

✕

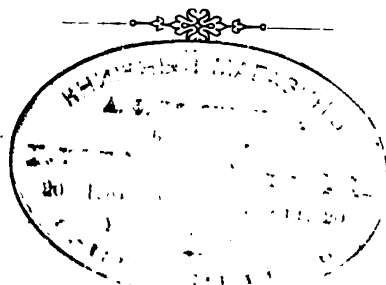
ДОГМА *П. Воини*
РИМСКАГО ПРАВА.

ЛЕКЦИИ

профессора В. В. ЕФИМОВА.

Vasilij Vladimirovich Efimov

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія В. С. Балашева. Екатерининскій кан., д. 80.

1893.

403
ЕФ

3/14/34

MAR 14 1934

ВВЕДЕНИЕ.

А) *Исторія и догма.* За исторіей римскаго права въ университетскомъ преподаваніи слѣдуетъ догма его. Различіе между историческимъ и догматическимъ курсами двояко: въ отношеніи объема и задачи изученія. Въ первомъ отношеніи историческій курсъ обнимаетъ все римское право, и публичное и частное; догматическій курсъ имѣетъ дѣло съ однимъ частнымъ правомъ. Еще въ историческомъ курсѣ частному праву, въ силу классической обработки живучаго идеала римлянъ, индивидуализма въ правѣ, отведено больше мѣста сравнительно съ менѣе жизнеспособнымъ публичнымъ правомъ древняго Рима. Догматическому курсу нѣтъ дѣла до публичнаго права; его предметъ — частное или гражданское право. Затѣмъ, въ отношеніи задачи изученія различіе между исторіей и догмой, этими двумя методами одного и того же предмета, слѣдующее.

Какое-либо знаніе приобрѣтается раньше всего ради удовлетворенія настоящей нужды, практической потребности. Совокупность знаній, составляющихъ содержаніе какого-либо вѣдѣнія, прежде всего имѣетъ въ виду практическія цѣли. Таковы, на примѣръ, медицина и агрономія. Та и другая представляетъ совокупность разнородныхъ прикладныхъ знаній, т. е. знаній, прилагаемыхъ непосредственно на практикѣ, при лѣченіи болѣзней и сельскомъ хозяйствѣ. Такова и та отрасль правовѣдѣнія, которая называется *догмой права*. И она ближе всего стоитъ къ самой практической жизни. Догматики юристы подобны медикамъ. Какъ медики прилагаютъ, глядя по надобности, медициной составленные и ими скомбинированные рецепты приготовленія лекарствъ, такъ и юристы

заимствуютъ изъ догмы права ею разработанные принципы права ради объясненія явленій юридической жизни.

Практичность римскаго права, его удобопримѣнимость въ всякаго сомнѣнія. Ученіе о рецепціи или объ усвоеніи римскаго права различными народами свидѣтельствуетъ, что всѣ народы, знакомившіеся съ римскимъ правомъ, въ большей или меньшей степени перенимали его. Такъ взяли-ли *corpus iuris civilis*, большая часть его примѣнялась въ жизни средней и новой Европы. Это ясно удостовѣряютъ глоссы, примѣчанія толкователей при примѣненіи *corpus iuris*: институціи Юстиніана глоссированы цѣлкомъ, изъ дигестъ лишены глоссы лишь нѣкоторые фрагменты 48 книги, глоссирована также громадная часть кодекса Юстиніана и больше половины Новеллъ Юстиніана (изъ 168 новеллъ глоссированы 96).

Но знаніе не ограничивается однѣми нуждами минуты, злобой дня. Когда эти нужды такъ или иначе удовлетворяются, человѣкъ запасается свѣдѣніями и напредки, въ виду возможной нужды въ будущемъ. По накопленіи знаній второго рода, этого, такъ сказать, научнаго капитала, изъ области настоящей и прошедшей жизни, люди принимаются за разработку его. При этой разработкѣ они имѣютъ въ виду, помимо объясненія настоящаго, еще иную цѣль, обращенную къ будущему: они имѣютъ въ виду открытіе постоянства или однообразія въ наступившихъ явленіяхъ ради предвидѣнія явленій будущихъ. Такимъ образомъ, появляются отрасли вѣдѣнія, соотвѣтствующія прикладнымъ предметамъ: рядомъ съ медициной рождается физиологія, рядомъ съ агрономіей—ботаника. Такимъ-же образомъ, съ начала нашего вѣка, какъ мы знаемъ, рядомъ съ догматическимъ появляется историческое изученіе права, преслѣдующее цѣли, отвлеченныя отъ требованій настоящей минуты. Въ виду того, что мы уже близко знакомы съ историческимъ курсомъ, въ дальнѣйшемъ мы остановимся на характеристикѣ догмы.

В) Догма или догматъ значитъ ученіе несомнѣнное, истинное. Есть, напримѣръ, богословская догматика, содержащая несомнѣнныя истины вѣроученія, отъ которыхъ не должны увлоняться вѣрующіе. Въ томъ-же смыслѣ и юридическая догматика ведетъ рѣчь о твердо сложившихся правоученіяхъ, которыхъ должна держаться юридическая практика.

Догматическія истины права выражаются, главнымъ обра-

зомъ, въ такъ-называемыхъ юридическихъ правилахъ или *нормахъ* и юридическихъ началахъ или *принципахъ*. Норма общиѣ принципа; норма касается группы какихъ либо обстоятельствъ, приводящихъ къ суммѣ извѣстныхъ послѣдствій; напримѣръ, вступленіе въ бракъ, согласное съ законными требованіями, связано съ приобрѣтеніемъ такихъ-то правъ и обязанностей. Норма выражается обыкновенно въ законахъ и обычаяхъ, она—произведеніе законодателя. Принципъ касается конкретныхъ обстоятельствъ: съ даннымъ явленіемъ онъ связуетъ такое-то слѣдствіе. Судья, распутывающій, согласно дѣйствующей нормѣ, юридическое отношеніе, которое облекается имъ соотвѣтствующимъ послѣдствіемъ—участвуетъ въ творествѣ юридическихъ принциповъ.

Благодаря капитальнымъ трудамъ Д. С. Милля и Бэна въ области формальной логики, работу догматика представляютъ въ слѣдующемъ видѣ (*Муромцевъ*, что такое догма права, 1885). Приступая къ изслѣдованію, догматикъ долженъ озаботиться *описаніемъ* предмета. Такъ, говоря о субъектахъ частнаго права, онъ скажетъ: всякій человекъ нынѣ есть субъектъ частнаго права. Затѣмъ, дѣло догматика—при описаніи дать *опредѣленіе*, назвать явленіе однимъ именемъ или терминомъ: есть-ли интересующее отношеніе владѣніе или обладаніе, что такое *possesio* или *detentio* и т. п. Кромѣ того необходимо бываетъ *расположить* или классифицировать изслѣдуемая отношенія. Высшей единицей классификаціи берется, такъ называемый юридическій институтъ, обнимающій всю совокупность *однородныхъ* отношеній; таковы институты права семейнаго, вещнаго, обязательственнаго. Наконецъ, даровитому догматикъ предстоитъ *обобщить* явленія; изъ обобщеній слагаются вышеназванные принципы и нормы права, представляющіе собою юридическіе догматы.

Догматическое объясненіе интересующихъ явленій права происходитъ посредствомъ такъ-называемой *юридической конструкции*, юридическаго построенія на основаніи существующаго матеріала, т. е. дѣйствующихъ нормъ и принциповъ. Конструкція явленія заключается въ возведеніи его къ жизни по этимъ нормамъ или принципамъ. Вотъ, примѣръ. Допустимъ, встрѣчается въ римскомъ завѣщаніи назначеніе наследника на какой-либо опредѣленный предметъ наследства (*institutio heredis ex re certa*), на имѣніе Тускуланское и т. п. Можетъ такое назначеніе получить силу? Повидимому, оно

противорѣчить коренной нормѣ римскаго наслѣдованія, по которой наслѣдникъ есть общій преемникъ всего наслѣдства (*successor universalis*), а не преемникъ одного лишь предмета (*successor singularis*). Для того, чтобы оно имѣло силу, надо „конструировать его“, т. е. построить или возвести его существованіе по всѣмъ тѣмъ догматамъ дѣйствующаго права (нормамъ и принципамъ), которыя могутъ быть для того пригодны. Въ данномъ примѣрѣ римскіе юристы и поступали такъ: наслѣдникъ отдѣльнаго предмета считался какъ-бы неограниченнымъ наслѣдникомъ, въ смыслѣ общаго преемника (*successor universalis*), а предметъ онъ свой получалъ не въ качествѣ наслѣдника, а какъ легатарій (*res certa* признавалось какъ-бы легатомъ). Иначе если-бы не прибѣгать къ такой конструкціи, пришлось-бы признать *institutio heredis ex re certa* порочнымъ, недѣйствительнымъ явленіемъ.

В) Догма-система. Догматика римскаго права иначе (напримѣръ, въ программахъ испытательныхъ комиссій) называется системой. Это названіе отъ начала нашего вѣка. Знаменитый Савиньи назвалъ свой догматическій курсъ системой современнаго римскаго права. Что это за предметъ догмы: римское современное право? Какова его система?

Современное римское право—то (частное) право, которое теперь имѣетъ значеніе въ Европѣ. Это—общенародное римское право (*ius gentium*) за вычетомъ рабства и другихъ институтовъ, умерщвленныхъ современной культурой, съ измѣненіями и дополненіями, которыя вызваны успѣхами европейской цивилизаціи. Въ этомъ измѣненномъ видѣ право конца XVIII вѣка называлось *usus modernus iuris romani*. Короче курсъ современнаго римскаго права теперь называютъ увѣковѣченнымъ терминомъ Юстиніана—пандектами (*Pandecten, pandectes*) или пандектнымъ правомъ (*Pandectenrecht*).

Имѣются 2 системы изложенія догмы: римская (или институціонная) и германская. Первая такъ называется потому, что берется изъ римскихъ учебниковъ, именуемыхъ *instituciones*. Напримѣръ, извѣстныя намъ институціи Гая и Юстиніана, такъ изложены: субъектъ права (*persona*), объектъ (*res*) и судебная защита (*actio*). По этой системѣ ведется и нынѣ изложеніе подготовительныхъ, краткихъ догматическихъ курсовъ подъ названіемъ институцій, служащихъ какъ-бы введеніемъ въ курсъ пандектъ. Такія институціи читаются въ германскихъ университетахъ на первомъ курсѣ рядомъ съ

внѣшней исторіей римскаго права. Въ русскихъ университетахъ нѣтъ институцій, ихъ значеніе подготовительной дисциплины восполняется краткой исторіей римскаго гражданскаго права.—Вторая система—германская, иначе Гуго-Гейзева система, практикуется въ пространныхъ догматическихъ курсахъ, въ пандектномъ правѣ.

Изложеніе пандектнаго права долго велось въ порядкѣ титуловъ Юстиніановыхъ пандектъ. Глоссаторы и комментаторы писали толкованія, не измѣняя расположенія фрагментовъ въ титулахъ. Этотъ первый способъ изложенія можетъ быть названъ растолковательнымъ, *экзегетическимъ*. Затѣмъ, романисты начали по своему усмотрѣнію располагать содержаніе титуловъ; самый порядокъ и названіе титуловъ оставались тѣми-же, варьировались лишь болѣе мелкія дѣленія. Такой второй способъ называется *легальнымъ*, потому что въ основѣ его остается главный распорядокъ *leges pandectarum*. Такъ напримѣръ начать съ 1790 г. грандіозный трудъ Глюка: подробное объясненіе пандектъ (*ausführliche Erläuterung der Pandecten*), которое продолжается и по настоящее время многими нѣмецкими учеными. Но въ современныхъ учебникахъ принять не этотъ легальный, а третій способъ, который, въ отличіе отъ первыхъ двухъ, можно назвать *самостоятельнымъ*. Онъ составленъ впервые извѣстнымъ Гуго, родоначальникомъ исторической школы и улучшенъ другимъ романистомъ въ 20-хъ годахъ Гейзе, почему именуется еще Гуго-Гейзевой системой. Эта система выдѣляетъ въ особую большую группу такіе вопросы права, которыя могутъ одинаково возникнуть при разсмотрѣніи отдѣльныхъ разнородныхъ или совокупности однородныхъ отношеній. Сюда принадлежатъ вопросы о понятіи частнаго права, его возникновеніи, защитѣ и т. д.; всѣ такіе вопросы и составляютъ первую, *общую часть* догматики (въ институціонной системѣ нѣтъ общей части). Во вторую-же *особенную часть* входитъ изученіе отдѣльныхъ гражданскихъ правоотношеній, расположенное по юридическимъ институтамъ, т. е. по совокупностямъ однородныхъ отношеній; во второй части и помѣщается догма тѣхъ институтовъ, развитіе которыхъ нами было разсмотрѣно, каждаго въ отдѣльности, въ исторіи римскаго гражданскаго права, именно: вещнаго права, обязательственнаго, семейнаго и наследственнаго.

Хотя распредѣленіе догмы на общую и особенную части

и дѣленіе особенной части на помянутые институты есть продуктъ современнаго мышленія, тѣмъ не менѣе и тутъ остается нѣчто общее, нетронутое отъ системы римско-пандектной. Это общее есть полная параллель въ послѣдовательности изложенія. Вотъ эта параллель:

1) Общей части догмы соотвѣтствуетъ первая часть (та прѣста, книги 1—4) дигестъ.

II) Особенной части: 1) вещному праву—вторая часть (de iudiciis, 15—11)—2) обязательственному—третья—(de rebus creditis, 12—19) и начало четвертой (20—22). 3) семейному праву—изъ четвертой части (23—25—о бракѣ, 26 и 27—объ опекаѣ). 4) наследственному праву—пятая часть (de testamento, 28—36) и начало шестой.

Г) *Источники догмы*—corpus iuris civilis, состоящій, какъ извѣстно, изъ исторіи римскаго права, изъ 4 частей кодификаціи Юстиніана: институцій, пандектъ, кодекса (императорскихъ конституцій) и новеллъ. Это—главный источникъ догмы. Въ виду-жъ того, что въ corpus iuris входятъ законы разныхъ историческихъ эпохъ, для объясненія ихъ нерѣдко надлежитъ обращаться къ праву до-Юстиніана въ видѣ сохранившихся отрывковъ изъ сочиненій юристовъ и императорскихъ конституцій ¹⁾.

1) *Институціи* Юстиніана—правительственный учебникъ, предназначенный вмѣстѣ съ тѣмъ служить книгою законовъ. Сравнительно съ другими книгами Юстиніана, институціи представляютъ собою вполне систематическое произведение, повторяющее институціи Гаю, съ выпусками и добавленіями. Внѣшнее дѣленіе—на 4 libri (книги—на tituli, титулы—на §§), внутреннее—на 3 части, по 3 элементамъ права: persona, res, actio. Способъ цитированія: напр., § 3 I. 2. 5—буква I указываетъ на институціи, цифра 2—на вторую книгу, 5—на пятый титулъ, § 3—на третій параграфъ пятого титула.

2) *Пандекты*—собраніе отрывковъ изъ сочиненій 39 классическихъ юристовъ. Порученіе Юстиніана комиссіи подъ

¹⁾ Преимущественно къ источникамъ права до Юстиніана принадлежать: институціи Гаю, фрагменты Ульпіана, сентенціи Павла, фрагменты ватиканские (найденные въ Ватиканѣ), consultatio veteris iurisconsulti (о нихъ и объ изданіи ихъ см. лекціи ист. р. пр., стр. 232 и слѣд.). Объ императорскихъ постановленіяхъ до Юстиніана даетъ свѣдѣнія codex Theodosianus 438 г. (ibid, стр. 237).—Болѣе подробное обзорѣніе corporis iuris civilis нами изложено въ исторіи римскаго права (стр. 237—247).

предсѣдательствомъ Трибоніана о составленіи пандектъ изложено въ его конституціи, называемой по начальнымъ словамъ: *Deo auctore*. Черезъ 3 года порученіе было выполнено, и дигесты получили силу по тремъ конституціямъ Юстиніана («*omnem reipublicae*», «*tanta*», «*δέδωκε*»). Внѣшнее дѣленіе—на 50 libri, книга—на tituli, титуль—на fragmenta (или leges) изъ сочиненій юристовъ, большой фрагментъ дѣлится на principium (введеніе) и §§. Внутреннее дѣленіе—на семь частей по системѣ преторскаго эдикта: 1) *tā prōta* (книга 1—4)—общія, начальныя свѣдѣнія о правѣ, 2) *de iudiciis* (5—11)—вещное право, 3) *de rebus creditis* (12—19)—обязательства, 4) *umbilicus* (20—27)—залогъ, приданое, опека и др. 5) *de testamentis* (28—36)—наслѣдованіе по завѣщанію, 6) безъ названія (37—44)—наслѣдованіе безъ завѣщанія, патронатъ, правила процессуальныя и т. д.; 7) безъ названія (45—50)—словесныя обязательства, уголовное и государственное право, терминологія, *regulae iuris* и мн. др. Цитированіе дигестъ: напр.—l. (или fr.) 2 § 5 D 29. 3—буква D указываетъ на дигесты, цифра 29—на книгу, 3—третій титуль 29-й книги, l. 2 (или fr. 2)—lex 2 или фрагментъ 2-й третьяго титула, § 4—четвертый параграфъ 2-го фрагмента.—Лучшая рукопись дигестъ есть флорентинская, относящаяся къ VII вѣку; по этой рукописи впервые дигесты были изданы въ 1553 г.; послѣднее лучшее изданіе Моммзена отъ 1870 года.

3) *Codex* (конституцій) во 2-мъ изданіи (*codex repetitae praelectionis*), вошедшемъ въ силу съ 529 года. Въ немъ помѣщаются однородные источники права—только императорскія постановленія отъ Адріана до Юстиніана (около 3000 *constitutiones principum*). Внѣшнее дѣленіе—12 книгъ, книга—на титулы, титулы состоятъ изъ одной или нѣсколькихъ конституцій, расположенныхъ по времени изданія. Цитированіе такое-же, что и дигестъ, только вмѣсто буквы D ставится C (*codex*); напр. l. 2 C. 8. 52 указываетъ на 2-ю конституцію 52-го титула 8-й книги кодекса. Лучшее послѣднее изданіе принадлежитъ Крюгеру.

4) *Novellae* (*constitutiones*)—новыя конституціи Юстиніана послѣ изданія кодекса (535—565 г.), большею частью на греческомъ языкѣ. Изъ трехъ извѣстныхъ намъ сборниковъ новеллъ, составленныхъ послѣ Юстиніана, самый полный содержитъ 168 новеллъ, изъ которыхъ 11 не принадлежатъ Юстиніану (четыре новеллы суть эдикты *praefecti praetorio*,

четыре—постановленія Юстина II, три—постановленія Тиберія II). Цитированіе: напр., N 115 с. 3 § 1—первый параграфъ 3-й главы 115 новеллы. Послѣдняя обработка новеллъ совершается Шёллемъ.

Одно названіе всѣхъ книгъ Юстиніана «*Corpus iuris civilis*» впервые употреблено Діонисіемъ Готофредомъ въ 1585 г., издавшимъ книги безъ глоссъ, которыя обыкновенно до него приписывались для практическаго руководсва.

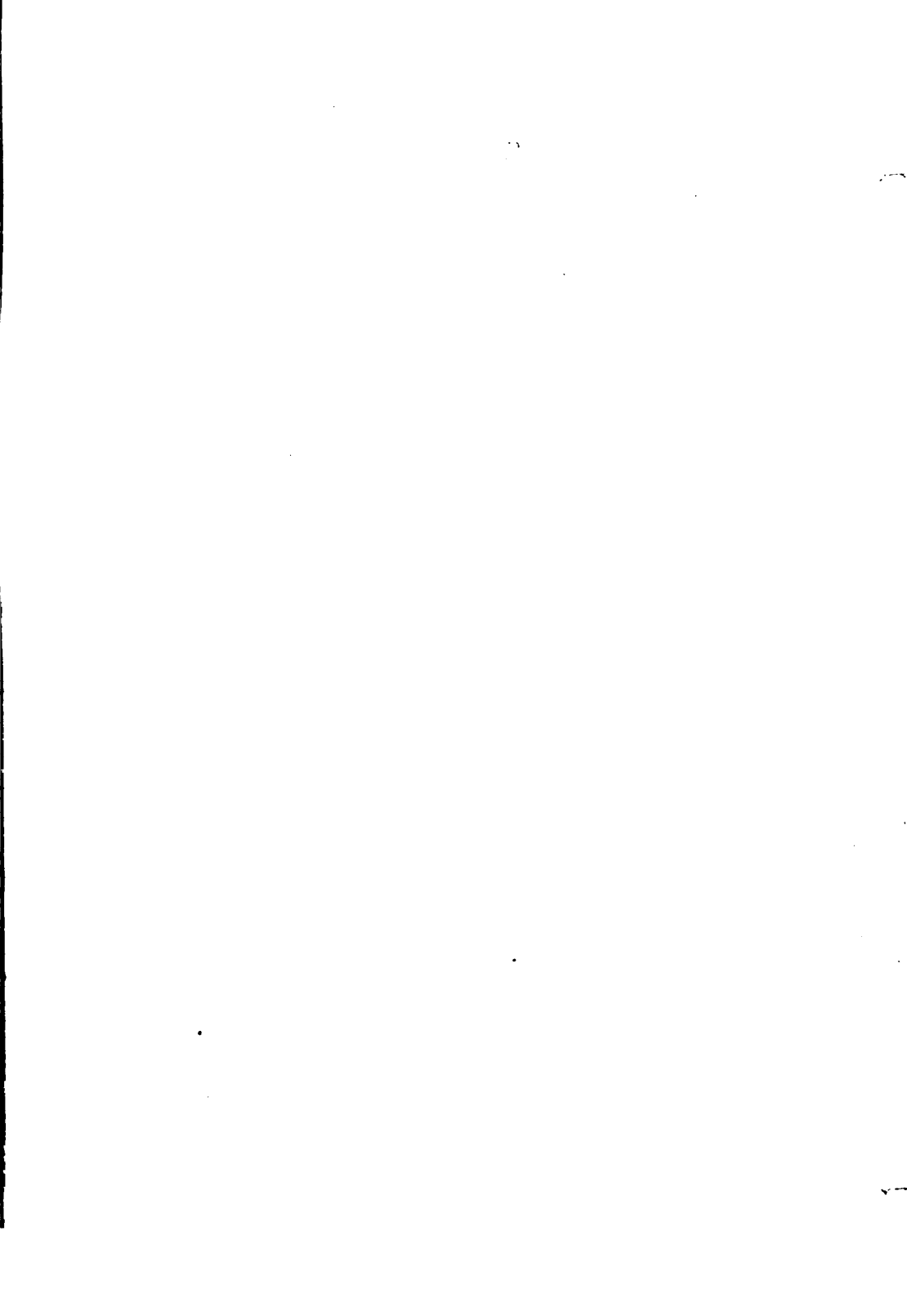
Еще слѣдуетъ упомянуть, что въ составъ западно-европейскаго пандектнаго права входитъ также сборное изданіе источниковъ каноническаго права подъ названіемъ *corpus iuris canonici*. Церковь, рядомъ съ государствомъ, не мало времени господствовала въ гражданскомъ обществѣ, въ которомъ она была судьей и законодателемъ. И вотъ, нѣкоторыя мѣста каноническаго сборника содержатъ гражданскіе законы—*Corpus iuris canonici* состоитъ изъ 4 частей: 1) *decretum Gratiani*—частная работа монаха XII вѣка съ цитатами изъ священнаго писанія, постановленій соборовъ, отцевъ церкви, папы, римскаго права, Французскихъ капитулярій; 2) сборника папскихъ *декреталій* въ 5 книгахъ, составленнаго папой Григоріемъ IX въ половинѣ XIII вѣка. Этотъ сборникъ цитируется буквой X (*extra decretum Gratiani*); напр., с. 1 X. 2. 23; 3) *liber sextus decretalium* въ концѣ XIII вѣка; 4) сборникъ декреталій Климента V въ XIV вѣкѣ. Послѣднее изданіе каноническаго сборника—Фридберга, 1877—1881.

Д) *Литература* догмы римскаго права истиннѣ громадна: на всѣхъ европейскихъ языкахъ имѣется множество монографій и обиліе учебниковъ; менѣе всего ихъ пока на русскомъ языкѣ. Во введеніи упомянутомъ о наиболѣе употребительныхъ курсахъ догмы.

Въ иностранной литературѣ еще разъ назовемъ предпріятіе по легальной системѣ Глюка, продолженное по смерти инициатора Мюленбрухомъ, Фейномъ, Лейстомъ и др. До нашихъ дней вышло около 50 томовъ; послѣдніе выпуски объясняютъ 41 книгу дигестъ. Изданіе Глюка содержитъ подробныя ссылки на старую литературу. Далѣе, по нынѣшней (Гуго Гензевой) системѣ напечатано немало курсовъ нѣмецкихъ профессоровъ, нерѣдко съ пространными примѣчаніями, въ которыхъ помѣщаются указанія на литературу и контроверзы. Общее названіе курсовъ *Pandecten*; они выдерживали по нѣсколько изданій: пандекты Пухты—12 изд., Arndts—

8 изд., Windscheid — 7 изд., Vangerow — 7 изд., Baron — 6 изд., Dernburg — 3 изд. и т. д. — На французскомъ языкѣ распространены курсы Demangeat и Van-Wetter (cours élémentaire de d. r.). Accarias (précis de dr. r.) и др.

Въ русской литературѣ изъ переводныхъ трудовъ на первомъ мѣстѣ по полнотѣ должно поставить переводъ всего учебника Барона, 1888. Затѣмъ имѣются неполные переводы; именно, переведена общая часть учебника Виндшейда, 1874, и Гудсмита, 1881. Оригинальная русская литература выражается въ печатныхъ лекціяхъ. Такъ, покойнымъ профессоромъ нашего университета Л. Б. Дорномъ отпечатана общая часть (1890 г.) и особенная (посмертное изданіе 1892 г.). Также изданы лекціи профессорами Митюковымъ (очень краткій, безъ литературы, курсъ, 1883), Азаревичемъ (сравнительно подробный, 1887—88) и Загурскимъ (болѣе пространный, но пока только общая часть, 1889—91).



ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

данскимъ, *ius publicum* и *ius privatum*. Въ нашихъ цѣляхъ остановиться на *элементахъ гражданского права* ¹⁾.

На первой страницѣ дигестъ (въ 1 § 2 D 1. 1) находится опредѣленіе *ius privatum*. Мы уже раньше приводили извѣстные слова Ульпіана: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad utilitatem singulorum pertinet; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. На основаніи этого лаконическаго фрагмента кладутъ въ основу различенія государственнаго и гражданского права два рода интересовъ: публичный и частный (индивидуальный). Въ самой общественной жизни человѣка, говорятъ, наблюдается *двойственность*. Какъ свободная личность, человѣкъ представляетъ собою средоточіе юридическихъ отношеній; но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ есть членъ окружающаго его союза, который ему и которому онъ служить (Дернбургъ). Противъ распространеннаго обоснованія данной классификаціи права по раздѣленіи интересовъ жизни на общественные и частные много возражали. Изъ русскихъ, напримѣръ, Кавелинъ справедливо говорилъ, что помянутое различеніе интересовъ не можетъ имѣть абсолютнаго, безусловнаго значенія; за нимъ должно быть признано лишь относительное значеніе: дѣятельность городского управленія или земства сравнительно съ дѣйствіемъ горожанъ или отдѣльныхъ членовъ земства есть общественная, а въ сравненіи съ дѣятельностью еще болѣе обширнаго союза, государства—частная. А разъ критерій непостояннаго свойства, не можетъ быть совершена классификація. Вслѣдствіе этого нѣкоторые писатели подпискивали другіе критеріи. Такъ, Тонъ развивалъ знакомую намъ изъ исторіи мысль, что признакомъ различенія двухъ правъ надо считать инициативу въ защитѣ права: частныя права охраняются по почину частныхъ лицъ вчатіемъ иска, а публичныя по инициативѣ самого государства, независимо отъ воли страдающихъ отъ правонарушенія (потерпѣвшій въ публично-уголовномъ судѣ лишь свидѣтель). Но, на строгую повѣрку, и этотъ критерій не безупреченъ: если всегда, когда само государство поднимаетъ судебное преслѣдованіе, усматривать публичное право, то выйдетъ, что за государствомъ нельзя будетъ признать гражданскихъ правъ; между тѣмъ, оно несомнѣнно и ихъ имѣеть.

¹⁾ *Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866.*

Пусть настоящее основное раздѣленіе права не вполне совершенно, относительнаго достоинства; важное значеніе его не умалится до тѣхъ поръ, пока не найдутъ болѣе совершенную классификацію. Несовершенство его въ томъ, что авторъ, во первыхъ, не развилъ, не провѣрилъ дѣленіе по всѣмъ институтамъ права; имъ обозначена лишь примѣрно область публичнаго права: *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. Во вторыхъ, неясно мотивировано: *sunt quaedam publice utilia, quaedam privatim*. Въ минуту вдохновенія Ульпіану пришла гениальная идея данной классификаціи; онъ набросалъ ее, а затѣмъ, ни онъ, ни другіе римскіе юристы не практиковали ее, насколько извѣстно, въ своихъ литературныхъ или педагогическихъ трудахъ ¹⁾ Но и въ приведенной мотивировкѣ: «нѣчто полезно въ отношеніи государства, нѣчто частнымъ образомъ» все-же сквозитъ задняя мысль практичнаго римлянина: двойная польза, двойкій интересъ: въ государствѣ или гражданскомъ обществѣ ²⁾.

Такимъ образомъ, первымъ элементомъ гражданского права является наличность гражданского общества. Разъ такое упорядоченное общестіе, обнимающее интересы отдѣльныхъ гражданъ, существуетъ, съ нимъ должны въ своемъ поведеніи считаться граждане. чтобы не быть исключенными или ограниченными въ немъ (не потерять право отправлять свою профессию, право торговли и т. п.). Чтобы имѣть гражданское право, чтобы быть приспособленнымъ въ поведеніи къ требованіямъ гражданского общества, надо знать, какова его организація,

¹⁾ Вотъ, что еще говорится о содержаніи *ius privatum* (*ibid*): *privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*. Cf. 64 D 12.6, 34 § 1 D 18.1. Значитъ, въ составъ приватнаго права входятъ элементы естественнаго, общенароднаго и гражданского права.

²⁾ Переводя: *ius privatum* словами: *гражданское право*, мы полагаемъ, что не отдаляемся отъ римскаго оригинала. Правда, эпитетъ *гражданскій* имѣетъ немало специальныхъ значеній, какъ противоположность словамъ: публичный, военный, духовный и т. д., при чемъ во всѣхъ этихъ значеніяхъ у него то общее, что онъ обозначаетъ что-то отрицательное (что не составляетъ публичнаго или военнаго или духовнаго). И все-же можно мириться въ данномъ мѣстѣ съ этими прилагательными, держась словъ Ульпіана. Именно, у него носитель публичнаго права—римское государство (*res Romana*), а носитель приватнаго права—члены государства по одиночкѣ (*singuli*), т. е. граждане (хотя безразличныхъ государствъ). Значитъ, *ius privatum* относится къ гражданамъ, независимо государства; оно и есть гражданское право.

въ чемъ состоятъ его требованія или нормы гражданскаго права. Совокупность гражданскихъ нормъ составляетъ *гражданскій порядокъ*. На первомъ мѣстѣ будетъ ученіе о немъ. Далѣе, въ виду того, что *omne ius hominum causa constitutum est*—всякая юридическая норма установлена для людей, слѣдуетъ обратиться къ обладателямъ или субъектамъ гражданскихъ правъ; тутъ надлежитъ выяснитъ, какія условія обладанія гражданскимъ правомъ или гражданской правоспособностью предъявляются отъ гражданского общества, какія обстоятельства жизни извнѣ гражданского общества (физическіе недостатки, религія, государственныя наказанія и т. д.) отражаются на гражданскихъ правахъ и т. д.; содержаніемъ второй главы послужитъ ученіе о гражданской правоспособности. Затѣмъ, какъ еще отмѣчено въ римскихъ институціяхъ, послѣ субъекта права (*persona*), другимъ существеннымъ признакомъ права признается объектъ (*res*); объектъ privataго права—*utilitas singulorum*, блага гражданскія; объ этихъ благахъ будемъ говорить въ третьей главѣ. Въ четвертой главѣ рассмотримъ *приобрѣтеніе, измѣненіе* и превращеніе *гражданскихъ правомочій*; правомочіемъ называется право, принадлежащее субъекту, (субъективное право), опредѣляющее его кругъ возможныхъ дѣйствій въ обществѣ и налагающее соотвѣтствующія обязанности на другихъ, опредѣленныхъ членовъ общества. Наконецъ, вслѣдствіе того, что гражданское общество охраняетъ только такихъ субъектовъ, поведеніе которыхъ приспособлено, соотвѣтствуетъ нормамъ гражданского общества, необходимо коснуться въ послѣдней, пятой главѣ общей части—ученія о гражданскомъ правоприспособленіи или *гражданскомъ правоохраненіи*. Здѣсь будутъ изложены мѣры, принимаемыя гражданскимъ обществомъ противъ неприспособленныхъ, уклоняющихся отъ помянутыхъ нормъ, и средства защиты гражданскихъ полномочій.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Гражданскій порядоконъ.

Разберемся еще въ терминологіи. Для юриста слова — термины — тоже, что для астронома или химика условныя буквы; какъ съ тѣми, такъ и съ другими приходится ознакомиться приступающему къ изученію.

Какъ мы уже сказали, только то отношеніе людей, которое соотвѣтствуетъ требованіямъ гражданскаго общества, называется гражданскимъ правомъ. Самое-же отношеніе съ указанными свойствами именуется *юридическимъ*. Въ виду того, что юридическое отношеніе, характеризующее извѣстный образъ дѣйствій въ граждансколь обществѣ, пользуется признаніемъ со стороны общества, одна сторона отношенія, рассчитывающая на помянутый образъ дѣйствій, можетъ требовать признанія этого образа дѣйствія съ другой стороны. Эта сторона *управомочена* на него. Другая-же *обязана*, согласно требованіямъ гражданскимъ, признавать правомочіе первой. Значить, въ юридическомъ отношеніи два элемента: право въ субъективномъ смыслѣ, какъ принадлежащее субъекту правомочіе (*ius agendi*), и противоположная ему обязанность. Правомочіе и обязанность могутъ подѣлиться между сторонами: въ совокупности отношеній, составляющихъ право собственности, за хозяиномъ признается правомочіе требовать свою вещь отъ кого-бы то ни было владѣющаго ею, на которомъ лежитъ обязанность возвратить вещь. Въ иныхъ-же юридическихъ отношеніяхъ право и обязанность имѣются на обѣихъ сторонахъ. Такъ, при куплѣ — продажѣ — одно лицо, на примѣръ, продавецъ получаетъ право требовать цѣну и обязано выдать товаръ. Иное отношеніе, неюридическое или, какъ говорятъ еще, фактическое, отличается отъ юридическаго тѣмъ, что, не бу-

дучи предметомъ требованія гражданского общества, не глечеть *юридическихъ послѣдствій*: гражданское общество къ нему безучастно: тутъ нѣтъ ни правомочія, ни обязанности. Остановка въ квартирѣ гостепріимнаго товарища, словесная купля (по русскому праву) недвижимости и т. под. отношенія не суть юридическія; гостя можно выжить, покупателя не допустить къ вещи.

У римлянъ не было даннаго термина: юридическое отношеніе передавалось посредствомъ многозначительнаго *ius* (Fr. 12 D. I. I.—*ius cognationis vel adfinitatis*). Такъ и теперь иногда оно называется въ томъ смыслѣ, что оно, будучи правомъ, должно согласоваться съ предписаніями общества. Затѣмъ, кстати еще разъ отмѣтимъ, что совокупность однородныхъ юридическихъ отношеній, то-есть имѣющихъ одни и тѣ же признаки, (напр., признаки владѣнія и распоряженія), составляетъ *юридическій институтъ*, (напр., право собственности), а сумма всѣхъ гражданскихъ юридическихъ отношеній, вмѣстѣ взятыхъ, образуетъ *гражданскій оборотъ*.

Изъ сказаннаго очевидно, что очень важно для констатированія права опредѣлить связь между юридическимъ отношеніемъ и его послѣдствіями. И вотъ, правило, опредѣляющее помянутую связь — обыкновенно, въ видѣ судебного рѣшенія — называется, какъ мы уже видѣли, юридическимъ принципомъ. Принципъ выводится изъ болѣе общихъ положеній, представляющихъ собою самыя требованія гражданского общества. Такія положенія называются *гражданскими нормами*; нормы связуютъ группу послѣдствій съ группой или даже группами отношеній. Наконецъ, послѣднее намъ извѣстное обобщеніе: изъ совокупности нормъ слгаается вся организація гражданского общества, *гражданскій правопорядокъ*.

Ясно, что центромъ тяжести въ разсматриваемомъ вопросѣ о гражданскомъ правопорядкѣ служатъ юридическія нормы, изъ анализа которыхъ выводятся принципы, изъ синтеза — правопорядокъ. Ихъ коснется наше изложеніе въ такой послѣдовательности: 1) образованіе нормъ 2) классификація нормъ, 3) дѣйствіе нормъ и 4) прекращеніе нормъ.

Отдѣлъ первый. Образованіе нормъ.

Юридическая норма (*norma agendi*), прозываемая еще *правомъ объективнымъ* (въ отличіе отъ правомочія или права

субъективнаго) образуется при помощи самого народа, верховной власти или благодаря дѣятельности юристовъ. По различію творцовъ нормы различаются: 1) народный обычай, 2) законъ и 3) юридическая практика.

А) *Обычай* ¹⁾ — норма права, образованная независимо отъ власти законодательной, долго и постоянно соблюдаемая. Творцы обычая — народъ, граждане (*cives*). Граждане въ республиканскомъ Римѣ были законодателями: всѣ они имѣли право собираться въ комиціяхъ, гдѣ вотировали *leges*. Опираясь на законодательную власть, присущую *каждому гражданину*, римскіе юристы ея оправдывали обязательную силу обычая (*fr. 35 § I D I. 3: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis*), называя его *tacitus consensus omnium* или *tacita civium conventio* (*fr. 35 D I. 3*), какъ-бы молчаливымъ закономъ. Но такъ какъ кромѣ Рима не только въ монархіяхъ, но даже и въ другихъ (не римской) республикахъ законодательная власть не принадлежала всѣмъ гражданамъ, (только въ комиціяхъ имѣли ее всѣ *cives*), послѣдующіе юристы, вплоть до начала XIX вѣка, стали отрицать значеніе юридической нормы за обычаемъ; такое значеніе считали принадлежностью одного закона, подъ которымъ понимали произвольное велѣніе верховной власти.

Въ началѣ нашего столѣтія видные сторонники исторической школы, Савиньи и Пухта, вооружившись противъ помянутаго пониманія закона, вмѣстѣ съ тѣмъ начали утверждать, что въ основѣ и обычая, лежитъ не какой-либо внѣшній фактъ — случайное обнаруженіе въ дѣяніи народа, а постоянное правосознаніе народа (*Rechtsbenusstsein*) или народный духъ (*Volksgeist*), дѣйствіе-же есть только обнаруженіе ранѣе уже существующаго народнаго сознанія. По этой теоріи, называемой *спиритуалистическою* (*spiritus* — духъ, въ противность болѣе ранней теоріи — *материалистической* — обнаруженія дѣйствія), выходило, что у закона и обычая одинъ и тотъ-же источникъ — народный духъ, почему обѣ нормы права должны занимать равное мѣсто.

Но, въ сущности, по данному вопросу о *силѣ обычая*,

¹⁾ *Puchta*, d. *Gewohnheitsrecht* 1828, 37. *Schmidt*, z. *Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1891.

въ *качество нормы права*, какъ теорія римлянъ страдала исключительностью (вѣрна была лишь въ римской республикѣ), такъ и теорія исторической школы признана крайностью, ибо одного убѣжденія, доколѣ оно не проявляется въ продолжительномъ рядѣ однообразныхъ дѣйствій, недостаточно. Равноправность обычая съ закономъ теперь отошла въ область исторіи, на первыхъ страницахъ которой обычай даже главенствуетъ. Въ современномъ гражданскомъ оборотѣ не ждуть, пока по новому отношенію сложится долгимъ путемъ практики обычная норма права; для облеченія новаго отношенія юридическими послѣдствіями издають законъ.

Мы еще ближе коснемся взаимнаго отношенія обычая и закона, затѣмъ перечислимъ признаки обычая и скажемъ о распознаваніи его.

1) *Отношеніе обычая къ закону*. Въ римской республикѣ, какъ мы видѣли, вслѣдствіе особой постановки законодательной власти, обычай былъ равносильнъ закону. Поэтому, намъ понятны слова Юліана (32 § 1 D 1. 3): вполне справедливо, что *leges* (постановленія народныхъ собраній) отмѣняются не только народнымъ голосованіемъ, но и молчаливымъ соглашеніемъ всѣхъ посредствомъ отвычки (*per desuetudinem*). Иначе сказать, сила обычая такова что онъ отмѣняетъ законъ.

Но, вотъ, въ имперіи положеніе обычая мѣняется. Императоръ Константинъ издаетъ конституцію, принятую Юстиніаномъ (2 С. 8. 53): сила долгаго обывновенія и продолжительной практики не ничтожна, но не доходитъ до того, чтобъ перевысить разумное требованіе (*ratio*) или законъ (*lex*, конечно, въ значеніи императорскаго постановленія). Иначе сказать, *обычай не въ силахъ отмѣнить законъ*.

Велѣніе Константина дѣйствительно и по наше время: обычай, какъ норма права, не долженъ противорѣчить закону; его назначеніе—восполнять пробѣлы законодательства, — дѣйствовать не *contra legem*, а *praeter legem* (пополняя законъ).

Таково значеніе обычая, въ качествѣ новобразованія, самостоятельной нормы. Что-же касается отношенія уже привившихся обычаевъ къ существующимъ законамъ, то они, по мѣткому выраженію Павла, представляютъ собою *legum interpres* (37 D. 1. 3), истолкователя законовъ, ибо по обычаямъ можно судить, насколько практикуются законы.

II) *Признаки обычая*. Чтобъ обычай превратился въ норму

права, онъ долженъ удовлетворять слѣдующимъ условіямъ, изложеннымъ въ дигестахъ (lib I. tit. 3).

Во первыхъ, требуется *продолжительная* практика обычая. Продолжительность (consuetudo inveterata, longaeva) не определяется какимъ-либо промежуткомъ времени; къ новому правилу привыкають постепенно и незамѣтно, такъ что когда, обращаясь назадъ, предлагаютъ вопросъ, съ какого момента водворился обычай, дѣло представляется такъ, какъ-будто уже давно такъ, а не иначе ведется.

Во вторыхъ, необходима *постоянная, однообразная* практика (consuetudo tenaciter servata). Постоянство принимается въ томъ значеніи, что перерывъ практики, какъ перерывъ давности, лишаетъ обычай юридической силы; однообразие-же можетъ относиться одинаково къ дѣйствию или бездѣйствию.

Въ третьихъ, полагается въ основѣ обычая *неотложная и разумная потребность* въ правѣ (opinio iuris, opinio necessitatis). Неотложность должна быть признана гражданскимъ обществомъ, которое снабжаетъ то, что вошло въ обыкновение, юридическими послѣдствіями. Если нѣтъ такихъ послѣдствій, нѣтъ и обычая; остается одно *обыкновение* (usance); напри- мѣръ, обыкновенная скидка небольшихъ % по большимъ счетамъ въ коммерческомъ быту, разныя формы дѣловой практики (бланки счетовъ, накладныхъ и т. п.), подачки на чай, подарки на праздникъ и т. д. Все это такъ принято, но въ случаѣ уклоненія нельзя требовать выполненія судебнымъ порядкомъ ¹⁾. Кромѣ того, чтобы потребность гражданского общества въ обычай была неотложной, требуется, чтобы она была разумной. По этому поводу въ дигестахъ читаемъ (39 D I. 3): то, что было введено неразумно (non ratioue), по ошибкѣ сначала, а затѣмъ вошло въ обыкновение, — то въ другихъ ему подобныхъ случаяхъ не получаетъ силы. Равнымъ образомъ, по тому-же соображенію, обыкновения, представляющія собою какой-либо обходъ закона (наприм., уклоненіе отъ узаконенныхъ процентовъ) или злоупотребленіе (наприм., пользованіе мужа, растратившаго свое имущество, приданымъ жены) не могутъ стать обычаями. Другими словами, обычай не должны идти въ разрѣзъ съ дѣйствующимъ законодатель-

¹⁾ Обыкновения людей, ихъ привычки бывали принимаемы къ свѣдѣнію въ iudicia bonae fidei (31 § 20 D. 21. 1) и могли имѣть вліяніе на судебное рѣшеніе.

ствомъ, будь то повсемѣстные народные или только мѣстные обычаи (*Observanz*), опирающіеся на допущенную автономію тѣхъ мѣстныхъ единицъ, гдѣ они водятся.

Ш) *Познаніе обычая*. Глоссаторы учили, что въ отношеніи извѣстности обычая не суть законы, а факты; законы долженъ знать судья, а факты необходимо доказать ему (*glossa: ius non scriptum pendet ex facto; factum esse necesse probari*). Потомъ, историческая школа, воскресившая за обычаямъ значеніе закона, вмѣняла въ обязанность судей знаніе обычаевъ. Теперь нѣтъ такого строгаго требованія въ отношеніи судьи въ виду того, что знать ему всѣ разновременные обычаи почти невозможно. Это разъ. Кромѣ того, въ 34 D 1. 3 говорится объ удостовѣреніи обычая *contradicto iudicio*, т. е., судебнымъ рѣшеніемъ въ состязательномъ процессѣ, гдѣ самимъ противнымъ сторонамъ представляется широкое право приводить доказательства за и противъ, которыя судья долженъ принимать во вниманіе при разслѣдованіи дѣла. А это значитъ, что судья въ затруднительныхъ случаяхъ познанія обычая можетъ руководиться свѣдѣніями о немъ, которыя представляются противниками. Онъ и не долженъ быть стѣсненъ въ развѣдываніи обычая: когда недостаточно имѣющихся у него данныхъ, онъ можетъ обратиться за средствами познанія обычая къ свидѣтелямъ, свѣдущимъ людямъ, юридическимъ сочиненіямъ, и даже юридическимъ поговоркамъ.

Б) *Законъ* есть изданный актъ верховной (законодательной) власти. Чтобы какой-либо актъ писанаго права (*ius scriptum*) былъ закономъ, онъ долженъ удовлетворять 2 минимальнымъ условіямъ: исходить отъ законодательной, а не какой-либо другой (административной, судебной) власти и быть извѣстнымъ образомъ изданнымъ.

Что касается перваго условія, изъ исторіи мы знаемъ, что въ разные періоды законодательная власть въ Римѣ принадлежала многимъ государственнымъ учрежденіямъ: ее имѣли комиціи, издававшія *leges* (*publiscita, plebescita*), магистраты, — обнародовавшіе свои эдикты (*leges annuae*), императорскій сенатъ — въ своихъ *senatusconsulta*, императоры — въ разныхъ *constitutiones principum* (*edicta, mandata, decreta, rescripta*)¹⁾.

¹⁾ Декреты (судебныя рѣшенія императоровъ) и рескрипты (ихъ отвѣты на просьбы лицъ и учреждений), собственно говоря, цѣликомъ были обязательны для тѣхъ, которыхъ касались, но по сколько въ нихъ были выражены общія нормы, они имѣли силу закона для всѣхъ.

Что касается второго условія — изданія закона, въ римскомъ государствѣ былъ установленъ извѣстный порядокъ изданія: составленіе проекта (*legis latio*), обсужденіе его (*legis rogatio*) и обнародываніе (*legis publicatio*). Проекты римскихъ законовъ составлялись обыкновенно высшими государственными людьми, слѣдящими за нуждами государства, магистратами или приближенными императора. Они обсуждались до имперіи въ комиціяхъ, при императорахъ въ сенатѣ и консисторіи; принятый проектъ подписывали красными чернилами императоры и *quaestor sacri palatū*, отмѣчая время и мѣсто изданія. Обнародываніе въ республикѣ происходило посредствомъ выставленія писанныхъ досокъ на видныхъ мѣстахъ, а въ имперіи подлинный законъ прочитывался въ сенатѣ или направлялся къ *praefectus praetorio*; послѣдній разсылалъ копіи закона въ провинціи слѣдующимъ за нимъ по рангу сановникамъ.

Чтобы дать время гражданамъ ознакомиться и освоиться съ содержаніемъ новаго закона, иногда вступленіе въ силу его откладывалось на показанное время (*tempus vacationis*). Такъ, институціи и дигесты Юстиніана, изъ которыхъ первыя были обнародованы 21 Ноября 529 г., а вторыя — 16 Декабря, тѣ и другія вступили въ силу только 30 Декабря того-же года. Со времени обнародованія никто, за немногими исключеніями, не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона; тѣмъ болѣе законы должны быть извѣстны судьямъ: *iura novit curia*.

Въ дальнѣйшемъ, коснемся примѣненія законовъ вообще и примѣненія *corporis iuris civilis* въ частности.

1) *Примѣненіе закона вообще*. Изданный законъ подлежитъ примѣненію. При примѣненіи нерѣдко приходится выяснять содержаніе законовъ, или толковать его, изслѣдовать и распространять его на новыя отношенія. Скажемъ о толкованіи закона, о распространеніи его силы на новыя отношенія (аналогіи) и о научномъ изслѣдованіи закона.

1) *Толкованіе* (*interpretatio*, герменевтика) ¹⁾ есть выясненіе содержанія закона. Искусство толкованія закона называется юридической герменевтикой; она, какъ отдѣльная дисциплина правовѣдѣнія, преподавалась въ недавнее время въ

¹⁾ *Thibaut*, Theorie d. logischen Auslegung. 1806; *Lang*, Beiträge z. Hermeneutik, ed. r. R., 1857.

нѣмецкихъ университетахъ. Герменевтика различаетъ прежде всего два рода толкованія по субъектамъ интерпретаціи: *легальное* и *доктринальное*. Сначала остановимся на первомъ родѣ толкованія.

Легальное толкованіе есть изъясненіе закона посредствомъ юридической нормы: другого закона или обычая. Субъектомъ могутъ быть только факторы, образующіе юридическія нормы: законодательная власть, толкованіе которой именуется еще *аутентическимъ* (*аὐτός*) или практика обычая (*usus*), видоизмѣняющая законъ; толкованіе послѣдняго называется также *узואльнымъ* (37 D. 1. 3: — *optima enim est legum interpretatio consuetudo*).

Главное преимущество легальнаго толкованія предъ доктринальнымъ состоитъ въ томъ, что оно, будучи юридической нормой, имѣетъ такую-же обязательную силу; но отличается отъ обыкновенныхъ нормъ (почему не называется закономъ, а лишь толкованіемъ) тѣмъ, что не даетъ чего-либо новаго, самостоятельнаго, а тѣсно связано съ толкуемымъ закономъ; оно есть придатокъ къ существующему недостаточному закону. И въ качествѣ простого придатка къ закону, получаетъ силу не съ момента своего появленія, а со времени изданія толкуемаго закона. На этомъ основаніи, про легальную интерпретацію говорятъ, что она *имѣетъ обратную силу*, будучи примѣняема къ юридическимъ отношеніямъ, имѣвшимъ мѣсто до ея появленія.

Доктринальное толкованіе—изъясненіе закона на основаніи словъ и смысла (духа) того-же закона (*ratio legis*). По приемамъ толкованія оно двухъ видовъ: *грамматическое*— по значенію словъ закона, и *логическое*, принимающее во вниманіе разныя обстоятельства, сопровождающія существованіе закона: потребность въ его изданіи, поводъ изданія (*occasio legis*), цѣли законодательства, прошедшую практику закона, мѣсто въ системѣ права и т. д. Отъ римлянъ сохранилось знаменитое положеніе, указывающее на то, что для полнаго познанія закона надлежитъ практиковать то и другое толкованіе. Въ fr. 17 D 1. 3 говорится: *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

Затѣмъ, по результатамъ толкованіе бываетъ *распространительное* (*interpretatio extensiva*) и *ограничительное* (*interpretatio restrictiva*).

Распространительно толкованіе тогда, когда дѣйствіе за-

кона распространяется на другія отношенія, которыя буквально закономъ не предусмтрѣны, но были-бы предусмтрѣны, если-бы ихъ коснулся законодатель. Наприм. въ законѣ Аввилія полагалось вознагражденіе, если кто что-либо разорветъ, сломаетъ (si quis—quod—ruperit); а юристы распространили дѣйствіе его на случаи, если кто что испортитъ или кого (раба), совратить («ruperit» въ смыслѣ «corruperit», 27 § 13 D 9. 2).

Толкованіе ограничительно, когда дѣйствіе закона ограничивается возможно меньшимъ числомъ случаевъ примѣненія. Напримѣръ, римскій законъ требовалъ отъ вдовы подѣ страхомъ infamia, воздержанія отъ вторичнаго брака въ теченіе года по смерти мужа, во избѣжаніе сомнѣнія относительно законности имѣющаго быть рожденія потомства отъ умершаго мужа. И вотъ, лишь только въ указанное время вдова производила потомство отъ умершаго мужа, съ нея, по толкованію юристовъ, снималось помянутое требованіе (11 § 2 D. 3. 2). Такое толкованіе, ограничивавшее узаконенное время примѣненія, и было ограничительнымъ.

2) *Аналогія* есть распространеніе дѣйствія закона съ одного на другое отношеніе вслѣдствіе *тождества* юридическаго принципа, опредѣляющаго то и другое отношеніе. Аналогія шире толкованія, ибо при толкованіи нельзя выйти изъ предѣловъ воли законодателя, а при аналогіи берется во вниманіе отношеніе, о которомъ могъ и не думать и не знать законодатель. Ближайшій поводъ ея возникновенія—критическое положеніе судьи, разрѣшающаго спорное отношеніе, о которомъ вѣтъ указаній въ законѣ. Гражданскій судья не можетъ отказать въ правосудіи подѣ предлогомъ неясности или неполноты законодательства. Законы на судѣ полагаются ясными, полными, безъ недостатковъ. Что-же дѣлать судѣ? При неясности толковать волю законодателя, то-есть, искать подходящій законъ, при неполнотѣ обратиться къ аналогіи, то есть, искать подходящій юридическій принципъ, выраженный въ какомъ-либо законѣ или въ системѣ права. Это положеніе выражено въ fr. 12 D. I. 3, гдѣ говорится: не всѣ юридическіе случаи предусмтрѣны законами, и если въ какомъ дѣлѣ ясно ихъ рѣшеніе, судебный магистратъ долженъ приступить къ подобнымъ же случаямъ (*ad similia procedere*) и судить ихъ. Аналогія еще выражается поговоркой: *ubi eadem legis ratio* (основаніе, принципъ права), *ibi eadem legis dispositio*. Различаютъ *аналогію закона* и *аналогію права*.

а) *Аналогія закона* исходить отъ опредѣленнаго закона. Она близко граничитъ съ распространительнымъ толкованіемъ, отъ котораго отличается тѣмъ, что та основана на тождествѣ принципа, а это на тождествѣ воли законодателя. Напримѣръ, по аналогіи съ *actio legis Aquiliae*, дававшей вознагражденіе, какъ законъ говоритъ, за вредъ, причиненный незаконно согроге согрогі (тѣлеснымъ прикосновеніемъ къ предмету) были построены (въ силу принципа о вознагражденіи за вредъ отъ незаконнаго дѣянія) аналогичные иски (*actiones utiles*) за поврежденіе вещей, хотя-бы не было тѣлеснаго прикосновенія (напр., убіеніе раба голодомъ).

б) *Аналогія права* отправляется не отъ выраженнаго закона (*ratio legis*), а отъ новаго сочетанія нормъ (*ratio iuris*), подходящихъ къ интересующему отношенію. Она создаетъ новое юридическое отношеніе или даже новую совокупность однородныхъ отношеній, юридическій институтъ. Напримѣръ, нѣкоторыя нормы права собственности нашли себѣ примѣненіе въ отношеніяхъ продолжительнаго обладанія постройкой на чужой землѣ; такимъ образомъ возникъ институтъ суперфициарнаго права (см. исторія римск. пр., стр. 354). Аналогія, эта операція восполненія пробѣловъ законодательства, требующая всесторонняго изученія всей системы права, есть актъ сложной духовной дѣятельности; она равносильна научному изслѣдованію права.

3) *Научное изслѣдованіе закона*, выходящее за предѣлы дѣйствующаго права, не связано рамками толкованія или аналогіи. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, теперь оно не имѣетъ и обязательнаго значенія; его авторитетъ заключается въ одномъ логическомъ превосходствѣ. Но было время, до нашего столѣтія, когда научному изслѣдованію, совершаемому *doctores iuris*, придавали болѣе или менѣе обязательное значеніе. Тогда оно имѣло это значеніе, какъ *communis doctorum opinio*, то-есть какъ мнѣніе общепринятое среди всѣхъ *doctores*, или какъ *praecudicium*, то-есть какъ нарочно изслѣдованное судебное рѣшеніе прежняго казуса, одинаковаго съ подлежащимъ разсмотрѣнію. Въ глазахъ судьи *opinio* и *praecudicium* признавались прежде источниками права. Теперь этого нѣтъ; возможныя ссылки на литературу въ судѣ ни къ чему судъ не обязываютъ.

По разсмотрѣніи примѣненія закона вообще, во всѣхъ его проявленіяхъ, скажемъ еще о примѣненіи *corpus iuris civilis*.

II) *Применение corporis iuris civilis*¹⁾. При применении *corpus iuris civilis*, кроме общих правил толкования, надлежит еще не упускать из виду особенныя положенія, въ виду слѣдующихъ особенностей самого *corpus*: 1) онъ—не одна книга, а состоитъ изъ 4 книгъ; 2)—онъ произведеніе не одного законодателя, а многихъ разнообразныхъ законодателей, 3) онъ—не сводъ одновременныхъ законовъ, а собраніе одновременныхъ нормъ права. Въ виду этихъ особенностей получаютъ слѣдующія дополнительные пункты примѣненія:

1) *Соотношеніе 4 книгъ Юстиніана*. Изъ 4 частей новеллы, какъ позднѣе всего изданная, идутъ впереди. Напр., знаменитая Nov. 118 отмѣняетъ, какъ позднѣйшее узаконеніе, порядокъ преторскаго наслѣдованія, о которомъ говорится въ дигестахъ и институціяхъ. Что-же касается взаимнаго отношенія 3 частей: институцій, пандектъ и кодекса, то, хотя кодексъ во 2-мъ изданіи явился на годъ позднѣе, тѣмъ не менѣе, по мысли Юстиніана, всѣ они должны были представлять собою одно цѣлое.

2) *Двойное толкованіе*. Редакторы дигестъ, жившіе въ VI вѣкѣ, вносили мнѣнія юристовъ первыхъ вѣковъ по Р. Х. Если даже предположить, что *responsa prudentium* помѣщались въ неизмѣнномъ видѣ, то и при такомъ предположеніи, въ виду вѣковыхъ разстояній между начальнымъ примѣненіемъ текста и примѣненіемъ его въ Юстиніаново время, нерѣдко надлежитъ ради послѣдняго опредѣлять первое; другими словами, во первыхъ, надлежитъ выяснить смыслъ, придаваемый самими авторами, и во вторыхъ, опредѣлить, сохранился-ли тотъ-же смыслъ въ VI вѣкѣ. Второй вопросъ осложняется вслѣдствіе измѣненій, допущенныхъ Трибоніаномъ и называемыхъ *emblemata Triboniani* (напр., замѣна устарѣвшей для VI в. *mancipatio* словомъ *traditio*, *in iure cessio* просто *cessio*, *fiducia* другимъ видомъ залога *pignus* и мн. др.), вслѣдствіе отсутствія знаковъ прееманія и т. д.

3) *Разновременность отдельныхъ авторовъ*. Хотя Юстиніаномъ было объявлено, что въ его трехъ книгахъ, представляющихъ собою одно согласное цѣлое (*una concordia*), нѣтъ противорѣчій, тѣмъ не менѣе, на самомъ дѣлѣ противорѣчій (*antinomiae*) оказалось не мало. Чтобы обойти то общее

¹⁾ Schmidt, Methode d. Auslegung d. Iustinianischen Rechtsbücher, 1855.

логическое правило, по которому въ случаѣ прямого, непримиримаго противорѣчія двухъ законовъ, они оба должны разсматриваться какъ бы несуществующими, романисты прилагали множество усилий на примиреніе пандектныхъ контроверзъ. Вѣрные завѣту Юстиніана объ una concordia, они не жалѣли трудовъ на всякія догадки о возможномъ искаженіи текста переписчиками, о возможномъ расположеніи несуществующихъ знаковъ препинанія, отъ отличіи казусовъ, подавшихъ поводъ (occasio legis) высказаться противоположно другъ другу юристамъ и т. д. ¹⁾.

Разобраться въ контроверсахъ немало помогла историческая школа, предложившая, для полного анализа сравниваемыхъ фрагментовъ, совершать *историческое сопоставленіе* (historische Vereinigung ²⁾). Дѣло въ томъ, что авторы-юристы жили въ крайне разнообразныя эпохи: одинъ жилъ еще въ концѣ республики, другой въ началѣ имперіи, третій—въ III вѣкѣ и т. д. ³⁾. Въ силу этого легко можетъ оказаться, что норма республики выражается противоположно въ устахъ юриста III вѣка. Тутъ не одновременная, а историческая контроверза; поэтому, позднѣйшая норма сохраняетъ силу, а старѣйшая считается помѣщенной какъ бы для историческаго поясненія при толкованіи дѣйствующей нормы.

Мы внимательнѣе отнеслись къ господствующей формѣ образованія юридическихъ нормъ—закону. Далѣе, кромѣ обычая и закона, источникомъ права признается еще юридическая практика.

В) *Юридическая практика* ⁴⁾. Законъ дѣйствуетъ на будущее время; онъ есть только проектъ будущихъ юридическихъ отношеній. Въ какомъ видѣ послѣдуютъ эти отношенія, какъ привѣтся къ жизни законъ—объ этомъ свидѣтельствуетъ практика закона въ судахъ. Судебное рѣшеніе есть показатель практикуемаго закона, И вотъ, если суды продолжительно и непрерывно держатся однообразной юридиче-

¹⁾ Важнѣйшія контроверсы у Vangerow, Pandecten, 7-е изд. 1863.

²⁾ Savigny, System d. heut. röm. R., I, 276.

³⁾ Кстати сказать, въ концѣ 80-хъ годовъ окончено большое изданіе Ленеля, Palingenesia iuris civilis (πάλιν—γένεσις—„пави бытіе“), въ которомъ онъ снялъ, такъ сказать, съ мѣста всѣ фрагменты дигестъ и расположилъ ихъ по принадлежности, по авторамъ, въ алфавитномъ порядкѣ ихъ именъ.

⁴⁾ Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885.

ской нормы въ своихъ рѣшеніяхъ, то такіа рѣшенія получаютъ юридическій авторитетъ, обязательное значеніе (по словамъ дигестъ, 38 D. 1. 3, въ этихъ случаяхъ *auctoritas rerum pergratue iudicatarum* получаетъ *vim legis*). Другими словами, однообразныя въ продолжительное время судебныя рѣшенія становятся источниками права. Такимъ образомъ, появляется третій источникъ—*usus fori*.

Норма, проводимая въ судебныхъ обычаяхъ можетъ значительно уклоняться отъ дѣйствующаго законодательства, на сколько эти уклоненія допускаемы практикой юристовъ. Оно можетъ, далѣе, идти въ разрѣзъ съ законодательствомъ. Такова, напримѣръ, практика римскаго центумвиральнаго суда, установившаго въ пользу ближайшихъ родственниковъ (нисходящихъ, восходящихъ, полнородныхъ и единокровныхъ братьевъ), вопреки закону 12 таблицъ, обязательныя доли въ наслѣдствѣ (*portiones legitimaе*). Наконецъ, судебная практика можетъ поколебать авторитетъ закона продолжительнымъ обходомъ или игнорированіемъ его.

Судебная практика, какъ норма права, близко граничитъ съ народнымъ обычаемъ. Признаки той и этого почти одни и тѣже; различіе въ факторахъ образованія: творецъ обычая—народъ, творцы юридической практики—юристы. Въ Римѣ сравнительно мало нормъ было создано при помощи *usus fori*; причина тому, какъ вѣрно замѣчаютъ, отсутствіе постоянныхъ судовъ ¹⁾.

Познакомившись съ образованіемъ нормъ гражданскаго права, представимъ классификацію ихъ.

Отдѣлъ второй. Классификація нормъ.

Имѣется много подраздѣленій юридическихъ нормъ. Изъ нихъ три дѣленія можно признать болѣе существенными: по характеру, по содержанію нормъ и по объему ихъ дѣйствія.

А) По характеру юридическія нормы могутъ представлять собою строгое право (*ius strictum*) и справедливое право

¹⁾ *Usus fori*—совѣтъ не то, что рѣшенія нашихъ кассационныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената. У насъ такъ допущено, что всякое рѣшеніе сената обязательно для низшихъ судовъ, хотя бы оно противорѣчило незадолго постановленному другому рѣшенію по такому же дѣлу. Между тѣмъ, *usus fori* требуетъ продолжительной и однообразной практики.

(*ius aequum et bonum*). Строгимъ правомъ называется то, которое требуетъ точнаго примѣненія закона, безъотносительно къ особенностямъ даннаго юридическаго отношенія. справедливымъ—то, которое принимаетъ во вниманіе такія особенности. Мы говоримъ: несправедливо требовать, чтобы несовершеннолѣтніе съ такой-же отвѣтственностью принимали на себя обязательства (напримѣръ, совершить дареніе), какъ совершеннолѣтніе. *Ius strictum*, неуклонное отъ общаго закона объ отвѣтственности должниковъ, не допускаетъ для нихъ изъятія; *ius aequum* дѣлаетъ изъятіе, во вниманіе къ особому свойству личности должника, его несовершеннолѣтію. Очевидно, *ius aequum* сложнѣе *ius strictum*; его практиковать труднѣе, чѣмъ строгое право. Не даромъ оно есть достояніе высшей культуры. Все развитіе римскаго права изображаетъ намъ послѣдовательный переходъ отъ строгаго права къ справедливому. И классическіе юристы считали обязательнымъ для себя знакомство, именно, со справедливымъ правомъ, что видно изъ опредѣленія правовѣдѣнія, какъ *ars boni et aequi* (fr. 1 pr. D.1 1). Неуклонное-же примѣненіе *iuris stricti* не только не ставится въ похвалу, а прямо осуждается. Цицеронъ признаетъ это крайнимъ правонарушеніемъ въ извѣстной пословицѣ: *summum ius summa iniuria* (de off. 1, 10). И въ самомъ дѣлѣ, въ вышеприведенномъ примѣрѣ *ius strictum* разорило-бы малолѣтняго дарителя ¹⁾.

Б) По содержанию нормы образуютъ принудительное право (*ius cogens*) и дозволительное (*ius dispositivum*). Настоящія двѣ группы нормъ съ дальнѣйшими подраздѣленіемъ находятъ себѣ основаніе въ словахъ fr. 7 D 1. 3: *legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*.

1) *Принудительныя* нормы (включающія 3 перечисленные элементы: *imperare, vetare, punire*)—такія, которыя заставляютъ подъ какой-либо угрозой дѣйствовать такъ, а не иначе, не допуская свободнаго усмотрѣнія дѣйствующаго лица. Изъ нихъ состоятъ, во первыхъ, все публичное право, постановленія котораго не могутъ быть измѣняемы соглашеніями частныхъ лицъ (38 D 2 41: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*). Во вторыхъ, принудительныя нормы отчасти извѣстны и гражданскому праву, какъ вытекающія иногда

¹⁾ *Leist*, die realen Grundlagen des Rechts.

изъ существа юридическихъ институтовъ (напр., требованіе совмѣстной жизни супруговъ) или общественной нравственности (предписаніе о томъ, что безнравственные договоры недѣйствительны). Далѣе, принудительныя нормы, въ свою очередь, подраздѣляются на повелительныя и запретительныя:

1) *Повелительныя* нормы (съ элементомъ вышеприведеннаго фрагмента: *imperare*) предписываютъ положительныя дѣянія (напр., совмѣстную жизнь супруговъ).

2) *Запретительныя* нормы (съ элементомъ *vetare*) имѣютъ отрицательное содержаніе: онѣ опредѣляютъ чего не дѣлать. Запрещеннымъ признается какъ то дѣяніе, которое предусмотрено закономъ, такъ и то, которое предпринимается въ обходъ закона, *in fraudem legis*. А законъ «обманываетъ» тотъ, кто не нарушая буквы закона, обходитъ смыслъ его (29 D 1. 3:—*in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*). Напр., законъ Фурія Канинія (*Gai instit I, 46*) установившій пропорцію въ отпущеніи рабовъ (имѣющій отъ 2 до 10 рабовъ могъ отпускать не болѣе половины ихъ, у кого отъ 10 до 20, отпускать не болѣе $\frac{1}{3}$, и т. д.), требовалъ при опредѣленіи отпущенныхъ изъ общаго числа соблюденія очереди отпущенія (такъ что раньше отпущенные получали свободу). Но когда завѣщатель, чтобъ не видна была очередь отпущенія (*ordo manumissionis*) писалъ имена рабовъ въ кругъ (*in orbem*), имѣя въ виду, въ обходъ закона, даровать свободу всѣмъ рабамъ,—тогда завѣщаніе объявлялось ничтожнымъ.

Запретительныя нормы еще дѣлятся на извѣстныя намъ изъ исторіи римскаго права (стр. 133) категоріи законовъ, отличающіяся по силѣ (съ вариацией элемента: *punire*): *leges perfectae* (запрещающія и уничтожающія дѣянія), *leges imperfectae* (запрещающія, но не уничтожающія дѣяніе), *leges minus quam perfectae* (не уничтожающія запретное дѣяніе, но налагающія штрафъ), *leges plus quam perfectae* (уничтожающія и штрафующія).

П) *Дозволительныя нормы* (соотвѣтствующія элементу: *permittere*)—*ius dispositivum* или *leges permissivae*—суть такія, которыя прежде всего предоставляютъ самимъ частнымъ лицамъ опредѣлять юридическое отношеніе, и только въ томъ случаѣ, если отсутствуетъ частное правоопредѣленіе, сами вступаютъ въ силу. Наприм., гражданскія нормы даютъ право оставлять имущество по завѣщанію и только тогда, когда

нѣтъ завѣщанія, практикуется деспозитивная норма наслѣдованія по закону. Значительное большинство нормъ гражданскихъ — деспозитивны. Они какъ-бы дополняютъ или поясняютъ дѣйствія частныхъ лицъ, завѣдомо имъ подчиняющихся, ибо отъ нихъ зависитъ иначе выразить волю свою. Многія изъ этихъ нормъ, будучи созданы самимъ гражданскимъ оборотомъ, представляютъ собою, такъ сказать, ту равнодѣйствующую силу, въ которую обращаются частныя волеизъявленія. Такимъ образомъ, наприм., можетъ быть объяснено наслѣдованіе по закону или правило о томъ, что рискъ за случайную гибель предмета договора падаетъ на хозяина вещи и мн. др. Немногія нормы суть произведеніе политики законодателя, имѣющаго въ виду общественное благо; такова, напримѣръ, установленная Феодосіемъ II 30-ти лѣтняя исковая давность.

В) По объему дѣйствія нормы образуютъ двѣ большія группы: право общее (*ius generale*) и право исключительное (*ius speciale*).

1) *Ius generale* или *leges generales* (право общее) есть право, обозначающее общій духъ или общій смыслъ (*ratio*) законодательства. Оно содержитъ нормы права, къ которымъ судья долженъ обращаться, если нѣтъ особыхъ указаній касательно разсматриваемаго отношенія; въ немъ выражается тотъ духъ и смыслъ законовъ, по которымъ надлежитъ рѣшать дѣло (такъ какъ нельзя отказать въ гражданскомъ правосудіи) за отсутствіемъ прямыхъ опредѣленій закона. Въ свою очередь, въ правѣ общемъ различаютъ двѣ категоріи: *ius commune* (право обыкновенное) и *ius singulare* (право особенное).

1) *Ius commune* или *leges communes* (право общеобыкновенное) есть, именно, заключающее общепринятія положенія, отъ которыхъ надо отпращиваться при отысканіи даннаго принципа права. Оно всегда дѣйствуетъ, если только, очевидно, не примѣняются допущенныя отступленія, образующія *ius singulare*.

2) *Ius singulare* или *leges singulares* (право особенное) заключаетъ отступленія отъ обыкновеннаго права, *iuris communis*. Напримѣръ, существовали общія правила составленія обыкновеннаго завѣщанія; это — *ius commune*. А для военнослужащихъ, не имѣющихъ возможности въ минуту смерти на войнѣ выполнять всѣ требуемыя формальности, были до-

пущены отступления — это *ius singulare*. Вотъ, опредѣленіе дигестъ (16 D 1. 3): *ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*, — то, что введено вопреки общему духу законодательства вслѣдствіе какой-либо пользы. Основанія отступления отъ общеобыкновенныхъ нормъ — *aliqua utilitas*: общественное благо, интересы специальныхъ классовъ людей (напр., военные, торговые суды) и мн. др. Въ основѣ сингулярнаго, особеннаго права лежитъ *aequitas*, предъявляющая требованіе считаться съ особенностями юридическихъ отношеній. Въ виду тѣхъ-же особенностей, приводящихъ въ *ius singulare*, оно не должно выходить изъ предѣловъ точно опредѣленныхъ отношеній. Другими словами, *ius singulare* не должно быть предметомъ аналогіи. Объ этомъ говорится въ fr. 14 D 1. 3: *quod vero contra tenorem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*.

Правомочіе, предоставляемое сингулярнымъ правомъ, составляютъ то, что называется въ источникахъ *beneficium iuris*, юридической льготой, (иногда *beneficia* прозывается *privilegia*, но послѣднія употребляются чаще въ еще болѣе техническомъ значеніи, о которомъ рѣчь будетъ ниже). Напримѣръ, у женщинъ было нѣсколько такихъ бенефицій: прощительная *ignotantia iuris*, недѣйствительно ихъ поручительство и т. д. Вслѣдствіе того, что *beneficium* есть только правомочіе, осуществленіе котораго зависитъ отъ частнаго лица, оно обязательно для него: отъ субъекта бенефиціи зависитъ примѣнить *ius commune* или *singulare*. Такъ, вотъ, и говорятъ дигесты (69 D 50. 17): *beneficium invito non datur*.

Въ группу сингулярнаго права слѣдуетъ еще поставить нормы, регулирующія такъ называемые *пережитки* (явленія переживания или, какъ еще говорятъ, историческія аномаліи). Такъ именуется отношенія, остающіяся, благодаря человѣческой инертности, отъ давнопрошедшихъ временъ, въ которыя они возникли и совершались. Они пережили обстановку тѣхъ временъ и доживаютъ свой вѣкъ въ дѣйствующемъ правѣ. Такова была у классическихъ римлянъ, напримѣръ, *usucapio pro herede*, дозволявшая постороннему лицу, вслѣдствіе давностнаго пользованія въ теченіе года имуществомъ, къ которому не являлся наслѣдникъ, стать наслѣдникомъ. Юристы считали пережитки сингулярнымъ правомъ, что видно изъ словъ (fr. 20 D 1. 3): *non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*.

Ius commune и singulare вмѣстѣ составляютъ ius generale, которому противопоставляется ius speciale.

П) *Ius speciale* или *leges speciales* (исключительное право) — изъятіе изъ общихъ законовъ (какъ обыкновенныхъ, такъ и особенныхъ, ius generale и singulare). Оно образовано въ римскомъ правѣ преимущественно благодаря *constitutiones personales* (§ 6 I. 1. 2). Специальные законы иначе называются *привилегіями* (въ тѣсномъ смыслѣ) отъ словъ: *lex in privos lata*¹⁾. Привилегіи, какъ и сингулярные законы, не распространяются по аналогіи (*non ad exemplum trahuntur*, fr. 1 § 2 D 1. 4).

Римляне были знакомы съ тремя категоріями привилегій: 1) *privilegium personae* — принадлежащая лицамъ и не переходящая по наслѣдству, напримѣръ, несовершеннолѣтнему; 2) *privilegium rei* — принадлежность вещи, за ней слѣдующая, наприм., свобода земельного участка отъ податей; 3) *privilegium causae* — признанная за извѣстнымъ отношеніемъ и переходящая къ наслѣдникамъ отношенія, наприм., привилегія перваго кредитора по залому на удовлетвореніе долга раньше втораго кредитора.

Наконецъ, съ точки зрѣнія утилитарной, романисты называютъ *privilegia favorabilia* — приносящія пользу (таково большинство ихъ) и *privilegia odiosa* — невыгодныя (наприм., ограниченія правоспособности за уклоненія отъ господствующей религіи).

Послѣ классификаціи нормъ мы условились воснуться дѣйствія нормъ.

Отдѣлъ третій. Дѣйствіе нормъ.

Дѣйствіе нормъ разсматривается обыкновенно по тремъ главнымъ пунктамъ: по времени, по пространству и по лицамъ.

А) *Дѣйствіе нормъ по времени.* Законъ вступаетъ въ силу со времени обнародованія или по истеченіи срока (*tempus vacationis*) для ознакомленія съ содержаніемъ закона. Законы дѣйствуютъ, по общему правилу, только на будущее время и не распространяются на ранѣ возникшія отношенія, уже опредѣленныя прежнимъ закономъ. Это правило, признаваемое нынѣ всѣми законодательствами, было выражено и рим-

¹⁾ Cic de leg., III. 19: in privos homines leges ferri noluerunt, idest enim privilegium.

скимъ правомъ въ 1. 7 C I. 14: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari.* И такъ, будущія отношенія со времени изданія новаго закона подлежатъ, несомнѣнно, его дѣйствию, а прежнія отношенія, *facta praeterita*, продолжаютъ состоять подъ дѣйствиемъ стараго закона, кромѣ немногихъ исключеній, въ которыхъ новый законъ на нихъ распространяется, имѣеть обратную силу. Остановимся на опредѣленіи *facta praeterita* и на обратномъ дѣйствии закона.

I) *Facta praeterita*—отношенія, которыя вполнѣ были опредѣлены прежнимъ закономъ. Такъ, сюда относятся прежнія формы заключенія актовъ гражданскаго права. Напримѣръ, завѣщаніе было подписано 5 свидѣтелями; но еще до смерти завѣщателя новый законъ потребовалъ 7 свидѣтелей — прежняя форма остается въ силѣ. Также сюда принадлежатъ такъ называемыя *iura quaesita*, права уже прибрѣтенныя согласно юридическимъ дѣвствіямъ по прежнему закону.

Съ другой стороны, если отношенія длянціяся, начавшіяся до изданія новаго закона, не были еще опредѣлены старымъ закономъ, то они подпадаютъ подъ дѣвствіе новаго. Напримѣръ, если-бы новый законъ опредѣлилъ совершеннолѣтіе въ 25 лѣтъ вмѣсто 21 года, то имѣвшіе неполные 21 годъ въ моментъ вступленія въ силу новаго закона, были-бы совершеннолѣтними только въ 25 лѣтъ. Любопытно также измѣненіе новымъ закономъ сроковъ давности: такъ какъ начавшаяся давность не рождаетъ права, она оказывается подъ дѣвствіемъ двухъ законовъ. Какъ быть, напримѣръ, съ тѣмъ, кто провладѣлъ уже 5 лѣтъ ко времени вступленія новаго закона, который требуетъ вмѣсто 10-лѣтней, 20-лѣтнюю довность ¹⁾).

II) *Обратная сила* законовъ допускается по исключенію въ двухъ случаяхъ: 1) когда самъ законодатель въ новомъ законѣ ясно говоритъ, что дѣвствіе его должно быть распространено на такія-то *facta praeterita*; безъ такой оговорки, *clausula retractionis*, объ обратной силѣ не можетъ быть рѣчи; 2) обратную силу имѣеть аутентическое толкованіе, о чемъ

¹⁾ Одного рѣшенія нѣтъ; существуютъ контрoверзы. Между прочимъ, предлагаютъ такой компромиссъ (по русской пословицѣ—грѣхъ пополамъ): берется половина срока по прежнему закону (5 лѣтъ) и требуется половина по новому закону (10 лѣтъ). Ср. *Vangerow*, *Pandecten*, I, § 26.

мы уже говорили (см. выше, стр. 26); аутентическое толкование разсматривается какъ-бы добавкой къ толкуемому закону, почему и сила его есть какъ-бы продолженіе дѣйствія этого закона.

Но въ томъ и другомъ случаѣ (взятія изъ общаго правила о дѣйствіи законовъ лишь на будущее время) обратная сила не наступаетъ по отношенію къ тѣмъ прежнимъ фактамъ, по которымъ, во первыхъ, уже состоялось судебное рѣшеніе по старому закону, или вторые, во вторыхъ, находятся въ апелляціонной инстанціи, обязанной пересмотрѣть дѣло согласно старому закону, положенному въ рѣшеніи низшаго суда.

Б) *Дѣйствіе законовъ по пространству.* Несомнѣнной областью дѣйствія гражданскихъ законовъ является территория, на которую распространяется власть законодателя. Нѣкоторые законы обнимаютъ въ своемъ дѣйствіи всю отечественную территорию; они и называются всеобщими или универсальными (*leges universales*) Другіе законы ограничиваются извѣстной частью (part) территоріи, почему именуются мѣстными или партикулярными законами (*leges particulares*). Все это территоріальное дѣйствіе законовъ издавна имѣетъ прочную постановку.

Но, вотъ, въ культурныхъ государствахъ допускается и *опытерриторіальное дѣйствіе* законовъ, если юридическое отношеніе начинается, продолжается или заканчивается въ различныхъ государствахъ. Вопросъ этотъ, извѣстный подъ рубрикой: коллизія гражданскихъ законовъ или статутовъ, довольно сложенъ. Онъ составляетъ предметъ частнаго международнаго права; въ римскомъ-же правѣ мало чѣмъ можно позаимствоваться для изслѣдованія его. Но въ виду того, что въ его разработкѣ принимали солидное участіе нѣкоторые романисты (особенно, Савиньи въ 8-мъ томѣ своей системы современнаго римскаго права), мы отмѣтимъ общіе пункты пандектной литературы вопроса.

Въ исторіи вопроса усматриваютъ три эпохи. Въ первой эпохѣ (послѣ паденія Рима) дѣйствовала такъ-называемая *система личныхъ правъ*: въ какомъ-бы государствѣ ни находился человекъ, онъ не разставался съ *своими личными правами*, опредѣляемыми по происхожденію (*origo*). Въ силу этого положенія покоренные римляне, какъ мы знаемъ изъ рецепціи римскаго права (курсъ исторіи, стр. 476), продол-

жали судиться по своимъ законамъ. Во второй (средневѣковой) эпохѣ, вмѣсто личнаго принципа примѣнялся принципъ *территориальный*, не допускавшій никакихъ изъятій; всѣ, пребывающіе на данной территоріи, подчинялись однимъ мѣстнымъ статутамъ (*statutum territorium non egreditur*). Въ третьей эпохѣ (отъ XVI вѣка) начинаютъ обращать вниманіе, при коллизіи гражданскихъ нормъ разныхъ государствъ, на мѣстожителство лица (*domicilium*). Въ XVII вѣкѣ провозглашается общимъ принципъ о допущеніи однимъ государствомъ дѣйствія нормъ другого государства (*civitas alterius civitatis leges apud se valere patitur*). И въ отношеніи пространства дѣйствія гражданскія нормы раздѣляются на *statuta personalia*, *realia* и *mixta*. Это тройкое дѣленіе съ значительными поправками Савиньи и другихъ изслѣдователей въ краткихъ чертахъ теперь представляется въ слѣдующемъ видѣ:

1) *Statuta personalia* — такія, которыя опредѣляютъ личныя права (право и дѣеспособность, семейное положеніе, наследованіе). Критеріемъ для нихъ признается мѣстожителство (*domicilium*) субъекта даннаго отношенія. Что такое мѣстожителство въ юридическомъ значеніи?

