

7.

ДОГМА РИМСКАГО ПРАВА.

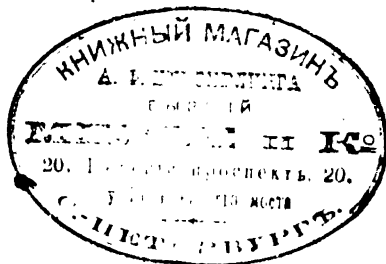
Т. Фотинцев

—

ЛЕКЦИИ

профессора В. В. ЕФИМОВА.
Vasilii Vladimirovich Efimov

ОСОВЕННАЯ ЧАСТЬ.

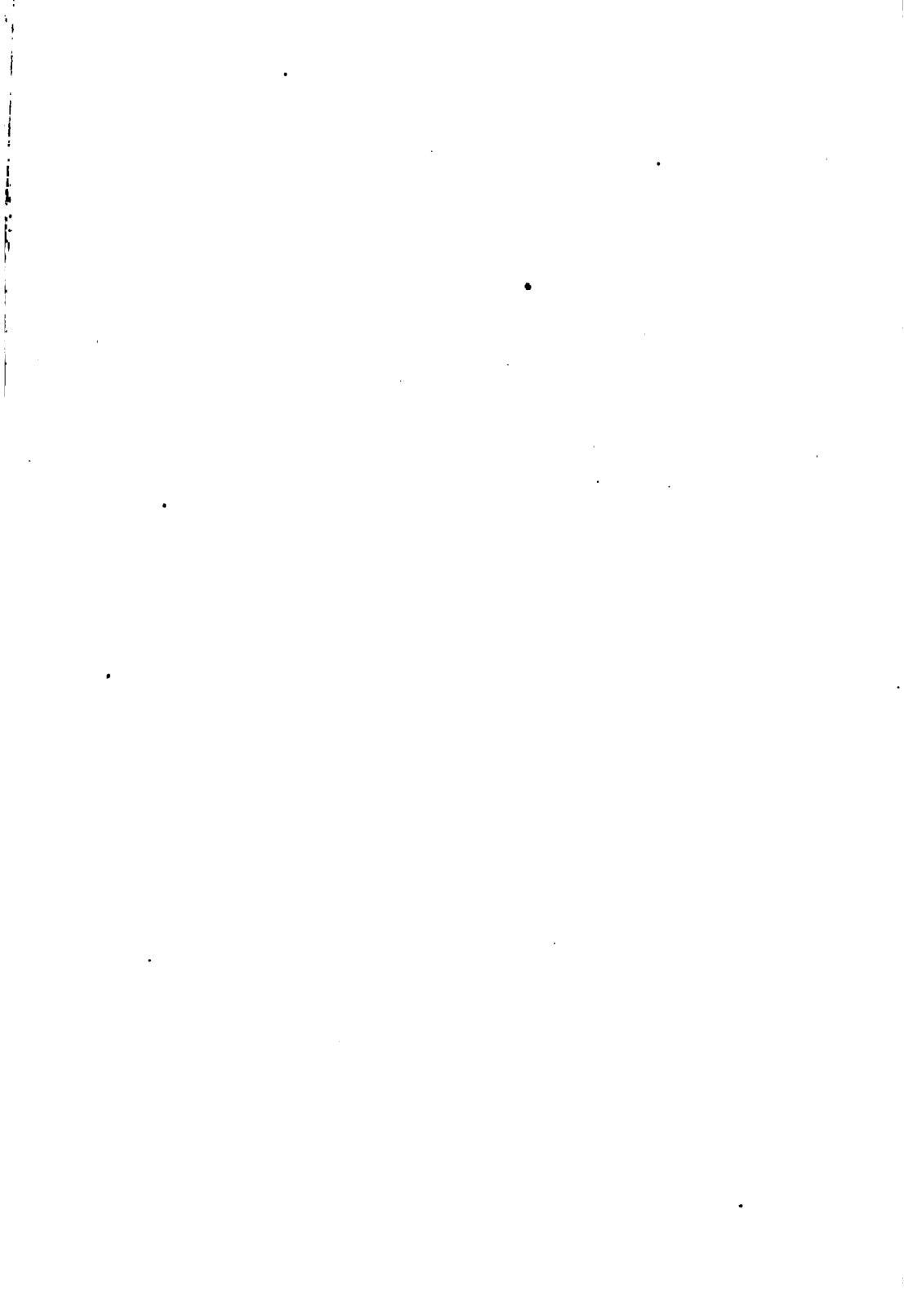


С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типографія В. С. БАЛАШЕВА И К^о, Екатеринбургскій кан., д. № 80.
1894.

По общепринятой нынѣ (Гуго-Гейзевой) системѣ изложенія. особенную часть догматики римскаго права образуютъ особые институты гражданскаго права: вещнаго, обязательственнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права. Такимъ образомъ, особенная часть догмы распадается на четыре раздѣла.

I.

Вещное право.



Ученіе о вещномъ правѣ (въ его институтахъ) обнимаетъ множество юридическихъ отношеній, въ которыхъ имѣется то общее, что у всѣхъ у нихъ на первый планъ выступаетъ не столько отношеніе управомоченнаго къ обязанному, сколько его отношеніе къ вещи, какъ предмету правомочія. Въ сущности, элементы вещныхъ и обязательственныхъ правъ одни и тѣ-же: тутъ и тамъ субъекты съ обѣихъ сторонъ, изъ которыхъ одинъ имѣетъ правомочіе, а другой несетъ обязанность, тутъ и тамъ—опредѣленный предметъ, гражданское благо. Напримѣръ, одни и тѣ-же элементы какъ въ томъ вещномъ правѣ, которое называется римлянами узуфруктомъ, такъ и въ томъ обязательствѣ, которое именуется ссудой (*commodatum*): въ обоихъ примѣрахъ съ одной стороны — хозяинъ вещи, а съ другой — одинаково пользующійся одною и тою-же вещью. Но когда юристъ мыслитъ такое тѣсное отношеніе къ вещи пользующагося ею, въ которомъ личность хозяина игнорируется (такъ что пользованіе допускается непрерывающимся, хотя-бы вещь переходила къ разнымъ хозяевамъ), тогда юристъ разумѣетъ узуфруктъ. Если-же онъ связываетъ предоставленное пользованіе съ извѣстными лишь субъектами (такъ что, напримѣръ, съ перемѣной хозяина прерывается пользованіе), въ такомъ случаѣ юристъ разумѣетъ ссуду.

Въ вещномъ правѣ значеніе вещи, какъ объекта, не отпадающаго отъ субъекта на столько существенно, что вмѣстѣ съ уничтоженіемъ вещи прерывается и вещное право. Правда, иногда, взамѣнъ вещнаго, рождается другое, обязательственное право: напримѣръ, право собственника на вещь превращается въ право на вознагражденіе за утраченную вещь. Но самое вещное право все-же болѣе не существуетъ ¹⁾. Не

¹⁾ Неразрывная связь права съ судьбой вещи была причиной того, что юристы помѣшали самое полное изъ вещныхъ правъ, право собственности, среди тѣлесныхъ вещей (*res corporales*). Тутъ они объектъ даннаго юридическаго отношенія принимали за самое отношеніе. Ср. лекціи по общей части, 1893, стр. 101.

то значеніе объекта въ обязательственномъ правѣ, въ которомъ рѣдко долговое требованіе прекращается съ потерю вещи; напримѣръ, не прерывается обязательственное отношеніе ссудоприимателя, уничтожившаго предметъ ссуды: онъ обязанъ возмѣстить ущербъ хозяина. За то въ обязательственныхъ отношеніяхъ обѣ стороны стоятъ на виду: особенно, личность должника заранѣе извѣстна кредитору. Этого нѣтъ, какъ мы уже сказали, въ вещномъ правѣ; при наличности даннаго права нельзя указать на отвѣтствующее лицо: *quiscumque possidens*—всякій, кто-бы то ни былъ, владѣющій чужою вещью—вотъ, кто отвѣчаетъ предъ собственникомъ.

Въ классификаціи вещныхъ правъ современные цивилисты отправляются, отъ двухъ свойствъ отношенія вещи къ субъекту, не безъизвѣстныхъ и римскому праву: принадлежности (*res mea est ex iure Quiritium*) и служебности вещи (*res servit, servitus*). Самое полное выраженіе принадлежности есть право на свою вещь, право собственности: тотъ, кому вещь вполне принадлежитъ, воленъ къ ней всячески относиться, поскольку не ограниченъ ея служебностью. Проявленіе служебности какъ другого, противоположнаго свойства отношенія, представляетъ право на чужую вещь, сервитутъ (вещь собственника служить потребности управомоченнаго на сервитутъ; таковы, напримѣръ, дорожный, водный сервитуты). Кромѣ того, есть еще третій родъ отношенія субъекта къ вещи, отчасти привходящій въ право на свою и на чужую вещь, отчасти имѣющій самостоятельную судьбу. Это—владѣніе. Съ него принято начинать ученіе о вещномъ правѣ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Владѣніе.

Главными источниками служатъ: 1) Dig. lib. 41 tit. 2: de acquirenda et amittenda possessione; Cod. lib. 7 tit. 32: de acquirenda et retinenda possessione; 2) Inst. Gai, 4, 138—170; Inst. Iust. 4, 15; Dig. lib. 43; Cod. lib. 8 tit. 1—9 (de interdictis).

Литература—особенно, нѣмецкая—очень велика. Можно сказать, рѣдкій годъ проходитъ безъ того, чтобъ не появлялось новой монографіи о владѣніи. Такихъ работъ въ нѣмецкой литературѣ 60-хъ годовъ насчитывалось болѣе полтораста; теперь ихъ, навѣрно, болѣе двухъ сотъ. Почти всѣ выдающіеся германскіе романисты пробовали силы на ученіи о владѣніи. Савиньи началъ свою литературную дѣятельность знаменитымъ сочиненіемъ: das Recht des Besitzes, 1806 (7 изданіе Рудорфа, 1867), Иерингъ ее завершилъ послѣднимъ большимъ трудомъ: der Besitzwille (1889), прославившись еще значительно ранѣе того работой: über den Grund des Besitzschutzes 1868 (есть русскій переводъ: объ основаніи защиты владѣнія). Извѣстностью пользуются два труда Брунса: 1) das Recht des Besitzes im Mittelalter und in Gegenwart, 1848; 2) die Besitzklagen, 1874 (критика теоріи Иеринга). Также хорошо была принята работа Randa, der Besitz nach österreichischem Recht etc, 3 изд. 1879.

Большая заслуга Савиньи, даровитаго автора-юноши 24 лѣтъ, заключается, коротко говоря, въ томъ, что изъ множества разнообразныхъ признаковъ и послѣдствій владѣнія, среди которыхъ предшествующая литература смѣшивала въ общей массѣ существенныя и несущественныя черты,—онъ выдѣлилъ двѣ характерныя особенности (давностное владѣніе даетъ право собственности, владѣніе охраняется интердик-

тами), поставилъ ученіе на философскую почву (почему защищается владѣніе?) и сдѣлалъ попытку историческаго объясненія. Но выводы Савиньи не безспорны. И вотъ, лавры, увѣнчавшіе его, издавна привлекаютъ многихъ романистовъ къ ученію о владѣніи, сравнительно скудно и во многомъ противорѣчиво освѣщенному римскими источниками. Кромѣ названныхъ трудовъ еще появляются: *Duncker*, die Besitzklage; *Meischeder*, Besitz; *Liebe*, der Besitz etc; *Bekker*, d. Recht des Besitzes; *Pininsky*, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs; *Dernburg*, Entwicklung und Begriff d. iurist. Besitzes, и мн. др.

На французскомъ языкѣ: *Molitor*, la possession, 2 изд. 1874, *van-Wetter*, traité de la possession, 1868.

Теорія Савиньи съ добавленіями Рудорфа нашла въ нашей литературѣ послѣдователя, проф. *Морошкина* (разсужденіе о владѣніи, 1838). Затѣмъ, первая серьезная оппозиція взгляду Савиньи со стороны остроумнаго діалектика *Ганса* (über die Grundlage des Rechts des Besitzes, 1837) тогда-же отразилась у насъ въ небольшомъ трудѣ *Кавелина*: о теоріяхъ владѣнія (1841). Далѣе, къ недавней теоріи *Геринга*, живо и увлекательно изложенной въ его «основанія защиты владѣнія», полной подкупающаго реализма, присоединился и съ своей стороны комментировалъ *Муромцевъ* (очерки общей теоріи права 1887) ¹⁾. Наконецъ, отрицательное отношеніе къ самостоятельной постановкѣ ученія о владѣніи находимъ въ брошюрѣ *Громеки*, опытъ критическаго изслѣдованія нѣмецкихъ теорій о владѣніи, 1889.

Общіе и основныя вопросы о владѣніи группируются такимъ образомъ: 1) о природѣ владѣнія, 2) о владѣніи, какъ юридическомъ отношеніи, 3) о защитѣ, 4) видахъ владѣнія.

Отдѣлъ первый. Природа владѣнія.

Мы сказали, что отличительнымъ признакомъ вещнаго права является постановка на первое мѣсто отношенія къ вещи управомоченнаго на нее. Отношеніе къ вещи, при которомъ человекъ непосредственно охватываетъ, на самомъ дѣлѣ держать въ рукахъ вещь, называется владѣніемъ въ естественномъ значеніи (*naturaliter*). Такъ, прежде всего и опре-

¹⁾ Впрочемъ, въ позднѣйшемъ трудѣ (*d. Besitzwille* 1889) *Герингъ* существенно отстаетъ отъ ранѣе развитой имъ теоріи. Ср. *Kuntze*, z. Besitzlehre, für und wieder R. Ihering, 1890.

дѣляютъ владѣніе (*possessio*, *κατοχή*) римскіе юристы, Лабейонъ и Павелъ (fr. 1 pr. D 41, 2): *possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt*. Въ настоящемъ опредѣленіи подъ словомъ владѣніе наглядно изображается самое *явленіе природы*: связь человѣка съ вещью, пребываніе его на вещи (*sedes*) или надъ вещью (*positio*), ея держаніе (*naturaliter tenetur*). Теперь такое физическое отношеніе къ вещи называется технически *обладаніемъ* или *держаніемъ* (*detentio*). Детенторомъ, на примѣръ, можно назвать и узѣфруктуара или нанимателя, пользующихся вещью, и хранителя, ея оберегающаго, и т. под. субъектовъ.

Но кромѣ этого природнаго (неюридическаго) значенія, *possessio*, владѣніе, имѣетъ еще *юридическое* значеніе. Владѣніемъ въ этомъ значеніи называется такое отношеніе къ вещи, которое рождаетъ юридическія послѣдствія. На примѣръ, при помощи владѣнія въ теченіе извѣстнаго времени пріобрѣтается право собственности, съ момента овладѣнія плоды (*fructus percipiti*) поступаютъ въ собственность узѣфруктуара, *traditio* совершается передачей владѣнія и т. под. Среди многихъ послѣдствій одно сообщаетъ владѣнію своеобразный, самостоятельный характеръ, рѣзко отличающій его отъ другихъ юридическихъ отношеній. Это — *интердиктъ*, какъ средство охраны владѣнія. На этомъ основаніи владѣніемъ въ юридическомъ значеніи называется такое отношеніе къ вещи, которое въ римскомъ правѣ защищается интердиктами.

Различіе между *detentio*, обладаніемъ (владѣніемъ въ физическомъ значеніи), и *possessio*, владѣніемъ въ смыслѣ юридическаго отношенія, очень существенно. На примѣръ, обладаніе продолжается, пока не прекращается *естественная* связь человѣка съ вещью (пока жилецъ живетъ въ квартирѣ, пока морозъ не прогонитъ запоздавшаго дачника и т. д.); владѣніе же и при временномъ затрудненіи доступа къ вещи не прекращается (юридическій владѣлецъ, какъ и собственникъ ея, остается таковымъ и снѣжною зимою), а когда отношеніе къ вещи насильно прерывается (разбойники выгоняютъ владѣльца), тогда *possessor* обращается къ судебной защитѣ интердиктами, къ чему не можетъ прибѣгнуть *detentor* ¹⁾.

¹⁾ Терминологія источниками прочно не установлена. То, что нынѣ называется обладаніемъ (*detentio*), выражается словами: *in possessione esse, tenere, corpore rem contingere, etc.* Владѣніе, какъ юридическое

Въ дальнѣйшемъ, говоря о possessio, коснемся вопросовъ: А) римской конструкціи, Б) вопроса о томъ, фактъ или право—владѣніе? В) юридическихъ послѣдствій его.

А) *Конструкція владѣнія*. Въ нѣсколькихъ мѣстахъ источниковъ указывается на два элемента, которые должны вмѣстѣ встрѣчаться въ полномъ составѣ владѣнія, какъ юридическаго отношенія: *corpus* и *animus*. — *Corpus*—тѣло, оболочка владѣнія. Подъ *corpus*, т. е., внѣшней стороной владѣнія разумѣется все то, въ чемъ выражается *animus*, — душа владѣнія, — внутренняя сторона въ смыслѣ отношенія къ вещи, исключающаго отношеніе къ ней со стороны другихъ лицъ. Нерѣдко употребляя два данныхъ слова для обозначенія двухъ элементовъ владѣнія ¹⁾, римскіе юристы очевидно, рисовали въ своемъ воображеніи владѣніе, какъ тѣсное соприкосновеніе человѣка съ вещью, въ видѣ одушевленной юридической фигуры. При этомъ, словомъ *corpus* они какъ-бы обозначали единство, сліяніе тѣлесной природы человѣка съ той окружающей природой, которою онъ владѣетъ. Но только благодаря *animus*, присущему лишь одному человѣку, послѣдній овладѣваетъ природой, сливается съ ней въ одно мыслимое цѣлое (въ одну юридическую фигуру) до того безраздѣльно, что гражданское общество объявляетъ на пользу его интердикты, запреты другимъ людямъ нарушать данное юридическое сліяніе. Владѣніе въ этой конструкціи есть живая и жизненная, никакъ не фантастичная фигура. Одинъ *corpus*, *sine animo*, не даетъ живой фигуры; значитъ, онъ не даетъ и владѣнія. Безумный и пупилль (необладающій интеллектомъ), какъ буквально говорить fr. 1 § 3 D 41. 2, — не могутъ начать владѣніе, такъ какъ у нихъ нѣтъ *affectionem tenendi*, хотя-бы они вполне соприкасались съ вещью тѣломъ своимъ, — на подобіе того, какъ кѣмъ-либо было положено

отношеніе, обозначается: *civilter possidere, possessio, civilis possessio, etc.* Кстати сказать, въ отношеніи термина владѣнія замѣчается смѣшеніе, подобное словоупотребленію относительно права собственности. Какъ слово: собственность означаетъ на обыденномъ языкѣ и право и предметъ права собственности, такъ и *possessio* выражаетъ самое право и иногда одинъ предметъ вещнаго права (fr. 78 D. 50. 16:—*qui possessiones suas legasset, tunc vladѣніе, какъ иногда и по-русски, принято въ смыслѣ имѣнія*).

¹⁾ Напр., fr. 8 D. 41. 2: *quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

что-либо въ руки спящаго. Но съ другой стороны, строго говоря, и *solus animus*, одинъ мыслимый духъ владѣнія, не воплотившійся въ *corpus possessionis*, не получаетъ реального бытія; онъ остается въ области фантазіи. Ни въ чемъ невоплотившійся *animus* есть мечта, *primum desiderium*.

Ближе говоря, *corpus* есть все то, въ чемъ выражается возможность отношенія къ вещи, поскольку эта возможность признается гражданскимъ обществомъ. Нѣтъ нужды непременно требовать *физической* возможности; она можетъ быть и только психической, нравственной (допускаемой правомъ). Если въ отсутствіи покупателя доставляютъ товаръ на домъ его, владѣніе имъ тотчасъ начинается. И доволѣ *corpus*, т. е., возможность отношенія къ вещи не считается окончательно утраченной, не смотря на временное отдаленіе вещи, до тѣхъ поръ не теряется владѣніе. Я позабылъ, куда положилъ книгу, все-же я продолжаю считаться владѣльцемъ.

Не такъ просто опредѣляется *animus*. Въ источникахъ (особенно, въ двухъ фрагментахъ Павла, fr. 1 § 20 D 41. 2 и fr. 37 D 13. 7) упоминается объ *animus possidendi*, но ближайшаго опредѣленія этого *animus* не имѣется. Со времени Савиньи принято понимать подъ *animus possidendi* желаніе или намѣреніе владѣльца исключительно самому господствовать надъ вещью. Иначе это желаніе выражаютъ описательно словами: *animus rem sibi habendi*. Присутствіемъ настоящаго желанія, какъ говорятъ, владѣлецъ отличается отъ обладателя (*detentor*). У обладателя-нанимателя, узуфруктуара и т. д. — нѣтъ даннаго желанія: вещь находится въ его рукахъ отъ имени хозяина вещи, *alieno nomine*. Хозяинъ продолжаетъ быть владѣльцемъ, у него и остается *animus rem sibi habendi*, а обладатель держитъ вещь по волѣ хозяина. Воля (*animus*) владѣльца есть его собственная, природная воля; воля обладателя—искусственная, заимствованная отъ чужой воли. Такимъ образомъ, когда хозяинъ вопреки договору гонитъ жильца, отношеніе къ вещи послѣдняго не защищается какъ владѣніе (интердиктами). По настоящему взгляду выходитъ такъ, что обладаніе (*detentio*) всегда совершается *alieno nomine*, а владѣніе представляетъ собою *detentio suo nomine* ¹⁾.

¹⁾ Многие писатели называютъ *animus rem sibi habendi* словами:

Противъ различія обладанія suo nomine отъ обладанія alieno nomine возражаютъ тѣмъ, что и у обладателя (детентора), какъ указываютъ, можетъ быть своя воля, свое желаніе, независимое отъ желанія владѣльца — animus tenendi (fr. 1 § 2 D 41. 2); detentor даже охраняется посредствомъ actio iniuriarum противъ 3-хъ лицъ. Такимъ образомъ, подъ animus possidendi приходится понимать самостоятельное, своеобразное желаніе, именно, владѣльца владѣть вещью для самого себя и тѣмъ самымъ исключать отношеніе къ ней постороннихъ лицъ. Дѣло, вотъ, въ чемъ.

Въ жизни ведется непрестанная борьба изъ-за принадлежности вещей. Принадлежность вещи есть извѣстное свойство отношенія ея къ человѣку. Полная принадлежность, въ силу которой вещь такъ тѣсно сливается съ человѣкомъ, что гражданское общество признаетъ такое сліяніе неразрывнымъ, составляетъ право собственности. Оно есть высшая степень усвоенія вещи (присвоенія въ свое, неразрывное цѣлое), вполне неотъемлемое усвоеніе. Прямую противоположность праву собственности образуетъ обладаніе, detentio; оно есть отъемлемое отношеніе къ вещи, отношеніе къ вещи безъ усвоенія ея (собственникъ получаетъ обратно ссуду и т. д.). Владѣніе занимаетъ среднее мѣсто, ибо оно можетъ быть и неотъемлемымъ усвоеніемъ (таково, напримѣръ, владѣніе неизвѣстно кому принадлежащей вещью). Затѣмъ, разъ detentio отъемлема, animus обладателя (въ смыслѣ усвоенія) не имѣетъ юридическаго значенія; съ нимъ не справляются, его проявленія не ищутъ римскіе юристы. Другое дѣло владѣніе; на проявленіе animus possidendi было обращено вниманіе въ виду возможной неотъемлемости вещи и самостоятельной охраны ея. И вотъ, для сужденія о detentio достаточно cogrus (внѣшней стороны обладанія), для сужденія о владѣніи съ его послѣдствіями необходимо удостовѣрить cogrus и animus. Отсюда такая римская конструкція: обладаніе есть одно тѣлесное отношеніе къ вещи, владѣніе-же есть тѣлесное и духовное отношеніе. Оно есть воплощенное усвоеніе.

Б) Фактъ или право владѣніе? Это чисто-теоретическій

animus domini—желаніемъ владѣльца вести себя въ отношеніи вещи такъ, какъ поступаетъ касательно нея собственникъ. Но въ римскихъ источникахъ нѣтъ словъ: animus domini. Они взяты изъ парафраза Теофила (ad § 2 Inst. 3. 28): ψυχῆ δικαιοσύνης.

вопросъ, поставленный Савинья. До Савинья занимались практической стороной владѣнія. На этотъ вопросъ отвѣчаютъ различно. Вотъ, какія, вообще, соображенія приводятся въ литературѣ нашего вѣка.

Владѣніе есть фактъ, по мнѣнію очень многихъ писателей: Савинья, Ранда, и др.,—потому что оно защищается, будучи даже неправомѣрнымъ, недобросовѣстнымъ. Такъ, защищается владѣніе вора; значитъ, защищается одинъ фактъ. Кромѣ того, при коллизіи съ полнымъ вещнымъ правомъ, правомъ собственности, владѣніе должно уступить послѣднему.

Владѣніе есть право, утверждаютъ другіе: Гансъ, Герингъ, Брунсъ и т. д., ибо оно охраняется средствами судебной защиты. Оно есть, именно, юридическое отношеніе. И воръ, какъ владѣлецъ, имѣетъ право. Онъ охраняется противъ посягательства 3-хъ лицъ (не собственника) на его владѣніе. А что владѣніе при коллизіи должно уступить другому праву, въ томъ нѣтъ ничего противнаго праву.

Мало того, есть писатели, называющіе владѣніе одновременно фактомъ и юридическимъ отношеніемъ (Виндшейдъ), фактомъ съ юридическими послѣдствіями, фактомъ и правомъ.

Данный вопросъ — несамостоятеленъ; онъ зависитъ отъ другого, болѣе общаго—что понимать подъ правомъ. Тѣ, которые довольствуются опредѣленіемъ права въ смыслѣ (юридическаго) отношенія, защищаемаго судомъ, понимаютъ владѣніе, какъ право. Другіе, не довольствуясь помянутымъ признакомъ права, видя въ правѣ что-то особое отъ юридическаго отношенія, ве мирятся съ признаніемъ за воромъ права на владѣніе ¹⁾. Что говорили римскіе юристы?

Римскіе юристы ребромъ вопроса не ставили. Въ отдѣльныхъ же случаяхъ въ источникахъ встрѣчаются намеки на тройное рѣшеніе вопроса, изъ которыхъ образовались три взгляда въ современной литературѣ: владѣніе—фактъ ²⁾, владѣніе—право ³⁾, владѣніе—отчасти фактъ, отчасти право ⁴⁾.

¹⁾ Если, держась въ настоящемъ спорѣ реального взгляда на право, подъ правомъ разумѣть отношеніе, приспособленное къ требованіямъ общезжитія, владѣніе придется признать правомъ, потому что и отношеніе вора (его держаніе, пользованіе и т. д.) считается въ общезжитіи допустимымъ, не только въ главахъ постороннихъ, но и даже собственника, когда послѣднему затруднительно доказать свое право.

²⁾ Fr. 1 § 3. D. 41. 2 (Павель): — eam enim rem facti non iuris esse Fr. 19 D. 4. 6 (Палиньякъ):—possessio autem plurimum facti habet.

³⁾ Fr. 49 D. 41. 2: possessio plurimum ex iure mutatur.

⁴⁾ L. 10 C. 7. 32: nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore, etc.

... инициальной фазе...
 ...ищет...
 ...составить...
 ...машины...
 ...машины...
 ...машины...

На нашъ взглядъ, то обстоятельство, что римскіе юристы не признавали рѣшительно и постоянно владѣніе правомъ, объясняется отчасти такимъ соображеніемъ. По существу, владѣніе есть нѣчто реальное и относительное: для защиты его требуется, напримѣръ, одинъ фактъ владѣнія въ теченіе большей части года (*interdictum utrobi*); владѣлец-отвѣтчикъ въ процессѣ о правѣ собственности теряетъ свое право въ пользу истца и т. под. Подъ правомъ-же разумѣлось у юристовъ нѣчто идеальное: доброе и справедливое (*ius est ars boni et aequi*, fr. 1. § 1 D 1. 1). И вотъ, юристы, буквально провозглашавшіе: справедливо или несправедливо владѣніе, это совсѣмъ несущественно въ дѣлѣ защиты его (fr. 2 D 43. 17: *iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert*),— вмѣстѣ съ тѣмъ не рѣшались постоянно объявлять владѣніе полнымъ *ius*, за отсутствіемъ въ немъ иной разъ элемента справедливости (въ случаѣ недобросовѣстнаго владѣнія, владѣнія краденымъ и т. под. ¹⁾).

В) *Юридическія послѣдствія владѣнія*. Послѣдствіе владѣнія въ юридическомъ значеніи принято называть, согласно словамъ источниковъ, *ius possessionis*. Такихъ послѣдствій множество. Литература до Савиньи ихъ набирала болѣе 70. Напримѣръ, владѣніе *res nullius* даетъ право собственности, традиціей переносится владѣніе и т. д. Всѣ отношенія, въ которыхъ приходится владѣніе съ послѣдствіями, могутъ быть раздѣлены на 2 группы. Въ первую группу войдутъ отношенія, въ которыхъ владѣніе не исключительное условіе; тутъ оно помѣщается вмѣстѣ съ другими требованіями: для традиціи необходима еще *iusta causa traditionis*, окупация сообщаетъ владѣніе, какъ элементъ права собственности (которая пріобрѣтается вмѣстѣ со владѣніемъ). Во второй группѣ найдутъ себѣ мѣсто отношенія, гдѣ владѣніе обладаетъ исключительво ему присущими послѣдствіями Савиньи называла два такіа послѣдствія: пріобрѣтательную давность (*usucapio*) и интердикты. Но давность, на строгую повѣрку, сюда

¹⁾ Чтобы выйти изъ этой дилеммы, должно отличать право въ реальномъ смыслѣ, въ смыслѣ юридическаго отношенія, отъ права въ идеальномъ смыслѣ, какъ силы общественной природы человѣка (ср. общ. част., стр. 128). Владѣніе, несомнѣно, есть юридическое отношеніе, оно имѣетъ юридическія послѣдствія. И въ качествѣ юридическаго отношенія, владѣніе можетъ быть названо правомъ въ субъективномъ смыслѣ или правомочіемъ, такъ какъ юридическое отношеніе состоитъ изъ правомочія и обязанности. Но не всегда право и правомочіе совпадаютъ; поэтому владѣніе не тождественно съ правомъ въ идеальномъ значеніи.

не подходить, потому что, кромѣ possessio, еще требуется titulus и bona fides. Ей мѣсто въ первой группѣ. Остается одно исключительное послѣдствіе — интердикты. Владѣніе, какъ особый институтъ, и есть, именно, интердиктное владѣніе.

Отдѣлъ второй. Владѣніе, какъ юридическое отношеніе.

Владѣніе, какъ юридическое отношеніе, разсматривается по субъектамъ и объекту его, съ точки зрѣнія пріобрѣтенія и прекращенія его.

А) *Субъектами* владѣнія могутъ быть всѣ правоспособныя лица (лица способныя пріобрѣтать вещныя права, право собственности), и физическія и юридическія.

Если физическое лицо недѣеспособно — будь-то ребенокъ, сумасшедшій — владѣніе за ними все-же признается; а осуществленіе его совершается чрезъ опекуновъ или попечителей. Только за подвластными дѣтьми доклассическое право, не допускавшее никакихъ имущественныхъ правъ, не признавало и владѣнія (49 § 1 D 41. 2); но классическіе и позднѣйшіе законодатели, признавшіе самостоятельное право дѣтей въ peculium castrense, quasi-castrense и bona adventicia, допустили въ нихъ и владѣніе (такъ что ограниченіе сохранилось только относительно peculium profecticium, принадлежащаго домовладыкѣ). Рабы, не имѣвшіе никакихъ правъ, не имѣли права владѣнія.

Юридическія лица, какъ субъекты производной правоспособности, получаютъ отъ законодателя право владѣнія (fr. 1 § 2. D 41. 2: municipes *p̄r se* nihil possidere possunt, — fr. 2 D 41. 2: sed hoc iure utimur, ut et possidere — municipes possint). Осуществленіе владѣнія совершается при помощи органовъ юридическаго лица (per servum, — per liberam personam, ibid.).

Какъ быть, когда сходятся нѣсколько владѣльцевъ на одну и ту-же вещь? Тутъ допускается владѣніе въ *опредѣленныхъ недѣлимыхъ частяхъ* (pro partibus indivisis — напр., въ 1/2, 1/4 общаго имѣнія). Но не допускается одновременное владѣніе каждаго изъ совладѣльцевъ цѣлою вещью — *compossessio plurium in solidum*. Послѣднее положеніе такъ наглядно поясняется Павломъ (fr. 3 § 5 D 41. 2): нѣсколько субъектовъ не могутъ владѣть одною и тою-же вещью цѣликомъ, какъ видимо, ты не можешь стоять тамъ, гдѣ я стою, си-

дѣть тамъ, гдѣ я сижу. Но нѣкоторые юристы (Требацій, Ульпіанъ), вопреки Павлу и другимъ (fr. 3. § 5 *ibid.*), по видимому, допускали одновременное владѣніе *in solidum* двухъ субъектовъ, изъ которыхъ одинъ *iustus possessor*, а другой—*iniustus* (воръ и т. под.). Такое-же совладѣніе *in solidum* видѣли юристы (Сабинъ) въ прекаріи: тутъ и хозяинъ, и получившій прекарій—оба какъ-бы считались совладѣльцами *in solidum*¹⁾.

Б) *Объектъ* владѣнія—тѣлесная вещь (fr. 3. § 7: D. 41. 2: *possideri autem possunt quae sunt corporalia*). Безтѣлесная вещь, напримѣръ, субъективное право или *universitas rerum* (стадо, наследство и т. под.), не можетъ быть, строго говоря, предметомъ владѣнія (fr. 4 § 27 D. 41. 3:—*non possideri intelligitur ius incorporale*; fr. 30 § 2. D. 41. 3: *non autem grex univrsus sic capiatur usu, quomodo singulae res*). Свободный человѣкъ, хотя-бы онъ былъ подвластнымъ, не составляетъ объекта владѣнія. Такъ, отецъ не владѣетъ подвластнымъ сыномъ. Равнымъ образомъ, не могутъ быть предметами владѣнія вѣноборотныя вещи, *res extra commercium*.

Но классическая юриспруденція, на подобіе владѣнію тѣлесною вещью, допустила владѣніе однимъ видомъ безтѣлесныхъ вещей—владѣніе правомъ (*iuris quasi-possessio*); о немъ рѣчь впереди. (с. 31)

Еще должно упомянуть о контроверзѣ въ источникахъ о томъ, что служитъ предметомъ владѣнія составною вещью (*res composita*—состоящей изъ нѣсколькихъ самостоятельныхъ вещей): только цѣлое или еще, кромѣ цѣлаго, части его? Напримѣръ, приобрѣтается-ли по давности корабль, если одна или другая часть его (руль и т. под.) крадена? Можно настоящій вопросъ рѣшать, отправляясь отъ начала владѣнія: кто сначала владѣетъ цѣлымъ, у того нѣтъ сверхъ того особаго владѣнія частями цѣлаго (купившій весь домъ, владѣетъ только всѣмъ домомъ, а не отдѣльно еще и балками, дверьми и т. д., такъ что краденая балка или дверь поглощается добросовѣстностью владѣнія цѣлымъ). И наоборотъ: если владѣлецъ нѣсколькихъ вещей присоединеніемъ новыхъ вещей образуетъ составную вещь (строить домъ), у него образуется двойное владѣніе: составной вещью и ея частями, при этомъ, въ отношеніи краденой части допускается владѣніе посторонняго лица (у котораго, напримѣръ, вещь укра-

¹⁾ О попыткахъ примирить контроверзы см. напримѣръ *Азаревичъ*, система, I, 341.

дена), такъ что и давность въ отношеніи ея не течетъ въ пользу владѣльца составной вещи.

Далѣе, владѣніе, какъ и всякое юридическое отношеніе, можетъ быть приобрѣтаемо и утрачиваемо.

В) *Приобрѣтеніе владѣнія*. Римскіе юристы, образно представлявшіе владѣніе въ видѣ живой связи человѣка съ вещью съ двумя элементами: *corpore* и *animo*, требовали для приобрѣтенія его наличности обоихъ элементовъ. Fr. 3. § 1. D. 41. 2: *adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore aut per se animo*. Первый элементъ, *corpore*, касательно приобрѣтенія владѣнія обнаруживается въ какомъ-либо актѣ, выражающемъ отношеніе владѣльца къ вещи. Таковой актъ принято технически называть *apprehensio* (буквально, захватъ вещи). Второй элементъ, *animo*, познается по какому-либо юридическому основанію (напримѣръ, договору владѣльца, судебному рѣшенію и т. под.), на которое опирается владѣніе. Такое основаніе прозывается *causa possessionis*. Надлежитъ сказать объ *apprehensio* и о *causa possessionis*¹⁾.

I. *Apprehensio* понималась въ литературѣ тройко. Во-первыхъ, до Савиньи подъ *apprehensio* понимали *османіе вещи*, самое тѣлесное прикосновеніе къ вещи, непосредственный захватъ ея: именно, прикосновеніе къ движимой вещи руками, а къ недвижимой вещи — ногами. Въ тѣхъ-же случаяхъ источниковъ, гдѣ явно нѣтъ непосредственнаго захвата (fr. 1 § 21 D 41. 2: *non est corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*), — напр., при передачѣ имѣнія издали, съ холма, — усматривали вымышленный захватъ, *apprehensio ficta*. Очевидно, такое пониманіе, зачастую прибѣгавшее къ вымыслу для объясненія реальныхъ явленій, было слишкомъ узко. Во вторыхъ, Савиньи значительно шире опредѣляетъ *apprehensio* словами (*Besitz*, § 14): физическая возможность воздѣйствовать непосредственно на

¹⁾ Способъ приобрѣтенія владѣнія есть первоначальный или оригинальный способъ приобрѣтенія права (fr. 1 § 2. D. 41. 2: *adipiscimur autem possessionem per nosmet ipsos*). И передача владѣнія не образуетъ юридическаго преемства, этого производнаго способа приобрѣтенія: принимающій не производитъ своего владѣнія отъ другого, передающаго, а самъ впервые начинаетъ его. При передачѣ владѣнія, какъ говорятъ (Dernburg, Pandecten § 177) нѣтъ преемства права, а только послѣдовательность во времени (*zeitliche Aufeinanderfolge*). Contra *Strohhal*, Succession in den Besitz, 1885.

вещь и исключать чужое воздѣйствіе на нее. Данное опредѣленіе выключаетъ несущественный признакъ: осязаніе вещи владѣльцемъ. Физическую-же возможность воздѣйствія на вещь Савиньи понимаетъ въ смыслѣ *возможности осязанія*: съ момента купли покупатель становится владѣльцемъ, хотя-бы онъ въ вещи еще не прикасался. Только не было-бы препятствій къ осязанію, напримѣръ, непроходимой пропасти между приобретающимъ имѣніе и имѣніемъ. Въ третьихъ, Іерингъ идетъ еще дальше и совершенно исключаетъ не только осязаніе, но и квалификацію возможности физической. И это вполне согласно съ источниками. Такъ, читаемъ въ fr. 55 D 41. 1: если въ разставленный мною капканъ попало дикое животное и кто-нибудь выпустилъ его на волю, выпустившій животное считается нарушителемъ моего владѣнія, хотя-бы я и не зналъ о данной добычѣ. Значить, хотя, по источникамъ, и нѣтъ именно физической возможности, владѣніе все-же приобретается. Такимъ образомъ, подъ apprehensio приходится понимать, вообще, *какую-либо* (не непременно физическую) *возможность воздѣйствія*, опредѣляемую по совокупности обстоятельствъ обыденной жизни. Въ этомъ-же широкомъ смыслѣ выражаются источники: *summan hanc puto esse, ut, si in potestatem meam pervenit, meus factus sit (ibid.)*¹⁾.

Обстоятельства-же обыденной жизни, по которымъ мы узнаемъ о какой-либо возможности воздѣйствія на вещь, какъ о признакъ приобретенія владѣнія, довольно разнородны. Они взвѣшиваются особо въ каждомъ случаѣ. Вотъ, примѣры. Я — не владѣлецъ брошенныхъ денегъ на дорогу, я — владѣлецъ камня, сброшеннаго съ телеги на мостовую (положимъ, для починки ея). На мое поле, хотя-бы въ мое отсутствіе, привезли навозъ и свѣлили тамъ — я владѣлецъ навоза. При передачѣ владѣнія складомъ или магазиномъ обыкновенно передаются ключи (74 D 18. 1: *claves apud horrea traditae sint*). При передачѣ товара вручается накладная (конносаментъ). При передачѣ недвижимостей вручаются нерѣдко документы, свидѣтельствующія о продажѣ или дареніи (1. С. 8. 53). Владѣніе дикими животными приобретается помѣщеніемъ ихъ въ такое мѣсто, откуда они не могутъ убѣжать (*custodia*).

¹⁾ Іерингъ опредѣляетъ apprehensio какъ возможность воздѣйствія владѣльца, какъ *собственника*. Это опредѣленіе стоитъ въ связи съ его отпавнымъ опредѣленіемъ владѣнія, какъ видимости и реальности права собственности. Слова изъ источниковъ, на которыя опирается Іерингъ (2 С 7. 32): *omnia ut dominum gessisse*.

Далѣе, кромѣ apprehensio. для приобрѣтенія владѣнія требуется наличность второго элемента, animus possessionis. Онъ познается изъ causa, основанія владѣнія.

II. *Causa possessionis* — юридическое основаніе, по которому приобрѣтается владѣніе. Такимъ образомъ, владѣльцемъ признается тотъ, кто прикасается къ вещи въ качествѣ собственника, наслѣдника, кредитора по залогу и т. д. (Арендаторъ или ссудоприниматель — простые детенторы ¹⁾).

Ученіе о *causa possessionis* было развито древними республиканскими юристами (*veteres*). Они слѣдили извѣстную формулу (3 § 19 D 41. 2): *nemo sibi causam possessionis mutare potest* — никто не можетъ измѣнить основаніе приобрѣтенія владѣнія. Напримѣръ, лицо, обладающее въ качествѣ нанимателя (*pro conductore*) не можетъ, по своему произволу, начать владѣніе въ качествѣ собственника (*pro domino*). Истинный собственникъ сохраняетъ владѣніе, если даже наниматель продалъ-бы вещь и желалъ-бы владѣть на пользу покупателя (*fr. 32 § 1 D 41.2*). Точно также владѣющій *pro emptore* не можетъ по смерти продавца начать владѣніе *pro herede* (33 § 1 D 41. 3).

Для измѣненія *causa* недостаточно измѣненія одного/пожеланія. Надо его выразить въ дѣйствіи, изъ котораго можно было-бы судить объ измѣненіи воли: наниматель не допускаетъ хозяина къ имѣнію, заключаетъ сдѣлку о приобрѣтеніи имѣнія въ собственность и т. под.

III. *Особые случаи приобрѣтенія*. Нѣкоторые случаи приобрѣтенія владѣнія на столько выдѣляются, что носятъ даже характерныя прозванія. Такъ, *longa manu traditio* — передача владѣнія безъ прикосновенія къ вещи, когда, напримѣръ, передающій съ возвышеннаго мѣста указываетъ получающему на объектъ владѣнія. Сюда-же близко подходитъ *brevi manu traditio* — превращеніе обладателя (*detentor*) въ юридическаго владѣльца, т. е. случай приобрѣтенія, когда въ актѣ передачи нѣтъ нужды, ибо вещь уже находится въ рукахъ приобрѣтающаго владѣльца. Оба приведенные случаи не противоположны. Они имѣютъ то общее, что не бываетъ прикосновенія къ вещи, ибо при *longa manu traditio* вещь находится вдали, а при *brevi manu traditio* она уже въ рукахъ приобрѣтающаго.

¹⁾ *Causa possessionis* переводится иногда (Ширмеръ и др.): характеръ владѣнія (есть-ли то обладаніе, юридическое владѣніе, владѣніе собственника и т. д.).

А, вотъ, прямую противоположность *brevi manu traditio* (превращенію обладателя во владѣльца) образуетъ такъ-называемое романистами *constitutum possessorium*, подъ которымъ разумѣется превращеніе владѣльца въ обладателя. Напримѣръ, домохозяинъ рѣшается (*constituit*) превратиться въ нанимателя: онъ продаетъ домъ и выговариваетъ себѣ право жить въ домѣ по найму. Ученый продаетъ свои книги публичной библіотеки, выговаривая пожизненное право пользованія ими.

Конструкція *constitutum possessorium* такова: тутъ предполагаются двѣ сдѣлки, отчуждающая владѣніе и удерживающая обладаніе ¹⁾).

