣніи, какъ о *res facti, non juris*<sup>2)</sup> и т. п.<sup>3)</sup>.

Взглядъ на владѣніе, какъ на фактъ, послѣ Савиньи (*cit.* §§ 5, 6) должно считать господствующимъ (см., напр., *Randa cit.* § 3). Но многіе писатели, и прежде (см. *Rudorff* къ Савиньи Num. 19), и теперь считаютъ владѣніе за право (для новѣйшаго времени см. *Bekker cit.* § 5 и въ *Zeitschr. f. Rechtsgesch., roman. Abtheil.* Bd. 5 p. 154). Такъ напр., громкою извѣстностью пользовалось воззрѣніе Ганса (*Gans. System d. röm. Civilr.* p. 202 и слѣд. *Grundlage des Besitzes* p. 53), по которому слѣдовало, что воля лица, какъ таковая, можетъ притязать на полное признаніе со стороны всѣхъ другихъ, безъ вниманія къ тому, опирается ли она на какое либо правооснованіе или нѣтъ. Выходя изъ этого положенія, Гансъ послѣдовательно приходитъ къ результату, что владѣніе есть видъ собственности, который и называетъ собствен-

<sup>1)</sup> См. подробнѣе *Zielonacki. Besitz* p. 31—34.

<sup>2)</sup> L. 1 § 3, 4 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> ...possessio autem *plurimum facti* habet (L. 19 D. 4, 6); ...quod naturaliter acquiritur sicut est possessio... (L. 58 D. 8, 4).

ностью со стороны особой субъективной воли. Эта теорія Ганса, очевидно, отрицаетъ всякую объективную основу права, придерживаясь лишь субстанціональности воли. Но это вѣрно только для внѣ-правовой жизни; въ благоустроенныхъ же государствахъ воля сама по себѣ, односторонне, рождаетъ право только на вещи, никому не принадлежащія.

Пухта (Pand. § 122; Inst. 2 § 24) основываетъ правовой характеръ владѣнія на правѣ личности, но изъ этого уже слѣдуетъ, что само по себѣ владѣніе не есть право, если оно защищается настолько, насколько въ немъ нарушена личность, т. е. выраженная въ немъ воля (*Randa cit.* р. 41 п.).

Изъ новѣйшихъ писателей нѣкоторые видятъ во владѣніи право потому, что во владѣльческихъ искахъ признаютъ само право въ его судебномъ преслѣдованіи (*Canstein* въ *Grünhut's Zeitschr.* V р. 719 и слѣд.). Но исковое притязаніе не всегда-то-же что право и не всякое право предоставляетъ притязаніе (см. выше стр. 46).

Брунсъ (въ *Holtzendorf's Encyclop.* 1 р. 293) признаетъ весь данный споръ безплоднымъ.

Владѣніе, будучи фактомъ, имѣетъ правовыя послѣдствія, выражающіяся въ правовой защитѣ. Владѣніе рождаетъ притязаніе на то, чтобы его не нарушали. Нарушеніе владѣнія вызываетъ правоотношеніе между сторонами, которое осуществляется интердиктами, владѣльческими исками. Въ этомъ только смыслѣ владѣніе имѣетъ правовой характеръ.

Савиньи (*cit.* р. 44), признавая владѣніе за фактъ, видитъ въ немъ въ то же время и право со стороны правовыхъ послѣдствій. Но понятія неправа, т. е. факта, и права взаимно исключаютъ другъ друга. Поэтому правильнѣе сказать, что владѣніе ведетъ къ установленію правоотношенія, въ основѣ котораго лежитъ фактъ, а не право (*Windscheid. Pand.* 1 § 150). Изъ этихъ же основаній нельзя признать и того мнѣнія, по которому владѣніе будетъ частью фактомъ, частью правомъ (*Kindel. D. Grundlagen d. röm. Besitzrechts* 1883 § 4).

### Признаки владѣнія.

Подъ владѣніемъ разумѣется фактическая власть лица надъ вещью, соединенная съ намѣреніемъ, волею, разсматривать вещь какъ собственную. Слѣдовательно, для понятія владѣнія требуется прежде всего фактическая власть лица надъ вещью, *corpus possessionis*, т. е. физическое обладаніе вещью. Но одно такое обладаніе не будетъ *possessio*, а только простымъ *detentio*, удержаніемъ вещи. Римскіе юристы строго различали *possessio*, юридическое владѣніе, и *in possessione esse*, простое обладаніе вещью, *detentio*.

...aliud est possidere, longe aliud in possessione esse L. 10 § 1 D. 41, 2.

Только первое защищается интердиктами, второе же нѣтъ. Нарушеніе detenціи не даетъ права на защиту самому детентору, напр., нанимателю; право это принадлежитъ владѣльцу, напр., купившему не у собственника вещь и отдавшему ее въ наймы. Detentio отмѣчается лишь однимъ признакомъ захвата вещи, не сопровождающимся волею или возможностью удержать это фѣзическое господство. Напр., схватываетъ вещь безумный, спящему кладутъ вещь въ руки<sup>1)</sup>. Послѣднія отношенія лишены всякаго правового характера. Имѣетъ простой захватъ правовое значеніе, когда на такое господство направлена воля обладателя, какъ напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда кто либо держитъ вещь для кого либо другого, alieno nomine possidere (опекуны, довѣренныя лица, принявшіе на храненіе вещи и т. д.)<sup>2)</sup>. Представитель всегда будетъ только детенторомъ, владѣльцемъ же будетъ представляемый, который имѣетъ власть надъ вещью чрезъ представителя, а кромѣ того, и волю разсматривать ее, какъ собственную<sup>3)</sup>.

Второй необходимый признакъ владѣнія состоитъ въ animus sibi possidendi, т. е. въ намѣреніи исключительнаго для себя фѣзического обладанія вещью, въ animus rem sibi habendi, въ желаніи имѣть вещь въ качествѣ хозяина, въ animus rem habendi suo proprio nomine, т. е. въ желаніи обладать вещью не отъ имени другого, но отъ собственнаго имени, быть самостоятельнымъ обладателемъ вещи. Цѣль даннаго желанія всегда одна—разсматривать вещь, какъ свою собственность. Юридическое владѣніе будетъ всегда такимъ господствомъ надъ вещью, которое сопровождается animus domini.

Таково теперь господствующее воззрѣніе, впервые установленное Савиньи (cit. § 9; Puchta. Pand. § 125. Bruns. Besitz § 2, и др.). Источники говорятъ объ animus possidentis (L. 1 § 20 D. 41, 2), animus possidendi (L. 41 P. 12, 1), affectio tenendi (L. 1 § 3 D. 41, 2), affectio possidendi (L. 3 § 3 D. 41, 2), но никогда объ animus domini. Выраженіе Теофила: «τὸ ψυχῆ δεσπόζοντος κατέχειν» буквально значить: имѣть у себя съ намѣреніемъ господствовать, cum animo dominantis, а не cum animo domini. Поэтому другіе ученые понимаютъ animus въ смыслѣ намѣренія исключительнаго фѣзического господства надъ вещью при самыхъ разнообразныхъ цѣ-

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> L. 1 § 20; L. 10 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> § 5 J. 4, 15.

ляхъ, напр., владѣніе прекариста, залогопринимателя (см., напр., *Dernburg. Pand.* 1 § 172 p. 393).

*Animus domini* не слѣдуетъ смѣшивать съ убѣжденіемъ о правѣ собственности, съ *cogitatio, opinio domini*. Подъ первымъ разумѣется желаніе лица отправлять права собственника, подъ вторымъ — мнѣніе лица о томъ, будто онъ собственникъ.

### Правовыя послѣдствія владѣнія.

Если владѣніе есть фактическое отношеніе лица къ вещи, то спрашивается: почему правовая система имѣетъ дѣло съ владѣніемъ? Если бы владѣніе было только фактомъ, то оно не должно было бы разсматриваться въ ученіи о правѣ. Но дѣло въ томъ, что это фактическое отношеніе имѣетъ извѣстныя правовыя послѣдствія, и благодаря этимъ-то послѣдствіямъ, владѣніе разсматривается въ правовой системѣ. На юридическомъ языкѣ эти послѣдствія выражаются словами *jus possessionis*, право владѣнія. Какія же это правовыя послѣдствія? Теперь обыкновенно признается одно правовое послѣдствіе владѣнія: защита его владѣльческими исками, интердиктами.

Въ прежнее время такихъ послѣдствій насчитывали до 72. Но современная наука выяснила, что многія изъ послѣдствій, приписываемыхъ владѣнію, отъ него не зависятъ, а для другихъ владѣніе служитъ лишь поводомъ, а не основой (см. *Savigny cit.* § 3 *Anh.* 8, 9). Такъ, напр., говорятъ, что одно изъ послѣдствій владѣнія есть пріобрѣтеніе права собственности на вещь, никому не принадлежащую (*res nullius*); но владѣніе въ этомъ случаѣ не будетъ основой (*causa*) собственности, такъ какъ моментъ пріобрѣтенія владѣнія совпадаетъ съ моментомъ пріобрѣтенія собственности, слѣдовательно собственность не вытекаетъ изъ владѣнія, не составляетъ его послѣдствія. — Савиньи (*cit.* § 2) признаетъ два послѣдствія владѣнія: кромѣ интердиктовъ, еще возможность пріобрѣтенія права собственности по давности, *usucapio*. Но давностное владѣніе само по себѣ не вытекаетъ изъ владѣнія, какъ такового; давность, какъ способъ пріобрѣтенія собственности, основывается на владѣніи *bona fide* и *justo titulo* и на истеченіи извѣстнаго срока, а не на одномъ владѣніи: *separata est causa possessionis et usucapionis* (см. *Randa cit.* § 6).

### Виды владѣнія.

Выше доказано, что для установленія владѣнія безразлично, будетъ ли оно основано на убѣжденіи въ томъ, что имъ не нарушается ничье право собственности или нѣтъ, опирается



ли оно на законное основаніе или нѣтъ; одинъ фактъ обладанія вещью, соединенный съ намѣреніемъ имѣть ее какъ свою, достаточенъ для того, чтобы обладатель считался владѣльцемъ. Но такъ какъ особыя условія, которыя могутъ сопровождать установленіе владѣнія, оказываютъ извѣстныя юридическія послѣдствія для даннаго владѣнія, то по нимъ римское право различаетъ слѣдующіе виды владѣнія:

*Possessio bonae* и *malae fidei*, добросовѣстное и недобросовѣстное владѣніе.—Подъ *bonae fidei possessio* разумѣется такое владѣніе, когда владѣлецъ имѣетъ убѣжденіе въ своемъ правѣ собственности на вещь. Въ большинствѣ случаевъ основа такого убѣжденія должна заключаться въ *justus titulus*, въ правооснованіи, т. е. въ такомъ юридическомъ фактѣ, который способенъ устанавливать право собственности, но при данныхъ обстоятельствахъ не ведетъ къ этому результату. Подъ *malae fidei possessio* разумѣется такое владѣніе, когда владѣлецъ знаетъ или долженъ знать, что оно не соотвѣтствуетъ праву, что имъ нарушается чужое право, напр., владѣлецъ знаетъ, что онъ не собственникъ данной вещи, но тѣмъ не менѣе удерживаетъ ее у себя. Дѣленіе это имѣетъ весьма важное значеніе по многимъ особымъ правовымъ послѣдствіямъ, какъ-то: при приобрѣтеніи плодовъ, при возвращеніи плодовъ, при переработкѣ матеріала (*specificatio*, при приобрѣтательной давности (*usucapio*)<sup>1)</sup>.

*Possessio justa et injusta*, титулированное и нетитулированное владѣніе. *Possessio* будетъ *justa*, когда оно приобрѣтено какимъ нибудь законнымъ способомъ<sup>2)</sup>, напр., по овладѣнію вещами, никому не принадлежащими (*occupatio*), по передачѣ (*traditio*) и т. п. *Possessio injusta* — владѣніе, приобрѣтенное безъ всякаго правового основанія или приобрѣтенное недозволеннымъ способомъ<sup>3)</sup>. Выше установлено, что владѣніе есть фактъ и по этому приобрѣтается путемъ простаго факта; изъ этого же слѣ-

---

дуетъ, что подъ *justa causa possessionis* не слѣдуетъ разумѣть дѣйствительнаго правового титула, такъ какъ при наличности его устанавливается не владѣніе, а собственность. Подъ титулированнымъ владѣніемъ разумѣется такое владѣніе, приобрѣтеніе котораго основывается на такихъ фактахъ, изъ которыхъ могла бы установиться собственность, если бы приобрѣтенію ея

<sup>1)</sup> См. въ ученіи о собственности.

<sup>2)</sup> L. 24 D. 41, 2; L. 7 § 3 D. 10, 3; L. 31 § 2 D. 5, 3.

<sup>3)</sup> L. 1 § 9; L. 2 D. 43, 17; L. 19 pr. D. 43, 26.

не препятствовали известным обстоятельствам, о которых владѣлец не зналъ.— Данное дѣленіе отличается отъ предыдущаго дѣленія тѣмъ, что оно основывается на объективномъ признакѣ (есть законное основаніе владѣнія или нѣтъ), тогда какъ дѣленіе на *possessio bonae* и *mae fidei* построено на субъективномъ признакѣ (лицо владѣющее сознаетъ или не сознаетъ о нарушеніи права другого) <sup>1)</sup>.

*Possessio vitiosa* и *non vitiosa*.— Владѣніе, основанное на одномъ изъ *tria vitia possessionis*,—насиліи, тайномъ похищеніи, отдачѣ до востребованія (*vis, clandestinas, precarium*),—носитъ названіе *possessio vitiosa*, тогда какъ всякое другое владѣніе будетъ *possessio non vitiosa*. Дѣленіе это не тождественно съ предыдущимъ дѣленіемъ <sup>2)</sup>, такъ какъ къ *possessio vitiosa* относится владѣніе, прибрѣтенное *precario*, хотя это владѣніе есть *possessio justa* <sup>3)</sup>. Практическое значеніе этого дѣленія состоитъ въ томъ, что интердиктную защиту своего владѣнія *possessor vitiosus* не можетъ осуществить противъ тѣхъ лицъ, которыхъ онъ лишилъ владѣнія *vi, clam, precario*.

Въ этихъ случаяхъ къ владѣнію примѣняется мѣрка относительнаго правомочія.

*Possessio ad interdicta* и *possessio ad usucapionem*.—Подъ первымъ разумѣется владѣніе, дающее право на интердиктную защиту; такимъ будетъ всякое юридическое владѣніе. Подъ вторымъ—владѣніе, способное по давности вести къ установленію права собственности. *Poss. ad usucapionem* заключаетъ въ себѣ *poss. ad interdicta*, но не наоборотъ.

*Possessio civilis* и *naturalis*.—Подъ *possessio civilis* всего вѣроятнѣе разумѣть юридическое владѣніе *cum animo domini* и основанное на *causa*, признанной въ *jus civile*. Подъ *possessio naturalis* разумѣется такое обладаніе вещью, по которому или не имѣется *animus domini*, или его не можетъ быть, напр., данная вещь изъ числа *res extra commercium* или обладатель не способенъ имѣть собственности вообще (напр., рабъ) <sup>4)</sup>, или на данную только вещь (залогоприниматель) <sup>5)</sup>, или владѣніе основано на сдѣлкѣ, ничтожной по *jus civile*. Въ силу послѣдняго

<sup>1)</sup> *Zielonacki. Besitz* p. 53.

<sup>2)</sup> Противнаго мнѣнія, напр., *Arndts. Pand.* § 172; *v. Wetter. Possession* p. 42.

<sup>3)</sup> *L. 13 § 1 D. 6, 2.*

<sup>4)</sup> *L. 24 D. 41, 2; L. 38 § 7 D. 45, 1.*

<sup>5)</sup> *L. 3 § 15 D. 10, 4.*

будетъ *possessor naturalis*, напр., супругъ, получившій вещь по даренію отъ другого супруга <sup>1)</sup>). Впрочемъ, дѣленіе это на *possessio civilis* и *naturalis* не имѣетъ никакого практическаго значенія и не служитъ лучшему выясненію самой природы владѣнія <sup>2)</sup>).

Римскіе юристы не опредѣляютъ смысла этихъ выраженій; въ наукѣ же въ пониманіи ихъ крайнее разногласіе уже со временъ глоссаторовъ. Принятое нами воззрѣніе впервые было высказано Бурхарди (*Archiv f. civ. Prax.* Bd. 20, 2), затѣмъ признано съ нѣкоторыми оговорками Вангеровымъ (*Pandect.* 1 § 199 Anm.), Брунсомъ (*Besitz.* p. 25) и др. Савиньи (*cit.* § 7) считалъ *possessio civilis* за *possessio ad usucapionem*, а подъ *possessio naturalis* онъ разумѣлъ прежде всего *poss. ad interdicta*, а во-вторыхъ — простое *detentio*. Изъ новѣйшихъ воззрѣній см. Дернбурга (*Pand.* 1 § 175).

### Субъектъ владѣнія.

Такъ какъ владѣніе состоитъ изъ двухъ элементовъ—фактическаго господства надъ вещью и воли собственника, то всѣ лица, за которыми не признавалось воли, *animus*, вполнѣ или отчасти, не могли пріобрѣтать владѣнія, владѣть, или были ограничены въ этой возможности. Поэтому не могли бы, по общему правилу, владѣть юридическія лица <sup>3)</sup>, безумные <sup>4)</sup>, дѣти моложе семи лѣтъ <sup>5)</sup>. Но положительное право предоставляетъ пріобрѣтать владѣніе и владѣть за лицъ, неспособныхъ имѣть волю, ихъ представителямъ <sup>6)</sup>).

Помимо сказаннаго, для дѣтей было признано, въ ихъ интересѣ, важное исключеніе изъ правила, а именно: въ случаѣ передачи вещи ребенку, онъ получаетъ ее во владѣніе (L. 3 C. 7, 32 ср. L. 32 § 2 D. 41, 2), хотя сознательной воли на владѣніе въ немъ и не признано (см. *Азаревичъ. Опекѣ и попечительство*, стр. 40—43). Но, конечно, захватъ ребенкомъ чужой вещи не имѣетъ юридическаго значенія, а разсматривается какъ игра.

Несовершеннолѣтніе, вышедшіе изъ дѣтства, могли пріобрѣтать и отправлять владѣніе при участіи опекуна <sup>7)</sup>).

<sup>1)</sup> L. 26 pr. D. 24, 1.

<sup>2)</sup> *Meischer.* Besitz p. 77.

<sup>3)</sup> L. 1 § 15 D. 47, 4; L. 1 § 22 D. 41, 2.

<sup>4)</sup> L. 1 § 3; L. 18 § 1 D. 41, 2.

<sup>5)</sup> L. 32 § 2 D. 41, 2.

<sup>6)</sup> L. 1 § 22; L. 2; L. 1 § 3; L. 18 § 1 D. 41, 2; L. 26 C. 8, 54; L. 1 § 20 D. 41, 2.

<sup>7)</sup> L. 1 § 3 D. 41, 2.

Владѣніе принадлежитъ къ области имущественнаго права, а слѣдовательно только тѣ лица могли владѣть, кто способенъ имѣть частное имущество<sup>1)</sup>. Въ противномъ случаѣ физическое подчиненіе вещи будетъ простымъ *detentio*. Поэтому всѣ лица, подчиненныя чужой власти, не могли самостоятельно владѣть.

*Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis, sed et juris est. L. 49 § 1 D. 41, 2; L. 24; L. 30 § 3 eod.; L. 93 D. 50, 17.*

Такъ по древнему римскому праву общимъ правиломъ не могли владѣть *fili familias*. Позднѣе сдѣлано изъятіе для прибрѣтеннаго на военной службѣ; а въ юстиніановомъ правѣ только относящимся къ *resulium profectitium* владѣлъ отецъ, а всякимъ остальнымъ имуществомъ владѣлъ самъ *filius fam.* Не могли прибрѣтать для себя владѣнія и рабы, такъ какъ не могли отправлять для себя господства надъ вещью тѣ лица, которыя сами обрѣтались подъ полнымъ господствомъ другого лица.

*...neque enim possunt videri aliquid possidere, quum ipsi ab alio possideantur L. 23 § 1 D. 41, 2; ...nam quum possideatur, possidere non videtur L. 118 D. 50, 17.*

### Объектъ владѣнія.

Объектомъ владѣнія можетъ быть все то, что способно подлежать праву собственности и другимъ вещнымъ правамъ, т. е. прежде всего всѣ предметы гражданскаго оборота (*res, quae in commercio sunt*), а затѣмъ главнымъ образомъ предметы тѣлесныя (*res corporales*). *Res extra commercium* не могутъ быть объектами владѣнія<sup>2)</sup>, насколько, по изъятію, не допускается исключительное господство надъ ними<sup>3)</sup>. Не могутъ быть объектами владѣнія, по общему правилу, *res incorporales*, безтѣлесныя вещи.

*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia; nec possideri intelligitur jus incorporale L. 3 pr. D. 41, 2; L. 4 § 27 D. 41, 3.*

Но, какъ сказано выше, понятіе владѣнія распространено

<sup>1)</sup> *Randa* cit. p. 295. Срав. *Kindel. D. Grundlag. d. röm. Besitzrechts* p. 297—302.

<sup>2)</sup> *L. 30 § 1 D. 41, 2; L. 13 § 7 D. 47, 10.*

<sup>3)</sup> См. выше стр. 140—144.

подъ названіемъ *quasi possessio* и на фактическое отправление нѣкоторыхъ правъ. Какъ предметъ безтѣлесный, не можетъ быть объектомъ владѣнія *universitas rerum*<sup>1)</sup>. Точно также не могутъ быть объектомъ владѣнія и составныя части другой вещи, пока продолжается соединеніе<sup>2)</sup>, и части неопредѣленныя, *partes incertae*, вещи<sup>3)</sup>. Наконецъ, не можетъ быть объектомъ владѣнія свободное лицо<sup>4)</sup>; даже *filius familias* не составляетъ предмета владѣнія отца<sup>5)</sup>.

Выходя изъ того признака владѣнія, по которому оно выражается въ полной фактической власти надъ вещью съ волею собственника, приходится признать за нимъ характеръ исключительности, иначе говоря, не мыслимо одновременное владѣніе нѣсколькихъ лицъ одною и тою же вещью каждымъ во всей полнотѣ владѣльческаго господства, *compossessio plurium in solidum*.

*Celsus filius ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse L. 5 § 15 D. 13, 6; — plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris... Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris L. 3 § 5 D. 41, 2.*

Изъ невозможности одновременнаго владѣнія многихъ одною и тою же вещью *in solidum* выходитъ, что владѣніе одного прекращается въ тотъ моментъ, въ который пріобрѣтаетъ владѣніе другой.

Такой взглядъ на *compossessio plurium in solidum* можно считать послѣ Савиньи (*cit.* § 11) господствующимъ. Но какъ въ прежнее время (см., напр., *Christiansen. Institut* p. 4, 24), такъ и теперь (см. *Baron. Gesamtrechtsverhältnisse I §§ 3, 4*) нѣкоторые писатели допускаютъ *composs. plur. in solidum*. Поводъ къ этому подають слѣдующія мѣста источниковъ:

1) Въ *L. 16 D. 41, 3* Явленъ приписываетъ владѣніе одною и тою же вещью залогодателю и залогопринимателю; первому — *possessio ad usucapionem*, а второму — *ad reliquas omnes causas* (см. также *L. 1 § 15; L. 36 D. 41, 2*). Нѣкоторые ученые склонны видѣть тутъ признаніе *composs. duorum in solidum* (напр., *Keller. Pandektenvorles.* p. 221). Большинство же писателей, съ Савиньи во главѣ (*cit.* p. 294—300), полагаютъ, что единствен-

<sup>1)</sup> *L. 30 § 2 D. 41, 3.*

<sup>2)</sup> *L. 7 § 1 D. 10, 4; L. 28 pr. D. 41, 3; L. 23 § 7 D. 6, 1; L. 30 pr. D. 41, 2.* См. ниже.

<sup>3)</sup> *L. 32 § 2 D. 41, 3.*

<sup>4)</sup> *L. 28 § 2 D. 41, 2.* Ср. *Bechtler. Besitz* § 9.

<sup>5)</sup> *L. 1 § 8 D. 41, 2.*

нымъ владѣльцемъ будетъ залогоприниматель, которому принадлежитъ право на интердикты, а въ пользу залогодателя не прерывается только теченіе давности (см. *Dernburg. Pfandrecht. Bd. II § 86*). Но такъ какъ пріобрѣтательная давность немислима безъ владѣнія (*sine possessione usucapio contingere non potest*. См. ниже), то я не признаю правильнымъ и воззрѣніе Савиньи. Поэтому же едва ли можно признать (какъ думаетъ *Meischeder. Besitz* p. 84—86), что римскіе юристы, не затрогивая вопроса о самомъ владѣніи, дѣлили только *causae* его между двумя лицами. Эти *causae* могутъ быть раздѣлены, но совсѣмъ въ особомъ смыслѣ, а именно: *usucapio* всегда предполагаетъ владѣніе, а интердикты могутъ быть отправляемы другимъ за владѣльца. Такъ оно и было въ настоящемъ случаѣ: владѣльцемъ оставался залогодатель, какъ это говорятъ нѣкоторые другія мѣста источниковъ (*L. 1 § 15; L. 36 D. 41, 2; L. 16; L. 33 § 4 D. 41, 3*), а залогоприниматель отправлялъ только защиту въ интересѣ залогодателя, который, передавая вещь въ залогъ, самъ не могъ ее охранять отъ третьихъ лицъ (см. *Азаревичъ. Прекаріумъ*, стр. 51—55).—2) Въ *L. 3 § 5 D. 41, 2* и *L. 15 § 4 D. 43, 26* приведены воззрѣнія нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, по которымъ слѣдуетъ, что при прекаріумѣ одновременно владѣютъ и *precario dans*, и *prec. accipiens*, первый — *ad usucapionem*, второй — *ad interdicta*. Сказанное о предыдущемъ примѣрѣ относится и сюда (см. *Азаревичъ. Прекаріумъ*, стр. 55, 56).—3) Въ *L. 3 § 5 D. 41, 2* и *L. 3 pr. D. 43, 17* высказывается такой общій взглядъ, что два лица могутъ одновременно владѣть одною и тою же вещью, но такъ, что одинъ будетъ владѣть *juste*, а другой *injuste*, но двое владѣть *juste* или *injuste* не могутъ (*L. 19 pr. D. 43, 26*). Но уже сами римскіе юристы отвергали такой взглядъ (см. тотъ же *L. 3 § 5 D. 41, 2*), который должно разсматривать, какъ попытку объяснить то явленіе, что бывшій *justus possessor* не перестаетъ быть владѣльцемъ, между тѣмъ какъ *injustus possessor* отправляетъ интердиктную защиту. По нашему воззрѣнію, единственнымъ владѣльцемъ остается прежній обладатель вещи, а *injuste* получившій ее отправляетъ интердиктную защиту противъ третьихъ лицъ только за и въ интересѣ перваго.

Правило *compossessio plurium in solidum esse non potest* не исключаетъ возможности *compossessio plurium pro partibus*, т. е. владѣніе нѣсколькихъ одною и тою же вещью, но по частямъ. При этомъ, конечно, требуется, чтобы часть каждаго была опредѣлена<sup>1)</sup> (*incertam partem possidere nemo potest*<sup>2)</sup>), такъ какъ и самое направленіе воли будетъ лишено требуемой опредѣленности. Части совладѣльцевъ могутъ быть идеальныя (*pro indiviso*), — напр., при наследованіи нѣсколькими лицами отъ владѣльца — или реальныя (*pro diviso*), когда каждый вла-

<sup>1)</sup> *L. 26 D. 41, 2; L. 3 § 2 D. eod.*

<sup>2)</sup> *L. 32 § 2 D. 41, 8.*

дѣлецъ обладаетъ реальною частью вещи, напр. поле, раздѣленное межами. Въ обоихъ случаяхъ нѣтъ ничего общаго съ *composs. plurium in solidum*; въ обоихъ случаяхъ воля каждаго владѣльца ограничивается господствомъ надъ частью (идеальною или реальною) вещи, какъ надъ особымъ предметомъ, которымъ другой владѣлецъ распорядиться не можетъ<sup>1)</sup>.

Касательно владѣнія составною вещью весьма важенъ въ практическомъ отношеніи такой вопросъ: возможно ли одновременное владѣніе третьихъ лицъ на части этой вещи и насколько владѣлецъ этой вещи будетъ въ то же время владѣльцемъ отдѣльныхъ составныхъ ея частей? Подъ составною вещью (*res composita*) разумѣется вещь, составленная изъ нѣсколькихъ частей такъ, что каждая часть не теряетъ своего обособленнаго физическаго существованія, а прекращается лишь юридически обособленность въ понятіи цѣлаго<sup>2)</sup>. Выходя изъ этого опредѣленія, слѣдуетъ признать, что владѣніе вещью, какъ однимъ цѣлымъ, исключаетъ владѣніе третьяго на часть, если только владѣлецъ цѣлымъ не признаетъ владѣнія другого на часть, удерживая ее отъ имени этого послѣдняго. Такое *detentio alieno nomine* части возможно при особенной самостоятельности части по отношенію къ цѣлому, напр., руль къ кораблю<sup>3)</sup>. Далѣе, вопросъ, насколько владѣлецъ составною вещью будетъ владѣльцемъ въ то же время части ея, разрѣшается<sup>4)</sup> въ томъ смыслѣ, что владѣющій цѣлымъ не владѣетъ въ то же время частями, такъ какъ послѣднія поглощаются цѣлымъ. *Animus possidendi* направлено на понятіе цѣлаго. Изъ этого слѣдуетъ, что если А. владѣетъ повозкой, одно колесо которой краденное, то, несмотря на запрещеніе пріобрѣтать по давности краденныя вещи, вмѣстѣ съ повозкой пріобрѣтается по давностному владѣнію и колесо. Если же А. владѣетъ отдѣльно частями повозки, то на каждую изъ этихъ частей онъ долженъ особо выполнить давностное владѣніе и тогда, конечно, краденое колесо имъ не пріобрѣтается. Если цѣлое будетъ краденнымъ, а отдѣльныя части нѣтъ, напр., колесо куплено, а повозка украдена, то такъ какъ вопросъ идетъ о цѣлой повозкѣ и она не подлежитъ давностному владѣнію, то и части ея не могутъ быть пріобрѣтены по давности. Если повозка до выпол-

<sup>1)</sup> См. *Randa cit.* § 17.

<sup>2)</sup> См. выше, стр. 132.

<sup>3)</sup> *Randa cit.* p. 422, 423.

<sup>4)</sup> *Savigny cit.* § 22.

ненія давности распадется на части, то начинается теченіе новой давности. Наступить это по выполненіи давности, то хотя на части начинается новое владѣніе, но новой давности не требуется.

Разсмотрѣнный вопросъ крайне споренъ въ наукѣ (см. у *Vangerow. Pand.* 1 § 204 п. 2; *Meischeder. Besitz.* §§ 18, 19). Мы выходили изъ воззрѣнія, ясно выказаннаго въ нѣсколькихъ мѣстахъ источниковъ. Такъ: *Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligitur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit: accedit eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum ampliori: quod absurdum et juri civili minime conveniens, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta quum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie... L. 23 pr. D. 41, 3.*—*Qui universas aedes possedit singulas res, quae in aedificio sunt non videtur possedissee: idem dici debet et de nave et de armario L. 30 pr. D. 41, 2.* Специально о соединеніи движимой вещи съ движимой см. *L. 6; L. 7 §§ 1, 2 D. 10, 4* (но ср. *L. 30 § 1 D. 41, 3*).

### Приобрѣтеніе владѣнія.

Владѣніе составляется изъ двухъ элементовъ — обладанія вещью и воли собственника, поэтому и приобрѣтеніе владѣнія предполагаетъ физическое дѣйствіе, направленное на установленіе господства надъ вещью и сопровождаемое опредѣленною волею. Эти два элемента владѣнія римскіе источники, какъ сказано выше, называютъ *corpus* и *animus*.

*Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore aut per se animo L. 3 § 1 D. 41, 2.*—*Possessionem adquirimus et animo et corpore... Paulus 5, 2 § 1. L. 8 D. 41, 2; L. 153 D. 50, 17.*

*Corpus.* — Въ понятіи владѣнія заключается элементъ физическаго господства лица надъ вещью. Поэтому для приобрѣтенія владѣнія необходимо такое дѣйствіе, которымъ бы устанавливалась эта власть надъ вещью. Дѣйствіе такое называется *arrehensio*. Оно всегда состоитъ въ установленіи такого отношенія къ предмету владѣнія, которое даетъ возможность непосредственнаго и исключительнаго воздѣйствія на этотъ предметъ. Существо *arrehensio* всегда состоитъ въ установленіи возможности непосредственнаго и исключительнаго господства надъ вещью<sup>1)</sup>, но способы, которыми это достигается, различны,

<sup>1)</sup> *L. 22 D. 41, 2.*



смотря по различію предметовъ и отношеній<sup>1)</sup>. Такъ, въ иныхъ случаяхъ необходимый признакъ *arrehensio* будетъ заключаться въ физическомъ захватѣ вещи, въ приобрѣтеніи ея *corpore*<sup>2)</sup>, напр., для овладѣнія вещами, никому не принадлежащими (дикія животныя, кладъ), требуется подобный захватъ; иногда такой актъ непосредственнаго воздѣйствія требуется для овладѣнія движимыми и недвижимыми вещами, принадлежащими другому, напр., для установленія владѣнія вора, грабителя, при *dejectio* для захвата недвижимаго имущества и т. д. Но во многихъ случаяхъ, когда владѣніе устанавливается по передачѣ, нѣтъ необходимости въ такихъ непосредственныхъ физическихъ актахъ, чтобы получило исключительное господство надъ вещью. Достаточно, напр., если передающій владѣніе оставляетъ вещи въ домѣ приобрѣтающаго его<sup>3)</sup>, если передаетъ ключи отъ помѣщенія, въ которомъ находятся передаваемые вещи<sup>4)</sup>, если указываетъ съ башни участокъ, объявляя намѣреніе передать владѣніе имъ присутствующему лицу<sup>5)</sup>, или съ тѣмъ же намѣреніемъ представляетъ ее предъ глазами приобрѣтающаго, и т. д. Въ послѣднихъ случаяхъ передачу называютъ *traditio longa manu*<sup>6)</sup>. Тутъ всегда должно въ чемъ либо выразиться желаніе лица приобрѣсти исключительную власть надъ вещью, ибо обстановка такой традиціи сама по себѣ не даетъ признаковъ къ такому заключенію. При этомъ понятно, что если приобрѣтающій по уступкѣ владѣніе уже обладаетъ вещью, то особаго акта передачи не требуется; такое установленіе владѣнія носитъ теперь названіе *brevi manu traditio*<sup>7)</sup>.

Мы изложили ученіе Савиньи (*cit.* §§ 13—20) на *arrehensio*. До него обыкновенно подъ этимъ фактомъ разумѣлось непосредственное тѣлесное прикосновеніе къ вещи, а именно: для движимой вещи — захватъ руками, для недвижимой — наступленіе ногами. Но такъ какъ въ римскомъ правѣ упоминаются многіе случаи, когда владѣніе приобрѣтается физическими дѣйствіями, но безъ непосредственнаго прикосновенія, то въ послѣднихъ видѣли такіи символическія дѣйствія, которыя по юридической фикціи представляли на-

<sup>1)</sup> *Randa cit.* p. 323.

<sup>2)</sup> L. 51; L. 1 § 21; L. 3 §§ 13, 14 D. 41, 2; L. 79 D. 46, 3.

<sup>3)</sup> L. 18 § 2 D. 41, 2; L. 9 § 3 D. 23, 3.

<sup>4)</sup> L. 1 § 21 D. 41, 2 *ср.* L. 74 D. 18, 1.

<sup>5)</sup> L. 18 § 2 D. 41, 2.

<sup>6)</sup> L. 79 D. 46, 3.

<sup>7)</sup> L. 9 § 5 D. 41, 1; L. 62 *пр.* D. 21, 2; L. 9 § 9 D. 12, 1; L. 9 § 2 D. 6, 2.

стоящій захватъ владѣнія (*actus adscititii, apprehensio ficta*. См. *Exner. Tradition* p. 153 и слѣд.). Но въ источникахъ не только не требуется общимъ правиломъ непосредственнаго прикосновенія для пріобрѣтенія владѣнія, но, наоборотъ, высказывается совсѣмъ обратное начало: *Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* (L. 1 § 21 D. 41, 2),

Большинство современныхъ писателей держится воззрѣнія Савиньи на *apprehensio*, хотя многіе изъ нихъ формулируютъ это воззрѣніе по своему (см., напр., *Windscheid. Pand.* 1 § 153; *Meischeider. Besitz* § 46). Противъ этого воззрѣнія высказался Іерингъ (Объ основаніи защиты владѣнія, стр. 129 и сл.), а за нимъ и другіе писатели (напр., *Baron Pandekt.* §§ 116, 118; *Dernburg. Preuss. Privat. R.* §§ 152, 153). По мнѣнію Іеринга, непосредственная и постоянная возможность воздѣйствовать по произволу на вещь, исключая всѣхъ другихъ отъ такого воздѣйствія, не соотвѣтствуетъ рѣшеніямъ источниковъ, которые, съ одной стороны, не признаютъ такой возможности достаточною для установленія владѣнія (напр. не пріобрѣтается владѣніе на пчелиный рой и медъ въ дуплѣ моего дерева L. 5 §§ 2, 3 D. 41, 1), а съ другой стороны, такая возможность и не требуется вовсе для установленія владѣнія (напр., признается за мной владѣніе на дичь, которая попала въ силки, поставленные на моей ли землѣ или въ общественномъ лѣсу L. 55 D. 41, 1). Самъ Іерингъ выставляетъ такое положеніе: способъ, какимъ собственникъ фактически осуществляетъ свою собственность, долженъ служить масштабомъ при опредѣленіи существованія владѣнія: *omnia ut dominum gessisse oportet* (L. 2 C. 7, 32). Нельзя не признать, что критика Іеринга сильно поколебала достовѣрность тѣхъ признаковъ, которые выставляетъ Савиньи для каждой *apprehensio*, а именно: «непосредственное присутствіе» владѣльца при вещи какъ движимой, такъ и недвижимой, но за симъ основное воззрѣніе Савиньи о физической возможности воздѣйствовать на вещь, исключая всякое чуждое воздѣйствіе, должно быть оставлено въ полной силѣ *Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit etc.* (L. 55 D. 41, 1). Противъ положенія самого Іеринга, вытекающаго изъ всего его представленія о владѣніи, можно возразить такъ: почему для владѣнія требуется Іерингомъ непременно такой способъ, какимъ собственникъ фактически осуществляетъ свою собственность; почему не сказать о способѣ вообще присвоенія вещи? (*Windscheid Pand.* 1 § 153 п. 8).

*Animus.* — Для понятія владѣнія необходимо, чтобы фактическое господство надъ вещью сопровождалось желаніемъ, намѣреніемъ, считать ее своею собственностью, т. наз. *animus domini*. *Animus domini* вытекаетъ изъ *causa (possessionis)*<sup>1)</sup>, при которой совершается *apprehensio*. Такъ, если кто устанавливаетъ господство надъ вещью въ качествѣ собственника, то онъ бу-

<sup>1)</sup> L. 3 §§ 21, 23 D. 41, 2.

детъ юридическимъ владѣльцемъ, если же въ качествѣ наня-  
мателя, то не будетъ владѣльцемъ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ римскіе источники приписываютъ  
владѣніе и такимъ лицамъ, которыя не могутъ имѣть *animus  
domini*, т. е. не могутъ имѣть сознательнаго намѣренія отно-  
ситься къ данной вещи, какъ къ своей собственности, такъ какъ  
они признаютъ права собственности за другими лицами, отъ  
которыхъ получили владѣніе. Но, не имѣя *animus domini*, они  
имѣютъ *animus possidendi*, направленный на отправленіе пере-  
носимаго имъ права владѣнія, *jus possessionis*<sup>1)</sup>.

По другому возрѣнію эти случаи объясняются такъ: положительное  
право признаетъ иногда, по извѣстнымъ причинамъ, наличность требуемаго  
условія всякаго владѣнія и тамъ, гдѣ на самомъ дѣлѣ его нѣтъ (см. *Wind-  
scheid. Pand. I § 149 n. 7*).

Какъ владѣльцы, данные лица отправляютъ защиту интер-  
диктами. Такъ какъ это владѣніе безъ *animus domini* всегда  
*производится* отъ другого владѣльца, т. е. всегда послѣднимъ  
переносится на физическаго обладателя вещи, то Савиньи далъ  
ему названіе *производнаго владѣнія* (*abgeleiteter Besitz, possessio  
derivata*)<sup>2)</sup>, каковое названіе и принято всѣми послѣдователями  
этого ученія<sup>3)</sup>. Въ отличіе отъ производнаго владѣнія, владѣніе  
*cum animo sibi habendi* называется юридическимъ владѣніемъ.  
Это аномальное владѣніе обыкновенно ограничиваютъ слѣдую-  
щими тремя случаями: а) владѣніе залогопринимателя<sup>4)</sup>, б) вла-  
дѣніе *precario accipientis*<sup>5)</sup>, т. е. лица, получившаго въ поль-  
зованіе чужую вещь до востребованія, и в) владѣніе *sequester*<sup>6)</sup>,  
т. е. лица, которому будетъ переданъ отъ судебныхъ сторонъ  
спорный предметъ до рѣшенія спора. Во всѣхъ этихъ случа-  
яхъ получившіе вещь не могутъ имѣть *animus domini*, но въ  
то же время отправляютъ интердиктную защиту по обладанію ею.

Какъ самое ученіе о производномъ владѣніи, созданное Савиньи, такъ и  
случаи, которые, въ случаѣ признанія этого ученія, должны быть отнесены  
сюда, — вызываютъ въ литературѣ большое разногласіе.

<sup>1)</sup> *Savigny cit. § 20.*

<sup>2)</sup> *Savigny cit. §§ 9, 23—25.*

<sup>3)</sup> См., напр., *Brunns. D. Recht d. Besitzes § 2; Arndts. Pand. § 135; Brinz. Pand. p. 64—66.*

<sup>4)</sup> *L. 35 § 1; L. 37 D. 13, 7; L. 1 § 15; L. 3 § 23; L. 10 § 1; L. 36, 40 pr. D. 41, 2; L. 16 D. 41, 3; L. 3 § 8 D. 43, 17.*

<sup>5)</sup> *L. 4 § 1 D. 43, 26.*

<sup>6)</sup> *L. 39 D. 41, 2.*

Большинство возражений противъ даннаго ученія (см. *Rüdorff* къ *Savigny Num.* 39 р. 606 и слѣд.; *Vangerow. Pand.* I § 200) заключается въ томъ, что въ случаяхъ т. наз. производнаго владѣнія не признаютъ ничего аномальнаго по сравненію со всякимъ другимъ юридическимъ владѣніемъ. При этомъ указывалось, что источники ничего не знаютъ объ аномаліи такого владѣнія, для устраненія каковой аномаліи признавалось необходимымъ толковать болѣе широкимъ образомъ признакъ владѣнія, *animus*, т. е. не въ смыслѣ *animus domini*, а въ смыслѣ болѣе общаго намѣренія обладать вещью (см. *Theoph.* 3, 29 § 2). При такомъ толкованіи случаи наз. производнаго владѣнія подойдутъ подъ общее явленіе (см. *Dernburg. Pand.* I р. 393, 394). Я также высказывался противъ ученія о производствѣ владѣнія, но въ томъ смыслѣ, что юрид. владѣльцемъ въ упомянутыхъ случаяхъ я признаю лицъ, передавшихъ обладаніе вещью (закладчика, *precario dans* и т. д.), а за получившими (залогоприниматель *pr. accipiens* и т. д.) признаю отправленіе интердиктовъ только въ интересъ и за настоящихъ владѣльцевъ (*Азаревичъ. Прекаріумъ* 1877, стр. 51—56).

Что касается случаевъ производнаго владѣнія, то многіе писатели расширяютъ ихъ кругъ сравнительно съ принятымъ въ текстѣ. Чаще всего сюда причисляютъ владѣніе эмфитевты и суперфициарія, тогда какъ другіе ученые видятъ въ этихъ случаяхъ *possessio juris* (см. *Vangerow. Pand.* I § 200 р. 355, 356). Другіе идутъ дальше, признавая возможнымъ перенесеніе владѣнія во всѣхъ случаяхъ передачи вещи, напр., по имущественному найму, по договору поклажи и т. д., если на то состоится между сторонами соглашеніе (см. *Molitor. Possession* р. 53 и слѣд.). Но теперь признано большинствомъ, что отклоненіе отъ нормальныхъ условій владѣнія слѣдуетъ допускать только въ случаяхъ, ясно опредѣленныхъ закономъ (*Brunns. D. R. d. Besitz.* р. 10 и слѣд.).

Послѣ всего сказаннаго ясно, что для понятія владѣнія, а слѣдовательно и защиты его достаточно одного физическаго господства надъ вещью *cum animo rem sibi habendi*. При этомъ безразлично будетъ ли такое обладаніе законное, справедливое, или незаконное, несправедливое. Владѣніе можетъ установиться не только при отсутствіи всякаго правоснованія, но даже въ силу такого основанія, которое само по себѣ карается правомъ. Такъ, напр., если А. овладѣлъ вещью совершенно незаконно, положимъ, укралъ ее, затѣмъ Б. отниметъ ее у А., то А. можетъ отыскивать эту вещь у Б., можетъ требовать, чтобы Б. не тревожилъ его въ обладаніи украденной вещью. Чрезъ дѣйствительный титулъ пріобрѣтается право на владѣніе, а не самое владѣніе. Титулъ не есть условіе для пріобрѣтенія владѣнія, но наличностью его владѣніе пріобрѣтаетъ только извѣстную квалификацію, извѣстныя особенныя послѣдствія.

Наличность или неналичность правовыхъ послѣдствій вла-

дѣнія не зависятъ отъ воли владѣльца, а зависятъ отъ юридическихъ фактовъ, сопровождающихъ установленіе владѣнія. Отсюда начало: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* <sup>1)</sup>. Арендаторъ не будетъ владѣть на правахъ собственника оттого, что приметъ рѣшеніе впредь владѣть арендуемымъ имуществомъ такъ, какъ бы оно ему принадлежало. Иначе говоря, нельзя измѣнить характеръ владѣнія одною рѣшимостью воли <sup>2)</sup>. Измѣнившееся намѣреніе детентора имѣетъ значеніе лишь при томъ условіи, что оно выразится въ дѣйствіи, направленномъ противъ владѣльца вещи <sup>3)</sup>, или будетъ основано на новой сдѣлкѣ съ владѣльцемъ <sup>4)</sup>.

### Приобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя.

*Пособія: Hauser. Stellvertretung im Besitz 1871; Schlossmann. Der Besitzerwerb durch Dritte 1881.*

Владѣніе по общему началу могло быть приобретаемо черезъ представителей: *possessionem perquemlibet volentibus nobis possidere acquirimus* <sup>5)</sup>. Римскіе юристы говорили, что для приобретения владѣнія нѣтъ необходимости, чтобы оба его элемента, *animus* и *corpus*, совпадали въ лицѣ приобретающаго; *corpus* можно осуществить и черезъ третье лицо.

*Possessionem acquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Paulus Sent. 5, 2 § 1 — animo nostro, corpore etiam alieno possidemus L. 3 § 12 D. 41, 2.*

Всякое представительство имѣетъ въ своей основѣ извѣстное отношеніе между представителемъ и представляемымъ и выражается въ совершеніи первымъ юридическихъ дѣйствій съ явнымъ намѣреніемъ, чтобы эти дѣйствія разсматривались дѣйствіями второго. Поэтому, для приобретения владѣнія чрезъ представителя необходимы слѣдующія условія: 1) извѣстное отношеніе между лицами, которое вызвало бы представительство одного изъ нихъ для другаго; 2) представляемый долженъ имѣть *animus possidendi*; 3) представитель долженъ выполнить актъ

<sup>1)</sup> L. 3 § 19; L. 19 § 1 D. 41, 2; L. 33 § 1 D. 41, 3. О послѣднемъ см. *Baron* въ *Jahrb. f. d. Dogmat.* 7 Nr. 3 § 13 p. 155—162.

<sup>2)</sup> См. *Schirmer* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* N. F. Bd. 11 p. 433.

<sup>3)</sup> L. 12; L. 18 D. 43, 16.

<sup>4)</sup> L. 18 pr.; L. 19 § 1 D. 41, 2 ср. L. 23 O. 4, 65.

<sup>5)</sup> L. 53 D. 41, 1.

arrehensionis; 4) представитель долженъ имѣть animus приоб- рѣсти владѣніе для представляемаго.

1) Представительство при приобрѣтеніи владѣнія можетъ основываться на а) законѣ или б) соглашеніи. а) Рабы по са- мому закону приобрѣтали владѣніе для господъ (не только соб- ственниковъ, но и добросовѣстныхъ владѣльцевъ и пожизнен- ныхъ пользователей, fructuarii)<sup>1)</sup>. Если рабъ находится въ чу- жомъ владѣніи или ни въ чьемъ владѣніи, то собственникъ, какъ таковой, не приобрѣтаетъ черезъ него владѣнія<sup>2)</sup>. Дѣти также, по общему положенію права, приобрѣтали владѣніе для семейныхъ главарей. Основа такого приобрѣтенія въ отцовской власти<sup>3)</sup>. б) Соглашеніе на представительство выражалось въ порученіи, mandatum, специальномъ или общемъ. Какъ уже сказано въ «Общей части», для владѣнія римское право дѣ- лало одно изъ изъятій изъ правила о недопустимости свобод- наго представительства<sup>4)</sup>.

2) Представляемый приобрѣтаетъ владѣніе чрезъ предста- вителя только при томъ условіи, если онъ желаетъ приобрѣсти владѣніе, имѣетъ animus possidendi; поэтому нельзя приобрѣсти владѣніе при невѣдѣніи о такомъ приобрѣтеніи: ignoranti non acquiritur possessio<sup>5)</sup>. Но animus possidendi представляемаго должно признать въ наличности въ тѣхъ случаяхъ, когда пред- ставитель приобрѣтаетъ владѣніе, дѣйствуя по порученію, и представляемый находится еще въ невѣдѣніи о совершившемся фактѣ. Будетъ ли порученіе специальное на приобрѣтеніе вла- дѣнія опредѣленною вещью, или общее, направленное на управ- леніе всѣми дѣлами довѣрителя, въ немъ уже заключается предварительное согласіе (иначе—желаніе) представляемаго на всѣ тѣ дѣйствія, какія представитель совершитъ въ границахъ порученія, въ томъ числѣ и на приобрѣтеніе владѣнія. Въ этихъ случаяхъ etiam ignoranti acquiritur possessio<sup>6)</sup>; тутъ владѣніе приобрѣтается хотя и для ignorantes, но не sine animo<sup>7)</sup>. Пря- мое исключеніе изъ правила «ignorantibus possessio non acqui- ritur» составляютъ тѣ случаи, когда владѣніе приобрѣтается

<sup>1)</sup> L. 1 § 6 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> L. 21 pr.; L. 54 § 4 D. 41, 1.

<sup>3)</sup> L. 50 pr. D. 41, 2.

<sup>4)</sup> L. 20 § 2; L. 53 D. 41, 1. Ср. Schlossmann. cit. §§ 6—9.

<sup>5)</sup> L. 42 § 1 D. 41, 1.

<sup>6)</sup> L. 1 C. 7, 82; L. 18 pr. D. 41, 1.

<sup>7)</sup> См. особенно L. 1 § 5 D. 41, 2.

для лицъ, не имѣющихъ воли, какъ-то: для малолѣтнихъ, безумныхъ, юридическихъ лицъ<sup>1)</sup>).

Высказанное мнѣніе можно считать теперь господствующимъ въ наукѣ (см., напр., *Molitor. Possession.* p. 93; *Randa cit.* p. 442). Но въ прежнее время разногласіе источниковъ давало поводъ къ самымъ разнообразнымъ толкованіямъ. Если не будетъ порученія, то владѣніе приобрѣтается чрезъ третье лицо, напр., черезъ *negotiorum gestor*, только по *ratihabitio* (L. 24 D. 3, 5; L. 42 § 1 D. 41, 2). При порученіи же въ такомъ послѣдующемъ утвержденіи нѣтъ надобности, подобно тому какъ не требуется *ratihabitio* для приобрѣтенія владѣнія чрезъ дѣтей и рабовъ по *пекуліуму*, знали ли о томъ ихъ владыки или нѣтъ (L. 1 § 5; L. 3 § 12; L. 44 § 1 D. 41, 2). Въ этихъ случаяхъ нельзя видѣть исключенія изъ требованія *animus possidendi* представляемаго, ибо въ порученіи, какъ и въ предоставленіи *пекуліума* уже заключается предварительная ратификація дѣйствій представителя по приобрѣтенію владѣнія (см. *Arndts Pand.* § 140 n. 2; *Windscheid Pand.* 1 § 155 n. 9. Ср. *Schlossmann cit.* §§ 14, 15).

3) Представитель долженъ выполнить актъ *apprehensionis*, т. е. приобрѣсти физическую возможность располагать вещью, но

4) Не *suo nomine*, а *nomine alieno*, т. е. для представляемаго, иначе представитель приобрѣтаетъ владѣніе для себя. Владѣлецъ *suo nomine*, принимая рѣшеніе владѣть *alieno nomine*, становится по этому владѣнію представителемъ другого<sup>2)</sup>. Тутъ имѣемъ дѣло съ такъ называемымъ въ современной наукѣ *constitutum possessorium*<sup>3)</sup>. Рѣшеніе перестать владѣть отъ собственного имени и начать владѣть отъ чужаго имени должно выразиться въ положительной формѣ, но все равно *expresse* или *tacite*.

Напр., купившій домъ заключаетъ съ продавцемъ, прежнимъ владѣльцемъ, договоръ имущественнаго найма L. 77 D. 6, 1. Другой примѣръ см. L. 28; L. 35 § 5 C. 8, 53. Ср. *Kneip. Vacua possessio* 1886 § 52. Вопросъ о томъ, достаточно ли для *constitutum possessorium* одного простого объявленія воли или же требуется опредѣленная *causa*, т. е. сдѣлка, на основаніи которой *detentio* переданной вещи остается у *tradens'a*, — въ наукѣ спорно (см. *Exner. Tradition* p. 143; *Harburger. cit.* p. 58 и слѣд.).

Положеніе, что третье лицо должно имѣть намѣреніе приобрѣсти владѣніе для представляемаго, терпится въ нѣкоторыхъ

<sup>1)</sup> L. 1 §§ 20, 22; L. 2 D. 41, 2; L. 13 § 1 D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 18 pr. D. 41, 2.

<sup>3)</sup> *Ruhstrat. Ueber das constitutum possessorium* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 14 n. 7; *Harburger. Das constitutum possessorium* 1881.—Самое названіе происходитъ отъ того, что прежній владѣлецъ принимаетъ рѣшеніе, *constituit*, впредь отпирать владѣніе отъ чужаго имени.

случаяхъ изъятіе. Такъ, лица, находящіяся подъ господской и отцовской властью, приобрѣтаютъ владѣніе своимъ господамъ вопреки самому ихъ намѣренію<sup>1)</sup>, если только въ то же время они внѣшне не выражаютъ намѣренія приобрѣсти данное владѣніе опредѣленному третьему лицу.

Если ты прикажешь рабу приобрѣсти тебѣ такое-то владѣніе и рабъ вступить въ обладаніе вещью, съ намѣреніемъ приобрѣсти ее не для тебя, а для Тита, то ты не приобрѣтаешь владѣнія (L. 1 § 19 D. 41, 2). Но спрашивается, приобрѣтаетъ ли это владѣніе Титъ? Приобрѣтаетъ, но лишь въ томъ случаѣ, когда данный рабъ былъ въ его или ни въ чьемъ владѣніи (L. 34 § 2 D. 41, 2).

Если владѣніе устанавливается по передачѣ (*traditio*), то воля традента опредѣляетъ лицо, которому поступаетъ это владѣніе, если только представитель не объявилъ другой сторонѣ, до передачи или во время передачи, о намѣреніи приобрѣсти вещь для себя или для другого лица. При послѣднемъ условіи владѣніе по традиціи не приобрѣтаетъ ни принципаль, ни третье лицо, ни самъ представитель<sup>2)</sup>.

По послѣднему вопросу въ источникахъ имѣются самыя разногласныя рѣшенія. Такъ съ одной стороны, см. L. 13 D. 39, 5: *nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquiriturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirat*; съ другой же стороны, см. L. 37 § 6 D. 41, 1: *si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agatur*. Попытки примирить эти мѣста см. у *Windscheid. Pand 1 § 155 n. 7*.