Мѣстоожительствомъ называется обзаведеніе, средоточіе или главный пунктъ отношеній одного лица къ другимъ (*ubi quis lazem rerumque ac fortunarum summam constituit*, 7 § I C 10. 40). По большей части мѣстожителство совпадаетъ съ постояннымъ мѣстопробываніемъ лица. Но это необязательно; напримѣръ, купецъ, часто мѣняющій ради закупки или продажи товаровъ разныя мѣста пребыванія, продолжаетъ имѣть одно *domicilium* тамъ, гдѣ сосредоточена торговля въ его складѣ или магазинахъ. Можно имѣть и два мѣстожителства, каковыя встрѣчаются въ торговомъ быту (fr. 6, § 2 D. 50. 1 — если кто тутъ и тамъ, въ двухъ мѣстахъ, такъ обзаведется, что однимъ не кажется, чтобъ онъ помѣстился менѣе у нихъ, чѣмъ у другихъ); можно и не имѣть мѣстожителства (27 § 2 D 50. 1: — если кто-либо, покинувъ *domicilium*, отправляется въ море или путешествіе и т. п.). У нѣкоторыхъ лицъ имѣется неизбѣжное мѣстожителство (*domicilium necessarium*): у жены — мѣстожителство мужа, у ссыльнаго — мѣсто ссылки, у чиновника — мѣсто службы.

Мѣстожителство опредѣляетъ слѣдующія юридическія отношенія: а) дѣеспособность лица, т. е. моментъ его совершеннолѣтія, б) правоспособность во многихъ случаяхъ: состоя-

ніе лица, имя его и др., в) многія семейныя отношенія: способность вступить въ бракъ — по мѣстужительству жениха и невесты, имущественныя отношенія супруговъ — по тому же началу и т. д., г) нѣкоторыя наслѣдственныя отношенія: на примѣръ, по послѣднему мѣстожителству наслѣдодателя опредѣляется порядокъ наслѣдованія; д) многія процессуальныя отношенія, особенно подсудность (*forum domicilii* — по мѣстожителству отвѣтчика).

Отъ мѣстожителства отличается *origo* — мѣсто происхожденія. Это-то мѣсто, гдѣ родители состояли (были приписаны) гражданами въ моментъ рожденія (во внѣбрачной связи) или въ моментъ зачатія (въ законномъ бракѣ). По этому моменту опредѣляется принадлежность лица къ данной мѣстности (городской или сельской общинѣ и т. п.). *Origo* имѣетъ значеніе второстепенное; оно выдвигается, когда у лица не оазывается никакого *domicilium*; тогда согласно *origo* опредѣляется подсудность лица (*forum originis*).

II) *Locus rei sitae* — мѣстонахождение вещи имѣетъ рѣшающее значеніе при коллизіи вещныхъ правъ. При этомъ, безспорно, сюда относятся недвижимыя вещи. Прежде выключали также вещи движимыя, относя ихъ къ мѣстожителству лица (система реальныхъ статутовъ выражала это положеніе словами: *mobilia ossibus inhaerent*); но современные цивилисты отношенія касательно движимыхъ вещей разсматриваютъ также согласно *lex rei sitae*, по мѣсту ихъ нахождения (кромѣ развѣ вещей — на примѣръ, въ путешествіи — постоянно мѣняющихся мѣсто, ихъ отношенія — по *domicilium* обладателя ихъ). Настоящій принципъ опредѣляетъ возникновеніе и размѣры права собственности, сервитутовъ, закладного права.

III) *Другіе разнородные принципы* примѣняютъ въ наиболѣе измѣчивой сферѣ юридическихъ отношеній, въ обязательственномъ правѣ. Такъ, форма заключенія юридическихъ сдѣлокъ (какъ обязательствъ, такъ и другихъ сдѣлокъ, на примѣръ, завѣщанія) нормируется по мѣсту совершенія этихъ актовъ; это выражается словами: *locus regit ac. um.*

Затѣмъ, отношенія договорнаго права, какъ болѣе зависимаго отъ воли частныхъ лицъ, опредѣляются прежде всего по соглашеніямъ контрагентовъ; если же этого соглашенія нѣтъ, то преимущественно берутся во вниманіе законы по мѣсту исполненія договоровъ.

Наконецъ, отвѣтственность по гражданскимъ деликтамъ

обыкновенно опредѣляется по мѣсту совершенія этихъ деликтовъ (*forum delicti commissi*).

В. *Дѣйствіе законовъ по лицамъ*. По общему правилу, законы не лицепріятны, для всѣхъ одинаковы. Виднымъ исключеніемъ изъ этого правила является извѣстное положеніе, перенятое изъ римскаго права всѣми законодательствами (31 D 1. 3): *princeps legibus solutus est*—императоръ свободенъ изъ-подъ дѣйствія законовъ. Это положеніе обладаетъ безусловной силой въ уголовномъ отношеніи: не поднимается вопроса о преступленіи принцепса, не можетъ быть и наказанія для него, ибо самъ источникъ законовъ долженъ быть закономѣренъ, не можетъ быть признанъ преступнымъ. Въ отношеніи-же гражданскомъ полагается, что императоръ согласенъ подчиняться законамъ гражданскимъ. Напримѣръ, въ 23 D 32 говорится: неприлично императору требовать отказа изъ наслѣдства по несовершенному, недостаточному завѣщанію; ибо столь великому достоинству прилично (*deceat tantae maiestati*) не нарушать тѣ законы, отъ которыхъ онъ полагается свободнымъ. Что касается супруги императора, то *Augusta* (31 D. 1. 3), хотя не свободна отъ подчиненія законамъ, получаетъ, однако, отъ мужа тѣ-же привилегіи, которыя онъ самъ имѣетъ.

Отдѣлъ четвертый. Прекращеніе нормъ.

Нормы прекращаютъ свое дѣйствіе по разнымъ основаніямъ, которыя можно свести къ двумъ категоріямъ: или онѣ сами перестаютъ дѣйствовать или отмѣняются другими новыми нормами.

А. *Сами законы* перестаютъ дѣйствовать въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) законъ по своему существу таковъ, что представляетъ собою *временную норму*; напр., преторскіе эдикты дѣйствовали одинъ годъ (въ теченіе претуръ, *constitutiones principum*—до смерти императоровъ; но постановленія комицій въ самомъ Римѣ или въ муниципіяхъ обладали постоянной силой, потому что личность вотировавшихъ была несущественна, самое-же законодательное учрежденіе продолжало существовать (7 § 2 D 3. 4:—*nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneant, vel omnes immutati sint*); 2) сила закона опредѣляется *срокомъ*, выраженнымъ въ законѣ. Напр., въ столицѣ вводится на 1 годъ положеніе объ усиленной

охранѣ; по истеченіи года, для продолженія дѣйствія, требуется возобновленіе его; 3) *уничтожаются отношенія*, нормированныя закономъ; на примѣръ, слѣдуетъ признать прекратившей свое дѣйствіе юридическую норму, каравшую смертной казнью вѣдьмъ за ихъ волшебство, потому что нѣтъ болѣе нынѣ вѣдьмъ, нѣтъ волшебства, какъ самостоятельнаго преступленія (введеніе въ обманъ можетъ быть мошенничествомъ, причиненіе вреда здоровью—особымъ преступленіемъ и т. д.).

Когда-же уничтожается буквальный смыслъ закона, самый законъ не уничтожается. Онъ можетъ продолжить свое значеніе, въ качествѣ источника права для фикцій или для аналогичныхъ отношеній. Таковъ смыслъ положенія: *cessante ratione legis non cessat lex ipsa*. Это положеніе, какъ мы знаемъ, иллюстрируетъ лучше всего консерватизмъ римскаго права, многіе примѣры котораго намъ извѣстны изъ курса исторіи. Такъ, иностранцы, фингируемые гражданами, получили *ius standi in iudicio* подъ охраной потерявшаго буквальный смыслъ закона о дарованіи иска однимъ гражданамъ.

Б. Старыя нормы *уничтожаются новыми нормами*: старыя обычаи—новыми (*usu contrario*), одни законы отминаятся другими. Скажемъ нѣсколько словъ объ отминовѣ законовъ.

Общее положеніе объ отминовѣ предыдущаго закона послѣдующимъ выражается словами: *lex posterior derogat priori* (представляющими перефразу l. 4 D 1. 4: *constitutiones posteriores fortiores sunt prioribus*)¹⁾. Для настоящаго эффекта, однако, требуется, чтобы оба закона были однородными: оба—*leges generales* или *leges speciales*. Иначе прежній законъ остается въ силѣ: само собой понятно, *lex specialis non derogat legi generali*—вслѣдствіе изданія новой привилегіи сила общаго закона остается во всѣхъ случаяхъ, которыхъ не касается привилегія; но вмѣстѣ съ тѣмъ, *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*—привилегіи не отминаятся общимъ закономъ; если, на примѣръ, для солдатъ, имѣющихъ право составлять словесныя завѣщанія, необязательна общая письменная форма завѣщаній въ присутствіи 7 свидѣтелей, ихъ не касается и новое общее требованіе 5 свидѣтелей вмѣсто 7.

¹⁾ Терминологія римлянъ объ отминовѣ и измѣненіи закона намъ извѣстна (курсъ исторіи, стр. 138): *abrogatio*—отминовѣ всего закона, *derogatio*—отминовѣ части, *subrogatio*—дополненіе, *obrogatio*—измѣненіе части закона.

Очевидно также, что новая норма, уничтожающая какое-либо правоотношеніе, отмѣняетъ и *другія отношенія, обусловленные* первымъ. Напр., если уничтожается рабство, погибаетъ и патронатъ, обусловленный отпущеніемъ рабовъ на волю. Далѣе, понятно, что съ отмѣной закона прекращаются всѣ *послѣдствія*, вытекающія, изъ него: такъ, съ паденіемъ крѣпостного права рушилась барщина. Наконецъ, когда въ новомъ законѣ неясна отмѣна стараго, толкованію юристовъ предстоитъ выяснить ее; при этомъ, исходятъ изъ того положенія, что старый законъ сохраняетъ силу, по сколько онъ совмѣстимъ съ новымъ (28 D 1. 3).

По изложеніи первой главы, общаго ученія объ образованіи и послѣдующей судьбѣ нормъ гражданскаго права, переходимъ во второй главѣ, ученію о гражданской правоспособности.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Гражданская правоспособность.

Мы познакомились съ однимъ существеннымъ признакомъ права, изложивъ ученіе о томъ, что называется требованіями гражданскаго общества. Эти требованія, конечно, имѣютъ въ виду отношенія людей къ обществу. «Всякое право для людей», говорили римляне. Но всѣ-ли люди способны имѣть право, быть въ отношеніи общества вполне приспособленными, быть обезпеченными отъ вреднаго или невыгоднаго воздѣйствія со стороны общества въ случаѣ поведенія, соотвѣтствующаго гражданскимъ нормамъ? Нынѣ всѣ люди, а у римлянъ—не всѣ люди, не всѣ *homines*. Правоспособный *homo* именуется *persona*, а сама правоспособность—*caput* (иногда тѣмъ-же словомъ *persona*)¹⁾: *servus*—только *homo*, а не *persona*, потому что *servus nullum caput habet*.

Въ настоящей главѣ мы займемся ученіемъ римлянъ о правоспособности, которое и въ римскихъ учебникахъ (институціяхъ) стояло на первомъ мѣстѣ, излагалось раньше другихъ ученій (Юстиніанъ въ § 12 *Inst.* 1. 2 говоритъ: раньше всего поговоримъ *de personis*, ибо ничтожно правопознаніе, игнорирующее *personae*). *Persona* переводится словомъ лицо или субъектъ права; ученіе о правоспособности есть вмѣстѣ съ тѣмъ ученіе о лицахъ или о субъектахъ права, такъ какъ только правоспособный человѣкъ можетъ быть субъектомъ права.

¹⁾ *Persona* имѣетъ много значеній: 1) буквально отъ предлога *per* и сущ. *sonus*, звукъ, издаваемый въ трубу актерами на сценѣ, надѣвающимися маску. *persona*, 2) правоспособный человѣкъ; 3) сама правоспособность (*Cic. de orator.* 2. 24: *unus homo duas personas sustinet*—напр., совершеннолѣтній подвластный сынъ: въ семьѣ подъ властью отца ограничена правоспособность, внѣ семьѣ—неограничена).

Въ гражданскомъ обществѣ субъектомъ права является прежде всего, отдѣльный человекъ, *persona singularis*. Такой субъектъ обладаетъ, можно сказать, природной, (непроизводной) правоспособностью т. е., сообщаемой ему въ силу одного прямого факта его принадлежности къ гражданскому обществу. Кромѣ того, субъектами права еще выступаютъ такъ-называемые нынѣ юридическія лица, носившія у римлянъ разныя наименованія: *collegium*, *corpus*, Напримѣръ, тѣ и другія ставятся рядомъ въ fr. 9. § 1 D 4. 2, гдѣ говорится о томъ, что преторъ въ эдиктѣ ввелъ исковую защиту противъ насилія, кто-бы ни совершалъ его, при чемъ рядомъ съ *persona singularis* ставятся *populus*, *curia*, *collegium*, *corpus*. Сопоставленіе совершается въ томъ смыслѣ, что, какъ отдѣльный человекъ способенъ имѣть разныя права (владѣнія, собственности, наслѣдованія и т. д.), такъ упомянутые *populus*, *collegium* и т. д., способны обладать такими-же правами. Въ этомъ второмъ случаѣ правоспособность, какъ терминъ, употребляется уже не въ прямомъ, а въ *производномъ* значеніи. Ради иллюстраціи настоящаго расширенія въ построеніи юридическихъ отношеній возьмемъ примѣръ изъ области психологіи.

Представленія о внѣшнемъ мірѣ у насъ слагаются благодаря впечатлѣніямъ, которыя мы получаемъ извнѣ посредствомъ пяти чувствъ. Это суть прямыя представленія, получаемыя нашими органами непосредственно отъ самой природы. Но наша духовная жизнь кромѣ этого непосредственнаго источника знаетъ еще другой, внутренній источникъ — память, воображеніе. Благодаря, напримѣръ, воображенію мы въ состояніи воспроизвести какое-либо представленіе, давно уже полученное, далекое отъ вызвавшаго его впечатлѣнія. Такое представленіе, въ отличіе отъ перваго непроизводнаго, называется производнымъ представленіемъ, какъ воспроизведеннымъ нами самими вдали отъ его первоисточника.

Нѣчто подобное можно наблюдать и въ области права относительно правоспособности. Правоспособность есть прежде всего, достояніе самой природы, какъ атрибутъ (нынѣ) всякаго человека, въ силу его принадлежности къ гражданскому обществу. Кромѣ того, въ мало-мальски развитомъ гражданскомъ оборотѣ является потребность допустить вмѣстѣ съ единоличной еще, такъ сказать, совокупную правоспособность, способность быть субъектомъ юридическихъ отношеній, признаваемую за добровольнымъ соединеніемъ извѣстныхъ людей

(товариществомъ). Правоспособность товарищества также естественна, какъ и отдѣльныхъ лицъ; она развѣ сложнѣе, потому что требуетъ представленія о совокупномъ, одновременномъ поведеніи такихъ-то единоличныхъ субъектовъ права (въ родѣ того, какъ сложнѣе получается представленіе отъ совокупности впечатлѣній).

Но, вотъ, въ культурномъ обществѣ понятіе субъекта права еще болѣе расширяется. Носителями гражданскихъ правъ называютъ такія соединенія людей, гдѣ личность, этотъ краеугольный камень гражданской правоспособности, перестаетъ имѣть значеніе: субъектами выступаютъ организованныя группы съ безразличнымъ составомъ лицъ, какъ: государство, городъ, община, цехи. Дальше—больше: правоспособными становятся организованныя учрежденія: больницы, богадѣльни, гдѣ личный составъ есть дѣло случая (онъ можетъ даже отсутствовать). Наконецъ, прямо одно имущество—наслѣдство, еще не принятое наслѣдникомъ — прозываютъ субъектомъ права.

Юридическія отношенія съ перечисленными субъектами очень далеки отъ ихъ первообраза, даннаго единоличнаго субъекта, обладающаго естественной правоспособностью. Въ перечисленныхъ примѣрахъ тотъ-же духовный источникъ, который создаетъ производныя представленія, независимо отъ впечатлѣній, дѣйствуетъ такимъ-же образомъ. Именно, юристы воспроизводятъ и перевоспроизводятъ отношенія безъ наличности представителя естественной правоспособности, въ такомъ-же видѣ, въ какомъ эти отношенія совершаются при помянутой наличности. И вотъ, этимъ путемъ слагается понятіе о *производной правоспособности*. Носитель природной (непроизводной) правоспособности, субъектъ права, есть отдѣльный человекъ. Въ тѣхъ-же отношеніяхъ, въ которыхъ индивидъ не является субъектомъ права, юристы создаютъ носителя производной правоспособности, юридическое лицо. Иначе, безъ давной юридической конструкціи, пришлось бы допустить *non-sens*: существованіе безсубъектныхъ правъ (напр., таковыми были-бы права благотворительныхъ учреждений, лежачаго наслѣдства и т. д.)¹⁾.

Въ виду сказаннаго изложимъ ученіе о гражданской право-

¹⁾ Ср. Виндшейдъ, Учебникъ, I, § 49.

способности въ двухъ отдѣлахъ: въ первомъ о природной, во второмъ—о производной правоспособности.

Отдѣлъ первый. Природная правоспособность.

Юристы римскіе учили тому, что по естественному, идеальному праву всѣ люди равны, значить и равноправны (*omnes homines aequales sunt fr. 32 D 50. 17*). Но въ древности это положеніе такъ и оставалось идеальнымъ; осуществиться ему мѣшало рабство. Съ рабствомъ юристы почти не боролись, считая его юридическимъ институтомъ, привходящимъ въ *ius gentium*. Кругомъ, у всѣхъ народовъ древности римляне видѣли рабство: у всѣхъ народовъ рабы—значить, выводили римляне, рабство есть учрежденіе общенароднаго права. Такъ и говорили они: *servitus est constitutio iuris gentium, qua quis alieno dominio contra naturam subactus est*. Въ настоящемъ опредѣленіи совмѣщались два воззрѣнія на рабство, съ точки зрѣнія идеальнаго (*ius naturale*) и реального права (*ius gentium*): первому оно противорѣчитъ—*contra naturam*, со вторымъ согласно—*constitutio iuris*. Итакъ, рабство—противоестественный юридическій институтъ, всѣми народами допустимое социальное зло. Величіе современной культуры въ провозглашеніи принципа: рабство—недопустимое зло.

Чтобы имѣть правоспособность, надо быть свободнымъ; получающій свободу, получаетъ *persona*; *servi*—люди, *personam non habentes*. Когда человекъ получаетъ, вообще, правоспособность? Имѣются-ли общія условія ея? Какъ она осуществляется, прекращается? Вотъ, слѣдующіе вопросы изложенія: А) начало правоспособности, Б) условія ея, В) отиравленіе ея, Г) уклоненіе и Д) прекращеніе правоспособности.

А) *Начало правоспособности*. Когда начинается правоспособность: съ момента зачатія или рожденія? Мы видѣли, что природная правоспособность обозначается словами: *pers. pa singularis*; для нея, слѣдовательно, требуется существованіе особое, независимое. Пока-же дитя въ утробѣ матери, оно ведетъ существованіе, зависимое отъ жизни матери; оно—часть материнскаго организма: *partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (1 § 1 D 25. 4). Но нельзя сказать, что за утробнымъ младенцемъ не признавалось правоспособности; изъ исторіи римскаго права мы знаемъ, что имѣющіе родиться по смерти завѣщателя (*postumi*) получали право

наслѣдованія, если дѣйствительно рождались. Можно сказать, признавалась за ними правоспособность подѣ условіемъ рожденія. Итакъ, отъ зачатія — *условная*, отъ рожденія — безусловная правоспособность. Предварительно скажемъ нѣсколько словъ о значеніи утробной жизни.

1) *Утробная правоспособность* описывается въ fr. 7 D 1. 5: qui in utero est, perinde si in rebus humanis esset, custoditur quotiens de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii antequam nascatur nequaquam profit, т. е. — зародышъ, такъ какъ онъ признается какъ бы существующимъ на свѣтѣ (подѣ условіемъ рожденія), охраняется по сколько возникаетъ вопросъ объ его выгодахъ, хотя другому лицу (alii) до рожденія нѣтъ пользы (конечно, юридической) отъ его существованія. Въ другомъ мѣстѣ (231 D 50. 16) читаемъ: qui nasci speratur pro superstite esse — ожидаемый родиться считается уже живущимъ. Такимъ образомъ, слѣдующіе пункты разсматривались римскими юристами: 1) охрана утробной жизни, 2) условныя права эмбриона, 3) фикція рожденности.

1) *Охрана* утробной жизни въ гражданскихъ правоотношеніяхъ состояла въ томъ, что по смерти мужа, во время беременности пережившей жены, назначался попечитель (curator ventris), на обязанности котораго лежала выдача средствъ жизни (алиментовъ) матери зародыша и сбереженіе оставшагося отъ отца имущества, которое могъ получить nasciturus, если рождался живымъ. Въ уголовномъ-же отношеніи, въ виду возможной мертворожденности, охранялся не самъ эмбрионъ, а личность матери или интересы отца (отъ предстоящаго рожденія). Объектомъ преступленія считалась сама беременная мать, когда ей давали пить ядъ, ради произведенія выкида (abortionis rosulum, 38 § 5 D 48. 19); объектомъ преступленія были интересы мужа (отлученіе отъ потомства), когда сама мать вытравляла плодъ.

2) Условно (подѣ условіемъ рожденія) за эмбриономъ признается только *выгодная* для него правоспособность, способность приобрѣтать права, отъ которыхъ онъ получаетъ выгоды. Такъ, онъ имѣетъ условное (эвентуальное) право наслѣдованія. По смерти наслѣдодателя приостанавливается до рожденія эмбриона — сонаслѣдника приобрѣтеніе наслѣдства другими сонаслѣдниками, пока рожденіе не выяснитъ, получаетъ-ли эмбрионъ свою долю въ наслѣдствѣ. Далѣе, если обойденъ въ завѣщаніи nasciturus, завѣщаніе недействительно.

Затѣмъ, по вопросу о состояніи ребенка—если беременная раба хоть на моментъ была свободна, nasciturus свободенъ (Inst. Justin 1, 4: non debet calamitas matris ei nocere). Но другимъ нѣтъ выгоды отъ эмбриона: нельзя ссылаться на него, какъ на третьяго ребенка, чтобы воспользоваться льготой legis Iuliae et Papiae Poppaeae (ius trium liberorum—освобождающее отъ опеки).

3) *Фикція рожденности* необходима: nasciturus pro iam nato habetur. Рождение ей сообщаетъ обратную силу. Именно, если эмбрионъ рождается живымъ, за новорожденнымъ скрѣпляется безусловная правоспособность отъ момента зачатія. Если дитя оказывается мертворожденнымъ, оно считается какъ-бы никогда несуществовавшимъ; у него какъ-бы не было никакой правоспособности.

II) *Безусловная* (внѣутробная) *правоспособность* возникаетъ отъ рожденія при наличности слѣдующихъ трехъ признаковъ:

1) *Актъ* рожденія долженъ быть законченнымъ (3 § 1 C. 6. 29—si vivus *perfecte* natus est); должно совершиться полное отдѣленіе отъ утробы материнской: еще неотдѣленный—не человекъ (9 D 35. 2: partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur). Поэтому, если во время продолжительныхъ родовъ ребенокъ былъ еще живъ (кричалъ), а родился мертвымъ—онъ считается какъ-бы никогда не существовавшимъ.

2) Новорожденный долженъ быть *живымъ* (vivus natus). Ему достаточно жить хоть полминуты—и полминутная жизнь правоспособна. Такой ребенокъ можетъ, напримѣръ, наследовать отцу ранѣ умершему (конечно, послѣ зачатія его), такъ что по смерти «наслѣдника на полминуты» его наслѣдство идетъ къ его ближайшимъ родственникамъ (положимъ, его матери), а не къ родственникамъ отца его (братьямъ отца). Какъ опредѣлить рождение живымъ, объ этомъ была контроверза между прокулянцами и сабиньянцами. Прокулянцы требовали, чтобы дитя издало крикъ (emissio vocis), подало голосъ о своемъ существованіи; сабиньянцы довольствовались фактомъ какого-либо движенія ребенка. Юстиніанъ принялъ мнѣніе сабиньянцевъ.

Жизнеспособность (vitalitas), способность продолжать жизнь, римское право, по видимому, не требовало. Нѣкоторые писатели (Вехтеръ, Дернбургъ) приписываютъ это требование римлянамъ; но, вѣрнѣе, эти писатели не различаютъ два понятія: о живучести и о своевременности рожденія. Напри-

мѣръ, въ fr. 12 D 1. 5 читаемъ; *septimo mense. nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocrati*. А юристъ Павелъ (Rec. sent., 4, 9 § 1) называетъ эту своевременность рожденія, опредѣленную Гиппократомъ не ранѣе 7-го мѣсяца, «*plenum tempus*». Несвоевременные рода или выкиды (abortus, abactus) не имѣютъ юридическаго значенія (ихoris abortu testamentum mariti non solvi, 2 с. 6. 29). Этотъ вопросъ своевременности или несвоевременности рожденія имѣетъ большее значеніе для опредѣленія законорожденности (дѣтя рожденное ранѣе 7-го мѣсяца по заключеніи брака — есть незаконнорожденное) ¹⁾ чѣмъ для правоспособности (и незаконнорожденный — правоспособенъ вообще).

3) Норожденный долженъ имѣть *человѣческой образъ* (forma humani generis). Только чудовищныя отступленія отъ человѣческаго образа, изъ ряда вонъ выходящія (14 D 1. 5: *veluti si mulier monstrosam aliquid aut prodigiosam epixa sit*), не сообщаютъ правоспособности. Обыкновенныя аномаліи, въ родѣ бблшаго количества членовъ или органовъ, или какія уродливости (ostentum, portentum) не имѣютъ значенія. Въ одномъ мѣстѣ дигестъ (44 D 11. 7) предлагается вопросъ: гдѣ будетъ кладбище, почитаемое *res religiosa*, если части трупа похоронены въ разныхъ мѣстахъ; тамъ, гдѣ лежитъ главное, т. е., голова, отвѣчаетъ юристъ Павелъ, такъ какъ по головѣ узнаемъ людей. Мотиву этого рѣшенія нѣкоторыя романисты придавали общее значеніе, дѣлая тотъ выводъ, что уклоненія отъ обыденнаго вида головы, какъ главной части тѣла, образуютъ монстра. Но извѣстныя намъ правила толкованія законовъ не даютъ основанія къ такому абсолютному выводу.

Б) *Уловія правоспособности* опредѣлялись у римлянъ, главнымъ образомъ, тремя личными состояніями (status) и наличностью гражданской чести (existimatio). Ученіе обо всѣхъ этихъ условіяхъ для современной догмы имѣетъ одинъ историческій интересъ, почему мы упомянемъ о немъ коротко, тѣмъ болѣе, что подробности извѣстны изъ курса исторіи.

I. *Личное состояніе (status)* включаетъ по словамъ рим-

¹⁾ По нѣкоторымъ (напр. по нѣмецкому) законодательствамъ недолговѣчность новорожденного ребенка — смягчающее обстоятельство при обсужденіи дѣтубійства.

лянъ, три элемента: свободу, гражданство и семейное положение. Fr. 2 D 4. 5:—*tria enim sunt quae habemus: libertatem, civitatem et familiam.*

1) *Свобода* (*libertas*)—неотчуждаемое благо въ гражданскомъ обществѣ; договоры объ отчужденіи собственной свободы контрагентовъ недѣйствительны. Благо—выше всего цѣнимое; такъ, въ случаѣ неяснаго дарованія свободы въ договорѣ такое дарованіе предписывается больше всего поддерживать при толкованіи договора. Благомъ этимъ обладаютъ или по рожденію (*ingenui*, свободно-рожденные), или по акту отпущенія (вольнотпущенники). Въ зависимости отъ формальностей отпущенія до Юстиніана отпущенники различались между собою (былъ, напримѣръ, классъ, называемый *latini Iuniani*, получавшихъ свободу неформально *per epistolam* или *inter amicos*; они жили свободными, умирали рабами); Юстиніанъ уничтожилъ эти различія.

Ограниченными въ свободѣ были: колонны, условные вольнотпущенники (*statuliberi*) и выкупленные изъ плѣна. Ограниченіе *колонновъ*,—людей прикрѣпленныхъ къ землѣ, въ гражданскомъ оборотѣ касалось ихъ имущества, этого источника налоговъ, которые платились за колону помѣщикомъ. Колонъ не могъ продавать участокъ земли, которымъ онъ владѣлъ; благопріобрѣтенное движимое имущество его подводилось подъ понятіе *пекулія* (отчужденіе—съ согласія помѣщика); впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ колонъ распоряжался имъ самостоятельно, о чемъ свидѣтельствуютъ источники. Лично-же колонъ почитался свободнорожденнымъ, вступалъ въ законный бракъ, могъ имѣть *patria potestas*¹⁾. Далѣе, были ограничены *условные вольнотпущенники* (*statu liberi* D 40. 7), т. е. отпущенные на волю по завѣщанію подъ опредѣленнымъ условіемъ; напр., подъ условіемъ уплаты извѣстной суммы наслѣднику. До исполненія условія *statuliber*—простой рабъ наслѣдника. Еще были ограничены *выкупленные изъ плѣна* (*redempti ab hostibus*). Дѣло въ томъ, что обратно перешедшему границу (*limen*) государства возвращались всѣ прежнія права согласно фикціи (*iure postliminū*), по которой

¹⁾ *Heisterbergk*, die Entstehung d. Colonats, 1876, *Fustel de Coulanges* recherches sur quelques problèmes d'histoire, 1-й отдѣлъ. *Подбертукъ*, изслѣдованіе и т. д., вып. I, 1880.—О происхожденіи и положеніи колонновъ см. лекціи исторіи, стр. 259 (по изданію 1892 г.).

²⁾ *Malai*, *Statuliberi* d. röm. R. 1834.

онъ разсматривался, какъ бы никогда не бывшимъ въ плѣну. Но если плѣннаго выкупалъ кто-либо, то до окончательной выплаты подлежащей суммы не наступало дѣйствіе означенной фикціи; и выкупленный до уплаты пребывалъ предъ *gentis* въ зависимости, напоминавшей рабское положеніе. Такая зависимость не могла продолжаться болѣе 5 лѣтъ.

2) *Гражданство* (*civitas*) было, какъ мы знаемъ изъ исторіи, необходимымъ условіемъ правоспособности въ эпоху гражданского права. Гражданство, какъ и свобода, приобрѣталось тѣми-же двумя главными способами: по рожденію (наслѣдованіе гражданства отца или матери) и отпущеніемъ рабовъ на волю. До Юстиніана отъ гражданъ отличались латины, обладавшіе *ius commercii*, но не имѣвшіе изъ гражданскихъ правъ *ius connubii*; по закону Юстиніана все свободное населеніе имперіи получило одинаковое гражданство.

Иностранцы прозывались *peregrini*. Но съ тѣхъ поръ, — какъ многіе пегррины, именно — свободные провинціалы (т. е. жившіе внѣ Италіи) — благодаря императорскимъ постановленіямъ получили гражданство, пегррины, конечно, не были исключительно иностранцами; только одни иностранцы разумѣлись подъ именемъ *barbari* (собственно, — говорящіе на чужомъ языкѣ). Если съ иностранцами римляне не состояли въ явно-дружественныхъ отношеніяхъ (*amicitia*), не практиковали взаимное гостепримство (*hospitium*), или не бывало особаго договора касательно пребыванія ихъ въ имперіи (*foedus*), — положеніе иностранцевъ было совершенно безправно (5 § 2 D 49. 15).

3) *Семья* (*familia*) въ римскомъ гражданскомъ обществѣ составляла тотъ признакъ, по которому люди дѣлились на *homines sui iuris* и *alieni iuris* (Gai, inst., I, 48). Независимый (*sui iuris*) именовался *paterfamilias*, хотя-бы у него не было дѣтей. Въ fr. 195 § 2 D 50. 16 говорится: *pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat*. Повластный (*alieni iuris*) въ семьѣ есть *filiusfamilias*. Изъ исторіи римскаго семейнаго права намъ извѣстно, что въ древности *filifamilias* были вполне безправны: надъ личностью ихъ — *ius vitae ac pecis*, изъ имущества — ничего своего. Въ императорское время власть отца во многомъ ограничивается какъ въ личномъ, такъ и въ имущественномъ отношеніи; за подвластными дѣтьми признается даже полное право собственности.

И такъ, чтобы быть вполне правоспособнымъ, надо обладать тремя *status: libertas, civitas, familia*. Соотношение ихъ таково, что впереди стоитъ, понятно, *libertas*: у раба нѣтъ ни *civitas*, ни *familia*; имѣющій только *civitas* можетъ обладать *familia*, но лишенный *familia* не теряетъ *eo ipso* гражданства и свободы.

II) *Гражданская честь* (*existimatio*). Честь есть, такъ сказать, своего рода исполнительность. Мы называемъ честнымъ человѣка, который исполняетъ свои обѣщанія и тѣмъ заслуживаетъ довѣрїя. Кто не исполняетъ обѣщаній, тому нѣтъ довѣрїя. Честь называется гражданской, если она касается человѣка, какъ гражданина, т. е. его исполнительности въ отношеніи требованій государства, въ отношеніи законовъ. Вотъ, про исполнительнаго гражданина и говорятъ, что онъ обладаетъ гражданской честью. Ему и гражданское общество вѣритъ въ томъ, что онъ всегда поступаетъ законосообразно въ гражданскихъ правоотношеніяхъ. Если-же онъ не оправдываетъ довѣрїя общества, онъ ужъ не признается вполне способнымъ дѣйствовать законно, онъ ограничивается въ правоспособности.

Честь у римлянъ называется *existimatio* (буквально—*предположеніе* государства о томъ, что гражданинъ дѣйствуетъ правомѣрно). Она опредѣляется, какъ (fr. 5 § 1 D 50. 13) „состояніе неповрежденнаго достоинства, подтвержденное законами и обычаями“. Въ силу гражданской чести вѣрятъ свидѣтельскимъ показаніямъ гражданину, призываютъ его къ отбыванію общественныхъ повинностей и т. д. Гражданская честь какъ сообщается, такъ и отнимается или ограничивается только государствомъ, по суду. Поэтому, никто изъ гражданъ не можетъ не признавать чести въ другомъ, т. е. не уважать, оскорблять другого (отсюда отвѣтственность за обиду—*actio iniuriarum* ¹⁾).

Гражданская честь составляетъ, по числу, четвертый *status*, четвертое общее условіе (кромѣ свободы, гражданства, семьи) правоспособности.—Далѣе, перейдемъ къ осуществленію правоспособности, называемому нынѣ дѣеспособностью.

В) *Дѣеспособность* (*Handlungsfähigkeit*) есть осуществленіе или отправленіе правоспособности (*Rechtsfähigkeit*); дру-

¹⁾ *Marezoll*, über die bürgerliche Ehre. 1824.

гими словами, дѣеспособность есть способность самому вступать въ отношенія, влекущія юридическія послѣдствія. Правоспособенъ человекъ, какъ мы видѣли, отъ начала жизни своей; но должно пройти немало времени прежде, чѣмъ онъ станетъ способнымъ дѣйствовать самостоятельно, безъ помощи взрослыхъ, опытныхъ людей. Дѣеспособность наступаетъ значительно позже: отъ совершеннолѣтія. Мало того, иногда и правоспособные взрослые, напр., душевно-больные, не въ состояніи по собственному разумѣнію примѣнять правоспособность, т. е. принимать на себя обязательства, совершать отчужденіе имущества и т. д.; тѣ и другія обстоятельства, составляющія помѣху дѣеспособности, образуютъ двѣ группы: I) недоразвитіе организма и II) разстройство организма. По этимъ вопросамъ припомнимъ нѣкоторыя свѣдѣнія изъ исторіи римской опеки и попечительства; при этомъ сдѣлаемъ небольшія добавленія.

I) *Недоразвитіе организма*. Долгое время половая зрѣлость (*pubertas, viripotencia*) признавалась полной зрѣлостью организма, сообщавшей дѣеспособность, при чемъ она опредѣлялась изслѣдованіемъ каждаго организма въ отдѣльности; за этотъ порядокъ стояли сабиньянцы. Прокулянцы предлагали считать брачное совершеннолѣтіе отъ одного извѣстнаго возраста (*aetas*) въ 14 лѣтъ; ихъ мнѣніе принято Юстиніаномъ. Но еще отъ VI вѣка ab. u. c., со времени закона Плеторія (курсъ исторіи, 323), полная дѣеспособность не совпадала болѣе съ брачной зрѣлостью; она была отложена до 25 лѣтъ. И вотъ, въ Юстиніановомъ правѣ находятся слѣдующіе главные виды и подвиды возрастовъ:

1) *Несовершеннолѣтіе* (*impubertas*), время пребыванія подъ опекой, продолжалось до 14 лѣтъ. Въ виду того, что и въ этомъ возрастѣ слишкомъ замѣтна разница между началомъ и второй половиной его, слишкомъ явно различіе въ развитіи между новорожденнымъ и 12—13 лѣтнимъ отрокомъ, весь 14-ти лѣтній періодъ былъ подраздѣленъ на 2 возраста, по 7 лѣтъ въ каждомъ, примѣнительно къ теоріи Пиагора, учившаго о томъ, что чрезъ каждые 7 лѣтъ происходитъ обновленіе организма. Именно, получились два возраста: дѣтство и отрочество.

а) *Дѣтство* (*infantia*) ни въ чему недѣеспособно. *Infantes* — до 7 лѣтъ, *qui dari non possunt*; всѣ ихъ дѣла ведетъ опекунъ: *tutor gerit omnia negotia infantis*.

б) *Отрочество* (7—14 л.) обладает небольшою, весьма ограниченной дѣеспособностью. Именно, отрокъ (*imprubēs infantia maior*) можетъ совершать, безъ участія опекуна, законныя приобрѣтенія (принимать обязательства другихъ, самому же не обязываться), но за то, въ свою очередь, въ случаѣ незаконныхъ приобрѣтеній долженъ отвѣчать предъ потерпѣвшимъ убытокъ въ размѣрѣ своего наличнаго обогащенія (*in quantum locupletior factus est*—на сколько на самомъ дѣлѣ обогатился *imprubēs*, а не на сколько страдалъ потерпѣвшій). Кроме того, въ уголовныхъ дѣлахъ по отношенію отроковъ каждый разъ ставится отдѣльный вопросъ: дѣйствовали они, при совершеніи преступленія, съ разумніемъ или нѣтъ, суть ли они *doli capaces* или *doli incapaces*. Конечно, чѣмъ дальше отъ дѣтства и ближе къ концу отрочества, тѣмъ больше разумнія. И вотъ, римское право знаетъ еще подраздѣленіе *impruberes* въ этомъ смыслѣ на 2 группы: α) *impruberes infantiae proximi*—неразумные отроки; они также безответственны, какъ и дѣти; β) *impruberes pubertati proximi*—разумные отроки; дѣеспособны въ отношеніи преступленія, за которое несутъ отвѣтственность.

2) *Совершеннолѣтіе* (*pubertas*—половая зрѣлость) въ республиканскомъ періодѣ признавалось каждый разъ торжественно въ народномъ собраніи, гдѣ мальчики получали вмѣсто отроческой одежды (*praetexta*), одѣяніе римскаго гражданина (*toga virilis*); впоследствии одинъ моментъ достиженія 14 лѣтъ, взаимнѣ помянутаго обряда, сообщалъ *pubertas*. Не достигшіе половой зрѣлости въ Юстиніановомъ правѣ до 25 лѣтъ не вполне дѣеспособны, почему отличаются *puberes minores* и *puberes maiores*.

а) *Юное совершеннолѣтіе* (*pubertas minor*) или эпоха юности—до 25 лѣтъ. Юноши безусловно дѣеспособны вступать въ бракъ и совершать завѣщанія. Они могутъ, какъ и *impruberes*, заключать самостоятельно выгодныя сдѣлки. Что же касается принятія на себя обязательствъ, то, во избѣжаніе возможныхъ обмановъ со стороны болѣе ихъ опытныхъ контрагентовъ, имъ предоставлено выбирать себѣ для того попечителей. Но такъ какъ попечительство (*cura*) необязательно, то, въ случаѣ невыгодной сдѣлки *minoris*, безъ согласія попечителя, юноша, несущій невыгоды отъ сдѣлки, можетъ просить претора объ *in integrum restitutio*. Невѣдніе

закона (*ignorantia iuris*) для *minores* извинительно, но за умысленныя преступленія (*dolus*) они вполне отвѣчаютъ.

б) *Взрослый возрастъ* (*pubertas maior*)—по общему правилу въ 25 лѣтъ для мужчинъ и въ 20—для женщинъ; по специальной-же просьбѣ иногда императоры сообщали дозволеніе считаться совершеннолѣтними (*venia aetatis*) юношамъ въ 20 л., а дѣвушкамъ въ 18 л. (2. С. 2. 45). Прошеніе въ такомъ случаѣ (*impetratio veniae aetatis*) должно было удостовѣрить наличность полнаго развитія ссылкой на хорошее поведение (*testimonium morum*). Но если получившій *venia aetatis* убѣждался, что оно не впрокъ ему, могъ просить о снятіи ея. Впрочемъ, и обладающій *venia aetatis* не воленъ отчуждать недвижимости безъ судебного разрѣшенія.

Былъ еще возрастъ подъ условнымъ названіемъ *plena pubertas*, опредѣленный для мужчинъ въ 18, для женщинъ въ 14 лѣтъ. Онъ имѣлъ значеніе въ 2-хъ случаяхъ: а) полученіе завѣщанныхъ средствъ воспитанія оканчивалось въ этомъ возрастѣ, б) этотъ возрастъ долженъ былъ составлять разницу въ лѣтахъ усыновителя и усыновляемаго.

3) *Старость* (*senectus*), хотя не составляла общей грани въ дѣленіи возрастовъ, все-же имѣла нѣкоторое вліяніе на дѣеспособность. Такъ, только 60 лѣтнимъ дозволялось аррогировать (усыновлять *homo sui iuris*), 70 лѣтнему отказываться отъ опеки, отъ платы налоговъ.

II) *Разстройство организма*. Оно можетъ быть временнымъ и постояннымъ. Временное разстройство называется болѣзью, *morbus* (*temporalis corporis imbecillitas*, fr. 101 § 2 D 50. 16), постоянное—органическимъ недостаткомъ, *vitiū* (*perpetuum corporis impedimentum*, *ibid.*).

1) Болѣзнь (*morbus*) тѣлесная или душевная, въ смыслѣ временнаго разстройства, не имѣетъ вліянія на дѣеспособность. Но иногда болѣзнь признается достаточнымъ препятствіемъ для какой-либо обязательной дѣятельности (напр., явки на судъ). Такая болѣзнь называется технически еще въ XII таблицахъ *morbus soticus* (113 D 50. 16: *morbus soticus est qui cuique rei nocet*). Между прочимъ еще было обращено вниманіе на *заразительныя* болѣзни. Во время чумы было отступлено отъ требованія непремѣннаго присутствія всѣхъ свидѣтелей при составленіи завѣщанія (*testamentum pestis tempore conditum*); свидѣтели могутъ являться порознь къ завѣщателю.

2) Недостатки органическіе (*vitia*) могутъ быть также тѣлесными или душевными; они ограничиваютъ или лишаютъ дѣеспособности.

а) Тѣлесные недостатки имѣются тогда, когда отсутствуетъ какой-либо органъ или когда органъ не функционируетъ; недѣеспособность обнаруживается тамъ, гдѣ требуется дѣятельность этого органа. Поэтому, не могутъ, напримѣръ, нѣмые (*muti*) или глухіе совершать словесное обязательство, именуемое стипуляціей (1 D 45. 1:—*neque mutus neque surdus stipulationem contrahere possunt*). Затѣмъ, слѣпые (*caeci*) не допускались свидѣтелями при составленіи завѣщаній. Далѣе, глухо-нѣмые, не имѣвшие возможности въ классическомъ мѣрѣ, какъ то теперь устроено, получать надлежащія понятія объ окружающемъ мѣрѣ (тамъ не было училищъ глухо-нѣмыхъ), не признавались дѣеспособными; существовало надъ ними попечительство (*cura debiliū personarū*). Потомъ, калѣки (*castrati*) не могутъ вступать въ бракъ и не могутъ усыновлять. Отъ *castrati*, однако, отличаются *spadones*—страдающіе половымъ безсиліемъ отъ природы, а не вслѣдствіе фанатической операціи; *spadones* не ограничены въ указанныхъ отношеніяхъ, такъ какъ имъ не отказывается въ возможности выздоровѣть.

б) Душевное разстройство издавна было принимаемо во вниманіе при опредѣленіи дѣеспособности. Такъ, начатъ со *слабоумныхъ* (*fatui, stulti*); правда, они не безусловно недѣеспособны—все-же надъ дѣйствіемъ ихъ имѣетъ наблюденіе кураторъ (2 D 3. 1) Затѣмъ, душевно больныхъ римское право знало двѣ категоріи: *безумныхъ* (*dementes, mente capti*) и *сумасшедшихъ* (*furiosi*—собственно, безпокойно больныхъ, впадающихъ въ состояніе *furoris*). Надъ первыми, какъ совсѣмъ неизлечимыми, имѣется несмѣняемое попечительство; надъ вторыми попечительство непостоянно. Именно, когда проходитъ *furor*, инымъ больнымъ возвращается сознаніе; у нихъ наступаютъ *dilucida intervalla* (промежутки сознательной жизни). Въ этотъ промежутокъ до Юстиніана снималось попечительство, почему, если болѣзнь возвращалась, необходимо бывало назначать новаго попечителя. Юстиніанъ устранилъ эту необходимость; онъ постановилъ, чтобъ на свѣтлые промежутки попечительство не снималось совсѣмъ, а лишь пріостанавливалось, такъ что, при рецидивѣ болѣзни, вступало въ силу прежнее попечительство.

Къ душевно-больнымъ римское право приравнивало рас-

точителей (*prodigi*), какъ больныхъ волею своей. Въ fr. 40 D 50. 17 читаемъ: *furiosi vel ei cui bonis interdictum est nuda voluntas est*; здѣсь расточитель называется описательно: *is cui bonis interdictum est*. Но сходство въ юридическомъ положеніи между сумасшедшимъ и расточителемъ чисто внѣшнее. Между тѣмъ какъ *furiosus* почитается совсѣмъ недѣеспособнымъ, дѣеспособность у расточителя отнимается только въ отношеніи юридическихъ актовъ, уменьшающихъ его имущество: онъ не можетъ продавать имущества или выдавать обѣщанія, но получать имущество и принимать обязательства отъ другихъ онъ дѣеспособенъ. Значитъ, положеніе его сходно съ положеніемъ отрока (*impubes infantia maior*): тому и другому возбраняются акты, умаляющіе ихъ имущество. Вслѣдствіе такихъ ограниченій дѣеспособности лица, признаніе его расточителемъ могло послѣдовать только со стороны государственной власти, по суду; недостаточно одного соглашенія его родныхъ, хотя бы и заинтересованныхъ такъ или иначе въ цѣлости имущества расточителя.

Разсмотрѣнное недоразвитіе организма и разстройство его оказываетъ вліяніе не на самую правоспособность, а только на самостоятельное отправленіе ея, на дѣеспособность субъекта. Далѣе, обратимъ вниманіе на обстоятельства, видоизмѣняющія гражданскую правоспособность.

Г. *Уклоненія отъ общей правоспособности*. Такія уклоненія вызываются нерѣдко обстоятельствами, лежащими внѣ гражданского общества, каковы: религія, женскій полъ, словность и др. Разсмотримъ вліяніе этихъ обстоятельствъ.

1) *Различіе по религіи*¹⁾. По этому вопросу должно различать два періода: языческой и христіанскій. Въ языческомъ періодѣ религія, вообще, не имѣла никакого вліянія на гражданскую правоспособность. Въ это время религія считалась элементомъ публичнаго права (2 I. 1: *publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*): кому принадлежало *ius publicum* (т. е. римскому гражданину), тому и государственная религія. И по сколько не усматривали въ другихъ религіяхъ посягательство на *ius publicum*, не преслѣдовали ихъ. Такъ, не преслѣдовалось іудейство (*iudaei vivunt iure communi*), потому что въ немъ признавали такое же замкну-

¹⁾ Буассье, римская религія отъ Августа до Антониновъ, 1878.

тое религиозное общество, какъ и у себя. Видя же успѣшную пропаганду христіанской вѣры, се признали, безотнositельно къ сущности ея, опаснымъ врагомъ государственнаго порядка, почему жестоко стали преслѣдовать христіанъ. Но опять-таки специальныхъ ограниченій гражданской правоспособности христіанъ не существовало; никакихъ слѣдовъ ихъ нѣтъ ни въ институціяхъ, ни въ дагестахъ Юстиніана.

Иное положеніе заняло христіанство. Со времени Константина, въ видѣ реакціи, появляются гражданскія ограниченія; эти ограниченія изложены въ началѣ кодекса Юстиніана, гдѣ помѣщаются постановленія императоровъ о христіанствѣ (первыя 13 титуловъ 1-й книги). Число ограниченій увеличилось въ Византіи вслѣдствіе сектанства въ самомъ христіанствѣ. И вотъ, должно различать отношеніе христіанства къ другимъ религіямъ и ко внутреннимъ сектамъ. Въ отношеніяхъ перваго рода ограниченій еще не такъ много. Язычникамъ (pagani) и евреямъ запрещалось занятіе общественныхъ должностей, кромѣ должности декуріона, сопряженной съ личными затратами на пополненіе недоимокъ; бракъ евреевъ съ христіанами запрещенъ, онъ признавался преступленіемъ (adulteriū); у евреевъ не можетъ быть, въ виду практикуемаго ими обряда обрѣзанія, рабовъ-христіанъ и, вообще, христіанской прислуги. Въ отношеніи сектъ, равно какъ и за вѣроотступничество, гражданскихъ ограниченій значительно больше. Еретикамъ (haeretici), уклоняющимся отъ постановленій вселенскихъ соборовъ, возбраняется получать даренія и наслѣдовать; ихъ имущество, за неимѣніемъ православныхъ (catholici) наслѣдниковъ, идетъ въ казну; не допускаются свидѣтельскія показанія еретика противъ православнаго. Вѣроотступникамъ (apostatae) еще хуже: у нихъ отнимается даже правоспособность во всемъ обязательственномъ правѣ (4 § 3 C. 1. 5: non donandi, non emēdi, non vendēdi, non postremo contrahēdi cuiquam convictio relinquimus facultatem). Къ нимъ подходятъ, по своей крайне-ограниченной правоспособности, двѣ особенно преслѣдуемыя секты манихейнъ и донатистовъ: какъ допускалось преслѣдованіе за оскорбленіе величества даже по смерти обвиняемаго, съ цѣлью конфискаціи имущества, такимъ-же образомъ съ тою же цѣлью дозволялось доказываніе принадлежности умершихъ гражданъ къ помннутымъ сектамъ.

II) *Половое различіе*¹⁾. Оба пола, мужской и женскій, по общему предположенію, обладают равной правоспособностью. И если слова законовъ употребляются въ мужскомъ родѣ, то, предполагается, они одинаково относятся и къ женскому полу (fr. 195 D 50. 16: *pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur*). Это общее предположеніе не примѣняется, если касательно женщинъ дѣйствуютъ нормы особннаго права (*ius singulare*), состояція изъ нѣкоторыхъ ограниченій правоспособности ихъ и изъ привилегій.

Ограниченія гражданской правоспособности женщинъ прежде всего вытекаютъ изъ того, что имъ не принадлежитъ *ius publicum*: не будучи въ состояніи занимать публичныхъ должностей, женщины не могутъ быть и опекунами (кромя матерей и бабокъ), не могли свидѣтельствовать въ торжественныхъ публичныхъ актахъ (въ комиціяхъ, въ сдѣлкахъ *per aes et libram*, гдѣ свидѣтели признаются представителями народа); у женщинъ нѣтъ власти (*potestas*) въ семьѣ. Въ прежнее время было еще много ограниченій, снятыхъ Юстинианомъ: была прежде пожизненная опека надъ женщиной, *papus mariti*, ограниченное наслѣдованіе²⁾.

Привилегій у женщинъ нѣсколько. Главная привилегія въ томъ, что для нихъ извинительно невѣдѣніе закона (*ignorantia iuris*), въ виду того, что имъ менѣе доступна юридическая сфера жизни. Другая привилегія учреждена посредствомъ *scitum Velleianum*; она состоитъ въ томъ, что для женщинъ необязательно поручительство по чужимъ долгамъ. Если женщина бралась быть поручительницей, то она вольна была платить за чужой долгъ или нѣтъ; когда-же чужой кредиторъ предъявлялъ къ ней искъ объ уплатѣ, она могла совершить отводъ этого иска, противопоставивши *exceptio sciti Velleiani*.

Римское право знаетъ и половыя аномаліи: двуполое существо (*hermaphroditus*) относится къ тому полу, симптомы котораго въ немъ выдаются (10 D 1. 5: — *eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet*).

III) *Различіе по роду занятій*. Занятіе гражданина, родъ службы или труда его, которымъ онъ зарабатываетъ средства

¹⁾ *Paul Gide, étude sur la condition privée de la femme, 1867.*

²⁾ Такимъ образомъ, намъ понятны должны быть слова Панинъна (9 D 1. 5): *in multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum.*

жизни, не должно имѣть вліянія на его правоспособность, если только такой трудъ не содержитъ въ себѣ чего-либо преступнаго, запрещеннаго закономъ. Однако это общее положеніе было извѣстно римскому праву съ нѣкоторыми исключеніями. Именно, выдѣлялись троякаго рода занятія. Одни изъ нихъ, хотя и не преслѣдовались закономъ, какъ преступленія, тѣмъ не менѣе считались позорными; другія были въ юридическомъ отношеніи до нѣкоторой степени льготными, и третьи, особенно цѣннмыя, были прямо привилегированными. Позорнымъ трудомъ считалось, напримѣръ, ростовщичество, содержательство публичныхъ домовъ и (какъ ни странно сказать) сценическое искусство. Представители труда этого рода признавались юридически безчестными, не заслуживающими уваженія и довѣрія (объ этомъ еще разъ будетъ рѣчь ниже, въ вопросѣ объ *infamia*). Наоборотъ, на льготномъ положеніи состояли, съ одной стороны, люди несложнаго физическаго труда — земледѣльцы, *rustici*, и чернорабочіе, — мало свѣдующіе въ области права, а съ другой стороны, представители такъ-называемыхъ либеральныхъ профессій (*studia liberalia*), наиболѣе развитые изъ гражданъ, — медики, адвокаты, учителя философіи, грамматики и т. под. Льгота первыхъ, главнымъ образомъ, заключалась въ томъ, что для нихъ была извинительна *ignorantia iuris*, льгота вторыхъ состояла въ освобожденіи отъ опекунской обязанности. Но больше всего привилегій изъ всѣхъ профессій давала въ императорское время военная служба. Сумма привилегій солдатъ называется технически *ius militare*; послѣднее противопоставляется общему праву, *ius paganorum*¹⁾).

Вопервыхъ, солдаты могли также, какъ *rustici*, отговариваться невѣдѣніемъ закона; мотивъ этой привилегіи выраженъ въ словахъ императора Гордіана (22 гр. С. 6. 30): *milites magis arma, quam iura, scire debent*. Зовторыхъ, они были привилегированы въ случаѣ несостоятельности; они имѣли въ этомъ случаѣ льготу посильной отвѣтственности (называемую *beneficium competentiae*), состоящую въ томъ, что они были свободны отъ личнаго задержанія и удерживали изъ имущества небольшую долю, какъ минимальныя средства жизни. Въ-третьихъ, совершенно особнякомъ отъ общаго права стояло *tes'amentum militis*, наслѣдованіе солдатъ по завѣщанію.

¹⁾ *Ius militare* внимательно изслѣдовалъ *Kuntze*, *Cursus des röm R.*, in fine.

Такъ, для солдатъ не были обязательны какія-либо формальности составленія завѣщаній: и число свидѣтелей было безразлично, и словесное завѣщаніе (такъ-называема устная память по русскому праву) солдата, не въ примѣръ завѣщаніямъ невоенныхъ людей (*pagani*), имѣло силу. И по содержанию *testamentum militis* не знало никакихъ ограниченій; всякое волеизъявленіе солдата было дѣйствительно: по желанію его, могло имѣть мѣсто одновременное наслѣдованіе по завѣщанію и по закону (чего, какъ мы знаемъ изъ исторіи, не было *iure communi*, такъ какъ наслѣдованіе по завѣщанію предпочиталось законному); *militēs* могли назначать наслѣдниковъ на срокъ, до такого-то момента, въ противность *ius commune*, согласно которому: *semel heres semper heres*, и т. д.

IV) *Вліяніе родства* на правоспособность въ сферѣ права обнаруживается во многихъ случаяхъ; а касательно гражданскаго права, главнымъ образомъ, въ семейныхъ и наслѣдственныхъ отношеніяхъ.

Родственниками (*cognati*), припомнимъ, называются лица, имѣющіе общаго родоначальника, какъ-бы общій источникъ происхожденія (1 § 1 D 38. 8:—*quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint*). Если они происходятъ послѣдовательно другъ отъ друга,—называются родственниками по прямой линіи (*linea directa*): происходящіе отъ другихъ—нисходящими (*descendentes*), тѣ, отъ которыхъ происходятъ,—восходящими (*ascendentes*). Если-же у нихъ нѣтъ послѣдовательнаго взаимнаго происхожденія, но имѣются общіе начальные родственники,—называются родственниками по боковой линіи (*linea obliqua, transversa*). При этомъ, когда у боковыхъ родственниковъ (*collaterales*) оба родителя одни и тѣ же (у брата и сестры—одни и тѣ же отецъ и мать),—они называются полнородными (*germani*), если у нихъ—одинъ только общій родитель—неполнородными (*ex latere uno iuncti*): когда общій отецъ—единокровными (*consanguinei*), когда общая мать—единоутробными (*uterini*). Родство устанавливается фактомъ рожденія, а также признаніемъ искусственнаго происхожденія, усыновленіемъ.

Измѣреніе родства по римскому масштабу, котораго держится и современная юриспруденція, называется *computatio civilis* въ отличіе отъ *computatio canonica*. Римскій масштабъ, какъ мы знаемъ, опредѣляется формулой: *quot sunt generatio-*

nes, tot sunt gradus — сколько рождений, столько степеней (отецъ съ сыномъ—въ 1-й степени, родные братья—во 2-й, двоюродные—въ 4-й и т. д.). Каноническое-же родство не такъ точно, какъ римское; оно ведется не по степенямъ, а по колѣнамъ. (Первое колѣно—родные братья, второе—двоюродные). Оно имѣло силу въ средневѣковой Европѣ, въ эпоху господства каноническаго права.

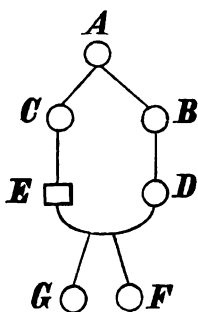
Отъ кровнаго родства (*cognatio*) въ теперешнемъ значеніи, сформированнаго въ эпоху сравнительной равноправности супруговъ въ римской семейной жизни, отличается, какъ-то припомнимъ изъ исторіи, родство предшествующаго патриархальнаго быта (*agnatio*) по одной мужской линіи, соединенное съ принадлежностью къ одной и той-же семьѣ: дочь, выходящая замужъ, и сынъ, выдѣляемый изъ родительскаго дома, переставали быть агнатами. Второй характерный признакъ агнатства, подчиненность домовладыки, имѣлъ на столько важное значеніе, что мыслимо было агнатство безъ наличности кровнаго происхоженія (агнатство между усыновителемъ и усыновленнымъ неродственникомъ). Этотъ характерный признакъ потерялъ свое значеніе ко времени Юстиніана, такъ что въ это время пропало дѣйствительное различіе между *cognatio* и *agnatio*.

Еще отъ кровнаго родства отличается *духовное* родство (*cognatio spiritualis*, ἐκ τοῦ ἁγίου βαπτίσματος σύγγενεια) — родство по крещенію. Византійскіе императоры запрещали браки между лицами, состоящими въ духовномъ родствѣ (крестникомъ и крестной матерью, кумомъ и кумой и т. д.). Современное гражданское право не знаетъ этого родства.

Значеніе родства довольно обширно: въ процессѣ необязательное свидѣтельствованіе близкихъ родственниковъ, не бываетъ между ними присяги; въ уголовномъ правѣ сильнѣе наказуется убійство близкихъ родныхъ. Въ гражданскомъ правѣ близкое родство имѣетъ отрицательное значеніе въ семейныхъ правоотношеніяхъ и положительное, преимущественно, въ наслѣдованіи по закону. Отрицательные эффекты таковы, что возбранялось родственникамъ предъявлять другъ противъ друга позорящіе иски (*actiones famosae*), запрещались браки между родственниками 2-й и 3-й степени; между родственниками 3-й степени усматривалось спеціальное отношеніе, называемое *respectus parentelae* (дядя касательно племянницы считался *loco parentis*). Положительные эффекты род-

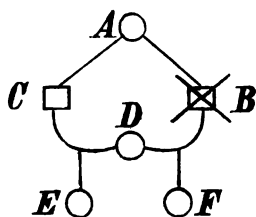
ства обозначаются во взаимной обязанности прямых родственников алиментировать друг друга, прямые и боковые родственники обязаны быть опекунами, они-же наследуют по закону.

Родство дѣлится на простое и сложное или многократное. Сложное бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда счетъ степеней родства ведется не отъ одного, а отъ нѣсколькихъ (двухъ, трехъ и т. д.) родоначальниковъ или по нѣсколькимъ линиямъ. Вотъ, нѣкоторые случаи сложнаго родства, для обозначенія котораго кстати представимъ графическое изображеніе родственныхъ отношеній. (Родственникъ обозначается кружкомъ — ○, родственница — □ или △).



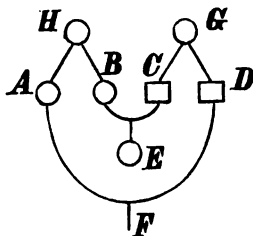
Во первыхъ, сложное родство возникаетъ, когда два боковые родственника (например, двоюродные или троюродные братья и сестры) вступаютъ въ бракъ. Положимъ, E и D суть двоюродные братъ и сестра; они вступаютъ въ бракъ; ихъ дѣти F и G будутъ въ сложномъ родствѣ: 1) во второй степени, какъ родные братъ и сестра, и 2) въ шестой степени (если считать ихъ происхождение отъ родоначальника А).

Во вторыхъ, сложное или многократное родство бываетъ, когда одно и тоже лицо, состоявшее уже разъ въ бракѣ,



другой разъ вступаетъ въ бракъ съ лицомъ, родственномъ умершему супругу. Такъ, D женится сначала на B, а по смерти ея на ея родной сестрѣ С; дѣти ихъ E и F въ сложномъ родствѣ: 1) они суть единокровные (consanguinei) братья; 2) они — двою-

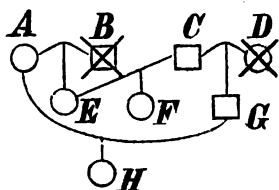
родные братья, если вести происхождение отъ А.



въ третьихъ, въ сложномъ родствѣ состоитъ потомство отъ браковъ съ одной стороны лицъ родственниковъ и съ другой стороны родственниковъ. Вотъ, примѣръ: два родные брата А и В женаты на двухъ родныхъ сестрахъ С и D; ихъ дѣти E и F суть двоюродные братья по двумъ линиямъ: по линіи отца и по

линіи матери.

Въ-четвертыхъ, еще сложнѣе родство при такихъ обстоятельствахъ. Положимъ, въ двухъ неродственныхъ семьяхъ—



у мужа *A* умираетъ жена *B*, у жены *C* умираетъ мужъ *D*; послѣ этого *A* женится на *G*, дочери *C* и *D*, а *C* выходитъ замужъ за *E*, сына *A* и *B*. Дѣти отъ этихъ браковъ *F* и *H* суть вдвойнѣ родственники: въ одно и то же время и племянники и дяди по отношенію другъ къ другу: 1) *H*—сынъ *G*, а *G*—единоутробная сестра *F*, слѣдовательно *H* есть племянникъ *F*; 2) *F*—сынъ *E*, а *E*—единокровный братъ *H*, слѣдовательно *F* есть племянникъ *H*.

Можно еще многообразно варьировать взаимныя отношенія между родственниками, допуская возможныя брачныя сопряженія между ними и производя отъ нихъ потомство. Кромѣ этой комбинаціи, возможно еще возникновеніе сложнаго родства путемъ присоединенія искусственнаго родства (черезъ усыновленіе) къ уже существующему естественному родству. Вотъ, нѣкоторые случаи: 1) дѣдъ, имѣющій выдѣленнаго (эманципированнаго сына), усыновляетъ внука; такимъ образомъ, въ 3-й степени родства по рожденію присоединяется 2-я степень по усыновленію; это есть случай такъ-называемый въ правѣ Юстиніана *adoptio pleba*, (со всѣми послѣдствіями естественнаго родства); 2) дядя усыновляетъ племянника; 3) два родные брата по усыновленію усыновляютъ двухъ родныхъ братьевъ по рожденію; послѣдніе становятся еще двоюродными братьями по усыновленію и т. д.

V) *Вліяніе свойства*. Свойство (*affinitas*) Модестинъ въ fr. 4 § 3 D 38. 10 буквально опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ: свойственники (*affines*) суть родственники мужа и жены, названныя такъ потому, что двѣ родственныя среды, отличныя другъ отъ друга, соединяются посредствомъ брака, и одна среда примыкаетъ къ другой (*altera ad alterius finem accedit*). Изъ даннаго опредѣленія дѣлали слѣдующіе выводы: 1) между самими супругами нѣтъ свойства, какъ и нѣтъ родства, 2) римское право несомнѣнно допускаетъ свойство между однимъ супругомъ и родственниками другого, 3) что касается отношеній между самими родственниками обоихъ супруговъ, то пандектное право въ нихъ не усматриваетъ свойства, но каноническое право знаетъ и тутъ свойство

(двухродное свойство); оно даже признает его между родственниками одного супруга и свойственниками другого (трехродное свойство).

Касательно измѣренія свойства въ дигестахъ имѣются два противорѣчивые фрагменты. Модестинъ говоритъ (4 § 5 D 38. 10): *gradus autem affinitati nulli sunt* — нѣтъ степеней у свойства, а Павель (10 пр. D 38. 10): *iurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet*, т. е. — допускаетъ степени свойства. Противорѣчiе примиряютъ такимъ образомъ: правда, *in abstracto*, не можетъ быть степеней свойства, но, *in concreto*, въ виду юридическаго значенія свойства въ нѣкоторыхъ случаяхъ, оно измѣряется по аналогiи съ родствомъ. Именно, одинъ супругъ полагается въ отношенiи родственниковъ другого въ той же степени свойства, въ какой степени родства приходится другому супругу. Напримеръ, тесть, состоящiй въ отношенiи жены въ 1-й степени родства (ея отецъ), приходится въ 1-й степени свойства касательно мужа; шурина — во 2-й степени свойства, ибо родной братъ жены въ отношенiи ея — во 2-й степени родства и т. д.

Юридическое значенiе свойства было подобно значенiю родства, только не такъ обширно. Оно давало право отказываться отъ свидѣтельствванiя на судѣ (4 D 22. 5) и было, въ самыхъ близкихъ степеняхъ, однимъ изъ препятствiй заключенiя брака. Мачеха не могла выйти замужъ за пасынка, вотчимъ не могъ жениться на падчерицѣ и т. д.¹⁾

Прекращается свойство вмѣстѣ съ прекращенiемъ или признанiемъ брака недѣйствительнымъ; послѣ брака свойства какъ-бы не существовало. Это не то, что родство; послѣднее не только при жизни, но и по смерти даетъ себя знать (при наслѣдованiи).

VI) *Различiе по законности рожденiя*. Незаконность ограничиваетъ въ семейныхъ и наслѣдственныхъ правахъ²⁾. *Mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant* — мать

¹⁾ Вотъ, ближайшiе свойственники по прямой линiи (въ родѣ того, какъ считается родство по прямой линiи): *socer, socrus* (теща), *gener, nurus* (невестка), *privignus*, а (пасынокъ, падчерица), *vitricus* (вотчимъ), *poverca* (мачеха).

²⁾ *Запурскiй*, ученiе о законно и незаконнорожденности по римскому праву. Записки Харьковскаго университета. 1883.

всегда известна, а отцомъ презюмируется мужъ матери. Эта презумпція требуетъ 2 признаковь: наличности *законнаго* брака и *зачатія* во время брака. Второй признакъ беретъ въ расчетъ положеніе патріарха медиковъ Глиппократа, согласно которому утробная жизнь длится не менѣе 181 и не болѣе 300 дней. Такимъ образомъ опредѣляется моментъ зачатія. И для оспариванія законнорожденности необходимо удостовѣрить, что мужъ, въ періодъ зачатія, въ немъ не участвовалъ (*cum uxore non concubuisse*—6 D 1. 6) вслѣдствіе полового безсилія, своего отсутствія, или по другой причинѣ (*maritum abfuisse,—infirmirate interveniente vel alia causa*). Во избѣжаніе легкомысленной ошибки, которая тяжело можетъ отозваться на состояніи ребенка, не предрѣшаетъ незаконности ни собственное признаніе матери (29 § 1 D 22. 3), ни прелюбодѣаніе ея (11 § 8 D 48. 5: *non utique crimen adulterii, quod mulieri obiciatur, infanti praeiudicat*).

Между незаконными дѣтьми (*illegitimi*) были слѣдующія группы ихъ:

1) *liberi naturales*—прижитые въ конкубинатѣ; у нихъ лучшее положеніе сравнительно со всѣми прочими незаконными дѣтьми, такъ какъ законъ признаетъ ихъ отношеніе къ отцу, на котораго налагаетъ обязанность ихъ алиментировать; они наследуютъ въ одной шестой доли—за неимѣніемъ законныхъ дѣтей; ихъ можно узаконять;

2) *adulterini*—отъ жены, измѣнившей мужу; только жена, а не мужъ, могла быть *adultera*; измѣна мужа въ вину не ставится;

3) *incestuosi*—отъ кровосмѣшенія, отъ запрещеннаго брака близкой степени родства (*incestum, nefariae atque incestae nuptiae*);

4) *spurii, vulgo concepti* (*quaesiti*)—отъ внѣбрачнаго сожителства съ незамужней женщиной.

Послѣ представленнаго обзора главнѣйшихъ уклоненій отъ общей правоспособности намъ надлежитъ, въ заключеніе ученія о природной правоспособности, сказать о прекращеніи ея.

Г) *Прекращеніе правоспособности*. Какъ природная правоспособность появляется съ возникновеніемъ чловѣка, такъ она и прекращается вмѣстѣ съ уничтоженіемъ его. Кромѣ физическаго прекращенія личности возможно юридическое уничтоженіе ея, при потерѣ главнѣйшаго состоянія (*status*), свободы;

утрата другихъ состояній, равно какъ и лишеніе гражданской чести, влекутъ значительныя умаленія правоспособности. Мы рассмотримъ три группы случаевъ лишенія правоспособности: I) уничтоженіе личности, II) потеря одного изъ трехъ состояній, извѣстная подъ именемъ *capitis deminutio*, III) лишеніе чести, этого четвертаго *status* лица.

I) *Уничтоженіе личности*. Въ виду важнаго значенія смерти тѣхъ лицъ, права которыхъ (въ особенности, конечно, право наследованія) опираются на факты смерти, этимъ лицамъ надлежитъ доказать наступленіе смерти даннаго лица. При этомъ берется во вниманіе истинный моментъ смерти. Изъ этого общаго положенія было лишь одно исключеніе: для умершаго въ плѣну смерть относилась, по закону Корнелія, къ моменту его плѣненія; именно, тутъ дѣйствовала *fictio ex lege Cornelia*, согласно которой плѣнный, рассматриваемый рабомъ въ другомъ государствѣ и съ точки зрѣнія римлянъ, признавался какъ-бы умершимъ при плѣненіи, еще какъ-бы будучи *civis romanus*, почему послѣ смерти его открывалось наследованіе по завѣщанію (если оно было составлено) или по закону.

Любопытенъ вопросъ объ отношеніи смертей, такъ называемыхъ *commorientes*, совмѣстно умирающихъ отъ одной и той же причины, напр., во время кораблекрушенія, эпидеміи. Спрашивается, кто изъ нихъ умеръ раньше другого? Очевидно, отъ рѣшенія этого вопроса зависитъ постановка наследованія, судьба даренія и т. под. Обыкновенно дѣйствовала общая презумпція одновременной смерти (18 pr. D 34. 5: *in quibus casibus, si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse*). Но кромѣ общей была и особая презумпція по вопросу о совмѣстной гибели восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ: предполагалось, что нисходящій *impubes* погибаетъ раньше восходящаго (такъ какъ у него меньше тѣлесной силы противостоять гибели), а нисходящій *pubes* переживаетъ его. Конечно, эта презумпція, какъ и всякая другая, могла быть опровергнута безспорными доказательствами (напр., показаніями очевидцевъ предшествующей смерти совершеннолѣтняго нисходящаго ¹⁾).

¹⁾ Кромѣ того, изъ этой особой презумпціи въ двухъ случаяхъ полагались исключенія (лучше сказать, въ двухъ случаяхъ особая презумпція была не-

По вопросу о *безвѣстномъ отсутствіи* у римлянъ не было общеруководящаго правила ¹⁾. Безвѣстное отсутствіе бываетъ тогда, когда относительно человѣка неизвѣстно, гдѣ онъ, да живъ-ли онъ (*ut ignoretur, ubi sit et an sit, 10 D 23. 2*). И вотъ, смерть безвѣстно-пропавшаго по римскому праву должна была быть доказываема каждый разъ; какой-либо общеруководящей презумпціи не существовало. О доказываніи смерти такого лица говорится въ *fr. 2 § 4 D 29. 4*: преторъ долженъ произвести изслѣдованіе (*causae cognitio*) о томъ, живъ-ли завѣщатель, если является сомнѣніе въ существованіи его. Только въ одномъ мѣстѣ (*fr. 10 D 23.2*), по вопросу о согласіи безъ вѣсти пропавшаго отца на бракъ дѣтей, юристы установили трехлѣтнюю выжидательную давность, по истеченіи которой дѣти вступаютъ въ бракъ безъ согласія ²⁾. Не довольствуясь этими скудными прямыми постановленіями римскаго права, юристы, частью при помощи аналогіи права (см. выше, стр. 27), т. е. сравнивая аналогичныя постановленія римскаго права при другихъ обстоятельствахъ, а частью и по неримскимъ источникамъ, создали двѣ системы постановленій относительно смерти (*Todeserklärung*) безвѣстно-отсутствующихъ: первая можетъ быть названа системой предѣльнаго возраста, вторая — системой выжидательной (послѣявочной) давности.

1) Система *предѣльнаго возраста* состоитъ въ томъ, что безъ вѣсти отсутствующій полагается болѣе не существующимъ, если ему исполняется столько-то лѣтъ. Еще глоссаторы предѣльный возрастъ въ 100 лѣтъ выводили изъ римскаго права такимъ образомъ: а) изъ того, что преторъ (*10 § 4 D 29. 2*) отказываетъ въ просьбѣ осмотрѣть завѣща-

дѣйствительна): 1) въ интересахъ наслѣдованія патрона — либертъ и совершеннотѣтній сынъ его полагаются, согласно общей презумпціи, одновременно погибшими, почему имущество либерта, какъ неимѣющаго близкаго наслѣдника, идетъ патрону; 2) когда въ завѣщаніи назначенъ фидеикоммиссъ всего наслѣдства подъ условіемъ, если наслѣдникъ умретъ бездѣтнымъ, — то въ случаѣ смерти отъ общей опасности наслѣдникъ и его сынъ считаются одновременно умершими, почему фидеикоммиссъ вступаетъ въ силу.

¹⁾ *Bruno*, die Verschollenheit. Bekker's Jahrbuch, Bd. I.

²⁾ *Fr. 10 D 23. 2: si ita pater absit, ut ignoretur, ubi sit et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur. Et si triennium effluxerit, postquam apertissime pater fuerit ignotus, ubi degit, et an superstes sit, non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere.*

тельный актъ, если по изслѣдованіи обстоятельствъ дѣла выяснится, что завѣщатель живъ („si liquerit, eum vivere“), — глоссаторы дѣлали такое заключеніе: *nonne quilibet praesumitur vivere usque ad centum annos, nisi probetur mortuus*; б) аналогію находили въ установленіи 100-лѣтняго срока (fr. 56 D 7. 1, 8 D 33. 2) для узурфрукта муниципій, этихъ постоянныхъ субъектовъ права (*et placuit, centum annos tuendos esse municipipes, quia is finis vitae longuaevis hominis est*). Но юристы-практики въ Германіи установили предѣльный возрастъ въ 70 лѣтъ, опираясь на стихи (9 — 10) 90-го псалма. („дней нашихъ семьдесятъ лѣтъ“).

2) Система *послѣдственной давности* заключается въ томъ, что о долговременномъ отсутствіи дѣлается заявленіе въ судѣ, и если со времени этого заявленія истекаетъ установленная давность (гдѣ—30, гдѣ—10, въ Россіи—5 и 10 лѣтъ), наступаютъ тѣ-же юридическія послѣдствія, какъ и по смерти безвѣстно-отсутствующаго (въ Германіи происходитъ объявленіе лицъ умершими, *Todeserklangung*). Мы видѣли, что нѣчто-подобное знало римское право въ одномъ только случаѣ по вопросу о согласіи отца на бракъ дѣтей ¹⁾.

II) *Capitis deminutio* ²⁾ буквально означаетъ *уменьшеніе правоспособности* (*caput*). Во многихъ случаяхъ, къ которымъ прилагается настоящій терминъ, на самомъ дѣлѣ имѣется только уменьшеніе правоспособности, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ происходитъ даже полная утрата ея (въ случаѣ потери свободы). Несоответствіе термина въ случаяхъ второго рода объясняется, какъ мы увидимъ, тѣмъ, что сначала, по всей вѣроятности, настоящій терминъ прилагался въ случаяхъ перваго рода и впоследствии ужъ былъ распространенъ на случаи второго рода. Всѣ эти случаи сгруппированы римскими классиками въ три категоріи соответственно тремъ

¹⁾ Кстати сказать, римляне такими цифрами опредѣляли живучесть людей (въ fr. 68 D 35. 2—при вычисленіи размѣровъ алиментовъ, выдаваемыхъ наследникомъ—съ цѣлю опредѣлить *quarta Falcidia*, известную намъ изъ исторіи р. пр.,—стр. 408): I) кому менѣе 30 лѣтъ предполагается—живущимъ еще 30 лѣтъ, кому болѣе 30 лѣтъ—предполагается живущимъ до 60 л. безъ числа прожитыхъ лѣтъ; II) была еще болѣе дробная продолжительность жизни: недостигшіи 20 л. живутъ еще 30 л., кому 20—25 л., живутъ 28, кому 25—30,—25, кому 30—35,—20 и т. д., кому 60,—5 лѣтъ.

²⁾ *Scheurl*, Beitrage z. Bearbeitung d. rom. R., 1853, Cd II. *Cohn*, Beitrage etc, 2 Heft.

главнымъ поражаемымъ status (libertas, civitas, familia), этимъ условіямъ нормальной правоспособности. Именно, понимая подъ capitis minutio status permutatio (fr. 1 D 4. 5), классики называютъ три категоріи измѣненія status: capitis deminutio maxima, media, minima.

I) Capitis deminutio *maxima* поражаетъ status libertatis, съ которымъ вмѣстѣ связаны, очевидно, civitas и familia. Человѣкъ тутъ все теряетъ (omnia haec amittimus, fr. 11 D 4. 5), становится рабомъ, вещью. Она постигаетъ гражданина, во-первыхъ, когда онъ попадаетъ въ плѣнъ. Мы говорили ужъ о томъ, что военноплѣнный—рабъ въ государствѣ его полонившемъ, ровно какъ и съ точки зрѣнія римлянъ. Но если плѣнному удавалось бѣжать въ отечество, то къ нему примѣнялась фикція (извѣстная подъ названіемъ ius postliminii), согласно которой онъ разсматривался какъ-бы никогда не бывшимъ въ плѣну; а умершій въ плѣну, что намъ тоже извѣстно, въ силу другой фикціи (fictio ex lege Cornelia): initio captivitatis decessisse videtur. Во-вторыхъ, capitis deminutio maxima подвергаются, въ видѣ наказанія, тяжкій преступникъ, приговоренный къ растерзанію звѣрами или вольноотпущенникъ, теряющій свободу за неблагодарность къ патрону (propter ingratitude). 1.

II) Capitis deminutio *media* (также *minor*) поражаетъ второй status, civitas; значить, она есть потеря гражданства съ сохраненіемъ свободы (11 D 4. 5: quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem). Она наступаетъ въ двухъ случаяхъ: 1) когда человѣкъ добровольно мѣняетъ гражданство, становясь подданнымъ другого государства; 2) въ видѣ наказанія теряютъ гражданство: подвергшіеся aquae et ignis interdictio (высланные изъ Рима), ссыльные (deportati in insulam vel oasim ¹⁾), каторжники (осужденные ad metallum). — Юридическія послѣдствія cap. dem. media заключались въ утратѣ всѣхъ гражданскихъ правъ, въ превращеніи civis въ peregrinus. Такимъ образомъ, гражданское право собственности, гражданскій бракъ превращались въ собственность ex iure gentium, въ бракъ ex iure gentium. 2.

¹⁾ Былъ родъ ссылки и безъ потери гражданства. Такая ссылка называлась *relegatio*; она была in perpetuum или на срокъ. Br fr 18 D 48. 22: relegatus *integrum suum statum retinet*.

III) *Capitis deminutio minima* ²⁾ направляется на третій status лица, его familia; она есть потеря familia съ сохраненіемъ libertas и civitas (11 D 4. 5: quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat). Въ этомъ третьемъ случаѣ «умаленія правоспособности» теряется одно семейное положеніе. Но развѣ всегда, вслѣдствіе этого, страдаетъ правоспособность? Напримѣръ, подвластный совершеннолѣтній сынъ, выходя изъ родительской семьи, приобретаетъ неограниченную правоспособность. Въ чемъ-же тутъ уменьшеніе (minutio) правоспособности? Въ виду спорнаго пониманія capitis deminutio minima въ литературѣ, поближе рассмотримъ слѣдующіе вопросы: 1) случаи capitis deminutio minima, 2) юридическія послѣдствія ея, 3) ея опредѣленіе у современныхъ писателей.

1) Всего было три рода случаевъ, влекущихъ за собою capitis deminutio minima, въ случаяхъ перваго рода homo sui iuris превращался въ homo alieni iuris, въ случаяхъ втораго рода homo alieni iuris мѣнялъ семью, изъ подъ одной семейной власти поступалъ подъ другую, въ случаяхъ третьаго рода homo alieni iuris превращался въ homo sui iuris.

а) Превращеніе самостоятельнаго человѣка въ семейно-подвластнаго происходило въ трехъ случаяхъ: α) при усыновленіи независимаго человѣка (называемомъ *arrogatio*), β) при узаконеніи (*legitimatio*) своихъ дѣтей, поступавшихъ подъ patria potestas. Узаконеніе возможно было совершать, какъ то извѣстно изъ исторіи, въ отношеніи потомства отъ конкубината (*liberi naturales*) и въ случаѣ *ergo* probatio (лекціи исторіи, стр. 299), доказыванія ошибки супруговъ касательно взаимнаго status, когда дѣти, неповинные въ ошибкахъ родителей, становились *legitimi*; γ) при выходѣ независимой женщины въ замужество (*conventio in manum mariti*).

б) Замѣна одного семейнаго господства другимъ имѣла мѣсто при такихъ обстоятельствахъ: α) при усыновленіи подвластнаго человѣка (*adoptio*); β) при выходѣ подвластной дочери въ замужество; γ) при продажѣ подвластнаго сына въ кабалу (*mancipium*); δ) при *arrogatio* семейнаго homo sui

²⁾ Krüger, Geschichte der. cap. deminutio minima, Bd. I, 1887

iuris, когда всё его домоладцы, бывшіе ему подвластными, поступали подъ другую власть усыновителя ¹⁾).