IV. *Приобрѣтеніе владѣнія чрезъ представителя* ²⁾. Изъ общаго ученія о представительствѣ намъ извѣстно, что доклассическое римское право не допускало вовсе представительства, т. е., совершенія дѣйствія однимъ лицомъ отъ имени другого (*alieno nomine*) съ непосредственнымъ переходомъ юридическихъ послѣдствій отъ дѣйствія на другое (представляемое) лицо принципала. Владѣніе тогда приобрѣталось подвластными дѣтьми или рабами; но они не были, конечно, представителями. Затѣмъ, классическіе юристы, въ видѣ исключенія, допустили приобрѣтеніе владѣнія чрезъ вольноотпущенниковъ, дѣянія которыхъ въ роли представительшей (*procuratores*) на пользу патроновъ разсматривались какъ-бы продолженіемъ ихъ прежнихъ дѣйствій въ бытность рабами ³⁾. Наконецъ, въ классическомъ-же періодѣ было допущено, въ виду гражданскаго блага, *utilitatis causa* — *Pauli rec. sent. 5, 2 § 2* — всякое свободное представительство при приобрѣтеніи владѣнія (*53 D 41. 1. — per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus*).

Любопытна конструкція свободнаго представительства въ данномъ случаѣ: это есть приобрѣтеніе владѣнія *corpore alieno* ⁴⁾).

¹⁾ *Harburger*, das *constitutum possessorium*, 1881. Источники: fr. 18 D 41. 2, fr. 77 D 6. 1. II. 28, 35 C. 8. 53. — Въ литературѣ разногласіе о распознаніи и качествѣ сдѣлокъ (ихъ дѣйствительности, притворствѣ контрагентовъ и т. под.), особенно въ виду того, что *const. posses.* прикрываетъ иногда обманнаго дѣйствія должника (напримѣръ, онъ какъ-бы отчуждаетъ домъ, оставаясь жильцомъ въ домѣ).

²⁾ *Schlossmann*, *Besitzerwerb durch Dritte*, 1881. *Mitteis*, *Stellvertretung*, 1885.

³⁾ Таково правдоподобное объясненіе Шлоссмана (I. с., 161).

⁴⁾ Эта конструкція прямо вытекаетъ изъ словъ Павла (*rec. sent. 5. 2 § 1*): *possessionem acquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno*.

Усвоение вещи (*animus possidendi*) присуще самому принципалу; послѣдній заимствуетъ у другого лица, представителя, его способность выразить усвоение въ какомъ-либо дѣйстви, вѣншимъ образомъ (*corpore*). Другими словами, принципаль заимствуется дѣеспособностью представителя ¹⁾.

Еще интересны двѣ слѣдующія несовсѣмъ понятныя особенности настоящаго представительства: 1) *ignoranti etiam acquiritur possessio* (fr. 1 § 5 D 41. 2, 13 D 41. 1)—владѣніе приобрѣтается даже въ пользу лица, невѣдающаго о немъ. Попытки объяснить эти слова отправляются отъ предположенія объ общемъ полномочіи, *полной* довѣренности или о существованіи *предварительнаго* согласія принципала. Но въ источникахъ есть и противное показаніе—о неприобрѣтеніи владѣнія до *ratificatio* (fr. 42 § 1 D 41. 2); 2) недобросовѣстное отношеніе представителя (сокрытие своего качества, утайка полученнаго и т. д.), по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, не отзываются на принципалѣ (контроверза—fr. 13 D 39. 5, fr. 37 § 6 D 41. 1).

Упомянувъ объ ученіи о приобрѣтеніи владѣнія, скажемъ, далѣе, о потерѣ его.

Г) *Прекращеніе владѣнія*. Владѣніе, приобрѣтенное указаннымъ образомъ, продолжается, доколѣ не произойдетъ *actus contrarius*, т. е., доколѣ не наступитъ обстоятельство, прямо противоположное приобрѣтенію. Fr. 8 D 41. 2: *quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actum amittimus*.

Для приобрѣтенія требуется, какъ мы видѣли, наличность элементовъ владѣнія: *corpus* и *animus possessionis*, для потери—отсутствие ихъ ²⁾. Вотъ, случаи потери владѣнія:

1) при отчужденіи владѣнія (потеря *corpore et animo*), когда владѣлецъ явно отказывается (совершаетъ *derelictio rei*) или передаетъ владѣніе. Обыденное явленіе—Передача. Она безусловна, если объектъ непосредственно переходитъ изъ рукъ въ руки. Передача условна, когда принимающій не

¹⁾ Такимъ образомъ, наше объясненіе конструкціи представительства (общая часть, стр. 153) согласуется со взглядомъ римскаго юриста въ данномъ случаѣ.

²⁾ Изъ словъ Павла (fr. 8 D 41.2: *quemadmodum nulla possessio acquiri animo et corpore potest, nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*) буквально слѣдуетъ, что владѣніе теряется, когда оба элемента (*utrumque*), *corpus* и *animus*, теряются. Но это не вытекаетъ изъ другихъ мѣстъ источниковъ. Возможно прекращеніе владѣнія *solo animo* (напр., вышенамянутое *constitutum possessorium*) и *solo corpore* (рѣчь ниже).

сразу вступает во владѣніе: до его вступленія владѣніе остается за прежнимъ владѣльцемъ.

2) при *длящейся невозможности* отношенія къ вещи (потеря согреге). Именно, невозможность отношенія къ вещи должна быть болѣе или менѣе продолжительной. Иначе не теряется владѣніе. Такъ, не теряется владѣніе камнями, упавшими въ Тибръ при перевозкѣ, но немедленно вынутыми изъ рѣки (13 пр. D 41. 2) ¹⁾; продолжается владѣніе животными, имѣющими привычку возвращаться (*animus revertendi*), во время ихъ отлучки (3 § 16 D h. t.) и т. д.

Къ опредѣленію невозможности владѣнія можетъ быть полезенъ fr. 47 D 41. 2, гдѣ Папиніанъ говоритъ о прекращеніи владѣнія въ случаѣ полного отсутствія такого пристрастнаго за вещами (*neglecta a'que amissa custodia*), каковой обыкновенно проявляетъ владѣлецъ. Такъ, когда дикія животныя удаляются изъ подъ пристрастнаго (птица вылетаетъ изъ влѣтки на волю, 3 § 15 D 41. 2), когда теряется вещь, такъ что владѣлецъ не знаетъ, гдѣ искать ее, — въ подобныхъ случаяхъ теряется владѣніе (25 D 41. 2). Другое дѣло, когда *custodia* лишь на время ослабляется, а не теряется совершенно. Въ такомъ случаѣ продолжается владѣніе. Напримеръ, въ данный моментъ не могу найти такой-то книги среди другихъ книгъ въ шкапу, не припомню, въ какой ящикъ положилъ деньги и т. д. — владѣніе остается за мною (fr. 3 § 13, fr. 40 D 41. 2).

Невозможность владѣнія недвижимостью наступаетъ, когда владѣлецъ насильно изгоняется изъ имѣнія. Владѣніе вовсе не прерывается, если нападеніе на владѣльца (*deiectio*) немедленно отражается ²⁾.

Еще надо упомянуть о прекращеніи владѣнія, управляемаго *черезъ представителя* или простого замѣстителя (наемщика, ссудоприемателя и т. под.). Потеря владѣнія или обладанія замѣстителемъ только тогда лишаетъ принципала владѣнія, когда у него отнимается возможность воздѣйствія на вещь. Разъ такая возможность еще не утрачена, владѣ-

¹⁾ Владѣніе теряется, если камни извлекаются изъ воды нѣсколько времени спустя (*post tempus*).

²⁾ Нѣкоторые предполагаютъ, что въ республиканскомъ періодѣ и тайный захватъ вещи (*clandestinitas*) лишалъ владѣнія; въ классическое же время тайный захватъ отнималъ владѣніе только тогда, когда о немъ узнавалъ владѣлецъ. Значитъ, у классиковъ не тайный, а насильственный захватъ (извѣстный владѣльцу) лишалъ владѣнія.

ніе продолжается. Напримѣръ, не прерывается владѣніе принципала, когда замѣститель сходитъ съ ума, покидаетъ вещь, передаетъ ее въ обладаніе третьему лицу и т. д. Но когда представитель силою изгоняется изъ имѣнія, тогда принципалъ лишается владѣнія, такъ какъ возможность воздѣйствія на вещь у него отнимается;

3) по *смерти* владѣльца получается *vacua possessio*, незанятое владѣніе, eo ipso не переходитъ на наследника. Наслѣднику необходимо, для пріобрѣтенія владѣнія, самому вступить во владѣніе. Политическая смерть, *capitis deminutio maxima*, также влечетъ утрату владѣнія; вернувшемуся изъ плѣна предстоитъ отдѣльнымъ актомъ начать владѣніе;

4) съ *уничтоженіемъ* вещи теряется владѣніе. То-же бываетъ съ уничтоженіемъ *оборотности* ея, съ превращеніемъ ея въ *res extra commercium*.

Наконецъ, владѣніе, какъ юридическое отношеніе, подлежитъ судебному охраненію. Охраненіе его такъ оригинально, что стоитъ о немъ говорить отдѣльно.

Отдѣлъ третій. Защита владѣнія.

Во всѣхъ культурныхъ законодательствахъ, въ томъ числѣ и въ римскомъ, владѣніе обладаетъ своеобразной и довольно доступной защитой, не въ примѣръ охранѣ права собственности. По русскому, положимъ, законодательству, краткая и несложная мировая юстиція вѣдаетъ «иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія», если со времени нарушения не прошло болѣе полгода. То-же и въ Римѣ: напримѣръ, оберегалось владѣніе движимостью, продолжавшееся въ теченіе сравнительно большей части текущаго года (*maior parte huiusce anni*). Тутъ защищается самый фактъ владѣнія, другихъ доказательствъ не требуется. Это не то, что при защитѣ собственности, гдѣ можетъ быть привлеченъ цѣлый рядъ послѣдовательныхъ преемниковъ спорной вещи для доказыванія юридическихъ основаній ихъ пріобрѣтеній.

Правда, физическій законъ говоритъ: на сколько выигрывается во времени, на столько теряется въ силѣ. Потому, и юридическая сила владѣльческихъ вердиктовъ не велика. Програвшій противникъ можетъ поднять искъ о собственности, и новое рѣшеніе уничтожить прежнее. Но, какъ мы только-

что упомянули, доказать право собственности противнику не такъ легко. И тутъ на сторонѣ владѣльца то преимущество, что ему менѣ хлопотъ въ процессѣ о собственности, да кромѣ того, если у истца не хватитъ доказательствъ (затѣранъ письменный актъ купли или даренія, свидѣтели разнорѣчать о давности владѣнія и т. под.), побѣда обезпечена за владѣльцемъ-отвѣтчикомъ (ибо *actore non probante reus absolvitur*). Римскіе юристы преподавали такой практической совѣтъ, полезный и для нашего времени (fr. 24 D 6. 1): кто рѣшилъ искать вещь, тотъ долженъ посмотрѣть, нельзя-ли какимъ интердиктомъ добиться владѣнія, ибо гораздо выгоднѣе самому владѣть и принудить противника нести обязанности истца, вмѣсто того, чтобы выступать истцомъ противъ другого владѣльца.

Судебный споръ о владѣніи именуется технически *possessorium*, а вопросъ о правѣ собственности — *petitorium*. *Possessorium* имѣетъ два значенія: 1) самостоятельное — какъ ведущее къ установленію самаго владѣнія; 2) предварительно — судебное — какъ предопредѣляющее роли сторонъ въ процессѣ о собственности (*petitorium*), гдѣ истецъ — невладелецъ, отвѣтникъ — владѣлецъ. Коснемся ближе основанія и средства защиты владѣнія.

А) *Основаніе защиты владѣнія* — теоретическій вопросъ новой юриспруденціи. Римскіе юристы не ставили этого вопроса, въ качествѣ принципа. Въ нашемъ-же вѣкѣ накопилось множество теорій. Они подведены Герингомъ¹⁾ подъ двѣ группы: относительныя и абсолютныя теоріи.

1) *Относительныя теоріи* суть такія, согласно которымъ владѣніе защищается не само по себѣ, а въ отношеніи другихъ цѣлей или институтовъ (во избѣжаніе насилія надъ владѣльцемъ, ради права собственности и т. д.).

Во первыхъ, къ относительнымъ принадлежитъ теорія Савиньи, учившаго тому, что владѣніе охраняется не *per se ipsum*, ибо оно есть фактъ, а потому что нарушеніе владѣнія, какъ насиліе противъ личности, есть *delictum*. Но противъ Савиньи такъ, напимѣръ возражаютъ: посягательство на *detentio rei* есть тоже насиліе противъ детентора — отчего же *detentio* не защищается также, какъ и *possessio*?

Во вторыхъ, теорія Савиньи была видоизмѣнена Рудор-

¹⁾ Герингъ, основанія защиты владѣнія, въ началѣ.

фомъ, видѣвшимъ въ нарушеніи владѣнія посягательство не на личность, а на *общественный порядокъ*, полицейское преступленіе. Но дѣло въ томъ, что сохраненіе порядка вѣдаетъ общественная власть, а дѣла о владѣніи поднимають только сами заинтересованныя, частныя лица.

Въ третьихъ, къ относительнымъ-же принадлежитъ теорія Іеринга, согласно которой владѣніе, какъ видимость и реальность права собственности, и защищается *ради права собственности*. Трудно себѣ представить оборотъ, говорить Іерингъ, безъ владѣльческихъ средствъ защиты съ одной виндикаціей (защитой одной собственности), но можно представить оборотъ безъ виндикаціи: положеніе всѣхъ вещей походило-бы на положеніе денегъ или бумагъ на предъявителя. Владѣніе, по Іерингу, есть вспомогательный институтъ для права собственности. Защита владѣнія образуетъ дополненіе защиты собственности ради облегченія доказыванія. Во многихъ случаяхъ одного владѣнія достаточно, чтобы отстоять право собственности, — на примѣръ, при защитѣ бумагъ на предъявителя, владѣлецъ которыхъ (акцій, облигацій, билетовъ въ театръ и т. д.) предполагается собственникомъ. Если-же на ряду съ правомѣрными владѣльцами защищаются и неправомѣрные (воръ, грабитель и т. под.), то это сравнительно рѣдкое исключеніе, искупаемое выгодой въ большинствѣ случаевъ. — Возраженія противъ теоріи Іеринга: 1) Іерингъ игнорируетъ самостоятельное значеніе владѣнія, его независимую постановку, признаваемую римскими юристами (1 § 2 D 43. 17: *separata esse debet possessio a proprietate*, 12 § 1 D 41. 2: *nihil commune habet proprietas cum possessione*); 2) если-бы владѣніе защищалось главнымъ образомъ на пользу собственника, оно не охранялось-бы противъ собственника; между тѣмъ владѣлецъ-несобственникъ въ процессѣ о владѣніи выигрываетъ противъ невладѣльца-собственника.

II) *Абсолютныя теоріи* пытаются объяснить защиту владѣнія *per se ipsum*, безотносительно къ другимъ институтамъ. Сюда можно отнести главнымъ образомъ, двѣ теоріи, изъ которыхъ одна можетъ быть названа волевой, а другая эконо-мической.

Волевая теорія — самая распространенная. Она ведетъ начало со времени знаменитаго германскаго метафизика 30-тъ годовъ Гегеля, положившаго въ основу своей право-

вой системы волю индивида. Впервые ее применил къ вопросу о владѣнн Гансъ; нѣсколько видоизмѣняли Брунсъ и др. Мы владѣемъ вещью, говорить Гансъ, потому что хотимъ владѣть; у насъ есть индивидуальная воля. Если индивидуальная воля/совпадаетъ съ общеою волей, мы имѣемъ право собственности; если она ^{не} совпадаетъ, имѣемъ владѣнне.— Возраженіе дѣлается такого рода: воля имѣется у правомѣрнаго и неправомѣрнаго владѣльца, — почему-же воля перваго въ процессѣ о возстановленн владѣнн (когда изгнанный владѣлецъ вчинаетъ искъ противъ изгнаннаго владѣльца) побѣждаетъ волю перваго?¹⁾

Экономической теоріей можно назвать слѣдующее объясненіе Дернбурга (Pandecten, § 170): владѣнне есть „фактической общественной порядокъ“ (thatsächliche Gesellschaftsordnung), данное распределеніе имущественныхъ благъ. Оно обезпечиваетъ индивиду средства удовлетворенія его потребностей. Неприкосновенность нашего имущественнаго положенія не менѣе потребно, какъ и правовая защита.— Но какъ определеніе владѣнн, такъ и объясненія его защиты въ приведенныхъ подлинныхъ словахъ Дернбурга даны въ такой общей формѣ, что не даютъ ничего характернаго для владѣнн, какъ особаго юридическаго института (вѣдь, всякое-же имущественное право обезпечиваетъ средства удовлетворенія потребностей).

III) Современная, равно какъ и римская защита владѣнн въ ея оригинальномъ проявленн, покоится на томъ направленн отношенія челоѣка къ вещи, которое можетъ быть названо *инертностью усвоенія*.

Владѣнне инертно въ томъ смыслѣ, что, разъ усвоеніе вещи предпринимается въ извѣстномъ направленн (однимъ даннымъ лицомъ), оно и продолжается въ этомъ направленн и приводитъ къ желанному концу (превращаясь въ полное усвоеніе, неотъемлемую собственность). На этомъ свойствѣ владѣнн изстари зиждется институтъ пріобрѣтательной давности, а по юстиніанову праву продолжительная инертность владѣння выкупаеъ даже порочность вещи (за треть-

¹⁾ Ранда дѣлаетъ такую добавку въ волевой теорн: защиты владѣнн, говорить онъ (Besitz, 250), вытекаеъ изъ того начала по которому преслѣдуется всякое незаконное нарушеніе выраженной воли; иначе сказать, защита владѣння состоитъ въ охранѣ индивидуальной воли противъ самоуправства.— Но это объясненіе слишкомъ широко выражено, а потому мало содержательно.

имъ лицомъ, долго владѣющимъ bona fide краденой вещью, скрѣпляется право собственности).

Чтобъ вывести тѣло изъ инертнаго состоянія, необходимъ толчекъ, вмѣшательство другой большей силы; чтобъ вывести владѣніе изъ statuquo, необходима бѣльшая сила, присущая собственнику (до истеченія давности). Если-же эта болѣе солидная сила собственности не обнаруживается (не поднимается невладеющимъ собственникомъ противъ владеющаго несобственника процесса о собственности, вмѣсто процесса о владѣніи), то перевѣсъ остается за даннымъ statuquo; другими словами, въ процессѣ о владѣніи владелецъ выигрываетъ даже противъ хозяина—невладельца. Но сила меньшая, неправомѣрная (голый произволъ, нападеніе на владельца, отнятіе вещи у него и т. под.) не въ состояніи поколебать statuquo владѣнія. И вотъ, владелецъ защищается противъ посягательства на его усвоеніе вещи.

Преимущество statuquo во владѣніи, какъ основное и характерное свойство его, достойное отдѣльной охраны, ясно отмѣчается римскими юристами въ словахъ (fr. 2 D 43. 17): *qualiscunq; enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet* ¹⁾. Во всемъ всегда владелецъ, при прочихъ равныхъ условіяхъ (*ceteris paribus*), имѣетъ преимущество предъ другими. *Beati possidentes*, гласитъ поговорка, состаренная романистами.

Б) *Средство защиты владѣнія*. Долго думали, что владѣніе у римлянъ защищалось только *интердиктами*, но недавно Брунсъ (*Besitzklagen*, 1874) обратилъ вниманіе и на то, что въ источникахъ упоминается о защитѣ владѣнія еще посредствомъ *кондикцій* ²⁾ *Condictiones*, вообще, въ классическое время, какъ мы знаемъ изъ общей части (стр. 242), назывались *actiones in personam*, личные иски; въ частности, то были иски опирающіеся на незаконное обогащеніе определенныхъ отвѣтчиковъ. Значитъ, *condictio possessionis* направлялась, въ случаѣ утраты владѣнія, противъ извѣстнаго лица, въ которому безъ законнаго основанія переходило владѣніе. Тутъ предметъ кондикцій—владѣніе, какъ предметъ обогащеніе

¹⁾ Хорошее объясненіе настоящихъ словъ Павла сдѣлано Брунсомъ (*Besitzklagen*, in fine).

²⁾ Вотъ, примѣры: fr. 2 D 13. 3 и fr. 25 § 1 D 47. 2—кондикція противъ изгнавшаго силою владельца изъ имѣнія; fr. 13 D 16. 1—противъ недобросовѣстнаго хранителя вещи; fr. 19 § 2 D 43. 26—противъ испросившаго вещь въ пользованіе до востребованія (*quum quod precario rogatum*).

нія.—Но *condictio possessionis*, этотъ личный искъ, охраняющій вещное право, есть исключительное явленіе. По общему правилу, владѣніе, какъ вещное право, должно охраняться вещными исками; въ нимъ и относятся интердикты.

I. *Существо* интердиктовъ состояло въ слѣдующемъ ¹⁾. Они представляли собою предварительное судопроизводство, рѣшеніе дѣла самимъ преторомъ на скорую руку, безъ всесторонняго изслѣдованія дѣла, съ возможнымъ пересмотромъ его въ порядкѣ обыкновеннаго судопроизводства, если стороны добровольно не подчинятся интердикту.

Дѣло представляется въ такомъ видѣ. Въ случаѣ нарушенія владѣнія противники обращаются къ претору (*in iure*). Удостоверивъ то обстоятельство, кто изъ нихъ на первый взглядъ болѣе справедливый владѣлецъ въ данное время, преторъ, не предрѣшая дѣла, издавалъ интердиктъ—приказъ о томъ, чтобы не мѣшали владѣть такому-то лицу. Если стороны подчинялись, дѣло этимъ кончилось. Иначе, противники должны были съ интердиктомъ обратиться во вторую стадію процесса (*in iudicio*), гдѣ судья (*iudex, arbiter*) внимательнѣе изслѣдовалъ интердиктъ, на сколько онъ согласовался съ обстоятельствомъ дѣла, и постановлялъ рѣшеніе о признаніи той или другой стороны владѣльцемъ (ср. лекціи исторіи, стр. 433).

Хотя въ концѣ исторіи римскаго права и не стало дѣленія процесса на двѣ стадіи, на *ius* и *iudicium*, тѣмъ не менѣе преторскіе интердикты, въ кодификаціи Юстиніана сохранили значеніе распоряженій, регулирующихъ лишь владѣніе, безотносительно къ праву собственности.

II) *Виды* интердиктовъ намъ извѣстны изъ историческаго курса: *interdicta adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis*. Первый видъ—*interdicta adipiscendae possessionis*—о допущеніи къ владѣнію, котораго и не имѣетъ истецъ. Сюда принадлежитъ, напримѣръ, *interdictum quorum bonorum*, посредствомъ котораго наслѣдникъ добивается владѣнія тѣлесными вещами. Таковъ-же *interdictum quod legatorum*—о выдачѣ вещей, которыми завладѣлъ легатарій ²⁾.

¹⁾ Schmidt, Interdictenverfahren, 1876. Meischer, Besitz, 1876.

²⁾ Сюда-же принадлежитъ *interdictum Salvianum*, которымъ хозяинъ добивался владѣнія хозяйственнымъ инвентаремъ арендатора, поступавшемъ въ ипотеку исправнаго платежа аренды.—Савиньи исключалъ *int. adip.* раз. изъ средствъ защиты, потому что у нихъ нѣтъ деликтнаго характера. Берингъ справедливо возражалъ: интердиктами защищается не право владѣнія, а само владѣніе.

Второй видъ—*interdicta retinendae possessionis*—объ удержаніи владѣнія. Ихъ было до Юстиніана два: *int. uti possidetis* и *int. utrubi*. При Юстиніанѣ общимъ сдѣлался *int. uti possidetis*. До него-же между ними было слѣдующее различіе:

1) *по предмету*: предметъ *int. uti pos.*—вещь недвижимая, предметъ *int. utrubi*—движимая;

2) *по времени владѣнія*: въ *int. uti pos.* побѣждаетъ владѣющій при предъявленіи просьбы о владѣніи, которое пытается захватить противникъ силой, тайно или не возвращая испрошенное (*vi, clam, precario*); въ *int. utrubi* побѣждаетъ тотъ изъ двухъ, кто владѣетъ большую часть года (*maiorem partem huiusce anni*) сравнительно съ другимъ (напр. одинъ—2 мѣсяца, а другой—1 мѣсяць);

3) *по исковой давности*: для *int. uti pos.*—цѣлый годъ (*fr. 1 pr. D 43. 17: intra annum, quo primum potestas experiundi fuerit*), для *int. utrubi*—полгода.

Мы уже упомянули, что настоящія различія сгладились во времени Юстиніана въ томъ смыслѣ, что типичнымъ сталъ *int. uti possidetis*.

Третій видъ—*interdicta recuperandae possessionis*—о восстановленіи отнятаго владѣнія. Существуетъ взглядъ, по которому въ древнеримскомъ правѣ были три рекуперативные интердикта: *unde vi* или *de vi, de clandestina possessione, de precario*,—сообразно тѣмъ тремъ способамъ, которыми происходило посягательство на владѣніе (*vi, clam, precario*). Но этотъ взглядъ относительно двухъ послѣднихъ интердиктовъ весьма оспаривается.

Int. de clandestina possessione (о возвратѣ тайно похищенной вещи) не разсматривается источниками (упоминается всего одинъ разъ); да и въ немъ по видимому не было надобности (ибо тайный захватъ владѣнія могъ быть преслѣдуемъ только тогда, когда о немъ узнавалъ пострадавшій владѣлецъ, т. е. когда захватъ становился явнымъ; а при такомъ условіи примѣнялся *int. unde vi*).

Int. de precario (о возвратѣ вещи, испрошенной до востребованія) упоминается въ источникахъ (*D 43. 26.*). Но многіе юристы (съ Іерингомъ во главѣ) оспариваютъ за даннымъ интердиктомъ владѣльческій характеръ. Контроверза стоитъ въ связи съ неясной постановкой самого отношенія, называемаго *precarium* ¹⁾.

¹⁾ Ср. *Азаревичъ* прекаріумъ 1877.

Ближе коснемся двухъ типичныхъ интердиктовъ: *uti possidetis. de vi.*

III) *Interdictum uti possidetis* въ своей формулѣ гласилъ слѣдующее (fr. 1 pr. D 43. 17): *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possidetatis, vim fieri veto.*

О происхожденіи его два мнѣнія. По одному мнѣнію (Савиньи) онъ—деликтный искъ, установленный преторомъ противъ посягательства на владѣніе и перенесенный впоследствии юристами на случай оспариванія права собственности, для опредѣленія временнаго владѣнія вещью. По другому мнѣнію (Геринга и др.)—съ самаго начала этотъ интердиктъ былъ установленъ для опредѣленія отвѣтчика въ процессѣ о правѣ собственности: объявленный владѣльцемъ по интердикту признавался отвѣтчикомъ въ виндикаціонномъ процессѣ.

По характеру своему, данный интердиктъ былъ прежде *actio duplex* (общая часть, стр. 240), такъ какъ тотъ и другой противникъ могъ быть объявленъ владѣльцемъ; тутъ споръ шель о томъ: кто изъ двухъ владѣтъ (*uter possideat*, fr. 3 § 2 D 43. 17). При Юстиніанѣ онъ сталъ скорѣе *actio simplex*¹⁾.

Противъ исца допускался отводъ—*exceptio vitiosae possessionis*, возраженіе о томъ, что владѣніе истца порочно, если онъ приобрѣталъ его насиліемъ, тайно или только до востребованія (*vi, clam, precario*),—эти способы образуютъ *tria vitia possessionis*.

Должно еще отмѣтить одну *историческую* особенность: до Юстиніана въ интердиктномъ процессѣ на тотъ случай, если споръ сразу не разрѣшался, происходила т.-наз. *fructuum licitatio*—аукціонъ плодовъ; подъ нимъ разумѣлось предоставленіе непродолжительнаго владѣнія спорнымъ предметомъ тому изъ спорящихъ, который обѣщалъ заплатить больше за пользованіе плодами сопернику въ случаѣ побѣды послѣдняго. Въ Юстиніановомъ правѣ не было *fructuum licitatio*. А затѣмъ, въ XIII вѣкѣ возникло нѣчто, напоминаю-

¹⁾ Видящіе въ интердиктѣ *actio duplex* и при Юстиніанѣ признають еще за нимъ т.-наз. *рекуперативное дѣйствіе*, т. е. его сходство съ *interd. recuperandae possessionis*. Какъ послѣдній вчиняется по отнятіи владѣнія, такъ и первый иногда въ моментъ устраненія ради удержанія владѣнія (слова источниковъ: *superior sum interdicto*—fr. 3 pr. D h. t.).

щее сказанный аукціонъ плодовъ, подъ именемъ наикратчайшаго разбирательства—*sumariissimum*. Такимъ образомъ, въ средніе вѣка споръ объ удержаніи владѣнія могъ происходить въ двухъ проявленіяхъ: въ формѣ/немедленнаго разрѣшенія — *sumariissimum*, и въ формѣ болѣе основательнаго разбирательства (на почвѣ *int. uti possidetis* Юстиніанова времени).

IV) *Interdictum de vi* (или *unde vi*) — о возстановленіи владѣнія *недвижимостью*, отнятаго *насиліемъ*. До Юстиніана нѣсколько различались два вида этого интердикта: *de vi armata*, — если изгнаніе (*deiectio*) происходило вооруженною рукою, и *de vi quotidiana* — въ другихъ случаяхъ изгнанія. При Юстиніанѣ образовался общій *int. de vi* (D 43. 16).

Истцомъ выступаетъ юридическій владѣлецъ, теряющій *насиліемъ* владѣніе. Подъ *насиліемъ* понимается *vis certa, atrox*, подъ которую подводится и *metus* (удаленіе, вынужденное угрозою).

Отвѣтчикомъ является *deiciens*, т. е. прилагающій *насиліе*. Онъ не можетъ возражать ссылкой на порочное владѣніе истца (дескать, я выгналъ, потому что истецъ порочно владѣетъ). Отвѣтчикъ обязанъ вернуть вещь *cum omni causa* (со всѣми возможными приращеніями) ¹⁾.

Дѣйствіе интердикта — въ теченіе года (*annus utilis*) со времени *насилія*; по истеченіи года — отвѣтственность не свыше наличнаго обогащенія (*in quantum locupletior factus est*).

Затѣмъ, въ источникахъ христіанскаго Рима (отъ IV в.) упоминается *actio momentariae possessionis* (*actio momenti*). Подъ нимъ понимается нѣкоторыми писателями (Куяцій, Іерингъ) распространенное дѣйствіе *interdictum de vi*: приращеніе его и для возстановленія владѣнія *движимости*, и для потери владѣнія *безъ насилія* (при занятіи чужой земли по ошибкѣ и т. д.). Другіе писатели (Брунсъ) серьезно оспариваютъ это предположеніе (допуская распространенное дѣйствіе въ формѣ того-же *int. de vi*).

Наконецъ, средневѣковая практика, въ эпоху господства кулачнаго права (*Faustrecht*) къ *interdictum de vi* присоединила такъ-наз. *actio spoli* (и *exceptio spoli* ²⁾. *Actio spoli*

¹⁾ Въ крайности, за отсутствіемъ другихъ доказательствъ, убытки опредѣлялись клятвой самого истца. Такая клятва называется *iusiurandum Zenonianum*, какъ установленная распоряженіемъ имп. Зенона (9 С 8. 4).

²⁾ Основаніе находили въ *лжесидоровыхъ декретахъ* (такъ-наз. *canon redintegranda*), по которымъ епископъ, лишенный мѣста, представлялъ на судѣ (куда привлекался мѣстною властью) *exceptio spoli*.

принадлежала не только владѣльцамъ, но и всякимъ детентамъ, защищала и движимое имущество, практиковалась не только въ случаѣ насилія, но и при всякомъ прекращеніи владѣнія помимо воли владѣльца (напр., потери движимаго имущества) и вообще имѣла значительныя особенности сравнительно съ *int. de vi*. Отсюда сложилось юридическое положеніе, имѣющее практическое значеніе и по наше время въ общегерманскомъ процессѣ: *spoliatus ante omnia restituendus*.

Отдѣлъ четвертый. Виды владѣнія.

Значительно различаются между собою обладаніе, юридическое владѣніе, производное владѣніе, владѣніе правомъ и добросовѣстное владѣніе.

А) *Обладаніе (detentio rei)*, какъ мы знаемъ, есть тѣлесное прикосновеніе къ вещи (отношеніе *corpore*). Оно не защищается интердиктомъ, а въ случаѣ посягательства на обладаніе, обладатель можетъ обратиться къ владѣльцу съ просьбой охранить его обладаніе. Такъ можетъ поступить, напиримѣръ, наниматель, какъ *detentor alieno nomine*, обращаясь къ собственнику. Кроме того, *detentor* можетъ дѣйствовать посредствомъ *actio iniuriarum*.

Изъ многихъ случаевъ обладанія выдѣляется, именно, *detentio alieno nomine*—обладаніе отъ имени и на пользу другого лица (владѣльца). Сюда относятся: обладаніе прислуги, опекуновъ, представителей, арендаторовъ, также рабовъ, а равно и лицъ, введенныхъ преторомъ въ обладаніе (*in possessionem missi* ¹⁾). Иногда обладаніе называется *possessio naturalis* ²⁾.

Б) *Владѣніе (possessio)*, въ качествѣ юридическаго отно-

¹⁾ Купецъ держитъ товаръ на комиссіи, портной исправляетъ платье заказчика, читатель пользуется книгой изъ библиотеки, жилецъ снимаетъ квартиру въ чужомъ домѣ—все они суть обладатели вещами *alieno nomine*.

²⁾ Терминъ: *possessio naturalis* въ противоположность *possessio civilis* употребляются въ разныхъ значеніяхъ: 1) для выраженія противоположности обладанія владѣнію, 2) чтобъ отмѣтить владѣніе, непризнаваемое правомъ; напр., говорится о *possessio naturalis* одареннаго супруга (дареніе между супругами не дозволено), 3) *possessio civilis*—приводящее къ давности (*ad usucapionem*—по Савиньи), *p. naturalis*—не знающее давности. (Ср. *Баронъ*, система § 113. *Vindscheid*, *Pandecten*, § 148.

шенія, охраняемаго интердиктами. Оно называется *possessio iusta* и *iniusta*, *possessio vitiosa* и *non vitiosa*.

Possessio iusta—въ смыслѣ владѣнія по юридическому основанію (*ex iusta causa*, fr. 24 D 41. 2): вслѣдствіе оккупации, традиціи и т. под., *possessio iniusta*—безъ основанія. Такъ, *iustus possessor* есть собственникъ, кредиторъ по залогу и т. д.

Possessio non vitiosa — безпорочное владѣніе, *possessio vitiosa*—порочное владѣніе (иногда также *possessio iniusta*). Намъ извѣстны уже *tria vitia possessionis*: насильственное владѣніе (*vi*), владѣніе украдкой (*clam*) и невозвращаемое по требованію лица, предоставившаго владѣніе до востребованія просителю (*precario*).

В) *Производное владѣніе* (*abgeleiteter Besitz, possessio derivativa*)—терминъ, установленный Савиньи. Подъ нимъ понимается, собственно говоря, *обладаніе* (*detentio rei*) въ немногихъ исключительныхъ случаяхъ, защищаемое *интердиктами*. Иначе сказать, это есть владѣніе съ однимъ *corpus* (*sine animo possidendi*). Главный случай, сюда относящійся—владѣніе/залогопринимателя. У должника, передающаго вещь въ залогъ кредитору, остается *possessio ad usucapionem*—именно, въ его пользу течетъ давность. Кредиторъ-же по залогу, по словамъ источниковъ, *pro alieno possidet* (fr. 13 D 41. 3). Еще производнымъ называется владѣніе *прекариемъ* (*precarium*) и *секвестраціа* (владѣніе третьяго лица спорнымъ предметомъ). Такимъ образомъ, всего три случая: владѣніе залогопринимателя, *прекариста* и *секвестра* ¹⁾.

Нѣкоторые романисты (Лерингъ, Дернбургъ) исключаютъ понятіе о производномъ владѣніи, стараясь подчинить его съ натяжкою общему типу владѣнія. Однако, такой натяжкой странный характеръ данныхъ случаевъ не устраняется. Намъ думается, что, если-бы въ источникахъ не было указаній на то, что эти случаи охраняются владѣльческими средствами, интердиктами, ихъ называли-бы тѣмъ именемъ, какое они носятъ по существу своему—*detentio rei*. По исключительнымъ-же соображеніямъ на нихъ были распространены интердикты. Возьмемъ первый случай.

Кредиторъ по залогу заинтересованъ въ судьбѣ залога

¹⁾ Есть писатели, распространяющіе производное владѣніе на владѣніе *эмфитевты* и *суперфициара* и даже на простыхъ наемщиковъ. Но все это совершенно произвольно; въ источникахъ нѣтъ указаній.

не менѣе собственника, почему перенесеніе интердикта на него отъ владѣльца совершенно въ порядкѣ вещей. Мы находимъ полную аналогію данному явленію въ перенесеніи rei vindicatio (въ формѣ actio hypothecaria in rem) отъ собственника на ипотечнаго кредитора (для защиты ипотеки). Затѣмъ, разъ былъ сообщенъ кредитору интердиктъ, юристы стали называть обладаніе залогопринимателя словомъ possessio (которое, встаети сказать, иногда означало простое обладаніе; строго спеціальнымъ терминомъ оно не было). И вотъ, образовалось новое понятіе о неполномъ, несовершенномъ владѣніи или квалифцированномъ обладаніи (Kuntze, z. Besitzlehre, 1890, p. 72).

Не безъ основанія можно также глядѣть на производное владѣніе, какъ на владѣніе правомъ совмѣстно⁹ detentio rei. Скажемъ о владѣніи правомъ.

Г) *Владѣніе правомъ (iuris quasi possessio)*¹⁾ технически обозначаетъ у римлянъ)опредѣленное отношеніе²⁾ въ чужой вещи,)составляющее содержаніе сервитута. Иначе сказать, владѣніе правомъ есть осуществленіе сервитута. Еще въ республикѣ говорилось о владѣніи узуфруктомъ, въ смыслѣ принадлежности пожизненнаго пользованія чужою вещью. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія владѣнія положеніе узуфруктуара двояко: въ отношеніи самой вещи онъ есть простой detentor, въ отношеніи права пользованія, при осуществленіи его, онъ есть quasi-possessor. Въ классическое время quasi-possessio полагалось и въ другихъ сервитутахъ.

Не надо думать, что предметомъ quasi-possessio, въ отличіе отъ possessio, является не вещь, а правомочіе на нее. Нѣтъ; предметъ—таже вещь только въ ограниченномъ отношеніи. Разница въ объемѣ отношенія къ вещи такова. Владѣніе вещью обнимаетъ отношенія въ вещи во всей ихъ совокупности, владѣніе правомъ касается лишь *известныхъ отношеній* (прохода чрезъ имѣніе, устройства балкона въ воздушномъ пространствѣ сосѣда и т. д.).

Опредѣленное отношеніе къ чужой вещи имѣетъ юридическія послѣдствія, общія со владѣніемъ вещи. касательно давности и интердиктовъ. Долго осуществляемое, оно рождаетъ прочное право на чужую вещь—сервитутъ, на подобіе того,

¹⁾ Bossert, d. Wesen d. Servitutenbesitzes, 1883. Также подобно Wendt, Pandecten, § 111.

какъ и давностное владѣніе вещью рождаетъ полное вещное право, право собственности. Также точно и добросовѣстный и недобросовѣстный владѣлецъ правомъ охраняется интердиктами: отчасти общими интердиктами, напр. *interdictum uti possidetis* (fr. 4 D 43. 17), *unde vi* (fr. 3 § 15 D 43. 16), отчасти специальными интердиктами: *de superficibus* (D 43. 18), *de itinere actuque privato*, *de aqua*, *de fonte* (D 43. 19, 20, 21).

Приобрѣтеніе и потеря *quasi-possessio* совершается также аналогично: *corpore at animo*. Необходима *apprehensio* въ переносномъ значеніи (въ смыслѣ пользованія и т. под.), требуется *causa*: по одностороннему-ли акту, или посредствомъ передачи по сдѣлѣ (*quasi-traditio* есть передача права).

Мы еще разъ встрѣтимся съ *quasi-possessio* въ ученіи о сервитутахъ. Теперь же еще отмѣтимъ то, что ученіе о *quasi-possessio* у римлянъ почти исключительно практиковалось въ отношеніи правъ на чужія вещи (изъ которыхъ однако одно, закладное право, разсматривалось, какъ мы видѣли т. наз. нынѣ производнымъ владѣніемъ,¹⁾ но на него можно также смотрѣть, *de lege ferenda*, какъ на *iuris quasi-possessio*, — *Wendt*, l. c., 294, 313).

Средневѣковая практика, — вслѣдствіе того, что римляне не указали предѣловъ защиты правъ интердиктами, — перекинула владѣльческую защиту съ сервитутовъ на разныя повинности, верховныя права, церковныя должности и даже на семейныя права. Повѣйшая практика на западѣ безусловно выключила семейныя отношенія.

D) *Добросовѣстное владѣніе (bonae fidei possessio)* бываетъ тогда, когда владѣлецъ, хотя-бы ошибочно или по невѣдѣнію, полагаетъ, что его предметъ владѣнія никому другому не принадлежитъ. Напр. вещь имъ куплена по невѣдѣнію отъ неособственника и т. под. Оно противоположно *malae fidei possessio*, недобросовѣстному владѣнію, когда кто владѣть завѣдомо чужой вещью, краденой, присвоенной и т. под.

Добросовѣстное владѣніе сравнительно съ недобросовѣстнымъ имѣетъ много преимуществъ. Его два замѣтныя преимущества: превращеніе по давности въ право собственности

¹⁾ Въ источникахъ говорится о *possessio libertinitatis, ingenuitatis* (fr. 14 D 22. 3), *libertatis, servitutis* (fr. 10 D 40. 12, fr. 3 § 10 D 41. 2). Есть-ли тутъ *quasi-possessio* — весьма темный вопросъ, не разрѣшенный римлянами.

и особая защита противъ 3-хъ лицъ несобственниковъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ тѣмъ-же искомъ (*actio Publiciana in rem*), которымъ защищается право собственности.

Вслѣдствіе легкаго превращенія добросовѣстнаго владѣнія въ собственность (благодаря одному истеченію времени) въ литературѣ оно называется иногда предполагаемой собственностью (*dominium putativum*). И дѣйствительно, юридическое положеніе добросовѣстнаго владѣльца во многомъ тождественно съ положеніемъ собственника:

1) указанная общая защита не только интердиктами, но и вещнымъ (Публиціанскимъ) искомъ. Этотъ публиціанскій искъ не дѣйствуетъ только противъ такихъ-же добросовѣстныхъ владѣльцевъ и противъ собственника (собственникъ на ту же вещь, какъ имѣющій болѣе полное право, устраняетъ претензію владѣльца посредствомъ *exceptio domini*);

2) также и въ другихъ случаяхъ посягательства на вещь добросовѣстный владѣлецъ защищается, какъ-бы вещь ему вполне принадлежала: какъ собственникъ, онъ вчинаетъ, въ случаѣ поврежденія вещи, *actio legis Aquiliae* (о поврежденіи вещей) и т. д.;

3) будучи на положеніи собственника, добросовѣстный владѣлецъ, когда онъ владѣетъ одною вещью совместно съ собственникомъ, можетъ просить о раздѣлѣ, если не желаетъ съ другимъ вмѣстѣ владѣть (7 § 2 D 10. 3).

Есть еще немало общаго между добросовѣстнымъ владѣльцемъ и собственникомъ. Даже самое право собственности, по вопросу о доступной защитѣ его помянутымъ публиціанскимъ искомъ, разсматривается добросовѣстнымъ владѣніемъ: именно, оно такъ защищается, въ качествѣ *bonae fidei possessio*. Въ дальнѣйшемъ, въ ученіи о правѣ собственности, намъ еще не разъ придется говорить о *bonae* и *malae fidei possessio*.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Право собственности ¹⁾.

Ради удовлетворенія потребностей жизни люди пребываютъ въ различныхъ отношеніяхъ къ тѣлеснымъ вещамъ. Одинъ родъ отношеній, представляющій, хотя / неполное, все-же сравнительно ²⁾ охраняемое усвоеніе вещи, называется владѣніемъ. Вполнѣ же ¹⁾ неотъемлемое и ²⁾ возможно полное усвоеніе на ³⁾ законномъ основаніи составляетъ право собственности.

Возможная полнота принадлежности вещи собственнику ея отмѣчается римскими юристами въ словахъ *dominus incipit plenam in re habere potestatem* (§ 4 J. 24)—собственность заключаетъ полное господство надъ вещью. Полное господство выражается въ обращеніи съ вещью по своему усмотрѣнію, по сколько то не возбраняется положительнымъ правомъ.