## Защита владѣнія.

### Основанія защиты владѣнія.

Общая задача права состоитъ въ томъ, чтобы оградить свободное осуществленіе индивидуальной воли отъ самоволья всякаго другого лица. Поэтому человѣческая воля, выражающаяся во владѣніи, хотя бы она и не устанавливала право, а только простой фактъ, должна быть защищена, какъ таковая, противъ всякаго давленія, производимаго не въ правовой формѣ. Съ точки зрѣнія правового порядка каждая воля имѣетъ столько же значенія, какъ всякая другая воля, которая могла бы подчинить

<sup>1)</sup> L. 15; L. 40 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> *Hauser cit.* § 3.



себѣ вещь. Если бы эта другая воля пожелала одолѣть первую, то она должна призвать для этого органы правового порядка; всякое же воздѣйствіе въ иной формѣ должно вызывать охрану первой воли, вложенной во владѣніе<sup>1)</sup>.

Римскіе юристы не даютъ отвѣта на вопросъ объ основаніяхъ защиты владѣнія, въ наукѣ же со временъ Савиньи идетъ объ этомъ оживленный споръ. Терингъ («Объ основаніи защиты владѣнія» пер. 1883, стр. 4, 5), а за нимъ и другіе ученые (напр., *Randa cit.* § 8) сводятъ всѣ воззрѣнія на данный вопросъ къ двумъ теоріямъ: относительной и абсолютной. По первой теоріи основаніе защиты владѣнія ищутъ внѣ его, по второй же — въ сущности самаго владѣнія.

*Относительная теорія.* — Сюда прежде всего относится воззрѣніе Савиньи (*Besitz* §§ 5, 6), который обосновываетъ защиту владѣнія запрещеніемъ насилія, деликтнымъ свойствомъ нарушенія владѣнія. По его мнѣнію, владѣніе защищается не ради самого себя, но по причинѣ посягательства на лицо владѣльца, насилія надъ нимъ, всегда сопровождающаго нарушеніе владѣнія. Нарушеніе владѣнія будетъ всегда формальной (а не матеріальной) неправдой, которая основываетъ обязательство между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ. Интердикты, вытекающіе изъ этого обязательства, суть иски деликтные. Въ существенномъ воззрѣніи Савиньи раздѣляется и другими учеными, какъ напр., Кирульфомъ (*Civilr.* p. 350, 351), Рудорфомъ (въ *Zeitschr. f. gesch. R. W.* 7 p. 90 и слѣд.) — Въ числѣ многихъ возраженій на эту теорію особенно вѣски слѣдующія (см. *Терингъ.* Объ основаніи защиты владѣнія отъ стр. 8 и слѣд.; *Randa cit.* p. 274—276). Если насиліе надъ лицомъ есть основаніе защиты владѣнія, то спрашивается: почему не защищается и простое *detentio rei*? Съ другой стороны, нельзя признать насилія въ тѣхъ случаяхъ, когда воръ лишаетъ кого либо владѣнія тайкомъ (*clam*), или получившій вещь по прекаріуму отказывается возвратить ее. Между тѣмъ, въ этихъ случаяхъ владѣніе защищается интердиктами. Наконецъ, ни за однимъ интердиктомъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ не открывается признаковъ деликтнаго характера (см. *Brunn.* *Besitzklagen* § 7 и § 24). — Изложенныя возраженія примѣнимы къ воззрѣнію, по которому защита владѣнія объясняется цѣлями общественнаго порядка и покоя (v. *Wetter.* *Traité d. l. possession* p. 64). — Воззрѣніе самого Теринга на основаніе защиты владѣнія выражено имъ кратко въ такомъ положеніи (*cit.* стр. 35): «защита владѣнія, какъ реальности собственности, есть необходимое дополненіе защиты собственности, — облегченіе доказыванія, предназначенное для собственника, но по необходимости служащее на пользу и несобственнику». Со стороны защиты владѣніе имѣетъ значеніе только позиціи, передового укрѣпленія собственности. При спорѣ во владѣльцѣ всегда слѣдуетъ предполагать собственника, и поэтому достаточно ограничивать доказательство одной фактической стороной собственности, т. е.

<sup>1)</sup> *Brunn.* *Recht d. Besitzes* § 58; *Windscheid.* *Pand.* 1 § 148 n. 6; *Randa.* *cit.* § 8 p. 284—287.

владѣнія, не входя въ вопросъ о правѣ. Защита владѣльца въ дѣйствительности будетъ обыкновенно защитой собственника. Конечно, иногда и несобственникъ можетъ воспользоваться такой защитой, но съ этимъ неизбѣжнымъ послѣдствіемъ слѣдуетъ примириться въ виду той большой выгоды, которую защита владѣнія представляетъ защитѣ собственности. — Воззрѣніе Іеринга нашло сравнительно немногихъ послѣдователей (Hauser, Reuling, у насъ г. Муромцевъ въ Жур. Гражд. и Уголовн. права IV 1876), но большинство корифеевъ науки отнеслось къ нему отрицательно (напр., см. *Windscheid. Pand. 1 § 148; Arndts Pand. § 135 п. 2*. Покойный *Bruns* написалъ особый трудъ (*Die Besitzklagen d. röm. u. heut. Rechts 1874*), въ которомъ спеціально доказывалъ несостоятельность воззрѣнія Іеринга (см. §§ 26, 27). У насъ въ томъ же отрицательномъ направленіи высказался покойный проф. *Митюковъ* въ статьѣ, написанной по поводу развитія іеринговской теоріи г. Муромцевымъ (въ Киевск. Университ. Извѣстіяхъ 1877 № 2, 3). — Главныя возраженія противъ Іеринга состоятъ въ слѣдующемъ. Если владѣніе защищается ради собственности, то оно не можетъ защищаться противъ собственности; однако мы знаемъ, что въ *possessorium* исключаются петиторныя возраженія. Затѣмъ, въ источникахъ не только не намекается на то, чтобы владѣніе защищалось, какъ позиція собственности, но наоборотъ, вопросъ о собственности строго отдѣляется отъ вопроса о владѣніи. Такъ, Ульпіанъ говоритъ: «*Nihil commune habet proprietate cum possessione*» (L. 12 § 1 D. 41, 2), а въ другомъ мѣстѣ: «*separata esse debet possessio a proprietate*» (L. 1 § 2 D. 43, 17). См. также L. 52 pr. D. 41, 2; L. 4 § 26 D. 41, 3. Переходъ отъ относительной теоріи къ абсолютной представляетъ воззрѣніе Сталя (*Stahl. Philosophie des Rechtes Bd. 2 Abth. 1 p. 304* и слѣд. Aufl. 5. См. также *Dernburg. Pand. 1 § 171*). Онъ становится на почву экономическаго интереса, представляемаго владѣніемъ. Одно изъ условій устроеннаго общежитія — охрана даннаго имущественнаго положенія, служащаго удовлетворенію потребностей лица; во владѣніи и защищается эта сторона. — Но если владѣльческая защита имѣетъ своимъ основаніемъ экономическій интересъ лица, то почему же не получаетъ защиты простое *detentio*; вѣдь интересъ арендатора важнѣе не менѣе интереса вора. Кромѣ того, эта точка зрѣнія не выясняетъ почему исключается изъ вопроса о владѣніи вопросъ о правѣ собственности (*Іерингъ cit. стр. 37; Randa cit. p. 284*).

Принятая нами теорія воли вызываетъ также сильныя возраженія (см. особенно *Іерингъ cit. стр. 24 — 35*). Такъ, по этой теоріи въ спорѣ о владѣніи одна воля стоитъ противъ другой. Почему же, спрашивается, воля того лица, которое утверждаетъ за собою владѣніе, имѣетъ преимущество передъ волею другого? Почему фактъ владѣнія возноситъ волю одного надъ волею другого? (*Stahl cit. p. 305*). На эти вопросы теорія воли вѣскихъ объясненій не даетъ (см. *Randa cit. p. 289—291*).

Въ повѣйшее время проявляется направленіе, отрицающее вовсе философское обоснованіе защиты владѣнія, а только признающее эту защиту какъ фактъ (*Beckler. D. Recht d. Besitzes § 3*).

### Средства защиты владѣнія.

*Пособія: Bruns. Die Besitzklagen d. röm. u. heut. Rechts 1874; Duncker. Die Besitzklage u. d. Besitz 1884; Machelard. Théorie générale des interdits en droit romain 1864 p. 153—303.*

Обыкновенныя средства защиты владѣнія суть интердикты. Но кромѣ того, владѣніе можетъ быть защищаемо исками, особенно т. наз. кондикціями (*condictiones*).

*Restituendo possessionis ordo, aut interdicto expeditur, aut per actionem. L. 2 pr. D. 43, 2.* Въ прежнее время, говоря о защитѣ владѣнія, приводили только интердикты (напр., см. въ книгѣ Савиньи). Первый Брунсъ (*Recht d. Besitzes § 5 p. 27—33; Besitzklag. p. 185*) обратилъ вниманіе на иски, какъ на средства защиты владѣнія.

### Интердикты, *interdicta possessoria*.

*Inst. 4, 15 de interdictis. Dig. 43, 1 de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.*

Нарушить владѣніе можно двоякимъ образомъ: или препятствуя отправленію физической власти надъ вещью, или вообще лишая этой власти. Соответственно этимъ двумъ способамъ нарушенія владѣнія имѣются два вида интердиктовъ: 1) *interdicta retinendae possessionis*, направленные на сохраненіе ненарушаемаго владѣнія, и 2) *interdicta recuperandae possessionis*, направленные на возстановленіе потеряннаго владѣнія<sup>1)</sup>.

Въ источникахъ упоминается еще одинъ видъ интердиктовъ, относящихся къ владѣнію, *interdicta adipiscendae possessionis* (*Gajus 4, 143; § 2 J. 4, 15; L. 2 § 3 D. 43, 1*). Но эти интердикты не принадлежатъ къ тѣмъ юридическимъ средствамъ, которыя служатъ для защиты владѣнія. Они направлены на полученіе владѣнія, котораго лицо до того не имѣло. Таковы, напр., *interdictum quorum bonorum*, искъ наследника на полученіе тѣлесныхъ вещей наследства, *interdictum Salvianum*, искъ на полученіе владѣнія хозяиномъ собственности, отданной въ аренду, надъ внесеннымъ въ нее арендаторомъ инвентаремъ. Подобныя интердикты не принадлежатъ къ тѣмъ *interdicta possessoria*, которыми защищается владѣніе, которые даются по поводу спора о владѣніи, *controversia de possessione*. *Interd. adipiscendae possessionis* основываются не на владѣніи настоящемъ или прошедшемъ, а на опредѣленномъ правѣ вещномъ или обязательственномъ. Таково, послѣ Савиньи (*cit. § 35*), господ-

<sup>1)</sup> Не надо смѣшивать съ интердиктами, упоминаемыми у *Ulpian, fragm. 2. 6.*

ствующее возрѣніе на эти интердикты. По ср. Іерингъ. Объ основаніи защиты владѣнія, стр. 54 и слѣд.

Оба вида интердиктовъ предполагаютъ, что истецъ былъ владѣльцемъ въ моментъ нарушенія, и вчиняются только противъ лицъ виновныхъ въ этомъ нарушеніи; владѣльческіе иски принадлежатъ къ числу исковъ *in personam*.

Общее назначеніе интердиктовъ состоитъ въ томъ, чтобы регулировать владѣніе. Споръ о владѣніи отдѣленъ отъ вопроса о правѣ<sup>1)</sup>. Поэтому противъ владѣльческихъ исковъ отвѣтчикъ не можетъ противопоставить возраженіе о правѣ собственности. Можно было вчинять оба иска одновременно, хотя отдѣльно, и выигрышь дѣла въ *retitorium* до рѣшенія вопроса о владѣніи оканчиваетъ и этотъ послѣдній, ибо *retitorium absorbet possessorium*. Проигрышь по владѣльческому иску не препятствуетъ вчиненію иска о правѣ<sup>2)</sup>.

1) *Interdicta retinendae possessionis*<sup>3)</sup>.— Между *interd. retinendae possessionis* первоначально различали два вида: а) интердикты, направленные на защиту владѣнія недвижимымъ имуществомъ, *interdicta uti possidetis*, и б) интердикты, защищающіе владѣніе движимымъ имуществомъ, *interdicta utrubi*.

Названіе этихъ интердиктовъ происходитъ отъ начальныхъ словъ преторскаго эдикта. См. Festus v. Possessio; Gajus 4, 160; L. 1 pr. D. 43, 31.

По *interdicta uti possidetis*, владѣніе вещью присуждалось тому, кто во время вчинанія спора владѣлъ вещью, но не по какому либо изъ трехъ пороковъ по отношенію къ другой сторонѣ, *pec vi, pec clam, pec precario ab adversario*<sup>4)</sup>.

По *interdicta utrubi*, владѣніе вещью присуждалось тому, кто владѣлъ ею большую часть послѣдняго года (*maiore parte hujusce anni*) и притомъ также не по одному изъ *tria vitia possessionis* по отношенію къ противнику<sup>5)</sup>.

По этимъ признакамъ Савиньи заключилъ, что *interdict. retin. possessionis* суть деликтные иски (ср. § 37). По назначеніе этихъ интердиктовъ не со-

<sup>1)</sup> L. 12 § 1 D. 41, 2; L. 18 § 1 D. 43, 16; L. 28. D. 44, 7; L. 178 § 2 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur L. 14 § 3 D. 44, 2.

<sup>3)</sup> Dig. 43, 17 uti possidetis; 43, 31 utrubi; Th. C. 4, 2 § utrubi; Cod. 8, 6. uti possidetis—Albert. Ueber das interdictum uti possidetis der Römer 1824. Witte. Das interdictum uti possidetis 1863.

<sup>4)</sup> L. 1 pr. D. 43, 17.

<sup>5)</sup> L. un. pr. D. 43, 31; Gajus 4 §§ 150, 160. Lenel. Edictum perpet. p. 392.

стояло исключительно въ охраненіи отъ преступнаго лишенія владѣнія, но ими также опредѣлялись роли въ будущемъ процессѣ о самомъ правѣ (см. Gajus. 4 § 148; L. 1 § 3 D. 43, 17). Поэтому большинство современныхъ ученыхъ отвергаетъ воззрѣніе Савиньи (см. *Witte cit.* p. 40).

Въ юстиніановомъ правѣ оба вида интердиктовъ *retin. possessionis* слились въ одинъ видъ на условіяхъ прежняго *interdictum uti possidetis*, т. е. вопросъ о владѣніи какъ движимымъ, такъ и недвижимымъ имуществомъ рѣшался въ пользу того, кто владѣлъ *pec vi, pec clam, pec precario ab adversario* при вчинаніи интердикта<sup>1)</sup>.

*Условія interd. retinendae possessionis.*—Истцомъ по этимъ интердиктамъ можетъ быть только юридическій владѣлецъ<sup>2)</sup>, котораго владѣніе оспаривается или даже *vitiose* отнято. Простой *detentor* не можетъ прибѣгать къ интердиктной защитѣ. Въ случаяхъ нарушенія его обладанія онъ долженъ отнестись къ тому лицу, отъ имени котораго держалъ вещь, и тѣмъ вызвать настоящаго владѣльца на осуществленіе интердиктовъ. При этомъ не требуется, чтобы истецъ былъ непременно *justus possessor*: и *possessor injustus* можетъ прибѣгать къ интердиктной защитѣ<sup>3)</sup>.

Владѣніе истца должно быть нарушено въ формѣ оспариванія права владѣльца, или даже въ формѣ лишенія *vi, clam* или *precario*. Въ первомъ случаѣ оспариваніе можетъ выразиться въ дѣйствіяхъ, словахъ, вообще во всякомъ препятствованіи мирному отправленію владѣнія<sup>4)</sup>. При этомъ не требуется, чтобы нарушеніе основывалось на притязаніи собственнаго владѣнія<sup>5)</sup>. Но требуется только, чтобы оспаривалось само право владѣльца; когда такого оспариванія нѣтъ, то нарушеніе владѣнія не даетъ права на интердикты, но рождаетъ иски, напр., о кражѣ (*actio furti*), объ оскорбленіи (*actio injuriae*), о нанесеніи ущерба (*actio Aquiliana*) и т. п.<sup>6)</sup>.

Отвѣтчикомъ по *interdictum retin. possessionis* будетъ только самъ нарушитель владѣнія; на наслѣдниковъ его, какъ таковыхъ, дѣйствіе интердикта не распространяется<sup>7)</sup>. Въ случаѣ

<sup>1)</sup> § 4 J. 4, 15; L. 1 § 1 D. 43, 31.

<sup>2)</sup> § 5 J. 4, 15.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 43, 17; L. 53 D. 41, 2; L. 17 D. 43, 26.

<sup>4)</sup> L. 3 § 2; L. 3 § 7 D. 43, 17.

<sup>5)</sup> L. 3 § 3 D. 43, 17.

<sup>6)</sup> L. 25 § 5 D. 19, 2; L. 7 § 4; L. 9, 11, 22 pr. D. 43, 24; L. 13 § 7 D. 47, 10.

<sup>7)</sup> L. 85 D. 44, 7.

нарушеніе сопровождалось лишеніемъ владѣнія, то для осуществленія *interdictum ret. poss.* требуется, чтобы лишившій владѣнія находился еще въ обладаніи предметомъ, иначе вчинается уже интердиктъ *recuperandae possessionis*.

Отвѣтчикъ при судебномъ разбирательствѣ по интердикту не можетъ противупологать возраженіе, основанное на вещномъ или обязательственномъ правѣ. Онъ можетъ только или 1) отрицать владѣніе истца и утверждать свое владѣніе<sup>1)</sup>; или 2) приводитъ *exceptio vitiosae possessionis*, т. е. доказывать, что истецъ лишилъ отвѣтчика владѣнія *vi, clam* или *precario*<sup>2)</sup>; или 3) отрицать самый фактъ нарушенія (*litis contestatio negativa*); или 4) сослаться на погасительную исковую давность.

*Interdicta retin. possessionis* имѣютъ своимъ назначеніемъ прежде всего 1) уничтожить судебнымъ порядкомъ оспариваніе владѣнія, т. е. привести къ рѣшенію вопросъ о томъ, кто долженъ считаться владѣльцемъ, отвѣтчикъ или истецъ, въ будущемъ процессѣ о самомъ правѣ (*petitorium*)<sup>3)</sup>. 2) Запретить судебнымъ порядкомъ дальнѣйшее нарушеніе<sup>4)</sup> и обязать неправильно оспаривающаго владѣніе другой стороны предоставить этой послѣдней матеріальное обезпеченіе въ томъ, что онъ не повторитъ этого оспариванія, *cautio de non amplius turbando*. 3) Обязать присужденнаго къ устраненію всякихъ нарушающихъ причинъ<sup>5)</sup> и вообще къ полному вознагражденію признаннаго владѣльцемъ за всѣ убытки, причиненные ему оспариваніемъ владѣнія<sup>6)</sup>.

Всѣ эти послѣдствія интердиктовъ *retinendae poss.* признаны большинствомъ современныхъ ученыхъ. Но многіе не признаютъ нѣкоторыхъ изъ этихъ послѣдствій (см. *Wächter. Pand. II* p. 87, 88). Такъ, чаще всего говорятъ, что единственное назначеніе этихъ интердиктовъ—опредѣлить роли въ будущемъ процессѣ о правѣ; потому, напр., о вознагражденіи убытковъ по нимъ не можетъ быть и рѣчи (*Терингъ. Объ основаніи защиты владѣнія*, стр. 59—78). Когда интердикты были чрезвычайными мѣрами, вытекавшими изъ магистратской *imperium* и выражавшимися въ простомъ запрещеніи совершать извѣстныя нарушенія, тогда весьма вѣроятно они и не могли распространяться на вознагражденіе. Въ позднѣйшемъ же правѣ было ясно признано это по-

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 17.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. § 5, 9; L. 2; L. 3 pr. § 10 D. 43, 17.

<sup>3)</sup> Gajus 4, 148; § 4 J. 4, 15; L. 1 § 3 D. 43, 17; L. 35 D. 41, 2.

<sup>4)</sup> L. un. C. 8, 6; L. 1 pr. § 4; L. 3 § 11 D. 43, 17.

<sup>5)</sup> L. 3 § 9 D. 43, 17.

<sup>6)</sup> L. 3 § 11 D. 43, 17; L. 3 D. 43, 1.

слѣдствіе интердиктовъ (см. L. 1 pr.; L. 3 § 11 D. 43, 17. Ср. *Brunn. Besitzklagen* p. 56—58).

Осуществить защиту владѣнія интердиктами *retin. possessionis* можно только впродолженіи *annus utilis*. Но по истеченіи этого срока остается впродолженіи 30 лѣтъ отвѣтственность по обогащенію изъ неправильнаго владѣнія <sup>1)</sup>).

Интердикты эти принадлежатъ къ числу *actiones duplices* <sup>2)</sup>, т. е. по нимъ каждая сторона можетъ очутиться въ роли какъ истца, такъ и отвѣтчика. Если судья признавалъ, что владѣетъ отвѣтчикъ, то не ограничивался однимъ отказомъ истцу, но признавалъ отвѣтчика владѣльцемъ. Такъ, если истецъ владѣлъ *vitiose* по отношенію къ отвѣтчику, то *exceptio vitiosae possessionis* послѣдняго вело не только къ отказу истцу <sup>3)</sup>, но и къ признанію владѣнія за отвѣтчикомъ <sup>4)</sup>. Изъ такой двойственности интердиктовъ *retin. poss.* вытекалъ рекуператорный ихъ характеръ. Но въ этомъ значеніи слѣдуетъ строго отличать ихъ отъ

*Interdicta recuperandae possessionis*. — Интердикты *recuper. posses.* прямо направлены на восстановленіе лишеннаго владѣнія, тогда какъ интердикты *ret. poss.* непосредственно такой цѣли не имѣли.

Древнее римское право знало три вида интердиктовъ *recuper. posses.*, — два для защиты владѣнія недвижимымъ: 1) *interdictum unde vi* и 2) *interdictum de clandestina possessione*, — и одинъ по преимуществу для защиты владѣнія движимымъ, 3) *interdictum de precario*. Позднѣе проявляется взглядъ, что владѣніе недвижимымъ потерять по тайному захвату нельзя и такимъ образомъ *interdictum de clandestina possessione* исчезаетъ изъ практики.

Послѣднее составляетъ господствующее теперь воззрѣніе (см. особенно *Лерингъ. Основа защ. влад.*, стр. 82); но нѣкоторые повѣйшіе писатели находятъ въ источникахъ свидѣтельство за обратное (см. *Книер. Vacua possessio* 1886 p. 453, 454).

*Interdictum unde vi* или *de vi* <sup>5)</sup> есть тотъ интердиктъ, который предоставляется владѣльцу недвижимаго имущества съ цѣлью получить обратно владѣніе, котораго онъ былъ лишенъ

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 43, 17; L. 4 D. 43, 1.

<sup>2)</sup> Gajus 4, 160; § 7 J. 4, 15; L. 2 pr. D. 43, 1; L. 3 § 1 D. 43, 17.

<sup>3)</sup> Ср. *Schmidt. Interdiktenverfahren* p. 112, 183.

<sup>4)</sup> § 7 J. 4 15; L. 2 § 1 D. 10, 3.

<sup>5)</sup> Cod. 8, 4 unde vi; C. Th. 4, 22; Dig. 43, 16 de vi, et de vi armata.

насильно. Интердиктъ этотъ примѣнялся къ защитѣ владѣнія исключительно недвижимымъ имуществомъ<sup>1)</sup>. Владѣніе же вещами движимыми въ этихъ случаяхъ могло быть защищено разнообразными исками (*actio furti, actio vi bonorum raptorum, actio ad exhibendum*)<sup>2)</sup>. Послѣ конституціи 389 г. о самопомощи<sup>3)</sup>, *interdictum de vi* долженъ былъ примѣняться не особенно часто.

Въ древнемъ римскомъ правѣ различали два вида этого интердикта, смотря по тому, будетъ ли насиліе вооруженное, *vis armata*, или всякое другое, *vis quotidiana*<sup>4)</sup>. Первый былъ *interdictum perpetuum*, другой примѣнялся только въ продолженіе *annus utilis*; кромѣ того, первый никогда не допускалъ *exceptionem vitiosae possessionis*<sup>5)</sup> со стороны отвѣтчика и не требовалъ юридическаго владѣнія въ лицѣ истца. Позднѣе это различеніе двухъ видовъ даннаго интердикта исчезло<sup>6)</sup>.

Истцомъ по данному интердикту могъ быть только юридическій владѣлецъ (и его наслѣдники *titulo universalis*), лишенный владѣнія насильно и безправно<sup>7)</sup>. При этомъ безразлично, будетъ владѣлецъ правомочнымъ или неправомочнымъ<sup>8)</sup>.

Простой *detentor*, напр., арендаторъ или наниматель, не могъ вчинать самъ этого интердикта, а въ случаѣ *dejectio* долженъ былъ обращаться къ тѣмъ, отъ имени кого держалъ вещь.

Нѣкоторые ученые (напр., *Thibaut* въ *Archiv f. civil. Prag.* 18) были противнаго мнѣнія; но ссылки на *L. 1 § 9 D. 43, 16* и *L. 1 C. 8, 5* признаны теперь вполне неосновательными (см. *Molitor. Possession* p. 138; *Arndts. Pand. § 136 Anm. 2*).

Истецъ долженъ потерпѣть такое насиліе, которое дѣлало бы продолженіе его владѣнія невозможнымъ. Насиліе это можетъ состоять въ непосредственномъ примѣненіи физической силы (*vi corporali dejectio*) къ лишенію владѣнія<sup>9)</sup>, или въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя законъ отождествляетъ съ *dejectio*,

<sup>1)</sup> Paulus 5, 6, 5; *L. 1 §§ 3—8; L. 3 § 15 D. 43, 16.*— См. *Windscheid. Pand. § 160 n. 4.*

<sup>2)</sup> *L. 1 § 6 D. 43, 16.* См. *Brunns. R. d. Besitzes § 7.*

<sup>3)</sup> *L. 7 C. 8, 4.*

<sup>4)</sup> См. *tit. Dig. 43, 16; Cicero pro Caecina 31; Gajus 4, 155; § 6 J. 4, 15.*

<sup>5)</sup> *Lex (Thoria) agraria c. 7 lin. 18; Gajus 4, 154; Paulus 5, 6, 7.*

<sup>6)</sup> *§ 6 J. 4, 15.*

<sup>7)</sup> *L. 1 §§ 9, 23 D. 43, 16.*

<sup>8)</sup> *L. 4 §§ 23, 24 D. 41, 3.*

<sup>9)</sup> *L. 1 pr. §§ 1—3, 28 D. 43, 16.*



какъ-то: если владѣлецъ покидаетъ свой участокъ изъ основательнаго страха и внушившій страхъ занимаетъ его мѣсто<sup>1)</sup>; если владѣлецъ не осмѣливается изъ страха насилія войти самъ или чрезъ представителя на участокъ, въ его отсутствіе занятый другимъ<sup>2)</sup>; если владѣлецъ насильно заключенъ на своемъ участкѣ<sup>3)</sup>. Насиліе должно быть *vis atrox*<sup>4)</sup>; простого дѣйствія вопреки запрещенію недостаточно<sup>5)</sup>. Сюда не относится также тотъ случай насилія, которымъ вынуждается передача<sup>6)</sup>. Равнымъ образомъ, данный интердиктъ не примѣняется при такихъ насильственныхъ дѣйствіяхъ, которыми только нарушается владѣніе<sup>7)</sup>.

Отвѣтчикомъ по *interd. unde vi* будетъ только виновный въ *dejectio*<sup>8)</sup>, будь онъ самъ правомочнымъ лицомъ<sup>9)</sup>, но не третье лицо, владѣющее насильно отнятымъ и не принимавшее участія въ насиліи<sup>10)</sup>. Отвѣтчиками могутъ быть и наслѣдники *dejectis*, насколько они обогатились отъ насилія<sup>11)</sup>. На *interd. unde vi* отвѣтчикъ могъ противопоставить въ классическомъ правѣ 2 возраженія: *exceptio vitiosae possessionis*<sup>12)</sup> и возраженіе объ истеченіи исковой давности. Первое изъ нихъ, послѣ конституціи, запретившей собственнику оказывать себѣ правосудіе, отпало. Сюда, конечно, не относится тотъ случай, когда *dejectus* немедленно же (*in ipso congressu*) возстановитъ себя во владѣніи.

Срокъ давности интердикта *de vi* былъ *annus utilis*<sup>13)</sup>. Теченіе этого срока при насиліи надъ представителемъ начиналось съ момента возвращенія владѣльца.

Что касается отвѣтственности по этому интердикту, то виновный въ насиліи присуждается возстановить вещь и всѣ плоды съ момента *dejectio*, и не только *fructus percipiti*, но и

<sup>1)</sup> L. 1 § 29 D. 43, 16.

<sup>2)</sup> L. 11 C. 8, 4; L. 12, 18 D. 43, 16.

<sup>3)</sup> Paulus. Sent. 5, 6, 6: *Vi dejectus videtur et qui in praedio vi retinetur.*

<sup>4)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 16.

<sup>5)</sup> L. 73 § 2 D. 50, 17.

<sup>6)</sup> ... non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere. L. 5 D. 43, 16.

<sup>7)</sup> Ср. L. 11 D. 43, 16.

<sup>8)</sup> L. 1 § 42 D. 43, 16.

<sup>9)</sup> L. 4 § 25 D. 41, 3. См. *Книер. Vacua possessio* p. 457, 458.

<sup>10)</sup> L. 7 D. 43, 16.

<sup>11)</sup> L. 1 § 48 D. 43, 16; L. 2 C. 8, 4.

<sup>12)</sup> Gajus 4 §§ 154, 155; Paulus. Sent. 5, 6, 7.

<sup>13)</sup> L. 1 pr. § 39 D. 43, 16.

fr. percipiendi<sup>1)</sup>, вознаградить всякій вред (omnis causa), причиненный dejectio<sup>2)</sup>, даже по casus fortuitus<sup>3)</sup>. Мало того, имп. Зенонъ предоставилъ истцу право опредѣлить клятвеннымъ утверждениемъ (juramentum Zenonianum) утерянную по причинѣ dejectio движимость, на стоимость которой и приговаривался виновный<sup>4)</sup>. Если homo alieni juris (сынъ, рабъ) или вообще постороннее лицо совершить отъ имени третьяго, но безъ его порученія и согласія, dejectio, то послѣдній отвѣчаетъ только въ размѣрѣ полученнаго имъ отъ этого акта. Въ случаѣ же порученія или даннаго согласія представляемый отвѣчаетъ такъ, какъ бы самъ совершилъ dejectio<sup>5)</sup>. По истеченіи года отвѣтственность по dejectio опредѣляется всегда только объемомъ обогащенія отвѣтчика<sup>6)</sup>.

Въ новѣйшее время начинаютъ довольно рѣзко доказывать, что interdict. de vi не есть владѣльчeskій искъ, что единственное его основаніе заключается въ dejectio, т. е. въ томъ, что истецъ насильно вытѣсненъ изъ своего участка. Только насиліе, а не прежнее владѣніе, побуждаетъ претора къ защитѣ потерпѣвшаго. Преторъ возстановляетъ detentio rei, а не владѣніе (см. *Dittler. Besitzklage* p. 103 и слѣд.). Это воззрѣніе основано на тѣхъ же данныхъ, что и упомянутое уже болѣе тѣсное воззрѣніе Тибо.

*Interdictum de precario*<sup>7)</sup>. — Уступившій вещь (или право) въ безвозмездное пользованіе до востребованія (precarium), въ случаѣ отказа пользователя возвратитъ вещь по востребованію, имѣетъ право на особый интердиктъ, которымъ возстановляетъ себѣ владѣніе вещью, interdictum de precario<sup>8)</sup>. Истцами по этому интердикту могутъ быть precario dantes и ихъ наслѣдники<sup>9)</sup>. Отвѣтчиками будутъ precario accipientes, а также ихъ наслѣдники, но послѣдніе только in id quod ad eos pervenit<sup>10)</sup>. Отвѣтственность опредѣляется или самимъ предметомъ, или стоимостью его со всѣми убытками, если вещь утеряна по винѣ (dolus malus, или culpa lata) отвѣтчика<sup>11)</sup>. Противъ даннаго

<sup>1)</sup> L. 4 C. 8, 4; L. 1 § 40 D. 43, 16.

<sup>2)</sup> L. 1 § 41 D. 43, 16.

<sup>3)</sup> L. 1 §§ 35, 36 D. 43, 16.

<sup>4)</sup> L. 9 C. 8, 4.

<sup>5)</sup> L. 1 §§ 11 и слѣд. D. 43, 16.

<sup>6)</sup> L. 1 pr. D. 43, 16.

<sup>7)</sup> Dig. 43, 26 de precario; Cod. 8, 9 de precario et Salviano interdicto.

<sup>8)</sup> Paulus 5, 6, 10; L. 2 pr. §§ 1, 2 D. 43, 26.

<sup>9)</sup> L. 2 § 2; L. 8 pr.; L. 12 § 1 D. 43, 26.

<sup>10)</sup> L. 4 § 2; L. 6 § 1; L. 8 §§ 1, 8 D. 43, 26; L. 2 C. 8, 9.

<sup>11)</sup> L. 2 pr. § 1; L. 8 §§ 3—6 D. 43, 26.

интердикта не допускается возражений<sup>1)</sup>, кроме *praescriptio trīginta annorum*<sup>2)</sup>).

Господствующее воззрѣніе вмѣстѣ съ Савиньи (*cit.* § 42) относитъ *interd. de precario* къ числу *interdicta recuperandae possessionis* (см., напр., *Randa cit.* p. 131). Но Іерингъ (*cit.* стр. 78 — 82) и Брунсъ (*Besitzklag.* p. 180 и слѣд.), а за ними и другіе новѣйшіе писатели (*Duncker. Besitzklage* p. 95 и слѣд.; *Dernburg. Pand.* 1 p. 419 п. 2) отвергаютъ за этимъ интердиктомъ поссессорный характеръ. Это воззрѣніе основываютъ на нѣкоторыхъ особенностяхъ даннаго интердикта, изъ которыхъ будто слѣдуетъ, что ему недостаетъ существенныхъ чертъ, характеризующихъ настоящій владѣльческій искъ. Не останавливаясь на повѣркѣ этихъ особенностей, въ общемъ нельзя не признать, что назначеніе *interd. de precario* состоитъ въ возстановленіи прежняго владѣнія («*interdictum restitutorium*» L. 2 § 1 D. 43, 26), т. е. слѣдовательно въ охраненіи его въ извѣстныхъ случаяхъ лишенія (*Windscheid. Pand.* § 160 п. 17).

Разсмотрѣнными интердиктами ограничиваются, по господствующему воззрѣнію, владѣльческіе иски, изъ которыхъ каждый основанъ на опредѣленной формѣ нарушенія владѣнія.

Уже Куяціи (*Observat.* I, 20, XIX, 16), а въ новѣйшее время Іерингъ (*cit.* стр. 85—101) думаютъ, что въ конституціяхъ было установлено общее средство на полученіе потеряннаго владѣнія, въ какой бы формѣ ни было нарушено оно. Средство это упоминается въ источникахъ подъ именемъ *interdictum momentariae possessionis* (L. 8 C. 8, 4; L. 8 C. Th. 2, 1), *actio momenti* (L. 6 C. Th. 2, 1) или *momentanea possessionis actio* (L. 3 C. 3, 6). Прогнанный владѣлецъ имѣетъ *facultas ad repetendum momentum* (L. 4 C. Th. 2, 1). При этомъ безразлично, при какихъ обстоятельствахъ присвоилъ себѣ отвѣтчикъ владѣніе, было ли при этомъ насиліе, заблужденіе, *dolus* или *culpa* и т. п.,—все это не вліяло на осуществленіе даннаго иска. Истецъ долженъ былъ только доказать свое прежнее владѣніе и какимъ образомъ оно перешло къ отвѣтчику. Судья же долженъ возстановить истца въ *momentaria possessio* (L. 1 C. Th. 2, 1). Попятно, что такой искъ долженъ былъ сдѣлать прежніе интердикты лишними. Противъ такого воззрѣнія высказался уже Савиньи (*cit.* § 43), но окончательно доказана его несостоятельность Брунсомъ (*Besitzklag.* p. 84—134. См. также *Pernice* въ *Zeitschr. f. II. Recht* Bd. 20 p. 618). Теперь общепринято, что прежніе интердикты и въ позднѣйшемъ юстиніановомъ правѣ имѣли все свое практическое значеніе, что замѣнившаго ихъ общаго иска установлено не было. Это доказывается уже тѣмъ, что Юстиніанъ принялъ эти интердикты, и даже съ нѣкоторыми своими измѣненіями, въ Пандекты, Институціи. Только одно новое примѣненіе интердиктной защиты слѣдуетъ признать въ позднѣйшее императорское время, а именно:

<sup>1)</sup> L. 12 pr.; L. 15 § 5 D. 43, 26.

<sup>2)</sup> L. 8 § 7 D. 43, 26.

когда владѣлецъ терялъ владѣніе по отсутствію или небрежности и другой занималъ *possessio vacans*, то ни одинъ изъ упомянутыхъ поссессорныхъ исковъ не примѣнялся по особенностямъ данныхъ признаковъ. И вотъ, Юстиніанъ къ подобнымъ случаямъ приложилъ *int. unde vi* (L. 11 C. 8, 4). См. *Meischerder. Besitz.* p. 463—467.

## Conditiones.

Общая основа кондикціи заключается въ томъ, что какая либо имущественная цѣнность перешла къ другому лицу безъ достаточнаго основанія<sup>1)</sup>. Если разсматривать владѣніе, какъ имущественную выгоду, то легко было распространить на защиту его кондикціи<sup>2)</sup>. И вотъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда кто либо лишался владѣнія противъ или помимо воли, и теперешній владѣлецъ не имѣлъ достаточныхъ основаній утверждать на своемъ владѣніи, могли быть примѣнены потерявшимъ владѣніе кондикціи. Такъ, *condictiones*, примѣнялись при насильственномъ и тайномъ лишеніи владѣнія<sup>3)</sup>; при лишеніи владѣнія получившимъ по прекаріуму или вообще всякимъ другимъ детенторомъ (напр., депозитаріемъ, коммодатаріемъ и т. п.)<sup>4)</sup>; при заблужденіи, имѣвшемъ своимъ послѣдствіемъ уплату недолжнаго<sup>5)</sup>. Въ послѣднемъ случаѣ отвѣтчикъ приговаривается къ вознагражденію всѣхъ убытковъ, если онъ сознательно принималъ недолжное; въ противномъ случаѣ онъ только возвращалъ полученное<sup>6)</sup>. Наконецъ, возможна кондикція при потерѣ владѣнія по давности, если имѣется основаніе къ *in integrum restitutio*<sup>7)</sup>.

## Потеря владѣнія.

Разъ установившееся владѣніе продолжаетъ существовать до тѣхъ поръ, пока имѣется возможность отправлять лично или чрезъ представителя соотвѣтствующую власть надъ вещью при

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 12, 7; L. 6 D. 12, 5.

<sup>2)</sup> См. *Rudorff* въ *Anhang* n. 161 къ *Sav. Besitz.* p. 708.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 13, 3; L. 25 pr. § 1 D. 47, 2.

<sup>4)</sup> L. 19 § 2 D. 43, 26; L. 13 § 1 D. 16, 3; L. 4 § 1 D. 12, 1.

<sup>5)</sup> L. 15 § 1 D. 12, 6.

<sup>6)</sup> L. 3 D. 13, 1; L. 7 § 2; L. 8 pr. § 1; L. 10 pr. in f. D. 13, 1; L. 1 § 1; L. 2 D. 13, 3; L. 25 § 1 D. 47, 2.

<sup>7)</sup> L. 23 § 2 D. 4, 6.

*animus domini*. Поэтому для продолженія владѣнія не требуется, чтобы владѣлецъ постоянно сознавалъ волю господствовать надъ вещью и непрерывно отправлялъ актъ этого господства. Достаточно, если онъ не перемѣнилъ воли и имѣетъ возможность исключительнаго воздѣйствія на вещь<sup>1)</sup>. Изъ этого слѣдуетъ, что владѣніе вещью не теряется оттого, что владѣлецъ забылъ о ней или что владѣлецъ сошелъ съума<sup>2)</sup>. Съ другой стороны, не теряется владѣніе и въ томъ случаѣ, когда, напр., владѣлецъ дома и всей движимости въ немъ уѣзжаетъ изъ него на время; тутъ, говорятъ источники, *animo* или *solo animo retinetur possessio*<sup>3)</sup>. Всѣмъ тѣмъ выясняется то, что владѣніе теряется только тогда, когда владѣлецъ а) измѣняетъ свой *animus* на *animus non possidendi*, или на *animus alieno nomine possidendi*<sup>4)</sup>, и б) когда онъ теряетъ всякую возможность физическаго воздѣйствія на вещь<sup>5)</sup>. И то, и другое юристъ Павелъ выразилъ въ такомъ положеніи: *Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*<sup>6)</sup>, т. е. владѣніе теряется, когда для одного изъ условій владѣнія, *animus* или *corpus*, или для обоихъ наступитъ обратное<sup>7)</sup>.

*Animo et corpore* владѣніе теряется при отчужденіи владѣемой вещи въ формѣ передачи ее другому<sup>8)</sup>, а также при покинутіи вещи, *derelictio rei*.

*Solo corpore* владѣніе теряется при болѣе или менѣе продолжительномъ лишеніи господства надъ вещью, а не временномъ только нарушеніи. Такъ, а) владѣніе движимыми вещами теряемъ тогда, когда кто либо посторонній лишитъ насъ вещи, напр., украдетъ, отниметъ ее и т. д.<sup>9)</sup>. б) Когда вещь потеряется<sup>10)</sup>; но если владѣлецъ только запрячетъ ее въ своемъ ли помѣщеніи, или даже на чужой землѣ, и на время забудетъ мѣсто поклажи, то это не ведетъ къ потерѣ владѣнія<sup>11)</sup>, пока

<sup>1)</sup> *Randa* cit. p. 485.

<sup>2)</sup> L. 27 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> L. 3 § 7 D. 41, 2.

<sup>4)</sup> L. 3 § 6 D. 41, 2.

<sup>5)</sup> L. 3 § 9; L. 44 § 2 D. 41, 2.

<sup>6)</sup> L. 8 D. 41, 2 и L. 153 D. 50, 17.

<sup>7)</sup> См. *Savigny* cit. § 30.

<sup>8)</sup> L. 3 § 9; L. 17 § 1 D. 41, 2.

<sup>9)</sup> L. 15 D. 41, 2.

<sup>10)</sup> L. 25 pr. D. 41, 2.

<sup>11)</sup> L. 3 § 13; L. 44 pr. D. 41, 2.

кто либо не овладѣетъ положенною вещью. Полной потерей вещи будетъ тотъ случай, когда владѣлецъ знаетъ, гдѣ ее искать, но не можетъ ее легко и тотчасъ достать, напр., кольцо упало въ рѣку<sup>1)</sup>. Специально надъ животными владѣніе теряется тѣмъ, что дикія уйдутъ отъ владѣльца<sup>2)</sup>, а ручныя и прирученныя потеряютъ привычку возвращаться (*animus revertendi*)<sup>3)</sup>. в) Надъ недвижимыми владѣніе теряется тогда, когда кто либо вытѣсняетъ владѣльца, или въ его отсутствіе произойдетъ занятіе (*occipatio*)<sup>4)</sup>. Но въ послѣднемъ случаѣ владѣніе теряется только съ того момента, когда владѣлецъ узнаетъ о фактѣ его лишенія<sup>5)</sup> и не будетъ въ состояніи тотчасъ же изгнать нарушителя<sup>6)</sup>. Ведетъ къ потерѣ владѣнія землею и всякая другая невозможность вступить на нее, напр., при постоянномъ наводненіи<sup>7)</sup>.

*Solo animo* теряется владѣніе, когда владѣлецъ положительно выражаетъ намѣреніе не владѣть<sup>8)</sup>. Такъ, потерять владѣніе можетъ только волеспособное лицо<sup>9)</sup>. По римскимъ источникамъ, *solo animo* теряется владѣніе землею, когда владѣлецъ весьма долго не показывается на ней, запускаетъ ее и не заботится о ней<sup>10)</sup>.

*Потеря владѣнія чрезъ представителя.*—Пока владѣлецъ не оставляетъ *animus possidendi* и представитель отправляетъ его именемъ *corpus*, то владѣніе сохраняется по принадлежности<sup>11)</sup>. Владѣніе не теряется въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ будетъ лишенъ *corpus*, но за него будутъ отправлять господство другіе<sup>12)</sup>. Но какъ только представитель лишается противъ своей воли (*vi* или *clam*) обладанія вещью, то принципаль лишается владѣнія<sup>13)</sup>, хотя бы онъ и не зналъ о такомъ происшествіи.

<sup>1)</sup> L. 13 pr. D. 41, 2.

<sup>2)</sup> L. 3 § 14 D. 41, 2; L. 3 § 2; L. 5 pr. D. 41, 1; § 12 J. 2, 1.

<sup>3)</sup> L. 3 §§ 13, 15, 16 D. 41, 2; L. 5 § 5 D. 41, 1; § 15 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 11 C. 8, 4.

<sup>5)</sup> L. 3 §§ 7, 8; L. 44; L. 46 D. 41, 2. См. *Vangerow Pand.* 1 § 207 Anm. 1.

<sup>6)</sup> Ср. *Книер. Vacua possessio* 1886 § 75.

<sup>7)</sup> L. 3 § 17; L. 30 § 3 D. 41, 2.

<sup>8)</sup> L. 3 § 6; L. 18 § 1 D. 41, 2.

<sup>9)</sup> L. 27; L. 29 D. 41, 2.

<sup>10)</sup> L. 37 § 1 D. 41, 3; *Sueton. Vesp.* 8; L. 4 C. 11, 30; L. 8 C. 11, 59. См. *Книер. Vacua possessio* §§ 73—77.

<sup>11)</sup> L. 9 D. 41, 2.

<sup>12)</sup> *Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit... per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.* L. 1 § 45 D. 43, 16.

<sup>13)</sup> L. 44 § 2 D. 41, 2; L. 1 § 22 D. 43, 16.

Вопросъ этотъ рѣшается въ источникахъ различно (см. L. 40 § 1; L. 25 § 1; L. 31 D. 41, 2, а съ другой стороны—L. 31 D. 4, 3; L. 3 § 8 D. 41, 2), поэтому и въ наукѣ разногласіе. Мы держимся мнѣнія, высказаннаго между прочимъ Виндшейдомъ (Pand. § 157); другіе ученые (напр., *Kierulff. Civilr. r.* 397) допускаютъ потерю владѣнія съ потерей *corpus* представителемъ, когда вмѣстѣ съ тѣмъ представляемому закрывается возможность воздѣйствія на вещь. Последняя оговорка излишняя, такъ какъ при наличности двухъ элементовъ владѣніе всегда будетъ на лицо.

Но смерть, сумасшествіе представителя<sup>1)</sup> или простое оставленіе имъ вещи<sup>2)</sup> не ведетъ за собою прекращеніе владѣнія для принципала; въ этихъ случаяхъ владѣлецъ не теряетъ возможности господствовать надъ вещью.—Если представитель пожелаетъ самъ завладѣть вещью или предоставить владѣніе его третьему лицу, то такое намѣреніе должно выразиться въ признакахъ, не оставляющихъ сомнѣнія, что принципаль потерялъ возможность господствовать надъ вещью<sup>3)</sup>, напр., представитель тайно ее убралъ, передалъ *detentio* третьему лицу и т. п. Для потери владѣнія недвижимымъ требовалось еще, чтобы принципаль узналъ о такомъ дѣяніи представителя.

Последній вопросъ въ наукѣ споренъ. См. толкованіе L. 12 C. 7, 32 у *Vangerow* Pand. 1 § 209 Anm.

Кромѣ сказаннаго, всякое владѣніе прекращается смертью владѣльца. Владѣніе не переходитъ къ наслѣдникамъ; эти послѣдніе приобрѣтаютъ его путемъ новой *apprehensio*<sup>4)</sup>. Владѣніе есть фактъ; физическое господство подчинено матеріальнымъ условіямъ, которыхъ законъ не можетъ приписать лицамъ, не находящимся въ этихъ условіяхъ<sup>5)</sup>. Равнымъ образомъ, и *capitis diminutio maxima* ведетъ за собой прекращеніе владѣнія, такъ какъ рабъ не можетъ владѣть. Взятый въ плѣнъ и возвратившійся не получаетъ владѣнія обратно, ибо владѣніе—фактъ. Затѣмъ, понятно, владѣніе теряется съ уничтоженіемъ его объекта<sup>6)</sup>, или когда владѣемая вещь становится *res extra commercium*<sup>7)</sup>.

1) L. 25 § 1; L. 4 § 1 D. 41, 2.

2) L. 3 § 8; L. 44 § 2 D. 41, 2; L. 31 D. 4, 3; L. 12 C. 7, 32.

3) L. 3 § 18 D. 41, 2.

4) L. 30 pr. D. 41, 2: Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. L. 30 § 5 D. eod.

5) См. *Cosak. Der Besitz des Erben. 1877.*

6) L. 30 § 1 D. 41, 2.

7) L. 30 § 4 D. 41, 2.

Владѣніе правомъ. <sup>1)</sup>

Подъ владѣніемъ правомъ, *quasi juris possessio*, разумѣется фактическая возможность отправленія содержанія определеннаго права. Какъ сказано выше, владѣніе правомъ выработалось въ Римѣ не вдругъ <sup>2)</sup>, и полная разработка его принадлежитъ уже средневѣковой и современной юриспруденціи. По общему началу, римское право знало только такое фактическое господство надъ вещью, которое соотвѣтствовало по содержанію праву собственности <sup>3)</sup>; затѣмъ постепенно признали возможнымъ и справедливымъ распространить защиту и на такое фактическое господство надъ вещью, которое имѣло иное содержаніе, чѣмъ право собственности. Во второмъ вѣкѣ послѣ Р. Х. появляется въ римской юриспруденціи понятіе владѣнія правомъ (*possessio juris* <sup>4)</sup>, *jus possidere* <sup>5)</sup>, *juris quasi possessio* <sup>6)</sup> рядомъ съ владѣніемъ вещью (*corporeis possessio* <sup>7)</sup>).

По объекту, владѣніе правомъ въ Римѣ ограничивалось главнымъ образомъ сервитутами <sup>8)</sup>. На другія *jura in re* его не распространили. Къ обязательственнымъ же правамъ примѣнить его было немислимо въ силу того, что отправленіе ихъ въ большинствѣ случаевъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ погашеніе. Но права личности могутъ быть объектомъ владѣнія; въ источникахъ нерѣдко говорятъ о *possessio ingenuitatis, libertatis, libertinatis, servitutis* <sup>9)</sup>, т. е. о фактическомъ состояніи свободы, несвободы.

Въ наукѣ крайнее разногласіе въ пониманіи *possessio libertatis*; многіе отвергаютъ тутъ владѣніе правомъ. См. *Bruno. Besitz* p. 484 и слѣд.

Приобрѣтается владѣніе правомъ при наличности тѣхъ двухъ условій, которыя были указаны для приобрѣтенія владѣнія вещью.

*Corpus.* — Требуется дѣйствительное отправленіе существен-

<sup>1)</sup> См. *Rossert. Das Wesen des Servitutenbesitzes* 1883.

<sup>2)</sup> *Dernburg. Pand.* I p. 432.

<sup>3)</sup> L. 1 § 8 D. 43, 3; L. 4 § 27 D. 41, 3; L. 32 § 1 D. 8, 2, ср. L. 3 § 2 D. 19, 1.

<sup>4)</sup> L. 2 § 3 D. 43, 26.

<sup>5)</sup> L. 7 D. 43, 19; L. 2 D. 8, 4.

<sup>6)</sup> L. 23 § 2 D. 4, 6; L. 10 pr. D. 8, 5; L. 3 § 17 D. 43, 16; Gajus 4, 139.

<sup>7)</sup> L. 2 § 3 D. 43, 26.

<sup>8)</sup> Справ. *Randa* cit. § 24; *Pothier. Traité de la possession*, n° 38.

<sup>9)</sup> L. 14 D. 22, 3; L. 1 pr.; L. 10, 28 D. 40, 12; L. 3 § 10 D. 41, 2.



наго содержанія того права, на которое имѣетъ быть пріобрѣтено владѣніе. Въ однихъ случаяхъ (напр., при узурфруктѣ) оно соединено съ *detentio rei*, въ другихъ оно состоитъ въ совершеніи соотвѣтствующихъ содержанію права дѣйствій.

*Ego autem puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse L. 20 D. 8, 1.*

Одной возможности отправленія права безъ дѣйствительнаго отправленія недостаточно. Отправленіе должно касаться самаго содержанія права. Всякія другія распоряженія правомъ (напр., его отчужденіе) не ведутъ къ пріобрѣтенію владѣнія имъ.

Нѣтъ необходимости, чтобы отправленіе повторялось нѣсколько разъ; одного акта осуществленія содержанія права достаточно для пріобрѣтенія владѣнія <sup>1)</sup>.

*Anímus.* — Для пріобрѣтенія владѣнія правомъ требуется, чтобы отправляющій его содержаніе дѣлалъ это для себя <sup>2)</sup>.

Добросовѣстность, *bona fides*, не требуется для пріобрѣтенія владѣнія правомъ, какъ не требуется она и для владѣнія вещью. *Bona fides* отмѣчаетъ собою только владѣніе добросовѣстное.

Благодаря неточному выраженію источниковъ (*L. 25 D. 8, 6: Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit.* См. также *L. 1 § 19 D. 43, 20*); послѣдній вопросъ въ наукѣ споренъ. Теперь большинство ученыхъ держится того взгляда, что *bona fides* для владѣнія правомъ не требуется (*Savigny cit. § 46; Puchta. Vorlesung. 1 p. 273; и др.*).

Пріобрѣтается владѣніе правомъ чрезъ представителя и опять при тѣхъ же условіяхъ, что были изложены при владѣніи вещью. И тутъ требуется соотвѣтствующая воля представляемаго и представителя, отправленіе права послѣднимъ для перваго, порученіе или послѣдующее согласіе представляемаго, безъ чего владѣніе правомъ пріобрѣтено имъ чрезъ представителя не можетъ быть <sup>3)</sup>.

*Защита владѣнія правомъ.* — Въ однихъ случаяхъ нарушеніе владѣнія правомъ будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и нарушеніемъ владѣнія вещью, почему и примѣняются тутъ начала о защитѣ владѣнія, выше изложенныя. Такъ, если владѣніе правомъ будетъ соединено съ detenціей вещи, какъ напр., фактическое отправленіе узурфрукта; или если владѣніе правомъ выразится въ какомъ либо распоряженіи вещью, какъ напр.,

<sup>1)</sup> *L. 20 D. 8, 1.* См. *Randa cit. p. 584 n. 5.*

<sup>2)</sup> *L. 7 D. 43, 19; L. 25 D. 8, 6 (suo jure).*

<sup>3)</sup> См. *L. 3 § 4 D. 43, 19.*

если на владѣемомъ нами домѣ будетъ сдѣлана пристройка, выдвинутая надъ участкомъ сосѣда, — то въ этихъ случаяхъ всякое нарушеніе будетъ касаться владѣнія самою вещью<sup>1)</sup>.

Въ другихъ случаяхъ владѣніе правомъ, какъ таковое, защищается особыми интердиктами. Таковы интердикты, защищающіе отправление права прохода, права пользованія водою, интердикты по очисткѣ клоаковъ<sup>2)</sup>.

*Прекращеніе владѣнія правомъ.* — Прежде всего прекращается владѣніе правомъ тѣмъ, что покидается воля на дальнѣйшее отправление права.

Затѣмъ, невозможность дальнѣйшаго отправления права. Одинъ перерывъ въ отпращиваніи не ведетъ къ прекращенію владѣнія<sup>3)</sup>.

Всякое другое рѣшительное оставленіе отправления права<sup>4)</sup>.

Прекращеніе права, напр., по наступленіи резолютивнаго условія, срока, не ведетъ само собою къ прекращенію владѣнія<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> См. L. 3 § 13—17; L. 9 § 1; L. 10 D. 43, 16; L. 60 пр. D. 7, 1; L. 27 D. 39, 5; L. 4 D. 43, 17; L. 3 § 5, 6 D. 43, 17; L. 8 § 5 D. 8, 5.

<sup>2)</sup> См. ниже въ отдѣлѣ о защитѣ сервитутовъ.

<sup>3)</sup> Ср. *Randa cit.* § 34 п. 1 и *Savigny cit.* p. 577, 586.

<sup>4)</sup> Ср. L. 37 § 1 D. 41, 3.

<sup>5)</sup> *Randa cit.* p. 644, 645.

## ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ.

---

*Источники:* Inst. 2, 1 de rerum divisione § 11—47; Dig. 41, 1 de acquirendo rerum dominio.