в) Превращеніе изъ подвластнаго въ полновластнаго (sui iuris) бывало при освобожденіи изъ-подъ власти отца (eman- cipatio), изъ-подъ власти мужа и по выходѣ изъ кабалы (manumissio ex mancipio). Въ этихъ случаяхъ римскіе юристы допускали capitis deminutio на томъ основаніи, что передъ освобожденіемъ подвластный проходилъ какъ-бы чрезъ рабское состояніе (imaginaria servilis causa ²⁾). Въ самомъ дѣлѣ, eman- cipatio, совершаемая, согласно закону XII таблицъ, при по- средствѣ троекратной mancipatio, требовала троекратнаго ми- молетнаго пребыванія in mancipio, а пребывавшій in mancipio считался servi loco (курсъ исторіи, стр. 193). И совершенно послѣдовательно тогда, когда не случалось пребыванія in man- cipio, — напริมѣръ, при освобожденіи отъ patria potestas вслѣд- ствіе смерти отца, — не бывала capitis deminutio minima. На томъ-же основаніи ея не было, когда дѣти становились свѣ- бодными отъ власти домовладыки, будучи избраны въ жрецы (flamen, virgo vestalis).

Главныя послѣдствія capitis deminutio minima нами уже указаны: въ большинствѣ случаевъ переходъ на подвластное положеніе, во всѣхъ-же случаяхъ разрывъ съ прежней, кров- ной семьей, вслѣдствіе чего по отношенію послѣдней въ ци- вильную эпоху не возможно было и наслѣдованіе. Точно также въ цивильный періодъ все имущество отъ capite minutus пере- ходило въ собственность его домовладыки, но ко времени Юстиніана послѣдній получалъ только право пользованія. Кромѣ того, до Юстиніана capitis minutio разрушала тѣ иму- щественныя отношенія, которыя требовали самостоятельности субъекта (личные сервитуты — usufructus и usus, товарище- ство). Что-же касается обязательствъ, то отвѣтственность за правонарушенія оставалась въ силѣ (2 § 3 D 4. 5: nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit); но договорныя обя- зательства, строго говоря, значительно ослаблялись. Именно, кредиторы теряли право иска противъ должниковъ, capite

¹⁾ Fr. 3 pr. D 4. 5: liberos qui in arrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sint, et quum mutaverint familiam.

²⁾ Fr. 3 § 1 D 4. 5: emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, quum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.

minuti; но если сами должники уплачивали долгъ, то не могли требовать его обратно. Другими словами, послѣ *capitis minutio* оставалось въ силѣ безъисковое обязательство, называемое *obligatio naturalis* (2 § 2 D 4. 5: *hi qui capite minuuntur, ex his causis, quaerit capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter*). Однако преторъ пришелъ на помощь кредиторамъ и по вопросу объ исковыхъ претензіяхъ противъ *capite minuti*; онъ допустилъ *in integrum restitutio* (какъ-будто и не было *cap. deminutio* ¹⁾).—Если все это такъ, если такъ незначительно было при Юстиніанѣ на самомъ дѣлѣ уменьшеніе правоспособности при переходѣ на положеніе подвластное, то спрашивается, почему-же называется также «умаленіемъ правоспособности» превращеніе *homo alieni iuris* въ *homo sui iuris*?

3) Въ литературѣ по этому поводу существуетъ слѣдующая контрoверза. Одни писатели (*Savigny, System d. heutigen röm. R.*, § 64 и слѣд.) разумѣютъ подъ *cap. deminutio* абсолютное уменьшеніе *caput*; другіе (*Vangerow, Pandecten*, § 34) понимаютъ подъ нею относительное умаленіе; третьи сближаютъ различные случаи историческимъ путемъ.

Савиньи, подчеркивая букввальное значеніе *deminutio*, опредѣлялъ ее, какъ переходъ изъ лучшаго положенія въ худшее; сюда принадлежатъ *arrogatio*, *legitimatio*, *conventio in manum*, поступленіе *in mancipium*. Съ точки зрѣнія Савиньи, не суть *capitis deminutiones* случаи перехода изъ одной семьи въ другую (*adoptio*, замужество подвластной дочери и др.). Если-же юристы причисляли къ *cap. deminutio* случаи третьяго рода (превращеніе въ *homo sui iuris*), то это лишь по формальному основанію: пребыванію въ фактивномъ рабствѣ во время трехъ манципцій.

Вангеровъ, въ виду того, что объясненіе Савиньи не обнимаетъ всѣхъ случаевъ, держится опредѣленія юристовъ *capitis minutio est status permutatio* (1 D 4. 5). Всюду, во всѣхъ случаяхъ, происходитъ измѣненіе (*mutatio*) въ семейномъ положеніи. Что-же касается ухудшенія правоспособности, то оно должно быть понимаемо, по Вангерову, относительно, въ смыслѣ потери права въ прежней семьѣ. При *capitis de-*

¹⁾ Fr. 2 § 1 D 4. 5: *Ait praetor: qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumque sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo.*

minutio media, говоритъ Вангерозъ, человекъ, теряющій римское гражданство, можетъ быть, приобретаетъ болѣе выгодное положеніе въ другомъ государствѣ. И тѣмъ не менѣе онъ считается умаленнымъ въ правоспособности. Такъ, и при deminutio minima ухудшеніе состоитъ въ утратѣ прежней семьи.— Но это, конечно, не такъ: не ухудшеніе, а прямое улучшеніе правоспособности имѣется при превращеніи въ homo sui iuris. Какъ-же тутъ быть?

Дѣло въ томъ, что настоящій институтъ есть произведеніе отдаленной римской земледѣльческой эпохи, потерявшее свое буквальное, начальное значеніе не только во времени Юстиніана, но гораздо раньше, уже въ эпоху классическихъ юристовъ. Въ эпоху строго-формальнаго права, опирающагося на букву закона, въ эпоху буквального судопроизводства (legis actiones), capitis deminutio или minutio имѣло вѣроятно, одно значеніе „уменьшенія“ правоспособности. Сюда и подходили, какъ вѣрно отмѣтилъ Мах Сohn (Beiträge etc., II), случаи поступленія полновластнаго подъ господство домовладыки. Но во времени Августа сначала неюридическая, а за ней и юридическая литература, стали употреблять данный терминъ уже не въ начальномъ значеніи, а примѣнительно ко всевозможнымъ случаямъ измѣненія трехъ status. И вотъ, тогда значеніе cap. deminutio было черезчуръ расширено: а) въ смыслѣ не только уменьшенія, но и *полной потери* правоспособности (cap. demin. maxima и media) и б) въ смыслѣ какой-бы то ни было *перемѣны* (mutatio) въ семейномъ положеніи (хотя-бы и къ лучшему—при эманципаціи).

Кромѣ трехъ status, еще гражданская честь, мы видѣли, составляетъ status гражданина. Лишеніе ея, безчестіе, ограничиваетъ правоспособность.

III) *Безчестіе* ¹⁾. Вполнѣ правоспособный человекъ обладаетъ гражданскою честью, т. е. признаемъ со стороны общества и согражданъ въ немъ способности къ законодѣрнымъ дѣйствіямъ. Честь есть великое благо, которое ставится рядомъ съ жизнью и свободой гражданина; на этомъ основаніи оно также ревниво оберегается закономъ. Это видно изъ того, что всякій уголовный кодексъ знаетъ содержательную рубрику преступленій противъ чести. Но законъ, щедро предоставляющій блага свои честному человеку, съ другою

¹⁾ Нерр, de la note d'infamie, 1862.

стороны, отнимаетъ эти блага, отнимая честь у гражданина. Какія-же законныя видоизмѣненія совершаются съ гражданской честью? По этому поводу обратимся къ римскому опредѣленію. Оно гласитъ (fr. 5 § 1 D 50. 13): *existimatio est dignitatis illae sae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur*. Изъ этого опредѣленія явствуетъ, что гражданская честь иногда отнимается (*consumitur*), иногда умаляется (*minuitur*). *Лишеніе чести* (*consumptio existimationis*) не есть какой-либо самостоятельный актъ; это — явленіе, сопутствующее потерѣ гражданства: кто подвергается *capitis deminutio media*, тотъ теряетъ и гражданскую честь, ибо перестаетъ быть *civis*. Само собою понятно, что и *capitis deminutio maxima* влечетъ утрату чести; но *capitis deminutio minima*, не касающаяся *civitas* лица, не имѣетъ вліянія на честь гражданина. Напротивъ того, *умаленіе чести* (*minutio existimationis*), составляетъ явленіе съ особыми юридическими послѣдствіями, ограничивающими правоспособность. Оно называется *infamia* (безчестіе).

Прежде всего, въ зависимости отъ того, кто поражаетъ честь — одно общественное мнѣніе, или самъ законъ, — различается фактическое и юридическое безчестіе (*infamia facti*, *infamia iuris*).

1) *Infamia facti* (или *levis nota*, *turpitudō*) обнимаетъ тѣ случаи, когда о человѣкѣ ходитъ дурная слава въ обществѣ; напр., какъ о непойманномъ ворѣ, о человѣкѣ безнравственной жизни (*persona turpis*) и т. д. Послѣдствія дурной молвы могутъ отразиться только при обстоятельствахъ, составляющихъ предметъ свободнаго обсужденія судьи или магистрата: при обсужденіи свидѣтельскихъ показаній, при назначеніи въ опекуны (устраняется отъ опеки лицо нравственно-подозрительное, *suspectus*), по вопросу о лишеніи наслѣдства и т. под. ¹⁾.

2) *Infamia iuris* — безчестіе, налагаемое закономъ. Иногда законъ прямо опредѣляетъ, за какой образъ жизни, за какіе поступки граждане непосредственно, т. е. безъ посредства судебной власти, признаются *infames*. Одна наличность упомянутыхъ въ законѣ обстоятельствъ, безъ разсмотрѣнія ихъ на

¹⁾ Еще къ *personae turpes* подходили нѣкоторые лица по своимъ занятіямъ (*personae viliores* — низшаго разряда), напр., — трактирщики (*caupones*), доносчики (на таможенной службѣ, *stationarii*) и др.

судѣ, влечетъ infamia. Иногда же законъ, указывая дѣянія, позорящія честь гражданина, представляетъ судебной власти наложить infamia. Въ первой группѣ случаевъ имѣемъ дѣло съ такъ называемой въ литературѣ infamia immediata, во второй—infamia mediata (этихъ терминовъ нѣтъ въ источникахъ).

Infamia immediata (notantur qui fecerint) слѣдовала въ Римѣ за обстоятельствами такого рода, какъ проституція, ростовщичество, сценическое искусство, позорная отставка солдата, объявленная несостоятельность должника, второе замужество вдовы до истеченія траурнаго года, женитьба опекуна или сына его на опекаемой до сдачи опеки и за нѣкоторыми другими.

Infamia mediata—по судебному приговору (notantur qui damnati sunt) налагалась при слѣдующихъ обстоятельствахъ: а) по приговору за публичныя преступленія (*crimina publica*), особенно за государственную измѣну, когда infamia переходила на дѣтей преступника; въ этомъ случаѣ безчестіе сопутствовало наказанію ¹⁾; б) по приговору за *delicta privata*; куда относится: *furtum* (кража), *rapina* (грабежъ), *dolus* (обманъ) и *iniuria* (обида); в) въ случаѣ нарушенія нѣкоторыхъ договоровъ. Эти договоры, влекущія infamia, назывались *contractus famosi*. Всего было четыре позорящихъ контракта: договоръ порученія—*mandatum*, товарищество—*societas*, поклажа—*depositum* и опека (*tutela*), представляемая какъ *quasi—contractus* между опекуномъ и опекаемымъ. Въ этихъ четырехъ договорахъ особенно подчеркивалось римлянами довѣріе одного контрагента къ другому, почему и прибавлялось къ общей отвѣтственности за неисполненіе договоровъ дополнительное взысканіе въ видѣ infamia ²⁾.

3) *Postulamenta* безчестія выражались въ потерѣ публичныхъ правъ (*ius suffragii* и *ius honorum*) и въ ограниченіи гражданскихъ правъ. Ограниченія гражданскія касались: а) су-

¹⁾ Подъ *crimina publica* разумѣются тутъ преступныя дѣянія, которыя предусматривали законы народныхъ собраній конца республики: *leges* объ убійствѣ (*de paricidiis*), отравленіи (*de veneficis et sicariis*), насиліи, о подлогѣ (*de falsis*) и т. д. О нихъ рѣчь въ 48 книгѣ *digesta*.

²⁾ Большинство случаевъ, влекущихъ infamia, перечисляются въ пространномъ преторскомъ эдиктѣ, подлинный текстъ котораго приведенъ въ fr. 1 D 2, 3: *infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa—dimissus erit; qui artis ludicae pronuntiandive causa in scaenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui furti,—iniuriarum,—pro socio, tutelae, mandati, depositi—damnatus erit; etc.*

дебнаго ходатайства (*ius postulandi*), б) право свидѣтельство-вать (отсутствіе этого права называется *intestabilitas*) и в) на-значенія *infamis* наслѣдникомъ.

а) Больше всего послѣдствій безчестія излагается въ томъ мѣстѣ дигестъ (въ 3-й книгѣ), гдѣ говорится о правѣ ходатайствовать на судѣ за другихъ (*postulare pro aliis*): вчинать за нихъ иски, защищать ихъ и т. д. Вотъ, лица, отмѣченныя безчестными (*qui notantur infamia*), и объявлялись не-заслуживающими довѣрія быть представителями другихъ въ судебныхъ дѣлахъ. Казалось-бы, такое ограниченіе имѣетъ одно спеціальное значеніе для ходатаевъ по судебнымъ дѣламъ, но на самомъ дѣлѣ оно нерѣдко отражалось на правахъ всѣхъ гражданъ. И вотъ почему: подъ видомъ ходатайства за другихъ происходила зачастую защита собственныхъ интересовъ въ обширной области обязательственнаго права. Дѣло въ томъ, что по общему правилу у римлянъ не дозволялось передавать требованія по обязательствамъ. Такъ, вѣритель по договору займа и тому подобные кредиторы, строго говоря, не могли передавать требованія на своихъ должниковъ третьимъ лицамъ, такъ какъ обязательство считалось строго-личнымъ отношеніемъ между даннымъ кредиторомъ и даннымъ должникомъ. Но въ жизни римской такія передачи были, какъ и теперь, зауряднымъ явленіемъ. И вотъ, чтобъ облечь ихъ юридическими послѣдствіями, т. е. чтобъ дать новому кредитору, получившему по передачѣ (*cessio obligationis*) долгового требованія, право на того-же самаго должника, новый кредиторъ разсматривался какъ представитель (*procurator*) по первоначальному (не переданному) обязательству. Очевидно, съ отнятіемъ права ходатайства у *infames* отнималась обширная сфера собственныхъ юридическихъ дѣйствій. При Юстиніанѣ, однако, настоящее ограниченіе было снято съ *infames*.

б) Объявленіе лишеннаго чести *intestabilis* было очень серьезнымъ лишеніемъ. *Intestabilis* считался не только негоднымъ къ свидѣтельствуванію *solemnitatis causa* (напр., при манципаціи), но и вообще не имѣющимъ права приглашать свидѣтелей въ собственныхъ юридическихъ актахъ; если-же это запрещеніе обходилось, то акты, въ которыхъ участвовалъ *intestabilis*, считались ничтожными. *Intestabilitas* упоминается въ XII таблицахъ и въ уголовныхъ законахъ, ка-рающихъ публичныя преступленія. Въ эпоху Юстиніана ея

болѣе не существуетъ въ прежнемъ видѣ, кромѣ одного случая, въ видѣ наказанія за пасквиль. Что-же касается свидѣтельскихъ показаній *infamnis*, то они обсуждаются судьей въ отдѣльныхъ случаяхъ.

в) У *infamnis*, назначеннаго наслѣдникомъ, отнималось братьями и сестрами наслѣдователя право наслѣдовать. Братья и сестры наслѣдователя, которымъ не оставлено законныхъ долей изъ наслѣдства, имѣли право (посредствомъ *querela inofficiosi testamenti*) просить о признаніи завѣщанія недействительнымъ, ссылаясь на *infamia* назначеннаго наслѣдника.

Разъ постигшая кого-либо *infamia* тяготѣла на немъ всю жизнь. Снятие ея допускалось тою-же самой властью, которая налагала безчестіе. Римскіе преторы, сенать или императоры имѣли право произвести *resstitutio famae*, возстановленіе гражданской чести лица¹⁾.

Все ученіе объ *infamia*, поражающей національное достоинство—честь гражданина, представляется произведеніемъ римскаго національнаго гевія. Уже во времени Юстиніана, два главныя послѣдствія безчестія, какъ мы видѣли, были сведены почти на нѣтъ. Поэтому, и въ тѣхъ странахъ, гдѣ было рецепировано римское право, помянутыя положенія объ *infamia* теперь не примѣняются²⁾.

Разсмотрѣнными вопросами о прекращеніи правоспособности заканчиваемъ первый большой отдѣлъ о природной правоспособности. Далѣе, переходимъ къ ученію о производной правоспособности.

§ III Отдѣлъ второй. Производная правоспособность.

Гражданская правоспособность (*persona, caput*) оберегаетъ способность человѣка вести себя другомъ гражданскаго общенія, согласно его требованіямъ. По этимъ требованіямъ, т. е. по гражданскимъ нормамъ познается начало, всѣ условія, уклоненіе и прекращеніе правоспособности. Такъ, нормы

¹⁾ Интересно отношеніе лишенія чести, этого дополнительнаго возмездія, къ главному наказанію, которому оно сопутствуетъ: когда преступникъ подвергается болѣе тяжкому наказанію, чѣмъ то слѣдуетъ по закону, напр. ссылькѣ вмѣсто денежнаго штрафа, то какъ-бы въ зачетъ излишней суровости, у него не отнимается честь (*poena gravior existimationem conservat*, 13 § 7 D 3. 2); по прощеніи преступленія не спинаетъ съ преступника *infamia* (3 C. 9. 43).

²⁾ Ср. Баронъ, система § 27.

любого культурнаго общества въ настоящее время прежде всего провозглашаютъ правоспособность, какъ достойнiе всякаго человѣка отъ самой природы; таковую и можно называть природной правоспособностью. Но, вотъ, нормы права верѣдко говорятъ еще о правоспособности, отрѣшенной отъ природнаго обладателя ея. Напримѣръ, римскiе юристы ведутъ рѣчь о *persona defuncti*, преторъ (онъ-же *agrimensor*) *Frontinus* упоминаетъ о *persona coloniae* (въ сочиненiи *de controversia agrorum*, II, 20—24). Такимъ образомъ, оказывается также правоспособнымъ по смерти человѣка его наслѣдство, пока его не приобрѣтаетъ наслѣдникъ, правоспособна и колонiя, эта административная единица римскаго государства. Тутъ, въ этихъ примѣрахъ, очевидно имѣется не первоначальная *persona singularis*, созданная самой природой, а правоспособность воспроизведенная юристами посредствомъ отдѣленiя отъ ея природнаго субъекта, имѣется, можно сказать, производная способность. Въ нашемъ столѣтiи принято называть субъекта производной правоспособности технически *юридическимъ лицомъ*, какъ созданнаго юридическими нормами¹⁾.

Въ римскомъ правѣ не находится общепринятаго термина для субъектовъ производной правоспособности. Они зачастую называются: *universitates* (4-й титулъ 3-й книги *дигестъ*: *quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur*), *collegium* или *corpus* (22-й титулъ 47-й книги: *de collegiis et corporibus*). До нашего вѣка иногда называли ихъ какъ отвлеченныя существа, моральными или *нравственными* лицами; противъ этого названiя *Савини* остроумно замѣтилъ, что въ такомъ случаѣ надо было-бы не-юридическихъ лицъ именовать не-нравственными. Иныя употребляютъ еще названiе: *мистическiя* лица, хотя въ нихъ ничего нѣтъ мистическаго. Также неудачно наименованiе *фуктивныхъ* лица; оно по русски значило-бы: вымышленныя лица, но они на самомъ дѣлѣ существуютъ, значить, не вымышлены. Точно также выраженiе: нечеловѣческiя, представляемая въ умѣ лица — громоздко и въ качествѣ термина, негодно, да и какъ описанiе, нехарактерно. Кромѣ того, были попытки ввести въ употребленiе: безтѣлесную волю (*unleiblicher Willen*), цѣлевое имущество

Суворовъ, объ юридическихъ лицахъ по римскому праву, 1892. *Zitelmann*. Begriff und Wesen d. sogenannten jurist. Personen, 1873. *Gierke*, die Genossenschaftstheorie etc, 1887. Savigny, II. § 85 ff).

(Zweckvermögen) и т. п. Предъ ними всѣми выдерживаетъ полную критику терминъ, освѣщенный Савиньи: эпитетъ юридическій указываетъ на творца (юриспруденція, юридическія нормы) представителя производной правоспособности, а „лицо“ остается въ значеніи агента, субъекта правъ. Дальнѣйшія поясненія будутъ сдѣланы при разсмотрѣніи конструкции юридическихъ лицъ.

А) *Развитіе юридическихъ лицъ у римлянъ.* Образование ихъ относится ко времени классическихъ юристовъ. Если же и до этого времени имѣется въ гражданскомъ оборотѣ сильный многочисленный союзъ гражданъ—само государство, то оно занимаетъ исключительное положеніе; оно стоитъ выше юридическихъ нормъ, дарующихъ правоспособность, представляя собою самый источникъ этихъ нормъ. А въ послѣдствіи и государство въ гражданскомъ оборотѣ низводится юристами до степени нормальной правоспособности. И вотъ, въ развитіи юридическихъ лицъ можно отмѣтить два направленія: въ одномъ направленіи однѣ могущественныя единицы (государство) поставлены въ положеніе природнаго субъекта правъ—человѣка, въ другомъ направленіи—другіе юридическіе союзы (города, коллегии и т. д.) производятся на степень гражданской правоспособности.

Тѣмъ и могуче римское право, что развитіе его институтовъ представляетъ тотъ логическій путь, по которому они должны были двигаться. Взять-ли настоящій интересующій вопросъ. Образование субъектовъ производной правоспособности совершилось тогда, когда окрѣпло ученіе о природной правоспособности (сарт) человѣка въ гражданскомъ обществѣ, отличномъ и обособленномъ отъ государственнаго, публичнаго обществѣ. Гражданское общество въ міровозрѣніи римскихъ юристовъ представилось въ видѣ особой общественной сферы; глава этой сферы—живой индивидъ. Именно, отдѣльный человѣкъ въ ней первенствуетъ, не поработенный болѣе сильными юридическими субъектами. Въ этой сферѣ даже верховные союзы подчиняются индивиду; отъ него и только отъ него они производятъ свою правоспособность. Однимъ словомъ. гражданское общество—сфера полного индивидуализма.

Въ самомъ дѣлѣ, до классиковъ государство было всюду верховнымъ союзомъ: какъ въ публичной, такъ и въ частной жизни. Гражданскіе законы, существующіе для частныхъ лицъ,

не дѣйствовали для государства. У римскаго народа было богатое недвижимое и движимое имущество (*ager publicus, servi publici*), была денежная казна (*aerarium*), хранившаяся подъ сводами храма Сатурна. Ежедневно государство пребывало въ различныхъ правоотношеніяхъ съ гражданами; но то были отношенія скорѣе публичнаго, чѣмъ частнаго права: властитель не отрѣшался отъ своего могущества въ имущественныхъ сношеніяхъ съ подвластными, онъ-же самъ, въ лицѣ цензоровъ или квесторовъ, — разсматривалъ тяжбы по казеннымъ дѣламъ; обыкновенная гражданская юстиція въ это дѣло не вмѣшивалась. — Но, вотъ, фискъ, эта государственная казна императорскаго Рима, испытываетъ на себѣ нивелирующее вліяніе классическихъ юристовъ: его *подчиняютъ* гражданскому суду на равнѣ съ его контрагентомъ. Въ это время государство, въ гражданскомъ обществѣ, по мѣткому выраженію юристовъ, разоблачается отъ своего величества. Таково одно направленіе въ развитіи юридическихъ лицъ.

Другое направленіе того же развитія состояло въ *сообщеніи* людскимъ союзамъ гражданской правоспособности. Оно началось съ административныхъ союзовъ: колоній и муниципій. Такъ, мы видѣли ужъ, что имѣется выраженіе: *persona coloniæ*. О муниципіяхъ (они-же *civitates*) говорится, что они суть *privatorum loco*¹⁾. Далѣе, тоже положеніе занимаютъ многочисленные коллегіи ремесленниковъ и другіе вольные союзы.

Б) *Понятіе производной правоспособности*. Юриспруденція надѣляетъ общежительнымъ свойствомъ, правоспособностью, разными общественными образованіями, выступающія въ гражданскомъ обществѣ. Производная правоспособность сообщается, такимъ образомъ, мыслимымъ, надъ — органическимъ существомъ. Какъ совершается эта юридическая идеализація?

Это — большой и спорный вопросъ, если брать его въ цѣломъ объемѣ, въ какомъ онъ когда-либо разсматривался въ литературѣ. Условимся о пониманіи его.

Надѣляя какое-нибудь существо гражданской правоспособностью, юриспруденція переноситъ одно лишь свойство человека — его способность къ организованному общенію. Нивакихъ другихъ свойствъ, тѣлесныхъ или духовныхъ, она не касается. Поэтому, нечего говорить объ одухотвореніи

¹⁾ Fr. 16 D 50. 16: publica appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur.

неизвѣстной группы лицъ (сообщеніи ей человѣческой воли), животныхъ (какъ-то дѣлали въ то время, когда считали ихъ способными совершать преступленія), тѣмъ менѣе имущества.

Такимъ образомъ, если сообщается правоспособность какому либо существу, съ нимъ совершается метаморфоза въ томъ смыслѣ, что допускается его *особое* существованіе въ юридическомъ значеніи: съ опредѣленными гражданскими правами и обязанностями. Дальше этого не идетъ идеализація, утилизирующая одинъ общественный элементъ человѣческой природы. Съ одной стороны, у плѣнныхъ и рабовъ отнимался этотъ элементъ. А, вѣдь, и рабы и плѣнные вѣли, какъ и свободные, такую же индивидуальную жизнь, преисполненную тѣлесныхъ и духовныхъ благъ, горя и радости. Они, однако, не были общественными особами. Но, за то, съ другой стороны, только общественными особами (*singuli*—опредѣленіе Ульціана) были юридическія лица, не имѣвшія ни тѣлеснаго, ни психическаго бытія.—Были-ли особыя условія, требованія воспроизведенія правоспособности?

В) *Потребность производной правоспособности.* Ея условія не обозначены въ источникахъ; среди писателей нѣтъ ничего установившагося. Разсуждая а priori, слѣдуетъ прежде всего сказать, что сама нужда заставляла юристовъ обращаться къ данному производительному акту. Когда же эта нужда обнаруживалась? Ближе всего тогда, когда въ возникшихъ отношеніяхъ не находились обладатели природной правоспособности: ихъ не было видно, или, по крайней мѣрѣ, они не поддавались опредѣленію. Разъ природный субъектъ усматривался, къ построенію юридическаго лица не обращались. Вотъ, примѣры. Отношенія третьихъ лицъ къ приданому не вызвали конструкціи его, какъ *corpus* или *universitas*, потому что во время брака субъектомъ въ этихъ отношеніяхъ былъ мужъ, а послѣ брака жена. Тоже—касательно предѣльныхъ сервитутовъ, природнымъ (хотя и преходящимъ) субъектомъ которыхъ былъ владѣлецъ имѣнія; *praedium dominans* не считалось юридическимъ лицомъ. Тоже самое должно сказать о значительно обособленномъ имуществѣ—*peculium*, ибо видны были природные субъекты: *pater* и *filiusfamilias*. Наконецъ, такое товарищество, гдѣ *socii* суть одни и тѣже люди, т. е., индивидуально-опредѣленные субъекты, не есть юридическое лицо.

Очевидно, когда мало-мальски въ юридическихъ отноше-

ніяхъ опредѣлялись природные субъекты, отъ нихъ не отстранялись. Но когда природнаго субъекта нельзя было точно опредѣлить, тогда, волей-неволей, прибѣгали къ построению общественныхъ особей, т. е., восполняющихъ однѣ общественныя функціи человѣка. Такъ возникли юридическія лица городовъ, коллегій, государствъ, благотворительныхъ учреждений. Какъ-же происходило это юридическое построение?

Г) *Конструкція юридическаго лица* по римскому праву есть открытый вопросъ, оставленный римскими юристами. Ученые много работали надъ этимъ вопросомъ. И теперь накопилось множество теорій съ крайне разнообразными оттѣнками, начиная отъ такихъ теорій, которыя приписываютъ римлянамъ совершенно ясное построение юридическаго лица (напр. Савиньи и мн. др.) и кончая такими, которыя отказываютъ римлянамъ въ какомъ-бы то ни было представленіи, ибо и въ самой жизни они отрицаютъ какую-либо надобность въ настоящемъ построении (наприм. Bolze, Begriff, d. iurist. Person. 1879 ¹).

Отчего-же отпавляются такія конструкціи? Наиболѣе извѣстныя изъ нихъ берутъ исходнымъ пунктомъ два такія понятія: олицетвореніе или цѣлесообразность имущества.

1) *Олицетвореніе* корпорацій, учреждений и т. д. ведетъ начало отъ среднихъ вѣковъ; тамъ оно находило себѣ аргументацію въ трудахъ папы Иннокентія IV и въ трудахъ комментаторовъ (postglossatores) римскаго права. Въ новой формѣ оно приобрѣло поддержку въ «системѣ» знаменитаго Савиньи (System d. heut. rom. R., Bd. 2). Средствомъ, юридическимъ приѣмомъ олицетворенія служитъ фикція. Такимъ образомъ, у Савиньи и у его послѣдователей, юридическія лица суть вымышленно-олицетворенные субъекты права. Предметомъ олицетворенія служитъ у однихъ цѣль (Баронъ и др.), превышающая обыкновенныя силы отдѣльныхъ людей, почему требующая ихъ соединенія, а у другихъ (Унгеръ и др.) предметъ олицетворенія самое единство, независимое отъ людей, составляющихъ юридическое лицо.

Противъ олицетворенія (персонификаціи) прежде всего слѣдуетъ сказать, что оно есть скорѣе актъ художественнаго, чѣмъ юридическаго творчества. Затѣмъ, выраженія источниковъ, гдѣ говорится о томъ, что «*municipium personæ vice*

¹) Рецензія въ Журн. Гражд. и Угол. пр. 1882, 2.

fungitur» «hereditas personam defuncti sustinet» и т. п., эти выраженія не говорят непремѣнно объ олицетвореніи; тутъ persona означаетъ только правоспособность человѣка. Далѣе, обозначеніе юридическихъ лицъ словами «corpus» и «universitas» не содержитъ въ себѣ ничего фиктивного. Corpus и universitas употреблялись для обозначенія дѣйствительной (а не вымышленной) совокупности лицъ или совокупности вещей (напр. fr. 70 § 3 D 7. 1:—quoties gregis, vel argenti, vel equitii, id est universitatis ususfructus legatus est). Наконецъ, и по самому существу, юридическія лица, какъ дѣйствительно существующія, не могутъ быть названы субъектами фиктивными, вымышленными.

2) *Цѣлесообразное* имущество (Zweckvermögen) представляетъ собой юридическое лицо, учить Бринцъ и его послѣдователи. Бываетъ имущество, кому-либо принадлежащее (ad aliquem pertinens) и на что-либо предназначенное (ad aliquid pertinens), напр. пожертвованія на учрежденія и т. д. Имущество второго рода, по Бринцу, можетъ быть, какъ самостоятельно существующее, рассматриваемо особымъ субъектомъ права; оно и должно замѣнить неудачный терминъ: юридическое лицо. Но дѣло въ томъ что и имущество, принадлежащее опредѣленному человѣку (ad aliquem pertinens) можетъ быть, вмѣстѣ съ тѣмъ, предназначено къ извѣстной цѣли, на извѣстное служеніе (ad aliquid pertinere — таковы библиотеки, фабрики и т. п.). Цѣль есть критерій дѣйствія людей, а не ихъ имущества.

Мы уже сказали, что «persona» въ вышеприведенныхъ выраженіяхъ означаетъ правоспособность; при чемъ тутъ (persona coloniae, defuncti, personae loco и т. д.), именно, разумѣется правоспособность, отрѣшенная отъ ея природнаго носителя. Такая правоспособность, отдѣльно взятая сама по себѣ, служитъ образчикомъ сужденія, какъ-бы единицей измѣренія, въ приложеніи къ различнымъ юридическимъ отношеніямъ. Изъ понятія качественного (какъ свойства любого человѣка), правоспособность, въ отвлеченномъ, производномъ значеніи становится понятіемъ количественнымъ. Такъ и можно говорить о большей или меньшей правоспособности, сравнивать старыя и новыя учрежденія по ихъ правоспособности и т. д.

Въ этомъ смыслѣ правоспособность въ юриспруденціи тоже, что работоспособность въ технологіи. За единицу измѣ-

ренія, положимъ, берутъ работоспособность животнаго организма, напримѣръ, лошади, лошадиную силу. Съ ней сравнивается, когда желаютъ точно опредѣлить, работоспособность какого-нибудь произведенія техники: парохода, локомотива и т. п. Такъ и отмѣчаютъ: пароходъ въ 20,30 лошадиныхъ силъ и т. д. Въ родѣ этого поступаютъ юристы: у нихъ правоспособность индивида (органическая) берется если не прямо для измѣренія, то для точнѣйшаго показанія юридическихъ отношеній надъ — органическихъ созданий; почему послѣдніе и отмѣчаются, согласно агенту и образчику измѣренія, словами: юридическія личности. И такъ, юридическія лица суть произведенія юриспруденціи, опредѣляемая тѣмъ-же масштабомъ правоспособности, который прилагается къ отдѣльнымъ людямъ для характеристики ихъ правоспособности къ общежитію. Индивидъ есть природный субъектъ, а юридическое лицо — производный субъектъ права.

Затѣмъ, ранѣе дальнѣйшаго анализа, назовемъ виды производныхъ субъектовъ.

Д) *Виды юридическихъ лицъ.* Юридическихъ лицъ очень много; теперь еще гораздо больше, чѣмъ въ римскомъ правѣ. При классификаціи ихъ обращаютъ вниманіе на слѣдующіе признаки. I) Одни суть такого рода (какъ напр., акціонерныя компаніи, городскія общины и т. под.), что представляютъ собою извѣстный составъ разныхъ лицъ (акціонеровъ, гражданъ и т. под.); ихъ можно назвать *организованными сообществами* или *корпорациями*; II) Другія — какъ напр., больницы, богадѣльни, школы — такого рода, что составъ лицъ имѣетъ второстепенное, случайное значеніе (и безъ него они все-же существуютъ); болѣе видное мѣсто въ нихъ занимаетъ имущество, какъ ихъ средство существованія; ихъ именуютъ *учрежденіями* или *институтами*. III) Третьи, — какъ напр., лежачее наслѣдство, — представляютъ собою простую *совокупность имущества* безотносительно къ какому-либо составу лицъ.

I) *Организованныя сообщества* (*universitates personarum*) или корпорации, — называемыя въ источникахъ, кромѣ *universitas, collegium, corpus, congregatio*, — близко подходят къ такъ называемымъ товариществамъ (*societates*). Какое-же, спрашивается, различіе между товариществомъ и юридическимъ лицомъ?

Общее характерное различіе состоитъ въ томъ, что въ то-

вариществѣ, какъ соединеніи извѣстныхъ лицъ, ради общей цѣли, каждый товарищъ остается со своей природной правоспособностью, а въ корпораціи, какъ въ юридическомъ лицѣ, гдѣ опредѣленность членовъ не имѣетъ значенія, нѣтъ отдѣльныхъ членовъ, какъ природныхъ субъектовъ права; она сама по себѣ одна обладательница опредѣленной правоспособности. Въ частности это различіе обнаруживается такимъ образомъ: 1) корпорація независима отъ судьбы отдѣльныхъ членовъ, а товарищество измѣняется съ перемѣной членовъ. Еще республиканскій юристъ Alfenus Varus говорилъ (76 D. 5. 1): народъ признается однимъ и тѣмъ-же, каковымъ былъ сто лѣтъ тому назадъ, хотя отъ того времени нѣтъ никого въ живыхъ ¹⁾. А Ульпіанъ съ другой стороны утверждалъ (7 § 2, D. 3. 4): совершенно безразлично, остаются-ли тѣже самыя лица членами корпорацій, мѣняется-ли часть ихъ или всѣ мѣняются ²⁾. 2) У корпораціи совершенно особое имущество, а товарищи отвѣтственны своимъ собственнымъ имуществомъ въ опредѣленныхъ частяхъ его. Поэтому, кредиторы корпораціи не имѣютъ права требованій противъ членовъ по поводу долговъ самой корпораціи, между тѣмъ, какъ въ товариществѣ иски идутъ противъ товарищей. Этотъ принципъ вполнѣ точно выраженъ fr. 7 D. 3. 4: долгъ корпораціи не составляетъ долга членовъ ея ³⁾. 3) Когда привлекается къ суду корпорація, члены ея остаются настолько посторонними, что могутъ быть судьями въ такихъ тѣжбахъ, выступать въ нихъ свидѣтелями и т. д. 4) Дѣйствія членовъ корпораціи въ ея интересахъ совершаются въ силу существующаго устава корпораціи, а дѣйствія товарищей въ общихъ интересахъ обуславливаются отдѣльной довѣренностью всѣхъ товарищей ⁴⁾.

¹⁾ Fr. 76. D. 5. 1: *populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret.*

²⁾ Fr. 7. § 2. D. 3. 4: *in decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes ūdem maneant, vel pars maneant, vel omnes immutati sint.*

³⁾ Fr. 7. § 1. D. 3. 4: *si quid universati debetur, singulis non debetur, nec quod universitas debet, singuli debent.*

⁴⁾ Интересный случай, изъ котораго видно, что юридическое лицо независимо отъ членовъ: муниципія отпустила на волю одного изъ своихъ рабовъ; вскорѣ послѣдній вчинилъ искъ противъ одного гражданина. А если-бы корпорація разсматривалась суммой своихъ членовъ, либертъ не имѣлъ-бы права, какъ обязанный почтеніемъ за полученную свободу къ гражданамъ, вчинить иска противъ члена корпораціи.

Среди корпорацій можно отмѣтить: государство, политическіе союзы, добровольныя сообщества и религиозныя союзы (церковь).

1) *Государство* своей имущественной стороной приводит въ гражданское право. Въ началѣ имперіи было двѣ казны: *aerarium* (отъ *aes* деньги) и *fiscus* (буквально, корзина; въ ней пересылались и хранились деньги, почему *fiscus* означалъ еще кассу, какъ мѣсто храненія денегъ; отсюда *fiscus saevagis*—императорская касса, казна). Эрарій былъ въ распоряженіи сената, а фискъ—императора. Непродолжительный періодъ, въ теченіи котораго фискомъ называлась собственность императора, помогъ тому, что послѣ сліянія фиска съ эраріемъ, вся государственная казна была сближена въ гражданскихъ правоотношеніяхъ съ обыкновенными субъектами частнаго права. Впрочемъ, полного отождествленія въ поминутомъ направленіи все-же не было сдѣлано: по тяжбамъ казны съ частными лицами за ней признавалось много привилегій. Но допускалось судебное рѣшеніе и противъ казны¹⁾.

2) *Административныя союзы* суть также юридическія лица въ отношеніи своего хозяйственнаго управленія. Сюда относятся: города вообще (*civitates, respublicae*), муниципія, колонія, провинція, селенія (*vici*), разныя мелкія административныя единицы (*fora, conciliabula, castella, praefecturae*). Всѣ эти союзы имѣли свое имущество, вели хозяйство, почему принимали участіе въ гражданскомъ оборотѣ.

3) *Добровольныя сообщества* были очень разнообразны. Было множество коллегій²⁾: а) *collegia tenuiorum* (похоронная касса на современномъ языкѣ)³⁾, б) *collegia orificum*—цехи ремесленниковъ: булочниковъ (*pistores*), корабельщиковъ (*navicularii*), кузнецовъ (*fabri*) и мн. др., в) коллегія или декуріи низшихъ чиновниковъ (*apparitores*), представляющихъ собою нѣчто въ родѣ современныхъ артелей или потребительныхъ товариществъ. Были и капиталистическія товарищества, бравшія на откупъ государственныя доходы; эти товарищества

¹⁾ Модестинъ (10. D. 49. 14) говоритъ: *non puto eum delinquere, qui in dubiis contra fiscum facile responderit*—нѣтъ преступленія юриста въ подачѣ ответа противъ казны.

²⁾ Кулаковскій, коллегія въ древнемъ Римѣ, 1883.

³⁾ Членами похоронныхъ коллегій могли быть даже рабы; подъ видомъ похоронныхъ коллегій укрывались одно время христіанскія общины.

откупщицовъ (publicani) въ грубой аналогіи походятъ на акціонерныя компаніи въ ихъ зародышномъ видѣ: пай товарищей (partes), какъ современныя акціи, обращались въ публикѣ.

По закону XII таблицъ у всякаго гражданина было полное право вступать членомъ въ любыя товарищества, лишь-бы уставъ товариществъ не противорѣчилъ публичному праву ¹⁾. Этимъ основнымъ правомъ граждане много пользовались и нерѣдко злоупотребляли. По словамъ Светонія, въ концѣ республики существовало не мало товариществъ, преслѣдующихъ преступныя цѣли, подъ наружнымъ покровомъ дозволенныхъ политическихъ клубовъ (sodalitia). И вотъ, Цезарь и Августъ постановляютъ cuncta collegia praeter antiqua dissolvere, — уничтожить всѣ коллегии, появившіяся послѣ XII таблицъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, отнимается конституціонное право гражданъ заключать добровольные союзы; для возникновенія послѣднихъ требуется разрѣшеніе правительства. Объ этомъ упоминается въ fr. 1, D. 3. 4: непосредственно (безъ разсмотрѣнія) не допускается существованіе общества, коллегии и какой-либо корпораціи подобнаго рода; это стѣсняется законами, постановленіями сената и императоровъ ²⁾.

4) *Религіозные союзы.* Несомнѣнными корпораціями были древне-языческія коллегии, представляемыя въ видѣ союзовъ лицъ, которые обладали разными имущественными правами. У нихъ не было, однако, права наследовать по завѣщанію. Чтобъ распространить на нихъ и это право, въ нѣкоторыхъ случаяхъ дозволялось назначать наследниками самихъ боговъ, въ честь которыхъ существовали коллегии. Это было совершенно подобно тому, какъ въ послѣдствіи Юстиніанъ дозволилъ назначать преемниками по завѣщанію Иисуса Христа и святыхъ. — Христіанская церковь съ ея подраздѣленіями не получила безспорнаго, соответствующаго ей, юридическаго построения, потому что, въ то время, когда она была объявлена господствующей, уже не было классическихъ юристовъ.

¹⁾ Fr. 4. D. 47. 22: sodales sunt qui eiusdem collegii sunt (quam Graeci *ἐταίροι* vocant). His autem potestatem facit lex, pactionem quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

²⁾ Fr. 1. D. 3. 4: neque societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur, nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur.

По видимому, объединяющимъ центромъ была императорская власть; не даромъ-же и само имущество церкви сближается въ повелѣ Юстиніана съ публичными вещами ¹⁾. Но отдѣльныя (мѣстныя) церкви и монастыри называются иногда корпораціями (*corpus, consortium* и др.). По справедливому замѣчанію писателей (Суворовъ, I. с., стр. 27), римскому праву для данной конструкціи не доставало достаточной обработки другого типа юридическихъ лицъ (каковымъ является церковь)—учрежденій или институтовъ.

II. *Учрежденія или институты* отличаются отъ корпорацій тѣмъ, что личный составъ, въ смыслѣ союза нѣсколькихъ лицъ, не составляетъ главнаго признака ²⁾. Они могутъ возникать по волѣ и одного лица, утвержденной правительственной властью; напр., по завѣщанію или по дарственному акту основывается школа или больница, на построеніе и содержаніе которыхъ завѣщателемъ или дарителемъ ассигнуется опредѣленный капиталъ. Правда, въ такихъ учрежденіяхъ можетъ пребывать еще болѣе многочисленная категорія людей, опредѣленная какимъ-либо признакомъ (въ школахъ—дѣти до такого-то возраста, въ больницахъ—страдающіе такою-то болѣзнью),—чѣмъ въ иной корпораціи (напр., въ акціонерной компаніи). Но помянутыя лица не признаются членами учрежденія; ихъ теперь иногда называютъ *дестинатарами* (такъ какъ въ ихъ интересахъ, на пользу ихъ *предназначаются* подобныя учрежденія). И хотя-бы въ какой-либо періодъ времени вовсе не обнаруживалось *дестинатаровъ* (напр., долго въ больницу не приходило больныхъ, въ богадѣльню не поступало стариковъ), учрежденіе, тѣмъ не менѣе, продолжаетъ существовать. Легко возможны примѣры превращенія корпорацій въ учрежденія; наприм., въ средніе вѣка университеты представляли собою корпораціи изъ профессоровъ и студентовъ, а нынѣ университетъ—учрежденія, гдѣ студенты суть *дестинатары*.

Сравнительно съ современной жизнью, въ которой существуетъ большое и разнообразное множество учрежденій, Римъ былъ бѣденъ институтами. Въ республикѣ ихъ не было. Въ имперіи до христіанства было немного; напр., Траянъ учре-

¹⁾ Nov. VII, c. 2 § 1: neque enim multum inter se differunt — res sacrae a rebus communibus et publicis.

²⁾ Cp. *Pernice*, Marcus Labeo, 3 Bd, 1892. pp. 150 ff.

диль стипендіи для дѣтей бѣднѣйшихъ родителей (*pueri alimentarii*): дѣти доставали средства жизни (*alimenta*) отъ сельской общины, которая получила въ займы отъ императора порядочную сумму денегъ на раздачу алиментовъ. Со времени христіанства чаще стали появляться благотворительныя учрежденія, такъ называемыя *pia corpora* или *piae causae*. Сюда относятся богадѣльни (*gerontocomia*), дома для призрѣнія сиротъ (*orphantrophia*), страннопріемные дома (*xenodochia*) и мн. др. И вообще, наличность благотворенія или альтруистической цѣли можетъ быть признана характернымъ элементомъ учреждений, какъ юридическихъ лицъ: они существуютъ не для своихъ членовъ или администраторовъ, а для иныхъ лицъ, такъ называемыхъ дестинатаровъ.

III. *Совокупность имущества*, признаваемая юридическимъ лицомъ, встрѣчается въ такъ-называемомъ лежачемъ наслѣдствѣ (*hereditas iacens*). Лежачимъ наслѣдствомъ называется наслѣдство въ періодъ отъ смерти наслѣдодателя до принятія его наслѣдникомъ, т. е., въ періодъ между двумя моментами наслѣдственного права: открытіемъ (*delatio hereditatis*), и приобрѣтеніемъ наслѣдства (*acquisitio hereditatis*). Въ источникахъ относительно этого періода наслѣдства встрѣчаются выраженія, изъ которыхъ видно, что нѣкоторые римскіе юристы (Сальвій Юліанъ, Гай) считали *hereditas iacens* за отдѣльный субъектъ права, такъ, говорится, что оно — *dominus habetur, domina est, personam defuncti sustinet, defuncti vicem fungitur* и т. д. Особенно рельефно выражается положеніе лежачаго наслѣдства, какъ юридическаго лица, въ томъ, что какія-либо приобрѣтенія раба, принадлежащаго къ этому наслѣдству, идутъ въ пользу наслѣдства (*fr. 33. 2 D 41. 1: quoties servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires consumit, ut Juliano placet*). Точно также воровство вещей изъ лежачаго наслѣдства есть истинное воровство у какой-либо собственницы (*13 § 5 D 43. 24: hereditati furtum fecit, hoc est dominae*).

Многіе изъ современныхъ писателей не находятъ нужды въ надѣленіи лежачаго наслѣдства производной правоспособности. Напримѣръ, Дернбургъ (*Pandecten*, § 62) говоритъ, что *hereditas iacens* не должно быть признаваемо юридическимъ лицомъ, потому что юридическое лицо существуетъ въ цѣляхъ общественныхъ, а лежачее наслѣдство — въ интересахъ индивида; кромѣ того, юридическое лицо расчитано на про-

должительное время, a hereditas iacens—на переходный періодъ. Но такія соображенія имѣютъ цѣну лишь по вопросу de lege ferenda; а въ римскомъ правѣ, безспорно, нѣкоторые юристы считали hereditas iacens субъектомъ производной правоспособности.

По ознакомленіи съ различными видами юридическихъ лицъ, остановимся, далѣе, на возникновеніи ихъ субъектовъ.

Е) *Возникновеніе юридического лица.* Юридическое лицо есть субъектъ производной правоспособности, а источникомъ производной правоспособности можетъ быть только юридическая норма. Значить, для возникновенія юридического лица прежде всего требуется наличность соотвѣтствующей юридической нормы, т. е., требуется постановленіе закона. При этомъ, законъ можетъ или вообще облекать правоспособностью какія-либо организаціи людей съ опредѣленными признаками (на такихъ-то началахъ, съ такою-то цѣлю), или требовать испрошенія правоспособности у правительственной власти (такъ-называемой концессіи) въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Одни писатели стоятъ за первую систему общаго разрѣшенія, какъ менѣе обременительную, другіе — за вторую систему конкретнаго дозволенія, мотивируя ее тѣмъ, что цѣли, преслѣдуемыя юридическими лицами, суть по большей части общественнаго характера, почему требуютъ внимательнаго разсмотрѣнія. Но, какъ-бы то ни было, первое главное и общее условіе появленія юридическихъ лицъ—признаніе ихъ со стороны власти гражданскаго общества.

По отношенію римскаго права вопросъ о томъ, допускалось ли основаніе корпораціи или учрежденія по одному общему опредѣленію закона или требовалось каждый разъ особое полицейское разрѣшеніе, — вызывалъ противоположныя мнѣнія, въ особенности относительно учреждений. Повидимому, для основанія корпораціи, равно какъ и учреждений, дѣло безъ правительственнаго содѣйствія необходимо. Хотя общевыраженнаго правила по этому вопросу не имѣется, тѣмъ не менѣе изъ многихъ мѣстъ источниковъ выводится предположеніе о полицейскомъ разрѣшеніи на открытіе союзовъ; это разрѣшеніе было вмѣстѣ актомъ дарованія правоспособности ¹⁾.

¹⁾ Напр., въ J. 20 D 34. 5; nulla dubitatio est, quod si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur — дѣйствителенъ легатъ отказанный корпораціи, членамъ которой дозволено соединиться. Значить, разъ дозволено составить корпорацію, послѣдняя считается со ipso облекенной правоспособностью.

На этомъ основаніи, недостаточно по римскому праву одной частной воли для появленія учреждений или институтовъ (*res corporata*); на примѣръ, кто-либо въ завѣщаніи выразилъ желаніе, чтобъ по смерти на его капиталъ была построена какая-нибудь лечебница или была организовано общество распространенія какихъ-либо общепользныхъ знаній. Открытіе подобныхъ учреждений могло въ такихъ случаяхъ состояться по римскому праву, лишь въ предположеніи, что власти гражданскаго общества противъ нихъ ничего не имѣютъ.

Послѣ помянутаго условія признанія юридической нормой, всѣ остальные условія возникновенія юридическаго лица, встрѣчающіяся въ источникахъ и въ литературѣ, имѣютъ второстепенное значеніе. Такъ, приводится въ пандектахъ относительно корпорацій положеніе, сдѣланное поговоркой (85 D 50. 16): *Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est*. Это положеніе: «трое составляютъ коллегію», — не понимается теперь въ томъ смыслѣ, что необходима для какого-бы то ни было юридическаго лица личность трехъ членовъ. Оно только значитъ, что сообщество изъ трехъ членовъ можно разсматривать какъ коллегію; а юридическое лицо вообще можетъ состоять хоть изъ одного человѣка, даже хоть и безъ одного человѣка (напр., благотворительное учрежденіе по волѣ завѣщателя, допущенное гражданской властью).

Точно также указаніе на то, что цѣль, преслѣдуемая юридическимъ лицомъ, должна быть дозволена — не есть отдѣльное требованіе. Оно привходитъ въ общее условіе о признаніи производной правоспособности со стороны юридической нормы. Если юридическая норма допускаетъ существованіе сообщества или учрежденія, это значитъ, что и дѣятельность ихъ ради извѣстной цѣли дозволяется.

Далѣе, не можетъ почитаться существеннымъ требованіе устава учреждений или институтовъ для ихъ возникновенія. При возникновеніи устава, содержащаго подробную програму жизни и дѣятельности учрежденія, можетъ и не быть. Уставъ можетъ быть выработанъ и послѣ возникновенія.

Наконецъ, особнякомъ слѣдуетъ поставить два вида корпорацій: государство и административныя общины. Ихъ возникновеніе разсматривается не гражданскимъ, а государственнымъ правомъ. Гражданское право имѣетъ дѣло съ ними, какъ уже со сформированными коллективными единицами, на ко-

торыя распространяють правоспособность нормы гражданского общества (вопросы о возникновении государства и муниципий нами уже рассмотрѣны въ историческомъ курсѣ римскаго права).

Ж) *Объемъ производной правоспособности* сообщается ея же источникомъ, т. е., юридическими нормами, а опредѣляется онъ характеромъ того круга отношеній, въ которомъ пребываетъ юридическое лицо. Этотъ кругъ составляютъ имущественныя правоотношенія. И вотъ, юридическому лицу принадлежать можно сказать, всякаго рода имущественныя права. Нѣкоторыя изъ нихъ даже обязаны практикѣ его своимъ появленіемъ; на примѣръ, эмфитевзисъ прежде всего стали практиковать городскія и церковныя общины сдовавшія свои земли въ наслѣдственную аренду. Такимъ образомъ, юридическому лицу оказываются принадлежащими: 1) право собственности со всѣми послѣдствіями (6 § 1 D 1. 8: *universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia*): можетъ быть и *servus*, принадлежащій *universitas* и таковой-же *libertus* (напр., *libertus civitatis*)¹⁾; 2) владѣніе, которое приобрѣтается въ пользу юридическаго лица посредствомъ представителей и рабовъ (2 D 41. 2:—*et possidere et usucapere municipes possint, idque iis et per servum et per liberam personam acquiratur*)²⁾; 3) права на чужія вещи — сервитутъ, залогъ, *emphyteusis* и *superficies*; продолжительность личныхъ сервитутовъ (именно, узуфрукта), въ виду того что юридическое лицо не знаетъ физической смерти, была опредѣлена въ 100 лѣтъ (—*quia is finis vitae longuae vi hominis est*, 8 D 33. 2); 4) всякія обязательства доступны юридическимъ лицамъ, могущимъ быть кредиторами и должниками (7 § 1 D 3. 4: *si quid universitati debetur, singulis non debetur*, etc.); 5) право наслѣдованія въ нѣкоторыхъ случаяхъ; такъ, къ юридическому лицу (казнѣ, городу) переходитъ безъ завѣщанія имущество тѣхъ, у кого не оказывается наслѣдниковъ среди родственниковъ. Далѣе, въ видѣ привилегіи приобрѣталось право наслѣдовать по завѣщанію. Наконецъ,

¹⁾ Вр дигестахъ есть специальный титулъ (38 кн. 3 тит.): *de libertis universitatum*.

²⁾ Приобрѣтеніе владѣнія, черезъ рабовъ, однако, было спорнымъ (*quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possident*, fr. 1 § 22 D 41. 2).

многими специальными узаконениями было дозволено получать легаты и фиденкомиссы; 6) право судебной защиты: юридическія лица могутъ быть истцами и отвѣтчиками, имъ доступна *in integrum restitutio* и т. д. ¹⁾).

3) *Дѣеспособность юридическихъ лицъ*. Дѣеспособность, способность къ юридическимъ дѣйствіямъ, свойственна только вполне развитому человѣку, осуществляющему присущую ему правоспособность въ различныхъ волеизъявленіяхъ. У юридическихъ лицъ нѣтъ этой естественной дѣеспособности, ибо у нихъ нѣтъ воли, нѣтъ *consensus* (1 § 22 D 41. 2: *municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt*). У нихъ правоспособность, отвлеченная отъ природнаго субъекта; такова-же и дѣеспособность ихъ. Какъ-же она выражается? Въ этомъ отношеніи различаются уставныя юридическія лица (*universitates ordinatae*) и безъуставныя (*universitates non ordinatae*).

Уставъ (*lex collegii*) имѣютъ учрежденія (*privae causae*) и многія корпораціи. Онъ опредѣляетъ органъ воли юридическаго лица. Для этого уставъ указываетъ на какого-нибудь человѣка, который долженъ дѣйствовать отъ имени юридическаго лица; напр., дѣеспособность возлагается на директора школы, больницы, акціонерной компаніи и т. д. Такой органъ воли въ источникахъ называется *actor sive syndicus* ²⁾).

Если нѣтъ устава (а также нерѣдко и по усмотрѣнію устава) воля юридическаго лица опредѣляется постановленіемъ всѣхъ членовъ или, по крайности, ³⁾ большинствомъ членовъ его. Такъ, воля городской общины (*curiæ*), по римскому праву опредѣлялась постановленіемъ $\frac{2}{3}$ членовъ *curiæ*. Кромѣ того, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ корпорація имѣетъ публичный

¹⁾ Самый большій объемъ производной правоспособности имѣется у государства, которое, какъ выше отмѣчено, „не вполне отрѣшилось отъ своего величества“ въ гражданскомъ оборотѣ: чрезвычайная давность (40 лѣтъ) въ отношеніи казеннаго имущества, общая ипотека въ имуществѣ должника, допустимость передачи права собственности на чужую вещь (проданную государствомъ) и мн. др.

²⁾ Fr. 1 § 1 D 3. 4: *quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est—habere—et actorem sive syndicum, per quem—quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.*

³⁾ Fr. 160 § 1 D 50.17: *refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem.*

характеръ или дѣйствіе имѣеть быть такого характера, требуется согласіе правительственной власти.

Можетъ-ли юридическое лицо совершить деликтъ? Римское право на это отвѣчало отрицательно; за нарушение закона отвѣчали частныя лица, дѣйствовавшія какъ органы юридическаго лица. Но если отъ ихъ незаконныхъ дѣяній получало выгоды юридическое лицо, то оно обязано было вернуть наличное обогащеніе (*quod ad eum pervenit*) ¹⁾. Вопреки этому ясному постановленію римскаго права, глоссаторыи комментаторы высказывались за вмѣняемость юридическаго лица. Въ современной литературѣ уголовного права вопросъ этотъ также споренъ; большинство писателей держатся того-же взгляда, что и римское право.

Отсутствіе деликтоспособности юридическаго лица, на нашъ взглядъ, объясняется тѣмъ, что не можетъ быть рѣчи объ умышленной или неосторожной винѣ юридическаго лица, ибо у него отсутствуетъ злая воля; воспроизведеніе злой воли было-бы актомъ юриспруденціи, допускающимъ осуществленіе неправопоспособности юридическаго лица. Между тѣмъ на него переносится только правоспособность; неправопоспособность ему не сообщается.

И) *Прекращеніе юридическихъ лицъ*. Прекращеніе должно быть аналогично возникновенію. Возникновеніе совершается при помощи юридической нормы; при той-же помощи и прекращается юридическое лицо. Законъ можетъ опредѣлять срокъ жизни его, можетъ предоставить это ближайшее опредѣленіе уставу, можетъ прямо объявить, вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ политической жизни, юридическое лицо болѣе несуществующимъ (*collegium illicitum*) или можетъ преобразовать его (въ силу ему присущему *ius reformandi*).

Какое вліяніе на судьбу юридическаго лица оказываетъ выбитіе членовъ его? Пандекты отвѣчаютъ, что если остается хоть одинъ чедовѣкъ изъ состава ²⁾, юридическое лицо про-

¹⁾ Fr. 15 § 1 D 4. 3 (Ульпіанъ): *sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur. Et puto ex solo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed siquid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.*

²⁾ Fr. 7 § 2 D 3. 4: *Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.*

должаетъ существовать Ну, а если не остается ни одного члена? Источники не касаются этого случая, а въ литературѣ контроверза. Одни стоятъ за прекращеніе, неправильно примѣняя *argumentum a contrario* изъ предыдущаго положенія (если остается хоть одинъ членъ, есть лицо—ergo, если не остается ни одного члена, нѣтъ лица); ихъ разсужденіе невѣрно, потому что наличность членовъ, какъ мы видѣли, не составляетъ главнаго признака понятія объ юридическомъ лицѣ. Другіе стоятъ за продолженіе, доколѣ не послѣдуетъ постановленія закона. Савиньи, на примѣръ, приводитъ въ примѣръ продолженіе цеховъ, всѣ члены которыхъ вымираютъ во время эпидеміи: впослѣдствіи могутъ явиться новые члены, новые мастера. Второе мнѣніе единственно вѣрно, потому что, разъ по констукціи юридическое лицо есть нѣчто совершенное обособленное отъ людей, его составляющихъ — то какъ измѣненіе, такъ и полное уничтоженіе даннаго состава, не должно вести за собою его уничтоженіе ¹⁾).

Можетъ-ли юридическое лицо прекратиться *по общему согласію* членовъ? И на этотъ вопросъ нѣтъ готоваго отвѣта въ источникахъ. Нѣкоторые романисты отвѣчаютъ положительно; другіе болѣе основательно предлагаютъ проводить различіе между уставными лицами и существующими безъ устава. Первые лица могутъ сдѣлать постановленіе о прекращеніи юридическаго лица, если имъ предоставлено то право ихъ уставомъ. Вторыя лица не имѣютъ этого права, потому что воля членовъ касается лишь дѣеспособности, а не правоспособности, которую они измѣнить не могутъ; и хоть всѣ члены стоворятся удалиться, юридическое лицо, тѣмъ не менѣе, не перестанетъ существовать.

Въ заключеніе, обыкновенно предлагается вопросъ о *судьбѣ имущества* юридическаго лица по прекращеніи его. Въ источникахъ не содержится никакихъ указаній. Первое мѣсто въ этомъ случаѣ, согласно общей теоретической постановкѣ, слѣдуетъ отвести уставу; въ послѣднемъ нерѣдко бываетъ предусмотрѣна судьба имущества. Но какъ быть, если нѣтъ устава или въ уставѣ ничего объ этомъ не говорится? Вотъ, опять два противорѣчивыя мнѣнія. Одно мнѣніе за то, что имущество прекращеннаго юридическаго лица идетъ,

¹⁾ Въ такомъ случаѣ, какъ говорилъ Пухта (Pandecten § 28). можно лишь говорить о приостановкѣ дѣятельности юридическаго лица.

какъ *bonum vasans*, въ казну; другое мнѣніе за то, чтобъ раздѣлить его между членами корпораціи.

Первое мнѣніе приводитъ въ свое подтвержденіе слова юриста Марціана: дозволяется раздѣлить имущество членамъ коллегіи, *не получившей разрѣшенія* на существованіе ¹⁾; имущество дѣлится между членами, говоритъ это мнѣніе, если коллегія не утверждается —ergo, оно не дѣлится между ними (значить, идетъ въ казну), когда прекращается разрѣшенная коллегія. Но и тутъ невѣрно настоящее *argumentum a contrario*. Отчего-бы не разсуждать, совершенно наоборотъ, и такъ, какъ то дѣлаетъ Репісе (Labeo, I, 309): если раздѣлъ допускается при уничтоженіи *недозволенной* коллегіи, то тѣмъ болѣе его слѣдуетъ допустить по прекращеніи *разрѣшенной* властью коллегіи *дозволенной* (напр. акціонерной компаніи). И развѣ тогда, когда вѣтъ на лицо членовъ корпораціи или по прекращеніи учрежденія, въ уставѣ котораго не говорится о судьбѣ имущества, послѣднее, будучи *bonum vasans*, поступаетъ въ казну.

Настоящимъ вопросомъ мы заканчиваемъ вторую главу общей части догмы — о гражданской правоспособности. Переходимъ къ третьей главѣ — о благѣ (объектахъ) гражданского права или, короче сказать, гражданскомъ благѣ.

¹⁾ Fr. 3 D 47. 22: collegia, si quae fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur. Sed permittitur iis, quum dissolvuntur, pecunias communes, ni quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Ульп.

Благо гражданское.

Гражданское право, по словам Ульпиана, касается пользы или выгоды отдѣльных лицъ (*utilitas singulorum*). Предметомъ его служить то, что доставляетъ удовольствіе или выгоды людямъ; съ этой утилитарной точки зрѣнія предметъ гражданского права (*res singulorum*) называется имущественнымъ благомъ, или просто имуществомъ (*bonum*). Fr. fr. 49 D 50, 16 находимъ сперва грамматическое опредѣленіе Ульпиана: *bona dicuntur ex eo quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse*. Таково грамматическое значеніе (*appellatio naturalis*) слова *bonum*. Затѣмъ, тотъ-же Ульпианъ ближе опредѣляетъ составъ *блага гражданского* (*bonorum appellatio civilis*), т. е.. составъ того, что можетъ принадлежать намъ (быть нашимъ — *in bonis nostris computari*), какъ членамъ гражданского общества. Сюда относятся предметы права собственности владѣнія и предметы какихъ-бы то ни было исковыхъ требованій¹⁾. Далѣе, тотъ-же предметъ другимъ юристомъ, Павломъ опредѣляется еще конкретнѣе: какъ такая вещь, которая имѣетъ денежную цѣнность (*pecunia*)²⁾. И такъ, предметъ гражданского права понимается римлянами съ утилитарной точки зрѣнія, какъ благо или имущество, имѣющее денежную, оборотную стоимость.

Общее ученіе о благѣ гражданскомъ начнемъ съ обзорѣнія состава его.

¹⁾ Fr. 49 D 50. 16:—*in bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aequae bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur.*

²⁾ Gr. 5 D 50. 16: *rei appellatio latior est quam pecuniae,—quum pecuniae appellatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.*

Отдѣль первый. Составъ гражданскаго блага (bonum).

Благо гражданское составляется изъ вещей, res. Слово res, имѣющее одинъ корень съ глаголомъ геог (ratus sum, 2) и съ существительнымъ гатио, собственно, значить: все мыслимое, какъ существующее¹⁾. Такъ и въ области гражданскаго права: rei appellatione et causae et iura continentur (fr. 23 D 50. 16), т. е., res обнимаютъ (кромѣ видимыхъ предметовъ) еще предметы только—мыслимые, куда относятся различныя права. Настоящее различеніе предметовъ совпадаетъ съ дѣленіемъ вещей на res corporeales и incorporeales, о которомъ сейчасъ будемъ говорить. Теперь только отмѣтимъ, что различныя права, могущія сами—по себѣ быть объектами гражданскаго права (право обязательственное, какъ право на дѣйствіе другого лица, право наследственное, какъ право вступленія во всѣ юридическія отношенія другого лица, и др.), съ большимъ удобствомъ принято разсматривать при изложеніи соответствующихъ институтовъ: обязательствъ, наследованія и др. Значить, въ данномъ мѣстѣ подлежатъ изложенію res corporeales.

А) *Тѣлесныя и безтѣлесныя вещи.* Весь составъ благъ гражданскихъ (bona) дѣлится на res corporeales и incorporeales: Res corporeales въ опредѣленіи римлянъ суть осязаемыя вещи (quae tangi possunt), res incorporeales—вещи неосязаемыя (quae tangi non possunt), напримѣръ, наследство, узупфруктъ, обязательства²⁾. «Не въ томъ дѣло, говоритъ Юстиніанъ, что наследство состоитъ изъ res corporeales; вѣдь, и плоды, получаемые съ имѣнія, тѣлесны, какъ и предметы долга по обязательству (имѣніе, рабъ, деньги); но самое право наследованія, самое право узупфрукта, самое право обязательственное—безтѣлесны». И такъ, всѣ права относятся къ res incorporeales. Однако, исключеніемъ служило право собственности, которое помѣщалось среди res corporeales. Почему? Вѣроятно, здѣсь

¹⁾ Вогу, напримѣръ, фраза, гдѣ res имѣетъ помянутое общее широкое значеніе: iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia.

²⁾ § 1 I. 2. 2: corporales hae sunt quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique res innumerabiles. § 2. In corporales autem sunt quae tangi non possunt; qualia sunt quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus obligationes quoquo modo contractae.

мы имѣемъ дѣло съ той ошибкой римскихъ юристовъ, которая нерѣдко повторяется и въ современномъ обиходномъ языкѣ, не различающемъ собственность ¹⁾ (т. е. предметъ права собственности) отъ самого права собственности.

Настоящее дѣленіе вещей въ Римѣ сослужило историческую службу, такъ что во времени Юстиніана оно почти перестало имѣть практическое значеніе. Историческая-же роль данной классификаціи состояла въ томъ, что институты права, выработанные ранѣе въ болѣе наглядную эпоху юридическихъ отношеній касательно *res corporeales*, распространяли свое дѣйствіе и на *res incorporales*. Такимъ образомъ, сначала допускалась, напримѣръ, *traditio* тѣлесныхъ вещей, (*ex iure Quiritium*) ²⁾, а потомъ и *traditio iuris* (*ex iure gentium*).

Разсматриваемая классификація нѣсколько напоминаетъ другую, исчезнувшую вмѣстѣ съ квинтискимъ правомъ: дѣленіе на *res mancipi* и *res mancipi*. И это второе дѣленіе, какъ и первое, относится не къ однѣмъ *res corporeales*, а ко всему составу благъ гражданскихъ ³⁾, между тѣмъ какъ всѣ послѣдующія классификаціи, о которыхъ рѣчь впереди, касаются однѣхъ *res corporeales* ⁴⁾.

Далѣе, ведя рѣчь о составѣ гражданского блага, намъ слѣдуетъ упомянуть о дѣленіи вещей на простыя, составныя и совокупности вещей.

Б) *Вещи простыя, составныя и совокупности вещей* ⁵⁾. Въ fr. 30 D 41. 3 находимъ настоящее дѣленіе: существуетъ,

¹⁾ Такая ошибка происходитъ отъ того, что въ вещныхъ правахъ (собственности и владѣнія) самое право немислимо безъ объекта, почему указаніе на предметъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ указаніе на вещное право (моя книга — значить—я имѣю право собственности на книгу).

²⁾ Fr. 3 pr. D 41. 2: *possideri autem possunt quae sunt corporalia*. Fr. 43 § 1 D 41. 1: *incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*.

³⁾ Манципаціонными вещами (италійскія имѣнія, рабы, сервитуты, животныя) были вещи, переходящія изъ рукъ въ руки посредствомъ манципаціи; *res nec mancipi* не подвергались манципаціи.

⁴⁾ Кетати сказать, *res incorporales* рѣдко выступаютъ предметами гражданскихъ правомочій. Вотъ эти случаи: узупруктъ на долговое требованіе (*ususfructus pominis*), залогъ долгового требованія (*pignus pominis*), залогъ узупрукта (*pignus ususfructus*) и передача непринятаго наслѣдства (*in iure cessio hereditatis*).

⁵⁾ *Göppert*, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, 71.

говорить Помпоній, три рода вещей: I) первый родъ, который какъ-бы имѣеть одинъ духъ или одну жизнь (*quod continetur uno spiritu*—какъ теперь говорятъ, это—вещи, части которыхъ состоятъ въ *органической* связи); онѣ называются простыми вещами, *res unitae*, напримѣръ, человѣкъ, кирпичъ, камень и т. под.; II) второй родъ состоитъ изъ многихъ вещей, примыкающихъ другъ къ другу (*ex pluribus inter se cohaerentibus*)—какъ теперь говорятъ, это—вещи, части которыхъ находятся въ *механической*, а не въ органической, связи); онѣ могутъ быть названы *res compositae*, составными вещами; напр., зданіе, корабль, швапъ; III) третій родъ состоитъ изъ многихъ вещей, не связанныхъ между собою (*ex distantibus constat*); онѣ образуютъ совокупность вещей, (*universitas rerum*), носящую одно общее имя (*corpora plura non soluta, sed uno nomine subiecta*), напримѣръ, народъ, легіонъ, стадо. Упомянемъ о каждомъ родѣ вещей.

I. *Простыя вещи* (*res unitae*) не представляютъ ничего особеннаго; онѣ подчиняются общимъ юридическимъ нормамъ.

II. *Составныя вещи* (*res connexae, compositae*) мыслятся ¹какъ одно цѣлое, ²части котораго не имѣютъ самостоятельной юридической жизни, ³пока пребываютъ въ механической связи другъ съ другомъ. Поэтому, если въ составъ купленнаго зданія входилъ чужой матеріалъ, послѣдній, какъ не имѣющій самостоятельнаго существованія, не могъ быть востребованъ *in patina* до тѣхъ поръ, пока не уничтожилось механическое соединеніе матеріала съ другими частями зданія. Такимъ образомъ, требованіе (виндикація) хозяина застроенныхъ вещей отлагается до разрушенія зданія (напр., fr. 7 § 12 D 41. 1).

III. *Совокупности вещей* (*universitates rerum distantium*), несвязанныхъ между собою, такъ же мыслятся, какъ и составныя вещи, въ ¹качествѣ одного цѣлага. Такъ, различныя юридическія сдѣлки, купля-продажа, легаты совокупности (библіотеки, приданаго и т. д.) обнимаютъ всѣ вещи, входящія въ составъ ея. Но совокупности вещей отличаются отъ составныхъ вещей тѣмъ, что каждая вещь совокупности, кромѣ общей судьбы, имѣетъ еще все время независимое юридическое существованіе, между тѣмъ какъ самостоятельное бытіе частей составной вещи отлагается, какъ мы видѣли, до прекращенія механической связи. Независимое значеніе отдѣльныхъ вещей обнаруживается въ вопросахъ *владѣнія и давности*

сти. Именно, предметомъ владѣнія служить не вся совокупность (не все стадо и т. д.), а отдѣльныя вещи — на томъ основаніи, что только *res corporalis* можетъ быть предметомъ владѣнія (а *universitas rerum* можетъ быть *res incorporealis*¹⁾).

Съ другой стороны, во многихъ случаяхъ сказывается значеніе совокупности вещей, какъ имущественнаго единства. Такъ, покупающій стадо приобретаетъ всѣхъ отдѣльныхъ животныхъ. Или, положимъ, въ залогъ поступаетъ *taberna* (торговая лавка, складъ товаровъ): если купецъ отчуждаетъ одни товары и замѣняетъ ихъ другими — новые признаются состоящими въ залогѣ (fr. 34 pr. D 20. 1). Затѣмъ, когда вся совокупность вещи имѣетъ свою индивидуальную цѣлость (напр., пара муловъ — *par mularum*, четверка лошадей — *quadriga*, труппа рабовъ актеровъ — *comœdi*, группа рабовъ носильщиковъ — *lecticarii*), тогда допускается искъ о вознагражденіи за порчу всей *universitas*, въ случаѣ поврежденія одной *res*. Мотивомъ такого иска служить соображеніе о томъ, что у истца теряется не только одна *res*, но уничтожается цѣнность остальныхъ вещей²⁾.

Настоящее различеніе природныхъ предметовъ права (*res singulares*) отъ мыслимой совокупности ихъ (*universitas rerum*) совершенно аналогично разсмотрѣнному нами различенію природнаго субъекта права (*persona singularis*) отъ производнаго, мыслимаго субъекта — юридическаго лица (*universitas personarum*).

Въ свою очередь, совокупность имущественная романистами дѣлится на двѣ категоріи: фактическую и юридическую совокупность.

1) Совокупность *фактическая* (*universitas rerum facti*) образуется изъ вещей тѣлесныхъ (*res corporales*): табуны, магазинъ, библиотека и т. д.

2) Совокупность *юридическая* (*universitas rerum iuris*) можетъ быть образована изъ вещей не только тѣлесныхъ, но

¹⁾ Нѣкоторые писатели возражаютъ, указывая на формулу виндикаціи, въ которой истецъ утверждаетъ: *gregem meum esse*, но это лишь сокращенное выраженіе вмѣсто перечисленія всѣхъ головъ стада. Ясно сказано въ fr. 30 § 2 D 41. 3: *sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio*. Ср. *Dernburg, Pandecten*, § 68 not. 8.

²⁾ § 10 J. 4. 3: *si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, — non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt qui supersunt*.

и изъ безтѣлесныхъ (различныхъ iura). Таковы: hereditas, peculium и dos—наслѣдство, пекулій и приданое; каждое изъ нихъ, наиримѣръ, могло быть востребовано, какъ одно цѣлое (universitas ¹⁾).

Характерная особенность нѣкоторыхъ изъ фактическихъ напр., заложенного магазина) и юридическихъ совокупностей (именно, наслѣдства)—состоить въ томъ, что отдѣльныя вещи могутъ быть замѣняемы другими; особенно, замѣна практикуется деньгами, почему это положеніе выражается словами: pretium succedit in locum rei. Положимъ, въ заложенномъ складѣ товаровъ нѣкоторыя товары продаются, вырученная за нихъ цѣна поступаетъ въ залогъ. Положимъ, проданы нѣкоторыя вещи изъ наслѣдства, полученнаго дальнимъ родственникомъ; когда послѣдній обязанъ бываетъ вернуть hereditas ближайшему родственнику, болѣе его управомоченному на наслѣдство, онъ обязанъ въ такомъ случаѣ передать деньги, вырученныя за продажу означенныхъ вещей ²⁾.

Познакомившись съ возможнымъ составомъ гражданскаго блага, далѣе, прежде чѣмъ обозрѣвать различныя свойства объектовъ гражданскаго права, упомянемъ о предметахъ, не составляющихъ гражданскаго блага.

Отдѣлъ второй. Предметы, не входящіе въ составъ гражданскаго блага.

Это суть, во-первыхъ, вещи, изъятія изъ гражданскаго оборота или внѣоборотныя вещи (res extra commercium) и, во-вторыхъ, никому не принадлежащія вещи (res nullius, res extra patrimonium — состоящія внѣ частнаго господства). О каждой категоріи скажемъ отдѣльно, особенно о внѣоборотныхъ предметахъ.

А) *Внѣоборотныя вещи* ³⁾ (res extra commercium или res,

¹⁾ Самостоятельная жизнь пекулія картинно описана Марціаномъ: peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur et ideo eleganter Papius Fronto dicebat peculium simile esse homini (fr. 40 D 15. 1).

²⁾ Объ этомъ постановляетъ Setum Juventianum (fr. 22 D 5. 3). quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius succescisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.

³⁾ *Wappäus*, z. Lehev. d. Rechtsverkehr entzogenen Sachen. 1867.

quarum commercium non est). Съ точки зрѣнія допустимости въ гражданскомъ оборотѣ вещи дѣлятся на оборотныя (res in commercio) и вѣоборотныя (quas vero natura vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est, fr. 34 § 1 D 18. 1). Сюда относятся: 1) тѣло живого человѣка, 2) вещи общедоступныя, 3) вещи права божескаго (divini iuris), 4) вещи общественнаго назначенія (usui publico destinatae) и 5) закономъ запрещенныя вещи.

I) *Тѣло (свободнаго) человека* ¹⁾ не считается res ²⁾; оно составляетъ часть субъекта права, какъ воплощеніе природной правоспособности. Но часть, отдѣляющаяся отъ тѣла, становится оборотною вещью; напр., отрѣзанные волосы, продаваемые парикмахеру. На томъ-же основаніи трупъ считается за res ³⁾.

II) *Вещи общедоступныя* (res communes omnium) изъяты въ силу самой своей природы (ipsa natura) изъ оборота, такъ какъ онѣ занимаютъ громадное пространство или состоятъ изъ вещества необъятнаго или постоянно ускользаютъ отъ власти надъ ними. Таковы: воздухъ (*aër*), море съ его берегами, границей которыхъ служитъ зимній приливъ (*mare et per hoc litora maris—quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*, §§ 1 и 3 J. 2. 1) и проточная вода (*аqua profluens*).

Однако, при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ, всѣ эти вещи могутъ превратиться въ оборотныя. Такъ, воздушное пространство или воздушный столбъ надъ частнымъ имѣніемъ признается принадлежащимъ владѣльцу имѣнія ⁴⁾. Послѣдній, на этомъ основаніи, можетъ мѣшать сосѣду строить балконъ въ его воздушномъ пространствѣ. Затѣмъ, известное количество воздуха или проточной воды, сдѣлавшееся частнымъ обладаніемъ, превращаются въ оборотныя вещи. Далѣе, съ разрѣшенія государственной власти дозволяется возводить временныя постройки на морскомъ берегу (римскому народу принадлежить надъ нимъ, по ученію нѣкоторыхъ юристовъ,

¹⁾ *Kramer*, Recht auf den menschlichen Körper, 1887.

²⁾ Fr. 6 D 18. 1: sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse. Fr. 88 § 5 D 45. 1.—hominem liberum inutiliter stipulor.

³⁾ Въ силу этого можно завѣщать свой трупъ на вскрытіе какому-либо учрежденію ради научныхъ цѣлей. Не допускается продажа наследниками трупа наследодателя, какъ противорѣчающая boni mores. Ср. Deruburg. § 69.

⁴⁾ Глоссаторы выражали это положеніе словами: cuius est solum, eius debet esse usque ad coelum.

верховное право). Наконецъ, непостоянныя вмѣстилища проточной воды—источники (*fontes*) и ручьи (*rivi*) суть принадлежности частныхъ лицъ.

По общему-же правилу всѣ помянутыя вещи суть *res communes omnium*. Значить, всякій человекъ имѣетъ право, напимѣръ, пользоваться моремъ, плавать по нему, купаться въ немъ, ловить въ немъ рыбу, вытаскивать на берегъ сѣти и сушить ихъ во временно-построенной хижинѣ. Какая-либо помѣха въ означенномъ пользованіи признается оскорбленіемъ, почему страдающее лицо имѣетъ право вчинить *actio iniuriarum*.

III) *Вещи божескаго права (res divini iuris)* изъяты изъ оборота въ виду религиозныхъ цѣлей. Съ этой точки зрѣнія имѣется самое главное дѣленіе (*summa divisio*) на *res divini iuris* и *res humani iuris*. Предметы божескаго права сначала существовали, какъ предназначенныя на служеніе языческимъ богамъ, а потомъ, и во время христіанской религіи, оставалась таже категорія вѣвоборотныхъ вещей. Онѣ подраздѣляются, далѣе, на три вида: вещи священныя (*res sacrae*), освященныя (*res sanctae*) и частно-религиозныя (*res religiosae*).

1) *Вещи священныя (res sacrae)*, по опредѣленію «язычника» Гая (*Inst.*, 2, 4) суть посвященныя надземнымъ богамъ (*quae diis superis consecratae sunt*), а по словамъ «христіанина» Юстиниана—посвященныя Богу (*quae Deo consecratae sunt*). Въ противоположность *res sacrae* всѣ остальные вещи называются *res profanae*. Сюда относятся храмы, часовни, церковныя принадлежности (*vasa sacra*), одежды священнослужителей. Чтобы вещь сдѣлать священной, необходима была *consecratio* (посвященіе), совершаемая *per pontifices*. И наоборотъ, чтобы снять съ вещи священный характеръ, надлежало произвести *exsecratio*. Священныя вещи не могутъ быть предметами оборота за исключеніемъ продажи ихъ на выкупъ плѣнныхъ ¹⁾. Въ отличіе отъ *res sacrae* отчуждаемое церковное имущество, не предназначенное на богослуженіе, прозывается *bona ecclesiastica*.

2) *Вещи частно-религиозныя (res religiosae)*, по словамъ Гая, *quae diis manibus consecratae sunt* (посвященныя под-

¹⁾ § 8 J. 2. 1: *sacra—quae etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum.*

земнымъ богамъ, т. е. душамъ умершихъ). Это суть кладбища, мѣста погребенія умершихъ. Они были, именно, *частно-религиозными* предметами, потому что превращеніе собственной земли въ *res religiosa* зависѣло отъ воли совершающаго похороны. *Religiosum locum*, говоритъ Гай, *unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum*. Религиозная вещь, какъ изъятая изъ оборота, не могла быть продаваема; но заранѣе приготовленный склепъ (*senotaphium*), куда еще не положенъ покойникъ, могъ быть отчуждаемъ (былъ *res in commercio*), потому что онъ не считался *res religiosa* до тѣхъ поръ, пока въ немъ не происходило погребеніе. Родственники умершаго обладали своеобразнымъ похороннымъ правомъ (*ius sepulcrae*). Оно состояло, во-первыхъ, въ томъ, что они имѣли право требовать предоставленія имъ прохода къ мѣсту погребенія (*iter ad sepulcrum*) черезъ смежныя или сосѣднія имѣнія за соотвѣтствующее вознагражденіе (*iusto pretio*). *Iter ad sepulcrum* былъ, слѣдовательно, наравнѣ съ сервитутами, однимъ изъ ограниченій частнаго права собственности. Во-вторыхъ, родственники обладали правомъ на погребеніе въ фамильномъ склепѣ (*ius familiarium sepulcrorum*).