Кромѣ того, характерно обозначеніе собственности у римлянъ словомъ: *proprietas* (fr. 13 pr. D 41. 1:—*dominium mihi, id est proprietas, acquiritur—*). *Proprius* значитъ свойственный, характеризующій извѣстное свойство; *proprietas*— принадлежность извѣстнаго свойства (такъ сказать свойственность). Право собственности, выраженное настоящимъ словомъ, представляется тѣсно съ человекомъ связаннымъ, характеризующимъ свойство его существованія. Собственная вещь такъ свойственна хозяину, что она неотдѣлима отъ него до тѣхъ поръ пока онъ самъ (или въ извѣстныхъ случаяхъ гражданская власть) не отдѣляетъ ее. Собственная вещь можетъ быть отдана въ чужіе руки на пользованіе продол-

¹⁾ *Pagenstecher*, die römische Lehre v. Eigenthum, 1857—59. *Randa*, das Eigenthumsrecht, 1884.

жительны (въ наемъ), пожизненное (узуфруктъ) и даже наследственное (эмфитевзисъ)—и все-же право собственности остается неотдѣляемымъ. Въ такихъ случаяхъ оно, лишенное своего содержания, такъ и называется въ источникахъ: *nuda proprietas* (§ 1 J. 2. 4: *heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum*). Тутъ оно не утрачено: рано или поздно возможно возвращеніе содержанія права, возможно превращеніе *nuda proprietas* въ *plena potestas*.

Давая общее понятіе о правѣ собственности, слѣдуетъ еще упомянуть о томъ, что оно должно быть *законсообразнымъ*. Это значитъ, что оно должно быть *приобрѣтаемо* только способами, помянутыми въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Относительно владѣнія мы видѣли, что оно доказывается фактически (*possessor eo ipso quod possessor est plus iuris habet*). Право-же собственности доказывается гораздо труднѣе: ссылкой на законный способъ приобрѣтенія (приобрѣтеніе отъ собственника, давностное приобрѣтеніе и т. д.).

Экономическое значеніе собственности огромно: на признаніи ея покоится весь современный строй промышленной и торговой жизни. И юридическое значеніе права собственности громадно: достаточно сказать, что на него опирается большая часть системы обязательственнаго права (напримѣръ, предметами займа или купли—продажи могутъ быть только собственныя вещи) и наследственнаго права (институтъ завѣщанія возникаетъ въ исторіи съ признаніемъ индивидуальной собственности). Въ виду такого большого значенія ученіе о правѣ собственности требуетъ внимательнаго разсмотрѣнія. Начнемъ съ вопроса о содержаніи права собственности.

Отдѣлъ первый. Содержаніе права собственности ¹⁾.

Полное право собственности, эта *plena potestas*, включаетъ множество отдѣльныхъ правомочій въ отношеніи вещи; напр., право пользованія вещью, право отчужденія

¹⁾ Вопросъ о содержаніи права собственности достаточно знакомить юридическимъ свойствомъ ея. Попытки опредѣленія этого права далеко неудовлетворительны. Приводимъ нѣкоторые (Баронъ, пандекты § 125): 1) непосредственное отношеніе лица, имѣющаго волю, къ вещи, лишенной воли (Böcking), 2) отношеніе принадлежности вещи къ лицу (Wirth). 3) право на назначеніе вещи (Girtanner); 4) отождествленіе вещи съ лицомъ (Leist) и т. под.

вещи и т. д. Отдѣльныя правомочія, выдѣляемыя изъ полной собственности, могутъ имѣть самостоятельное содержаніе; напр., *ususfructus*, какъ отрѣшенное отъ собственности право на плоды вещей, имѣетъ самостоятельную постановку. Но, какъ элементъ собственности, онъ теряется въ совокупности другихъ правомочій.

Прежде чѣмъ говорить объ отдѣльныхъ элементахъ и объемѣ права собственности, упомянемъ коротко о субъектѣ и объектѣ его.

А) *О субъектѣ* много говорить не приходится. Многія лица, бывшія безправными въ цивильную эпоху, со времени *ius gentium* приобрѣли правоспособность. Напримѣръ, персидцы, не имѣвшіе прежде никакихъ цивильныхъ правъ, впоследствии получили правомочія *ex iure gentium*; подвластные дѣти, не обладавшія цивильной собственностью, постепенно въ императорскую эпоху получили право на всѣ свои приобретеныя. Только у рабовъ, какъ раньше, такъ и въ Юстиниановое время, не было частной собственности. Также поступившіе въ монастырь теряли право собственности (*Nov. 5 c. 5: εἰσελθόντι οὐκ—ἔσται κύριος αὐτῶν* etc.). Таковы болѣе крупныя лишенія имущественной правоспособности.

Б) *Объектомъ* права собственности можетъ быть только тѣлесная вещь (*res corporalis*). И все, сказанное нами въ общей части о вещахъ, какъ о предметахъ права (объ ихъ дѣленіи, вѣоборотности, юридическомъ значеніи и т. д.), имѣетъ ближайшее отношеніе къ ученію о правѣ собственности.

Безтѣлесная вещь по римскому праву не считается предметомъ права собственности ¹⁾. Поэтому, выраженія, встрѣчаемыя въ источникахъ, въ родѣ: *dominium hereditatis, negotii* и т. под.—слѣдуетъ понимать въ смыслѣ указаній на правомочіе, вытекающее изъ даннаго юридическаго отношенія.

Кстати сказать, у римскихъ юристовъ не возникало вопроса о такъ-называемой «артистической и литературной собственности» (или иначе объ авторскомъ правѣ ²⁾). Конструкція отношеній этого рода (вопросы о томъ, что такое авторское право, какъ исключительное правомочіе на публи-

¹⁾ Совокупность вещей (*universitas rerum*) можетъ быть предметомъ иска о собственности; это видно изъ допускаемаго утвержденія истца на судѣ: *gregem meum esse aio* (1 § 3 D 6. 1).

²⁾ *Шершеневичъ*, авторское право, 1891.

кацію и распространеніе артистическаго или литературнаго произведенія и т. д.)—явленіе новаго времени (со времени книгопечатанія ¹⁾).

В) *Элементы права собственности* не перечисляются римскими юристами. Но на основаніи вышеупомянутаго различенія у нихъ «*nuda proprietas*» отъ «*plena potestas*» глоссаторы и другіе романисты долго различали двѣ слѣдующія категоріи элементовъ собственности.

Первую категорію (*proprietas*) образовывали болѣе существенныя права, принадлежащія исключительно собственникамъ. Сюда относятся: 1) *ius disponendi de substantia*—право распоряженія относительно существа самой вещи (превращеніе лѣса въ пахатное поле, самое уничтоженіе предмета и т. под.); 2) *ius alienandi*—право отчужденія вещи во всѣхъ трехъ извѣстныхъ намъ видахъ его: въ видѣ передачи, отказа и допущенія чужого воздѣйствія (ср. общая часть догмы, стр. 218); 3) *ius vindicandi*—право охраны собственности, требованіе возврата ея отъ посторонняго владѣльца, не имѣющаго законнаго основанія.

Вторую категорію элементовъ (называемыхъ *правами пользованія* въ широкомъ смыслѣ, *Nutzungsrechte*) составляютъ права, которыя могутъ быть обособляемы отъ собственника. Таково прежде всего *ius possidendi* — право владѣнія: въ источникахъ говорится о самостоятельной постановкѣ владѣнія (*separata esse debet possessio a proprietate*). Затѣмъ, хозяинъ имѣетъ *ius utendi* — право пользованія *salva rei substantia* (въ противоположность *ius abutendi*—пользованію вопреки назначенію вещи ²⁾). Наконецъ, собственнику-же принадлежитъ *ius fruendi*—извлеченіе плодовъ: въ силу одного факта обособленія плодовъ (*separatio fructuum*); хотя-бы даже безъ участія и безъ вѣдома собственника, плоды поступаютъ въ собственность хозяина (упавшій зрѣлый плодъ—принадлежность хозяина).

Приведенное различеніе двухъ категорій элементовъ собственности въ средніе вѣка было видоизмѣнено въ два вида

¹⁾ Нынѣ есть писатели (напр., Виндшейдъ), признающіе произведенія науки и искусства, изобрѣтенія и т. под. за вещи бестѣлесныя, которыя рассматриваются (фигируются) положительнымъ правомъ какъ-бы тѣлесныя вещи.

²⁾ Fr. 15 § 1 D 7. 1: *mancipiorum usufructo legato non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti.*

собственности: *dominium directum* и *dominium utile* (о нихъ рѣчь ниже). Въ настоящее время оно не имѣетъ ни практическаго, ни исчерпывающаго значенія. Собственнику, на примѣръ, еще принадлежитъ *ius prohibendi* (препятствовать пользованію другихъ его вещью и т. под.). Данная группировка приводится въ видѣ примѣра, ради иллюстраціи содержанія права собственности.

Г) *Объемъ* права собственности, предѣлы содержанія его неодинаковы въ отношеніи движимаго и недвижимаго имущества. Индивидуальная собственность на движимое имущество, изстари существующая среди людей, почти не находитъ границъ въ законѣ для своего осуществленія. Какъ мы знаемъ изъ исторіи римскаго права, она была рано признана во всей полнотѣ еще XII таблицами. Правда, и частное право собственности на недвижимости, земельные участки, было извѣстно тому-же закону децемвировъ, но разработка его принадлежитъ классической эпохѣ, ко времени которой предметы общаго обладанія, пространные *agri publici*, уступили мѣсто не менѣе пространнымъ предметамъ частнаго обладанія, *latifundia*; въ это время и сложился принципъ, по которому собственнику земли принадлежитъ все воздушное пространство надъ нею и пространство, нѣдра подъ нею. (fr. 22 § 4 D 43. 24). Однако осуществленіе частнаго права собственности на недвижимости ея по римскому праву не было безграничнымъ. Оно находило предѣлы въ своемъ осуществленіи по соображеніямъ двоякаго рода: въ интересахъ всего гражданскаго общества и въ интересахъ извѣстныхъ частныхъ лицъ, именно сосѣдей собственника.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, можно сказать нѣсколько словъ и о характерѣ ограниченій права собственности. Ограниченія заключаются въ *бездѣйствіи* или *допущеніи* чужого дѣйствія. Такая двойственность соответствуетъ двойному содержанію самого права собственности: оно состоитъ или въ собственномъ дѣйствіи (*in faciendo*) или въ недопущеніи чужого дѣйствія (*in non patiendo*). Вслѣдствіе отрицанія того или другого пункта получается помннутый дуализмъ ограниченій, состоящихъ или въ бездѣйствіи собственника (*in non faciendo*) или въ допущеніи имъ чужого дѣйствія (*in-patendo*). — Назовемъ отдѣльно ограниченія въ общественныхъ и частныхъ интересахъ:

• I) *въ общественныхъ интересахъ* ¹⁾ *ограниченія* права собственности въ римскомъ правѣ казуистичны. Сюда принадлежатъ различныя юридическія обязанности (Randa, l. c. § 6: *gesetzliche Verpflichtungen*), налагаемыя нынѣ т называемыми строительными уставами, законами о судоходствѣ, добываніи минераловъ и т. под. Вотъ, нѣкоторыя постановленія римскаго права:

1) при постройкѣ зданій должны держаться «законнаго промежутка» (*spatium legitimum*, 14 D 8. 2). между ними. Это—старинный законъ XII таблицъ (объ *ambitus parietis*).

2) при постройкѣ зданій держаться законной высоты ихъ (*modus aedificiorum*, 1 § 17 D 39. 1).

3) при застройкѣ чужого матеріала (*ignum iunctum*) хозяину матеріала не дозволялось требовать его въ натурѣ (подъ предлогомъ: *ne vel aedificia sub hoc praetectu diruantur, ne vinearum cultura turbetur*—1, пр. D 47. 3) до тѣхъ поръ пока не разрушится домъ или пока матеріаль необходимъ для культуры винограда. До этого времени хозяинъ матеріала имѣлъ право требовать двойного возмездія (*actio de igno iuncto* есть *actio dupli*);

4) ради *бичевника* (чтобъ тянуть судно по рѣкѣ бичевою) и другихъ нуждъ пользованія водою побережный собственникъ обязанъ предоставить въ общее пользованіе часть берега судоходной рѣки (fr. 5 D 8. 1: всякій воленъ причалить лодку, привязать ее канатами къ дереву, сушить сѣти, выгрузать на берегу, ставить шалашъ на берегу);

5) ради *раскопки* дорогихъ камней и минераловъ землевладелецъ обязанъ допускать постороннихъ въ свое имѣніе; за то одна десятая часть доходовъ идетъ ему, другая десятая—казнѣ (3. C. 11. 6);

II) *въ интересахъ сосѣдей* еще больше ограниченія права собственности. Совокупность правъ сосѣдей на смежное имѣніе специально прозывается *сосѣдскимъ правамъ* (*Nachbarrecht*) ²⁾.

¹⁾ Принципы общественного интереса въ частномъ правѣ собственности живо изложены *Герингомъ* (цѣль въ правѣ), настоящія мысли котораго переложены съ дальнѣйшими комментаріями *Гамбаровымъ*, безмездная дѣятельность въ общественномъ интересѣ, вып. 1. — *Bekker, Jahrbuch f. d. Dogmatik*, 5. *Freund, die gesetzl. Beschränkungen d. Eigenthums im röm. R.*, 1883.

²⁾ Иногда такія ограниченія называются *легальными сервитутами*; но это названіе, во всякомъ случаѣ, неточно.

Основаніемъ ихъ служить начало взаимности, взаимные интересы сосѣдей, осуществляющихъ одинаковыя права собственности: если одинъ изъ сосѣдей не имѣетъ право сажать на границѣ деревья выше 15 футовъ, чтобъ не застѣнать, не загараживать доступъ свѣта въ смежное имѣніе. (1 § 8 D 17. 3: ne umbra arboris vicino praedio noceret) онъ имѣетъ право потребовать того-же самого отъ другого.—Сосѣдскія и другія ограниченія права собственности, по характеру своему состоятъ *in patiendo* или *in non faciendo*.

1) Къ ограниченіямъ, состоящимъ въ допущеніи чужого дѣйствія (*in patiendo*), принадлежатъ случаи, которые называются въ литературѣ *отороженіями* (*immissiones*) въ сферу сосѣдней собственности ¹⁾. Вотъ, эти случаи: а) только-что помянутое требованіе о томъ, чтобы сосѣдь подрубалъ вѣтви пограничнаго дерева, подымавшагося *quindecim pedes a terra altius* (1 § 7 D 43. 27). Въ противномъ случаѣ сосѣдь получаетъ право собственноручно обрубить дерево, и это право охраняется посредствомъ *interdictum de arboribus caedendis*; б) другой подходящий сюда случай—право ходить въ смежное имѣніе для собиранія плодовъ (*glandes*), падающихъ съ пограничнаго дерева. Это—очень древнее сосѣдское право, извѣстное еще XII таблицамъ; оно осуществлялось *tertio quoque die* ²⁾ и защищалось въ классическое время *интердиктомъ de glande legenda*; в) возбраняется сосѣду выпускать въ сосѣднее имѣніе чрезмѣрный дымъ (*fumus gravis*, напр., отъ сыроварни, *fumus casearius* ³⁾ или чрезмѣрный паръ (банный паръ, парогъ *balnearius*).

2) Ограниченія, заключающіяся въ воздержаніи собственника отъ положительныхъ дѣйствій (*in non faciendo*), содержатъ, на примѣръ, любопытное отношеніе, порождавшее на практикѣ *actio aquae pluviae arcendae*—буквально, искъ объ удержаніи дождевой воды ⁴⁾. Дѣло въ томъ, что въ Римѣ, за недостаткомъ рѣчной воды, очень дорожили дождевой водою (*aqua pluvia*), почему устраивали водохранилища, особые

¹⁾ Fr. 8 § 5 D 8. 5: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem.*

²⁾ Какъ считать *tertio quoque die* (D 43. 28): черезъ одинъ или черезъ два дня—объ этомъ разныя мнѣнія. Конечно, это зависитъ отъ того, включать-ли въ счетъ день собиранія плодовъ.

³⁾ Юристъ Аристонъ высказался въ этомъ смыслѣ въ спорѣ арендатора сыроварни въ Минтурне съ окрестными домовладѣльцами (8 § 5 D 8. 5).

⁴⁾ D 39. 3.—*Burckhard*, *actio aquae pluviae arcendae*.

стоки для нея и т. под. сооруженія. И сосѣди, напримѣръ, были весьма заинтересованы въ томъ, чтобы естественныя или искусственныя преграды теченію воды не измѣнялись, поддерживались (чтобы, напримѣръ, очень сильное теченіе изъ смежнаго имѣнія не вредило посѣвамъ или, наоборотъ, чтобы не отводилась вода въ другое мѣсто). На этомъ основаніи собственникамъ предписывалось не принимать мѣръ къ измѣненію стоковъ воды: иначе могъ возникнуть помянутый искъ о дождевой водѣ.

Отдѣлъ второй. Виды собственности.

Въ исторіи древне-римскаго права различается нѣсколько видовъ собственности утратившихъ свое значеніе ко времени Юстиніана. Затѣмъ, при рецепціи римскаго права средневѣковыя и позднѣйшія юристы, опираясь на римское право, создавали новые виды собственности. Наконецъ, изъ общаго типа частной собственности и въ настоящее время выдѣляются спеціальныя виды ея, общая собственность (*condominium*), положенія о которой, выработанныя классическими юристами, сохраняютъ свое значеніе и въ наше время. Такимъ образомъ, мы особо скажемъ о видахъ древне-римской и рецептированной собственности и въ заключеніе объ общей собственности.

А) *Виды древне-римской собственности.* До Юстиніана были двѣ классификаціи: отъ квиригской отличалась бонитарная собственность; отъ италійской—провинціальная собственность.

1) *Квиригская и бонитарная собственность*, какъ мы знаемъ изъ историческаго курса (изд. 1892 г., стр. 327) стали различаться отъ конца республики. По словамъ Гая (*Inst 2, 7*), была у древнихъ римлянъ лишь одна квиригская собственность *dominium ex iure Quiritium*. Ее могли имѣть только квириги, римскіе граждане; приобрѣталась она только цивильными способами извѣстными намъ: *sectio*, *mancipatio* (свидѣтельской сдѣлкой съ вѣсодержателемъ), *in iure cessio* (передачей предъ магистратомъ) и *usucapio* (цивильной давностью); только она защищалась полнымъ цивильнымъ искомъ (*rei vindicatio*).

Въ концѣ республики, въ оживленномъ обмѣнѣ средствъ

жизни среди миллионнаго населенія Рима, обиходныя цивильныя сдѣлки, *mancipatio* и *in iure cessio*, стали непрактичными вслѣдствіе ихъ излишняго формализма. Преторы и юристы признали достаточной одну *traditio* для возникновенія второго вида собственности. Этотъ второй видъ, приобретаемый упрощеннымъ способомъ, получилъ описательное названіе: *in bonis esse, habere*. Новѣйшими юристами собственность второго вида называется бонитарною по образцу того, какъ Теофиль, авторъ греческихъ парафраза на институціи Юстиніана, употреблялъ названіе: δεσπότης βονιτάριος ¹⁾.

Обязанная своимъ возникновеніемъ преторамъ въ случаяхъ 2) традиціи, бонитарная собственность, далѣе, допускалась преторами еще въ другихъ случаяхъ: на примѣръ, въ случаѣ наследованія по преторскому эдикту (*bonorum possessio*), въ случаѣ ввода во владѣніе преторомъ въ ветхое имущество, грозящее своимъ паденіемъ причинить вредъ сосѣду (*missio in possessionem ex secundo decreto*—въ видахъ *cautio damni infecti*) и т. д. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ за прежнимъ квинтскимъ собственникомъ, вслѣдствіе того, что квинтская собственность, строго говоря, могла быть отчуждаема только вышеназванными формальными способами, оставалось *nudum ius Quiritium*, одно пустое названіе (безъ осуществленія) квинтской собственности ³⁾.

Какъ охранялась бонитарная собственность? Вѣдь, строго говоря, квинтскій хозяинъ имѣлъ право вчинить *rei vindicatio* противъ бонитарнаго собственника, приобретающаго отъ него вещь традиціей по договору купли—продажи (ибо у него оставалось, какъ мы видѣли, *nudum ius Quiritium*). Въ этомъ случаѣ преторъ защищалъ его посредствомъ *exceptio rei venditae et traditae* ⁴⁾: несправедливое притязаніе истца отвѣтчикъ отводилъ указаніемъ на то, что вещь продана и передана ему. Противъ—же всѣхъ остальныхъ людей бонитарный собственникъ охранялся еще публицианскимъ искомъ (*actio* ⁵⁾.

¹⁾ Ribéreau *théorie de l'in bonis habere*, 1867. *Appleton*, *histoire de la propriété prétorienne*, 2 vs, 1889.

²⁾ Изъ историческаго курса мы знаемъ, что различіе между той и другой собственности еще проявлялось, кромѣ способовъ приобретенія, въ такихъ частностяхъ: 1) рабъ, отпущенный квинтскимъ *dominus*, становился *civis*, иначе онъ — *latinus*; 2) только квинтская собственность можетъ быть предметомъ легата *per vindicationem* и т. д.

³⁾ О ней рѣчь въ 3 титулѣ 21 кн. дигестъ (*D 21. 3. de exc. r. vend. et trad.*).

Publiciana in rem), если совершилось посягательство на его владѣніе¹⁾.

Настоящій дуализмъ права собственности, прошедшій черезъ всю исторію римскаго права, былъ уничтоженъ специальной конституціей Юстиніана: *de nudo iure Quiritium tollendo* (l. un. C. 7. 25). вмѣстѣ съ утратой отголоска квинритскаго права въ видѣ *nudum ius*, пропали преимущества его: всѣ послѣдствія квинритской собственности (особенно, *rei vindicatio*) въ Юстиніановомъ правѣ сообщаются всѣмъ (въ томъ числѣ, и негражданамъ), приобретающимъ неформальными способами.

II) *Италійская и провинціальная собственность*. Провинціями, какъ намъ извѣстно изъ исторіи, назывались¹⁾ покоренныя земли,²⁾ лежащія внѣ Италіи. Въ концѣ республики и въ имперіи римское государство признавало за собою полное право собственности на провинціальныя земли, а покоренные, бывшіе частными собственниками земель, оставались владѣльцами. Но ихъ владѣніе, представлявшее имъ почти тѣже правомочія, которыя вмѣстѣ почти составляли обыкновенное право собственности, было значительно полнѣе обыкновенной *possessio*. Ихъ земли были скорѣе предметомъ особаго вида собственности: именно, *провинціальной* собственности. Существенно она отличалась отъ италійской собственности тѣмъ, что могла быть во всякое время произвольно конфискована правительствомъ²⁾.

Б) *Виды рецепированной собственности*. Глоссаторы, опираясь на вышеприведенное различіе римскихъ юристовъ *nuda proprietas* отъ *plena potestas*, создали новое дѣленіе: *dominium directum* и *dominium utile*. На одинъ и тотъ-же участокъ земли существовало раздѣльное право собственности (*dominium divisum*): аллодіальному собственнику принадлежало *dominium directum* (*Obereigenthum*), а его вассалу, пользуя-

¹⁾ Эдиктъ, дарующій публиціанскій искъ, гласитъ (fr. 1 pr. D 6. 2): *si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et nondum usucurptum petet, iudicium dabo* (non—считаютъ вставкой редакторовъ digestъ).

²⁾ О конфискаціи упоминается, напримѣръ, какъ объ обыденномъ явленіи въ fr. 12 pr. D 21. 2: Луцій Тицій купилъ имѣніи въ Германіи за Рейномъ и уплатилъ часть цѣны, когда съ его наследника судомъ потребовали остальную часть цѣны, наследникъ возбудилъ вопросъ (объ отвѣтственности), говоря, что частью имѣнія были распроданы казною по рескрипту императора, а частью назначены въ награду ветеранамъ. (Спрашивается падаетъ-ли рискъ на продавца? Павелъ отвѣчалъ, что продавца не касается *futurus casus evictionis post contractam emtionem*).

щемуся землей на условіяхъ военной службы, *dominium utile* (*Untereigenthum*). Подъ *dominium utile* (т. е., защищаемой по средствомъ аналогичнаго иска, *rei vindicatio utilis*) под-водили *emphyteusis* и *superficies* ¹⁾. Но какъ ни пространны правомочія эмфитевты и суперфициарія, они, по своей кон-струкціи, обусловлены наличностью права собственности. Поэтому, о нихъ вѣрнѣе можетъ быть рѣчь, какъ о наиболее содержательныхъ правахъ на чужую вещь (*iura in re aliena*). 2

Еще среднимъ вѣвамъ принадлежитъ созданіе термина: *dominium eminens*. Подъ нимъ понимается верховное право самаго государства надъ частной собственностью. Сюда принадлежитъ право облагать хозяевъ поземельными и другими налогами, экспроприровать ихъ въ извѣстныхъ случаяхъ и т. под. Очевидно, это есть публичное, высшее государствен-ное, а не частное или гражданское право. 3

Познѣйшіе юристы стали особо говорить о *dominium revocabile*, поворотной собственности. Подъ нею разумѣется такая собственность даннаго лица, которая отъ него отхо-дитъ при наступленіи извѣстнаго обстоятельства. Напри-мѣръ, передано право собственности подъ револютивнымъ (отмѣнительнымъ) условіемъ или срокомъ: пока не женится или до совершеннолѣтія и т. д. До наступленія условія, поворотная собственность обладаетъ полными юридическими эффектами: вполне защищается, собственникъ получаетъ плоды съ вещей и т. под. Но по наступленіи обстоятельства, отнимающаго право собственности, теченіе дальнѣйшихъ пло-довъ или приращеній не идетъ уже въ пользу временнаго собственника, права же на полученные плоды сохраняются. Точно также, если временной собственникъ ограничить вещь какими-либо служебными повинностями, сервитутомъ или отдачей въ залогъ, ограниченія отмѣняются съ отмѣной его права собственности. Это выражается новѣйшей формулой: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum* ²⁾.

Отъ *dominium revocabile* отличается *dominium pendens* (*schwebendes Eigenthum*, неопредѣлившаяся собственность) ³⁾. Напримѣръ, рабомъ, принадлежащимъ одному лицу, но со-стоящимъ въ услуженіи (какъ предметъ узурруета) у дру-

¹⁾ *Landsberg*, die Glosse von Accursius und ihre Lehre vom Eigen- thum, 1833.

²⁾ *Fitting*, d. Recht d. Rückziehnug, 1856. Напр. 105 D 35. 1.

³⁾ *Wächter*, d. schwebende Eigenthum, 1871.

того лица, — куплена какая-либо вещь; пока рабъ не уплатитъ цѣны изъ имущества того или другого лица, неизвестно, кому принадлежить вещь; до тѣхъ поръ тутъ имѣется *dominium pendens*. Разница въ эффектѣ этого вида собственности сравнительно съ *dominium reusabile* очевидна: при *dominium reusabile* всѣ плоды и приращенія остаются въ собственности временнаго хозяина, а при *dominium pendens* идутъ тому, въ чью собственность поступаетъ имущество ¹⁾).

В) *Общая собственность* (въ римскомъ правѣ называемая *communio*, нынѣ — *condominium* ²⁾). Подъ нею разумѣется случай совмѣстной принадлежности одной и той-же вещи нѣсколькимъ лицамъ. По римской конструкціи, въ этомъ случаѣ сохозяевамъ принадлежать *мыслымыя части общей вещи*. Именно, юристы говорятъ, что невозможно, чтобы каждый сохозяинъ имѣлъ право на вещь цѣликомъ (*in solidum*): *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse* (5 § 15 D 13. 6), т. е., невозможна собственность, какъ и владѣніе, двоихъ на одну вещь цѣликомъ. Далѣе, тамъ-же Ульпіанъ продолжаетъ: и никто изъ двухъ не считается собственникомъ тѣлесной части предмета, но имѣть собственность въ недѣлимой части (*pro parte pro indiviso*) всего предмета. Итакъ, *condominium* есть общая собственность въ *мыслымыхъ частяхъ* (*pro partibus indivisis*).

1) *Установленіе* общей собственности обусловливается: 1) *договоромъ* товарищества (*societas*), согласно которому и опредѣляются ближайшимъ образомъ отношенія соучастниковъ (*socii*); 2) независимо отъ соглашения можетъ возникнуть *случайная общность* (*communio incidens* ³⁾), напримѣръ, при наслѣдованіи нѣсколькихъ лицъ въ одномъ имуществѣ, въ случаѣ общей находки и т. д. Когда нѣтъ особаго соглаше-

¹⁾ Еще любопытный случай *dominium pendens* есть въ залоговомъ правѣ: когда при продажѣ залога не находится покупателей, кредиторъ, съ соизволенія верховной власти (*impetratio dominii per principem*) вводится во владѣніе съ тѣмъ, что въ 2 года должникъ можетъ выкупить залогъ, а кредиторъ по залогоу можетъ отказаться отъ обращения залога въ собственность.

²⁾ *Steinlechner*, d. Wesen der iuris communio, 1876. *Rumelin*, die Theilung der Rechte, 1883. *Eisele*, z. Lehre v. Miteigentum, Arch. f. civ. praxis, Bd. 63.

³⁾ Терминъ новѣйшій составленъ по словамъ fr. 25 § 16 D 10. 2: — *et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum.*

нія между сотоварищами, тогда имъ принадлежать равныя доли ¹⁾).

П) *Что служитъ предметомъ недѣлимыхъ частей сохозяевъ: сама вещь или право собственности на вещь? То и другое предположеніе имѣло за себя сторонниковъ среди римскихъ юристовъ.*

1) Изъ нѣкоторыхъ фрагментовъ можно предположить, что были римскіе юристы, которые говорили о *partes indivisae* самой вещи. Такъ говорилось о томъ, что каждый сособенникъ могъ виндцировать часть вещи (*вчиная rei vindicatio partiaris*, 6 pr. D 6. 1) ²⁾).

2) Повидимому, больше успѣха среди римскихъ юристовъ имѣло мнѣніе «элегантнаго» діалектика Цельза о томъ, что предметомъ подѣленія служитъ не вещь, а право собственности ³⁾. И если такъ понимать предметъ недѣлимыхъ частей, то должно разумѣть при этомъ дѣленіе не содержанія права, а *объема* его осуществленія (Шерль): раздѣльно право на плоды, на отчужденіе за равноцѣнность и т. д. Съ этой точки зрѣнія *condominium* есть раздѣльное право въ нераздѣльной вещи ⁴⁾).

3) Писатели (Гиртаннеръ и др.), не допускающіе дѣлимости въ правѣ, предлагаютъ вести рѣчь о дѣлимости *стоимости общей вещи*. Ближайшую опору для своего мнѣнія они видятъ въ цѣнныхъ бумагахъ (акціяхъ, облигаціяхъ и т. под.). Но противъ этого справедливо возражаютъ: стоимость, выражаемая деньгами, имѣетъ тотъ-же характеръ, что и деньги — именно, характеръ посредствующаго орудія для приобрѣтенія другихъ возможныхъ цѣнностей. Допускать дѣлимость одной стоимости вещи, исключаящей дѣлимость вещи, — значитъ, ничего не раздѣлять (Эйзеле) ⁵⁾).

¹⁾ По предположенію нѣкоторыхъ писателей (Виндшейдъ и др.), каждый сохозяинъ имѣетъ право на полное господство всѣмъ предметомъ, ограниченное числомъ участниковъ. И разъ ограниченіе отпадаетъ — доли увеличиваются: пока трое сохозяевъ, доля каждого = $\frac{1}{3}$, если одинъ отпадаетъ, доля = $\frac{1}{2}$. Contra Górrpert и др.

²⁾ Еще ссылаются на слѣдующее выраженіе (fr. 25 § 1 D 50. 16): Quintus Mucius ait partis appellatione *rem pro indiviso significari*: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. — Возражаютъ (Eisele): римскіе юристы употребляютъ готовую терминологию, образовавшуюся «инстинктивно» въ практической жизни.

³⁾ Fr. 5 § 15 D 13. 6: et ait Celsus: — nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Сходно съ этимъ мнѣніе Помпонія, Ульпіана (40 § 4 D 39. 2) и др.

⁴⁾ Wendt, Pandecten, § 116.

⁵⁾ Германисты утверждаютъ, что нѣмецкое право знаетъ, въ отличіи

III) *Взаимныя отношенія сохозяевъ* опредѣляются такимъ общимъ положеніемъ: всякія дѣйствія относительно всей вещи (in re communi) должны совершаться съ общаго согласія, дѣйствія-же относительно отдѣльной (недѣлимой) части каждый товарищъ совершаетъ самостоятельно. На этомъ основаніи, въ какихъ-либо измѣненіяхъ касательно всей вещи каждый товарищъ имѣетъ *ius prohibendi*, право препятствовать, если онъ того не желаетъ¹⁾; но ни одинъ не можетъ препятствовать другому распоряжаться его *pars indivisa*²⁾: закладывать ее³⁾, устанавливать узуфруктъ въ ней и т. д.

Въ частности, у сохозяевъ имѣется общее владѣніе *pro partibus indivisis*; каждый имѣетъ право на плоды въ договоренной или пропорціональной долѣ и т. д.

Общая собственность есть очень зыбкое, чувствительное учрежденіе. Именно, какъ противовѣсь возможному упрямству какого-либо сотоварища, признается за другими право представлять, когда угодно, искъ о раздѣлѣ общей собственности (*actio communi dividundo*). Значитъ, общая собственность легко распадается; тѣмъ внимательнѣе и уступчивѣе должны быть сотоварищи во взаимныхъ отношеніяхъ.

IV) *Прекращеніе общей собственности* легко возможно, какъ мы только сказали, по желанію сотоварищей во всякое время. Выходъ-же одного изъ нихъ (отчужденіе своей доли другому и т. под.) не влечетъ уничтоженія *condominium*.

По особому постановленію Марка Аврелія прекращеніе еще возможно въ такомъ исключительномъ случаѣ⁴⁾: если оказывается необходимымъ произвести неизбѣжный ремонтъ вещи, на который не всѣ сохозяева согласны, то одинъ *condominus* можетъ, въ видѣ исключенія изъ общаго правила объ общемъ согласіи, совершить ремонтъ на свой счетъ. За

отъ римской *communio*, въ смыслѣ общей собственности въ недѣлимыхъ частяхъ, — общую собственность *in solidum*, такъ что каждый участникъ имѣетъ право на всю вещь сполна (а не на идеальную часть ея). Такая собственность (напр., общность супруговъ въ имуществѣ) называется ими совѣстной собственностью (*Gesamteigentum*).

¹⁾ Fr. 28 D 10. 3: Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam *invito altero* posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorum causam esse prohibentis constat.

²⁾ L. 3 C. 4. 52: falso tibi persuasum est communis praedij portionem pro indiviso—non etiam extraneo posse distrahi.

³⁾ Fr. 6 § 9 D 10. 3: двое имѣютъ общаго раба, одинъ можетъ заложить другому свою часть.

⁴⁾ Fr. 52 § 10 D 17. 2:

это онъ получаетъ право на соотвѣтствующія части другихъ сохозяевъ, которые должны съ нимъ разсчитаться въ 4 мѣсяца (съ прибавкой 12⁰/₁₀). Кто отказывается дать долево вознагражденіе, тотъ теряетъ свою долю въ пользу производившаго ремонтъ вещи ¹⁾.

V) *Искъ о раздѣлѣ* общей собственности называется *actio communi dividundo*. У этого иска двѣ цѣли: 1) подѣленіе общаго имущества и 2) установленіе личныхъ обязательствъ (*praestationes personales*) между сторонами. Вторая цѣль вызывается практическими соображеніями: если вещь недѣлима (если вещь, напр., не земля, а рабъ или животное), то она присуждается одному, а другія получаютъ право требованія на стоимость долей въ получившему общее имущество; тутъ же можетъ быть опредѣлена отвѣтственность за поврежденіе вещи и т. д. ²⁾.

Искъ о раздѣлѣ есть личный искъ (*actio in personam*), которому что имѣетъ мѣсто только среди сособственниковъ. Онъ завершается посредствомъ *adiudicatio* (присужденіе) и *condemnatio* (установленіе обязательства на извѣстную сумму).

Отдѣлъ третій. Приобрѣтеніе права собственности.

Право собственности имѣетъ своимъ объектомъ тѣлесную вещь. И оно сохраняется, не смотря на различныя измѣненія, которыя претерпѣваетъ вещь. Доколѣ-же существуетъ данная измѣняемая вещь? Этотъ вопросъ, на столько онъ затронуть въ литературѣ, разсѣвается не въ зависимости отъ измѣненія субстанціи вещи, а въ зависимости отъ формы вещи. Пока форма вещи измѣняется такъ, что вещь про-

¹⁾ Fr. 3 pr. D 10. 3: in communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve sit etc.

²⁾ Кстати упомянемъ о слѣдующемъ оригинальномъ случаѣ прекращенія общаго права собственности, о которомъ говорится въ 1 С. 7. 7: по мѣтнію юристовъ республики (*veteres*), въ томъ случаѣ, если одинъ изъ сохозяевъ, имѣющихъ долю въ общемъ рабѣ, отпускаетъ его на волю (иначе сказать совершаетъ *derelictio* своей доли), открывшаяся доля присоединяется къ долямъ другихъ сохозяевъ. Юстиніанъ-же постановилъ, что въ настоящемъ случаѣ сотоварищъ отпускающій раба, можетъ предложить другимъ товарищамъ извѣстную сумму, которую они обязаны принять по таксѣ (обыкновенный—рабъ въ 20 солидовъ, врачъ—60 солидовъ и т. д.). Патрономъ отпущенника признается одинъ сотоварищъ, иниціаторъ отпущенія на волю.

должаетъ носить *тоже имя*, до тѣхъ поръ вещь продолжаетъ существовать ¹⁾).

Способовъ приобрѣтенія права собственности немало. Прежде всего отмѣтимъ, что многія изъ нихъ составляютъ такъ-называемыя *negotia inter vivos*, нѣкоторыя суть *negotia mortis causa* (наслѣдованіе, легать и др.). Способы второго рода выключаются изъ настоящаго обзора, такъ какъ о нихъ будетъ рѣчь специально къ ученію о наслѣдственномъ правѣ. Какъ-же классифицировать способы первого рода?

А) Дѣлать способы приобрѣтенія *въ исторической послѣдовательности на гражданскіе* (*acquisitiones civiles*) и *натуральныя*, т. е. *ex iure naturali* или *iure gentium* (*acquisitiones naturalis*)! Къ первымъ относятъ: публичныя приобрѣтенія отъ государства (*praedae sectio*; *bonorum sectio* и др.), *mancipatio*, *in iure cessio* и давность. Во вторымъ—*traditio*, *occupatio* и др. Этой классификаціи мы держались въ историческомъ курсѣ (лекціи изд. 1892 г., стр. 330) ²⁾. Ей не мѣсто въ догматическомъ курсѣ, въ которомъ говорить о *mancipatio* и *in iure cessio*, этихъ устарѣвшихъ способахъ въ Юстиніаново время, не приходится.

Б) Очень распространена группировка на *первоначальныя* (*acquisitiones originariae*) и *производныя* способы приобрѣтенія (*acquisitiones derivativae*). Къ первоначальнымъ способамъ относятъ случаи, когда до приобрѣтенія вовсе не было право собственности (завладѣніе, приобрѣтеніе плодовъ и т. д.) или, хоть и былъ предшествующій собственникъ, все-же между предшествующимъ и послѣдующимъ хозяевами ^{нѣтъ} преемственной связи (давность, соединеніе вещей и т. д.). Подъ производимыми способами разумѣютъ тѣ, въ которыхъ право новаго приобрѣтателя опирается на право предшественника:

¹⁾ Для приобрѣтенія права собственности требуется какой-либо актъ, по которому можно было-бы судить о приобрѣтеніи. Такимъ актомъ, называемымъ *modus acquirendi*, обыкновенно бываетъ *traditio*, передача вещи. Въ прежней доктринѣ слѣдующимъ образомъ отличали приобрѣтеніе вещнаго права отъ приобрѣтенія обязательства (права требованія). Для приобрѣтенія вещнаго права, говорили, требуются два условія: *titulus* и *modus acquirendi*, для обязательственнаго права *modus* не требуется. Напримѣръ, кто-нибудь заключаетъ договоръ купли—продажи, — *eo ipso* онъ приобрѣтаетъ лишь право требованія, а не право собственности; для послѣдняго необходимо передать ему товаръ. Договоръ-же (купли) есть *causa traditionis* или *titulus acquirendi (pro emptore)*. Но въ этомъ случаѣ юристы обобщали то, что бываетъ только при одномъ способѣ приобрѣтенія, посредствомъ *traditio*.

²⁾ *Stern*, Unterschied zwischen civil. u. natur. Eigenthumserwerbsarten.

по волю сторонъ (traditio), по судебному рѣшенію, или по постановленію закона (отнятіе собственности въ видѣ наказанія).—Объ настоящіе группы очень обширны. Въ свою очередь, онѣ могутъ быть съ успѣхомъ разбиты на большее число группъ ¹⁾.

В) Право частной собственности есть одно изъ гражданскихъ правомочій (субъективныхъ правъ). Гдѣ мы излагали общее ученіе о гражданскомъ правомочіи (4 гл. общей части догмы), тамъ мы обратили вниманіе на общіе факторы правомочій (воля, норма, среда). Такимъ-же образомъ поступимъ и тутъ: признакомъ группировки способовъ приобрѣтенія примемъ *факторы собственности*. Можно отмѣтить слѣдующіе пять факторовъ:

I) Нерѣдко *сама природа*, безъ участія человѣка или общественныхъ силъ, образуетъ или увеличиваетъ частную собственность. Напримѣръ, течение рѣки по направленію къ одному берегу несетъ илъ и песокъ къ берегу; образуется приморна, поступающая eo ipso, въ силу своего образованія, въ собственность берегового хозяина. Въ этихъ случаяхъ возникновеніе собственности есть *явленіе природы*. Множество явленій природы представляющихъ приращеніе или измѣненіе вещей съ указанными послѣдствіями (предоставляющихъ собственность опредѣленнымъ лицамъ), группируются подъ общимъ именемъ *accessio*, комбинаціи вещей. Вотъ, прежде всего мы и будемъ говорить объ *accessio*.

II) Собственность иногда возникаетъ при помощи *тѣлесной силы человека*; человѣкъ находитъ въ природѣ незанятый участокъ земли, заброшенное движимое имущество и т. д., и овладѣваетъ тѣмъ или другимъ предметомъ. Для образованія собственности недостаточно одного факта природы (наличности заброшенной вещи, ничьей земли и т. под.); необходимо приложеніе тѣлесной силы человѣка, завладѣніе. Немало подобныхъ случаевъ образованія собственности соединяются въ одну группу подъ однимъ именемъ *occupatio*,

¹⁾ Есть еще классификація способовъ приобрѣтенія по предметамъ собственности: на движимыя и недвижимыя имущества. Напр. ее держитъ *Randa* (d. Eigenthumsrecht). Имѣющая полный *raison d'être* для современнаго права, создаваемаго совершенно особенные способы приобрѣтенія недвижимостей, эта классификація непримѣнима къ римскому праву, которое по данному вопросу не проводило рѣзкаго различія между имуществами обоого рода.

завладѣніе. На второмъ мѣстѣ у насъ будетъ рѣчь объ *occupatio*.

III) Изъ случаевъ второй группы мы выдѣлимъ такіе, въ которыхъ, хотя несмѣло и не въ видѣ общаго принципа, а скорѣе въ видѣ исключенія, все-же отмѣчается римскими юристами значеніе *духовной силы человека* въ дѣлѣ пріобрѣтенія собственности, значеніе *труда*. Изъ этихъ случаевъ составимъ особую группу: трудовое пріобрѣтеніе собственности.

IV) Слѣдующую, большую группу составляютъ пріобрѣтенія, факторомъ которыхъ является не столько тѣлесная или духовная сила индивида, сколько ихъ *общественная организція* или гражданское сообщество. Именно, въ организованномъ гражданскомъ оборотѣ происходитъ непрерывный обмѣнъ однихъ гражданскихъ благъ на другія, въ гражданскомъ судѣ опредѣляется принадлежность спорнаго предмета, въ дѣйствующемъ законодательствѣ указываются случаи пріобрѣтенія прямо въ силу закона (*ex lege*). Сюда преимущественно относятся способы пріобрѣтенія, называемыя современными романистами производными (*acquisitiones derivativae*). Изъ нихъ главнѣйшій способъ—*traditio*. Ее и поставимъ во главѣ настоящей группы.

V) Наконецъ, факторомъ собственности еще можно считать *нравственную силу* людей: сложившіеся нравы людей, ихъ привычки имѣютъ такую силу, что юристы считаются съ ними; они ихъ облачаютъ юридическими послѣдствіями. Такимъ образомъ, напримѣръ, слагается институтъ *пріобрѣтательной давности* (*usucapio*). Этимъ институтомъ заключимъ обзоръ способовъ пріобрѣтенія собственности.

Отдѣлъ четвертый. *Accessio*.