*Пособія:* Sell. Römische Lehre des Eigenthums. 1852 2 ed. Pellat. Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété etc. 1853 2 éd. Pagenstecher. Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Abth. 1, 2, 3. 1857... 59. Hastron. De la propriété en droit romain. 1866. Randa. Das Eigenthumsrecht. 1 Hälfte. 1884.

### Понятіе права собственности.

Подъ правомъ собственности (proprietas, rei dominium или dominium proprietatis<sup>1)</sup>), а въ древности еще mancipium) разумѣется полное и исключительное правовое господство лица надъ тѣлесною вещью<sup>2)</sup>.

Въ литературѣ крайнее разнообразіе въ опредѣленіяхъ права собственности, но при этомъ общій смыслъ ихъ одинъ и тотъ же. См. у Voecking. Pand. II § 134, п. 15, Windscheid. Pand. I § 167 п. 5 и Randa cit. p. 2 п. 3.

Собственность есть понятіе полноты права на вещь. Dominium est plena in re potestas<sup>3)</sup>. Она настолько обнимаетъ самую вещь, что какъ бы сливается съ нею. У римлянъ, какъ и у новѣйшихъ народовъ, право собственности выражается признакомъ принадлежности вещи опредѣленному лицу<sup>4)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Dominium id est proprietas (L. 13 pr. D. 41, 1).

<sup>2)</sup> Savigny. System I p. 367; Puchta Pand. § 144.

<sup>3)</sup> § 4 J. 2, 4.

<sup>4)</sup> § 1 in f. J. 4, 6.

Формула исковая гласила: *hunc fundum meum esse ajo* (см. L. 25 pr. D. 44, 7).

Эта полнота права имѣетъ два общихъ выраженія: положительное и отрицательное<sup>1)</sup>. Въ первомъ заключается признакъ абсолютности права, а во второмъ—его исключительности. Въ силу перваго, собственникъ можетъ распоряжаться вещью по своему усмотрѣнiю; въ силу втораго — устранять всякаго третьяго отъ какого либо пользованiя ею, помимо его воли<sup>2)</sup>. Последнее составляетъ необходимое послѣдствiе перваго; безъ исключительности немыслима абсолютность права<sup>3)</sup>. Но неограниченность права собственности не должна быть понимаема въ смыслѣ естественной неограниченной свободы функций. Въ правовой жизни собственность является всегда ограниченной, въ виду извѣстныхъ интересовъ, самимъ закономъ или опредѣленными правами постороннихъ лицъ, напр., правомъ пожизненнаго пользованiя; но это не будетъ такими ограниченiями, которыя лишали бы собственность характера полного неограниченнаго права на вещь. Что касается первыхъ ограниченiй, то они составляютъ лишь признаки созданныхъ правовымъ порядкомъ институтовъ. Право собственности существуетъ настолько, насколько его признаетъ правовой порядокъ; а при этомъ признанiи очерчивается и самое содержанiе права. Разъ же въ этомъ признанiи берется во вниманiе наличность извѣстныхъ интересовъ, обусловливающихъ такое, а не иное, содержанiе права собственности, то нельзя говорить о какой либо другой, болѣе полной собственности, которая будетъ стоять внѣ правового порядка, а слѣдовательно, не будетъ и правовымъ понятiемъ. Потому такъ наз. ограниченiя права собственности по закону будутъ лишь его признаки, обусловленные правовымъ порядкомъ<sup>4)</sup>. Не лишаютъ права собственности его признака полноты и отдѣльныя права постороннихъ лицъ на предметъ собственности, ибо существо собственности состоитъ не изъ суммы отдѣльныхъ проявленiй господства лица надъ вещью, а въ принадлежности вещи лицу, что выражается въ правовой *возможности* отправлять по вещи всякое господство, если тому въ данное время нѣтъ какого

<sup>1)</sup> *Windscheid. Pand. I p. 513; Arndts. Pand. § 125.*

<sup>2)</sup> L. 11 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> *Haslron cit. p. 79.*

<sup>4)</sup> *Freund. Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigentums im röm. Recht. 1883 p. 12—15.*

либо препятствія <sup>1)</sup>). Говоря о собственности, мы представляемъ себѣ не отдѣльныя стороны господства лица надъ вещью, а особое цѣльное правомочіе <sup>2)</sup>). Поэтому выдѣленіе одной изъ сторонъ господства надъ вещью въ пользу посторонняго лица (напр., установленіе ему сервитута) не будетъ выдѣленіемъ части права собственности, какъ бы обширно данное правомочіе ни было <sup>3)</sup>).

Paulus L. 25 pr. D. 50, 16: Recte dicimus, eum fundum *totum* nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non domini pars, sed servitutis est, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse...

Поэтому же и прежнее дѣленіе собственности на *dominium directum* и *utile* должно быть отвергнуто <sup>4)</sup>).

Подъ *dominium utile* уже глоссаторы разумѣли такое отношеніе къ вещи, которое защищалось *vindicatioe utili*. Сюда относятся прежде всего тѣ случаи, когда опредѣленные лица не могутъ по строгому праву быть собственниками вещи, но изъ основаній справедливости имъ предоставляется положительнымъ правомъ *vindicatio* по этой вещи, напр., женѣ, по прекращеніи брака на возвращеніе ей приданныхъ вещей, и т. п. Далѣе, къ *dominium utile* причислялись права эмфитевты, суперфициарія (см. *Landsberg. Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. 1883 p. 97, 98*). Названіе *dominium utile* для первой категоріи случаевъ можно еще объяснить тѣмъ, что тутъ мы имѣемъ дѣло съ отношеніями фактически вполне равной стоимости съ правомъ собственности. О второй же категоріи и этого уже нельзя сказать (см. ниже въ ученіи объ *Emphyteusis* и *Superficies*). Поводъ къ оспариваемому воззрѣнію подали нѣкоторые выраженія источниковъ, называющихъ эмфитевту *dominus* (напр., L. 12 C. 11, 61).

Итакъ, право собственности по общему своему понятію есть полнѣйшее, неограниченное господство лица надъ вещью. Поэтому дѣленіе собственности на *dominium limitatum* или *minus plenum*, и *dominium illimitatum* или *plenum*, слѣдуетъ понимать только со стороны ограниченій въ отправленіи той или другой функціи права правами другихъ лицъ (сервитуты и т. д.), сумма же функцій не опредѣляетъ самой сущности собственности.

Въ новое время нерѣдко высказываются противъ опредѣленія права собственности, какъ неограниченнаго господства надъ вещью (*Thon. Rechtsnorm*

<sup>1)</sup> *Vangerow. Pand. 1 § 295 п. 1.*

<sup>2)</sup> *Randa cit. p. 6.*

<sup>3)</sup> См. ниже въ ученіи о сервитутномъ правѣ.

<sup>4)</sup> Но см. еще *Brinz. Zum Rechte d. bonae fidei possessio 1875 § 1* и слѣд.

и. subject. Recht p. 288 и слѣд.; многіе экономисты, какъ напр., *A. Wagner* и *E. Nasse*. У насъ это раньше высказывалъ *Мейеръ*. Граждан. право, стр. 248, 249). Замѣчаютъ, что въ дѣйствительности собственность представляется болѣе или менѣе ограниченной объективнымъ правомъ, а слѣдовательно, не точно опредѣленіе ея, какъ полнаго правового господства надъ вещью. Въ этомъ нельзя не видѣть, вмѣстѣ съ проф. *Пахманомъ* (О современномъ движеніи въ наукѣ права. Сиб. 1882, стр. 57, прим. 1) одного лишь надоразумѣнія. Признакъ неограниченности относится лишь къ произволу третьихъ лицъ и никогда не понимался въ томъ смыслѣ, что собственность не могла быть ограничена по закону. Обобщая возраженія противъ неограниченности права собственности, слѣдовало бы отвергать и самое понятіе свободы, понимаемой при правовомъ порядкѣ такъ: *libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur* L. 4 pr. D. 1, 5.

Прежде чѣмъ приступить къ догматическому изложенію ученія о правѣ собственности, необходимо остановиться на историческихъ ея формахъ, которыя хотя и не встрѣчаются уже болѣе въ законодательствѣ Юстиніана, но правильное пониманіе которыхъ считается на столько важнымъ для надлежащей постановки всего ученія объ этомъ институтѣ, что во всѣхъ догматическихъ курсахъ римскаго права находимъ болѣе или менѣе подробное изложеніе этого вопроса<sup>1)</sup>. Итакъ

### Историческія формы римской собственности<sup>2)</sup>.

По свидѣтельству Гая, въ Римѣ первоначально былъ только одинъ видъ собственности, *dominium ex jure Quiritium*. Предположенія ея были слѣдующія: а) Только римскій гражданинъ могъ быть субъектомъ такой собственности. Чужестранцы, переррины, не могли имѣть квинритской собственности<sup>3)</sup>. б) Не всѣ предметы могли быть объектами собственности. Такъ, провинціальныя земли, *praedia provincialia*, не могли состоять на правѣ частной собственности<sup>4)</sup>. в) Устанавливалась эта собственность только по одному изъ признанныхъ *jure civili* способовъ, *acquisitiones civiles*<sup>5)</sup>, а именно: *in jure cessio*, *mancipatio* и *usucapio*. г) Защищалась она исками, установленными

<sup>1)</sup> *Vangerow*. Pandect. I § 295 Anm. 2.

<sup>2)</sup> *Giraud*. Droit de propriété chez les Romains. 1838.— *Ribéreau*. Théorie de l'in bonis habere. 1867.

<sup>3)</sup> Ср. *Ulpian*. 19, 4.

<sup>4)</sup> *Gajus* 2, 7.

<sup>5)</sup> *Gajus* 2 § 22, 41; *Ulpian*. 19, 3.

jure civili, actionibus civilibus<sup>1)</sup>, въ особенности rei vindicatione.

Позднѣе было сдѣлано<sup>2)</sup> только одно отклоненіе отъ этихъ условій, а именно: т. наз. res nec mancipi могли быть приобрѣтаемы въ собственность по простой traditio, передачѣ<sup>3)</sup>.

Если совершенна будетъ сдѣлка на переносъ собственности вопреки одному изъ перечисленныхъ условій, то dominium Quiritarium остается за прежнимъ собственникомъ, и только въ случаяхъ отчужденія res mancipi по traditio приобрѣтатель получалъ добросовѣстное владѣніе, которое могло вести къ установленію собственности путемъ usucapio.

Со временемъ затруднительность въ примѣненіи формальныхъ способовъ приобрѣтенія собственности, затѣмъ также, быть можетъ, и большее развитіе оборота многочисленными провинціальными землями, а, наконецъ, развившіяся имущественныя сношенія съ перегринами, которымъ недоступна была квинритская собственность, — принудили преторовъ, этихъ проводниковъ общенародныхъ правовыхъ положеній, признать за лицомъ, приобрѣвшимъ res mancipi по одному изъ acquisitiones naturales, или купившимъ провинціальную землю, нѣчто въ родѣ собственности. Римскіе юристы описываютъ ее словами in bonis esse habere<sup>4)</sup>, откуда современная наука, опираясь на выраженіе Теофила<sup>5)</sup>, сдѣлала терминъ dominium bonitarium. Такъ появилось въ римскомъ правѣ duplex dominium<sup>6)</sup>: dominium quiritarium и dominium bonitarium.

Большинство современныхъ писателей считаютъ въ числѣ причинъ происхожденія бонитарной собственности потребность въ вещныхъ сдѣлкахъ съ перегринами, полагая, что этой формой была открыта иностранцамъ въ Римѣ возможность имѣть собственность; видятъ поэтому въ in bonis esse перегринскую собственность, выработанную на jus gentium (напр., *Vangerow. Pand. I § 295 п. 2*). По другіе ученые (напр., *Lübérus cit. p. 17 и слѣд.*) указываютъ, что источники прямо выставляютъ условіемъ для приобрѣтенія данной собственности право гражданства на обѣихъ сторонахъ (Ulpian. 1, 16), что главнѣйшая ея выгода состоитъ въ публиціановомъ искѣ, основанномъ на

<sup>1)</sup> L. 25 § 2 D. 44, 7.

<sup>2)</sup> Незавѣстнымъ lex отъ послѣдняго вѣка республики. *Schmidt. Paldekt. p. 46, 47.*

<sup>3)</sup> Gajus 2, 19; Ulpian. 19, 7.

<sup>4)</sup> Gajus 1, 54; 2, 40.

<sup>5)</sup> Ὁ δεσπότης βονιτάριος у Theoph. ad § 3. Inst. De libert. (1, 5).

<sup>6)</sup> Gajus I § 54.

фикции исполнившейся *usucapio*, института чисто римскаго; наконецъ, что Гай (2, 40) прямо признаетъ особую *dominium apud peregrinos*.

Бонитарную собственность не слѣдуетъ отождествлять съ добросовѣстнымъ владѣніемъ, *bonae fidei possessio*, какъ это дѣлаютъ многіе ученые (см., напр., *Pagenstecher cit. p. 108*, *Brinz. Pandekt. Abth. I p. 199* и особенно *Janke. Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers. 1862 p. 22—33; 131, 132; Brinz. Zum Rechte d. bonae fidei possessio вѣ Festgabe z. Jubiläum d. Arndts 1875 p. 73 — 138*). Они полагаютъ, что въ особомъ понятіи добросовѣстнаго владѣнія явилась необходимость лишь съ образованіемъ единой собственности. Но вопреки увѣреніямъ, напр., Циммерна (*Rhein. Museum III n. 19*), будто въ источникахъ нѣтъ выраженій для *in bonis esse*, указывающихъ на принадлежность вещи въ собственность, въ литературѣ было указано (см. *Vangerow. Pand. I § 295 Anm. 2*) на много мѣстъ, въ которыхъ для даннаго отношенія употребляются выраженія: *dominus, dominium* (Гай I § 54; *Cod. 7, 25; L. 26 § 6 D. 9, 4; L. 1 D. 37, 1; L. 7 § 1 D. 7, 1; L. 15 § 16, 17, 33 D. 39, 2* и особенно *Theophil.*), *meum, tuum, nostrum* (Гай I § 167; 241; *Ulpian. 22 § 8*); изъ чего слѣдуетъ, что римляне видѣли въ *in bonis esse* настоящую собственность.

При установленіи второго рода собственности преторъ не могъ лишить квинтискаго права того, кто былъ до того *dominus quiritarius*; онъ только защищалъ новаго собственника слѣдующими средствами. Если *res mancipi* была продана и передана по простой *traditio*, то противъ *rei vindicatio* продавца и его наслѣдниковъ купившій могъ защищаться *exceptio doli*; или, подобно какъ и противъ *rei vindicatio* тѣхъ лицъ, которыя позднѣе приобрѣли у продавца вещь формальнымъ способомъ, *dominus bonitarius* имѣлъ *exceptio rei venditae et traditae*<sup>1)</sup>. Наконецъ, въ случаѣ потери владѣнія, преторъ создалъ особый искъ, названный по имени введшаго его претора, *actio Publisciana in rem*, противъ всякаго *detentor*'а на выдачу вещи. Искъ этотъ былъ изъ числа *actiones fictitiae*. Онъ основывался на фикции исполнившейся давности владѣнія, если только *usucapio* началась<sup>2)</sup>. Изъ этой фикции слѣдуетъ, что данный искъ примѣнялся къ *domin. bonit.*, какъ къ добросовѣстному владѣнію.

Такая развитая система защиты данной собственности матеріально сводила права прежняго господина вещи почти къ ничему. И вотъ, уже классическіе юристы говорятъ о *quiritium jus Quiritium*<sup>3)</sup>, называя такъ право собственности прежняго хозяина вещи.

<sup>1)</sup> *Dig. de exceptio rei venditae et traditae 21, 3.*

<sup>2)</sup> *Gajus 4, 36; § 4 I. 4, 6; L. 7 § 6 D. 6, 2.*

<sup>3)</sup> *Gajus 1, 54 in fin.*



При вступленіи Юстиніана на престолъ положеніе вопроса было такое. *In jure cessio* уже со временъ Константина вышло изъ употребленія. *Mancipatio* хотя еще и примѣнялось, но, какъ сдѣлка чисто италійскаго происхожденія, была чужда правамъ восточной имперіи. *Fundus italicus* потерялъ уже давно свои преимущества передъ *fundus provincialis*<sup>1)</sup>, который въ восточной имперіи былъ единственной формой поземельной собственности<sup>2)</sup>. И вотъ, Юстиніанъ уничтожаетъ различіе между *res mancipi* и *res mancipi*, а вмѣстѣ съ тѣмъ, значить, отмѣняетъ и *manipatio*. Въ то же время онъ отмѣняетъ и *nudo jure Quiritium*<sup>3)</sup>. Такимъ образомъ изъ *duplex dominium* образуется *dominium simplex*, который прибрѣтался по *naturales acquisitiones* и по *usucapio* изъ числа *acquisit. civiles* и защищался *actione civili*, а именно *rei vindicatione*.

‘*Actio* же *Publiciana* съ исчезновеніемъ бонитарной собственности ограничивался защитой добросовѣстнаго владѣнія, какъ такового.

### Предположенія права собственности.

*Субъектъ* права собственности. По древнему римскому праву неспособными состоятъ субъектами права собственности признавались, кромѣ иностранцевъ, еще рабы и *filiifamilias*<sup>4)</sup>. Въ юстиніановомъ правѣ только рабы были устранены отъ собственности. Но кромѣ этого общаго изъятія, въ юстиніановомъ и позднѣйшемъ византійскомъ правѣ имѣются еще нѣкоторыя частныя изъятія. Такъ напр., іудеи и послѣдователи извѣстныхъ религіозныхъ сектъ не могли имѣть въ собственности христіанскихъ рабовъ<sup>5)</sup>, затѣмъ ограничены были въ правахъ собственности монахи<sup>6)</sup>, и т. д.

*Объектомъ* права собственности могутъ быть только тѣлесныя вещи, *res corporales*. Права, *res incorporeales*, не могутъ составлять предмета собственности; принадлежность ихъ выражаетъ связь съ извѣстнымъ субъектомъ, а не собственность

<sup>1)</sup> См. *Паделетти*. Учебникъ исторіи рим. права, гл. 60.

<sup>2)</sup> Ср. *L. un. pr. C. 7, 31*.

<sup>3)</sup> *L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo 7, 25*.

<sup>4)</sup> См. выше стр. 70, 79.

<sup>5)</sup> См. выше стр. 144.

<sup>6)</sup> *Nov. 5 cap. 5; Nov. 128 c. 38*.

его на нихъ. О собственности на права нельзя говорить и потому, что къ первой примѣняется совсѣмъ иныя начала, чѣмъ къ послѣднимъ<sup>1)</sup>.

Не только отдѣльныя тѣлесныя вещи, но и совокупности ихъ, *universitas rerum distantium*, могутъ быть объектами собственности, какъ напр., стадо<sup>2)</sup>.

Многіе писатели отвергаютъ право собственности на совокупности, напр., на стадо. Въ данномъ примѣрѣ предметомъ собственности они считаютъ отдѣльныя головы, составляющія стадо, а не это послѣднее, которое только на обыденномъ языкѣ обозначается самимъ предметомъ собственности. Но въ виду ясныхъ выраженій источниковъ, теперь большинство ученыхъ считаетъ это обыденное словоупотребленіе за юридическое (см. *Girtanner. Die Rechtsstellung der Sache u. der Eigenthumsbegriff* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* В. 3. Н. 1 р. 95 и слѣд.).

Право собственности на поземельные участки распространяется на воздушное пространство, надъ нимъ находящееся, и на нѣдра, подъ нимъ лежащія. Въ томъ и другомъ направленіи границы собственности опредѣляются практической потребностью собственника<sup>3)</sup>.

Общій признакъ права собственности, какъ абсолютнаго, исключительнаго господства лица надъ вещью, имѣетъ своимъ непосредственнымъ послѣдствіемъ то, что нѣсколькимъ лицамъ въ одно и то же время не можетъ принадлежать собственность на одну и ту же вещь каждому въ полномъ ея составѣ.

*Duorum ejusdem rei dominium in solidum esse nequit. L. 5 § 15 D. 13, 6.*

Вещь, которая принадлежитъ мнѣ, не можетъ быть собственностью другого. Поэтому пріобрѣтеніе у кого либо вещи будетъ въ то же время потерей для него права собственности на нее. Признаніе судьей права собственности за истцомъ есть въ то же время отказъ въ немъ для отвѣтчика<sup>4)</sup> и т. п. Другое дѣло, когда нѣсколько лицъ будутъ собственниками вещи *pro diviso*<sup>5)</sup> или *indiviso*<sup>6)</sup>, т. е. каждый въ части вещи, физически опредѣленной или идеальной. Въ этихъ случаяхъ собственность каждаго участника имѣетъ свой объектъ: а) Въ случаѣ право собственности каждаго имѣетъ своимъ предме-

<sup>1)</sup> См. *Windscheid. Pand. I § 168* и п. 1.

<sup>2)</sup> *L. 1 § 3 D. 6, 1.*

<sup>3)</sup> *Jhering* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* В. 6 р. 90—92.

<sup>4)</sup> *L. 30 § 1 med. D. 44, 2.*

<sup>5)</sup> *L. 25 § 1 D. 50, 16.*

<sup>6)</sup> *L. 5 D. 45, 8.*

томъ опредѣленную физически часть вещи, то не можетъ быть и рѣчи объ общности права<sup>1)</sup>. При раздѣленіи на реальныя части между послѣдними мыслима такая естественная или юридическая связь, въ силу которой всѣ онѣ въ совокупности представляются какъ бы однимъ цѣлымъ; но разъ части имѣютъ реальную самостоятельность, то со стороны правовыхъ отношеній между собственниками не можетъ быть никакой общности<sup>2)</sup>. б) Другое дѣло при собственности на идеальныя части. Къ послѣдней только и относится выраженіе

### Общая собственность, *condominium*<sup>3)</sup>.

*Condominium*—выраженіе не римское. Въ источникахъ для данныхъ случаевъ собственности употребляются выраженія: *communis*, *socius* и т. п. Подъ общей собственностью разумѣются тѣ случаи, когда вещь принадлежитъ въ собственность нѣсколькимъ лицамъ, но притомъ каждому на идеальную ея часть, *pars indivisa*.

Слѣдуетъ строго отличать отъ собственности юридического лица, ибо въ послѣднемъ случаѣ имѣется единый собственникъ (§ 6 I. 2, 1; L. 6 § 1 D. 1, 8).

Настоятельность такой собственности заключается въ тѣхъ юридическихъ актахъ, которыми нѣсколько лицъ становятся собственниками одной и той же вещи, но, конечно, въ части, напр., нѣсколько лицъ приобрѣли домъ, и т. п. Но чаще всего общая собственность устанавливается по поводу наслѣдованія. А. умираетъ и оставляетъ законными наслѣдниками трехъ сыновей. Всѣ они становятся общими собственниками имущества наслѣдодателя, но притомъ каждый въ размѣрѣ  $\frac{1}{3}$  части.

Общая собственность не составляетъ особаго какаго либо вида собственности<sup>4)</sup>. Юридическая ея конструкція такова. Каждому участнику въ ней принадлежитъ право собственности на всю вещь, но только въ размѣрѣ *его части*; иначе, въ каждой малѣйшей физической части вещи онъ имѣетъ право собственности на величину своей части ( $\frac{1}{2}$ ,  $\frac{1}{3}$ ,  $\frac{1}{4}$ ).

<sup>1)</sup> L. 25 § 1 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> *Randa*. Eigenthums. p. 210.

<sup>3)</sup> *Steinlechner*. Das Wesen der juris communio. Abth. I 1876 и Abth. II 1878.

<sup>4)</sup> Ср., напр., *Vangerow*. Pand. § 303 и § 304.

L. 5 § 15 D. 13, 6: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. — Въ новѣйшее время нѣкоторые писатели начинаютъ находить такую конструкцію неудовлетворительной и весь т. наз. condominium противнымъ общимъ началамъ права (см. *Girtanner* въ *Jahrbüch. f. d. Dogmat.* 3 p. 261).

Такое идеальное дѣленіе собственности не есть дѣленіе самаго права (оно недѣлимо), но выражается въ дѣленіи между участниками экономического пользованія вещью, т. е. выгоды отъ нея<sup>1)</sup>.

Данная конструкція общей собственности ведетъ къ слѣдующимъ послѣдствіямъ въ отношеніяхъ отдѣльныхъ участниковъ къ общей вещи:

1) Отдѣльный участникъ не имѣетъ права предпринимать какихъ либо юридическихъ распоряженій по цѣлой вещи безъ согласія всѣхъ остальныхъ участниковъ, т. е. не можетъ, напр., ее продать, заложить, обременить сервитутами и т. п.<sup>2)</sup>. Но своею идеальною частью каждый участникъ можетъ распоряжаться свободно, т. е. продать, заложить и т. д.<sup>3)</sup>, лишь бы только устанавливаемые права не нарушали права участія другихъ собственниковъ<sup>4)</sup>.

2) Отдѣльный участникъ не имѣетъ права произвести какого либо физическаго воздѣйствія или измѣненія въ малѣйшей физической части вещи безъ согласія остальныхъ участниковъ, напр., не можетъ заложить для себя поля, занять въ общемъ домѣ себѣ комнату или измѣнить родъ пользованія<sup>5)</sup>. Каждая матеріальная часть вещи принадлежитъ каждому участнику въ размѣрѣ его доли; поэтому общее правило гласитъ: *in re communi potior est conditio prohibentis*<sup>6)</sup>. Исключеніе изъ этого правила составляетъ поправка вещи: коль скоро она необходима для поддержанія общаго имущества или должнаго имъ пользованія, то каждый участникъ можетъ произвести ее безъ согласія другихъ. Особенно широко проведено это исключеніе для исправленія общей стѣны, раздѣляющей два зданія<sup>7)</sup>.

3) Такое единогласіе въ распоряженіи вещью дѣлаетъ всѣ

<sup>1)</sup> L. 4 § 3; L. 6 pr. § 2 D. 10, 3; L. 38 § 1 D. 17, 2.

<sup>2)</sup> L. 2 C. 3, 37; L. 1, 4, 5 C. 4, 51; L. un. C. 8, 21; L. 68 pr. D. 17, 2; L. 2 D. 8, 1; L. 18 D. 8, 4.

<sup>3)</sup> L. 6 § 13 D. 10, 3; L. 1 C. 3, 37; L. 3 C. 4, 52; L. un. C. 8, 21.

<sup>4)</sup> L. 2 D. 8, 1.

<sup>5)</sup> L. 11 D. 8, 5; L. 8, 27 § 1 D. 8, 2.

<sup>6)</sup> L. 28 D. 10, 3.

<sup>7)</sup> L. 13 § 1; L. 19, 8, 2; L. 35—37 D. 39, 2.

отношенія въ *communio* чрезвычайно тягостными, подвергая отдѣльнаго участника произволу каждаго другого. Поэтому положительное право предоставляет каждому участнику во всякое время требовать раздѣла общности (*actioe communi dividundo*<sup>1)</sup>). Мало того, самый отказъ навсегда отъ права требовать раздѣлъ признанъ недѣйствительнымъ<sup>2)</sup>.

Обязательственныя правоотношенія, которыя могутъ вытекать изъ *communio* между участниками въ общей собственности, должны быть разсматриваемы въ обязательственномъ правѣ (срав. *Arndts. Pand.* § 133).

4) Признакъ общности выражается въ томъ, что отказъ одного изъ участниковъ отъ своей части ведетъ *de jure* къ присоединенію ея остальнымъ участникамъ<sup>3)</sup>.

### Приобрѣтеніе собственности.

Связь между лицомъ и вещью по праву собственности устанавливается обыкновенно безъ посредства какихъ либо третьихъ лицъ. Таково было и общее начало римскаго права. Но въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ собственность могла быть приобретена и черезъ представителей. Въ классической же юриспруденціи общимъ началомъ было: *per liberam vel extraneam personam proprietas acquiri non potest*<sup>4)</sup>. Начало это повторено еще въ Институціяхъ Юстиніана<sup>5)</sup>. Но такъ какъ приобретеніе владѣнія чрезъ представителей уже ко времени Юстиніана допускалось общимъ правиломъ, то легко было распространить представительство и на приобретеніе собственности, въ большинствѣ основанное на приобретеніи владѣнія<sup>6)</sup>.

Что касается условій, которыми можетъ быть сопровождаемо приобретеніе собственности, то собственность можетъ быть установлена подъ резолютивнымъ условіемъ<sup>7)</sup>, но не на опредѣленный срокъ, *dies ad quem*<sup>8)</sup>. Если будетъ указанъ такой срокъ, то *resolutio ex tunc* наступаетъ не *ipso jure*, а представляется перенесшему личное право требованія на обратный

<sup>1)</sup> L. 5 C. 3, 37; L. 8 pr. D. 10, 3.

<sup>2)</sup> L. 14 § 2 D. 10, 3.

<sup>3)</sup> Ulpian. Fragm. 1, 18; L. 8 C. 3, 38; § 4 I. 2, 7.

<sup>4)</sup> Gajus 2, 95.

<sup>5)</sup> § 5 J. 2, 9.

<sup>6)</sup> См. выше стр. 230.

<sup>7)</sup> Vatic. Fragm. § 283.

<sup>8)</sup> L. 41 D. 6, 1; Vatic. Fragm. §§ 14, 15.

переносъ собственности. Объясняется <sup>1)</sup> это изъ самой сущности права собственности, какъ самаго полнаго господства, обнимающаго всю вещь до самаго сліянiя понятiя принадлежности вещи съ самой вещью. Такому праву въ его понятiи будетъ противорѣчить все то, что способствуетъ увѣренности во временности, провизорности его; такую же увѣренность даетъ срокъ *ad quem*, тогда какъ резолютивное условіе, наоборотъ, не исключаетъ возможности предполагать постоянство даннаго права, а въ случаѣ выполненiя условiя, съ точки зрѣнiя правовой, собственности считается никогда и вовсе не установленной. На послѣднихъ случаяхъ основывается дѣленіе собственности на *dominium revocabile* и *irrevocabile*. При этомъ по общему правилу собственность будетъ *revocabile* только *ex nunc*, а не *ex tunc*, т. е. сохраняются всѣ распоряженiя прежняго собственника <sup>2)</sup>).

### Способы приобрѣтенiя собственности.

Подъ способами приобрѣтенiя собственности разумѣется фактъ или совокупность фактовъ, съ которыми положительное право связываетъ установленiе въ данномъ лицѣ (лицахъ) права собственности на вещь (вещи). Эти способы можно классифицировать по различнымъ признакамъ, общимъ для отдѣльныхъ ихъ классовъ. Такъ всего чаще въ гражданскомъ оборотѣ находятся вещи, уже принадлежащiя кому либо на правѣ собственности, почему приобрѣтенiе ихъ мыслимо только по преемственности, *successio*, отъ другого лица. Такой способъ приобрѣтенiя собственности по *successio* носитъ названіе производнаго способа, *acquisitio derivativa*, въ отличіе отъ способа безъ признака преемственности, когда право приобрѣтается независимо отъ собственности другого; это способъ первоначальный, *acquisitio originaria*. Затѣмъ, сама преемственность можетъ быть или *successio singularis*, или *successio universalis*, почему *acquisit. derivativae* могутъ быть или *acquisitiones singulares*, когда наступаетъ преемственность въ отдѣльныхъ вещахъ порознь, или *acquisitiones universales*, когда наступаетъ

<sup>1)</sup> См. *Girtanner*. Die Rechtsstellung d. Sache u. d. Eigenthumsbegriff etc. въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* B. 3 p. 90—95.

<sup>2)</sup> *Wächter*. Pand. 1 p. 321, 322.

преемственность въ имущественную личность другого лица. Преемственность можетъ быть вызвана доброй волей прежняго собственника или совершиться вопреки его волѣ, по судебному приговору, или по постановленію закона, напр., въ случаѣ пріобрѣтенія собственности по давности владѣнія. Съ другой стороны, преемственность можетъ наступить, какъ чрезъ посредство воли новаго собственника, такъ и помимо его воли, напр., при приращеніяхъ. Кромѣ того, для многихъ способовъ пріобрѣтенія собственности необходимымъ признакомъ является владѣніе; только черезъ владѣніе мыслимо пріобрѣтеніе собственности, напр., при *traditio*; при другихъ же способахъ владѣніе безразлично. Наконецъ, въ древнемъ римскомъ правѣ для многихъ случаевъ установленія собственности требовались строгія формальности *juris civilis*, для другихъ — этого не требовалось; отсюда дѣленіе на *acquisitiones civiles* и *naturales*.

Въ изложенномъ мы старались соединить признаки всевозможныхъ классификацій способовъ пріобрѣтенія собственности, какія только встрѣчаются въ учебникахъ (см. *Böcking. Pand.* II p. 55; *Pagenstecher cit.* II p. 1 — 57). Обыкновенно же въ литературѣ за основаніе дѣленія способовъ брали одинъ изъ перечисленныхъ признаковъ (см. *Randa cit.* p. 243 — 245). Но такъ какъ въ одномъ изъ извѣстныхъ признаковъ не укладывалось дѣленіе всѣхъ способовъ, то нѣкоторые ученые вовсе оставили какую либо классификацію и излагали способы пріобрѣтенія собственности безъ предварительнаго опредѣленія взаимнаго ихъ отношенія и послѣдовательности (см. *Brinz. Pand.* § 53); другіе же ученые стали классифицировать способы пріобрѣтенія собственности по нѣсколькимъ признакамъ (см., напр., *Windscheid. Pand.* § 170; *Wächter. Pand.* II § 130).

Отъ классической юриспруденціи дошло нѣсколько фрагментовъ, которые одно время брали въ основаніе дѣленія всѣхъ способовъ пріобрѣтенія собственности на *acquisitiones civiles* и *naturales* (см., напр., L. 1 pr.; L. 3 pr. L. 3 § 2; L. 14 pr.; L. 30 § 4 D. 41, 1); но при этомъ въ литературѣ сильно расходились въ установкѣ признаковъ и юридическихъ послѣдствій тѣхъ и другихъ способовъ (см. *Stern. Der Unterschied zwischen civilen u. naturalen Eigenthumserwerbsarten im klassischen römischen Rechte.* 1882). Несомнѣнно только, что по мѣрѣ того, какъ императорскія конституціи сглаживали цивильныя особенности *juris Romanorum*, вопросъ о происхожденіи способа пріобрѣтенія терялъ свое значеніе, ибо всякое пріобрѣтеніе собственности вело теперь къ однимъ и тѣмъ же послѣдствіямъ.

## А) Приобрѣтеніе права собственности по преемственности.

### 1) Преемственность согласно волѣ прежняго собственника.

Traditio, передача <sup>1)</sup>.

*Понятіе traditionis.* Какъ способъ приобрѣтенія собственности, *traditio* состоитъ въ переносѣ кому либо юридическаго владѣнія вещью съ намѣреніемъ установить этому другому на нее право собственности. По основному началу римскаго права, *dominia rerum non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur* <sup>2)</sup>, т. е. одно обязательственное соглашеніе, напр., купля-продажа, не могло переносить права собственности на вещь; оно устанавливало только личное право требованія на переносъ собственности. Для осуществленія же этого перехода требовалось, чтобы за даннымъ соглашеніемъ послѣдовала передача вещи во владѣніе приобрѣтателю, т. е. совершена была т. наз. *traditio*. Такое требованіе передачи объясняется стремленіемъ засвидѣтельствовать передъ всѣми видимымъ внѣшнимъ актомъ переходъ такого обширнаго реальнаго права, какъ право собственности.

Такъ обыкновенно объясняютъ эту особенность римскаго права передъ тѣми современными законодательствами, которыя признаютъ одно простое соглашеніе достаточнымъ для перехода права собственности (*Schmidt. Pandekten* p. 53).

Итакъ, приобрѣтеніе собственности по *traditio* происходитъ чрезъ посредство владѣнія.

Условія *traditionis*, какъ способа приобрѣтенія собственности.

А) *Субъективная.* *Tradens* долженъ быть собственникомъ вещи, ибо *nemo in alium plus juris transferre potest quam ipse habet* <sup>3)</sup>, нельзя переносить другому права, котораго самъ не имѣешь. Если *tradens* не будетъ собственникомъ, то *accipiens* получаетъ только владѣніе вещью, которую въ случаѣ добро-

<sup>1)</sup> *Scheurl. Sachenwerb durch Tradition* въ *Beitr. z. Bearb. d. röm. Rechts* I p. 190—232. *Leist. Mancipation u. Eigentumstradition* 1865. *Waxer. Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach gemeinem u. österreich. Recht.* 1867.

<sup>2)</sup> L. 20 C. 2, 3; L. 8 C. 4, 49.

<sup>3)</sup> L. 54 D. 50, 17; L. 20 pr. § 1 D. 41, 1.



совѣстнаго владѣнія прибрѣтаетъ въ собственность по давности, а не по передачѣ.

Но по исключенію и несобственникъ могъ переносить собственность по *traditio*, а именно: казна и государь могли отчуждать въ собственность чужія вещи<sup>1)</sup>; затѣмъ залогоприниматель могъ отчуждать заложенную вещь съ цѣлью получить удовлетвореніе по своему требованію<sup>2)</sup>; переносилъ собственность по *traditio* представитель собственника по порученію его или по послѣдующему его согласію<sup>3)</sup>, а также представитель по закону, напр., опекунъ.

Позднѣйшее прибрѣтеніе традентомъ собственности на перенесенную вещь само по себѣ не устанавливаетъ *assirientis* собственности; но послѣдній имѣетъ средства защищать свое владѣніе противъ традента и всякаго третьяго лица.

Средствами этими было прежде всего *exsertio doli* или болѣе тѣсно *ex rei venditæ et traditæ* противъ иска о собственности (L. 1 pr.; L. 2, 3 D. 21, 3; L. 72 D. 6, 1; L. 17 D. 21, 2; L. 4 § 32 D. 44, 4). Кроме того, *assiriens* могъ выступать и съ положительнымъ искомъ на защиту своего владѣнія (тутъ примѣнялись начала т. наз. *actio Publiciana*); возраженіе о собственности парализировалось *replicatione rei vend. et trad.* (L. 72 D. 6, 1; L. 2 D. 21, 3; L. 4 § 32 D. 44, 4).

Право такой защиты переходитъ къ преемникамъ *assirientis* и можетъ быть осуществлено противъ преемниковъ традента<sup>4)</sup>. Частное примѣненіе сказаннаго имѣемъ въ томъ случаѣ, когда дѣйствительный собственникъ вещи унаслѣдуетъ траденту<sup>5)</sup>.

*Tradens* долженъ быть не только собственникомъ вещи, но и способнымъ къ отчужденію ея<sup>6)</sup>.

Что касается *assirientis*, прибрѣтателя по *traditio*, то требуется прежде всего, чтобы это было опредѣленное лицо<sup>7)</sup>.

Многіе ученые (напр., *Pagenstecher. Eigenth.* 2 p. 198, 199) признаютъ *missilia* (*jactus missilium*) за *traditio personæ incertæ* (L. 9 § 7 D. 41, 1; § 46 J, 2, 1). Но правильнѣе видѣть тутъ актъ *derelictio*, за которымъ можетъ слѣдовать овладѣніе, *occupatio* (*Scheurl cit.* p. 206, 207).

<sup>1)</sup> Ult. J. 2, 6; L. 2, 3 C. 7, 37.

<sup>2)</sup> § 1 J. 2, 8; L. 46 D. 41, 1.

<sup>3)</sup> L. 9 § 4 D. 41, 1; § 42, 43 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 72 D. 6, 1; L. 2 D. 21, 3.

<sup>5)</sup> L. 73 D. 21, 2; L. 1 § 1 D. 21, 3; L. 14 C. 3, 32; L. 14 C. 8, 45.

<sup>6)</sup> L. 26 D. 18, 1; § 2 J. 2, 8.

<sup>7)</sup> L. 13 D. 39, 5; L. 43 § 1 D. 47, 2.

Затѣмъ въ лицѣ ассир. требуется, чтобы онъ имѣлъ имущественную правоспособность.

Иногда законъ запрещаетъ отчужденіе между опредѣленными лицами въ силу извѣстныхъ личныхъ ихъ отношеній, какъ, напр., *donatio inter virum et uxorem*.

Б) *Объективныя условія*. Предметъ *traditionis* не долженъ быть изъ числа вещей, отчужденіе которыхъ запрещено <sup>1)</sup>, какъ напр., *fundus dotalis*, *peculium adventitium*, *res litigiosa*. Сюда же относятся запрещенія служащимъ въ провинціи приобрѣтать въ собственность недвижимости <sup>2)</sup>.

В) Должна быть произведена дѣйствительная передача юридическаго владѣнія <sup>3)</sup>, т. е. при наличности всѣхъ необходимыхъ признаковъ такой передачи. Поэтому требуется, чтобы *tradens* еще владѣлъ вещью. Если онъ потерялъ владѣніе, напр., вещь у него украдена, то онъ не можетъ совершать *traditio*, а только уступку притязаній и исковъ къ владѣльцу вещи <sup>4)</sup>, и лишь въ силу осуществленія этихъ уступленныхъ исковъ получается переходъ собственности на контрагента.

Передача владѣнія можетъ быть произведена представителю приобрѣтателя собственности <sup>5)</sup>. Иногда представительство по закону предполагается въ лицѣ принимающаго владѣніе, какъ-то, если опекунъ покупаетъ на свое имя вещи деньгами опекаемаго, то передача владѣнія относится къ лицу послѣдняго <sup>6)</sup>, то же и по отношенію приобрѣтеній управителемъ на деньги солдата <sup>7)</sup>, супругомъ на деньги, подаренныя другимъ супругомъ <sup>8)</sup>.

Нѣкоторые ученые полагаютъ, что юридическія лица приобрѣтаютъ собственность безъ передачи владѣнія ихъ представителямъ. Но мнѣніе это, какъ не основанное на ясныхъ положительныхъ выраженіяхъ источниковъ, должно быть признано неосновательнымъ (*Wächter. Pand.* 2 p. 108 и п. 8).

Если вещь уже находилась въ юридическомъ владѣніи *accipientis*, то особаго акта передачи владѣнія не требовалось (случай т. наз. *brevi manu traditionis* <sup>9)</sup>).

<sup>1)</sup> Pr. J. 2, 8.

<sup>2)</sup> L. 62 pr. D. 18, 1.

<sup>3)</sup> L. 21 § 1 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> L. 13 C. 8, 28; L. 41, 46, 47 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 8 C. 7, 32

<sup>6)</sup> L. 2 D. 26, 9; L. 3 C. 5, 51.

<sup>7)</sup> L. 8 C. 3, 32; L. 2 C. 5, 16.

<sup>8)</sup> L. 55 D. 24, 1.

<sup>9)</sup> § 44 J. 2, 1; L. 9 § 5; L. 21 § 1 D. 41, 1, L. 56 D. 6, 1.

Г) *Traditio* переноситъ на *accipiens* только владѣніе. Передача есть простой фактъ и какъ таковой имѣетъ только фактическое значеніе. Для того, чтобы она вела за собою установленіе права собственности, требуется еще наличность *justus titulus, justa causa* (или просто *titulus, causa*) *traditionis*, т. е. такого правового основанія, по которому передача владѣнія вела бы за собой и установленіе собственности<sup>1)</sup>. Такое основаніе лежитъ въ намѣреніи *tradentis* перенести собственность на *accipiens*, *animus transferendi dominii*, и въ желаніи *accipientis* приобрѣсти собственность, *animus accipiendi dominii*. Это согласіе, *consensus*, обѣихъ сторонъ и будетъ *titulus traditionis*. Этотъ *titulus* выражается въ сдѣлкѣ, направленной на отчужденіе вещи въ собственность, а именно въ куплѣ-продажѣ, мѣнѣ, дареніи, займѣ, уплатѣ долга (*solutio*)<sup>2)</sup>. Сдѣлка эта обыкновенно предшествуетъ традиціи, *causa praecedens*, но можетъ и слѣдовать за ней<sup>3)</sup>.

Затѣмъ, *titulus traditionis* можетъ быть выраженъ *expresse*, можетъ и предполагаться. Если изъ обстоятельствъ передачи владѣнія можно заключить о состоявшемся согласіи волей на переходъ собственности, то признается наличность такого *titulus traditionis*, напр., посылка и принятіе подарка ко дню рожденія, подача нищему милостыни, и т. д. Въ силу естественнаго предположенія въ массѣ случаевъ передачи владѣнія о состоявшемся согласіи на переходъ и права собственности, и самый способъ разсматриваемаго приобрѣтенія получилъ названіе отъ этого видимаго необходимаго его признака, *traditio*<sup>4)</sup>.

Такое пониманіе *traditio* и *justa causa* во взаимномъ ихъ отношеніи многими учеными оспаривается. Такъ, думаютъ, что въ *traditio* выражается вся та сдѣлка, по которой переносится въ дѣйствительности право собственности, словами же *justa causa* выражается вся сумма тѣхъ субъективныхъ и объективныхъ условій, которыя послужили поводомъ къ данному акту переноса, какъ-то воля сторонъ, способность вещей къ переходу въ собственность, и т. п. (см. *Exner cit.* p. 10 и слѣд.; p. 50 и слѣд.; p. 317 и слѣд. Съ нимъ въ существенномъ согласенъ и *Hofmann. Die Lehre vom titulus u. modus accipiendi u. von der justa causa traditionis.* 1873 p. 80 и слѣд.). Но источники въ цѣломъ рядѣ выраженій (сведены у *Stempel. Ueber die justa*

<sup>1)</sup> L. 31 pr. D. 41, 1; § 40 I. 2, 1.

<sup>2)</sup> L. 55 D. 44, 7; L. 65 § 4 D. 36, 1.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 39, 5; L. 7 § 3 D. 23, 3; L. 2 pr. § 2—4 D. 12, 1. Dig. de cond. causa data 12, 4.

<sup>4)</sup> *Windscheid. Pand. I* p. 534.

*causa bei der Tradition*. 1856 р. 4 — 9) *tradere* противопоставляют *dare*, какъ переносъ владѣнія предоставленію права на вещь. Поэтому вѣрнѣе подѣ *traditio* разумѣть меньшее, а именно простой фактъ передачи, подѣ *justa* же *causa* обыкновенно — сдѣлку, сопровождающую эту передачу (*Scheurl cit.* р. 190, 191). Но не всегда необходима наличность именно сдѣлки для перехода права собственности по *traditio*, хотя въ прежнее время почти всѣ ученые были иного мнѣнія. Такъ, со временъ глоссаторовъ до половины настоящаго столѣтія, т. е. до Савиньи, подѣ *justus titulus traditionis* разумѣли ту сдѣлку, изъ которой слѣдовало заключить объ *animus transferendi* и *acquirendi domini*, и такимъ образомъ для каждаго перехода права собственности по традиціи требовали наличности сдѣлки; одного *consensus*, какъ бы ясно оно ни было выражено, считалось недостаточнымъ (см. *Landsberg. Die Glosse d. Accursius u. ihre Lehre v. Eigenthum* р. 106, 107).

Впрочемъ, все ученіе самихъ глоссаторовъ объ *causa trad.* было весьма неопредѣленно поставлено и мало развито. Со временъ Савиньи (*Oblig. 2 § 78*) господствующее воззрѣніе то, что подѣ *just. tit. trad.* разумѣется всякое внѣшнее происшествіе или фактъ, изъ котораго слѣдуетъ желаніе перенести право собственности съ одной стороны и желаніе прибрѣсти его — съ другой стороны.

При наличности *consensus* на переходъ собственности, послѣдній имѣетъ мѣсто и тогда, когда, напр., *animus* каждой изъ сторонъ основывается на различныхъ сдѣлкахъ. Такъ, если А. передаетъ Б. съ намѣреніемъ сдѣлать ему подарокъ, а Б. принимаетъ эту сумму за заемъ. Въ этомъ случаѣ не будутъ дѣйствительны ни дареніе, ни заемъ, такъ какъ требуемаго согласія по даннымъ сдѣлкамъ не состоялось; но тѣмъ не менѣе, собственность переходитъ на Б., такъ какъ согласіе на такой переходъ выражено несомнѣнно, имѣется и *animus domini transferendi* и *an. dom. acquirendi*.

По данному вопросу имѣются въ источникахъ два различныхъ рѣшенія, Юліана (L. 36 D, 41, 1) и Ульпіана (L. 18 pr. D. 12, 1). Первый выражаетъ начало, высказанное въ текстѣ; второй же полагаетъ, что если при *traditio* денегъ имѣлась въ виду одной стороной сдѣлка даренія, а другой заемъ, то деньги не поступали въ собственность принявшаго ихъ. Послѣ безконечныхъ попытокъ примирить эти два мѣста (изъ послѣднихъ см. *Pagenstecher cit.* 2 р. 218 и слѣд.; *Exner cit.* р. 76 и слѣд.), многіе ученые пришли къ заключенію, что мы имѣемъ дѣло съ дѣйствительнымъ разногласіемъ двухъ юристовъ (см. *Scheurl cit.* р. 191 и слѣд.; *Stempel cit.* р. 39); причемъ мнѣніе Юліана болѣе соотвѣтствуетъ теоретической конструкціи передачи, какъ способа прибрѣтенія собственности.

Поэтому же не будетъ перехода собственности, когда стороны ошибаются въ вещи, т. е. если произошла передача не

той вещи, которую имѣли въ виду стороны <sup>1)</sup>). Въ этомъ случаѣ *tradens* не желалъ отчуждать переданной вещи. То же будетъ и тогда, когда *tradens* заблуждался относительно лица *accipientis* <sup>2)</sup>). Здѣсь нѣтъ желанія отчуждить въ пользу *accipientis*. Не будетъ перехода собственности и въ томъ случаѣ, когда представитель *tradentis* передаетъ собственную вещь въ убѣжденіи, что она принадлежитъ принципалу <sup>3)</sup>). Во всѣхъ этихъ случаяхъ не будетъ въ наличности *consensus*, т. е. дѣйствительнаго титула передачи.

Поэтому же не всегда передача вещи при внѣшнемъ *justus titulus traditionis* переноситъ собственность на *accipiens*. Такъ, при куплѣ-продажѣ собственность на купленную вещь устанавливается покупателю только съ момента уплаты покупной цѣны <sup>4)</sup>). До этого же момента нельзя предполагать намѣренія продавца установить на переданную вещь право собственности покупателя.

## 2) Преемство помимо воли прежняго собственника.

### Судебный приговоръ, *adjudicatio*.

Приобрѣтеніе собственности непосредственно чрезъ судебный приговоръ бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: — *Adjudicatio* при т. наз. *judicia divisiaria*, приговоръ по раздѣлу общей вещи <sup>5)</sup>). Этимъ приговоромъ судья можетъ предоставить одной изъ сторонъ собственность въ общей вещи или спорной межѣ <sup>6)</sup>). Тутъ собственность приобрѣталась непосредственно по приговору <sup>7)</sup>). Эти случаи должно строго отличать отъ тѣхъ, когда приговоромъ только признается собственность въ результатѣ судебного о ней спора <sup>8)</sup>). Въ упомянутыхъ случаяхъ обѣ стороны должны быть собственниками данной вещи <sup>9)</sup>). — Когда на заложенную вещь не находится покупателя, то по *dominii im-*

<sup>1)</sup> L. 34 pr. D. 41, 2; L. 2 § 6 D. 41, 4.

<sup>2)</sup> L. 32 D. 12, 1.

<sup>3)</sup> L. 35 D. 41, 1 ср. L. 49 D. 17, 1. *Vangerow Pand.* 1 § 311 Anm. 3.

<sup>4)</sup> L. 19 D. 18, 1.

<sup>5)</sup> § 7 I. 4, 17; L. 6 § 3 D. 40, 7; L. 17 D. 41, 3.

<sup>6)</sup> § 4—6 I. 4, 17; L. 12 § 2; L. 16 § 1; L. 36; L. 44 § 1; L. 47 pr.; L. 55 D. 10, 2.

<sup>7)</sup> L. 45 D. 2, 14.

<sup>8)</sup> Ср. L. 8 § 4 D. 8, 5.

<sup>9)</sup> Arg. L. 17 D. 41, 3; L. 7 pr. D. 6, 2.

retratio, она могла быть приговорена въ собственность залогопринимателю<sup>1)</sup>.— Съ этими примѣрами имѣютъ много общаго тѣ случаи, когда собственность переносилась судебною властью чрезъ посредство владѣнія. Такъ, сюда относятся: — *Missio in possessionem ex secundo decreto*, когда собственникъ имущества, угрожающаго другому вредомъ, не даетъ *cautionem de damno infecto*<sup>2)</sup>.— Когда судья, во исполненіе своего приговора на переносъ собственности, отнимаетъ вещь у непослушнаго отвѣтчика и передаетъ ее истцу<sup>3)</sup>.

Сюда же относится и аукціонная продажа чужого имущества магистратами (*auctio, subhastatio, bonorum sectio, emptio sub corona*). Въ юстиніановомъ правѣ такая продажа магистратомъ вещей, доставшихся казнѣ, переносила собственность только *titulo universali*<sup>4)</sup>.

#### Законъ, lex.

Непосредственно по закону, безъ волеизъявленія собственника или рѣшенія судьи, собственность переходитъ на вещи, подлежащія пошлинѣ и не оплаченныя таковыми, къ лицу, имѣющему право на эту пошлину<sup>5)</sup>. Затѣмъ, принадлежащее къ брачному имуществу переходитъ къ дѣтямъ перваго брака въ случаѣ вторичнаго вступленія въ бракъ оставшагося родителя. Зданія, въ общей собственности находящіяся, переходятъ къ участнику, которому будетъ отказано остальными участниками пособіе въ поправкѣ. Покинутый участокъ, обложенный податью, переходитъ въ собственность обработывателя, буде собственникъ не окажется въ продолженіи 2 лѣтъ и не вознаградитъ сдѣланныхъ издержекъ<sup>6)</sup>. Наконецъ, нѣсколько случаевъ, когда устанавливается собственность на вещи собственнику денегъ, уплаченныхъ за нихъ другимъ лицомъ отъ своего имени (см. ниже).

<sup>1)</sup> L. 15 § 3 D. 42, 1; L. 3 C. 7, 53; L. 3 C. 8, 23; Cod. 8, 34 de jure domini impetrando.

<sup>2)</sup> L. 7 pr. L. 15 § 21, 23, 26, 27, 33 D. 39, 2.

<sup>3)</sup> Windscheid. Pand. 1 § 173.

<sup>4)</sup> L. 54 pr. D. 5, 3.

<sup>5)</sup> Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4; Cod. 4, 61.

<sup>6)</sup> L. 8 C. 11, 58.

Usucapio, давностное владѣніе <sup>1)</sup>.

Считать ли usucapio за первоначальный или производный способ приобрѣтенія—въ наукѣ разногласіе. За первое большинство ученыхъ, за второе, напр., *Brinz* (Pand. Bd. I p. 245, 563, 595).

Подъ usucapio разумѣется такой способъ приобрѣтенія собственности, который основывается на владѣніи чужою вещью въ продолженіе извѣстнаго срока, *justo titulo* и *bona fide*. *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* <sup>2)</sup>.

Въ различныя времена давностное владѣніе имѣло различныя предположенія.

Давностное владѣніе знали уже XII таблицъ подъ именемъ *usus et auctoritas* <sup>3)</sup>, каковыми словами обозначалось, что *jus civile* защищаетъ фактъ владѣнія и пользованія вещью (*usus* <sup>4)</sup>), по истеченіи опредѣленнаго времени, своимъ правовымъ признаніемъ (*auctoritas* <sup>5)</sup>). Позднѣе вошло въ употребленіе другое слово, *usucapio* (*usucapio*). Приобрѣтательная давность древняго *jus civile* вела къ установленію права квинитской собственности на чужую вещь чрезъ владѣніе *justo titulo et bona fide* въ продолженіе двухъ лѣтъ для *fundus italicus* (также для *aedes*) и одного года для движимыхъ предметовъ <sup>6)</sup>: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*. Институтъ этотъ былъ весьма ограниченный въ своихъ условіяхъ. Такъ, только предметы, способные состоять въ квинитской собственности, могли подлежать переходу по давности въ собственность. Не могли быть объектами давности, напр., *fundi provinciales* <sup>7)</sup>, изъ которыхъ позднѣе главнымъ образомъ состояла поземельная собственность. Не могли приобрѣтаться по *usucapio* перегрины, какъ неспособные имѣть квинитской собственности <sup>8)</sup>: *adversus hostes*

<sup>1)</sup> *Inst. de usucapionibus et longi temporis possessionibus* 2, 6; *Dig. de usurpationibus et usucapionibus* 41, 3; *Cod. de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum* 7, 38.—*Unterholzner. Ausführliche Entwicklung. d. gesammten Verjährungslehre* 2 B. ed. 2 1858. *Schirmer. Die Grundidee der Usucapion im römischen Recht* 1855; *Scheurl. Zur Usucapionslehre* въ *Beiträge zur Bearbeitung d. Röm. Rechts* B. 2 H. 1 p. 29—86.

<sup>2)</sup> *L. 3 D. 41, 3.*

<sup>3)</sup> *Cic. Topica* 4; *pro Caecina* 19.