3) *Освященные вещи* (*res sanctae*) суть тѣ, которыя, какъ напримѣръ, городскія стѣны и ворота, *нѣкоторымъ образомъ* божескаго права (*sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt* (Гай, 2, 8). Таково начальное значеніе освященныхъ вещей; оно ведетъ происхожденіе отъ древней общеталійской религіи, требовавшей совершенія извѣстныхъ обрядовъ при основаніи города: съ согласія боговъ, основатель проводилъ борозду вокругъ предполагаемаго города; тамъ, гдѣ онъ поднималъ борозду, должны были находиться городскія ворота. Впослѣдствіи, когда древнія вѣрованія утратились, *res sancta* стала называться вещь, специально охраняемая закономъ, обладающимъ санкціей (аксанкціей, какъ мы знаемъ, именуется часть закона, содержащая наказаніе за нарушеніе его). Такъ, въ fr. 8 D. 1. 8 читаемъ: мы называемъ *sancta*, что не суть ни *sacra*, ни *profana*, но скрѣплено какой-либо санкціей, какъ бывають *leges sanctae*, подкрѣпленныя санкціей ¹⁾). На этомъ основаніи, все что обе-

¹⁾ Fr. 9 § 3 D. 1. 8: *proprie dicimus sancta, quae neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata, ut leges sanctae sunt, sanctione*

регалось отъ посягательства высшей уголовной карой (poena capitis), считалось какъ-бы (quodammodo) священнымъ предметомъ. Напримѣръ, особа представителя иностраннаго государства, посла, признавалась таковой (fr. 17 D. 50. 17: sancti habentur legati), на подобіе того, какъ послѣ первой сецессіи плебса были признаны sacrosancti народные трибуны, эти представители плебса, походившіе по своему положенію на иностранныхъ пословъ въ патриційскомъ Римѣ. Въ настоящее время «санкціонированными» предметами могутъ считаться тѣ, за поврежденіе которыхъ полагается особенно суровое наказаніе, напр., полотно желѣзной дороги.

IV. *Вещи публичныя*, т. е., предназначенныя для публичнаго пользованія (fr. 17 D. 50. 16: quae publicis usibus destinatae sunt) суть внѣ оборотныя. Сюда относятся крѣпости, порты, театры, дороги, рѣки и т. д. Кому принадлежать эти вещи? Одни писатели признаютъ ихъ за res nullius, но, согласнѣе съ источниками римскими считать ихъ принадлежностью государства ¹⁾. Они и приобрѣтаются посредствомъ отнятія ихъ отъ частныхъ лицъ на государственныя нужды, посредствомъ экспроприаціи. Частныя-же лица не могутъ приобрѣтать въ нихъ ни владѣнія, ни сервитутовъ, ни приобрѣтатся давностью Преторъ не допускаетъ какой-либо эксплуатаціи частныхъ лицъ интердиктомъ: ne quid in loro publico vel itinere foret. Такой внѣоборотный характеръ этихъ предметовъ можетъ быть уничтоженъ тѣми-же актами публичнаго или государственнаго права, которые созидаютъ res publicae, послѣ чего они превращаются въ обыкновенные предметы собственности государства или другихъ юридическихъ лицъ. Обратимъ вниманіе на пути сообщенія, эти существенныя res publicae: дороги и рѣки.

1) *Дороги* (viae), по дигестамъ (fr. 2 § 22, D. 43. 8), были троякаго рода: государственныя, проселочныя и частныя лороги (viarum quaedam publicae sunt, quaedam vicinales, quaedam privatae). а) *Государственныя* дороги (viae publicae)

enim quaedam sunt subnixae: quod enim sanctione quaedam subnixum, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum. Et interdum in sanctionibus adiicitur ut, qui ibi aliquid commisit, capite puniatur.

¹⁾ Fr. 6 § 1 D. 1. 8: universitates sunt, non singularum veluli quae in civitatibus sunt *theatra et studia et similia* et si qua alia sunt communia civitatis ideoque nec servus communis civitatis singularum pro parte intellegitur.

были устроены на счет государства консулами (*viae consulares*), преторами или вообще полководцами ради военных цѣлей (*viae militares*). Кромѣ военных цѣлей онѣ еще приобрѣтали и торговопромышленное значеніе. Содержимыя на счетъ специальныхъ налоговъ, онѣ были безусловно *res extra commercium*. б) *Проселочныя* дороги (*viae vicinales*) суть такія, которыя проложены по селамъ или ведутъ въ села (*quae in vicis sunt vel in vicos ducunt*). Если онѣ не составлены изъ частныхъ дорогъ (*ex collatione privatorum itinerum*), онѣ признаются публичными, виѣоборотными. Ремонтъ ихъ (*refectio*) возлагается на тѣ общины, гдѣ онѣ проходятъ. в) *Частныя* дороги (*viae privatae*) ведутъ по полямъ (*viae agrariae*) отъ имѣнія частныхъ лицъ, отъ публичныхъ дорогъ. Онѣ вполне принадлежать частнымъ лицамъ, помѣщикамъ; значить, онѣ суть *res in commercio*.

2) *Рѣки* (*flumina*) ¹⁾, какъ и дороги, были публичными и частными, а ручьи (*rivi*) — только частными путями сообщенія. Чѣмъ отличается рѣка отъ ручья? По величинѣ или по общепринятому взгляду среди побережныхъ жителей ²⁾. Какія-же рѣки были публичными предметами, какія — частными? *Flumen publicum*, какъ опредѣляетъ Кассій, есть постоянно текущая, невысыхающая рѣка (*flumen perenne, ἀέννας* — *quod semper fluat*). *Flumen privatum* есть *torrens* (потокъ) — рѣка, высыхающая лѣтомъ; послѣдняя есть собственность хозяевъ тѣхъ участковъ, гдѣ она течетъ. — Публичными рѣками могутъ всѣ безпрепятственно пользоваться: плавать по нимъ, ловить въ нихъ рыбу и т. д.; точно также допускается пользованіе побережнымъ пространствомъ для бичевника, сушки сѣтей, разгрузки и т. д. Все это публичное пользованіе совершалось подъ охраной преторскихъ интердиктовъ ³⁾. Русло (*alvens*) рѣки считается ея принадлежностью: пока рѣка течетъ, русло пребываетъ *extra commercium*, когда-же рѣка высыхаетъ или беретъ другое направленіе, отчего русло

¹⁾ *Kappeler*, d. Rechtsbegriff d. öffentlichen Wasserlaufs n. röm. Rechte, 1867.

²⁾ Fr. I § 1 D. 43. 12: *flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium*.

³⁾ Четыре водяные интердикта, какъ, вѣроятно, наиболее употребительные, подробно комментируются юристами въ четырехъ титулахъ (*tit. XII—XV*) 43-й книги *дигестъ*; ими охраняется правильный ходъ навигаціи, принятое теченіе рѣки и размѣръ берегового пространства.

обнажается (*alveus delelictus*)—оно превращается въ *res in commercio* (ибо высыхающая рѣка есть *res in commercio*) и дѣлится между побережными помѣщиками.

V. *Запрещенныя вещи*, согласно постановленіямъ закона, суть вмѣстѣ съ тѣмъ вѣоборотныя. Такъ, не дозволялось держать при себѣ различныя яды, приносящіе вредъ людямъ (*venena mala* — въ отличіе отъ ядовъ, приносящихъ въ извѣстной дозѣ пользу людямъ, *venena bona*); нельзя было приобрѣтать ихъ, торговать ими. Затѣмъ, были и запрещенныя книги (*libri prohibiti*). напримѣръ, изъ-за суевѣрнаго страха колдовства или магіи не допускались въ обращеніе *libri artis magicae, libri mathematicorum* (халдейскихъ астрологовъ).

Такъ обширна была категория вѣоборотныхъ вещей. Кромѣ нихъ, не входили еще въ составъ гражданскаго блага предметы, пребывающіе вѣ частнаго господства.

Б) *Предметы вѣ частнаго господства* (*res extra patrimonium, res nullius*). Въ самомъ началѣ второй книги институцій Гая и Юстиніана, въ которой говорится о предметахъ права — *de rebus*, указывается на то, что однѣ — *res in nostro patrimonio sunt*, другія — *extra patrimonium habentur*; послѣднія, далѣе, называются еще *res nullius*. Къ *res nullius* относятся, во-первыхъ, нѣкоторыя *res extra commercium* и, во-вторыхъ, тѣ изъ оборотныхъ вещей, которыми еще не овладѣлъ человѣкъ: дикія звѣри (*ferae bestiae*), новообразованный островъ на морѣ (*insula in mari nata*), заброшенныя вещи (*res derelictae*), кладъ (*thesaurus*) и т. д. Между двумя дѣленіями вещей (по признакамъ принадлежности къ обороту и принадлежности частному господству) имѣется совпаденіе только въ отношеніи общедоступныхъ вещей (*res communes omnium*): онѣ суть *res extra commercium* и *extra patrimonium*. Всѣ остальные вещи могутъ и быть изъятыми и входить въ оборотъ или въ сферу обладанія частнаго лица и государства. Во всякомъ случаѣ, настоящее дѣленіе еще болѣе относительнаго характера, чѣмъ предъидущее, потому что поступленіе *rei nullius* въ частное обладаніе (*occupatio*) есть дѣло случая (удачный уловъ рыбы, находка клада и т. д.).

Далѣе, обратимъ вниманіе на то, какъ отражаются въ правѣ различныя свойства предметовъ гражданскаго блага.

Отдѣлъ третій. Юридическое значеніе свойства предметовъ.

Наиболѣе извѣстныя свойства вещей, имѣющія значеніе въ гражданскомъ правѣ, суть: подвижность, потребляемость, заимчивость и дѣлимость вещей.

А) *Подвижность*. Дѣленіе на вещи недвижимыя и движимыя (*res immobiles* и *res mobiles*) въ римскомъ правѣ не имѣло такого распространеннаго значенія, какое ему отводится въ современной жизни. Оно обнаруживалось: 1) раньше другихъ случаевъ по вопросу о пріобрѣтательной давности: въ XII таблицахъ срокъ давности для недвижимостей—2 года, а для движимостей—1 годъ, а при Юстиніанѣ—для недвижимостей 10 и 20 лѣтъ, а для движимостей—3 года; 2) по вопросу о защитѣ владѣнія: для защиты недвижимости существовали одни интердикты (*interdicta uti possidetis, unde vi*), для защиты движимости—другіе (*interdicta utrubi*); 3) по вопросу о способѣ пріобрѣтенія права собственности: императоромъ Θεодосіемъ II было постановлено дѣлать отмѣтки о каждомъ переходѣ недвижимости отъ одного владѣльца къ другому въ книгѣ кадастра (общаго размежеванія, произведеннаго правительствомъ, съ указаніемъ величины налоговъ съ имѣнія, его сервитутовъ и т. д.); вмѣстѣ съ тѣмъ послѣ пріобрѣтенія недвижимости новымъ лицомъ, надлежало совершить особый актъ ввода во владѣнія съ вѣдома правительственной власти. Настоящія постановленія римскаго права объ обращеніи недвижимостей, не успѣвшія, повидимому, стать общеобязательными, получили общеобязательное значеніе на западѣ Европы въ нашѣмъ вѣкѣ; именно, на нихъ можно смотрѣть какъ на элементъ той солидной и существеннѣйшей въ развитомъ гражданскомъ быту юридической системы, которая называется *ипотечной* системой. Съ существомъ ея вы познакомитесь изъ курса общаго гражданского права.

1) *Недвижимости*—вещи, не перемѣщаемыя безъ измѣненія существа ихъ (*salva rei substantia*, какъ иногда говорится въ источникахъ). Это—почва (*solum*) и все съ ней связанное (*res soli*).

1) *Solum* (почва) дѣлилась на италійскую и внѣиталійскую (провинціальную). Это дѣленіе имѣло значеніе въ старинномъ римскомъ правѣ относительно пріобрѣтенія: только

посредствомъ манципаціи приобрѣтались *praedia in italico solo* (*res mancipii*). Земля виѣгородская называется *ager*, городской участокъ незастроенной земли—*ager*.

2) *Res soli*—вещи, связанныя съ землей; связь можетъ быть природной или искусственной. Вещи, природно соединенныя съ землей, составляютъ какъ-бы часть земли: травы, деревья, минералы; вещи, искусственно связанныя съ почвой, суть различныя постройки (городскія—*aedes*, сельскія—*villae*)

Общее, болѣе употребительное, названіе недвижимостей—*praedia*; они, какъ мы знаемъ, бываютъ *praedia urbana* и *rustica*. Различіе между ними сначала было буквальное, по мѣстоположенію; а затѣмъ, какъ говорятъ источники (fr. 195 D 50. 16): *praedium non locus facit, sed materia*—свойство недвижимости опредѣляетъ не мѣстоположеніе ея, а составъ. Это значитъ, что имѣнія, приносящія доходъ *in natura*, плодами или дарами самой природой (виноградники, оливковыя сады, огороды и т. д.)—суть *praedia rustica* (хотя-бы находились въ городахъ), а приносящія доходъ деньгами (меблированныя комнаты, конюшни, сады для прогулокъ и т. под.)—*praedia urbana* или *suburbana* (хотя-бы были въ деревняхъ).

II) *Движимости*—вещи, перемѣщаемыя безъ поврежденія существа ихъ. Сюда относятся: *res mobiles* въ смыслѣ неодушевленныхъ предметовъ и *res sese moventes*—одушевленные предметы: рабы, рыбы, всякія животныя дикія и прирученныя. Совокупность движимыхъ вещей, составляющихъ предметъ торговли, называется *товаръ* (*merx*—*mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*, fr. 66 D 50. 16), а движимости, отдѣленные отъ недвижимости, съ которой онѣ были связаны (деревья, двери и мн. др.), называются въ источникахъ *res mobilia*.

Означенное дѣленіе касается только тѣлесныхъ вещей, *res corporeales*. Римляне не прилагали его къ *res incorporeales*. Въ позднѣйшей-же (не-римской) практикѣ встрѣчался вопросъ о распространеніи дѣленія на безтѣлесныя вещи, различныя права. Юристы разрѣшали въ зависимости отъ того, какихъ предметовъ касаются права: права на недвижимость—суть права на недвижимость (напр., *emphyteusis, superfucies*), права на движимости—суть движимыя вещи (напр., наемъ или залогъ движимой вещи, и т. д.).

Б) *Потребляемость* вещей. Еще дѣлятся вещи, съ точки

зрѣнія судьбы ихъ при пользованіи ими, на *res quae usu consumuntur (tolluntur) vel minuuntur* или, какъ ихъ романисты назвали, *res consumptibiles* (потребляемыя вещи) и какъ прямая противоположность имъ, *res non consumptibiles* (непотребляемыя вещи). Примѣръ потребляемыхъ вещей: хлѣбъ, вино, вода; примѣръ непотребляемыхъ—недвижимости. Юридическое значеніе настоящаго дѣленія сказывается: 1) въ томъ, что предметомъ нѣкоторыхъ отношеній (личныхъ сервитутовъ: *ususfructus* и *usus*) могутъ быть, строго говоря, только непотребляемыя вещи (узифруктъ *gerunt, quae usu consumuntur* былъ допущенъ лишь впоследствии, по исключенію; то былъ *quasi-ususfructus*); 2) предметами нѣкоторыхъ обязательствъ (договора ссуды) могутъ быть точно также только непотребляемыя вещи.

Однако, на сколько шатко рассматриваемое дѣленіе, видно изъ того, что существуетъ разногласіе, куда относить такія вещи, какъ носильное платье или деньги? Относительно платья (*vestimentum*) имѣется противорѣчіе въ источникахъ: въ одномъ мѣстѣ (§ 2 I. 2. 4) платье отнесено къ потребляемымъ вещамъ, на которыя нельзя установить узифрукта; а въ другомъ мѣстѣ (*fr. 9 § 3 D 7. 9*) *vestis* можно отдавать въ узифруктъ съ возвратомъ платья хотя-бы въ изношенномъ видѣ (*vestem attritam*). О деньгахъ, правда, спору не было; ихъ *приближамъ* къ потребляемымъ вещамъ съ большою натяжею (§ 2 I. 2. 4): *quibus (i. e. rebus consumptibilibus) proxima est pecunia numerata; namque in ipso usu assidua permutacione quodammodo extinguitur, т. е.,* деньги подходят очень близко къ потребляемымъ вещамъ, потому что онѣ нѣкоторымъ образомъ уничтожаются при самомъ употребленіи вслѣдствіе постояннаго обращенія. Наконецъ, шаткость рассматриваемаго различія вещей очевидна еще изъ того, что по своему усмотрѣнію контрагенты могутъ считать вещи потребляемыми за непотребляемыя: напр., тѣже деньги дозволяется принимать за *res non consumptibiles* (*fr. 4 D 13. 6*).

В) *Замѣняемость* вещей. Иногда въ гражданскомъ оборотѣ вещи опредѣляются по ихъ родовымъ признакамъ; обозначается количество таковаго-то рода (*genus*) вещей: столько-то лошадей, коровъ и т. д. Иногда вещь опредѣляется по видовому признаку (*species*): такая-то лошадь, такая-то корова. Различіе между родовыми (*res in genere*) и видовыми предметами (*res in specie*) можетъ быть очень существенно въ

обязательственныхъ отношенійхъ: когда покупается *res in genere*, требуется доставить любыя вещи даннаго рода въ надлежащемъ количествѣ; когда приобретається *res in specie* необходимо передать, именно, данную, а не какую-либо другую вещь того-же рода. Значить, родовые предметы допускають замѣну однихъ другими того-же рода, видовые не допускають замѣны. Въ силу этого положенія формулируется такимъ образомъ отвѣтственность въ обязательственныхъ отношеніяхъ:

1) *genus perire non videtur*—родъ предметовъ не признается уничтоженнымъ. Такимъ образомъ, если кто обязался продать столько-то головъ скота (коровъ, овецъ и т. д.), онъ обязанъ выполнить договоръ, хотя-бы у него случайно погибло наличное количество. Наоборотъ; 2) *species perit ei cui debetur*—видъ погибаетъ для того, кому кто обязанъ. Такъ, обязанный доставить такую-то лошадь, освобождается отъ договора, если эта лошадь случайно погибаетъ. Въ одномъ мѣстѣ дичестъ (fr. 2 § 1 D 12. 1), гдѣ говорится о договорѣ займа, сообщается слѣдующее: *mutui datio in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistant, quae in genere suo magis functionem recipiunt, quam in specie*, т. е., предметомъ отдачи въ заемъ бываютъ вещи, опредѣляемыя вѣсомъ, числомъ и мѣрой, которыя служатъ въ оборотѣ, будучи чаще обозначенными по роду своему, чѣмъ по виду. Юристъ XVI вѣка Цазій подчеркнул въ этомъ фрагментѣ выраженіе “*functionem recipiunt*” и назвалъ вещи перваго рода, опредѣляемыя вѣсомъ, числомъ и мѣрой—*res fungibiles*, замѣнимыми вещами, остальные—*res non fungibiles*.

Басательно замѣнимыхъ вещей примѣняется такое положеніе: *tantundem eiusdem qualitatis est idem*, т. е., тождественно (значить, замѣнимо) одно и тоже количество того-же качества: фунтъ хлѣба отъ любого каравайя того-же хлѣба, аршинъ сукна отъ какого-угодно куска того-же сукна и т. д. Наиболѣе ходячимъ изъ замѣнимыхъ предметовъ являются деньги. Но и замѣнимыя вещи, если онѣ описываются болѣе конкретнымъ образомъ, превращаются въ незамѣнимыя; напр., отказывается по завѣщанію *pecunia, quae in arca est* (деньги въ сундукѣ), *vinum quod in illis doliis* (вино въ тѣхъ-то бочкахъ), *pondus argenti quod in illis horreis* (количество золота въ томъ-то магазинѣ) и т. д.—Значеніе настоящаго дѣленія важно въ обязательственномъ правѣ: 1) по договору займа, (*contractus mutui*), согласно которому вещь, какъ поступивша

въ собственность должника, можетъ быть отчуждена послѣднимъ,—предметомъ займа считается *res fungibilis (tantundem eiusdem qualitatis)*; 2) предметомъ договора поклажи (*contractus depositi*) признается *res non fungibilis*.

Хотя, какъ мы видѣли классификація вещей по замѣняемости ихъ ведетъ происхожденіе отъ римскаго дѣленія на *res in genere* и *in specie*, она не всегда совпадаетъ съ нимъ. Замѣнимость есть болѣе широкій признакъ, чѣмъ понятие рода: по особому соглашенію контрагентовъ *res fungibiles* могутъ быть вещами различныхъ родовъ: за такую-то сумму доставить кирпичъ или дерево, камень или желѣзо и т. д. Но если нѣтъ спеціальнаго соглашенія, *res fungibiles* предполагаются *res in genere*.

Г) *Дѣлимость*. Природа допускаетъ дѣленіе всякихъ вещей, не опредѣляя конца ему: даже вещи самой ничтожной величины, части микроскопическія подлежатъ дальнѣйшему дѣленію; самое существованіе атомовъ, недѣлимыхъ и невѣсомыхъ частицъ, есть условно допустимое, только мыслимое, а не реальное. Другое дѣло—юридическое дѣленіе. Оно допустимо, на сколько вещь разлагается на части *съ сохраненіемъ ея сущности и цѣльности* (fr. 35 § 3 D 6. 1: *eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat*). Напримѣръ, животное юридически недѣлимо, такъ какъ оно уничтожается. Вотъ, съ этой юридической точки зрѣнія вещи дѣлятся на *res dividuae* (дѣлимыя) и *res individuae* (недѣлимыя).

I. *Res dividuae*, дѣлимыя вещи, суть: 1) недвижимости: земля и возведенныя на ней зданія. Земля дѣлится проведеніемъ границъ на отдѣльные земельные участки; если добровольнаго соглашенія о границахъ не было, дѣло разсматривалъ спеціальный судъ: *iudicium finium regundorum*. Зданія раздѣляются постройкой смежной стѣны или по этажамъ ¹⁾, 2) изъ движимостей преимущественно дѣлимы тѣ, которыя опредѣляются вѣсомъ, числомъ и мѣрою, т. е., *res fungibiles*. Кромѣ помянутаго иска объ опредѣленіи границъ (*iudicium finium regundorum*) въ источникахъ упоминаются еще два иска

¹⁾ Fr. 6 § 1 D 8. 4: *quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas dividerit, ut plerique faciunt; nam et hic pro duabus domibus accipi debet.*

о дѣлѣжѣ: *familiae herciscundae* (о дѣлѣжѣ общаго наследства) и *communi dividundo* (о дѣлѣжѣ общей собственности).

Раздѣльные части, ведущія самостоятельное существованіе независимо отъ самаго цѣлаго, называются *partes pro diviso* или *partes divisae*.

II. *Res individuae*, недѣлимые вещи суть тѣ, которыя не разлагаются на части безъ вреда для самой вещи (fr. 26 § 2 D 30:— *sine damno divisio earum fieri non potest*). Когда шелъ споръ многихъ лицъ о нераздѣльной вещи, то дѣлилась между ними стоимость ея (сумма денегъ) или, она присуждалась одному съ возлагаемымъ на него обязательствомъ вознаградить другихъ за ихъ части.

Въ противоположность раздѣльнымъ частямъ (*partes pro diviso*) римское право упоминаетъ о *нераздѣльныхъ или интеллектуальныхъ частяхъ* (*partes pro indiviso* или *partes indivisae*). Напримѣръ, у нѣсколькихъ господъ имѣется общій рабъ; каждому господину принадлежитъ пропорціональная интеллектуальная часть (*pars pro indiviso*) въ этомъ *servus communis*¹⁾. Вообще, такія интеллектуальныя части бываютъ, когда одна и таже вещь принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности (*condominium*). Въ этомъ случаѣ какія-либо дѣйствія относительно общей собственности предпринимаются съ общаго согласія сохозяевъ²⁾.— Относительно существа интеллектуальныхъ частей мнѣнія въ литературѣ двояки. Одни писатели полагаютъ, что *partes pro indiviso* суть *части раздѣленнаго права* на общую вещь. Съ этой точки зрѣнія и дѣлятъ права на дѣлимые (право собственности, узупруктъ и т. д.) и недѣлимые (*usus*, вещные сервитуты). Другіе романисты *partes pro indiviso* считаютъ мыслимыми *частями цѣльности* вещи. Это второе мнѣніе болѣе согласуется со словами римскихъ источниковъ (напр. fr. 5 § 15 D 13. 6:— *totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*)³⁾.

¹⁾ Fr. 5 D 45. 3: *servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis ut intellectu magis partes habeant quam corpore.*

²⁾ Fr. 28 D 10. 3: *Sabinus, in re communi neminem dominorum iure facere quodquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse, in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat.*

³⁾ *Scheuri, d. Theilbarkeit d. Ruhti, 188.*

Въ заключеніе настоящей главы ученія о благѣ гражданскомъ, взглянемъ еще на юридическое значеніе вещей въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ.

Отдѣлъ четвертый. Взаимное отношеніе вещей въ правѣ гражданскомъ.

Прежде всего вещи въ ихъ взаимныхъ правоотношеніяхъ подраздѣляются на совершенно)независимыя одна отъ другой и на вещи, ведущія существованіе,?)зависимое отъ другихъ вещей. Такъ, земельные участки независимы одинъ отъ другого, а строснія существуютъ, доколѣ существуетъ земля. Вещи перваго рода называются главными (*res principales*), вещи втораго рода—придаточными (*accessiones* или *res accessoriae*). Взаимное отношеніе между главой и придаточной вещью опредѣляется извѣстнымъ правиломъ: *accessio rei principali cedit* (fr. 19 § 13 D 34. 2); это-же правило передается другими словами: *res accessoria sequitur rem principalem*, т. е., судьба придаточной вещи опредѣляется по судьбѣ главной вещи: судьба дома — по судьбѣ земельного участка, судьба пурпура по — платью, въ которое вшили его, и т. д. Цѣнность вещи не имѣетъ значенія; будь придаточная вещь очень высокой цѣнности, она отъ того не станетъ главной. Напримѣръ, пурпуръ очень цѣнится — и все-же считается *res accessoria* въ отношеніи платья (§ 26 I. 2. 1: *si tamen alienam purpuram quis intexit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento*). Такъ, спрашивается, какимъ-же образомъ распознавали: какая изъ двухъ вещей главная, какая—придаточная?

Приводятся три признака отличія главной вещи отъ придаточной: 1) необходимо чтобы одна вещь была *зависима отъ своего существованіи* отъ другой вещи; чтобы одна была *conditio sine qua non* для другой вещи¹⁾; напр., постройка не можетъ существовать безъ земли, на которой она возведена (*aedificium sine solo esse non potest*). Вещь зависимая будетъ придаточной, а та, отъ которой зависеть, главной вещью. 2) Кроме зависимости, признакомъ отличія бываетъ еще *служебность* вещи. Именно, если одна вещь только для того

¹⁾ Fr 23 § 3 D 6. 1: *sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa re esse non potest.*

и существуетъ, чтобы служить, быть полезной для другой вещи (окна, двери, замки и т. д.), то вещь, отправляющая свое служебное назначеніе, будетъ придаточной по отношенію къ той, которой она служить (двери въ отношеніи дома, замокъ въ отношеніи дверей и т. д.). 3) Третьимъ признакомъ отличія главной вещи отъ придаточной бываетъ *преобладаніе* одной вещи надъ другою при соединеніи ихъ. Если при соединеніи двухъ вещей (напримѣръ, помѣщеніе драгоценнаго камня въ кольцо, вшитіе пурпура въ платье, и т. д.), въ результатѣ одна вещь преобладаетъ (по этой вещи называется цѣлое: *annulus, vestimentum* и т. д.), преобладающая будетъ главной, другая—придаточной.—Таковы три признака отличія *res principalis* отъ *accessio*. Но какъ на практикѣ было ихъ распознать, (напримѣръ, служебность вещи), то было вопросомъ факта¹⁾, который опредѣлялся въ связи съ различными обстоятельствами жизни (*visu atque usu rei consuetudine partisfamilias*)²⁾.

Виды придаточныхъ вещей очень разнообразны и казуистичны: строения, растенія, клады, прибрежная приморна, украшенія разныхъ вещей и мн. др. Заслуживаютъ особаго вниманія вопросы о принадлежностяхъ вещей, плодахъ и издержкахъ.

А) *Принадлежности*³⁾. Принадлежности (*pertinentia, res pertinentes*) называются¹⁾ отдѣльныя вещи, которыя, будучи поставлены²⁾ въ постоянную связь съ другою вещью,³⁾ обуславливаютъ или облегчаютъ пользованіе ею; напр., ключи отъ дома, сосуды для вина и т. д. Юридическое значеніе принадлежностей состоитъ въ томъ, что онѣ разсматриваются въ гражданскихъ сдѣлкахъ какъ-бы частью вещи (*pars, quasi—pars rei*), а потому неизбѣжно слѣдуютъ судьбѣ главной вещи (если, конечно, между контрагентами не бываетъ особой оговорки касательно принадлежностей). Особенно часто поднимается рѣчь о принадлежностяхъ при толкованіи отказовъ по завѣщанію, договоровъ купли—продажи и залоговыхъ: вмѣстѣ съ главною вещью отказывается и принадлежность и т. д.

¹⁾ Fr. 19 § 13 D 34. 2: *quum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur* § 15:—если жемчугъ украшаетъ золото, онъ—придаточная вещь, если наоборотъ, золото—вещь придаточная.

²⁾ Fr. 29 D 34. 2: *utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei consuetudine patrisfamilias aestimandum est.*

³⁾ *Funcke, d. Lehre v. d. Pertinenzen, 1827.*

Въ виду такого важнаго практическаго значенія принадлежностей, назовемъ признаки и нѣкоторыя примѣты ихъ.

I. *Три слѣдующіе признака* принадлежностей находятъ въ римскихъ источникахъ. Въ качествѣ *перваго* признака, требуется *служеніе ради пользованія* или удобства главной вещи. Въ fr. 91 § 5 D 32 читаемъ: нѣкто владѣлъ домомъ и приобрѣлъ сосѣдній садъ въ интересахъ дома, а потомъ отказалъ домъ по завѣщанію (спрашивается, входитъ-ли садъ въ легатъ, какъ принадлежность дома): если завѣщатель приобрѣлъ садъ ради дома, чтобы онъ болѣе отвѣчалъ требованіямъ удобства и здоровья, и присоединилъ его къ дому, устроивъ входъ въ садъ изъ дому, садъ, какъ принадлежность дома, заключается въ легатѣ. Значить, если-бы купленнымъ садомъ иначе пользовался хозяинъ — не сдѣлалъ-бы его частью своего жилья, а оставилъ-бы его въ изолированномъ положеніи (выжидая, положимъ, случая перепродать съ хорошей наживой), садъ не былъ-бы принадлежностью дома. *Вторымъ* признакомъ принадлежности полагается *постоянство* или, по крайней мѣрѣ, *продолжительность служенія* вещи (fr. 17 § 7 D 19. 1: *Labeo generaliter scribit, ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificiis esse*). Напр., если для постояннаго украшенія лѣстницы или комнаты сдѣлаво углубленіе въ стѣнѣ, въ которое и поставлена статуя, послѣдняя считается принадлежностью. Наоборотъ, если служеніе одной вещи на пользу другой временно, нѣтъ принадлежности (fr 17 § 7 D. 1. c. *quae vero ad praesens, utputa fistulae temporis quidem causa positae, non sunt aedium*). Напр., временно положенныя водопроводныя трубы (*fistulae*) не суть *res perinentes*. Однако, когда происходитъ временная *пристановка* въ постоянномъ служеніи, не теряется характеръ принадлежности (fr 17 § 10 D 19. 1: *ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificiis sunt*); напримѣръ, снимаются двери или ставни при починкѣ дома, снимается досчатая крыша со двора на лѣто съ тѣмъ, чтобы положить ее на мѣсто зимою (fr 242 § 4 D 50. 16). *Третій* признакъ принадлежности: *уже начатое служеніе* придаточной вещи. Если служеніе не начиналось, нѣтъ еще принадлежности, Напримѣръ, то, что только приготовлено и еще не вложено или не застроено въ зданіи, не есть его принадлежность (fr 17 § 10 D. 1. c: *at quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificiis*). Значить, заготовленный строевой матеріалъ для ремонта зданія, при про-

дажѣ или залогѣ дома не составляетъ предмета продажи или залога.

II. *Примѣры* принадлежности весьма многочисленны: 1) въ отношеніи *недвижимости*: какъ сами недвижимости, напримѣръ, садъ (*hortus*), пастбище (*saltus*),—такъ и движимости, напримѣръ, навозъ для удобренія (*sterculinum*), солома на подстилку скоту (*stramentum*), ключи, замки, рамы, все привязанное и прикрѣпленное къ дому (*vincta fixaque*) и многіе другіе; 2) въ отношеніи *движимости* принадлежностью считается только движимая вещь: сосудъ для вина, птичья клѣтка, парусъ и т. д.

Кстати сказать, движимости, не составляющія принадлежности недвижимостей, назывались *ruta caesa* (Fr. 66 § 2 D. 18. 1; *ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt*). Этотъ терминъ объясняется такъ (fr. 17 § 6 D. 19. 1): *ruta* есть все *отрытое* (*eruta*): песокъ, мѣлъ и т. п., *caesa* есть все *срубленное*: деревья, уголья.

Любопытно еще то, что такъ называемый инвентарь имѣнія (*instrumentum fundi*), обнимающій скотъ и земледѣльческія орудія, по римскому праву не считался принадлежностью имѣнія. Поэтому, если завѣщано имѣніе, его инвентарь не иначе становится принадлежностью легата, если объ этомъ специально упомянуто завѣщателемъ (fr. 14 D. 33. 10).

B. *Плоды* ¹⁾. Плодомъ въ широкомъ смыслѣ называется правильно поступающій кознейственный доходъ, получаемый съ какого-либо имущества. Хотя у римлянъ не было термина для обозначенія плода въ этомъ широкомъ значеніи, но самое значеніе было извѣстно, о чемъ можно судить изъ fr. 77 D. 50. 16: *frugem pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeditus, cretifodiis lapidicinis capitur, Iulianus scribit*. Романисты различаютъ двѣ категоріи плодовъ въ широкомъ значеніи: *fructus naturales*—естественные плоды, какъ достояніе самой природы, и *fructus civiles*—гражданскіе плоды въ смыслѣ доходовъ съ капитала.

I. *Fructus naturales* суть органическія произведенія вещи, отдѣляющіеся отъ нея періодически безъ измѣненія существа самой вещи. Сюда принадлежатъ: овощи (*legumen*), хлѣбъ (*frumentum*), сѣно (*foenum*), молоко, приплодъ (*foetus animalium*) и т. д. Но дѣти рабыни (*partus ancillae*) сюда не от-

¹⁾ Göppert, über die organische Erzeugnisse, 1869.

носятся, ибо было-бы неразумно, говорят римскіе юристы, считать въ числѣ плодовъ человѣка, между тѣмъ какъ природа доставляетъ плоды для человѣка (fr. 28 § 1 D 22. 1). Потомство рабыни признавалось *accessio*, а не *fructus*. Какой-же толкъ въ этомъ? А вотъ, было какое послѣдствіе этого положенія: если собственникъ устанавливалъ узуфруктъ въ своей рабынѣ въ пользу другого лица (узуфруктуарія, который могъ, на примѣръ, пользоваться услугами рабыни, какъ домашней прислуги), то ребенокъ рабыни не поступалъ въ собственность узуфруктуарія, ибо онъ не считался приплодомъ (*fructus*), на который имѣлъ-бы право узуфруктуарій, а признавался какъ *accessio*, принадлежностью хозяина рабыни.

Въ понятіи *fructus naturales* три признака: 1) они суть произведенія *органическія*, а не механическія, сюда не подходят, на примѣръ, проценты за пользованіе капиталомъ, арендная плата и т. п.; 2) они суть произведенія, получаемыя периодически; значить, срубленный лѣсъ (*silva caedua*) по правиламъ лѣснаго хозяйства, имѣющаго въ виду новое наростаніе деревьевъ, будетъ плодомъ, а неправильныя порубки лѣса не будутъ *fructus naturales*; 3) они суть произведенія, получаемыя *безъ измѣненія цѣнности* (существа) плодоносящей вещи; поэтому, добываніе въ землѣ камней или металловъ (рудный промыселъ), не уменьшающее цѣнности земной поверхности, считаются также за добываніе *fructus naturales* ¹⁾.

Говоря о плодахъ, необходимо помянуть о разнообразныхъ юридическихъ терминахъ, обозначающихъ правовыя состоянія плодовъ: 1) *fructus stantes* или *pendentes* — висячіе плоды, т. е. еще не отдѣленные отъ главной вещи; они составляютъ часть главной вещи и, конечно, принадлежать собственнику вещи, о чемъ говорится въ fr. 44 D. 6. 1: *fructus pendentes pars fundi videntur*; 2) *fructus separati* — отдѣленные отъ плодоносящей вещи; они составляютъ самостоятельныя вещи; 3) *fructus percepti* — такіе отдѣленные отъ вещи плоды (fr. *separati*), которыми овладѣло лицо, пользующееся плодоносящей вещью; они поступаютъ въ собственность этого лица (узуфруктуарія); 4) *fructus percipiendi* — плоды, которыми не овладѣлъ, но могъ-бы въ-время овла-

¹⁾ Fr. 7 § 14 D. 24. 3:—*si cretifodinae, argentifodinae, vel auri, vel cuius alterius materiae sunt, vel arenae, utique in fructu habebuntur.*

дѣть (если-бы имъ не далъ испортиться и т. п.) тотъ, кто пользуется плодоносящей вещью; за нихъ отвѣчаетъ предъ хозяиномъ вещи *недобросовѣстный* узуфруктуарій ¹⁾; 5) *fructus consumpti*—плоды, уничтоженные физически или юридически (проданные и т. п.) въ противоположность *fructus exstantes*—еще неуничтоженнымъ плодомъ, существующимъ *in natura* у владѣльца плодоносящей вещи; 6) *fructus futuri*—плоды ожидаемые, въ отличіе отъ *fructus existentes*—уже появившихся плодовъ.

II. *Fructus civiles*—выгоды, не связанныя органически съ самой вещью; сюда относятся наемная плата (*penzio*), проценты (*usurae*) и др. Въ источникахъ они называются *ea, quae pro fructibus accipiuntur* (fr. 36 D. 22. 1), *vicem fructuum obtinet* (*usura*) ²⁾. Скажемъ нѣсколько словъ о процентахъ.

Проценты (*foenus, usurae*) суть ¹⁾доходы съ капитала (*sortes, caruti*), получаемые капиталистомъ за предоставленіе другому лицу пользованіе означеннымъ капиталомъ (состоящимъ изъ *res fungibiles*)²⁾ по договору или по закону.

1) *Договорные* проценты (*usurae conventionales*) платитъ должникъ, обязавшійся по словесному обязательству (*stipulatio*) или неформальному договору (*pactum*), или по волѣ завѣщателя (въ видѣ *legatum*).

2) *Законные* проценты (*usurae legales*) суть такіе, которые подлежатъ уплатѣ по предписанію закона. Сюда относятся: такъ-называемые *usurae morae*—проценты должника за просрочку (*morae*) обязательства, процессуальные проценты и мн. др. ³⁾.

Римское право знало немало законовъ, устанавливавшихъ *maximam* процентовъ. При Юстиніанѣ *maximam* обыкновен-

¹⁾ Именно, недобросовѣстный узуфруктуарій отвѣчаетъ съ того момента гражданскаго процесса, который называется *litis contestatio* (послѣ выдачи формулы въ формулярномъ процессѣ или по выслушаніи возраженій отвѣчика въ позднѣйшемъ процессѣ).

²⁾ Плоды и принадлежности вмѣстѣ приходятъ въ выраженіе: *omnis causa*; требовать *rem cum omni causa*—значитъ, требовать ее со всеми принадлеженіями, плодами и принадлежностями.

³⁾ На основаніи fr. 6 pr. D. 22. 1: нѣкоторые романисты прежде кромѣ договора и закона считали за основаніе взиманія процентовъ еще самый фактъ продолжительной уплаты процентовъ (*longum tempus*); но теперь означенный фрагментъ толкуется въ томъ смыслѣ, что продолжительная уплата не есть основаніе для требованія процентовъ, а есть одно изъ доказательствъ процентнаго долга, которое также можетъ быть оспорено, какъ и всякое другое доказательство.

ныхъ процентовъ равнялся 6 проц. (*usurae semisses*), а по морскому займу—12 проц. (*foenus nauticum*), для *illustres*—4 проц., отъ сельскихъ обывателей—не болѣе $4\frac{1}{2}$ проц. и т. под. Сумма процентовъ просроченныхъ не должна превышать сумму капитала (не должна быть *ultra alterum tantum*); иными словами, когда сумма незаплаченныхъ процентовъ достигнетъ суммы капитала, дальше проценты уже болѣе не взимаются.

Взиманіе процентовъ на проценты (*usurae usuratum*) такъ называемый *anatocismus*, запрещается. Поэтому, неуплаченные проценты не присоединяются къ капиталу для образованія новаго фонда, по которому текли-бы сложные проценты (не допускается *anatocismus coniunctus*); вмѣстѣ съ тѣмъ, они не образуютъ и отдѣльнаго капитала, который приносилъ-бы особые проценты (не допускается *anatocismus separatus*).

Наконецъ, не допускается при самомъ заключеніи займа удерживать впередъ проценты; напр., нельзя было поступить такъ, какъ это теперь нерѣдко дѣлается ростовщиками: даютъ 1000 рублей на извѣстный срокъ по 10 проц. и удерживаютъ тутъ-же 100 руб., такъ что должникъ получаетъ всего 900 руб. наличныхъ.

В. *Иждержки* (*impensae seu expensae*) суть денежные затраты на чужую вещь, совершенныя вѣтъ-либо въ интересахъ собственника вещи. Въ противоположность плодамъ, увеличивающимъ собственное имущество, иждержки уменьшаютъ его; плоды есть плюсъ, иждержки—минусъ. Такъ, почему-же иждержки составляютъ разновидность *res accessoriae*? А потому, какъ это видно изъ даннаго нами опредѣленія, что подъ *impensae* понимаются затраты, увеличивающія чужое имущество; напр., расходы мужа на приданое жены, расходы опекуна на имущество пупила и т. д. Истецъ-хозяинъ нерѣдко обязанъ бываетъ вознаграждать отвѣтчика за понесенныя имъ иждержки на требуемую вещь. При этомъ вопросы о вознагражденіи за иждержки *impensae* различаются по тремъ категориямъ: иждержки необходимыя (*impensae necessariae*), полезныя (*utiles*) и прихотливыя (*voluptariae*).

I. *Impensae necessariae*—иждержки необходимыя въ тѣхъ видахъ, чтобы вещь не потеряла въ своей цѣнности. Опредѣленіе юристовъ: *necessariae impensae sunt quae fiunt, ne res deterior fiat*—иждержки предпринимаемыя, чтобы вещь не стала хуже.

Таковы всѣ издержки на ремонтъ дома, на веденіе процесса, собираніе плодовъ, похороны и т. д.

II. *Impensae utiles*—издержки полезныя въ томъ значеніи, что онѣ увеличиваютъ цѣнность вещи. По опредѣленію юристовъ, *quae fiunt ut res melior fiat*—предпринятыя для того, чтобы вещь стала лучше въ экономическомъ отношеніи. Напримѣръ, возобновленіе сгорѣвшаго дома, излеченіе больного животнаго, насажденіе плодовыхъ деревьевъ и т. д.

III. *Impensae voluptariae* (*voluptuosae*)—издержки прихотливыя, удовлетворяющія личному удовольствію: *ut res amoenior fiat*—чтобы вещь была болѣе привлекательной; напр., украшеніе вещи живописью, инкрустаціями и т. д. Fr. 79 § 2 D. 50. 17:—*quae speciem duntaxat ornant, fructum non augent, ut sunt viridiae* (растенія), *et aquae salientes* (фонтаны), *incrustationes, loricationes* (обдѣлка), *pictura*.

Въ свое время мы поближе познакомимся съ характерными случаями изъ юридической практики, когда возникаютъ вопросы о вознагражденіи за понесенныя издержки. Теперь лишь замѣтимъ, что по общему правилу допускалось право на вознагражденіе только за необходимыя и полезныя (но не за прихотливыя) издержки, когда отвѣтчикъ обязанъ былъ возвратить вещь, на которую онъ издержался, хозяину ея. Для осуществленія этого права на вознагражденіе отвѣтчику предоставлялось *ius retentionis*, право удерживать при себѣ вещь до расплаты съ нимъ за издержки. И вотъ, положимъ, собственникъ предъявляетъ искъ къ владѣльцу, издержавшемуся на необходимый ремонтъ чужой вещи. Отвѣтчикъ, желающій получить отъ истца за расходы, предъявляетъ, въ свою очередь, возраженіе противъ иска по поводу издержекъ (*exceptio propter impensas*); при этомъ, онъ можетъ задерживать выдачу вещи до удовлетворенія его.

Все сказанное, какъ уже замѣтили, относится къ первымъ двумъ видамъ издержекъ. Что-же касается до *impensae voluptariae*, то отвѣтчикъ не имѣетъ права такимъ-же образомъ (т. е. при помощи *retentio* и *exceptio de impensis*) требовать за нихъ вознагражденія, но ему дается такъ называемое *ius tollendi*; т. е. право снять устроенныя имъ украшенія съ вещи (картины со стѣнъ дома, убрать фонтаны и т. п.), если отъ того не пострадаетъ дальнѣйшая пригодность самой вещи.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ

Гражданское правомочіе.

Гражданскія нормы (или такъ называемое *объективное* право), какъ мы знаемъ, опредѣляютъ/требованія гражданскаго общества, предъявляемыя къ поведенію правоспособныхъ людей (*singuli*). Напримѣръ, если онѣ говорятъ, что собственникъ пропавшей вещи можетъ отыскивать ее въ натуральномъ видѣ у какого-бы то ни было владѣльца, — это значитъ, что по вопросу объ отыскиваніи (виндикаціи) пропавшей вещи существуетъ прежде всего требованіе, чтобъ истецъ былъ собственникомъ. Возможность поведенія (*facultas agendi*) въ гражданскомъ обществѣ, согласнаго съ его требованіями, называется технически гражданскимъ *правомочіемъ* или правомъ *субъективнымъ*, какъ принадлежащимъ извѣстному субъекту. Въ данномъ примѣрѣ правомочіемъ будетъ возможность хозяина искать возврата вещи отъ владѣльца. Мы нѣсколько остановимся на понятіи гражданскаго правомочія.

А) Очевидно, содержаніе правомочія обуславливается содержаніемъ соотвѣтствующей гражданской нормы, какъ требованія, которому должно отвѣчать поведеніе управомоченнаго. Само по себѣ гражданское правомочіе есть только возможность такого-то поведенія, а самое поведеніе опредѣляется уже гражданской нормой. Правомоченъ тотъ, у кого имѣются всѣ условія такого-то дѣйствія, требуемыя гражданской нормой, т. е. закономъ, обычаемъ или юридической практикой. Правоспособенъ всякій, т. е. всякій способенъ дѣйствовать въ отношеніи благъ гражданскихъ согласно съ нормами, а правомоченъ только тотъ, кто можетъ или кто въ силахъ такъ дѣйствовать, т. е. у кого на лицо всѣ данныя, требуемыя нормами: какъ, положимъ, въ вышеприведенномъ примѣрѣ тотъ, кто хозяинъ вещи. Такимъ образомъ, граж-

данское правомочіе (или субъективное право) есть /возможность пользоваться гражданскимъ благамъ, согласно съ юридическою нормою, сообщаемая гражданскимъ обществомъ людямъ правоспособнымъ. Правомочіе есть понятіе зависимое, опредѣляемое, а норма есть его опредѣляющее.

Однако, нѣкоторые писатели, желая дать опредѣленіе правомочія болѣе самостоятельное, желая какъ-бы наполнить его опредѣленіе содержаниемъ, независимымъ отъ его опредѣляющаго (юридическихъ нормъ), — включаютъ въ такое опредѣленіе различные признаки, безъ которыхъ, строго говоря, понятіе о правомочіи можетъ обходиться. Эти второстепенные признаки суть: дозволенность воли (Wollen-Dürfen), господство воли (Willensherrschaft), интересъ, мѣра свободы и др. Безспорно, всѣ эти слова и выраженія могутъ имѣть значеніе при *описаніи* явленій, въ которыхъ имѣется гражданское правомочіе. Но одно дѣло — описаніе, другое — опредѣленіе понятія. Повѣримъ сказанное.

Одни писатели (Пухта, Бринцъ, Виндшейдъ и др.), слѣдуя метафизической системѣ Гегеля, полагающаго центр тяжести гражданскаго права въ моментѣ воли человѣка, утверждаютъ, что правомочіе есть господство воли одного человѣка (Willensherrschaft) надъ внѣшнимъ міромъ и надъ волею другихъ людей, или, если не господство, то, по крайней мѣрѣ, преимущество одной воли предъ другою въ смыслѣ ея дозволенности (Wollen-Dürfen) къ дѣйствию по юридической нормѣ. Такое пониманіе правомочія во многихъ случаяхъ справедливо: болѣею частью оно пріобрѣтается на основаніи прямыхъ актовъ воли, договоровъ и другихъ юридическихъ сдѣлокъ, гдѣ дѣйствующія лица выражаютъ волю свою. Но, во-первыхъ, нерѣдки случаи правомочій, въ которыхъ объ актахъ воли не бываетъ рѣчи (напр., законныя ипотеки, право на вознагражденіе за вредъ и убытки); тутъ настоящей теоріи приходится дѣлать натяжку *предполагаемымъ* участіемъ воли. Во-вторыхъ, можетъ имѣть правомочіе и неспособный имѣть волю: несовершеннолѣтній, душевнобольной и т. д. Эта теорія незамѣтно приводитъ въ связь правомочіе съ дѣеспособностью; но, разумѣется, то и другое суть разныя понятія.

Другіе романисты (Герингъ и его послѣдователи) совершенно отвлеченное опредѣленіе правомочія, какъ воледозволенность, замѣняютъ другимъ конкретнаго свойства: субъек-

тивное право есть защищенный (юридической нормой) интересъ. Мѣсто психическаго признака, воли, занимаетъ экономическій признакъ, интересъ. И тутъ много правды. Интересъ, выгода или польза (*utilitas* ульпіановскаго опредѣленія) существуетъ въ каждомъ правомочіи; отъ римскихъ юристовъ сохранилось немало выраженій, изъ которыхъ логически выводить положеніе такого рода: нѣтъ интереса, нѣтъ и права ¹⁾. Но что-же такое интересъ? «*Id quod interest*» есть разница между тѣмъ, что могъ-бы имѣть человѣкъ (если-бы не было такого-то обстоятельства: просрочки долга, причиненія ущерба и т. д.) и тѣмъ, что онъ имѣетъ; интересъ есть та выгода или польза, на которую претендуетъ управомоченный. Значить, интересъ, какъ благо гражданское (*bonum, utilitas*), есть *предметъ правомочія*. И въ качествѣ такового, интересъ присущъ всякому правомочію, ибо нѣтъ безпредметнаго правомочія. Довольствоваться опредѣленіемъ гражданского правомочія, какъ защищеннаго интереса, значить брать *pars pro toto*, часть вмѣсто цѣлаго. Вотъ, почему и такое пониманіе неполно.

Третьи разумѣютъ подъ правомочіемъ *мѣру общежительной свободы*, опредѣляемой и охраняемой положительными нормами. Спору нѣтъ, свобода есть очень почтенное благо, вполне достойное охраны. И во многихъ случаяхъ гражданскихъ дѣйствій, какъ разъ предполагается свобода дѣйствій. Но развѣ свобода — единственное благо? Свобода есть условіе правоспособности, условіе отрицательнаго характера, указывающее на отсутствіе препятствій къ дѣйствию. Конечно, оно есть условіе такой-же первой необходимости, какъ воздухъ для органической жизни на землѣ, вода для рыбы. Свобода есть атмосфера права, внѣ которой человѣку нечѣмъ дышать. Но свобода только отрицательный элементъ, а въ правомочіи могутъ быть и положительные элементы. Въ Римѣ правоспособны были только свободные, не-рабы, не-плѣнные; въ современномъ пу-

¹⁾ Вотъ, напримѣръ, не-дѣйствителенъ словесный договоръ, по которому А общается В, что онъ дастъ деньги С, ибо у В нѣтъ интереса въ договорѣ (§ 12 J. 3. 19: *alteri stipulari nemo potest—ut alii detur nihil interest stipulatoris*). Также точно принимается искъ противъ повѣреннаго (*actio mandati*), если только въ дѣяніи повѣреннаго имѣется интересъ довѣрителя; иначе нѣтъ иска (*fr. 8 § 6 D 17. 1:—si nihil interest cessat mandati actio*).

бличномъ правѣ инья государства подробно направляютъ поведеніа людей въ нѣкоторыхъ вопросахъ жизни: вѣроисповѣданіа, передвиженіа, печатаніа и т. д. Слова «свобода вѣроисповѣданія, передвиженія, печати» указываютъ на отсутствіе къ тому помѣхи со стороны государства. Но свободы недостаточно для опредѣленія правомочія. Мало связать: общежитіе не мѣшаетъ; оно и помогаетъ (противъ посягательства, въ крайности и т. д.). Поэтому, правомочіе не только мѣра свободы, какъ отсутствіе препятствій отъ другихъ лицъ, но можетъ быть и мѣрой помощи съ ихъ стороны.

Всѣ приведенныя объясненія суть попытки найти самостоятельное содержаніе гражданскаго правомочія, помимо той нормы, съ которой оно должно быть согласовано. На самомъ дѣлѣ, когда поднимается вопросъ о правомочіахъ, т. е. о томъ, можетъ-ли и какъ можетъ поступить данное лицо при извѣстныхъ обстоятельствахъ, обращаются къ нормѣ, справляются въ законѣ и юридической практикѣ. Содержаніе правомочія почерпается изъ нормы. Въ виду этого, достаточно опредѣлить его, какъ возможность «нормальнаго» (т. е. согласнаго съ нормой) отношенія правоспособнаго къ гражданскому благу²⁾.

¹⁾ Кстати сказать, большая разница между правомъ и правомочіемъ. Право есть сила общественной природы человѣка, правомочіе—достояніе индивида (его возможность примѣненія означенной силы). Право—не сила индивида въ смыслѣ насилія, господства сильнѣйшаго надъ слабѣйшимъ. У меня право—такъ я тебѣ задамъ! Не это грубое превосходство одного надъ другимъ понимается подъ словомъ: право. Право есть такая-же сила человѣческаго общества, т. е. упорядоченнаго общежитія, какъ бываетъ духовная или мускульная сила отдѣльныхъ людей, какъ существуютъ космическія силы въ органической или неорганической природѣ: тяжесть, теплота, электричество и т. д.

Ни одинъ индивидъ не господствуетъ надъ другимъ благодаря праву, а и тотъ, кто мнитъ господство, подчиняется той-же общественной силѣ, отъ которой онъ производитъ свое владычество. А, вотъ, правомочіе, какъ принадлежность индивида, иногда бываетъ понимаемо субъектомъ, въ смыслѣ его господства надъ другими людьми. И при этомъ, такое пониманіе субъективнаго права бываетъ нерѣдко также обманчиво, какъ обманчиво само субъективное ощущеніе: человѣкъ въ лихорадкѣ мерзнетъ, температура-же у него повышена. Недобрый Шейлокъ долго хлѣбеть правомочіе на фунтъ мяса изъ спины Антоніо, а въ дѣйствительности самъ-же пугается и труситъ своей мести (когда защитникъ должника раскрываетъ ему глаза на то, что ничтожный излившекъ сверхъ фунта будетъ признанъ посягательствомъ на здоровье Антоніо).

При разсмогрініи понятія о правомочіи надлежить еще коснуться вопроса о примѣненіи или осуществленіи его.

Б) *Осуществленіе (субъективнаго) права (exercitium iuris)* принадлежит, конечно, прежде всего самому управомоченному. Про него, вообще, можно сказать слѣдующее:

I) Оно зависитъ отъ его доброй *воли*. *Invitus agere vel assidue nemo cogitur* (1 С. 3. 7). Этотъ принципъ отличаетъ гражданское правомочіе отъ публичнаго, опирающагося на *ius publicum*. Если государство сообщаетъ гражданамъ какія-либо публичныя правомочія: право участія въ земскомъ или городскомъ самоуправленіи, право быть присяжнымъ судьей и т. под.,—то, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно-же требуетъ осуществленія такого правомочія; уклоняться отъ него, по собственному усмотрѣнію, гражданину не дозволяется. Между тѣмъ всѣ гражданскія правомочія осуществляются по инициативѣ ихъ субъектовъ: таково вступленіе въ юридическія сдѣлки, принятіе наслѣдства и т. д.

II) Оно совершается въ возможно *полномъ объемѣ*. При этомъ, по общему правилу, не обращается вниманія на то, какія послѣдствія влечетъ осуществленіе права для другихъ лицъ, неуправомоченныхъ: *qui suo iure utitur, neminem laedit*. Другія лица обязаны даже претерпѣвать невыгодныя для нихъ послѣдствія чужого правомочія ¹⁾. Но отъ римскаго права, вмѣстѣ съ тѣмъ, дошли нѣкоторыя указанія на то, что въ тѣхъ случаяхъ, когда управомоченный явно намѣренъ обратить свое право во зло другимъ лицамъ, осуществленіе его правомочія сдерживается. Юристъ Цельзъ, по поводу недопущенія извѣстнаго намъ *ius tollendi* въ тѣхъ случаяхъ, когда совершившій прихотливья издержки можетъ,

Право есть очень сложная общественная сила, въ образованіи которой участвуютъ многія другія силы и факторы общественной жизни. Юридическія нормы знакомятъ лишь съ такимъ-то направленіемъ этой общественной силы въ данное время, въ данную минуту. Они и опредѣляютъ лишь *данное* правомочіе. Законы и практика зачастую мѣняются, уничтожаются. Что-же: и право прекращается? О нѣтъ, теряется лишь правомочіе... А право, какъ высшая, общественная сила, дѣйствуетъ и будетъ дѣйствовать, пока существуетъ людское общество, какъ будетъ дѣйствовать до тѣхъ поръ сила тепла и свѣта, пока свѣтитъ солнце.

¹⁾ По этому поводу въ источникахъ имѣется не мало изреченій. Fr. 151 D 50. 17: *nemo damnus facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*. Fr. 55 D 50. 17: *nullum videtur dolo facere qui suo iure utitur*.

на зло собственнику вещи, испортить вещь, снимая съ нея украшения (напр. сломать разрисованную стѣну, раскрашенную штукатурку и т. под.), — по этому поводу Цельзъ (fr. 38 D 6. 1) выразился: *neque malitiis indulgendum est* — не слѣдуетъ поддерживать злоупотребленіе.

III) Осуществленіе права обыкновенно совершается *лично* управомоченнымъ, но можетъ происходить и чрезъ его представителя. *Exercitium iuris* можетъ быть и передаваемо. Отрѣшаемостью осуществленія отъ самаго права, какъ въ послѣдствіи мы увидимъ изъ догмы обязательственнаго права, оригинально воспользовались римскіе юристы съ цѣлью обойти старинное свойство обязательственнаго права — его непередаваемость. Именно, въ виду насущной потребности, юристы, оставаясь вѣрными исконному требованію о томъ, чтобы право обязательственное оставалось среди однихъ и тѣхъ-же контрагентовъ, дозволили передавать не самое право, а его осуществленіе (*exercitium* на практикѣ — право иска съ должника). Такимъ образомъ, за начальнымъ кредиторомъ оставалось обнаженное право (*nudum ius*), а третье лицо, получившее осуществленіе права, разсматривать какъ-бы повѣреннымъ кредитора, который дѣйствовалъ, однако, только въ своихъ интересахъ; оно называлось, повтому, *procurator in rem suam*. Напримѣръ, покупатель долгового требованія становился *procurator in rem*, получавшимъ *exercitium iuris* продавца; за продавцомъ оставалось *nudum ius*, ибо только покупатель могъ искать предметъ долга съ должника продавца.

IV). Осуществленіе права предполагаетъ *допустимость* его со стороны тѣхъ людей, которыхъ оно касается. Такая допустимость называется иначе *юридической обязанностью*. Юридическая обязанность есть логическій спутникъ всякаго субъективнаго права, почему и говорятъ: гдѣ право, тамъ и обязанность. Въ противоположность правомочію, осуществленіе котораго совершено добровольно, отправленіе обязанности не зависитъ отъ личнаго усмотрѣнія. Если-бы юридическая обязанность, какъ допустимость субъективнаго права, зависѣла отъ произвола людей, то, конечно, не могло-бы существовать правомочіе въ смыслѣ *возможности* нормальнаго отношенія къ гражданскому благу; возможность превратилась-бы въ невозможность. Но возникать, быть установленной, юридическая обязанность можетъ благодаря отдѣльнымъ людямъ по

ихъ соглашенію (напр., кто-либо обязательство принимаетъ по договору). Далѣе, обязанность можетъ состоять и изъ положительныхъ, и изъ отрицательныхъ дѣяній: что-либо дѣлать, чего-либо не дѣлать. Наконецъ, въ отношеніи невозможныхъ дѣйствій не можетъ быть обязанности: *impossibilia nulla obligatio est*, говорятъ дигесты (185 D 50. 17).

Познакомившись въ общихъ чертахъ съ понятіямъ и осуществленіемъ гражданскихъ правомочій, обратимся къ ихъ классификаціи.

В.). *Классификація* гражданскихъ правомочій. Существенно различіе имѣется между такъ-называемыми нынѣ *абсолютными* (безъотносительными) и *относительными* правами. У римлянъ тѣ же двѣ категоріи субъективныхъ правъ иначе назывались *iura in rem* и *iura in personam*. Скажемъ о сущности классификаціи и объ отдѣльныхъ отличительныхъ признакахъ ея.

1). *Сущность* различія между *iura in rem* (безъотносительными правами) и *iura in personam* (относительными правами) состоитъ въ томъ, что права перваго рода могутъ быть осуществляемы по отношенію *всѣхъ людей* (безъ-относительно къ какой-либо отдѣльной личности), которые и несутъ соотвѣтствующія юридическія обязанности. Напримѣръ, всѣ должны признавать право собственности, законность рожденія и т. д.; кто-бы ни было, чѣмъ-либо мѣшающей осуществленію этихъ правъ, можетъ быть привлеченъ къ суду, въ качествѣ отвѣтчика. *Личность отвѣтчика* заранѣе *неизвѣстна*; всякій человѣкъ можетъ сдѣлаться отвѣтчикомъ: напримѣръ, тотъ, кто владѣетъ чужою вещью, или тотъ, у кого оспариваютъ законность рожденія, доказывая, что у него нѣтъ права на наслѣдство, и т. д. Въ этомъ сущность безъ-относительныхъ или абсолютныхъ правъ, *iura absoluta* или *iura in rem*.— Между тѣмъ, много бываетъ такихъ правомочій, которыя имѣютъ силу только относительно заранѣе извѣстныхъ лицъ, несущихъ юридическія обязанности; всѣ-же другіе люди не имѣютъ никакого отношенія къ этимъ правамъ. Напримѣръ, правомочіе по договору займа или ссуды ограничивается въ отношеніи указанныхъ въ договорѣ должниковъ. Личность отвѣтчика на судѣ заранѣе извѣстна. Такъ какъ такія права дѣйствуютъ относительно опредѣленныхъ лицъ, они и называются относительными *iura relativa* или *iura in personam* (т. е., касательно такой-то личности).

Iura in rem обнимаютъ, во—первыхъ, всѣ вещныя права

(право собственности, владѣніе, сервитуты, закладное право) и, во — вторыхъ, всѣ нахъ-называемыя права состоянія (свободы, гражданства, принадлежности къ такой-то семьѣ). ¹⁾ Всѣ абсолютныя права какъ первой, такъ и второй категоріи одинаково охраняются посредствомъ *actiones in rem* въ широкомъ смыслѣ слова (гдѣ подъ *res* понимаются *res corporales* и *res incorporeales*, куда относятся права состоянія). При этомъ, *actiones in rem* второй категоріи именуется еще *actiones praecjudiciales*, предварительными (предварительно—судебными) исками, потому что вопросы о состояніи, если о нихъ заходить рѣчь на судѣ, всегда разсматриваются предварительно всѣхъ другихъ вопросовъ.—Съ другой стороны, *iura in personam* обнимаютъ обязательственныя права и защищаются посредствомъ *actiones in personam*. Нерѣдко *actiones in rem* именуется также однимъ именемъ *vindicationes*, а *actiones in personam*—*condictiones* (ихъ происхождение извѣстно изъ исторіи римскаго гражданскаго процесса; (см. лекціи исторіи, стр. 427). ²⁾

II). *Отдѣльныя признаки отличія* абсолютныхъ и относительныхъ правъ суть слѣдующія. Во — первыхъ, *ius in rem* есть прямое, непосредственное правомочіе на вещь, какъ на благо гражданское, а *ius in personam* есть правомочіе на благо гражданское *черезъ посредство* опредѣленнаго лица, находящагося съ управомоченнымъ въ обязательственномъ отношеніи. Это различіе приводитъ къ слѣдующимъ очень важнымъ практическимъ послѣдствіямъ: вещнымъ искомъ, *actio in rem*, мы сами себѣ возвращаемъ принадлежащую намъ вещь отъ какого-бы то ни было владѣльца ея, а личнымъ искомъ, *actio in personam*, мы заставляемъ обязанное намъ лицо что-либо отдать или сдѣлать. ³⁾ Рельефной иллюстраціей настоящаго пункта различія можетъ служить сопоставленіе отношеній, возникающихъ изъ узурфрукта (права на чужую вещь), какъ

¹⁾ И это на томъ основаніи, что также, какъ и вещныя права, всѣ люди должны признавать свободу лица, гражданство, его законное происхождение отъ такой то семьи и т. д.

²⁾ Fr 25 pr. D 44. 7: Actionum genera sunt duo: in rem quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur.

³⁾ Fr. 25 pr D 44' 7: in rem actio, per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eundem locum habet.

ius in rem, и изъ договора найма или аренды имущества, какъ ius in personam. ¹⁾ Какъ обладающій узурфруктомъ, такъ и арендаторъ имѣютъ совершенно одинаковыя права пользованія вещью и ея произведеніями. Различіе въ характерѣ ихъ права— чисто юридическое: обладающій узурфруктомъ имѣетъ непосредственное правомочіе на чужую вещь, кому-бы она ни принадлежала, а отношеніе къ вещи арендатора, такъ сказать, заслоняетъ собственникъ, отдавшій вещь въ наймы. И что-же? Когда вещь переходитъ въ собственность новаго пріобрѣтателя ея, узурфруктъ остается неизмѣннымъ, а правомочіе арендатора по римскому праву кончается, потому что оно было личнымъ правомъ, т. е., правомъ на личность хозяина, обязаннаго доставлять пользованіе вещью, а эта личность, въ качествѣ хозяина, послѣ передачи вещи въ собственность новаго лица, выбываетъ изъ отношенія по договору найма. Все, что принадлежитъ арендатору: право требовать вознагражденія за вредъ и убытки въ случаѣ прекращенія договора по винѣ собственника. Между тѣмъ, узурфруктъ при этихъ обстоятельствахъ, какъ мы сказали, остается неизмѣннымъ.

Во—вторыхъ, вещному праву соотвѣтствуетъ только *отрицательная* юридическая обязанность, а праву личному— обязанность не только отрицательная, но и *положительная* (даже по преимуществу положительная обязанность). И это совершенно понятно. Напримѣръ, никто не долженъ препятствовать осуществленію права собственности посторонняго лица (не трогать, не портить вещи и т. д.), но, вмѣстѣ съ тѣмъ, никто не обязанъ, если не существуетъ спеціальнаго на то договора, предпринимать какое-либо положительное дѣйствіе (беречь вещь, расходовать на ея починку и т. д.) въ пользу собственника. Юридическія-же обязанности въ личныхъ правахъ составляютъ, главнымъ образомъ, положительныя дѣйствія, обозначаемыя словами: quidquid dare, facere, praestare, а иногда дѣйствія бывають и отрицательными: (напр., если кто обязуется не вчинать иска, не производить взысканія и т. д.).

Въ—третьихъ, имѣется еще такое различіе въ *процессуальномъ* отношеніи: цѣли исковъ вещьныхъ и личныхъ неодина-

¹⁾ Это сопоставленіе удачно проведено въ послѣднемъ изданіи лекціи покойнаго проф. нашего университета Л. Б. Дорна, написавшаго ранѣе того спеціальное изслѣдованіе объ узурфруктѣ по римскому праву (1871 г.).

ковы. Вещные иски имѣютъ двоякую цѣль: признаніе вещнаго правомочія за истцомъ и осужденіе отвѣтчика на удовлетвореніе истца за вещь его. Именно, сначала идетъ признаніе права (*pronunciatio*), а затѣмъ присужденіе стоимости вещи (*condemnatio*)¹⁾. Въ искахъ личныхъ *pronunciatio* не бываетъ; они завершаются одной кондемнаціей, заступающей мѣсто обязательства отвѣтчика.

Въ — четвертыхъ, нѣкоторые институты права бываютъ свойственны вещнымъ правамъ и не свойственны правамъ личнымъ. Такова приобрѣтательная давность. Вещныя права (право собственности, сервитутъ) могутъ быть *приобрѣтаемы по давности*, а обязательственные права не могутъ. Фактическое обладаніе вещью по истеченіи давностнаго періода превращается въ право собственности, а сколько-бы времени кто кому ни оказывалъ изъ любезности одной и той-же услуги, нельзя приобрѣсти, въ силу одной продолжительности оказываемой услуги, права на дѣйствіе любезнаго человѣка.

Въ послѣдующемъ изложеніи будемъ говорить о двухъ главныхъ вопросахъ: о факторахъ гражданскихъ правомочій и о движеніи правомочій. Какіе же существуютъ факторы правомочій? Несомнѣнно, во всѣхъ правомочіяхъ принимаетъ участіе юридическая норма, но въ нѣкоторыхъ изъ нихъ ее можно назвать факторомъ по преимуществу; напр., при установленіи гражданской отвѣтственности за недозволенные дѣянія. Далѣе, весьма часто правомочія устанавливаются и прекращаются по волѣ контрагентовъ; юридическая норма даетъ въ широкихъ границахъ свободу изъявленію воли частныхъ лицъ. Сюда относятся многочисленныя юридическія сдѣлки, совершаемыя по волѣ ихъ участниковъ: купля-продажа, наемъ, заемъ и т. д. Въ этихъ случаяхъ выдающимся факторомъ правомочій можно назвать волю участниковъ. Наконецъ, имѣются и такія правомочія, въ которыхъ рѣшающее значеніе имѣтъ ни норма и ни воля, а постороннія обстоятельства, окружающая среда. Напримѣръ, въ силу простого истеченія времени приобрѣтается право собственности: тутъ время создаетъ право. И такъ, вотъ, три фактора гражданскихъ правомочій по преимуществу: норма, воля и среда. Участіе каж-

¹⁾ Кроме того, такъ какъ *condemnatio* совершалась въ видѣ суммы денегъ (по принципу: *omnis condemnatio pecuniaria esse debet*), обыкновенно судья уговаривалъ отвѣтчика вернуть вещь *in natura* (такое предложеніе судьи именовалось *arbitrium de restituendo*), чтобы избѣгнуть *condemnatio*.

даго изъ нихъ разсмотримъ въ отдѣльности, особенно участие индивидуальной воли. Съ нея и начнемъ.

Первый отдѣлъ. Воля, какъ факторъ правомочія.

Все, что въ жизни совершается такъ, что оставляетъ правовыя послѣдствія, оказывая вліяніе на установленіе, измѣненіе или прекращеніе правомочій, называется *правовымъ событіемъ* или юридическимъ фактомъ. Правовыя событія могутъ быть крайне разнообразны. Обыкновенно, одни наступающія или существующія событія оказываютъ правовое вліяніе. Но иногда юридическая норма, по соображеніямъ справедливости или полезности, предписываетъ считать существующее событіе за несуществующее или наоборотъ; въ этомъ случаѣ дѣйствуетъ (извѣстный намъ изъ исторіи римскаго права) *правовой вымыселъ* или юридическая фикція. Напримѣръ, пребываніе въ плѣну вернушагося изъ плѣна признается вовсе несуществовавшимъ. Бываетъ и такъ, что существованіе какого-либо элемента событія (напримѣръ, полученіе высшей отмѣтки на экзаменѣ въ случаѣ обѣщанія подарка подъ этимъ условіемъ) до поры - до времени остается неизвѣстнымъ, почему само событіе считается пребывающимъ въ состояніи *колебанія* (*in pendentis*). Изъ нѣсколькихъ классификацій правовыхъ событій самое существенное дѣленіе ихъ на правовыя *обстоятельства* (случаи) и правовыя *дѣйствія*. Различіе между ними то, что обстоятельства (случаи) суть событія, лежащія внѣ воли человѣка; напримѣръ, рожденіе и смерть людей и животныхъ, принесеніе растительныхъ плодовъ, образованіе острова на морѣ и мн. др. Подъ дѣйствіями-же понимаются событія, въ которыхъ участвуетъ воля человѣка. Это суть акты воли. Въ виду того, что о правовыхъ обстоятельствахъ у насъ предстоитъ рѣчь въ своемъ мѣстѣ — въ третьемъ отдѣлѣ настоящей главы, теперь мы сосредоточимъ вниманіе на правовыхъ дѣйствіяхъ.

Правовое дѣйствіе есть актъ воли, обладающій правовымъ послѣдствіемъ, т. е. вліяніемъ на судьбу правомочія. И такихъ дѣйствій можетъ быть не мало: какъ положительныхъ, такъ и отрицательныхъ (бѣздѣйствій, упущеній) ¹⁾. Но болѣе

¹⁾ Положительныя дѣйствія называются въ иныхъ учебникахъ *facta positiva*, а отрицательныя *facta omissiva*, (напр., тотъ, кто имѣетъ право иска, не взымаетъ иска долгое время, отчего наступаетъ дѣйствіе исковой давности).

всего изъ правовыхъ дѣйствій выдѣляются *юридическія или правовыя сдѣлки*. Сперва скажемъ вообще объ юридическихъ дѣйствіяхъ, а потомъ спеціально объ юридическихъ сдѣлкахъ.

А. О правовыхъ дѣйствіяхъ вообще.

Только тамъ, гдѣ выражается воля, можетъ совершаться юридическое дѣйствіе. Значить, кто способенъ выражать волю, тотъ и способенъ дѣйствовать, тотъ и дѣеспособенъ. Но какъ быть съ недѣеспособными? За нихъ дѣйствуютъ другіе, дѣеспособные; гдѣ они, тамъ необходимо *соучастіе въ правовыхъ дѣйствіяхъ*, кромѣ того, соучастіе бываетъ иногда и при наличности дѣеспособности въ формѣ представительства. Эти вопросы надлежитъ выяснитъ. Но ранѣе того, коснемся еще основного, краеугольнаго признака юридическихъ дѣйствій: вопроса о выраженіи воли или о *волеизъявленіи*.

І. *Волеизъявленіе* ¹⁾). Для дѣйствительности волеизъявленія необходимо, чтобы выраженіе воли соответствовало мышленію или намѣренію. Выраженіе воли должно быть сознательнымъ; воля, выраженная въ состояніи опьяненія, аффекта или болѣзни, не обладаетъ юридическими послѣдствіями ²⁾). Точно также воля, не выраженная, не даетъ правового дѣйствія. Поэтому, не имѣетъ юридическаго эффекта кака-либо мысленная оговорка, *reservatio mentalis*,—это душеспасительное средство старой іезуитской морали, предоставлявшей возможность говорить (хотя-бы во время присяги) одно, а мыслить другое. Вообще, изъявленіе воли обусловлено тремя требованіями: 1) присутствіемъ воли 2) присутствіемъ воли истинной или подлинной и 3) воли, которая была-бы такъ или иначе, какимъ либо способомъ выражена. Такимъ образомъ получаютъ вопросы: 1) о присутствіи воли, 2) о подлинности воли и 3) о способахъ волеизъявленія.

1) *Присутствіе воли* познается по поведенію, по поступкамъ лица. Если у кого-либо имѣется такое-то хотѣніе, а онъ ведетъ себя такъ, что изъ его поступковъ не обнаруживается его желаніе,—то о немъ приходится сказать, что у него нѣтъ даннаго хотѣнія; данная воля у него отсут-

¹⁾ Röver, über d. Bedeutung d. Willens bei Willenserklärung, 1874. Windscheid, Wille und Willenserklärung, 1878.

²⁾ Fr. 3 D 24. 2: quiquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi esse.

ствуешь. *Отсутствие воли* въ обнаруженномъ дѣйствии происходитъ главнымъ образомъ вслѣдствіе заблужденія въ существенныхъ элементахъ настоящаго дѣйствія, вслѣдствіе такъ называемаго *существеннаго заблужденія*, ergo essentialis. Что же это такое, ближе сказать, *error essentialis* ¹⁾.

Существеннымъ заблужденіемъ называется тотъ случай, когда у дѣйствующаго лица *вовсе нѣтъ той воли*, которую можно было-бы приписать ему по его дѣйствию; иначе, это есть тотъ случай, когда обнаруженіе воли совершенно расходится съ ея содержаніемъ. Напримѣръ, изъ того, что бѣмъ-либо подписано заемное письмо, написанное чужою рукою, мы заключаемъ, что подписавшій выразилъ свою волю быть должникомъ; но если дѣло было-бы такъ, что онъ выставилъ-бы свою подпись на заемномъ письмѣ, полагая, что подписываетъ какое-нибудь прошеніе или заявленіе, то, понятно, воля его имѣла-бы совсѣмъ другое содержаніе. Non videntur, qui errant, consentire (fr. 116 § 2 D 50. 17) — не признаются согласными тѣ, которые заблуждаются. Или еще прямо: *errantis nulla voluntas est* (20 D 39. 3). При этомъ полагается, чтобъ самъ заблуждающійся доказывалъ то, что его дѣйствіе не соотвѣтствуетъ желанію. И если ergo essentialis имъ будетъ доказанъ, то дѣйствіе его будетъ признано ничтожнымъ въ правовомъ отношеніи, лишеннымъ послѣдствій. Случаевъ существеннаго заблужденія въ жизни бываетъ немало. Примѣрные случаи издавна группируются такимъ образомъ:

а) *error in persona*—заблужденіе въ тожествѣ лица. Напримѣръ, беру деньги отъ одного, полагая, что получаю отъ другого (fr. 32 D 12. 1); назначаю наслѣдникомъ по ошибкѣ одного вмѣсто другого (fr. 9 pr. D 28. 5); даю въ долгъ вмѣсто кредитоспособнаго Тиція, honesto viro, Тицію немущему, Titio egeuo, котораго мнѣ подставляютъ (fr. 52, § 21 D 47. 2). Во всѣхъ тѣхъ, случаяхъ гдѣ требуется строго-индивидуальная личность, заблужденіе въ тожествѣ лица, не даетъ юридическихъ послѣдствій; правовое дѣйствіе признается ничтожнымъ. Но если тожественность или личныя свойства контрагентовъ не принимаются во вниманіе, то и заблужденіе не имѣетъ значенія: безразлично, кто покупаетъ товаръ въ магазинѣ, кто закладываетъ вещи въ ломбардъ и т. д.

¹⁾ *Zitelmann*, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, *Leonhard*, d. Irrthum bei nichtigen Verträgen, 1882

б) *error in corpore* — заблужденіе въ предметѣ дѣйствія; оно можетъ быть очень разнообразнымъ. Такъ, случается ошибка въ *можествѣ* вещи; напримѣръ, одинъ полагаетъ, что покупаетъ одно имѣніе (*fundum Cornelianum*), а другой думаетъ, что продаетъ другое (*fundum Sempronianum*, fr. 9 pr. D 18. 1). Нечего и говорить, что при этомъ сдѣлка ничтожна. Затѣмъ, возможна ошибка относительно *свойства* вещи (*error in materia, in substantia*) когда, напримѣръ, покупается мѣдъ вмѣсто золота (*aes pro auro*) и т. под. Римскіе юристы были разнаго мнѣнія о вліяніи на сдѣлку разногласія въ качествахъ вещи. Одни оставляли ее всегда въ силѣ, имѣя передъ глазами тапой примѣръ: продажа укуса вмѣсто вина дѣйствительна, потому что *субстанція* того и другого *одна и та же*: прокисшее вино есть укусъ (fr. 9 pr. D 18. 1). Другіе, соглашаясь на дѣйствительность сдѣлки въ однихъ случаяхъ, въ родѣ приведеннаго примѣра, признавали ее ничтожной въ другихъ, когда качество вещи незамѣнимо во мнѣніи обоихъ контрагентовъ (продажа свинца вмѣсто серебра, мѣди вмѣсто золота). Наконецъ, бываетъ еще ошибка *въ количествѣ* предметовъ или въ суммѣ стоимости ихъ: одинъ беретъ что-либо сдѣлать за одну цѣну, а другой думаетъ, что онъ согласенъ на то за другую цѣну. Тутъ дѣйствіе имѣетъ силу настолько, насколько воля совпадаетъ съ выраженнымъ количествомъ; и если она съ нимъ не совпадаетъ, дѣйствіе ничтожно. Напримѣръ, нѣтъ такого совпаденія, если наниматель полагаетъ, что беретъ внаймы за 5, а ему отдаютъ въ наймы, на самомъ дѣлѣ, за 10. Здѣсь обязательства ничтожны. Съ другой стороны, есть частичное совпаденіе, когда принимающій обязательство думаетъ, что беретъ за большую сумму (беретъ въ аренду за 10); тутъ остается въ силѣ меньшая (5—просимая хозяиномъ), потому что согласный на большее eo ipso признается согласнымъ на меньшее ¹⁾.

в) *error in negotio*—заблужденіе въ самомъ дѣйствіи или сдѣлкѣ: желая подписать договоръ найма, подписываю подложенный мнѣ договоръ купли-продажи ²⁾. Очевидно, у под-

¹⁾ Fr. 52 D 19. 2: si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque tu conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

²⁾ L. 5 C. 4. 22.

писавшаго не было намѣренія продать вещь, почему и дѣйствіе, въ которомъ отсутствовала его воля, должно быть ничтожнымъ.

2) *Подлинность воли* есть такого рода требованіе для дѣйствительнаго волеизъявленія, согласно которому въ совершаемомъ дѣйствіи должна быть обнаружена истинная воля дѣйствующаго лица. Должно быть полное соотвѣтствіе между задуманнымъ желаніемъ и его выраженіемъ. Такое соотвѣтствіе обыкновенно и предполагается въ дѣяніяхъ людей. Но бываютъ случаи несоотвѣтствія между волей и дѣйствіемъ. Это суть случаи притворства, несерьезнаго и довѣрчиваго отношенія къ другимъ людямъ.

Притворство (*simulatio*)¹⁾ есть сокрытіе подлинной воли подъ видомъ такого дѣйствія, въ которомъ выражается другая воля. Напримѣръ, подъ видомъ купли-продажи за ничтожную цѣну совершается дареніе. Дѣйствіе прикрывающее или притворное (въ данномъ примѣрѣ—продажа) называется *actus simulatus* или *negotium simulatum*, а дѣйствіе прикрываемое (дареніе)—*actus dissimulatus* или *negotium dissimulatum*. Отношеніе между тѣмъ и другимъ дѣйствіемъ выражается словами: больше силы въ дѣйствительномъ, чѣмъ въ видимомъ дѣйствіи (l. 2 C. 4. 22: *plus valere quod agitur, quam quod simulate accipitur*). Значить, получаетъ силу дѣйствіе прикрываемое, а прикрывающее или притворное дѣйствіе признается ничтожнымъ (l. 3 C. 4. 22: *acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt*). Напримѣръ, если кто снялъ внаймы, какъ говорится въ fr. 46 D 19. 2, за одну монетную единицу (*pummo uno*), нѣтъ найма, потому что это дѣйствіе являетъ собою дареніе.