Accessio въ широкомъ смыслѣ слова означаетъ какъ простое приращеніе одной вещи къ другой, рассматриваемое какъ увеличеніе послѣдней (напр. береговой наносъ составляетъ увеличеніе берега), такъ и другія комбинаціи предметовъ собственности (напр. созрѣваніе плодовъ, открытіе клада и т. д. ¹⁾). Въ тѣсномъ-же (болѣе обыденномъ смыслѣ

¹⁾ Такое широкое пониманіе *accessio* усматривается въ источникахъ. Напр. въ fr. 9 pr. D 7. 1 говорится о томъ, что *всякое новообразование легированнаго, отказаннаго какъ легать по завѣщанію имѣнія; (quidquid in fundo nascitur),—считается плодомъ*. А ниже, fr. 9 § 4 D 7. 1. упоми-

слова) *accessio* означаетъ, именно, присоединеніе новой вещи, которая сливается съ другою вещью, составляя съ нею одно цѣлое (fr. 26 § 1 D 41. 1: *si quid additum erit, toti cedit*)¹⁾. Въ виду того, что юридическіе принципы о приобрѣтеніи собственности чрезъ *accessio* въ тѣсномъ и широкомъ смыслѣ не совсѣмъ одинаковы, мы рассмотримъ отдѣльно ту и другую *accessio*. Но предварительно спросимъ: что-же общаго между ними, почему онѣ помѣщены въ одной группѣ приобрѣтеній собственности?

Строго говоря, только *accessio*, какъ приращеніе, можетъ быть названа во многихъ случаяхъ ея факторомъ собственности въ смыслѣ *явленія самой природы*, независимо отъ другихъ факторовъ (силы человѣка, его труда и т. д.). Въ этихъ случаяхъ соединеніе вещей, какъ явленіе природы, образуетъ одно неразрывное цѣлое, и юридическая судьба его опредѣляется по правилу: *accessio rei principalis cedit* (см. общую часть догмы, стр. 117): береговой наносъ неразрывно соединяется съ берегомъ и т. д. — Въ другихъ случаяхъ, когда *accessio* принимается въ болѣе широкомъ смыслѣ, какъ появленіе особыхъ предметовъ или ихъ особыхъ комбинацій (напр. открытіе клада, приобрѣтеніе плодовъ), тогда обращаютъ вниманіе и на другіе факторы собственности (напр. приложеніе силы человѣка). Тутъ судьба собственности опредѣляется въ зависимости отъ нѣсколькихъ факторовъ: силы природы и человѣка; въ указанномъ, положимъ, случаѣ часть клада идетъ хозяину земли (значить, *отчасти accessio rei principalis cedit*) часть въ пользу находчика. Значить въ случаяхъ *accessio* обоого рода обращаютъ вниманіе на явленіе природы, какъ на факторъ собственности но не одинаковой мѣрѣ. Въ виду сказаннаго, назовемъ отдѣльно *accessio* въ спеціальномъ и въ широкомъ значеніи.

А) *Accessio* въ спеціальномъ значеніи обнимаетъ множество случаевъ неразрывнаго соединенія нѣсколькихъ вещей. Эти случаи комбинируются обыкновенно такимъ образомъ: I) присоединеніе недвижимой вещи къ недвижимой, II) присоединеніе движимой къ недвижимой, III) присоединеніе движимой вещи къ движимой.

нается: *si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat.*

¹⁾ Въ этомъ спеціальномъ смыслѣ большею частью принимается настоящій терминъ и въ литературѣ. Ср. *Rechmann, Lehre vom Eigenthumswerb durch Accession, 1867.*

1) Первая комбинація, присоединеніе недвижной къ недвижной вещи, обнимаетъ совокупность явленій, входящихъ въ составъ такъ—называемаго *берегового права* (*Uferrecht*), Сюда относятся 4 явленія: *alluvio*, *avulsio*, *alveus derelictus*, *insula in flumine nata*.

1) *Alluvio* — примоина. Это есть то, что незамѣтно и постепенно (*paulatim*) прирашается къ берегу ¹⁾, *Alluvio est incrementum latens* — скрытое наращаніе ²⁾. Она составляетъ часть берега.

2) *Avulsio* — обрывъ ³⁾. О немъ буквально слѣдующее читаемъ въ дигестахъ (7 § 2 D 41. 1): если сильное теченіе рѣки оторветъ какую-либо часть отъ твоего имѣнія и принесетъ ея моему имѣнію, очевидно, та часть остается твоею; но если нѣкоторое время она будетъ оставаться у моего имѣнія, и деревья, которыя принесетъ съ собою, пустятъ корни въ мое имѣніе, съ того времени та часть (обрывъ) считается приобрѣтенной мною. Значитъ, *avulsio* поступаетъ въ собственность, когда сама природа дѣлаетъ ее неразрывной отъ берега. А отъ *alluvio* отличается тѣмъ, что послѣдняя есть *незамѣтный* наносъ рѣки, *avulsio*-же явный очевидный наносъ.

3) *Alveus derelictus*—обсохшее русло (публичной рѣки). О немъ говорится въ § 23 J. 2. 1: если, совсѣмъ оставивъ прежнее русло, рѣка потечетъ въ другомъ мѣстѣ, высохшее дно ея поступаетъ въ собственность владѣльцевъ прибрежныхъ имѣній согласно размѣру береговой линіи; а новое русло становится принадлежностью, какъ и сама рѣка, публичнаго права. Значитъ, обнаженное дно дѣлится такимъ образомъ: одна линія проводится посрединѣ для опредѣленія смежной границы между противобережными владѣльцами, а другія, къ ней поперечныя, линіи опредѣляютъ участки сосѣдей на одномъ и томъ-же берегу.— Другія обстоятельства, напр. наводненіе (*inundatio*, § 24 I. 2. 1) не производятъ никакого измѣненія въ существующемъ правѣ собственности.

4) *Insula in flumine nata*—островъ обмелѣвшей рѣки. Онъ также принадлежитъ побережнымъ хозяевамъ, какъ

¹⁾ § 20 J. 2. 1.—Chardon, traité de droit d'alluvion, 1840.

²⁾ Fr 7 § 1 D 41. 1: per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intelligere non possimus, quantum quoque momento temporis adiciatur.

³⁾ *Alluvio*—римскій, *avulsio*—перимскій терминъ. Объ *avulsio* ср. *Archivio giuridico*, v. 31, 32.

придатокъ главной вещи—берега. Простѣйшій случай—образование острова среди параллельныхъ береговъ (fr. 7 § 3 D 41. 1): раздѣлъ острова совершается также, какъ раздѣлъ высохшаго дна, т. е., по срединѣ рѣки проводится одна линія, а къ ней поперечныя—части острова, замѣнутыя пересѣкающимися линіями, составляютъ придатки соответствующихъ береговыхъ участковъ. Въ другихъ-же, не такихъ простыхъ случаяхъ (напр. въ случаѣ образования острова въ рѣчной бухтѣ) раздѣла острова не бываетъ (Цельзъ говорить въ fr. 30 § 1 D 41. 1: *quum exsiccatus esset alveus, proximatorum fit, quia iam populus eo non utitur*)¹⁾.

II) Присоединенія движимой вещи къ недвижимой въ нѣкоторыхъ случаяхъ также рассматриваются, какъ *accessiones*. Такъ, постройки и посѣвы на чужой землѣ, какъ *res accessoriae*, признаются принадлежностями почвы, безъ которой они не могутъ существовать. Очевидно, изъ двухъ факторовъ — природнаго сочетанія обоихъ предметовъ и приложенія человеческой силы къ тому — римляне отдавали преимущество первому. Это преимущество явно выражалось въ томъ, что, какъ выше разсмотрѣнныя рѣчныя новообразования, такъ и застройки или посѣвы, въ качествѣ, именно, *природныхъ* образований, непосредственно поступали въ собственность хозяина опредѣленнаго (доминирующаго) предмета; какого-либо особаго акта съ его стороны, въ которомъ выражалась-бы воля его быть хозяиномъ вещи (напр., оккупациі) не требовалось.

1) *Inaedificatio* — постройка одного лица на землѣ другого, подчиняется правилу: *superficies solo cedit* (Gai, 2, 73). Если постройка произведена изъ чужого матеріала, зданіе принадлежит хозяину земли; но собственникъ застроеннаго матеріала имѣетъ право требовать съ хозяина земли двойного вознагражденія посредствомъ известной намъ *actio de tigno iuncto*²⁾. Мало того, право собственника земли на матеріалъ есть *dominium reusabile*, поворотная собственность: именно, по разрушеніи постройки, матеріалъ можно требовать обратно, если за него не получено вознагражденія. Не

¹⁾ Одиночнаго мнѣнія держался Лабеонъ, говорившій въ 65 § 4 D 41. 1: *insula quoque quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Spiegelberg Eigenthumsaerwerb an Flussinseln, 1886.*

²⁾ Добросовѣстные — владѣлецъ земли или арендаторъ—могутъ снять ошибочно ими возведенныя постройки (*ius tollendi*), если не получаютъ, при виндикаціи земли, вознагражденія отъ хозяина. Fr. 38 D 6. 1.

правда-ли, странно то, зачѣмъ еще требованіе *in natura*, если имѣется болѣе чѣмъ удовлетворяющая за убытки *actio de tigno iuncto*? А въ этомъ формальномъ излишкѣ, обезпечивающемъ пострадавшаго собственника, можно видѣть, на нашъ взглядъ, логическую постановку разсматриваемаго фактора собственности: пока комбинація изъ разнохозяйныхъ предметовъ составляетъ то, что полагается въ природномъ порядкѣ вещей, до тѣхъ поръ дѣйствуетъ принципъ неразрывной *accessio*; разъ указанный порядокъ нарушается, сила природы, какъ факторъ собственности, бездѣйствуетъ ¹⁾).

2) *Plantatio*—посадка растенія одного хозяина на землѣ другого. Право собственности остается за собственникомъ дерева, пока оно не пуститъ корней въ землю. Послѣ-же того какъ оно привьется къ чужой землѣ, оно становится собственностью хозяина земли ²⁾). Слѣдовательно, и тутъ юристы признавали факторомъ собственности силу природы: когда между растеніемъ и почвой образуется природная, органическая связь, съ тѣхъ поръ оно, какъ принадлежность земли, дѣлается принадлежностью хозяина ея; но на хозяина земли возлагалась обязанность дать надлежащее удовлетвореніе собственнику растенія, по требованію послѣдняго.

Спрашивается; не возвращается-ли собственность къ бывшему хозяину растенія, когда оно вырывается изъ почвы—въ родѣ того, какъ возвращается, что мы видѣли, право собственности на застроенный матеріалъ по разрушеніи дома? Предвидя этотъ вопросъ, юристы отвѣчали на него отрицательно. И любопытно, при этомъ, то, что въ мотивахъ отвѣта они оставались вѣрными тому-же фактору собственности: кирпичъ и на чужой землѣ оставался тѣмъ-же кирпичемъ, а относительно растенія можно предположить, говорили они, что, получая изъ другой земли другую пищу, оно по природѣ своей дѣлалось другимъ—и внутренность и вѣнность его измѣнялась (26 § 2 D 41. 1: *nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam*) ³⁾).

¹⁾ Аналогію нѣкоторую можно видѣть въ случаѣ съ *alveus derelictus*. Вотъ, напримѣръ, конецъ § 23 J. 2. 1: если, нѣсколько времени спустя, рѣка войдетъ въ прежнее русло, новое (нынѣ высохшее) дно станетъ собственностью тѣхъ, которые живутъ по берегу.

²⁾ Fr. 7 § 13 D 41. 1 (cf. § 31 J. 2. 1): *si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit; ex diverso, si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius fuit.*

³⁾ Кому принадлежитъ пограничное растеніе, корни котораго идутъ

3) *Satio*—посѣвъ сѣмянъ одного хозяина на землѣ другого. Право собственности на произрастанія признается за хозяиномъ земли (съ возложеніемъ на него обязательства вознаграждать добросовѣстнаго сѣятеля), по тѣмъ-же соображеніямъ, по которымъ обсуждается *plantatio* ¹⁾.

III) Присоединеніе *движимой вещи къ движимой* во многихъ изъ тѣхъ случаевъ, когда образуется цѣлое неразрывное (не отдѣляемое безъ ущерба для цѣлости вещи), рассматривается также какъ *accessio*, т. е., какъ природный придатокъ другой вещи), хозяинъ которой присуждается дать вознагражденіе собственнику присоединеннаго предмета: драгоценный камень въ чужомъ кольцѣ есть придатокъ кольца и т. д. Но для этого необходимо то, чтобы новообразование составляло хоть съ виду, повнѣшности, одно нераздѣльное цѣлое. Иначе нѣтъ *accessio*; иначе право собственности на присоединенную вещь остается за прежнимъ хозяиномъ; напр. припаяна мѣдная рука къ серебряной статуѣ—собственность на то и другое остается раздѣльной. И не смотря на то, что зачастую въ этихъ случаяхъ имѣеть мѣсто другой цѣнный факторъ собственности, трудовое начало—напр., при вышиваніи на чужомъ полотнѣ, письмѣ на чужомъ пергаментѣ—собственность не опредѣляется по этому началу. Тутъ ни трудъ, ни капиталъ не суть факторы собственности (и малоцѣнная вещь—кольцо—поглощаетъ многоцѣнную, бриліантъ). Впрочемъ, нѣкоторые юристы, какъ увидимъ, были склонны отдавать преимущество трудовому принципу въ замѣтныхъ случаяхъ его превосходства.—Вотъ, откуда подходящія явленія:

1) *Textura*—шиваніе нитокъ (пурпуровыхъ, шерстяныхъ и т. под.) въ платье: чье платье, того шитье, за которое платится собственнику пурпура и т. под. (если послѣдній вчинаеть, смотря по обстоятельствамъ, *actio furti* или *condictio*) ²⁾.

въ обоихъ участкахъ земли? Гай (7 § 13 D 41. 1) смотрѣлъ въ „корень вопроса“, представляя обоимъ сосѣдямъ общее право собственности, Помпоній (6 § 2 D 47. 7) отдавалъ дерево въ собственность того, „in cuius fundo origo eius fuerit“ (у кого выходило дерево изъ земли?).

¹⁾ Fr. 9 pr. D 41. 1 (§ 32 I. 2. 1.): qua ratione autem plantae, quae terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur.

²⁾ § 26. I. 2. 1:— licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpurae, aduersus eum qui surripuit habet furti actionem et condictioem.

2) *Adiunctio* (въ специальномъ значеніи)—соединеніе металловъ. Источники различаютъ *ferruminatio* — скovanje — и *adplumbatio* — спаиваніе. *Скованіе* есть образованіе путемъ ковки одного предмета изъ одного и того-же металла (*per eandem materiam facit confusionem*); напр., къ разбитой статуѣ изъ того-же металла придѣлываются недостающія части. Все вмѣстѣ образуетъ одно внѣшнее цѣлое, и даже послѣ распавденія отдѣльныя части не возвращаются ихъ прежнимъ хозяевамъ. *Спаиваніе* есть скрѣпленіе частей изъ разнородныхъ металловъ съ сохраненіемъ ихъ индивидуальности. Послѣдствія кованія и спаиванія различны: прикованная часть поглощается „единствомъ массы большей части тѣла“, а припайка можетъ быть востребована (сначала вчинается *actio ad exhibendum* — чтобы удостовѣрить фактъ спаиванія, а затѣмъ — *rei vindicatio*) ¹⁾.

3) *Scriptura* — письмо на чужомъ матеріалѣ, *pictura* — живопись на чужомъ полотнѣ. Хозяинъ пергамента или папируса есть собственникъ написаннаго произведенія, за которое онъ долженъ дать удовлетвореніе автору письма ²⁾ Живопись имѣла болѣе завидную участь: многіе юристы отдали предпочтеніе труду живописца ³⁾. Объ этомъ рѣчь ниже.

Б) *Accessio* въ болѣе широкомъ значеніи касается тѣхъ случаевъ комбинаціи предметовъ собственности, которые не опредѣляются только-что разсмотрѣннымъ принципомъ поглощенія придаточной вещи главною. Они опредѣляются другими началами, которыя иногда имѣли мѣсто и въ разсмотрѣнныхъ случаяхъ: напр., возникновеніемъ общаго права собственности. Въ болѣе-же сложныхъ явленіяхъ, гдѣ наряду съ самой природой принимаютъ участіе и другіе факторы, опредѣленіе принадлежности вещи также довольно сложно. Коснемся слѣдующихъ явленій: *confusio* и *commixtio*, находки вклада, приобрѣтенія плодовъ.

1) *Confusio* — сліяніе или сплавленіе, *commixtio* — смѣше-

¹⁾ Fr. 23 § 5 D. 6. 1: (Cassius) dicit enim, si statuæ suæ *ferruminatione* iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi.—Non idem in eo, quod *adplumbatum* sit, quia *ferruminatione* par eandem materiam facit confusionem, *plumbatura* non idem facit.—*Göppert*, über die Bedeutung von *ferruminatione* etc, 1869.

²⁾ Fr. 9 § 1 D. 41. 1: *literæ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ aedificantur, aut seruntur.*

³⁾ Fr. 23 § 3 D. 6. 1: *sed et id quod in harta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturæ.* Cp. 9 § 2 D. 41. 1.

ніе ¹⁾. Предметъ confusio—жидкія тѣла или расплавленные металлы, предметъ commixtio—твердыя (особенно сыпучія) тѣла. Общее между confusio и commixtio то, что собственность того и другого хозяина остается раздѣльной, если слитые, сплавленные или смѣшанные предметы отдѣлимы другъ отъ друга. Кроме того, само собою понятно, въ томъ случаѣ, когда confusio или commixtio совершаются по соглашенію (ex voluntate), право сохозяевъ (condominium) опредѣляется договоромъ ²⁾. Различіе въ послѣдствіяхъ нераздѣльнаго сліянія или смѣшенія обнаруживается, когда то или другое совершается случайно (fortuito) или безъ ооглашенія (non voluntate eorum) ³⁾. Въ такомъ случаѣ при confusio возникаетъ общая собственность (pro partibus indivisis), при commixtio—же нѣтъ condominium, а невладѣющій можетъ искать со владѣющаго „quantum in illo accepit sicut cuiusque esse“ (tr. 5 pr. D 6. 1).

Совершенно особенный случай—нераздѣльное смѣшеніе денегъ. Такъ, если кредиторъ, получивъ bona fide въ уплату отъ должника чужія деньги, смѣшаетъ ихъ со своими, такъ что не распознать однѣхъ отъ другихъ, полученные деньги остаются въ собственности кредитора ⁴⁾. Хозяину денегъ предоставляется искать съ должника.

П) *Открытие клада*. (thesauri inventio) ⁵⁾. Это есть открытіе въ какой-либо вещи другой цѣнной вещи, такъ давно запытанной, что прежній собственникъ ея болѣе не распознаваемъ. Настоящее опредѣленіе находимъ въ fr. 31 § D 41. 1: thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat. Древніе римляне явно считали кладъ принадлежностью (accessio) другой вещи, въ которой онъ былъ сокрытымъ ⁶⁾. Но по постановленію Адриана находчикъ получилъ право на половину клада.—Остановимся на признакахъ даннаго юридическаго отношенія:

¹⁾ §§ 27, 28 J. 2. 1.—Ascoli, della confusione e commistione, 1887.

²⁾ Fr. § 8 D 41. 1.

³⁾ Fr. 5 pr. D 6. 1.

⁴⁾ Fr. f. 8 D 46. 3: si alieni nummi inscio et invito domino soluti sunt, manent illius cuius fuerunt; si mixti essent ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris bai scriptum est.

⁵⁾ Andree, die Lehre v. Schatz, 1884.

⁶⁾ Fr. 3 § 3 D 41. 2.—Brutus et Manilius (республиканскіе юристы) putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse.

1) кладъ есть движимое имущество, имѣющее *денежную стоимость* (rescipia); безцѣнное имущество не есть кладъ (напр. находка старой подошвы при раскопѣ земли);

2) *собственникъ* спрятанной вещи *неизвѣстенъ*: этимъ кладъ отличается отъ обыкновенной *находки*. Именно, если существуетъ хозяинъ потерянной вещи, которую взялъ кто-либо, незнающій хозяина и готовый возвратитъ вещь ему, — находчикъ рассматривается, какъ negotiorum gestor, т. е., дѣйствующимъ лицомъ въ интересахъ хозяина вещи ¹⁾. Послѣдній обязанъ возмѣстить издержки находчика (на храненіе вещи и т. под.). Права же послѣдняго на „приличное вознагражденіе“ за находку (εὐρετρον, inventionis praemium), по видимому, не существовало ²⁾;

3) вещь, скрывающая кладъ, есть обыкновенно недвижимое имѣніе. Но, думать надо, по аналогіи допускался кладъ и въ движимомъ имуществѣ ³⁾.

4) кладъ, открытый въ *собственномъ* имуществѣ, вполне признается принадлежностью собственника.

5) относительно клада, открытаго въ *чужомъ* имуществѣ, дѣлается слѣдующее различіе, глядя по тому, найденъ-ли онъ намѣренно или случайно: а) кладъ, найденный въ чужомъ имѣніи намѣренно, въ поискахъ за нимъ, — идетъ собственнику имѣнія. Буде же при этомъ искатель совершалъ какія-либо заклинанія, за послѣднія онъ наказуется (1 C. 10. 15); б) если кладъ найденъ случайно, одна половина его идетъ собственнику скрывающаго имущество (въ видѣ accessio), а другая половина поступаетъ находчику (1 C. 10. 15, § 39 J. 2. 1);

6) кладъ, открытый въ *безхозяйномъ* имуществѣ, поступаетъ, конечно, въ собственность находчика (3 § 1 D 41. 1: sic enim fit eius qui invenerit quod non alterius est) ⁴⁾.

Согласно сказанному, кладъ по римскому праву есть

¹⁾ Fr. 43 § 7 и 8 D 47. 2. Обыкновенно находчики составляли письменный актъ о томъ что они то-то нашли и согласны возвратитъ по принадлежности (solent plerique etiam hoc facere, ut libellum proponant continentem, invenisse et redditurum ei qui desideravesit).

²⁾ Fr. 43 § 9 D 47. 2.

³⁾ Fr. 67 D 6. 1.

⁴⁾ Относительно случайной находки въ *священномъ имуществѣ*, (locus sacer, religiosus): при постройкѣ храма или на кладбищѣ, находятъ 2 разнорѣчивыя постановленія: 1) Адриана (§ 39 J. 2 1) — кладъ въ пользу находчика, 2) Марка Аврелія — половина клада находчику, половина въ казну (§ 10 D 9. 14).

относительно-неотъемлемое приращение (accessio) имущества, скрывающего его: онъ есть *res nullius* только когда само скрывающее имущество есть *res nullius*. Счастливый находчикъ не получаетъ, въ награду, болѣе половины; будь-же кладъ всегда *res nullius*, онъ весь достался-бы ему ¹⁾.

III) *Приобрѣтеніе плодовъ* ²⁾. Неотдѣлившійся плодъ есть часть плодоносящей вещи. Со времени отдѣленія отъ вещи плоды идутъ въ пользу лицъ, имѣющихъ право на плоды (арендаторовъ, узуфруктуаровъ). Или, если такихъ лицъ нѣтъ, въ пользу самихъ хозяевъ плодоносящей вещи. Но лица, специально управомоченныя на плоды, приобретаютъ ихъ иначе, чѣмъ управомоченныя на плодоносящую вещь. Способъ приобретѣнія первыхъ называется *perceptio*, способъ приобретѣнія вторыхъ—*separatio*.

1) *Perceptio*— снятіе плодовъ. Недостаточно отпаденія отъ источника плода; необходимъ актъ, въ которомъ выразилось-бы желаніе быть хозяиномъ плодовъ (собираніе ихъ, храненіе ихъ и т. д.). *Perceptio fructuum* обязательна для *узуфруктуаровъ* и для *арендаторовъ*. При томъ, узуфруктуаръ, какъ имѣющій непосредственное право на вещь, приобретатъ плоды одностороннимъ захватомъ, а арендаторъ—по договорной передачѣ отъ собственника (*traditio*).

Необходимость *perceptio fructuum* сказывается, напримѣръ, въ томъ, что въ судебномъ спорѣ съ собственникомъ преемники узуфруктуара или нанимателя не получаютъ плодовъ, которыя не были собраны предшественниками; плоды остаются въ пользу хозяина имѣнія ³⁾.

2) *Separatio*— отпаденіе плодовъ. Прежде всего *собственникъ* плодоносящей вещи, какъ былъ хозяиномъ плода до его отдѣленія отъ источника, такъ становится таковымъ и послѣ отдѣленія, когда плодъ превращается въ самостоятельный предметъ. Отъ собственника не требуется вступленія во владѣніе плодами: сама природа, природный актъ отдѣленія созрѣвшаго плода, устанавливаетъ право собственности хо-

¹⁾ Объ юридической природѣ клада споръ: 1) считаютъ за *res nullius* (Азаревичъ, стр. 403, и др.); 2) признаютъ за *accessio*; 3) видятъ то и другое. Ср. *Dernburg*, *Pandecten*, § 206.

²⁾ *Czyhlarz*, *Glück-Pandecten*, B. 41 и 42, p. 389 ff. *Н. Кремлевъ*, *сепарация*, какъ способъ приобретѣнія плодовъ, 1868.

³⁾ Теорія о *perceptio fructuum* узуфруктуаромъ развита Юліаномъ. Гай, по вопросу о правѣ узуфруктуара на *приплодъ* допускалъ *separatio fructuum*. Fr. 28 D 22. 1:—*itaque agni et haedi ei vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii*.

1 заина, какъ на новый, независимый предметъ (напр. 6 D 41. 1). По этому, срываніе плодовъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ создаетъ право собственности на нихъ не для послѣдняго, а для хозяина плодоносящей вещи.

2 Далѣе, такимъ-же образомъ, благодаря *separatio fructuum*, плоды приобрѣтаетъ *emphyteuta*, т. е., имѣющій наследственную аренду, эфитевзисъ (fr. 25 § 1 D 22. 1—*sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt*). *Emphyteusis* есть институтъ, вполнѣ аналогичный праву собственности; не даромъ субъектъ его обладаетъ аналогичнымъ искомъ собственника (*rei vindicatio utilis*); подобнымъ-же образомъ, какъ собственникъ, *emphyteuta* приобрѣтаетъ плоды.

3 Наконецъ, *separatio* есть способъ приобрѣтенія плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, *bonae fidei possessor*. Почему у него такое преимущество, отличающее его отъ узурпатора? Тутъ въ основаніе положено трудовое начало, о которомъ у насъ рѣчь впереди ¹⁾.

Споренъ вопросъ объ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца за плоды предъ собственникомъ. Должно отличать потребленные плоды (*fructus consumpti*) отъ наличныхъ, непотребленныхъ (*fr. exstantes*). Если собственникъ виндицируетъ вещь отъ добросовѣстнаго владѣльца, послѣдній, какъ почти всюду источники показываютъ, не отвѣчаетъ за потребленные плоды (уничтоженные или отчужденные). Поэтому, говорятъ: *b. f. possessor fructus consumptos suos facit*. Но обязанъ-ли онъ выдать непотребленные плоды, находящіеся въ наличности (*fructus exstantes*) въ началѣ гражданскаго процесса? Одни романисты (Göppert, Кремлевъ) отвѣчаютъ для классическаго права отрицательно, объясняя возложеніе настоящей обязанности по своду Юстиніана неосновательной интерполяціей («*ungeschicktes Eienschiebsel*», «неудачное нововведеніе» редакторовъ), другіе (Азаревичъ, Wendt и мн. др.) даютъ положительный отвѣтъ, обходясь безъ предположенія объ интерполяціи. Второе, господствующее мнѣніе учить: *b. f. possessor fructus interim suos facit* (т. е. пока не отобралъ собственникъ).

¹⁾ Коерпен, d. Fruchterwerb d. bonae fidei possessor, 1872.

№ 2

Отдѣлъ пятый. *Occupatio*.

До сихъ поръ мы говорили о природныхъ способахъ возникновенія собственности: сама природа, — въ видѣ ли *alluvio*, *separatio fructuum* и т. под., — независимо отъ дѣятельности человѣка, увеличиваетъ его богатство, рождаетъ ему новое право собственности. Теперь свяжемъ о тѣхъ случаяхъ, когда собственность приобрѣтается при помощи *физической силы человека*, благодаря одностороннему захвату съ его стороны. Такой захватъ или завладѣнiе называется *occupatio*.

Классическіе юристы учили: *quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*. Ссылка юристовъ на *ratio naturalis* (иначе *ius naturale*) имѣетъ двойное значеніе. Во первыхъ, она сдѣлана, чтобъ отмѣтить *исконность* явленія. Не сомнѣнно, оккупация также стара, какъ и родъ человѣчскій ¹⁾: древніе римляне жили охотой, считали неотъемлемой военную добычу. Во вторыхъ ссылка на *ius naturale* есть свидѣтельство того, что общее правило, по которому *res nullius primo occupanti cedit*, было составлено довольно поздно, только въ періодъ общенароднаго права (*ius gentium*). И такъ, оккупация, это конкретное явленіе въ цивилизую эпоху, превратилась въ общій юридическій принципъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ. Какъ объяснить отсутствіе ея среди цивилизующихъ способовъ приобрѣтенія, этой чисто-римской группировки? Какъ объяснить ея запоздалую формулировку? Удачное объясненіе находимъ у Мэна (древнее право).

Оккупация, говоритъ Мэнъ, есть физическій и сознательный захватъ владѣнiя; она есть достояніе развитой юриспруденціи. Именно, когда право собственности было освящено вслѣдствіе продолжительнаго соблюденія его, и большинство предметовъ стало частной собственностью, тогда стали приписывать одному владѣнiю способность оставлять безхозяйную вещь за первымъ владѣльцемъ. Тогда сложилось предположеніе, опирающееся на долгую практику частной собственности, о томъ, что каждый предметъ долженъ кому-нибудь принадлежать.

Знаетъ или не знаетъ оккупантъ о безхозяйности вещи,

¹⁾ Въ смыслѣ физическаго захвата она одинаково наблюдается въ мирѣ животнаго и человѣка: животное зубами защищаетъ найденную пищу, ребенокъ всей своей силежкой держится груди матери, дикарь бьется на смерть изъ-за пойманной добычи. Ср. *Летурно*, эволюція собственности.

овладѣваетъ онъ добросовѣстно или недобросовѣстно безхозяйной вещью—это несущественно для оккупаціи.— По отношенію слѣдующихъ предметовъ практикуется, главнѣйшимъ образомъ, оккупація:

1. А) *res derelictae*—заброшенные вещи, отъ которыхъ отказался прежній хозяинъ. О *derelictio*, какъ о способѣ прекращенія права собственности, скажемъ ниже (отдѣлъ 10).
2. Выморочное имущество въ древне-римскомъ правѣ считалось также *res nullius*;

Б) *res hostiles*—непріятельскія вещи—признавались безхозяйными вещами. Такими вещами считались какъ собственныя вещи воюющаго врага, такъ и вещи самихъ римлянъ, отнятыя врагомъ на войнѣ. При этомъ, воины должны были отдавать добычу полководцу, который производилъ раздѣлъ ея (*praedae sectio*), а частныя лица приобрѣтали добычу въ собственность непосредственной оккупаціей.

- Такимъ образомъ, по общему правилу римлянъ, частная римская собственность отнятая непріателемъ, превращалась въ *res nullius*. Значитъ, если кто другой изъ самихъ-же римлянъ завладѣвалъ ею на войнѣ, приобрѣталъ ее въ собственность. Изъ этого общаго правила было исключеніе: въ отношеніи нѣкоторыхъ вещей дѣйствовало такъ-называемое *ius postliminii rerum*, въ силу котораго, какъ и въ силу извѣстнаго намъ *ius postliminii personarum* (общая часть догмы, стр. 71), все возвращенное изъ плѣна поступало на прежнее положеніе, рассматривалось какъ-бы не бывшимъ въ плѣну. Подъ дѣйствіемъ *iuris postliminii* состояли кромѣ свободныхъ людей и рабовъ¹⁾, слѣдующія вещи: 1) недвижимое имущество (*agri*, 20 § D. 49. 15); 2) военные и грузовые корабли (*naves longae, onerariae*, 2 pr D 49. 15; 3) лошади (2 § 1 D eod.). Но оружіе (*arma*) не возвращалось прежнему хозяину, потому что считалось позорнымъ терять на войнѣ оружіе (2 § 2 D cod.:quod turpiter amittantur).

В) *ferae bestiae*,—дикія животныя, птицы и рыбы суть *res nullius*. О нихъ, вотъ что говорится въ § 12 I. 2. 1: «вообще, лишь только кто овладѣетъ животными—*quae terra, mari, coelo nascuntur*,—тотчасъ становится ихъ хозяиномъ *iure gentium*. И безразлично, завладѣваетъ-ли онъ ими въ

¹⁾ Fr. 19 § 10 D 49. 15: *postliminium hominibus est,—nec interest, liberi, an servi sint.*

своемъ или чужомъ имѣніи. Конечно, хозяинъ имѣнія можетъ воспрепятствовать появленію другого лица въ его имѣніи ради охоты или рыболовства. Вообще,—чѣмъ ты завладѣешь, то признается твоимъ, пока состоитъ подъ твоей охраной (*tua custodia coërcetur*). Но разъ что ускользнетъ изъ подъ охраны и вернется на свободу, то перестаетъ быть твоимъ и опять поступаетъ къ впервые овладѣвающему».

У юристовъ была контроверза о томъ, какъ опредѣлить *начальный моментъ овладѣнія*? Положимъ, охотникъ ранилъ звѣря и гонится за нимъ, не упуская его изъ виду, а въ это время другое лицо захватываетъ раненаго звѣря. Чья добыча? Одни юристы отдавали право собственности охотнику, другіе оккупанту. Юстиніанъ принялъ второе мнѣніе (§ 13 I. 2. 1).

Существовало-ли у римлянъ такъ называемое нынѣ „право охоты“, подъ которымъ понимается правомочіе, принадлежащее опредѣленнымъ лицамъ (собственнику имѣнія, узуфруктуару), такъ что нарушеніе этого права считается преступленіемъ? Едва-ли такое право было у римлянъ ¹⁾. Выше мы сказали, что собственникъ могъ припятствовать охотѣ въ его имѣніи (онъ могъ огородить имѣніе). Изъ этого вытекалъ гражданскій искъ собственника о вознагражденіи за пользование его имѣніемъ, но не было основанія для *actio furti*. Вѣдь, говорится-же: *bestiae occupantis fiunt;—nec interest,— utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno* (§ 12 I. 2.1).

13 Отдѣлъ шестой. Трудовое приобрѣтеніе.

Новѣйшая философія кладетъ въ основу права собственности преимущественно принципъ труда; ради потребностей того, кто трудится, существуетъ собственность. Человѣкъ, невластный идти наперекоръ физическому закону о сохраненіи матеріи, въ силахъ однако видоизмѣнять ее, глядя по нуждамъ своимъ. Успѣшное приспособленіе матеріи согласно требованіямъ жизни, успѣшная работа или трудъ надъ нею, болѣе всего обезпечивается отличительнымъ элементомъ собственности — правомъ распоряженія.

На начало труда, какъ на оригинальный факторъ соб-

¹⁾ Его допускають *Wächter* (d. Jagdecht) и *Wendt* (Jahrb. f. Dogm, XIX).

ственности, было обращено главное внимание философами не ранѣе XVІІ в. ¹⁾). Древніе-же философы не помѣщали труда чловѣка въ числѣ другихъ силъ жизни въ природѣ, видоизмѣненной матеріи. Только у Платона, среди пяти основаній творческой силы находится: *идея* (напримѣръ, идея художника). Но его идея не тоже что трудъ; подѣ нею разумѣется нѣчто особое отъ носителя ея; она также отлична отъ него, какъ отличенъ планъ отъ способности его выполнения ²⁾). Общее между идеей и трудомъ развѣ то, что они суть разновидности одной и той-же духовной природы чловѣка. Въ этомъ-же смыслѣ нѣчто приблизительное къ трудовому началу, какъ мы скоро увидимъ, находили классическіе юристы въ стоической философіи.

Какъ древніе философы, такъ и римскіе юристы особо не выдвигали рассматриваемаго фактора. На томъ-же основаніи въ классической юриспруденціи, сложившей общіе принципы для *accessio* и *occupatio* (*accessio rei principali cedit, res nullius occupanti conceditur*); не находится таковаго принципа для труда (въ родѣ знаменитаго: собственность есть результатъ труда). Однако нѣкоторыя проявленія даннаго начала встрѣчаются и въ римскомъ законодательствѣ въ слѣдующихъ явленіяхъ.

А) *Specificatio*—новый терминъ, образованный изъ словъ; *speciem aliquam facere ex materia* (7 § 7 D 41. 1). Это есть переработка одной движимой вещи въ другую съ измѣненіемъ прежней формы вещи (сообщеніе вещи переработкой нова *species*). Именно, для спецификаціи необходимо появленіе *новой* вещи. Вымолачиваніе созрѣвшаго хлѣба, ³⁾ окраска или обезцвѣчиваніе матеріи ⁴⁾—не составляютъ спецификаціи. Печенье хлѣба, изготовленіе платья изъ матеріи суть случаи спецификаціи. Юристовъ интересовали случаи переработки *чужихъ вещей* ⁵⁾ Остановимся на слѣдующихъ вопросахъ данныхъ случаевъ спецификаціи.

Кому принадлежитъ право соственности? По взгляду

¹⁾ Ср. матеріалы въ соч. *Уичерина*: Общество и государство, ч. I.

²⁾ *Pagenstecher*, I. с. II, 125.

³⁾ Fr. 7 § 7 D 41. 1:—qui excussit spicas (perfectas), non novam speciem facit, sed eam, quae est. detegit.

⁴⁾ Fr. 26 § 3 D 41. 1: si meam lanam infeceris purpura—meam esse Labeo ait atque ita pristinum colorem perdidisset.

⁵⁾ *Sulzer*, Specification, 1884. *Bechmann*, Rechtsgrund d. Specification (Arch. f. civ. Praxis, 47).

сабиньянцевъ, — хозяину матеріала, по взгляду прокулянцевъ — спецификанту (Gai, 2, 79); была еще и средняя, чисто механическая теорія (24 D 41. 1), принятая Юстиніаномъ (7 § 7 D 41. 1): если новыя вещи обращаются въ старыя (таковы металлическія вещи: выдѣланная ваза, кольцо и т. под.), то онѣ суть собственность хозяевъ матеріала, иначе (когда, напримѣръ, изъ винограднаго вина не получить виноградной лозы) nova species — собственность спецификанта.

И такъ, материалистическому взгляду сабиньянцевъ противопоставалась духовное начало, принципъ труда у прокулянцевъ. Только это начало, согласно философской, стоической системѣ того времени выражалось иначе: стоики учили, что матерія безжизненна, а форма жизнеспособна, потому что она преобразуется творческой силой (ratio, causa); поэтому, слѣдовало отдать преимущество nova species предъ eadem materia. Но то, что въ этихъ разсужденіяхъ прокулянцы опирались на принципъ труда, это доказывается словами источниковъ (§ 25 I. 2. 1:—*quum non solum operam suam dedit, sed ut partem eius materiae praestavit*)¹⁾.

Обязанъ-ли приобретающій право собственности вознаграждать другое лицо, хозяина матеріала, если nova species идетъ въ пользу работника (или наоборотъ, по теоріи сабиньянцевъ)? Хотя источники не отвѣчаютъ на этотъ вопросъ, тѣмъ не менѣе должно дать положительный отвѣтъ по аналогіи съ другимъ случаемъ (написавшій на чужомъ пергаментѣ, какъ мы видѣли, платитъ за матеріалъ и т. д.)²⁾.

Требуется-ли добросовѣстность (*bona fides*) спецификанта? Юристъ Павелъ отказываетъ въ собственности недобросовѣстному³⁾.

Б) *Pictura* — живопись, — какъ нами замѣчено, имѣла завидную часть сравнительно съ *textura* или *scriptura*. Правда,

¹⁾ Любопытно, что въ томъ случаѣ, когда спецификантъ воспользовался лишь *отчасти* чужимъ матеріаломъ (—*ex suis et alienis medicamentis emplastrum vel colligium fecerit*—), Юстиніанъ сталъ на сторону прокулянцевъ. — Вѣсто труда иные писатели способомъ приобретѣнія собственности спецификанта называютъ оккупацию: говорятъ, что nova species, какъ *res nullius*, поступаетъ спецификанту. Но тутъ, конечно, имѣется *retitio principii*. — Ср. *Bechmann*. I. с.

²⁾ Вознагражденіе опредѣляется въ современной литературѣ размѣромъ наличнаго обогащенія (*in quantum locupletior factus est*).

³⁾ *Fr.* 4 § 20 D 41. 3:—*si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit*. — Въ литературѣ споръ; сторонники теоріи оккупациі неправильно не различаютъ *bona fides* и *mala fides*.

и то обстоятельство, что чье-либо стихотворение, история или рѣчь (§ 33 I. 2. 1), написанныя на чужомъ матеріалѣ, шли въ пользу хозяина матеріала, казались, по видимому, парадоксальными (Dernburg, Pandecten, § 209). Но въ аналогичномъ случаѣ относительно pictura, какъ и по вопросу о specificatio, материалистическое воззрѣніе должно было бороться съ принципомъ труда ¹⁾. И принципъ труда держалъ верхъ въ глазахъ Юстиніана: смѣшно, говоритъ онъ, если живопись Апеллеса или Парразія считать принадлежностью грубѣйшей доски (§ 34 I. 2. 1: *ridiculum enim esse, picturam Apellis vel Parrhassi in accessionem vilissimae tabulae cedere*).

Но живописецъ долженъ дать соответствующее вознагражденіе хозяину матеріала. При этомъ, преимущество его права обусловлено добросовѣстностью съ его стороны (*ibid.*).

В) *Добросовѣстный владѣлецъ* вещи приобретаетъ плоды ея также, какъ и собственникъ, посредствомъ *separatio fructuum* (выше, стр. 64). Право на плоды добросовѣстнаго владѣльца ставивается съ правомъ собственника на ту-же вещь. И въ этой коллизіи отдается преимущество въ пользу *bonae fidei possessor*, какъ говорятъ источники, *pro cultura et cura* ²⁾; т. е., за то, что владѣлецъ самъ культивировалъ плоды ³⁾. Такимъ образомъ, въ отношеніи отдѣленныхъ плодовъ, *fructus separati*, добросовѣстный владѣлецъ, въ качествѣ истиннаго хозяина ихъ, можетъ свободно распоряжаться, потребляя и отчуждая ихъ постороннимъ; собственникъ плодоносящей вещи не можетъ виндцировать ихъ.

Г) *Обработка заброшенныхъ полей* (*agri deserti*). Изъ историческаго курса мы знаемъ такой случай. Если помѣщикъ оставляетъ безъ обработки свои поля, то *novus cultor* (8 C. 11. 58), по истеченіи двухлѣтней культуры полей,

¹⁾ § 34 I. 2. 1: *si quis in aliena tabula pinxeris, quidam putant tabulam picturae cedere; aliis videtur, picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere.*

²⁾ § 35 I. 2. 1: *si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit eius esse pro cultura et cura.*

³⁾ Fr. 48 pr. D 41. 1: *bonae fidei emtor non dubie percipienda fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum hos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes.*— Два послѣднія слова заставляютъ нѣкоторыхъ (Барона и др.) считать основаніемъ приобретѣнія не принципъ труда, а гражданскій оборотъ. Но вѣрнѣе считать одно первое основаніе, распространенное практикой и на тѣ случаи, когда владѣлецъ лично не культивировалъ плоды.

приобрѣтаетъ право собственности на нихъ. Но въ этомъ случаѣ принципъ труда не единственный факторъ: тутъ принимаются въ расчетъ казенные интересы (поступленіе земельныхъ налоговъ), значеніе почвы, какъ источника народнаго богатства; кромѣ того, тутъ требуется продолжительность владѣнія (до двухъ лѣтъ помѣщикъ можетъ виндигировать земли).

Вотъ, приблизительно въ какихъ явленіяхъ римской юриспруденціи мы находимъ разсматриваемый факторъ собственности. Пойдемъ далѣе, къ слѣдующему фактору, общественной средѣ, вызывающей традицію собственности.

4 ВВ Отдѣлъ седьмой. *Traditio* ¹⁾. *См. 228-1*

Въ хозяйственномъ быту, покоящемся издавна на началѣ раздѣленія труда, совершается непрестанный обмѣвъ и позаймствованіе благъ жизни, предметовъ собственности, Между прочимъ, предметы собственности однимъ лицомъ сплошь и рядомъ переносятся на другое. Перенесеніе совершается, конечно, по взаимному соглашенію контрагентовъ, по договору: куплѣ-продажѣ, дареніи и т. д. ²⁾. Но одного договора недостаточно для перенесенія собственности; еще необходима ²⁾ передача вещи, сообщеніе владѣнія ея, *traditio*. Въ 1. 20 С. 2. ³⁾ говорится: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*.