<sup>4)</sup> *Ср. L. 115 D. 50, 16.*

<sup>5)</sup> *Ср. Cic. de off. 1, 12.*

<sup>6)</sup> *Gaj. 2 § 42, 43.*

<sup>7)</sup> *L. un. pr. in medio C. 7, 31.*

<sup>8)</sup> *Ср. Puchta. Adversus hostem aeterna auctoritas* въ *ergo Kleine civilistische Schriften* p. 24—71.

aeterna auctoritas esto <sup>1)</sup>). Съ расширеніемъ коммерческаго оборота съ перебринами и постояннымъ увеличеніемъ числа провинцій почувствовалась настоятельная необходимость создать особую форму давности внѣ области примѣненія *usucapionis*. И вотъ появляется въ преторскомъ правѣ т. наз. *longi temporis praescriptio* или *possessio*. Примѣнялась эта давность безъ различія ко всѣмъ движимымъ <sup>2)</sup> и недвижимымъ предметамъ и между всѣми свободными жителями римскаго государства; но первоначально она не имѣла послѣдствіемъ превращать владѣніе въ собственность, а только предоставляла владѣльцу *per longum tempus* противъ *rei vindicatio* собственника *exceptio* или *praescriptio longi temporis* или *longae possessionis* <sup>3)</sup>. Такимъ образомъ, въ случаѣ потери владѣнія третьему лицу собственникъ немедленно могъ осуществить свое *rei vindicatio*, а бывшій владѣлецъ не имѣлъ никакихъ средствъ возвратитъ себѣ владѣніе. Позднѣе императорскія конституціи дали этой давности значеніе пріобрѣтательной давности. Условіемъ ея было владѣніе, какъ движимою, такъ и недвижимою вещью *bona fide* и *justo titulo* въ продолженіе 10 лѣтъ *inter praesentes* или 20-ти *inter absentes* <sup>4)</sup>. Давность эта вела къ установленію *dominium bonitarium* и предоставляла владѣльцу *rei vindicatio utilis* противъ всякаго третьяго лица <sup>5)</sup>.—Рядомъ съ этими двумя видами давностнаго владѣнія въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ извѣстно было еще т. наз. *longissimi temporis praescriptio* для тѣхъ случаевъ, когда по самому свойству предмета нельзя было примѣнить двухъ предыдущихъ видовъ давности, напр., предметомъ владѣнія была *res furtiva*, или когда владѣлецъ не могъ привести *justum titulum* своего владѣнія. Въ этихъ случаяхъ чрезъ 30 лѣтъ (для нѣкоторыхъ предметовъ 40 лѣтъ) владѣнія противъ *rei vindicatio* собственника представлялось *exceptio temporis* <sup>6)</sup>. Значитъ и эта давность первоначально была исковою погасительной давностью.

Въ это ученіе о давностномъ владѣніи были внесены Юстиніаномъ существенныя измѣненія.

Съ распространеніемъ правъ римскаго гражданства (осо-

<sup>1)</sup> Cic. de off. 1, 12.

<sup>2)</sup> L. 9 D. 44, 3.

<sup>3)</sup> L. 12 D. 44, 3.

<sup>4)</sup> Paulus 5, 2 § 3.

<sup>5)</sup> L. 8 pr. i. f. C. 7, 39.

<sup>6)</sup> L. 3, 4 C. 7, 39.



бенно по закону Каракаллы), съ административнымъ раздѣленіемъ римской имперіи при Константинѣ, съ уничтоженіемъ при Юстиніанѣ *libertas latina* и *dediticia*, различія *res mancipi* и *res mancipi* и, наконецъ, различія *dominium Quiritarium* и *dominium bonitarium*,—было бы анахронизмомъ дальше удерживать различіе между древней *usucapio* и *longi temporis praescriptio*. И вотъ, въ конституціи *de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et res mancipi*, <sup>1)</sup> Юстиніанъ слилъ подъ общимъ названіемъ *usucapio* древнее *usucapio* и *longi temporis praescriptio* преторскаго права, установивъ общія для нихъ предположенія. Что же касается *longissimi temporis praescriptio*, то ей приданъ былъ Юстиніаномъ характеръ пріобрѣтательной, но чрезвычайной, давности <sup>2)</sup>. Такимъ образомъ, съ Юстиніана мы должны различать: 1) обыкновенную пріобрѣтательную давность владѣнія (*usucapio*) и 2) чрезвычайную пріобрѣтательную давность владѣнія (*praescriptio longissimi temporis*).

#### 1. Обыкновенная давность, *usucapio (ordinaria)*.

Общія условія этой давности были слѣдующія:—Требовалось, чтобы вещь, ей подлежащая, не была изъята особымъ законоположеніемъ отъ дѣйствія давности, т. е., чтобы она была изъ числа т. наз. *res habiles*; чтобы на эту вещь установлено было юридическое владѣніе, *possessio*; чтобы это владѣніе основывалось не только на *justus titulus*, но сопровождалось еще *bona fides*; чтобы такое владѣніе непрерывно продолжалось закономъ указанный для давности срокъ, *tempus*.

Все эти условія въ средніе вѣка свели въ одинъ памятный стихъ: *Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*.

*Possessio*. Первымъ условіемъ *usucapionis* есть установленіе юридическаго владѣнія надъ вещью <sup>3)</sup>, и притомъ съ намѣреніемъ пріобрѣсти на нее право собственности <sup>4)</sup>. При такъ наз. производномъ владѣніи залогопринимателя и прекариста настоящимъ владѣльцемъ *ad usucapionem* остается передавшій вещь залогодатель и *precario dans* <sup>5)</sup>; принявшій же ее рассматривается владѣльцемъ со стороны осуществленія интердиктовъ.

<sup>1)</sup> Cod. 7, 31; пр. I. 2, 6.

<sup>2)</sup> L. 8 пр. § 1 D. 7, 39.

<sup>3)</sup> L. 25 D. 41, 3.

<sup>4)</sup> Ср. L. 13 пр. D. 41, 3.

<sup>5)</sup> L. 16 D. 41, 3; L. 1 § 15; L. 36 D. 41, 2; L. 15 § 4 D. 43, 26.

Изъ двухъ мѣстъ источниковъ, а именно L. 14 § 3 D. 44, 3 и L. 13 § 7 D. 41, 2, можно было бы заключить, что настоящими владѣльцами будутъ залогоприниматель и прекаристъ, которыхъ владѣніе только зачитывается въ давностный срокъ залогодателю и *precario dans*. Но эти мѣста не относятся къ *usucario*, а къ *interd. utrubi* въ до-юстиніановой его формѣ, и вошли въ сводъ по недосмотру (см. *Arndts. Pand.* § 161 п. 2). — Но не всякое производное владѣніе имѣетъ указанное послѣдствіе; секвестръ служитъ препятствіемъ для *usucario* какой либо изъ сторонъ (L. 39 D. 41, 2).

Понятно, что юридическое владѣніе при *usucario* должно соединять въ себѣ всѣ общія условія такового владѣнія, напр., о субъективныхъ условіяхъ владѣльца, о способности вещи состоять въ юрид. владѣніи, и т. д.

*Res habilis*, т. е. вещь должна быть изъ числа такихъ, которыя могли быть приобрѣтаемы въ собственность по давности. По общему правилу таковыми были всѣ вещи, способныя состоять на правѣ собственности. Только по исключенію изъяты были изъ дѣйствія давностнаго владѣнія нѣкоторые разряды вещей, а именно по двумъ основаніямъ: а) въ силу особой привилегіи собственника, вещи, ему принадлежащія, не могли быть узаконены: это, такъ сказать, *vitia ex persona*; и б) въ силу признаковъ самихъ вещей, *vitia ex re*, онѣ не могли подлежать давности, были *res vitiosæ*.

А) По *vitia ex persona* неспособны подлежать дѣйствию *usucarionis* слѣдующіе разряды вещей: — 1) *Res dominicæ*, <sup>1)</sup> вещи государя; 2) *res fiscales* <sup>2)</sup>, вещи казны, какъ юридическаго лица (*rescunia populi, patrimonium fisci*), а не *respublicæ*, которыя сами по себѣ были изъ числа *res extra commercium*; 3) *res civitatum* <sup>3)</sup>, вещи городскихъ общинъ, но не такія, какъ театры и т. д., т. е. вообще изъяты изъ оборота; 4) недвижимости церквей и благотворительныхъ учрежденій <sup>4)</sup>; 5) вещи отсутствующихъ на войнѣ <sup>5)</sup>, военнопленныхъ и лицъ моложе 25 лѣтъ, *impoges*. Относительно послѣднихъ до Юстиніана возможно было выполненіе *usucarionis* <sup>6)</sup>, противъ которой они

<sup>1)</sup> Tit. Cod. de rei dominicæ vindic. temp. praescript. submov. 7, 38; L. 6 C. 11, 61.

<sup>2)</sup> § 9 J. 2, 6; L. 18; L. 24 § 1 D. 41, 3.

<sup>3)</sup> L. 9 D. 41, 3 ср. L. 15 § 27 D. 34, 2; Paul. Sent. Reccept. 5, 2 § 4. *Vangerow. Pand.* 1 § 317 п. А. 4.

<sup>4)</sup> Nov. 111, 1; Nov. 131, 6.

<sup>5)</sup> L. 4 C. 7, 35.

<sup>6)</sup> L. 2 D. 27, 5.

могли защищаться *in integrum restitutione* <sup>1)</sup>. Но Юстинианъ постановилъ <sup>2)</sup>, что по вопросу о давности владѣнія къ минорамъ прилагаются правила, установленныя для нихъ по вопросу о погасительной давности иска, а именно, что течение ея останавливается на все время несовершеннолѣтія <sup>3)</sup>.

Таково господствующее воззрѣніе по вопросу о давностномъ владѣніи вещами несовершеннолѣтнихъ (см., напр., *Unterholzner cit. I § 35; Pagenstecher cit. 2 p. 280 и слѣд.*). По мнѣнію же другихъ писателей (напр. *Vangerow. Pand. 1 § 317 п. А. 5*) и по Юстинианову праву возможно было выполнение давностнаго владѣнія по вещамъ несовершеннолѣтнихъ, но что только послѣдніе имѣли противъ убыточныхъ послѣдствій этой давности право просить *in integr. restitutio*. Третьи (напр., *Puchta. Lehrbuch § 158 п. f.*) примиряли эти два воззрѣнія, дѣлая различіе между движимыми и недвижимыми вещами.

Б) Въ силу *vitium rei inhærens* были изъяты изъ дѣйствія давностнаго владѣнія: 1) *Res furtivæ* <sup>4)</sup> (уже по XII таблицамъ, а 'позднѣе по *lex Atinia* около 200 г. до Р. X. <sup>5)</sup>), т. е. не только украденныя вещи, но также и добытыя грабежомъ. На эти вещи не допускалось выполнение давности не только самому *fur*, но и третьему лицу, которое приобретаетъ отъ послѣдняго вещи *justo titulo* и *bona fide* <sup>6)</sup>. Но плоды украденной вещи сами по себѣ могли подлежать узупапіи <sup>7)</sup>.

Послѣднее въ наукѣ еще далеко не установлено, благодаря различію мнѣній самихъ римскихъ юристовъ. См. *Beer. Ueber die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen nach röm. Recht. 1884.*

Только по очищеніи похищенныхъ вещей отъ даннаго недостатка (*purgatio vitii*) онѣ получали способность подлежать дѣйствию давности. Очищеніе нормально совершалось тѣмъ, что *res furtivæ* поступали вновь во власть (*potestas*) ихъ собственника <sup>8)</sup> или его представителя <sup>9)</sup>. Украденная вещь считалась возвращенною подъ власть собственника, когда онъ получалъ

<sup>1)</sup> L. un. C. 2, 36; L. 4 § 24 D. 44, 4.

<sup>2)</sup> L. 5 C. 2, 41.

<sup>3)</sup> L. 3 C. 7, 35.

<sup>4)</sup> Gajus 2, 45, 49; § 2, 3 J. 2, 6; L. 4 § 6; L. 33 pr. D. 41, 3; L. 215 D. 50, 6; L. 1 C. 6, 1.

<sup>5)</sup> *Unterholzner. Verjähr. § 59.*

<sup>6)</sup> Gajus 2, 49.

<sup>7)</sup> L. 4 § 19; L. 10 § 2; L. 33 pr. D. 41, 3; L. 11 § 4 D. 6, 2; L. 26 D. 50, 16.

<sup>8)</sup> § 8 J. 2, 6; § 12 J. 4, 1; L. 4 § 6, 12, 21; L. 49 D. 41, 3; L. 7 § 3, 7 D. 41, 4; L. 84 D. 47, 2; L. 215 D. 50, 16.

<sup>9)</sup> L. 4 § 8—11 D. 41, 3. См. *Vangerow Pand. 1 § 317 п. А. 4.*

владѣніе надъ нею, притомъ такое, которое не могло быть отнято у него правовыми средствами, и при сознаніи, что возвращенная вещь именно его собственная, у него до того похищенная<sup>1)</sup>; или когда представлялась возможность путемъ иска получить вещь обратно<sup>2)</sup>).

Весьма спорно въ наукѣ, совершается ли очищеніе возвращеніемъ вещи подъ власть такого обокраденнаго лица, которое не было собственникомъ вещи, напр. залогопринимателя, узупфруктуарія (ср. L. 4 § 6 D. 41, 3 и L. 49 D. 41, 3. *Arndts. Pand.* § 162 п. 3).

Но позднѣе съ указаннымъ очищеніемъ сравнены были тѣ случаи, когда *res furtiva* переходитъ къ третьему лицу съ согласія собственника<sup>3)</sup>, когда воръ приобрѣтаетъ на нее собственность<sup>4)</sup>, и т. п.

2) *Res vi possessæ*, т. е. поземельные участки, захваченные кѣмъ либо силою во владѣніе (по *lex Julia et Plautia* отъ конца республики<sup>5)</sup>). Подлежатъ очищенію, какъ *res furtivæ*:<sup>6)</sup>.

3) По постановленію Юстиніана<sup>7)</sup>, поземельные участки, отчужденные недобросовѣстнымъ владѣльцемъ, до того времени, пока собственникъ не узнаетъ объ этомъ отчужденіи и о своемъ правѣ на вещь и не будетъ въ состояніи осуществить послѣдняго.

4) *Tignum junctum*, матеріаль, застроенный въ чужое зданіе, пока не прекратится эта связь.

5) Всѣ вещи, которыя запрещено отчуждать, ибо *alienationis verbum etiam usucapionem continet*<sup>8)</sup>. Такъ, назначенныя по легату вещи и отчужденныя наслѣдникомъ<sup>9)</sup>. Далѣе, по постановленію Юстиніана сюда относится *fundus dotalis*<sup>10)</sup>, пока жена не можетъ предъявить иска на возвращеніе<sup>11)</sup>. По постановленію Константина—*bona adventitia regularia*, пока продолжается отцовская власть<sup>12)</sup>. Затѣмъ, вещи опекаемыхъ, которыя

<sup>1)</sup> L. 4 § 12 D. 41, 3; L. 22 D. 41, 2; L. 86 D. 47, 2.

<sup>2)</sup> L. 215 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 4 § 13, 14; L. 32 pr. D. 41, 3.

<sup>4)</sup> L. 42 in f. D. 41, 3.

<sup>5)</sup> *Gajus* 2, 45; § 2 *J.* 2, 6; L. 4 § 22—26, 28; L. 33 § 2 D. 41, 3.

<sup>6)</sup> § 8 *J.* 2, 6; L. 33 § 2 D. 41, 3; L. 86 D. 47, 2; L. ult. D. 47, 8; L. 5 C. 7, 26.

<sup>7)</sup> *Novell.* 119, 7.

<sup>8)</sup> L. 28 pr. D. 50, 16 ср. L. 12 § 4 D. 6, 2.

<sup>9)</sup> L. 3 § 3 C. 6, 43.

<sup>10)</sup> L. 16 D. 23, 5.

<sup>11)</sup> L. 30 C. 5, 12.

<sup>12)</sup> L. 1 in f. C. 6, 60; L. 4 in f. C. 6, 61; L. 1 § 2 C. 7, 40.

не могутъ быть отчуждены безъ декрета высшей опекунской власти<sup>1)</sup>. По lex Julia hereditaria, вещи, которыя подъ какимъ либо титуломъ переходили contra legem heredit. къ проконсуламъ, преторамъ, намѣстникамъ провинціи<sup>2)</sup>. Спорныя земли<sup>3)</sup>.

*Justus titulus*<sup>4)</sup>.—Для пріобрѣтенія права собственности по давностному владѣнію необходимо, чтобы это владѣніе основывалось на такомъ обстоятельстве, которое само по себѣ, in abstracto, способно вести къ установленію права собственности, но въ данномъ случаѣ, in concreto, не ведетъ къ такому послѣдствію по какимъ либо недостаткамъ. Напр.: А. покупаетъ у Б. вещь и получаетъ ее путемъ передачи. Купля-продажа, сопровождаемая передачей, способна устанавливать право собственности на вещь. Но если Б., продавецъ, не будетъ собственникомъ, а только владѣльцемъ вещи, то онъ не можетъ перенести по куплѣ-продажѣ собственность, а только владѣніе. Вотъ этотъ недостатокъ и восполняется давностью.

Если имѣемъ дѣло съ такимъ титуломъ, который никогда не будетъ имѣть своимъ слѣдствіемъ установленіе права собственности, а можетъ вести только къ detentio rei,—то на такомъ титулѣ не можетъ основываться давностное владѣніе, какъ напр., на договорѣ ссуды (commodatum), на поклажѣ (depositum) и т. д.

Иногда давностное владѣніе выполняется, когда оно въ основѣ не имѣетъ никакого титула, или имѣетъ такой титулъ, который неспособенъ устанавливать право собственности. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о *titulus putativus*<sup>5)</sup>:— а) Если въ основѣ владѣнія не имѣется вовсе титула, тогда какъ владѣлецъ представляетъ себѣ наличность какого нибудь титула (напр., думаетъ, что владѣетъ вещью по отказу, котораго не было), то usucapio не можетъ имѣть мѣста<sup>6)</sup>. Но въ иныхъ случаяхъ, когда такое представленіе о титулѣ основано на весьма уважительномъ фактическомъ заблужденіи, положительнымъ правомъ допускается usucapio, какъ бы титулъ (pro suo) былъ на лицо<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 3 § 5 D. 27, 9.

<sup>2)</sup> L. 8 D. 48, 11; L. 48 pr. D. 41, 1.

<sup>3)</sup> L. 6 C. 3, 39.

<sup>4)</sup> *Stintzing*. Das Wesen von bona fides und titulus 1852.

<sup>5)</sup> См. *Wächter*. Pandekt. 2 p. 154, 155.

<sup>6)</sup> L. 27 D. 41, 3; L. 2 pr. D. 41, 4; L. 2 D. 41, 8; § 11 J. 2, 6.

<sup>7)</sup> L. 4 § 2; L. 5 § 1 D. 41, 10; L. 11 D. 41, 4.

б) Въ другихъ случаяхъ владѣніе основывается на титулѣ, но который выражается въ ничтожномъ актѣ (напр., совершена купля-продажа съ слабоумнымъ); тутъ также фактическое заблужденіе дѣлаетъ изъ мнимаго титула *titulus justus*<sup>1)</sup>.

Титуловъ давностнаго владѣнія столько, сколько существуетъ актовъ приобрѣтенія собственности: *genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi ejus, quod nostrum non sit*. Титуль поэтому обыкновенно обозначается наименованіемъ самой юридической сдѣлки при предлогѣ *pro*: *possidere pro emtore*<sup>2)</sup>, *pro donato*<sup>3)</sup>, *pro legato*, *pro dote*<sup>4)</sup>, *pro herede*<sup>5)</sup>, *pro uxore dedito*, и т. д. Особенное вниманіе слѣдуетъ обратить на *titulus*, обозначаемый словами *pro suo*. Такъ обозначается прежде всего мнимый титуль (см. выше подъ а), затѣмъ владѣніе, къ которому нельзя приложить какого нибудь спеціально выставленнаго титула (напр., владѣніе родившимся отъ рабыни ребенкомъ), или титуль, не имѣющій въ источникахъ особаго наименованія (напр., владѣніе по *jusjurandum extrajudiciale*), а наконецъ, *pro suo* было общимъ обозначеніемъ всякаго *justus titulus*, имъ выражалось, что владѣютъ вещью, считая ее принадлежащею себѣ<sup>6)</sup>.

*Bona fides*<sup>7)</sup>). Для выполненія давностнаго владѣнія требуется, чтобы владѣлецъ находился въ убѣжденіи, что онъ собственникъ владѣемой вещи. Подъ *bona fides* разумѣется убѣжденіе лица въ томъ, что, обладаніемъ вещи на правахъ хозяина, оно не нарушаетъ ничьихъ правъ, напр., если оно купило эту вещь въ убѣжденіи, что продавецъ былъ дѣйствительнымъ собственникомъ ея. Итакъ, давностное владѣніе основывается всегда на заблужденіи, *error*<sup>8)</sup>.

Насколько къ *usucapio* примѣняются общія правила объ *error*, въ наукѣ споръ. Большинство (*Arnolds. Pand. § 160 note n* и въ *Ann. 4*) полагаетъ, что *bona fides*, основанная на *error juris*, никогда не ведетъ *am usucapionem*;

<sup>1)</sup> L. 2 § 15, 16 D. 41, 4; L. 9 D. 41, 8.

<sup>2)</sup> Dig. 41, 4 pro emtore; Cod. 7, 26.

<sup>3)</sup> Dig. 41, 6 pro donato; Cod. 7, 27.

<sup>4)</sup> Dig. 41, 9 pro dote; Cod. 7, 28.

<sup>5)</sup> Dig. 41, 5 pro herede; Cod. 7, 29.

<sup>6)</sup> L. 1 pr.; L. 4 § 2; L. 5 § 1 D. 41, 10.

<sup>7)</sup> *Wächter. Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. 1871; Bruns. Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung 1872; Ejusd. Zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung* въ *Archiv. f. d. civil. Praxis N. F. Bd. 7 Heidelberg 1874 p. 275—305.*

<sup>8)</sup> L. 109 D. 50, 16. Но см. *Bruns. D. Wesen d. bona f. p. 77, 78.*

*error facti* извиняется, когда онъ будетъ *probabilis*. Другіе ученые (*Wächter. Pandekt.* 2 p. 156, 157), выходя изъ общаго смысла *bonae fidei*, считаютъ для *usucapio* безразличнымъ самый родъ заблужденія; они не находятъ ни одного мѣста источниковъ, которое отрицало бы *bona fides* при *error juris*, а наоборотъ, выводятъ изъ источниковъ такое положеніе, что *bona fides* будетъ на лицо и тогда, когда кто либо по *error juris* считаетъ себя дѣйствительно управомоченнымъ.

Нѣкоторые ученые (напр., *Bruno. D. Wesen der bona fides bei d. Ersitzung* p. 78—80; 89—92) отрицаютъ всякую связь *bona fides* съ заблужденіемъ, опредѣляя *fides* не убѣжденіемъ, вѣрой, а честностью, добросовѣстностью.

*Bona fides* требуется только въ началѣ владѣнія<sup>1)</sup>: *mala fides superveniens non nocet*.

Добросовѣстность или недобросовѣстность владѣнія можетъ опредѣляться только тѣми признаками, которые имѣются на лицо въ моментъ приобрѣтенія его; что за симъ происходитъ въ душѣ владѣльца—то вліять на характеръ установившагося уже отношенія не можетъ.

Въ наукѣ существуютъ самыя разнообразныя объясненія разсматриваемаго начала (см. *Bruno. Zum Rechte der bonae fidei possessio* § V). Нами принятое мнѣніе впервые высказано у *Scheurl. Beiträge* 1 p. 220.

При куплѣ-продажѣ римское право спеціально требовало наличность *bonae fidei* не только при *traditio*, но уже и при самомъ заключеніи сдѣлки<sup>2)</sup>. При приобрѣтеніи владѣнія чрезъ представителя требуется *bona fides* въ лицѣ представляемаго, но если представительство происходитъ помимо воли представляемаго, то *bona fides* должна быть въ лицѣ и представителя, и представляемаго<sup>3)</sup>.

Въ до-юстиніановомъ правѣ для цѣлаго ряда случаевъ *mala fides* не считалась препятствіемъ къ *usucapio*. Это такъ наз. *usucapiones lucrativae*<sup>4)</sup>. Сюда относились: а) *Usucapio pro herede*<sup>5)</sup>. Если наслѣдникъ замедлилъ принять наслѣдство, то всякое постороннее лицо могло приобрѣсти по годовой давности владѣнія право собственности на него<sup>6)</sup>. Императоръ Адрианъ предоставилъ наслѣднику и по выполненію давности *hereditatis petitio* противъ овладѣвшаго *mala fides* наслѣдствомъ<sup>7)</sup>. Затѣмъ

<sup>1)</sup> L. 4 § 18 D. 41, 3 ср. L. 2 pr. D. 41, 4.

<sup>2)</sup> L. 2 pr. i. f. D. 41, 4.

<sup>3)</sup> L. 2 § 10—13 D. 41, 4.

<sup>4)</sup> Gaj. 2, 52—61.

<sup>5)</sup> *Scheurl. Usucapio pro herede* въ Beitr. I p. 94—102.

<sup>6)</sup> Gajus 2, 52—56.

<sup>7)</sup> Gaj. 2, 57.

Маркъ Аврелій положилъ уголовное преслѣдованіе противъ узурпаторовъ чужого наслѣдства<sup>1)</sup>. Съ этихъ поръ *usucario pro herede* потеряло свое практическое значеніе. При Юстиніанѣ же оно подводилось уже подъ общія правила всякаго давностнаго владѣнія. б) *Usureceptio ex fiducia*<sup>2)</sup>, т. е. годовая давность въ пользу собственника вещи, заложенной въ формѣ *fiducia* и попавшей въ руки залогодателю ни по сдѣлкѣ найма съ залогопринимателемъ, ни по прекаріуму. Въ юстиніановомъ правѣ этой формы залога уже не существовало<sup>3)</sup>. в) *Usureceptio ex praediatura*<sup>4)</sup>, давность въ пользу собственника вещи, обязанной государству и имъ проданной, а затѣмъ извѣстный срокъ (для земли 2 года) оставленной покупщикомъ (*praediator, qui mercatur a populo*) во владѣніи ея собственника. Въ юстиніановомъ правѣ болѣе не упоминается<sup>5)</sup>. г) *Usucario ex Rutiliana constitutione*, давность въ пользу того, кто купилъ у женщины, безъ участія опекуна, *res mancipi* и въ продолженіе 1 или 2 лѣтъ не получилъ обратно уплаченной суммы<sup>6)</sup>. Съ уничтоженіемъ пожизненной опеки женщинъ исчезла само собою и эта давность.

*Tempus*, срокъ. Срокъ давностнаго владѣнія былъ 3 года для движимыхъ вещей, а для недвижимыхъ 10 или 20 лѣтъ; первое *inter praesentes*, второе—*inter absentes*<sup>7)</sup>, т. е. смотря по тому, будутъ ли собственникъ и владѣлецъ по давности имѣть свой *domicilium* въ одной и той же провинціи или нѣтъ<sup>8)</sup>. Мѣстонахожденіе приобретаемой по давности вещи безразлично. Если часть давностнаго срока приобретающій и собственникъ были *praesentes*, а другую часть—*absentes*, то въ послѣднемъ случаѣ остальные года 10-ти-лѣтняго срока должны быть удвоены<sup>9)</sup>. Затѣмъ, всѣ дни даннаго срока принимаются въ расчетъ (*tempus continuum*), за исключеніемъ случаевъ *praescriptio dormiens (quiescens)*. Такъ, приостанавливается давность, когда вещь поступаетъ въ собственность лица, противъ котораго не допускается давности (напр., несовершеннолѣтняго), или когда

<sup>1)</sup> L. 1 D. 47, 19.

<sup>2)</sup> Gajus 2 § 59, 60.

<sup>3)</sup> O L. 16 D. 44 7 см. *Machelard*. Interdits en dr. rom. p. 101, 103.

<sup>4)</sup> Gajus 2, 61.

<sup>5)</sup> O L. 9 D. 18, 5 см. *Machelard*. Interdits en dr. rom. p. 106.

<sup>6)</sup> *Fragm. Vatic.* § 1.

<sup>7)</sup> *Pr. J.* 2, 6.

<sup>8)</sup> L. 12 C. 7, 33.

<sup>9)</sup> *Nov.* 119, 8.



предъявленію иска со стороны собственника имѣются правовыя препятствія (*agere non valenti non currit praescriptio*<sup>1)</sup>). Вычисленіе происходитъ по началамъ *computatio civilis*, т. е. не *a momento ad momentum*, но *a die ad diem*. При этомъ прилагается правило: *dies ultimus coeertus pro jam completo habetur*, т. е. давность считается выполненною съ началомъ послѣдняго дня даннаго срока<sup>2)</sup>.

Владѣніе въ продолженіе даннаго срока должно отправляться непрерывно. Перерывъ (*usurpatio*<sup>3)</sup>) лишаетъ предшествующее владѣніе всякаго значенія. Перерывъ можетъ выражаться или въ томъ, что *usucariens* лишается владѣнія (*naturalis usurpatio*<sup>4)</sup>), или вещь становится *non habilis* (напр., поступаетъ въ собственность казны), или самъ владѣлецъ дѣлается неспособнымъ пріобрѣтать по давностному владѣнію (напр., по древнему праву если *civis* становился позднѣе *servus* или *peregrinus*).

Предъявленіе собственникомъ иска противъ владѣльца не прерываетъ давности, но можетъ имѣть послѣдствія, подобныя перерыву. Такъ напр., собственникъ предъявляетъ искъ въ теченіе давности и дѣло доходитъ до *litis contestatio*. Если отъ этого момента до постановленія приговора выполняется давностный срокъ, то владѣлецъ пріобрѣтаетъ по *usucario* собственность на вещь. Но если затѣмъ приговоръ будетъ въ пользу истца, то отвѣтчикъ лишается выгодъ выполненнейшей давности, обязуется выдать вещь. *Fragm. Vat. § 12; L. 17—21 D. 6, 1*. Приложение этого начала въ юстиніановомъ правѣ спорно (см. *Arndts. Pand. § 163 п. 2*).

Изъ правила о непрерывности владѣнія римское право допускало изъятія въ видѣ зачета новому владѣльцу въ давностный срокъ времени владѣнія *auctoris*, т. наз. *accessio possessionis*<sup>5)</sup>. Зачетъ этотъ допускается какъ а) при *successio singularis*, такъ и б) при *successio universalis*.

а) Въ первомъ случаѣ требуется прежде всего, чтобы владѣніе, переходящее отъ *auctor*'а на *successor*'а, было непрерывное<sup>6)</sup>; затѣмъ, чтобы преемникъ самъ лично находился *in conditione usucariendi*, т. е. пріобрѣлъ владѣніе *justo titulo* и *bona fide*<sup>7)</sup>. При этихъ только условіяхъ совершается въ давностный срокъ зачетъ владѣнія *auctoris*. Римскіе юристы ясно со-

<sup>1)</sup> § 29 J. 2, 1; L. 30 C. 5, 12; L. 1 § 2 C. 7, 40.

<sup>2)</sup> L. 15 pr. D. 44, 3; L. 6, 7 D. 41, 3.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 41, 3.

<sup>4)</sup> L. 5 D. 41, 3.

<sup>5)</sup> *Dig. de divers. tempor. praescript., et de accessionibus possessionum* 44, 3.

<sup>6)</sup> L. 15 § 1 D. 44, 3; L. 13 § 4 D. 41, 2.

<sup>7)</sup> L. 13 § 13 D. 41, 2; L. un. § 3 C. 7, 31.

знавали отклоненіе въ этихъ случаяхъ отъ начала непрерывности,—ибо давностное владѣніе преемника было новымъ владѣніемъ,—и поэтому только постепенно допускали зачетъ.

б) Во второй категоріи случаевъ зачета имѣемъ дѣло съ такъ наз. теперь *successio in conditionem usucapiendi*, а именно, со смертью владѣльца *ad usucapionem* теченіе давностнаго владѣнія не останавливается<sup>1)</sup>. Для выполненія *usucapionis* не требуется даже, чтобы наследникъ вступилъ во владѣніе: *usucapio* можетъ выполниться и въ состояніи такъ наз. *hereditas iacens*<sup>2)</sup>. Но требуется только, чтобы въ промежутокъ отъ смерти наследодателя до выполненія *usucapionis* не имѣлось владѣнія третьяго лица<sup>3)</sup>.—И въ этихъ случаяхъ нельзя не видѣть отклоненія<sup>4)</sup> отъ начала непрерывности, ибо со смертью наследодателя несомнѣнно прерывается владѣніе, а вмѣстѣ и *usucapio*. Основаніе же этого изъятія заключается въ понятіи наследованія, какъ вступленія во всѣ имущественныя права наследодателя<sup>5)</sup>, а въ томъ числѣ и въ права *usucapionis*.

## 2. Чрезвычайная давность владѣнія (*praescriptio longissimi temporis*).

Чрезвычайная давность имѣетъ приложеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда нельзя сослаться на обыкновенную давность. Признаки ея слѣдующіе: она прилагается и къ владѣнію всѣми тѣми вещами, которыя изъяты изъ дѣйствія обыкновенной давности<sup>6)</sup>. Такъ, воровствомъ и грабежомъ добытыя вещи подлежали чрезвычайной давности, равно какъ вещи, которыхъ отчужденіе запрещено, какъ-то: *res impuberum*, *furiosi*, *prodigi*, *bona adventitia*, *fundus dotalis*.

Требуется *bona fides* при началѣ владѣнія<sup>7)</sup>; *justus* же *titulus* не требовался. Но такъ какъ *bona fides* должно же на чемъ либо основываться, то и въ данномъ случаѣ будетъ *titulus*, который можетъ быть *tit. putativus*<sup>8)</sup>.

Наличность всѣхъ условій такъ назыв. исковой давности,

<sup>1)</sup> § 12 J. 2, 6; L. 2 § 18, 19 D. 41, 4.

<sup>2)</sup> L. 31 § 5; L. 40 D. 41, 3; L. 6 § 2 D. 41, 4.

<sup>3)</sup> L. 20 D. 41, 3; L. 6 § 2 in f. D. 41, 4.

<sup>4)</sup> L. 44 § 3 D. 41, 3.

<sup>5)</sup> Ср. L. 22 D. 41, 3; L. 30 pr. D. 4, 6.

<sup>6)</sup> *Windscheid*. Pand. 1 § 183.

<sup>7)</sup> L. 8 pr. § 1 C. 7, 39.

<sup>8)</sup> См. *Unterholzner* cit. 1 § 104; 2 § 185. *Brinz*. Pand. 1 § 62 ср. *Arndts*. Pand. § 164 и п. 2. Справ. *Brunn*. D. Wesen d. *bona fides* p. 99, 100.

т. е. чтобы: а) *Rei vindicatio* была *pata*. б) Собственникъ не предъявлялъ иска. в) Истечение 30 лѣтъ. Этотъ срокъ иногда увеличивался на 40 лѣтъ, а именно для *res litigiosae*, отчужденныхъ одною изъ судебныхъ сторонъ, для имущества государства, правителя, церквей и благотворительныхъ учреждений. Течение этого срока должно быть непрерывно по началамъ исковой давности. Но при счетѣ допускается и при чрезвычайной давности *accessio possessionis*.

## Б) Приобрѣтеніе безъ преемственности.

### 1) Захватъ никому не принадлежащихъ вещей, *occipatio*.

Вещь безхозяйная, никому не принадлежащая (*res nullius*), поступаетъ въ собственность тому, кто первый ею овладѣетъ *animo sibi habendi: res nullius cedit occipanti*<sup>1)</sup>. Основывается это положеніе на естественномъ заключеніи разума. Итакъ, *occipatio* есть овладѣніе вещью, никому не принадлежащею, съ намереніемъ сдѣлаться ея собственникомъ. Изъ этого опредѣленія вытекаютъ слѣдующія условія *occipationis*:

А) *Субъективная*. *Occipans* можетъ быть всякій, кто своею волею въ состояніи приобрести владѣніе и собственность.

Б) *Объективная*. Предметомъ *occipat.* могутъ быть только вещи, никому не принадлежащія, *res nullius*, съ которыми не слѣдуетъ смѣшивать *res, quae nullius in bonis sunt* (т. е. *res extra commercium*). Поэтому находка чужихъ потерянныхъ вещей не устанавливала права собственности нашедшему, ибо потеря не прекращала права собственности прежняго хозяина<sup>2)</sup>. Къ *res nullius* относятся:

1) Вещи, никому не принадлежащія въ собственность, какъ-то: камни, раковины, и т. п., выброшенные моремъ<sup>3)</sup>, *insula, quae in mari pata est*, вновь открытыя земли. Сюда же относятся и дикія животныя, *ferae bestiae*, которыя поступаютъ въ собственность къ первому овладѣвшему ими, безъ вниманія къ тому, на чьей землѣ производилась охота. Римское право

<sup>1)</sup> L. 3 pr. D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 67 D. 6, 1. См. *Delbrück*. Vom Finden verlorener Sachen въ *Jahrb. f. d. Dogmat.* В. 3 р. 6—9.

<sup>3)</sup> § 18 J. 2, 1.

отдѣляло вопросъ о правѣ охоты (*jus venandi*) отъ права собственности овладѣвшаго животнымъ <sup>1)</sup>).

2) Вещи, прежде принадлежавшія кому либо въ собственность. Сюда относятся:

а) Вещи, принадлежавшія непріятелю, *praeda*, добыча. На непріятельскія земли квинитарную собственность прибрѣтало оссиратионе римское государство; земли эти становились *ager publicus populi Romani*. Понятіе *praedae* относилось только къ движимымъ вещамъ, принадлежавшимъ гражданамъ чужого государства и на войнѣ захваченнымъ римскими воинами. Вещи эти, признававшіяся до того за *res nullius*, путемъ оккупации становились квинитскою собственностью <sup>2)</sup>).

Въ наукѣ встрѣчаемъ оживленный споръ о природѣ *bellica occupatio*: считать ли ее за частный способъ прибрѣтенія собственности или нѣтъ (см. *Stern. D. Unterschied zwisch. civil. u. natur. Eigentumserwerbsarten* p. 24—36).

б) Вещи, оставленныя собственникомъ съ намѣреніемъ отказать отъ права собственности на нихъ, *res derelictae* (см. ниже).

в) Дикія животныя, вернувшіяся на свободу изъ неволи, и прирученныя животныя (*animalia mansuefacta*), потерявшія *consuetudinem revertendi* <sup>3)</sup>).

г) Кладъ, *thesaurus*. Подъ кладомъ разумѣются цѣнныя движимыя вещи, издавна спрятанныя въ другой вещи, землѣ, или движимой же вещи, такъ что нельзя узнать ихъ собственника: *thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat* <sup>4)</sup>. Отъ потерянной вещи, которая можетъ быть также цѣнной и спрятанной вещью <sup>5)</sup>, кладъ отличается тѣмъ, что онъ представляетъ вещи, положенныя издавна и не оставляющія возможность опредѣлить ихъ собственника; тогда какъ потерянными вещами будутъ тѣ вещи, которыя утеряны недавно, и существуетъ еще предположеніе о возможности отыскать ихъ собственника <sup>6)</sup>).

Многіе ученые не признаютъ кладъ за *res nullius* на томъ основаніи, что тутъ нельзя видѣть *derelictio* со стороны собственника, а поэтому, съ другой

<sup>1)</sup> *Wächter. Das Jagdrecht u. die Jagdvergehen. 1868, 1869.*

<sup>2)</sup> § 17 J. 2, 1; L. 5 § 7; L. 51 § 1 D. 41, 1; L. 1 § 1 D. 41, 2.]

<sup>3)</sup> § 12—16 J. 2, 1; L. 1 § 1; L. 5; L. 55 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> L. 31 § 1 D. 41, 1.

<sup>5)</sup> L. 67 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> *Delbrück. Vom Finden verlor. Sachen cit. p. 20, 21.*

стороны, тутъ явно выражено желаніе положившаго кладъ перенести собственность въ немъ на своихъ наслѣдниковъ, эти же въ свою очередь предполагаются переносящими собственность на своихъ наслѣдниковъ и т. д. (см. *Schmidt. Pandecten. V. I p. 70*). Воззрѣніе это едва ли справедливо уже потому, что сознаніе собственности при кладѣ исчезаетъ вовсе, а затѣмъ и потому, что распределеніе клада въ собственность не носитъ на себѣ и признаковъ принадлежности его къ чьему либо имуществу.

Послѣдствія *inventionis thesauri* слѣдующія<sup>1)</sup>:

1) Будетъ найденъ кладъ на собственной землѣ, то онъ весь поступаетъ въ собственность нашедшаго.

2) Будетъ найденъ кладъ на чужой землѣ, то дѣлается различіе: была ли находка случайная или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ кладъ дѣлится пополамъ между нашедшимъ и собственникомъ земли. Если же нашедшій кладъ искалъ его, то весь кладъ поступаетъ собственнику земли. Послѣднія правила прилагаются и къ случаямъ находки клада на собственности государства, какъ-то: публичныхъ дорогахъ, публичныхъ рѣкахъ, а также и на *locus sacer* и *religiosus*.

Касательно послѣднихъ случаевъ въ источникахъ имѣются два мѣста, несогласныхъ другъ другу: *L. 3 § 10 D. 49, 14* и *§ 39 J. 2, 1*. Изъ перваго слѣдуетъ, что половина найденнаго въ *locus relig.* клада поступаетъ въ казну, а изъ втораго, что онъ весь идетъ нашедшему. Дѣло, конечно, идетъ только о случайной находкѣ, ибо намѣренное исканіе въ *locus sacer* и *religiosus* считалось за преступленіе (*Th. C. IX, 17 De sepulcro violato; Cod. 9, 19; L. 9 § 1 D. 48, 13*) и вело за собою отобраніе найденнаго клада въ казну (*L. 5 pr. D. 3, 6; L. 134 D. 50, 17*). См. *Sell. D. Eigenthum p. 88—90*).

## 2) *Accessio*, приращеніе<sup>2)</sup>.

Подъ *accessio* разумѣется такой способъ приобрѣтенія собственности, когда вещь, принадлежащая одному лицу, соединяется съ вещью, принадлежащею другому, такъ что одна изъ нихъ принимаетъ характеръ принадлежности другой и въ силу этого поступаетъ въ собственность господина главной вещи по началу: *res accessoria semper sequitur rem principalem*. Итакъ, для *accessio* необходимо, чтобы 1) соединяющіеся предметы принадлежали различнымъ собственникамъ; поэтому приобрѣтеніе собственности надъ плодами (*fructuum percipio*) наши ис-

<sup>1)</sup> *§ 39 J. 2, 1; L. 31 § 1; L. 63 D. 41, 1; Cod. 10, 15 de thesauris.*

<sup>2)</sup> См. *Bechmann. Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession u. v. d. Sachgesammtheiten. 1867.*

точники нерѣдко считаютъ за самостоятельный отъ accessio способъ пріобрѣтенія собственности. 2) Соединеніе должно быть такое, чтобы соединившіяся вещи не потеряли своей индивидуальности, иначе будемъ имѣть дѣло съ specificatio или confusio.

Нѣкоторые писатели не считаютъ accessio въ изложенныхъ признакахъ за особый способъ пріобрѣтенія собственности (напр., *Hastron. De la propr.* р. 116, 117). Они признаютъ, что тутъ мы имѣемъ дѣло съ такими случаями, когда дѣйствительно право собственности на вещь теряется для одного лица и пріобрѣтается собственность на нее другимъ лицомъ. Но въ послѣднемъ они видятъ дѣйствіе не accessionis, а occupacionis.

Приращеніе можетъ быть вызвано естественными силами природы или дѣйствіемъ человѣка. Согласно съ этимъ, подразделяемъ accessio на  $\alpha$ ) естественное и  $\beta$ ) искусственное.

*а) Естественное приращеніе*—сюда относятся:

а) *Alluvio*, примою, есть приращеніе къ прибрежной землѣ путемъ медленнаго (paulatim, sensim) и незамѣтнаго (incrementum latens) дѣйствія текучей воды<sup>1)</sup>. Такъ, объ alluvio говорится, когда земля опредѣленнаго собственника увеличивается наносомъ или отступленіемъ водъ къ противному берегу, но притомъ такъ, что нельзя узнать, насколько и въ какой моментъ увеличился данный участокъ. Это приращеніе должно быть дѣйствіемъ текучей воды, а не озера, пруда или моря. Приращенная такимъ образомъ земля становится собственностью владѣльца увеличеннаго участка.

б) *Avulsio*, прибой, есть приращеніе къ прибрежной землѣ, производимое стремительнымъ дѣйствіемъ водъ (vi fluminis), когда, напр., глыба земли или деревья сносятся къ нижележащему участку и съ нимъ срастаются. Признакъ сращенія тотъ, что деревья пустили въ этотъ участокъ корни<sup>2)</sup>. Приращенное такимъ образомъ становится собственностью владѣльца участка.

в) *Alveus derelictus*, оставленное рѣкою русло, есть приращеніе земли отъ перемѣны русла публичной рѣки, а именно: когда публичная рѣка оставляетъ свое прежнее русло, то прибрежные владѣльцы становятся собственниками русла до его середины и на протяженіе берега своей земли (pro latitudine fundi); новое же русло отходитъ отъ прежняго владѣльца въ собственность государства<sup>3)</sup>. Но съ этими явленіями не слѣ-

<sup>1)</sup> § 20 J. 2, 1. *Chardon*, Traité du droit d'alluvion 1840.

<sup>2)</sup> § 21 J. 2, 1; L. 7 § 2 D. 41, 1.

<sup>3)</sup> § 23 J. 2, 1.

дуетъ смѣшивать наводненія (*inundatio*), которое ничего не измѣняетъ въ правахъ на поземельный участокъ <sup>1)</sup>).

г) *Insula in flumine nata*, островъ выросшій въ рѣкѣ, есть тотъ случай приращенія, который происходитъ отъ возвышенія дна въ публичной рѣкѣ <sup>2)</sup>). Образованный такимъ возвышеніемъ островъ поступаетъ въ собственность прибрежныхъ владѣльцевъ каждому на ту часть, которая находится противъ его участка до половины рѣки <sup>3)</sup>). Плавуціе острова изъяты изъ дѣйствія этого правила: они считаются собственностью государства.

β) *Искусственная accessio*. Сюда относятся:

а) *Inaedificatio*, застройка. Выстроенное собственникомъ земли изъ чужого матеріала или самимъ хозяиномъ матеріала на чужой землѣ поступаетъ по приращенію въ собственность хозяина земли: *solo cedit, quod solo inaedificatur; superficies solo cedit* <sup>4)</sup>). Но для приобрѣтенія собственности требуется, чтобы выстроенное при такихъ условіяхъ зданіе не было легко перемѣщаемо, сносимо, какъ напр., шалашъ.—Тѣ же правила относятся и къ случаямъ застройки отдѣльнаго чужого матеріала въ зданіе, напр.: при надстройкахъ, сдѣланныхъ на чужомъ зданіи, собственникъ нижележащаго становится собственникомъ надстройки <sup>5)</sup>). Также если наемщикъ сдѣлаетъ въ нанятомъ домѣ двери, окна и т. д., то все это поступаетъ въ собственность хозяина дома.

Прежній хозяинъ застроеннаго матеріала не имѣетъ права, пока стоитъ зданіе, требовать *actioe ad exhibendum* выдачи ему матеріала; такое требованіе было бы противно полицейско-строительному правилу *ne urbs ruinis deformatur*, а также могло бы быть несправедливымъ по отношенію къ хозяину зданія, еслибъ онъ обязанъ былъ разорять его изъ за самыхъ ничтожныхъ частей чужого матеріала. Но хозяинъ матеріала можетъ *rei vindicatione* требовать выдачи матеріала, когда зданіе разрушится, а если не желаетъ выждать послѣдняго, то имѣетъ возможность при разныхъ условіяхъ, сопровождавшихъ застрой-

<sup>1)</sup> § 24 J. 2. 1.

<sup>2)</sup> См. *Zirndorfer*. Zur Lehre v. d. insula in flumine nata въ *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung* Bd. 4 Н. 2 Roman. Abtheil. отъ p. 233.

<sup>3)</sup> § 22 J. 2, 1; L. 7 §§ 3, 4; L. 29, 30 pr.; L. 65 § 1 D. 41, 1; L. 1 § 6 D. 43, 12. Объ L. 65 § 4 D. 41, 1 см. *Zirndorfer* cit. p. 234, 235.

<sup>4)</sup> § 29, 30 J. 2, 1; L. 7 § 10, 12 D. 41, 1.

<sup>5)</sup> L. 2 C. 3, 32.

ку, получить то или другое вознаграждение отъ хозяина зданія. Такъ 1), если застройка сдѣлана собственникомъ земли изъ чужого матеріала

α) *bona fide*, то хозяинъ матеріала имѣетъ право *actioe de tigno juncto* на вознаграждение двойной рыночной цѣной, если хозяинъ зданія добровольно не возвратитъ матеріала<sup>1)</sup>,

β) *mala fide*, то хозяинъ матеріала имѣетъ право на вознаграждение понесенныхъ убытковъ *condictione furtiva* или *rei vindicatione*, опредѣляя въ послѣднемъ случаѣ величину убытковъ *juramento in litem*, а кромѣ того, *actioe de tigno juncto* онъ можетъ требовать двойной стоимости матеріала<sup>2)</sup>.

2) Если застройку сдѣлалъ самъ хозяинъ матеріала, то пока α) онъ еще владѣетъ чужой землей, онъ на *rei vind.* собственника земли можетъ *exsertioe doli* удержать за собой владѣніе, пока не получитъ вознагражденія за свой матеріалъ; β) если онъ не владѣетъ уже болѣе, то не имѣетъ средствъ требовать вознагражденія, но можетъ вернуть себѣ матеріалъ по разрушеніи зданія<sup>3)</sup>, если только застройкой онъ явно не выразилъ намѣренія сдѣлать хозяину земли даръ<sup>4)</sup>.

б) *Implantatio*, насажденіе. Когда чужое растеніе будетъ посажено на чужую землю и пуститъ въ нее корни, то собственникъ земли пріобрѣтаетъ на него право собственности<sup>5)</sup>. Не прекращается это право и тогда, когда позднѣе растеніе потеряетъ связь съ почвой, напр., дерево упадетъ или будетъ вынута<sup>6)</sup>. Основаніе такому безповоротному праву собственности въ томъ, что растеніе, пустивъ корни въ чужую землю, получало изъ нея свою пищу, а вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ органическое тѣло, пріобрѣтало и новый видъ, становилось въ нѣкоторомъ родѣ *nova species*. Поэтому хозяинъ растенія никоимъ образомъ не имѣетъ такъ назыв. *jus tollendi*. Но, спрашивается, имѣетъ ли онъ право на вознаграждение отъ собственника земли? По вопросу о вознагражденіи нужно различать случаи, когда хозяинъ земли сажаетъ чужое растеніе, когда собственникъ растенія сажаетъ его на чужой земли и, наконецъ, когда третье лицо сажаетъ чужое растеніе на чу-

<sup>1)</sup> § 29 J. 2, 1; L. 7 § 10 D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. in f. D. 47, 3.

<sup>3)</sup> § 30 J. 2, 1; L. 7 § 12 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> L. 2 C. 3, 32.

<sup>5)</sup> § 31 J. 2, 1; L. 7 § 13; L. 26 § 2 D. 41, 1; L. 11 C. 3, 32.

<sup>6)</sup> L. 26 § 2 D. 41, 1.



жой землѣ. Кромѣ того, на отвѣтственность вліяетъ еще признакъ добросовѣстности или недобросовѣстности садившихъ растеніе. Но всѣ эти различенія оттъняють только чисто личные отношенія между сторонами по посадкѣ; въ общемъ же тутъ примѣняется правило, что никто безъ правового основанія не долженъ обогащаться насчетъ другого; а потому собственникъ растенія имѣетъ право требовать (*condictione*) отъ хозяина земли уплаты за пріобрѣтенную послѣднимъ посадкой цѣнность.

Изложенныя начала пріобрѣтенія права собственности чрезъ посадку прилагаются и къ тѣмъ случаямъ, когда растеніе, посаженное на границѣ чужого участка, пуститъ часть корней въ этотъ послѣдній. Тутъ наступаетъ общая для хозяевъ обоихъ участковъ собственность въ растеніи.

Таково было воззрѣніе Гайя и Юстиніана (L. 7 § 13 D. 41, 1; § 31 J. 2, 1). Но Помпоній оставлялъ полное право собственности за хозяиномъ участка, изъ котораго шелъ стволъ, *in cujus fundo origo arboris fuerit* (L. 6 § 2 D. 47, 7), предоставляя собственнику другого участка право требовать вознагражденіе отъ перваго. Попытки примирить это разногласіе источниковъ см. у *Vangerow. Pandekt. 1 § 329 Anm. 2 Nr. 1.*

в) *Satio*, посѣвъ. Правила объ *implantatio* примѣняются и къ тѣмъ случаямъ, когда на чужомъ полѣ будетъ засѣяно зерно, принадлежащее другому лицу<sup>1)</sup>. Только въ данномъ случаѣ уже съ самаго момента посѣва зерно становится собственностью хозяина поля, ибо нѣтъ возможности выбирать каждое зерно и затѣмъ опредѣлять, которое пустило уже ростокъ, а которое нѣтъ.

г) Многочисленные случаи такъ наз. *adjunctio*, соединенія, т. е. когда двѣ движимыя вещи, принадлежащія двумъ различнымъ собственникамъ, соединяются одна съ другой такъ, что образуютъ одно цѣлое. Въ этихъ случаяхъ хозяинъ главной вещи становится собственникомъ и придаточной<sup>2)</sup> по правилу: *res accessoria sequitur rem principalem*. Если нельзя опредѣлить, которая вещь будетъ главной, которая — придаточной, то на соединенную вещь устанавливается общая собственность для хозяевъ соединенныхъ вещей.

Но не всякое соединеніе ведетъ къ установленію права собственности, а только такое соединеніе, которое не можетъ

<sup>1)</sup> § 32 J. 2, 1; L. 9 pr. D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 23 § 2, 4 D. 6, 1.

быть разрѣшено безъ поврежденія вещи<sup>1)</sup>. Въ противномъ случаѣ, никакой перемѣны въ правѣ собственности не происходитъ. Такъ, римляне различали въ соединеніи металловъ случаи, когда это дѣлается черезъ посредство другого металла, такъ наз. *adplumbatio*, и когда это дѣлается при посредствѣ того же металла, такъ наз. *adferguminiatio*<sup>2)</sup>. При первомъ каждый сохраняетъ свое прежнее право собственности. Напр., къ бронзовой статуѣ А. будетъ оловомъ припаяна бронзовая рука В. Послѣдній можетъ, послѣ предварительнаго *actioe ad exhibendum*, виндигировать свою собственность. Другое дѣло, если будутъ скованы двѣ полосы желѣза различныхъ хозяевъ; тутъ на соединеніе устанавливается право собственности хозяина главной полосы, а хозяинъ придаточной теряетъ на нее собственность<sup>3)</sup>. Изъ другихъ случаевъ подобнаго соединенія источники упоминаютъ: втканье чужихъ нитей въ матерію<sup>4)</sup>, окраску матеріи чужой краской. Къ послѣднему случаю примыкаютъ: письмо, *scriptura*, на чужихъ таблицахъ и рисованіе,  *pictura*, на чужомъ полотнѣ, чужой доскѣ. Если на чужой таблицѣ будетъ написано, хотя бы золотыми литерами, исторія, рѣчь, стихи и т. д., то хозяинъ таблицы будетъ собственникомъ и манускрипта на томъ основаніи, что письмо немислимо безъ таблицы<sup>5)</sup>. Но при этомъ рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи собственности на одни каллиграфическіе знаки, а не на литературное произведеніе. Римляне не знали литературной собственности въ нашемъ смыслѣ. То же начало прилагали классическіе юристы и къ живописи, т. е. хозяинъ полотна, доски становился собственникомъ нарисованнаго на нихъ постороннимъ лицомъ. Юстиніанъ измѣнилъ это, постановивъ (*in honorem artis*), что живописецъ сохраняетъ право собственности на картину<sup>6)</sup>, т. е. теперь полотно, доска стали придаточными вещами къ краскѣ.

Относительно вознагражденія при соединеніи дѣйствуютъ въ общемъ тѣ же правила, что и при *implantatio*.

<sup>1)</sup> См. *Göppert*. Ueber einheitliche, zusammengesetzte u. Gesamt-Sachen p. 84, 85.

<sup>2)</sup> См. *Göppert*. Ueber die Bedeutung von *ferruminare* und *adplumbare* in den Pandekten (въ *Zeitschr. f. R. Gesch.* IX).

<sup>3)</sup> L. 23 § 5 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> § 26 J. 2, 1.