Само собою понятно, прикрываемое дѣйствіе только тогда дѣйствительно, когда оно непротивозаконно. Иначе оно также ничтожно, какъ и дѣйствіе притворное. Вотъ, примѣръ: одинъ супругъ, чтобъ одарить другого, предварительно совершаетъ притворный разводъ; въ этомъ случаѣ оба акта—*negotium simulatum*, разводъ, и *negotium dissimulatum*, даре-

¹⁾ Отъ притворныхъ, недѣйствительныхъ, актовъ должно отличать *акты символическіе*, завѣдомо извѣстные закону; напримѣръ, символическая продажа наследства наследнику (*familliae emptor*) при составленіи завѣщанія. Эти акты исполнѣ дѣйствительны, потому что въ нихъ выражается явно - опредѣленная, истинная (никакъ не притворная) воля.

ніе — недѣйствительны, потому что противозаконно дареніе между супругами ¹⁾).

Наконецъ, возможны и такіе случаи притворства, когда вовсе нѣтъ прикрываемаго дѣйствія. Напримѣръ, вымышленная продажа (fr. 55 D 18. 1: *nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio eius rei intelligitur*). И это притворство, слѣдую общему правилу, ничтожно. Поэтому, если несостоятельный должникъ притворно продаетъ имущество своимъ знакомымъ, чтобы оно не досталось кредиторамъ, кредиторы имѣютъ право обратить взысканіе на то имущество, такъ какъ притворная продажа недѣйствительна.

Несерьезное выраженіе воли не имѣетъ юридическихъ послѣдствій. Такъ, кто-либо *въ шутку* назначаетъ другого наследникомъ или кто-либо *знакомитъ* или спрашиваетъ объ юридической формулѣ, произносимой при словесномъ обязательствѣ (напр. учитель произноситъ обращаясь къ ученикамъ: общае-ли вы тысячу; а ученики отвѣчаютъ: общаемъ). Объ этомъ даетъ слѣдующее объясненіе fr. 3 § 2 D 44. 7: словесное обязательство имѣется, когда оно на самомъ дѣлѣ совершается между контрагентами; не возникаетъ обязательства, если, положимъ, я скажу тебѣ: общаешь-ли— въ шутку (*per iocum*) или чтобы показать тебѣ свое знаніе (*intellectus demonstrandi causa*), а ты на то мнѣ отвѣтишь: общаю ²⁾).

Иногда вслѣдствіе *доверчивости (fiducia)* одного контрагента къ другому истинная воля остается въ скрытомъ состояніи. Фидуціарныя сдѣлки, какъ мы то знаемъ изъ исторіи римскаго права, были одно время—именно въ переходное время отъ стараго формализма къ новѣйшему, болѣе справедливному праву—въ большемъ ходу у римлянъ. Напримѣръ, должникъ, переносившій право собственности на заложенную вещь кредитору, довѣрялъ послѣднему въ томъ, что онъ возвратитъ вещь по уплатѣ долга. Съ внѣшней стороны кредиторъ—полный собственникъ вещи, съ внутренней, по суще-

¹⁾ Jahrb. f. d. Dogmatik. Bd. XVI: *Kohler, Mentalreservation und Simulation.*

²⁾ Fr. 3 § 2 D 44. 7: *Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur; nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa, ego tibi dixero: spondes, et tu responderis: spondeo, nascetur obligatio.*

ству—временно управомоченный на вещь до уплаты. Если доказывалось существование фидуции, дѣйствие обсуждалось по существу его, согласно истинной воли контрагентовъ.

Наконецъ, для дѣйствительнаго волеизъявленія требуется, чтобы воля не только присутствовала и была подлинной, но и чтобы она была выражена какимъ-либо способомъ.

3) *Способъ* волеизъявленія есть необходимое условие праваго дѣйствія, на томъ основаніи, что одна задуманная воля, ни въ чемъ необнаружена, не даетъ никакого эффекта въ правѣ. Известное намъ изъ уголовного права положеніе, по которому никто не отвѣчаетъ за необнаруженный умыселъ (*cogitationis reus non tenetur*) одинаково примѣняется и въ гражданскихъ правоотношеніяхъ. Если воля должна быть выражена, по требованію юридической нормы, строго-опредѣленнымъ — именно, такимъ, а не какимъ-либо другимъ способомъ, — то имѣемъ дѣло со способомъ *формальнаго* выраженія воли; если нѣтъ этого требованія, то получается способъ *неформальнаго* волеизъявленія; кромѣ того, иногда недостаточно-обнаруженная воля нуждается ради ея дѣйствительности въ особомъ утвержденіи или упроченіи ея; тутъ имѣемъ третій своеобразный *способъ утвержденія* или упроченія выраженной воли. Объ этихъ трехъ способахъ поведемъ рѣчь.

а) *Формальное* выраженіе воли. Мы знаемъ изъ исторіи, что древне-римское право было очень формально: почти по всѣмъ институтамъ права примѣнялся манципаціонный обрядъ, требовавшій произнесенія опредѣленной формулы въ присутствіи 5 свидѣтелей и вѣсодержателя; въ другихъ случаяхъ практиковалась *in iure cessio*, фиктивная уступка права предъ преторомъ на глазахъ обоихъ контрагентовъ, которые дѣлали видъ, что спорили о правѣ, для чего также произносили судебныя формулы. Затѣмъ, ко времени Юстиніана символическія формальности, имѣвшія одно историческое значеніе, были устранены; объ нихъ жило воспоминаніе по юридическимъ терминамъ: *subhastatio* (публичная продажа предъ воткнутымъ копьемъ), *emancipatio*, *cessio* въ нѣкоторыхъ случаяхъ вмѣсто *in iure cessio*, напримѣръ, при приобрѣтеніи сервитутовъ) и т. под. И однако, различіе между формальными и неформальными дѣйствіями и при Юстиніанѣ оставалось въ томъ смыслѣ, что однѣ сдѣлки получали дѣйствительность лишь при соблюденіи закономъ установленной (хотя-

бы, совершенно простой) формы (при свидѣтеляхъ, на письмѣхъ и т. д.), а для другихъ сдѣлокъ никакой обязательной формы не было. Такъ, формальными актами были дареніе, завѣщаніе и нѣкоторые другіе.

Несомнѣнно, гражданскій оборотъ страдаетъ отъ формализма сложнаго, замедляющаго ходъ оборота. Но, съ другой стороны, по многимъ причинамъ тотъ-же оборотъ не можетъ обходиться безъ формализма. Задача юриспруденціи состоитъ въ томъ, чтобы сдѣлать форму права прочною, несложною, легко усвояемою. Вотъ, примѣрно, по какимъ причинамъ право всегда нуждается въ минимальномъ формализмѣ ¹⁾. Начать съ того, что соблюденіе формы полезно для самого дѣйствующаго лица: свидѣтели при составленіи завѣщанія, 1. положимъ, могутъ помочь завѣщателю лучше обдумать и яснѣе формулировать волю его. Затѣмъ, форма нерѣдко служитъ доказательствомъ на случай спора: при отсутствіи формы (напримѣръ, отсутствіи рабочей книжки по вопросу о заработной платѣ) судѣ почти невозможно постановить рѣшеніе (напримѣръ, рѣшить, сколько приходится получить рабочему съ хозяина). Далѣе, юридическая форма сдѣлокъ служитъ 3. основой кредита въ гражданскомъ, — особенно, въ коммерческомъ, — оборотѣ. Тутъ форма кредита — вексель: по обращаемости векселей судятъ о кредитоспособности; чьи векселя легко переходятъ изъ рукъ въ руки, тому больше вѣрятъ. Кроме того, форма предписывается зачастую въ интересахъ фискальныхъ, если казна принимаетъ опредѣленную пошлину при составленіи гражданскихъ актовъ напримѣръ, при приѣмѣ 4. наслѣдства 5% (*vicesima hereditatum*); не будь формы, легче избѣжать пошлины. Вотъ, и приведенныхъ соображеній достаточно, чтобы показать цѣлесообразность минимальнаго формализма.

Формализмъ Юстиніанова права требовалъ: 1) участія свидѣтелей при составленіи завѣщанія (7 свидѣтелей) или

¹⁾ Положительная сторона юридическаго формализма прекрасно изображена Герингомъ въ его *Geist*, Bd. 2 §§ 45 ff. Ср. также *Муромцевъ*, гражд. пр. древнаго Рима, стр. 297. По словамъ Геринга, достоинство формы въ томъ, что она гарантируетъ людямъ, опредѣленную свободу дѣйствій; гдѣ нѣтъ формы, темъ люди не могутъ быть увѣрены въ успѣхъ своихъ дѣйствій. Форма — вразъ произвола, спутникъ истинной свободы, школа порядка и дисциплины, обезпеченіе мирнаго благополучія.

кодицилла (5 свидѣтелей); 2) совершенія письменнаго акта— для того-же завѣщанія или даренія на случай смерти; 3) составленія судебного протокола, т. е., записи акта (*insinuatio*) въ судѣ; напримѣръ, требовалось составленіе такого протокола при дареніи на сумму больше 500 солидовъ въ расчетѣ, чтобъ даритель внимательно обдумалъ и прочно оформилъ свою щедрость; 4) участія судебной власти—при усыновленіи подвластнаго (*adoptio*) или эманципаціи (*emancipatio Justinianeae*) и т. д.; 5) утвержденія императорской власти: при усыновленіи полновластнаго (*agrogatio*), при узаконеніи прижитаго въ конкубинатѣ (*legimatio per rescriptum principis*), въ случаѣ прошенія кредитора по залогу на имя императора, чтобъ онъ передалъ ему въ собственность заложенную вещь неисправнаго (просрочившаго свой долгъ) должника, на которую не находится покупателя (кредиторъ долженъ былъ-бы продать залогъ и изъ вырученной цѣны удовлетворить себя); такая просьба кредитора къ императору называлась *impetratio domini per principem*.

б) *Неформальное* волеизъявленіе совершается любымъ способомъ; тутъ годится всякое средство, которымъ только можно было-бы обнаружить свое желаніе: и письмо, и слова, и жесты, и какое другое дѣйствіе, или бездѣйствіе (напримѣръ, простое умолчаніе). Упомянемъ о выраженіи воли словесномъ, письменномъ, посредствомъ соотвѣствующихъ дѣйствій (*facta concludentia*) и выраженіи молчаливомъ.

Словесное волеизъявленіе, если оно не связано формой (т. е., если законъ не требуетъ произносить именно такія-то слова), должно быть таково, чтобъ можно было узнать истинное намѣреніе. Неумышленные ошибки подлежатъ исправленію согласно волѣ дѣйствующаго лица. По этому поводу говорится: *falsa demonstratio non nocet* — не приноситъ вреда неправильное объясненіе предмета ¹⁾.

Письменное волеизъявленіе совершается въ виду большей доказательности дѣйствія. Такъ, при куплѣ-продажѣ при займѣ, заключеніи мировой сдѣлкѣ составлялись нерѣдко письменные акты: заносились на письмо переговоры (*minuta*), про-

¹⁾ Напр., какъ въ fr. 17 pr. D 35. 1. Завѣщатель говоритъ: отказываю раба Стиха, котораго купилъ у Тиція, Тускуланское имѣніе, подаренное мнѣ Сеємъ. Если извѣстно о какомъ рабѣ или имѣніи думалъ завѣщатель, несущественна его ошибка въ описаніи (когда на самомъ дѣлѣ подаренъ рабъ, а куплено имѣніе).

екты сдѣлокъ (*scheda conscripta*), окончательно оформленное соглашеніе (*mundum* — переписанное на-бѣло). При раскопкахъ въ Помпеѣ продолжаютъ отыскивать множество тѣхъ письменныхъ актовъ.

Facta concludentia суть такія дѣйствія, изъ которыхъ не прямо, а путемъ умозаключенія (*conclusio*) распознается воля дѣйствующаго. Эти дѣйствія не предпринимаются непосредственно для выраженія воли; по нимъ надо дѣлать логическій выводъ о волѣ дѣйствующаго. Напримѣръ, если кредиторъ возвращаетъ должнику его долговую росписку, изъ такого дѣйствія (*factum concludens*) дѣлается выводъ, что онъ ему прощаетъ долгъ (*fr. 2 § 1 D 2. 14*). Или такіе случаи: когда кредиторъ беретъ отъ должника проценты впередъ на слѣдующій годъ, тогда полагается (*tacite pactus videtur*), что онъ соглашается не искать капитала въ теченіе года (*fr. 57 pr. D 2. 14*); если назначенный наслѣдникомъ платитъ долги наслѣдодателя, его поведеніе приравнивается къ поступкамъ наслѣдника (*pro herede gestio* — § 7 J. 2. 19): въ уплатѣ долговъ видятъ дѣйствіе, выражающее желаніе быть наслѣдникомъ. Конклюдентныхъ фактовъ множество; въ каждомъ отдѣльномъ фактѣ юристамъ подлежитъ дѣлать соответствующіе выводы.

Однако въ томъ случаѣ, если дѣйствующій не хотѣлъ бы, чтобъ изъ его поведенія дѣлали соответствующій выводъ, онъ обязанъ заранѣе сдѣлать оговорку или протестъ (*protestatio*). Такъ, если лицо, назначенное наслѣдникомъ, беретъ за управленіе наслѣдствомъ не для того, чтобъ стать наслѣдникомъ, а чтобы только сберечь наслѣдство для другого наслѣдника (напримѣръ, наслѣдника по закону) или изъ расположенія къ памяти умершаго,—оно должно предварительно заявить о томъ (*fr. 20 § 1 D 29. 2:—non animo heredis se gerere, — sed aut pietatis, aut custodiae causa*); иначе, безъ протеста, конклюдентнымъ путемъ оно будетъ признано наслѣдникомъ. Нерѣдко протестъ, направленный на удержаніе существующаго права, которое безъ протеста могло-бы быть утрачено благодаря соответствующимъ дѣйствіямъ управомоченнаго,—такой протестъ *объ удержаніи правомочія* нерѣдко называется *reservatio*. Напримѣръ, если кредиторъ по залогоу позволяетъ должнику своему продать, сибнить или подарить

заложенную вещь, то, полагается, онъ отказывается отъ залогоднаго права; когда-же онъ желаетъ при этихъ условіяхъ удержать свое право залога, онъ долженъ сдѣлать оговорку (*reservatio*) въ томъ смыслѣ, что онъ позволяетъ должнику отчуждать заложенную вещь *salva causa pignoris*, съ удержаніемъ своего права залога (fr. 4 § 1 D 20. 6).

Молчаніе есть также способъ выраженія воли ¹⁾. Молчаніе— знакъ согласія, говоритъ русская поговорка (*qui tacet consentire videtur*, говорили средневѣковые канонисты). Но всегда ли это такъ? Далеко не всегда. Если на предложеніе дать взаймы, вопрошаемый молчитъ, это не значить, что онъ обязывается дать деньги. Приведенная поговорка справедлива со многими ограниченіями. Какъ-же эти ограниченія?

Обращаясь къ римскому праву, находимъ общее правило, крайне осторожно выраженное юристами такимъ образомъ (fr. 142. D. 50. 17): *qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare*—кто молчитъ, тотъ не всегда согласенъ, вѣрно лишь то, что онъ не отрицаетъ. Это положеніе даетъ слишкомъ мало для нашего вопроса. И вотъ, романисты, опираясь на казуистику *corporeis iuris*, сами составили такое обобщеніе: *qui tacuit quum loqui potuit et debuit consentire videtur*. Значить, въ приведенной пословицѣ подлежитъ сдѣлать два ограниченія: 1) молчаніе есть знакъ согласія того, кто обязанъ говорить, и 2) того, кто имѣетъ возможность говорить. Напримѣръ, хозяинъ, позволяющій наемщику продолжать пользованіе вещью по наступленіи срока найма, почитается молчаливо согласившимся на возобновленіе найма (fr. 13 § 11 D 19. 2); отецъ всегда почитается молчаливо согласившимся на обрученіе дочери, если онъ явно не выражаетъ несогласіе (fr. 7 § 1 D 23. 1).

в) *Упроченіе* или подтвержденіе недостаточно выраженной воли есть третій своеобразный способъ волеизъявленія. Нерѣдко воля бываетъ выражена съ такими серьезными недостатками, что эффектъ ея изъявленія является сомнительнымъ. Напримѣръ, она обнаружена самимъ дѣйствующимъ лицомъ въ довольно неясныхъ выраженіяхъ или, вмѣсто дѣйствующаго, другимъ лицомъ безъ достаточнаго на то полномочія. Чтобъ снабдить эффектомъ шаткую волю, необходимо утвердить или упрочить ее. Такое упроченіе совершается въ двухъ

¹⁾ *Stoessel*, die stillschweigende Willenserklärung, 1859.

видахъ: въ видѣ признанія (confessio, Auerkennung) и въ видѣ соизволенія (ratihabitio, Genehmigung).

Признаніе ¹⁾ есть подтвержденіе правомочія въ случаѣ сомнительнаго отношенія къ нему или возможныхъ возраженій противъ него. Таково, напримѣръ, признаніе на судѣ собственнаго долга (т. е. правомочія кредитора), который иначе, не будь признанія, не могъ-бы быть востребованъ, ибо обязательство заключено неформально. Признаніе сознательное обязательно и безповоротно во всякомъ случаѣ, хотя-бы до него вовсе не существовало правомочія (хотя-бы должникъ своимъ признаніемъ дарилъ сумму долга кредитору); но при существенномъ заблужденіи дозволяется оспаривать признаніе. Въ области субъективнаго права признаніе, какъ справедливо замѣчаютъ ²⁾, соответствуетъ аутентическому толкованію изъ области объективнаго права (выше, стр. 26). — Различается признаніе судебное и вѣсудебное. *Судебное* признаніе происходило предъ магистратомъ; оно обязывало также, какъ судебное рѣшеніе, ибо *confessus pro iudicato est qui quodammodo sua sententia damnatur* (fr. 1 D 42. 2) ³⁾. *Вѣсудебное* признаніе чужого правомочія (*extra ius confessio*) также считается основаніемъ юридической обязанности (Verpflichtungsgrund) признававшагося. Оно можетъ быть совершенно различнымъ образомъ (§ 3 Pauli sent. 5. 5: voce et litteris et quocumque modo): словесно, на письмѣ и, вообще какъ-бы то ни было; оно можетъ быть также совершенно въ формѣ договора (Auerkennungsvertrag), въ которомъ должникъ признаетъ или подтверждаетъ уже существующее правомочіе кредитора.

Соизволеніе (ratihabitio) ⁴⁾ есть подтвержденіе воли, выраженной дѣйствующимъ въ то время, когда онъ не имѣлъ на то права, или другимъ лицомъ вмѣсто дѣйствующаго безъ достаточнаго полномочія. Вотъ, главнѣйшіе случаи соизволенія: 1) подтвержденіе *своихъ* дѣйствій; напр., обязательство, принятое несовершеннолѣтнимъ (значить и не имѣющее силы), подтверждается имъ по достиженіи совершеннолѣтія; 2) соизволеніе *на чужія* дѣйствія; это происходитъ главнымъ об-

¹⁾ Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2 изд. 1867.

²⁾ Dernburg, Pandecten, § 84.

³⁾ Demelius, die confessio im röm. Civilprocess, 1880.

⁴⁾ Seuffert, die Lehre v. d. Ratihabition d. Rechtsgeschäfte, 1868.

разомъ въ случаѣ завѣдыванія чужими дѣлами безъ достаточнаго полномочія (*negotiorum gestio*). *Negotiorum gestio* приравнивается къ договору порученія (*negotiorum gestio mandato comparatur*); если предполагаемый довѣритель (*dominus negotii*) выражаетъ соизволеніе на дѣйствія, которыя совершилъ *gestor*, эти дѣйствія для него получаютъ обязательную силу; 3) соизволеніе *третьихъ лицъ* на дѣйствія другихъ—напр., утвержденіе опекунскимъ начальствомъ извѣстныхъ дѣйствій опекуна (его отчужденій недвижимости опекаемаго).—Всякое соизволеніе получаетъ силу съ того момента, въ который совершено подтверждаемое дѣйствіе. Это положеніе, установленное Юстиніаномъ, гласитъ: *omnis ratihabitio retrotrahitur* ¹⁾).

Такимъ образомъ, мы разсмотрѣли всѣ требованія, которыми должно удовлетворять дѣйствительное волеизъявленіе. При этомъ, мы уже видѣли, что зачастую воля одного лица выражается съ полнымъ эффектомъ другимъ лицомъ. Теперь еще ближе познакомимся съ этимъ вопросомъ, ведя рѣчь о соучастіи въ правовомъ дѣйствіи.

П) *Соучастіе въ правовомъ дѣйствіи*. Въ одномъ и томъ-же юридическомъ дѣйствіи участіе нѣсколькихъ лицъ можетъ быть, вообще говоря, трояко.

Первый случай соучастія такого рода: всякій изъ участниковъ дѣйствуетъ такимъ образомъ (напр., всѣ совершаютъ одну и ту же принятую работу), что послѣдствія дѣйствія отражаются на каждомъ изъ нихъ; все сказанное относительно волеизъявленія одного дѣйствующаго лица имѣетъ силу по отношенію каждому изъ этихъ соучастниковъ, одинаково заинтересованныхъ въ послѣдствіяхъ дѣянія.

Второй случай соучастія иного рода: участвуетъ нѣсколько человекъ въ дѣйствіи, послѣдствія котораго отражаются только на однихъ, прямо заинтересованныхъ; другихъ-же (напр., свидѣтелей) послѣдствія не касаются. Въ этомъ случаѣ второго рода (который иногда называется *юридическимъ* соучастіемъ въ *тѣсномъ* смыслѣ) различаютъ добровольное и необходимое соучастіе. *Добровольнымъ* оно именуется тогда, когда другія лица приглашаются дѣйствующимъ по его собственному желанію, безъ предписанія закона. Напримѣръ, ни законъ и ни обычай не требуютъ приглашенія свидѣтелей при куплѣ-

¹⁾ I. 7 C. 4. 28: cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ex ab initio, quae subsecuta sunt.

продажѣ, а продавецъ или покупатель приглашаютъ ихъ только для того, чтобы впоследствии легче доказать условия договора (probationis causa). *Необходимымъ* прозывается соучастіе такихъ лицъ, безъ которыхъ по предписанію закона не можетъ имѣть мѣсто юридическое дѣйствіе. Такого участіе свидѣтелей, присутствіе которыхъ требуетъ законъ при заключеніи сдѣлки (5 свидѣтелей при манципаціи, 7 свидѣтелей при составленіи завѣщанія), участіе отца, дающаго согласіе на бракъ подвластнаго сына и т. д.

Третій случай соучастія бываетъ, когда послѣдствія дѣяній не отражаются на самихъ дѣйствующихъ лицахъ, а прямо переходятъ на другихъ, отъ имени которыхъ первыя лица дѣйствовали. Это есть *представительство*. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы на немъ и сосредоточимся.

Представительство ¹⁾. Представительство, какъ особый самостоятельный институтъ права, есть совершенно новое явленіе, порожденное современными успѣхами культурной вообще и торгово-промышленной жизни въ частности. Въ римскомъ правѣ не было такого термина, который обнималъ-бы рядъ однородныхъ явленій, подходящихъ подъ понятіе представительства, хотя отдѣльные случаи его и встрѣчались. Больше сказать, такого термина, объемлющаго всѣ однородныя отношенія, нѣтъ и въ современныхъ кодексахъ права. Представительство (Stellvertretung), какъ цѣльный институтъ, есть произведеніе современнаго научнаго правовѣдѣнія. Въ виду этого, сначала упомянемъ о современно-научной постановкѣ представительства, а потомъ уже приведемъ случаи его изъ источниковъ римскаго права.

1) *Современная постановка* представительства лучше всего выясняется при разсмотрѣніи слѣдующихъ вопросовъ: о понятіи, о видахъ и о конструціи представительства.

а) *Понятіе*. Представительство есть совершеніе однимъ лицомъ праваго дѣйствія, изъ котораго права и обязанности прямо возникаютъ для другого, отъ имени котораго дѣйствіе совершено. Первое, дѣйствующее лицо, называется представителемъ, второе, представляемое лицо — принципаломъ.

¹⁾ *Нерсеовъ*, понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ, 1878. *Казанцевъ*, ученіе о представительствѣ, 1879. *Казанцевъ*, о свободномъ представительствѣ по римскому праву, Киевск. унив. извѣстія, 1884. *Вичка*, die Lehre. v.d. Stellvertretung, 1852. *Hellmann*, d. Stellvertretung, 1882.

Представительство—явление очень распространенное; оно возникает въ силу природной необходимости или по отдѣльному соглашенію, по договору. Представительство перваго рода, называемое необходимымъ, болѣе ранняго происхожденія: въ силу необходимости несовершеннолѣтній, душевно больной и другіе недѣеспособные издавна нуждались въ дѣеспособномъ заступникѣ. Представительство втораго рода, именуемое добровольнымъ или договорнымъ, есть новѣйшее явленіе.

Представительство походить на многія другія юридическія отношенія; участіе фактическаго пособника, порученіе, договоры въ пользу 3-хъ лицъ и др. У нихъ всѣхъ то общее съ представительствомъ, что вездѣ дѣйствуетъ посредникъ (*interposita persona*). Но есть и существенное различіе. Изъ сравненія съ ними выяснятся отличительныя признаки представительства.

Во первыхъ, представитель отличается отъ фактическаго помощника: слуги, посыльнаго (*nuntius*) и т. д. Слуга, который покупаетъ по желанію господина такую-то провизію на такую-то сумму, не является выразителемъ собственной воли, а воли своего господина; онъ есть простой органъ исполненія чужой воли (римляне ставили рядомъ изъявленіе воли *per nuntium* и *per litteram*, т. е., смотрѣли на посла, какъ на такое-же орудіе исполненія желанія, какъ на письмо ¹⁾). Между тѣмъ, представитель выражаетъ, именно, свою волю (мало ограниченную, какъ и у опекуна, и у лица съ общей и полной довѣренностью, или извѣстнымъ образомъ ограниченную въ случаѣ специальной довѣренности; у него несравненно большая свобода дѣйствій ²⁾).

Во вторыхъ, представительство отличается отъ *порученія*. Договоръ порученія—*mandatum*—состоитъ въ томъ, что повѣренный (*mandatarius, procurator*), берется (по римскому

¹⁾ Fr. 2 D. 2. 14. *Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium*. Тождество сравниваемыхъ способовъ передачи воли бываетъ тогда, когда слугѣ или посыльному неизвѣстно содержаніе передаваемой воли, какъ то неизвѣстно почтальону, доставляющему письмо.

²⁾ Видшейдъ, *Pandecten* § 73), а за нимъ Баронъ (система § 65) предлагаютъ называть фактическое исполненіе воли—представительствомъ въ изъявленіи воли (*in d. Erklärung*), а истинное представительство—представительствомъ въ волѣ (*im Willen*). Если-бы это было такъ, значило-бы, что нунцій, какъ представитель, выражалъ-бы свою волю,—слѣдовательно, не было-бы и различія между тѣмъ и другимъ. Ср. *contra Herseesoz*, назв. соч., 14.

праву безмездно) совершать какое-либо дѣйствіе въ пользу другого, но отъ своего имени, съ тѣмъ чтобы перенести права и обязанности на довѣрителя. Анализъ порученія показываетъ, что оно состоитъ изъ 2-хъ юридическихъ отношеній: 1) отношенія повѣреннаго къ третьимъ лицамъ (у которыхъ, онъ, напримѣръ, что-либо покупаетъ отъ своего имени, suo nomine), и 2) отношенія повѣреннаго къ довѣрителю (которому онъ обязанъ, напримѣръ, перенести право собственности на купленную вещь). Между тѣмъ, представительство является собою единое юридическое отношеніе, въ которомъ представитель дѣйствуетъ отъ чужого имени, alieno nomine; такъ, въ данномъ примѣрѣ представитель (опекунъ, управляющій торговой фирмы и т. д.), покупаетъ вещь прямо въ собственность принципала (опекаемаго, фирмы и т. д.).

Въ третьихъ, представительство отличается отъ такъ-называемыхъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ. Договоръ въ пользу третьихъ бываетъ, когда одно лицо заключаетъ сдѣлку съ другимъ (напр., обязывается ежегодно уплачивать определенную сумму въ общество страхованія жизни) съ тѣмъ, чтобы это другое лицо оказало услугу третьему по наступленіи извѣстнаго обстоятельства (напр., выдало определенную премию семьѣ по смерти страхователя). Уже изъ даннаго описанія настоящаго договора нельзя не видѣть, что и въ немъ имѣются два раздѣльные отношенія: 1) между первымъ и вторымъ (страхователемъ и обществомъ страхованія) и 2) между вторымъ и третьимъ (обществомъ и семьей страхователя); при этомъ дѣйствующій на пользу третьяго лица—никакъ не представитель, потому что онъ вступаетъ въ обязательство отъ своего имени.

Кромѣ трехъ приведенныхъ отношеній, сложныхъ съ представительствомъ, есть и другія, на него похожія (negotiorum gestio, управленіе подвластнаго сына пекуліемъ и др.), но вмѣстѣ съ тѣмъ и отличныя отъ него, такъ какъ въ нихъ нѣтъ того или другого признака, свойственнаго представительству.

б) *Виды представительства.* Всѣ описанныя отношенія, равно какъ и само представительство, объединяются въ общемъ родовомъ понятіи о *посредничествѣ* (т. е., участіи посредника—*persona interposita*, fr. 18 D. 18. 1) въ правовомъ дѣйствіи: и посыльный, и агентъ по порученію, и заключающій договоръ въ пользу третьяго, и самъ представитель—

всѣ они суть посредники между двумя другими лицами. Представительство, какъ дѣйствіе одного, прямо переносящее послѣдствія на другого, есть одинъ, точно опредѣленный видъ посредничества. Въ свою очередь, бывають-ли, далѣе, особые виды представительства?

Во первыхъ, какъ мы уже видѣли (стр. 149 прим. 2), нѣкоторые ученые (Виндшейдъ, Баронъ) различаютъ представительство въ изъявленіи воли и представительство въ волѣ. Но тутъ происходитъ смѣшеніе двухъ разныхъ видовъ посредничества вообще: такъ называемое ими представительство въ изъявленіи воли, при которомъ оказывающій услугу можетъ и не участвовать собственной волей (fr. 15 D. 13. 5: ministerium tantummodo hoc casu droestare videtur),—не есть тотъ видъ посредничества, который называется представительствомъ.

Во вторыхъ, многіе (Dernburg, Загурскій и др.) устанавливаютъ два вида: непосредственное (также прямое, открытое) и посредственное (также косвенное, скрытое) представительство. Непосредственное представительство есть то, что и мы называемъ представительствомъ, а посредственное происходитъ тогда, когда представитель (онъ называется Ersatzmann, stiller Vertreter и др.) совершаетъ дѣйствіе отъ своего имени за чужой счетъ (auf fremde Rechnung, im eigenen Namen): сначала онъ самостоятельно дѣйствуетъ, а потомъ переноситъ результаты на довѣрителя. Другими словами, посредственное представительство есть то отношеніе, которое возникаетъ изъ договора порученія (mandatum). Значитъ, это есть посредничество sui generis, которое, какъ мы видѣли, отличается отъ представительства. Поэтому, настоящая классификація представительства несостоятельна.

Въ третьихъ, приводятъ различіе между необходимымъ и свободнымъ представительствомъ. Объ этомъ мы уже выше сказали: необходимое опирается на предписаніе закона, свободное—на договоръ. Это различіе, какъ имѣющее raison d'être по источнику происхожденія, можетъ оставаться въ силѣ, хотя дальнѣйшими выводами оно не богато. Любопытно взглянуть на конструкцію представительства.

в) *Конструкція представительства* пока еще, какъ говорится, не далась юристамъ. Всѣ согласны въ томъ, что представительство, при которомъ дѣйствія одного лица порождаютъ послѣдствія для другого, приобретающаго права и обязанности непосредственно (минуя представителя)—въ этомъ

смыслъ представительство есть актъ, совершенно отступающій отъ всѣхъ другихъ обыкновенныхъ дѣйствій. Несомнѣнно, для уразумѣнія такого акта необходима значительная абстракція. Если онъ и былъ знакомъ древности, то въ качествѣ совершенно исключительнаго явленія. Теперь онъ сталъ обыкновеннымъ явленіемъ. На чемъ-же покоится его дѣйствительность? Почему получаетъ юридическую силу дѣйствіе представителя, отъ котораго послѣдствія не переходятъ на дѣйствующаго, какъ то должно было-бы быть, а на другое, бездѣйствующее лицо?

Выдѣляются два главные взгляда. По одному, господствующему взгляду (Виндшейдъ, Унгеръ и др.) воля представителя разсматривается или, лучше сказать, воображается волей принципала. Значить, этотъ взглядъ прибѣгаетъ къ помощи *фигуры*, которая, по совершеніи дѣйствія, переноситъ его послѣдствія на принципала, въ дѣйствіи-же участвуетъ только одно лицо—представитель. Но фикція—ненадежное, только временное средство конструкціи; оно само по себѣ нуждается въ улучшеніи. Изъ исторіи мы знаемъ, что фикція приноситъ пользу въ качествѣ, такъ сказать, переходнаго мостика надъ пропастью между древнимъ строго-формальнымъ и новѣйшимъ, болѣе справедливымъ правомъ. А когда переходъ совершенъ и нѣтъ болѣе возврата къ древнимъ порядкамъ, тогда въ фикціи нѣтъ надобности. Если только возможно, лучше обходиться безъ фикціи.

По взгляду другихъ (Савиеньи, Дернбургъ и др.), въ дѣйствіи не одинъ, а два участника: самъ принципалъ и его представитель, на сколько послѣдняго допускаетъ его полномочіе. Сдѣлка заключается волею обоихъ, говоритъ Дернбургъ. Оба—виновники дѣйствія: на первомъ мѣстѣ—принципалъ, на второмъ—представитель; отсюда понятно, что не представитель, а только представляемый несетъ обязанности и приобрѣтаетъ право.

Относительно второго взгляда можно сказать, что у него *постановка* юридическихъ отношеній въ представительствѣ правильна, а *объясненіе* ихъ также несостоятельно, какъ и въ первомъ взглядѣ. Въ самомъ дѣлѣ, какое у него объясненіе того, что въ представительствѣ не одинъ, а два участника дѣйствія? Объясненіе то, что сдѣлка заключается «волею обоихъ.» Развѣ это такъ? Далекое не всегда и воля-то есть у принципала; на примѣръ, нѣтъ воли у юридическаго

лица, которое, по сущности своей, нуждается въ представительствѣ. Принимая постановку второго воззрѣнія, мы даемъ ему слѣдующее объясненіе.

Дѣеспособностью называется, какъ мы знаемъ, способность порождать юридическія послѣдствія посредствомъ волеизъявленія. Не всякое правоспособное существо дѣеспособно, ибо не у всякаго есть воля; ея нѣтъ у утробнаго младенца, не совершеннолѣтнаго, юридическаго лица. Мало того, случается и одному дѣеспособному позаимствоваться способностью къ дѣйствию у другого, когда у перваго нѣтъ времени или нѣтъ умѣнья дѣйствовать. Какъ тутъ быть? Юридическихъ лицъ, не надѣленныхъ волей вообще, и лицъ физическихъ, не пользующихся конкретной дѣеспособностью (т. е. способностью дѣйствовать въ данномъ случаѣ—продать товаръ, ходатайствовать по судебному дѣлу и т. д.), снабжаютъ дѣеспособностью другія лица, называемыя представителями. Представительство есть *воспроизведеніе дѣеспособности*. Способность представляемаго (принципала) нести послѣдствія отъ акта чужой воли, не есть природная дѣеспособность. Такъ какъ она производится юриспруденціей въ случаѣ дѣйствія другого лица отъ имени перваго, она и можетъ быть названа воспроизведенной или производной дѣеспособностью. Природная дѣеспособность—простое понятіе, производное—понятіе осложненное соучастіемъ представителя. Отправляясь отъ настоящаго понятія представительства, мы должны допустить участіе двухъ агентовъ въ юридическомъ дѣйствіи, представителя и принципала. Первый своею волей,—въ предѣлахъ указанныхъ закономъ или представительнымъ положеніемъ, по договору,—производитъ дѣйствіе съ правовымъ послѣдствіемъ, второй, обладающій производной дѣеспособностью, получаетъ такъ произведенныя права и обязанности ¹⁾.

¹⁾ Настоящимъ опредѣленіемъ представительство отличается отъ другихъ, извѣстныхъ намъ случаевъ посредничества. Кто отправляетъ посла съ выраженіемъ своей воли, тотъ не занимаетъ его дѣеспособностью. Каждый изъ заключившихъ договоръ порученія (*mandatum*) остается со своей волей: въ своемъ дѣйствіи повѣренный остается одинъ; затѣмъ, при перенесеніи имъ послѣдствія на доверителя тотъ и другой участвуютъ своей собственной волей.

Когда у насъ была рѣчь о дѣеспособности юридическаго лица (выше, стр. 95), мы тамъ сказали: у юридическихъ лицъ правоспособность отвлеченная отъ природнаго субъекта; такова-же и дѣеспособность ихъ. И вотъ, какъ видимъ, имѣется полная аналогія въ конструкціи двухъ основныхъ юри-

По разсмотрѣніи современнаго ученія о представительствѣ, взглянемъ на его постановку въ римскомъ правѣ.

2) *Представительство въ римскомъ правѣ.* Эгоистическое римское право, требовавшее личной дѣятельности каждаго въ пользованіи гражданскими благами, не допускало представительства. Общее правило гласило: *per liberas personas acquiri nobis nihil potest* (Pauli rec. sententia, 5, 2 § 2) — ничего нельзя пріобрѣтать чрезъ свободныхъ лицъ. Дѣйствіе, совершенное однимъ для другого, недѣйствительно, потому что, какъ говорили римляне (l. 6 C. 4. 50, t. 26. C. 5. 12): *tibi non vis, nec illi potes*—для себя не хочешь (дѣйствовать), а для другого не можешь.

Въ древнее время это общее правило было неумолимо. Даже въ случаяхъ необходимаго представительства (напр., при опекаѣ), т. е., когда безъ участія представителя по современному праву обойтись нельзя, древніе римляне не уклонялись отъ помянутаго правила. У нихъ въ этихъ случаяхъ существовало посредничество на другихъ основаніяхъ: опекунъ пребывавшій *visе domini* (какъ-бы хозяиномъ имущества опекаемаго), дѣйствовалъ отъ своего имени (*suo nomine*) съ тѣмъ, чтобы потомъ все обратить въ пользу опекаемаго. Было много и другихъ видовъ посредничества. Представительство-же, какъ наиболѣе совершенный видъ посредничества, было въ послѣдствіи допущено лишь въ немногихъ юридическихъ отношеніяхъ, въ качествѣ исключенія изъ общаго правила. Упомянемъ сперва о разныхъ способахъ посредничества, помимо представительства, а потомъ объ исключительныхъ случаяхъ представительства.

Вотъ, въ какихъ случаяхъ, минуя представительство, римское право допускало участіе посредника (*persona interposita*): а) въ извѣстномъ намъ договорѣ порученія (стр. 150) (*mandatum*), близко подходящемъ, но все-же не тождественнымъ съ представительствомъ, и б) въ такъ-называемыхъ нынѣ романистами *actiones adiecticiae qualitatіs*, особаго рода „дополнительныхъ“ искахъ, предъявляемыхъ къ *patresfamilias*, подвластныхъ лицъ (*filiifamilias* и рабовъ). Если у подвласт-

дическихъ понятій о правоспособности и дѣеспособности: кромѣ простой и естественной право-и дѣеспособности имѣются еще сложныя право-и дѣеспособность, воспроизведенныя юридическимъ искусствомъ въ развитомъ гражданскомъ оборотѣ.

наго сына имущество отца находилось въ фактическомъ распоряженіи (а это имущество прозывалось *resulium*), то по дѣйствіямъ сына въ отношеніи *пекулія* несъ, кромѣ сына, еще отецъ дополнительную отвѣтственность: *actio de peculio*—дополнительный искъ на имя отца по дѣйствіямъ сына. Тутъ сынъ-посредникъ, *persona interposita*, въ возможныхъ приобретеніяхъ отца отъ третьихъ лицъ (у подвластнаго сына долгое время не было своего имущества), но онъ не истинный представитель. На управляющаго *пекуліемъ* можно смотрѣть или какъ на простое орудіе воли домовладыки (особенно, если управляетъ рабъ) или какъ на самостоятельно-дѣйствующее лицо, отвѣчающее за дѣйствія рядомъ съ домовладыкой. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о другихъ дополнительныхъ искахъ: *actio de in rem verso* — искъ объ обогащеніи домовладыки по дѣйствіямъ подвластныхъ внѣ *пекулія* (вышедшемъ ихъ состава *пекулія*), *actio quod iussu*—искъ по поводу дѣянія, совершеннаго по приказу владыки, *actio exercitoria*—за дѣйствія по управленію кораблемъ, *actio institoria*—за коммерческія дѣйствія. Всѣ перечисленные случаи посредничества, хоть и не были представительствомъ, однако близко подходили къ нему ¹⁾. Оставался шагъ впередъ. И, вотъ, классическое право стало допускать изъятія изъ вышеприведеннаго правила: *per liberas personas nobis nihil acquiri potest*.

По исключенію было допущено представительство, во первыхъ; при *приобрѣтеніи владѣнія*, *possessio* (Pauli sent, 5, 2 § 2:—*per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est*). Можетъ быть, это исключеніе находило себѣ оправданіе въ своеобразномъ характерѣ римскаго ученія о владѣніи: по взгляду нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, *possessio* есть скорѣе фактическое, чѣмъ юридическое отношеніе (*magis facti, quam iuris est*, говорятъ римскіе юристы). Значить, въ данномъ отступленіи отъ правила о недопущеніи представительства не было строгаго противорѣчія съ чисто-юридическими принципами. Во вторыхъ, разъ было признано возможнымъ представительство при владѣніи, вмѣстѣ съ тѣмъ его допустили и во всѣхъ отношеніяхъ, *сопряженныхъ со владѣніемъ*: при приобретеніи права собственности черезъ

¹⁾ На языкѣ обыденной жизни представительство имѣетъ широкое значеніе: чуть-ли не всякое посредничество такъ называется; юридически-же оно есть строго-опредѣленное понятіе.

передачу владѣнія (*traditio*), посредствомъ давностнаго владѣнія (*usucapio*), при помощи завладѣнія (*occupatio*) ¹⁾; Въ третьихъ, представительство стали практиковать въ обязательствахъ, совершаемыхъ *передачей владѣнія*. Такимъ образомъ устанавливается, на примѣръ, договоръ *займа* (*mutuum* — мое владѣние становится твоимъ ²⁾); можетъ быть, также и залогъ, *pinus* (l. 2 C. 4. 27). Въ четвертыхъ, еще при приобрѣтеніи *наслѣдства*, *bonorum possessio*, посредствомъ ввода во владѣние имъ, по видимому, допускали представительство ³⁾.

Таковы всѣ исключительные случаи представительства по римскому праву, не признававшему его общимъ правиломъ въ юридическихъ отношеніяхъ. Но въ литературѣ (*Савиньи*, обязат. права, § 56) есть противоположный взглядъ (недавно поддержанный *Hellmann*, сочиненіе котораго мы выше цитировали, стр. 148 пр. 1), будто у римлянъ вполне дѣйствовало представительство. Этотъ взглядъ опирается на fr. 53 D 41. 1. Противъ этого взгляда нельзя не возразить такъ: во первыхъ, онъ явно противорѣчитъ указанному выше общему правилу, ясно засвидѣтельствованному римскими источниками; во вторыхъ, fr. 53 D 41. 1 съ, неменѣе одинаковымъ успѣхомъ допускаетъ и другое толкованіе, не противорѣчающее общему правилу ⁴⁾.

Такимъ образомъ, нами изложено ученіе о правовомъ дѣйствіи вообще. Далѣе, предстоитъ рѣчь

(711) В) *Объ юридической сдѣлкѣ въ частности* ⁵⁾.

Юридическая или правовая сдѣлка (*negotium*) есть видъ правового дѣйствія вообще. Значить все сказанное относи-

¹⁾ Fr. 20 § 2 D 41. 1: placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium.

²⁾ Fr. 9 § 8 D 12. 1: si numos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente et ignorante. Aristo scribit, acquiri tibi conditionem.

³⁾ Fr. 3 § 7 D 37. 1: acquirere quis bonorum possessionem Potest vel per semet ipsum, vel per alium.

⁴⁾ Fr. 53 D 41. 1: ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem, quod naturaliter acquiruntur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis acquirimus. Ср. спеціально объ этомъ вопросѣ вышеуказанное изслѣдованіе *Казанцева*, о свободномъ представит. по римскому праву.

⁵⁾ *Karlowa*, d. Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1887. *Enneccerus* Rechtsgeschäft etc, 1888.

тельно правовыхъ дѣйствій вообще имѣть силу и по отношенію юридической сдѣлки. Въ послѣдующемъ изложеніи будемъ говорить о томъ, что касается только юридическихъ сдѣлокъ.

Юридической сдѣлкой называется *дозволенное* юридическое дѣйствіе. Поэтому, вся категорія недозволенныхъ дѣйствій или деликтовъ отсюда исключается; о нихъ, съ точки зрѣнія гражданского права, будемъ говорить ниже, во второмъ отдѣлѣ настоящей главы.

Жизнь полна сдѣлокъ; многія изъ нихъ составляютъ обыкновенное явленіе въ жизни людей: купля, продажа, наемъ, заемъ и т. д. Немногія происходятъ не часто въ жизни индивида: бракосочетаніе (тамъ,—какъ напр. во Франціи, Германіи,—гдѣ оно регулируется гражданскимъ правомъ, составляетъ такую-же гражданскую сдѣлку), принятіе наслѣдства, усыновленіе. вмѣсто того, чтобы говорить о возможныхъ комбинаціяхъ при каждой сдѣлкѣ въ отдѣльности, юристы, собравъ ихъ вмѣстѣ, дѣлаютъ изъ нихъ обобщенія. Такимъ образомъ, изучаются вопросы, которые могутъ касаться одинаково любой юридической сдѣлки.

Вотъ, эти общіе вопросы: понятіе и виды сдѣлокъ, ихъ содержаніе, толкованіе ихъ и недѣйствительность сдѣлокъ. Эти вопросы разберемъ по очереди.

I. *Понятіе сдѣлки.* Сдѣлкой (*negotium actus legitimus*) называется,—если дать подробное опредѣленіе,—*дозволенное* выраженіе воли частныхъ лицъ,¹ направленное на юридическія послѣдствія, т. е., на возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе какихъ-либо юридическихъ отношеній¹). Въ настоящемъ опредѣленіи имѣются четыре признака:

1) Сдѣлка — выраженіе воли; воля въ ней должна быть какъ-нибудь выражена: на словахъ, на письмѣ, конклюдентными дѣйствіями, даже хоть молчаніемъ въ извѣстныхъ намъ случаяхъ;

2) сдѣлка — *дозволенное* волеизъявленіе: этимъ она отличается, какъ мы уже сказали, отъ недозволеннаго правового дѣйствія, проступка (преступленія);

¹) Терминъ *negotium* встрѣчается и въ болѣе широкомъ значеніи фактическаго дѣйствія вообще. Въ преторскомъ эдиктѣ сдѣлка выражается описательно: *quod gestum est*. Слова: *actus legitimi*—обозначаютъ, строго говоря, сдѣлку по гражданскому праву. Значитъ, у римлянъ не было термина, соответствующаго нашему обобщенному понятію объ юридической сдѣлкѣ.

3) сдѣлка — волеизъявленіе частныхъ лицъ; этимъ признакомъ сдѣлка обособляется отъ волеизъявленія официальныхъ лицъ: рѣшенія гражданскаго или уголовного суда, постановленій административныхъ или законодательныхъ властей. Конечно, въ сдѣлкѣ принимаютъ участіе лица, имѣющія въ томъ какой-либо интересъ;

4) волеизъявленіе съ юридическими послѣдствіями; въ созданіи такихъ послѣдствій участвуетъ не столько частная воля, сколько постановленіе нормы права (закона), которой должна соответствовать сдѣлка. Бываетъ даже такъ, какъ справедливо указываютъ цивилисты, что иныя послѣдствія сдѣлки оказываютъ полную неожиданность для дѣйствующаго лица. Напримѣръ, финляндскій уроженецъ, на родинѣ котораго дѣйствуетъ въ гражданскихъ правоотношеніяхъ шведское уложеніе 1734 г., признающее отвѣтственность наследника за долги наследодателя однимъ имуществомъ послѣдняго, — этотъ человекъ вступаетъ въ наследство съ превышающимъ пассивомъ, открывшееся въ великорусскихъ губерніяхъ, гдѣ дѣйствуетъ гражданское право свода законовъ (X томъ, 1 часть). И что-же? Благодаря его волеизъявленію наступаютъ другія послѣдствія, о которыхъ онъ и не думалъ: онъ долженъ платиться за долги своимъ имуществомъ. И такъ, волеизъявленіе — дѣло частныхъ лицъ, а наступленіе послѣдствій — дѣло юридической нормы. По большей части то и другое заранѣе согласуется, иначе рисковано было-бы заключать сдѣлки; но какъ мы видѣли, послѣдствія могутъ быть и не предвидѣны, ибо они опредѣляются не частною волею, а закономъ. — Въ чемъ-же состоятъ, вообще говоря, эти послѣдствія? Въ установленіи, измѣненіи и прекращеніи юридическихъ отношеній. Кто-либо желаетъ вступить въ отношеніе должника — онъ заключаетъ договоръ займа; желая измѣнить его, совершаетъ добавочный договоръ объ отсрочкѣ; желая прекратить его — производить уплату.

II. *Классификація сдѣлокъ.* Сдѣлокъ неизмѣримое множество. И подраздѣленій на классы, группы, виды и подвиды не мало.

Во первыхъ, есть дѣленіе на два слѣдующіе класса: *negotia inter vivos* и *mortis causa*, сдѣлки между живыми и сдѣлки, заключаемыя на случай смерти. Это есть часть-римское дѣленіе, которое зачастую упоминается въ источникахъ *Negotia mortis causa* суть такіе акты относительно наследства, у которыхъ по-

слѣдствія зависятъ отъ смерти дѣйствующаго. Сюда относятся: завѣщаніе—актъ назначенія наследника (*testamentum*), актъ другихъ распоряженій кромѣ назначенія наследника (называемый *codicillus*) и дареніе на случай смерти (*mortis causa donatio*). Всѣ *negotia mortis causa* суть акты распоряженія относительно *наслѣдства* дѣйствующаго лица. Поэтому, не были-бы, съ точки зрѣнія римскаго права, *negotia mortis causa*: страхованіе жизни или договоръ объ отреченіи или передачѣ будущаго наслѣдства (нѣмецкій *Erbvertrag*); этихъ актовъ и не знало римское право. Все, что не составляетъ *negotium mortis causa*, есть *negotium inter vivos*.

Во вторыхъ, есть еще дѣленіе—по числу участниковъ— на 2 класса: *одностороннія* и *двустороннія сдѣлки*. Односторонними называются (*negotia unilateralia*) такія, гдѣ дѣйствуетъ только одна сторона, т. е. одно лицо. Таковы: *occupatio*—завладѣніе разсматривается, какъ выраженная воля имѣть право собственности въ ничьей вещи (*res nullius*), *volunt* и *pollicitatio*—одностороннія обѣщанія что-либо кому дать или сдѣлать. Къ одностороннимъ-же сдѣлкамъ принадлежатъ главнѣйшія *negotia mortis causa*: *testamentum* и *codicillus*. Двустороннія сдѣлки (*negotia bilateralia*) суть такія, гдѣ участвуютъ, по крайней мѣрѣ, двѣ стороны, два лица. Но лицъ можетъ быть и больше (тогда будетъ, такъ сказать, многосторонняя сдѣлка). Сдѣлка двусторонняя именуемая *договоромъ* (*actio, contractus*), заключается въ соглашеніи воли участвующихъ (*actum a racione dicitur inde etiam pacis nomen appellatum est, et est ractio duorum pluriumve in idem placitum consensus, fr. 1. § 1. D 2. 14*;—значить, подъ *consensus* разумѣется согласная воля контрагентовъ).

Въ свою очередь, двустороннія сдѣлки или договоры подраздѣляются нынѣ на 2 группы: *вещные* и *обязательственные договоры*. Вещные договоры суть соглашенія относительно вещныхъ правъ: пріобрѣтенія права собственности, сервитутовъ. Обязательственные договоры—соглашенія относительно дѣйствій одного изъ участниковъ или взаимныхъ дѣйствій всѣхъ контрагентовъ.—Кромѣ того, слѣдуетъ прибавить, настоящее дѣленіе договоровъ на 2 группы неполно, ибо есть еще группы договоровъ въ семейномъ и въ наслѣдственномъ правѣ: заключеніе гражданскаго (не церковнаго, не каноническаго) брака, дареніе на случай смерти и т. д.

Мало того, сами обязательственные договоры, одна изъ

группъ договоровъ вообще, подраздѣляется, съ точки зрѣнія распредѣленія обязанностей между сторонами—на два *виды*: *contractus unilaterales* (односторонніе договоры) и *bilaterales* (двусторонніе договоры). Односторонними договорами называются возлагающіе обязанность на одну сторону; напримеръ, при займѣ (*mutuum*) обязанности несетъ одинъ должникъ; тоже при *donatio* въ смыслѣ обѣщанія подарка и т. д. При двустороннихъ договорахъ обязанности распредѣляются между обѣими сторонами; напр., при куплѣ — продажѣ, наймѣ и т. д.

И это еще не все. Двусторонніе договоры (*contractus bilaterales*), одинъ изъ видовъ группы договоровъ, дѣлится на 2 *подвида*: двусторонніе договоры равные (*contr. bilat. aequales*) и неравные (*contr. bilat. inaequales*). Двусторонне—равные договоры распредѣляютъ обязанности приблизительно по-ровну между участниками; такова купля—продажа (мой товаръ—твои деньги). Двусторонне—неравные договоры суть такіе, при которыхъ обязанности одной стороны превышаютъ права; таковъ договоръ поклажи (*depositum*): взявшій на сбереженіе обязанъ безмездно хранить вещь и только въ случаѣ неизбѣжныхъ или полезныхъ расходовъ (*impensae necessariae, utiles*) на поддержаніе вещи получаетъ право требовать удовлетвореніе.

Въ третьихъ, кромѣ двухъ представленныхъ основныхъ классификацій, должно упомянуть еще о двухъ классахъ сдѣлокъ: о возмездныхъ и безмездныхъ сдѣлкахъ, *negotia onerosa* и *negotia gratuita* (1). Возмездныя сдѣлки имѣютъ въ виду получить удовлетвореніе за совершаемое дѣйствіе; всѣ онѣ суть двустороннія сдѣлки: купля, наемъ и т. д. Безмездныя сдѣлки доставляютъ выгоду другому лицу безъ удовлетворенія за то съ его стороны. Сюда принадлежатъ: договоръ поклажи, ссуды и др.; въ особенности, сюда относится, конечно, дареніе (2).

1) У римлянъ настоящіе два класса опредѣлялись выраженіями: *ex causa lucrativa* (по возмездному основанію) или *non ex causa lucrativa*. Напр., говорится о должникахъ, обязанныхъ *ex causa lucrativa* (*debitores qui speciem ex causa lucrativa debent*, fr. 17 D 44. 7).

2) На другихъ классификаціяхъ, имѣвшихъ одно историческое значеніе во времени Юстиніана, мы не останавливаемся. Наприм., въ исторіи было дѣленіе на *negotia stricti iuris* и *negotia bonae fidei*—въ зависимости отъ различія между строго-формальнымъ и болѣе справедливымъ судебнымъ разбирательствомъ (*iudicia stricti iuris, bonae fidei*). Таково-же дѣленіе на *negotia iuris civilis, iuris gentium*.

III. *Содержаніе юридической сдѣлки.* Сдѣлка должна имѣть опредѣленное содержаніе. Содержаніе, конечно, очень варьируется, въ зависимости отъ разнообразія желаній дѣйствующихъ лицъ. Предѣлы этого разнообразія лежатъ въ юридическихъ нормахъ: дѣйствующія лица должны сообразоваться съ ними. Поэтому, само собою понятно, не можетъ быть предметомъ вѣнборотная вещь (*res extra comersium*), невозможное дѣйствіе (*impossibilium nulla est obligatio*, fr. 185 D 50. 17) или дѣйствіе безнравственное (*turpes obligationes nullius momenti sunt*). Перечислять всѣ условія, которымъ должны удовлетворять участники сдѣлки, теперь нѣтъ надобности, ибо всѣ они будутъ приведены при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи юридическихъ сдѣлокъ въ отдѣльности. (Въ главѣ особенной части: объ обязательственномъ правѣ). Въ настоящемъ мѣстѣ уважемъ /составныя части, общія всѣмъ сдѣлкамъ, а также упомянемъ о цѣли или основаніи (*causa*) сдѣлки.

1. *Составныя части сдѣлки* обобщены не римскими юристами, а позднѣйшими на основаніи римскихъ источниковъ. Теперь различаютъ составныя части троякаго рода: существенныя (*essentialia*), обыкновенныя (*naturalia*) и случайныя (*accidentalialia*). 1 Такъ въ источникахъ

1) *Существенныя части (essentialia negotii)* называются тѣ, безъ которыхъ не можетъ быть данной сдѣлки. У каждой сдѣлки свои *essentialia*; онѣ опредѣляются природою сдѣлки. Такъ, въ куплѣ—продажѣ необходимо соглашеніе о вещи и о цѣнѣ, въ ссудѣ—предоставленіе безмезднаго пользованія вещью, въ завѣщаніи—назначеніе наследника (*institutio heredis caput et fundamentum totius testamenti est*).

2) *Обыкновенныя или естественныя части (naturalia negotii)* суть тѣ, которыя, не будучи неизбѣжными частями, все-же предполагаются присущими сдѣлкѣ, если нѣтъ противоположнаго соглашенія между сторонами. Такъ, при куплѣ—продажѣ обыкновенно полагается немедленная уплата цѣны по доставленіи товара, но можетъ быть выговорена купля и въ кредитъ; при томъ-же договорѣ предполагается отвѣтственность продавца за скрытыя, необнаруженныя при договорѣ, недостатки вещи, но та же отвѣтственность по договору-же можетъ быть и снята съ продавца. Конечно, *natu-*

galia могутъ существовать только при наличности essentialia negotii (¹).

3) Случайными частями (*accidentalialia negotii*) называются устанавливаемые самими сторонами сдѣлки, по ихъ усмотрѣнію; наличность ихъ не требуется закономъ и не предполагается. Напримѣръ, всякія побочныя соглашенія объ отсрочкѣ платежа, объ обезпеченіи договора и т. д.—суть *accidentalialia*. Источники называютъ случайное содержаніе сдѣлки словами: *adiectio* (добавленіе), *clausula* (оговорка), *adminiculum* (пособіе), *lex contractus* (уговоръ). Среди случайныхъ частей сдѣлки выдѣляются: условіе, срокъ и обязательный образъ дѣйствій (*modus*); о нихъ вскорѣ будемъ говорить.

2. Цѣль сдѣлки (*causa*) также принимается въ расчетъ при разсмотрѣніи ея. Въ каждой сдѣлкѣ есть какая-либо цѣль; эта цѣль выражается въ римскихъ источникахъ словомъ: *causa* (²). Напримѣръ, говорится: *dotis constituendae causa*—совершается сдѣлка ради установленія приданого, *condicionis implendae causa*—совершается, положимъ, платежъ (наслѣдникомъ по завѣщанію) ради выполненія возложеннаго условія, и т. д. Въ одной и той-же сдѣлкѣ можетъ быть нѣсколько цѣлей; цѣли, всегда существующія въ сдѣлкѣ (напр.; намѣреніе одарить—въ сдѣлкѣ даренія), могутъ быть названы главными, остальные цѣли—побочными.

Изъ главныхъ цѣлей сдѣлки выдѣляются три обыкновенныя цѣли: а) намѣреніе приобрести долговое требованіе къ другому лицу даетъ сдѣлку *credendi causa*; б) намѣреніе уничтожить долговое требованіе къ дѣйствующему лицу порождаетъ сдѣлку *solvendi causa*; в) желаніе оказать безмездную услугу производить сдѣлку *donandi causa*. Конечно, этими тремя намѣреніями не исчерпываются всевозможныя цѣли сдѣлки. Такъ, мы выше примѣрно упомянули о заключеніи сдѣлки ради установленія приданого; еще можетъ быть иной *causa*—намѣреніе учредить отказъ по завѣщанію (легать) и т. д. Но три помянутыя цѣли чаще другихъ встрѣчаются; онѣ общепотребительны.

¹) Слово *naturalia*, какъ терминъ, заимствовано изъ fr. 11 § 1 D 19. 1:—*ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestati. Essentialia, vultъ вообще вся настоящая терминологія, составлена глоссаторами.*

²) *Causa*—слово, имѣющее 13 разныхъ значеній (причина, основаніе, дѣло, цѣль и мн. др.), перечисленныхъ, напр., у *Voigt, conditiones ob causam, p. 1.*

Далѣ, цѣль можетъ быть субъективной и объективной. Субъективной цѣль можетъ быть названа въ томъ случаѣ; если она остается въ умѣ дѣйствующаго лица; объективной она становится, если осуществляется въ дѣйствиіи, обозначается наружу.

Вотъ, глядя по тому, обнаружена сауса или она остается въ скрытомъ состояніи, различаютъ двѣ категоріи юридическихъ сдѣлокъ: матеріальныя сдѣлки и формальныя (или абстрактныя) сдѣлки. Подъ *матеріальными сдѣлками* разумѣются такія, у которыхъ явнаго опредѣленія цѣли требуетъ самое существо сдѣлки; напримѣръ, заключается договоръ займа тѣмъ, что кредиторъ не только общается, но и на самомъ дѣлѣ вручаетъ опредѣленную сумму; этимъ дѣйствіемъ и выражается сауса *credendi*. Также очевидна цѣль въ договорѣ товарищества, ради которой соединяются капиталисты и труженики: ради совершенія такого-то предпріятія и т. под.—Подъ *формальными* или *абстрактными* сдѣлками понимаются тѣ, у которыхъ можетъ и не быть чѣмъ-либо опредѣлена цѣль ихъ совершенія. Изъ римскихъ классическихъ сдѣлокъ сюда принадлежатъ: традиція и стипуляція. Какова-бы ни была цѣль передачи, сауса *traditionis* (ради ли подарка, семейнаго выдѣла и т. д.), *traditio* имѣетъ силу, если только имѣется на счетъ ея соглашеніе (передать и принять) между дѣйствующими лицами. Также дѣйствительна и бланкетная стипуляція, игнорирующая сауса *stipulationis* въ своей формулѣ: *spondesne mihi centum dare*.

Но и традицію и стипуляцію контрагенты могли сдѣлать изъ формальной сдѣлкой матеріальной, если опредѣляли цѣль ея, сауса. Напримѣръ, женихъ спрашивалъ отца невесты: *spondesne mihi tot milla dotis nomine* (въ качествѣ приданнаго). Въ современномъ же правѣ есть такая формальная сдѣлка, которая и не можетъ быть превращена, даже по желанію сторонъ, въ матеріальную. Это—вексель. Ради чего онъ выдается: платится-ли за дѣйствительно полученный товаръ, есть-ли онъ росписка въ долгѣ, простой подарокъ и т. д.—все это безразлично. Сауса остается скрытой. Какая-либо приписка, какое-нибудь поясненіе въ текстѣ векселя дѣлаютъ его ничтожнымъ.

Справедливо замѣчаютъ (ср. *Dériburg Pand*, § 94), что сауса въ значеніи *цѣли* сдѣлки должно отличать отъ сауса въ значеніи *повода* или *мотива* сдѣлки (*Bewegungsgrund*). Пово-

домъ сдѣлки могутъ быть названы такія предварительныя соображенія, побудившія заключить сдѣлки, осуществленіе которыхъ для сдѣлки, само по себѣ (если о немъ нѣтъ особо выраженнаго условія), несущественно. Напр., молодая супруга покупаетъ такъ-называемое «приданое для новорожденнаго», а послѣдняго (вслѣдствіе аборта) не оказывается: куплю нельзя признать ничтожной (если она явно непоставлена въ зависимость отъ счастливыхъ родовъ). Тоже говорили римскіе юристы (fr. 52 D. 12. 6): если я, напримѣръ, даю тебѣ, потому что что-либо получилъ отъ тебя или что-либо тобою сдѣлано,—обратное требованіе денегъ не допускается, хотя-бы поводъ сдѣлки былъ ложнаго свойства (*etiamsi falsa causa sit*). ¹⁾

Согласно вышесказанному, займемся изученіемъ трехъ наиболѣе употребительныхъ элементовъ случайнаго состава сдѣлки (*accidentalialia negotii*): *condicio, dies, modus*.

IV. *Условіе (condicio)* ²⁾. Слово «условіе» употребляется въ двойномъ значеніи: въ неспеціальномъ и спеціальномъ. Въ значеніи неспеціальномъ, на языкѣ обыденномъ, подъ условіемъ понимается всякое соглашеніе въ сдѣлкѣ: мы условились, мы заключили условіе,—значитъ, мы пришли къ соглашенію, по которому совершили сдѣлку (fr. 6 § 2 D 18. 1). Но не въ этомъ, неспеціальномъ смыслѣ насъ интересуетъ *condicio*. Въ спеціальномъ-же смыслѣ условіе есть постановка/ послѣдствій сдѣлки *дѣйствующими лицами въ зависимости отъ будущаго неизвѣстнаго обстоятельства*. Напримѣръ, отецъ обѣщаетъ сыну премію, если онъ получитъ отъ университета дипломъ 1-й степени. Условіе и выражается обыкновенно въ придаточномъ условномъ приложеніи, т. е., при помощи союза: *si*.

Остановимся на слѣдующихъ вопросахъ въ ученіи объ условіи: 1) на признакахъ условія, 2) на отдѣленіи истинныхъ отъ неистинныхъ условій, 3) на понятіи о безусловныхъ сдѣлкахъ, 4) на видахъ условныхъ сдѣлокъ, и 5) на вліяніи условій на сдѣлку.

¹⁾ Fr. 52. D. 12. 6: *damus aut ob causam, aut ob rem: ob causam praeteritam veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa est, repetitio eius pecuniae non sit.*

²⁾ *Scheurl*, Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871. *Adickes*, z. Lehre v. d. Bedingungen, 1876.

1) *Понятіе условія.* Приведенное опредѣленіе условія въ спеціальному значеніи включаетъ два слѣдующіе признака. Во-первыхъ, условіе есть такая принадлежность сдѣлки, которая *не составляетъ ея существеннаго признака.* Напримѣръ, кто-нибудь говоритъ: пусть такая-то моя вещь принадлежитъ другому лицу, когда я умру, тутъ нѣтъ условія, ибо смерть составляющаго завѣщаніе есть существенный признакъ тестаментна¹⁾. Другое дѣло, если завѣщатель скажетъ: пусть такой-то получитъ мое наслѣдство, если женится на моей родственницѣ. Вступленіе наслѣдника въ бракъ будетъ условіемъ, какъ случайная принадлежность завѣщанія. Во-вторыхъ, условіе есть указаніе на *будущее неизвѣстное* обстоятельство. Обстоятельство, условливающее сдѣлку, должно быть будущимъ, а не прошедшимъ, настоящимъ. Не будетъ, поэтому, условіемъ прибавка: я обѣщаю сдѣлать пожертвованіе, если въ прошломъ или настоящемъ году былъ неурожай. Далѣе, наступленіе, обусловливающее обстоятельства, должно быть объективно неизвѣстнымъ, таково обѣщаніе пожертвованія на случай неурожая въ будущемъ году. Если-же наступленіе будущаго обстоятельства несомнѣнно, то сдѣлка не будетъ условной: нельзя назвать условнымъ обѣщаніе чего-либо, если замерзнетъ Нева, ибо замерзаніе Невы—будущее извѣстное обстоятельство. Другое дѣло, когда условіемъ поставлено замерзаніе въ октябрѣ; тутъ сдѣлка условна, ибо неизвѣстно, произойдетъ-ли замерзаніе въ октябрѣ или ноябрѣ.

Придерживаясь двухъ приведенныхъ признаковъ условія, нетрудно отдѣлять настоящія или истинныя условія отъ условій ненастоящихъ или истинныхъ. Предварительно дальнѣйшаго обозрѣнія истинныхъ условій, приведемъ ненастоящія условія, равно какъ назовемъ сдѣлки, не допускающія условій.

2) *Ненастоящія условія.* О нихъ, на основаніи источниковъ, выражаются: *quae figuram tantum, non autem vim habent condicionum* (fr. 69 D. 25. 1) — они повиду лишь походятъ на истинныя условія, но не имѣютъ ихъ силы. Сила-же условія заключается въ томъ, что оно дѣлаетъ сомнитель-

¹⁾ Истинныя условія суть *condiciones facti*, зависимы отъ факта, а не *condiciones iuris*, независимы отъ требованій самого закона въ отношеніи сдѣлки (*Eisele, z. Lehre v. d. condiciones iuris, Arch. f. civilist. Praxis, 54*).

ными юридическія послѣдствія сдѣлки; въ силу условія становится неизвѣстнымъ возникновеніе или прекращеніе правомочія дѣйствующаго лица. Вотъ, условія ненастояція (или, какъ ихъ еще называютъ, мнимыя условія) не придаютъ сдѣлкѣ сомнительный характеръ. Ко мнимымъ условіямъ принадлежатъ:

Condiciones tacitae — подразумеваемыя условія. Это суть такия, которыя сами по себѣ подразумеваются въ сдѣлкѣ; ихъ незначимъ и включать въ нее. Напримѣръ, нечего говорить при обѣщаніи приданого объ условіи; если состоится бракъ, такъ какъ въ само понятіе приданого входитъ это условіе (fr. 68 D 23. 3: quum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat). Точно также излишняя прибавка въ завѣщаніи при назначеніи легата: если наслѣдникъ вступитъ въ наслѣдство (fr. 3 D 30; si hereditatem adierit), — ибо безъ вступленія наслѣдника, само собой понятно, нельзя получить легата.

Condiciones necessariae — неизбежныя условія. Они содержатъ обстоятельство, наступленіе котораго неминуемо (quae omnimodo extitura est—fr. 18 D. 12. 6). Такое обстоятельство одинаково можетъ быть положительнымъ («если вскрыется Нева») и отрицательнымъ (fr. 8 D. 45. 1: si intra calendas digito coelum non tetigerit—если не попадешь пальцемъ въ небо).

Conditioes impossibiles— невозможныя условія. Они суть неистинныя условія, потому что заранѣе извѣстенъ эффектъ сдѣлки. Напримѣръ, невозможны условія: если Нева потечетъ въ Ладожское озеро, если Тицій женится на своей сестрѣ и т. д. Въ сдѣлкахъ *inter vivos* невозможныя условія, отъ которыхъ зависитъ дѣйствительность сдѣлокъ, обращаютъ сдѣлки въ ничтожныя. Въ сдѣлкахъ *mortis causa*, т. е., въ завѣщаніяхъ, легатахъ и дареніяхъ, невозможныя условія, по праву Юстиніана, считаются какъ-бы невнесенными въ сдѣлку, *pro non scriptis habentur* (fr. 10 J. 2. 14) ¹⁾.

¹⁾ Невозможныя условія, въ свою очередь, различаются такимъ образомъ: 1) условія *физически* невозможныя (*natura impossibiles*), напр.: если прожить 200 лѣтъ; 2) условія *юридически* невозможныя (*iure impossibiles*), напр. если продашь выѣборотную вещь, *res extra commercium*; 3) условія *противоположныя* или запутанныя (*conditioes perplexae*), напр. (fr. 16 D 28. 7): если Тицій будетъ наслѣдникомъ, да будетъ Сей наслѣдникомъ; если Сей будетъ на

Condiciones turpes — безнравственныя условія; подъ ними разумѣются такія, которыя оскорбляютъ благочестіе, честь и стыдливость нашу, и вообще, совершаются вопреки добрымъ правамъ ¹⁾. Они отличаются отъ невозможныхъ условій тѣмъ, что выполнение ихъ, безотносительно говоря, возможно, но недопустимо съ точки зрѣнія общественной нравственности (*boni mores*). Сюда принадлежитъ, напримѣръ, условіе безбрачія (не выходитъ замужъ, не жениться), условіе холостой или вдовьей жизни, условіе развода съ мужемъ или женой и т. д. ²⁾.

Condiciones in praesens velin praeteritum collatae — условія, обращенныя къ настоящему или прошедшему времени; напр., если Тицій консулъ, если Тицій былъ консуломъ, *si rex Parthorum vivit, centum milia dare spondes* (fr. 37 D. 12. 1) и т. д. Это не суть истинныя условія, потому что послѣднія, какъ мы уже сказали, обращены бывають только къ будущему времени.

3) *Допустимость условій* въ сдѣлкахъ свидѣлствуетъ о значительномъ просторѣ дѣйствія, о значительной автономіи контрагентовъ; отъ нихъ самихъ зависитъ подробное опредѣленіе своихъ правъ и обязанностей. Такое положеніе вещей слагалось въ Римѣ исподволь, вмѣстѣ съ постепеннымъ развитіемъ индивидуализма. Ранняя эпоха римскаго права не знаетъ ни условій, ни сроковъ. По закону XII таблицъ, юридическія сдѣлки суть *actus legitimi*, получающія осуществленіе тутъ-же при ихъ совершеніи; ихъ эффектъ не отлагается до будущаго неизвѣстнаго или извѣстнаго обстоя-

слѣдникомъ, да будетъ Тицій наследникомъ; 4) условія *превратныя* (*condiciones praeposteras*), напр. если придетъ завтра корабль изъ Азіи, обещаешь-ли дать сегодня (*si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* § 14 J. 3. 19).

¹⁾ Fr. 15. D. 28. 7: quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.—это суть знаменитыя, глубоко-продуманныя и прочувствованныя слова Паниніана, поплатившагося жизнью за то, что отказался оправдать братоубійство императора Каракаллы.

²⁾ II *condiciones turpes* могутъ быть очень разнообразны. Къ нимъ-же принадлежатъ такъ-называемыя *captatoriae institutiones* — снискательныя назначенія. Они заключаются въ томъ, что одно лицо назначаетъ другое наследникомъ въ завѣщаніи или отказываетъ ему легатъ, подъ условіемъ, если назначенный наследникомъ или одаренный легатомъ назначить его или такое-то третье лицо наследникомъ или легатаріемъ въ своемъ завѣщаніи (fr. 70 D. 28. 5).

тельства. Actus legitimi суть безусловныя и безсрочныя сдѣлки, т. е. недопускающія ни условія, ни срока. Таковы были тогда mancipatio (сдѣлки при 5 свидѣтеляхъ и вѣсодержателѣ) и in iure cessio (передача права предъ преторомъ). Слѣдующія сдѣлки продолжали быть actus legitimi и по праву Юстиніана: эманципация, словесное сложеніе долга (acceptilatio), принятіе наслѣдства (hereditatis aditio), выборъ одного изъ рабовъ, отъказаннымъ въ завѣщаніи (servi optio), назначеніе опекуна въ завѣщаніи (datio tutoris)¹⁾, усыновленіе (adoptio) и нѣкоторые другіе.

Впервые, какъ полагаютъ, условія были допущены юристами въ завѣщательныхъ сдѣлкахъ (negotia mortis causa). Потомъ они перешли и на другую категорію сдѣлокъ: negotia inter vivos—позднѣ всего въ двусторонніе договоры, напр. купля, заемъ, товарищество²⁾.

Существуетъ въ литературѣ разногласіе о томъ, что въ сдѣлкѣ обусловливается; что ставится въ зависимость отъ будущаго неизвѣстнаго обстоятельства: сама воля, или ея проявленіе. Вѣрнѣе второе мнѣніе, потому что воля не возникаетъ съ момента разрѣшенія условія, воля уже на лицо съ момента возникновенія сдѣлки. Воля—не объектъ, а факторъ сдѣлки. Успѣхъ-же проявленія воли, дѣйствительно, зависитъ отъ наступленія или ненаступленія обусловливающаго обстоятельства. Итакъ, обусловливается *устнѣхъ* проявленія воли³⁾.

Въ условныхъ сдѣлкахъ воля имѣетъ широкое поле дѣйствія; въ истинныхъ, настоящихъ условіяхъ, она граничитъ со свободнымъ личнымъ усмотрѣніемъ контрагентовъ, ихъ произволомъ. Такова, на примѣръ, условная сдѣлка, называемая «купля на пробу»: покупатель беретъ вещь къ себѣ на пробу, выражая желаніе купить ее, если она ему попра-

¹⁾ Fr. 77. D. 50. 17: actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem.

²⁾ Есть намекъ на то, что нѣкоторое время допущеніе условія въ двустороннихъ договорахъ было спорнымъ. Такъ у Гаю (3, 146):—iam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possint. L. 6 C. 4. 37: de societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest.

³⁾ *Fitting*, Begriff d. Bedingung. Archiv i. civil. praxis, 39. *Dernburg*, Pandecten, § 105.

вится въ опредѣленное время (§ 4 J. 3. 23: — si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot).

4) *Виды условій.* Имѣются три главныя подѣленія или группы условій такого рода:

Первая группа условій, глядя потому, положительнаго или отрицательнаго характера будущее обстоятельство, отъ котораго зависитъ сдѣлка, содержитъ *положительныя* (condiciones *affirmativae*) и *отрицательныя* условия (condiciones *negativae*). Положительныя условия подразумеваются въ томъ случаѣ, если наступленіе послѣдствій сдѣлки зависитъ отъ положительнаго обстоятельства; напр., родители обѣщаютъ награду, если студентъ выдержитъ экзаменъ. Отрицательныя условия бываютъ, если успѣхъ сдѣлки зависитъ отъ отрицательнаго обстоятельства; напр., дается обѣщаніе вегетаріанцемъ на случай, если одаряемый не будетъ ѣсть мяса.

Вторая группа условій, въ зависимости отъ того, на сколько въ исполненіи ихъ участвуетъ воля дѣйствующаго лица, включаетъ условия *случайныя* (condiciones *casuales*), *произвольныя* (condiciones *potestativae*) и *смѣшанныя* (condiciones *mixtae*). а) Условия случайныя суть зависимаыя отъ посторонней причины, помимо воли дѣйствующаго; напр., если не будетъ слѣдующей весной эпидеміи въ столицѣ, если Тицій (лицо, постороннее сдѣлкѣ) поѣдетъ за границу. Случайныя условия содержатся въ случаяхъ держанія пари, битья обѣ закладъ и т. п. б) Условия произвольныя суть наступающія по желанію дѣйствующаго лица (ex voluntate *honoratae personae* — по волѣ одареннаго); напр., если ты поѣдешь въ Москву. Изъ этихъ условій особенно часты такія, которыя требуютъ воздержанія отъ опредѣленнаго дѣйствія (condiciones in non *faciendo*); напр., если вдовець не женится во второй разъ. в) Условия смѣшанныя суть одновременно зависимаыя отъ воли и случая, напр., если получишь призъ на скачкахъ.

Третья группа условій, въ связи съ вопросомъ дѣйствія условия на сдѣлку, — содержитъ условия *отложительныя* (condiciones *suspensivae*) и *отмѣнительныя* (condiciones *resolutivae*). *Отложительныя* или *суспензивныя* условия имѣются тогда, когда послѣдствія сдѣлки (права и обязанности) отлагаются до возникновенія будущаго, неизвѣстнаго обстоятельства;

иначе говоря, при суспензивномъ условіи имѣется въ виду *возникновеніе* юридическаго отношенія. Наприм., объѣщается передача права собственности на вещь, если имѣющій пріобрѣсти его получить такое-то служебное мѣсто или что другое. Тутъ эффектъ сдѣлки откладывается до разрѣшенія условія. И такъ какъ до этого времени существованіе обусловленнаго правомочія пребываетъ въ нерѣшительномъ положеніи (*in suspensio*), отсюда и новѣйшее названіе суспензивныхъ условій. Римляне обозначали суспензивныя условія описательно: *negotium sub condicione contractum*. б) *Отмѣнительныя* или *резолутивныя* условія бывають въ томъ случаѣ, когда съ появленіемъ обусловливающаго (будущаго) обстоятельства отмѣняются или прекращаются помянутыя въ сдѣлкѣ права и обязанности, иначе сказать, при резолутивномъ условіи имѣется въ виду *прекращеніе* юридическаго отношенія. Напр., отказывается завѣщателемъ вещь изъ наслѣдства съ тѣмъ, чтобы отказоприематель (легатарій) не бралъ имущества изъ наслѣдства третьяго (такого-то) лица. И вотъ, когда появляется резолутивное условіе (легатарій беретъ помянутую вещь изъ наслѣдства третьяго), отмѣняется или уничтожается право его на вещь, условно полученную. Точно также какъ суспензивныя условія, римляне выражали условія резолутивныя описательнымъ образомъ: *negotium pure contractum sub condicione resolvitur* (fr. 2 D. 18. 2) — сдѣлка безусловно (*pure*) заключенная условно отмѣняется. Отсюда и новѣйшій терминъ резолутивнаго условія.

Изъ трехъ помянутыхъ группировокъ условій самая существенная есть третья группа, подѣляющая условія на суспензивныя и резолутивныя. При этомъ, какъ показали изслѣдованія нѣмецкихъ ученыхъ (Тибо, Шультингъ), строго говоря, истинно-условной сдѣлка будетъ лишь сдѣлка со суспензивнымъ, отложительнымъ условіемъ (получишь такое-то право только въ будущемъ, если то-то произойдетъ). Сдѣлка же съ резолутивнымъ условіемъ, состоитъ изъ 2-хъ частей: α) главной сдѣлки, которая, по выраженію самихъ-же римлянъ, есть чистая, безусловная сдѣлка (*negotium purum, pure contractum*—fr. 2 D. 18. 2), и β) добавочной, побочной сдѣлки (той части, о которой говорится: *sub condicione resolvitur*). Эта-то побочная сдѣлка и содержитъ оговорку съ резолутивнымъ условіемъ, наступленіе котораго уничтожаетъ дѣйствительность главной сдѣлки; иными словами, побочная сдѣлка

содержитъ въ себѣ зародышъ недѣйствительности, вступающей въ силу при наступленіи условнаго обстоятельства ¹⁾).

Разсмотрѣвъ понятіе и виды условій, еще скажемъ о важномъ вопросѣ: вліяніи условія на сдѣлку.

5) *Вліяніе условій на сдѣлку* разсматривается по тремъ слѣдующимъ фазамъ существованія условія: *condicio pendet* — нерѣшительное состояніе условія, когда неизвѣстно, исполнится или не исполнится условіе; *condicio existit* — наступленіе условія, т. е. появленіе того обстоятельства, отъ котораго была поставлена въ зависимость сдѣлка; в) *condicio deficit* — ненаступленіе условія, когда выясняется, что обусловливающее обстоятельство не появилось и не появится. Взглянемъ на каждую фазу.

а) *Нерѣшительное состояніе* условія (*condicio pendet*) различно отражается на резолютивныхъ и суспензивныхъ условіяхъ.

Довольно просто дѣло представляется при резолютивныхъ условіяхъ. Условія резолютивныя (живи въ моей квартирѣ, пока будешь безъ мѣста), при которыхъ правомочіе определенное сдѣлкой, въ моментъ заключенія ея вступаетъ въ силу, — только въ будущемъ прекращаютъ помянутое правомочіе. Поэтому, дѣло представляется до наступленія условія такъ, какъ будто сдѣлка была безусловной (*negotium pure contrasum*).