Traditio есть ¹⁾ добровольное перенесеніе ²⁾ владѣнія вещью. Для приобрѣтенія собственности по традиціи необходимы два элемента: 1) личный или обязательственный элементъ, служащій основаніемъ (causa) передачи, 2) вещный элементъ — передача владѣнія вещью. Одного обязательства, совершенія договора (напр., купли-продажи) недостаточно по римскому праву для приобрѣтенія собственности. Изъ договора у римлянъ возникало только право требованія вещи къ опредѣленному лицу (*ius in personam*), а самое право на вещь по отношенію всѣхъ и cadaго (*ius in rem*) начиналось со времени передачи вещи.

¹⁾ *Exner*, d. Lehre v. Rechtserwerb d. Tradition, 1867.

²⁾ Fr. 55 D 44. 7. in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium.

Традиція служить указателемъ на начальный моментъ приобрѣтенія собственности. И тѣ законодательныя системы, которыя обходятся безъ традиціи, довольствуясь однимъ договоромъ для перенесенія собственности, обставляютъ совершеніе договора такими требованіями, изъ которыхъ можно было-бы опредѣлить моментъ приобрѣтенія собственности. Таковы современныя ипотечныя системы (германская, французская и др.), предписывающія совершеніе заявленій и отмѣтокъ въ публичныхъ книгахъ въ судахъ при передачѣ недвижимостей. Также ради болѣе опредѣленности собственности по русскому праву совершается ввѣдъ во владѣніе по купчимъ, дарственнымъ и другимъ документамъ. Упомянемъ отдѣльно о двухъ элементахъ традиціи: основаніи (causa) и актѣ традиціи. Сперва о совершеніи традиціи.

А) *Совершеніе передачи* въ древнемъ правѣ было формальнымъ, символическимъ. *Внѣшняя сторона* традиціи представляла собою физическое овладѣніе (manu capere-mancipatio). Въ новомъ правѣ подъ traditio разумѣется безформенный (т. е., безъ обязательныхъ формальностей) способъ перенесенія собственности. Будучи способомъ сообщенія владѣнія, traditio въ новомъ правѣ также обсуждается, какъ и приобрѣтеніе владѣнія (arrehensio): по конкретнымъ обстоятельствамъ отдѣльныхъ явленій (выше, стр. 18). Также возможна brevis manu traditio (переходъ detentio во владѣніе) и обратное ей constitutum possessorium (выше, стр. 20).

По исключенію, особаго акта традиціи не требуется только для приобрѣтенія собственности церквами и благотворительными учрежденіями (23 С. 1. 2); тутъ достаточно договора о приобрѣтеніи (даренія, продажи).

Нѣкоторые предполагаютъ, что традиція не требуется при возникновеніи societas omnium bonorum, такъ какъ сотоварищи въ моментъ заключенія договора товарищества становятся собственниками ¹⁾. Но можно тутъ предположить, по мнѣнію другихъ, предыдущее (до заключенія договора) владѣніе каждаго товарища отъ своего имени, переходящее во владѣніе отъ имени всего сотоварищества (constitutum possessorium).

¹⁾ Fr. 1 § 1 D 17. 2: in societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. Еще случай перенесенія собственности безъ передачи владѣнія въ fr. 16 D 23. 5: жена передаетъ мужу недвижимость, находящуюся въ добросовѣстномъ владѣніи третьяго лица.

В) *Causa (iusta) traditionis*, по общему правилу, должна быть при всякой традиции. Въ источникахъ (31 pr. D 41. 1) говорится: *numquam nuda traditio; transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*. Долго думали, что подъ *causa* должно разумѣть только юридическую сдѣлку (въ данномъ фрагментѣ особенно выдѣляется *venditio*): продажу, дареніе и т. д. Но со времени Савиньи установлено, что подъ *causa* должно разумѣть не только юридическую сдѣлку, но вообще всякое *външнее обстоятельство, свидѣтельствующее о взаимномъ желаніи контрагентовъ совершить традицію*; *causa* есть все то, что удостоверяетъ *animus dominii transferendi* у одного контрагента и *animus dominii accipiendi* у другого. Напримѣръ, одинъ по ошибкѣ передаетъ другому недолжное (*indebitum*), уплачивая несуществующій долгъ; въ этомъ случаѣ *traditio* дѣйствительна — право собственности переходитъ на другое лицо. И первый, по обнаруженіи ошибки, не можетъ виндицировать вещи (если-бы традиція не состоялась, у первого, какъ у хозяина, была-бы *rei vindicatio*); онъ можетъ лишь требовать возмѣщенія ущерба въ размѣрѣ обогащенія (личнымъ искомъ, называемымъ *condictio indebiti*). Въ настоящемъ примѣрѣ *causa traditionis* не есть юридическая сдѣлка, а уплата недолжнаго, т. е. простой фактъ, удостоверяющій желаніе передать и принять собственность. Кромѣ того, зачастую соглашеніе дѣйствующихъ лицъ о перенесеніи собственности предполагается; напр., подается милостыня нищему. Такъ какъ иногда *causa* скрыта, и наружу выдается одна передача, поэтому настоящій способъ пріобрѣтенія собственности называется традиціей¹⁾. На основаніи сказаннаго объ обоихъ элементахъ традиціи (совершеніи передачи и основаніе или цѣль, *causa*, передачи) выясняется

В) *Природа традиціи*. По природѣ своей, *traditio* есть скорѣе *отвлеченная* (абстрактная) *сдѣлка*²⁾. Изъ общей части догмы (стр. 163) мы знаемъ, что абстрактными или отвлеченными сдѣлками называются тѣ, у которыхъ цѣль (*causa*) *ближайшимъ образомъ не опредѣляется*. Какова-бы ни была истинная цѣль перенесенія собственности (ради-ли подарка, полученія цѣны за вещь и т. под.), *traditio* имѣетъ

¹⁾ Vindscheid, Pand. I § 172. Азаревичъ, система, I, 386.

²⁾ *Stempel*, über die iusta causa bei d. Tradition.

силу, если только можно удостоверить соглашение контрагентов. Юлианъ говоритъ (fr. 36 D 41. 1), что передача действительна, если соглашение о предметѣ традиціи имѣется, но контрагенты разнорѣчаютъ ²⁰ causa: 1) одинъ думаетъ, что онъ обязанъ выдать вещь по завѣщанію, а другой полагаетъ, что первый долженъ по стипуляціи; 2) одинъ выдаетъ деньги въ подарокъ, а другой принимаетъ въ займы—въ обоихъ случаяхъ право собственности передается.

Прямая противоположность взгляду Юліана есть мнѣніе Ульпіана (fr, 18 D 12. 1): традиція недействительна, когда одинъ даетъ въ подарокъ, а другой принимаетъ въ займы, Романистами потрачено много остроумія на примиреніе противорѣчій Юліана и Ульпіана. Наконецъ, теперь признается, что контроверза непримирима. Могло быть и такъ, что Юліанъ, юристъ П вѣка, держался общепринятаго взгляда на традицію, какъ на отвлеченную сдѣлку, а Ульпіанъ, юристъ III вѣка, думалъ проложить противоположный взглядъ.

Взглядъ Юліана соотвѣтствуетъ большей оборотливости хозяйственныхъ благъ въ гражданскомъ обществѣ. Онъ также болѣе подтверждается другими свѣдѣніями, приводимыми въ пользу отвлеченной природы традиціи. Но разумѣется, допуская переходъ собственности по традиціи, не слѣдуетъ отказываться (какъ мы то только-что видѣли въ случаѣ уплаты недолжнаго) въ личномъ искѣ траденту къ получившему въ случаѣ ошибки и т. под. обстоятельствахъ.

По общему правилу, собственность получается немедленно по передачѣ. Но возможны и *особые случаи* традиціи: 1) возможна *условная* традиція, подъ которой понимается „*полученіе въ кредитъ*“. когда собственность не переходитъ на покупателя, пока онъ не уплатитъ всей цѣны или пока онъ не обезпечитъ уплаты залогомъ (§ 41 I. 2. 1): до пріобрѣтенія собственности на покупателя переносится владѣніе, онъ считается *bonae fidei possessor*; 2) возможна традиція съ сопутствующимъ *pactum reservati domini* напр. передача рояля или швейной машины съ удержаніемъ собственности до полной уплаты цѣны. Тутъ, слѣдовательно, большинство юристовъ допускаетъ дѣйствіе отложительнаго (суспезивнаго) условія (общая часть догмы, 169).

Г) *Субъекты традиціи* суть *tradens* и *accipiens*. Тотъ и другой должны быть, конечно, правоспособными, должны имѣть намѣренія перенести и пріобрѣсти собственность.

(animus transferendi, accipiendi) ¹⁾; въ случаѣ ихъ недѣеспособности или по ихъ порученію за нихъ могутъ дѣйствовать представители и повѣренные — въ такомъ случаѣ примѣняются правила о приобрѣтеніи владѣнія чрезъ представителя (выше, стр. 20). По общему правилу, традентъ долженъ быть собственникомъ, ибо „*nemo ad alterum plus iuris transferre potest, quam ipse habet*“.

Но въ слѣдующихъ случаяхъ, когда tradens не есть dominus, допускается перенесеніе собственности; I) залогоприниматель переноситъ право собственности на заложенное имущество, по просрочкѣ обязательства (46 D 41. 1), II) казна, продавшая чужое имущество, переноситъ право собственности на него; хозяинъ-же имущества имѣетъ право въ 4 года на вознагражденіе отъ казны за отчужденную отъ него собственность (§ 14 I. 2. 6).

Во многихъ случаяхъ, когда традентъ не есть dominus, traditio переноситъ владѣніе, если accipiens дѣйствуетъ bona fide, т. е., предполагая собственника въ лицѣ традента. При этомъ если несобственникъ, передавшій завѣдомо чужую вещь, впоследствии дѣлается собственникомъ (по завѣщанію и т. под.) и виндицируетъ вещь отъ accipiens, владѣніе послѣдняго защищается посредствомъ *exceptio rei venditae et traditae* ²⁾.

Въ заключеніе, упомянемъ о запретахъ отчужденія, слѣд., и запретахъ перенесенія собственности ³⁾.

Д) *Запретительныя распоряженія* не допускали передачи собственности, установленія ипотеки или сервитутовъ; они же не допускали давностнаго владѣнія вещи, приобрѣтенной отъ того лица, противъ котораго былъ направленъ запретъ ⁴⁾.

Законъ запрещалъ отчуждать: 1) res litigiosae (во время

¹⁾ Иначе, если я передаю въ наемъ, а ты думаешь что получаешь въ даръ, не можетъ быть traditio.

²⁾ Практика настоящей exceptio довольно пространна. Напр., если собственникъ передаетъ свою вещь, полагая, что она принадлежитъ другому, который даетъ ему порученіе совершить traditio, — собственность не передается; но accipiens м. дѣйствовать exceptione r. v. et tr. противъ rei vindicatio традента. Fr. 49 D 17. 1. Ср. *Landsberg*, die Glosse d. Accursius, 124.

³⁾ Кстати, личность контрагентовъ должна быть persona certa. Въ одномъ случаѣ допускалась persona incerta (9 § 7 D 41. 1): бросающій подарка въ толпу (qui missilia iactat in vulgus) переносилъ право собственности на получающаго. Другая конструкція того-же случая въ fr. 5 § 1 D 41. 7.

⁴⁾ Ср. *Dernburg*, § 217 пр. 5.

судебнаго спора), 2) недвижимыя имѣнія опекаемыхъ, 3) недвижимое приданое, *fundus dotalis* (согласно *lex Iulia de adulteriis*), 4) закономъ запрещались даренія между мужемъ и женою.

Кромѣ законныхъ запретовъ назначались запрещенія судебной властью (12 D 41. 3). Запреты или ограниченія права, налагаемые на вещь *по договору самими контрагентами*, строго говоря, не считались присущими самой вещи (61 D 2. 14), такъ что купившій вещь съ общаньемъ, напримѣръ, не отчуждать ее другимъ, могъ пустить ее въ дальнѣйшее обращеніе. Но неисполнившій общанія считался обязаннымъ возмѣстить интересъ контрагента (продавшаго, напр., вещь дешевле въ виду даннаго общанія, 21 § 5 D 19. 1).

Обращаемся къ послѣднему изъ факторовъ собственности, къ авторитету сложившихся нравовъ, къ силѣ установившейся привычки. На такомъ авторитетѣ покоится приобрѣтательная давность (*usucapio*).

Отдѣлъ восьмой. Приобрѣтательная давность.¹⁾

Привычка—вторая природа, говоритъ пословица. Нравы людей, долго и непрерывно повторяющіеся, отвѣчая разумной потребности, превращаются въ обычаи, т. е. получаютъ юридическія послѣдствія. Образованіе приобрѣтательной давности имѣетъ много общаго съ возникновеніемъ обычаевъ: продолжительное и непрерывное владѣніе вещью, къ которой вызываетъ владѣлецъ, сообщаетъ полныя юридическія послѣдствія отношенія къ вещи, сообщаетъ право собственности.

Самый простой случай давности—владѣніе собственника: собственникъ путемъ давности получаетъ *неоспоримое доказательство* своего права. Если привлеченный къ суду, онъ затруднился-бы доказать правомочіе ссылкой на преемство собственности отъ предшественника (по договору, завѣщанію и т. под.), ему проще всего опереться на давностное владѣніе. Намъ извѣстенъ 1. 20 C. 2. 3: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*.

Болѣе сложный случай давности—владѣніе несобствен-

¹⁾ Schirmer, die Grundidee d. Usucapion. Scheurl, z. Usucapionslehre.

нива: купившій по невѣдѣнію вещь, не принадлежащую продавцу, обрабатывающей неотмежеванный участокъ сосѣда, — по давности становятся хозяевами на счетъ чужой собственности. Отчего-же собственность отъ однихъ переходитъ по давности къ другимъ? Мы сравниваемъ давность съ обычаемъ въ томъ смыслѣ, что, въ силу привычки, фактъ обращается въ право. Но чтобы сила привычки имѣла такое дѣйствіе, требуется разумная потребность въ обычай (*quod ratione introductum* — ср. общая часть, стр. 23). Какая-же *ratio* сообщаетъ привыкшему владѣльцу превосходство надъ отвыкшимъ отъ вещи собственникомъ?

Если-бы въ римскомъ правѣ давность давала одни и тѣже послѣдствія въ отношеніи добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго, правомѣрнаго и неправомѣрнаго владѣнія, — то одна продолжительность владѣнія былабы творческой силой давности ¹⁾. Такое значение время имѣетъ, на самомъ дѣлѣ, какъ мы знаемъ изъ общей части догмы (стр. 215), въ такъ называемой незапамятной давности (*vetustas*). Но для обыкновенной пріобрѣтательной давности недостаточно одной продолжительности владѣнія. Требуется *bona fides* и *iustus titulus*. Не даромъ-же говорится: *bono publico usucapio introducta est* — установленіе давности приписывается общественному благу, включающему добросовѣстность и законѣрность, освященные продолжительностью владѣнія.

И такъ, существовали гарантіи противъ обращенія недоброкачественнаго (воровскаго, противнаго закону) владѣнія по давности въ собственность. Какъ въ древности только *boni mores* одерживали побѣду надъ крайнимъ проявленіемъ суровыхъ правомочій (напр., опираясь на *boni mores*, цензоръ возставалъ противъ злоупотребленія отцовской властью ²⁾), такъ одно долгое доброкачественное владѣніе вещь, которую привыкалъ владѣлецъ считать себѣ лишь свойственною, одерживало верхъ надъ *nuda proptietas* беспечнаго хозяина. Такимъ образомъ, пріобрѣтательная давность была сложнымъ институтомъ,

¹⁾ *Муромецъ* (гражд. пр. др. Рима, 529) объясняетъ установленіе давности интересами однихъ собственниковъ (какъ облегченное доказательство ихъ права. Но анализъ института римскихъ юристовъ имѣетъ большею частью въ виду несобственниковъ, а добросовѣстныхъ владѣльцевъ. *Dernburg* (Pandecten, § 218) объясняетъ установленіе давности однимъ факторомъ: вліяніемъ времени. Ср. другія объясненія у *Schirmer*, die Grundidee d. Usucapion.

²⁾ *Voigt*, ius naturale I, § (boni mores).

находившимъ себѣ признаніе въ побѣдѣ добрыхъ нравовъ (boni mores.—соотвѣтствующихъ bono publico) надъ безсодержительнымъ nudum ius proprietatis. Интересы прежняго бездѣйствующаго хозяина приносились въ жертву тѣмъ болѣе, что у него было достаточно времени отыскивать вещь свою ¹⁾.

2-1 А) *Историческіе виды давности* намъ извѣстны изъ историческаго курса. Припомнимъ, что въ XII таблицахъ существовала *usucapio* (называемая также *usus auctoritas*) ²⁾ двухгодичная для недвижимыхъ, однолѣтняя для движимыхъ вещей (*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*, гласили XII таблицъ). *Usucapio*, какъ учрежденіе гражданского права, имѣла дѣйствіе только среди *cives romani* ³⁾ и только въ отношеніи италійскихъ имѣній; провинціальныя земли ей не подлежали (Gai, 2,65).

3-2 Преторы, въ эпоху своего творчества, приняли подъ защиту добросовѣстное и законѣрное владѣніе всѣхъ свободныхъ людей (гражданъ и иностранцевъ) всякимъ имуществомъ (въ томъ числѣ и провинціальнымъ), если такое владѣніе продолжалось 10 лѣтъ *inter praesentes* и 20 лѣтъ *inter absentes*. Сначала новое средство защиты находило себѣ мѣсто противъ иска прежняго хозяина (*rei vindicatio*) въ той части формулы которая называется *praescriptio*, почему оно называлось *longi temporis praescriptio* (ср. общую часть догмы стр. 214); впоследствии же давностный владѣлецъ, приобретавшій по давности бонитарную собственность, получилъ самостоятельный искъ, *rei vindicatio utilis* (8 рг. С. 7. 39).

3 Цивильная и преторская давность сосуществовали до Юстиніана. Онъ въ своей конституціи *de usucapione transformanda* (Cod. 7. 31) уничтожилъ двойственность давности. Оба историческіе виды механически были соединены въ одинъ съ трехгодичномъ срокомъ для движимыхъ вещей, и десяти или двадцатилѣтнимъ срокомъ (*inter praesentes* или *absentes*) для недвижимостей. Согласно вышеприведенному заглавію конституціи и ея содержанію Юстиніанова давность

¹⁾ Fr 1 D 41. 3.—cum suffeceret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

²⁾ *Usus auctoritas* суть два отдѣльныя термина: *usus*—пользованіе, *auctoritas*—возможность отыскивать вещь.

³⁾ Слова XII таблицъ: *adversus hostem aeterna auctoritas esto*—предлагаютъ объяснить такъ: противъ иностранца постоянна возможность отысканія собственности.

есть прежняя *usucapio* съ дополненіями, заимствованными изъ преторской давности и измѣненіями самого Юстиніана.

Условія пріобрѣтательной давности легко запоминаются въ извѣстномъ намъ гекзаметрѣ: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.*

I. *Res habilis*, т. е., вещи, способныя быть частной собственностью, могутъ быть пріобрѣтаемы по давности (9 D 41. 3). Вообще, всѣ вещи суть *res habiles*, кромѣ немногихъ. Къ нимъ, *этимъ res inhabiles*, принадлежатъ:

краденныя вещи — *res furtivae*; не только воръ, но и добросовѣстный пріобрѣтатель отъ вора не могли получать эти вещи въ собственность по давности. Но порокъ (*vitium*), мѣшающій усвоенію вещи, снимается (*vitium purgatus*), если краденая вещь возвращается хозяину, отъ котораго снова въ оборотъ. Плоды краденной вещи суть *res furtivae*, если сняты недобросовѣстнымъ владѣльцемъ (иначе не суть *res furtivae*)¹⁾;

недвижимыя вещи, насильно отнятыя — *res vi possessae*; о нихъ говоритъ *lex Iulia et Plautia*, изданная въ концѣ республики;

взятки (8 D 48. 11: *quod contra legem repetundarum proconsuli vel praetori donatum est, non potest usucapi*);

межи сосѣднихъ участковъ земли;

казенное, церковное, императорское имущество, равно какъ имущество городовъ и благотворительныхъ учреждений; вообще, вещи, на которыхъ лежитъ *запретъ отчужденія* не подлежатъ давности (ибо допущеніе давности владѣнія есть видъ отчужденія — ср. общая часть, стр. 219), — въ томъ числѣ, и вещи не совершеннолѣтнихъ.

II) *Titulus* — всякое обстоятельство, само по себѣ способное установить право собственности²⁾. Большею частью такимъ обстоятельствомъ бываетъ юридическая сдѣлка. Напр., купля-продажа сама по себѣ есть, какъ мы знаемъ, достаточная *causa traditionis*; она же составляетъ *titulus* давности, если даже вещь покупается отъ несовладельца (тутъ переносится владѣніе). Какъ различны сдѣлки, на которыя опирается право собственности, такъ разнообразны титулы. Въ *дигестахъ* упоминаются слѣдующіе титулы: *pro herede* (вла-

¹⁾ Приплодъ животныхъ и дѣти рабыми суть *res furtivae*, если зачаты во время недобросовѣстнаго владѣнія.

²⁾ *Stintzing* — das Wesen v. bona fides und titulus, 1852.

дѣніе въ качествѣ наследника), pro emptore (покупщика), pro donato (одареннаго), pro transactione (по мировой сдѣлкѣ) и т. д.

Общій для всѣхъ есть титулъ *pro suo* (владѣніе вещью, какъ своею), приложимый какъ къ сдѣлкамъ, такъ ко всякимъ обстоятельствамъ, обосновывающимъ право собственности (владѣніе приплодомъ, ребенкомъ рабыни, по данной присягѣ и т. д.). Во всякомъ титулѣ два важные признака; именно, слѣдуетъ помнить, что титулъ означаетъ лишь *отъи- ное* обстоятельство, *переносящее* собственность. Поэтому, съ одной стороны не обращается вниманіе на другія качества даннаго обстоятельства (можетъ быть купля отъ несовствен- ника и т. д.), но съ другой стороны—обстоятельства, не переносящія собственности (напр. договоръ ссуды, commodatum, сообщаетъ лишь пользованіе чужою вещью), не суть титулы давности (нѣтъ титула pro commodato),

Далѣе, пандектисты составили три слѣдующія квалифи- кации дѣйствительнаго титула давности: *titulus* долженъ быть *iustus, purus, verus*. Во первыхъ, *titulus* долженъ быть *iustus*, т. е., обстоятельство, устанавливающее собственность, должно быть *согласно съ закономъ*. Обстоятельство, противорѣчащее закону, не есть *titulus usucapionis*: напр., подарокъ одного супруга другому не можетъ быть приобрѣтаемъ по давности, ибо дареніе между супругами не дѣйствительно. Во вторыхъ, требуется *titulus purus*, т. е., *безусловный* титулъ; владѣніе по условной сдѣлкѣ (подъ условіемъ состоять на службѣ, быть холостымъ и т. под.) не есть давностное владѣніе. Въ третьихъ, требуется *titulus verus*, т. е., существующее об- стоятельство, устанавливающее собственность. Какое имѣетъ значеніе такъ-наз. *titulus putativus*, это *предполагаемое* об- стоятельство? Объ этомъ былъ споръ между юристами. Въ институціяхъ, вообще, указывается ничтожность его (§ 11 I. 26: *error falsae causae usucapionem non parit*); но въ нѣко- торыхъ фрагментахъ дигестъ (напр., гдѣ рѣчь идетъ о куплѣ отъ душевно-больнаго, принимаемаго за здороваго, 2 § 16 D 41. 4) имѣетъ силу *titulus putativus*.

Г) *Bona fides* есть предположеніе владѣльца, что онъ не нарушаетъ чужого права¹⁾: покупателю и въ голову не при-

¹⁾ Другія опредѣленія сопоставлены у Барона, система, § 144.

ходить что товаръ принадлежитъ кому другому (кромя продавца); владѣющая имуществомъ родственника по совѣсти считаетъ его полученнымъ въ приданое (*pro dote*) и т. д. Гдѣ по обстоятельствамъ нельзя допустить такой увѣренности или, по крайней мѣрѣ, незнанія, тамъ не можетъ быть *usucapio*: при покупкѣ завѣдомо краденаго и т. д.

Bona fides содержитъ *извинительное* предположеніе владѣльца о ненарушеніи чужого права. Вопросъ объ извиняемости невѣдѣнія (*ignorantia*) или ошибки (*error*) опредѣляется по общимъ правиламъ, рассмотрѣннымъ нами въ общей части (стр. 193). Кстати сказать, *последующее отсутствіе* даннаго извиняющаго предположенія (*bona fides*) вреда не приноситъ (*mala fides superveniens non nocet*); напр., когда только послѣ покупки я узнаю, что товаръ былъ чужимъ и т. под.

Не требовалась bona fides въ трехъ историческихъ явленіяхъ до Юстиніана (въ Юстиніановомъ правѣ ихъ не существуетъ): I) *usucapio pro herede* — (Gai, 2, 52—58) — приобрѣтеніе наслѣдства по годичной давности. Оно было вызвано отсутствіемъ преемства классовъ и степеней въ цивильномъ наслѣдованіи (курсъ исторіи, стр. 390); напр., племянникъ, если не наслѣдовалъ братъ умершаго, вступалъ во владѣніе, завѣдомо зная, что онъ *iure stricto* не наслѣдникъ¹⁾; II) *usureceptio ex fiducia* — возвращеніе собственности должнику чрезъ годичное владѣніе его имуществомъ, даннымъ въ залогъ (*fiducia*) кредитору (Gai, 2, 59). *Fiducia* была залогъ, поступавшій въ собственность кредитора; но она возвращалась до уплаты по годичному владѣнію къ должнику, хотя бы дѣйствовавшему *mala fide*. Тутъ, вѣроятно, имѣется уступка народному воззрѣнію, селонному считать залогъ, хотя формально переданный въ собственность кредитора, принадлежностью должника. *Fiducia* рано исчезла изъ римскаго права (лекція исторіи, стр. 355); III) *usureceptio ex praedialtura* (2, 61) была слѣдующее явленіе: государство (за недоимки) продавало заложенную вещь третьему лицу: какъ-либо, хотя бы *mala fide*, лишенный вещи залогодатель захватывалъ и владѣлъ ею годъ — въ нему возвращалась собственность, вѣроятно, согласно тому-же народному воззрѣнію.

Д) *Possessio* — владѣніе должно быть отъ имени самого

¹⁾ *Ефимовъ*, очерки по исторіи родства и наслѣдованія, 1885, стр. 225. Постановленія Адріана и Марка Аврелія уничтожили *mala fides* въ данной *usucapio*.

владѣльца. Поэтому, производное владѣніе (напр., залогопринимателя) не подлежит давности (13 D 41. 3: *pignori gem ассертат usu non carimus, quia pro alieno possidemus*).

Владѣніе должно быть *непрерывнымъ*. Здѣсь также, какъ и въ ученіи о погасительной давности (общая часть, стр. 250) различается *перерывъ* и *приостановка* давности.

Перерывъ давности — *usurpatio* — уничтожаетъ все предшествовавшее время владѣнія. Бываетъ: 1) *usurpatio naturalis* — естественный перерывъ, когда теряется владѣніе (напр., fr. 5 D 41. 3 — силою изгоняется владѣлецъ); 2) *usurpatio civilis* — перерывъ вслѣдствіе вчатія иска хозяиномъ (*rei vindicatio*) или вслѣдствіе протеста, равносильнаго вчатію иска (2. С. 7. 40) ¹⁾.

Приостановка давности не прерываетъ теченія ея, а только *выключаетъ* изъ общаго счета давности извѣстный періодъ (въ теченіе котораго приостановленная давность называется *usucapio dormiens seu quiescens*). Приостановка бываетъ: 1) пока вещь находится въ рукахъ привилегированнаго владѣльца — напр., государя или несовершеннолѣтняго лица; и лишь только она выходитъ изъ ихъ владѣнія, теченіе давности продолжается; 2) пока собственникъ не можетъ, по фактическимъ обстоятельствамъ, предъявить *rei vindicatio* (напр., о застроенныхъ кирпичяхъ, пока не развалится зданіе).

Е) *Tempus* — срокъ представляетъ собою *tempus continuum*, непрерывное время. Послѣдній день срока долженъ пройти цѣликомъ, ибо истеченіе давности можетъ повлечь потерю собственности прежнимъ хозяиномъ (*ius non amittitur nisi ultimus dies totus completus sit*).

Говоря о теченіи давности, должно упомянуть о такъ-наз. *accessio possessionis* (или *accessio temporis*), подъ которой разумѣется придатокъ времени предшествующаго владѣльца въ пользу послѣдующаго: если, положимъ, предшественникъ владѣль движимостью полтора года, преемнику достаточно еще владѣть только $\frac{1}{2}$ года. Нѣсколько различается *accessio possessionis* въ случаѣ общаго преемства отъ случая частнаго преемства. (Dig. 44. 3).

Въ частномъ преемствѣ (*successio singularis*), — на примѣръ, въ случаѣ купли вещи, состоявшей во владѣніи продавца

¹⁾ *Usurpatio naturalis* имѣетъ силу по отношенію всѣхъ людей, *us. civilis* — въ отношеніи того, кто вчиняетъ искъ.

одинъ годъ, — время владѣнія предшественника идетъ въ пользу преемника при наличности трехъ условій: если, во-первыхъ, предшественникъ (auctor) и, во-вторыхъ, преемникъ (successor) были добросовѣстными владѣльцами, и если, въ третьихъ, нѣтъ промежутка между владѣніемъ того и другого (владѣніе преемника есть непрерывное продолженіе владѣнія предшественника).

Въ общемъ преемствѣ (successio universalis) — главнымъ образомъ, при наследованіи — accessio possessionis допускается при одномъ условіи: если предшественникъ (наслѣдодатель) былъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ; слѣдственно, ей не вредитъ ни mala fides наслѣдника, ни то состояніе наслѣдства, которое называется hereditas iacens (до принятія наслѣдникомъ).

Всѣ разсмотрѣнныя условія касаются обыкновенной давности (usucapio ordinaria). Сверхъ того, по праву Юстиніана была извѣстна.

Ж) *Чрезвычайная давность (longissimi temporis praescriptio)*. Она заимствована Юстиніаномъ отъ погасительной давности (Cod. 7. 39). До Юстиніана, согласно конституціи Θεодосія, ховаянъ, не обращающій 30 или 40 лѣтъ rei vindicatio противъ владѣльца, терялъ этотъ искъ. А по постановленію Юстиніана данный добросовѣстный владѣлецъ, сверхъ того, приобрѣталъ право собственности.

Коротко говоря, условія чрезвычайной давности таковы: 1) *res habilis* — всякій предметъ частнаго оборота; даже краденая вещь, даже не подлежащая отчужденію (такъ что изъять однѣ *res extra commercium*); 2) *titulus* не требуется; 3) *bona fides* требуется (чѣмъ она отличается отъ погасительной давности); 4) *possessio* также обязательна; 5) *tempus* гораздо длиннѣе: 30 лѣтъ и даже 40 лѣтъ (относительно имущества казеннаго, церковнаго, императорскаго). 20-5

Мы сравнительно довольно подробно изложили способы приобрѣтенія права собственности. На очереди теперь защита собственности.

148. Отдѣлъ девятый. Защита собственности.

У собственника можетъ быть много исковъ противъ посягательства на его право. Начать съ того, что какъ управомоченному на вещь, ему принадлежатъ вещные иски, *actiones*

in gem. Онѣ суть средства домогательства (remedia petitoria) вещи, которую вполнѣ или отчасти завладѣлъ отвѣтчикъ. Эти средства суть rei vindicatio, actio negatoria, actio Publiciana.

Кромѣ того, собственникъ можетъ пользоваться разными личными исками, actiones in personam: 1) интердиктами, въ качествѣ управомоченнаго въ владѣніе, какъ элементъ собственности (remedia possessoria); 2) деликтными исками, actiones ex delicto: напр., actio furti—въ случаѣ похищенія, actio legis Aquiliae—за поврежденіе вещи, и др.; 3) другими личными средствами защиты: actio aquae pluviae arcendae—о запрудѣ воды сосѣдомъ, cautio damni infecti—обезпеченіе отъ грозящей опасности, и т. д.—На первомъ планѣ вышеназванные вещные иски.

А) *Rei vindicatio* ¹⁾ есть искъ *невладоющего собственника къ владоющему несобственнику*. Истецъ долженъ доказать свое право собственности, чтобъ оно получило признаніе суда (pronunciatio); отвѣтчикъ присуждается (condemnatito) выдать вещь со всѣми приращеніями. Такова несомнѣнная природа виндикаціи.

Есть еще аналогичная виндикація, rei vindicatio utilis—принадлежащая несобственникамъ, на нихъ распространенная, потому-ли что право по содержанію очень схоже съ собственностью (право эфитевты, суперфициарія) или по частнымъ, исключительнымъ соображеніемъ. Къ послѣднимъ, отдѣльнымъ случаямъ относятся, напимѣръ, слѣдующіе: 1) опекунъ покупаетъ вещь на деньги опекаемаго, она поступаетъ въ собственность опекуна, но опекаемый требуетъ ее посредствомъ vindicatio utilis, 2) кто-либо по просьбѣ и на деньги солдата покупаетъ вещь,—солдатъ требуетъ ее этимъ-же искомъ, 3) одинъ супругъ приобретаетъ вещи на деньги, подаренныя другимъ,—другой вчиняетъ въ первому vindicatio utilis, 4) живописецъ, написавшій картину на чужомъ полотнѣ, получаетъ полотно въ собственность съ обязанностью вознаграждать хозяина полотна,—послѣдній, не получая возмѣщенія, можетъ вчинить vindicatio utilis, и т. д. Романисты спорятъ о природѣ аналогичной виндикаціи: одни (Arndts,

¹⁾ *Wetsell, d. röm. Vindicationsprocess, 1845. Pfersche, privatrechtl. Abhandl., 1886.*—Быть можетъ, когда не различалось гражданское правонарушеніе отъ преступленія, т. е., когда гражданскіе иски носили уголовный характеръ, vindicatio имѣла буквальное значеніе *мщенія* за отнятую вещь. Въ историческомъ правѣ виндикація—строго-вещный искъ.

Азаревичъ и др.) считаютъ ее такимъ-же вещнымъ искомъ, какъ *rei vindicatio*; другіе (Герингъ) признаютъ личнымъ искомъ (т. е., только противъ опредѣленныхъ лицъ) не о признаніи права, а о передачѣ вещи въ собственность, третьи (Dernburg) объявляютъ ее «особымъ видомъ вещнаго правомочія». Въ сущности, свидѣнія источниковъ слишкомъ отрывочны для полной характеристики.

Кромѣ того, есть *rei vindicatio cessa*—уступленная виндикація. Тутъ уступается не все право собственности, а только искъ его. Значитъ, истецъ есть, несобственникъ, осуществляющій чужое право въ своихъ интересахъ ¹⁾.

Разсмотримъ условія истинной *rei vindicatio*.

I) *Истецъ*—хозяинъ, не имѣющій владѣнія; отсутствие владѣнія предполагается и въ аналогичной, и въ уступленной виндикаціи. Но въ институціяхъ Юстиніана глухо упоминается еще *unus casus* (§ 2 I. 4. 6), въ которомъ истецъ, будто, есть владѣющій хозяинъ. Литература отъ глоссаторовъ тщетно, кажется, отыскиваетъ этотъ *unus casus*. Распространена догадка объ искѣ къ отвѣтчику (детентору), удерживающему вещь отъ имени истца-хозяина ²⁾.

II) *Отвѣтчикъ*—владѣлецъ (*possessor* или даже *detentor*) вещи (9 D 6. 1: *qui habet restituendi facultatem*—имѣющій возможность возстановить вещь хозяину).

Постановленіе Константина (2 C. 3. 19) даетъ право отвѣчающему детентору недвижимости (напр. арендатору) совершить такъ-наз. *nominatio* (seu *laudatio auctoris*—назвать то лицо, отъ имени котораго *detentor* обладаетъ вещью (напр. того, кто далъ ему въ аренду). Такъ названное лицо привлекается къ отвѣтственности; иначе, въ отсутствіи его, отвѣчаетъ самъ *detentor*.

Кромѣ дѣйствительнаго владѣльца (*possessor*) еще отвѣчаетъ въ виндикаціонномъ процессѣ такъ-наз. *fictus possessor*, мнимый владѣлецъ. Таковымъ признается: 1) *is qui dolo desit possidere*—тотъ, кто въ началѣ виндикаціи умышленно отчуждаетъ или уничтожаетъ вещь, чтобъ, не имѣя владѣнія,

¹⁾ Герингъ (Jahrb. f. d. Dogmatik, I) такъ объясняетъ уступку виндикаціи: собственникъ, не владѣющій вещью, не можетъ совершить традиціи; чтобы передать собственность онъ уступаетъ право иска (*exercitium iuris*).

²⁾ Быть можетъ, *unus casus* есть случай непонятый составителями институцій, отсылающимъ въ томъ мѣстѣ читателя къ дигестамъ.

не быть отвѣтчикомъ; 2) *qui liti sese obtulit*—кто умышленно выдаетъ себя владѣльцемъ, чтобы причинить хлопоты и убытки въ безрезультатномъ процессѣ.—Въ томъ и другомъ случаѣ обнаруженія мнимаго владѣнія, истцу еще представляется виндикаціи противъ отвѣтчика, истиннаго владѣльца.

III) *Предметъ* виндикаціи—индивидуальная вещь достаточно опредѣленная (*res in specie*). Вещь недостаточно опредѣленная или замѣнимая не можетъ быть объектомъ виндикаціи: какое-либо животное, дерево, пудъ какой-либо пшеницы и т. д. Но въ видѣ льготы, истцу дозволялось заранѣе искать *совокупность вещей* (*universitas rerum facti*): стадо, табунъ и т. под. (истецъ утверждаетъ: *hunc gregem meum esse aio*).

Если отыскиваемая вещь поставлена отвѣтчикомъ въ связь съ другой вещью, какъ ея принадлежность (*res accessoria*—колесо истца придѣлано къ повозкѣ отвѣтчика), необходимо предварительно выдѣлить ее (ибо иначе она, какъ принадлежность, принадлежитъ хозяину главной вещи). Съ цѣлью выдѣленія вѣчается, предварительная виндикаціи, *actio ad exhibendum*¹⁾.

IV) *Доказываніе* въ виндикаціонномъ процессѣ нрѣдко затруднительно. По общему правилу *onus probandi* лежатъ на истцѣ (общая часть, стр. 261). И вотъ, истецъ долженъ доказать, что, во первыхъ, онъ собственникъ, и что, во вторыхъ, отвѣтчикъ—владѣлецъ.

Доказываніе, во первыхъ, собственности не трудно, когда оно опирается на фактъ природы (*alluvio* и т. под.), захватъ (дикихъ животныхъ) и тому подобный начальный факторъ пріобрѣтенія. Но когда собственность истца *производится* отъ другимъ лицъ (а большею частью вещи пріобрѣтаются традиціей), тогда, по требованію отвѣтчика, могутъ быть привлекаемы всѣ лица, передававшія другъ другу собственность, пока не найдется тотъ, у кого впервые родилось право собственности на спорную вещь. Правда, давностное владѣніе облегчаетъ доказываніе. А тамъ, гдѣ нѣтъ давности, доказываніе становится мучительнымъ (*probatio diabolica*, какъ говорили въ средніе вѣка).

Доказываніе истцомъ, во вторыхъ, владѣнія отвѣтчика

¹⁾ Dig. 10. 4. *Demelius*, Exhibitionspflicht.

еще того труднѣе. Ради облегченія истца, чтобъ не отпирался отвѣтчикъ, дѣйствовало такое правило: если отвѣтчикъ упорствуетъ въ отрицаніи владѣнія, которое успѣваетъ удостоверить истецъ, — владѣніе переходитъ на истца, такъ что недовольный этимъ отвѣтчикъ самъ долженъ въ дальнѣйшемъ вчинать виндикацію противъ бывшаго истца ²⁾).

V) *Возраженія отвѣтчика* могутъ быть разнообразны. Кромѣ тѣхъ, которые возможны тутъ, какъ и въ любомъ процессѣ (таковы всѣ такъ называемыя процессуальныя возраженія: о неподсудности и т. под.), особенно здѣсь любопытны тѣ, въ которыхъ выражается право удержанія вещи (*ius retentionis*) отвѣтчикомъ. Именно, отвѣтчикъ можетъ задерживать вещь:

1) въ случаѣ, если онъ самъ пребываетъ въ юридическомъ отношеніи къ вещи: онъ — залогоприниматель, арендаторъ и т. д.; если онъ получилъ по традиціи эту-же вещь отъ истца, когда онъ еще не былъ собственникомъ (*exceptio rei venditae et traditae*; выше, стр. 75) и т. под.

2) въ случаѣ *издержекъ отвѣтчика* на вещь до вознагражденія за нихъ истцомъ. Намъ извѣстно тройкое дѣленіе издержекъ по римскому праву: *impensae necessariae, utiles voluptuariae* (общая часть, стр. 124). И вотъ, за необходимыя издержки („*ne res deterior fiat*“) вознагражденіе полагается всякому отвѣтчику. За прихотливыя издержки („*ut res amoenior fiat*“) всякій отвѣтчикъ имѣетъ *ius tollendi* (напр., права снять украшенія), если истецъ не даетъ награжденія, а снятіе вещи полезно отвѣтчику. За полезныя издержки („*ut res melior fiat*“) добросовѣстный владѣлецъ получаетъ возмѣщеніе, а недобросовѣстному дается лишь *ius tollendi*.

VI) *Размѣръ отвѣтственности*. Отвѣтчикъ долженъ выдать, какъ говорятъ, *res cum omni causa*, вещь со всеми прибавленіями къ ней (плодами и т. д.) Но въ ближайшемъ опредѣленіи размѣровъ отвѣтственности различается добросовѣстный отвѣтчикъ отъ недобросовѣстнаго: второй отвѣчаетъ больше перваго. Скажемъ о масштабѣ отвѣтственности и объ отвѣтственности за плоды.

1) *Масштабомъ отвѣтственности* служить, какъ извѣстно, вина отвѣтчика. Вина его такъ опредѣляется: а) добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ за вину только отъ начала про-

²⁾ Fr. 80 D 6. 1.

цесса (послѣ *litis contestatio*), ибо до тяжбы добросовѣстный владѣлецъ, считая вещь своею принадлежностью, обращался съ ней по своему усмотрѣнію, а отъ начала процесса онъ долженъ бережно обращаться со спорной вещью; б) *недобросовѣстный* владѣлецъ отвѣчаетъ за *omnis culpa (dolus, culpa)* до и отъ начала процесса (*litis contestatio*), а послѣ *litis contestatio* бываетъ повиненъ, сверхъ того, еще за *casus*, случайную гибель вещи ¹⁾ *et in casibus, et in rebus, et in personis*

2) *Отвѣтственность за плоды* также осложняется тѣми же двумя обстоятельствами, отсутствіемъ *bona fides* и началомъ тяжбы: а) добросовѣстный владѣлецъ платится до *litis contestatio* только за *fructus exstantes* (находящіеся на лицо, еще не потребленные плоды), а послѣ *litis contestatio* онъ отвѣчаетъ за всѣ плоды; б) недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ за всѣ плоды во всякомъ случаѣ, до и послѣ начала тяжбы.

VII) *Цѣли* виндикаціи удовлетворяютъ два акта: 1) *pro-nunciatio* — признаніе права собственности за истцомъ, 2) *condemnatio* — присужденіе предмета тяжбы истцу.

Въ эпоху формулярнаго процесса когда „*ad rescipiendam aestimationem condemnatio concepta est*“ (по словамъ Гая, 4, 48), — присужденіе истцу бывало денежнымъ. Но въ виду того, что иногда истецъ былъ заинтересованъ получить вещь *in natura*, судья (по инструкціи претора) выступалъ съ предложеніемъ отвѣтчику (*arbitrium de restituendo*) выдать вещь *in natura*; и если отвѣтчикъ не выполнялъ предложенія, судья совершалъ денежное присужденіе. А такъ какъ судья не легко бывало опредѣлить стоимость предмета спора, то наказаніе отвѣтчику за отказъ въ выдачѣ вещи, предоставлялось истцу подъ присягой назначить дѣву иска. Такая присяга называлась *iuramentum in litem*. ^{иногда присяга могла быть и денежною}

Въ юстиніановомъ правѣ не стало *arbitrium de restituendo*. За то присужденіе самого предмета тяжбы получило полную исполнительную силу: у упрямаго отвѣтчика отсужденная отъ него вещь (*cum omni causa*) отбиралась насильно. И только, ^{иногда} когда у него ея не оказывалось, онъ платилъ стоимость вещи.

Б) *Actio negatoria* есть искъ собственника, отрицающаго вторженіе другого лица въ сферу его собственности. Главнымъ

¹⁾ Отъ отвѣтственности за *casus* онъ освобождается, буде докажетъ, что тотъ же *casus* повредилъ-бы вещь, если-бы она находилась у истца.

образомъ, вчинается собственникомъ, отрицающимъ установление противникомъ сервитута въ его вещи (напр. Dig. 8. 5: siservitus ad alium pertinere negetur): напр., кто-либо устраиваетъ балконъ въ сосѣднемъ воздушномъ пространствѣ — со-сѣдъ вчинаетъ искъ, отрицающій данный сервитуть.