<sup>5)</sup> § 33, 34 J. 2, 1; L. 9 § 1, 2 D. 41, 1; L. 23 § 3 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> § 34 J. 2, 1.

3) Приобрѣтеніе собственности на плоды<sup>1)</sup>.

Съ отдѣленіемъ плода отъ плодоприносящей вещи получается самостоятельный предметъ, который обыкновенно и поступаетъ по сепарации въ собственность хозяина главной вещи<sup>2)</sup>.

Начиная съ Савиньи, многіе ученые не считаютъ *separatio* за особый способъ приобретѣнія собственникомъ права собственности на плоды (см., напр., *Leist, Civilist. Studien* Н. 3 р. 152—154; *Hastron. De la propriété* р. 114—117). Они хотя и признаютъ, что съ отдѣленіемъ плодъ становится самостоятельной вещью, но нѣтъ основанія прекращать прежняго отношенія права собственности, какъ не было основанія признавать особой собственности на плоды не отдѣленные, или на части, полученные отъ раздѣленія цѣлаго. Но противъ такого возрѣнія большинство современныхъ пандектистовъ (см., напр., *Scheurl. Beiträge* XI р. 288 и слѣд.; *Vangerow Pand.* 1 § 326 Anm. 1). Последніе выходятъ изъ того, что актъ отдѣленія плода создаетъ совсѣмъ новый объектъ собственности именно потому, что плодоприносящая вещь остается прежней имущественной цѣнностью, а съ другой стороны, правоотношенія на отдѣленные плоды опредѣляются вполне самостоятельно отъ вещи главной (см. *Кремлевъ. О правѣ добросовѣстнаго владѣльца на плоды*, стр. 5—9), какъ напр., они могутъ поступать совсѣмъ постороннему лицу, узуфруктуарію, а потому нельзя не видѣть въ сепарации особаго способа приобретѣнія собственности на плоды.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда право на извлеченіе плодовъ отдѣлено отъ права собственности на вещь, т. е. принадлежитъ постороннему лицу, то по общему правилу приобретаются плоды въ собственность только по полученіи ихъ во владѣніе, *perceptio*, собственнымъ ли захватомъ (узуфруктуарій<sup>3)</sup>), или по передачѣ отъ собственника (при личномъ обязательствѣ собственника выдать плоды<sup>4)</sup>). Объяснить это можно тѣмъ, что тутъ нѣтъ той связи съ правомъ на главную вещь, которая заставляла *eo ipso* считать собственника по одной сепарации хозяиномъ и плодовъ. Поэтому, гдѣ имѣется такая связь, тамъ и постороннее лицо приобретаетъ плоды по простой сепарации, какъ, напр., эмпитевта<sup>5)</sup>, а за симъ добросовѣстный владѣлецъ<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> *Scheurl. Erzeugung als Erwerbsgrund* въ *Beiträge zur Bearb. d. Röm. Rechts* В. 1 р. 280—300; *Göppert. Ueber die organische Erzeugnisse*. 1869. *Кремлевъ. Сепарация какъ способъ приобретѣнія собственности*. Казань 1868.

<sup>2)</sup> § 19 J. 2, 1; L. 2, 6 D. 41, 1; L. 5 § 2 D. 6, 1; L. 25 pr. § 1 D. 22, 1.

<sup>3)</sup> Но см. L. 28 pr. D. 22, 1; § 37 J. 2, 1 и толкованіе у *Göppert cit.* р. 282 и слѣд.

<sup>4)</sup> *Windscheid. Pand.* 1 § 186 и п. 6.

<sup>5)</sup> L. 25 § 1 in f. D. 22, 1; L. 12 § 5 D. 7, 1; L. 13 D. 7, 4.

<sup>6)</sup> См. *Köppen. Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor.* 1872.

Добросовѣстный владѣлецъ, какъ таковой, приобретаетъ право собственности на отдѣленные плоды (*fructus separati*<sup>1)</sup>, но съ момента предъявленія къ нему иска о собственности (*reivindicatio*) онъ присуждается (*officio iudicis*) къ выдачѣ еще наличныхъ у него плодовъ (*fructus extantes*<sup>2)</sup>, сохраняя безповоротное право на потребленные плоды (*fructus consumti*).

Рядомъ съ источниками, удостоверяющими безповоротное право добросовѣстнаго владѣльца на потребленные плоды (L. 4 § 2 D. 10, 1), по другимъ — онъ обязывается возвратить собственнику полученное имъ за эти плоды (L. 1 § 1 C. 3, 31), *in quantum locupletior factus est*. Примирить это разногласіе можно только тѣмъ, если признать первое положеніе лишь для физически потребленныхъ плодовъ (см. *Janke, D. Fruchterwerb d. redlichen Besitzers etc.* 1862 p. 113 — 118), а во второмъ — какъ бы еще наличность плодовъ въ видѣ полученнаго за нихъ. Но ср. *Waldeck cit.* p. 331 — 337; *Ihering* въ *Gesammelte Aufsätze Bd. 3* 1886 p. 1—86 (особенно отъ p. 26—34).

Основаніе такого начала — матеріальная связь плодовъ съ плододносящею вещью, распространяющая право собственности отъ послѣдней и на первые<sup>3)</sup>. Поэтому собственникъ, какъ таковой, имѣетъ право требовать выдачи всѣхъ наличныхъ плодовъ; не можетъ онъ требовать вознагражденія за потребленные только въ силу естественнаго признанія правъ добросовѣстнаго владѣнія<sup>4)</sup>, ставившаго его субъекта въ положеніе собственника<sup>5)</sup>.

Таковъ господствующій теперь взглядъ на приобретение добросовѣстнымъ владѣльцемъ плодовъ черезъ сепарацию. См., напр., *Puchta. Cursus d. Instit.* II § 242; *Pagenstecher cit. Abth. II* p. 301 и слѣд.; *Arndts. Pand.* § 156, и др. Кромѣ нѣкоторыхъ западныхъ писателей, болѣе или менѣе расходящихся во взглядахъ съ представителями этого господствующаго воззрѣнія, особенно рѣзко выступилъ противъ него русскій проф. *Н. Кремлевъ* въ своемъ изслѣдованіи: «Къ ученію о правѣ добросовѣстнаго владѣльца на плоды, по римскому праву». Казань, 1866. По его взгляду, основное римское право вы-

<sup>1)</sup> L. 13 D. 7, 4; L. 25 § 1; L. 28 D. 22, 1; L. 1 § 2 D. 20 1; § 35 J. 2, 1; Иногда эту собственность называютъ *dominium revocabile ex tunc*. См. у *Waldeck* въ *Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 57* 1874 p. 307—337. Ср. *Windscheid. Pand.* 1 § 186 п. 12.

<sup>2)</sup> L. 22 C. 3, 32.

<sup>3)</sup> *Nostrum est quod ex re nostra fit* L. 25 § 1 D. 22, 1.

<sup>4)</sup> *Quia quod ad fructus attinet loco domini* paene est. L. 48 D. 41, 1; L. 13 in f. D. 7, 4; L. 25 § 1 D. 22, 1; L. 4 § 19 D. 41, 3; L. 48 § 6 D. 47, 2. § 35 J. 2, 1.

<sup>5)</sup> Ср. *Körppen cit.* p. 14, 46 и слѣд. съ *Görpert cit.* p. 331 и слѣд., p. 401 и слѣд.

ставляло то начало, что добросовѣстный владѣлецъ, пока продолжается его добросовѣстность, пріобрѣтаетъ на всѣ плоды съ момента сепараціи безповоротную собственность, т. е. не обязывается по виндикаціи собственника не только вознаградить его за потребленные плоды, но не обязывается выдавать и *fructus extantes* (стр. 19). Правда, г. Кремлевъ долженъ былъ признать, что въ юстиніановыхъ сводахъ проявляется явное стремленіе ограничить безповоротное право собственности добросовѣстнаго владѣльца только потребленными плодами (*si consumti sint* L. 4 § 19 D. 41, 3; *si eos consumsit* L. 4 § 2 D. 10, 1; L. 40 D. 41, 1; L. 1 § 2 D. 20, 1; § 35 J. 2, 1; L. 22 C. 3, 32; L. 4 C. 9, 32. Но г. Кремлевъ полагаетъ, «что обязательство добросовѣстнаго владѣльца выдать плоды *extantes* по иску собственника вещи, давшей плоды, есть одно изъ неудачныхъ, жалкихъ византійскихъ нововведеній, лишенное внутренняго основанія и въ практикѣ ведущее къ нелѣпымъ результатамъ»; что приписать это начало слѣдуетъ компиляторамъ Пандектъ, считать за ихъ интерполяцію (стр. 22—64). Я не стану слѣдить за подробнымъ толкованіемъ г. Кремлевымъ данныхъ положеній источниковъ, а также за подробнымъ доказательствомъ того, что право добросовѣстнаго владѣльца на плоды, по ученію классическихъ юристовъ, не подчинялось праву собственника главной вещи (*Кремлевъ. Сепарація какъ способъ пріобрѣтенія собственности добросов. владѣльцемъ. Казань 1868, стр. 45—80*),—но скажу только нѣсколько словъ противъ квалификаціи г. Кремлевымъ хотя бы только позднѣйшаго начала римскаго права. Вопросъ о возвращеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ собственнику плодовъ во всѣ времена имѣлъ громадное практическое значеніе. Разъ онъ былъ поставленъ на рѣшеніе практиковъ-юристовъ, они по чутью естественной справедливости всѣ разрѣшили добросовѣстнаго владѣльца отъ вознагражденія за *fruct. consumti*; касательно же *fruct. extantes* взгляды могли разойтись, такъ какъ исходныя ихъ основанія могли быть разные. Одни, подобно г. Кремлеву, посмотрѣли на дѣло съ точки зрѣнія послѣдствій, такъ сказать, чисто формальныхъ, опредѣляемыхъ моментомъ *litis contestatio*, раздѣляющаго правоотношенія на два рѣзко отдѣленные моменты, не отражающіе другъ на друга никакихъ вліяній; другіе же посмотрѣли на т. наз. Лейстомъ (*Civilist. Studien III p. 158*) субстанціональный принципъ, по которому считалось справедливымъ возвратить собственнику, вмѣстѣ съ вещью, все непотребленное еще произведеніе ея. Въ большинствѣ современной судебной практики прилагается послѣднее воззрѣніе, а иногда считается справедливымъ обязательство добросовѣстнаго владѣльца вознаграждать и за потребленные плоды (можно привести цѣлую категорію случаевъ изъ нашей судебной практики). Потому можно говорить о выдержанности того или другого воззрѣнія въ римскихъ источникахъ, но едва ли можно отказывать компиляторамъ Пандектъ во всякой основательности ихъ положеній.

4) *Specificatio*, обработка <sup>1)</sup>).

Процессъ превращенія вещества въ новый предметъ, *nova species*, носитъ названіе *specificatio*. Когда вещество принадлежало *specificator*'у, то, понятно, онъ же остается и собственникомъ этого новаго предмета. Но спрашивается: кому принадлежит по праву собственности вещь, выработанная спецификаторомъ для себя изъ чужого матеріала, *cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit*, напр., будетъ приготовленъ напитокъ *mulsum* изъ чужого вина и меда? До Юстиніана были три мнѣнія по данному вопросу <sup>2)</sup>).

1) Школа прокуліанцевъ предоставляла во всѣхъ случаяхъ право собственности на выработанную вещь спецификатору. По ихъ воззрѣнію, индивидуальность вещи опредѣляется не веществомъ, а формой; *nova species* — всегда новый предметъ, никому не принадлежащій, а потому и поступающій въ собственность къ спецификатору, какъ первому оккупанту, *quia quod factum est, antea nullius fuerat* <sup>3)</sup>. Здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ особеннымъ какимъ либо способомъ приобрѣтенія собственности, а съ простымъ овладѣніемъ, *occupatio*.

2) Школа сабиніанцевъ, наоборотъ, предоставляла право собственности на *nova species* всегда собственнику матеріала. Она признавала существеннымъ не форму, а матеріаль, *quia sine materia nulla species effici possit* <sup>4)</sup>. Здѣсь нѣтъ уже никакого приобрѣтенія собственности.

3) По среднему воззрѣнію (*media sententia*) въ однихъ случаяхъ вопросъ о собственности рѣшалъ матеріаль, въ другихъ — форма, а именно: если *nova species* могла быть возвращена къ прежней формѣ, *ad materiam, ad rudem massam*, то собственность на него принадлежала хозяину матеріала; въ противномъ случаѣ выработанная вещь принадлежала спецификатору <sup>5)</sup>).

Юстиніанъ принялъ это послѣднее воззрѣніе, съ тою только прибавкою, что вещь, сдѣланная частью изъ чужого матеріала,

<sup>1)</sup> См. *Meukow*. Die Lehre d. röm. Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Spezifikation (въ *Osenbrüggen's*. Dorpat. jurist. Studien p. 149 и слѣд.). *Sulzer* Der Eigenthumserwerb durch Specification. 1884.

<sup>2)</sup> § 25 J. 2, 1.

<sup>3)</sup> L. 7 § 7; L. 26 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> Gajus II § 79; L. 14 § 3 D. 13, 1; L. 61 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 12 § 1; L. 24 D. 41, 1; L. 5 § 1 D. 6, 1.

частью изъ матеріала спецификатора, всегда принадлежитъ послѣднему <sup>1)</sup>, безъ вниманія къ тому, можетъ она быть возвращена къ прежней формѣ, или нѣтъ <sup>2)</sup>. Такимъ образомъ, по юстиніанову законодательству, ваза, сдѣланная изъ чужого серебра, принадлежитъ хозяину серебра, вино же, сдѣланное изъ чужого винограда—винодѣлу, а мѣдный сосудъ, вылитый частью изъ чужой мѣди, частью изъ мѣди мѣдника — этому послѣднему.

Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ *specificatio*, какъ особымъ способомъ пріобрѣтенія собственности, который можно опредѣлить такъ:

*Specificatio* есть выработка изъ чужого (вполнѣ или частью) матеріала новой вещи съ намѣреніемъ сдѣлаться ея собственникомъ, какъ новымъ безхозяйнымъ предметомъ, и потому поступающимъ въ собственность первому оккупанту, т. е. спецификатору, если только она не можетъ быть возвращена въ прежній видъ или включаетъ въ себѣ часть матеріала обработывателя.

Изъ этого опредѣленія очевидно, что добросовѣстность и недобросовѣстность спецификатора не имѣетъ вліянія на переходъ собственности, ибо *nova species* считается за *res nullius* <sup>3)</sup>. Эти признаки могутъ имѣть значеніе только при вопросѣ о вознагражденіи.

Многіе ученые отвергаютъ точку зрѣнія оккупации при спецификаціи и замѣняютъ ее признакомъ производства (см., напр., *Scheurl. Beiträge zur Verarbeitung des röm. Rechts* 1 p. 285), считая настоящей основой пріобрѣтенія *opera* изготовителя. Но источники положительно признаютъ за эту основу то, что переработкой получилась новая, до того несуществовавшая, вещь, которая и подлежитъ захвату.

Разъ же будетъ признана точка зрѣнія оккупации, то *bona* или *mala fides* спецификатора не можетъ имѣть вліянія на пріобрѣтеніе собственности. Мѣста, приводимыя (напр., *Arndts. Pandekt.* § 156 п. 3) въ доказательство противнаго (L. 12 § 3 D. 10, 4; L. 4 § 20 D. 41, 3; L. 52 § 14 D. 47, 2), легко поддаются толкованію, не противорѣчающему принятому нами воззрѣнію (*Vangerow. Pand.* 1 § 310).

Спецификаторъ, пріобрѣтающій новую вещь, всегда обязанъ вознаградить хозяина матеріала <sup>4)</sup>, ибо никто не можетъ безъ

<sup>1)</sup> § 25 J. 2, 1.

<sup>2)</sup> См. *Fitting* въ *Civ. Archiv* 48 p. 316—327.

<sup>3)</sup> L. 7 § 7 D. 41, 1: *Quia, quod factum est, antea nullius fuerat; ср. L. 9 § 3 D. 10, 4.*

<sup>4)</sup> *Arg. L. 23 § 4 D. 6, 1; L. 23 D. 12, 1.*

правового основанія обогащаться на счетъ другого<sup>1)</sup>. Въ случаѣ *bona fides*, спецификаторъ уплачиваетъ только стоимость матеріала; при *mala fides* обязывается вознаграждать и за всякій другой убытокъ, причиненный хозяину матеріала. Въ первомъ случаѣ осуществляется *condictio sine causa*, во второмъ—*condictio furtiva*. Если вещь остается за хозяиномъ матеріала, то спецификаторъ имѣетъ право на вознагражденіе за свою работу, но только при условіи *bona fides* съ его стороны. Это право осуществляется путемъ *exceptio doli* на *reivindicatio* хозяина матеріала.

### 5) *Confusio* и *commixtio*, смѣшеніе.

Какъ особый способъ пріобрѣтенія собственности, подъ смѣшеніемъ разумѣются тѣ случаи, когда сухія или жидкія вещи различныхъ хозяевъ смѣшиваются случайно или дѣйствіемъ одного изъ собственниковъ такъ, что нельзя ихъ раздѣлить. Изъ этого слѣдуетъ, что если смѣшаны предметы одного и того же собственника, то перемѣны въ правѣ собственности не наступаетъ, если только смѣшеніе не произведено третьимъ лицомъ и имъ не вызваны всѣ признаки *specificatiois*.

*Confusio* (*confundere*) есть смѣшеніе веществъ жидкихъ или такихъ, которыя могутъ быть сдѣланы жидкими, какъ напр., золото, серебро. Какъ особый способъ пріобрѣтенія собственности, *confusio* должно имѣть слѣдующіе признаки:

1) Оно должно быть произведено не по общему согласію собственниковъ, а случайно, или однимъ собственникомъ безъ согласія другого, или третьимъ лицомъ безъ согласія собственниковъ. Въ случаѣ же смѣшенія, по согласію этихъ послѣднихъ, наступаетъ общая собственность по *traditio ex justa causa*<sup>2)</sup>.

2) *Confusio* должно быть такое, чтобы нельзя было вновь отдѣлить соединенныя вещества. Если такое отдѣленіе возможно, напр., при соединеніи серебра съ оловомъ<sup>3)</sup>, то никакой перемѣны въ правѣ собственности не наступаетъ; каждый остается собственникомъ своего матеріала и можетъ требовать у вла-

<sup>1)</sup> L. 206 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> § 27 J. 2, 1; L. 7 § 8 D. 41, 1.

<sup>3)</sup> Возможность или невозможность отдѣленія обуславливалась состояніемъ химическихъ свѣдѣній. Поэтому, напр., наши источники считаютъ соединеніе мѣди и золота окончательнымъ.



дѣльца смѣси выдѣла (*actione ad exhibendum*) и выдачи (*rei vindicatione*) его <sup>1)</sup>).

3) *Confusio* не должно производить *novam speciem*; иначе прилагаются начала приобрѣтенія собственности по *specificatio*. А это наступаетъ при нераздѣльности соединенныхъ веществъ почти всегда, когда эти послѣднія будутъ различной сущности или различнаго качества.

Поэтому *confusio*, какъ способъ приобрѣтенія собственности, имѣется всегда въ тѣхъ случаяхъ, когда соединяется вещество «*quod ejusdem materiæ*» или «*eiusdem naturæ est*», напр., серебро съ серебромъ. Въ этомъ случаѣ наступаетъ общая собственность, причемъ каждый участникъ прибрѣтаетъ право собственности по *confusio* на входящее въ смѣсь вещество другого въ опредѣленной долѣ, *pro rata*.

*Commixtio* (слово новѣйшее; римскія выраженія: *confundere, commiscere promiscue*) есть смѣшеніе твердыхъ веществъ при тѣхъ же условіяхъ, при какихъ происходитъ *confusio* <sup>2)</sup>).

Такъ какъ при данномъ смѣшеніи, напр., зеренъ различныхъ хозяевъ, *singula corpora in sua substantia durant*, т. е. соединенныя вещества не терпятъ никакого измѣненія въ своемъ существѣ, то нельзя допустить и какой либо перемѣны въ правѣ собственности на нихъ, а слѣдовательно, каждый можетъ виндицировать свои зерна у каждаго владѣльца. Но въ случаяхъ затруднительности распознать въ смѣси вещества, принадлежащія каждому изъ данныхъ лицъ, судья приговариваетъ каждому, согласно стоимости его вещества, долю въ смѣси. Такимъ образомъ, не *commixtio* устанавливаетъ общую собственность, а *adjudicatio*.

Нѣкоторые писатели (напр., *Schmidt. Pandekten* p. 69) идутъ еще далѣе, признавая въ судебномъ приговорѣ только косвенный источникъ данной общей собственности; прямымъ же ея основаніемъ они считаютъ взаимное *traditio* собственности въ доли, на какое *traditio* направленъ приговоръ.

Только въ одномъ случаѣ римское право придаетъ *commixtio* значеніе способа прибрѣтенія собственности, а именно при смѣшеніи *bona fide* съ собственными деньгами чужихъ, такъ что послѣднихъ нельзя уже различить (*si mixti essent ita ut discerni non possent*). Тутъ фактомъ смѣшенія чужія деньги

<sup>1)</sup> L. 12 § 1 D. 41, 1; L. 5 § 1 D. 6, 1.

<sup>2)</sup> § 28 J. 2, 1; L. 78 D. 46, 3.

поступаютъ въ собственность смѣшавшаго<sup>1)</sup>. Такъ напр., А. получаетъ по извѣстному правовому основанію (*solvendi, credendi, или donandi causa*) 100 sester. отъ В., укрывшаго эти деньги отъ В. Если А. не зналъ послѣдняго обстоятельства, т. е. *bona fide* считалъ себя собственникомъ полученныхъ денегъ, то по смѣшеніи ихъ со своими онъ получалъ дѣйствительную на нихъ собственность и В. имѣлъ право искать только къ вору В. Это *jus singulare* можно объяснить тѣмъ, что при быстромъ оборотѣ денегъ была бы чрезвычайно тяжела неувѣренность въ правѣ собственности на нихъ.

Сказавъ о способахъ пріобрѣтенія собственности, приступаемъ къ вопросу

### Содержаніе права собственности.

Выше было сказано, что сущность права собственности не заключается въ суммѣ отдѣльныхъ правомочій на вещь. Поэтому собственность остается таковою и тогда, когда право отправлять одну изъ сторонъ господства на вещь принадлежитъ постороннему лицу, напр., въ формѣ *ususfructus*<sup>2)</sup> и т. п. Но съ другой стороны, право собственности есть *jus summum*, т. е. высшее право лица надъ вещью; въ его понятіи заключаются всевозможныя права лица надъ вещью; оно есть общее основаніе всѣхъ отдѣльныхъ правомочій на вещь. *Res sua nemini servit sed prodest jure dominii*<sup>3)</sup>.

Это положеніе въ новѣйшей литературѣ подвергнуто сомнѣнію. Хотя съ большими оговорками и весьма осторожно, но теперь нерѣдко доказывается возможность самостоятельныхъ вещныхъ правъ (напр., залога) на собственную вещь. См. *Hartmann. Rechte an eigener Sache* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik*. В. 17 р. 69—144).

Выходя изъ этого понятія, невозможно исчерпать перечисленіемъ всѣхъ заключающихся въ собственности правъ<sup>4)</sup>; ибо собственникъ можетъ предпринимать надъ вещью всевозможныя воздѣйствія. Но путемъ обобщенія можно разпознать въ правахъ собственника слѣдующіе три класса: 1) право употреб-

<sup>1)</sup> L. 78 D. 46 3.

<sup>2)</sup> См. L. 25 пр. D. 50, 16; L. 5 пр. D. 7, 6.

<sup>3)</sup> См. ниже въ ученіи о сервитутномъ правѣ.

<sup>4)</sup> *Randa cit.* р. 6 и п. 8.

лѣть вещь въ пользованіи, доступномъ повторенію (*uti, usus*); 2) право пользованія съ извлеченіемъ плодовъ (*frui, fructus*); 3) право распоряженія, право измѣнять, уничтожать и т. п. и, наконецъ, *abuti*, т. е. дѣлать изъ вещи окончательное употребленіе, которое никогда не можетъ уже болѣе повториться для настоящаго собственника. Слово *abuti* не означаетъ употребленія порицаемаго, но такое высшее окончательное пользование вещью, какъ напр., *alienatio*, отчужденіе.

При отправленіи этихъ правъ собственникъ можетъ не обращать вниманія на выгоды другихъ собственниковъ <sup>1)</sup>, насколько только это отправленіе не вторгается положительно въ чужую собственность. Такъ, собственникъ поземельнаго участка можетъ употребить въ свою пользу всю воду, источникъ которой находится въ его владѣніи, воду, которая безъ такого употребленія протекала бы въ сосѣднее имѣніе и тѣмъ доставила бы его хозяину выгоду <sup>2)</sup> и т. д. Но владѣлецъ земли вдоль текущей воды не имѣетъ права предпринимать такіа работы, которыми бы измѣнялось естественное теченіе воды или произведено было усиленное ея теченіе и тѣмъ причиненъ былъ нижележащему владѣльцу убытокъ и т. д. Правовой порядкомъ допускаетъ только такое отправленіе правъ, которымъ не причиняется положительнаго вреда лицамъ, равно управомоченнымъ: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*. Кроме того, общежитіе вырабатываетъ извѣстные самостоятельные интересы, которые также отправленіемъ частныхъ правъ не должны терпѣть изгьяна. Только въ подобныхъ границахъ и мыслимо понятіе и отправленіе собственности при правовомъ порядкѣ: *dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re, quatenus juris ratio patitur*.

### Ограниченіе собственности по закону <sup>3)</sup>.

Право собственности, неограниченное по своему понятію, можетъ быть ограничено тѣмъ, что другое лицо пріобрѣтаетъ на данную вещь опредѣленное право, или же имѣется норма положительнаго права, которая общимъ правиломъ налагаетъ

<sup>1)</sup> L. 55; L. 151 D. 50, 17; L. 9 D. 8, 2.

<sup>2)</sup> L. 21 D. 39, 3.

<sup>3)</sup> См. *Bekker*. Die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen въ *Bekker's u. Muther's Jahrb. des gem. deutsch. Rechts* V. p. 154 и слѣд. *Freund*. Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums im römisch. Recht. 1883.

границы дѣйствительности права собственности. Въ первомъ случаѣ ограниченій рѣчь идетъ о сервитутахъ, ученіе о которыхъ относится къ особому отдѣлу науки. Второй родъ ограниченій вытекаетъ изъ стремленія привести право собственности въ отдѣльныхъ его проявленіяхъ въ гармонію, какъ съ интересами публичными, такъ и съ интересами частныхъ лицъ. Право собственности, какъ произведеніе правового порядка, должно быть ограничено въ тѣхъ его проявленіяхъ, которыми нарушаются другіе интересы, признанные тѣмъ же правовымъ порядкомъ. Такихъ общихъ интересовъ, которые могутъ потерпѣть отъ неограниченнаго осуществленія права собственности, двѣ категоріи: интересы публичные, какъ-то безопасности, здравія и т. п., и интересы владѣльцевъ сосѣднихъ недвижимостей. Юридическій принципъ тѣхъ и другихъ ограниченій различный. Поэтому слѣдуетъ отличать: 1) ограниченія, вызванныя публичнымъ интересомъ, и 2) легальные сервитуты; совокупность правовыхъ началъ объ нихъ составляетъ такъ назыв. сосѣдское право.

Первый Беккеръ (въ цит. статьѣ) ясно различилъ эти два вида ограниченій и старался отыскать руководящія ими начала; прежде же обыкновенно только перечисляли отдѣльные ихъ случаи безъ всякаго различенія и порядка (см., напр., *Voessing. Pandekt.* II р. 44 и слѣд.).

1) *Ограниченія, вызванныя публичнымъ интересомъ.* Въ силу опредѣленныхъ публичныхъ интересовъ, собственникъ ограниченъ въ своемъ правѣ съ положительной стороны, въ извѣстныхъ распоряженіяхъ своимъ участкомъ, и въ томъ, что обязывается терпѣть воздѣйствіе на свой участокъ всякаго третьяго лица въ виду извѣстныхъ основаній публично-правового характера. Сюда относятся слѣдующіе случаи<sup>1)</sup>:

а) Запрещеніе (уже по XII таблицамъ) погребенія и сожженія труповъ въ чертѣ города<sup>2)</sup>.

б) Владѣлецъ земли по берегамъ публичной рѣки обязанъ допускать пользованіе прибрежной полосой въ интересахъ судоходства<sup>3)</sup>.

в) Собственникъ обязанъ допускать всякаго къ добыванію минераловъ на своей землѣ, причемъ однако имѣетъ право на  $\frac{1}{10}$  часть добытаго<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> *Freund* cit. р. 16, 17.

<sup>2)</sup> L. 3 § 5 D. 47, 12.

<sup>3)</sup> § 4 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 8, 6 C. 11, 7.

г) Между домами должно было (уже по постановленію XII табл.)<sup>1)</sup> оставаться извѣстное пространство незастроеннымъ, *spatium legitimum*<sup>2)</sup>:

д) Не строить домовъ сверхъ опредѣленной высоты<sup>3)</sup>.

е) Собственникъ не можетъ требовать выдачи застроеннаго въ чужое зданіе его матеріала и виноградныхъ кольевъ, пока зданіе стоитъ (не *urbs ruinis deformetur*) и колья въ употребленіи<sup>4)</sup>. Онъ можетъ только при извѣстныхъ условіяхъ требовать вознагражденія до двойной стоимости его матеріала<sup>5)</sup>.

Иногда къ ограниченіямъ даннаго рода причисляютъ еще экспроприацію (напр., *Bekker cit. p. 160; Nastron. De la propriété p. 80—85*). Въ настоящее время въ наукѣ не сомнѣваются, что римлянамъ была знакома экспроприація частной собственности въ интересѣ публичномъ (см. *Piccinelli. Della espropriazione per causa di pubblica utilità consider. nel diritto romano. 1882*). Но считать такое полное лишеніе собственности за ограниченіе ея—едва ли основательно (см. *Freund cit. p. 18, 19*).

2) *Ограниченія собственности въ интересъ сосѣда, такъ наз. сосѣдское право*<sup>6)</sup>. Правовой порядокъ не можетъ допускать такихъ отпращиваній права собственности, которыя въ то же время воздѣйствуютъ на чужую собственность. Отсюда вытекаютъ ограниченія права собственности въ интересѣ сосѣдей. А) Общее начало ограниченій собственности въ интересѣ сосѣдей заключается въ томъ, что собственникъ не долженъ предпринимать такихъ дѣйствій или производить такихъ работъ на собственной землѣ, которыя бы убыточно воздѣйствовали на сосѣдній участокъ<sup>7)</sup>, т. е. положительно ему вредили или препятствовали свободному имъ пользованію. При этомъ опредѣлить дѣйствительное значеніе такого воздѣйствія есть дѣло каждаго частнаго случая. Б) Собственникъ обязанъ допустить извѣстное воздѣйствіе сосѣда на свое имущество, которое предоставило бы сосѣду возможность отпращивать съ извѣстныхъ сторонъ свое право, въ то же время не нарушая существенно права другого лица.

<sup>1)</sup> Tabul. VII у Bruns. Fontes jur. Rom. p. 23.

<sup>2)</sup> L. 14 D. 8, 2; L. 9, 11, 12 § 2 C. 8, 10.

<sup>3)</sup> Tacitus. Annal. XV c. 43; L. 1 § 17 D. 39, 1.

<sup>4)</sup> Dig. 47, 3 de tigno juncto; L. 23 § 7 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 23 § 6 D. 6, 1; L. 6 D. 10, 4; L. 7 § 10 D. 41, 1.

<sup>6)</sup> *Hesse. Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. 2 Bd. 1859 1862; Schelhass. Das Nachbarrecht. 1863.*

<sup>7)</sup> L. 26 D. 39, 2; L. 8 § 5 D. 8, 5; L. 1 § 4 D. 39, 3.

Найти общее начало ограниченій права собственности въ интересѣ сосѣдей чрезвычайно трудно (*Ihering. Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers* въ *Jahrb. f. Dogmat.* 6 р. 97), трудно потому, что интересъ, во имя котораго налагаются данныя ограниченія, весьма неопредѣленный и не можетъ имѣть одинаковаго съ государственнымъ интересомъ всегда обязательнаго значенія. Въ наукѣ масса попытокъ найти это общее начало сосѣдскаго права (см. *Freund. cit.* р. 26—29).

А) Случаи, относимые къ перваго рода ограниченіямъ:

Собственникъ участка не имѣетъ права: а) закладывать у стѣны сосѣда такихъ водопроводныхъ сооруженій, или вообще ямъ, которыя подвергали бы эту стѣну серьезной порчѣ<sup>1)</sup>;

б) копать у сосѣдской стѣны ямы, которая могла бы повести за собой паденіе стѣны<sup>2)</sup>;

в) мѣшать сосѣду зловреднымъ дымомъ (*fumus gravis*, напр., *ex taberna casearia*) и паромъ (*vapores balinei*<sup>3)</sup>;

г) отнимать постройками или надстройками воздухъ, свѣтъ, видъ для сосѣдняго собственника<sup>4)</sup>;

д) выдвигать крышу, балконы въ воздушное пространство сосѣда, а также позволять вѣтвямъ своихъ растеній распространяться на чужое пространство или зданіе (однако только до 15 футовъ отъ земли<sup>5)</sup>;

е) измѣнять естественное теченіе дождевой воды или совсѣмъ останавливать это теченіе въ ущербъ сосѣдняго участка<sup>6)</sup>.

Б) Случаи, относимые ко втораго рода ограниченіямъ:

а) Поземельный собственникъ обязанъ предоставить въ случаяхъ необходимости (напр., публичная дорога подверглась наводненію) сосѣду проходъ черезъ свой участокъ<sup>7)</sup>.

б) Собственникъ обязанъ допускать сосѣда каждый третій день на свой участокъ для сбора упавшихъ плодовъ<sup>8)</sup>.

в) Собственникъ долженъ терпѣть выступъ на его землю сосѣдней стѣны до  $\frac{1}{2}$  фута<sup>9)</sup>.

г) Собственникъ долженъ терпѣть отъ сосѣда дымъ, паръ,

<sup>1)</sup> L. 18; L. 19 pr. D. 8, 2; L. 24 § 12 D. 39, 2.

<sup>2)</sup> L. 17 § 2 D. 8, 5; L. 24 § 12 D. 39, 2.

<sup>3)</sup> L. 8 § 5—7 D. 8, 5.

<sup>4)</sup> L. 14 § 1 C. 8, 34.

<sup>5)</sup> Dig. de arboribus caedendis 43, 27; L. 1 C. 8, 1.

<sup>6)</sup> Dig. 39, 3 de aqua et aquae pluviae arcendae. См. *Hugo Burckhard. Die Actio aquae pluviae arcendae.* 1881.

<sup>7)</sup> L. 14 § 1 D. 8, 6; L. 12 pr. D. 11, 7.

<sup>8)</sup> Dig. 43, 27 de glande legenda.

<sup>9)</sup> L. 17 pr. D. 8, 5.

пыль, насколько это есть обыкновенное слѣдствіе пользованія даннымъ имуществомъ <sup>1)</sup>).

Нѣкоторые писатели къ числу ограниченій собственности, въ виду интересовъ сосѣда, относили и тѣ случаи, когда собственникъ обязывается исправить строеніе, грозящее сосѣду вредомъ, или доставить ему обезпеченіе въ возмѣщеніи этого будущаго вреда, такъ наз. *cautio damni infecti* (L. 7; L. 24 § 2; L. 43 D. 39, 2). Но совершенно основательно видѣть тутъ не ограниченіе собственности, а личное обязательство собственника на основаніи закона (преторскаго эдикта). См. *Schelhass cit. p. 7 n. 1.*

По разсмотрѣніи содержанія права собственности и его ограниченія необходимый переходъ къ вопросу объ охранѣ собственности.

### Охрана собственности.

Нарушеніе собственности можетъ быть или въ цѣломъ, или въ части. Первое внѣшне выражается въ лишеніи владѣнія, безъ котораго немислимо отиравленіе какихъ либо функцій права собственности; второе же касается только отдѣльныхъ сторонъ этого права. Соотвѣтственно этимъ двумъ видамъ нарушенія, иски по собственности двухъ родовъ: 1) *Rei vindicatio* и 2) *Actio negatoria*.

Понятно, что данные иски нельзя считать единственными средствами защиты собственности. Какъ при лишеніи владѣнія, такъ и при частичномъ нарушеніи собственности, собственникъ можетъ защищаться чисто личными исками, какъ-то: интердиктами, договорными, деликтными исками; и только если на лицо не имѣется условій для личныхъ исковъ, то остаются только данныя *actiones in rem*.

*Rei vindicatio* <sup>2)</sup> есть такой цивильный вещный искъ (*in rem actio*), которымъ не владѣющій собственникъ вещи вынуждаетъ владѣющаго ею или только удерживающаго ее несобственника признать его право собственности и выдать ему вещь. Искъ этотъ принадлежитъ къ числу *actiones arbitrariae*.

1) *Искомъ* по *rei vindicatio* можетъ быть лишь то лицо,

<sup>1)</sup> L. 8 § 5—7 D. 8, 5.

<sup>2)</sup> Dig. 6, 1 de rei vindicatione; Cod. 3, 32.—*Heimbach* въ *Weiske's Rechtslex. B. 13. Molitor. La possession... la revendication... en droit romain. 1851 p. 283—284. Ihering. Rei vindicatio* въ *Gesammelte Aufsätze Bd. 1.*

которое претендуетъ на право собственности<sup>1)</sup>, причемъ справедливость даннаго притязанія подлежитъ будущему разъясненію. При этомъ истецъ не долженъ имѣть владѣнія вещью<sup>2)</sup>; безразлично—лишенъ онъ былъ этого владѣнія или никогда его не имѣлъ. Право на данный искъ *utiliter* имѣли эмфитевта и суперфиціарій. Кроме того, *rei vindicatio utilis* могли вчинать еще и другія лица, которыя по строгимъ правовымъ консеквенціямъ не могли разсматриваться собственниками. Такъ,

а) Если опекунъ прибрѣтетъ себѣ вещь деньгами опекаемаго, то этотъ послѣдній имѣетъ противъ него не только личный искъ на возвращеніе денегъ, но и *rei vindicatio utilis* на выдачу самой прибрѣтенной вещи<sup>3)</sup>.

б) Такое же право было предоставлено и солдату на вещь, купленную его деньгами<sup>4)</sup>.

в) Супругъ, подарившій деньги супругу, имѣлъ право *rei vindicatione utili* требовать выдачи купленной на нихъ вещи въ случаѣ несостоятельности одареннаго<sup>5)</sup>.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ истцы не могутъ быть разсматриваемы по строгому праву собственниками, ибо вещи, прибрѣтенныя чужими деньгами, не принадлежатъ собственнику денегъ, а лицу, себѣ ихъ прибрѣвшему<sup>6)</sup>. Но тѣмъ не менѣе, римское право выходитъ изъ предположенія, что послѣдній дѣйствовалъ какъ бы въ качествѣ представителя первыхъ и тѣмъ устанавливалъ имъ собственность.

Нѣкоторые ученые (особенно *Jhering* въ *Jahrb. f. d. Dogmat. I r.* 158 и слѣд.) видятъ въ данной *reivind. utilis* не вещный искъ, а личный искъ противъ опекуна и др. на передачу вещи въ собственность, и что, слѣдовательно, къ третьимъ владѣльцамъ данной вещи этотъ искъ предъявленъ быть не можетъ. Но, какъ было замѣчено въ литературѣ (см., напр., *Wächter. Pand. II r.* 178), такое чисто личное притязаніе не могло по римскому праву осуществляться вещнымъ искомъ, *in rem actio*. Кроме того, оставалось бы вполне непонятнымъ, въ силу чего бывший собственникъ вещи могъ при несостоятельности отвѣтчика предъявлять *rei vindicat.* на вещь и тѣмъ получать преимущество передъ другими кредиторами (см. а. в. и *Jhering cit. r.* 173).

1) L. 23 pr. D. 6, 1.

2) § 2 J. 4, 6.

3) L. 2 D. 26, 9.

4) L. 8 C. 3, 32.

5) L. 55 D. 24, 1. Другой аналогичный примѣръ см. L. 29 § 1; L. 30 D. 24, 1.

6) См., напр., L. 8 C. 4, 50.



2) *Отвѣтчикомъ* по *rei vindicatio* будетъ всякій *possessor* или даже просто *detentor* спорной вещи<sup>1)</sup>. Въ случаѣ если отвѣтчикъ удерживаетъ вещь отъ имени собственника, напр., по найму, по поклажѣ, то съ прекращеніемъ даннаго отношенія собственникъ можетъ вытребовать вещь не только искомъ о собственности<sup>2)</sup>, но и личнымъ искомъ (см. въ обязат. правѣ). Если отвѣтчикъ удерживаетъ вещь отъ имени третьяго лица, то онъ имѣетъ т. наз. *beneficium laudationis* (или *nominacionis auctoris*, т. е. право, указавъ на лицо, отъ имени котораго онъ имѣетъ *detentio rei*, отклонить отъ себя отвѣтъ по иску и тѣмъ принудить истца обратиться съ нимъ къ *auctor*'у.

Этотъ *beneficium* былъ предоставленъ имп. Константиномъ только при спорахъ о земляхъ *L. 2 C. 3, 19*.

По общему правилу не можетъ быть предъявленъ *rei vindicat.* къ лицу, которое не имѣетъ вещи въ рукахъ; равнымъ образомъ освобождается отъ отвѣтственности по иску и тотъ, кто въ теченіе процесса безъ своей вины лишился обладанія вещью<sup>3)</sup>. Но по исключенію нѣкоторыя лица рассматриваются какъ *ficti possessores*, какъ бы владѣющими данной вещью и поэтому отвѣтственными по *rei vindicat.*, на самомъ же дѣлѣ не имѣя вещи въ рукахъ. Такими фангированными владѣльцами будутъ:

а) *Is qui dolo desiit possidere*, т. е. лицо, преднамѣренно лишившееся владѣнія вещью<sup>4)</sup>, напр., ее отчуждившее, уничтожившее и т. п. Признакъ *dolus*'а вызываетъ правовой порядокъ на борьбу и так. образ. владѣвшій остается отвѣтчикомъ. Поэтому, если владѣлецъ вещи теряетъ владѣніе *sine dolo*, то онъ и не подлежитъ отвѣту по *rei vindicatio*<sup>5)</sup>.

б) *Is qui liti se obtulit*, т. е. лицо, ложно выдававшее себя за владѣльца вещи съ злымъ намѣреніемъ причинить истцу бесполезнымъ процессомъ ущербъ<sup>6)</sup>.

Въ обоихъ этихъ случаяхъ *reivindicat.* имѣетъ своимъ назначеніемъ вознаградить истца стоимостью вещи.

3) *Предметомъ* *rei vindicationis* могутъ быть только вещи, способныя состоять на правѣ частной собственности, какъ дви-

<sup>1)</sup> *L. 9 D. 6, 1*.

<sup>2)</sup> *L. 9 D. 6, 1; L. 7 pr.; L. 12 D. 7, 9*.

<sup>3)</sup> *L. 27 § 1; L. 42, 52, 55 D. 6, 1*.

<sup>4)</sup> *L. 27 § 3; L. 36 pr. D. 6, 1*.

<sup>5)</sup> *L. 27 § 1 D. 6, 1*.

<sup>6)</sup> *L. 25—27 pr. D. 6, 1*.

жимыя, такъ и недвижимыя, какъ одушевленные, такъ и неодушевленные<sup>1)</sup>; притомъ не только цѣлая вещь<sup>2)</sup>, но и часть ея интеллектуальная<sup>3)</sup> или (при поземельныхъ участкахъ) реальная<sup>4)</sup>. Не могутъ быть предметами иска: а) права, напр. право наслѣдованія, сервитуты; б) *universitas juris*<sup>5)</sup>, напр., *rescuiusmodi, hereditas*. Но *universitas rerum cohaerentium*, какъ и *universitas rerum distantium* (стадо, библиотека) можно было отыскивать *rei vindicatione*<sup>6)</sup>. в) Нельзя было вчинять иска на вещь индивидуально неопредѣленную, *genus*, напр., просто лошадь или количество замѣнимыхъ вещей, напр., столько-то денегъ. г) Нельзя было вчинять *rei vindicat.* на вещь, составляющую *accessoria* другой, напр., на проданныя и уплаченныя деревья на корню, на бриллиантъ въ чужомъ кольцѣ и т. п. Тутъ предварительно особыми средствами (*actio ad exhibendum*) должно произвести выдѣленіе данныхъ вещей изъ главной<sup>7)</sup>, а уже за симъ можно ихъ виндицировать. Пока же онѣ соединены, онѣ составляютъ собственность хозяина главной вещи.

4) *Доказательства*. Истецъ долженъ доказать основаніе своего иска, т. е. а) свое право собственности на вещь и б) нахожденіе этой вещи у отвѣтчика въ качествѣ владѣльца или простого *detentor*'а, или что данное лицо подлежитъ отвѣтственности какъ *fictus possessor*.

а) Доказать право собственности значитъ указать на законный способъ приобрѣтенія собственности<sup>8)</sup>. Если этотъ способъ будетъ первоначальный, напр., *specificatio, accessio, usucapio*, то на доказательствѣ его и останавливается истецъ, ибо изъ него безусловно вытекаетъ право собственности. Въ случаѣ производнаго способа, напр., *traditio*, недостаточно доказать актъ преемственности; необходимо еще доказать право собственности *auctoris*<sup>9)</sup>, и если этотъ послѣдній приобрѣлъ вещь также производнымъ способомъ, — то право собственности дальнѣйшаго *auctoris* и т. д. пока, наконецъ, не будетъ указанъ первоначальный способъ приобрѣтенія въ лицѣ одного изъ предшест-

<sup>1)</sup> L. 1 § 1 D. 6, 1.

<sup>2)</sup> L. 6 D. 6, 1.

<sup>3)</sup> L. 3 § 2; L. 5 pr.; L. 6; L. 76 § 1 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> L. 8 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 56 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> L. 1 § 3; L. 2, 3 D. 6, 1.

<sup>7)</sup> L. 23 § 5 D. 6, 1; L. 6 D. 10, 4.

<sup>8)</sup> L. 23 pr. D. 6, 1.

<sup>9)</sup> L. 20 pr. D. 41, 1.

вовавшихъ auctores<sup>1)</sup>). Въ такомъ доказательствѣ нельзя предполагать право собственности въ лицѣ истца въ силу правила: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Такое, иногда крайне затруднительное, доказываніе средневѣковые писатели прозвали *probatio diabolica*. Но это затруднительное доказываніе въ большинствѣ практическихъ случаевъ можетъ быть устраняемо, а именно; при ссылкѣ на выполнившуюся давность, вчинаніемъ *actionis Publicianaе in rem* и *interdicta possessoria* (см. *Vangerow. Pand. 1 § 332 п. 1*. Тутъ же изложены и всѣ воззрѣнія, отступающія отъ принятаго нами).

Согласно строгой правовой логикѣ, недостаточно доказательства со стороны истца способа приобрѣтенія собственности въ его лицѣ: необходимо еще доказать, что въ моментъ предъявленія *rei vindicationis* онъ продолжаетъ оставаться собственникомъ. Но такъ какъ доказываніе такого отрицательнаго факта, какъ ненаступленіе законнаго основанія къ прекращенію собственности крайне затруднительно, а часто и невозможно, то положительное право выставляетъ *praesumptio juris* въ пользу истца, такъ что на обязанности отвѣтчика лежитъ доказать, что приобрѣтенная истцомъ собственность была позднѣе имъ утеряна.

Если истецъ не докажетъ своего права собственности, то дѣло выигрываетъ отвѣтчикъ, хотя бы онъ и не былъ собственникомъ вещи, не могъ бы привести никакого титула своему владѣнію<sup>2)</sup>.

б) Касательно доказательства о нахожденіи вещи у отвѣтчика<sup>3)</sup> дѣйствовало правило, что если послѣдній отвергаетъ это и разъ истецъ докажетъ фактъ этого нахожденія, то отвѣтчикъ безъ дальнѣйшаго обязанъ выдать вещь истцу<sup>4)</sup> и уже засимъ можетъ выступить противъ истца съ предъявленіемъ на вещь своего собственнаго права. Изъ этого слѣдуетъ, что истцу по *rei vindicatio* выгоднѣе начинать съ доказательства нахожденія вещи у отвѣтчика.

б) *Присужденіе* по *rei vindicatio* состоитъ въ судебномъ объявленіи, что собственность на данную вещь принадлежитъ истцу и поэтому отвѣтчикъ приговаривается *in rem cum omni causa*, т. е. къ выдачѣ вещи со всѣми добавочными принадлежностями ея, или къ вознагражденію истца (*id quod ejus interest*); если отвѣтчикъ не можетъ возвратитъ вещь, но остается от-

<sup>1)</sup> *Pellat cit. p. 147* и слѣд.

<sup>2)</sup> *L. 28 C. 3, 32.*

<sup>3)</sup> *L. 36 pr. D. 6, 1.*

<sup>4)</sup> *L. 80 D. 6, 1.*

вѣтственнымъ по ней (напр., qui liti se obtulit). Со стороны выдачи самой вещи rei vind. принадлежитъ къ числу actiones arbitrariae, т. е. при извѣстныхъ условіяхъ можетъ вести къ litis aestimatio по iuramentum in litem<sup>1)</sup>. Но и помимо этого, стороны могутъ согласиться (expresse или даже tacite) въ томъ, чтобы присужденіе было направлено не на самую вещь, а на ея стоимость; тутъ будетъ продажа вещи истцомъ отвѣтчику за опредѣленную цѣну подъ условіемъ, чтобы послѣдній былъ присужденъ.

Касательно отвѣтственности за субстанцію вещи и ея accessoria, а именно плоды, слѣдуетъ различать недобросовѣстное владѣніе отъ добросовѣстнаго:

а) Possessor malae fidei отвѣчаетъ

α) за самую вещь съ самаго начала владѣнія до вчинанія иска (до litis contestatio), какъ бы за вещь ему довѣренную, ибо mala fides заставляетъ его смотрѣть на владѣемую вещь, какъ на вещь чужую, другому принадлежащую. Поэтому, въ случаѣ онъ самъ прекращаетъ владѣніе, напр., отчуждаетъ вещь, онъ подлежитъ отвѣтственности, какъ fictus possessor<sup>2)</sup>. Равно и въ случаѣ потери владѣнія по culpa отвѣчаетъ стоимостью вещи<sup>3)</sup>. Только за casus fortuitus недобросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ.

Многіе ученые распространяли отвѣтственность m. f. poss. съ самаго начала на casus (см. *Glück* Erläuter. d. Pand. 8 p. 243), но источники ничего подобнаго не говорятъ, а другихъ основаній такому распространенію найти нельзя.

Съ момента litis contestatio недобросовѣстный владѣлецъ считается въ состояніи просрочки, in mora, и поэтому отвѣчаетъ по самой вещи даже за casus fortuitus, если только не докажетъ, что вещь, возвращенная истцу въ моментъ litis contest. во всякомъ случаѣ погибла бы casu fortuito.<sup>4)</sup> Но, конечно, эта отвѣтственность остается, если истецъ возразить, что, имѣя своевременно вещь въ рукахъ, онъ немедленно бы ее отчуждилъ и такимъ образомъ сохранилъ ея стоимость.

β) За плоды possessor mal fid. отвѣчаетъ какъ до, такъ и послѣ litis contest. въ полномъ ихъ составѣ<sup>5)</sup> слѣдующимъ об-

<sup>1)</sup> L. 68 D. 6, 1.

<sup>2)</sup> L. 27 § 3 D. 6, 1.

<sup>3)</sup> L. 25 § 2; L. 31 § 3 D. 5, 3; L. 45 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> L. 20 § 21; L. 40 pr. D. 5, 3.

<sup>5)</sup> L. 22 C. 3, 32.

разомъ. Fructus exstantes онъ обязуется выдать истцу, а за fructus consumpti дать вознаграждение<sup>1)</sup>. На требованіе первыхъ и второго истецъ имѣетъ право и въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ уже болѣе не владѣетъ самою вещью<sup>2)</sup>. Мало того, poss. m. f. до litis contestatio отвѣчаетъ и за тѣ плоды, которые онъ, какъ bonus pater familias, могъ бы извлечь изъ вещи (fructus percipiendi). Последняя отвѣтственность не прекращается и тогда, когда сама вещь погибла по винѣ отвѣтчика<sup>3)</sup>. Послѣ litis cont. недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ и за тѣ fructus percipiendi, которые могъ бы извлечь самъ собственникъ вещи<sup>4)</sup>.

Вопросъ объ отвѣтственности недобросовѣстнаго владѣльца за fructus percipiendi весьма споренъ; разногласіе касается момента, съ котораго начинается эта отвѣтственность, и самаго характера этихъ плодовъ по данной отвѣтственности (см. Vangerow. Pand. I § 333 Anm. II). Мы остановились на воззрѣніяхъ, всего ближе отвѣчающихъ источникамъ (Wächter. Pand. 2 § 143 Veil. II).

Сказанное относится къ отвѣтственности и за fructus civiles, напр., за полученную арендную плату или долженствующую быть полученной; въ случаѣ же личнаго пользованія possessor m. fid. обязанъ уплатить за свой счетъ эту плату<sup>5)</sup>. Исключеніе составляютъ деньги, которыя не предполагаются къ выдачѣ на проценты<sup>6)</sup>.

Если недобросовѣстное владѣніе основано было на какомъ либо деликтѣ, напр., насиліи, воровствѣ и т. п., то отвѣтственность съ самаго начала владѣнія опредѣляется правилами болѣе тяжелой отвѣтственности possessoris mal. fid. послѣ момента litis contestatio<sup>7)</sup>.

б) Possessor bonae fidei α) за самую вещь до litis contest. не отвѣчаетъ вовсе, буде онъ отчудить, уничтожить, попортить вещь<sup>8)</sup>, и самую выгоду, прибрѣтенную отъ отчужденія вещи

<sup>1)</sup> L. 3 C. 4, 9; L. 4 C. 9, 32; L. 22 § 2 D. 13, 7.

<sup>2)</sup> L. 17 § 1 D. 6, 1; L. 4 § 2 D. 10, 1.

<sup>3)</sup> L. 33 D. 6, 1; L. 25 § 4, 9 D. 5, 3.

<sup>4)</sup> L. 4 C. 8, 4; L. 62 § 1 D. 6, 1; L. 19 pr. D. 22, 1.

<sup>5)</sup> L. 62 pr.; L. 64 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> L. 62 pr. D. 6, 1.

<sup>7)</sup> L. 4 C. 8, 4; L. 9 C. 6, 2; L. 19 D. 43, 16.

<sup>8)</sup> L. 31 § 3; L. 25 § 11 D. 5, 3.—См. *Ihering*. Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben? въ *Gesammelte Aufsätze* Bd. 3 1886 p. 1—87.

онъ обязывается возвратить истцу только въ исключительномъ случаѣ, а именно при гибели вещи, лишаящей истца возможности вчинить *rei vindicat.*<sup>1)</sup> Послѣ *litis contest.* добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ уже какъ недобросовѣстный<sup>2)</sup>, ибо предъявленіе иска лишило его увѣренности въ правѣ собственности на вещь.

Послѣднее положеніе въ наукѣ оспаривается. Соглашаясь съ тѣмъ, что источники (см. п. 4) весьма ясно уподобляютъ *b. f. posses.* послѣ *litis contest.* недобросовѣстному владѣльцу, многіе ученые тѣмъ не менѣе не считаютъ себя въ правѣ признать такое всегдашнее превращеніе и подтвержденіе своего мнѣнія видятъ въ томъ, что въ частныхъ примѣненіяхъ отвѣтственности такое тождество не проведено строго (см. *Vangerow. Pand. 1 § 333 A. I.*). Дѣйствительно, искъ, вчиненный противъ добросовѣстнаго владѣльца, не можетъ всегда дѣлать его недобросовѣстнымъ уже потому, что онъ можетъ оставаться по прежнему убѣжденнымъ въ своемъ правѣ; одно же сомнѣніе въ правѣ во всякомъ случаѣ не есть недобросовѣстность (*Wächter. Pand. II p. 185*).

β) За плоды до *litis contest.* добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ только въ размѣрѣ еще наличныхъ въ моментъ предъявленія иска и не отвѣчаетъ за потребленные и за *fruct. percipiendi.* Послѣ *litis contestat.* отвѣтственность распространяется и на послѣднія двѣ категоріи плодовъ<sup>3)</sup>.

По рѣшенію нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, *mala fides superveniens*, — напр., купившій вещь узнаетъ позднѣе, что продавецъ не былъ собственникомъ, — лишаетъ права владѣльца на всѣ плоды и помимо вчиненнаго иска (напр., *L. 25 § 2 D. 22, 1; L. 48 § 1 D. 41, 1*). См. *Brinz. Zum Rechte d. bon. fid. poss. в Festgabe p. 105—111*.