Гораздо сложнѣе отношенія до наступленія суспензивнаго условія. Тутъ до наступленія условія, въ сущности, не можетъ быть рѣчи объ осуществленіи помянутаго въ сдѣлкѣ правомочія. Напримѣръ, дано обѣщаніе, если защита диссертации произойдетъ въ С.-Пб. университетѣ, — о правѣ на обѣщанное до помянутой защиты нечего и говорить. Вг. fr. 13 § 5 D 20. 1 сказано: *dicendum est ante condicionem non recte agi cum nihil interim debeatur* — до разрѣшенія условія не можетъ быть судебногого требованія. Поэтому, должникъ по условному обязательству (плачу 100 рублей, если ты получишь медаль за сочиненіе), уплатившій обѣщанную сумму до наступленія условія, имѣетъ право на поворотъ уплаченнаго (*condictio in-*

¹⁾ Настоящій взглядъ отчасти выраженъ источниками: et mihi, говоритъ Ульпіанъ (fr. 2 D. 18. 2), *videtur verius interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur; etc.*

debiti). Точно также право собственности остается за тѣмъ же хозяиномъ, который имѣетъ право виндицировать, отнимать вещь отъ постороннихъ, посягающихъ на его право. Такъ, въ чемъ-же, спрашивается, выражается дѣйствіе суспензивнаго условія до его наступленія?

Главное дѣйствіе состоитъ въ томъ, что на волю контрагентовъ налагаются узы (*vinculum necessitatis*), воля въ выраженіи ихъ связывается: одинъ изъ контрагентовъ есть условно-обязанный должникъ, другой — условный кредиторъ. Связанность воли обнаруживается, напримѣръ, въ слѣдующихъ явленіяхъ: а) нельзя дѣйствующимъ лицамъ по собственному усмотрѣнію уклоняться отъ сдѣлки; б) если условно-обязанный, интересъ котораго состоитъ въ томъ, чтобы условіе не было исполнено, мѣшаетъ намѣренному исполненію условія, то получается такой (ему невыгодный) результатъ: условіе признается какъ-бы исполненнымъ¹⁾; в) условная претензія кредитора, если должникъ оказывается несостоятельнымъ, предъявляется, наравнѣ съ безусловными претензіями, въ конкурсѣ ради удовлетворенія; г) связанность воли переходить на наслѣдниковъ контрагентовъ въ сдѣлкахъ *inter vivos*.

б) *Наступленіе условія* (*condicio existit*) превращаетъ условную, т. е., сомнительную сдѣлку въ сдѣлку безусловную, несомнѣнную. Такимъ образомъ, съ одной стороны, при суспензивномъ условіи, имѣющемъ въ виду возникновеніе юридическаго отношенія (если сдѣлаешь то-то, получишь такое-то право), при наступленіи условія послѣднее признается несомнѣнно появившимся; сдѣлка считается вполнѣ осуществившеюся. Съ другой стороны, при наступленіи условія резолютивнаго, имѣющаго въ виду прекращеніе юридическаго отношенія (если сдѣлаешь то-то, потеряешь такое-то право), правомочіе совершенно прекращается; сдѣлка считается какъ-бы не существовашею.

Говоря о наступленіи условія, необходимо рассмотретьъ два вопроса: а) *когда* наступаетъ условіе и б) имѣетъ-ли условіе *обратную* силу.

а) Вопросъ о томъ, *когда* условіе слѣдуетъ признать наступившимъ, какъ справедливо замѣчаютъ, есть *quaestio facti* —

¹⁾ Fr. 161 D 50. 17: quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio tuisset.

такой вопросъ, который разрѣшается въ каждомъ конкретномъ случаѣ, по правиламъ толкованія воли дѣйствующаго лица, ибо „первое мѣсто въ условіяхъ занимаетъ воля дѣйствующаго; она руководитъ условіями“¹⁾). При этомъ, обращаютъ вниманіе на слѣдующія обстоятельства.

Условіе положительное (*condicio affirmativa*) наступаетъ тогда, когда появляется то событіе, съ которымъ стоятъ въ связи послѣдствія сдѣлки. Напримѣръ, условіе, выраженное такъ: если Тицій будетъ консуломъ, наступаетъ, когда на самомъ дѣлѣ Тицій становится консуломъ.

Условіе отрицательное (*condicio negativa*) наступаетъ въ томъ случаѣ, если совершенно выясняется, что никогда не можетъ появиться событіе, отъ ненаступленія котораго зависитъ дѣйствительность сдѣлки. Напр., условіе, обозначенное словами: если ты не женишься на такой-то особѣ, должно признать ненаступившимъ, когда ты женишься на другой особѣ.

Особый интересъ возбуждаетъ среди римскихъ юристовъ произвольно-отрицательныя условія (*condiciones potestativae negativae*), т. е., такія, неисполненіе которыхъ зависитъ отъ воли контрагента; напр., если ты никогда не поѣдешь за границу. Какъ тутъ быть со сдѣлкой? До какого времени откладывать ея осуществленіе? И вотъ, прежде всего относительно завѣщанія, въ которомъ назначался легатъ съ произвольно-отрицательнымъ условіемъ, было допущено *немедленное* осуществленіе сдѣлки, если легатарій представлялъ обезпеченіе (*cautio*) въ томъ, что онъ вернетъ обратно полученное отъ наслѣдника, когда наступитъ означенное условіе. Такое обезпеченіе, какъ установленное юристомъ Муціемъ, носило названіе *cautio Muciana*. Далѣе, немедленное осуществленіе условія въ завѣщаніи имѣло мѣсто еще тогда, когда наслѣдникъ противодействовалъ выполненію условія со стороны легатарія. Такъ, положимъ, въ завѣщаніи имѣлись рабы, условно получающіе свободу, т. е., получающіе ее, если выполнять дѣйствіе (дадутъ деньги и т. под.), возложенное завѣщателемъ (эти рабы назывались *statu liberi*); если наслѣдникъ, какъ хозяинъ рабовъ, мѣшалъ имъ выполнить условіе,—отпущеніе на волю получало полную силу. Наконецъ, данное конкретное положеніе превратилось въ общее

¹⁾ Ср. *Заурскій*, учебникъ римскаго права, стр. 481.

правило, согласно которому всякое противодѣйствіе заинтересованнаго лица выполнению условія не только въ завѣщательныхъ, но и въ какихъ-бы то ни было сдѣлкахъ (*inter vivos*), приводитъ къ признанію наступленія условія ¹⁾.

β) Имѣеть-ли наступившее условіе *обратное дѣйствіе*? Другими словами, дѣйствіе наступившаго условія обращается-ли къ моменту заключенія сдѣлки? Напримѣръ, спрашивается: въ условіи: получишь право собственности на такую-то вещь, если совершишь такое-то дѣйствіе — переносится право собственности на эту вещь съ момента совершенія дѣйствія или съ момента заключенія сдѣлки? ²⁾. Вслѣдствіе того, что въ римскихъ источникахъ нѣтъ яснаго рѣшенія даннаго вопроса, и въ литературѣ существуетъ контроверза: одни совсѣмъ отрицаютъ обратную силу, другіе вполнѣ признаютъ ее, третьи признаютъ для однихъ отношеній (для обязательственныхъ отношеній) и отрицаютъ для другихъ (для отношеній вещнаго права). Контроверза эта едва-ли можетъ быть съ успѣхомъ рѣшена съ точки зрѣнія римскаго права „*de lege lata*“, въ виду неудовлетворительнаго отвѣта источниковъ ²⁾. Что-же касается вопроса *de lege ferenda* (т. е., вопроса о томъ, какъ то должно быть, въ качествѣ юридической нормы), въ литературѣ приводятся различныя соображенія (постороннія римскому праву) за и противъ обратной силы условія.

в) *Ненаступленіе условія* (*condicio deficit*) влечетъ за собою разныя послѣдствія, смотря по тому, какого характера само условіе. Если не наступаетъ суспензивное условіе, то сдѣлка признается какъ бы никогда не возникавшею. Напр., считается какъ будто никогда не было дано обѣщаніе подъ усло-

¹⁾ Это и есть какъ разъ то правило, которое было недавно приведено (стр. 172 пр. 1).

²⁾ Правило, созданное сторонниками обратной силы условія, гласитъ: *condicio existens retrotrahitur ad initium negotii*. Оно опирается на fr. 11 § 1 D 20. 4, гдѣ, однако, говорится объ *одномъ* лишь случаѣ обратной силы: признаніи силы условнаго залога, по наступленіи условія, съ момента заключенія залогового договора.—Вотъ, каковы практическія послѣдствія того или другаго рѣшенія вопроса въ данномъ примѣрѣ: если не допускать обратной силы, то слѣдуетъ признать за прежнимъ хозяиномъ неограниченное право собственности до наступленія условія (если онъ отчуждаетъ вещь, то нельзя потомъ и опорочить отчужденіе). Если-же держаться обратной силы, то всякія отчужденія, по наступленіи условія, потеряютъ силу.

віємъ по окончаніи курса гимназій въ тотъ же годъ поступить въ университетъ, если молодой человекъ не поступаетъ въ университетъ. Наоборотъ, ненаступление резолютивного условія имѣетъ послѣдствіемъ то, что условная сдѣлка превращается въ безусловную: какъ будто никогда не существовало условія. Такъ, сдѣлка: вотъ, тебѣ усадьба съ условіемъ жить цѣлый годъ въ деревнѣ — черезъ годъ жизни въ деревнѣ превращается въ безусловную (*negotium purum*).

Само собою понятно, что ненаступление условія обсуждается въ зависимости отъ обуславливающего обстоятельства. Положительное условіе не наступаетъ, когда становится очевиднымъ, что не можетъ наступить обуславливающее событіе (не наступаетъ условіе: если станетъ Нева въ октябрѣ, — когда 1 ноября она еще не замерзала). Отрицательное условіе не исполняется, когда обнаруживается, что наступаетъ нежеланное обстоятельство (не наступаетъ условіе: если ты не женишься — когда ты вступаешь въ бракъ).

2) *Срокъ (dies)* ¹⁾ есть опредѣленіе момента времени, съ котораго вступаютъ въ дѣйствіе юридическія послѣдствія сдѣлки. При этомъ нерѣдко и самый моментъ срочнаго дѣйствія называется срокомъ. Мы коснемся установленія срочныхъ и безсрочныхъ сдѣлокъ, видовъ срока, наступленія срока, послѣдствій и отличія срока отъ условія.

а) *Установленіе срока* или возникновеніе срочной сдѣлки выражается словами: *dies cedit*. Въ источникахъ (fr 213 D 50. 16) прямо сказано: *cedere diem significat incipere debere pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit*, т. е., *cedere diem* означаетъ возникновеніе долга или обязанности (*debere*), иначе говоря, возникновеніе сдѣлки съ юридическими послѣдствіями; *venire diem* — наступленіе срока, того момента, съ котораго возможно требовать исполненіе обязанности. Этой терминологіи неуклонно держались юристы: *dies cedit* — возникновеніе права (*ius*), *dies venit* — начало осуществленія права (*exercitium iuris*).

Какъ же устанавливается срокъ? Обыкновенно указаніемъ на какой-нибудь моментъ года (число такого-то мѣсяца): обѣщаю то-то доставить 1 февраля 1893 года. Кромѣ того, срокъ устанавливается опредѣленіемъ обстоятельства, имѣющаго несомнѣнно наступить въ будущемъ: таково обѣщаніе

¹⁾ *Lenz, z. Lehre v. dies, 1858.*

прокатиться за-городъ по первопутѣ. Наконецъ, въ иныхъ случаяхъ срокъ самъ собою подразумѣвается въ сдѣлкѣ: на-примѣръ, въ Римѣ дается обѣщаніе произвести уплату въ Каррагенѣ. Такое обѣщаніе, говорятъ источники (§ 5 I. 3. 15), хотя съ виду кажется безсрочнымъ, на самомъ дѣлѣ включаетъ добавочный срокъ, которымъ могъ-бы воспользоваться должникъ, чтобы произвести уплату въ Каррагенѣ ¹⁾).

б) *Безсрочныя сдѣлки*, т. е., не допускающія установленія срока, суть тѣ же *actus legitimi*, которые, какъ мы видѣли (выше, стр. 167), не допускали условія; на-примѣръ, эманципация, усыновленіе, словесное сложеніе долга и т. д. Къ нимъ еще надо прибавить назначеніе наслѣдника (*institutio heredis*); послѣднее также не можетъ быть срочнымъ. На-примѣръ, не можетъ быть такого срочнаго назначенія: Тицій да будетъ наслѣдникомъ 15 лѣтъ спустя послѣ моей смерти; въ такомъ случаѣ добавка срока почитается излишней, не имѣющей значенія ²⁾).

в) *Виды сроковъ*. На подобіе того, какъ условія дѣлятся на суспезивныя (отлагательныя) и резолутивныя (оттѣнительныя), такъ и сроки могутъ быть таковыми-же. Суспезивный или *начинаемый* срокъ есть такой, съ наступленія котораго начинается дѣйствіе; онъ называется *dies a quo* или *dies ex quo* (т. е. *dies a quo incipit negotium*). На-примѣръ, объявляется о началѣ записи на лекціи съ 15 января 1893 года. Резолутивный или *окончательный* срокъ есть такой, съ наступленіемъ котораго оканчивается сила дѣйствія; онъ называется *dies ad quem* (т. е. *dies ad quem durat negotium*). На-примѣръ, объявляется о приѣмѣ студенческихъ сочиненій на соисканіе наградъ медалями и почетными отзывами 20 декабря 1892 года.

г) *Наступленіе срока* выражается словами: *dies venit*. При этомъ, для участниковъ сдѣлки важна *степень опредѣленности* или вѣроятія наступленія срока. Имъ важно знать: наступитъ-ли вообще данный срокъ и въ частности, когда онъ

¹⁾ § 5 I. 3. 15.—*Carthagine dare spondes? quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.*

²⁾ § 9 I. 2. 15.—*heres—institui—ex certo tempore vel ad certum tempus non potest (veluti post quinquennium quam moriar, vel ex Calendis illis, vel usque ad Calendas illas heres esto): denique adiectum pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.*

наступить. Напримѣръ, срокъ, выраженный въ обѣщаніи что-либо доставить ко дню 1 января 1893 г., является опредѣленнымъ во всѣхъ отношеніяхъ: нѣтъ сомнѣнія, что данный день, дѣйствительно, наступитъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ известно, когда онъ наступитъ. Наоборотъ, срокъ въ обѣщаніи что-либо подарить, когда родится сынъ, не опредѣленъ во всѣхъ отношеніяхъ, ибо неизвѣстно родится-ли сынъ и когда онъ родится.

По вѣроятію наступленія, сроки комбинируются такимъ образомъ:

α) *dies certus an, certus quando* (или *dies omnimodo certus*)—срокъ извѣстный въ обоихъ отношеніяхъ: наступитъ-ли и когда наступитъ. Таковы всѣ календарные сроки, опредѣленіе времени по годамъ, мѣсяцамъ и т. д.

β) *dies certus an, incertus quando*—срокъ, относительно наступленія котораго нѣтъ сомнѣнія; только неизвѣстно, когда онъ наступитъ. Сюда принадлежатъ, напримѣръ, разные явленія природы, происходящія въ извѣстномъ сезонѣ или эпохѣ, не поддающихся совершенно точному измѣренію: вскрытіе и замерзаніе рѣкъ, покрытіе деревьевъ листьями и т. под. Вотъ, образчикъ относительно извѣстнаго срока: обѣщая отпустить товаръ, когда отправится изъ Петербурга первый пароходъ. Тутъ нѣтъ сомнѣнія, что навигація откроется; только неизвѣстенъ день ея открытія.

γ) *dies incertus an, certus quando*—срокъ, время наступленія котораго извѣстно, но неизвѣстно, совершится-ли оно въ то время. Таковы, напримѣръ, нѣкоторыя будущія событія изъ личной жизни (день совершеннолѣтія, выслуга пенсіи за столько-то лѣтъ, и т. д.). Положимъ, дано обѣщаніе подарить, когда тебѣ минетъ 40 лѣтъ; тутъ время исполненія извѣстно, но неизвѣстно, доживешь-ли ты до него.

δ) *dies incertus an, incertus quando* (или *dies omnimodo incertus*)—срокъ неизвѣстный въ обоихъ отношеніяхъ: наступитъ-ли и когда наступитъ. Напр., дарю тебѣ въ день твоей женитьбы. Здѣсь неизвѣстно, женишься-ли и когда ты женишься.

Вполнѣ справедливо издавна указываютъ, что настоящими сроками являются только двѣ первыя комбинаціи: *dies omnimodo certus* и *dies certus an, incertus quando*, ибо при нихъ не возникаетъ сомнѣнія въ наступленіи срока. Двѣ-же другія комбинаціи: *dies omnimodo incertus* и *incertus an, certus qu-*

ando, такъ какъ въ нихъ заключается элементъ неопредѣленности или сомнительности наступленія, представляютъ собою скорѣе условія (condiciones), въ смыслѣ будущихъ неопредѣленныхъ обстоятельствъ. При нихъ и послѣдствія возникаютъ тѣ же самыя, какъ при условіяхъ; до наступленія ихъ продолжается невѣрительное состояніе (condicio pendet).

д) *Послѣдствія срока* различны, глядя по тому, съ какимъ срокомъ имѣемъ дѣло: начинательнымъ (dies a quo) или погасительнымъ (dies ad quem). Дѣло проще при второмъ, погасительномъ срокѣ: немедленно по заключенію сдѣлки право осуществляется. Напримѣръ, если дается обѣщаніе выдавать столько-то при жизни кредитора («quoad vivam»), то и возможно тотчасъ-же то требовать ¹⁾.

При начинательномъ срокѣ осуществленіе права отлагается до опредѣленнаго времени. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, само срочное право не безцѣнно. Оно тѣмъ болѣе поднимается въ цѣнѣ, чѣмъ болѣе приближается къ сроку. И наоборотъ, увеличивается разность стоимости, по мѣрѣ удаленія отъ срока. Помянутая разность стоимости называется учетомъ или дисконтомъ (interusurium, commodum repraesentationis). Такъ, уплата 1 ноября по долговому требованію на 1 января производится съ учетомъ 2-хъ мѣсяцевъ. Вообще, срочное требованіе съ самого момента заключенія сдѣлки признается истиннымъ, дѣйствительнымъ требованіемъ, такъ что, въ случаѣ досрочной уплаты, не допускается поворота уплаченнаго (condictio indebiti). Кредиторъ на срокъ есть такой мощный кредиторъ, буквально говорятъ источники, что нельзя даже требовать возврата досрочной уплаты ²⁾.

е) *Отличіе срока отъ условія*, послѣ всего сказаннаго, понятно само собою. Общее отличіе таково: срочная сдѣлка опредѣленнѣе условной; она считается несомнѣнно существующей отъ момента заключенія, а условная сомнительна вплоть до разрѣшенія условія. Отсюда вытекають отдѣльные пункты различія. Такъ, срочныя сдѣлки, какъ несомнѣнныя, признаются входящими въ составъ имущества управомоченнаго,

¹⁾ Fr. 56 § 4 D 45. 1: qui ita stipulatur: decem quoad vivam dari spondes? confestim decem recte dari potit; sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est.

²⁾ Fr. 10 D 12. 6: in diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

а условныя сюда не входят до выясненія условія. Поэтому, когда бываетъ необходимо вычислить цѣнность имущества, срочныя требованія въ расчетъ идутъ, а условныя не идутъ. Напримѣръ, такъ поступаютъ, чтобъ опредѣлить величину четвертой доли наслѣдства, такъ называемой quarta Falcidia (т. е., четверти наслѣдства, которую имѣеть право удержать наслѣдникъ, обязанный выдать отказы изъ наслѣдства). Затѣмъ, какъ видѣли, допускается возвратъ уплаченнаго до исполненія условія, а досрочная уплата не подлежитъ обратному востребованію.

Кромѣ *condicio* и *dies* есть еще третья, оригинальная принадлежность сдѣлки по римскому праву. Это — *modus*, который мы позволимъ себѣ перевести словами: возложенный образъ дѣйствія.

3) *Возложенный образъ дѣйствія (modus)* ¹⁾. Какъ условіе, такъ и *modus* имѣютъ два значенія: неспеціальное и спеціальное. Въ неспеціальномъ значеніи *modus* и *condicio* сходятся: тѣмъ или другимъ именемъ обозначается какое-либо соглашеніе, добавленіе въ сдѣлкѣ, оговорка и т. под. Напримѣръ, при установленіи дорожнаго сервитута *modus* опредѣляетъ родъ повозки, величину везомаго груза и т. д. (fr. 4 § 1 D 8. 1); при куплѣ-продажѣ *modus* означаетъ, положимъ, соглашеніе съ покупателемъ, чтобы онъ произвелъ такую-то починку въ другомъ домѣ продавца (fr. 6 D 19. 5).

Въ спеціальномъ значеніи *modus* встрѣчается *только* въ *безсмысленныхъ* сдѣлкахъ: дареніи, легатѣ, назначеніи наслѣдникомъ. Онъ означаетъ способъ поведенія одареннаго по полученіи блага, предоставленнаго дарителемъ. Напримѣръ, назначается легатъ, чтобъ легатарій поставилъ памятникъ, или чтобъ онъ устроилъ угощеніе согражданамъ или чтобъ онъ возвелъ городскую постройку и т. д. ²⁾.

Не посчастливилось перевести латинскій терминъ: *modus* на современные языки ³⁾. Долгое время переводили его словомъ: цѣль (*Zweck*), но цѣль въ сдѣлкѣ, на самомъ дѣлѣ,

¹⁾ *Vind.scheid*, d. Lehre d. röm. Rechts v. d. Voraussetzung, 1850. Dig. 1. 35 t. 1: de condicionibus et modis eorum, quae in testamento scribuntur.

²⁾ Fr. 17 § 4 D 35. 1: quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

³⁾ Въ этомъ отношеніи *modus* походитъ на *causa*, имѣющую 13 разнородныхъ значеній.

можетъ быть отдѣлена отъ *modus*, ибо цѣлью безмездной сдѣлки на первомъ планѣ обыкновенно признаютъ обогащеніе другого, а не обремененіе его поведенія; послѣднее когда *modus* легко исполняется, не служитъ цѣлью сдѣлки. Затѣмъ, теперь въ большомъ ходу переводъ Виндшейда: предположеніе (*Voraussetzung*): совершается дареніе *sub modo*—т. е., «въ предположеніи» такого-то дѣйствія. И этотъ переводъ, конечно, возможенъ; но бѣда въ томъ, что слово предположеніе употребляется и для передачи латинской „*praesumptio*“, которая, конечно, ничего общаго съ *modus* не имѣетъ (примѣръ *praesumptio iuris*—происхожденіе дѣтей отъ мужа въ законномъ бракѣ). Далѣе, пробовали передавать словомъ: затрата (*Verwendung*); но этого можетъ и не быть (легать *sub modo*: принять фамилію завѣщателя). Также и слова: обязанность, возложеніе (*Auflage*)—далеко отъ оригинала и не опредѣляютъ сущности *modus*.

Намъ думается, что въ затруднительныхъ случаяхъ перевода, подобныхъ настоящему, не слѣдуетъ уклоняться отъ этимологіи оригинала; если послѣдняя не даетъ термина, она поможетъ передать при описаніи предмета его характерныя черты. Буквально—*modus* означаетъ способъ или образъ дѣйствія. *Modus* какого-бы ни было юридическаго дѣйствія или сдѣлкѣ и есть образъ дѣйствія того или другого контрагента; *modus* безмезднаго дѣйствія есть образъ дѣйствія, способъ поведенія одареннаго.

Сдѣлка нерѣдко рождаетъ право одного на дѣйствіе другого (или, какъ говорятъ, рождаетъ обязательство), а *modus* въ сдѣлкѣ опредѣляетъ образъ дѣйствія обязаннаго. Когда такой способъ дѣйствія возлагается въ возмездныхъ сдѣлкахъ, т. е. за равноцѣнность, тогда одинъ контрагентъ, стимуломъ равноцѣнности, самъ слѣдуетъ направить способъ дѣйствія другого контрагента въ опредѣленную сторону. Такъ, если продана вещь съ тѣмъ, чтобы былъ произведенъ, вмѣсто уплаты цѣны, такой-то ремонтъ, продавецъ можетъ потребовать исполненія тѣмъ-же искомъ, которымъ онъ могъ-бы требовать цѣну вещи (*actio venditi*). Въ возмездныхъ сдѣлкахъ *modus* не обнаруженъ; онъ прикрытъ средствами защиты, присущими этимъ сдѣлкамъ. Другое дѣло—безмездныя сдѣлки: предметъ, какъ подаренный, сталъ собственностью одареннаго, *modus vivendi* котораго не согласуется съ выраженнымъ желаніемъ дарителя. Безсиліе дарителя справиться

съ непокорнымъ обратило на себя вниманіе юриспруденціи. Потому-то юристы и заговорили спеціально о *modus*, возложенномъ образѣ дѣйствія на одареннаго. Какая-же охрана для *modus* была создана юристами?

а) *Охрана modus* была двоякаго рода: даритель имѣлъ средство принуждать къ исполненію возложеннаго способа дѣйствія или, если образъ дѣйствія не выполнялся одареннымъ, онъ могъ требовать возврата дара (т. е. требовать уничтоженія сдѣлки).

Первой цѣли, принужденію выподнить *modus*, служила обыкновенно *actio praescriptis verbis*, т. е. служилъ искъ, въ формулѣ котораго помѣщалось предварительное описаніе (*praescriptio*) всѣхъ обстоятельствъ даренія *sub modo*. Успѣхъ этого иска зависѣлъ отъ двухъ обстоятельствъ; кто — истецъ, и что — предметъ иска. Истцомъ могъ быть только человекъ, *заинтересованный* въ совершеніи *modus*; таковыми обыкновенно были: самъ даритель или наслѣдникъ, на котораго была возложена обязанность завѣщателемъ слѣдить за поведеніемъ легатарія, приобрѣвшаго *legatum sub modo*. Когда-же вчинало искъ лицо, не заинтересованное относительно *modus*, отвѣтчикъ могъ парализовать искъ возраженіемъ: не твое дѣло (*exceptio tua non interest*). Касательно предмета иска надо сказать, что дѣйствіе одареннаго должно было быть возможнымъ, такъ что, когда сдвершеніе его оказывалось невозможнымъ, отвѣтчикъ освобождался отъ возложеннаго *modus*. Средство защиты отвѣтчика въ этомъ случаѣ называлось: *exceptio modi impossibilis*.

Второй цѣли, возврату подареннаго на случай неисполненія *modus*, удовлетворяла *condictio causa data, causa non secuta*, т. е., удовлетворялъ личный искъ (*condictio*) по поводу того, что возложено и не выполнено.

Въ заключеніе, надлежитъ коснуться отношенія между *modus* и условіемъ.

б) *Сравненіе modus и условія*. Очевидно, *modus* имѣетъ много общаго съ условіемъ, особенно, съ произвольнымъ отложительнымъ условіемъ (*condicio potestativa suspensiva*); отъ послѣдняго *modus* отличается только посредствомъ союзовъ: условіе выражается союзомъ *si*, а *modus* обыкновенно союзомъ *ut*. Такъ, „*si alimenta dares*“ и „*ut alimenta dares*“ — если или чтобы ты давалъ средства жизни; въ первомъ случаѣ — условіе, во второмъ — *modus*. Но бываютъ случаи, когда вмѣсто

союзовъ встрѣчается герундивъ; напримѣръ, подарено ad alimenta danda. Что тутъ modus или условіе? Большинство писателей, въ случаѣ сомнѣнія, высказываются за modus въ интересахъ сохраненія сдѣлки, потому при modus сдѣлка остается несомнѣнной, а условіе дѣлаетъ ее сомнительной ¹⁾.

И такъ, вотъ, мы уже упомянули о первомъ отличіи modus отъ условія: modus не знаетъ того невѣршительнаго состоянія (condicio pendet), въ которомъ пребываетъ суспензивное условіе, пока оно не разрѣшится. Сдѣлка sub modo съ момента заключенія дѣйствительна.

Затѣмъ, второе отличіе условія отъ возложеннаго образа дѣйствія состоитъ въ томъ, что сдѣлка условная, въ случаѣ ненаступленія условія, сама по себѣ уничтожается, а сдѣлка—если можно такъ сказать—«образная» (sub modo), при неисполненіи modus, сама по себѣ не уничтожается; заинтересованный въ совершеніи возложеннаго дѣйствія, можетъ, какъ мы видѣли, принуждать или требовать подаренное; если же онъ этого не дѣлаетъ, сдѣлка остается въ прежней силѣ.

Наконецъ, третье отличіе таково: въ виду того, что при modus подаренное переходитъ еще до исполненія modus въ руки одареннаго, отъ послѣдняго можно требовать обезпеченія (cautio, напр., въ видѣ поручительства) въ надлежащемъ выполненіи дѣйствія. Такое обезпеченіе полагается только въ условныхъ сдѣлкахъ одного рода: при произвольномъ отрицательномъ условіи (condicio potestativa negativa, см. выше стр. 173).

По изложеніи ученія объ условіи, срокѣ и modus, этихъ наиболѣе употребительныхъ изъ случайныхъ принадлежностей сдѣлки, accidentalia negotii, т. е., послѣ того какъ мы познакомились довольно подробно съ содержаніемъ юридической сдѣлки, обратимся въ вопросу о толкованіи ея.

VII. *Толкованіе сдѣлки.* Правовая сдѣлка есть дозволенное выраженіе воли. Воля выражается какимъ-либо извѣстнымъ намъ способомъ. Если способъ выраженія воли, напримѣръ, слово передаетъ волю ясно и точно безъ какой-либо обмолвки или недомолвки, то и не возбуждается вопроса о содержаніи

¹⁾ Это мнѣніе опирается на одно изъ правилъ толкованія сдѣлки (объ этомъ положеніи рѣчь будетъ ниже), согласно которому въ случаѣ сомнѣнія относительно истиннаго смысла сдѣлки, должно держаться того смысла, которымъ поддерживается дѣйствительность сдѣлки.

воли, т. е., не возбуждается толкование. Это положение буквально выражено въ fr. 25 § 1 D. 32: *quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*—когда въ словахъ нѣтъ никакого сомнѣнія, не долженъ быть поставленъ вопросъ о волѣ. Воля есть нѣчто внутреннее, сокровенное, покрытое тѣмъ или другимъ дѣйствіемъ. Если способъ дѣйствій бесспорно свидѣтельствуетъ о присутствіи воли, то незачѣмъ и обнаруживать или обнажать волю. И такъ, толкованіе (*interpretatio*) возбуждается въ случаѣ сомнѣнія. Кто и какъ толкуетъ волю?

1) *Субъекты толкованія.* На подобіе того, какъ (о чемъ мы говорили въ первой главѣ стр.) въ зависимости отъ вопроса, кому предоставляется быть субъектомъ толкованія, толкованіе закона бываетъ аутентическимъ (если толкуетъ волю свою самъ законодатель) или доктринальнымъ (если субъектами толкованія выступаютъ третьи лица, напр., судъ), наподобіе этого и толкованіе сдѣлки называется по субъектамъ ея—аутентическимъ и судебнымъ. Субъекты *аутентическаго толкованія* суть сами (*autoi*) дѣйствующія лица. При этомъ, въ сдѣлкахъ одностороннихъ гораздо больше простора, ибо авторъ воли воленъ видоизмѣнять ее, по желанію, не переходя границы дозволенныхъ дѣйствій. Между тѣмъ, въ двустороннихъ актахъ присоединяется еще другое требованіе—согласности волей обонихъ контрагентовъ. Изъ всѣхъ одностороннихъ сдѣлокъ болѣе всего дошло свѣдѣній о толкованіи любимаго римлянами акта, завѣщанія. Такъ, и примѣры при изъясненіи правымъ толкованія римскіе юристы брали болше всего изъ практики завѣщаній, почему много положеній объ интерпретаціи помѣстили въ пятой части *дигестъ* (34 кн. 5 тит.), содержащихъ ученіе о завѣщаніи.—Если невозможно приложить аутентическое толкованіе, обращаются къ *судебному*. Оно должно согласоваться со слѣдующими правилами интерпретаціи.

2) *Правила толкованія.* Во главѣ всѣхъ правилъ толкованія слѣдуетъ поставить положеніе Папиняна (fr. 219 D. 50. 16): *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*, т. е., при объясненіи сдѣлокъ надлежитъ смотрѣть болѣе на волю, чѣмъ на слова контрагентовъ. Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ, что должно игнорировать слова. Напротивъ того, надлежитъ начинать съ нихъ и, далѣе, восходить, при ихъ неясности, къ подразумѣваемому

смыслу; но не должно приносить въ жертву содержание воли безсодержательной буквѣ юридическаго акта. Въ виду этого, начинаютъ со словеснаго или грамматическаго толкованія; и если цѣль имъ не достигается, то переходятъ къ толкованію логическому.

Грамматическое толкованіе явно предписываетъ fr. 69 pr. D. 32: non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorem — только тогда надо отступать отъ словеснаго толкованія, когда очевидно станеть, что смыслъ воли (завѣщателя) совершенно иной (сравнительно съ буквальной значеніемъ слова). При этомъ, прежде всего слова принимаются въ ихъ *общеупотребительномъ* смыслѣ (fr. 7 § 2 D. 33. 10:—*ex cottini usi nomina exaudiri debere*); а затѣмъ, они берутся въ *особенномъ* значеніи: а) въ томъ смыслѣ, который придавало имъ *дѣйствующее* лицо (fr. 96 D. 50. 7: in ambiguis orationibus maxime spectanda est sententia eius qui eas protulisset); б) въ *мѣстномъ* значеніи (т. е. въ томъ смыслѣ, который придаетъ слову нарѣчіе мѣста, гдѣ заключается сдѣлка) ¹⁾. Вотъ, на примѣръ, какой любопытный образецъ грамматическаго толкованія. гдѣ слова берутся въ ихъ особенномъ значеніи, находимъ въ дигестахъ (fr. 50 § 3 D. 30): если отказано по завѣщанію число монетъ, а неизвѣстно, каковы монеты, должно раньше всего другого разузнать обыкновеніе самого хозяина монетъ и обыкновеніе того мѣста, гдѣ онъ жилъ ²⁾.

Общеупотребительный смыслъ словъ подразумѣвается, а ихъ особенное значеніе всегда должно быть доказано тѣмъ лицомъ, которое въ томъ заинтересовано. Если-же грамматическое толкованіе не даетъ безспорнаго результата, то предписывается обратиться къ логическому толкованію. Держаться его, во чтобы то ни стало, даже на перекоръ здраваго смысла, возбраняется. Verborum interpretatio nusquam tantum valet ut melior sensu existat (l. 3 C. 6. 28).

Логическое толкованіе сдѣлки совершается по слѣдующимъ соображеніямъ. Во-первыхъ, когда отдѣльное слово или вы-

¹⁾ Fr. 33 D. 50. 17:—in stipulationibus et in ceteris contractibus—si non pateat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.

²⁾ Fr. 5 § 3 D 30: si numerus numerum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est.

раженіе, облекающее волю, не приводитъ къ познанію истинной воли. послѣдняя познается по *совокупности всѣхъ обстоятельствъ*, содержащихся въ сдѣлкѣ. Такъ, въ вышеприведенномъ примѣрѣ опредѣленія рода завѣщанныхъ монетъ (fr. 50 § 3 D. 30) говорится, что, если ни обыкновеніе завѣщателя, ни мѣстное обыкновеніе не въ состояніи дать указаніе на интересующій вопросъ, то должно принять въ соображеніе: намѣреніе (mens) собственника монетъ, общественное положеніе легатарія, расположеніе и близость къ завѣщателю, совокупность всего предшествующаго и послѣдующаго изложенія (въ завѣщаніи) Во-вторыхъ, если совокупность всѣхъ элементовъ сдѣлки не помогаетъ, надлежитъ держаться того смысла сдѣлки, который *поддерживаетъ дѣятельность* сдѣлки (fr. 12 D. 34. 5: commodissimum id accipi, quo res, de qua agitur magis valeat, quam pereat). Въ-третьихъ, въ случаѣ двусмысленности содержанія, которая никакъ не устраняется при помощи указанныхъ соображеній, должно брать тотъ смыслъ, который *болѣе соответствуетъ цѣли* сдѣлки (fr. 67 D. 50. 17: quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est). Въ-четвертыхъ, если и все сказанное не помогаетъ, остается *держаться сторону обязаннаго лица* на томъ основаніи, что отъ противной стороны, получающей выгоды отъ сдѣлки, зависѣло яснѣе опредѣлить дѣйствія обязаннаго лица ради своихъ-же выгодъ. Это выражено въ fr. 10 D. 50. 17: естественно, выгоды должны быть того, за кѣмъ слѣдуютъ невыгоды ¹⁾. Поэтому, одностороннія сдѣлки всегда, при данныхъ обстоятельствахъ, толкуются въ пользу должника, а двустороннія сдѣлки противъ того, отъ кого зависятъ болѣе ясное опредѣленіе условій договора; напр., противъ кредитора въ договорѣ займа, противъ продавца въ куплѣ продажѣ; противъ отдающаго вещь въ наймы и т. д. ²⁾. Наконецъ, въ-пятыхъ, между minimum и maximum сдѣлки въ сомнительныхъ об-

¹⁾ Fr. 10 D. 50. 17: secundum naturam est comoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

²⁾ Gr. 39 D. 2. 14: veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit, nocere; in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.—Значить, мы имѣемъ полную аналогію между уголовнымъ и гражданскимъ правомъ: какъ тамъ толкуется въ пользу подсудимаго (in dubio pro reo), такъ и тутъ въ пользу отвѣтчика (обязанной стороны).

стоятельствъ берется *minimum* (fr. 3 D. 50. 17: *semper in obscuris, quod minimum est, sequimur*).

Изъ приведенныхъ правилъ толкованія были три исключенія. Именно, три сдѣлки находились въ особо благопріятномъ для нихъ положеніи, подъ особымъ покровительствомъ закона (почему три данныя исключенія и называются *causae favorabiles*). Эти три случая суть: *libertas, testamentum, dos*. Относительно свободы покровительство закона выразалось въ томъ, что въ случаѣ неясной редакціи акта объ отпущеніи на волю, должно было толковать его такъ, чтобъ оставалась свобода за либертомъ (fr. 179 D 50. 17: *in obscura voluntate manumittentis favendum est libertati*). Касательно завѣщанія привилегія толкованія состоитъ въ томъ, что надо слѣдовать *строятному смыслу* завѣщанія ¹⁾. Для этого предлагается: не стоять за узкое толкованіе ²⁾, толковать волю возможно полнѣе ³⁾, условія невозможныя или неразборчивыя считаются, безъ вреда для завѣщанія, не внесенными въ него ⁴⁾ и т. д. Также въ неясныхъ сдѣлкахъ должно давать отвѣты въ пользу приданаго (fr. 70 D 23. 3 = fr. 85 pr. D 50. 17: *in ambiguis pro dotibus respondendum est*).

Въ концѣ концовъ, если ни одно изъ помянутыхъ соображеній интерпретаціи не приводитъ къ желанной цѣли поддержать сдѣлку, т. е., если оказывается полная разладница между способомъ выраженія воли и содержаніемъ воли, — сдѣлка объявляется недействительной. Неяснымъ словомъ, какъ говоритъ юристъ Павелъ (fr. 3 D 34. 5), мы не высказываемъ то или другое, а только то, чего хотимъ; значить, человекъ, высказывающій не то, чего хочетъ, не говорить того, что слово означаетъ, потому что онъ этого не хочетъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ не произносить того, чего хочетъ, потому что объ этомъ не говорить.

¹⁾ Fr. 24 D 34. 5: *quum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credible est cogitatum, credendum est.*

²⁾ Fr. 12 § 2 D 7. 8: *neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.*

³⁾ Fr. 12 D 50. 17: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.*

⁴⁾ *Conditio impossibilis testamento adiecta pro non scripta habetur.* Fr. 73 § 3 D 50. 17: *quae in testamento ita scripta sunt, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.*

Вотъ, въ заключеніе перваго отдѣла настоящей главы мы и подошли къ послѣднему вопросу: о недѣйствительности сдѣлокъ.

VIII. *Недѣйствительность сдѣлокъ* ¹⁾. Недѣйствительна или порочна сдѣлка, если она не дѣйствуетъ, т. е., не вызываетъ ожидаемыхъ юридическихъ послѣдствій, вслѣдствіе присущаго ей недостатка, порока. Для обозначенія недѣйствительности римляне употребляли прилагательное: *vitiosum* (напр., fr. 210 D 50. 17); такъ, *institutio heredis vitiosa* — недѣйствительное назначеніе наследника вслѣдствіе порока (*vitium*) завѣщанія (составленнаго безъ свидѣтелей и т. под.). Мы рассмотримъ: виды, прекращеніе и превращеніе недѣйствительныхъ сдѣлокъ.

1) *Виды недѣйствительныхъ сдѣлокъ*. Различается два рода недѣйствительности: ничтожность (*nullitas negotii*) и оспариваемость (*rescissibilitas negotii*).

а) *Ничтожность* есть такого рода недѣйствительность, которая обнаруживается сама по себѣ, по предписанію закона (*ipso iure*), безъ просьбы или жалобы какихъ-либо заинтересованныхъ лицъ. Напримѣръ, *ipso iure* ничтожно обязательство относительно безнравственнаго или невозможнаго дѣйствія, недѣйствительно римское завѣщаніе безъ назначенія наследника. Бываетъ сдѣлка ничтожна (*negotium nullum, nullius momenti*) по большей части вслѣдствіе порока въ существенной части (*essentialia*) ея. Тутъ вчинать иска или жалобу о ничтожности (*querela nullitatis*), по общему правилу, не требуется; судъ, безъ посторонняго указанія, *proprio motu*, объявляетъ ничтожной сдѣлку, открывъ недостатокъ ея.

Ничтожность сдѣлки можетъ быть первоначальной (*ab initio*) или послѣдующей (*ex post*). Первоначальной она можетъ быть названа, если присуща сдѣлкѣ съ перваго момента ея возникновенія. Таковъ, напримѣръ, бракъ между близкими родственниками. Ничтожная сначала, сдѣлка не получаетъ силы и впослѣдствіи — это положеніе запечатлѣно вѣвѣстной поговоркой (fr. 29 D 50. 17): *quod initio vitiosum est, tractu temporis convallescere non potest*. Значитъ, хотя-бы порокъ сдѣлки былъ устраненъ (завѣщаніе составлено перергиномъ, получившимъ впослѣдствіи гражданство), тѣмъ не менѣе сдѣлка остается ничтожной. Далѣе, какъ быть, если

¹⁾ Gradenwitz, die Ungültigkeit der obligator. Rechtsgeschäfte, 1887.

обнаруживается послѣдующая (ex post) ничтожность? Напримѣръ, завѣщатель, составившій законное завѣщаніе, теряетъ гражданство. Казалось-бы, и въ этомъ случаѣ необходимо признать *ruptio negotii*, уничтоженіе сдѣлки (напримѣръ, *ruptio testamenti*, если, по составленіи его, рождался у завѣщателя *suus heres* — ближайшій наслѣдникъ, долженствующій пребывать подъ властью завѣщателя). Однако у римлянъ не было такого общепризнаннаго правила, по которому уничтожало-бы сдѣлку позднѣйшее появленіе обстоятельства, опровергающаго сдѣлку. По этому вопросу между римскими юристами была контроверза; изъ нея очень трудно вывести однообразное руководящее положеніе. Юристъ Марціанъ стоялъ за уничтоженіе сдѣлки съ появленіемъ обстоятельства, при которомъ сдѣлка съ самаго начала была-бы недействительна ¹⁾. Юристъ Павелъ высказывался за сохраненіе дѣйствительности при тѣхъ-же условіяхъ ²⁾. Романисты пробуютъ примирить настоящее разногласіе источниковъ такимъ остроумнымъ предположеніемъ. Слѣдуетъ, говорятъ они, допустить, что Марціанъ и Павелъ имѣли въ виду два разныя обстоятельства. Марціанъ думалъ о томъ обстоятельстве, которое не допускаетъ ни возникновенія, ни продолженія сдѣлки; напримѣръ, у свободнаго человѣка, составившаго завѣщаніе, отнимаютъ свободу за совершенное имъ тяжкое преступленіе: новое обстоятельство, рабство, таково, что не допускаетъ ни составленія, ни существованія завѣщанія. Съ другой стороны, Павелъ имѣлъ въ виду другое обстоятельство, которое, хоть и мѣшаетъ заключенію сдѣлки, но не препятствуетъ ея продолженію. Такимъ обстоятельствомъ, напримѣръ, можетъ быть душевная болѣзнь: *fugiosus* не можетъ составлять завѣщаніе, но разъ оно составлено здоровымъ человѣкомъ, послѣдующая душевная болѣзнь его не дѣлаетъ завѣщаніе недействительнымъ. Вотъ, такъ предлагаютъ согласовать противорѣчіе юристовъ. Такъ это, или было иначе — неизвѣстно. Могло быть и такъ — и этого соображенія достаточно, чтобы считать примиреніе подходящей гипотезой. И такъ, сдѣлка

¹⁾ Fr. 3 § 2 D 34. 8: item, si servo alieno quid legatum fuerit, et postea a testatore redemptus sit, legatum extinguitur; nam quae in eum causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

²⁾ Fr. 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.

начально — ничтожная остается навсегда таковою, а сдѣлка, сначала дѣйствительная, съ наступленіемъ обстоятельства, при которомъ она была-бы и) сначала ничтожной, становится ничтожной (*negotium ruptum*), если опорочивающее обстоятельство мѣшаетъ продолженію сдѣлки.

Далѣе, ничтожность можетъ быть *цѣльной* (если касается всей сдѣлки) или *частичной* (когда относится къ какой-либо части сдѣлки). Всѣ до сихъ поръ приводимые случаи недействительности могутъ служить примѣрами цѣльной ничтожности. Примѣръ частичной ничтожности находимъ въ дигестахъ (fr. 1 § 5 D 45. 1): я отъ тебя принимаю обѣщаніе касательно раба Памфила, а ты мнѣ обѣщаешь Памфила и Стиха; прибавку относительно Стиха я нахожу, говоритъ Ульпіанъ, излишней; ибо если имѣется столько словесныхъ обязательствъ (стипуляцій), сколько предметовъ (обѣщанія), то у насъ будетъ двѣ стипуляціи; одна дѣйствительная, другая недействительная; и дѣйствительная не опорочивается недействительной. Послѣдняя фраза приведеннаго фрагмента дигестъ и признается правиломъ при частичной ничтожности: *utile per inutile non vitiatur* — частичная ничтожность не уничтожаетъ дѣйствительности другихъ частей сдѣлки. Но, разумѣется, это правило не примѣняется въ случаѣ, если ничтожность касается существенной части сдѣлки (*essentialia negotii*); въ такомъ случаѣ и дѣйствительность второстепенныхъ частей не спасаетъ всей сдѣлки отъ полной ничтожности. Напримѣръ, если въ завѣщаніи обойденъ *sui heres*, то, хотя бы всѣ остальные распоряженія завѣщателя имѣли сами по себѣ, отдѣльно взятая, полную силу, все завѣщаніе недействительно вслѣдствіе ничтожности существеннаго требованія (нельзя обходить молчаніемъ *sui heredes*). Сказанное подтверждается общимъ выраженіемъ дигестъ (fr. 178 D 50. 17): *quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent*.

Отъ ничтожности сдѣлки слѣдуетъ отличать ея оспариваемость.

б) *Оспариваемость* (*rescissibilitas*) есть такого рода недействительность, которая не обнаруживается сама по себѣ, въ силу предписанія закона (*ipso iure*), а только по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ (самихъ контрагентовъ или постороннихъ лицъ). Сама по себѣ сдѣлка была-бы дѣйствительной, но по жалобѣ несущихъ незаконный или несправедли-

вый ущербъ отъ сдѣлки она можетъ быть объявлена оспоренной (*negotium inefficax, rescissibile*); судъ же, по своей инициативѣ, не вправе уничтожать такія сдѣлки. Напримѣръ, такова сдѣлка, заключенная подъ вліяніемъ страха или обмана, дающая право на *actio quod metus, actio doli*.

Всякое *заинтересованное* лицо можетъ оспаривать сдѣлку: не только контрагенты, но и посторонніе; такъ, если несостоятельный должникъ отчуждаетъ имущество въ обходъ претензій своихъ кредиторовъ (*in fraudem creditorum*), послѣдніе имѣютъ право подать искъ (*actio Pauliana*) о признаніи этой сдѣлки недействительной.

Средствомъ оспариванія сдѣлки служитъ обыкновенно искъ (*actio*) или возраженіе отвѣтчика (*exceptio*); но такимъ средствомъ можетъ служить и добавочный договоръ (*pactum*). напримѣръ, *pactum displicentiae* гарантируетъ контрагентамъ „отступное право“ (*ius poenitendi*), т. е., право отступить отъ купли-продажи въ условленное время.

2) *Прекращеніе недействительности*. Объявленіе сдѣлки недействительной имѣетъ соответствующія послѣдствія только въ отношеніи заинтересованныхъ лицъ, безъ нарушенія правъ третьихъ лицъ (*salvo iure tertii*). Права, приобрѣтенныя третьими лицами до объявленія недействительности, остаются въ силѣ.

По отношенію же контрагентовъ недействительная сдѣлка не превращается въ действительную, кромѣ нѣкоторыхъ случаевъ. Упомянемъ сперва о томъ, когда сдѣлка *оспариваемая* (*neg. rescissibile*) можетъ стать действительной. Это бываетъ при слѣдующихъ обстоятельствахъ: а) если проходитъ исковая давность, т. е., истекаетъ время предъявленія иска, которымъ страдающее лицо могло-бы оспорить сдѣлку. Такъ, дѣйствіе, совершенное подъ вліяніемъ страха (*metus*), можно было оспорить посредствомъ *actio metus* только въ теченіе года, этой обыкновенной преторской давности; опорожить завѣщаніе, не оставляющее законной доли наслѣдства ближайшимъ родственникамъ (посредствомъ *querela inofficiosi testamenti*) дозволялось въ теченіе 5 лѣтъ; и т. д., б) если лицо, имѣющее право оспаривать, отказывается отъ оспариванія.

Затѣмъ, и *ничтожная* сдѣлка, которая по общему положенію не можетъ даже современемъ быть избавлена отъ своего порока (*tractu temporis convallescere non potest*), по исключенію становится действительной въ слѣдующихъ случаяхъ:

а) если сила сделки зависит от признания ее третьим лицом: отцом или опекуном несовершеннолетнего контрагента и т. под. Напр., несовершеннолетний по договору берет на себя обязательство— договор этот ничтожен, но благодаря изъяснению согласия или соизволения на него (*ratihabitio*) со стороны отца или опекуна, договор получает полную силу. Относительно *ratihabitio* речь у нас была уже прежде (стр. 146); б) дарение между супругами, само по себе, как мы знаем из истории римского права, ничтожно; но если умирающий супруг не требует возврата дара, дарение ничтожное превращается по смерти дарителя в действительное: дар поступает в собственность пережившего супруга ¹⁾; в) само собою понятно, ничтожен акт отчуждения или заклада чужих вещей; но если отчуждающий или закладывающий чужие вещи впоследствии приобретает право собственности в них, то со времени приобретения ничтожное отчуждение или дарение становится действительным ²⁾

Прекращение недействительности называется иногда технически оздоровлением или *исцелением* сделки (от слова: *convalescere*— в вышеприведенном положении: *quod ab initio vitiosum etc* ³⁾).

От прекращения недействительности должно отличать превращение недействительной сделки в действительную.

¹⁾ Об этом fr. 32 D 24. 1; ср. лекции истории, стр. 296.

²⁾ Напр., fr. 42 D 41. 4: *idem iuris est (сделка становится действительной), quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit.*

³⁾ Возникал вопрос, может ли клятвенное подтверждение, присяга (*iusiurandum*), исправить недействительность? Опираясь на fr. 7 § 16 D 2. 14, на этот вопрос отвечают вообще отрицательно. (Fr. 7 § 16 D 2. 14:—*nec legari, nec iusiurandum de hoc adiectum, ne quis agat, servandum Marcellus libro secundo Digestorum scribit*). Только в очень немногих случаях допускали положительные результаты: а) в случае клятвенного подтверждения со стороны получившего свободу либерта его обязанностей в отношении патрона—*iurata operarum promissio liberti* (fr. 7 pr. D 38. 1:—*ut iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui iuret et libertatis causa iurare*); б) в случае продажи, совершенной несовершеннолетним под присягой, — тут за легкомысленное отношение к религиозному акту у несовершеннолетнего (*minor 25 annis*), отнималось право оспаривать (посредством *in integrum restitutio*) принятое им на себя обязательство. (L. 1 C. 2. 28: *si minor annis viginti quinque emptori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae, neque periuriae me auctorem tibi futurum sperare debuisti*).

3) *Превращение* недѣйствительной сдѣлки въ дѣйствительную (*conversio negotii*), по выраженному или предполагаемому желанію самихъ дѣйствующихъ лицъ, возможно только тогда, когда обѣ сдѣлки, замѣняемая и замѣняющая, однороднаго содержанія съ одинаковыми послѣдствіями. Напримѣръ, имѣются общія правила для составленія завѣщанія и имѣются правила спеціальныя для солдатъ; по общимъ правиламъ завѣщаніе (*testamentum commune*) составляется въ присутствіи 7 свидѣтелей, а завѣщаніе военныхъ (*testamentum militare*) хоть безъ свидѣтелей. И вотъ, положимъ, солдатъ написалъ завѣщаніе при 6 свидѣтеляхъ. Недѣйствительное, въ качествѣ обыкновеннаго акта, его завѣщаніе дѣйствительно, будучи превращено въ *testamentum militare*. Возьмемъ еще примѣръ изъ практики тѣхъ-же завѣщаній. Осторожные завѣщатели дѣлали иногда въ своихъ завѣщательныхъ актахъ такого рода оговорку, которая называлась *clausula codicillaris*: если предсмертныя распоряженія, говорили они, не могутъ имѣть силу, въ качествѣ *testamentum*, то пусть они разсматриваются, какъ изложенныя въ *codicillus* (простомъ письмѣ, которое не содержало назначенія наследника, но могло включать всякія другія распоряженія относительно имущества).

Конверсія одной сдѣлки въ другую происходитъ только съ выраженнаго или подразумеваемаго согласія дѣйствующихъ лицъ. Самъ судъ, безъ просьбы о томъ заинтересованныхъ лицъ, не поднимаетъ вопроса о превращеніи сдѣлки.

Изложеннымъ вопросомъ заключается первый отдѣлъ настоящей главы: ученіе о волѣ, какъ о факторѣ правомочія. Переходимъ ко второму отдѣлу.

Второй отдѣлъ. Норма, какъ факторъ правомочія.

Въ юридическихъ отношеніяхъ, рассмотрѣнныхъ до сихъ поръ, главнымъ факторомъ была воля дѣйствующихъ лицъ, находившая себѣ санкцію въ существующихъ нормахъ права. Таково большинство правовыхъ дѣйствій и сдѣлокъ, рождающихъ правомочія и обязанности. Но въ жизни не мало и такихъ гражданскихъ правомочій, факторомъ которыхъ слѣдуетъ признать скорѣе самую норму, чѣмъ волю дѣйствующаго. Напримѣръ, подъ угрозой лишенія жизни или какимъ-либо обманнымъ образомъ одинъ заставляетъ другого передать ему цѣнную вещь за безцѣнокъ. Тутъ вмѣсто одного

правомочія пераго лица на переданную вещь норма порождает другое правомочіе: второе лицо получает право требовать обратно имъ переданное. Хотя передающій и выражалъ волю о передачѣ, но вслѣдствіе того, что волеизъявленіе было вызвано *противоправнымъ мотивомъ*—посредствомъ насилія или обмана, запрещенныхъ по дѣйствующему законодательству, — воля передающаго не можетъ быть законнымъ творцемъ правомочія получающаго. Другимъ примѣромъ правомочій, создаваемыхъ гражданской нормой, не только независимо отъ воли, но даже вопреки волѣ дѣйствующаго, является незаконное или *противоправное дѣйствіе*: изъ факта умышленнаго или неосторожнаго причиненія вреда личнаго или имущественнаго рождается гражданская отвѣтственность дѣйствующаго предъ потерпѣвшимъ. Другими словами, потерпѣвшій получаетъ правомочіе на удовлетвореніе за вредъ и убытки, причиненные противоправнымъ дѣйствіемъ другого.

Изъ сказаннаго выясняются двѣ категоріи юридическихъ отношеній, создаемыя гражданскими нормами: въ одной категоріи правомочіе одного и соотвѣтствующія обязанности другого порождаетъ противоправный мотивъ дѣянія, въ другой категоріи—само противоправное дѣяніе (*factum illicitum*). Скажемъ о той и другой категоріи.

А) Противоправные мотивы.

Человѣкъ, повидимому, отличается отъ животнаго міра тѣмъ, что въ дѣятельности своей онъ ставитъ себѣ цѣли, чего не дѣлаетъ животное. Поведеніе животнаго обуславливается причинами, *мотивами* или побужденіями: чувствуя голодъ, оно ищетъ пищи, отправляется на добычу. Въ поведеніи же человѣка, кромѣ мотива, обуславливающаго его дѣйствія, имѣется еще цѣль: не только *почему-либо*, но и *для чего-либо* такъ или иначе поступаетъ человѣкъ.

Воля человѣка, успѣшно преслѣдующаго опредѣленную цѣль, должна быть въ своихъ проявленіяхъ, по возможности, свободна. Это значитъ, что воля должна, по возможности, быть чужда всѣхъ тѣхъ мотивовъ или побужденій, которые мѣшаютъ удачному исходу дѣйствія. Вообще побужденія воли имѣютъ не малое вліяніе на достиженіе цѣли. Такъ, положимъ, имѣется общая цѣль изученія высшихъ наукъ (математики,

правовѣдѣнія и т. д.)—полученіе высшаго образованія. Студентъ посвящаетъ нѣсколько лѣтъ на спеціальное изученіе данной отрасли знанія, чтобы стать культурнымъ, вполне просвѣщеннымъ человѣкомъ своего времени. Но была-бы значительная разница въ успѣшномъ достиженіи настоящей цѣли, если-бы побужденія въ высшему образованію были неодинаковы. Неодиноко штудировали-бы науку двое, изъ которыхъ мотивомъ дѣйствія одного была-бы духовная жажда, любознательность, желаніе приобрести возможно больше полезныхъ свѣдѣній, развить себя или духовно обогатиться, а мотивомъ дѣйствія другого было-бы побужденіе получить одинъ дипломъ, одно удостовѣреніе прохожденія курса, годное на полученіе чина или на что-другое ¹⁾).

Большинство мотивовъ совершенно безразличны съ точки зрѣнія гражданскаго общества. Но нѣкоторые мотивы культурное законодательство выдѣляетъ, какъ противорѣчащія, мѣшающія успѣху волеизъявленія. При этомъ, нормы гражданскаго права объявляютъ, что, если будетъ доказана наличность такихъ мотивовъ, то дѣйствіе, совершенное подъ ихъ влияніемъ, будетъ признано недѣйствительнымъ. Вотъ, почему эти мотивы воли могутъ быть названы *противоправными*. Среди нихъ особенно выдаются: заблужденіе (*error, ignorantia*), угроза (*metus*) и обманъ (*dolus*).

Познаніе мотивовъ дается психологическимъ анализомъ воли дѣйствующаго. Этимъ дѣломъ могутъ успѣшно заниматься лишь достаточно развитые люди. Потому-то и обособленіе противоправныхъ побужденій воли есть произведеніе развитого римскаго права. Древне-римское право не обращало вниманія на мотивы. Каждый человѣкъ, согласно древнему *ius strictum*, долженъ былъ зорко слѣдить за своими дѣйствіями: собственною силою онъ долженъ былъ противиться давленію на него со стороны другихъ людей въ ту или другую сторону, силою своего разумѣнія долженъ былъ противостоять введенію его въ заблужденіе и т. д. Судья не принималъ къ свѣдѣнію ошибку или заблужденіе дѣйствующаго. Впервые преторы въ своихъ эдиктахъ стали анализировать мотивы воли; за ними послѣдовала классическая

¹⁾ Въ родѣ того, какъ въ Петровское время мотивомъ прохожденія начального образованія у иныхъ дворянъ было одно побужденіе получить право на женитьбу.

юриспруденція, сложившая то учение о вліяніи мотивовъ на сдѣлку, нѣкоторыя черты котораго неизмѣнно дѣйствуютъ по настоящее время. Вотъ, римское учение объ *error*, *metus* и *dolus*.

1) *Заблужденіе*, какъ мотивъ, нерѣдко имѣетъ мѣсто въ дѣйствіяхъ людей. Подъ заблужденіемъ понимается невѣдѣніе (*ignorantia*) и ошибка (*error*). Напримѣръ, женщина, не зная о боковомъ родствѣ съ посватавшимся за нее лицомъ, вступаетъ съ нимъ въ бракъ; если-бы то знала, она, во избѣжаніе кровосмѣшенія, не вышла-бы замужъ. Должникъ, позабывъ объ уплатѣ прежнему кредитору, по ошибкѣ отдаетъ ему еще разъ такую-же сумму. Признать-ли бракъ, заключенный по невѣдѣнію о родствѣ, кровосмѣшеніемъ? Дѣйствительна-ли уплата, совершенная по ошибкѣ? И вотъ, говоря о заблужденіи, какъ о противоправномъ побужденіи къ дѣйствію, должно различать заблужденіе въ правѣ (*ignorantia*, *error iuris*) и заблужденіе въ фактѣ (*error facti*).

1) *Заблужденіе въ правѣ*, по общему правилу, есть безразличный мотивъ. На него нельзя ссылаться, чтобъ извинить свое поведеніе во избѣжаніе невыгодныхъ послѣдствій. Никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона—это буквальное положеніе русскаго права было выражено въ римскихъ дигестахъ словами юриста Павла: *regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere* (fr. 9 pr. D 22. 6). Невѣдѣніе права вредитъ дѣйствующему, не извиняетъ его, не принимается въ доказательство отсутствія вины; ошибка въ правѣ не подлежитъ доказыванію, почему и называется нерѣдко *error non probabilis*.

Однако изъ приведеннаго общаго правила о неизвинительности заблужденія имѣются слѣдующія исключенія: въ слѣдующихъ случаяхъ имѣется *error probabilis*—доказываемое заблужденіе въ виду предотвращенія его невыгодныхъ послѣдствій.

а) Изъ словъ Лабеопа (fr 9 § 3 D. 22. 6), предполагающаго для неизвиняемости *iuris ignorantia* легкую возможность гражданина (*cui facile sit scire*) познакомиться съ закономъ при помощи совѣта юрисконсульта или на опытѣ жизни (*si iuriconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus est*).—изъ этихъ словъ вытекаетъ, что въ обратномъ случаѣ невѣдѣніе въ правѣ можетъ быть извинительнымъ. Подъ такимъ обнатымъ случаемъ, обнаруживающимся сравнительно

рѣдко (*quod raro accipiendum est*, читаемъ въ томъ-же мѣстѣ), слѣдуетъ понимать тотъ случай, когда у гражданина нѣтъ возможности познакомиться съ закономъ; на примѣръ, жителю мѣстности, отдаленной отъ столицы, неграмотному аборигену медвѣжьяго угла затруднительно было-бы на первыхъ-же порахъ познакомиться съ новымъ закономъ, если при томъ-же въ его мѣстности не имѣется ни одного юриста.

б) Четыре слѣдующія категории людей пользовались привилегіей въ неравной степени ссылаться на невѣдѣніе закона. Расположимъ ихъ по убывающей степени объема привилегіи. Первую категорию образуютъ *несовершеннолѣтніе* (*minores*), т. е., недостигшіе 25 лѣтъ. Они во всякихъ случаяхъ жизни могли пользоваться настоящей льготой ¹⁾, т. е., одинаково ихъ ошибка была извинительна, поднимался-ли вопросъ объ избѣжаніи вреда (*de damno vitando*) или о полученіи выгоды (*de lucro captando*). Во вторую категорию входятъ *военные* (*milites*); они имѣли ту же привилегію только по вопросу *de damno vitando*; мотивирована ихъ привилегія извѣстными словами императорскаго постановления: *arma tenent magis, quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit* (l. 6 pr. C. 6. 30). Третью категорию займутъ *женщины* (*feminae*); онѣ обладаютъ настоящей привилегіей еще въ меньшемъ объемѣ, ибо имѣютъ ее „только въ нѣкоторыхъ случаяхъ по слабости своего пола“ (*fr. 9 pr. D. 22. 6: in quibusdam causis propter sexus infirmitatem*). Въ четвертой категориіи помѣщаются *люди изъ простаго народа* (*rustici*—сельскіе жители и, вообще, непросвѣщенные, необразованные люди); имъ также при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ извиняется ошибка въ законѣ.

2) *Заблужденіе въ фактъ* (*error facti*) есть ошибка или невѣдѣніе какихъ-либо другихъ обстоятельствъ, кромѣ юридической нормы. Это заблужденіе, по словамъ римлянъ, не приносило такого безусловнаго вреда, какъ заблужденіе въ правѣ (*fr. 9 pr. D. 22. 6: regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*). Оно могло служить мотивомъ для признанія дѣйствія, не имѣющимъ юридическихъ послѣдствій. Но какая-же фактическая

¹⁾ *Fr. 9 pr. D. 22. 6:—minoribus vigintiquinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur.*

ошибка, именно, такова? Когда она принимается во внимание, какъ несогласное съ закономъ, какъ противоправное побужденіе воли дѣйствовавшаго? На этотъ вопросъ мы не встрѣчаемъ общаго отвѣта ни у римлянъ, ни въ современномъ правовѣдѣніи. ибо очень трудно (быть можетъ, и невозможно) формулировать его. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судья рѣшаетъ, можетъ быть принята ошибка въ качествѣ мотива или нѣтъ. У римлянъ мы находимъ только частичныя указанія по данному вопросу.

Съ одной стороны, мы находимъ указанія на то, что не принимается во вниманіе, не оправдываетъ человѣка ошибка вслѣдствіе грубѣйшей небрежности (*summa negligentia*), признаваемой, во-первыхъ, въ томъ случаѣ, когда дѣйствующій забываетъ свое *собственное* поведение (*error facti proprii*) и, во-вторыхъ, когда человѣкъ не знаетъ *общеизвѣстнаго* факта (fr. 9 § 2 D. 22. 6: quid enim, si omnes in civitate sciunt, quod ille solus ignoret).

Съ другой стороны, касательно остальныхъ случаевъ ошибки можно вообще сказать, что она не приноситъ вреда тогда, когда судья признаетъ ее *извинительной*. Напримѣръ, совершается купля—продажа вещей съ пороками, которые не досматриваетъ покупатель; послѣдній, вслѣдствіе своего заблужденія, считаемаго противоправнымъ мотивомъ воли (не будь его, онъ не купилъ-бы вещей), получаетъ право на искъ противъ продавца. Или другой примѣръ: уплатившій по ошибкѣ не-должное, имѣетъ право на поворотъ уплаченнаго (*condictio indebiti*). Особенно-же выдается значеніе извиняемости заблужденія въ вопросѣ о приобрѣтательной давности: по истеченіи узаконеннаго срока, получаетъ право собственности на вещь только тотъ, кто владѣетъ ею добросовѣстно (*bona fide*). т. е. въ полномъ невѣдѣніи того, что его владѣніе нарушаетъ право другого человѣка.

3) *Принужденіе* ¹⁾. Говоря о принужденіи, какъ о побужденіи дѣйствовать въ извѣстномъ направленіи, должно имѣть въ виду духовное, психическое принужденіе, или угрозу, а не тѣлесное принужденіе, физическое насиліе. Именно, должно различать духовное принужденіе, насиліе надъ душой дѣйствующаго (*vis compulsiva*) отъ насилія надъ тѣломъ (*vis absoluta*). Физическое насиліе опредѣляется римлянами такимъ

¹⁾ *Schlossmann*, die Lehre vom Zwange, 1874. *Lange*, Zwang. 1886.

образомъ: *vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest* (fr. 2 D. 4. 2)—насиліе есть нападеніе неотразимой силы. Вотъ, въ случаѣ физическаго насилія, съ которымъ не въ силахъ бороться дѣйствующій, и не можетъ быть поднята рѣчь о волѣ его: дѣйствующее лицо является попросту механическимъ орудіемъ воли другого. Между тѣмъ, въ случаѣ духовнаго насилія, т. е., подъ вліяніемъ угрозы или страха (*metus*) приводится въ движеніе, именно, воля дѣйствующаго: при отсутствіи страха дѣйствіе имѣло-бы свободное, желанное направленіе, побуждаемая-же страхомъ воля дѣйствующаго получаетъ другое, несвободное направленіе. Остановимся на значеніи страха (*metus*), какъ мотива воли.

Metus est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio (fr. 1 D. 4. 2), т. е., страхъ есть тревожное состояніе души въ виду настоящей или предстоящей опасности. Въ виду возможнаго зла, чтобъ предотвратить его, угрожаемый рѣшается дѣйствовать не такъ, какъ онъ поступилъ-бы безъ этого мотива воли. Всякая-ли угроза можетъ быть признана противоправнымъ мотивомъ, побужденіемъ къ дѣйствію, которое можетъ быть признано противоправнымъ, недѣйствительнымъ? И какая существовала у римлянъ гражданская охрана противъ угрозы?

1) *Признаки* противоправной угрозы выставляются пандектистами, на основаніи источниковъ, слѣдующія. Во-первыхъ, орудіе угрозы должно быть *противозаконнымъ*: одинъ угрожаетъ другому тѣмъ, чѣмъ онъ не имѣетъ права грозить (лишеніемъ жизни, причиненіемъ побоевъ и т. под.). Поэтому, не считается угрозой указаніе на законныя средства взысканія; не будетъ угроза въ словахъ: плати долгъ, а не то я приступлю къ описи твоего имущества. Иными словами требуется, чтобы *metus* былъ *iniustus*¹⁾. Во-вторыхъ, предметъ угрозы должно быть благо большее сравнительно съ тѣмъ, къ чему принуждается угрожаемый; то долженъ быть, по словамъ Лабеопа (fr. 5 D. 4. 2), *timor maioris mallitatis*—страхъ, причиняемый болѣе серьезнымъ зломъ. Въ источникахъ перечисляютъ примѣрно предметы угрозы: убіеніе, увѣчье, обращеніе въ рабство и т. д.; тамъ приводятся важ-

¹⁾ Fr. 3 § 1 D. 4. 2.—*sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris, quam sustinet.*

ныя личныя блага и нѣтъ блага имущественнаго, какъ предмета угрозы. Въ-третьихъ, полагается, чтобы *metus* былъ *non vani hominis* (fr. 6 D. 4. 2), т. е., чтобы сила страха была таковой, которая производитъ дѣйствіе на серьезнаго, основательнаго человѣка (не на легкомысленнаго человѣка) ¹⁾.

2) *Гражданская охрана противъ угрозы* возникла по почину преторовъ. До того времени римскія нормы предоставляли угрожаемымъ лицамъ самимъ справляться съ угрозами. Такимъ лицамъ предстояло рѣшать альтернативу: жертвуя свободой, совершить требуемое волеизъявленіе или цѣною угрожаемаго блага сохранить свободу воли. И разъ кто приносилъ въ жертву свободу воли, тотъ уже не могъ впоследствии на то пенять, требуя признанія его волеизъявленія недѣйствительнымъ. Въ дигестахъ находимъ такой примѣръ (fr. 21 § 5 D. 4. 2): если подъ вліяніемъ страха, говоритъ Павелъ, я принялъ (положимъ, убыточное) наслѣдство, я полагаю, что становлюсь наслѣдникомъ (т. е., долженъ платить и долги), ибо, хотя я и не пожелалъ-бы того, если-бы былъ свободенъ, тѣмъ не менѣе принужденный выразилъ желаніе (отсюда составлено выраженіе дѣйствительности дѣйствія угрожаемаго по древнему праву: *quamvis coactus, tamen voluisti*).

Но, вотъ, преторъ объявилъ въ своемъ эдиктѣ: *quod metus causa gestum est, ratum non habebo*—я не буду признавать въ силѣ то, что совершено изъ-за страха, по принужденію ²⁾. Послѣ этого мѣропріятія претора получилось слѣдующее: волеизъявленіе угрожаемаго лица само по себѣ не есть недѣйствительно, такъ что, если это лицо не спорить, его дѣяніе остается въ силѣ. Но по заявленіи угрожаемаго лица предъ судебной властью, послѣдняя можетъ опорочить, при-

¹⁾ Къ этимъ тремъ неизбѣжнымъ признакамъ психическаго принужденія прибавляютъ еще нѣкоторыя. Напримѣръ, говорится о томъ (fr. 9 pr. D. 4. 2), чтобы былъ *metus praesens*, т. е., чтобы страхъ былъ оказывающимъ дѣйствіе при заключеніи сдѣлки,—иначе говоря, чтобы то не было одно подозрѣніе (*suspicio*) о потерѣ блага въ далекомъ будущемъ. Но этотъ признакъ содержится, по нашему мнѣнію, уже въ третьемъ условіи о томъ, чтобы былъ *metus non vani hominis*.

²⁾ Этотъ эдиктъ, служившій основаніемъ судебной формулы (*formula Octaviana*, такъ какъ она была редактирована преторомъ Октавіемъ), вошелъ съ комментаріями юристовъ во 2 титулъ 4 книги дигестъ.

знать **бесильнымъ** настоящее дѣйствіе. Средства защиты противъ угрозы, установленныя преторомъ, суть: *actio, exceptio quod metus causa, in integrum restitutio*.

а) *Actio quod metus causa (gestum est)* вчинается въ томъ случаѣ, если угрожаемый выполняетъ требуемое дѣйствіе (напр., даетъ деньги, которыя по иску потомъ требуетъ обратно). Характерная особенность даннаго иска состоитъ въ томъ, что онъ вчинается не только противъ одного угрожавшаго, но и противъ того бы то ни было, чѣмъ-либо обогатившагося вслѣдствіе угрозы. Это не есть *actio in personam* (въ смыслѣ иска противъ одного опредѣленнаго лица). Это есть *actio in rem*, такъ какъ отвѣтчикомъ можетъ стать всякій, извлекающій имущественную выгоду (*res*) изъ дѣйствія угрожаемаго.

б) *Exceptio quod metus causa (gestum est)* предъявляется угрожаемымъ лицомъ въ томъ случаѣ, когда отъ него требуютъ исполненія волеизъявленія, даннаго подъ вліяніемъ угрозы. И это возраженіе потерпѣвшаго, въ качествѣ отвѣтчика, есть, именно, *exceptio in rem* (а не *in personam*). Значить, и оно предъявляется пострадавшимъ противъ любого истца, будетъ-ли то самъ угрожавшій или посторонній чловѣкъ.

в) *In integrum restitutio (propter metum)* есть крайнее средство, къ которому могъ обратиться пострадавшій, когда нельзя было воспользоваться предъидущими средствами.

III) *Обманъ (dolus)* ¹⁾. Подъ обманомъ въ значеніи противоправнаго мотива понимается намеренное введеніе другого лица въ заблужденіе²⁾ съ корыстною цѣлью. Въ этомъ значеніи обманъ передается словомъ *dolus* и *dolus malus* (въ противоположность *dolus bonus*, когда кто вводится въ выгодное заблужденіе: напримѣръ, чтобъ избѣжать врага или разбойника, fr. 1 § 3 D 4 3) ²⁾ Корыстный обманъ можетъ быть выраженъ какъ въ дѣйствіи, такъ и въ бездѣйствіи; напримѣръ, одинаково обманываютъ какъ тотъ продавецъ, который увѣряетъ покупателя въ несуществующихъ достоинствахъ вещи, такъ и тотъ, который умалчиваетъ объ ея существенныхъ недостаткахъ.

¹⁾ *Bédarride, traité du dol et de la fraude, 1879.*

²⁾ Fr. 1 § 2 D. 4. 3: *Labeo definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam, machinationem, ad circumveniendum fallendum, decipiendum alterum adhibitum—dolus est умысль, приложенный къ дѣлу ради обмана другого чловѣка.*

Обманная сдѣлка также, какъ и сдѣлка, заключенная подъ угрозой, сама по себѣ признавалась дѣйствительной до тѣхъ поръ, пока не бывала оспорена. Такимъ образомъ, если обманутый, зная о своемъ заблужденіи, добровольно исполнялъ требуемое, послѣдствія его дѣянія оставались въ силѣ. Но преторское право ему предоставляло на случай, еслибы онъ не пожелалъ быть сознательнымъ орудіемъ обмана другого лица, тѣ же средства защиты, какъ и пострадавшему отъ угрозы: *actio, exceptio, in integrum restitutio*.

а) *Actio doli* практиковалась въ томъ случаѣ, когда обманутый успѣвалъ до обнаруженія обмана, передать какую-либо вещь или что-нибудь исполнить. Посредствомъ *actio doli* онъ требовалъ возмѣщенія ущерба. Въ отличіе отъ *actio quod metus causa*, считаемой *actio in rem*, настоящая *actio doli* была строго-личнымъ искомъ (*actio in personam*), предъявляемымъ только противъ личности обманувшаго; противъ всѣхъ постороннихъ, хотя бы и поживившихся на счетъ потерпѣвшаго, *actio doli* не имѣла силы. Значить, когда вещь, добытая обманомъ, выходила изъ рукъ обманувшаго въ третьи руки, посредствомъ *actio doli* нельзя было оттуда извлечь ее.

2) *Exceptio doli*, возраженіе потерпѣвшаго, противопоставлялась требованію обманувшаго исполнить обѣщаніе, обманомъ вынужденное. Это возраженіе такъ же, какъ и искъ по поводу обмана, было *exceptio in personam* (а не *in rem*), т. е., дѣйствовало только противъ иска вводившихъ въ заблужденіе (но не противъ требованія постороннихъ).

3) *In integrum restitutio* — крайнее средство, примѣняемое въ случаяхъ невозможности обратиться къ *actio doli*.

Такимъ образомъ, нами указаны наиболѣе существенные изъ противоправныхъ мотивовъ. Обращаемся къ противоправнымъ дѣйствіямъ.

Б) Противоправныя дѣйствія ¹⁾.

Акты воли, согласные съ закономъ, суть правовыя дѣйствія; акты, несогласные съ закономъ, суть недозволенные или противоправныя дѣйствія (*facta illicita*). Они порождаютъ правомочіе потерпѣвшаго на возмѣщеніе причиненнаго вреда. Обратимъ вниманіе на понятіе и виды противоправныхъ дѣйствій,

¹⁾ Ср. *Азаревичъ*, система р. пр., стр. 249.

виновность дѣйствующаго, доказываніе вины и на послѣдствія недозволенныхъ дѣяній.

I. *Понятіе* противоправнаго дѣйствія включаетъ три признака. Во-первыхъ, такое дѣйствіе должно быть *запрещено по закону*. Поэтому, чего законъ не запрещаетъ, то можно совершать, не причиняя дѣяніемъ вреда другимъ лицамъ (*qui suo iure utitur, alterum non laedit*). Во-вторыхъ, требуется *нарушеніе чужого права*, причиняющее невыгоду или вредъ (*damnum*). Характеръ вреда безразличенъ: вредъ, по большей части, бываетъ имущественнымъ (напр., въ случаѣ порчи вѣреннхъ вещей, нарушенія владѣнія и т. д.), но онъ можетъ быть и неимущественнымъ (напримѣръ, въ случаѣ оскорбленія чести). Въ третьихъ, необходимо присутствіе сознательной воли дѣйствующаго противозаконно, необходима наличность *винны* его. Кто не въ состояніи сознательно поступать, о винѣ того не можетъ быть рѣчи. Иначе сказать, кто совсѣмъ недѣеспособенъ, тотъ невмѣняемъ; таковы дѣти лѣтъ до 10 (*infantiae proximi*), *fugiosi* и т. под.

II. *Виды* противоправныхъ дѣйствій имѣются слѣдующіе: проступокъ и гражданское правонарушеніе. *Проступокъ* (*delictum privatum*) есть прямое нарушеніе закона; каковы-бы ни были отношенія между дѣйствующимъ и претерпѣвающимъ дѣйствіе, разъ дѣйствіе запрещено закономъ, оно становится *delictum privatum*. Римляне знали четыре такіе проступка: похищеніе (*furtum*), грабежъ (*garina*), незаконное поврежденіе имущества (*damnum iniuria datum*) и оскорбленіе (*iniuria*). Проступокъ совершается положительнымъ дѣяніемъ: законъ запрещаетъ 4 означенныя дѣянія; преступающій законъ, именно, совершаетъ то или другое дѣяніе. Поэтому, и вина совершающаго проступокъ характеризуется, какъ *culpa in faciendo* (такую вину романисты въ прежнее время называли еще *culpa Aquiliana*, такъ какъ подробнѣе другихъ законовъ о проступкахъ говоритъ *lex Aquilia*, полагающая гражданскую отвѣтственность за поврежденіе имущества).

Другую группу противоправныхъ дѣйствій составляютъ случаи такъ-называемаго *гражданскаго правонарушенія*, т. е. случаи отступленія отъ юридическихъ отношеній, нормируемыхъ гражданскимъ правомъ. Это суть многочисленныя явленія, и преимущественно изъ области обязательственныхъ отношеній, когда одинъ контрагентъ нарушаетъ довѣріе къ нему другаго контрагента; напримѣръ, принявшій вещь въ ссуду

(ради пользованія) намѣренно портить ее, взявшій на сбереженіе не хранить вещи, и т. д. И въ этихъ случаяхъ претерпѣвающей ущербъ получаетъ правомочіе искать удовлетворенія. Такъ какъ нарушеніе довѣрія можетъ одинаково состоять какъ въ положительномъ дѣйствіи (напр., въ порчѣ вещи), такъ и въ бездѣйствіи (напр., небреженіе вещью), то и вина причиняющаго вредъ характеризуется не только какъ *culpa in faciendo*, но и какъ *culpa in non faciendo* (почему *culpa in non faciendo*, какъ ненормируемую закономъ Аввилія, прежде прозывали также *culpa extra legem Aquiliam*).

III. *Виновность* ¹⁾ дѣйствующаго, какъ сказано, есть существенный признакъ противоправнаго дѣянія. По общему правилу, за вредъ, причиненный случайно, независимо отъ воли дѣйствующаго, нѣтъ отвѣтственности. Винѣ (*culpa* въ широкое значеніи какой-бы ни было вины) противопоставляется случай (*casus*) ²⁾. Различаются двѣ степени вины: *dolus* и *culpa* (въ специальномъ значеніи).

1) *Dolus*—умыселъ. Тотъ дѣйствуетъ умышленно или намѣренно, кто, сознавая вредныя послѣдствія своихъ дѣяній, желаетъ ихъ наступленія. Кромѣ того, какъ намъ уже извѣстно изъ исторіи римскаго права (стр. 267), римляне признавали злоумышленнымъ только дѣяніе, совершенное *по безнравственному*, неизвинительному побужденію. На этомъ основаніи, не имѣется *dolus malus* у того, кто, получивъ деньги на покупку раба, отдавалъ ихъ взаймы изъ милости (*gratia ductus*) очень нуждающемуся человѣку (fr. 8 § 10 D. 17. 1). Такой умыселъ, который вызывается чисто нравственнымъ побужденіемъ, одни писатели (Биндингъ) относятъ къ переходной стадіи виновности отъ умысла къ неосторожной винѣ, называя ее *culpa dolo proxima*; другіе-же писатели (Пернице и др.), опираясь на то, что въ источникахъ означенный умыселъ ивогда прозывается *culpa lata*, считаютъ его прямо

¹⁾ *Hasse*, diè culpa d. röm. Rechts, 1838. *Binding*, die Normen und ihre Uebertretung, Bd. 2, 269 ff. *Pernice*, Marcus Antistius Labeo, Bd. 2. 231 ff. *Chironi*, la colpa etc., 1886.

²⁾ Бываетъ, по исключенію, отвѣтственность и за *casus*. Напр., просрочившій обязательство отвѣчаетъ и за случайную гибель вещи, содержатель гостиницы, *caupo*, отвѣчаетъ за случайную пропажу вещей постояльцевъ, кромѣ того случая, когда онъ докажетъ, что гибель имущества вызвана непреодолимой силой (*vis maior*): пожаромъ и т. под. Подробнѣе объ этомъ будетъ рѣчь въ особенной части догмы, въ ученіи объ обязательственномъ правѣ.

одною изъ разновидностей неосторожной вины (именно, *culpa lata*).

Отвѣтственность за *dolus* неизбежна; по этому поводу говорится: *dolus omnimodo praestandus est*. Неизбѣжность отвѣтственности за умышленную вину нагляднѣе всего выражается въ томъ, что не имѣеть никакой силы предварительный договоръ о сложеніи отвѣтственности за *dolus* (*pactum de dolo non praestando*). Договоръ этого рода признается безнравственнымъ, *pactum turpe*¹⁾.