Но кромѣ отрицанія сервитутовъ, actio negatoria служитъ и въ другихъ случаяхъ вторженія въ сферу собственности: когда, напримѣръ, пограничный заборъ по винѣ одного со-сѣда наклоняется на постройку другаго (14 § 1 D 8. 5)¹⁾. Actio negatoria отличается отъ vindicatio тѣмъ, что при немъ владѣніе истцомъ не теряется; на владѣніе лишь посягаютъ. Кромѣ того, предметомъ виндикаціи служитъ все содержаніе права собственности, а предметомъ „отрицательнаго“ иска — опредѣленная сфера осуществленія этого права.

Истецъ есть собственникъ; за лицами, признаваемыми на положеніи, схожемъ съ собственникомъ (эмфитевтомъ, суперфициаріемъ, залогопринимателемъ) допускается аналогичный искъ (a. negatoria utilis).

Отвѣтчикъ — всякое лицо, нарушающее безъ правомочія чужое право собственности.

Доказываніе распределяется такимъ образомъ. Истецъ долженъ доказать два положенія: свое право собственности и фактъ нарушенія его отвѣтчикомъ. Отвѣтчикъ, возражающій истцу, долженъ доказать свое право вторженія въ чужую собственность, напр., свой сервитуть.

Такъ ставится доказываніе большинствомъ современныхъ писателей. Нѣкоторые, однако, утверждаютъ, что истецъ, сверхъ того, обязанъ доказать, что отвѣтчикъ не имѣетъ права ограничивать собственность истца. Въ источникахъ этотъ вопросъ не разъясняется. Аргюіи должно сказать, что доказывать отсутствіе чужого права — дѣло очень трудное и, пожалуй, излишее. Разъ истецъ доказалъ наличность своего права собственности, — этого съ него достаточно; пусть отвѣтчикъ, въ свою очередь, доказываетъ, что и онъ управомоченъ на ту-же вещь.

Цель иска тройка: 1) уничтоженіе незаконнаго вторженія въ собственность, 2) вознагражденіе за причиненные убытки и 3) полученіе обезпеченія отъ отвѣтника (поручительства, не-

¹⁾ Другіе писатели ограничиваютъ практику actio negatoria областью сервитутовъ. Имъ справедливо возражаютъ.

Уже тѣмъ истецъ долженъ доказать, что онъ управомоченъ на ту-же вещь.

устойки и т. под.) въ томъ, что онъ болѣе не потревожитъ истца. Это обезпеченіе называется *cautio de non amplius turbando*.

В) *Actio Publiciana* ¹⁾); — искъ, установленный преторомъ Публиціемъ, охраняетъ добросовѣстнаго владѣльца противъ того, къ кому переходило неосновательно его владѣніе или кто вторгнулся во владѣніе; въ первомъ случаѣ этотъ искъ тоже, что для собственника виндикація, во второмъ — *actio negatoria*. Настоящій искъ есть *actio ficticia*; онъ поконится на фекціи, какъ-будто уже протекла для владѣльца законная давность, т. е., какъ будто владѣлецъ сталъ уже хозяиномъ вещи по давности.

Истецъ долженъ быть владѣлецъ оборотной вещью (*res habilis*) добросовѣстный (*bona fide*) и правомѣрный (*iusto titulo* — въ качествѣ дара, купленной вещи и т. под.).

Иначе сказать, чтобы быть истцомъ, должно удовлетворять всѣмъ требованіямъ давностнаго владѣнія (*res habilis, titulus fides, possessio*), кромѣ одного (*tempus*); но и послѣднее фигурируетъ, представляется какъ-бы въ наличности.

Публиціанскій искъ, очевидно, годенъ для владѣльца, еще не ставшаго вполне собственникомъ. А *fortiori*, онъ можетъ быть полезенъ и собственнику, добивающемуся возврата владѣнія, если онъ опасается за успѣхъ виндикаціоннаго процесса въ виду его *probatio diabolica*.

Отвѣтчикъ — обладатель или владѣлецъ безъ основанія (*titulus*) или съ меньшимъ основаніемъ, напр., недобросовѣстный владѣлецъ или, хотъ и добросовѣстный, приобрѣвшій, однако, вещь позднѣе истца и т. под. Публиціанскій искъ не имѣетъ дѣйствія противъ отвѣтника, обладающаго болѣе полнымъ или равносильнымъ вещнымъ правомъ. Именно, во первыхъ, онъ не имѣетъ успѣха противъ собственника той-же вещи; послѣдній обезсиливаетъ его возраженіемъ, *exceptio domini*. Во вторыхъ, искъ негоденъ противъ равносильнаго, такого-же *bonae fidei possessor*, пользующагося такъ-называемой *exceptio parisi bonae fidei possessionis*.

Доказываніе, лежащее на истцѣ, касается двухъ пунктовъ: 1) титулованнаго владѣнія истца, 2) наличности владѣнія или обладанія отвѣтника. Что касается перваго пункта,

¹⁾ *Appleton, histoire de la propriété prétorienne, 1889. Huschke d. Recht d. Publicianischen Klage, 1874.*

утраченного или потревоженного владѣнія истца, послѣдній долженъ, именно, удостовѣрить только наличность своего владѣнія и титутъ его; bona fides за нимъ предполагается.

Цѣль иска обыкновенно тождественна съ цѣлью виндикаціи: вернуть вещи cum omni causa. Ульпіанъ по этому поводу говоритъ (7 § 8 D 6. 2): in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus¹⁾. Въ тѣхъ-же случаяхъ, когда публиціанскій искъ выполняетъ функцію actionis negatoriae, и цѣль его должна быть такая-же, какъ у помянутой actio.

Г) Изъ другихъ исковъ собственника коротко назовемъ слѣдующіе личные иски (Dernburg, Pandecten, § 229 ff):

I) actio *communi dividundo*—о подѣленіи границъ между сосѣдними помѣщиками; это есть actio duplex (общая часть догмы, стр. 240), такъ какъ на обѣ стороны одинаково могутъ быть возложены по судебному рѣшенію права и обязанности²⁾;

II) *cautio damni infecti*³⁾ — требованіе объ обезпеченіи вреда отъ грозящей опасности, вслѣдствіе возможнаго разрушенія старой постройки, плотины и т. под. или вслѣдствіе новаго предпріятія, которое можетъ причинить вредъ имѣнію сосѣда (напр. устроивается каменоломня, подрывающая участки сосѣда). Обезпеченіе дается въ формѣ стипуляціи, обѣщанія вознаградить возможные убытки. Въ случаѣ отъеза въ обезпеченіи, истецъ вводится по приказу претора во владѣніе. Missio in possessionem ex primo decreto совершается, чтобъ понудить къ обезпеченію. И если первый вводъ не достигаетъ помянутой цѣли, совершается missio in possessionem ex secundo decreto. Этотъ второй вводъ переноситъ на истца право собственника отвѣтчика;

III) *actio aquae pluviae arcendae* — вышепомянутый (стр. 43) искъ о томъ, чтобы сосѣди не дѣлали какого-либо со-

¹⁾ Въ ученіи о публиціанскомъ искѣ есть нѣсколько контраверсъ. Вотъ, важнѣйшія изъ нихъ: 1) требуется-ли потеря владѣнія истцомъ? По видимому, искъ допускается, когда истецъ еще не началъ владѣнія; истцу завѣщанъ легать, фиденкомиссъ, подарокъ; 2) за кѣмъ преимущество изъ *растосилымыхъ* владѣльцевъ? Нераціи (3. § 2 D 19.1) отдастъ преимущество всегда старшему владѣльцу (qui prior ius eius apprehendit), Ульпіанъ-же (9 § 4 D 6. 2) осложняетъ дѣло различеніемъ вопроса о предшествующемъ владѣльцѣ (auctor): если вещь переходила къ нѣсколькимъ отъ одного предшественника (нѣсколько разъ продана), --перевѣсъ за болѣе раннимъ; если она приобреталась отъ разныхъ владѣльцевъ, перевѣсъ за позднѣйшимъ владѣльцемъ (melior causa possidentis).

²⁾ Hoffmann, *Archiv f. civ. praxis*, Bd: 31 и 35.

³⁾ Burckhard, *Glück-commentar.*, 39 и 40, 1875.

оруженія (*opus manufactum*) съ цѣлью измѣнить теченіе дождевой воды. Нормальными считались природные стоки воды. Запрещалось измѣнять ихъ въ виду возможнаго вреда сосѣду: затопленія луговъ, подмыва деревьевъ и т. под.;

IV) *operis novi nunciatio* ¹⁾ — возвѣщеніе истцомъ (претору), о начатіи вѣзмъ-либо (сосѣдомъ) новой постройки, нарушающей право истца или публичное право (напр. застѣняющей окна въ его домѣ, или о строеніи на государственной или церковной землѣ и т. под.). Заявленіе дѣлается съ тройкой цѣлью: 1) чтобъ сохранить свободу своей собственности—*iuris nostri conservandi causa*, 2) чтобъ получить обезпеченіе (*cautio damni infecti*) своихъ интересовъ—*damni depellendi causa*, 3) ради охраны публичнаго права—*iuris publici tuendi causa*. Если заявленіе признается преторомъ основательнымъ, постройка должна быть приостановлена. Буде-же, вопреки основательному заявленію, постройка продолжается, заявитель можетъ просить претора о разрушеніи построеннаго. На послѣднюю просьбу преторъ издаетъ *interdictum demolitorium* — приказъ о разрушеніи стройки;

V) *interdictum quod vi aut clam* — искъ противъ насильственнаго или скрытнаго дѣйствія относительно чужого недвижимаго имѣнія. Иначе сказать, это есть протестъ управомоченнаго на имѣніе противъ насилія и самоуправства; напр., не смотря на запретъ собственника, сосѣдъ продолжаетъ явно бросать или тайно свозить камни въ имѣніе истца (1 § 5 D 43. 24).

Такимъ образомъ, мы привели вещные и главнѣйшіе личные иски собственника. Въ концѣ надлежитъ упомянуть о прекращеніи собственности.

Отдѣлъ десятый. Потеря собственности.

Само собой разумѣется, прекращеніе правоспособности (смерть, рабство) влечетъ утрату собственности. Тоже происходитъ въ случаѣ полного уничтоженія вещи; остатки-же вещи суть принадлежности того-же собственника (кожа, мясо

¹⁾ *Stötzel*, die Letze v. d. operis novi nunciatio und d. interdictum quod vi aut clam, 1865.

животного и т. под.) ¹⁾. Другіе многочисленные случаи утраты частной собственности (при наличности субъекта и объекта его) можно свести къ тремъ группамъ: превращенію одной частной собственности въ другую, превращенію въ *res nullius* или въ *res extra commercium*,

А) Превращеніе въ частную собственность другого лица совершается по большей части по волѣ самого собственника переносащаго вещь возмездно или безмездно посредствомъ *traditio*. Но, конечно, возможны подобные случаи утраты и независимо отъ воли собственника: при *avulsio*, *specificatio*, *usucapio* и т. д.

Кстати, назовемъ нѣкоторые изъ тѣхъ случаевъ утраты, когда другое лицо, какъ говорятъ юристы (*fragm. Ulpiani*, XIX, 17), приобретаетъ право собственности *ex lege* ²⁾, т. е., на основаніи постановленія/самого закона, независимо отъ воли прежняго собственника и/безъ посредства судебной власти ³⁾. Вотъ, на примѣръ, такіе случаи: 1) получение отъ каза изъ наслѣдства (*legatum per vindicationem*) прямо изъ наслѣдственной массы, 2) переходъ доли наслѣдства отъ бездѣтнаго или холостого къ наслѣднику, имѣющему дѣтей, 3) отобраніе вещи, неоплаченной пошлиной (*commissum vectigalium nomine*, 14 D 39. 4) и т. д.

Б) Превращеніе въ *res nullius* совершается: 1) посредствомъ *occipatio bellica*; мы уже говорили о томъ (стр. 66), что римская собственность, дѣлавшаяся добычей непріятеля, считалась и въ глазахъ самихъ римлянъ за *res nullius*; 2) въ случаѣ побѣга дикаго животного или когда не возвращается домой прирученное животное, теряющее привычку возвращаться (*consuetudo revertendi*); 3) въ случаѣ *derelictio*—намѣреннаго отказа отъ собственности, о которомъ можно судить по поведенію собственника, и въ др. случ.

В) Превращеніе въ *res extra commercium* бываетъ, на примѣръ: 1) когда публичная рѣка, оставивъ течение въ одномъ мѣстѣ, пролагаетъ себѣ другое русло по частному

¹⁾ Fr. 49 § 1 D 6. 1: *meum est quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.*

²⁾ Этотъ терминъ нерѣдко встрѣчается въ учебникахъ. Онъ-же поставленъ въ программѣ испытательной комиссін, изд. 1890 г.

³⁾ При помощи судебной власти собственность можетъ быть потеряна, на примѣръ, въ случаѣ *adiudicatio*—превращеніи общей собственности въ индивидуальную при раздѣлѣ сохозяевъ, *missio in possessionem ex secundo decreto*—выше упомянутый случай (стр. 91) и т. д.

имѣнію; участокъ, составляющій дно рѣки, отходитъ государству; 2) въ случаѣ *экспропріаціи*—лишенія частной собственности самимъ государствомъ. У римлянъ вопросъ объ экспропріаціи не былъ разработанъ. Теперь она совершается по особому законодательному акту или, по крайней мѣрѣ, правительственной властью въ случаяхъ, точно опредѣленныхъ закономъ за вознагражденіе, выговоренное собственникомъ или особо установленное властями. Но и у римлянъ встрѣчаются краткія указанія на экспропріацію. Такъ, въ fr. 14 § 1 D 8. 6 говорится о томъ, что, если общественная дорога будетъ смыта рѣкой или загромождена развалинами, ближайшій сосѣдъ долженъ предоставить дорогу ¹⁾).

¹⁾ Юрингъ въ своемъ „Zweck im Recht“ называетъ случаи отнятія собственности не на государственную пользу, а на пользу сосѣда *гражданской* экспропріаціей, въ отличіе отъ публичной экспропріаціи: предоставленіе помѣщику пострадавшему отъ наводненія, права прохода чрезъ имѣніе сосѣда и т. под. Ср. *Гамбаровъ*, общественный интересъ въ гражд. правѣ, 1881.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

158

Сервитуты ¹⁾.

Основная группировка вещныхъ правъ, какъ нами выше упомянуто (стр. 4), опирается на два свойства отношенія чловѣка къ вещи: принадлежность и служебность ея. Въ ученіи о владѣніи и правѣ собственности мы имѣли дѣло преимущественно съ первымъ свойствомъ, въ предстоящихъ ученіяхъ о правахъ на чужія вещи (*iura in re aliena*) будемъ касаться, главнымъ образомъ, второго свойства, служебности вещи.

Служебность вещи называется *servitus*. Полагаютъ, что въ древнемъ Римѣ *servitus* означала также всякое право на служебную вещь. Затѣмъ, развитая юриспруденція изъ общей пригодности вещи на потребности людей выдѣлила особое свойство — *мнговую* цѣнность ея; и вотъ, получился особый видъ права на чужую вещь — *закладное* право, дающее правомочіе кредитору продать чужое, заложенное имущество. Наконецъ, еще позднѣе было обращено вниманіе, такъ связать, на *квалифицированную служебность* (служеніе всей вещи продолжительное, даже наследственное) и получились два новые института: *emphyteusis* и *superficies*. — Въ настоящей, третьей главѣ будемъ говорить только о сервитутахъ. И прежде всего объ ихъ юридической природѣ.

Служебность — отъ слова servus — рабъ, означающаго зависимость, которую имѣетъ вещь отъ чужой вещи, какъ отъ господина.
Служебность — отъ слова servus, означающаго раба, и означаетъ зависимость вещи отъ чужой вещи, какъ отъ господина.

¹⁾ Schönemann, die Servituten, 1866. Molitor, — la possession et les servitudes.

Отдѣлъ первый. Природа сервитутовъ.

А) *Понятіе и виды сервитутовъ.* Сервитутомъ называется вещное право на несобственную (чужую) вещь, состоящее въ пользованіи ею. Данное понятіе выражено въ довольно общей, абстрактной формѣ. Чтобы нѣсколько усвоить его, коснемся его признаковъ.

Во-первыхъ, сервитуть есть *вещное* право; можетъ быть и обязательственное право на чужую вещь ради пользованія ею: ссуда, наемъ. Сервитуть, какъ вещное право, тѣснѣе связанъ съ вещью. Положеніе ссудоприемателя и арендатора зависимо отъ положенія лица, предоставившаго имъ (личное) право на свою вещь; если это лицо теряетъ собственность, ссуда и аренда прекращается. Сервитуть-же въ этомъ случаѣ продолжается.

Во-вторыхъ, сервитуть есть право на *несобственную* вещь. Необходимо-ли, чтобы объектомъ сервитута была *чужая собственность*? Нѣкоторые писатели (Шенеманъ, Виндшейдъ) отрицаютъ это; между прочимъ, указываютъ, что въ древности, когда частная собственность еще не была вполне сформирована, уже существовали сервитуты: пользованіе несобственника сосѣднимъ лугомъ, лѣсомъ и т. под. На это возражаютъ тѣмъ, что неизвѣстны сервитуты на *res nullius*. Въ приведенномъ нами понятіи сервитута мы говоримъ, именно, о несобственной вещи, оставляя открытымъ вопросъ о томъ, есть-ли въ данную минуту какой-либо хозяинъ объекта сервитута, или нѣтъ. Конечно, обыкновенно хозяинъ имѣется; а въ любое же данное время его можетъ и не быть; но отъ того, что сосѣднее имѣніе можетъ быть безхозяйнымъ, сервитуть не теряется.

Въ третьихъ, содержаніе сервитута состоитъ *въ пользованіи*, а не въ распоряженіи или потребленіи вещью. Если-же, напримѣръ, предметомъ узупрукта признается стадо или лѣсъ, пользованіе которыми состоитъ въ уничтоженіи отдѣльныхъ головъ скота или деревьевъ, тѣмъ не менѣе тутъ предполагается *сохранность цѣлаго* вслѣдствіе рожденія новыхъ животныхъ, роста новыхъ деревьевъ (70 § 1 D 7. 1). Другими словами, пользованіе должно совершаться *salva rei substantia*.

Два главнѣйшіе вида сервитутовъ извѣстны намъ изъ исторіи: *servitutes praediorum* и *servitutes personarum*. На-

примѣръ, право владѣльца недвижимости ходить или ѣздить чрезъ чужое имѣніе, гонять скотъ туда на водопой и т. д.— суть вещные (предѣльные) сервитуты; пожизненное право пользованія опредѣленнаго лица чужой вещью, пользованіе услугами чужого слуги (раба)—суть личные сервитуты. Вещные сервитуты продолжаютъ, независимо отъ выбытія данныхъ владѣльцевъ, переходя отъ однихъ управомоченныхъ на данное имѣніе къ другимъ. Личные сервитуты погибаютъ со смертью управомоченныхъ. Между вещными и личными сервитутами такъ мало общаго, что, — какъ говорятъ нѣкоторые писатели (Wendt и др.), — не будь у римлянъ одного термина (*servitus*) для обоихъ видовъ, не было-бы новѣйшими учеными потрачено массы труда на выработку общаго ученія о сервитутахъ ¹⁾.

Менѣе существенно неримское дѣленіе, по описанію, однако, источниковъ, на положительные и отрицательные сервитуты (*serv. affirmativae, negativae*, — 15 § 1 D 8. 1) — [†] смотря по тому, пользуется-ли управомоченный (ходить по-воду) или ограничивается собственникъ (*не можетъ строить высокаго дома*). Также второстепенно дѣленіе на сервитуты непрерывные и прерывные (*serv. continuae, discontinuae* — 14 рг. D 8. 1); примѣръ перваго — устройство балкона въ [†] сосѣднемъ воздушномъ пространствѣ, примѣръ втораго — хожденіе за водой къ сосѣду.

Б) *Собственность и сервитутъ* сталкиваются въ одной вещи. Въ какомъ они соотношеніи? Нѣкоторые писатели (Бюхель и др.) предлагали глядѣть на сервитутъ, какъ на *выдѣленіе составной части собственности*. Но имъ справедливо возражали (ср. Dernburg. 237) указаніемъ на то, что, если допустить отрѣшеніе части собственности, въ такомъ случаѣ, послѣ уничтоженія сервитута (напр., узуфрукта), пришлось-бы требовать отъ собственника *новаго приобрѣтенія*, чтобъ связать отрѣшенный сервитутъ съ неполной собственностью. Этого, конечно, не бываетъ.

¹⁾ Дѣйствительно, ученіе о сервитутахъ очень казуистично излагается въ источникахъ; общихъ положеній немного. Къ двумъ главнымъ видамъ прежде приурочивали третій видъ подъ названіемъ: *servitutes irregulares*—вещные сервитуты, принадлежащіе лишь опредѣленнымъ лицамъ. Таковъ, напр., *usus aquae personalis* (упоминаемый въ fr 37 D 8. 3). Теперь ихъ относятъ къ личнымъ сервит. Ср. Cohnfeldt, die sogen. irregulären Servituten, 1862.

1
2
Собственность и сервитутъ въ одной и той-же вещи суть два отдѣльные правоотношенія, имѣющія самостоятельную судьбу; съ установленіемъ сервитута или измѣненіемъ субъектовъ его, собственность остается неприкосновенной и наоборотъ. Но по сколько оба конкурируютъ въ одинаковомъ отношеніи къ вещи, они взаимно ограничиваются въ пользованіи одной и той-же вещью.

Сервитутъ ограничиваетъ собственность: не говоря уже о томъ случаѣ, когда пользованіе всею вещью и плодами принадлежитъ одному управомоченному, собственникъ не можетъ отказать въ рублѣ лѣса на топливо, не можетъ уничтожить балконъ сосѣда при постройкѣ новаго зданія на своей-же землѣ и т. д.

Собственность ограничиваетъ сервитутъ: 1) управомоченный на сервитутъ долженъ пользоваться добропорядочно, *civiliter*, чтобы не пострадала годность вещи къ пользованію въ интересахъ собственника (9 D 8. 1); 2) собственникъ можетъ иногда, не взирая на существующій уже сервитутъ, установить въ той-же вещи другой сервитутъ (напр., въ пользованіи источникомъ воды, дорогой (15 D 8. 4: — *per eundem locum vel iter vel actum sedere posse verum est*).

В) *Общія начала* сервитутнаго права передаются обыкновенно въ видѣ трехъ слѣдующихъ афоризмовъ:

1) *nulli res sua servit* (6 D 8. 2)—въ собственной вещи не можетъ быть сервитута (ибо онъ поглощается болѣе полнымъ правомъ собственности). Но можетъ-ли быть установленъ сервитутъ въ общей собственности въ пользу одного изъ собственниковъ? Въ литературѣ споръ, въ виду различія источниковъ. А priori, слѣдуетъ отвѣтить отрицательно.

2) *servitus in faciendo consistere non potest* — сервитутъ не можетъ состоять въ положительномъ дѣйствіи собственника. Его поведеніе въ отношеніи управомоченнаго на сервитутъ выражается словами: 1) *pati*—онъ долженъ терпѣть дѣйствія управомоченнаго въ той-же вещи, которая составляетъ предметъ собственности; 2) *non facere*—не совершать извѣстныхъ дѣйствій: не строить дома выше извѣстныхъ предѣловъ и т. д. (15 § 1 D 8. 1). Къ положительному дѣйствію (*facere*) собственникъ не обязанъ. Слѣдовательно, онъ не обязанъ и исправлять служебную вещь; ремонтъ ея (дороги, водопровода и т. д.) возлагается на пользующагося сервитутомъ. Единственное исключеніе представляетъ *servitus oneris ferendi*—пользованіе

чужой стѣной или балкой, какъ подпорой: ремонтъ этихъ предметовъ лежитъ на собственникѣ ихъ ¹⁾.

3) *servitus servitutis esse non potest* (fr. 1 D 33. 2) — управомоченный на сервитутъ не можетъ устанавливать сервитута для третьяго лица ²⁾. Кроме того, этотъ-же афоризмъ понимаютъ еще такъ, что на вещь, въ которой имѣется одинъ сервитутъ, нельзя было устанавливать другого сервитута. Но ни того, ни другого толкованія римскіе юристы строго не держались: ими допускалось въ отдѣльныхъ случаяхъ образование нѣсколькихъ послѣдовательныхъ сервитутовъ въ одной и той-же вещи (33 § 1 D 8. 3, 1 D 33. 2).

Отдѣлъ второй. Вещные сервитуты.

Servitutes praediorum суть вещныя права, принадлежащія любому владѣльцу одной недвижимости на другую недвижимость. Первая вещь, которой служить другая (*cui debetur*, 4 § 3 D 8. 5), нынѣ называется *praedium dominans*, другая, служебная вещь — *praedium serviens* (*servium* — 8 D 19. 1).

Вещные сервитуты не связаны со владѣльцами недвижностей; ихъ права и обязанности сообщаются всякому, кто въ данное время владѣетъ той или другой вещью. Есть даже мнѣніе, что субъектъ вещнаго сервитута не есть переходящій владѣлецъ господствующаго имѣнія, а само *praedium dominans*; само *praedium dominans* есть юридическое лицо (Бѣкингъ). Но въ такомъ искусственномъ построеніи не было нужды (общая часть, стр. 83), тѣмъ болѣе, что римляне допускали прекращеніе сервитута при соединеніи (*consolidatio*) обоихъ имѣній въ однѣхъ рукахъ ³⁾.

Вещныхъ сервитутовъ двѣ группы: сельскіе и городскіе сервитуты — *servitutes praediorum rusticorum*, *praediorum urbanorum*. На чемъ основано это дѣленіе: на *praedium dominans*

¹⁾ Нѣкоторые романисты конструируютъ *serv. oneris ferendi* состоящимъ изъ двухъ элементовъ: 1) *вещнаго права* — самого сервитута, 2) *обязательственной права* — обязанности, возложенной на собственника, независимо отъ сервитута. Есть и другія конструкціи. Ср. *Vindscheid* § 211a Anm. 3.

²⁾ По одному неясному мѣсту (15 § 7 D 7. 1) полагаютъ, что собственникъ не можетъ установить сервитута даже съ согласія управомоченнаго. Контроверзы (ср. *Arndts*, *Pandecten*, § 179).

³⁾ Можно образовать сервитутъ даже въ еще невыстроенныхъ будущихъ имѣніяхъ fr. 24 § 1 D 8. 2: *futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.*

или *serviens*? На это трудно дать точный отвѣтъ въ виду того, что сами источники не выдерживаютъ даннаго дѣленія. Въ нихъ иногда сельскій сервитутъ (напр. водный 1 § 11 D 43. 20) допускается для городскаго имѣнія и наоборотъ (напр. свѣтовой сервитутъ отнесенъ къ сельскому имѣнію)¹⁾.

Въ случаѣ сомнѣнія нынѣ предлагаютъ большею частью обращать вниманіе на *praedium dominans*: каково господствующее имѣніе, таковъ и сервитутъ²⁾.

Предварительно перечисленія тѣхъ и другихъ, скажемъ объ общихъ условіяхъ вещныхъ сервитутовъ.

А) *Условія вещныхъ сервитутовъ*, разсматриваемыя римскими юристами, суть слѣдующія:

1) *сосѣдство имѣній*. Объ этомъ говорятъ: *praedia vicina esse debent*—объ недвижности должны быть смежными (5 § 1 D 8. 3), напр., въ сервитутѣ добыванія мѣлу, сожиганія извести (*ius cretae eximendae calcisque coquendae*). Но въ нѣкоторыхъ сельскихъ сервитутахъ сами-же юристы не строго держались даннаго требованія, допуская дорожные сервитуты между имѣніями, раздѣленными рѣкой или публичной дорогой (1 пр. D 8. 2). А въ городскихъ сервитутахъ (особенно, въ свѣтовыхъ) выражали прямо противоположное начало (6 пр. D 8. 4): *parvique refert, vicinae sint ambae aedes* и поц. Болѣе существенно другое свойство:

2) *полезность имѣнія* служебнаго (*utilitas servitutis*, 5 D 8. 5). Оно можетъ быть полезно для удовлетворенія *необходимыхъ потребностей* (таковъ сервитутъ прохода, водопоя и др.). Оно-же можетъ приносить пользу въ интересахъ одного *удобства* (чтобы имѣть красивый видъ изъ оконъ, чтобы освѣжать воздухъ фонтаномъ изъ трубъ по служебному имѣнію и т. под.).

Предѣлъ пользованія опредѣляется дѣйствительной потребностью господствующаго имѣнія. Такъ, если кто беретъ

¹⁾ Такая путаница происходитъ, на нашъ взглядъ, отчасти потому что у римлянъ мѣнялся взглядъ на различіе между тѣми и другими имѣніями: сначала буквальное (по мѣстоположенію) различіе уступило мѣсто другому (по признаку доходности: *praedium rusticum* даетъ доходъ *in natura*, *praedium urbanum*—деньгами, ср. общая часть стр. 112).

²⁾ Другіе писатели иначе объясняютъ различіе: 1) согласно *praedium serviens*, 2) *serv. praediorum urbanorum* суть сервитуты зданій, s. pr. *rusticorum*—серв. неастроенныхъ имѣній; 3) дѣло не въ свойствѣ имѣнія, а въ содержаніи сервитута: сельскіе сервитуты суть *serv. faciendi* (что-либо дѣлать—ходить, брать воду и т. д.), городскіе сервитуты суть *serv. habendi* (имѣть бревно, укрѣпленное въ чужую стѣну) или *prohibendi* (мѣшать высоко строить и т. под.).

глину на выдѣлку сосудовъ для вывоза вина, то ему не дозволяется добывать ее для выдѣлки сосудовъ на продажу (6 пр. D 8. 3). Сказанное выражается въ словахъ:—*non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit* (5 § 1 D 8. 3);

3) *постоянство служенія*, о которомъ прямо говорится въ fr. 28 D 8. 2: *omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*—служебное имѣніе должно быть въ состояніи приносить постоянную пользу, имѣть неизсякаемый источникъ на удовлетвореніе господствующаго имѣнія. Поэтому, нельзя установить воднаго сервитута въ высыхающемъ озерѣ или прудѣ, гдѣ непостоянно имѣется вода.

4) *недѣлимость* вещныхъ сервитутовъ, въ силу которой нельзя устанавливать ихъ въ *недѣлимой (идеальной) части* (pars indivisa) общей собственности (32 D 8. 3: *per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse*). Полагается, что сервитуты существуютъ между самими имѣніями. Поэтому, удаление одного изъ сохозяевъ или присоединеніе новаго собственника не производитъ вліянія на сущность сервитута (8 § 1 D 8. 1).

Другое дѣло, если совершается раздѣлъ имѣнія на части, когда вмѣсто одного появляется нѣсколько имѣній: тутъ все зависитъ отъ конкретнаго содержанія сервитута. Иногда за каждымъ новообразованнымъ имѣніемъ (изъ одного господствующаго) удерживается тотъ-же (напр., дорожный) сервитутъ (6 § 1 D 8. 6), иногда онъ отходитъ къ одному новому имѣнію, которое въ немъ нуждается (напр. полученіе глины на заводъ), иногда самый сервитутъ дѣлится (одинъ водопроводъ проводится по всѣмъ новымъ участкамъ, 25 D 8. 3).

По указаніи общихъ условій вещныхъ сервитутовъ, назовемъ отдѣльно главнѣйшіе сельскіе и городскіе сервитуты.

Б) *Сельскіе сервитуты* (*serv. praediorum rusticorum*) суть древнѣйшіе (о чемъ можно судить по причисленію ихъ къ древнѣйшей категоріи вещей, *res mancipi*). Къ нимъ относятся сервитуты дорожные, водные, луговые и матеріальные.

1) *Дорожные* сервитуты существовали въ слѣдующихъ видахъ: 1) *iter*—пѣшеходный сервитутъ (1 пр. D. 8, 3. *ius eundi ambulandi homini*), включившій впоследствии проѣздъ верхомъ и несеніе въ носилкахъ (12 D 8. 3); 2) *actus*—прогонъ скота и проѣздъ въ повозкѣ (1 пр. D 8. 3: *ius agendi vel iumentum, vel vehiculum*); 3) *via*—всякій дорожный сервитутъ, включающій *iter, actus* (1 пр. D 8. 3) и другіе способы

передвиженія тяжестей: камней, бревенъ и т. под. Сюда-же въ дорожнымъ сервитутамъ, не безъ основанія, относятъ: 4) *servitus navigandi* — сообщеніе черезъ чужое озеро (23 § 1, D 8. 3: ut perveniatur ad fundum vicinum).

II) *Водные сервитуты*: довольно разнообразны: *aquaeductum* — проведеніе воды изъ чужаго источника. Источникъ долженъ представлять собою неизсякаемое вмѣстилище воды, такъ что нельзя вести воду изъ пруда или колодца. Пользованіе водой можетъ быть въ теченіе всего года (*aqua quotidiana*) или въ теченіе одного лѣта (*aqua aestiva*): 2) *aquaehaustus* — черпаніе воды въ чужомъ источникѣ въ соединеніи съ дорожнымъ сервитутомъ (3 § 3 D 8. 3: qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum); 3) *pecoris ad aquam appulsus* — водопой скота въ чужомъ источникѣ, также въ соединеніи съ дорожнымъ сервитутомъ (*actus*): 4) *запретъ* открывать водные источники въ виду возможнаго уменьшенія воды въ сосѣднемъ участкѣ (15 pr. D 8. 1: — si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuenda aquae meae gratia). Какъ вѣрно замѣчаютъ, это есть единственный *отрицательный* сельскій сервитутъ (въ которомъ владѣлецъ господствующаго имѣнія бездѣйствуетъ).

III) *Луговые сервитуты* рѣдко упоминаются въ источникахъ: 1) *ius pascendi* — право пасты на чужомъ лугу скотъ, необходимый для обработки имѣнія (3 pr. D 8. 3) или составляющій главное богатство имѣнія (4 D 8. 3: si praedii fructus maxime in pecore consistit); 2) право устроить *шалашъ* (*tugurium*) для пастуха (6 § 1 D 8. 3).

IV) *Матеріальные сервитуты*, подъ которыми можно разумѣть добываніе матеріаловъ для постройки ¹⁾ (песку — *arenae fodiendae*, извести — *calcis coquendae*, камня — *lapidis eximendi*, дерева — *silvae caeduae* и т. под.). — Также немало городскихъ сервитутовъ.

В) *Городскіе сервитуты* (*serv. praediorum urbanorum*) болѣе поздняго происхожденія. Къ нимъ принадлежатъ: строительные, сточные, свѣтовые сервитуты.

I) *Строительные сервитуты*, вызванные нуждами постройки зданій, суть слѣдующіе: 1) *s. tigni immitendi* — укрѣпленіе конца балки въ стѣнѣ сосѣда, 2) *s. oneris*

¹⁾ Въ обыденной жизни „матеріальный дворъ“ есть складъ строительныхъ матеріаловъ: песку, глины, извести и т. под.

ferendi—обшириѣ предѣдущаго сервитута, такъ какъ можетъ касаться опоры всего зданія на стѣну или колонны сосѣда. Странная особенность этого сервитута намъ извѣстна (выше, стр. 98): хозяинъ служебнаго имѣнія обязанъ ремонтировать свою вещь, служащую опорой (слѣд. тутъ исключеніе изъ правила: *servitus in faciendo consistere non potest*); 3) *serv. protegendi*—вытянуть крышу въ пространство сосѣда; 4) *serv. proiciendi*—устроить балконъ на сосѣдній участокъ.

II) *Сточные сервитуты* касаются отвода или стока какихъ-либо отбросовъ или бесполезныхъ выдѣленій на чужой участокъ: 1) *serv. stillicidii*—устройство стока дождевой воды на дворѣ сосѣда ¹⁾; 2) *serv. cloacae immitendae*—отводъ нечистотъ на сосѣдній участокъ и далѣе (Dig. 43. 23); 3) *serv. fumi immitendi*—отводъ чрезмѣрнаго дыма изъ трубъ или пара изъ бани (*cuniculi balnearii*) въ сосѣднее пространство.

III) *Свѣтовые сервитуты* очень разнообразны: 1) *ius altius non tollendi*—не поднимать зданіе выше извѣстной мѣры, чтобъ не загораживать доступъ свѣта сосѣду, 2) *serv. ne luminibus (prospectui) officiatur*—болѣе обширный сервитутъ, чтобы не только повышеніемъ зданія, но и какъ-либо иначе (насажденіемъ деревьевъ, растений) не загораживали свѣта или вида; 3) *servitus luminum*—неясный сервитутъ (сюда относятъ пробитіе окна въ пограничной стѣнѣ—4 D §. 2) ²⁾.

Отдѣлъ третій. Личные сервитуты.

Между тѣмъ какъ вещные сервитуты устанавливаются въ хозяйственныхъ интересахъ сосѣднихъ имѣній, сервитуты личные имѣютъ въ виду исключительно личные интересы. Установленные для извѣстнаго лица, они прекращаются со смертію

¹⁾ Отводъ дождевой воды по трубамъ называется *s. fluminis* (20 § 3—6 D 8. 2).

²⁾ Въ источникахъ называются *serv. altius tollendi, stillicidii non recipiendi, luminibus officendi*. Что это за сервитуты, содержащія правомочія собственника? Объясненій не мало. Вотъ, болѣе правдоподобное: собственникъ, ограниченный въ интересахъ публичнаго или сосѣдскаго права, снималъ по договору эти ограниченія и получалъ, такимъ образомъ *ius altius tollendi* и т. под.

Видимое
гг.
Кален.

1. его. Это—первое различіе между вещными и личными сервитутами. Второе различіе—по объекту: предметомъ *servitus personarum* можетъ быть недвижимое и движимое имущество, между тѣмъ какъ предметомъ *serv. praediorum* является только движимость. Третье различіе—по содержанию: личные сервитуты гораздо обширнѣе вещныхъ, опредѣляемыхъ своимъ названіемъ (право прохода, черпанья воды и т. д.).

2. Къ личнымъ сервитутамъ принадлежатъ: *ususfructus, usus, habitatio, operae servorum et animalium*. Ихъ рассмотримъ по очереди

3. А) *Ususfructus* ¹⁾ опредѣляется буквально такъ: *ususfructus est ius alienis rebus utendi, fruendi salva rerum substantia* (1 D 7. 1)—пользованіе чужими вещами и (плодами съ сохраненіемъ) существа вещей. Въ виду требованія о сохраненіи существа вещей предметомъ узуфрукта можетъ быть, строго говоря, только непотребляемая вещь (*res quae usu non consumuntur*). Но, по аналогіи, впоследствии былъ допущенъ въ римскомъ правѣ узуфруктъ потребляемыхъ вещей; онъ называется *quasi—ususfructus*. О немъ скажемъ отдѣльно по обзорнѣи обыкновеннаго или истиннаго узуфрукта (*verus ususfructus*).

І *Признаки* узуфрукта есть слѣдующія: это есть 1) право вещное, 2) пожизненное 3) неотчуждаемое, 4) пользованія и 5) извлеченія плодовъ, 6) *salva rei substantia*:

1) узуфруктъ—есть *право вещное*. Этимъ признакомъ онъ отличается отъ обязательственнаго права на чужую вещь, возникающаго по договору. Такъ, по договору найма арендаторъ получаетъ правомочіе, схожее по содержанию съ узуфруктомъ. Но его полномочіе зависимо отъ другого контрагента: если хозяинъ вещи теряетъ право собственности, вмѣстѣ съ тѣмъ прекращается правомочіе арендатора. Узуфруктъ-же, какъ непосредственное право на вещь, продолжается, независимо отъ перемѣны хозяевъ вещи;

2) узуфруктъ есть *право пожизненное*. Онъ терется со смертью узуфруктуарія (3 § 3 D 7. 4: *morŕe quoque amitti usumfructum,—sicuti siquid alium quod personae cohaeret*). Съ точки зрѣнія этого признака узуфруктъ походить на «по-

¹⁾ *Дорнъ*, узуфруктъ, т. I, 1872. На русскомъ языкѣ нѣтъ подходящаго термина. Нельзя назвать удачными попытки переводить словами: пользовладѣніе, пользонослажденіе, пожизненное владѣніе.

жизненное владѣніе» русскаго права. Этимъ онъ отличается отъ наслѣдственной оброчной аренды, о которой рѣчь впереди (*emphyteusis, superficies*);

3) узуфруктъ есть *право неотчуждаемое*, какъ тѣсно связанное до смерти съ опредѣленнымъ лицомъ («*personae cohaeret*»). Но практика юридическая допустила передачу или уступку (*cessio*) осуществленія узуфрукта (*exercitium iuris*): самое право оставалось за узуфруктуаромъ, а происхожденіе или осуществленіе его переходило какъ-бы къ его повѣренному (цессіонару). Напр. говорится о подобной уступкѣ узуфрукта мужемъ женѣ (66 D 23. 3):—*ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat*. Послѣдствія такой комбинаціи давали знать о ней въ томъ, что, напримѣръ, получившій примѣненіе узуфрукта терялъ свое *exercitium iuris* съ потерей права узуфруктуаромъ (со смертью его);

4) узуфруктъ есть *ius utendi*. Право пользованія въ него приводить, какъ необходимый элементъ ради извлеченія плодовъ. По этому поводу юристы говорили: *fructus sine usu esse non potest* (14 § 1 D 7. 7. 8) ¹⁾;

5) *ius fruendi*—самое существенное право узуфруктуарія. Оно распространяется на всякіе плоды, гражданскіе и естественные. Гражданскіе плоды получаютъ, напримѣръ, въ видѣ наемной платы за предметъ узуфрукта съ арендатора ²⁾. Естественные плоды приобрѣтаются узуфруктуаромъ посредствомъ завладѣнія (*perceptio fructuum*).

То, что не составляетъ *fructus*, не принадлежитъ узуфруктуару. Такъ, не въ его пользу, а въ пользу собственника поступаетъ потомство рабыни, ибо оно, какъ мы знаемъ, (общая часть, стр. 121) считалось не *fructus*, а *accessio*. Только такія приращенія (*accessiones*) поступаютъ въ пользованіе узуфруктуара, которыя находятся въ неразрывной связи съ предметомъ узуфрукта. Такова, напримѣръ, *alluvio* (береговой наносъ), Но на островъ, возникшій посреди рѣки (*insula in flumine nata*) не распространяется узуфруктъ.

Вообще, все, что не составляетъ плода или неразрывнаго

¹⁾ Противорѣчіе въ 5 § 2 D 7. 9 и др. Объясненіе, напр., у Vangerow, Pandecten, § 348.

²⁾ Наемная плата за пользованіе вещью (безъ плодовъ) дѣлится между хозяиномъ и узуфруктуаромъ, сообразно времени узуфрукта. Наемная плата за вещь, съ которой арендаторъ сталъ являть плоды по установленію узуфрукта, принадлежитъ одному узуфруктуару.

приращенія, не относится къ узупфрукту. Все это принадлежить хозяину; напр., деревья, вырванныя бурей;

6) *salva rerum substantia* — не уничтожая существа или цѣнности вещи. Узупфруктуарь не долженъ уничтожать, портить вещи, возводить новыя зданія, измѣнять устройство дома (13 § 7 D 7. 1). Онъ можетъ обрабатывать имѣніе, не уменьшая его доходности. Пользованіе лѣсомъ должно происходить по правиламъ лѣсного хозяйства (вырубать деревья такъ, чтобы выростали новыя); пользованіе стадомъ можетъ быть таково, чтобы убыль успѣвала пополняться приплодомъ, и т. д.

II) *Право собственника* есть *plena proprietas*, въ силу которой собственникъ можетъ распоряжаться вещью, не касаясь узупфрукта (*integro usufructu*): закладывать (2 С 3. 33) или отчуждать, обременять ее новыми сервитутами, поскольку они не ухудшаютъ положеніе узупфруктуара (16 D 7. 1: *nisi qua deterior usufructuarii condicio non fiat*).

Кромѣ того, за собственникомъ остается владѣніе. И онъ можетъ противодѣйствовать посягательству на вещь его (16 § 1 D 7. 8).

III) *Обязанности узупфруктуара* заключаются въ слѣдующемъ. Во-первыхъ, при установленіи узупфрукта онъ долженъ представить обезпеченіе, называемое *cautio usufructuaria*, въ томъ, что онъ будетъ добросовѣстно пользоваться вещью и вернуть ее въ надлежащемъ видѣ. *Cautio* давалась въ формѣ поручительства (*satisdatio*). Отъ нея не освобождался узупфруктуарь даже по договору съ собственникомъ. Отъ *cautio* былъ свободенъ развѣ отецъ, имѣющій узупфруктъ въ собственномъ имуществѣ (*bona adventicia*) дѣтей, да узупфруктуарій, относительно котораго было извѣстно, что онъ ту-же вещь прибрѣтетъ въ собственность ¹⁾).