б) *Защита* отвѣтчика противъ *rei vindicatio*, кромѣ общихъ мѣръ защиты противъ исковъ, какъ напр., ссылки на исковую погасительную давность, на *beneficium cessionis actionis* и т. п., — выражается особенно въ правѣ на два *exceptiones doli generalis*, а именно:

а) *Exceptio rei venditae et traditae*<sup>4)</sup>. Возраженіе это предполагаетъ, что самъ истецъ, или его наследодатель, передалъ отвѣтчику владѣніе вещью съ намѣреніемъ вмѣстѣ съ тѣмъ перенести и право собственности; но при всемъ томъ, это послѣд-

<sup>1)</sup> *L. 23 § 5 D. 6, 1; L. 49 D. 3, 5; L. 23 D. 12, 1; L. 30 pr. D. 19, 1.*

<sup>2)</sup> *L. 20 § 11; L. 25 § 7 D. 5, 3.*

<sup>3)</sup> *§ 2 J. 4, 2; L. 2 C. 7, 51.*

<sup>4)</sup> *Dig. 21, 3 de exceptione rei venditae et traditae.*

нее право остается за истцомъ или позднѣе имъ приобрѣтается, и вотъ на основаніи этого предъявляется *rei vindicatio*. Въ этихъ случаяхъ хотя отвѣтчикъ и не приобрѣтаетъ по *traditio* права собственности, но, тѣмъ не менѣе, можетъ противъ истца-собственника предъявить возраженіе о совершившейся продажѣ и передачѣ вещи, ибо истецъ не можетъ, въ противность собственной сдѣлкѣ, требовать вещи у отвѣтчика. Въ древнее время таковъ былъ случай неформальной продажи и передачи *rei mancipii*. Въ позднѣйшемъ времени сюда относились, напр., такіе случаи: несобственникъ продаетъ и передаетъ вещь и получаетъ продажную цѣну, позднѣе же, прибрѣвъ право собственности, предъявляетъ противъ покупателя *rei vindicatio* nem<sup>1)</sup>; или: несобственникъ отчуждаетъ вещь, а позднѣе ему наследуетъ собственникъ вещи, который и предъявляетъ противъ купившаго *rei vindicatio*<sup>2)</sup>. И друг.<sup>3)</sup> Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ въ предъявленіи иска заключается *dolus*, противъ котораго отвѣтчикъ имѣетъ *exceptio (doli)*, называемое *except. rei venditae et traditae*. *Exceptio* это—изъ числа *exceptiones peremptoriae*.

б) *Exceptio no novodu затратъ*. Если отвѣтчикъ сдѣлаетъ по спорной вещи затраты, *impensae*, то при извѣстныхъ условіяхъ онъ имѣетъ противъ *rei vind.* право на *exceptio doli*, которымъ осуществляетъ *jus retentionis* до тѣхъ поръ, пока ему не будутъ возмѣщены эти затраты. Такъ, добросовѣстный владѣлецъ имѣетъ право требовать вознагражденія за *impensae necessariae* и *utiles*, за послѣднія въ размѣрѣ дѣйствительно повышенной стоимости вещи. По *impensae voluptuosae* онъ имѣетъ *jus tollendi*. Недобросовѣстный владѣлецъ имѣетъ право на вознагражденіе только за *impensae necessariae*, ибо эти затраты долженъ былъ бы во всякое время сдѣлать самъ собственникъ<sup>4)</sup>; по остальнымъ же онъ можетъ осуществить только *jus tollendi*<sup>5)</sup>. Владѣлецъ по деликту (воръ)<sup>6)</sup> не имѣлъ права на вознагражденіе ни по какимъ затратамъ, а могъ только взять внесенное имъ. Но *jus tollendi* во всѣхъ случаяхъ было подчинено многимъ условіямъ. Такъ, осуществленіе его не должно было вре-

1) L. 1 pr. L. 2 D. 21, 3; L. 17 D. 21, 2; L. 72 D. 6, 1.

2) L. 1 § 1 D. 21, 3; L. 73 D. 21, 2; L. 14 C. 8, 32; L. 14 C. 8, 45.

3) См. у *Arnolds*. *Pandekt.* § 168 Anm.

4) *Leist.* въ *Civilist. Studien.* II. 2 p. 20, 21.

5) L. 27 § 5; L. 30; L. 37, 38 D. 6, 1; L. 5, 16 C. 8, 32; § 30—34 J. 2, 1.

6) L. 18 D. 18, 1; L. 1 C. 8, 52.

дять главной вещи <sup>1)</sup>, отвѣтчикъ долженъ былъ имѣть въ немъ интересъ <sup>2)</sup>, наконецъ, собственникъ могъ остановить его, уплативъ стоимость подлежащаго выносу <sup>3)</sup>.

Цѣну, уплаченную отвѣтчикомъ за вещь, онъ, по общему началу <sup>4)</sup>, не можетъ требовать отъ истца <sup>5)</sup>.

*Actio negatoria* <sup>6)</sup> (*vel negativa*) былъ такой вещный искъ, которымъ собственникъ защищался въ мирномъ отправленіи своего права противъ частичнаго нарушенія его со стороны третьяго лица. Искъ этотъ выражается въ формѣ отрицанія права отвѣтчика, откуда и самое его названіе <sup>7)</sup>. Нарушеніе это можетъ состоять или въ томъ, что третье лицо присваиваетъ себѣ какое либо право на вещь, ограничивающее собственность, напр., какой либо сервитутъ <sup>8)</sup>, или вообще какимъ либо фактическимъ воздѣйствіемъ препятствуетъ свободному распоряженію и пользованію вещью <sup>9)</sup>, напр., не убираетъ упавшее на со-сѣдній участокъ дерево. Этотъ же искъ примѣняется и въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ участниковъ общей собственности предпринимаетъ самовольно какія либо мѣры по общей вещи <sup>10)</sup>.

Многіе ученые, особенно въ прежнее время (см., напр., *Di Roï* въ *Archiv für civ. Pr.* VI p. 298), не считали *actio negatoria* за искъ, вытекающій изъ права собственности, а за искъ сервитутный; поэтому въ учебникахъ его нерѣдко излагаютъ въ отдѣлѣ о сервитутахъ, а не о собственности (напр., *Vangerow. Pand. I* § 353). На это мнѣніе подавало поводъ одно мѣсто, помѣщенное во главѣ титула о сервитутныхъ искахъ, гдѣ говорилось, что сервитутными исками будутъ *actio confessoria*, а за тѣмъ *act. negatoria* (L. 2 pr. D. si servit. 8, 5); но въ виду несомнѣнно ясныхъ выраженій другихъ мѣстъ источниковъ, по которымъ *actio negatoria* предоставляется и въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ рѣчи о притязаніи отвѣтчика на сервитутъ (L. 14 § 1 D. 8, 5 ср. съ L. 26 D. 8, 2), вышеприведенное мѣсто нельзя толковать такъ исключительно.

<sup>1)</sup> L. 38 in med. D. 6, 1.

<sup>2)</sup> L. 38 D. 6, 1: neque malitiis... officias.

<sup>3)</sup> L. 38 D. 6, 1: Constituimus vero... potestas.

<sup>4)</sup> Ср. L. 14, 16 C. 5, 71.

<sup>5)</sup> L. 3, 23 C. 3, 32; L. 2 C. 6, 2.

<sup>6)</sup> Dig.: 7, 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur; 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.—*Puchta. Ueber die Negatorienklage* въ *Kleine civilistische Schriften* p. 148 — 166; *Seitz. Zur Kritik der heut. Negatorien u. Confessorienklage* 1873.

<sup>7)</sup> § 2 J. 4, 6.

<sup>8)</sup> L. 5 § 6 D. 7, 6; L. 2 pr. D. 8, 5.

<sup>9)</sup> L. 8 § 5 D. 8, 5.

<sup>10)</sup> L. 9 D. 8, 5.



*Actio negatoria in rem* могли осуществлять *utiliter* эффеивта <sup>1)</sup>, суперфициарій <sup>2)</sup> и залогоприниматель <sup>3)</sup>).

Если нарушение произошло при отправленіи чужого права, то отвѣтчикъ могъ *auctorem nominare*.

Истецъ долженъ доказать свое право собственности <sup>4)</sup> и фактъ его нарушенія отвѣтчикомъ. Отвѣтчикъ, ссылаясь путемъ возраженія, на принадлежащее ему право, напр., сервитутъ, ограничивающее собственность истца, долженъ доказать пріобрѣтеніе этого права <sup>5)</sup>. Въ случаѣ право это уже погашено въ моментъ предъявленія иска, то на истцѣ лежитъ доказательство этого погашенія путемъ *replicatio*.

Многіе ученые полагаютъ, что истецъ по *negat. actio* обязанъ доказать несуществованіе присвоимаго отвѣтчикомъ права (напр., *Pape* въ *Linde's Zeitschr.* 16, 6; *Demangeat Droit rom.* p. 495—497). Нѣкоторые писатели допускаютъ это воззрѣніе съ разными оговорками (см. *Glück. Erläut.* 10 p. 254 и слѣд.; *Brinz. Pand.* 1 p. 238). Но едва ли подобное воззрѣніе основательно. Основаніе даннаго иска есть право собственности; въ немъ и заключается понятіе неограниченности. Поэтому достаточно доказать наличность этого права, чтобы и всѣ общія предположенія, въ немъ заключающіяся, были признаны. Претендующій на право, отмѣняющее данныя общія предположенія, долженъ и доказать его установленіе. Мѣста, приводимыя въ защиту противнаго, а именно L. 5 pr. D. 7, 6; L. 8 § 3 D. 8, 5; L. 15 D. 39, 1, какъ доказано теперь тщательнымъ толкованіемъ, служатъ доказательствомъ ему не могутъ (см. *Windscheid. Pand.* I § 198 п. 16).—Далѣе, со временъ глоссаторовъ было весьма распространено воззрѣніе (см. *Landsberg. Die Glosse d. Accursius* p. 321), что владѣющій собственникъ при нарушеніяхъ, ведущихъ къ *act. negat.*, обязанъ доказать лишь свое владѣніе, въ силу котораго презумируется самая собственность. Источники ничего подобнаго не говорятъ и нѣтъ никакихъ основаній облегчать собственнику доказываніе своего права (см. *Puchta cit.* p. 155—161).

Цѣль предъявленія негаторнаго иска состояла въ томъ, чтобы судья призналъ за собственникомъ свободное отъ притязаній отвѣтчика право собственности, приговорилъ къ возстановленію соответствующаго состоянія <sup>6)</sup>, уплатѣ убытковъ <sup>7)</sup> и предоставленію *cautio de non amplius turbando*, обезпече-

<sup>1)</sup> L. 16 in f. D. 8, 1.

<sup>2)</sup> L. 3 § 3 in f. D. 39, 1.

<sup>3)</sup> L. 16 init. D. 8, 1.

<sup>4)</sup> L. 5 pr. in f. D. 7, 6.

<sup>5)</sup> *Pagenstecher cit.* p. 181; *Arndts. Pand.* § 169 п. 4. И др.

<sup>6)</sup> L. 8 C. 3, 34.

<sup>7)</sup> L. 5 § 6 D. 7, 6; L. 4 § 2; L. 9 pr. D. 8, 5.

нія въ томъ, что не будетъ повторено данное нарушение права<sup>1)</sup>).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ не можетъ доказать своего права собственности, но докажетъ, что приобрѣлъ вещь *justo titulo*, то къ *negatoria actio* примѣняются начала *Publiciana in rem actionis*, а именно: противъ отвѣтчика, не могущаго доказать установленіе присвоемаго права *justo titulo*, или если ему будетъ доказана *mala fides* при притязаніи на данное право, осуществляется *negatoria Publiciana actio*.

Такъ полагаетъ теперь большинство ученыхъ (см. *Vangerow. Pand. p. 354*); но Пухта (*cit.*) не находилъ ни одного мѣста въ источникахъ, которое оправдывало бы такое распространеніе *Publiciana in rem actionis*.

При полномъ нарушеніи права собственности истецъ, чтобы вернуть владѣніе вещью, долженъ доказать свое право собственности на нее, хотя бы отвѣтчикъ былъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Затруднительность во многихъ случаяхъ такого доказыванія и въ то же время чувство справедливости вынудили претора отыскать средство въ защиту лица, имѣвшаго болѣе правъ на владѣніе вещью, чѣмъ отвѣтчикъ. Такимъ средствомъ и было

*Actio Publiciana in rem*<sup>2)</sup>),—Выше мы видѣли, что по преторскому праву лицо, владѣвшее вещью *ad usucapionem* и потерявшее владѣніе, могло вчинить искъ противъ всякаго третьяго владѣвшаго ею, но не по титулу давности, искъ на выдачу ему вещи. Искъ этотъ былъ *actio Publiciana in rem*. Онъ основывался на той фикціи, что начавшаяся давность въ моментъ потери владѣнія истцомъ уже исполнилась<sup>3)</sup>. Искомъ этимъ естественно могъ воспользоваться и настоящій собственникъ вещи<sup>4)</sup>, когда ему, съ одной стороны, трудно было доказать собственность, а съ другой, отвѣтчикъ не могъ сослаться на *possessio ad usucapionem*<sup>5)</sup>).

Многіе писатели думали, что въ основѣ Публиціанова иска слѣдуетъ предполагать особый видъ собственности, а именно фиктивную собственность, *dominium fictum seu putativum*, или преторскую собственность (см. *Glück.*

<sup>1)</sup> L. 12 D. 8, 5.

<sup>2)</sup> Dig. 6, 2 de Publiciana in rem actione.—Литература весьма обширная. Изъ новѣйшихъ трудовъ: *Schubert. Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio* 1873; *Huschke. Das Recht der Publicianischen Klage* 1874.

<sup>3)</sup> Gajus 4, 36; § 4 J. 4, 6; L. 7 § 6 D. 6, 2.

<sup>4)</sup> L. 7 § 7 D. 6, 2.

<sup>5)</sup> Ср. *Huschke cit. p. 76, 77.*

Erläuter. d. Pand. 8 p. 356 и слѣд.). Но основаніемъ этого иска была не собственность, а простое владѣніе ad usucarionem, на защиту котораго преторъ Публицій распространилъ исковую формулу для защиты собственности тѣмъ, что ввелъ фикцію выполненнейшей давности. Такъ и сами римляне никогда не называли собственностью право, лежавшее въ основѣ этого иска (см. *Böcking. Pand. 2 § 137*) — Если искъ этотъ разсматривается здѣсь въ числѣ средствъ защиты собственности, то потому, что онъ образованъ по образцу исковъ о собственности, какъ то указываютъ его предположенія, и, кромѣ того, онъ ведетъ къ однѣмъ и тѣмъ же матеріальнымъ цѣлямъ (см. *Ragenstecher. cit. 3 p. 3, 4*).

*Условія этого иска:* I. а) Истецъ долженъ былъ пріобрѣсти вещь *justo titulo* и затѣмъ потерять владѣніе<sup>1)</sup>. Но позднѣе этотъ искъ можно было предъявить и въ тѣхъ случаяхъ, когда собственность пріобрѣталась не черезъ владѣніе<sup>2)</sup>, а по т. наз. *transitus legalis*, напр., по легату, по наследованію. Въ послѣднихъ случаяхъ для предъявленія *actio. Public.* не требовалось предварительнаго владѣнія вещью.

б) Пріобрѣтенная истцомъ вещь должна быть изъ числа *res habiles*, т. е. способныхъ перейти въ собственность по *usucario*, давностному владѣнію<sup>3)</sup>. Поэтому, напр., искъ этотъ не можетъ быть направленъ на ворованную вещь.

б) *Bona fides* истца<sup>4)</sup>, но только въ моментъ пріобрѣтенія вещи<sup>5)</sup>.

При этомъ истецъ обязанъ доказать только первый пунктъ, а именно, что онъ пріобрѣлъ вещь *justo titulo*. Способность же вещи къ *usucario* и *bona fides* предполагаются сами собою и поэтому доказывать противное лежитъ на отвѣтчикѣ.

II. Предъявляется этотъ искъ противъ лицъ, которыя владѣютъ *re jure modo*, по низшему праву, а именно *sine titulo*, или и по титулу, по низшему, чѣмъ титулъ истца. Такъ его можно вчинить противъ владѣльца *vi et clam* или владѣльца *malae fidei*. Но нельзя вчинять *actio. Publician.* противъ владѣльца съ высшимъ титуломъ, а именно противъ собственника, который въ возраженіи на данный искъ докажетъ свое право собственности<sup>6)</sup>. Нельзя вчинять *actio. Public.* и противъ владѣльца съ рав-

<sup>1)</sup> L. 1 pr. L. 5; L. 7 pr. § 1—5, 16; L. 13 D. 6, 2.

<sup>2)</sup> L. 1 § 2; L. 7 pr.; L. 11 § 2; L. 12 § 1; L. 15 D. 6, 2.

<sup>3)</sup> L. 9 § 5; L. 12 § 4 D. 6, 2.

<sup>4)</sup> L. 7 § 7—17 D. 6, 2.

<sup>5)</sup> См. *Vangerow. Pand. 1 § 385 A. II, 1, d.*

<sup>6)</sup> L. 16, 17 D. 6, 2.

нымъ титуломъ; такъ, если истецъ и отвѣтчикъ приобрѣли bona fide отъ разныхъ auctores владѣніе спорною вещью, то дѣйствуетъ правило: *in pari causa potior est possessor*. Только если оба приобрѣли bona fide отъ одного и того же auctor'a, то преимущество имѣетъ тотъ, кому первому была передана вещь<sup>1)</sup>.

Въ случаѣ истецъ побѣдитъ, то приговоръ не заключаетъ въ себѣ признанія за нимъ лучшаго права собственности, а лишь признаніе за нимъ лучшаго права на владѣніе вещью и, соотвѣтственно съ этимъ, отвѣтчикъ обязывается выдать вещь *cum omni causa*. Относительно выдачи вещи, отвѣтственности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца, вознагражденія за *impensae*—къ *Publiciana actio* прилагаются начала *rei vindicationis*<sup>2)</sup>.

Послѣ вопроса объ охранѣ собственности остается разсмотрѣть послѣдній моментъ въ ея бытіи, а именно

### Прекращеніе права собственности.

Право собственности прекращается прежде всего во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ его переходитъ по одному изъ признанныхъ положительнымъ правомъ способу въ собственность другого лица. Но помимо приобретенія другимъ, собственность теряется еще въ слѣдующихъ случаяхъ: I. По волѣ самого собственника, а именно при *derelictio*<sup>3)</sup>. Оставленіе должно сопровождаться намѣреніемъ собственника отказаться отъ вещи; поэтому, если оставленіе было вынужденное, напр., будутъ выброшены за бортъ корабля вещи во время бури<sup>4)</sup> или просто потеряны<sup>5)</sup>, то право собственности не прекращается. Въ случаѣ сомнѣнія, была ли вещь потеряна или оставлена, дѣйствовало правило, что намѣреніе произвести *derelictio* никогда не предполагается; за него должны говорить положительные факты<sup>6)</sup>. Особый случай прекращенія собственности по *derelictio* представляетъ оставленіе собственникомъ безъ обработки участка, обложеннаго налогами. Участокъ этотъ поступаетъ въ собствен-

1) L. 9 § 4 D. 6, 2 ср. L. 31 § 2 D. 19, 1.

2) L. 7 § 8 D. 6, 2.

3) § 47 J. 2, 1; L. 17 § 1 D. 41, 2; Dig. 41, 7 pro derelicto.

4) § 48 J. 2, 1; L. 9 § 8 D. 41, 1 ср. L. 18 C. 6, 2.

5) L. 43 § 7, 8 D. 47, 2.

6) Arg. § 48 J. 2, 1 и L. 25 pr. D. 22, 3.

ность тому, кто приступитъ къ его обработкѣ и не получитъ въ продолженіе двухъ лѣтъ вознагражденія отъ собственника за сдѣланныя затраты и выплаты<sup>1)</sup>. II. Помимо воли собственника: а) Когда онъ потерпитъ *capitis deminutio maxima*. Рабъ, какъ таковой, не способенъ имѣть ничего на правѣ собственности. *Capit. deminut. media* и *minima* въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ уже почти не имѣли вліянія на измѣненія въ имущественномъ положеніи. б) Уничтоженіе вещи или превращеніе ея въ *res extra commercium*. в) Убѣгъ дикаго животнаго, или когда прирученное животное теряетъ *consuetudinem revertendi*. г) Когда публичная рѣка измѣнитъ свое теченіе, то поземельные собственники теряютъ право собственности на полосу земли, подъ новымъ русломъ находящуюся<sup>2)</sup>. Но простое наводненіе, *inundatio*, не прекращаетъ права собственности даже временно<sup>3)</sup>.

Многіе писатели полагали, что на время наводненія отмѣняется право собственности на участки покрытые водой (напр. *Gesterding. Lehre v. Eigenthum* p. 215), каковое воззрѣніе находитъ себѣ подтвержденіе въ двухъ мѣстахъ Помпонія (L. 23 D. 7, 4; L. 30 § 3 D. 41, 1). Но теперь больше склоняются къ принятому нами мнѣнію, высказанному въ другихъ мѣстахъ источниковъ и внесенному Юстиніаномъ въ Институціи (см. *Frank. Wird durch eine Fluss-Ueberschwemmung das Eigenthumsrecht an den überschwemmten Grundstücken suspendirt?* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik d. heut. röm. u. deutsch. Privatr.* N. F. B. 9 p. 423—429).

д) *Occuratio bellica*. Общій взглядъ римлянъ на полное безправіе воюющихъ государствъ они строго, послѣдовательно прилагали и къ самимъ себѣ. Поэтому вещи, попавшія къ непріятелю, они считали вышедшими изъ собственности римскаго гражданина<sup>4)</sup>. Если эти вещи вновь отвоевывались римскимъ войскомъ, то, какъ добыча, онѣ поступали въ собственность римскаго государства и не возстановлялись прежнему собственнику<sup>5)</sup>. Но послѣднее правило смягчалось такъ наз. *jure postliminii*<sup>6)</sup>. Определенная категорія вещей пользовалась той привилегіей, что если онѣ вновь отвоевывались отъ непріятеля и поступали *intra praesidia Romana*, т. е. подъ охрану римскаго

<sup>1)</sup> L. 8 C. 11, 58.

<sup>2)</sup> L. 1 § 7; D. 43, 12; L. 7 § 5 D. 41, 1; § 23 J. 2, 1.

<sup>3)</sup> L. 1 § 9 D. 43, 12; L. 7 § 6 D. 41, 1; § 24 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 36 D. 11, 7.

<sup>5)</sup> L. 3 D. 49, 15.

<sup>6)</sup> L. 5 § 1 D. 49, 15.

государства, то предполагалось, что онѣ никогда не находились въ непріятельской добычѣ. Такими предметами были: поземельные участки<sup>1)</sup>; транспортныя суда частныхъ лицъ, употреблявшіяся на военныя цѣли<sup>2)</sup>; животныя (напр., лошади, мулы)<sup>3)</sup> и рабы<sup>4)</sup>, принадлежавшіе офицерамъ или солдатамъ и находившіеся при войскѣ. Оружіе не было въ числѣ этихъ предметовъ, ибо считалось позорнымъ для солдата терять его на войнѣ<sup>5)</sup>.

---

---

<sup>1)</sup> L. 36 D. 11, 7.

<sup>2)</sup> L. 2 pr. D. 49, 15.

<sup>3)</sup> L. 2 § 1 D. 49, 15.

<sup>4)</sup> L. 19 § 10 D. 49, 15.

<sup>5)</sup> L. 2 § 2 D. 49, 15.

## СЕРВИТУТНОЕ ПРАВО (SERVITUDES).

---

*Источники:* I. 2, 3 de servitutibus; Dig. 8, 1 de servitutibus; Cod. 3, 34 de servitutibus et aqua.

*Пособія:* *K. Luden.* Die Lehre von den Servituten. Gotha 1837; *E. Hoffmann.* Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte B. I. u. II Darmstadt 1838; *Elvers.* Die römische Servitutenlehre. Marburg. 1854—1856; *Schönemann.* Die Servituten. Leipzig. 1866; *I. P. Molitor.* La possession et les servitudes en droit romain 2 éd. Paris 1874.

### Понятіе сервитутовъ <sup>1)</sup>.

Подъ сервитутомъ (servitus) разумѣется такое право на чужую вещь, въ силу какового права опредѣленное лицо или всякій собственникъ опредѣленнаго недвижимаго имущества можетъ съ извѣстныхъ сторонъ отправлять на чужую вещь непосредственное господство, выражающееся или въ положительномъ, опредѣленномъ пользованіи ею, или въ ограниченіи другихъ (даже самаго собственника) въ опредѣленномъ же пользованіи.—По своему содержанію, сервитуты являются какъ бы составными частями собственности, самостоятельно установленными опредѣленнымъ правовымъ субъектамъ. На самомъ дѣлѣ, при такомъ установленіи не будетъ полного выдѣленія изъ собственности извѣстныхъ ея функцій въ пользу несобственниковъ; при сервитутахъ собственникъ можетъ отправлять

---

<sup>1)</sup> См. перечисленіе бывшихъ опредѣленій сервитута у *Schönemann* cit. p. 2 — 11, а затѣмъ *O'ner.* Der Servitutenbegriff nach römischem u. österreichischem Recht. 1884.—Римскіе источники не дали опредѣленія сервитута.

попрежнему всѣ тѣ функціи, которыя составляютъ содержаніе сервитутовъ, насколько только это отправленіе совмѣстимо съ правами управомоченнаго сервитутами<sup>1)</sup>. Сервитутъ можетъ только ограничивать собственника въ отправленіи опредѣленныхъ функцій его права<sup>2)</sup>.

Названіе *servitus* выражаетъ прежде всего мысль о служебномъ положеніи вещи, а затѣмъ и самое право, которое устанавливаетъ такое положеніе вещи. Въ древнемъ римскомъ правѣ сервитуты были единственными правами на чужую вещь, поэтому за ними осталось это наименованіе и въ позднѣйшія времена, когда появились другія *jura in re aliena*, ставящія вещь въ служебное положеніе. Въ одномъ, впрочемъ, мѣстѣ сервитутомъ названъ *superficies* (L. 88 § 4 D. 30(1), а въ другомъ—ограниченіе собственности по закону (L. 1 § 23 D. 39, 3).

Общее понятіе сервитутнаго права въ наукѣ крайне спорно (см., напр., *Vangerow. Pand. § 338 Anm. 1; Windscheid. Pand. I § 200 Anm. 3*). Иногда даже отказываются найти цѣлостное представленіе всѣхъ тѣхъ правъ, которыя извѣстны подъ названіемъ сервитутовъ (см. *Ofner. D. Servitutenbegriff 1884*). Чаше всего въ сервитутѣ видятъ выдѣленную изъ собственности какую либо составную ея часть, что ведетъ за собою интензивно къ уменьшенію собственности на эту ея функцію. Въ источникахъ иногда о сервитутахъ говорится, какъ о *pars domini* (L. 4 D. 7, 1; L. 76 § 2 D. 30(2), о *deminutio domini* (L. 5 § 9 D. 39, 1), но также часто отрицается въ нихъ значеніе частей собственности (L. 25 pr. D. 50, 16; L. 66 § 6 D. 31(2); L. 33 § 1 D. 7, 1).— Несомнѣнно, что по содержанію сервитутъ представляетъ отправленіе одной изъ функцій, лежащей въ правѣ собственности, но это не значитъ, чтобы сервитутъ самъ по себѣ былъ одною изъ составныхъ частей собственности. Онъ есть право на чужую вещь, въ своемъ отправленіи болѣе или менѣе только ограничивающее собственность въ ея функціяхъ. Въ однихъ случаяхъ эти ограниченія могутъ доходить до полнаго лишенія собственника опредѣленной функціи его права (напр., *usufructus*; въ этихъ случаяхъ источники выражаются о *dominium*, какъ о собственности «*detracto usufructu*», называютъ ее *proprietas «nuda»* и т. п. L. 36 § 1; L. 46 pr.; L. 72 D. 7, 1; L. 35 pr. D. 6, 1), въ другихъ собственникъ на ряду съ управомоченнымъ сервитутомъ отправляетъ свои функціи въ полномъ ихъ составѣ (право прохода). Таково господствующее теперь воззрѣніе на природу сервитутовъ. Оно выходитъ изъ предполагаемаго права собственности на предметъ сервитута (см., напр., *Arndts. Pand. § 175; Kuntze. Cursus § 524; Laurent. Dr. civ. 6 p. 441*). Но нѣкоторые новѣйшіе ученые устраняютъ всякое отношеніе сервитутовъ къ собственности. На ограниченіе собственности сервитутами они смотрятъ, какъ на возможное ихъ послѣдствіе, но не какъ на сущность ихъ.

<sup>1)</sup> *Elvers cit. p. 81.*

<sup>2)</sup> См. *Puchta. Von dem Verhältniss des Eigenthums zu den Servituten* въ *Rhein. Museum für Jurisprudenz Jahrg. 1 Heft. 4.*



По опредѣленію Виндшейда (Pand. I § 200 Anm. 3 in. f.), сервитуты суть права не собственника—и больше ничего. Но такое самостоятельное понятіе сервитутовъ, отрѣшенное отъ представленія о правѣ собственности, можно было бы считать доказаннымъ, если бы пришлось признать сервитуты на безхозяйныя вещи (см. *Elvers cit.* p. 29, 30; 752—757). Доказывая послѣднее, иногда доходятъ до утверженія, что въ историческомъ развитіи правовыхъ институтовъ сервитуты появились ранѣе собственности (*Schönemann cit.* p. 17—23). Намъ кажется, что тутъ недоразумѣніе. До собственности мыслимо только фактическое отправление того пользованія, которое позднѣе составляло содержаніе сервитута; какъ правовой же институтъ, сервитутъ могъ появиться только въ періодъ рѣзко очерченной собственности; ибо право, а не голый фактъ, пользованія вещью можетъ только относиться къ другому высшему праву. О теоріи Шенеманна подробнѣе см. у Дорна Объ узурфруктѣ по римскому праву 1871, стр. 27 и слѣд.

Сервитуты, представляющіе управомоченному положительное опредѣленное пользованіе чужою вещью, принято называть *servitutes affirmativae*. Сервитуты, дающіе только право извѣстнымъ образомъ ограничивать собственника въ его пользованіи вещью, называютъ *servitutes negativae*<sup>1)</sup>.

По отправленію сервитутнаго права теперь принято всѣ сервитуты дѣлить на *servitutes continuae* и *discontinuae*. Подъ первыми разумѣются сервитуты, которыхъ отправление непрерывно, подъ вторыми—которыхъ отправление періодично<sup>2)</sup>.

### Общія начала сервитутнаго права.

Для всѣхъ сервитутовъ дѣйствуютъ слѣдующія общія начала:

*Servitus in faciendo consistere non potest*, т. е. сервитутъ не можетъ состоять въ правѣ требовать опредѣленныхъ положительныхъ дѣйствій. Это начало необходимо вытекаетъ уже изъ вещнаго характера сервитутовъ. Непосредственное содержаніе всякаго вещнаго права состоитъ въ правѣ совершать что либо, а не въ правѣ на дѣйствія другихъ. Поэтому сервитутъ не можетъ состоять *in faciendo*, такъ какъ въ этомъ случаѣ положительнымъ элементомъ, въ которомъ выразилась бы воля управомоченнаго, было бы дѣйствіе другого, а не вещь. Это же слѣдуетъ и изъ особеннаго свойства всѣхъ *jura in re aliena*,

<sup>1)</sup> См. L. 15 § 1 D. 8, 1.

<sup>2)</sup> См. L. 14 pr. D. 8, 1; L. 6 D. 8, 2.

заключающихъ въ себѣ ограниченіе собственности. Собственность же вмѣщаетъ два класса правъ: предпринимать дѣйствія по вещи и запрещать воздѣйствіе на нее третьимъ лицомъ<sup>1)</sup>. Поэтому сервитутъ, какъ право на чужую вещь, можетъ ограничивать собственника въ томъ, чтобы онъ воздерживался отъ извѣстныхъ распоряженій по своей вещи, или допущалъ то или другое воздѣйствіе на свою собственность управомоченнаго сервитутомъ, т. е. ограниченія для собственника могутъ по сервитуту состоять или *in non faciēdo*, или *in patiēdo*<sup>2)</sup>, и никогда *in faciēdo*.

*Servitus servitutis esse non potest*<sup>3)</sup>; это начало можно понимать двоякимъ образомъ: 1) сервитутъ не можетъ быть предметомъ сервитутнаго права, на сервитутъ нельзя установить сервитута, или 2) на вещь, обремененную уже сервитутомъ, нельзя установить третьему такого сервитута, который ограничивалъ бы первый. Первое невысказано потому, что сервитутъ на сервитутъ нельзя отличить отъ сервитута на самую вещь. Лицо, желающее установить сервитутъ на сервитутъ, тѣмъ необходимо устанавливаетъ сервитутъ на самую вещь, чего не имѣлось непосредственно въ намѣреніи этого лица<sup>4)</sup>. Нельзя установить сервитута и прямо на вещь, уже обремененную сервитутомъ, если тѣмъ уменьшается право прежде управомоченнаго имъ. Но если на это воспослѣдуетъ согласіе сторонъ или новый сервитутъ третьяго лица не ограничиваетъ прежняго, то нѣтъ основанія воспрепятствовать установленію новыхъ сервитутовъ (напр., уступленъ А. узупруктъ; по тому же участку можно въ пользу хозяевъ сосѣдняго участка установить *servitus altius non tollēdi*).

Въ прежнее время нѣкоторые писатели допускали возможность установленія сервитута на сервитутъ въ первомъ смыслѣ (см. у *Hoffmann* cit. p. 12—15); въ новое же время многіе допускаютъ сервитутъ на сервитутъ во второмъ смыслѣ, причемъ одни безъ всякихъ оговорокъ считаютъ прежній принципъ сорваннымъ (см. у *Vangerow*. Pand. I § 338 Anm. 2, 3); другіе—съ оговоркой сдѣланной нами, но нѣкоторые не допускаютъ такого установленія, которое ограничивало бы права прежде установленнаго сервитута, хотя

<sup>1)</sup> См. *Vangerow*. Pand I § 338 Anm. 2.

<sup>2)</sup> L. 15 § 1 D. 8, 1: *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat, aut non faciat.*

<sup>3)</sup> L. 1 D. 33, 2 ср. L. 33 § 1 D. 8, 3.

<sup>4)</sup> См. *Hoffmann* cit. p. 9, 10.

бы съ согласія управомоченнаго (см. *Wächter. Pandekt.* II p. 217). Основаніемъ послѣднему воззрѣнію служить совсѣмъ непонятное положеніе Ульшана (L. 15 § 7 in fin. D. 7, 1), что собственникъ не можетъ установить сервитута даже съ согласія прежде управомоченнаго сервитутомъ (узупфруктуарія), коль скоро этимъ ограничивается право послѣдняго (L. 16 eod.). Была масса попытокъ объяснить это мѣсто источниковъ (см. *Arndts. Pand.* § 179 п. 5).

*Nemini res propria servit*, т. е. никто не можетъ имѣть сервитута на собственную вещь<sup>1)</sup>. Сервитуты суть права на чужую вещь, и всѣ функціи ихъ уже заключаются въ понятіи собственности; поэтому нельзя говорить объ особомъ сервитутномъ правѣ на вещь на ряду съ правомъ собственности на нее. Но спрашивается: можно ли пріобрѣсти сервитутъ на недвижимое имущество, по которому намъ принадлежитъ только участіе въ общей собственности pro indiviso? По вѣрному рѣшенію установить такого сервитута нельзя, такъ какъ это значило бы установить сервитутъ въ части, а сервитуты по общему началу недѣлимы, какъ это гласитъ слѣдующее за симъ общее положеніе.

Поставленный вопросъ въ литературѣ былъ спорнымъ. По мнѣнію однихъ ученыхъ (напр., *Luden cit.* p. 16, 17), condominium'у могъ быть установленъ сервитутъ въ общей вещи (L. 10 D. 7, 9; L. 40 D. 8, 2); причемъ вещь эта будетъ служить собственнику насколько онъ не будетъ ея собственникомъ. Но такое мнѣніе явно противорѣчитъ общему началу недѣлимости сервитутовъ (L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 26 D. 8, 2; L. 6 § 1 D. 8, 4). Поэтому другіе ученые (напр., *Molitor cit.* p. 301, 302) вполне основательно не допускаютъ такого установленія сервитута на общую собственность, допуская лишь сохраненіе уже до установленія общей собственности состоявшихся сервитутовъ (L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 140 § 2 D. 45, 1).

Сервитуты, за исключеніемъ т. наз. ususfructus, недѣлимы<sup>2)</sup>: *servitutes dividi non possunt*<sup>3)</sup>, т. е. часть сервитута не можетъ имѣть самостоятельнаго правового существованія. Начало это коренится въ самой природѣ вещей: нельзя себѣ представить части сервитута, напр., прохода, и въ части его осуществлять. Равнымъ образомъ нельзя пріобрѣсти сервитутъ для интеллектуальной части какого либо участка<sup>4)</sup> и отъ интеллектуальной

<sup>1)</sup> L. 5 § 1 D. 7, 6; L. 33 § 1 D. 8, 3; L. 26 D. 8, 2:.... nulli... res sua servit. Ср. *Hartmann* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 17 p. 91, 92.

<sup>2)</sup> L. 1 § 9 D. 35, 2. См. *Heinselmann D. Untheilbarkeit d. Servituten.* Nördlingen 1852.

<sup>3)</sup> *Fragn. S. Pomponii* въ *Бонскомъ Corpus juris* p. 168

<sup>4)</sup> *Servitus per partes acquiri non potest.* L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 6 § 1 D. 8, 4;

части другого участка, ибо юридическое дѣленіе этихъ участковъ будетъ касаться всякой ихъ частицы, поэтому невозможно отправлять, напр., сервитутъ прохода на интеллектуальную часть участка и въ пользу части другого. Отсюда вытекаетъ, напр. <sup>1)</sup>, слѣдующіе выводы <sup>2)</sup>. Если участокъ, въ пользу котораго былъ установленъ сервитутъ, напр., прохода, поступитъ по наслѣдству въ собственность нѣсколькихъ лицъ, то всѣ они до раздѣла имѣютъ полное нераздѣльное право этого сервитута <sup>3)</sup>. Участникъ въ общей собственности не можетъ безъ согласія остальныхъ condominii ни приобрѣсти, ни установить сервитута <sup>4)</sup>. Равнымъ образомъ и отказъ одного изъ участниковъ не влечетъ за собой прекращеніе сервитута <sup>5)</sup>. При раздѣлѣ же общей собственности прежній сервитутъ нераздѣльно переходитъ на каждую часть <sup>6)</sup>.

*Sine utilitate servitus consistere nequit*, т. е. сервитутъ долженъ доставлять интересъ (*utilis esse*) управомоченному имъ субъекту. — Сервитутъ не можетъ состоять въ томъ, чтобы собственникъ отказывалъ себѣ въ чемъ либо, не имѣющемъ для другого лица никакого интереса <sup>7)</sup>. Такъ напр., будетъ недействителенъ сервитутъ, по которому выговаривается, чтобы собственникъ не имѣлъ права проходить по своему участку. Свойство интереса безразлично; онъ можетъ представлять имущественное значеніе, можетъ и не представлять его; такъ, можно приобрѣтать сервитуты только съ цѣлями удобства, удовольствія, напр., *servitus ne prospectui officiatur*, которымъ устанавливается обязанность сосѣда не закрывать постройками вида; и т. п. <sup>8)</sup>.

### Виды сервитутовъ.

Прежде всего сервитуты подраздѣляются на личные сервитуты (*personarum s. hominum s. personales servitutes, serv. in personam constitutae*) и вещные сервитуты (*rerum s. praediorum*

<sup>1)</sup> Полное перечисленіе см. у *Vangerow*. Pand. I § 340 Anm. 2.

<sup>2)</sup> См. *Wächter*. Pand. II § 151.

<sup>3)</sup> L. 17 D. 8, 1.

<sup>4)</sup> L. 2 D. 8, 1; L. 11, 19, 31 D. 8, 3; L. 5; L. 6 § 1, 3; L. 18 D. 8, 4; L. 4 § 3 D. 8, 5; L. 3 D. 33, 3; L. 140 § 2 D. 45, 1.

<sup>5)</sup> *Servitus per partem retinetur* L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 30 § 1 D. 8, 2; L. 34 pr. D. 8, 3.

<sup>6)</sup> L. 23 D. 8, 3; L. 25 D. 8, 3; L. 6 § 1 D. 8, 6.

<sup>7)</sup> L. 15 pr. D. 8, 1: *quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet* cp. L. 19 eod.

<sup>8)</sup> L. 3, 15, 16 D. 8, 2; L. 8 § 1 D. 8, 5; L. 3 D. 43, 20.

servitutes, serv. in rem constitutae, jura praediorum). Дѣленіе это основывается на различіи цѣлей тѣхъ и другихъ сервитутовъ. Первыми имѣется въ виду установить опредѣленному лицу, физическому или юридическому, на время его существованія то или другое пользованіе даннымъ имуществомъ, т. е. это имущество предназначается служить личнымъ интересамъ собственника. Вторые предназначаются служить интересамъ опредѣленнаго недвижимаго имущества. Сосѣднія недвижимости (земли или дома) могутъ для удовлетворенія своихъ нуждъ имѣть необходимость во взаимномъ пользованіи выгодами другъ отъ друга (проходъ, проведеніе воды, спускъ дождевой воды съ крыши и т. д.). Такое пользованіе и устанавливается путемъ сервитутовъ, которые такъ же, какъ и первые, имѣютъ своимъ субъектомъ собственниковъ недвижимостей, но не данныхъ опредѣленныхъ собственниковъ, а cadaго собственника данныхъ имуществъ, что по связи съ выгодами послѣднихъ и выражается въ принадлежности сервитутовъ какъ бы самимъ praedia<sup>1)</sup>.—Но, конечно, права, которыя обыкновенно составляютъ содержаніе вещныхъ сервитутовъ, могутъ быть установлены въ качествѣ личныхъ сервитутовъ, коль скоро они рассчитаны на доставленіе выгоды лицу, какъ таковому, безъ связи съ правомъ собственности на опредѣленный участокъ.

Въ прежнее время (см., напр., *Hoffmann cit.* I p. 197—200), рядомъ съ вещными и личными сервитутами создавали еще категорію т. наз. *servitutes irregulares*, подъ которыми чаще всего разумѣлись сервитуты обыкновенно поземельные по фактическому своему содержанію въ роли личныхъ сервитутовъ, какъ напр., *usus aquae* L. 37 D. 8, 3, *usus transeundi* L. 6 D. 33, 3 (см. о нихъ *Zachariae v. Lingenthal: Ueber die sog. irregulären Personalservituten* въ *Archiv. f. civil. Praxis* 27 Nr. 1 p. 1—56; *Cohnfeldt. Die sog. irregulären Servituten nach Röm. Recht* Leipzig. 1862). Но теперь большинство ученыхъ (*Cohnfeldt cit.* p. 47; *Arndts. Pand.* § 177; *Windscheid Pand.* I, § 202 а. 2) отвергаютъ эту новую категорію сервитутовъ, хотя въ объясненіи ихъ и расходятся. Чаще всего въ сервитутахъ, которые по содержанію обыкновенно относятся къ вещнымъ, но въ данномъ случаѣ отвѣчаютъ лишь интересамъ даннаго лица, видятъ настоящіе личные сервитуты. Дѣйствительно, коль скоро они личные сервитуты, то они не могутъ подпадать правиламъ вещныхъ сервитутовъ, такъ какъ мѣра ихъ отправленія опредѣляется тогда только интересомъ уполномоченнаго лица (ср. *Vangerow. Pand.* 1 § 339 Anm. 1).

<sup>1)</sup> См. *Puchta. Vorlesung.* § 27; *Savigny. System* § 103.

Разсмотримъ каждый разрядъ сервитутовъ въ отдѣльности. Начинаемъ съ сервитутовъ вещныхъ, какъ болѣе древней, а потому и основной формѣ сервитутнаго права <sup>1)</sup>. И самое слово *servitus* долго примѣнялось только къ этому классу сервитутовъ, а другіе обозначались по признакамъ предоставляемыхъ ими правъ пользованія <sup>2)</sup>.

*Общая начала.* — *Вещные сервитуты, servitutes praediorum*, суть сервитуты, предназначенные служить интересамъ участка, *praedium*, тѣми или другими свойствами другого участка. Участокъ, въ пользу котораго устанавливается сервитутъ, называется *praedium dominans, cui servitus debetur* <sup>3)</sup>, а служащій ему своими свойствами — *praedium serviens* или *servum* <sup>4)</sup>. Сервитуты эти, какъ видно изъ опредѣленія, тѣсно связаны съ данными участками. Отсюда выходитъ, что вещный сервитутъ не можетъ быть отдѣленъ отъ участка; собственникъ послѣдняго не можетъ переносить его съ одной вещи на другую или предоставлять отправление сервитута третьему лицу <sup>5)</sup>, ибо вещный сервитутъ долженъ служить цѣлямъ только даннаго участка <sup>6)</sup>. Поэтому же сервитуты эти переходятъ на cadaго новаго пріобрѣтателя участка и прекращаются, кромѣ соглашенія о томъ и давности, только съ уничтоженіемъ господствующаго и служащаго участковъ. Они по правилу не могутъ быть установлены на срокъ, или подъ револютивнымъ условіемъ. Наступленіе того или другого не ведетъ къ прекращенію сервитута *ipso jure* <sup>7)</sup>. Слѣдующія общія начала выставляютъ римское право для всѣхъ вещныхъ сервитутовъ:

а) Для осуществленія вещнаго сервитута требуется, чтобы онъ былъ полезенъ господствующему участку (*praedio utilis*), т. е. имѣлъ бы цѣну для cadaго владѣльца, какъ таковаго, со стороны пользованія этимъ участкомъ <sup>8)</sup>. Но установленію вещнаго сервитута не можетъ препятствовать то, что какому

<sup>1)</sup> *M. Voigt. Ueber d. Bestand. u. d. historische Entwicklung d. Servituten u. Servitutenklagen. Leipzig 1874.*

<sup>2)</sup> См. *Gajus* 2, 14; *Frag. Vatic.* § 54; *L. 1 pr. D. 7, 6*; *L. 9 § 7 D. 4, 2*; *L. 2 pr. D. 8, 5*. См. *Ofner. D. Servitutenbegriff* p. 1, 2.

<sup>3)</sup> См. *L. 4 § 3 D. 8, 5*; *L. 6 § 1*; *L. 12 § 13 D. 8, 6*.

<sup>4)</sup> См. *L. 20 § 1 D. 41, 1*; *L. 8 D. 19, 1*.

<sup>5)</sup> *L. 24 D. 8, 3*.

<sup>6)</sup> *L. 5 § 1*; *L. 6 pr. § 1 D. 8, 3*.

<sup>7)</sup> *L. 4 D. 8, 1*. См. ниже.

<sup>8)</sup> См. *Biagio Brugi. Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali. St. IV. Il requisito della utilità nella servitù prediale* въ *Archivio giuridico* vol. 33 1884 p. 237—316.

либо временному владѣльцу по личнымъ условіямъ случайно не представляется возможности пользоваться даннымъ сервитутомъ <sup>1)</sup>). Что касается свойства пользы, предоставляемой служащимъ участкомъ, то она можетъ состоять хотя бы только въ возвышеніи удобства <sup>2)</sup>).

б) Для выполненія перваго требованія необходимо, чтобы участки были сосѣдніе, *praedia vicina* <sup>3)</sup>), т. е. въ такомъ разстояніи другъ отъ друга, чтобы данный сервитутъ могъ дѣйствительно доставлять пользу. Это не значитъ, чтобы участки непременно тѣсно прилегали другъ къ другу; такъ, сервитутъ прохода могъ быть установленъ и тогда, если участки, напр., раздѣляются рѣвкой и черезъ нее перекинуть мостъ <sup>4)</sup>). Требуется только, чтобы *praedium dominans* и *serviens* были такъ расположены, чтобы отправленіе реального сервитута по данному участку могло доставить интересъ всякому владѣльцу господствующаго участка, а это возможно бываетъ и тогда, когда участки будутъ находиться въ значительномъ разстояніи другъ отъ друга; юридически они въ этихъ случаяхъ будутъ считаться *praedia vicina* <sup>5)</sup>).

в) *Omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent* <sup>6)</sup>), т. е. вещный сервитутъ можетъ быть установленъ лишь тогда, когда служащій участокъ способенъ доставлять господствующему участку выгоду не временную или случайную, а своими постоянными свойствами. Такъ напр., сервитутъ пользованія водою можетъ быть установленъ отъ живого источника, а не отъ пруда, цистерны, въ которой вода легко изсякаетъ <sup>7)</sup>).

Иногда свойства служащаго участка допускаютъ, по разсматриваемому признаку, установленіе одного сервитута и не допускаютъ установленіе другого сервитута. Напр., нельзя устанавливать сервитутъ водопровода (*aquaeductus*) изъ озера, но возможенъ сервитутъ проѣзда по немъ (*serv. navigandi*) <sup>8)</sup>). Все зависитъ отъ того, истощаетъ ли своимъ содержаніемъ сервитутъ служебныя свойства участка или нѣтъ.

<sup>1)</sup> L. 19 D. 8, 1.

<sup>2)</sup> Но см. L. 8 пр. L. 15 пр. D. 8, 1 ср. L. 19 D. 8, 1; L. 3 пр. D. 43, 20.

<sup>3)</sup> L. 5 § 1 D. 8, 3; L. 12 D. 20, 1.

<sup>4)</sup> L. 1 пр. D. 8, 2; L. 38 D. 8, 3.

<sup>5)</sup> *Vangerow. Pand. I § 340 Anm. 2 n. 2.*

<sup>6)</sup> L. 28 D. 8, 2.

<sup>7)</sup> L. 28 D. 8, 2; L. 1 § 5 D. 43, 20; L. 1 § 4 D. 43, 24.

<sup>8)</sup> Срав. L. 28 D. 8, 2 съ L. 23 § 1 D. 8, 3.

По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, разсмотрѣнное положеніе о causa perpetua было позднѣе (послѣ рескрипта Антонина) отмѣнено. См. *Picinelli*, Sulla dottrina della perpetuità della causa nelle servitù prediali въ Archivio giuridico vol. 33 1884 p. 385—387. Поводъ къ такому воззрѣнію даютъ два мѣста источниковъ: L. 2 D. 8, 4 и L. 9 D. 8, 3.

г) Отправленіе сервитутовъ можетъ быть строго опредѣлено и ограничено, но во всякомъ случаѣ предписывается какъ можно болѣе щадить (civiliter) въ этомъ отправленіи собственника служащаго участка<sup>1)</sup>.

*Подраздѣленіе вещныхъ сервитутовъ.* — Вещные сервитуты, servitutes praediorum, дѣлятся на servitutes praediorum rusticorum и serv. praed. urbanorum, т. е. на деревенскіе и городскіе сервитуты<sup>2)</sup>. Съ дѣленіемъ этимъ источники связываютъ многія важныя послѣдствія<sup>3)</sup>, а потому необходимо установить признакъ, по которому признается тотъ или другой видъ предіальныхъ сервитутовъ въ каждомъ частномъ случаѣ. Такимъ признакомъ слѣдуетъ признать свойство praedii dominantis; если praedium dominans будетъ praedium rusticum, то мы имѣемъ serv. pr. rusticorum; если то будетъ praed. urbanum, то сервитутъ будетъ praed. urbanorum. Въ источникахъ serv. urbanae обозначаются какъ jura praediorum urbanorum, а serv. rusticae, какъ jura pr. rusticorum; о первыхъ говорятъ, какъ о сервитутахъ quae «aedificio debentur или inhaerent», о вторыхъ—quae agro adquiruntur<sup>4)</sup>. Далѣе, объемъ и допустимость вещныхъ сервитутовъ опредѣляются потребностью, положеніемъ и свойствомъ praedii dominantis<sup>5)</sup>. Впрочемъ, источники не держатся строго указаннаго различія; нерѣдко деревенскій сервитутъ встрѣчается при praed. urbanum (напр., jus itineris) и наоборотъ городской сервитутъ—при pr. rusticum (напр., servitus ne prospectui officiat). Объясняется эта невыдержанность тѣмъ, что сервитуты, установленные первоначально для удовлетворенія потребностей одного изъ видовъ praediorum, стали примѣняться и къ другому виду, когда почувствовалась не-

<sup>1)</sup> L. 9 D. 9, 1; L. 20 § 1 D. 8, 2; L. 4 § 1; L. 5 § 1 D. 43, 19.

<sup>2)</sup> L. 1, 3 D. 8, 1. *Zachariae v. Lingenthal*. Ueber die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae u. urbanae. Heidelberg 1844; *Machelard*. Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales. 1868.

<sup>3)</sup> Будутъ ниже изложены, а пока см. *Machelard*. cit. p. 28 и слѣд.

<sup>4)</sup> L. 2, 6 D. 8, 2; пр. §§ 1, 3 I. 2, 3; § 3 I. 2, 2; *Ulpiani Fragm.* XIX, 1; *Gajus* II, 29.

<sup>5)</sup> L. 5 § 1; L. 6 D. 8, 3.



обходимость распространения ихъ на случаи, неимѣвшіеся въ виду при ихъ зарожденіи. Поэтому общимъ началомъ свойство сервитута опредѣляется тѣмъ *pr. dominans*, на удовлетвореніе потребностей котораго онъ первоначально былъ установленъ, нормально устанавливается и впредь.

Смыслъ дѣленія вещныхъ сервитутовъ на *serv. pr. rusticorum* и *urbanorum* въ наукѣ весьма споренъ (см. *Machelard* cit. p. 10 — 28; *Wächter. Pand.* II p. 244—249). Мы приняли мнѣніе, теперь господствующее въ учебникахъ (напр., *Brinz, Baron, Wächter*), а именно, что господствующій участокъ опредѣляетъ характеръ сервитута. Въ прежнее время думали, что наоборотъ свойство *praedii servientis* опредѣляетъ характеръ сервитута (см. у *Glück. Erläuter.* 9 p. 22). По мнѣнію другихъ (напр., *Sintenis. Civilrecht* § 61), сервитутъ, который не можетъ состоять безъ зданія (*aedificium*), будетъ ли то *pr. dominans*, или *serviens*, или оба *praedia*,—такой сервитутъ будетъ *serv. urbana*, въ противномъ случаѣ — *serv. rustica*, т. е. только *servitus rustica* можетъ быть установленъ также между двумя пустопорожними участками. Наконецъ, было и такое воззрѣніе (напр., *Vangerow, Pand.* 1 § 339 п. II *Detmangeat. De la condition du fond dotal* p. 240), что дѣленіе реальныхъ сервитутовъ выходитъ изъ содержанія сервитутовъ, а именно, *servitutes faciendi* совпадаютъ съ *servitutes praed. rusticorum*, а *servitutes habendi* и *prohibendi*—съ *serv. pr. urbanorum*. При такомъ различеніи будетъ все равно, установленъ ли данный сервитутъ *praedio urbano* или *pr. rustico*, равно какъ будетъ ли *praedium serviens* зданіе или незастроенное мѣсто.— Всѣ эти воззрѣнія свидѣтельствуютъ только о томъ, что въ источникахъ нерѣдко сервитутъ, названный *serv. rustica* или *serv. urbana*, примѣняется какъ при зданіяхъ (на той или другой сторонѣ, или обѣихъ), такъ и къ незастроеннымъ мѣстамъ. Выше мы дали объясненіе такой неточности.

*Виды вещныхъ сервитутовъ.*—Разсмотрѣнные или только упомянутые въ источникахъ вещные сервитуты не исчерпываютъ всѣхъ возможныхъ ихъ видовъ. Въ источникахъ находимъ только примѣры, всего чаще примѣнявшіеся, но по надобности въ формѣ вещныхъ сервитутовъ можно было установить самыя разнообразныя пользованія, коль скоро только эти послѣднія будутъ совмѣщать въ себѣ необходимые признаки данныхъ сервитутовъ.

Разсмотримъ нѣкоторые изъ болѣе извѣстныхъ видовъ вещныхъ сервитутовъ.

Изъ двухъ разрядовъ вещныхъ сервитутовъ болѣе древніе, а слѣдовательно вообще первые по времени сервитуты<sup>1)</sup>, были сервитуты деревенскіе. Съ нихъ поэтому и слѣдуетъ начинать изложеніе.

<sup>1)</sup> *Elvers* cit. § 1 ср. *Schönemann* cit. p. 7 и слѣд.

*Servitutes praediorum rusticorum*, деревенскіе сервитуты:

*Право прохода*<sup>1)</sup>, *jus itineris* въ обширномъ смыслѣ слова, было изъ числа всего болѣе примѣнимыхъ и древнихъ деревенскихъ сервитутовъ. Въ немъ слѣдуетъ различать три вида: а) *iter*, б) *actus* и в) *via*.