2) *Culpa* — неосторожная вина. Общежитіе требуетъ внимательнаго отношенія одного человѣка къ другому. Недостатокъ такого бережнаго отношенія, послѣдствіемъ чего получается личный или имущественный ущербъ, образуетъ такъ называемую *culpa*, неосторожную вину. Римское право различаетъ двѣ степени неосторожной вины: *culpa lata* и *culpa levis*.

а) *Culpa lata* — грубая небрежность. Ульпіанъ говоритъ (fr. 213 § 2. D. 50. 16): *lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt* — высшая степень небрежности въ смыслѣ непониманія того, что всѣ понимаютъ. Съ точки зрѣнія отвѣтственности, *culpa lata* приравнивается къ *dolus* (fr. 226 D. 50. 16: *magna culpa dolus est*). Значить, и за нее человѣкъ во всякомъ случаѣ отвѣчаетъ, и отъ нея нельзя избавиться по соглашенію съ претерпѣвающимъ лицомъ.

б) *Culpa levis* — легкая вина. Она отличается отъ *culpa lata* по исходной точкѣ зрѣнія: между тѣмъ какъ *culpa lata* представляетъ собою, какъ сказано, игнорированіе того, на что всякій, любой человѣкъ обыкновенно обращаетъ вниманіе (*omnes intelligunt*), *culpa levis* заключается въ игнорированіи или нерадѣніи по отношеніи къ тому, что входитъ въ программу поведенія благоразумнаго или заботливаго человѣка (*diligens paterfamilias*). Такъ, всякій признаетъ грубой виной крайне пренебрежительное отношеніе къ чужому имуществу, полученному въ ссуду, въ пользованіе; на примѣръ, въ случаѣ если получившій книгу на прочтеніе будетъ рвать бумагу, въ рывать страницы и т. д. Съ другой стороны, для при-

¹⁾ Fr. 27 § 3 D. 2. 14: *illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur* — § 4 *ibid*: — *pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda; velut si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris*.

знанія легкой вины необходимо удостовѣрить отсутствіе благо-разумія, заботливаго отношенія при пользованіи чужимъ имуществомъ; напр., въ случаѣ помарокъ въ чужой книгѣ, порчѣ переплета и т. д.

Юристы римскіе усматривали culpa levis при несоблюденіи тѣхъ требованій, когорыхъ имѣеть обыкновение держаться *diligens paterfamilias* (fr. 14. D. 13. 7 quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet) или *homo frugi et diligens* (fr. 11. D. 18. 6: diligentiam—, quam debent homines frugi et diligentes praestare). И когда дѣйствующее лицо соблюдало всѣ условія поведенія заботливаго человѣка, его нельзя было обвинять въ неосторожности; это подтверждается fr. 25 § 7 D. 19. 2: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset ¹⁾.—Затѣмъ, упомянемъ о двухъ видахъ легкой неосторожности и объ отвѣтственности за нее.

а) *Виды легкой вины различались въ зависимости отъ способа измѣренія, масштаба вины. Именно, было два способа измѣренія: абстрактный и конкретный масштаб. Абстрактный масштаб, обыкновенно практикуемый, заключался въ сравненіи поведенія отвѣтствующаго лица съ поведеніемъ другихъ заботливыхъ (diligentes) людей при тѣхъ же обстоятельствахъ жизни. Конкретный масштаб состоялъ изъ сравненія поведенія при данномъ причиненіи вреда потерпѣвшему съ поведеніемъ самого дѣйствующаго, какъ заботливаго хозяина, въ его собственныхъ дѣлахъ. Отсюда и два рода вины, называемыя романистами: culpa in abstracto и culpa in concreto.*

Абстрактная вина — при отсутствіи diligentia boni seu diligentis patrisfamilias. Вотъ, примѣры абстрактной вины изъ дигестъ: неопытный пастухъ не берегаетъ стадо, неискусный портной портитъ платье, неумѣлый полировщикъ не шлифуетъ вещи — у каждаго изъ нихъ признается наличность вины, ибо каждый брался за дѣло такъ, какъ поступилъ бы мастеръ соотвѣтствующаго дѣла (fr. 9 § 5. D. 19. 2:—quod imperitia percavit, culpam esse, quippe, ut artifex, — conduxit).

Конкретная вина—при отсутствіи diligentia, qualem suis

¹⁾ Въ другомъ мѣстѣ (fr. 6 D. 22. 6) читаемъ: знаніе (дѣйствій, вмѣняемыхъ дѣйствующему) должно быть оцѣниваемо такимъ образомъ, чтобы не было упускаемо изъ виду ни грубое невѣдѣніе, ни чрезмѣрная безпечность — но чтобы, вмѣстѣ съ тѣмъ, не требовалась показная любознательность.

rebus adhibere solet (fr. 72 D. 17. 2). Исслѣдованіе вины съ точки зрѣнія поведенія дѣйствующаго въ его собственныхъ дѣлахъ не есть общее правило. Общеупотребителенъ абстрактный масштабъ, а конкретная вина допускается по исключенію, только въ слѣдующихъ трехъ случаяхъ. Во-первыхъ, тогда, когда товарищъ (*socius*) наноситъ, по небрежности, ущербъ дѣламъ товарищества; если къ нему предъявляется искъ о возмѣщеніи вреда (*actio pro socio*), онъ отвѣчаетъ только за *culpa in concreto*, т. е. въ предѣлахъ поведенія, которому онъ слѣдуетъ въ личныхъ дѣлахъ. Къ извиненію его юристы приводятъ то соображеніе, что пострадавшіе товарищи должны пенять на себя за выборъ въ компанію небрежнаго человѣка (fr. 72 D. 17. 2: *quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet*). Во-вторыхъ, по иску о возвратѣ приданнаго мужемъ женѣ (если по прекращеніи брака вчиняется *actio rei uxoriae*), мужъ отвѣтствуетъ за конкретную вину (fr. 17 D. 23. 3: *sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet*), ибо и фактически, на самомъ дѣлѣ, мужъ управляетъ приданнымъ обыкновенно такъ, какъ-будто-бы оно было его личнымъ благомъ. Въ-третьихъ, опекунъ по дѣламъ опекаемаго долженъ прилагать заботливость, *quantam in rebus suis diligentiam* (fr. 1 pr. D. 27. 3), ибо отъ назначающихъ и имѣющихъ надзоръ за дѣйствіями опекуна зависитъ избраніе болѣе серьезнаго человѣка; вольно-же имъ допускать въ опеку легкомысленнаго человѣка¹⁾.

β) *Отвѣтственность* за *culpa levis* прежде всего ставится въ зависимость отъ того, совершается-ли деликтъ или гражданское правонарушеніе. Совершающій деликтъ (*culpa Aquiliana*) отвѣчаетъ за всякую вину, за *omnis culpa*, т. е., за *culpa lata* и *culpa levis*. Совершающій правонарушеніе (*culpa extra legem Aquilianam*) отвѣчаетъ, по общему правилу, въ томъ случаѣ, если отъ даннаго юридическаго отношенія, въ которомъ онъ состоитъ вмѣстѣ со страдающимъ лицомъ, имъ однимъ получаютъ выгоды. Именно, правонарушеніе по вопросу о *culpa* чаще всего встрѣчается въ обязательственныхъ

¹⁾ *Culpa in concreto* есть, именно, *culpa levis*, такъ какъ у нихъ общее измѣреніе—заботливость (*diligentia patris familias*). Масштабъ для *culpa lata* совсѣмъ другой: если человѣкъ и въ своихъ дѣлахъ такъ небреженъ, какъ никто другой, онъ совершаетъ *culpa lata*. Разсмотрѣніе контраверсъ источникъ у *Binding*, I. с.

отношеніяхъ, когда обязавшійся по выгодному для себя договору не исполняетъ своего обѣщанія, напримѣръ, ссудоприиматель (получающій чужую вещь въ безмездное пользованіе) небрежно относится къ чужой собственности. Въ виду того, что другой контрагентъ (напр., ссудодатель) выгодъ никакихъ не получаетъ, надлежитъ, по крайней мѣрѣ, обезпечить ему возвратъ имущества въ цѣломъ, неповрежденномъ видѣ; поэтому, налагается отвѣтственность за *culpa levis* на получающаго выгоды. Въмѣстѣ съ тѣмъ, тотъ, кто не имѣетъ пользы отъ контрагента, отвѣчаетъ лишь за *culpa lata*.

Изъ приведеннаго общаго правила есть 2 исключенія. Первое исключеніе замѣчается въ договорѣ порученія (*mandatum*). Именно, повѣренный по этому договору, т. е., лицо, обязанное безмездно вести чужія дѣла, — казалось-бы, долженъ былъ отвѣчать лишь за *culpa lata*, такъ какъ не имѣетъ никакой выгоды отъ своихъ дѣйствій; на самоѣ-же дѣлѣ повѣренный несетъ отвѣтственность за *omnis culpa*, ибо тотъ, кто берется завѣдывать дѣлами другаго, по взгляду римлянъ, долженъ тщательно заботиться объ ихъ успѣхѣхъ. Второе исключеніе имѣется въ томъ юридическомъ отношеніи, которое называется *precarium*. Подъ прекаріемъ понимается имущество, данное въ пользованіе до востребованія. Казалось-бы, прекаристъ (т. е., безмездно пользующійся) долженъ былъ отвѣчать за *omnis culpa*; между тѣмъ, его отвѣтственность ограничивается одною *culpa lata*. Почему? Отвѣта нѣтъ; отсутствіе мотива, вѣроятно, находится въ связи съ неясной постановкой прекарія (вполнѣ невнясно, признавалось-ли тутъ обязательственное отношеніе).

в) *Culpa levissima* — легчайшая вина. Она упоминается въ одномъ мѣстѣ источниковъ при толкованіи вышеупомянутаго закона Аквилія. Тутъ сказано (fr. 44 pr. D. 9. 2): *in lege Aquilia etiam levissima culpa venit*. Въ сущности, здѣсь не содержится указанія на какую-либо новую, третью степень неосторожной вины, потому что какъ разъ для закона Аквилія этого и не требуется. Мы выше упомянули, что совершающій деликтъ (иными словами, несущій отвѣтственность за *culpa Aquiliana*), отвѣчаетъ за *omnis culpa*, за всякую, какую-бы то ни было вину. Значитъ, при данныхъ обстоятельствахъ не для чего и заниматься праздною *subtilitas ingis*: чѣмъ отличается *culpa levissima* отъ *culpa levis*. О существованіи-же *culpa levissima* при гражданскихъ правонару-

пеніяхъ ничего не говорится въ источникахъ. Поэтому, culpa levissima ближе не опредѣляется.

IV. *Доказываніе виновности.* Совершеніе недозволенныхъ дѣяній подѣ влияніемъ высшихъ степеней виновности (dolus, culpa lata) разсматривалось явленіемъ ненормальнымъ, исключительнымъ. Поэтому, претерпѣвшее лицо, выступающее съ искомъ на судѣ, само должно было доказать dolus и culpa lata. Значитъ, обязанность доказывать (onus probandi) умыселъ и грубую неосторожность при деликтахъ лежала на истцѣ: отвѣтчикъ до постановленія рѣшенія предполагался нормальнымъ, добропорядочнымъ человѣкомъ (quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium).

Другое дѣло—низшая степень вины, culpa levis. Малѣйшая небрежность, легкая неосторожность есть явленіе заурядное. На этомъ основаніи, ничего неусматривалось исключительнаго въ томъ случаѣ, когда истецъ ссылался на culpa levis отвѣтчика. Послѣднему надлежало для того, чтобы снять съ себя обвиненіе въ легкой неосторожности, доказать противное. Само собою понятно, помянутая обязанность еще болѣе выдвигалась тогда, когда отвѣтчику надлежало удостовѣрить конкретную вину (diligentia quam suis rebus).

V. *Послѣдствія недозволенныхъ дѣйствій.* Такъ какъ недозволенное дѣяніе содержитъ нарушеніе чужого права, причинившій ущербъ такимъ дѣяніемъ, обязывается возстановить нарушенное право. Сказанное основаніе возмѣщенія потерпѣвшаго выражается еще въ источникахъ буквально такимъ образомъ: никто не можетъ улучшить свое положеніе посредствомъ своего деликта ¹⁾).

Возмѣщеніе вреда потерпѣвшаго есть, иначе сказать, имущественное удовлетвореніе его. Такое удовлетвореніе должно содержать въ себѣ вознагражденіе, во-первыхъ, за утрату существовавшего блага и, во-вторыхъ, за то благо, которое, не будь противоправнаго дѣйствія, могло-бы существовать, возникло-бы въ силу естественнаго хода жизни, для страдающаго отъ правонарушенія. Удовлетвореніе перваго рода имѣетъ своимъ предметомъ самую вещь или равноцѣнность, ея эквивалентъ. Удовлетвореніе втораго рода направляется на *интересъ* (fr. 3 § 11 D. 43. 17: — quanti uniuscuiusque

¹⁾ Fr. 134 D. 50. 17: nemo ex delicto suo meliorem suam conditionem facere potest.

interest; fr. 68 D. 6. 1:—*quantı adversarii interfuit*—), т. е., на разницу между (*inter-est*) тѣмъ, что было-бы, не будь правонарушенія, и тѣмъ, что есть. Напримѣръ, если кто зашибаетъ извощичью лошадь, обязанъ возмѣстить интересъ ея хозяина, т. е., заплатить издержки на леченіе и все то, что лошадь выработала—бы до излеченія.

Въ рѣдкихъ случаяхъ къ гражданскому, эквивалентному возмездію присоединяется штрафной (пенальный) элементъ. Именно, сверхъ рыночной, дѣйствительной стоимости взыскивается нѣкоторый придатокъ, въ видѣ гражданского штрафа за проступокъ. Въ римскомъ правѣ то полагалось за похищеніе и поврежденіе имущества; таковы требованія двойного, четвернаго возмездія (за похищеніе), требованіе самой высшей цѣны въ теченіе года на рынкѣ (за поврежденіе). Въ новомъ правѣ таковыми являются, напримѣръ, случаи нарушенія желѣзнодорожнаго права.

Такимъ образомъ, мы познакомились съ участіемъ гражданской нормы въ роли преимущественнаго фактора правомочія. Наконецъ, какъ о томъ выше было упомянуто, кромѣ воли и нормы, имѣется еще третій факторъ: окружающая среда.

Отдѣлъ третій. Среда, какъ факторъ правомочія.

Многое изъ всего того, что совершается въ средѣ, окружающей человѣка, помимо законнѣрной или противоправной воли его, оказываетъ существенное вліяніе на гражданское правомочіе. Таковы различныя явленія природы, событія изъ жизни человѣка, пространство, время и т. под. обстоятельство. Вотъ, примѣры. Долгое время незамѣтно и постепенно увеличивается, вслѣдствіе рѣчного наноса, участокъ земли бережнаго владѣльца; благодаря факту самой природы, *ipso facto*, получается новое право собственности. Созрѣвшіе плоды падаютъ съ дерева—со времени отдѣленія отъ плодоносящей вещи (*separatio*) плоды поступаютъ въ собственность добросовѣстнаго владѣльца фруктоваго сада. Со времени рожденія возникаетъ полная, безусловная правоспособность, съ момента смерти открывается право наследованія. Все пространство въ открытомъ морѣ состоитъ въ общемъ пользованіи. Истеченіе опредѣленнаго промежутка времени влечетъ за собою то приобрѣтеніе, то потерю правомочій. Всѣ помя-

путныя и имъ подобныя обстоятельства, обладающія юридическими послѣдствіями, такъ-же, какъ и инныя дѣйствія самихъ людей, могутъ быть названы правовыми событіями, *юридическими фактами*. У всѣхъ юридическихъ фактовъ только одно общее: вліяніе на правомочіе и обязанность, а качество и объемъ вліянія познается при разсмотрѣніи каждаго факта въ отдѣльности. Съ такимъ разсмотрѣніемъ мы будемъ встрѣчаться въ особенной части догматики. Въ общей-же части принято отмѣчать громадное значеніе одного юридическаго факта: времени.

Время, какъ юридическій фактъ. Все совершается во времени; и право, какъ достояніе человѣческой жизни, не уклоняется отъ общаго закона. Время приводитъ во всякое юридическое отношеніе. Но въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ его значеніе особенно выдѣляется. Въ настоящемъ мѣстѣ коснемся: I) значенія времени, II) измѣренія его, III) вычисления времени, IV) течения времени, V) постановки ученія о давности.

I) *Значеніе* времени. Время, какъ юридическій фактъ, обнаруживаетъ свое вліяніе различнымъ образомъ: то какъ одно изъ условій юридическаго отношенія, то какъ пограничный пунктъ отношенія, то какъ основное требованіе правомочія. Во-первыхъ, время составляетъ *одно изъ условій* отношенія, напр., только достигшіе 14-ти лѣтъ могутъ вступать въ бракъ, только имѣющіе 25 лѣтъ вполне дѣеспособны и т. д. Во-вторыхъ, время образуетъ *пограничные пункты* юридическаго отношенія; сюда относятся различные законные сроки (термины), въ смыслѣ моментовъ времени, опредѣляющіе по закону начало и конецъ юридическихъ дѣйствій: таковы процессуальные сроки относительно явки на судъ, подачи апелляціи, исполненія рѣшенія; таково дѣленіе на дни присутственные и неприсутственные и т. д. Въ-третьихъ, время—*основное требованіе* юридическаго отношенія (въ силу чего послѣднее и носитъ названіе, указывающее на это обстоятельство). Напримѣръ, институтъ давности требуетъ прежде всего истеченія опредѣленнаго періода времени при наличности другихъ признаковъ пользованія (usus) или непользованія имуществомъ (non-usus).

II) *Измѣреніе* времени совершается при помощи календаря—въ Римѣ со времени Цезаря, Юліанскаго календаря. По этому календарю четвертый годъ, слѣдующій за тремя обыкновенными годами (изъ которыхъ каждый опредѣляется въ 365 дней) называется високоснымъ (366 дней). Русское

прилагательное „високосный“ образовано из словъ *bis-sextus*, буквально „дважды шестой“. Чтобы понять его, надо припомнить, что начало новаго мѣсяца у римлянъ, называемое *calendae*, служило для измѣренія не только новаго, но и стараго мѣсяца. Такимъ образомъ, 23-е февраля обыкновеннаго года, приходившееся шестымъ днемъ до мартовскихъ календъ, называлось: *dies sextus ante calendas Martias*. Вотъ, въ високосномъ году лишній день (наше 29-е февраля), помѣщенный римлянами послѣ 23-го февраля, рассматривался у нихъ какъ удвоенный день (*bis-sextus, bissextilis*). Юридическое значеніе этого вставочнаго дня выражается словами (fr. 98 D. 50. 16): *id biduum pro uno die habetur*, т. е., онъ сливается со слѣдующимъ днемъ, 24-го февраля.

Мѣсяцы имѣютъ неодинаковое число дней; съ этимъ считались римскіе юристы (напр., fr. 101 D. 50. 17: пользующійся срокомъ въ 2 мѣсяца имѣеть право дѣйствовать на 61-й день); но въ большинствѣ случаевъ они принимали мѣсяць, какъ то дѣлается и въ современномъ коммерческомъ быту, ровно въ 30 дней.

День начинался съ восходомъ, ночь—съ закатомъ солнца; поэтому, полдень была *hora sexta diei*, полночь — *hora sexta noctis*.

Ш) *Вычисленіе* времени ¹⁾ совершается двояко. Такъ-называемое *естественное* счисленіе (*computatio naturalis*), отправляясь отъ опредѣленнаго момента, доходитъ вплоть до другого, ему соответствующаго-же момента (*a momento in momentum*). Напримѣръ, совершеннолѣтіе челоѣка, родившагося въ 11 часовъ ночи 31-го декабря 1867 года, наступаетъ не ранѣе 11 часовъ ночи того-же числа декабря 1892 года ²⁾. Но въ громадномъ большинствѣ случаевъ практикуется менѣе точное счисленіе, называемое *гражданскимъ* (*computatio civilis*), игнорирующее болѣе мелкія единицы измѣренія (часы, минуты); это есть *computatio a die in diem*—счисленіе отъ одного извѣстнаго дня до другого опредѣленнаго дня. И вотъ, при гражданскомъ счисленіи возникаютъ два существенные вопроса: 1) включается-ли въ счетъ времени тотъ день, на который приходится первый моментъ счисляемаго періода? Напримѣръ, если возникаетъ рѣчь о началѣ юридическаго

¹⁾ *Hölder, die Theorie d. Zeitberechnung nach röm. Recht. 1873.*

²⁾ Это слѣдуетъ изъ fr. 3 § 3 D 4. 4.

отношенія въ концѣ настоящаго дня, то начинается-ли счетъ отъ этого дня или отъ слѣдующаго? 2) Когда заключается счетъ: съ началомъ или съ концомъ послѣдняго дня?

По первому вопросу твердо установленнаго счета не имѣется, какъ о томъ неясно показываютъ сами источники ¹⁾. Большинство стоитъ за включеніе текущаго дня въ счетъ времени; но оно согласно съ меньшинствомъ въ томъ, что сроки процессуальные (явка на судъ, подача апелляціи и т. под.) начинаются лишь со слѣдующаго дня.

По второму вопросу, строго говоря, слѣдовало-бы съ самаго начала послѣдняго дня включать его въ счетъ времени, потому что при гражданскомъ счисленіи часы дня (слѣдовательно, и недостающіе до конца дня часы) игнорируются. Но источники римскіе при этомъ различаютъ два пункта: приобрѣтеніе и потерю права. Во-первыхъ, когда рѣчь идетъ о приобрѣтеніи права, счетъ заключается съ началомъ дня. Тамъ, согласно fr. 134 D 50. 16, ребенокъ считается годовалымъ (*anniculus*) при началѣ 365-го дня до истеченія его (*die incipiente, non exacto die*), ибо *anniculus* давалъ въ классическое время родителямъ-латинамъ возможность приобрѣсти право гражданства. Сказанное правило о расчетѣ времени при приобрѣтеніи права выражается на языкѣ романистовъ латинской фразой: *dies ultimus coeptus pro iam completo habetur*. Во-вторыхъ, когда рѣчь идетъ о потерѣ права, счетъ заключается съ окончаніемъ послѣдняго дня ²⁾. Значитъ, и въ теченіе всего послѣдняго дня даннаго срока возможно еще осуществлять принадлежащее право; напр., просить о вводѣ во владѣніе наслѣдствомъ (*bonorum possessio*), на которое полагается годичный срокъ. Настоящее правило такъ-же, какъ и предыдущее, выражается латинской фразой: *totus postremus (novissimus) dies completus esse debet* или иначе: *ius non amittitur, nisi ultimus dies totus completus est*.

IV. *Теченіе времени* можетъ быть непрерывнымъ и прерывнымъ; въ первомъ случаѣ время называется *tempus continuum*, во второмъ *tempus utile*.

Tempus continuum (время непрерывное) принимаетъ въ расчетъ всѣ части времени; оно течетъ день за днемъ. Въ

¹⁾ Ср. Виндшейдъ, пандекты, § 103, прим. 12.

²⁾ Fr. § 6 D 44. 7: *in omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligatioem*.

случаѣ, если отъ такого теченія получается несправедливый эффектъ для дѣйствующаго лица, послѣднее можетъ ходатайствовать объ *integrum restitutio* (напр. въ случаѣ воздѣйствія непреодолимой силы природы).

Tempus utile (время прерывное) беретъ въ расчетъ только тѣ дни, въ которые человекъ былъ въ состоянн дѣйствовать; изъ него вычитаются дни, когда онъ не можетъ осуществлять право. Напримѣръ, годичный срокъ, предоставляемый для ввода во владѣнн наследствомъ (*bonorum possessio*) ближайшему наследнику, есть *tempus utile*; поэтому, если наследникъ докажетъ, что онъ не могъ дѣйствовать цѣлый мѣсяць (по какой-либо извинительной причинѣ), то данный срокъ удлинится на 1 мѣсяць. Описываемое теченн времени носитъ названн *tempus utile*, потому что обращаетъ вниманн на интересы, *utilitas* дѣйствующаго.

Tempus utile требуетъ, чтобы препятствн къ дѣйствию было, во-первыхъ, переходящаго, временнаго свойства и, во вторыхъ, чтобы оно, было предусмотрено закономъ, представляло собою *iusta causa*. Въ отношенн перваго требованн слѣдуетъ прибавить, что въ обратномъ случаѣ, т. е. когда препятствн постояннаго характера (напр. дѣйствию душевнобольнаго безъ попечителя), принимается *tempus continuum*, противъ невыгодныхъ послѣдствн котораго полагается, какъ мы выше сказали, *in integrum restitutio*. Въ отношенн втораго требованн источники приводятъ слѣдующн случаи, въ качествѣ *iusta causa* 1) препятствн со стороны самого дѣйствующаго: его пребыванн подъ арестомъ, тяжкая болѣзнь, *iusta absentia* и т. под.; 2) препятствн со стороны отвѣтчика на судѣ: нерозмысано его мѣсто жительства и т. под.; 3) препятствн со стороны суда: неприсутственные дни, судебныя вакаціи и т. под. ¹⁾.

V. *Давность*, т. е. болѣе или менѣе продолжительный промежутокъ времени, въ теченн котораго осуществляется или не осуществляется правомочн, особенно богата юридическими послѣдствнми. ²⁾ Такъ, непрерывное²⁾ добросовѣстное владѣнн на ³⁾законномъ основанн (*usucapio*) чрезъ извѣстный промежутокъ времени даетъ право собственности. При дру-

¹⁾ Fr. 1 D 44. 3.

²⁾ *Unterholzner*, ausführl. Entwirkung gesammten Verjährungslehre. 2 Aufl., 1856 *Gravoin*, Variührung, 1870:

гихъ обстоятельствахъ, именно, если долгое время управомоченный не вчинаетъ иска, обязанное лицо получаетъ право парализовать искъ указаніемъ на истеченіе узаконеннаго времени непредъявленія исковаго требованія. Еще далѣе, при обстоятельствахъ третьяго рода, когда управомоченный на сервитутъ не пользуется известное время своимъ правомъ на чужую вещь (напр. дорожнымъ сервитутомъ), по истеченіи того времени онъ теряетъ сервитутъ. Всѣ приведенные случаи троякаго рода не составляли въ римскомъ правѣ одного цѣлостнаго юридическаго института; каждый изъ нихъ, обладая особой конструкціей, имѣлъ и особое прозваніе: первый назывался *usucapio*, второй—*longi temporis praescriptio*, третій назывался *non usus*.

Въ силу этого и мы рассмотримъ въ отдѣльности каждый видъ давности своевременно (въ ученіи о правѣ собственности, объ искахъ, о сервитутахъ).

Но если даже мы не будемъ здѣсь вести рѣчь о давности какъ объ единомъ институтѣ, если мы станемъ разумѣть подъ ней одно истеченіе времени безъ какихъ либо—другихъ одинаковыхъ юридическихъ признаковъ (въ родѣ: bona fides, titulus и т. под), то и въ послѣднемъ значеніи давность, съ точки зрѣнія измѣренія времени, должна быть двоякимъ образомъ различаема: опредѣленная давность (*praescriptio definita*) и незапамятная давность (*praescriptio indefinita, vetustas*).

Опредѣленная давность, называемая *praescriptio definita*, представляетъ собою опредѣленный известнымъ числомъ лѣтъ промежутокъ времени. Сюда относятся случаи приобрѣтенія права собственности и потери иска, въ первомъ случаѣ давность называется приобрѣтательной (*praescriptio acquisitiva*), во второмъ—погасительной (*praescriptio extinctiva*). Какъ видно, въ обоихъ случаяхъ нынѣ (отъ XVII вѣка) употребляется одно и то же прозваніе давности словомъ: *praescriptio*.

Но у римлянъ, у которыхъ не было одного института давности не имѣлось и одного общаго термина. *Praescriptio*, въ смыслѣ *longi temporis praescriptio*, употреблялась для обозначенія одной погасительной давности. Этотъ родъ давности такъ, именно, назывался, потому что находилъ себѣ защиту въ той части преторской формулы, которая называлась *praescriptio*. А *praescriptio* (буквально пред-писаніе), какъ о томъ говорили въ исторіи гражданскаго процесса (лекціи исторіи, стр. 434), называлась передняя, начальная часть

формулы, содержащая оговорки въ пользу истца или отвѣтчика (въ настоящемъ случаѣ въ пользу отвѣтчика, противъ котораго данный искъ не предъявлялся 30 лѣтъ).—И вотъ, романисты XVII вѣка, вопреки источникамъ, распространили разсматриваемый терминъ и на приобретаемую давность, разчитывая создать цѣлостный институтъ давности подъ именемъ *praescriptio*. Современные ученые не принимаютъ ихъ попытки (ибо по римскому праву приобретались по давности *не est* права; напр., такъ не приобреталось завладное, семейное право), а терминъ удерживаютъ.

Незапамятная (неопредѣленная) давность ¹⁾ (*praescriptio indefinita, vetustas*) есть такой промежутокъ времени, въ течение котораго забываютъ о возникновеніи интересующаго отношенія (*cuius origo memoriam excessit, fr 3 § 4 D 4 3 20*). Благодаря древности (*vetustas*) даннаго отношенія забываютъ о томъ, когда его не было или когда оно было инымъ. Вслѣдствіе этого держится юридическое предположеніе (*praesumptio iuris*) о томъ, что данное отношеніе должно быть признаваемо юридическимъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано противное. Вотъ, случаи настоящей давности: на основаніи того, что съ незапамятныхъ временъ всѣ пользовались проселочными дорогами (*viae vicinales*), послѣднія признавались публичными (*fr. 3 pr D 43. 7*); на томъ же основаніи частное лицо имѣло право на водопроводъ изъ публичныхъ водоемовъ (*fr. 3 § 4 D 43. 20*) или на разныя сооруженія для стока дождевой воды (*fr. 1 §31 D 43. 20*).

Незапамятная давность по истинѣ, сама по себѣ, есть факторъ гражданскаго правомочія. ²⁾ Въ этомъ случаѣ, именно, обружающая среда, помимо воли дѣйствующаго и гражданской нормы, создаетъ правомочіе.

Такимъ образомъ, разсмотрѣвъ участіе всѣхъ трехъ факторовъ (воли, нормы, среды) правомочія, въ заключеніе настоящей главы каснемся главныхъ моментовъ движенія правомочія.

¹⁾ *Friedländer*, diè Lehre v. d. Unvordenkl. Zeit, 1843.

²⁾ *Fr. 2 pr. D. 39. 3 vetustas, quae semper pro lege habetur.*

Замет.

Отдѣлъ четвертый. Движеніе правомочій.

Субъективныя права, образованныя при помощи разсмотрѣнныхъ факторовъ, рѣдко бывають неотъемлемы отъ субъектовъ, рѣдко связаны съ ними вплоть до физической или политической смерти ихъ. Правда, таковыми были у римлянъ, напримѣръ, права на свободу, неотчуждаемыя представителями, нѣкоторыя права изъ семейнаго или родственнаго союзовъ. Но большинство правомочій, составляющихъ *res se ipsam*, благо гражданское (*res incorporalis*) переходять нерѣдко отъ однихъ субъектовъ къ другимъ. При этомъ, правомочія измѣняются и уничтожаются своеобразными, имъ присущими, способами. *Измѣненіе* правъ совершается посредствомъ измѣненія субъектовъ, предметовъ права, отрѣшенія отдѣльныхъ свойствъ права. Оно можетъ быть количественнымъ (напр., когда увеличивается или уменьшается поберезный участокъ земли) или качественнымъ (напр., въ случаѣ порчи вещей возникаетъ право на возмѣщеніе убытка). Точно также *прекращеніе* права происходитъ иногда вслѣдствіе уничтоженія субъектовъ, иногда объекта и т. д. Въ виду того, что одни способы измѣненія и прекращенія права свойственны лишь однимъ институтамъ, а другія только другимъ, подробное знакомство съ ними принадлежитъ особенной части догмы, имѣющей предметомъ изложеніе всѣхъ институтовъ права. Въ общей-же части упоминается о наиболѣе типичныхъ способахъ, чаще другихъ практикуемыхъ. Эти способы суть: преемство (*successio*), отчужденіе (*alienatio*) и дареніе (*donatio*). О нихъ поведемъ рѣчь.

А) *Преемство* (*successio*). Современные юристы различають оригинальные и производные способы пріобрѣтенія правомочій. *Оригинальнымъ* называется способъ, при которомъ пріобрѣтающій *не* производитъ право отъ другого лица (таково завладѣніе ничьей вещью, пріобрѣтеніе плодовъ и т. д.). *Производнымъ* именуется способъ, при которомъ пріобрѣтающій производитъ право отъ предшественника. Къ производнымъ способамъ относится преемство.

Преемство есть такое вступленіе одного субъекта, преемника (*successor*), на мѣсто (*in locum succedere*, fr. 42 D 50. 18) другого субъекта — предшественника (*auctor*), при которомъ

содержаніе самого юридическаго отношенія, правомочіе и обязанность, остается неизмѣннымъ. Измѣняемостью правомочій предшественника и преемника юридическое преемство отличается отъ тѣхъ случаевъ замѣны субъектовъ, когда въ лицѣ приобретающаго возникаетъ *новое* правомочіе, произведенное отъ права предшественника (последній, какъ право-производитель, также называется *auctor* ¹⁾): на примѣръ, собственникъ устанавливаетъ для другого лица сервитутъ въ своей вещи, или собственникъ закладываетъ свою вещь. Всякіе случаи замѣны субъектовъ, въ томъ числѣ преемство, должны были происходить согласно юридическому положенію (fr. 54 D 50. 17): *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*—нельзя передать больше того, что имѣется; передача меньшаго, части права (напр., установленіе сервитута) допусшается ²⁾).

Немногія изъ гражданскихъ правъ не допускаютъ преемства; таковы, на примѣръ, права брачныя или личные сервитуты (*usus, ususfructus*). Громадное же большинство правомочій можетъ быть предметомъ преемства. И вотъ, съ точки зрѣнія объема преемлемыхъ правомочій, преемство бываетъ частнымъ и общимъ.

Частное преемство (*successio singularis, in singulas res*) представляетъ собою вступленіе одного субъекта на мѣсто другого ²⁾ въ одномъ или въ нѣсколькихъ (не во всѣхъ) юридическихъ отношеніяхъ. Сюда принадлежатъ, на примѣръ, купля—продажа, назначеніе отказа изъ наслѣдства, дареніе и т. д.

Общее преемство (*successio universalis, per universitatem*) есть вступленіе во ²⁾ всѣ юридическія отношенія предшественника. Обыкновенный случай такого преемства—наслѣдованіе: наслѣдникъ (*heres* или *bonorum possessor*), какъ мы то знаемъ изъ историческаго курса, считался *successor universalis* и, въ качествѣ такового, получалъ активъ, платился за долги наслѣдодателя. Еще положеніе наслѣдника (*locum heredis*) занималъ

¹⁾ Fr. 175 § 1 D 50. 17: *non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.*

²⁾ Нѣмцы называютъ тотъ случай замѣны субъектовъ, когда учреждается новое право (напр. сервитутъ) — учредительнымъ преемствомъ (*konstitutive Uebertragung*), тотъ случай—когда переносится то же право цѣликомъ или отчасти—переноснымъ преемствомъ (*translative Uebertragung*).

2 фоденкоммисарь, которому наследник передавал все наследство (лекція исторіи. стр. 410).—По римскому праву было возможно общее преемство не только по смерти, но и при жизни предшествующаго субъекта. Такъ, во всѣхъ трехъ случаяхъ „умаленія правоспособности“ (capitis deminutio) имущественныя права умаленнаго въ правоспособности переходили къ другимъ субъектамъ: къ фиску имущество тяжкаго преступника, къ патрону права либерта, обращеннаго въ рабство за неблагодарность, все имущество усыновленнаго шло (до Юстиніана) въ собственность усыновителя. Затѣмъ, еще разсматривался какъ *successor universalis bonorum emptor*, этотъ
 3. оптовый покупатель конкурсной массы; всего имущества несостоятельнаго должника; онъ и бывалъ обязанъ разсчитаться пропорціонально со всѣми кредиторами, засчитывая свои претензіи къ должнику. Наконецъ, *bonorum sectio*, продажа конфискованнаго имущества, порождаетъ *successio universalis*.

4. Б) *Отчужденіе* (*alienatio*) есть одинъ изъ способовъ прекращенія права. По общему правилу, правомочія прекращаются тѣми же способами, посредствомъ которыхъ они приобрѣтаются (Ульпіанъ въ fr. 1 D. 41.7:—*iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur*). Въ виду же того, что способы приобрѣтенія различныхъ правъ, будучи достаточно разнообразными, излагаются порознь въ особенной части догмы, тамъ же отводится мѣсто и вопросу о прекращеніи тѣхъ же правъ. Но одинъ способъ прекращенія, вслѣдствіе довольно широкаго пониманія его, допускается значительнымъ большинствомъ юридическихъ отношеній, почему о немъ говорится въ общей части. Это—отчужденіе, принимаемое въ трехъ неодинаковыхъ значеніяхъ, согласно словупотребленію римскихъ источниковъ: I) какъ передача правомочія, II) какъ отказъ отъ него и III) какъ допущеніе чужого дѣйствія.

I) Отчужденіе, какъ *передача*. Передача какаго-либо права состоитъ изъ отчужденія съ одной стороны и приобрѣтенія съ другой. *Alienatio* въ настоящемъ значеніи встрѣчается во всѣхъ юридическихъ сдѣлкахъ, когда одно лицо *переноситъ свое правомочіе на другое лицо*. Такова, напримѣръ, *alienatio diminii* (l 7 C. 4. 51) etc.

II) Отчужденіе, какъ *отказъ*. Въ этомъ смыслѣ отчужденіе есть волеизъявленіе, обнаруживающее отрѣшеніе субъекта

отъ права *безъ перенесенія ея на другое лицо*; напр., отказъ отъ легата есть отчужденіе ¹⁾. Такое волеизъявленіе можетъ быть выражено устно, письменно (*renuntiatio*) или конклюдентными дѣйствіями (*delelictio*). Допускается отказъ отъ блага настоящаго и отъ блага будущаго (напр., отъ открывшагося, но еще неприобрѣтеннаго наслѣдства). Но въ томъ и другомъ случаѣ во благо отказанному возврата нѣтъ: *ad renuntiata non datur regressus*.

III) Отчужденіе, какъ *допущеніе чужого дѣйствія*. *Alienatio*, кромѣ двухъ указанныхъ значеній, обнимаетъ еще тѣ случаи, когда управомоченный, не перенося кому-либо свое право и не отказываясь отъ него, позволяетъ постороннему лицу уничтожать свое право; напримѣръ, онъ терпитъ долгое время владѣніе своею вещью со стороны посторонняго, почему, по истеченіи давности, право собственности отчуждается отъ него. Объ этомъ смыслѣ отчужденія говорится въ fr. 28 D. 50. 16: слово *alienatio* включаетъ приобрѣтательную давность, ибо едва ли тотъ не кажется отчуждающимъ, кто терпитъ давностное владѣніе.

В) *Дареніе* (*donatio*) ²⁾ на языкѣ римлянъ имѣло три значенія: 1) всякое *благодѣяніе*, т. е., всякій актъ щедрости одного лица (*liberalitas*), приносящій пользу другому; въ этомъ значеніи говорили: *libertatem, emancipationem donare* (2С. 1.13); 2) *имущественное благодѣяніе* въ смыслѣ безмезднаго и добровольнаго обогащенія какимъ-бы то ни было способомъ: въ видѣ ссуды, принятія вещи на храненіе и т. д.; 3) *дарственный договоръ*, т. е. договоръ объ увеличеніи имущества одного на счетъ другою. Въ виду такого эластичнаго значенія, ученіе о дареніи излагается нынѣ обыкновенно въ общей части догматики. Но иногда ему дается мѣсто вмѣсто общей въ особенной части, а именно: 1) въ обязательственномъ правѣ — писателями, подчеркивающими третье значеніе даренія, какъ своеобразнаго договора, напр., Виндшейдомъ, Дербургомъ; 2) въ вещномъ правѣ—законодательствами, глядящими на дареніе, какъ на способъ при-

¹⁾ Fr. 5 § 8 D 27. 9:—*esse enim et hanc alienationem (i. e., repudiare legatum),—nemo dubitat.*

²⁾ *Умозъ*, дареніе, 1876. *Meyerfeldt*, die Lehre v. d. Schenkungen, 1835—37. *Savigny*, System, § 142 ff.

обрѣтенія правъ на имущество—напр., институціями Юстиніана, французскимъ *code Civil* и русскимъ X томомъ Свода законовъ. — Назовемъ признаки и виды даренія, коснемся суммы дара и возврата его.

1) *Признаки даренія.* Понятіе даренія содержитъ въ себѣ всего четыре признака: 1) непринужденность обогащенія, 2) безмездность его, 3) намѣреніе одарить и 4) отчужденіе имущества. При этомъ изъ первыхъ трехъ признаковъ слѣгается общее понятіе даренія, какъ имущественнаго обогащенія; посредствомъ прибавленія къ нимъ четвертаго признака образуется понятіе о дареніи, какъ о специальной юридической сдѣлкѣ, какъ о дарственномъ договорѣ.

1) Дареніе — *невынужденное*, добровольное дѣйствіе. Настоящій признакъ указывается римскими источниками (82 D. 50. 17): *donagi videtur quod nullo iure cogente conceditur*. Поэтому, не будетъ дареніемъ сбавка арендной платы (*remissio mercedis*) хозяиномъ имѣнія въ неурожайный годъ, такъ какъ къ сбавкѣ можетъ быть принужденъ хозяинъ (fr. 15 § 7 D 19. 2). Принужденность дѣйствія, исключающая дареніе, должна быть юридическаго свойства (какъ указуемая нормой права). Когда-же дѣйствіе совершается по нравственному долгу, чувству любви или привязанности, тогда допускается дареніе; таково, напримѣръ, дѣйствіе челоуѣка, собравшагося *отдарить* (подарокъ за подарокъ—такъ-называемая *donatio remuneratoria*).

2) Дареніе — *безмездное* дѣйствіе. Въ этомъ качествѣ дареніе, какъ *negotium gratuitum*, противопоставляется возмездной сдѣлкѣ (*negotium onerosum*, см. выше, стр. 160). Но бываетъ иногда такъ, что сдѣлка представляется возмездной только по виду, а по существу она есть дареніе; напримѣръ, купля—продажа дорогой вещи за безцѣнокъ. Въ другихъ же случаяхъ смѣшанный характеръ сдѣлки не скрывается; напримѣръ, при дареніи съ возложеніемъ извѣстнаго образа дѣйствія (*donatio sub modo*). Въ этихъ случаяхъ, имѣется, какъ говорятъ, *negotium mixtum cum donatione*. Такая сдѣлка, соединенная съ дареніемъ, обсуждается какъ дареніе, по сколько въ ней преобладаетъ безмездность; слѣдовательно, она измѣряемая по разности между суммой сдѣлки и расходами одареннаго.

3) Дареніе — дѣйствіе съ *намѣреніемъ одарить* (*animus*

donandi), о чем также упоминают источники ¹⁾). Тамъ, гдѣ нѣтъ animus donandi, тамъ нѣтъ даренія; напримѣръ, вынужденный горькими обстоятельствами жизни человекъ продаетъ имущество за ничтожную цѣну.

Три приведенные признака характеризуютъ дареніе, какъ не принужденное, безмездное дѣйствіе съ намѣреніемъ одарить. Къ даренію въ такомъ широкомъ смыслѣ подходитъ, напримѣръ, легать (отказъ изъ завѣщанія), ссуда (безмездное пользование чужимъ имуществомъ по договору) и т. под. — Слѣдующій четвертый признакъ еще болѣе ограничиваетъ понятіе даренія, установленіе котораго такимъ образомъ дѣлается возможнымъ лишь по специальному договору о дареніи.

4) Дареніе—*отчужденіе* (alienatio) имущества, въ смыслѣ передачи или перенесенія его отъ дарителя на одаряемаго. Отчужденіе, какъ передача, есть, въ свою очередь, двойной актъ, состоящій изъ уменьшенія имущества дарителя и увеличенія имущества одаряемаго. Поэтому, во-первыхъ, тамъ, гдѣ нѣтъ уменьшенія имущества въ моментъ дѣйствія дарителя, нѣтъ специального даренія; напр., при дареніи на случай смерти (mortis causa donatio) или при отказѣ изъ наслѣдства наличное имущество завѣщателя (до смерти его) не уменьшается; значить, тутъ нѣтъ даренія въ специальномъ значеніи—тутъ лишь дареніе въ широкомъ смыслѣ, ибо имѣются три вышеуказанные признака. Потому же, во-вторыхъ, нѣтъ, даренія тамъ, гдѣ нѣтъ увеличенія имущества одаряемаго; напр., нельзя назвать дарителемъ должника, отдающаго вещь въ закладъ кредитору, потому что этимъ актомъ имущество кредитора не увеличивается (лишь то же самое право требованія болѣе обезпечивается) ¹⁾).

¹⁾ Fr. 1 pr. D 39. 5: dat aliquis,—ut liberalitatem et munificentiam exerceat.

5. ²⁾ Многие писатели присоединяютъ еще пятый признакъ: дареніе совершается съ *consensu* одаряемаго; объ этомъ такъ говорится въ источникахъ (fr. 19 § 2 D. 39. 5): non potest liberalitas nolenti acquiri. Но противъ необходимости этого признака не безъ основанія возражаютъ (Баронъ, система § 68), говоря, что дареніе можетъ быть не только двусторонней, но и односторонней сдѣлкой, напримѣръ, въ случаѣ платежа чужихъ долговъ (fr. 23 D. 46. 3: solutione et iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantis liberari possumus).

II. *Виды даренія.* Древнее право, говорить Iерингъ (Щѣль въ правѣ, русск. перев. стр. 206), не имѣло формы дарственнаго предоставленія; древній римлянинъ не дарилъ. Если-бы, однако, онъ пожелалъ сдѣлать подарокъ, то могъ достигнуть этого, лишь облекши дареніе въ форму *mancipatio*, т. е. купли. Причина тому—ограниченость эгоизма, который не успѣлъ возвыситься до идеи даренія. Затѣмъ, какъ еще вѣрно замѣчаетъ Муроищевъ (грожд. пр., 396), сначала даръ, по существу своему, былъ оплатою за какой—нибудь другой даръ или одолженіе; или даръ вызывалъ одаренное лицо на отвѣтный даръ или одолженіе. Полное обособленіе дарственнаго обѣщанія, какъ самостоятельнаго договора, совершилось очень поздно, лишь при Юстиніанѣ.

Что касается даренія въ широкомъ значеніи, оно можетъ быть совершено въ видѣ самыхъ разнообразныхъ сдѣлокъ, ибо, какъ говорятъ юристы, дареніе можетъ состоять: *in dando*, *in obligando*, *in liberando*. Другими словами, дареніе можетъ состоять въ перенесеніи права на вещь (*in dando*), въ выдачѣ обязательства на дарителя (*in obligando*), въ сложеніи долга дарителю (*in liberando*). По совокупности другихъ обстоятельствъ обращаютъ на себя вниманіе слѣдующіе виды даренія:

1) *donatio remuneratoria* (ἀντιδώρα) —отдариваніе. Это есть дареніе въ воздаяніе за предшествующее благодѣяніе: за услугу, за подарокъ и т. под. Особенность настоящаго вида состоитъ въ томъ, что *motus* даренія почерпаетъ источникъ не въ исключительной щедрости дарителя (*liberalitas*), а въ добромъ и полезномъ дѣйствіи одаряемаго. Вслѣдствіе такого дѣйствія одаряемаго римскіе юриста нерѣдко допускали «естественное обязательство» другой стороны отблагодарить или отдарить первую (fr. 25 § 11 D. 5. 3:—*ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt*). На этомъ основаніи отдариваніе не вполне подходитъ подъ правила истиннаго даренія; именно, не допускается ни въ какомъ случаѣ возвратъ дара отдарившему (если, на примѣръ, отдаренный окажется явно неблагодарнымъ въ нему). Это есть *donatio irrevocabilis* ¹⁾.

¹⁾ Ср. fr. 34 § 1 D. 39. 5—Въ литературѣ споръ о сущности отдариванія. Одни называютъ его истиннымъ дареніемъ, другіе—*negotium operorum*. Ср. *Harburger, die remunerator. Schenkung*, 1876.

2) *donatio omnium bonorum*—дареніе всего имущества. Оно не производитъ общаго преемства (*successio universalis*) одаряемаго въ имуществѣ дарителя. Поэтому, получая активное имущество, одаряемый ео ipso не беретъ на себя отвѣтственности за долги дарителя. И самое полученіе *всего* имущества происходитъ посредствомъ нѣсколькихъ актовъ передачи отдѣльныхъ вещей (*successio singularis*).

3) *donatio sub modo*—дареніе съ возложеніемъ опредѣленнаго образа дѣйствія; оно обсуждается по правиламъ, изложеннымъ нами въ ученіе о *modus* (выше, стр. 179).

4) *donatio mortis causa*—дареніе на случай смерти; оно получаетъ силу только по смерти дарителя; тутъ нѣтъ наличнаго отчужденія имущества, почему оно и представляетъ собою дареніе въ широкомъ, неспеціальномъ значеніи. Подробнѣе о немъ скажемъ въ своемъ мѣстѣ, въ наследственномъ правѣ.

III. *Сумма даренія*. Опредѣленіе предѣльной суммы даренія два раза встрѣчается въ римскомъ правѣ. Въ первый разъ устанавливается *maximum* дара закономъ Цинція (550 и. с.) въ интересахъ людей, близкихъ къ дарителю; второй разъ устанавливается Юстиніанномъ опредѣленный размѣръ дара, можно сказать, ради побужденія дарителя къ большей обдуманности при дареніи.

Законъ Цинція (*Lex Cincia de donis et muneribus*) опредѣлилъ какую-то (до насъ не дошедшую) сумму, свыше которой нельзя было совершать даренія, кромѣ опредѣленнаго круга лицъ, близкихъ дарителю. Эти лица, изъятія изъ подъ дѣйствія закона Цинція, назывались *personae exceptae*. Къ нимъ принадлежали: родственники до 6 степени, ближайшіе свойственники, либертъ въ отношеніи патрона и др.— Можно предположить, что въ настоящемъ законѣ, вышедшемъ изъ употребленія ко времени Юстиніана, долго сохранялись слѣды семейно-родового характера имущества, такъ какъ возбранялось безмездно въ большихъ размѣрахъ отчуждать его въ постороннія руки, мимо родственниковъ.

При Юстиніанѣ сумма въ 500 солидовъ (2,000 рублей) сдѣлалась гранью между неформальнымъ и формальнымъ актомъ даренія. Именно, для даренія менѣе 500 солидовъ достаточно простого, неформальнаго обѣщанія, а дареніе больше 500 солидовъ требуетъ *insinuatio* (l. 34 c. 8. 54), составленія судебного протокола. Неформальное дареніе свыше

предѣльной суммы признается недѣйствительнымъ, поскольку оно превышаетъ 500 солидовъ.

Говоря о суммѣ даренія, встаетъ слѣдуетъ упомянуть о льготѣ усиленной отвѣтственности дарителя за данное обѣщаніе (*beneficium competentiae*): онъ отвѣчаетъ въ предѣлахъ наличнаго имущества („in quantum facere potest“) съ сохраненіемъ необходимыхъ средствъ жизни („ne egeat“). Мотивы льготы понятны. Даритель—благодѣтель; давая безмездное обѣщаніе, онъ, разумѣется, не имѣетъ въ виду подвергнуться со стороны одаряемаго всѣмъ строгостямъ законнаго взысканія, наложеннаго на несостоятельныхъ должниковъ (личному аресту, отобранію всего имущества) ¹⁾.

IV) *Возвратъ дара*. Дареніе есть видъ отчужденія, представляющій одну характерную особенность сравнительно съ другими видами отчужденія. Эту особенность составляетъ возможный поворотъ или возвратъ дара при наличности одного изъ слѣдующихъ обстоятельствъ:

1) вслѣдствіе *неблагодарности* (*propter ingratitudinem*) одареннаго къ дарителю. Неблагодарность усматриваются закономъ (10 С. 8. 56) въ слѣдующихъ случаяхъ: тяжкая обида (*iniuria atrox*), имущественный вредъ (*damnum*) побой (*manus impia*), злоупотребленіе довѣріемъ (*fides fracta*), посягательство на жизнь дарителя (*periculum necis*) ²⁾. Поворотный искъ (*actio revocatoria, condictio ex lege*), съ которымъ обращается даритель къ одаренному, есть чисто—личный искъ, не переходящій на наследниковъ дарителя.

2) вслѣдствіе *народженія потомства* (*propter prolem supervenientem*) у патрона—дарителя. Именно, если у бездѣтнаго патрона, одарившаго либерта, рождаются дѣти, патронъ получаетъ право на возвращеніе дара (8 С. 8. 56).

3) вслѣдствіе *уменьшенія наследственной доли* (*propter inofficiositatem*) ближайшихъ родственниковъ. Известные родственники (нисходящіе, восходящіе и немногіе изъ боковыхъ, ср. Nov. 115) имѣютъ право на указную долю изъ наслед-

¹⁾—Ср. мое изслѣдованіе: усиленная отвѣтственность должника по римскому праву 1888, стр. 231.

²⁾ Чтобы легче удержать въ памяти всѣ случаи неблагодарности, романисты ихъ выражаютъ въ такомъ памятномъ двустишіи:

*ingratum faciunt atrox iniuria, damnum,
impia dextra, fides fracta, pericula necis.*

ства (*portio legitima*). Если дареніемъ ихъ доля уменьшается, они имѣютъ право на возвратъ дара посредствомъ спеціальнаго иска. *querela inofficiosi testamenti* (о ней ср. лекціи исторіи, стр. 413)¹⁾.

4) Ученіемъ о дареніи мы заканчиваемъ четвертую главу (о гражданскомъ правомочіи) и приступаемъ къ пятой главѣ: о гражданскомъ правоохраненіи.

¹⁾ Называютъ еще случай возврата дара: вслѣдствіе *умышленной ущерба кредиторамъ* (*in fraudem creditorum*) дарителя. Но тутъ нѣтъ ничего характернаго для даренія, ибо въ такомъ случаѣ могутъ быть опорочены какія-угодно отчужденія: и дареніе, и купля—продажа, и отпущеніе на волю (D 42. 8).

ГЛАВА ПЯТАЯ

Гражданское правоохраненіе.

Изъ предыдущаго мы знаемъ (стр. 128), что подъ правомъ возможно понимать силу общественной природы чело-
вѣка, связующую людей въ организованномъ обществѣ.
Гражданскіе принципы и нормы, познаваемые въ судебной и
законодательной практикѣ, (т. е., въ объективномъ, положи-
тельномъ правѣ), опредѣляетъ правовую связь чело-
вѣка съ даннымъ обществомъ въ данный періодъ времени. Правомочіе
(субъективное право) характеризуетъ поведение людей въ отно-
шеніи, органически связанномъ, соотвѣтствующемъ требованіямъ
общества. Такимъ образомъ, въ юридическомъ отношеніи
имѣется характерное свойство, которое можетъ быть названо
приспособленностью къ обществу. И этимъ свойствомъ сво-
имъ, по вопросу о соотвѣтствіи людскихъ дѣяній законамъ
общества, право больше всего даетъ себя знать и чувство-
вать соискателямъ его, въ качествѣ мощи или силы обще-
ственной природы людей. Такая сила благотвѣтельна для при-
способленнаго; она охраняетъ его гражданское благо; наобо-
ротъ, она обращается противъ неприспособленнаго, отнимая
отъ него незаконныя приобрѣтенія, не допуская желанныхъ
результатовъ при незаконныхъ поступкахъ и т. д. Настоящая
глава посвящается вопросу о правоприспособленіи, которое
преимущественно познается въ ученіи о гражданскомъ право-
охраненіи.

Субъектамъ правомочія, естественно, присуще попеченіе о
томъ, чтобы оно было осуществляемо въ возможно полномъ
объемѣ. Съ этой цѣлью заблаговременно принимаются раз-
личныя мѣры, *предохраняющія* право отъ оспариванія или
обезпечивающія ему возможное осуществленіе. Заключаются
добавочные договоры поручительства, залога, предоставляется

обладаніе имуществом должника и т. под. Но нерѣдко, не смотря и на предохранительныя мѣры, имѣющія въ виду предупредить нарушеніе права, совершается правонарушеніе. Въ случаяхъ правонарушенія поднимается рѣчь о возстановленіи нарушенныхъ правъ. Смотра потому, кто выступаетъ агентомъ возстановленія права: самъ заинтересованный правомочіемъ или непристрастный факторъ, гражданскій судъ, — можетъ быть рѣчь о виѣсудебномъ и судебноиъ правоохраненіи. Къ этому должно прибавить, что въ рѣдкихъ случаяхъ римское право допускало чрезвычайную охрану.

Такимъ образомъ, получаютъ слѣдующіе четыре отдѣла въ настоящей главѣ: предохраненіе правомочій, виѣсудебное охраненіе, судебная охрана и чрезвычайное охраненіе.

Отдѣлъ первый. Предохраненіе правомочій.

Въ видахъ предупрежденія спора при осуществленіи отдѣльныхъ правомочій гражданскій порядокъ знаетъ категорію юридическихъ средствъ, имѣющихъ въ виду предохранить существующее право. Одни изъ мѣропріятій, предохраняющихъ право, имѣютъ въ виду, по словамъ Виндшейда (учебникъ, § 134), устранить сомнѣніе въ существованіи права; съ этой цѣлью, на примѣръ, къ основному или главному договору присоединяется побочный договоръ. Другія мѣры предупреждаютъ произволъ въ дѣйствіяхъ обязаннаго; такова неустойка, присяга. Третьи мѣры обезпечиваютъ фактическую возможность осуществленія права; напр., поручительство, залогъ. Въ общей части догмы упоминаются слѣдующія средства предохраненія права: А) предохранительные договоры, Б) секвестрація, В) ввѣдъ въ обладаніе имуществомъ, Г) задержаніе имущества, Д) составленіе инвентаря.

А) *Предохранительные* договоры называются въ источникахъ *cautiones*. Это суть, по большей части, словесные договоры (стипуляціи), предоставляющіе обезпеченіе въ исполненіи дѣйствія обязанной стороны¹⁾. Такіе договоры были въ большомъ ходу у римлянъ. То ихъ заключали контрагенты по требованію закона или по усмотрѣнію суда, то по собственной

¹⁾ Schirmer, die prätorische Iudicialstipulationen, 1853. Источники: Inst. Iust., 3, 18; 4, 11. Dig. 46, 5: de stipulationibus praetoriis.

иниціативѣ. Первые назывались *cautiones necessariae*, вторые—*cautiones voluntariae*.

Къ вынужденнымъ средствамъ обезпеченія (*cautiones necessariae*) относятся обѣщанія, требуемыя отъ сторонъ преторомъ (*stipulationes praetoriae* — напр., относительно явки на судъ въ опредѣленный день) или судьей во второй стадіи процесса, *iudicium* (*stipulationes iudiciales* — напр., въ томъ, что довѣритель признаетъ дѣйствія повѣреннаго, *cautio de rato habendo*). Сюда-же принадлежатъ законныя обезпеченія (*cautiones legales*); напримѣръ, отъ лица, пожизненно пользующагося чужимъ имуществомъ (*узифруктуарія*) законъ требуетъ обѣщанія (*cautio usufructuaria*) въ томъ, что онъ добросовѣстно будетъ относиться къ предмету пользованія. Вообще, неуклонныя обѣщанія, предохраняющія правомочіе, вытекаютъ изъ 2 источниковъ: гражданскаго закона и судебной практики.

Въ свою очередь, *добровольныя* средства обезпеченія (*cautiones voluntariae*) нынѣ раздѣляются на двѣ категории: словесныя (*s. verbales*) и имущественныя (*s. reales*) обезпеченія. Словесное обезпеченіе облечено въ форму устнаго подтвержденія главнаго обѣщанія, т. е. побочнаго договора, скрѣпляющаго долговое требованіе по главному обязательству; таково, напримѣръ, повтореніе при свидѣтеляхъ обѣщанія, даннаго безъ свидѣтелей, повтореніе давно даннаго обѣщанія и т. д. Имущественное обезпеченіе практикуется въ формѣ договора относительно залога (*pignus, hypotheca*) или поручительства (*satisfactio*); о томъ и о другомъ подробная рѣчь будетъ въ особой части догматики.

В) *Секвестрація* (*sequestratio*)—отдача вещи на храненіе третьему лицу (называемому *sequester*)¹⁾. Преимущественно такой хранитель получаетъ на сохраненіе спорную вещь, оспариваемое на судѣ имущество. Въ древнѣйшее время самъ третейскій судья былъ и хранителемъ предмета спора. Въ классическое время стали различать секвестръ добровольный (*sequestr. voluntaria*) и необходимый (*seq. necessaria*). Добровольный секвестръ рѣдко имѣлъ мѣсто: рѣдко по добровольному соглашенію тяжущіеся передавали временное владѣніе тяжёбною вещь третьему лицу. Необходимый секвестръ выступалъ, напримѣръ, когда несчастливый соперникъ, на

¹⁾ *Muther*, Sequestration und Arrest, 1856. *Voigt*, Besitz d. Sequester, 1885. По русски слово секвестръ обозначается и самое храненіе вещи.

имущество котораго падало взысканіе, обращался съ апелляціей въ высшую инстанцію (5 С. 7. 65).

В) *Вводъ въ обладаніе имуществомъ* (missio in possessionem) по судебному распоряженію разсматривается также однимъ изъ актовъ обезпеченія правомочія. Онъ бывалъ, напримѣръ: 1) въ случаѣ неявки на судъ отвѣтчика (contumacia — буквально — упрямства въ уклоненіи отъ суда), чтобы принудить его къ явѣ; 2) для предохраненія имущественнаго права (rei servandae causa) вводились кредиторы въ обладаніе пожитками несостоятельнаго должника; съ тою-же цѣлью предоставлялось всякому взыскателю обладаніе имуществомъ осужденаго отвѣтчика, и т. д.

Терминологию источниковъ missio in possessionem ¹⁾ мы переводимъ словами: вводъ въ обладаніе (а не вводъ во владѣніе), потому что на самомъ дѣлѣ тотъ, кому предоставлялось до поры, до времени чужое имущество, получалъ лишь фактическое обладаніе имъ (detentio rei), а не юридическое владѣніе.

Только въ одномъ случаѣ missio in possessionem означала вводъ, именно, *во владѣніе*, которое могло даже со временемъ превратиться въ право собственности. Этотъ случай — *cautio damni infecti*, т. е., обезпеченіе права на случай имѣющаго произойти вреда, но еще не наступившаго (damnum infectum = damnum pondum factum). Напримѣръ, таковымъ былъ вводъ во владѣніе полуразвалившимся домомъ, грозившимъ причинить вредъ сосѣду при паденіи. Настоящая missio in possessionem по первому распоряженію претора (ex primo decreto) имѣла цѣлью заставить хозяина дома дать обезпеченіе (cautio) на случай ущерба. И если онъ, не смотря на ограниченіе своихъ правъ, продолжалъ упорствовать, преторъ издавалъ другое распоряженіе о вторичномъ вводѣ во владѣніе. Вторичный вводъ (missio in possessionem ex secundo decreto) предоставлялъ полное право собственности.

Г) *Задержаніе имущества* (retentio) ²⁾, ради обезпеченія права, бываетъ, когда одинъ задерживаетъ выдачу вещи другому, на нее управомоченному, вслѣдствіе встрѣчнаго требованія съ своей стороны. Напримѣръ, ссудоприиматель не

¹⁾ D. 42. 44: quibus de causis in possessionem catur. Тутъ possessio употребляется въ нетехническомъ, буквальномъ значеніи: обладаніе вещью.

²⁾ *Grosskopf*, Lehre von Retentionsrecht, 1860. *Langfeld*, Lehre von Retentionsrecht, 1886.

выдаетъ вещи, по наступленіи срока договора, вслѣдствіе требованія къ хозяину ея по поводу издержекъ на ремонтъ вещи. Вотъ, двѣ характерныя особенности права на задержание имущества (*ius retentionis*):

1) можно задержать только то, что находится уже въ рукахъ, въ обладаніи удерживающаго чужое имущество. Это положеніе выражается обыкновенно словами: *retentio ibi esse potest, ubi detentio est*. Продавецъ задерживаетъ выдачу проданной вещи, пока покупатель не уплатитъ всей цѣны (fr. 31 § 8 D. 21. 1). Этимъ признакомъ *retentio* отличается, на примѣръ, отъ наложенія ареста на чужую вещь въ обезпеченіе судебного взысканія;

2) задерживающій имущество долженъ имѣть встрѣчное требованіе къ тому-же самому имуществу. Иначе говоря, оба требованія (какъ лица, управомоченнаго на вещь, такъ и лица, ее задерживающаго) должны находиться *въ связи* одно съ другимъ (быть связаны однимъ и тѣмъ-же предметомъ требованія). На примѣръ, для спасенія корабля съ грузомъ во время бури, была выброшена часть груза въ море; корабельщикъ имѣетъ право задерживать выдачу спасенныхъ вещей, до тѣхъ поръ, пока претенденты не удовлетворятъ пострадавшихъ грузоотправителей (таково постановленіе знаменитой *lex Rhodia de iactu*, D. 14. 2). Съ другой стороны, когда нѣтъ помянутой (предметной) связи между обоими требованіями, не можетъ быть и *ius retentionis*. Нѣтъ его, на примѣръ, въ такомъ случаѣ: я, вашъ должникъ, храню ваше имущество; когда вы отъ меня долгъ потребуете, я не буду въ правѣ задерживать вещи, ввѣренныя вами мнѣ на храненіе. Въ такомъ случаѣ задержание чужаго имущества будетъ признано самоуправствомъ.

Допускалось единственное исключеніе изъ правила о предметной связи прямаго и встрѣчнаго требованій. Исключеніе было допущено распоряженіемъ императора Гордіана, гласящимъ: *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri* (Cod. 8. 27)— объ удержаніи залога *также* и за долгъ по роспискѣ. Вотъ, это единственное исключеніе (называемое *retentio Gordiana*): когда у кредитора на одного и того-же должника два долговныя требованія, изъ которыхъ одно обезпечено залогомъ, а другое — простой роспиской, кредиторъ, по уплатѣ перваго долга, имѣетъ право удерживать залогъ до уплаты втораго долга.

Д) *Опись имущества* (*inventarium, repertorium*) нередко предпринимается въ виду предохраненія извѣстныхъ правъ. Понятно, составленіе опекуномъ, при вступленіи въ опекунскія обязанности, инвентаря имущества опекаемаго гарантируетъ послѣднему цѣлость имущества, ибо легче опредѣлить возможные недочеты, которые опекунъ обязанъ пополнить. Точно также описаніе состава наслѣдства опредѣляетъ размѣры отвѣтственности наслѣдника предъ кредиторами наслѣдодателя (по Юстиніанову праву).

Приведенныя средства обезпеченія (*cautiones, retentio* и т. д.) не исчерпываютъ всѣхъ мѣропріятій, направляемыхъ на предохраненіе гражданскихъ правъ. Такъ, одни изъ нихъ намъ уже знакомы изъ предъидущаго; напр., извѣстный намъ юридическій протестъ — *protestatio iuris* (выше, стр. 144) практикуется также ради предохраненія права: платящій долгъ наслѣдодателя дѣлаетъ оговорку, чтобы его не считали наслѣдникомъ и т. д. Другія предохранительныя средства встрѣтятся со временемъ въ другомъ мѣстѣ (наприм., *neustojka, roepa conventionalis*, обезпечивающая срочное исполненіе по договору и т. под.).

Отдѣлъ второй. Внѣсудебное охраненіе.

Исторія права учитъ тому, что въ догосударственномъ быту отдѣльный человекъ, страдающій отъ посяательства на его гражданское благо, бываетъ принужденъ собственной силой охранять свое правомочіе; въ ту пору господствуетъ месть и самоуправство. Развитіе гражданского правосудія представляетъ собою распространеніе участія государственной власти въ дѣлѣ охраны правомочій. И въ развитомъ гражданскомъ обществѣ нормальнымъ объявляется одинъ судебный путь охраны (*via iuris*). Путь внѣсудебный, фактическая охрана (*via facti*), по общему правилу, считается ненормальной. Иногда внѣсудебная охрана существуетъ какъ рѣдкое явленіе при исключительныхъ обстоятельствахъ — такова самооборона. Иногда она продолжаетъ существовать какъ историческій пережитокъ — таково самоуправство. Коротко назовемъ случаи самообороны и самоуправства.

А) *Самооборона* гораздо уже, ограниченнѣе самоуправства. Подъ самообороной или необходимой обороной разумѣются тѣ случаи, когда человекъ собственными силами, безъ

участія судебной власти, обороняется или защищается противъ посягательства; подъ самоуправство-же подходятъ и случаи самовольнаго, помимо судебной власти, осуществленія права нападеніемъ на благо другого человѣка.

Самооборона называлась *inculpata tutela*, невмѣняемой охраной (какъ неподлежащей наказанію ¹⁾). Допустимость ея выражается еще извѣстными словами: *vim vi repellere licet*. Само собою понятно, самооборона допускается противъ насилія противозаконнаго; почему, она не имѣетъ мѣста противъ принудительныхъ мѣропріятій судебной или административной власти (напр., 5. С. 12. 41). Блага, охраняемыя посредствомъ самообороны, могутъ быть разнообразны: и личныя блага (жизнь, здоровье, цѣломудріе и т. под.), и имущественныя блага (напр., возможна самозащита противъ вора, о которой упоминается еще въ XII таблицахъ ²⁾). Требуется-ли уравнивать благо защищаемое съ поражаемымъ? Напримѣръ, несомнѣнно, при самооборонѣ допускается посягательство на жизнь тогда, когда имѣется нападеніе на жизнь; но возможно-ли безнаказанно убить того, кто посягаетъ лишь на имущество? Этотъ вопросъ (о превышеніи необходимой обороны), какъ и многіе другіе, рассматривается ближе въ уголовномъ правѣ, которое подробно изслѣдуетъ ученіе о необходимой оборонѣ.

Б) *Самоуправство* ³⁾ есть активное осуществленіе права безъ посредства суда. Оно довольно долго продолжало существовать въ римскомъ государствѣ, особенно тамъ, гдѣ личное осуществленіе права находило себѣ широкую сферу примѣненія, именно въ исполнительномъ процессѣ. Но обращаться къ самоудовлетворенію, безъ посредства судебного рѣшенія, было запрещено слѣдующими узаконеніями:

1) преторы стали преслѣдовать *нѣкоторые* случаи самоуправства съ насиліемъ, объявляя ихъ противоправными. Такъ, намъ уже извѣстны разныя средства, которыми преторы воо-

¹⁾ L. 1. C. 8. 4: recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, *inculpatae tutelae moderatione* illatam vim propulsare licet.

²⁾ Любопытный примѣръ самообороны при защитѣ имущества находимъ въ пр. 49 § 1 D. 9. 4: вслѣдствіе разборки или снесенія осяднихъ построекъ, чтобы предупредить распространеніе пожара (qui incendii arceudi gratia vicinas aedes intercidit), не полагается иска о вознагражденіи за вредъ и убытки (actio legis Aquiliae).

³⁾ Schmidt, die Selbsthilfe im röm. Privatrecht, 1868.

ружали пострадавшихъ отъ угрозы: *actio, exceptio quod metus, in integrun restitutio*;

2) законы конца республики пришли на помощь: *lex Julia de vi privata* запретила всякое самоуправство съ насиліемъ подъ страхомъ потери осуществляемаго права. Юліанъ говоритъ, что тотъ, кто употреблялъ насиліе противъ своего должника, — подпадалъ подъ дѣйствіе даннаго закона и терялъ право требованія ¹⁾).

3) постановленія императоровъ довершили запретъ всякаго самоуправства. И на первый планъ выдвинулся знаменитый декретъ Марка Аврелія, налагающій возмездіе за всякое (хотя-бы безъ насилія) самовольное осуществленіе права въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ требуется предъявленіе личнаго иска (*actio in personam*, т. е., въ обязательственныхъ отношеніяхъ): кредиторъ за то теряетъ право требованія ²⁾ На второмъ планѣ стоитъ постановленіе позднѣйшихъ императоровъ IV в., которое налагаетъ гражданскій штрафъ за самоуправство съ насиліемъ въ случаяхъ другого рода, когда полагается предъявленіе вещнаго иска (*actio in rem*). Гражданское возмездіе опредѣляется такимъ образомъ: собственникъ теряетъ право собственности, а несобственникъ долженъ заплатить штрафъ въ размѣрѣ стоимости вещей (*aestimatio eorumdem rerum* ³⁾).

¹⁾ Fr. 12 § 2 D. 4. 2: *Iulianus ait, eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, in Juliam eum, de vi incidisse, et ius crediti amisisse.* Комментарій юристовъ къ Юліанскому закону: D. 48. 7: *ad legem Juliam de vi privata.*

²⁾ Подлинныя слова декрета (fr. 7 D. 48. 7): лучше всего тебѣ предъявить искъ, если ты признаешь за собой какія-либо требованія: онъ (отвѣтчикъ) долженъ оставаться во владѣніи (оспариваемой вещь), а ты выступаешь истцомъ. И когда Марціанъ замѣтилъ: я не употребилъ насилія, императоръ сказалъ: развѣ ты допускаешь насиліе только тогда, когда ранять людей? Насиліе бываетъ и въ томъ случаѣ, если кто не требуетъ судебнымъ порядкомъ того, что считаетъ предметомъ своего требованія. Поэтому, не будетъ имѣть права требованія тотъ, относительно кого будетъ доказано, что онъ безъ посредства суда овладѣетъ вещью (не переданной ему должникомъ), на которую онъ заявляетъ право.

³⁾ Вотъ, эта конституція Валентиніана, Феодосія и Аркадія (7 С. 8. 4): если кто дойдетъ до такой безумной смѣлости, что насильно вторгнется до постановленія судебного рѣшенія во владѣніе вещьями, находящимися у фиска или частныхъ людей, законный собственникъ да возстановитъ отнятое владѣніе и да будетъ лишень права собственности на ту самую вещь. Если-же вторгнется во владѣніе чужими вещьями, то не только да вернуть его владѣльцамъ, но да будетъ принуждёнъ отдать стоимость тѣхъ-же самыхъ вещей.

Такимъ образомъ, приведеннымиуказ оненіями объявляется, подъ страхомъ возмездія, единственно допускаемымъ судебное охраненіе правомочій. Поэтому, если кредиторъ, по наступленіи срока долгового требованія, самовольно беретъ вещь должника въ уплату долга, у него не только отбирается та вещь, но и отнимается самое право требованія.

Изъ сказаннаго положенія допускались немногія исключенія: 1) если кредиторъ узнаетъ о бѣгствѣ должника, уносящаго съ собой имущество (fr 10 § 16 D 42. 8:—debitorem—fugientem, secum ferentem pecuniam), ему дозволяется задержать имущество; 2) не считается незаконнымъ самоудовлетвореніе, выговоренное по договору съ должникомъ¹⁾; 3) не возбраняется собственнику земельного участка перервать водопроводъ, проложенный лицомъ, не имѣющимъ сервитута въ томъ участкѣ²⁾. Далѣе, обратимся къ судебному правоохраненію.

Отдѣлъ третій. Судебное охраненіе.

Судебное правоохраненіе составляетъ задачу гражданскаго судопроизводства. Въ курсѣ исторіи римскаго права мы познакомились съ очеркомъ развитія гражданскаго процесса въ Римѣ. Тамъ мы видѣли (лекціи исторіи, стр. 417—443), что существовали три историческія системы судопроизводства: 1) *legis actiones*—процессъ по буквѣ закона, 2) *litigare per formulas*—процессъ согласно письменной инструкціи (*formula*), преподаваемой преторомъ (вѣдавшимъ первую стадію, производство *in iure*), частному судѣ (разбиравшему дѣло во второй стадіи, *in iudicio*), 3) *cognitio*—отъ IV в. по Р. X.—въ значеніи изслѣдованія дѣла однимъ судьей отъ начала до конца (безъ раздѣленія на двѣ стадіи: *in iure* и *in iudicio*). Главнѣйшіе источники догматическаго курса—четыре части Юсти-

¹⁾ Fr 29 § 2 D 9. 2:—*ex rescripto imperatoris Severi, qui ei per cuius domum traiectus est aquaeductus citra servitutum rescripsit, iure suo posse eum interciderere.*—Были еще другіе случаи виѣсудебнаго осуществленія права: напр. требованіе со стороны лица, законнымъ интересамъ котораго угрожаетъ возведеніе новой постройки другимъ лицомъ, пріостановки этой постройки (*operis novi nunciatio*).

²⁾ L. 3 C. 8. 13: *creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.*

ніанова законодавства — суть продукти второй и третьей системъ процесса: юридическія отношенія, рассматриваемыя въ дигестахъ и въ большей части институцій, испытывали дѣйствіе формулярнаго процесса; отношенія въ кодексѣ преимущественно и въ Новеллахъ исключительно сложились подъ дѣйствіемъ третьей системы.

Въ общей части догмы надлежитъ воснудиться анализа лишь общихъ, основныхъ процессуальныхъ вопросовъ. Вотъ, эти общіе вопросы изъ области гражданскаго процесса, расположенные по мѣрѣ движенія его: А) право иска, Б) возраженіе отвѣтчика, В) наступленіе тяжбы (*litis contestatio*), Г) судебныя доказательства и Д) судебное рѣшеніе.

А) *Право иска*¹⁾. Искомъ называется начальнѣйшій актъ охраненія, заключаемаго судебнымъ рѣшеніемъ; искъ есть починъ охраненія. Этотъ починъ принадлежитъ частнымъ лицамъ въ случаѣ оспариванія ихъ правомочій. Именно, въ случаѣ спора лицо, признающее за собою правомочіе, обращается къ суду, какъ къ учрежденію, которое призвано рѣшать споры отъ имени гражданскаго общества. Обратимъ вниманіе на понятіе объ искахъ, классификацію, сочетаніе ихъ и на случаи прекращенія исковъ.

1) Понятіе иска. Искомъ называется одно изъ судебныхно-охранительныхъ средствъ гражданскаго правомочія. И сравнительно съ другими охранительными средствами, напр., сравнительно съ судебнымъ возраженіемъ отвѣтчика, судебнымъ зачетомъ противныхъ требованій искъ есть самое могучее, независимое средство. У кого искъ, тотъ самостоятеленъ въ своей правоохранѣ. Обладающій возраженіемъ (*exceptio*) противъ иска, — напимѣръ, обѣщавшій подъ угрозой сумму денегъ, т. е., охраняемый посредствомъ *exceptio quod metus* — осуществляетъ данное право въ зависимости отъ нападенія противника: нѣтъ иска угрожавшаго, не практикуется и *exceptio*. А вооруженному искомъ принадлежитъ инициатива охраны.

Искъ, какъ наступательный актъ правоохраны, свойственъ громадному большинству гражданскихъ правомочій. Искъ не есть какое-либо новое право, отличное отъ самого правомочія. Правда, есть въ литературѣ и такое мнѣніе (Савиньи

¹⁾ *Savigny, System, Bd. 5 § 204; Windscheid, die actio des röm. Civilrechts, 1856. Bonjean, traité des actions, 1864.*

и др.), будто искъ нѣчто особенное отъ правомочія, возникающее только вслѣдствіе правонарушенія. Но нѣтъ никакой нужды превращать искъ во что-то самостоятельное отъ правомочія. Онъ бываетъ съ нимъ тѣсно связанъ. Какъ справедливо замѣчаютъ, связь ихъ такая-же, какая выражается формулой: *domi militaeque*—праву въ мирномъ положеніи противъ полагается право, облеченное въ военный плащ¹⁾. При этомъ, не надо упускать то, что искъ есть одна изъ составныхъ частей права, а не наоборотъ. Поэтому, мыслимо (неполное) правомочіе безъ иска, какъ безъ одной изъ своихъ частей, но не мыслимъ искъ безъ права. Пояснимъ сказанное.

Можетъ-ли быть право безъ иска? Да. Примѣромъ тому служить такъ—называемое естественное обязательство (*obligatio naturalis*). Естественнымъ обязательствомъ называется такое, которое, будучи лишено иска, охраняется посредствомъ *exceptio* или *compensatio*, равно какъ имѣетъ другіе эффекты полныхъ обязательствъ, будучи обезпечиваемо залогомъ или поручительствомъ. Имъ становится, напримѣръ, заемъ подвластнаго сына (согласно *setum Macedonianum*): кредиторъ иска не имѣетъ, но, когда подвластный сынъ выступитъ съ искомъ (по другому требованію) противъ кредитора, послѣдній можетъ противопоставить *exceptio ex seto Macedoniano*.

Можетъ-ли быть искъ безъ права? На нашъ взглядъ, нѣтъ. Говорятъ, что римское право знало иски безъ правомочій; именно, преторы принимали подъ защиту фактическія отношенія, не находившія себѣ охраны въ другихъ юридическихъ нормахъ. Положимъ, преторы выдавали на просьбу встревоженнаго владѣльца запретительные указы (*интердикты*) по адресу другихъ лицъ, чтобъ они не посягали на владѣніе просителя. Это, конечно, такъ; но отсюда не слѣдуетъ, что искъ существовалъ безъ права, ибо въ моментъ охраненія преторомъ фактическаго отношенія послѣднее превращалось въ юридическое, которое, въ качествѣ таковаго, и бывало снабжаемо искомъ. Исключеніе здѣсь представляется кажущимся вслѣдствіе своеобразнаго характера нормы преторскаго права сравнительно съ закономъ: законъ, говоря вообще о правомочіи (*ita ius esto* и т. под.), не упоминаетъ нерѣдко спеціально объ искѣ, а преторская норма какъ разъ подчеркиваетъ право иска (*actionem dabo, iudicium dabo* etc).

¹⁾ Цитаты у Загурскаго, учебникъ, стр. 655.

Кстати сказать, вѣмецкая литература проводит тонкое различіе между искомъ (Klage) и притязаніемъ (Anspruch). Подъ притязаніемъ понимается требованіе управомоченнаго объ исполненіи юридической обязанности¹⁾. Притязаніе можетъ быть осуществляемо различнымъ путемъ: всѣми средствами судебного охраненія (въ томъ числѣ, искомъ), задержаніемъ имущества (retentio), напоминаніемъ (Mahnverfahren) и т. д. Очевидно, притязаніе есть понятіе предшествующее и болѣе широкое, чѣмъ право иска: одно и то же притязаніе можетъ быть осуществляемо разными исками; напримѣръ, если жилецъ портитъ квартиру до непригодности ея къ пользованія, хозяинъ получаетъ на него притязаніе, которое можетъ быть осуществлено судебнымъ путемъ однимъ изъ двухъ исковъ о вознагражденіи: по договору найма (actio locati) или за поврежденіе чужого имущества (actio legis Aquiliae).

Нѣкоторые писатели отождествляютъ притязаніе съ римской *actio*. Видшейдъ въ своемъ учебникѣ (§ 43) даже замѣняетъ ученіе объ искѣ ученіемъ о притязаніяхъ. Но это невѣрно, какъ ему справедливо возражаютъ, потому что, во-первыхъ, римская *actio* въ неспеціальномъ, общемъ значеніи характеризовала всякое (фактическое и юридическое дѣйствіе), а въ специальномъ, юридическомъ значеніи она относилась только въ судебному дѣйствію, между тѣмъ какъ притязаніе могло быть выражено и несудебнымъ дѣйствіемъ (retentio и др.). Во-вторыхъ, римляне упоминали о притязаніяхъ въ другихъ выраженіяхъ; напр., въ fr 7 D 48. 7. притязанія разумѣются подъ словомъ *petitiones* («si quas tu putas habere petitiones, actionibus experiaris»). Вѣрнѣе сказать, римляне не выдѣляли притязаніе, какъ родовое понятіе, собственное всякому субъективному праву.

Наконецъ, римское опредѣленіе *actio* отъ имени Цельза, какъ права иска, гласитъ (51 D 44. 7): *nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi*—право требованія судомъ предмета обязательства. Оно, очевидно, касается только исковъ, вытекающихъ изъ обязательственныхъ отношеній. Въ него не вошла категория вещныхъ исковъ,

¹⁾ Въ юридическомъ отношеніи, припомнимъ (выше, стр 19), 2 элемента: право и обязанность; соотношеніе между ними извѣстнаго рода (въ смыслѣ требованія управомоченнаго къ юридически-обязанному) называютъ „притязаніемъ“.