Во-вторыхъ, узупфруктуарь долженъ обращаться съ вещью, какъ *optimus paterfamilias* (Palili sent., 3, 6 § 27), согласно экономическому назначенію вещи (какъ говорятъ источники, *secundum conditionem rei*). Онъ долженъ поддерживать годность зданій (но главный ремонтъ лежитъ на хозяинѣ); онъ не можетъ раба, обученнаго искусствамъ, обращать въ черно-рабочаго (заставлять актера быть банщикомъ, 15 § 1 D 7. 1) и т. д. Онъ долженъ пользоваться сервитутами имѣнія (дорожными, водными и др.), чтобы они не были погашены

¹⁾ Еще три случая освобожденія отъ *cautio* см. Баронъ, система, § 161.

давностью. Онъ обязанъ нести повинности, лежащія на имѣ-
ннн, и долженъ платить налоги и подати (7 § 2 D 7. 1).

Въ третьихъ, по прекращеніи узуфрукта вещь должна
быть возвращена съ надлежащими приращеніями, которыя
появились-бы, будь онъ *bonus paterfamilias*. Узуфруктуаръ
отвѣчаетъ предъ хозяиномъ за *omnis culpa*; но за *casus* не
несетъ ответственности (напр., за снесеніе зданія во время
наводненія).

IV) *Quasi-usufructus* былъ установленъ какимъ-то сенат-
скимъ установленіемъ (1 D 7. 5) сначала въ завѣщательной
практикѣ, въ видѣ легата. У него тѣ-же признаки, какіе
имѣетъ *usufructus verus*—только шире права узуфруктуара,
который получаетъ вещь въ собственность съ тѣмъ, чтобы
была возвращена ея равноцѣнность *finito usufructu* (по смерти).
По объекту различались 2 вида квази-узуфрукта:

1) узуфр. *потребляемыхъ вещей* ¹⁾, очень походящій на
заемъ (*mutuum*), при которомъ должникъ, какъ и узуфрук-
туарій, получаетъ право собственности на вещь. Отъ займа
онъ отличается лишь двумя особенностями: 1) срокомъ —
узуфруктъ есть право пожизненное, а заемъ есть отношеніе
срочное; 2) предоставленіемъ обезпеченія: узуфруктуаръ дол-
женъ представить *cautio*, которая можетъ и не быть въ до-
говорѣ займа;

2) узуфр. *домового требованія* (*poten*). Въ такомъ слу-
чаѣ требованіе кредитора на должника уступается (совер-
шается *sessio nominis*) тому, кѣмъ дается *cautio* о возвратѣ
кредитору предмета требованія по окончаніи узуфрукта; долж-
никъ платитъ проценты узуфруктуару. Возможна *sessio no-*
minis кредиторомъ самому должнику, въ качествѣ узуфрукта;
въ такомъ случаѣ должникъ пользуется моею вещью безъ
процентовъ до смерти своей ²⁾.

Б) *Usus* ³⁾ гораздо ограниченнѣе узуфрукта: это — право
пользованія чужою вещью безъ извлеченія плодовъ. Таковъ,
напримѣръ, *usus domus* — право жить въ чужомъ домѣ, не
отдавая его внаимы. Въ отличіе отъ узуфрукта, нельзя пе-

¹⁾ *Hanausek*, d. Lehre v. d. uneigentlichen Niessbrauch, 1879. ²⁾ *Mans-*
bach, d. Niessbrauch an Forderungen, 1880.

³⁾ Узуфруктъ на все имущество или на часть его можетъ быть *смѣ-*
шаннымъ узуфруктомъ (*verus* — непотребляемыхъ вещей, *quasi-usufr.* — на
потребляемыхъ вещи).

⁴⁾ *Bechmann*, über Umfang u. Inhalt d. Personalservitut usus, 1861.

редавать даже осуществление права (*exercitium iuris*). Но узурарій, какъ и узуфруктуарій, обязанъ представить *cautio*.

Трудно ограничить пользование одною вещью, не касаясь плодовъ ея, напр., въ случаѣ *usus agri, animalium* и т. д. И вотъ, римскіе юристы не возбраняли извлечение плодовъ *въ размѣрахъ потребностей узурарія и его семейства*. Такъ, *usus villae* содержитъ такое пользование плодами (12 § 1 D 7. 8: — *non usque ad compendium, sed ad usum* — не ради прибыли).

Большею частью *usus* устанавливался по завѣщанію, которое довольно свободно толковали юристы. И въ случаѣ, напримѣръ, сервитута пользования лѣсомъ (*usus silvae*) или деньгами (*usus pecuniae*) они сближали *usus* съ узуфруктомъ.

В) *Habitatio*—жительство въ чужомъ домѣ—обыкновенно устанавливалась по завѣщанію въ пользу нуждающагося лица. Сравнительно съ *usus* и *usufructus* *habitatio* имѣетъ двѣ такія собственности: 1) жилецъ можетъ передавать пользование (также какъ и при узуфруктѣ, именно, *exercitium iuris*) *непременно возмездно*. Безмездная сдача имъ квартиры недействительна. Почему? А потому, что въ такомъ случаѣ онъ показатъ-бы, что самъ въ квартирѣ не нуждается; 2) не въ примѣръ другимъ сервитутамъ, *habitatio* не прекращается вслѣдствіе *non-usus* въ теченіе извѣстнаго времени, и вслѣдствіе *capitis deminutio* (*habitor* можетъ быть и *peregrinus*).

Г) *Operae servorum et animalium*—пользование услугами раба или животными. То и другое отказывалось богатыми людьми по завѣщанію, вѣроятно также, какъ и *habitatio*, въ пользу нуждающихся (въ пользу бѣднаго педагога, вольноотпущенника-управляющаго и т. д.). И потому, на нихъ не распространяются тѣже способы прекращенія вслѣдствіе *non-usus* или *capitis deminutio*.

Отъ изложенія отдѣльныхъ сервитутовъ переходимъ, дажѣ, къ способамъ ихъ установленія и прекращенія.

Отдѣлъ четвертый. Установленіе и прекращеніе сервитутовъ.

А) *Способы приобрѣтенія сервитутовъ* разнообразны: законъ, судебное рѣшеніе, различныя сдѣлки, давность. Что касается закона. то въ силу предписаній его (*ex lege*)

устанавливается только одинъ сервитутъ — узуфруктъ. Именно, въ силу закона, напримѣръ отецъ имѣеть узуфруктъ (*usus-fructus legalis*) въ всемъ собственномъ имуществѣ подвластныхъ дѣтей (*bona adventicia*) и въ половинѣ имущества добровольно имъ эманципированныхъ дѣтей. Затѣмъ, судебное рѣшеніе устанавливаетъ сервитуты при раздѣлѣ общаго имущества (*adiudicatio*): если, напримѣръ, одному изъ бывшихъ сохозяевъ достается безводный участокъ, ему устанавливается водный сервитутъ въ смежномъ участкѣ. Кромѣ того, нерѣдко образуются сервитуты по завѣщанію, въ видѣ легата. Въ дальнѣйшемъ, мы остановимся на установленіи сервитутовъ по договору и по давности ¹⁾:

1) *по договору*. Установителемъ сервитута долженъ быть собственникъ вещи или, по крайней мѣрѣ, уполномоченные на *emphyteusis* или *superficies* (на время ихъ правомочій). Договоръ можетъ быть *самостоятельнымъ* или *побочнымъ*. Побочный договоръ о сервитутѣ бываетъ при отчужденіи имущества собственникомъ, выговаривающимъ себѣ сервитутъ въ бывшей собственности (узуфруктъ и т. д.). Этотъ способъ возникновенія сервитута называется *deductio seu receptio servitutis*.

По цивильному праву сервитуты на италійской почвѣ приобрѣтались по двумъ сдѣлкамъ: *mancipatio* и *in iure cessio*. Эти сдѣлки не примѣнялись къ провинціальнымъ (въ италійскимъ сервитутамъ). По отношенію послѣднихъ практиковались неформальные договоры (*pactiones et stipulationes*). Впослѣдствіи, отъ II вѣка по Р. Х., считалось достаточнымъ всякое согласіе собственника, хотя-бы выраженное, въ одномъ допущеніи другого лица къ пользованію его вещью (*traditio servitutis seu patientia*, 1 § 2 D 8, 3).

Въ кодификацію Юстиніана не вошли цивильныя сдѣлки; въ однихъ случаяхъ упоминаются вещные договоры, въ другихъ *traditio servitutis* (или *quasi-traditio*) ²⁾.

¹⁾ *Hedemann*, Erwerb u. Schutz d. Servituten, 1862.

²⁾ Спорятъ о томъ, обязательна-ли *quasi-traditio* при всякомъ приобрѣтеніи сервитута по договору. Сторонники указываютъ на обязательность традиции при приобрѣтеніи права собственности по договору. Противники отрицаютъ ее, ссылаясь, во первыхъ, на то, что сервитутъ не содержитъ владѣнія (*quasi-possessio* есть искусственное построение), и во вторыхъ, на то, что традиція и договоръ въ дигестахъ размѣщены раздѣльно.

II) по давности ¹⁾. Давностное приобретение сервитутовъ въ исторіи видоизмѣнялось три раза: 1) по закону XII таблицъ дозволялось приобретать сервитуты, согласно общей *usucapio*; 2) *lex Scribonia usucapionem sustulit quae servitatem constituebat* (4 § 28 D 41. 3)—законъ этотъ устранилъ образование сервитутовъ по цивильной давности. Почему? А, вѣроятно, на томъ основаніи, что *кратковременную* давность, не возбуждавшую недоразумѣній въ тѣсномъ кругу однихъ гражданъ небольшого города, оказалось рискованнымъ распространить на всѣ вновь покоренныя италійскія и внѣиталійскія земли. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, скоро оказалось неудобнымъ оставить ихъ внѣ дѣйствія давности, этого полезнаго, въ качествѣ доказательства вещнаго права, способа приобретения. И вотъ, вмѣсто краткой практикуется продолжительная преторская давность, называемая *longa quasi possessio* или *diuturnus usus*. Она-же дѣйствуетъ въ Юстиніановомъ правѣ.

Условія сервитутной давности составляютъ: 1) отсутствіе неправомѣрнаго отношенія къ чужой вещи. Неправомѣрность перечисляется словами владѣльческаго interdикта: *vi, clam, precario* (выше стр. 30). Это значитъ, что тотъ, кто начиналъ такъ порочно отправленіе сервитута, не получалъ защиты его; 2) требуется *usus diuturnus* въ смыслѣ неоставляемаго осуществленія сервитута; 3) примѣняются сроки преторской давности: 10 лѣтъ *inter praesentes*, 20 лѣтъ *inter absentes* ¹⁾; въ отношеніи-же казеннаго и церковнаго имущества дѣйствуетъ *praescriptio extraordinaria* (30 и 40 лѣтъ, выше, стр. 83) ²⁾.

Б) Прекращеніе сервитутовъ совершается, какъ и возникновеніе, многообразными способами: измѣненіемъ субъектовъ сервитутнаго отношенія, измѣненіемъ объекта его и по давности.

Что касается измѣненія субъектовъ отношенія, то надо различать слѣдующія явленія: смерть управомоченнаго, выбитіе обязаннаго сервитутомъ, поступленіе къ одному лицу

¹⁾ *Secunde. L' acquisition des servitudes par la prescription, 1876.*

²⁾ Значитъ, сравнительно съ приобретательной давностью, не требуется *titulus* и *bona fides* (убѣжденіе, что сервитутъ, именно, мнѣ принадлежитъ). Одно мѣсто (10 § 1 D 41. 3), какъ-будто, не допускаетъ приобретательной давности сервитутовъ. Но его толкуютъ скорѣе въ смыслѣ, недопущенія той самой давности, по которой приобретается право собственности со всѣми ея условіями (съ требованіемъ титула и полной *bona fides*).

всего сервитутнаго отношенія, волю управомоченнаго. Во-первыхъ, смерть управомоченнаго уничтожаетъ только личные сервитуты (*usurfructus, usus*). Когда управомочено юридическое лицо на личный сервитутъ, послѣдній продолжается 100 лѣтъ (56 D 7. 1: *quia is finis vitae longuae vi hominis est*). Смерть субъекта вещнаго сервитута не отражается на немъ; онъ переходитъ къ наслѣдникамъ. Во-вторыхъ, съ *выбытіемъ* обязаннаго сервитутомъ изъ отношенія прекращается сервитутъ, установленный временно-обязаннымъ (эмфитевтой, суперфициаромъ) и тутъ дѣйствуетъ правило: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*. Въ третьихъ, всякіе сервитуты прекращаются *вслѣдствіе сліянія въ одномъ лицѣ* обоихъ конкурирующихъ правомочій: права собственности и сервитута: напр., управомоченный наслѣдуетъ обязанному сервитутомъ. Такое сліяніе въ вещныхъ сервитутахъ называется *confusio*, а въ личныхъ — *consolidatio*. По прекращеніи сліянія сервитутъ самъ собою не возстанавливается (30 пр. D 8. 2). Въ четвертыхъ, *по волѣ* управомоченнаго прекращаются сервитуты, когда управомоченный переноситъ сервитутъ по сдѣлкѣ (*negotium mortis causa* или *inter vivos*) на другое лицо. Въ цивильномъ правѣ сдѣлки были формальны (*emancipatio, in iure cessio*), въ преторскомъ достаточной была *actio*. Дѣйствителенъ-ли односторонній отказъ (*derelictio servitutis*) — спорный вопросъ ¹⁾.

Далѣе, съ *измѣненіями въ объектъ* сервитутнаго отношенія сервитуты прекращаются: когда уничтожается /самый объектъ, когда онъ становится (въ личныхъ сервитутахъ) *негоднымъ къ пользованію*, когда вещь превращается въ *res extra commercium* или въ *res hostilis*, когда она продается казной или императоромъ, какъ не обремененная сервитутомъ (2 С. 7. 37), и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.

Наконецъ, погашаются сервитуты *по давности*, вслѣдствіе продолжительнаго неосуществленія правомочія. Достаточно-ли одного факта неосуществленія права или необходимо еще какое-нибудь условіе? По этому поводу должно различать сельскіе и личные сервитуты съ одной стороны и городскіе сервитуты съ другой: давность сервитутовъ перваго рода есть простой *non-usus*, давность сервитутовъ втораго рода сложнѣе; она называется *usucapio libertatis*.

¹⁾ Въ fr. 64, 65 D 7. упоминается: *derelinquere usufructum*. Пониманіе его спорно. Ср. Vindscheid, §2 15, not 11. Contra Dernburg, 254, not. 13.

1) *non-usus*. Изъ словъ Павла (res sent., 1, 17; 3, 6, 30) слагается положеніе: *servitus non utendo amittitur*. Сроки *non-usus* были тѣ-же, какъ и въ другихъ родахъ давности: въ цивильномъ правѣ—1 годъ (для движимостей) и 2 года (для недвижимостей), въ преторскомъ и Юстиніановомъ правѣ—10 (*inter praesentes*) и 20 лѣтъ (*inter absentes*). Когда отправление сервитута было періодично (только лѣтомъ или черезъ мѣсяць и т. под.), тогда въ Юстиніановомъ правѣ давность опредѣлялась въ 20 лѣтъ. *Bonafides* была необязательна. И между послѣдовательно-управомоченными на сервитутъ происходила *accessio temporis*—періодъ *non-usus* одного присчитывался другому.

2) *usucapio libertatis*, дѣйствовавшая среди городскихъ сервитутовъ, требовала двухъ условій: *non-usus* управомоченнаго и свободы (*libertas*) объекта отъ сервитута, въ смыслѣ *недоступности* пользованія имъ. Второе условіе достигалось тѣмъ, что обязаный сервитутомъ предпринималъ такое дѣйствіе, вслѣдствіе котораго осуществленіе сервитута становилось невозможнымъ. Напр., послѣ того какъ управомоченный на *servitus tigni immitendi* вынималъ бревно изъ чужой стѣны, хозяинъ дома задѣлывалъ отверстие. Два года спустя совсѣмъ терялась *servitus tigni immitendi* ¹⁾.

Отдѣлъ пятый. Защита сервитутовъ.

Управомоченному на сервитутъ принадлежало нѣсколько средствъ защиты. Къ нимъ относятся: *actio confessoria* и спеціальныя interdикты.

А) *Actio confessoria in rem* есть искъ управомоченнаго противъ всякаго, посягающаго на сервитутъ. Въ этомъ искѣ находимъ полную аналогію *rei vindicatio*, охраняющей собственника противъ всякаго овладѣвающаго вещью. Не даромъ—же данный сервитутный искъ и называютъ *vindicatio servitutis* ²⁾.

¹⁾ Только одинъ сервитутъ не подлежалъ погасительному дѣйствію *non-usus*: *iter ad sepulcrum*—дорожный сервитутъ на кладбище (4 D 8. 6. *non utendo nunquam amittitur*).

²⁾ Voigt, über d. Bestand und d. historische Entwicklung d. Servituten u. Servitutenklagen, 1875,—правдоподобно полагаетъ, что въ древнѣйшую пору сервитуты защищались вивдикаціей, ибо сервитутомъ называлась сама вещь (напр. дорога), какъ часть чужой вещи. И только, когда сервитутъ сталъ означать право, появилась самостоятельная *actio confessoria*.

Actio confessoria = actio confessoria

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, *actio confessoria* существенно отличается отъ *rei vindicatio* тѣмъ, что она вчинается при всякомъ посягательствѣ на сервитутъ, между тѣмъ какъ виндикація практикуется только по утратѣ владѣнія собственникомъ.

Истецъ—всякій управомоченный на сервитутъ, будь то хозяинъ имѣнія, эмфитевта, суперфициарь, кредиторъ по залoгу, и, вообще любой добросовѣстный владѣлецъ, если объекту его владѣнія принадлежитъ сервитутъ.

Отвѣтчикъ—всякое лицо, мѣшающее отправленію сервитута, успѣвшій или неуспѣвшій завладѣть предметомъ сервитута. Отвѣчаетъ и *factus possessor*—выдающій себя за владѣльца предметомъ сервитута (оставляющій владѣніе во время процесса или выдающій себя владѣльцемъ), выше стр. 85.

Доказываніе лежитъ на истцѣ. Онъ долженъ доказать, что, во первыхъ/принадлежащій ему сервитутъ, законно имъ приобрѣтенъ, и во вторыхъ, что отвѣтчикъ незаконно нарушаетъ его сервитутъ ¹⁾.

Цѣль иска—признаніе (*confessio*) сервитутнаго права за истцомъ. Кроме того, истецъ, за которымъ признается сервитутъ, получаетъ право на вознагражденіе ущерба, причиненнаго препятствіемъ къ отправленію сервитута ²⁾. Мало того, истецъ можетъ добиться *cautio de non amplius turbando*—обезпеченія отъ отвѣтчика въ томъ, что онъ не будетъ мѣшать истцу въ его отправленіе сервитута.

Б) *Интердикты* стали прилагаться къ защитѣ сервитутовъ въ классическое время,—тогда образовалось воззрѣніе (у классическихъ юристовъ съ конца республики) на осуществленіе сервитута, какъ на *quasi-possessio*. Именно, послѣ того какъ было уже достаточно развито ученіе о владѣніи тѣлесными вещами съ его двумя оригинальными послѣдствіями: давностнымъ приобрѣтеніемъ и интердиктной защитой.—римскіе юристы сообщили оба послѣдствія сервитутному праву:

¹⁾ Во избѣжаніе такой-же *probatio diabolica*, какъ и при *rei vindicatio* добросовѣстно владѣющій предметомъ сервитута, въ случаѣ посягательства на его владѣніе со стороны неимѣющаго права на такое-же владѣніе, можетъ вчинить *actio confessoria Publiciana*. Доказываніе при ней также упрощается, какъ и при *actio Publiciana* (выше стр. 90); но за то она не освобождаетъ отъ *actio confessoria* (въ смыслѣ виндикаціи). Въ *fr. 11 § 1 D 6. 2*, напр., упоминается о *Publiciana*, охраняющей узурфруктъ и всѣ вещи сервитуты.

²⁾ Другими словами, данный процессъ заканчивается тѣми-же двумя актами, какъ и виндикаціонный процессъ: *pronunciatio*—провозглашеніе права, и *condemnatio*—присужденіе суммы денегъ за убытки.

сервитуты стали приобретаться по преторской давности и охраняться интердиктами. Вследствие общности двухъ признаковъ стали называть осуществление сервитута въ вещи словами: *iuris quasi-possessio* (выше, стр. 34).

I) Для защиты *личныхъ сервитутовъ* служили тѣ-же общія владѣльческія средства: *interd. uti possidetis*, *int. de vi* (въ которыхъ соотвѣтственно измѣнялось содержаніе преторской формулы) и *interd. utrubi* и *de precario* (безъ измѣненія въ формулѣ);

II) для защиты *сельскихъ сервитутовъ* служили интердикты двоякаго рода, защищавшіе дорожные или водные сервитуты.

Во-первыхъ, къ охранѣ первыхъ прилагались два интердикта: 1) *interdictum de itinere actuque privato* (Dig. 43. 19), принадлежащій тому, кто въ теченіе 30 дней пользовался дорожнымъ сервитутомъ; 2) уполномоченный на дорожный сервитутъ, въ случаѣ неисправности въ дорогѣ, имѣлъ право требовать о допущеніи къ ремонту посредствомъ *interdictum de itinere reficiendo* (§ 3 D 43. 19).

Во-вторыхъ, отправленіе воднаго сервитута оберегали (какъ въ сельскихъ, такъ и въ городскихъ имѣніяхъ): 1) *interdictum de aqua* (Dig. 43. 20) на пользу того, кто хоть одинъ разъ въ текущемъ году пользовался водопроводомъ; 2) *interdictum de fonte* (также: *de fonte reficiendo*, Dig. 43. 22) — въ пользу обладающаго сервитутомъ черпанія воды (*aquaehaustus*).

III) Владѣльческая охрана *городскихъ сервитутовъ* не выяснена въ источникахъ. Есть одно указаніе на *interdictum de cloacis* — о допущеніи къ прочисткѣ сточныхъ сооружений (Dig. 43. 23). — Многіе допускаютъ примѣненіе *int. quod vi aut clam* (ср. Баронъ, система, § 176) для охраны, напр., свѣтовыхъ сервитутовъ (*altius non tollendi* и т. под.).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Наслѣдственная аренда недвижимости.

Сервитуты характеризуются тѣмъ качествомъ отношенія къ вещи, которое называется ея служебностью. Особенная, квалифицированная служебность выдѣляетъ изъ сервитутовъ два института, образованныя въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ. Это—*emphyteusis* и *superficies*.

То и другое представляютъ собою /наслѣдственное и /отчуждаемое пользование чужой землей или ея поверхностью. Управомоченные на ту или другую аренду имѣютъ такъ много правомочій, принадлежащихъ собственнику, что долгое время въ средніе вѣка серьезно считали оба института за *dominium utile* (выше, стр. 46). Такое воззрѣніе поддерживалось тѣмъ болѣе, что *emphyteusis* и *superficies* охранялись въ римскомъ правѣ аналогичной виндикаціей, *rei vindicatio utilis*. За самимъ хозяиномъ земли, на время дѣйствія того или другого института, остается *nuda proprietas; plena potestas* воскресаетъ по прекращеніи аренды.

По объему правомочій оба института близко подходят къ личному сервитуту: узуфрукту. Но отъ него они отличаются главнымъ образомъ двумя признаками: /наслѣдственностью (узуфруктъ есть пожизненное вещное право) и /отчуждаемостью (строго говоря, узуфруктъ самъ по себѣ неотчуждаемъ, отчуждаемо только осуществленіе его, *exercitium iuris*).

Отдѣлъ первый. *Emphyteusis*.

Припомнимъ изъ историческаго курса образованіе эмфитевзиса. Появленію его предмета, отъ III-го вѣка по Р. Х.

называемому *ager emphyteuticarius*, предшествовалъ предметъ, пребывавшій въ отношеніи, тождественномъ съ эмфитевзисомъ. Это — *ager vectigalis* ¹⁾).

I) *Ager vectigalis* — арендное поле. Издавна, какъ намъ извѣстно изъ исторіи, римское государство отдавало часть общественнаго поля, *ager publicus*, въ оброчное содержаніе; оброкъ назывался *vectigal*. Его примѣру слѣдовали многіе города Италіи, жреческія коллегіи и другія учрежденія, такъ какъ выгоднѣе имъ оказывалось получать доходъ въ видѣ оброка, чѣмъ самимъ заниматься хозяйствомъ. Аренда бывала очень продолжительной (доходила до 100 лѣтъ) или даже наслѣдственной. Такая продолжительная аренда, ставшая на задній планъ собственника, получила непосредственную охрану. безъ отношенія къ собственнику, въ видѣ вещнаго иска, *actio vectigalis* (15 § 26 D 39. 2). Значить, вектигальное отношеніе превратилось въ своеобразное право на чужую вещь.

II) *Ager emphyteutarius* — поле, полученное въ обработку (*emphyteusis* отъ *ἐμφυτεύω*). Въ классическомъ періодѣ сначала императоры, потомъ города и, наконецъ, богатые помѣщики отдавали огромныя провинціальныя земли въ наслѣдственную аренду. Среди юристовъ возникло сомнѣніе, какъ смотрѣть на наслѣдственную аренду: приравнять-ли ее къ куплѣ-продажѣ или къ найму имущества. Гай, напрямѣрь (*inst.*, 3, 145) считалъ ее за наемъ имущества. Сомнѣніе разрѣшилъ указъ императора Зенона, создавшаго новый институтъ права: *emphyteusis* (§ 3 *Inst.*, 3. 24: *lex zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam*).

Въ Юстиніановомъ правѣ *ager vectigalis* и *emphyteutarius* суть синонимы.

III) *Признаки эмфитевзиса*. Эмфитевзисъ есть полное вещное, отчуждаемое и наслѣдственное право пользованія землею и плодами ея за арендную плату съ обязанностью не ухудшать имѣнія. Подробнѣе разберемъ признаки эмфитевзиса:

1) эмф. есть *вещное* право. Этимъ признакомъ оное отличается отъ обыкновенной кратковременной аренды, пред-

¹⁾ *Siragusa*, *l'enfiteusi*, 1884. *Lefort*, *histoire des contrats de location*, 1875. *Matthias*, *Grundsteuer* etc.

ставляющей личное право. Какъ вещное право, *emphyteusis* рождаетъ вещные иски, *actiones in rem* ¹⁾; *Novi manu s. d. h. o.*

2) эмф. есть *полное* вещное право. Полнотою своего права эмфитевзисъ приближается къ праву собственности. И на подобіе собственника, эмфитевтѣ (*emphyteuta*) даются въ аналогичной формѣ (съ прибавкой: *utilis*) всѣ иски, принадлежащія собственнику: *vindicatio*, *actio negatoria*, *confessoria*, *Publiciana*. Но гдѣ права, тамъ и обязанности, а возможно полному праву соотвѣтствуютъ и большія обязанности. Поэтому, эмфитевта долженъ нести всякія повинности, лежащія на его вещи; въ частности, платить подати и налоги. И по накопленіи *недоимокъ за три года* хозяинъ имѣнія получаетъ право уничтожить эмфитевзисъ (2. С. 4. 66);

3) эмф. есть *отчуждаемое* право. *Emphyteuta* можетъ возмездно и безмездно отчуждать свое право, заключая сдѣлки *inter vivos* или *mortis causa*. Но при всякомъ отчужденіи хозяинъ обыкновенно (если нѣтъ особыхъ условій въ договорѣ) долженъ быть увѣдомленъ въ 2 мѣсяца. Протестъ хозяина противъ отчужденія долженъ опираться на уважительныя причины. Если уважительныхъ причинъ нѣтъ (напр. негодности приобрѣтателя, какъ сельскаго хозяина), онъ не дѣйствителенъ. Затѣмъ, при возмездномъ отчужденіи хозяинъ имѣетъ право предпочтительной купли или выкупа (*ius protimiseos*) на условіяхъ эмфитевты. Кроме того, при всякомъ переходѣ съ новаго приобрѣтателя взималось 2% цѣнности эмфитевзиса. Эта премія хозяина была названа редещцею *laudemium*.

Обладая отчуждаемымъ правомъ, *emphyteuta* могъ не только передавать свое право, но и закладывать его (16 § 2 D 13. 7), а также устанавливать сервитуты (напр. узуфруктъ на время дѣйствія эмфитевзиса). Онъ не долженъ былъ только забрасывать землю (*deserere*—3 С. 11. 61);

4) эмф. есть *право пользованія*. Это право его гораздо шире сервитутныхъ правъ, *usus* или *ususfructus*, ибо оно не связано требованіемъ относиться къ вещи согласно ея эко-

¹⁾ Принадлежитъ ли эмфитевту владѣніе вещью (именно, такъ-называемое *производное* владѣніе)—очень спорный вопросъ. Безспорно, ему принадлежитъ *iuris quasi-possessio*, какъ управомоченному на чужую вещь; но заимствуетъ-ли онъ отъ хозяина владѣніе вещью — источники не рѣшаютъ вопроса. Мы склонны отвѣтить отрицательно, потому что самая конструкция *производнаго* владѣнія, какъ непрочно сформированная (лишь бѣлыми нитками простегнутая къ ученію о владѣніи, выше стр. 23), не подлежитъ распространительному толкованію.

номическому назначенію (*secundum condicionem rei*). Поэтому, эмфитевта можетъ приспособлять вещь въ любому пользова- нію; изъ пахатнаго поля устроить виноградники, жилое помѣщеніе обращать въ складъ запасовъ и т. д. Но за произведенныя издержки онъ не имѣетъ права на возна- гражденіе;

5) эмф. есть право на плоды и приращенія. Будучи на положеніи alter-ego собственника имѣнія, *emphyteuta* приобрѣ- таетъ плоды также, какъ и собственникъ: посредствомъ *separatio fructuum* (*perceptio* не требуется). Относительно приращеній (*accessiones*) его права также шире узурфруктуара: его права обнимаютъ *est* приращенія (кромѣ клада, посту- пающаго хозяину):

6) эмф. есть право за арендную плату. Эта плата, — называемая *vestigal, pensio, canon*, — вносится обыкновенно (если нѣтъ другого срока въ договорѣ) ежегодно. Размѣръ ея не уменьшается вслѣдствіе какихъ-либо несчастныхъ слу- чаевъ, въ имѣніи (1 С. 4. 66) или неурожая ¹⁾. Только въ случаѣ полнаго разрушенія имѣнія арендная плата снимается. Плата должна быть вносима аккуратно; при неисправномъ платежѣ три года подрядъ (а на церковныхъ земляхъ—два года подрядъ) отнимается эмфитевзисъ;

7) эмф. есть право съ обязанностью не *ухудшать вещи*. Это было единственное ограниченіе пользованія вещью *salva rei substantia* (Nov. 7 § 2: *sed si quidem deterius fecerit praedium suburbanum, aut domum qui emphyteusin percepit, cogi eum de suo diligentiam ac restitutionem prisici status facere etc.*).

IV) Установленіе эмфитевзиса совершалось прежде всего посредствомъ особаго договора, названнаго императоромъ Зенономъ въ его указѣ *contractus emphyteuseos*. Этотъ дого- воръ могъ быть словеснымъ; только въ отношеніи церков- ныхъ земель требовался письменный контрактъ. Далѣе, эмфи- тевзисъ могъ быть учрежденъ посредствомъ завѣщанія, въ видѣ легата. Затѣмъ, въ случаѣ раздѣла общаго имѣнія возможно было образованіе эмфитевзиса въ пользу одного изъ бывшихъ сохозяевъ (посредствомъ *adiudicatio*).

¹⁾ Тутъ не бываетъ такъ называемаго въ арендномъ отношеніи по обыкновенному договору *remissio mercedis*, сбавки арендной платы. Впрочемъ, въ одномъ мѣстѣ говорится о *remissio* (15 § 4 1) 19. 2) но позднѣй- шій законъ Зенона не признаетъ сбавки (1 С. 4. 66).

Наконецъ, установливался-ли *emphyteusis* путемъ давностнаго владѣнія—въ литературѣ спорный вопросъ, о которомъ ничего не говорится въ источникахъ. Одни писатели (напр. Виндшейдъ) допускаютъ давностное установление, не находя возраженія въ источникахъ; другіе (напр. Баронъ) отрицаютъ его на томъ основаніи, что законъ о давности есть *lex singularis*, не подлежащая распространительному толкованію.

V) *Прекращеніе эмфитевзиса* совершается общими способами прекращенія вещныхъ правъ: полнымъ уничтоженіемъ вещи, поступленіемъ ея на правѣ собственности самому эмфитевту (*confusio*) и др. Невыясненнымъ источниками и потому спорнымъ является значеніе прекратительной давности (*populus*) въ отношеніи эмфитевзиса.

Оригинальна такъ-называемая *privatio emphyteuseos*, лишеніе права хозяиномъ въ такихъ, отчасти извѣстныхъ намъ, случаяхъ: по накопленію фискальныхъ недоимокъ за 3 года, невнесеніи арендной платы 3 года подрядъ, въ случаѣ явнаго ухудшенія имѣнія, невыполненія условій отчужденія эмфитевзиса ¹⁾.

Отдѣлъ второй. *Superficies*.

Superficies касается, какъ само названіе показываетъ, того, что связано съ поверхностью земли. Это есть право на землю ²⁾ /изъ подъ-выстройки). Тотъ, кто строитъ зданіе на чужой землѣ, естественно заинтересованъ въ томъ, чтобы на возможно долгій срокъ продлить пользованіе постройками. По обыкновенному договору найма недвижимости права нанимателя краткосрочны (напр., не болѣе 12 лѣтъ по русскому праву). И вотъ, явилась нужда въ созданіи новаго института продолжительной аренды построекъ на чужой землѣ. Напримѣръ, для постройки дачъ по линіи финляндской же-

¹⁾ *Emphyteusis* былъ повторнымъ явленіемъ въ исторіи экономическихъ отношеній Европы. Схожія экономическія потребности образовывали учрежденія, близко подходящія къ эмфитевзису: французское *droit de marché*, итальянское *contratto di livello*, португальское *aforamento* и др. (Ср. *Карышевъ*, наследственный наемъ земли, 1884). Нѣкоторые русскіе юристы сравнивали старое „чиншевое владѣніе“ въ польскихъ губерніяхъ съ эмфитевзисомъ. *Contra Левитскій*, статья о чиншѣ въ Р. М., 1886, 10.

²⁾ *Wächter*, d. *Superficialrecht*, 1868.

лѣзной дороги правительство отдавало участки въ наймы на нѣсколько десятковъ лѣтъ.

Въ Римѣ *superficies* сложился еще въ республиканскую эпоху. Государство, неохотно продававшее участки общественнаго поля, скорѣе отдавало ихъ въ долгосрочную и наследственную аренду на выстройку. По образцу казны дѣйствовали городскія общины и частные хозяева неплодородныхъ участковъ земли. Въмѣстѣ съ тѣмъ, преторы снабдили управомоченнаго на *superficies* (впослѣдствіи названнаго *superficiarius*) самостоятельными вещными исками: *interdictum de superficibus* (Dig. 43. 18) и *actio in rem utilis*.

Предметомъ даннаго института выступаетъ прежде всего строеніе (*aedes superficiae*, упоминаемая въ легальномъ опредѣленіи, 2 D 43. 18), затѣмъ, можетъ быть предметомъ простая надстройка и, наконецъ, совокупность сооруженийъ съ хозяйственной цѣлью (напр. плантаціи).

Признаки суперфициа лучше всего опредѣлить по сравненію съ эмфитевзисомъ. Въ опредѣленіе его войдутъ всѣ тѣ-же признаки, за исключеніемъ обязанности не ухудшать вещи — этой обязанностью не связанъ суперфициаръ. Такимъ образомъ, *superficies* есть полное, вещное, отчуждаемое и наследственное право пользованія и полученія доходовъ съ чужой поверхности за арендную плату (*solarium, pensio*).

Кромѣ того, суперфициаръ по сравненію съ эмфитевтой еще менѣе ограниченъ въ отправленіи своего права, ибо: 1) при отчужденіи суперфициа хозяинъ не имѣетъ предпочтительнаго выкупа; 2) хозяину не идутъ 2% съ цѣнности построекъ; 3) хозяину не принадлежитъ *privatio*, лишеніе суперфициара его права въ случаѣ неплатежа податей или арендной платы. Недвижки взыскиваются съ него общимъ фискальнымъ порядкомъ, а арендная плата — по личному иску хозяина на основаніи того договора найма (*actio locati*) или даже купли (*actio venditi*), по которому была установлена *superficies*.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Залоговое право.

Гражданскій оборотъ не обходится безъ кредита, а кредитъ рѣдко бываетъ безъ гарантіи или обезпеченія. Издавна существуютъ два способа обезпеченія кредита: личное обезпеченіе—поручительство, разсматриваемое въ обязательственномъ правѣ, имущественное обезпеченіе—залогъ, излагаемый обыкновенно въ ученіи о вещномъ правѣ ¹⁾.

Залогъ и поручительство, какъ способы обезпеченія кредитныхъ сдѣлокъ, имѣютъ то общее, что они оба суть *несамостоятельныя, зависимыя правоотношенія*; судьба ихъ зависитъ отъ той сдѣлки, которую они обезпечиваютъ: съ уничтоженіемъ правомочія кредитора по главной сдѣлкѣ прекращается и залоговое отношеніе (должникъ перестаетъ быть залогодателемъ, кредиторъ—залогопринимателемъ) ²⁾. Но отъ

¹⁾ Залоговому праву посвящена, главнымъ образомъ, 20-я книга дигестъ, которой въ кодексѣ Юстиніана соотвѣтствуютъ 13—34 титулы 8-й книги. Пространное сочиненіе: *Dernburg, d. Pfandrecht etc.*, 2 Bde, 1862. Есть немало и другихъ работъ: *Vachofen*, *Bremer*, *Ehner* и другихъ. На русскомъ языкѣ: *Дыдынскій*, залогъ по римск. праву, 1872. *Минервинъ*, исходн. моменты зал. пр., 1874.

²⁾ Нѣкоторые писатели (Бринцъ и др.) почти совсѣмъ обособляютъ залоговое право отъ главнаго требованія; другіе-же (Шоттъ) доходятъ до того, что утверждаютъ, будто возможно возникновеніе залоговаго права безъ обязательственнаго. -- Отрицающіе побочный характеръ залога ссылаются на *redemptio* -- выкупъ изъ плѣна. *Redemptus* поступаетъ въ залогъ выкупившаго до полной отработки суммы выкупа. Тутъ, говорятъ, не можетъ быть обязательства, такъ какъ при выкупѣ плѣнный несвободенъ. Однако, вѣдь, съ момента выкупа возникаетъ-же личное обязательство на счетъ услугъ выкупленнаго. И залоговое право на трудъ его не есть чистая форма имущественнаго обезпеченія. — *Kohler*, *pfandrechtl. Forschungen*.

поручительства залоговое право отличается *своей вещной природой*. Этимъ-же свойствомъ залогъ отличается отъ обеспеченнаго имъ обязательства.

Природа залога, какъ вещнаго права, упоминается въ источникахъ. Они сопоставляютъ залогопринимателя съ usufructуаромъ и называютъ правомочіе того и другого словами: *ius in re* ¹⁾. Если-же въ источникахъ встрѣчаются выраженія, какъ-бы указывающія на обязательственныя, личныя отношенія въ залоговомъ правѣ, преимущественно, на способъ возникновенія и прекращенія залога, (*pignus contrahere, solvere, obligare* и др.), — то они удостоверяютъ лишь общность цѣли между кредитной сдѣлкой и обеспечивающимъ ее залогомъ; у нихъ одна и та же цѣль — удовлетвореніе кредитора. Но юридическая конструкція залога, по существу, отлична отъ обязательства между кредиторомъ и должникомъ, хотя и залогъ, и породившее его главное обязательство по цѣли тождественны. Такъ, по природѣ своей, различаются залогъ и кредитная сдѣлка.

Чѣмъ отличается залогъ отъ другихъ вещныхъ правъ на чужую (несобственную) вещь? А, вотъ, чѣмъ: въ полномъ вещномъ правѣ, правѣ собственности, какъ мы знаемъ, имѣются двѣ категоріи правомочій: *proprietas*, включающая право распоряженія и виндикаціи, и права пользованія, составляющія то, что въ средніе вѣка называлось *dominium utile*. Въ залоговомъ правѣ отходитъ отъ собственника первая категорія — *proprietas*, въ другихъ вещныхъ правахъ (сервитутахъ, эмфитевзисѣ, суперфиціи) — права пользованія. Залогоприниматель получаетъ право отчудить, продать вещь при неоплатности должника, но за то не имѣетъ, по общему правилу, правъ пользованія залогомъ; управомоченный на сервитутъ не можетъ распоряжаться вещью, но за то пользуется ею. Другими словами, залоговое право есть право на цѣнность вещи. Это разъ. Во-вторыхъ, сервитутныя права настолько отрѣшены отъ права собственности, что имѣютъ независимое существованіе. Залогъ-же связываетъ залогопринимателя съ хозяиномъ залога посредствомъ главнаго обязательства, которое онъ обеспечиваетъ. Залоговое право, какъ мы сказали, образуетъ *зависимое* отношеніе. Въ третьихъ,

¹⁾ Fr. 30 D 9. 4: — domini sint sive in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius.

осуществление залогового права — продажа залога ради удовлетворения кредитора, происходит *одинъ разъ*, между тѣмъ какъ осуществление другихъ вещныхъ правъ многократно.

Догматическому обозрѣнiю залоговаго права предположемъ справку объ историческихъ формахъ римскаго залога или заклада ¹⁾.

Отдѣлъ первый. Историческiя формы залога.

Изъ историческаго курса намъ извѣстны три формы залога, одна за другой образовавшiяся въ римскомъ законодательствѣ: *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*. Припомнимъ ихъ.

1) *Fiducia* ²⁾ — древнѣйшая форма, примѣнявшаяся въ то время, когда господствовала во всей силѣ личная отвѣтственность за долги, когда имущественной формы кредита не было. Тогда должникъ, заключая заемъ (*pecunia*) съ кредиторомъ, переносилъ на него, посредствомъ *mancipatio* или *in iure cessio*, право собственности на имущество, которое онъ отдавалъ кредитору въ обезпеченiе принятаго долга. При этомъ, должникъ совершалъ неформальный договоръ (*actum fiduciae*), принимая отъ кредитора нравственное обѣщанiе возратить вещь по исполненiи должникомъ обязательства. Въ древнѣйшее время, какъ полагають, *actum fiduciae* не былъ защищенъ искомъ; но потомъ должникъ, исполнившiй свой долгъ, получалъ *actio fiduciae* противъ кредитора-хозяина, не возвращавшаго залога.

Что и говорить, *fiducia*, выгодная для кредитора, была невыносимо тяжела для должника. Общественное мнѣнiе или, вѣрнѣе, народное возрѣнiе рано стало на сторону послѣдняго. Это обнаружилось въ томъ, что хотя строго — формально переносилось право собственности на кредитора, по народному возрѣнiю и должникъ все-же не переставалъ быть хозяиномъ. Поэтому, когда кредиторъ, по полученiи залога въ собственность, соглашался на просьбу бѣдняка, отдавалъ ему залогъ въ фактическое пользованiе (*прекарий*), должникъ,

¹⁾ Въ русскомъ правѣ обезпеченiе недвижим. имущ. называется залогомъ, обезпеченiе движимымъ имущ. — залогомъ. У римлянъ такого различенiя не было.

²⁾ *Oertmann*, die fiducia, 1888.

по истеченіи года пользования, прибрѣтала обратно заложенную вещь въ безповоротную собственность. Такой возврат залога въ собственность должника назывался *usureceptio ex fiducia* (выше, стр. 81). Ко времени Юстиніана *fiducia* совершенно вышла изъ употребленія.

1) II) *Pignus* ¹⁾—залогъ, переносимый должникомъ во владѣніе кредитора. Кредиторъ и должникъ заключали реальный договоръ, *contractus pigneraticius*, которому сопутствовала *traditio rei*, передача залога во владѣніе. Значитъ кредиторъ не получалъ права собственности, а только владѣніе ²⁾. Мало того, то не было полное владѣніе со всѣми юридическими послѣдствіями (*ius usario* и друг.). То было такъ-называемое нынѣ производное владѣніе (выше, стр. 33), имѣющее одинъ общій признакъ съ полнымъ юридическимъ владѣніемъ: защиту и нтердиктами. Кредиторъ по залогу, охраняя и нтердиктами свое непосредственное отношеніе къ заложенной вещи отъ посягательства третьихъ лицъ, имѣлъ еще право задерживать выдачу вещи (*ius retentionis*) должнику до исполненія имъ обязательства. Но если онъ задерживалъ выдачу по исполненіи обязательства должникомъ, послѣдній имѣлъ право требовать залогъ обратно посредствомъ *actio pigneraticia directa* (залогопринимателю-же принадлежала *actio pigneraticia contraria*).