а) *Iter*, по опредѣленію источниковъ, *est jus eundi ambulandi hominis*<sup>2)</sup>, т. е. право прохода по сосѣднему участку въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но юристы распространили этотъ сервитутъ и на право быть проносимымъ въ носилкахъ, и на право проѣзда верхомъ<sup>3)</sup>, такъ какъ для этого не требуется больше мѣста, чѣмъ для простого прохода, а слѣдовательно ограниченіе собственности остается одно и то же. Другое дѣло, если въ соглашеніи о проходѣ эти права будутъ прямо исключены<sup>4)</sup>, или въ моментъ установленія сервитута *itineris* тропинка будетъ слишкомъ узка для носилокъ и проѣзда верхомъ.

б) *Actus*, по смыслу самаго слова, заключается лишь въ *jus agendi*, т. е. въ правѣ прогонять черезъ сосѣдній участокъ скотъ<sup>5)</sup>. Но обыкновенно этотъ сервитутъ включаетъ въ себѣ и проѣздъ въ повозкѣ, такъ какъ большого для этого мѣста не требуется; *actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum*<sup>6)</sup>. Кромѣ того, если кто при прогонѣ скота можетъ идти по дорогѣ, тотъ можетъ проходить и одинъ, т. е. *actus* включаетъ въ себѣ нормально и *iter*<sup>7)</sup>. Но право проѣзда въ повозкѣ, равно какъ и право простого прохода<sup>8)</sup> могутъ быть исключены изъ *actus* прямымъ уговоромъ<sup>9)</sup>, а первое еще и тѣмъ, что при установленіи *actus* отведенная дорога будетъ слишкомъ узка для повозки<sup>10)</sup>. Общимъ началомъ для *iter* и *actus* было то, что отправленіе ихъ не требовало непременно опредѣленной тропы или дороги; управомочному могло быть разрѣшено въ каждомъ случаѣ прокладывать себѣ по усмотрѣнію путь черезъ служащій участокъ<sup>11)</sup>.

<sup>1)</sup> Dig. 43, 19 de itinere actuque privato.—*Puchta*. De itinere, actu et via. *Ejusd.* Ueber die Wegservituten des röm. Rechts. Въ kleine civilistische Schriften p. 3—19; p. 74—131.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 8, 3, pr. I. 2, 3.

<sup>3)</sup> L. 7 pr.; L. 12 D. 8, 3.

<sup>4)</sup> L. 4 § 1 D. 8, 1.

<sup>5)</sup> L. 235 pr. D. 50, 16.

<sup>6)</sup> L. 1 pr. D. 8, 3, pr. J. 2, 3; L. 7 pr.; L. 12 D. 8, 3.

<sup>7)</sup> L. 1 D. 34, 4, см. *Vangerow* Pand. I § 341.

<sup>8)</sup> L. 4 § 1 D. 8, 5.

<sup>9)</sup> L. 4 § 1 D. 8, 1.

<sup>10)</sup> L. 13 D. 8, 1.

<sup>11)</sup> L. 13 § 1 D. 8, 3; L. 6 § 1 D. 8, 6.

в) *Via*, по опредѣленію Ульпіана, *est jus eundi, et agendi et ambulandi; nam et iter, et actum in se via continet*<sup>1)</sup>, т. е. въ *via* существенно заключаются всѣ функціи *itineris* и *actus*. Но если не будетъ въ соглашеніи установлено чего либо противнаго, то *via* заключаетъ въ себѣ еще право проволакивать (*trahere*) камни и прямо нести шесты или копья (*hastam rectam ferre*<sup>2)</sup>), т. е. право на свободное пространство надъ путемъ въ высоту копья<sup>3)</sup>. Сервитутъ *viae* предполагаетъ устроенную дорогу проѣздную, которой ширина могла быть опредѣлена соглашеніемъ<sup>4)</sup>; на случай же такого соглашенія не воспослѣдуетъ, была установлена уже 12 таблицами законная мѣра, а именно въ 8 футовъ (*in rectum*), а при поворотахъ (*in anfractum*) въ 16 футовъ<sup>5)</sup>. Этотъ минимумъ не долженъ быть измѣненъ соглашеніемъ сторонъ, иначе будетъ *iter*, а не *via*<sup>6)</sup>. *Iter* же и *actus*, за отсутствіемъ соглашенія о ширинѣ, опредѣлялись *arbitrio ex aequo et bono*<sup>7)</sup>.

Къ сервитуту прохода примыкаетъ *servitus navigandi*, сервитутъ, предоставляющій право переплывать чужое озеро съ цѣлью сообщенія съ опредѣленнымъ поземельнымъ участкомъ<sup>8)</sup>.

Нѣсколько сервитутовъ, направленныхъ къ пользованію водой<sup>9)</sup>.

а) *Servitus aquaeductus* называется сервитутъ, по которому предоставляется право провести воду съ чужого *praedium*<sup>10)</sup> или изъ частной рѣки<sup>11)</sup>, или изъ публичной, или частной рѣки, но черезъ чужой участокъ<sup>12)</sup>. Для установленія этого сервитута требуется, чтобы *aqua* была *viva* (т. е. изъ источника, *fons*<sup>13)</sup>), а не изъ колодезя, *puteus*) и текла по землѣ, а не подъ землею<sup>14)</sup>. Управомоченный можетъ проводить воду только деревянными трубами, а не каменными каналами или другими со-

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 8, 3; pr. I. 2, 3 ср. L. 9 D. 8, 1; L. 7 pr. D. 8, 3.

<sup>2)</sup> L. 7 pr. D. 8, 3.

<sup>3)</sup> См. спорность этого объясненія у *Vangerow's Pand. I § 341.*

<sup>4)</sup> L. 13 § 2, 3; L. 2, 3 pr. D. 8, 3.

<sup>5)</sup> L. 8 D. 8, 3; L. 6 in fin D. 8, 6.

<sup>6)</sup> L. 23 pr. D. 8, 3.

<sup>7)</sup> L. 13 § 2 D. 8, 3.

<sup>8)</sup> L. 23 § 1 D. 8, 3.

<sup>9)</sup> Dig. 43, 20 de aqua quotidiana et aestiva; Dig. 43, 22 de fonte.

<sup>10)</sup> L. 8 D. 39, 3.

<sup>11)</sup> L. 20 § 2 D. 8, 3; L. 4 D. 43, 20.

<sup>12)</sup> L. 20 § 2 D. 8, 3; L. 8 D. 43, 20.

<sup>13)</sup> Cic. Top. 8, 33, p. Cael. 8, 19.

<sup>14)</sup> L. 1 § 6 D. 43, 20.

оруженіями, какъ слишкомъ обременительными для хозяина служащаго участка, или прилегающихъ къ источнику земель<sup>1)</sup>. *Serv. aquaed.* можетъ быть установленъ при самыхъ разнообразныхъ условіяхъ пользованія водою (мѣрою, временемъ и т. п.<sup>2)</sup>). Наприм., осуществленіе сервитута можетъ быть ограничено однимъ лѣтомъ<sup>3)</sup>, тогда говорятъ объ *aqua aestiva* въ отличіе отъ *aqua quotidiana*. Первое зависитъ или отъ свойства воды, или потребности въ ней *praedii dominantis* только въ продолженіе лѣта.

Рядомъ съ разсмотрѣннымъ сервитутомъ слѣдуетъ упомянуть такое право, по которому хозяинъ участка лишается свободнаго распоряженія своею водою, чтобы не лишитъ ея сосѣдній участокъ<sup>4)</sup>.

Могъ быть установленъ и такой сервитутъ, по которому получалось право отводить воду со своей земли на землю сосѣда<sup>5)</sup>, *servitus aquae educendae s. immittendae*.

б) *Servitus aquae haustus*<sup>6)</sup> или *aquae hauriendae*, предоставляющій право черпать на чужомъ участкѣ воду для потребностей другого участка. Сервитутъ этотъ весьма часто встрѣчается въ качествѣ личнаго сервитута и, конечно, всегда соединенъ съ *iter* къ источнику<sup>7)</sup>.

б) *Servitus pecoris ad aquam appulsus*<sup>8)</sup>, предоставляющій право водопоя на чужомъ участкѣ. Онъ всегда соединенъ съ *actus* къ источнику<sup>9)</sup>.

в) *Servitus pascendi s. pascui*, сервитутъ, устанавливающій право пасты на землѣ сосѣда скотъ, находящійся на *praedium dominans*. Онъ предполагаетъ, чтобы главная выгода *praedii dominantis* состояла въ скотѣ, чтобы скотъ этотъ назначался, напримѣръ, къ обработкѣ *pr. dom.*<sup>10)</sup>; иначе сервитутъ этотъ будетъ личнымъ. Съ нимъ можетъ быть соединено право содержать пастуху для ночного шалаша на *praedium serviens*<sup>11)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 15 D. 8, 3; L. 17 § 1 D. 39, 3; L. 3 § 5 D. 43, 20.

<sup>2)</sup> См. L. 19 § 4 D. 10, 3; L. 4, 5 pr. § 1 D. 43, 20; L. 12 C. 3, 34.

<sup>3)</sup> L. 1 § 3; L. 6 D. 43, 20.

<sup>4)</sup> L. 15 pr. D. 8, 1.

<sup>5)</sup> L. 29 D. 8, 3; L. 2 § 10 D. 39, 3.

<sup>6)</sup> § 2 I 2, 3.

<sup>7)</sup> L. 3 § 3 D. 8, 3.

<sup>8)</sup> § 2 I. 2, 3, L. 1 § 18 D. 43, 20.

<sup>9)</sup> L. 3 § 3 D. 8, 3.

<sup>10)</sup> L. 3 pr.; L. 4 D. 8, 3.

<sup>11)</sup> L. 6 § 1 D. 8, 3.

Кромѣ изложенныхъ деревенскихъ сервитутовъ, въ источникахъ перечисляются еще многіе другіе, какъ напр., *servitutes calcis coquendae, lapidis eximendi, arenae fodiendae* и т. д., т. е. сервитуты на добываніе съ сосѣдняго участка извести, камня, песку и т. д. на надобности другого участка, напр., по постройкѣ на немъ зданія. — *Servitus silvae caeduae*, предоставляющій право рубить лѣсъ на сосѣдномъ *praedium* для удовлетворенія потребностей другого, напр., по устройству виноградниковъ<sup>1)</sup>.

*Servitutes praediorum urbanorum*<sup>2)</sup>, городскіе сервитуты. — Главнѣйшіе ихъ виды слѣдующіе<sup>3)</sup>:

*Servitus operis ferendi*, сервитуть, предоставляющій право опирать зданіе или часть его на стѣну, столбы, колонны сосѣда, который обязывается содержать эти опоры въ состояніи, дѣлающимъ ихъ способными выносить данную тяжесть<sup>4)</sup>. Съ послѣднею цѣлью сосѣдъ обязывается предпринимать необходимыя исправленія стѣны и т. д., чтобы она была *idoneus paries*<sup>5)</sup>. Въ послѣднемъ не заключается отклоненія<sup>6)</sup> отъ начала, что *servitus in faciendo consistere non potest*. Тутъ мы имѣемъ дѣло съ однимъ изъ сервитутовъ, который на сторонѣ хозяина служащей вещи будетъ выражаться *in patiendo*, въ *pati* опирающаго чужого зданія, но для выполненія этого сервитута необходимо, чтобы опора была способна выносить такой сервитуть; поэтому сервитуть этотъ всегда сопровождается *обязательствомъ* всякаго хозяина *praedii servientis* совершать извѣстныя дѣйствія по репаратурѣ. Такимъ образомъ, въ *serv. operis ferendi* мы имѣемъ случай соединенія сервитутнаго права съ обязательственнымъ по отношенію къ каждому хозяину *pr. servientis*.

Ученая литература много хлопотала съ объясненіемъ такой кажущейся аномаліи (см. у *Windscheid. Pand. B. 1 § 211* и *Anm. 3*). Мы приняли воззрѣніе, смѣшанное изъ взглядовъ Бекинга и Пухты, съ одной стороны, и Шмидта и Виндшейда—съ другой.

*Servitus tigni immittendi*, сервитуть, предоставляющій право

<sup>1)</sup> § 2 I 2, 3; L. 6 § 1 D. 8, 3.

<sup>2)</sup> Dig. 8, 2 de servitutibus praediorum urbanorum.

<sup>3)</sup> § 1 I. 2, 3; L. 2, 3 D. 8, 2.— Полное ихъ перечисленіе см. у *Baron. Pand. § 166*.

<sup>4)</sup> L. 6 § 2 D. 8, 5; L. 1 § 1; L. 33 D. 8, 2.

<sup>5)</sup> L. 6 § 2, 5, 7; L. 8 pr. § 2 D. 8, 5.

<sup>6)</sup> L. 8 § 2 in f. D. 8, 5.

впускать отдѣльныя балки или камни въ сосѣднее зданіе <sup>1)</sup>. Собственникъ *praedii servientis* не обязывается производить какихъ либо положительныхъ дѣйствій по своему зданію, чѣмъ этотъ сервитутъ и отличается отъ предыдущаго.

*Servitus projiciendi et protegendi*, сервитутъ, предоставляющій право протянуть отъ крыши или стѣны зданія въ воздушное пространство сосѣда балконъ или кровельный навѣсъ (*suggrunda*) <sup>2)</sup>.

*Servitus stillicidii* или *fluminis recipiendi (avertendi, immittendi)*, т. е. право отводить на чужой участокъ дождевую воду въ капляхъ или потоками <sup>3)</sup>.

*Servitus cloacae immittendae* <sup>4)</sup>, т. е. право отводить нечистоты на сосѣдній участокъ или проводить ихъ черезъ него <sup>5)</sup>.

Въ этомъ-же родѣ сервитуты *fumi immittendi, varorum immitt.* и т. п. <sup>6)</sup>.

*Servitus altius non tollendi*, сервитутъ, предоставляющій право запрещать сосѣду дѣлать всякія постройки, или только отъ известной высоты, которыя препятствовали бы доступу солнца, свѣта или заслоняли-бы видъ <sup>7)</sup>.

*Servitus ne luminibus* или *ne prospectui officiatur*, сервитутъ, дающій право требовать, чтобы сосѣдъ никакимъ образомъ (ни повышеніемъ, ни пониженіемъ постройки, ни насаженіемъ деревъ и т. п.) не препятствовалъ притоку свѣта или не заслонялъ вида <sup>8)</sup>.

*Servitus luminum*, состоящій въ правѣ пробивать въ брандмауерѣ окно, у котораго сосѣдъ не смѣетъ отнимать свѣта <sup>9)</sup>.

Содержаніе послѣдняго сервитута въ наукѣ весьма спорно (см. *Vangerow Pand. I § 342 Anm. 1*). Мы приняли господствующее воззрѣніе.

Рядомъ съ нѣкоторыми изъ упомянутыхъ *servit. praed. urban.* встрѣчаются сервитуты обратнаго содержанія, напр., рядомъ съ *serv. altius non tollendi, ne luminibus officiatur, stil-*

<sup>1)</sup> L. 2; L. 6; L. 20 pr. D. 8, 2; L. 8 § 1, 2; L. 14 pr. D. 8, 5; L. 18 § 2 D. 8, 6.

<sup>2)</sup> L. 2 D. 8, 2; L. 3 §§ 5, 6 D. 43, 17; L. 22 § 4 D. 43, 24; L. 242 § 1 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 2; L. 17 § 3; L. 20 § 2—5; L. 28 D. 8, 2.

<sup>4)</sup> Dig. 43, 23 de cloacis.

<sup>5)</sup> L. 7 D. 8, 1 ср. L. 1 pr. § 4 D. 43, 23.

<sup>6)</sup> L. 8 § 5—7 D. 8, 5.

<sup>7)</sup> L. 2, 4, 12 D. 8, 2.

<sup>8)</sup> § 2. I. 4, 6; L. 3, 4, 12, 15—17 § 2; L. 22, 33 D. 8, 2.

<sup>9)</sup> L. 4 D. 8, 2 ср.; L. 40 D. 8, 2; L. C. 3, 34.

licidii avertendi находимъ serv. altius tollendi et offiendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi<sup>1)</sup>. Существованіе такихъ сервитутовъ, которыхъ содержаніе заключается въ самомъ правѣ собственности, объясняется тѣмъ, что обычное право или строительные законы налагали на собственниковъ извѣстныя ограниченія въ пользу сосѣдей, которые, по соглашенію съ первыми, могли устанавливать права обратнаго этимъ законамъ содержанія (если только законы эти не были абсолютно повелительными и запретительными). Такія права и были сервитутами.

Мы приняли теперь мнѣніе, господствующее въ учебникахъ (напр., *Arndts. Pand.* § 185 а 6; *Windscheid. Pand.* I § 211 и Anm. 11; *Wächter Pand.* II § 158 Beil. II); но въ литературѣ большое разногласіе въ толкованіи этихъ сервитутовъ (ср., напр., *Elvers cit.* § 39). Всего менѣе можетъ быть принято воззрѣніе, высказанное отчасти уже глоссой и защищаемое Вангеромъ (*Pand.* § 342 Anm. 3), будто само прекращеніе нѣкоторыхъ serv. pr. urb. разсматривалось какъ особое сервитутное право; такъ, если участокъ обремененъ сервитутомъ altius non tollendi и затѣмъ собственникъ этого участка освободить себя отъ даннаго сервитута по соглашенію съ собственникомъ praedii domin. или по давности, то онъ пріобрѣтаетъ особое сервитутное право по отношенію къ сосѣднему участку. Но освобожденіе отъ сервитута не есть пріобрѣтеніе новаго сервитута, а возвращеніе къ состоянію неограниченной собственности. Собственникъ можетъ altius tollere не jure servitutis а jure dominii. И сами римскіе юристы никогда не называютъ освобожденіе собственности отъ сервитута по давности usucapio servitutis, а usucapio libertatis (L. 18 § 2 D. 8, 6; L. 6, 7; L. 32 § 1 D. 8, 2); въ этихъ случаяхъ они говорятъ не servitutum acquirere, а servitutum tollere (L. 4 § 29 D. 41, 3). См. *Wächter Pand.* II р. 249, 250.

*Личные сервитуты, servitutes personarum* суть сервитуты, предназначенные служить интересамъ опредѣленнаго физическаго или юридическаго лица, устанавливая на все время ихъ существованія вещное право пользованія тѣми или другими свойствами служащаго предмета. Римское право знало четыре вида сервитутовъ всегда съ признаками чисто личныхъ, и никогда реальныхъ сервитутовъ, а именно: ususfructus, usus, habitatio и operae servorum s. animalium. Но это не были единственными личными сервитутами. Какъ выше сказано, и всѣ другія права съ признаками сервитутныхъ правъ могли выражаться въ формѣ servit. personales, какъ-то поземельные

<sup>1)</sup> Gaj. 2 § 31; 4 § 3; § 1 I, 2, 3; § 2 I. 4, 6; L. 1 pr.; L. 2 D. 8, 2; L. 2 pr. D. 8, 3; L. 26 D. 44, 2.

сервитуты; напр., *servitus aquae haustus, pascendi, itineris* и т. п., устанавливаемые только определенному лицу, будут личными сервитутами <sup>1)</sup>).

Разсмотримъ каждый изъ видовъ чисто личныхъ сервитутовъ:

1) *Узуфруктъ* (*usufructus*) <sup>2)</sup>. Въ источникахъ узуфруктъ определяется такъ: *usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* <sup>3)</sup>. *Servitus usufructus* есть вещное право определенного лица не только пользоваться, но и извлекать плоды изъ чужой непотребляемой вещи, сохраняя ее субстанцію.

Многие юристы, особенно въ прежнее время (изъ новыхъ см., напр., *Molitor cit.* p. 366—368), различаютъ *usufructus causalis* или *conjunctus* и *usufructus formalis* или *separatus*. Первымъ называли то вещное пользование, которое принадлежало собственнику, имѣло свою causa въ собственности, было съ нимъ соединено, а вторымъ—самостоятельное, отдѣленное отъ собственности вещное пользование. Но для собственника право пользования не составляетъ особаго какого либо права, а есть одинъ изъ выводовъ его правового господства, называемаго собственностью (L. 5 pr. D. 7, 6); поэтому объ *usufructus* можно говорить только тогда, когда онъ устанавливается какъ *jus in re aliena* (L. 63 D. 7, 1).

Лицо, въ пользу котораго установленъ узуфруктъ, называется *usufructuarius* или *fructuarius*; собственность, изъ которой выдѣленъ *jus usufructus*, носитъ названіе *nuda proprietas* (sc. deducto usufructu), а собственникъ—*dominus proprietatis* или *proprietaryus*. Узуфруктъ есть право дѣлимое <sup>4)</sup> и поэтому, напр., можетъ быть установленъ нѣсколькимъ лицамъ *pro partibus indivisis*.

Изъ даннаго опредѣленія слѣдуетъ, что предметомъ узу-

<sup>1)</sup> См. L. 32 D. 7, 1; L. 4, 6 pr.; L. 37 D. 8, 3; L. 6 D. 33, 3; L. 14 § 3 D. 34, 1.

<sup>2)</sup> Inst. 2, 4 de usufructu.—Dig. 7, 1 de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur.—Cod. 3, 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum. *Пособія: Genty. Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation en droit romain. Paris 1854. Bürkel. Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch 1864; Krans. Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. Liège 1869; Дорнъ. Узуфруктъ т. I Сиб. 1872.*—На русскомъ языкѣ мы затрудняемся найти терминъ, соответствующій латинскому слову «usufructus». Выраженія—«плодо-наслажденіе» и «пользовладѣніе», употребляемые иногда въ литературѣ и въ официальныхъ переводахъ, нельзя не признать весьма неудачными для передачи понятія даннаго института (см. Дорнъ cit. стр. 1, 2).

<sup>3)</sup> L. 1 D. 7, 1; pr. J. 2, 4.

<sup>4)</sup> L. 1 § 9 D. 35, 2; L. 19 D. 7, 8.



фрукта могутъ быть только вещи непотребляемыя и притомъ тѣлесныя. Но въ разное время римскіе юристы допустили узупфруктъ и надъ вещами потребляемыми и безтѣлесными, а именно, обязательственными правами. Такимъ образомъ, по объекту слѣдуетъ различать: 1) *ususfructus proprie sic. dictus* или *verus* и 2) *quasi ususfructus*, имѣющій объектомъ *res consumptibiles* и *nomina*.

Что касается правоотношеній, вытекающихъ изъ настоящаго узупфрукта, то они выражаются: а) въ правѣ пользованія съ извлеченіемъ плодовъ, *utendi, fruendi*, но б) не нарушая субстанціи вещи, *salva rerum substantia*.

а) *Jus utendi, fruendi*.—Узупфруктуарию принадлежитъ право пользоваться вещью и извлекать изъ нея выгоды. Такъ, онъ имѣетъ не только *usus*, напр., право жить въ домѣ, но и *fructus*, т. е. присвоивать себѣ всякіе плоды отъ этой вещи не только естественные, но и юридическіе отъ отдачи, напр., уступленной въ узупфруктъ вещи въ наемъ, аренду<sup>1)</sup>.

Различныя выраженія источниковъ подавали поводъ къ разногласію въ наукѣ по поводу того: можно-ли устанавливать одно только право извлекать плоды (*fructus*) безъ пользованія вещью (*usus*). Въ однихъ мѣстахъ источниковъ мы находимъ категорично заявленнымъ, что *fructus sine usu esse non potest* (Paulus. Recert. sent. III, 6 § 24; L. 14 § 1 D. 7, 8); въ другихъ-же допускается установленіе *fructus sine usu* (L. 5 § 2 D. 7, 9; L. 14 § 2, 3 D. 7, 8; L. 13 § 3 D. 46, 4). Но если ближе всмотрѣться въ частные случаи такого рода, то окажется, что прямого противорѣчія съ первымъ положеніемъ они не составляютъ; во всѣхъ этихъ случаяхъ необходимо предполагается и *usus*, хотя-бы иногда только для того, чтобы возможно было извлекать плоды (*Vangerow. Pand. I § 348 Anm.*), но въ силу особыхъ условій данной сдѣлки рѣчь о *fructus* идетъ какъ о чемъ-то самостоятельномъ отъ *usus*.

1) Естественные плоды приобрѣтаются узупфруктуаріемъ въ собственность не чрезъ отдѣленіе, *separatio*, а чрезъ завладѣніе, *percceptio*<sup>2)</sup>; только приплодъ отъ животныхъ становился собственностью узупфруктуарія чрезъ простую сепарацию. Извлеченіе плодовъ римскіе юристы разсматривали, какъ особую дѣятельность узупфруктуарія въ отношеніи къ чужой собственности; почему присвоеніе этихъ плодовъ могло совершаться нормально по акту захвата, *percceptio*<sup>3)</sup>; только приплодъ жи-

<sup>1)</sup> L. 59 § 1 D. 7, 1.

<sup>2)</sup> L. 12 § 5; D. 7, 1; L. 13 in f. D. 7, 4.

<sup>3)</sup> Различныя другія объясненія требованію перцепціи см. у Дорна сит. стр. 316—318.

вотныхъ, по самому своему свойству, дѣлалъ такое завладѣніе излишнимъ, если matka находилась въ рукахъ узупфруктуарія. На дѣтей рабынь и на accessiones, не находящіяся въ непосредственной связи съ служащею вещью (напр., insula in flumine nata), узупфруктъ не распространяется<sup>1)</sup>. И кладъ пріобрѣтается уз—іемъ не въ силу своего узупфрукта, а въ силу находки<sup>2)</sup>. Ограниченъ можетъ быть и самый объемъ пользованія плодами, смотря по назначенію узупфрукта. Такъ, лежащимъ лѣсомъ и буреломомъ узупфруктуарій можетъ пользоваться только въ размѣрѣ собственныхъ нуждъ и надобностей самага предмета узупфрукта<sup>3)</sup>; если же предметомъ узупфрукта будетъ лѣсъ, подлежащій рубкѣ (silva caedua)<sup>4)</sup>, то узупфруктуарій имѣетъ неограниченное пользованіе, примѣняя только правила лѣсососѣчнаго хозяйства. Излишекъ отъ удовлетворенія личныхъ нуждъ онъ можетъ даже отчуждать<sup>5)</sup>. При silva non caedua пользованіе узупфруктуарія ограничивается такими, напр., актами, какъ собираніе хвороста, нарѣзываніе кольевъ для виноградника и т. п.<sup>6)</sup>.—Юридическіе плоды поступаютъ въ собственность уз—ію или черезъ оккупацию, напр., дичь съ охотничей дачи, или по традиціи, какъ-то наемная, арендная плата. Если при установленіи узупфрукта вещь была уже уже отдана въ наемъ, то плата поступаетъ въ полномъ составѣ узупфруктуарію, когда арендаторъ, по установленіи уже узупфрукта, собираетъ плоды, или же дѣлится между узупфруктуаріемъ и собственникомъ пропорціонально времени, если наемъ велъ только къ пользованію безъ извлеченія плодовъ<sup>7)</sup>.

Договоры хозяина съ нанимателемъ не обязательны для уз—ія, если только при установленіи узупфрукта не было выговорено противнаго. Поэтому узупфруктуарій можетъ изгнать нанимателя (L. 59 § 1 D. 7, 1), а если оставляетъ его, то между нимъ и нанимателемъ устанавливается правоотношеніе по новому найму, или по требованіямъ изъ стараго договора съ хозяиномъ, но по уступкѣ (cessio) этихъ своихъ правъ уз—ію. См. *Дорнъ сіт.* стр. 337 и слѣд.

2) Уз—ій имѣетъ право уступать отправленіе узупфрукта

<sup>1)</sup> § 37 J. 2, 1.

<sup>2)</sup> L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>3)</sup> L. 12 пр. D. 7, 1, ср. L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>4)</sup> См. различныя ихъ виды у *Vangerow'a* Pand. I § 344 п. 1.

<sup>5)</sup> L. 9 § 7 D. 7 1; L. 22 пр. D. 7, 8.

<sup>6)</sup> L. 10, 11, 18 D. 7, 1.

<sup>7)</sup> L. 9 § 1 D. 19, 2.

другимъ лицамъ <sup>1)</sup> возмездно или безвозмездно, вполнѣ или въ части, на время или на всю продолжительность сервитута, но само право узупрукта не подлежитъ переносу на другого <sup>2)</sup>, т. е. *ususfructus* можетъ быть переносимъ только *quo ad exercitium*, а не *quo ad jus* <sup>3)</sup>. Не можетъ узупруктъ устанавливаться по вещи и такія права, напр., сервитуты, которыя-бы уменьшали собственность.

б) Узупруктуарій не можетъ измѣнять субстанціи вещи, т. е. онъ долженъ пользоваться вещью согласно назначенію, данному ей собственникомъ, т. напр., онъ не можетъ обратить раба, предназначеннаго къ наукамъ и искусствамъ, въ чернаго работника <sup>4)</sup> и т. п., не можетъ производить и измѣненій въ самой вещи, ради новаго ея назначенія: не можетъ лугъ обратить въ виноградникъ, паркъ въ огородъ и т. п. Но если вещь не имѣетъ опредѣленнаго назначенія, то узупруктуарій можетъ дать ей таксе, напр., пустошь обратить въ виноградникъ; мало того, ему разрѣшается въ извѣстной части измѣнить и самое назначеніе вещи, если отъ этого выигрываетъ цѣлое и если самое это измѣненіе разсматривать какъ актъ правильнаго управленія, напр., онъ можетъ въ большомъ помѣстьи обратить лугъ въ поле или виноградникъ.

Въ одномъ мѣстѣ Ульпіана выставляется положеніе, съ перваго взгляда противорѣчащее обязанности узупруктуарія сохранять субстанцію вещи. Въ *L. 13 § 5 in. f. D. 7, 1* говорится, что узупруктуарій имѣетъ право уничтожить виноградники, плодовые и оливковые сады, если только замѣняющая ихъ культура будетъ доходнѣе. Мотивируется это тѣмъ, что узупруктуарію разрѣшается *proprietalem meliorare*. Это мѣсто тѣмъ болѣе возбуждало разные недоумѣнія, что самъ же Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ того же фрагмента (*L. 13 § 4 D. 7, 1*) запрещаетъ узупруктуарію обращать увесилительные сады въ плодовые, хотя отъ такого превращенія доходность сада могла бы только увеличиться. Изъ многочисленныхъ попытокъ разрѣшить эти противорѣчія (см. у *Vangerow. Pand. I § 344, n. 2*) мы остановились на мнѣніи, съ особенною убѣдительною развитомъ Вангеровымъ. По распоряженію вещью узупруктъ обязанъ не измѣнять субстанціи ея и не допускать никакихъ *deteriorationes*. Нельзя говорить

<sup>1)</sup> *L. 12 § 2; L. 38—40; L. 67 D. 7, 1; L. 29 D. 7, 4; L. 8 § 2 D. 18, 6; L. 9 § 1 D. 19, 2; L. 66 D. 23, 3; L. 57 D. 24, 3.*

<sup>2)</sup> *L. 15 D. 10, 2; § 3 J. 2, 4.*

<sup>3)</sup> Это почти общепризнанное воззрѣніе оспаривается нѣкоторыми учеными (напр., *Ofner. D. Servitutenbegriff* p. 10, 11, 28), думающими, что въ новѣйшемъ рим. правѣ узупруктъ можетъ быть переносимъ и *quo ad jus*. См. у *Vangerow's Pand. I § 344 Anm. 3.*

<sup>4)</sup> *L. 13 § 4 D. 7, 1.*

о нарушении этихъ обязанностей, когда уз-ій устанавливаетъ какую либо культуру на пустопорожней части уступленнаго ему въ узупфруктъ цѣлаго имѣнія. При этомъ объ измѣненіи субстанціи самаго имѣнія или *deterioratio* его не можетъ быть рѣчи. То же будетъ и тогда, когда на *части* имѣнія, уже культивированной, напр., засаженной виноградниками, уз-ій устанавливаетъ болѣе прибыльную культуру, напр., обращаетъ это мѣсто на раскопку металловъ. И въ этихъ случаяхъ нельзя сказать, чтобы *substantia* имѣнія самаго не была *salva*, а кромѣ того, на лицо имѣется *melioratio proprietatis*. Таковъ смыслъ словъ Ульпіана въ L. 13 § 5 *cit.* (см. также *Sintenis. Prakt. Civilr.* I р. 555 и слѣд. п. 22).

*Обязанности узупфруктуарія.* — Узупфруктуарій обязанъ щадить интересы собственника, обязанъ относиться къ вещи какъ *bonus paterfamilias*<sup>1)</sup> и отвѣчаетъ за всякую *culpa* по обращенію съ нею и по сохраненію ея. Поэтому, онъ не долженъ допускать выполненія давности, отправляя по участку слѣдующія права<sup>2)</sup>. Онъ обязанъ не запускать участки, присаживая деревья и виноградники<sup>3)</sup>, поддерживать число головъ стада приплодомъ<sup>4)</sup>. Содержаніе животныхъ<sup>5)</sup>, репаратура зданій<sup>6)</sup>, уплата податей и несеніе разныхъ повинностей лежатъ также на обязанности узуп-ія<sup>7)</sup>. За *casus fortuitus*<sup>8)</sup> и за послѣдствія правильнаго пользованія онъ не отвѣчаетъ, такъ что если вещь случайно потерпитъ изъятъ или потеряетъ отъ пользованія, то узупфруктуарій не обязанъ вознаграждать хозяина<sup>9)</sup>. Наконецъ, по прекращеніи права, узупфруктуарій обязанъ возвратить вещь собственнику ея. Въ обезпеченіе всѣхъ этихъ обязанностей, узупфруктуарій обязанъ доставить собственнику *cautionem* (поручительство или залогъ<sup>10)</sup>, называемую *cautio usufructuaria*. Пока узупфруктуарій не дастъ этого обезпеченія, собственникъ имѣетъ право не выдавать ему вещи, а если уже выдача произошла, то можетъ *rei vindicatione* вытребовать ее назадъ<sup>11)</sup> или *condictione incerti* требовать доставленія *cautionem*. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ узупфруктуарій по закону осво-

<sup>1)</sup> L. 9 pr. L. 65 pr. D. 7, 1.

<sup>2)</sup> L. 15 § 7 D. 7, 1; L. 1 § 7 D. 7, 9.

<sup>3)</sup> L. 7 § 3; L. 9 § 6; L. 18 D. 7, 1; § 38 I. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 68 § 2; L. 69, 70 D. 7, 1; § 38 I. 2, 1.

<sup>5)</sup> L. 15 § 2 D. 7, 1.

<sup>6)</sup> L. 7 § 2, 3 D. 7, 1; L. 7 C. 3, 33.

<sup>7)</sup> L. 7, § 2 in f.; L. 27 § 3; L. 52 D. 7, 1; L. 28 D. 33, 2.

<sup>8)</sup> L. 59 pr. D. 7, 1.

<sup>9)</sup> L. 12 § 1; L. 15 § 3, 4 D. 7, 1; L. 1 pr. § 3, 6; L. 2; L. 9 § 3 D. 7, 9.

<sup>10)</sup> Dig. usufructuarius quemadmodum (caveat) 7, 9.

<sup>11)</sup> L. 7 pr., L. 13 pr. D. 7, 9.

бождается отъ этой обязанности доставлять cautionem, напр., отецъ, который имѣетъ ususfr. въ adventitia своихъ дѣтей, мужъ, которому предоставляется узуфруктъ въ качествѣ приданаго, и т. д.<sup>1)</sup> Но по соглашенію съ собственникомъ, узуф. не можетъ быть освобожденъ отъ обязанности доставить cautionem usufructuariam<sup>2)</sup>.

Послѣднее въ литературѣ спорно. См. у *Arndts. Pand.* § 180 п. 3.

По прекращеніи узуфрукта вещь возвращается собственнику со всѣми ея accessiones<sup>3)</sup>. Но спрашивается: какъ поступить съ плодами того года, въ который прекращается узуфруктъ? Вполнѣ правильно рѣшается вопросъ такимъ образомъ: fructus naturales percipiti остаются уз—ію; fructus же non percipiti поступаютъ собственнику. Такъ, если узуфруктуарій умретъ до жатвы, то наследники его не могутъ уже собрать ее, ибо со смертью уз—ія право пользованія возвращается къ собственнику, но справедливость требуетъ, чтобы наследники уз—ія получили отъ собственника уплату затратъ, сдѣланныхъ уз—емъ на посѣвъ. Если уз—ій отдалъ имущество въ наймы или аренду и узуфруктъ прекращается до окончанія договора, то онъ или его наследники имѣютъ право требовать отъ conductor'а уплаты найма и аренды, насколько этотъ до момента прекращенія уз. на самомъ дѣлѣ получилъ предоставленное ему пользованіе, т. е. насколько онъ при арендѣ собралъ плодовъ<sup>4)</sup>, при наймѣ сколько времени протекло до смерти уз—ія<sup>5)</sup>.

*Quasi usufructus*<sup>6)</sup>. По основному понятію узуфрукта, онъ могъ примѣняться только къ непотребляемымъ и тѣлеснымъ предметамъ. Но современемъ особымъ постановленіемъ сената<sup>7)</sup>, понятіе узуфрукта было распространено (utilitatis causa) на предметы, пользованіе которыми ведетъ къ ихъ частичному или полному потребленію, а также и на долги<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 9 § 2 D. 7, 9; L. 8 § 4 C. 6, 61. См. *Arndts. Pand.* § 180 п. 4.

<sup>2)</sup> L. 46 D. 2, 14 ср. L. 7 C. 6, 54; L. 1 C. 3, 33.

<sup>3)</sup> L. 1 pr.; L. 9 § 3 D. 7, 9.

<sup>4)</sup> L. 58 pr. D. 7, 1.

<sup>5)</sup> См. *Дорнъ cit.* стр. 340 и слѣд.

<sup>6)</sup> Dig. 7, 5 de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuntur.

<sup>7)</sup> Время изданія этого sc-tum не установлено безспорно; вѣрнѣе относить его къ началу имперіи. См. *Puchta. Ueber das Alter des Quasiusufructus* въ *Kleine civilist. Schriften.* Leipz. 1851 p. 214—216. *Bürkel. Beitr. z. Lehre v. Niessbrauch* § 1.

<sup>8)</sup> Ulpianus 24, 27; L. 1 D. 7, 5; § 2 J. 2, 4; L. 24 pr. D. 33, 2.

Допускают иногда (напр., *Bürkel* cit. § 7) *quasi-ususfructus* на *ususfructus*, *quasi-ususfructus* и многія *servitutes praediorum*. Но такое распространение явно противорѣчитъ началу *servitus servitutis esse non potest* (см. L. 1 D. 33, 2). Нельзя устанавливать *ususfructus* и на эмфитевтическое и суперфициарное право (*Bocking. Pand.* 2 p. 228), ибо это всегда будетъ узупфруктомъ на самую вещь.

Въ отличіе отъ нормальнаго узупфрукта (*verus ususfructus*), такому вещному пользованію дано названіе *quasi ususfructus*<sup>1)</sup>. Тутъ будемъ различать два рода случаевъ:

1) *Quasi ususfructus* на потребляемыя вещи, *ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur*. Начало его должно вести отъ сенатусконсульта, которымъ допущено было совершать отказы узупфрукта *omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret*<sup>2)</sup>, на всѣ вещи даннаго имущества, т. е. въ томъ числѣ и вещи потребляемыя. Такъ, можно было устанавливать узупфруктъ, кромѣ обыкновенныхъ *res consumptibiles*<sup>3)</sup>, на платья<sup>4)</sup>, которыя частично потреблялись отъ пользованія, на капиталы<sup>5)</sup> и т. п. Отношеніе по такому узупфрукту было сходно съ безпроцентнымъ займомъ<sup>6)</sup>. Узупфруктуарій съ момента передачи становился собственникомъ вещей и только по прекращеніи узупфрукта наступало обязательство его или его наслѣдниковъ возвратитъ бывшему собственнику или его наслѣдникамъ *tantundem*<sup>7)</sup>, т. е. предметы того же рода и качества<sup>8)</sup>, или ихъ стоимость при началѣ узупфрукта<sup>9)</sup>. Въ обезпеченіе этого обязательства узупфруктуарій доставляетъ *cautionem*<sup>10)</sup>.

2) *Quasi ususfructus* на долги, *ususfructus nominum*. Должнику можетъ быть установленъ узупфруктъ на его долгъ. Это будетъ значить, что до своей смерти онъ можетъ не платить долга и быть свободнымъ отъ уплаты процентовъ, если долгъ

<sup>1)</sup> § 2 in f. J. 2, 4; L. 2 § 1 D. 7, 5. См. *Bürkel. Beitr. z. Lehre v. Niessbrauch* § 1.

<sup>2)</sup> L. 1 D. 7, 5. Ulpian. 24, 27 ср. L. 1 C. 3, 33.

<sup>3)</sup> L. 11 D. 7, 5.

<sup>4)</sup> Ср. L. 15 § 4 D. 7, 1 и § 2 I. 2, 4; L. 9 § 3 D. 7, 9 ср. Rubr tit. D. 7, 5. См. *Bürkel* cit. p. 75—80.

<sup>5)</sup> L. 2 § 1, L. 10 D. 7, 5.

<sup>6)</sup> *Wächter. Pandekt.* 2 p. 234.

<sup>7)</sup> § 2 I. 2, 4.

<sup>8)</sup> L. 5 § 1 D. 7, 5; L. 9 § 4 D. 10, 4; L. 10 D. 19, 5.

<sup>9)</sup> L. 7 D. 7, 5. См. *Bürkel* cit. § 6.

<sup>10)</sup> L. 5 § 1; L. 6, 7, 9, 11 D. 7, 5; L. 7 § 1 D. 7, 9; L. 1 C. 3, 33.

подлежитъ такой уплатѣ<sup>1)</sup>. Въ обезпеченіе будущей уплаты устанавливается *cautio*<sup>2)</sup>. Если *usufructus nominum* будетъ установленъ какому либо третьему лицу, то при процентномъ долгѣ это будетъ значить, что оно имѣетъ право на эти проценты; а доставивъ *cautionem*, оно можетъ вытребовать и самый долгъ<sup>3)</sup>, на предметѣ котораго онъ пользуется правами *usufructuaria* или *quasiusufructuaria*, смотря по свойству предмета.

*Usufr. nominum* вызываетъ въ литературѣ большое разногласіе. Одни ученые считаютъ его за настоящій (*verus*) *usufructus*, другіе за *quasiusufructus*, третьи же въ однихъ случаяхъ считаютъ его однимъ (предметы требованія непотребляемые), а въ другихъ другимъ видомъ (предметы требованія потребляемые) *uz—ta* (см. *Schoenemann cit. § 24*; *Krans cit. t. IX § 3 p. 253 sqq.*; *Steinberger* въ *Gies. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XI p. 149 sqq.*). Принятое въ текстѣ воззрѣніе основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ. Требованіе, *nomem*, какъ вещь безтѣлесная, не можетъ составлять объекта настоящаго *usufructus*. Затѣмъ мы различаемъ съ большинствомъ ученыхъ въ *usufr. nominum* тѣ случаи, когда *uz—ta* получаетъ право на проценты и когда онъ имѣетъ право требовать выполненія ему самаго долга. Правда, источники ясно упоминаютъ только первую категорію случаевъ (*Elvers cit. p. 599*), но ученые уже давно считали необходимымъ допустить и вторую категорію (см. *Hoffmann cit. p. 177* и слѣд.) на томъ уже основаніи, что иначе *us. nominum* безъ права на требованіе могъ очутиться безъ всякаго содержанія, напр., по уплатѣ должникомъ долга. По осуществленіи же этого права къ самому требованію, свойство самаго пользованія предметами послѣдняго опредѣляется тѣмъ, будутъ ли эти предметы потребляемыми, замѣнимыми или нѣтъ. (См. *Дорнъ cit. стр. 329—335*).

*Usus*<sup>4)</sup>. — Подъ *usus* разумѣлся такой личный сервитутъ, которымъ предоставлялось пользованіе безъ извлеченія плодовъ<sup>5)</sup>. Послѣднимъ *usus* по общему началу отличается отъ *usufructus*<sup>6)</sup>, представляя меньшій объемъ правъ, чѣмъ послѣдній<sup>7)</sup>. Этотъ же характеръ пользованія, предоставляемаго *usus*'омъ, ведетъ и къ другому признаку, отличающему его отъ

<sup>1)</sup> L. 3 D. 7, 5.

<sup>2)</sup> L. 4 D. 7, 5.

<sup>3)</sup> L. 42 pr. D. 33, 2; L. 1 C. 3, 33.

<sup>4)</sup> I. 2, 5 de usu et habitatione.—Dig. 7, 8 de usu et habitatione. См. *Bechmann. Ueber den Inhalt u. Umfang der Pers. Serv. des usus nach röm. Recht. 1861.*

<sup>5)</sup> L. 2 pr. D. 7, 8.

<sup>6)</sup> См., напр., L. 14 § 1, 2, 3 D. 7, 8; L. 42 D. 7, 1; L. 13 § 3 D. 46, 4.

<sup>7)</sup> § 1 I. 2, 5.

ususfructus, а именно къ недѣлимости<sup>1)</sup>); простое пользованіе не можетъ имѣть опредѣленнаго объема, чтобы подлежать дѣленію на опредѣленныя части<sup>2)</sup>). По этому общему характеру usus первоначально не встрѣчался при такихъ предметахъ, единственное пользованіе которыми могло состоять въ извлеченіи плодовъ. Но позднѣе мы встрѣчаемъ его и при послѣднихъ предметахъ<sup>3)</sup>. Этимъ различіе между usus и ususfructus дѣлалось уже не столько рѣзкимъ. Но основной характеръ usus сказывался въ томъ, что по общему началу usuarius могъ пользоваться плодами въ размѣрѣ домашнихъ своихъ потребностей; не могъ ихъ продавать. Однимъ словомъ, узуарій, въ отличіе отъ узуфруктуарія, не прибрѣталъ въ собственность плодовъ по ресертіо, а имѣлъ только право потребленія<sup>4)</sup>). Поэтому же не могъ предоставлять ехерцитіумъ своего права другому лицу. Но и тутъ допускались разныя смягченія. Такъ рассмотримъ отдѣльные примѣры usus.

*Usus domus.* Узуарій могъ жить не только самъ, но и съ семьей<sup>5)</sup>. Онъ могъ принимать къ себѣ и гостей<sup>6)</sup> и даже за деньги<sup>7)</sup>. Если помѣщеніе казалось ему великимъ, то часть онъ могъ передать другимъ лицамъ, но не выѣзжая изъ дому.

*Usus villae.* Пользованіе плодами по правилу принадлежитъ собственнику, который продолжаетъ обрабатывать для себя имѣніе<sup>8)</sup>. Но узуарій имѣетъ право пользоваться плодами въ размѣрѣ своихъ домашнихъ нуждъ и даже для угощенія гостей<sup>9)</sup>. Если usus установленъ только на лѣсъ, то узуарій имѣетъ право и на продажу дровъ, такъ какъ иначе его право не имѣло бы содержанія<sup>10)</sup>. Usus въ животныхъ опредѣляется ихъ назначеніемъ; если то будетъ извлеченіе плодовъ, то узуарій пользуется ими въ размѣрѣ своихъ нуждъ<sup>11)</sup>, но пользованіе животными, напр., лошадьми, могло быть и уступаемо узуаріемъ за вознагражденіе другимъ, буде это обычное его

<sup>1)</sup> L. 19 D. 7, 8.

<sup>2)</sup> Hoffmann cit. I p. 183, 184.

<sup>3)</sup> L. 12 §§ 1, 2; L. 15 pr. D. 7, 8,

<sup>4)</sup> Bechtmann cit. p. 62.

<sup>5)</sup> L. 2 § 1; L. 4 § 1; L. 6 D. 7, 8.

<sup>6)</sup> L. 2 § 1; L. 7 D. 7, 8.

<sup>7)</sup> L. 4 pr. D. 7, 8.

<sup>8)</sup> L. 10 § 1; L. 11; L. 15 § 1 D. 7, 8.

<sup>9)</sup> L. 12 § 1 D. 7, 8.

<sup>10)</sup> L. 22 princ. D. 7, 8.

<sup>11)</sup> L. 12 § 2 D. 7, 8.



употребленіе данныхъ животныхъ и собственникъ то зналъ <sup>1)</sup>. Usus рабовъ не допускалъ найма услугъ другимъ <sup>2)</sup>.

Траты на содержаніе предметовъ пользованія падаютъ въ размѣрѣ usus на узуарія, остальные на собственника <sup>3)</sup>.

Узуарій, какъ и узуфруктуарій, обязывается доставить cautionem <sup>4)</sup>.

Usus на вещи, quae usu consumuntur, ничѣмъ не отличается отъ quasi ususfructus <sup>5)</sup>.

*Habitatio* <sup>6)</sup>. — Подъ habitatio разумѣется такой личный сервитутъ, которымъ устанавливается пользованіе жилищемъ. Обыкновенный его признакъ безвозмездность, отчего источники рассматриваютъ habitatio за одинъ изъ видовъ даренія <sup>7)</sup>. Такое безвозмездное предоставленіе жилища предполагаетъ намѣреніе помочь въ нуждѣ определенному лицу, какъ бы оказать ему милостыню <sup>8)</sup>; почему оно устанавливало болѣе фактическое, чѣмъ юридическое положеніе <sup>9)</sup>. Изъ этого вытекаютъ слѣдующіе выводы:

Habitator могъ не только пользоваться жилищемъ, но и уступать отпращеніе своего права, однако не иначе, какъ titulo oneroso, по найму. По праву уступки habitatio отличается отъ usus, а въ томъ, что уступка эта не можетъ быть безвозмездной <sup>10)</sup>, habitatio отличается отъ ususfructus. Юристы, не допускавшіе уступки <sup>11)</sup>, отождествляли habitatio съ usus, другіе видѣли въ немъ ususfructus. Юстиніанъ рѣшилъ споръ <sup>12)</sup>, признавъ въ habitatio особый видъ права, котораго отпращеніе могло быть уступлено по найму другому. Для собственника, желающаго облагодѣтельствовать нуждающагося, безразлично, будетъ ли этотъ самъ жить или станетъ извлекать изъ жилища выгоду по найму; но, конечно, онъ не можетъ допустить,

<sup>1)</sup> L. 12 § 3, 4 D. 7, 8.

<sup>2)</sup> L. 14 princ. D. 7, 8.

<sup>3)</sup> L. 18 D. 7, 8.

<sup>4)</sup> L. 5 § 1 D. 7, 9.

<sup>5)</sup> L. 5 § 2 D. 7, 5.

<sup>6)</sup> I. 2, 5 de usu et habitatione.—Dig. 7, 8 de usu et habitatione.—Cod. 3, 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum.

<sup>7)</sup> L. 9 pr. D. 39, 5.

<sup>8)</sup> Такъ смотрѣлъ на habitatio, напр., *Thibaut*. Versuche B. I p. 31 слѣд., но ср. *Hoffmann* cit. I p. 192, 193.

<sup>9)</sup> L. 10 D. 4, 5.

<sup>10)</sup> L. 10 pr. D. 7, 8.

<sup>11)</sup> L. 8 D. 7, 8.

<sup>12)</sup> L. 13 C. 3, 33; § 5 I. 2, 5.

чтобы *habitor* уступилъ жилище третьему безвозмездно, такъ какъ на это лицо не распространялось *liberalitas* собственника.

Нѣкоторые ученые (напр., *Hoffmann cit. I p. 192*) полагали, что личное расположеніе собственника къ опредѣленному лицу, выраженное въ *habitatio*, не обязательно для наследника, который поэтому можетъ лишиться этого права *habitor'a*. Но *L. 32 D. 36, 5*, на которое при этомъ ссылаются, говоритъ только о гостепримствѣ, *hospitium (Molitor cit. p. 409)*.

Разъ *habitor* могъ извлекать *fructus civilis*, то само *habitatio* представляется правомъ дѣлимымъ. Поэтому же *habitor* несетъ и издержки по содержанію жилища<sup>1)</sup> и обязанъ доставить *cautionem*<sup>2)</sup>.

*Habitatio*, какъ будетъ указано ниже, въ отличіе отъ *usus* и *usufructus*, не прекращается ни по давности (*non usus*), ни въ силу *capitis deminutio*<sup>3)</sup>, такъ какъ самый мотивъ установленія этого права не можетъ считаться съ такими способами погашенія правъ.

*Operae servorum* — сервитутъ, которымъ уступается пользованіе услугами раба. Онъ отличается и отъ *usus*, и *usufructus* тѣмъ, что имѣющій *jus operarum* можетъ уступить отправление своего права по найму<sup>4)</sup>; кромѣ того, сервитутъ этотъ не погашается *non usu* и *capitis deminutione*<sup>5)</sup>. Особенность такая объясняется тѣмъ, что сервитутъ этотъ, подобно *habitatio*, чаще всего устанавливался по легату въ видѣ милости легатарію. Весьма часто такіе отказы совершались въ пользу педагоговъ, проживавшихъ долго при дѣтяхъ богатаго римлянина. Лица эти чаще всего были изъ числа рабовъ, которыхъ затѣмъ господа отпускали на волю и вмѣстѣ съ тѣмъ могли желать оставить ихъ на старости прислугой. Но сервитутъ этотъ имѣетъ еще одну особенность, отличающую его отъ всѣхъ личныхъ сервитутовъ, а именно, онъ переходитъ по наследству<sup>6)</sup>. Объяснить это можно отчасти тѣмъ, что тутъ могли обращать вниманіе на самую работу, которая, представляясь иногда (напр., когда рабъ былъ *artifex*, *orifex* и т. д.) чѣмъ-то цѣлымъ, можетъ остаться неоконченной по смерти имѣвшаго *jus operarum*<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> *L. 5 § 3 D. 7, 9.*

<sup>2)</sup> *L. 5 § 3 D. 7, 9.*

<sup>3)</sup> *L. 10 pr. D. 8, 8.*

<sup>4)</sup> *L. 2 D. 7, 7; L. 1 § 9 D. 35, 2.*

<sup>5)</sup> *L. 2 D. 33, 2.*

<sup>6)</sup> *Hoffmann cit. I p. 196.*

<sup>7)</sup> *Hoffmann cit. I p. 196.*

Но вѣрнѣе всего думать, что наследодатель, отказывая услуги раба, имѣлъ въ виду ту связь, которая устанавливалась съ рабомъ не только легатарія самого, но и всѣхъ членовъ его семьи; почему не могло быть противно его волѣ, чтобы и по смерти легатарія рабъ оставался въ семьѣ послѣдняго<sup>1)</sup>.

По мнѣнію многихъ писателей, правила объ *operae servorum* въ практикѣ были распространены на *operae animalium*.

### Установленіе сервитутовъ<sup>2)</sup>.

Устанавливаются сервитуты слѣдующими способами:

1) *Соглашеніемъ сторонъ*.— Въ древнемъ римскомъ правѣ сервитуты устанавливались тѣми же способами соглашенія, что и собственность, а именно: установленіе *serv. praed. rustic.* могло происходить черезъ *mancipatio*, такъ какъ они относились къ *res mancipi*, а установленіе остальныхъ сервитутовъ производилось *in jure cessione*<sup>3)</sup>. Эти формы соглашенія примѣнялись только къ италійскимъ землямъ; для установленія же сервитутовъ по *fundus provincialis* требовался какой либо обходъ. Такихъ обходовъ было два: неформальное соглашеніе, укрѣпленное формальнымъ обѣщаніемъ устанавливающаго сервитутъ уплатить при нарушеніи отправленія сервитута штрафную сумму (*poena*), *actio* и *stipulatio*<sup>4)</sup>, а позднѣе (со второго вѣка по Р. Х.) *traditio servitutis s. patientia*<sup>5)</sup>. Преторы признали эти обходы, какъ способы установленія сервитутовъ не только на провинціальныя земли, но распространили ихъ и на италійскія земли и движимости. Когда затѣмъ при Юстиніанѣ вышли окончательно изъ употребленія *mancipatio* и *in jure cessio*, то оказалось, что для установленія сервитутовъ достаточно одного неформальнаго соглашенія, *actio* и *стипуляціи*<sup>6)</sup>, хотя рядомъ упоминается въ юстиніановыхъ компиляціяхъ и *traditio*<sup>7)</sup>, котораго нельзя соединять съ соглашеніемъ

<sup>1)</sup> *Schmidt* Pandekten B. I. 1882 p. 129.

<sup>2)</sup> *Hedemann*. Ueber den Erwerb. u. Schutz der Servituten nach röm. Recht. 1864.

<sup>3)</sup> *Gajus* 2 § 29.

<sup>4)</sup> *Gajus* 2 § 31.

<sup>5)</sup> L. 20 D. 8, 1.

<sup>6)</sup> § 4 I. 2, 3; § 1 I. 2, 4; L. 3 pr. D. 7 1; L. 12 § 1, 3, 4, C. 8, 10.