вѣроятно, на томъ основаніи, что Цельзъ имѣлъ въ виду одни обязательственные иски (титулъ дигестъ, гдѣ помянутый фрагментъ de obligationibus et actionibus), тѣмъ болѣе, что вещные иски еще прозывались: petitiones.

II) *Классификація исковъ*. Въ римскомъ правѣ было особенно много различныхъ дѣлений исковъ. Нѣкоторые изъ нихъ потеряли практическое значеніе въ позднѣйшее время. Въ догматическомъ курсѣ, имѣющемъ въ виду Юстиніаново время, на первомъ мѣстѣ должны быть поставлены иски Юстиніанова права, рецепированные европейскимъ законодательствомъ; послѣ нихъ скажемъ объ историческихъ искахъ.

1) *Иски Юстиніанова (рецепированнаго) права* представляютъ слѣдующія группы: вещные и личные иски, штрафные иски, простые и двойные иски.

Первую группировку составляютъ вещные (*actiones in rem*) и личные иски (*actiones in personam*). Различіе между ними совершенно параллельно ранѣ приведенной намъ классификаціи (стр. 131) правъ на iura in rem (абсолютныя права) и iura in personam (относительныя права). Выдаются два отличительныя признаки ихъ: вещный искъ направляется противъ какого-бы то ни было лица, владѣющаго вещью, и заключается провозглашеніемъ (*pronunciatio*) судьи о томъ, что данная вещь, предметъ спора, принадлежитъ истцу (*rem actoris esse*). Личный искъ направляется на *извѣстное* лицо, обязанное «quiduid dare, facere, praestare», и заключается осужденіемъ (*condemnatio*) на извѣстную сумму или освобожденіемъ, *absolutio*, отвѣтчика отъ искомаго требованія. По большей части, вещные иски охраняютъ вещныя права (*vindicatio*—охраняющая право собственности, *actio confessoria*—охраняющая сервитуты, и др.); къ личнымъ искамъ преимущественно относятся иски по обязательствамъ.

Кромѣ того, къ вещнымъ искамъ принадлежатъ такъ—называемыя *actiones praecjudiciales* (предварительно-судебные иски), т. е., рассматриваемыя ранѣ другихъ исковъ, слѣдующихъ за ними. Это и суть, съ одной стороны, иски о признаніи извѣстнаго status истца (такъ, напримѣръ, рассматривается вопросъ о законнорожденности истца предварительно рѣшенія спора объ его правѣ наслѣдованія), и съ другой стороны, иски объ удостовѣреніи какихъ-либо фактическихъ обстоятельствъ (таково, напр., *praecjudicium quanta dos sit*—предварительно судебного рѣшенія на соответствующую

сумму, которую долженъ платить мужъ разведенной женѣ за израсходованное приданое). *Actiones praedjudiciales* отнесены къ вещнымъ искамъ на томъ основаніи, что они включаютъ оба отличительные признака тѣхъ исковъ: а) отвѣтчикъ не есть ранѣе опредѣленное лицо, ибо имъ можетъ быть всякій, отрицающій *status* и т. под.; б) они заканчиваются провозглашеніемъ (*pronunciatio*) искомага права или факта (а не кондемнаціей на деньги).

Мало того, къ вещнымъ искамъ относятъ еще такіе, у которыхъ уже не два, а только одинъ изъ двухъ признаковъ ихъ; такіе иски, въ отличіе отъ настоящихъ *actiones in rem*, называютъ *actiones in rem scriptae*. Такъ, искъ (*actio quod metus*) о востребованіи переданнаго подъ влияніемъ угрозы отъ третьихъ лицъ, обогатившихся на счетъ угрожаемаго, приближается къ вещному иску, такъ какъ отвѣтчикомъ можетъ быть не только угрожавшій, но и третьи лица. На томъ-же основаніи сюда отнесены *actiones noxales*—иски о вознагражденіи за убытки, причиненные рабомъ или животнымъ отвѣтчика; когда, ради избѣжанія отвѣтственности, рабы и животные сбываются, тогда отвѣтчиками выступаютъ новые приобретатели.

Наконецъ, есть иски *смѣшаннаго* характера (§ 20 I. 4. 6): *quae mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam*): отчасти вещные, отчасти личные. Таковы три *раздѣльные иски*, т. е., о раздѣлѣ общей собственности¹⁾. Они суть отчасти вещные иски, потому что любой человѣкъ, кто-бы ни владѣлъ общимъ имуществомъ, долженъ участвовать въ судебномъ раздѣлѣ; они суть отчасти личные иски, потому что при раздѣлѣ судья можетъ произвести денежные присужденія (напр., взаимнѣ уступаемой части имущества—*certa pecunia alteri condemnari*, § 20 I. 4. 6).

Вторую группировку образуютъ иски *нештрафные* (имѣющіе въ виду одно недостающее имущество), *штрафные* и *смѣшанные* (§ 16 I. 4. 6: *actiones rei persequendae gratia, poenae persequendae, mixtae*). Нештрафные иски суть почти всѣ вышепомянутые вещные и личные иски; напримѣръ, по-

¹⁾ *Actio communi dividundo*— о раздѣлѣ общей собственности, *familiae herciscundae*—о раздѣлѣ наслѣдства, *finium regundorum*—опредѣленіе границъ участковъ. Всѣ они заканчиваются посредствомъ *adiudicatio*, присужденіемъ частей общаго имущества (хурсъ исторіи, стр. 433).

средством vindicatio возвращается право собственности, посредством actio ex stipulatu кредиторъ требуетъ только обѣщаннаго и т. д. Штрафные иски (*actiones poenales*) преслѣдуютъ роена, гражданскій штрафъ. Они возникаютъ изъ противоправныхъ дѣйствій, деликтовъ. Напримѣръ, actio furti требуетъ съ похитителя quadruplum за явное похищеніе или duplum за тайное похищеніе, самое-же похищенное имущество подлежитъ возврату посредствомъ другого (нештрафнаго) иска: condictio furtiva. Кромѣ того, и въ этой группѣ, какъ и въ предыдущей, имѣются смѣшанные иски (*actiones mixtae*), одновременно направленные на взысканіе штрафа и на имущественное удовлетвореніе; напримѣръ, искъ о награбленномъ имуществѣ (actio vi bonorum raptozum) требуетъ четвертную сумму (сравнительно съ награбленнымъ), въ которую входитъ эквивалентъ похищеннаго и штрафъ (равный тройной стоимости похищеннаго).

Третья группировка составляется изъ *одностороннихъ* (*actiones simplices*) и *двустороннихъ* исковъ (*actiones duplices*) ¹⁾. Actio simplex—общеупотребительный, обыкновенный искъ; онъ ведетъ къ осужденію или освобожденію отвѣтчика. Въ немъ роль каждой стороны опредѣлена: истецъ не превращается въ отвѣтчика (развѣ судъ заставитъ платить судебныя издержки въ случаѣ освобожденія отвѣтчика). Actio duplex—особенный, необыкновенный искъ; онъ можетъ привести къ осужденію не только отвѣтчика, но и истца. Въ немъ истецъ есть только инициаторъ дѣла; каждая сторона можетъ получать права и нести обязанности. Сюда относятся иски о раздѣлѣ: въ судебномъ рѣшеніи ихъ каждый изъ совладѣльцевъ можетъ быть надѣленъ правами и обязанностями; сюда-же принадлежатъ interdicta retinendae possessionis, въ которыхъ та или другая сторона можетъ быть признана possessor.

Три приведенныя группы исковъ имѣли полное практическое значеніе въ процессѣ Юстиніанова времени. Но въ кодификаціи Юстиніана встрѣчается немало и другихъ исковъ, потерявшихъ уже тогда свои характерныя особенности въ судопроизводствѣ. Однако означенныя особенности исковъ съ ихъ своеобразными названіями въ текстѣ были оставляемы редакторами безъ измѣненія въ томъ оригинальномъ видѣ,

¹⁾ Eck, die sogenannten doppelseitigen Klagen d. röm. Rechts, 1870.

въ какомъ иски дѣйствовали въ эпоху классическихъ юристовъ. Очевидно, въ цѣляхъ правильнаго толкованія классическихъ нормъ права знакомство съ ними неизбѣжно.

2) *Иски до-Юстинианова права* т. е. имѣвшіе дѣйствие до-Юстиниана, въ періодъ классиковъ, группируются разнообразно. Назовемъ нѣкоторыя группы.

Actiones bonae fidei, противоположныя *actiones stricti iuris*, суть такіе иски, которые давали большой просторъ усмотрѣнію присяжнаго судьи (*iudex*) въ формулярномъ процессѣ: они, въ отличіи отъ *a. stricti iuris*, предоставляли возможность судѣ, не связанному формальной стороной или буквою закона, руководиться соображеніями справедливости (*aequitas*). Название-же свое они получали отъ знаменательной добавки претора въ формулѣ, выдаваемой по дѣлу судѣ, о томъ, чтобы онъ судилъ «*ex fide bona*», «*ut inter bonos agere oportet*» и т. под. (лекціи исторіи, стр. 434). Въ этомъ состоитъ существо данныхъ исковъ. — На практикѣ различіе обнаруживалось въ слѣдующемъ: а) судъ *stricti iuris* связанъ словами разсматриваемаго договора сторонъ, судъ *bonae fidei* можетъ принимать въ свѣдѣнію всякія *побочныя соглашенія* (*раста adiecta*); напр., обсуждая, куплю продажу, судъ можетъ обратить вниманіе на добавочное соглашеніе продавца съ покупателемъ объ обратномъ требованіи вещи въ извѣстный срокъ (*in diem addictio*), б) въ строго — формальномъ судѣ отвѣтчику предоставляются только такія возраженія противъ иска (*exceptioes*), которыя специально упомянуты преторомъ въ судебной формулѣ, въ судѣ *bonae fidei* могутъ быть предъявлены всякія, въ томъ числѣ и пропущенныя, возраженія. Последнее положеніе выражается словами: *exceptio doli bonae fidei iudicii inest*¹⁾; в) въ судѣ *bonae fidei* отвѣтчикъ бываетъ присуждаемъ къ удовлетворенію истца со всей прибылью (*cum omni causa*), полученной со времени просрочки (тогда) въ исполненіи обязательства; въ судѣ-же *stricti iuris* отвѣтственность за *omnis causa* сокращается: она начинается съ того момента, когда завязывается тяжба между сторонами (*litis contestatio*); г) въ судѣ *bonae fidei* принимаются въ свѣдѣнію всякіе обычаи и обыкновенія гражданскаго оборота²⁾. Всѣ

¹⁾ Напр., 21 D 24. 3. — Здѣсь подъ *exceptio doli* разумѣется *exceptio doli generalis*, т. е., всякая эксценція. Объ этомъ ниже, стр. 255.

²⁾ Fr. 31 § 20 D 21. 1: *ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.*

римскіе иски, перешедшіе въ современныя законодательства, суть *actiones bonae fidei*; почти всѣ они были таковыми и въ Юстиніаново время.

Actiones arbitrariae суть иски, ведущіе къ такому процессу, въ которомъ судья, передъ постановленіемъ рѣшенія на соотвѣтствующую сумму денегъ обращается къ отвѣтчику съ предложеніемъ (*arbitrium de restituendo*) выполнить искомое въ натуральномъ видѣ: вернуть искомый предметъ *in natura*, совершить требуетъ дѣйствіе. Настоящіе иски были вызваны тѣмъ обстоятельствомъ, что всякое присужденіе въ формулярномъ процессѣ бывало денежнымъ (Gai, 4, 48: *omnis condemnatio pecuniaria esse debet*). Но нерѣдко истецъ бывалъ заинтересованъ не столько въ полученіи эквивалента, сколько въ возвратѣ его предмета собственности. Вотъ, въ такихъ случаяхъ было полезно помянутое предложеніе судьи. И если отвѣтчикъ добровольно не выполнялъ *arbitrium de restituendo*, судья присуждалъ денежную сумму. При этомъ происходила оцѣнка предмета тяжбы (*litis aestimatio*), которая могла опираться на клятвенное показаніе истца (*iuramentum in litem*). — Выстъ съ формулярнымъ процессомъ исчезали *actiones arbitrariae*. Въ Юстиніановомъ правѣ денежное присужденіе не обязательно, оно можетъ быть и натуральнымъ.

Condictiones были исками съ двумя особенностями ¹⁾: съ точно-опредѣленнымъ предметомъ требованія и безъ указанія основанія требованія (*causa debendi*). Согласно первой особенности, предметъ иска, по общему правилу, долженъ былъ быть точно опредѣленъ. Съ этой стороны кондикціи имѣють длинную исторію: они ведутъ начало отъ древнѣйшей системы процесса (*legis actio per condictioem*), гдѣ слово *condictio* служило терминомъ, обозначающимъ предложеніе истца отвѣтчику явиться на 30-й день къ присяжному судѣ. При этомъ, сначала была установлена кондикція на опредѣленную сумму, а потомъ кондикція на любой опредѣленный предметъ (*condictio certi* ²⁾). Но еще въ классическое время первая особенность утратилась, ибо была допущена кондикція заранѣе неопредѣленнаго предмета (*condictio incerti*). Въ это

¹⁾ Savigny, System, Bd. 5, Beilage. Baron, Abhandlungen aus dem röm. Civilrecht, I. Condictioenen.

²⁾ Ср. лекція исторіи, стр. 427. Lex Silia ввела *condictio de certa pecunia*, lex Calpurnia — *de omni certa re*.

время вошло въ обыкновеніе между юристами называть кондикціями личные иски (*actiones in personam*), въ противоположность *vindicaciones* (вещнымъ искамъ, *actiones in rem*¹⁾). Согласно второй особенности кондикцій, въ этихъ искахъ не обнаруживалось основаніе или цѣль спорной сдѣлки (*causa debendi*). Преторъ ограничивался внесеніемъ однихъ и тѣхъ-же словъ въ формулу: *si paret Numerium Negidium (отвѣтчикъ) Aulo Agerio (истцу) dare oportere, iudex, condemna, si non paret absolve*. А почему, на какомъ основаніи „*dare oportere*“ — по договору-ли займа, по какому-ли другому (внѣдоговорному) поводу — объ этомъ въ формулѣ не упоминалось; объ этомъ предстояло истцу устно изложить предъ судьей. Но и эта вторая особенность, какъ предполагаютъ, во времени Юстиніана исчезла, когда появились кондикціи съ обозначеніемъ основаній требованія: *condictio ex mutuo* (договоръ займа), *indebiti* (поворотъ уплаченного) и т. д.²⁾. — И такъ, въ юстиніановомъ правѣ кондикціи ничего особеннаго не представляли; ими, вообще говоря, назывались *actiones in personam*. Замѣчательно, что въ современномъ гражданскомъ правѣ кондикціи получили новое специальное значеніе: кондикціями нынѣ называются личные иски, возникающіе внѣ договора, вслѣдствіе незаконнаго обогащенія отвѣтчика на счетъ истца, напримѣръ, *condictio causa data, non secuta* — по поводу неисполненнаго *modus* (выше, стр. 181) и т. п.

Actiones directae, utiles, in factum — иски прямые, аналогичные, фактическіе. *Actiones directae* — прямые образцовые иски, т. е., служащіе образцами для другихъ исковъ. *Actiones utiles* — аналогичные иски, составленные по образцу прямыхъ исковъ; напримѣръ, таковъ искъ эфитевта (*rei vindicatio utilis*) сравнительно съ искомъ собственника (*rei vindicatio*). *Actiones in factum*, даруемыя преторомъ, опирались на чисто-фактическія обстоятельства, не предусмотренныя дѣйствующимъ правомъ (послѣднія назывались *actiones in ius conceptae*).

Указанными группами исковъ мы не исчерпываемъ всѣхъ

¹⁾ Fr. 25 D. 44. 7: *actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio et in personam quae condictio appellatur*.

²⁾ Третья особенность кондикцій, выставляемая нерѣдко въ литературѣ: ихъ принадлежность къ *actiones stricti iuris*, другими писателями не безъ основанія оспаривается. Объ этомъ Варон, l. c.

историческихъ категорій исковъ по римскому праву. Знакомые съ ними отчасти изъ исторіи уголовного права ¹⁾, отчасти изъ историческаго очерка гражданскаго права ²⁾ и процесса ³⁾, — мы обойдемъ ихъ въ догматикѣ въ виду отсутствія у нихъ практическаго значенія въ правѣ Юстиніана. — Въ общей части догмы еще коснемся вопроса о сочетаніи исковъ.

III) *Сочетаніе исковъ* ⁴⁾. Обыкновенно извѣстному правомочію соотвѣтствуетъ одинъ опредѣленный искъ, возникающій вслѣдствіе правонарушенія. Праву собственника — *rei vindicatio*, праву на честь (*existimatio*) — *actio iniuriarum* и т. д. Но иногда въ одномъ юридическомъ, отношеніи рождается нѣсколько исковъ у лица управомоченнаго. Напримѣръ, вслѣдствію кражи предоставляется собственнику искать имущество посредствомъ *rei vindicatio* или *condictio furtiva*. Всегда ли всѣ иски, такъ возникающіе, могутъ быть предъявляемы? Не исключаетъ-ли иногда одинъ искъ другой? Съ точки зрѣнія своего эффекта иски могутъ быть совмѣстными, послѣдовательными или конкуррентными.

1) Иски *совмѣстны*, когда всѣ они возникаютъ въ одномъ юридическомъ отношеніи, идутъ въ ходъ совмѣстно, *рядомъ* другъ съ другомъ. Напримѣръ, противъ вора пострадавшій можетъ оперировать штрафнымъ искомъ (*actio furti*), требуя наказанія, и нештрафнымъ искомъ (*rei vindicatio* или *condictio furtiva*), требуя возврата похищеннаго. Въ прежнее время совмѣстительство исковъ называли *concursum cumulativum*.

2) Иски — *послѣдовательны*, когда тотъ или другой изъ нихъ долженъ быть предъявленъ раньше или послѣ другого. Напримѣръ, собственникъ пропавшей вещи, обладающій искомъ о возвратѣ ея (*rei vindicatio*), желалъ-бы удостовѣриться, не очу-

¹⁾ Напримѣръ, была любимаѣя категорія „народныхъ исковъ“, *actiones populares*: всякій гражданинъ могъ выступать обвинителемъ, рискуя, въ случаѣ недоказанности, подвергнуться преслѣдованію за клевету. Къ нимъ относятся: *actio de albo corrupto* — о порчѣ преторскаго эдикта, *suspecti postulatio* — обвиненіе опекуна въ недобросовѣстности и т. д.

²⁾ Напримѣръ, *actiones civiles*, *honorariae* или *praetoriae* (по преторскому эдикту) и *aediliciae* (по эдильскому эдикту).

³⁾ Таково различіе между исками и интердиктами. О послѣднихъ ср. лекція исторіи, стр. 498.

⁴⁾ *Merkel*, über den Konkurs der Aktionen, 1877. *Heilzig*, z. Lehre v. d. Konkurrenz, d. Klagen, 1887.

тилась ли она въ числѣ недавно прибрѣтенныхъ вещей его сосѣда. Если сосѣдъ добровольно не удовлетворитъ его просьбу осмотрѣть интересующую вещь, собственникъ вчинаетъ искъ о показаніи вещи (*actio ad exhibendum*). Очевидно, этотъ второй искъ, какъ подготовительный, долженъ предшествовать первому, vindicациі. Послѣдовательное предъявленіе искомъ называли прежде *concursum successivum*.

3) Иски — *конкурентны*, когда всѣ они, возникая изъ одного и того же отношенія, преслѣдуютъ одну и ту же цель, напримѣръ, въ случаѣ поврежденія предмета ссуды собственникъ можетъ искать удовлетворенія посредствомъ *actio commodati directa* или *actio legis Aquiliae*. Въ такомъ случаѣ имѣется настоящая конкуренція искомъ, истинный *concursum actionum*¹⁾. Конкуренція обсуждается по правилу (*fr. 57 D 50. 17: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*, т. е. предъявленіе одного истребляетъ остальные. Таково общее правило: въ нѣкоторыхъ-же случаяхъ, когда однимъ конкурентнымъ искомъ получено меньше слѣдуемаго, дозволяется вчинить искъ дополнительный. Взять ли вышеуказанный примѣръ: такъ какъ въ Абулианскомъ искѣ о поврежденіи имущества оцѣнка берется высшая (высшая рыночная стоимость въ теченіе послѣдняго мѣсяца), то допускается искать недополученную разницу сравнительно съ предъявленной уже *actio commodati directa*²⁾.

IV) *Исковая или погасительная давность*³⁾ (*praescriptio extinctiva*) — промежутокъ времени — по истеченіи котораго теряется неосуществленное право иска — есть одинъ изъ способовъ прекращенія искового права.

¹⁾ Название искомъ конкурентными встрѣчаемъ въ источникахъ: Павломъ написана *liber singularis de concurrentibus actionibus*, изъ которой заимствованъ *fr. 34. D. 44.7.*

²⁾ Среди конкурентныхъ искомъ старая литература различаетъ *concursum electivum* и *alternativum*. Подъ первымъ понимается истинная конкуренція въ томъ смыслѣ, что предъявленіе одного иска устраняетъ другіе. Подъ вторымъ разумѣется тотъ случай, когда другой искъ устраняется не по моменту предъявленія его, а по дальнѣйшему моменту процесса (*litis contestatio*; напримѣръ въ такомъ соотношеніи пребываютъ *rei vindicatio* и *condictio furtiva*: если завязалась уже тяжба согласно *rei vindicatio*, невозможна *condictio*. Новая литература (Hölde, *Pandecten*, 355) въ *concursum alternativum* усматриваетъ скорѣе конкуренцію правъ, а не искомъ. Ср. — Баронъ, Система, § 86.

³⁾ *Unterholzner, ausführl. Entw. d. gesamt. Verjährungslehre*, 2 изд. 1858.

Вообще говоря, право иска прекращается: въ случаѣ только что разсмотрѣнной конкуренціи, по смерти тяжущихся, исковой давностью.

По смерти тяжущихся теряются немногіе иски; именно, теряются исковыя такъ-называемыя *actiones vindictam spirantes*, т. е. къ которымъ примѣшивается элементъ личнаго (не только имущественнаго) удовлетворенія; сюда относится, напримѣръ, искъ объ обидѣ (*actio iniuriarum*), искъ обрызганнаго помоями изъ окна (*actio de effusis et deiectis*) и т. под. Да и то, если эти иски доведены до *litis contestatio*, они переходятъ на наследниковъ. За исключеніемъ ихъ, по общему правилу, всѣ *гражданскіе* иски переходятъ на наследниковъ истца и отвѣтчика (*ad heredes et in heredes transeunt*). ¹⁾

Подробнѣе скажемъ объ исковой давности; разсмотримъ ея учрежденіе въ римскомъ правѣ, мотивы, признаки, перерывъ, пріостановку и послѣдствія.

1) *Учрежденіе* исковой давности, какъ общаго института права, у римлянъ было очень позднимъ явленіемъ. Цивильное право не знало давности исковъ, его иски были вѣчными, *perpetuae*. Впервые преторскіе эдикты установили годичную давность для штрафныхъ исковъ; ихъ можно было предъявлять въ теченіе срока преторской дѣятельности. Затѣмъ, эдикты эдиловъ допускали коммерческіе иски въ короткое время: въ теченіе полгода искъ о возвратѣ цѣны, *actio redhibitoria*, если открывались скрытые пороки товара, или въ теченіе года искъ о пониженіи цѣны, *actio quanti minoris*, при тѣхъ же условіяхъ. Далѣе, классическая юриспруденція признавала давность за немногими исками: позднѣе 5 лѣтъ со времени смерти гражданина не принимались иски, осари-вающіе свободу умершаго. Также въ 5 лѣтъ погасалась *querela inofficiosi testamenti*. Наконецъ, въ 424 г. вышла знаменитая конституція Гонорія и Феодосія II, превратившая гражданскіе иски изъ вѣчныхъ во временныя (*actiones temporales*) учрежденіемъ 30 лѣтней давности, *praescriptio XXX annorum* (3 С. 7. 39). При этомъ, терминъ *praescriptio* былъ заимствованъ изъ формулярнаго процесса (уже прекратившагося въ концѣ III вѣка), гдѣ, какъ мы знаемъ (выше. стр. 214), *praescriptio*

¹⁾ И по общему правилу, иски наследуются *въ полномъ рѣ. мѣрѣ*. Только по штрафнымъ искамъ (*actiones poenales*) наследники отвѣчаютъ въ размѣрѣ наличнаго обогащенія (*in quantum locupletiores facti sunt*).

называлась начальная часть формулы претора, адресованной присяжному судѣ: въ ней предписывалось, чтобы судья выполнил просьбу отвѣтчика, указывающаго на тридцатилѣтнее непредъявленіе иска. Значить, искъ пагашался указаніемъ отвѣтчика на 30 лѣтнюю давность его.

Не подлежащими давности признавались немногіе иски: 1) требованія казною недоимокъ (6 С. 7. 39), 2) просьба о признаніи истца свободнымъ (3 С. 7 22:—соотвѣтствуетъ справедливости, *congruit aequitati*), 3) просьба помѣщика о водвореніи бѣглаго колона (23 С. 11. 47: ибо хозяева земли терпятъ громадныя убытки).

Удлиненной давности до 40 лѣтъ (*praescriptio quadraginta annorum*) подлежатъ: 1) нерѣдко *actio hypothecaria in rem*—искъ кредитора относительно заложенной вещи (7 С. 7.39), 2) иски учреждений, какъ юридическихъ лицъ (*Nov. 111:—nunc veneralibus ecclesiis, monasteriis, xenodochiis—quadraginta annorum protelatio conferatur*) и нѣк. др.

Сокращенная давность бывала въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) въ искахъ казны о штрафахъ—20 лѣтняя давность, 2) въ искахъ о законной долѣ изъ наслѣдства (*querela inofficiosi testamenti*) осталась 5 лѣтняя давность, 3) въ искахъ о выморочномъ имуществѣ—4 года, и въ нѣкоторыхъ другихъ искахъ.

2) *Мотивы* погасительной давности выставляются такого рода. Принятіе иска къ разсмотрѣнію означаетъ готовность государства содѣйствовать осуществленію дѣйствительнаго правомочія. Государство, въ интересахъ мирнаго благосостоянія, заинтересовано въ томъ, чтобы гражданскія правомочія не подвергались оспариванію, столеновенію. Продолжительная неувѣренность въ пользованіи благами, вѣчное опасеніе за возможность оспариванія права—вотъ, прежде всего, мотивы, побудившіе государство допустить погасительную давность: въ давности найдено само орудіе природы, механически разсѣивающее сомнительное, спорное положеніе права¹⁾. Затѣмъ, еще, пожалуй, болѣе пользы, чѣмъ государство, отъ давности получаетъ отвѣтчикъ, освобожденный отъ отвѣтственности. И въ его интересахъ долготѣтніе иски погашаются на томъ основаніи, что ему было-бы черезъ-чуръ трудно бороться съ

¹⁾ Папиніанъ называетъ погасительную давность *res, quae publicam tutelam meruit* (fr 2 § 1 D 40.15).

истцомъ. Потревоженный много десятковъ лѣтъ спустя, послѣ принятія обязательства, отвѣтчикъ можетъ многое забыть къ тому времени относительно условій и судьбы своихъ отношеній къ истцу. Отсутствие давности рождало-бы неравные шансы борьбы сторонъ на судѣ: истцамъ было-бы иногда, въ болѣе сомнительныхъ случаяхъ, выгодноѣ затягивать предъявленіе иска. Наконецъ, противъ истца, чрезмѣрно затянувшего вчинаніе иска, какъ-бы складывается предположеніе о томъ, что его право уже неосуществимо посредствомъ иска; иначе истцы не медлили-бы въ обращеніи къ суду. Легко возможно, указанныя соображенія имѣли въ виду также римскіе писатели, называвшіе давность «покровительницей человѣческому роду», „пресѣченьемъ безпокойства и опасенія въ тяжбахъ“. ¹⁾ *(Cassiod. 7.)*

Кстати сказать, исковую давность не должно смѣшивать, во-первыхъ, со *срочностью* правомочія и, во-вторыхъ, съ *процессуальной* давностью. Срочность правомочія опредѣляетъ время его жизни; съ наступленіемъ срока оно прекращается. Между тѣмъ, исковая давность погашаетъ искъ, этотъ могучій способъ осуществленія права, самое-же правомочіе не уничтожается. Что касается процессуальной давности, то подъ ней разумѣется промежутокъ времени, въ теченіе котораго процессъ долженъ быть законченъ (*lis motitur*). Въ классическую эпоху (для *iudicia legitima*) давность процесса была въ 1½ года, при Юстиніанѣ она дошла до 40 лѣтъ (9 C. 7. 39). Исковая давность—для начала процесса, процессуальная—для конца его.

3) *Вычисленіе давности*. При вычисленіи погасительной давности необходимо опредѣлить начальный и конечный моменты ея.

Когда начинается давность? Съ появленіемъ иска: искъ рожденъ (*actio nata*)—началось и теченіе давности ²⁾. Какъ-же узнать, когда рождается искъ? Отвѣтомъ на этотъ вопросъ служить довольно общая (а поэтому и не очень рельефная) формула: искъ рождается со времени противорѣчія фактическаго состоянія съ содержаніемъ правомочія. При практическомъ примѣненіи данной формулы необходимо тутъ, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, имѣть въ виду извѣ-

¹⁾ Cassiod., var. 5, 37. Cicero pro Caecina, 26.

²⁾ А иначе, какъ говорится: *actioni nondum natae non praescribitur*.

стную намъ, основную классификацію правомочій на вещныя и личныя права.

Въ *вещныхъ* правахъ начало иска (противорѣчіе факта правомочію) опредѣляется моментомъ *правонарушенія*. Пока никто не посягаетъ на право собственности, на сервитутъ и т. д., до тѣхъ поръ управомоченный не нуждается въ правоохраненіи, въ публичномъ подтвержденіи его правомочій со стороны судебной власти. Когда же совершается правонарушеніе: завладѣніе чужой вещью, не допущеніе къ осуществленію сервитута и т. под., тогда рождается потребность въ искѣ, ради публичнаго, обязательнаго для отвѣтчика, подтвержденія тѣхъ правомочій.

Въ *личныхъ* правахъ опредѣленіе начала иска нѣсколько сложнее: тутъ различаются обязательства, смотря по тому, состоятъ-ли они въ бездѣйствіи или дѣйствіи обязаннаго. Если обязательство заключается *in non faciendo*, въ воздержаніи отъ дѣйствія, искъ рождается, когда, въ противность правомочію, совершается то дѣйствіе. Если обязательство состоитъ *in faciendo*, въ совершеніи договореннаго дѣйствія, то противорѣчіе правомочію обнаруживается съ наступленія момента исполненія обязательства. Такимъ образомъ, въ обязательствахъ срочныхъ или условныхъ теченіе погасительной давности опредѣляется съ наступленіемъ срока или условія, ибо до этого наступленія не можетъ быть и рѣчи о несоотвѣтствіи факта съ правомочіемъ. Въ обязательствахъ безсрочныхъ, исполненіе которыхъ можетъ быть потребовано въ каждый моментъ съ самаго начала ихъ (напр., въ безсрочномъ займѣ кредиторъ воленъ требовать возврата денегъ, когда ему угодно), давность начинается съ момента заключенія обязательствъ (а не съ момента предъявленія иска ¹⁾). Точно также, если предметомъ обязательства служатъ нѣсколько дѣйствій (напр., періодическій платежъ арендныхъ денегъ, процентовъ), у cadaго дѣйствія имѣется своя давность, открывающаяся съ момента исполненія надлежащаго дѣйствія.

¹⁾ Если считать начальнымъ моментомъ предъявленіе иска, получится такое послѣдствіе, противъ котораго, въ сущности говоря, и направляется институтъ давности. Положимъ, безсрочный заемъ переходилъ къ нѣсколькимъ пологѣніямъ наследниковъ, семь десятковъ лѣтъ спустя онъ предъявляется во взысканію. Неужели онъ еще не погашенъ давностью? Неужели еще только открывается теченіе давности?

Когда истекает давность? А это зависит от того, какое счисление времени прилагать къ давности: *tempus continuum* или *tempus utile* (выше, стр. 213). Принято продолжительные сроки (давность въ 30 и 40 лѣтъ) взмѣрять согласно *tempus continuum*, а краткіе сроки (давность въ 1 годъ) — согласно *tempus utile*. Наконецъ, касательно послѣдняго дня срока требуется полное истечение его, такъ какъ давность влечетъ за собою погашеніе исковаго права ¹⁾.

4) *Перерывъ давности* (*interruptio, usuratio*) есть такое событіе, вслѣдствіе котораго все время, протекшее до него, теряетъ значеніе для давностнаго срока; счетъ давности начинается вновь послѣ перерыва такъ, какъ-будто-бы и не было предъидущаго періода. Для полнаго эффекта требуется, чтобы теченіе давности было непрерывнымъ. Какія-же обстоятельства разсѣкаютъ давность?

Во-первыхъ, перерывъ производитъ *предъявленіе иска*. При этомъ, по классическому праву требовалось доведеніе иска до момента *litis contestatio*, а въ Юстиніановомъ правѣ перерывъ наступаетъ „*per solam conventionem*“ (7 пр. С. 7. 39), т. е., по сообщенію иска отвѣтчику.

Во-вторыхъ, если нельзя предъявить иска (когда неизвѣстно мѣстожителство отвѣтчика и т. под.), кредитору, ради прерванія давности, дозволяется заявить о своей претензіи предъ судьей, епископомъ. или составить письменный актъ съ 3-мя свидѣтелями (2 С. 7. 40). Настоящій актъ замѣняетъ предъявленіе иска.

Въ-третьихъ, перерывъ давности производится какимъ-либо дѣйствіемъ должника, свидѣтельствующимъ о *признаніи* имъ долга кредитору: должникъ платитъ часть долга, даетъ новое обезпеченіе долга въ формѣ поручительства или залога, даетъ письменное подтвержденіе долга и т. д. ²⁾.

¹⁾ Погасительная давность не требуетъ *bona fides* (въ смыслѣ невѣдѣнія объ оспариваемости права того, кому она приноситъ пользу). Значитъ, намеренное умолчаніе отвѣтчика о близкомъ погашеніи иска противъ него не можетъ быть поставлено ему въ упоръ. Между тѣмъ, *bona fides* при давности приобрѣтательной есть необходимое условіе ея.

²⁾ L. 7 § 5 С. 7. 39: *si quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit, tempora—praescriptionum interrupta esse videbuntur.*—L. 5 С. 8. 39:—*debitum agnoverunt vel per solutionem vel per alios modos etc.*

5) *Приостановка* давности образуетъ тотъ промежутокъ времени, который вычитается изъ общаго счета давностнаго періода. Романисты называютъ давность въ теченіе такого промежутка *praescriptio dormiens seu quiescens*. Приостановка отличается отъ перерыва тѣмъ, что послѣ приостановки, въ дальнѣйшемъ счетѣ времени, принимается во вниманіе предъидущій періодъ (до приостановки), періодъ-же до перерыва, какъ мы уже говорили, пропадаетъ безслѣдно, такъ что дальнѣйшій счетъ идетъ сначала. Когда случается приостановка? Въ тѣхъ случаяхъ, когда управомоченный не въ состояніи дѣйствовать по законной причинѣ: *agere non valenti non surrit praescriptio*. Вотъ, эти случаи.

Во-первыхъ, *несовершеннолѣтіе* (*aetas pupillaris*) управомоченнаго останавливаетъ до полового совершеннолѣтія (14 лѣтъ) теченіе всякой давности (хотя-бы была опека надъ пупиломъ), а юный возрастъ (*minor aetas* до 25 лѣтъ) отлагаетъ только кратчайшую давность (менѣе 30 лѣтъ).

Во-вторыхъ, чрезвычайныя фактическія препятствія, мѣшающія предъявленію иска, приостанавливаютъ теченіе давности. Къ нимъ принадлежитъ, на примѣръ, вторженіе непріятели (*tempus hostilitatis*).

Въ-третьихъ, приостановка бываетъ въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ. На примѣръ, вычитается изъ давностнаго срока время (3 мѣсяца) составленія инвентаря наслѣдства, въ теченіе котораго возбраняется кредиторамъ предъявлять иски къ наслѣднику (22 § 11 С. 6. 30). Или другой случай: если застроенъ въ зданіе чужой матеріалъ, собственникъ матеріала получаетъ право требовать его *in natura* только послѣ разрушенія зданія; при этомъ, до момента разрушенія, обуславливающаго вчатіе иска, погасительная давность приостанавливается (§ 29 J. 2. 1).

6) *Послѣдствія исковой давности*. Нами раньше замѣчено, что погасительная давность, какъ институтъ полезный для отвѣтчика, обнаруживаетъ свое дѣйствіе посредствомъ возраженія отвѣтчика. Значитъ, самъ судья, хотя-бы и зналъ о давности иска, не можетъ отказать въ принятіи иска. И если отвѣтчикъ не ссылается на давность, искъ можетъ привести къ судебному рѣшенію по существу дѣла. Но что-же бываетъ съ правомочіемъ, парализуемымъ давностью со стороны отвѣтчика?

По этому вопросу должно отличать вещныя права отъ

личныхъ, обязательственныхъ. На тѣхъ и другихъ давность отражается неодинаково.

Такъ какъ *вещныя права* дѣйствуютъ безотносительно ко всѣмъ людямъ (выше, стр. 131), давность иска противъ даннаго лица (владѣющаго вещь въ данное время) ограничивается этимъ лицомъ: только противъ него искъ становится безсильнымъ. Противъ-же другого лица можетъ родиться другой искъ изъ того-же вещнаго права; напримѣръ, это возможно въ томъ случаѣ, когда вещь переходитъ изъ владѣнія одного, противъ котораго не вчинался искъ 30 лѣтъ, во владѣніе другого. На послѣдняго можно направить исковое требованіе. Значить, вещное право и послѣ давности иска продолжаетъ существовать.

Споренъ вопросъ о дѣйствіи давности *на личныя* (обязательственныя) *права*. Споръ въ томъ, вполнѣ или не вполнѣ прекращается самое право, которое уже болѣе не охраняется искомъ. Такъ какъ источники не даютъ опредѣленнаго отвѣта ¹⁾, споръ, интересный *de lege ferenda*, рѣшается въ зависимости отъ исходныхъ воззрѣній на отношеніе иска къ правомочію. Именно, если считать искъ судебнымъ средствомъ охраны, исчерпывающимъ все право, то придется признать *полное* погашеніе самаго права путемъ давности иска ²⁾. Если-же въ искѣ видѣтъ одно изъ средствъ (правда, самое могучее средство) охраны, то необходимо допустить *неполное* погашеніе права. Въ послѣднемъ случаѣ (къ которому и мы склоняемся) должно допустить, послѣ давности, неполное обязательство, такъ-называемое естественное обязательство (*naturalis obligatio*). При такомъ обязательствѣ остаются въ силѣ разныя средства обезпеченія (залогъ и т. под.), уплата долга не считается дареніемъ и т. д.

Мы указали на первый моментъ процесса, вчатіе иска. Обращаемся ко второму моменту, возраженію отвѣтчика.

¹⁾ Въ одномъ случаѣ, какъ-будто источники въ одномъ случаѣ стоятъ за полное погашеніе права (допуская поворотъ уплаченнаго послѣ давности), а въ другомъ случаѣ — за неполное погашеніе (признавая силу за закладнымъ правомъ, обезпечивавшимъ погашенное исковое требованіе).

²⁾ То-же самое получится, если, вмѣсто давности иска (исчерпывающаго все правомочіе) признавать давность притязанія (*Anspruch*), какъ то дѣлаетъ Вндшейдъ, учебникъ § 112.

Б) *Возраженіе* отвѣтчика (*exceptio*)¹⁾. Имъ нынѣ называется все то, что не составляетъ простаго отрицанія иска; возраженіе противопоставляется неотрицаемому требованію истца. Вообще, защита отвѣтчика можетъ происходить въ двухъ формахъ: 1) *отрицаніе* (*denegatio*) требованія истца. Напримѣръ, говорится о томъ, что никогда не брались въ долгъ деньги, или что деньги занималъ малолѣтній, или что они были даны безумному и т. под.; 2) *возраженіе* — когда право не отрицается, но противопоставляется обстоятельство, которое вполне или отчасти уничтожаетъ право иска: напримѣръ, не отрицается заемъ, но противопоставляется уплата, имѣть отреченія отъ договора, но есть указаніе на позднѣйшее соглашеніе объ отсрочкѣ и т. д. Такъ понимается возраженіе или отводъ въ настоящее время: возраженіемъ нынѣ называется всякое обстоятельство, которое обыкновенно приводится и доказывается на судѣ отвѣтчикомъ. Въ Римѣ эксцепція имѣла болѣе опредѣленное значеніе съ внѣшней и внутренней сторонъ.

Внѣшняя, формальная сторона римской эксцепціи очень рельефна. Чтобы видѣть ее, должно припомнить (изъ исторіи) строеніе формулярнаго процесса. Припомнимъ, что *exceptio* называлась тамъ часть преторской формулы, въ которую вносились преторомъ, во имя справедливости, названные отвѣтчикомъ факты, опровергающіе или умаляющіе требованіе истца (*intentio*) или присужденіе (*condemnatio*) съ отвѣтчика²⁾. Если-бы не преторъ, факты, говорящіе въ пользу отвѣтчика, такъ и пропали бы для него безслѣдно, ибо законъ ихъ игнорировалъ. Напримѣръ, древній законъ не позволялъ отвѣтчику ссылаться на умысленный обманъ со стороны истца при заключеніи договора: хотя явно обманулъ истецъ, от-

¹⁾ Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung d. Exceptionen, 1876. Savigny, System, Bd. 5, § 226. Къ исторіи эксцепціи см. Ефимовъ, сильная отвѣтственность должника, стр. 110—126.

²⁾ Fr. 2 pr. D. 44. 1: *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.* — Значитъ, *exceptio* называлось какъ-бы *исключеніе* требованія (*intentio*) или присужденія съ отвѣтчика (*condemnatio*). — Съ внѣшней стороны римская эксцепція узнавалась по отрицательно — условному предложенію формулы. Вотъ, примѣрно, *exceptio pacti conventi*; претор пишетъ судѣ: *Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium (отвѣтчикъ) Aulo Agerio (истцу) centum dare oportere, nisi inter eos convenit, ne ea pecunia intra triennium peteretur, iudex, condemna, si non paret, absolve.*

вѣтчикъ не освобождался отъ обязательства по договору. Преторъ же, заносъ въ формулу справедливыя возраженія, предоставлялъ право присяжному судѣ руководиться ими при судебномъ рѣшеніи. Но чтобъ возраженіе имѣло силу, необходимо было заявить о немъ претору, который и давалъ ему мѣсто въ формулѣ, этой письменной инструкціи судѣ; факты, пропущенные въ формулѣ, не принимались судьей. Отсюда ведетъ начало выраженіе часто, практикуемое и нынѣ (хотя формулярнаго процесса не стало послѣ 3-го вѣка по Р. Х.): *ope exceptionis* — по заявленію отвѣтчика, какъ противоположность выраженію: *ipso iure* — по устотрѣнію судьи (безъ заявленія отвѣтчика).

Внутренняя (матеріальная) сторона ¹⁾ римской эксцепціи не такъ замѣтна. Но съ этой стороны она еще болѣе отличалась отъ современныхъ судебныхъ возраженій. Дѣло въ томъ, что эксепціо въ римскомъ значеніи содержала указаніе на *спеціальное* (особо установленное преторомъ) право отвѣтчика, которымъ онъ только могъ воспользоваться, найдя ему уголокъ въ преторской формулѣ. Такъ, подвластный сынъ, съ котораго кредиторъ искалъ долга, обращался къ *excepціо seti Macedoniani*. Македонское постановленіе сената, объявлявшее необязательными долги для подвластныхъ сыновей, могло быть практикуемо только въ формѣ эксцепціи (а не въ видѣ иска). Имѣлась, именно, немалая категория отношеній, которыя, съ разрѣшенія преторовъ, охранялись благодаря особенной энергіи отвѣтчиковъ, подобно тому, какъ большинство отношеній оберегались энергіей истцовъ. Это подмѣчено Ульпіаномъ въ словахъ (fr. 1 D. 44.1): *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*. Отсюда большая разница между римскими эксцепціями и нынѣшними судебными возраженіями: эксепціо есть возраженіе, опирающееся на спеціальное право отвѣтчика, а нынѣшнее возраженіе можетъ опираться на любое обязательство, противорѣчащее требованію истца. Поэтому, напримѣръ, современное возраженіе объ исполненіи обстоятельства (дѣйствительно, занялъ деньги, но заплатилъ долгъ, говорить отвѣтчикъ) не можетъ быть на-

¹⁾ Такъ называютъ нѣмцы (*Eisic'e*); die materielle Grundlage d. Exceptio (1871 г.).

звано римской эксцепціей, (какъ не помѣщаемое въ той части формулы, которая именовалась *exscriptio*).

Римскія эксцепціи были средствами судебной охраны для совершенно новыхъ, сравнительно съ гражданскимъ правомъ, отношеній. Ихъ было много. Имѣются *слѣдующія группы* эксцепцій:

1) *exscriptioes peremptoriae* — уничтожающія требованіе истца — и *exscriptioes dilatoriae* — отсрочивающія требованіе. Къ эксцепціямъ перваго рода относятся такія, которыя всегда могутъ дѣйствовать съ успѣхомъ (почему иначе называются *exs. perpetuae*); таковы, на примѣръ, *exscriptio rei iudicatae* — выраженіе о томъ, что по данному дѣлу уже состоялось судебное рѣшеніе, *exscriptio scilicet Velleiani* — о необязательности поручительства женщины и т. д. Къ эксцепціямъ втораго рода принадлежатъ *временно* дѣйствующія (почему называются еще *exs. temporales*); таковы, на примѣръ, *exscriptio fori non competentis* — о неподсудности (отлагающая требованіе до предъявленія въ другомъ судѣ), *de non petendo intra biennium* — объ отсрочкѣ требованія по договору на 2 года и т. д. ¹⁾.

2) *exscriptioes rei cohaerentes* — связанныя съ юридическимъ отношеніемъ, переходящія къ любымъ субъектамъ отношенія: къ наследникамъ, преемникамъ и т. д. Они противоположны *exscriptioes personae cohaerentes*, которыя связаны съ *даннымъ* лицомъ, даннымъ субъектомъ отношенія; на примѣръ, отецъ — отвѣтчикъ можетъ возражать противъ иска сына, ссылаясь на свое право отвѣчать предъ нимъ за долги не свыше наличнаго состоянія, да еще за вычетомъ необходимыхъ средствъ жизни (это есть т. наз. льгота компетентной, усиленной отвѣтственности, *beneficium competentiae*). Настоящая эксцепція отца не переходитъ къ другимъ преемникамъ его обязательствъ предъ сыномъ.

3) *exscriptioes doli specialis* — возраженіе по поводу обмана, совершеннаго истцомъ по отношенію отвѣтчика *при заключеніи*

¹⁾ Въ формулярномъ процессѣ всякая эксцепція, если была доказываема предъ судьей, имѣла одинъ и тотъ же эффектъ: навсегда уничтожала требованіе истца (а не отсрочивала искъ, какъ то теперь бываетъ). Настоящее дѣленіе имѣло тогда тотъ смыслъ, что *exs. temporales* — могли быть временно предъявляемы. А если же истецъ, по предъявленіи эксцепціи, самъ не отлагивалъ дѣло, онъ рисковалъ навсегда потерять право иска. Современное значеніе эксцепцій установлено въ правѣ Юстиніана.

dolosa; такъ какъ эта экцепція касается уже совершеннаго, прошлаго обмана,—она еще называется *exce doli praeteriti*. Отъ нея должно отличать *exceptio doli generalis*—возраженіе по поводу обманнаго требованія истца *при предъявленіи иска*: истецъ знаетъ, что отвѣтчикъ можетъ поразить его искъ какимъ-либо возраженіемъ—и тѣмъ не менѣе вчинаетъ искъ; ¹⁾ вчинаніе иска при этихъ обстоятельствахъ признавалось также за общій *dolus*, обманъ въ наличности (отсюда еще названіе той-же экцепціи: *exce doli praesentis*). Иначе сказать *exce. doli specialis* есть специальное возраженіе вслѣдствіе, именно, обмана со стороны истца, а *exce. doli generalis* (или просто *exce. doli*)—*всякая*, любая экцепція. Напримѣръ, такова *exceptio propter impensas*— по поводу произведенныхъ издержекъ ссудопринимателя, отъ котораго требуетъ отдачи вещи истецъ—ссудодатель.

Не возбраняется отвѣтчику въ одномъ и томъ-же дѣлѣ пользоваться въ одно время нѣсколькими возраженіями, хотя-бы они сами по себѣ ничего общаго между собою не имѣли. ²⁾ Напримѣръ, отвѣтчикъ можетъ указывать и на истеченіе давности иска, и на совершенныя имъ затраты ради поддержанія вещи и т. под.

Въ свою очередь, противъ экцепціи отвѣтника можетъ дѣлать возраженія истецъ; возраженіе истца на экцепцію отвѣтника называется репликой, *replicatio* (fr 2 § 2 D 44. 1: *exceptio actorem excludit, replicatio reum*). На реплику истца можетъ отвѣтчикъ дать второе возраженіе и т. д. ³⁾

Примѣняется-ли погасительная *давность къ экцепціямъ*? На этотъ вопросъ въ римскихъ источникахъ нѣтъ опредѣленнаго отвѣта и писатели въ разное время отвѣчаютъ неодинаково ⁴⁾ Вотъ, постановка вопроса въ настоящее время:

¹⁾ Fr. 2 § 5 D 44. 4: et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit *quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit*.—Milone, la exceptio doli, 1882.

²⁾ Fr. 8 D 44. 1: nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti quamvis diversae sint.

³⁾ Второе возраженіе отвѣтника на реплику истца называется Гаемъ (Inst, 4 127) *duplicatio*, а Ульпианомъ (fr. 2 § 3 D 44. 1) *triplicatio*. Какое множество возраженій; со счета ихъ сбиваются сами юристы!

⁴⁾ Прежде были 2 противорѣчивыя теоріи. Первая отрицала давность экцепцій словами: *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*. Вторая допускала давность въ выраженіи: *tant dure l'action, tant dure l'exception*.

должно различать такія отношенія, которыя только и защищаются эксцепціями (напр. *exceptio rei iudicatae*—о постановленномъ уже рѣшеніи по дѣлу), отъ отношеній, защищаемыхъ двумя средствами на выборъ, искомъ или эксцепціей (напр. *actio doli* или *exceptio doli specialis*). Касательно отношеній перваго рода давность не примѣняется. Это положеніе безспорно въ литературѣ, какъ отчасти удостовѣренное и источниками. Именно, въ *fr 5 § 6 D 44. 4* указывается на то, что *exceptio doli*, вопреки *actio de dolo*, не ограничена временемъ, такъ какъ обладающій эксцепціей связанъ въ предъявленіи ея вчатіемъ иска, между тѣмъ какъ отъ управомоченнаго на искъ зависитъ въ любое время вчинить его.¹⁾ Касательно отношеній втораго рода, охраняемыхъ одновременно искомъ и эксцепціей, мнѣнія писателей не сходятся: большинство допускаетъ дѣйствіе давности, меньшинство—противъ нея.

На нашъ взглядъ, въ римскомъ правѣ мы не находимъ основанія распространять дѣйствіе исковой давности на эксцепціи по двумъ слѣдующимъ соображеніемъ. Во-первыхъ, по *сущесту* своему исковая давность, какъ институтъ, отвѣчающій скорѣе практическимъ соображеніемъ процессуальныхъ затрудненій, чѣмъ требованію неуклонной справедливости, должна подлежать ограничительному (а не распространительному) толкованію: для давности эксцепцій необходимъ специальный законъ, а его и не было въ Римѣ. Во-вторыхъ, съ *формальной* стороны Θεодосіевъ законъ V вѣва о давности иска, въ случаяхъ сомнѣнія, не долженъ быть примѣняемъ къ болѣе раннимъ отношеніемъ, въ которыхъ только и возникаетъ, по дигестамъ и кодексу (5, 6 С. 8. 36), вопросъ о давности эксцепцій.²⁾

В) *Начало тяжбы (litis contestatio)*³⁾ Искъ предъявленъ, дано отвѣтчикомъ возраженіе—завязался споръ, началась тяжба, въ частныя отношенія сторонъ замѣшана судебная власть.

¹⁾ Впрочемъ, въ другомъ мѣстѣ (30 § 6 D 15. 1) иное рѣшеніе вопроса: *exceptio doli* погибаетъ вмѣстѣ съ *actio doli*.

²⁾ Правда, дигесты и кодексъ, по мысли Юстиніана, составляютъ одно цѣлое. Но, въ случаѣ сомнѣнія и противорѣчій, допускается историческое сопоставленіе (выше стр. 30), которое свидѣтельствуетъ въ пользу нашего взгляда.

³⁾ Вопросъ разработалъ *Keller, über d. Litiscontestatio u Urtheil nach classischem röm. Recht, 1827*. Позднѣйшее сочлененіе *Krüger, die processualische Consumptiou, 1864*.

Последняя отнынѣ предписываетъ опредѣленный режимъ въ поведеніи тяжущихся вплоть до судебного рѣшенія: имъ запрещается отчужденіе спорной вещи, отягчается ихъ взаимная отвѣтственность и т. д. Вотъ, въ виду важности и многочисленности измѣненій связанныхъ съ начальнымъ моментомъ тяжбы, надлежитъ прежде всего точнѣе опредѣлить его.

I) *Определение начала тяжбы* въ трехъ историческихъ системахъ римскаго процесса было неодинаково. Въ первой системѣ, въ процессѣ *per legis actionem*, спорное отношеніе признавалось установившимся въ заключительный моментъ производства *in iure*. Этотъ моментъ назывался *litis contestatio* (свидѣтельствованіе, удостовѣреніе спора), потому что оба противника, обращаясь къ публичѣ, просили быть свидѣтелями всего происшедшаго, чтобы подтвердить факты, если возникнетъ недоразумѣніе, въ слѣдующей стадіи процесса, *in iudicio*, предъ присяжнымъ судьей.¹⁾

Во второй системѣ, въ формулярномъ процессѣ, началомъ процесса признавали также послѣдній моментъ *in iure*. Только этотъ моментъ получилъ другое содержаніе: онъ состоялъ не въ обращеніи сторонъ къ свидѣтелямъ, а въ выдачѣ преторомъ письменной формулы (*formula edicta*), адресованной на имя частнаго судьи. Но слова: *litis contestatio*²⁾, потерявшаго бувальное значеніе, тѣмъ не менѣе сохранились. Такимъ образомъ возникъ спеціальнѣйшій терминъ для обозначенія завязки тяжбы, начала процесса.

Въ третьей системѣ,—со времени Діоклетіана, когда было уничтожено раздѣленіе на двѣ стадіи: *in iure* и *in iudicio*,—начальнымъ пунктомъ спорныхъ отношеній стали считать моментъ изложенія сторонами ихъ взаимныхъ требованій. Объ этомъ говорится въ l. 14 § 1 D 3. 1:—*lis contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam*— послѣ изложенія просьбы истца и возраженія отвѣтчика.

II). *Общее значеніе* начальнаго момента процесса очень существенно. Практически оно заключается въ томъ, что, если разъ уже начато одно судебное дѣло, то же самое дѣло не должно быть одновременно предметомъ другого судебного разбирательства; иначе истецъ могъ бы поступать завѣдомо несправедливо, а отвѣтчикъ не зналъ-бы покоя. Теоретически

¹⁾ Ср. у Феста, слово: *contestari*.

²⁾ Напр., fr. 28 § 4. D 5. 1; fr. 24 § 3 D 40 12.

litis contestatio имѣла у римлянъ *оригинальную конструкцію*, слѣдующее любопытное построение.

По взгляду римлянъ, спорящія стороны какъ-бы заключали между собою договоръ предъ преторомъ о томъ, что они подчиняются рѣшенію (*sententia*) частнаго судьи. Моментомъ заключенія такого quasi — договорнаго обязательства и признавалась *litis contestatio*. А разъ заключенъ новый, процессуальный договоръ, прежнія обязательства между сторонами теряли силу: какъ говорятъ, новый договоръ производилъ *консумцію* (поглощеніе) стараго обязательства. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ этомъ поглощеніи старое обязательство не пропадаетъ безслѣдно; на самомъ дѣлѣ, оно только получаетъ новое направленіе. На этомъ основаніи, и говорятъ еще объ обновленіи (*novatio*) обязательства¹⁾. Вотъ, *consumptio* и *novatio* суть два главные эффекта *litis contestatio* по конструкціи римскихъ юристовъ.

Гай сообщаетъ намъ о сущности новациа, перемѣны стараго обязательства на новое. Древніе (юристы) писали, говорить Гай (Just, 3, 180), что предметъ обязательства до *litis contestatio* — дѣйствіе должника (*dare debitorum oportere*), а послѣ *litis contestatio* — присужденіе съ отвѣтника (*condemnari oportere*). Новое обязательство порождаетъ и новый искъ, возникающій со времени судебного рѣшенія; искъ о присужденномъ — *actio iudicati* — который замѣняетъ искъ по старому обязательству (напр. *actio empti, venditi etc.*), поглощенный начальнымъ моментомъ процесса. Этимъ искомъ, *actio iudicati*, открывалось въ Римѣ судебное взысканіе, исполнительный процессъ.

Указавъ на общее значеніе *litis contestatio*, назовемъ отдѣльными послѣдствія ея.

III. *Послѣдствія* *litis contestatio* многочисленны. Они обнаруживаются въ отношеніи субъектовъ и объекта тяжбы, основанія, возобновленія и давности иска, также въ отношеніи размѣровъ присужденія съ отвѣтника.

Что касается *субъектовъ* спорнаго отношенія, то со времени *litis contestatio* это отношеніе становится *наслѣдственнымъ* съ обѣихъ сторонъ, хотя-бы предъявленныя иски сами

¹⁾ Fragm. Vatic., 263: — inchoatis litibus actiones novavit. Gai., 3, 180: tollitur adhuc obligatio litis contestatione — incipit autem teneri reus litis contestatione.

по себѣ не были таковыми. Напримѣръ, штрафные искн, (actiones poenales) не наследуемые до начала процесса, переходятъ къ наследникамъ послѣ *litis contestatio* (fr. 8 § 1 D. 27. 7).

Затѣмъ, предметъ спора (*res litigiosa*) объявляется, по общему правилу, не подлежащимъ отчужденію: спорная вещь не должна быть продаваема, спорное долговое требованіе не должно быть передаваемо и т. д. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ полагалось даже наказаніе за отчужденіе (l. 4 пр. С. 8. 37).

Далѣе, основаніе иска обсуждается по моменту *litis contestatio*. Поэтому, если въ этотъ моментъ искъ былъ неосновательнымъ и получилъ опору послѣ *litis contestatio*, новое основаніе не могло быть представлено въ томъ-же процессѣ (fr. 23, D. 5, 1). Ну, а какъ быть, если основаніе иска (напр., въ случаѣ уплаты долга) терялось послѣ *litis contestatio*? Юстиніанъ постановилъ, что въ случаѣ удовлетворенія истца до судебного рѣшенія, судья долженъ освободить отвѣтника ¹⁾.

Потомъ, въ силу консумпціи иска, не могъ быть предъявляемъ новый искъ по тому-же дѣлу. Въ случаѣ предъявленія его въ другомъ судѣ, отвѣтникъ отстранялъ его специальнымъ возраженіемъ, *exceptio rei in iudicium deductae* (Gai inst, 4, 106).

Кромѣ того, какъ мы уже видѣли (выше, стр. 250), *litis contestatio* прерываетъ (до Юстиніана) теченіе давности.

Наконецъ *размѣръ присужденія* (*condemnatio*), которымъ заключается процессуальный *quasi* — договоръ, установленный отъ начала процесса, опредѣлялся по моменту *litis contestatio*. Такимъ образомъ, отвѣтникъ обязанъ былъ предоставить истцу всю прибыль, какую истецъ получилъ бы отъ вещи, если-бы она была возвращена ему при *litis contestatio*. Отвѣтникъ отвѣчаетъ за всѣ проценты и плоды, какія можно было собрать со времени *litis contestatio* и процессуальные издержки. Мало того; отвѣтственность его отагощалась еще

¹⁾ Юстиніанъ (§ 2 Inst. 4, 12) тутъ принялъ мнѣніе Сабинянцевъ, которые утверждали: *omnia iudicia absolutoria esse debent*, т. е. должны освобождать отвѣтника, не доводя его до судебного рѣшенія, въ случаѣ удовлетворенія имъ истца послѣ *litis contestatio*. Прокулянцы-же требовали постановленія рѣшенія (въ *iudicia stricti iuris*) даже послѣ удовлетворенія истца. (Gai. inst., 4, 114). Конечно, такое рѣшеніе не давало осязательнаго результата, но за то буква закона была соблюдена.

тѣмъ, что онъ съ этого момента разсматривался недобросовѣстнымъ, *malae fidei possessor*.

Г) *Доказываніе* ¹⁾. Послѣ того какъ отношеніе сторонъ, со времени *litis contestatio*, дѣлается спорнымъ, каждая изъ сторонъ прилагаетъ стараніе къ тому, чтобы убѣдить судью, въ свою пользу. Естественно, при этомъ, и истецъ и отвѣтчикъ хлопочутъ доказать все то, что, по ихъ мнѣнію, должно лечь въ основу судебного рѣшенія. Говоря о судебныхъ доказательствахъ, должно упомянуть о предметѣ, обязанности и средствахъ доказыванія.

Предметомъ доказыванія (*thema probandum*) служатъ факты неизвѣстные или оспариваемые. Именно, подлежатъ доказыванію факты, а не права: право должно быть извѣстно судѣ (*iura novit curia*); самъ онъ долженъ знать законъ. а объ обычаяхъ можетъ узнать при помощи того, кто на нихъ ссылается (выше, стр. 24). Далѣе, только неизвѣстные и оспариваемые факты подлежатъ доказыванію. Факты общеизвѣстные (*facta notoria*), равно какъ и неоспариваемые противникомъ, нѣтъ нужды доказывать.

Обязанность доказыванія — такъ называемая *onus probandi* ²⁾ — опредѣляется такимъ общимъ правиломъ (2 D. 22, 3): *ei incumbit probatio qui dicit (non qui negat)* — кто что утверждаетъ, тотъ то и доказываетъ ³⁾. Прежде всего, конечно, *onus probandi* подаетъ на истца, утверждающаго свое правомочіе; объ этомъ прямо упоминается (fr. 21 D. 22 3): *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Затѣмъ, бремя доказыванія переходитъ на отвѣтника, предъявляющаго возраженіе противъ иска (fr. 9 D. 22. 3: *qui excipit, probare debeat, quod excipitur*). Потомъ, *onus probandi* возвращается въ истцу, дающему реплику и т. д. — Если обязанность доказыванія не выполняется истцомъ, отвѣтчикъ освобождается: *actore non probante reus absolvitur*.

¹⁾ *Endemann*, die Beweislehre, 1860. *D. Fresquet*, de la preuve en droit romain, 1862.

²⁾ *Mazon*, über Beweislast 1861.

³⁾ Въ фразѣ: *ei incumbit probatio qui dicit (non qui negat)* — послѣднія слова поставлены въ скобкахъ, какъ неточныя. Изъ нихъ не слѣдуетъ, что отрицательныя положенія не доказываются. И они доказываются, насколько опираются на положительныя обстоятельства. Напр., вѣнчающій *condictio indebiti* д. доказать, что не существовало уплаченнаго долга; но выселяющій жильца не долженъ доказывать неплатежъ наемныхъ денегъ.

Средства доказыванія (*media probationis*) не измѣнялись у римлянъ какимъ-либо неизмѣннымъ шаблономъ. Судьѣ была предоставлена свобода сужденія о способахъ доказыванія, приводимыхъ сторонами ¹⁾. А такими способами доказыванія были: свидѣтельскія показанія, письменныя документы, присяга, признаніе, осмотръ на мѣстѣ, юридическое предположеніе и т. под. Отдѣльно скажемъ о предположеніяхъ.

Юридическое предположеніе (*praesumptio* ²⁾). Подъ предположеніемъ или презумпціей разумѣется выводъ или заключеніе о доказываемомъ фактѣ на основаніи другого, существующаго факта. Напримѣръ, предполагается отцомъ ребенка мужъ матери его (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Презумпція отличается отъ фибціи тѣмъ, что / презумпція допускаетъ лишь то, что на самомъ дѣлѣ бываетъ, а / фибція признаетъ то, чего на самомъ дѣлѣ нѣтъ (иностраниецъ не есть *civis*, а на судѣ фингируется, представляется гражданномъ). По степени доказательности, различаются предположенія трехъ родовъ:

1) *Praesumptio iuris et de iure*—неопровержимое предположеніе; оно не допускаетъ доказыванія противнаго (*terprobatio*). Таково, напримѣръ, предположеніе о виѣбратномъ происхожденіи ребенка, родившагося 10 мѣсяцевъ спустя по прекращеніи брака.

2) *Praesumptio iuris*—предположеніе, которое можно оспаривать доказываніемъ противнаго факта. Сюда принадлежатъ, напримѣръ, *praesumptio Manciana*, согласно которой приобрѣтенія жены во время брака считаются подарками отъ мужа, во сколько не доказано противное.

3) *Praesumptio facti* (или *praesumptio hominis*)—предположеніе на основаніи одного факта о другомъ; оно служитъ обыкновеннымъ показаніемъ или уликой, противъ которой можно возражать съ полнымъ уснѣхомъ. Выводъ настоящаго предположенія есть дѣло судьи, обсужденію котораго подлежатъ приводимыя факты, какъ доказательства. Напримѣръ, вчинающій *actio pro socio* предполагается сотоварищемъ от-

¹⁾ Свобода сужденія можетъ быть, напримѣръ, ограничена такъ называемой формальной теоріей доказательствъ, согласно которой имѣются полныя доказательства (2 свидѣтеля) и половинныя доказательства (1 свидѣтель).

²⁾ *Burckhard*, die civilistischen Praesumptionen, 1866. *Meiser*, обь юридическихъ вымыслахъ и предположеніяхъ, 1854. *Орманскій*, о законныхъ предположеніяхъ, Журн. Гражд. и Угол. пр., 1874. 4 и 5.

вѣтчика по существующему между ними договору, но можетъ оказываться, что отвѣтчикъ долженъ на другомъ основаніи.

Д) *Судебное рѣшеніе* есть провозглашеніе власти гражданскаго общества о принадлежности и существѣ гражданскаго правомочія, возстановляемаго послѣ нарушенія его. Въ формулярномъ процессѣ, какъ намъ извѣстно, оно обыкновенно совершалось на деньги; то было денежное присужденіе, *condemnatio pecuniaria*; но иногда и въ то время имѣли мѣсто *pronunciatio* — объявленіе о принадлежности права (свободы, законнорожденности и т. д.) по предварительно-судебнымъ искамъ (*actiones praedjudiciales*), или *adiudicatio* въ искахъ о раздѣлѣ общей собственности, о размежеваніи. Въ Юстиніановомъ правѣ присужденіе съ отвѣтчика не стало болѣе обязательно-денежнымъ; оно могло касаться вещей или дѣйствій *in natura*.

Судебное рѣшеніе состоитъ въ освобожденіи отвѣтчика (*absolutio*) отъ требованія истца или въ присужденіи съ него (*condemnatio*) въ пользу истца. Не можетъ быть судебного рѣшенія во вредъ истцу (если не считать вознагражденія за судебныя издержки отвѣтчика въ случаѣ освобожденія послѣдняго). — Въ общей части догматики умѣстно сказать объ общей силѣ судебныхъ рѣшеній.

І. *Сила судебного рѣшенія* ¹⁾ выражается извѣстнымъ положеніемъ (fr. 207 D. 50. 17): *res iudicata pro veritate accipitur* — оно считается истиной. Правда, такъ какъ рѣшеніе иногда можетъ на самомъ дѣлѣ расходиться съ самой истиной (ибо *erga hominum est*), оно представляетъ собою, какъ говорятъ, только *оптиную* или *формальную* правду. Но во всякомъ случаѣ, хотя внѣшнимъ образомъ, истиннымъ признается юридическое отношеніе сторонъ только въ томъ видѣ, какимъ оно изображается судебнымъ рѣшеніемъ; поэтому, послѣднее обязательно для сторонъ. Судья создаетъ право между тяжущимися, — *ius facit inter partes* ²⁾. — Новое юридическое отношеніе, созданное судебнымъ рѣшеніемъ, осуществляется по римскому праву двумя оригинальными судебными средствами: *actio iudicati* и *executio rei iudicatae*.

1) *Actio iudicati* — взысканіе присужденнаго въ формѣ

¹⁾ Klöppel, die Einrede d. Rechtskraft, 1882. Rämölin, z. Lehre, v. d. ext. rei iudicatae, 1875.

²⁾ Fr. 3 pr. D. 26. 3: — *placet enim eius rei iudicem ius facere.* -

иска; оно начинается спустя 4 мѣсяца послѣ судебного рѣшенія. Этимъ искомъ открывается исполнительный процессъ. Отвѣтчику дозволяется возражать противъ иска подѣ страхомъ двойного присужденія (*poena dupli*) въ случаѣ проигрыша.

По римской констукціи, какъ *litis contestatio*, такъ и судебное рѣшеніе порождали процессуальныя обязательства между сторонами. Предметомъ обязательства согласно *litis contestatio* являлось присужденіе съ должника, а предметомъ обязательства по судебному рѣшенію было совершеніе присужденнаго (*Gai, inst. 3, 180: post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*). Вотъ, изъ послѣдняго обязательства и происходилъ помянутый искъ, *actio iudicati*.

2) *exceptio rei iudicatae* — возраженіе отвѣтчика о томъ, что уже состоялось по данному дѣлу судебное рѣшеніе— вытекаетъ изъ принципа: *bis de eadem re ne sit actio*. Это возраженіе предъявляется, когда „поднимается тотъ-же вопросъ между тѣми-же лицами“ (*fr 3 D 44. 2: quoties inter easdem personas eadem quaestio obstat*). Значитъ, для дѣйствительности настоящей эксцепціи необходимы два тождества: тождество вопроса (*eadem quaestio*) и тождество лицъ (*eadem personae*).

Что такое тождество вопроса? Объ этомъ въ источникахъ находимъ неполныя указанія. Юристы понимали его въ смыслѣ тождества предмета спора (12 D 44. 2:—*inspiciendum est, an idem corpus sit*) и тождества права (13 D 44. 2:—*quantitas eadem, idem ius*). Литература прибавляетъ сюда еще третье тождество: то же основаніе права (*eadem causa*)¹⁾.

Какъ понимать тождество лицъ? Сюда, конечно, прежде всего принадлежатъ обѣ дѣйствующія стороны, истецъ и отвѣтчикъ. Очевидно также, посторонніе сюда не относятся²⁾ Однако къ дѣйствующимъ лицамъ слѣдуетъ присоединять ихъ преемниковъ всякаго рода: общихъ преемниковъ (наслѣдниковъ) и частныхъ преемниковъ (въ размѣрѣ полученнаго), если только ими приобрѣтается право послѣ *litis contestatio*.—Въ заключеніе вопроса о силѣ судебного рѣшенія назовемъ постановленія, равносильныя ему.

¹⁾ Гольмстенъ, принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ, 1884.

²⁾ L. C. 7. 56: *res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt. neque praeiudicium solent irrogare.*

II. *Постановленія, равносильныя рѣшенію.* ¹⁾ Бываетъ такъ, что спорное дѣло, не доведенное до судебного рѣшенія, разрѣшается съ тѣмъ-же эффектомъ иными способами. Эти способы суть: признаніе, присяга, третейское постановленіе и мировая сдѣлка.

Признаніе (confessio) на судѣ на столько упрощаетъ процессъ, что имъ онъ и завершается. Равносильность признанія рѣшенію запечатлѣна словами Павла (1 D 42. 2): *confessus pro iudicato est, qui quocummodo sua sententia damnatur.* ²⁾

Присяга (iusiurandum), по преимуществу, имѣетъ два значенія въ процессѣ: какъ доказательство; таково, напр., клятвенное обѣщаніе либерта патрону, iusiurandum promissorium), и какъ средство, рѣшающее тяжбу, (iusiurandum assertorium — подтвердительная присяга). Такая присяга дается по почину самихъ сторонъ; но кто вызывается дать клятву, тотъ уже не долженъ уклоняться отъ нея ³⁾.

Третейское постановленіе ⁴⁾ (arbitrium) совершается на основаніи двухъ договоровъ: compromissum и rescriptum. *Компромиссомъ* называется соглашеніе противниковъ о перенесеніи спора на рѣшеніе посредника (arbiter). Такъ какъ рѣшеніе посредника въ дѣйствительности есть простое мнѣніе (sententia), въ обезпеченіе исполненія его противники въ договорѣ обыкновенно назначаютъ неустойку (pena compromissa) за уклоненіе. Искъ безъ неустойки возможенъ по письменному компромиссу. *Рескриптъ* — договоръ противниковъ съ третьимъ лицомъ принимающимъ на себя обязанность судьи — посредника. Третейскій судья, по общему правилу, долженъ былъ выполнить обязанность, сказавъ свое рѣшительное мнѣніе по дѣлу. Иначе онъ штрафовался (напр., 32 § 12 D 4. 8).

Мировая сдѣлка. (transactio) ⁵⁾ — обоюдное соглашеніе противниковъ въ виду устраненія спорности или непрочности правомочія. Обыкновенно мировая сдѣлка заключается на счетъ взаимныхъ уступокъ сторонъ: кредиторъ сбавляетъ

¹⁾ Новѣйшая группировка этихъ постановленій подъ рубрикой: die private Feststellung (Höldeger pandecter).

²⁾ О признаніи, какъ о правовомъ дѣйствіи рѣчь была выше стр. 146.

³⁾ Иногда присяга имѣетъ еще третье значеніе, какъ крайній способъ оцѣнки истцомъ вреда, причиненнаго противоправнымъ дѣйствіемъ его. Такая присяга называется iuramentum in litem. Ср. *Strippelmann*, d. Gerichtseid, 3 Ath.

⁴⁾ *Matthias*, die Entwicklung des röm. Schiedsgerichts 1888.

⁵⁾ *Accarias*, étude sur la transaction, 1868.

требованіе, за что получаетъ немедленное удовлетвореніе и т. под. Уступка съ одной стороны не есть мировая сдѣлка: это—дареніе.

Отдѣлъ четвертый. Чрезвычайное правоохраненіе.

Къ чрезвычайнымъ средствамъ охраны относится *in integrum restitutio*.¹⁾ Буквально слова: *in integrum restitutio* означаютъ восстановленіе прежняго состоянія какимъ-бы то ни было образомъ: посредствомъ обыкновеннаго иска, эксцепціи и т. д. Въ специальномъ-же смыслѣ *in integrum restitutio*, въ качествѣ *auxilium extraordinarium* (fr 16 pr. D 4. 4), есть/устраненіе правонарушенія²⁾ при помощи судебной власти, въ видахъ справедливости (*aequitas*) даже³⁾ вопреки общедѣйствующей нормы права. Свойство *in integrum restitutio*, какъ необыкновеннаго, чрезвычайнаго правоохраненія, прежде всего и заключается въ томъ, что судебная власть не примѣняетъ тутъ одно дѣйствующее законодательство, а сама, по своему усмотрѣнію, создаетъ право, охраняющее данное отношеніе.

А) *Возникновеніе* этой чрезвычайной охраны относится въ эпоху преторскаго творчества, ко второй половинѣ республики. Въ то время преторы, дѣйствовавшіе *corrigendi iuris civilis gratia*, считали своимъ долгомъ давать охрану даже такимъ отношеніямъ, которыя игнорировало гражданское право, если они признавали ту охрану вызываемой требованіями справедливости. Напередъ не зная новыхъ отношеній, нуждающихся въ подобномъ охраненіи, они не перечисляли ихъ *полностью* въ эдиктахъ. Выраженіе, укоренившееся въ преторскомъ эдиктѣ: *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restitutum* (1 § 1 D. 4. 6)—предоставляло большую свободу преторамъ въ области чрезвычайной юрисдикціи. Мало того, репутація необычайнаго охраненія держалась за реституціей все время, пока существовали двѣ стадіи производства: *in iure* и *in iudicio*, потому что она, вопреки обыкновенному теченію судебныхъ дѣлъ, разрѣшалась *in iure*, самимъ авторомъ ея, магистратомъ, и не переходила *in iudicium*. Наконецъ, къ ней дозволялось обращаться только въ тѣхъ случаяхъ, когда обыкновенныя средства (искъ,

¹⁾ Burchardi, d. Lehre v. d. Wiedereinsetzung in d. vorigen Stand, 1831.
²⁾ Spaltenstein, d. Wiedereinsetzung in d. vorigen Stand, 1873.

эксцепция) не достигали дѣли. Напримѣръ, только тогда, когда ни *actio doli*, ни *exceptio doli* нельзя было примѣнить, дозволялось обратиться къ *in integrum restitutio propter delum*. Итакъ, по тремъ причинамъ реституція считалась чрезвычайнымъ способомъ правоохраненія: 1) какъ способъ, обязанный *aequitas* и не предусмотрѣнный дѣйствующей нормой; 2) какъ разсматриваемый непосредственно преторомъ, не передававшимся дѣло *in iudicium*¹⁾; 3) какъ *ultimum refugium* пострадавшаго²⁾.

Б) *Условія реституціи* были впоследствии точнѣе опредѣлены классической юриспруденціей. Было выяснено, что для всякой реституціи необходима наличность двухъ условій: *laesio*—причиненнаго ущерба, и *aliqua iusta causa*—справедливаго основанія.

I. Наличность вреда (*laesio*) понималась въ томъ смыслѣ, чтобы то былъ ущербъ, *неотвратимый* обыкновенными судебными средствами. Напримѣръ, несовершеннолѣтній приналъ непосильное обязательство, кто-либо вслѣдствіе отсутствія изъ города пропустилъ срокъ явки на судъ и т. под.; тутъ бѣдѣ ничѣмъ не поможешь, кромѣ реституціи. Размѣръ вреда не имѣетъ значенія; развѣ только не обсуждался ущербъ меньшій сравнительно съ большимъ ущербомъ, какой можетъ воспослѣдовать послѣ реституціи (напримѣръ, слѣдующее вытекаетъ изъ fr. 9 pr. D. 4. 4: если несовершеннолѣтнему, имущество котораго было продано за долги, съ большими лишеніями придется возвращать деньги, полученные отъ продажи, послѣ того какъ ему будетъ восстановлено право на отчужденное имущество, — въ такомъ случаѣ обходились безъ реституціи)³⁾. Кромѣ того, не только имущественный, но и нравственный ущербъ бывалъ условіемъ реституціи; напримѣръ, можно было оспаривать усыновленіе (*adoptio*) завѣдомо-дурнымъ человекомъ.

II. Что касается *iusta causa* реституціи, то въ источни-

¹⁾ Только впоследствии Юстиніанъ предоставилъ всѣмъ судьямъ, въ томъ числѣ и низшимъ, совершать *in integrum restitutio* (8 C. 2. 47). Тѣмъ не менѣе нѣкоторые особенности ея, какъ чрезвычайной охраны, остались.

²⁾ Fr. 16 pr. D. 4. 4: *nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.*

³⁾ Прежнее положеніе: *minima non curat praetor*—теперь уже давно считается несправедливымъ. Вотъ, еще не давалась реституція: нисходящимъ противъ восходящихъ, въ случаѣ потери штрафныхъ исковъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.

ках насчитываютъ шесть опредѣленныхъ оснований: недостиженіе 25 лѣтъ, угроза, обманъ, ошибка, умаленіе правоспособности, отсутствіе.

Недостигшіе 25 лѣтъ (*minores*) имѣли право на реституцію каждый разъ, въ случаѣ причиненія имъ *какого-бы то ни было вреда*, независимо отъ того, состояли-ли они подъ властью отца, надзоромъ опекуна или попечителя. Мотивомъ реституціи служило легкомысліе и неопытность несовершеннолѣтнихъ. Но реституція не давалась въ случаѣ *dolus* несовершеннолѣтняго, въ случаѣ вреда другому несовершеннолѣтнему, влѣтвеннаго подтвержденія по достиженіи 25 лѣтъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ. Остальная казуистика реституціи касается взрослыхъ (*maiores*) ¹⁾.

Вслѣдствіе угрозы (*metus*) реституція рѣдко практиковалась, такъ какъ противъ угрозы прежде всего дѣйствовали обыкновенныя средства: *actio* или *exceptio quod metus causa* (выше, стр. 200).

Вслѣдствіе обмана (*dolus*) также не часто примѣнялась реституція, ибо обманное дѣйствіе вызывало прежде всего *actio* или *exceptio doli* (выше, стр. 201).

На основаніи ошибки (*error*) реституція испрашивалась большею частью въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ: по поводу невѣдѣнія или промаховъ въ формализмъ права.

По поводу умаленія правоспособности (*capitis deminutio minima*) реституція имѣла слѣдующій смыслъ. Съ усновленіемъ полновластнаго гражданина (*agrogatio*—главный случай *cap. deminutio minima*) былъ связанъ переходъ имущества въ распоряженіе усыновителя. Такой переходъ имущества могъ нанести немалый ущербъ кредиторамъ усыновленнаго, терявшимъ источникъ взысканія за долги. И вотъ, кредиторами могло быть испрошено возстановленіе имущества въ то юридическое состояніе, въ которомъ оно пребывало до усновленія.

По причинѣ законнаго отсутствія (*iusta absentia*) представляется реституція въ двухъ главныхъ случаяхъ: 1) когда терпитъ ущербъ самъ отсутствующій противъ собственнаго

¹⁾ Несовершеннолѣтіе—первый мотивъ, по которому была учреждена преторами *in integrum restitutio*; о немъ болѣе всего распространяются источники (D. 4. 4, C. 2. 21). Любопытно то, что по этому-же мотиву реституція была распространена на городскія общины (4 C. 2. 54: *respublica minorum uti solet ideoque, auxilium restitutionis implorare potest*).

желанія: по дѣламъ службы, заключенный въ тюрьму, пребывающій въ плѣну и т. д.; 2) когда ущербъ наносится вслѣдствіе отсутствія другихъ лицъ, не имѣющихъ повѣреннаго; напримѣръ, вслѣдствіе отсутствія отвѣтчика не можетъ быть ему сообщенъ искъ—значить, не можетъ состояться, между прочимъ, желанный для истца перерывъ погасительной давности.

В) *Производство* реституціи составляло *cognitio extraordinaria*, вѣдаемую однимъ магистратомъ или императоромъ ¹⁾. Срокомъ производства прежде считалось время службы претора — одинъ годъ. Юстиніанъ-же установилъ четырехлѣтній срокъ, въ теченіе котораго дѣло должно было быть не только начато, но и окончено. Теченіе срока начиналось для несовершеннолѣтнихъ съ момента совершеннолѣтія, въ другихъ случаяхъ съ того момента, когда пострадавшій узнавалъ о причиненіи вреда. Четырехлѣтній срокъ былъ періодомъ не только исковой, но и процессуальной давности (выше, стр. 248).

Г) *Дѣйствіе* реституціи касается обѣихъ сторонъ: для нихъ обѣихъ возстановляется прежнее юридическое отношеніе. Именно, въ силу того, что всякое юридическое отношеніе о двухъ концахъ: въ немъ есть правомочіе, есть и обязанность, — проситель, получающій искомое имъ право, долженъ нести и прежнія обязанности; онъ-же бываетъ обязанъ возратить выгоды отъ того отношенія, которое уничтожено актомъ реституціи (напр., 24 § 4 D. 4. 4).

¹⁾ Въ эпоху формулярнаго процесса производство реституціи могло состоять иногда изъ 2-хъ частей: а) *iudicium rescindens* — напр., возстановляющее пропущенный срокъ вчатія иска, б) *iudicium rescissorium* — разсмотрѣніе возстановленнаго иска въ обыкновенномъ порядкѣ процесса. Вслѣдствіи обѣ части соединились въ одномъ производствѣ.