<sup>7)</sup> L. 11 § 1 D. 6, 2; L. 25 § 7 D. 7, 1; L. 1 pr. D. 7, 4; L. 3 pr. D. 7, 6; L. 20 D. 8, 1; L. 1 § 2 D. 8, 3 ср. L. 3 pr. D. 44, 7.

такъ, что будто для дѣйствительнаго установленія сервитута по соглашенію послѣднее должно сопровождаться *quasi traditione servitutis*, предоставленіемъ фактическаго отправленія сервитута.

Въ большинствѣ новѣйшихъ учебниковъ принято воззрѣніе, что для установленія сервитутовъ достаточно одного вещнаго договора, не сопровождаемаго *quasi traditione servitutis* (см., напр., *Baron. Pand.* § 167; *Wächter Pand.* II § 159), но иногда еще встрѣчается энергическое отстаиваніе традиціи (напр. *Molitor cit.* p. 417 — 422; v. *Wetter. Cours de droit romain*, 2 édit. T. I 223, 227). См. у *Vangerow'a. Pand.* I § 350 Anm. 1.

Для установленія сервитута по соглашенію требуются слѣдующія условія: а) чтобы устанавливающей сервитутъ былъ собственникомъ вещи<sup>1)</sup>; при общей собственности требуется согласіе всѣхъ участниковъ въ ней<sup>2)</sup>, только узурруктъ, какъ дѣлимый сервитутъ, могъ быть установленъ каждымъ участникомъ на свою часть (см. выше). Кромѣ собственниковъ, устанавливать сервитуты могли еще такъ наз. *emphyteuta* и *superficiarius* на время существованія ихъ правъ (см. ниже). б) Вещный договоръ, направленный на немедленное установленіе сервитута. Это соглашеніе можетъ состояться и въ формѣ удержанія собственникомъ за собою сервитута при отчужденіи вещи (*deducere, detrahere, excipere, recipere servitutem*<sup>3)</sup>).

2) *Отказъ, legatum.* — Наслѣдодатель можетъ въ формѣ отказа установить сервитутъ на оставляемое имущество<sup>4)</sup>.

3) *Судебный приговоръ.* — При процессѣ о раздѣлѣ (*judicia divisoria: jud. familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*) судья можетъ одному изъ дѣльщиковъ отдать предметъ дѣлежа въ собственность, а другому установить на него узурруктъ или, раздѣливъ участокъ на реальныя части между дѣльщиками, установить между ними *serv. praediorum*. Тутъ имѣемъ дѣло съ *adjudicatio*, какъ способомъ установленія сервитутовъ.

Когда собственникъ вещи будетъ приговоренъ установить сервитутъ (по общанію, напр.) и не повинуется этому приговору, то судья можетъ декретомъ объявить, что данный сервитутъ установленъ<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> § 3 J. 2, 3; L. 1 § 1 D. 8, 4.

<sup>2)</sup> L. 2 D. 8, 1; L. 34 pr. D. 8, 3; L. 10 pr. D. 39, 3.

<sup>3)</sup> L. 32, 36 § 1; L. 54 D. 7, 1; L. 34 D. 8, 2; L. 30, 33 pr. D. 8, 3; L. 3, 5—8, 10 D. 8, 4.

<sup>4)</sup> L. 3 D. 7, 1; L. 19 D. 8, 6.

<sup>5)</sup> Ср. L. 8 § 4 D. 8, 5.

Судья же можетъ возстановить потерянный сервитутъ in integrum restitutione.

4) *Давность*<sup>1)</sup>. — Въ древнѣйшемъ правѣ XII таблицъ всѣ сервитуты могли приобрѣтаться по давности, usucapio. Позднѣе нѣкій lex Scribonia неизвѣстнаго періода отмѣнилъ эту давность<sup>2)</sup>. Но взамѣнъ того, къ сервитутамъ стали прилагать подъ вліяніемъ преторской юрисдикціи начала longi temporis prescriptio- nis, въ юстиніановомъ же правѣ находимъ полное приложеніе давности къ приобрѣтенію сервитутовъ (diuturnus usus, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longi temporis consuetudo и т. п.<sup>3)</sup>). Условія этой давности были слѣдующія: а) Quasi possessio, т. е. отправленіе сервитутнаго права, но nec clam, nec vi, nec precario<sup>4)</sup>. б) Bona fides. Необходимо, чтобы хотя въ самомъ началѣ отправленія сервитута приобрѣтатель его по давности былъ убѣжденъ, что онъ поступаетъ такъ по праву, не нарушаетъ своимъ отправленіемъ чужихъ правъ<sup>5)</sup>. в) Исте- ченіе 10 (inter praesentes) и 20 (inter absentes) лѣтъ непре- рывнаго отправленія сервитутнаго права. Для выполненія давности отправленіе сервитутнаго права должно продолжаться непрерывно inter praesentes 10 лѣтъ, а inter absentes — 20 л. Отправленіе это можно совершать и чрезъ третьихъ лицъ<sup>6)</sup>. По счету данныхъ сроковъ допускается accessio temporis, за- четъ времени отправленія права аукторомъ, если только его quasi possessio не было vitiosa<sup>7)</sup>. — Если всѣ эти условія на лицо, то сервитутное право приобрѣтается по давности. При этомъ замѣтимъ, что justus titulus не требовался какъ необ- ходимое условіе<sup>8)</sup>, не требовалась даже и scientia domini, т. е. чтобы собственникъ зналъ объ отправленіи сервитута на его собственность<sup>9)</sup>. — На имущества, не подлежащія давности, какъ напр., fundus dotalis, имущество фиска, общинъ и т. п., сер-

1) *Muther*. Die Ersitzung der Servituten. 1852; *Leconte*. De l'acquisition des servitudes par la prescription. 1876.

2) L. 4 § 29 D. 41, 3.

3) L. 10 D. 8, 5; L. 1 § 23 D. 39, 3; L. 5 § 3 D. 43, 19; L. 1, 2 C. 3, 34 L. 12 C. 7, 33.

4) L. 7 D. 43, 19; L. 1 § 23 D. 39, 3.

5) L. 1 § 10 D. 43, 20.

6) L. 12 § 2 D. 7, 4.

7) L. 2 § 7; L. 3 § 2 D. 43, 19.

8) L. 10 D. 8, 5.

9) Ср. L. 10 D. 8, 5; L. 1 § 23 D. 49, 12.

витуты устанавливаются по чрезвычайной давности (*praescriptio extraordinaria*) 30 или 40 лѣтъ<sup>1)</sup>).

Вопросъ о приобрѣтеніи сервитутовъ по давности въ наукѣ весьма споренъ. Большинство современныхъ ученыхъ допускаетъ такой способъ приобрѣтенія сервитутовъ (напр., см. *Molitor cit.* p. 425 — 434). Но многіе отвергаютъ приобрѣтательную давность для сервитутовъ (см., напр., *Hedemann. cit.* p. 10—72). И тѣ, и другіе выходятъ главнымъ образомъ изъ толкованія отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ, что указываетъ на извѣстную неясность и неопредѣленность послѣднихъ. Но во всякомъ случаѣ, выраженіе «*servitutes per se longo tempore nunquam capi possunt, cum aedificiis possunt*» (L. 10 § 1 D. 41, 3) нельзя толковать въ смыслѣ того, что не допускалось приобрѣтеніе сервитутовъ по давности; тутъ ясно говорится лишь то, что сервитуты не приобрѣтаются безъ самой недвижимости. Въ силу же общей юридической логики едва ли основательно отвергать приобрѣтательную давность для сервитутовъ, когда она имѣетъ мѣсто какъ способъ приобрѣтенія собственности на самую служащую вещь.

Весьма спорны въ наукѣ и всѣ отдѣльныя условія этой давности. См. *Vangerow. Pand. I § 351 Anm. Leconte cit.* p. 19, 20.

5) *Законъ, lex.* — Сервитутъ можетъ быть установленъ въ силу законнаго предписанія. Но это, впрочемъ, относится только къ *ususfructus (legalis)*. Такъ напр., отецъ имѣетъ по закону узупфруктъ на *bona adventitia* своихъ дѣтей<sup>2)</sup>. При расторженіи брака по винѣ, напр., жены, мужъ при дѣтяхъ имѣетъ узупфруктъ въ приданномъ жены<sup>3)</sup>. При вступленіи во второй бракъ при дѣтяхъ отъ перваго, *coniunx binibus* получаетъ узупфруктъ на имущество отъ перваго брака<sup>4)</sup>. И т. д.

### Защита сервитутовъ<sup>5)</sup>.

Средства защиты сервитутовъ распадаются на: 1) *remedia petitoria* и 2) *remedia possessoria*.

1) *Remedia petitoria.* — Сервитутамъ, какъ вещнымъ правамъ, противопоставляется обязанность всѣхъ и каждаго уважать соответственное отправленіе ихъ лицомъ управомоченнымъ. Поэтому всякое нарушеніе въ отправленіи сервитутовъ даетъ право

<sup>1)</sup> *Molitor cit.* p. 432, 433.

<sup>2)</sup> *Cod.* 6, 60 de bonis maternis etc.; 6, 61 de bonis, quae liberis etc.

<sup>3)</sup> L. 11 § 1, 2 C. 5, 17, Nov. 117 c. 1, 2.

<sup>4)</sup> L. 3 § 1; L. 5 C. 5, 9; Nov. 22 c. 23—26, 46 § 2.

<sup>5)</sup> *Dig.* 8, 5 si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur; 7, 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur.

на вещный искъ, *vindicatio servitutis*, называемый специально *actio confessoria*.

*Определение.* Подъ *actio confessoria* разумѣется тотъ вещный искъ, посредствомъ котораго имѣющій сервитутъ вынуждаетъ всякаго къ признанію его права<sup>1)</sup> (*confessio servitutis*).

*Условія акт. conf.* — Истцомъ можетъ быть всякое лицо, имѣющее сервитутное право<sup>2)</sup>; при *servit. praediorum* имъ будетъ каждый собственникъ *praedii dominantis*<sup>3)</sup>. Если *praedium dominans* находится на правѣ общей собственности, то каждый участникъ въ ней, въ силу нераздѣльности права, имѣетъ самостоятельный (*in solidum*) искъ<sup>4)</sup>. — Отвѣтчикомъ будетъ всякое лицо, которое чѣмъ либо нарушало отправленіе сервитутнаго права или оспаривало его<sup>5)</sup>, а также тотъ, *qui liti se obtulit*.

Чтобы провести свой искъ, истецъ долженъ доказать свое сервитутное право, т. е., что оно приобрѣтено имъ съ соблюденіемъ всѣхъ условій, и если спорный сервитутъ будетъ реальный, то истецъ долженъ еще доказать, что онъ собственникъ *praedii dominantis*. Наконецъ, истецъ долженъ доказать, что отвѣтчикъ нарушилъ его право или что онъ отвѣтственъ въ качествѣ лица, *qui liti se obtulit*.

Если все это будетъ доказано, то судья признаетъ сервитутное право за истцомъ и приговариваетъ отвѣтника *ad omnem causam*<sup>6)</sup>, т. е. къ выдачѣ вещи, если это возможно (*qui liti se obt.*), и къ вознагражденію всѣхъ убытковъ<sup>7)</sup>. Судья, кромѣ того, можетъ наложить на отвѣтника *cautio de non amplius turbando*<sup>8)</sup>. *Actio confess.* — изъ числа *actiones arbitrariae*.

Вмѣсто *actio confess.*, лицо, претендующее на спокойное отправленіе сервитутнаго права, могло вчинять еще другой петиционный искъ, *actio confessoria Publiciana*<sup>9)</sup>, направленный также на признаніе сервитута и ненарушимое его отправленіе, но доказываніе по этому иску было значительно легче. Такъ, не требовалось доказывать, что установившій сервитутъ былъ дѣй-

<sup>1)</sup> L. 2 pr. D. 8, 5.

<sup>2)</sup> L. 5 pr. D. 7, 6.

<sup>3)</sup> L. 1, 2 § 1; L. 6 § 3 D. 8, 5.

<sup>4)</sup> L. 4 § 3; L. 6 § 4 D. 8, 5; L. 1 § 5 D. 43, 27.

<sup>5)</sup> L. 4 § 5; L. 10 § 1 D. 8, 5; L. 5 § 5, 6 D. 7, 6; L. 60 § 1 D. 7, 1; L. 1 pr. D. 7, 6; L. 1 § 4 D. 43, 25.

<sup>6)</sup> См. *Hedemann. Ueber d. Erwerb. u. Schutz. d. Serv.* p. 131, 132.

<sup>7)</sup> L. 4 § 2; L. 6 § 6 D. 8, 5; L. 5 C. 3, 34; L. 5 § 3—6 D. 7, 6.

<sup>8)</sup> L. 7 D. 8, 5.

<sup>9)</sup> L. 11 § 1 D. 6, 2.

ствительнымъ собственникомъ *praedii servientis*: достаточно если будетъ доказано, что спорный сервитутъ приобрѣтенъ *justo titulo* отъ лица, находившагося въ *possessio ad usucapionem* служащимъ участкомъ <sup>1)</sup>). Точно также не требуется, чтобы истецъ доказалъ свое право собственности на *praedium dominans*: достаточно если онъ будетъ по немъ въ *possessio ex justo titulo*.

Въ наукѣ разногласіе по вопросу, зависитъ ли право на предъявленіе *actio Publiciana* отъ добросовѣстности или недобросовѣстности лица, отчуждившаго *praedium dominans* (см. *Schönemann* cit. p. 189). Какъ было указано въ ученіи о собственности, отъ защиты которой заимствовано это средство и для охраны сервитутовъ, единственная основа Публиціанова иска въ *justa causa* владѣнія, т. е. все вниманіе обращено на добросовѣстность владѣльца-приобрѣтателя, а не на добросовѣстность отчуждившаго (см. L. 7 § 15 D. 6, 2).

Но во всякомъ случаѣ, истецъ по *actio confess. Public.* съ успѣхомъ проводить свой искъ только противъ того отвѣтчика, который владѣетъ служащимъ участкомъ *sine titulo* или *mala fide*.

Какъ *actio confess.* проводится признаніе сервитутнаго права, такъ, наоборотъ, *actio negatoria s. negativa* собственникъ проводить притязаніе на свободу своей собственности отъ всякаго вещнаго права постороннихъ лицъ и ограниченій <sup>2)</sup>). Послѣдній искъ вытекаетъ не изъ сервитутнаго права, а изъ собственности. Сервитутъ въ большинствѣ случаевъ служитъ только поводомъ къ этому иску, а не его основаніемъ <sup>3)</sup>). Онъ основанъ на доказательствѣ права собственности, что можетъ быть замѣнено доказательствами достаточными для проведенія Публиціанова иска. Итакъ, кромѣ *actio negatoria*, собственникъ можетъ защищаться противъ притязаній на отправление сервитутовъ по его имуществу еще *actio Publiciana negatoria* <sup>4)</sup>).

2) *Remedia possessoria*, т. е. судебныя средства, которыми защищается фактическое отправление сервитутовъ. Не всѣ сервитуты сопровождаютъ такія средства защиты (при нѣкоторыхъ только *serv. praed. urban.* <sup>5)</sup>), какъ-то *interd. de cloacis* <sup>6)</sup>,

<sup>1)</sup> См. *Arndts*. Pand. § 191 Anm. 2.

<sup>2)</sup> L. 2 pr.; L. 8 § 5 D. 8, 5; L. 5 pr. D. 7, 6; L. 3 § 8 D. 43, 21; L. 1 § 4 D. 43, 25 и т. д. См. *Voigt*. Servitutenklag. § 12.

<sup>3)</sup> См. *Molitor*. cit. p. 490; *Vangerow* Pand. I § 353 Anm. 1. Справ. *Ofner*. D. Servitutenbegriff p. 32—34.

<sup>4)</sup> См. *Vangerow*. Pand. I § 354.

<sup>5)</sup> См. *Baron*. Pandekt. § 175 p. 267.

<sup>6)</sup> D. 43, 23 de cloacis.



для другихъ же или примѣняются по аналогіи общіе владѣйныя интердикты (*interd. uti possidetis, de vi, de precario*<sup>1)</sup>), какъ въ особенности для *serv. personarum*, а также для многихъ городскихъ сервитутовъ; или, какъ при *serv. praediorum rusticorum*, преторскій эдиктъ создавалъ для каждаго сервитута особый спеціальнѣйшій интердиктъ, причемъ на болѣе поздніе виды этихъ сервитутовъ распространялъ по аналогіи интердикты, созданные имъ въ прежнее время<sup>2)</sup>).

Изъ числа этихъ интердиктовъ упомянемъ:

Интердиктъ по отправленію права прохода, *interdictum de itinere actuque privato*<sup>3)</sup>, принадлежитъ тому, кто отправлялъ право прохода не менѣе 30 дней за послѣдній годъ до предъявленія иска *ne vi, ne clam, ne precario ab adversario* и затѣмъ въ этомъ отправленіи права былъ нарушенъ другимъ<sup>4)</sup>).

Интердикты по отправленію права пользованія водою<sup>5)</sup>, *interdictum de aqua*, на который имѣетъ право лицо, воспользовавшееся водопроводомъ по крайней мѣрѣ одинъ разъ (при *aqua quotidiana*—разъ въ послѣднемъ году<sup>6)</sup>; при *aqua aestiva* и *hiberna*—разъ въ лѣтнее или зимнее время<sup>7)</sup> и притомъ *ne vi, ne clam, ne precario ab adversario* и *bona fide*<sup>8)</sup>). *Interdictum de rivis reficiendis*<sup>9)</sup>, охраняющій починку водопроводовъ. *Interdictum de fonte* и *de fonte reficiendo*, направленный на защиту отправленія права черпать воду<sup>10)</sup>, подлежитъ общимъ съ предыдущимъ интердиктомъ правиламъ. Противъ препятствія очищать и поправлять сточныя каналы предоставлялся особый интердиктъ о клоакахъ<sup>11)</sup>, противъ котораго не имѣло силы возраженіе противной стороны *o vitium possessionis*.

<sup>1)</sup> L. 3 § 6, 4 D. 43, 17; L. 3 §§ 13—17; L. 9 § 1; L. 10 D. 43, 16; L. 60 pr. D. 7, 1; L. 27 D. 39, 5. Vat. fr. §§ 90, 91.

<sup>2)</sup> См. Voigt. Servit. u. Servituten-Klagen p. 5—10.

<sup>3)</sup> Dig. 43, 19 de itinere actuque privato.

<sup>4)</sup> L. 1 pr. §§ 2, 12; L. 3 § 2 D. 43, 19; ср. Vangerow. Pandekt. I. § 355 Anm. 1.

<sup>5)</sup> Dig. 43, 20 de aqua quotidiana et aestiva.

<sup>6)</sup> L. 1 §§ 4, 22 D. 43, 20.

<sup>7)</sup> L. 1 §§ 3, 29—37; L. 6 D. 43, 20.

<sup>8)</sup> L. 1 pr. §§ 10, 19, 20 D. 43, 20.

<sup>9)</sup> Dig. 43, 21 de rivis.

<sup>10)</sup> Dig. 43, 22 de fonte.

<sup>11)</sup> Dig. 43, 23 de cloacis.

## Прекращеніе сервитутовъ <sup>1)</sup>.

Сервитуты прекращаются:

а) Съ исчезновеніемъ субъекта сервитутнаго права. Такъ, личные сервитуты прекращаются со смертью управомоченнаго лица. Такое же послѣдствіе имѣетъ и *capitis deminutio maxima* и *media* <sup>2)</sup> (въ классическомъ періодѣ и *s. d. minima*), но только не для *habitatio* и *operae servorum* <sup>3)</sup> (см. выше). Для прекращенія личныхъ сервитутовъ, установленныхъ въ пользу юридическаго лица, котораго существованіе (напр., муниципіи) можетъ продолжиться весьма долго, вслѣдствіе чего право собственности будетъ ограничено навесьма продолжительное время—римляне установили крайній срокъ отправленію такихъ сервитутовъ 100 лѣтъ, по истеченіи которыхъ сервитуты прекращаются *ipso jure* <sup>4)</sup>. Предіальные сервитуты прекращаются съ уничтоженіемъ *praedii dominantis*; такъ *serv. urban.* прекратятся, напр., если зданіе разрушится, *serv. rustic.*—если участокъ будетъ застроенъ зданіемъ. Но въ этихъ случаяхъ сервитуты восстанавливаются съ полнымъ восстановленіемъ недвижимостей въ прежнемъ состояніи, если только въ этотъ промежутокъ времени сервитуты не прекратились отъ *non usus*.

б) Подобно всѣмъ вещнымъ правамъ, сервитуты прекращаются съ уничтоженіемъ ихъ объекта, т. е. служащей вещи <sup>5)</sup>, или съ обращеніемъ ея въ категорію *res extra commercium* <sup>6)</sup>, или если она будетъ продана казною, императоромъ и его супругой, какъ свободная отъ сервитута. Сервитуты на дикихъ животныхъ прекращаются съ пріобрѣтеніемъ ими свободы. *Ususfructus* и *usus* прекращаются уже съ существеннымъ измѣненіемъ служащей вещи <sup>7)</sup>, напр., если отданный въ пользоваіе лугъ будетъ вспаханъ и т. п. Съ восстановленіемъ *praedii servientis* (напр., дома), прекратившійся сервитутъ не восстанавливается <sup>8)</sup>, а будетъ совсѣмъ новымъ.

<sup>1)</sup> Dig. 8, 6 quemadmodum servitute amittuntur. Dig. 7, 4 quibus modis ususfructus vel usus amittitur.

<sup>2)</sup> § 3 I. 2, 4; L. 16 § 3 C. 3, 3.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 4, 5; L. 1, 2 D. 7, 7.

<sup>4)</sup> L. 56 D. 7, 1; L. 8 D. 33, 2; L. 12 D. 8, 1,

<sup>5)</sup> L. 23, 24 D. 7, 4.

<sup>6)</sup> L. 17 pr. D. 7, 1.

<sup>7)</sup> L. 5 § 2; L. 12 D. 7, 4; L. 36, 71 D. 7, 1.

<sup>8)</sup> Paulus 3, 6, 31.

в) *Confusio* (для личныхъ сервитутовъ *consolidatio*<sup>1)</sup>), какъ способъ прекращенія сервитутовъ, состоитъ въ томъ, что сервитутное право и собственность надъ служащею вещью соединяются (напр., по наслѣдству) въ одномъ лицѣ<sup>2)</sup>. Тутъ имѣемъ лишь приложеніе начала: *res sua nemini servit*. Если позднѣе эти права снова раздѣлятся, то сервитутъ не восстанавливается.

г) *Renuntiatio* со стороны управомоченнаго сервитутомъ. Въ прежнее время для такого отказа требовалось примѣненіе строгихъ формъ *remancipatio*, *recessio in jure*<sup>3)</sup>. Но въ юстиніановомъ правѣ *cedere* или *concedere*<sup>4)</sup> могло совершаться въ любой формѣ; объ отказѣ можно было заключать даже отъ другихъ дѣйствій, напр., когда узупфруктуарій разрѣшаетъ продажу служащаго участка безъ оговорки его права<sup>5)</sup>, когда управомоченный сервитутомъ разрѣшаетъ произвести на служащей вещи такія перемѣны, которыя дѣлали невозможнымъ дальнѣйшее отправленіе его права<sup>6)</sup>. Если отказъ совершался по *negotium inter vivos*, то обязательное для управомоченнаго дѣйствіе отказа наступаетъ лишь съ акцептомъ его другой стороной; поэтому по простой *derelictio* сервитуты не прекращаются<sup>7)</sup>. При *serv. praediorum* требуется согласное волеизъявленіе всѣхъ собственниковъ какъ *praedii dominantis*, такъ и *praedii servientis*<sup>8)</sup>.

д) Выполненіе резолютивнаго условія, наступленіе конечнаго срока (*dies ad quem*), на который былъ установленъ сервитутъ. Въ этихъ случаяхъ личные сервитуты прекращаются *ipso jure*<sup>9)</sup>, а вещные—*ope exceptionis (doli или pacti*<sup>10)</sup>).

е) Примѣненіе начала *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*, когда сервитутъ устанавливается т. наз. эмфитевтой и суперфициаріемъ и ихъ права прекращаются (см. ниже).

ж) *Давность*.—*Non utendo servitus amittitur*<sup>11)</sup>, сервитутъ прекращается отъ неотправленія тѣхъ дѣйствій, на которыя онъ

1) § 3 I. 2, 4; L. 78 § 2 D. 23, 3.

2) L. 1 D. 8, 6; L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 9 D. 8, 4.

3) Gajus 2, 30.

4) § 3 I. 3, 4; L. 14 § 1 D. 8, 1.

5) L. 4 § 12 D. 44, 4.

6) L. 8 pr. D. 8, 6.

7) См. *Arndts. Pand.* § 193 Anm. 2.

8) L. 34 pr. D. 8, 3.

9) L. 15 D. 7, 4; L. 5 C. 3, 33.

10) L. 4 D. 8, 1.

11) *Paulus* 3, 6 § 30.

уполномочиваетъ. Но одного non usus бываетъ не для всѣхъ сервитутовъ достаточно, чтобы погасить ихъ. Тутъ слѣдуетъ различать, съ одной стороны, ususfructus, usus и такіе serv. praediorum, которые уполномочиваютъ къ отдѣльнымъ періодическимъ дѣйствіямъ (напр., проходу), а съ другой — тѣ servit. praediorum, которые даютъ право на продолжительное (положительное или отрицательное) состояніе praedii dominantis или servientis (напр., servitus altius non tollendi, altius tollendi). Первые погашаются простымъ non usus въ продолженіе давностнаго срока; вторые требуютъ, кромѣ того, usucapio libertatis со стороны хозяина rei servientis<sup>1)</sup>, напр., serv. altius non tollendi погашается лишь тогда, когда хозяинъ praed. servientis дозволилъ себѣ altius tollere, а хозяинъ praed. dominantis не протестовалъ противъ этого въ продолженіе давностнаго срока. — Давностный срокъ въ древнемъ римскомъ правѣ былъ 1 годъ для сервитутовъ на движимыя вещи и 2 года для сервитутовъ на недвижимыя<sup>2)</sup>. По юстиніанову праву, всѣ сервитуты прекращались отъ non usus въ продолженіе 10 лѣтъ inter praesentes и 20-ти — inter absentes<sup>3)</sup>. Если по акту установленія сервитута, отправленіе его возможно только въ періоды не короче мѣсяца, то срокъ давности всегда 20 лѣтъ<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 4 § 29 D. 41, 3; L. 6, 7; L. 32 § 1 D. 8, 2; L. 18 § 2 D. 8, 6.

<sup>2)</sup> Paulus 1, 17; 3, 6 § 30.

<sup>3)</sup> L. 16 pr. § 1 C. 3, 33 и L. 13 C. 3, 34.

<sup>4)</sup> L. 7 D. 8, 6; L. 14 C. 3, 34.

## EMPHYTEUSIS И SUPERFICIES.

---

Въ числѣ правъ на чужую вещь въ Римѣ извѣстны были такіе два института, которые по обширности правъ на вещь весьма приближались къ собственности: это 1) *emphyteusis* и 2) *superficies*. И то, и другое право предоставляло искъ аналогичный иску о собственности, *rei vindicatio utilis*, что вмѣстѣ съ обширностью устанавливаемаго ими господства надъ вещью давало поводъ уже со временъ глоссаторовъ называть ихъ *dominium utile*, въ отличіе отъ дѣйствительной собственности, *dominium directum*. Но въ сущности названіе это невѣрно, ибо *emphyteusis* и *superficies* всегда были лишь правами на чужую вещь, какъ бы обширны эти права ни были <sup>1)</sup>, и сами источники во многихъ мѣстахъ говорятъ, что лица, обладающія этими правами, не *domini* <sup>2)</sup>.

Уже Куяцій и Донелль оспаривали этотъ взглядъ, доказывая, что онъ не имѣетъ основанія ни въ положительномъ римскомъ правѣ, ни можетъ быть выведенъ принципиально. См. *Laurent. Principes de droit civil t. VIII n<sup>o</sup> 342—344.*

Отъ сервитутовъ эти *jura in re aliena* отличаются тѣмъ, что они не связаны съ опредѣленнымъ лицомъ или *grædium*, но подлежатъ отчужденію и наслѣдованію <sup>3)</sup>; кромѣ того, и по содержанію они настолько обширнѣе сервитутовъ, что въ извѣстной мѣрѣ допускаютъ распоряженіе самою субстанціею вещи, какъ бы вовсе устраняютъ право собственности, тогда

---

<sup>1)</sup> См. *Vangerow Pand. § 359 Anm.*

<sup>2)</sup> L. 1 § 1 D. 6, 3; L. 71 § 5, 6 D. 30.

<sup>3)</sup> См. *Vangerow. Pand. I § 338 p. 687.*

какъ при сервитутахъ никогда не потемняется представленіе объ этомъ высшемъ правѣ на вещь <sup>1)</sup>. Разсмотримъ каждое изъ этихъ правъ въ отдѣльности.

## EMPHYTEUSIS.

*Источники:* Dig. 6, 3 si ager vectigalis, id est emphyteuticiarius petatur.—Cod. 4, 66 de jure emphyteutico; 11, 61 de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus.

*Пособія:* *Arndts* въ *Rechtslexicon* v. Weiske III p. 849—884 и въ *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* N. F. III p. 245 слѣд. и p. 367 слѣд. (*Gesammelte civil. Schriften* B. I. p. 210—317; *Lefort*. Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée. 1875 p. 67—91. *Garsonnet*. Histoire des locations perpétuelles 1879 p. 106, 133, 147; *Siragusa*. L'enfiteusi 1884.

*Исторія.*—Уже во времена республики муниципіи, коллегіи жрецовъ и другія корпораціи отдавали въ наймы свои земли частнымъ лицамъ на долгіе сроки (на 100 лѣтъ) или и навсегда. Плата наемная называлась *vectigal* <sup>2)</sup>, а сами земли—*agri vectigales* <sup>3)</sup>. Какъ несобственникъ, наемщикъ не могъ самъ защищать нанятой земли отъ всякихъ нарушеній третьихъ лицъ, а долженъ былъ всякій разъ прибѣгать къ посредничеству хозяина, что и при возможной отдаленности земель и при неподвижности юридическихъ лицъ было часто весьма неудобно. И вотъ, по всей вѣроятности, въ преторскомъ эдиктѣ, ему предоставляется на защиту земли *actio in rem, vectigalis actio* <sup>4)</sup> и такимъ образомъ его право получило характеръ вещный, права на чужую вещь <sup>5)</sup>.

Съ третьяго вѣка по Р. Х., императоры уступаютъ частнымъ лицамъ въ постоянное пользованіе провинціальныя пустоцорожнія земли съ цѣлью ихъ обработки. Земли такія носили назва-

<sup>1)</sup> *Windscheid*. Pand. 1 § 200 и Anm. 3.

<sup>2)</sup> *Gajus* 3 § 145.

<sup>3)</sup> L. 1 pr. D. 6, 3.

<sup>4)</sup> L. 15 § 26 D. 39, 2.

<sup>5)</sup> L. 1 § 1 D. 6, 3.

не *agri emphyteuticarii* (отъ *ἐμφυτεύειν*, обрабатывать). Примѣру императоровъ послѣдовали другія лица. Въ общемъ *emphyteusis* былъ отношеніемъ, схожимъ съ отношеніемъ по *ager vestigalis*. Онъ также устанавливалъ вещное право на чужое имущество <sup>1)</sup>. Нѣкоторыя особыя узаконенія по нему были распространены затѣмъ на *agri vestigales*, и такимъ образомъ въ юстиніановомъ правѣ *ager vestigalis* былъ уравниенъ съ *ager emphyteuticarius* <sup>2)</sup>. Въ наукѣ принято именовать данный институтъ отъ послѣдняго эмфитевзисомъ.

Среди римскихъ юристовъ долго существовалъ споръ объ юридической конструкціи правоотношенія по эмфитевзису. Одни видѣли въ немъ имущественный наемъ, другіе — куплю-продажу (*Gaj.* 3, 1, 45). Императоръ Зенонъ рѣшилъ споръ, объявивъ, что право эмфитевтическое *proprium naturam habet* (§ 3 *J.* 3, 24; *L.* 1 *C.* 4, 66; но ср. *L.* 7 *C.* 4, 51).

*Понятіе.* — *Emphyteusis* есть вещное, наследственное и отчуждаемое право на чужой поземельный участокъ (по исключенію, быть можетъ, и на *praedium urbanum*, зданія <sup>3)</sup>), съ обязанностью не запускать его обработку и производить собственнику опредѣленную уплату, *canon*. Управомоченное лицо называется *emphyteuta* или *emphyteuticarius*, собственникъ — *dominus emphyteuseos*.

*Права эмфитевты.* — Эмфитевзисъ есть право на чужой участокъ и поэтому не распространяется на кладъ, *thesaurus*, находящійся въ данной землѣ. Эмфитевта ничѣмъ не отличается въ этомъ отношеніи отъ всякаго другого нашедшаго кладъ <sup>4)</sup>. — Эмфитевзисъ — право наследственное, т. е. подлежитъ наследственной (по закону, или завѣщанію) преемственности. Но стороны могутъ и ограничить эмф. опредѣленнымъ срокомъ <sup>5)</sup>, и тогда требуется ясно выраженное намѣреніе считать данное отношеніе за эмфит., а не за имущественный наемъ. — Эмфитевзисъ — право отчуждаемое <sup>6)</sup>, т. е. подлежитъ отчужденію по *negotia inter vivos* и притомъ не только *quo ad exercitium*, но и *quo ad ius*; однако въ этомъ правѣ отчужденія эмфитевта стѣсненъ нѣкоторыми условіями. При всякомъ отчужденіи своего права

<sup>1)</sup> *L.* 3 § 4 *D.* 27, 9; *L.* 13 *C.* 5, 71.

<sup>2)</sup> См. *Rubr. Dig.* 6, 3.

<sup>3)</sup> *Nov.* 7 *cap.* 3; *Nov.* 120 *cap.* 1 § 2. См. *Arndts. Civilist. Schriften* I p. 214, 215.

<sup>4)</sup> *Arg. L.* 1 *D.* 43, 9.

<sup>5)</sup> *L.* 3 *D.* 6, 3.

<sup>6)</sup> § 3 *J.* 3, 24; *Cod.* 11, 61; *L.* 3 § 2 *D.* 27, 9.

онъ обязанъ извѣстить собственника (*denuntiatio domini*), который могъ отказать въ своемъ согласіи на отчужденіе определенному лицу по уважительнымъ причинамъ, а кромѣ того, въ случаѣ возмезднаго отчужденія, могъ въ продолженіе двухъ мѣсяцевъ выкупить это право, предложивъ эмфитевтѣ выставленныя имъ условія (*jus protimiseos*). Въ случаѣ согласія собственника на отчужденіе (согласіе это давалось или письменно, или заявленіемъ, внесеннымъ въ судебный протоколъ), онъ получалъ право на т. наз. *laudemium*, плату за признаніе его собственности, состоящую изъ 2% (*quingagesima pars*) покупной суммы или оцѣночной суммы эмфитевзиса при другихъ отчужденіяхъ его <sup>1)</sup>.—Эмфитевзисъ устанавливалъ самое полное пользованіе вещью вмѣстѣ съ ея *accessiones* <sup>2)</sup>. Эмфитевта, подобно собственнику, прибрѣталъ естественные плоды путемъ простой *separatio* <sup>3)</sup>. Онъ могъ предпринимать на участкѣ всякія измѣненія съ тѣмъ только, чтобы не привести его въ худшее положеніе <sup>4)</sup>. Но съ другой стороны, эмфитевта не могъ требовать по окончаніи своего права вознагражденія за всѣ улучшенія (*meliorationes*), произведенныя имъ на чужомъ участкѣ <sup>5)</sup>. Въ послѣднемъ выражалось первоначальное назначеніе этого института—поднять культуру земель.

Весьма спорный вопросъ о томъ, получаетъ ли эмфитевта на основаніи своего права только *juris quasi possessio*, или юридическое владѣніе и самимъ участкомъ, *corporeis possessio*,—подлежитъ разсмотрѣнію въ ученіи о владѣніи и особенно о т. наз. производномъ владѣніи. Постановку вопроса см. у *Arndts. Civilist. Schrift. B. I p. 219—223.*

*Обязанности эмфитевты.*—Эмфитевта прежде всего обязывается содержать участокъ въ хорошемъ состояніи, обрабатывая его и производя необходимыя исправленія; онъ-же несетъ и всѣ налоги <sup>6)</sup>.—Эмфитевта обязывается вносить своевременно собственнику точно определенную плату, называемую *canon, pensio, vestigal*. Онъ не могъ требовать сбавки съ этой платы <sup>7)</sup> ни по причинѣ неурожая, ни въ другихъ какихъ либо случаяхъ <sup>8)</sup>. Неуплата канона въ теченіе трехъ лѣтъ, а по

<sup>1)</sup> L. 3 C. 4, 66.

<sup>2)</sup> § 3 J. 3, 24; L. 1 § 1 D. 6, 3.

<sup>3)</sup> L. 25 § 1 D. 22, 1.

<sup>4)</sup> Nov. 7 cap. 3 § 2; Nov. 120 c. 6.

<sup>5)</sup> L. 2, 3 C. 4, 66.

<sup>6)</sup> L. 2 C. 4, 66; Nov. 7 cap. 3 § 2; Nov. 120 c. 8.

<sup>7)</sup> См. *Vangerow. Pand. 1 § 359 Anm.*

<sup>8)</sup> L. 1 C. 4, 66; § 3 J. 3, 24; но ср. L. 15 § 4 D. 19, 2.



церковнымъ землямъ—въ теченіе двухъ лѣтъ, вела за собою прекращеніе эмфитевзиса ео ірсо<sup>1)</sup>).

**Установленіе эмфитевзиса.**—Эмфитевзисъ устанавливается обыкновенно путемъ договора съ собственникомъ. Договоръ такой носитъ названіе *contractus emphyteuseos* или *emphyteuticarius* и устанавливаетъ, кромѣ обязательственнаго отношенія между сторонами, прямо вещное право.

Многіе, особенно въ прежнее время, полагали, что для установленія вещнаго права, кромѣ договора эмфит., требовалась еще передача участка. Но источники прямо говорятъ, что *locatio in perpetuum* устанавливаетъ тотчасъ же вещный искъ, а слѣдовательно и вещное право (L. 1 § 1 D. 6, 3), поэтому основательно отвергаютъ (*Arndts Civ. Schr. B. 1 p. 231*) *traditio*, какъ необходимое условіе для установленія по эмф. вещнаго отношенія.

Для дѣйствительности этого договора не требовалось особой какой либо формы<sup>2)</sup>; требовалась письменная форма и подпись только въ тѣхъ случаяхъ, когда церковь устанавливала эмфитевтическое право на своемъ участкѣ или когда стороны желали что либо измѣнить въ *naturalia* этого отношенія<sup>3)</sup>.—Эмф. можетъ быть установленъ еще путемъ *adjudicatio*, судебного рѣшенія, затѣмъ по легату<sup>4)</sup> собственника и, наконецъ, по 30-ти или 40 лѣтней давности<sup>5)</sup>. Въ послѣднемъ случаѣ эмфитевзисъ можетъ быть пріобрѣтенъ или отъ собственника, или отъ эмфитевты.

Относительно пріобрѣтенія эмфит. по давности въ наукѣ большое разногласіе (см. *Vangerow. Pand. I § 360 Anm.*). Источники прямо не рѣшаютъ вопроса, но нѣтъ основанія, по общему смыслу римскаго права, исключать при эмфит. этотъ способъ пріобрѣтенія, когда онъ примѣнимъ къ собственности и сервитутамъ (*Windscheid. Pandekt. I § 221*).

Отъ установленія эмфит. слѣдуетъ отличать пріобрѣтеніе уже существующаго права, какъ-то: по наследству, отчужденію или судебному приговору<sup>6)</sup>.

**Защита эмфитевзиса.**—Въ защиту своего права эмфитевта имѣлъ прежде всего такъ наз. *actio vestigalis* противъ всякаго, въ томъ числѣ и самаго собственника, и направленный на

<sup>1)</sup> L. 2 C. 4, 66; Nov. 7 c. 3 § 2; Nov. 120 c. 8.

<sup>2)</sup> *Windscheid Pand. I § 221; Wächter. Pand. II p. 271. Ср. Arndts. Civil. Schriften B. 1 p. 231—233.*

<sup>3)</sup> Nov. 120 cap. 6 § 2; L. 1. C. 4, 66.

<sup>4)</sup> См. *Arndts* въ *Civ. Schr. I p. 233, 234.*

<sup>5)</sup> Arg. L. 12 in f. C. 7, 33; L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>6)</sup> L. 7 pr. D. 10, 8; L. 10 D. 10, 2; L. 15 § 26 D. 39, 2.

допущеніе къ отправленію своего права пользованія участкомъ <sup>1)</sup>. Кроме того, онъ имѣлъ всѣ иски, принадлежащіе собственнику, но только *utiliter*, какъ-то: *actio negatoria*, *actio confessoria* <sup>2)</sup>, *publiciana in rem actio* <sup>3)</sup>; наконецъ, онъ могъ защищать самое владѣніе даннымъ участкомъ интердиктами <sup>4)</sup>.

Личныя отношенія между контрагентами, какъ напр., по уплатѣ канона, осуществлялись личнымъ искомъ, называемымъ теперь *emphyteuticaria (in personam) actio*, который вытекалъ изъ эмфит. договора.

*Прекращеніе эмфитевзиса.*—Кроме общихъ способовъ прекращенія вещныхъ правъ и правъ на чужую вещь въ особенности, какъ-то полное уничтоженіе вещи (напр., зданія) и *confusio* или *consolidatio*,—эмфитевзисъ прекращается:

а) Съ наступленіемъ резолютивнаго условія или срока (90, 100 лѣтъ), если таковыя сопровождали его установленіе.

б) Съ отказомъ, *renuntiatio*, эмфитевты отъ своего права, но не иначе, какъ съ согласія собственника, если отказъ этотъ совершается между живыми еще лицами.

Нѣкоторые ученые (напр., *Arndts* въ *Rechtslex.* p. 878) не считаютъ необходимымъ акцептъ собственника, но на это вполне правильно возражаютъ (напр., *Windscheid. Pand. I § 222 Anm. 3*), что разъ въ источникахъ не имѣется доказательствъ въ подтвержденіе такого мнѣнія, то самый общій смыслъ эмфитевзиса — поднять обработку земли и обязанность уплаты канона — не даетъ права односторонне разрывать данное правоотношеніе.

в) Со смертью эмфитевты, когда онъ не оставляетъ никакихъ наслѣдниковъ.

г) По давности, но для этого требуется со стороны противника *usucapio libertatis*; простое *non usus* не ведетъ къ прекращенію эмфитевзиса, если только выполняются всѣ существенныя обязанности по нему.

Давность, какъ способъ прекращенія эмфитевзиса, весьма спорна въ наукахъ (см. *Vangerow. Pand. I § 361*).

д) Эмфитевта можетъ быть лишенъ своего права, т. наз. *privatio emphyteuseos*, когда онъ приведетъ участокъ въ худшее положеніе <sup>5)</sup>, не уплачиваетъ 3 или 2 года канонъ (см. выше), три года не вноситъ податей <sup>6)</sup> по участку и не выпол-

<sup>1)</sup> L. 1 § 1; L. 2 D. 6, 3; L. 15 § 26 D. 39, 2; L. 66 pr. D. 21, 2.

<sup>2)</sup> E. 16 D. 8, 1.

<sup>3)</sup> L. 12 § 2 D. 6, 2.

<sup>4)</sup> Arg. L. 3 § 13—17; L. 9 § 1 D. 43, 16; L. 4 D. 43, 17.

<sup>5)</sup> Nov. 120 c. 8.

<sup>6)</sup> L. 2 C. 4, 66; Nov. 7 c. 7 § 2.

няетъ предписанныхъ закономъ условій при отчужденіи своего права<sup>1)</sup>).

Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ собственникъ можетъ требовать объявленія о прекращеніи эмфитевзиса съ момента наступленія основанія къ *privatio*<sup>2)</sup>); если же онъ не пользуется этимъ правомъ, то эмфитевзисъ остается въ прежней силѣ.

## SUPERFICIES.

*Источники:* Dig. 43, 18 de superficibus.

*Пособія:* Wächter. Das Superficiarrecht oder Platzrecht ed. 1868; *Degenkolb.* Platzrecht und Miethe. 1867. *Garsonnet.* Histoire des locations perpétuelles 1879 p. 109—112.

*Исторія*<sup>3)</sup>. — Уже во времена республики муниципии, съ цѣлью поощрить постройки, уступали навсегда или по крайней мѣрѣ на долгое время клочки муниципальной земли съ обязанностью возвести на нихъ зданія. Частныя лица послѣдовали примѣру муниципій. По уступкѣ этой устанавливалось право на поверхность земли—*superficies*, откуда и самое названіе права. Преторъ, предоставивъ для защиты его вещный искъ, аналогичный иску о собственности, далъ ему вещный характеръ. Современемъ суперфициарное право было распространено на зданія (право надстроить на чужомъ зданіи этажъ) и, наконецъ, на плантаціи (право развести плантацію).

*Понятіе.* — Подъ суперфициемъ разумѣется вещное отчуждаемое и наследственное право на вещи, связанные съ чужою поверхностью (землею или зданіемъ), право, предоставляющее пользованіе и распоряженіе, подобно собственнику. Лицо, получающее такое право, принято называть *superficiarius*.

*Права суперфициарія.* Суперфиций въ отличіе отъ имущественнаго найма, есть вещное право<sup>4)</sup>); какъ право на чужую вещь, онъ всегда предполагаетъ чужую собственность на предметъ этого права<sup>5)</sup> (строенія и плантаціи). Эту собственность будетъ имѣть собственникъ участка на томъ основаніи, что *superficies*

<sup>1)</sup> L. 3 C. 5, 66.

<sup>2)</sup> L. 2, 3 C. 4, 66; Nov. 7 c. 3 § 2; Nov. 120 c. 8.

<sup>3)</sup> *Rudorff.* Beitrag zur Geschichte der Superficies въ *Gesch. Zeitschr.* XI p. 219 и слѣд. *Garsonnet* cit. p. 110—112.

<sup>4)</sup> L. 86 § 4 D. 30; L. 19 pr. D. 39, 2.

<sup>5)</sup> L. 2. D. 43, 18.

sine praedio esse non potest и поэтому, какъ accessoria, принадлежитъ собственнику земли <sup>1)</sup>).—Суперфициарію принадлежитъ только право свободнаго пользованія вещью настолько, что если ему не будутъ поставлены ограниченія, то онъ можетъ свободно располагать даже самою субстанціею вещи.—Свое право супер. можетъ отчуждать <sup>2)</sup>), причемъ, какъ и эмфитевта, онъ обязанъ сдѣлать хозяину объявленіе, но этотъ не имѣетъ ни права на laudemium, ни jus protimiseos. Тѣмъ болѣе суперф. имѣетъ право устанавливать сервитуты <sup>3)</sup>), закладывать свое право <sup>4)</sup>).—Кромѣ того, право суп., какъ и право эмф., подлежитъ наслѣдованію <sup>5)</sup>), хотя при установленіи его могъ быть оговоренъ конечный срокъ <sup>6)</sup>).—Суперф. не обязывается даже содержать вещь въ хорошемъ состояніи <sup>7)</sup>).

*Обязанности суперфициарія* выражаются въ несеніи пода-тей по суперфицию и въ періодичной уплатѣ собственнику опредѣленной суммы, solarium <sup>8)</sup>), pensio <sup>9)</sup>). Впрочемъ, послѣднее не считается за существенное условіе суперфиция.

Устанавливается суперфициарное право: а) по договору <sup>10)</sup>), сопровождаемому традиціей. Договоръ этотъ можетъ быть куплею (или мѣною) или наймомъ <sup>11)</sup>). Первое имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда данное право уступается за единожды уплачиваемую цѣну; второе—при періодическихъ уплатахъ solarium <sup>12)</sup>). Можетъ суперфиций устанавливаться и по безвозмездной сдѣлкѣ, напр., по даренію. Затѣмъ, суперфиций предоставляется б) по отказу, а в) что касается давности, то въ наукѣ спорно, примѣнять-ли этотъ способъ къ установленію суперфиция или нѣтъ <sup>13)</sup>). Источники не говорятъ ничего, но нѣтъ никакихъ основаній не допускать давности при суперф., какъ она допускается при сервитутахъ <sup>14)</sup>).

<sup>1)</sup> Ср. *Garsonnet* cit p. 110

<sup>2)</sup> L. 1 § 7 D. 43, 18.

<sup>3)</sup> L. 1 § 9 D. 43, 18.

<sup>4)</sup> L. 16 § 2 D. 13, 7; L. 13 § 3 D. 20, 1; L. 15 D. 20, 4.

<sup>5)</sup> L. 10 D. 10, 2; L. 86 § 4 D. 30.

<sup>6)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 18.

<sup>7)</sup> См. *Wächter* cit. § 4, 5, 13.

<sup>8)</sup> L. 2 § 17 D. 43, 8; L. 15 D. 20 4.

<sup>9)</sup> L. 74 D. 6, 1.

<sup>10)</sup> L. 1 pr § 3; L. 2 D. 43, 18; L. 18 § 4 D. 39, 2; L. 3 § 7 D. 43, 17; L. 2 § 17 D. 43, 8.

<sup>11)</sup> L. 1 § 1 D. 43, 18. См. *Degenkolb* cit p. 35 и слѣд.

<sup>12)</sup> Справ. *Garsonnet* cit p. 109 п. 2.

<sup>13)</sup> См. L. 12 § 3 D. 6, 2; ср. L. 26 D. 41, 3.

<sup>14)</sup> См. *Wächter* cit. § 11.

*Защита суперфиция.*—Суперфициарій имѣетъ прежде всего всѣ иски собственника<sup>1)</sup> (*rei vindicatio, negatoria, confessoria, publiciana in rem actio*), но только *utiliter*<sup>2)</sup>, а нарушение его *quasi possessio* даетъ право на особый интердиктъ, *interdictum de superficibus*<sup>3)</sup>, который будетъ однимъ изъ видовъ *interdicta uti possidetis*. При полномъ лишеніи *quasi possessio*, онъ можетъ прибѣгать къ *interd. de vi*.

*Прекращеніе суперфиция* происходитъ тѣми-же способами, какъ и при эмфитевзисѣ.

КОНЕЦЪ ПЕРВАГО ТОМА.

---

<sup>1)</sup> L. 3 § 3 D. 39, 1; L. 13 § 8; L. 39 § 1 D. 39, 2; L. 11 § 14 D. 43, 24.  
<sup>2)</sup> L. 1 pr. §§ 1, 3, 6 D. 43, 18; L. 73 § 1; L. 74; L. 75 D. 6, 1; L. 12 § 3 D. 6, 2.  
<sup>3)</sup> L. 1 pr. §§ 1, 3 D. 43, 18.

## ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе . . . . . стр. 1—56

Источники римскаго права.—Пособія при изученіи римскаго права.—Значеніе римскаго права.—Содержаніе курса.—Общее понятіе права.—Понятіе гражданскаго права.—Предметъ и система гражданскаго права.

### ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

I. Субъектъ права . . . . . стр. 57—125

Общее понятіе о субъектѣ правъ.—Виды правовыхъ субъектовъ.

А) Физическія лица, какъ правовые субъекты:—Общее понятіе.—Начало физическаго лица, рожденіе.—Конецъ физическаго лица, смерть.—Правоспособность физическихъ лицъ (*status, caput, capitis deminutio*).—Особыя юридическія условія, предположенія правоспособности физическаго лица: 1) полъ (*sexus*), 2) возрастъ (*aetas*), 3) тѣлесное и душевное вѣдоровье (*valetudo*), 4) родство (*cognatio*), 5) гражданская честь, 6) религія, 7) мѣстожителство (*domicilium*) и происхожденіе (*origo*), 8) родъ занятій.

Б) Юридическія лица:—Понятіе.—Происхожденіе и теоретическая конструкция юридическихъ лицъ.—Виды юридическихъ лицъ.—Положеніе юридическаго лица въ правѣ.—Установленіе юридическихъ лицъ.—Конецъ юридическаго лица.—Судьба имущества юридическаго лица по его прекращеніи.

II. Объектъ права . . . . . стр. 126—157

Вещь, какъ предметъ права:—Понятіе вещи.—Виды вещей.—А) По естественнымъ свойствамъ: 1) Вещи тѣлесныя и безтѣлесныя, *res corporales* и *res incorporeales*; 2) Вещи недвижимыя и движимыя, *res immobiles* и *res mobiles*; 3) Вещи простыя, составныя и совокупности вещей (*res unitae, connexae s. compositae, universitates rerum*); 4) Вещи дѣлимыя и недѣлимыя (*res dividuae et individuae*); 5) Вещи потребляемыя и непотребляемыя (*res consumptibiles* и *non consumptibiles*). Б) Вещи со стороны правоотношеній на нихъ:—1) Вещи изъятыя изъ оборота (*res extra commercium*);—2) *Res in patrimonio* и *res extra patrimonium*.—3) Главныя вещи, придаточныя вещи и принадлежности (*res principales, res accessoriae, pertinentia*).—4) Вещи замѣнимыя, или родовымъ образомъ опредѣленныя, и вещи незамѣнимыя, или индивидуально опредѣленныя, *res fungibiles* и *res non fungibiles*.—5) *Res mancipi* и *res nec mancipi*.

III. О правѣ, какъ господствѣ субъекта надъ объектомъ . . . . . стр. 157—326

Установленіе правъ.—Прекращеніе правъ.—Юридическая сдѣлка:—Общія условія юридическихъ сдѣлокъ:—Дѣеспособность лица.—Наличность воли.—Вліяніе на волю заблужденія, принужденія и обмана.—Выраженіе воли.—Содержаніе юридической сдѣлки.—Условія (*conditiones*).—Срокъ (*dies*).—Пред-

положенія (modus).—Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.—Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ.

Соучастіе и представительство:—I) Соучастіе.—II) Общее понятіе представительства.—Теоретическое обоснованіе представительства.—Допустимость представительства въ римскомъ правѣ.

Дареніе (donatio).

Противоправныя дѣйствія.

Юридическія случаи:—Время.—Давность.—Счетъ времени.

Отправленіе права:—Коллизіи правъ.—Обезпеченіе правъ: protestatio и reservatio, cautiones, sequestratio, missio in possessionem, retentio, составленіе инвентаря.—Активные способы защиты правъ:—Право въ судебномъ его осуществленіи.—Иски (actiones): дѣленіе исковъ.—Прекращеніе искового права: смертью сторонъ, стеченіемъ нѣсколькихъ исковъ, исковою давностью.—Возраженія (exceptiones).—Начало процесса и его вліяніе на матеріальное право сторонъ (Litis contestatio).—Доказываніе и доказательства (предположенія, praesumptiones).—Приговоръ.—Суррогаты судебного приговора: судебное признаніе (confessio), клятва (iusjurandum), рѣшеніе третейскаго суда, соглашеніе (transactio).—Возстановленіе прежняго правоотношенія или состоянія, in integrum restitutio.

## ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

### А) ВЕЩНОЕ ПРАВО.

Владѣніе . . . . . стр. 329—369

Понятіе владѣнія.—Правовая природа владѣнія.—Признаки владѣнія.—Правовыя послѣдствія владѣнія.—Виды владѣнія.—Субъектъ владѣнія.—Объектъ владѣнія.—Приобрѣтеніе владѣнія.—Приобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя.—Защита владѣнія: основанія защиты, средства защиты.—Интердикты, interdicta possessoria.—Condictiones.—Потеря владѣнія.—Владѣніе правомъ.

Право собственности . . . . . стр. 370—437

Понятіе права собственности.—Историческія формы права собственности.—Предположенія права собственности.—Общая собственность (condominium).—Приобрѣтеніе собственности.—Способы приобретенія собственности:—А) Приобрѣтеніе по преемственности: 1) Преемственность согласно волѣ прежняго собственника: Traditio, передача.—2) Преемственность помимо воли прежняго собственника.—Судебный приговоръ, adjudicatio.—Законъ, lex.—Usucapio, давностное владѣніе.—Б) Приобрѣтеніе безъ преемственности:—1) Захватъ никому не принадлежащихъ вещей, occupatio.—2) Accessio, приращеніе.—3) Приобрѣтеніе собственности на плоды.—4) Specificatio, обработка.—5) Confusio и commixtio, смѣшеніе.—Содержаніе права собственности.—Ограниченія собственности по закону.—Охрана собственности.—Прекращеніе права собственности.

Сервитутное право, servitutes . . . . . стр. 438—475

Понятіе сервитутовъ.—Общія начала.—Виды сервитутовъ.—Вещные сервитуты.—Личные сервитуты:—Узуфруктъ (usufructus).—Usus.—Habitatio.—Operae servorum.—Установленіе сервитутовъ.—Защита сервитутовъ.—Прекращеніе сервитутовъ.

Emphyteusis . . . . . стр. 477—482

Superficies . . . . . стр. 482—484