Могъ-ли кредиторъ продать залогъ, при неоплатности должника? Долгое время, до III вѣка по Р. Х., это право *ipso iure* за нимъ не признавалось. Чтобы имѣть его, онъ долженъ былъ всякій разъ, при совершеніи залогового договора (*contr. pigneraticius*), выговаривать себѣ право продажи въ дополнителномъ соглашеніи (*pactum de distrahendo*) ³⁾. Мало по малу дополнительное соглашеніе вошло въ составъ самого залогового договора. Отъ III вѣка по Р. Х. оно

¹⁾ *M. Voigt, über d. pignus d. Römer, 1889.* Словопроизводство двояко: 1) по Гаю (238 D 50. 16), *pignus* происходитъ отъ *pignus*—пулакъ (отсюда нѣмецкая реценція образовала терминъ: Faustpfand) 2) вѣрнѣе—отъ *pango*, *peripigi* (греческое πύγωμι)—скрѣплять (главное обязательство).

²⁾ *Гр. 35 § 1 D 13. 7: pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem.*

³⁾ Въсто *pactum de distrahendo* кредиторъ иногда вынуждалъ должника давать согласіе въ дополнителномъ договорѣ (*pactum commissorium*) на то, чтобъ вещь осталась въ собственности кредитора въ случаѣ неисполненія обязательства. Но это *pactum commissorium*,—не менѣе таже-лое для должника, какъ и *fiducia*,—было признано при императорѣ Константинѣ *pactum turpe*, не имѣющимъ юридической силы.

признается неизбѣжной составной частью его (*essentiale negotii*): не только не требуется особаго *actum* о правѣ продажи, но даже соглашеніе обратнаго содержанія, лишающее кредитора права продажи не имѣетъ безусловной силы ¹⁾. — *Pignus* вполне дѣйствительно въ Юстиніановомъ правѣ.

III) *Hypotheca*—залогъ, остающійся на время обезпеченія обязательства во владѣніи должника; кредиторъ приобретаетъ право на/ цѣнность вещи, которую онъ извлекаетъ продажей вещи по неисполненіи должникомъ обезпеченнаго обязательства. *Hypotheca* есть слово греческое (*ὑποθήκη*); въ Греціи такъ назывался неформальный залогъ преимущественно недвижимостей. Вѣроятно, въ концѣ республики, римляне позаимствовали эту форму залога изъ Греціи.

Ранній случай примѣненія ипотеки, послужившій въ образцовой отдѣлкѣ преторовъ и юриспруденціи прототипомъ для всѣхъ другихъ случаевъ ипотеки, намъ извѣстенъ изъ исторіи. Это—ипотека хозяина имѣнія въ инвентарѣ (*investa et illata*—скотъ, земледѣльческія орудія и проч.) арендатора. Одинъ преторъ, по имени Сальвій, предоставилъ хозяину просить о допущеніи владѣнія инвентаремъ (*interdictum Salvianum*), а другой преторъ, по имени Сервій, далъ ему вещный искъ (*actio Serviana*), посредствомъ котораго хозяинъ имѣнія могъ требовать на продажу заложенныхъ вещи отъ каковаго-бы то ни было, въ чьихъ рукахъ онѣ оказывались.

Тоже средство защиты, тотъ-же вещный искъ, перенесенный по аналогіи на другіе случаи залога, получилъ названіе *actio Serviana utilis*, или прямо *actio hypothecaria in rem* (§ 7 Inst. 4. 6). Такимъ образомъ залоговое право обратилось въ истинное вещное право, потому что стало охраняться/ непосредственное отношеніе залогопринимателя къ вещи, независимо отъ личности должника.

Римская ипотека, какъ и *pignus*, одинаково возможны на движимыя и недвижимыя вещи, а современная ипотека имѣетъ объектомъ одно недвижимое имущество. Въ Юстиніановомъ правѣ оба термина, *pignus* и *hypotheca*, съ точки зрѣнія эффекта считаются синонимами, такъ что, сплошь и

¹⁾ Кредиторъ, заключившій *actum de non distrahendo*, долженъ три раза увѣдомить просрочившаго должника о своемъ намѣреніи продать залогъ. Не увѣдомившій трижды (*nisi ter ei fuerit denunciatum*) считается тайно растратившимъ залогъ, противъ него допускается *actio furti* (4 D 13. 7).

рядомъ, одно слово замѣняетъ другое. Объ этомъ ясно говорится (5 § 1 D 20. 1): *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* Различіе, состоящее въ томъ, что *pignus* немедленно, по заключеніи договора, идетъ въ производное владѣніе кредитора, а *hypotheca* (по существу такое-же вещное право) поступаетъ во владѣніе впоследствии, при неоплатности должника, — это различіе, по моменту приобрѣтенія владѣнія, считается несущественнымъ ¹⁾.

Далѣе, по изложеніи историческихъ формъ римскаго залога, обратимся къ установленію его.

Отдѣлъ второй. Установленіе залога.

Для установленія залогового права требуются три условія: наличность обезпечиваемаго обязательства, предмета залога и способъ установленія залога.

А) *Обезпечиваемое обязательство* должно существовать въ каждомъ закладномъ правѣ; *безъ него* не можетъ быть залога. Конечно, тотъ, кто имѣетъ долговое требованіе въ этомъ обязательствѣ, и является залогопринимателемъ. Залогодателемъ же можетъ быть одинаково обезпечивающій какъ свой, такъ и чужой долгъ.

Только дѣйствительное требованіе обезпечивается. Разъ оно ничтожно, залогъ не считается установленнымъ, ибо онъ представляетъ собою побочное правоотношеніе (129 § 1 D 50. 17: *cum principalis causa non consistit, nec ea quae sequuntur, locum habent*). Въ остальномъ, характеръ главнаго обязательства безразличенъ: оно можетъ быть условнымъ, срочнымъ, безсрочнымъ. Мало того, возможно установленіе залога въ *будущемъ* обязательствѣ (5 pr. D 20. 1:—*et futurae obligationis nomine dari possunt*). Наконецъ, залогъ дѣйствителенъ даже въ безысковомъ, *естественномъ* *обязательствѣ* (*obligatio naturalis*); въ этомъ случаѣ, хотя не существуетъ личнаго иска по обязательству, залоговой искъ сохраняетъ

¹⁾ Fr. 9 § 2 D 13. 7: *proprio pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*.—Въроятно большею частью *pignus* практиковался все-же относительно движимыхъ вещей (238 § 2 D 50. 16: *quidam putant, pignus proprio rei mobilis constitui*), а ипотека — (какъ и на родинѣ, въ Греціи), — касательно недвижимыхъ вещей.

силу. Вотъ, примѣръ: подвластный сынъ совершилъ заемъ—искъ къ нему уничтожается известной *exceptio acti Macedoniana*; залогъ-же, установленный по выходѣ изъ подъ отцовской власти, дѣйствителенъ (9 пр. D 14. 6).

Уменьшеніе цѣнности требованія кредитора по обеспеченному обязательству не уменьшаетъ размѣра залога. Точно также залогъ остается неизмѣннымъ въ случаѣ подѣленія требованія на идеальныя части; поэтому, каждый изъ сонаслѣдниковъ имѣетъ право на полный залогъ въ обеспечение своей доли наслѣдства. Поэтому, говорится (65 D 21. 1): *pignoris causa indivisa est*. Съ другой стороны, за увеличенный размѣръ требованія кредитора (въ случаѣ просрочки, неуплаченныхъ процентовъ и т. под.) отвѣчаетъ обыкновенно, если нѣтъ особаго соглашенія—тотъ-же залогъ (8 § 5 D 13. 7).

Б) *Предметъ залогового права*—всякая цѣнность, ибо само право залога есть право на цѣнность чужой вещи въ случаѣ неисполненія обязательства. Источники по этому поводу говорятъ (9 § 1 D 20. 1): *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*—тожественъ предметъ купли-продажи и залога. Древнѣйшій и наибольше обыденный предметъ залога есть *res corporalis*; но позднѣйшая юриспруденція допустила объектомъ залога *res incorporalis*.

Обыкновенно вся вещь со всѣми приращеніями (плодами и т. под.) поступаетъ въ обеспечение долга. Вещь полагается *индивидуально*—опредѣленной. Поэтому, если въ залогъ идутъ зятемимыя вещи, напримѣръ, деньги,—то они, точно обозначенныя, рассматриваются какъ видовыя вещи (*corpora rescriptae*—13 § 2 D 20. 1, *res ex numis*—7 § 1 D 20. 4). Разъ нѣтъ индивидуальнаго указанія, на заложенные вещи кредиторъ получаетъ полное право собственности, Это есть *pignus irregulare*¹⁾).

Вполнѣ возможенъ залогъ *будущихъ вещей*, напр., залогъ будущаго урожая, ребенка рабыни, плодовъ и т. под. (15 пр. D 20. 1: *et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt*). При этомъ, установленіе залога откладывается до момента появленія новыхъ вещей.

Можетъ-ли *несобственникъ* заложить имущество? По общему правилу, не можетъ. Но въ одномъ случаѣ, несомнѣн-

¹⁾ Pfaff, Geld als Mittel pfandr. Sicherung, 1868.

но, *залог, несобственника* становится действительным: когда онъ потомъ, до прекращенія залогового отношенія, приобретаетъ право собственности на заложенную вещь ¹⁾.

Любопытенъ *залогъ совокупности вещей* (*universitas rerum*), напр., стада, библиотеки, магазина. Тутъ возникаетъ вопросъ: какое влiяние оказываетъ смѣна вещей: появленіе новыхъ взаменъ проданныхъ въ магазинѣ и т. под.? На первомъ планѣ по этому вопросу должно стоять соглашеніе сторонъ. Вообще-же, римское право, по видимому, допускаетъ смѣну вещей въ заложенной *universitas rerum* (34 pr. D 20. 1) ²⁾.

Залогъ *сервитутный* (узуфрукта и нѣкоторыхъ другихъ сервитутовъ) извѣстенъ римскому праву въ двухъ видахъ, смотря по тому, кто выступаетъ залогодателемъ: управомоченный на сервитутъ или собственникъ служебной вещи. Первый видъ залога—самый простой: управомоченный на узупруктъ закладываетъ его: этотъ видъ допускается лишь для узупрукта, какъ отчуждаемаго сервитута (въ отправленіи его). Второй видъ залога—сложнѣе перваго: собственникъ вещи, являющійся должникомъ по главному обязательству, закладываетъ сервитутъ въ томъ смыслѣ, что даетъ правомочіе кредитору, въ случаѣ неисполненія предъ нимъ обязательства установить сервитутъ на сумму долга въ пользу третьяго лица. Значитъ, залоговой договоръ есть договоръ о предстоящемъ установленіи сервитута кредиторомъ: *de servitute constituenda* въ случаѣ неоплатности должника. Этотъ второй видъ сервитутнаго залога допускается въ отношеніи узупрукта, дорожныхъ и водныхъ сервитутовъ (11 § 2 D 20. 1. 12 D 20. 1).

Залогъ *эмфитевзиза и суперфиция* ничего особеннаго не представляетъ; онъ совершается также, какъ первый видъ залога сервитутовъ,

Закладъ *домового требованія* представляетъ много особен-

¹⁾ При этомъ, предполагается, что залогоприниматель не зналъ то, что вещь не принадлежитъ залогодателю.—Другой случай—признаніе действительнымъ залога несобственникомъ: когда истинный собственникъ наследуетъ залогодателю и въ качествѣ наследника долженъ исполнить обязанности наследователя — этотъ случай, встрѣчаетъ явное противорѣчіе въ источникахъ (22 D 20. 1, 41 D 13. 7).

²⁾ Fr. 34 pr. D 20. 1: *cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, — an omnia, quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.* Контроверзы у Dernburg, Pfandr., § 59.

ностей. Въ источникахъ онъ называется *pignus nominis* (пошеп—требованіе кредитора къ должнику, личность или имя котораго должно быть извѣстно)¹⁾. Я занимаю деньги и даю въ залогъ мое требованіе (по обязательству) на третье лицо. Установленіе такого залога совершается въ видѣ уступки (*cessio*) кредитору должникомъ своего требованія на третье лицо. При этомъ, залогодатель долженъ дать извѣщеніе (*denuntiatio*) своему должнику о переходѣ требованія на него къ залогопринимателю. И вотъ, въ случаѣ несправности удовлетворенія, залогоприниматель получалъ одно изъ трехъ слѣдующихъ правомочій: 1) право продать (также въ видѣ *cessio*) кому-либо заложенное требованіе, чтобы изъ цѣны удовлетворить себя за долгъ; 2) право взыскать съ должника (*ius exigendi*), какъ-бы отъ имени самаго залогодателя, сумму требованія; 3) право залога въ самой вещи. Напримѣръ, на ремонтъ дома я занялъ деньги и въ залогъ представилъ мое требованіе квартирной платы съ жильцовъ—при неплатѣ долга съ моей стороны, залогоприниматель получаетъ право залога въ самомъ домѣ (20 D 20. 1).

Залогъ *заложенной предмета* также былъ извѣстенъ римскимъ юристамъ. Онъ называется *pignus pignori datum* (теперь—однимъ словомъ *subpignus*²⁾). Онъ бывалъ тогда, когда залогоприниматель отдавалъ заложенную ему вещь въ залогъ третьему лицу (второму залогопринимателю), должникомъ котораго онъ состоялъ. Очевидно, характеръ и судьба *subpignus* опредѣляется первымъ, основнымъ залогомъ: второй залогоприниматель получаетъ право удовлетворенія изъ залога лишь тогда, когда наступаетъ срокъ первому залогу; если первый залогоприниматель (должникъ второго) удовлетворяется своимъ должникомъ, *eo ipso* прекращается *subpignus* (13 § 2 D 20. 1).

Наконецъ, можетъ быть залогъ *всего имущества*, обнимающаго тѣлесныя вещи, права вещныя, обязательственныя и т. д. По этому поводу источники различаютъ общую п

¹⁾ *Hellwig, die Verpfändung v. Forderungen, 1883.* Русское сочиненіе *Стружкова*: о закладѣ долговыхъ требованій—есть дословный переводъ многихъ мѣстъ изъ трудовъ Дергабурга (*Pfandrecht*), Бэра (*d. Cession. Jahrb. f. d. Dogm., 1*) Гельвига (ук. соч.) и другихъ авторовъ.

²⁾ *Sohn, die Lehre v. Subpignus, 1864.* *Subpignus* Дыдинскій (l. c.), называетъ *перезалогъ*. Позлево условиться принимать этотъ терминъ, именно въ данномъ значеніи, потому что въ жизни, въ практикѣ нашихъ домбардовъ, *перезалогъ* имѣетъ другое значеніе: возобновленіе срочнаго залога отсрочка залогового права.

спеціальную ипотеку (9 С. 8. 17): *hypotheca generalis* обни-
маєть все наличное и *будущее* имущество, *hypotheca specialis*
касается опредѣленныхъ вещей изъ имущества. Но есть
вещи, которыя не могутъ быть предметомъ залога: носиль-
ное платье (*vestis*), утварь (*supellex*); онѣ-же не входятъ въ
составъ общей ипотеки (6 D 20. 1) ¹⁾.

В) *Способы установленія залога* разнообразны. Только
по давности не можетъ возникать залоговое право. Оно
устанавливается по добровольному / соглашенію, по / судебному
постановленію, по / постановленію закона. Такимъ образомъ,
получаются добровольный залогъ, судебный залогъ, законная
ипотека.

Добровольный залогъ нынѣ называется *pignus voluntarium*
въ отличіе отъ двухъ другихъ залоговъ, изъ которыхъ каждый
именуется *pignus necessarium*. Онъ былъ, въ свою очередь,
двухъ видовъ: / завѣщательный и договорный залогъ. *Завѣща-*
тельный залогъ (*pignus testamentarium*) назначался завѣща-
телемъ съ соблюденіемъ общихъ условій дѣйствительности
его распоряженія. *Договорный* залогъ (*pignus conventionale*)
былъ дѣйствителенъ, когда залогодатель имѣлъ право уста-
новлять залогъ въ данной вещи или когда собственникъ
изъявлялъ согласіе (*ratihabitio*) на залогъ, установленный
его представителемъ.

Договоръ залоговой былъ вещнымъ договоромъ, т. е.
установливающимъ вещное право залога. Съ формальной сто-
роны онъ былъ двоякаго рода: 1) *contractus pigneraticius*—
реальный контрактъ, которому сопутствовала передача вещи
во владѣніе залогопринимателя; 2) *pactum conventum*—про-
стое соглашеніе,—безъ передачи вещи,—получившее охрану
со времени претора Сервія (*actio Serviana*). Письменная форма
не была обязательна; но ради безспорности договора его
нерѣдко облекали въ письменную форму ²⁾.

¹⁾ Можетъ-ли быть залогъ въ *въ собственной вещи залогопринимателя*?
Такое хитросплетеніе возможно при двухъ условіяхъ: 1) когда одна и
таже вещь состоитъ въ залогъ нѣсколькихъ залогопринимателей и при
этомъ, 2) старѣйшій залогоприниматель приобретаетъ право собственности
на вещь. И вотъ, для сохраненія привилегіи старшинства, старѣйшій
кредиторъ какъ-бы продолжаетъ считаться залогопринимателемъ вещи,
приобрѣтенной имъ въ собственность.—О степеніи залогопринимателей
см. ниже стр. 137.

²⁾ Fr. 4 D 20. 1: *contrahitur hypotheca per pactum conventum—;
nec adrem pertinet, quibus fit verba, — ; et ideo et sine scriptura si
convenit, — res obligata erit, — ; fiunt enim de his scripturae, ut, quod
actum est, per easfacile probari possit etc.*

II) *Судебный залог*—*pignus iudiciale*—устанавливался по определению суда. Онъ представлялъ собою или вводъ въ обладаніе (*missio in possessionem*) преторомъ съ различными гредохранительными цѣлями, или арестъ имущества при исполненіи судебного рѣшенія. Судебный залогъ перваго рода, какъ установленный самимъ преторомъ, назывался преторскимъ залогомъ, *pignus praetorium*, залогъ второго рода, какъ взятый ради исполненія рѣшенія—*pignus in causa iudicati captum*.

Преторскій судебный залогъ, какъ мы упомянули, совершался посредствомъ ввода залогопринимателя въ обладаніе (*detentio*) чужимъ имуществомъ. Вотъ примѣры: *missio rei servandae causa*—въ обезпеченіе сохранности вещи отвѣтчика, избѣгающаго явки на судъ, *missio ventris nomine*—въ интересахъ беременной женщины, ребенка который предполагается будущимъ наследникомъ, и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.—Въ отличіе отъ другихъ случаевъ залога залогоприниматель тутъ не имѣетъ права продажи заложенного имущества.

Судебный залогъ въ исполненіе рѣшенія (*pignus in causa iudicati captum*) былъ установленъ, въ видѣ чрезвычайной мѣры (*executio extra ordinem*); въ императорскій періодъ (15 D 42. 1). Взыскатель имѣлъ право арестовать имущество неудовлетворившаго отвѣтчика и, затѣмъ, продавать арестованное въ такомъ порядкѣ: сперва движимое, потомъ недвижимое имущество и, наконецъ, требованія (*iura*) должника на третьихъ лицъ¹⁾.

III) *Законная ипотека* называется въ источникахъ *hypotheca legalis*, *hypotheca tacita* (Dig. 20. 2, Cod. 8. 15). Она заключается въ томъ, что, по постановленію закона, въ опредѣленныхъ юридическихъ отношеніяхъ вещи извѣстныхъ лицъ оказываются состоящими въ залогъ въ интересахъ другихъ лицъ. Напримѣръ, сельско-хозяйственной инвентарь арендатора считается по закону заложеннымъ хозяину имѣнія въ обезпеченіе арендной платы. Различаютъ два вида законной ипотеки (вышеупомянутыя нами): общую и спеціальную законную ипотеку.

Общая законная ипотека (*hypotheca tacita generalis*) обни-

¹⁾ Древнѣйшая форма исполнительнаго судопроизводства—*legis actio per pignoris captionem*—въ классическое время не существовала.

мала все имущество. Назовемъ нѣкоторые случаи: 1) казна имѣеть общую законную ипотеку въ имуществѣ плательщиковъ налоговъ ¹⁾ и должниковъ по договорамъ съ казною ²⁾; объ этомъ правѣ казны на законный залогъ буквально говорятъ источники: *fiscus semper habet ius pignoris* (46 § 3 D 49. 14); 2) состоящіе подъ опекой (пупиллы) имѣють законную ипотеку въ имуществѣ опекуновъ; 3) жена—въ имуществѣ мужа, управляющаго приданымъ и другимъ ея имуществомъ (*parapherna, donatio propter nuptias*) и т. д.

Спеціальная законная ипотека (*hypotheca tacita specialis*) касается опредѣленнаго имущества. Также назовемъ нѣсколько случаевъ: 1) хозяинъ дома имѣлъ ипотеку въ имуществѣ жильцовъ, помѣщенномъ (*investa et illata*) въ квартирѣ ихъ; 2) давшій деньги на ремонтъ зданія имѣеть ипотеку въ самомъ зданіи; 3) помѣщикъ имѣеть ипотеку, ради обезпеченія арендной платы, въ доходахъ, получаемыхъ арендаторомъ, и т. д. ³⁾.

Отдѣлъ третій. Правомочіе залогопринимателя.

Положеніе залогодателя не требуетъ подробнаго разсмотрѣнія. Оно можетъ быть опредѣлено такимъ образомъ: собственникъ можетъ пользоваться и распоряжаться вещью по своему усмотрѣнію, на сколько отъ того не страдаютъ интересы залогопринимателя (преимущественно, цѣнность вещи). Поэтому, онъ можетъ хозяйничать, какъ-будто вещь была-бы его собственной, только не долженъ на столько ухудшать ее, чтобъ она не утратила мѣнновой стоимости. Въ тѣхъ-же предѣлахъ онъ можетъ установливать новые сервитуты въ вещи. Далѣе, залогодатель управомоченъ отчуждать залогъ ⁴⁾; кредиторъ, владѣющій движимой заложеной вещью, обязанъ даже показывать ее желающимъ купить вещь у залогода-

¹⁾ L 1 C. 8. 15: *universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt*

²⁾ L 2 C. 8. 15: *certum est, eius, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur.*

³⁾ Полный перечень (напр. въ курсѣ Барона, 1^{го}, и др.) содержитъ 9 случаевъ общей законной ипотеки и 5 случаевъ ипотеки спеціальной:

⁴⁾ L. 12 C. 8. 28: *si debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non consentiente distrahit, dominium cum sua causa transiit ad eentorem.*

теля ¹⁾. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда залогоприниматель усматриваетъ нарушение его залоговаго правомочія, онъ можетъ заявлять о томъ и вчинать *actio hypothecaria*.

Сложнѣе правомочіе залогопринимателя. Его правомочіе составляютъ: /производное владѣніе залогомъ,^а право охраны залога и право /продажи залога. Эти три элемента правомочія разсмотримъ по очереди.

А) *Производное владѣніе* залогопринимателя, какъ намъ извѣстно (стр. 33), обладаетъ лишь однимъ юридическимъ послѣдствіемъ владѣнія: оно защищается интердиктами. Оно ⁷ не касается другихъ послѣдствій владѣнія залогодателя, такъ что въ пользу послѣдвѣяго, во все время залоговаго отношенія, можетъ течь давность (16 D 41. 3:—*qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet*).

Имѣя вещь въ своихъ рукахъ, залогоприниматель обладалъ правомъ удержанія вещи (*ius retentionis*), когда ее требовалъ отъ него залогодатель, не исполнившій, съ своей ⁷¹ стороны, всѣхъ обязательствъ въ отношеніи залогопринимателя. Мало того, Императоромъ Гордіаномъ было дозволено кредитору, имѣющему на одного и того-же должника два долговныя требованія, изъ которыхъ одно было обезпечено залогомъ, а другое—простою роспиской,—таксму кредитору было дозволено, по уплатѣ должникомъ перваго долга, удерживать залогъ до уплаты втораго долга. Этотъ случай, какъ мы знаемъ (общ. часть. стр. 230), называется *retentio Gordiana*.

Право пользованія вещью и плодами ея остается по общему правилу за залогодателемъ. Залогоприниматель, пользовавшійся залогомъ, безъ согласія должника, совершалъ преступленіе называемое *furtum usus* ²⁾. А когда вещь, пребывавшая въ рукахъ залогопринимателя была плодоносною, залогоприниматель долженъ былъ выдавать плоды должнику. Но должникъ могъ предоставить кредитору вещь въ пользованіе ради извлеченія плодовъ вмѣсто того, чтобы платить проценты за занятый капиталъ. Такое соглашеніе объ извлеченіи кредито-

¹⁾ Fr. 6 pr. D 13. 7:—*ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam, si mobilis sit.*

²⁾ Fr. 55 D 47. 2: *si pignore creditor utatur, furti tenetur.* По русски *furtum usus* есть самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ.

ромъ плодовъ вмѣсто процентовъ называется *pactum antic-hreticum*, отъ слова *ἀντιχρησις*—взаимное пользованіе (должникъ пользуется капиталомъ кредитора, а кредиторъ залогомъ должника) ¹⁾. Въ одномъ случаѣ *antichresis* считается молчаливо установленнымъ, хотя-бы о немъ соглашенія не было; именно, *antichresis tacita* бываетъ, когда плодоносная вещь обезпечиваетъ безпроцентный заемъ: за то, что кредиторъ не беретъ процентовъ, ему не возбраняется попользоваться залогомъ ²⁾.

Б) *Охрана правомочія залогопринимателя* упоминается въ источникахъ двоякаго рода: специальная, какъ принадлежащая, именно, залогопринимателю, и общая, свойственная ему, какъ обладающему вещнымъ правомъ.

Специальная охрана состоитъ изъ двухъ средствъ защиты: ипотечнаго иска (*actio hypothecaria in rem*) и интердикта (*interdictum Salvianum*).

Actio hypothecaria иначе называется *pignoris vindicatio* (16 § 3 D 20. 1). Это есть отыскиваніе залогопринимателемъ заложенной вещи, находящейся во владѣніе отвѣтчика, посторонняго лица. Чтобы быть истцомъ, надо имѣть право на владѣніе залогомъ. И вотъ, при *pignus*, когда владѣніе передается при заключеніи договора, немедленно приобретается ипотечный искъ (на случай отнятія владѣнія); при *hypotheca* искъ получается по наступленіи срока обезпеченнаго обязательства.

Отвѣтчикомъ является всякое лицо, обладающее залогомъ. Онъ можетъ предъявлять истцу такіа возраженія: 1) *excussio* *excussionis*, установленную Юстиніаномъ (Nov. 4 с. 2). Она состоитъ въ томъ, что отвѣтчикъ можетъ направить истца съ личнымъ искомъ противъ должника и его поручителей, если таковыя имѣются, прежде чѣмъ тревожить заложенное имущество ³⁾; 2) возраженіе о томъ, что у самого отвѣтчика

¹⁾ *Roedenbeck*, die Antichresis. 1874. Въ литературѣ споръ о томъ понимать-ли подъ *antichresis* любое соглашеніе о взаимномъ пользованіи (между прочимъ, и при залогѣ), или добавочный договоръ только при залогѣ.

²⁾ Fr. 8 D 20. 2: cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditur de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere. Остается противорѣчіе: если должникъ не платитъ за капиталъ, почему-же онъ долженъ платиться залогомъ? Разныя объясненія см. Dernburg, Hand., § 278.

³⁾ Отводъ истца къ должнику или поручителямъ называется *excussio personalis*. Но можетъ быть еще *excussio realis*: 1)

С. 125

имѣется болѣе сильное (напр., раннее) право на залогъ; 3) возраженіе объ истеченіи исковой давности: въ 40 лѣтъ при жизни должника, 30 лѣтъ противъ другихъ владѣльцевъ (7 рг. С. 7. 39).

Доказываніе истца заключается въ томъ, что залоговое право въ его пользу установлено добросовѣстнымъ владѣльцемъ (эмфитевтой и т. под.), что заложенный предметъ находится въ обладаніи отвѣтчика. Цѣль иска — выдача вещи съ приращеніями и плодами и вознагражденіе за убытки.

Интердиктъ залоговой называется *interdictum Salvianum*, какъ примѣненный впервые преторомъ Сальвіемъ (къ защитѣ собственника, которому поступалъ въ залогъ инвентарь арендатора). Это былъ судебный приказъ о допущеніи залогопринимателя ко владѣнію (*interdictum adipiscendae possessionis*). Его отношеніе къ ипотечному иску и пространство его дѣйствія не бесспорно въ источникахъ и литературѣ¹⁾. — Далѣе, вромѣ специальной охраны, залогоприниматель пользовался общей охраной своего вещнаго правомочія.

Общая охрана залогопринимателя включала аналогичные вещные иски (*actiones utiles*), которыми обезпечивалась отъ уменьшенія цѣнность вещи. Такъ, залогоприниматель могъ, на примѣръ, вчинать *actio furti*, въ случаѣ покражи залога (15 рг. D 47. 2); онъ могъ требовать о признаніи сервитута въ пользу заложенной вещи (16 D 8. 1) и т. д. — Еще одно существенное право принадлежало залогопринимателю: на продажу залога.

В) *Продажа залога* до III-го вѣка не составляла входящаго элемента правомочія залогопринимателя. Чтобы имѣть право продажи залога, залогоприниматель, получая во владѣніе залогъ (*pignus*), заключалъ добавочный договоръ — *pactum de distrahendo*, по которому онъ приобрѣталъ, именно, право продажи (*ius distrahendi*). Затѣмъ, какъ мы выше говорили (стр. 125), отъ III-го вѣка по Р. X. залогоприниматель *eo ipso* былъ признанъ управомоченнымъ на частную продажу залога (а не чрезъ посредство судебной власти).

когда нѣсколько залоговъ, отвѣтчикъ предлагаетъ потревожить сначала первый, потомъ второй зал. и т. д.; 2) если имѣется специальная и общая ипотека въ одномъ и томъ-же имуществѣ, отвѣтчикъ сначала предлагаетъ истцу обратиться къ специальной ипотецѣ.

¹⁾ Спорные пункты отмѣчены Барономъ (система § 196). Литература: *Rudorff*, über d. Pfandflagen (*Ztschr. f. gesch. Rw.*, XIII).

The first of these is the fact that the
 government has been unable to raise
 sufficient revenue to meet its
 obligations. This is due to a
 combination of factors, including
 a decline in tax revenues and
 an increase in government spending.
 The second major problem is the
 high level of inflation, which has
 eroded the value of the currency
 and led to a loss of confidence
 in the government. This has
 resulted in a sharp decline in
 foreign investment and a
 consequent loss of jobs.
 The third problem is the
 widespread corruption and
 inefficiency in the public
 sector. This has led to a
 significant loss of resources
 and a failure to invest in
 infrastructure and human
 capital.

debitor a creditore pignus, quod debet, frustra emit, quum rei suae nulla emtio sit). Въ случаѣ, когда не находится вовсе покупателей залога, кредиторъ по залогу можетъ просить императора о присужденіи ему заложенной вещи въ собственность (*impetratio dominii*). Такая собственность въ течение 2-хъ лѣтъ будетъ представлять собою *dominium reo-cabile*, потому что въ это время должникъ можетъ выкупить ее, уплативъ стоимость ея съ процентами и возмѣщеніемъ убытковъ ¹⁾.

По формѣ продажа есть обыкновенно *частная продажа*. Только въ двухъ случаяхъ римское право требовало публичной продажи (*subhastatio*): а) когда продавался судебный залогъ—при исполненіи судебного рѣшенія, б) когда кредиторомъ по залогу была казна (продажа имущества за недоимки, по договорамъ съ казною и т. д.).

3) *Послѣдствія* продажи устанавливаются слѣдующія. Во-первыхъ, какъ и послѣ всякой купли-продажи, покупатель долженъ платить цѣну, а продавецъ обязанъ передать товаръ. Отвѣчаетъ-ли кредиторъ по залогу, если проданная вещь окажется чужою (не принадлежавшею залогодателю) и будетъ отобрана собственникомъ ея отъ покупателя? Коротче сказать, отвѣчаетъ-ли кредиторъ, продавшій залогъ, въ случаѣ *evictio* (отобранія вещи отъ покупателя)? По общему правилу, онъ не долженъ отвѣчать, ибо продавалъ чужую вещь, да еще по необходимости ²⁾. Во-вторыхъ, излишекъ (*hyperocha, superfluum*) отъ вырученной цѣны за покрытіемъ долга подлежитъ выдачѣ залогодателю (7 D 13. 7).

Залоговыя отношенія значительно осложняются стеченіемъ нѣсколькихъ кредиторовъ по одному и тому-же залогу.

Отдѣлъ четвертый. Стеченіе залогопринимателей.

Если нѣсколько залогопринимателей на одну и ту-же вещь производятъ свои правомочія отъ *разныхъ залогодателей*, то преимущество должно быть признано за тѣмъ изъ нихъ,

¹⁾ L 3 C 8. 34.

²⁾ Отвѣтственность за эвикцію падаетъ на него: 1) когда онъ продалъ завѣдомо-чужую вещь, 2) согласился отвѣчать, 3) скрылъ, что онъ только залогоприниматель.

кто получилъ залогъ *отъ болѣе сильнаго* залогодателя. Напримѣръ, собственникъ и добросовѣстный владѣлецъ закладывали одну и ту-же вещь разнымъ кредиторамъ, преимущество будетъ на сторонѣ кредитора, получившаго залогъ отъ собственника.

Если нѣсколько залогопринимателей на одну и ту-же вещь ведутъ правомочія *отъ одного и того-же залогодателя*, то преимущественное положеніе того или другого изъ нихъ опредѣляется другими началами. При опредѣленіи этихъ началъ отдѣльно выяснимъ положеніе ближайшихъ и послѣдующихъ кредиторовъ по залогу ¹⁾.

А) Положеніе *ближайшихъ кредиторовъ* (creditores priores)—удовлетворяемыхъ ранѣе другихъ,—опредѣляется въ зависимости *отъ трехъ элементовъ*: /наличности владѣнія въ моментъ удовлетворенія, ²⁾первенства по времени установленія залога и особыхъ ³⁾привилегій нѣкоторыхъ кредиторовъ. Именно, исходнымъ пунктомъ даннаго вопроса должно служить положеніе кредиторовъ, въ которомъ всѣ три элемента отсутствуютъ. Значитъ, надо представить себѣ нѣсколько кредиторовъ, изъ которыхъ никто не владѣетъ залогомъ въ моментъ удовлетворенія, ни одинъ не предупредилъ другого въ установленіи залога (заключили договоръ одновременно) и ни у одного нѣтъ выдѣляющей его привилегіи. Въ этомъ случаѣ всѣ получаютъ удовлетвореніе изъ вырученной цѣны *пропорціонально* суммамъ ихъ требованій. Но эта уравновѣшенная пропорціанальность легко нарушается вмѣшательствомъ одного изъ трехъ вышепомянутыхъ элементовъ.

1) Положеніе *владѣющаго кредитора* даетъ преимущество среди *одновременныхъ* (по установленію) залогопринимателей. Извѣстное начало: *melior est condicio possidentis* (иначе: *beati possidentes*) буквально засвидѣтельствовано источниками какъ разъ по вопросу о конкуренціи кредиторовъ по залогу (10 D 20. 1: *si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, — inter eos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem*).

П) Положеніе *первѣншаго* (по установленію залога) кредитора обладаетъ преимуществомъ среди *разновременныхъ* залогопринимателей. И это положеніе запечатлѣно въ при-

¹⁾ *Regelsberger, zur Lehre v. d. Altersvortrag d. Pfandrechte, 1859.*

мѣненіи въ данному явленію знаменитой юридической поговоркой: *prior tempore, potior iure* (3 C. 8. 17: *si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure*).

Вслѣдствіе возникшихъ на практикѣ злоупотребленій при опредѣленіи первенства во времени залоговыхъ договоровъ (написанія ихъ заднимъ числомъ ради первенства во времени), издана была въ V в. конституція императора Льва, по которой вполне достовѣрными въ данномъ отношеніи были признаны только документы публичные (*instrumenta publice confecta*—составленные предъ публичною властью) и такіе частные документы, которые подписаны по крайней мѣрѣ тремя свидѣтелями (*quasi publice confecta*)¹⁾.

III) Положеніе *привилегированное* нѣкоторыхъ кредиторовъ всегда выдѣляетъ ихъ изъ всѣхъ другихъ залогопринимателей (хотя-бы гораздо ранѣе пріобрѣвшихъ право залога). Вотъ, кому принадлежала такая привилегія:

1) первое мѣсто всегда принадлежало *казнѣ*, имѣющей общую ипотеку по недоимкамъ въ имуществахъ плательщиковъ податей (1. C. 4. 46);

2) слѣдующее мѣсто обезпечивала такъ-назв. *versio in rem*—обращеніе чужого имущества на пользу заложеной вещи. Главный случай: заемъ на ремонтъ залога (починка и вооруженіе корабля)—давшій взаймы, хотя-бы и позднѣе другихъ кредиторовъ, получалъ настоящую привилегію²⁾;

3) жена имѣла привилегію при *требованіи приданого*. Въ постановленіи Юстиніана приводятся такіе мотивы данной привилегіи: очень часты случаи потери женами приданого, которое составляетъ для нихъ все состояніе (*tota substantia*); всякій, вѣдь, пожалѣетъ такихъ женщинъ за ихъ преданность мужьямъ, за рискъ жизни, которому они подвергаются при родахъ и даже за самое рожденіе дѣтей (*propter partus periculum et ipsam liberorum creationem*)³⁾.

Указавъ на положеніе ближайшихъ, какъ болѣе управомоченныхъ, залогопринимателей (*creditores priores*), скажемъ, далѣе, о положеніи послѣдующихъ (*posteriores*).

¹⁾ L. 11 C. 8. 18.

²⁾ Fr. 5 D. 20. 4: *interdum posterior potior est priori, utputa si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero.*

³⁾ L. 12 C. 8. 17.

Б) Положеніе *послѣдующихъ кредиторовъ* (cred. posteriores) въ немногихъ словахъ таково: 1) они также, какъ и ихъ предшествоующіе кредиторы, имѣютъ право на *владніе залога*, которое осуществляютъ противъ всѣхъ, кромѣ ближайшихъ кредиторовъ; 2) они имѣютъ право на остатокъ (*hypotheca*) отъ вырученной цѣны послѣ продажи вещи за удовлетвореніемъ предъидущихъ кредиторовъ; 3) они обладаютъ *ius offerendi et succedendi*—правомъ предложить предъидущему кредитору удовлетвореніе и вступить на мѣсто его ¹⁾. Это право производить явленіе, которое называется *ипотечнымъ преемствомъ*.

Ипотечное преемство (*successio hypothecaria*) есть вступленіе послѣдующаго кредитора по залогу на мѣсто предъидущаго. Оно бываетъ: 1) въ только-что названномъ осуществленіи *ius offerendi et succedendi*, т. е., по удовлетвореніи *послѣдующимъ кредиторомъ* предъидущаго; 2) по удовлетвореніи *къмъ-бы то ни было* одного изъ кредиторовъ, мѣсто котораго занимаетъ удовлетворившій его претензію, съ согласія должника; 3) одинъ и тотъ-же кредиторъ по залогу, при обновленіи *обезпеченнаго залогомъ обязательства* (*novatio*), выговариваетъ себѣ право сохранить прежнее положеніе ближайшаго кредитора; напр., продавецъ, имѣющій залогъ въ имуществѣ покупателя ради обезпеченія полученія цѣны за отпущенный товаръ, беретъ долговую росписку (договоръ купли обновляется въ договоръ займа), сохраняя прежнее положеніе залогопринимателя въ ряду другихъ кредиторовъ; 4) при *покупкѣ заложенной вещи* постороннимъ лицомъ можетъ быть выговорено покупателемъ съ согласія должника и другихъ кредиторовъ положеніе одного изъ залогопринимателей.

Конструкція залогового преемства очень спорна въ литературѣ. Что составляетъ предметъ преемства? По мнѣнію однихъ,—само залоговое право (Баронъ и др.)—по мнѣнію другихъ—личное требованіе на должника (Мюленбухъ и др.), по мнѣнію третьихъ (Дернбургъ и др.)—только мѣсто, опредѣляющее порядокъ удовлетворенія (приобрѣтающій *новое* закладное право заступаетъ старое мѣсто) ²⁾.

¹⁾ Fr. 12 § 9 D 20. 4: et omnino secundus ereditor nihil aliud iuris habet, nisi, ut solvat priori et loco eius succedat.

²⁾ Статьи: 1) Адамкевичъ—Arch. f. civ. Praxis, Bd. 56; 2) Фосъ—Jahrb. f. d. Dogmatick, Bd. 10; 3) Шлайеръ—Arch. f. civ Pr., Bd. 64.

Отдѣлъ пятый. Прекращеніе залогового права.

Способы прекращенія залогового права, ради воспомина- нія ихъ, сводятся въ двѣ группы: въ первой помѣщаются способы, свойственные только залоговому праву, во второй — всѣ остальные способы (извѣстные и другимъ вещнымъ правомъ: *confusio*, отказъ отъ права и т. под.).

I) Къ первой группѣ способовъ прекращенія относятся: продажа залога и уничтоженіе обеспеченнаго (залогомъ) требованія.

Продажа залога нами рассмотрѣна (стр. 135). Она влечетъ уничтоженіе всѣхъ залоговыхъ отношеній къ вещи и тогда, когда совершена однимъ изъ многихъ (ближайшимъ) кредиторовъ: и послѣдующіе кредиторы теряютъ имуществен- ное обеспечение (1 С. 8. 20).

Уничтоженіе требованія, обеспеченнаго залогомъ, влечетъ прекращеніе залогового права, ибо послѣднее есть побочное правоотношеніе, зависимое въ своей судьбѣ отъ обеспечива- его обязательства. При этомъ, требуется полное уничтоженіе долгового требованія: полнымъ удовлетвореніемъ залогопри- нимателя, сложеніемъ долга со стороны послѣдняго и др. Неполное прекращеніе обязательства не уничтожаетъ залога. Напримѣръ, когда теряется право иска по обязательству (послѣднее превращается въ такъ-назв. *obligatio naturalis*, имѣющую силу посредствомъ *executio* и другъ способовъ охраны),—залоговое право остается въ силѣ¹⁾.

II) Ко второй группѣ способовъ прекращенія залогового права принадлежатъ: отказъ залогопринимателя (*remissio pignoris*), разрушеніе залога, *confusio*, давность.

Отказъ залогопринимателя (*remissio pignoris*) отъ своего права можетъ быть выраженъ въ любой формѣ (*mortis causa*, *inter vivos*); при этомъ, конечно, требуется согласіе долж- ника. Можетъ быть и молчаливый отказъ, *tacita remissio pignoris*. Напр., возвратъ кредиторомъ залоговаго акта долж- нику считается такимъ отказомъ. Или еще: признается от-

¹⁾ Fr. 14 § 1 D 20. 1: ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Въ другомъ мѣстѣ Павелъ выразился (61 pr. D 36. 1):—*remanet propter pignus naturalis obligatio* Нѣкоторые писатели (Шоттъ и др.) изъ *способа выраженія* Павла выводятъ самостоятельную природу залоговаго права, какъ независимаго отъ главнаго, обеспеченнаго имъ, обязательства.

казомъ умолчаніе кредиторовъ о своихъ залогахъ на приглашеніе должника заявить о нихъ при продажѣ должникомъ заложенной недвижимости ¹⁾.

Разрушеніе заложенной вещи прекращаетъ залоговое отношеніе къ ней. Неполное разрушеніе, равно какъ и разныя измѣненія въ ней (возведеніе зданій и т. под.) не имѣетъ вліяніе на правомочіе залогопринимателя.

Confusio—сліяніе въ лицѣ залогопринимателя права залога и права собственности—въ случаѣ приобрѣтенія залогопринимателемъ залога въ собственность (наслѣдованіемъ и т. под.). Но при стеченіи нѣсколькихъ залогопринимателей, ближайшій (болѣе управомоченный) изъ нихъ, приобрѣтающій залогъ въ собственность, можетъ (не смотря на confusio) сохранить за собою залоговое право, чтобъ остальные залогоприниматели остались на своихъ второстепенныхъ мѣстахъ. Такимъ образомъ, получается какъ бы оригинальное явленіе: право залога въ собственной вещи залогопринимателя ²⁾.

Давность двоякаго рода могла оказывать вліяніе на судьбу залоговаго права: 1) *исковая давность*. Если залогоприниматель не вчинялъ (40 лѣтъ—противъ самого должника, 30 лѣтъ—противъ другихъ лицъ) ипотечнаго иска, онъ терялъ право на этотъ искъ; 2) *приобрѣтательная давность*. Если постороннее лицо, съ соблюденіемъ всѣхъ условій приобрѣтательной давности, владѣло вещью (не зная о томъ, что она составляетъ предметъ залога) 10 лѣтъ (*in et praesentes*—въ той-же мѣстности, гдѣ жилъ залогодержатель) или 20 лѣтъ (*inter absentes*—не въ той-же мѣстности), то, по видимому, залоговое право прекращалось; по крайней мѣрѣ, владѣлецъ получалъ виндикацію противъ залогопринимателя, если вещь попадала въ его обладаніе (14 С. 4. 10) ³⁾;

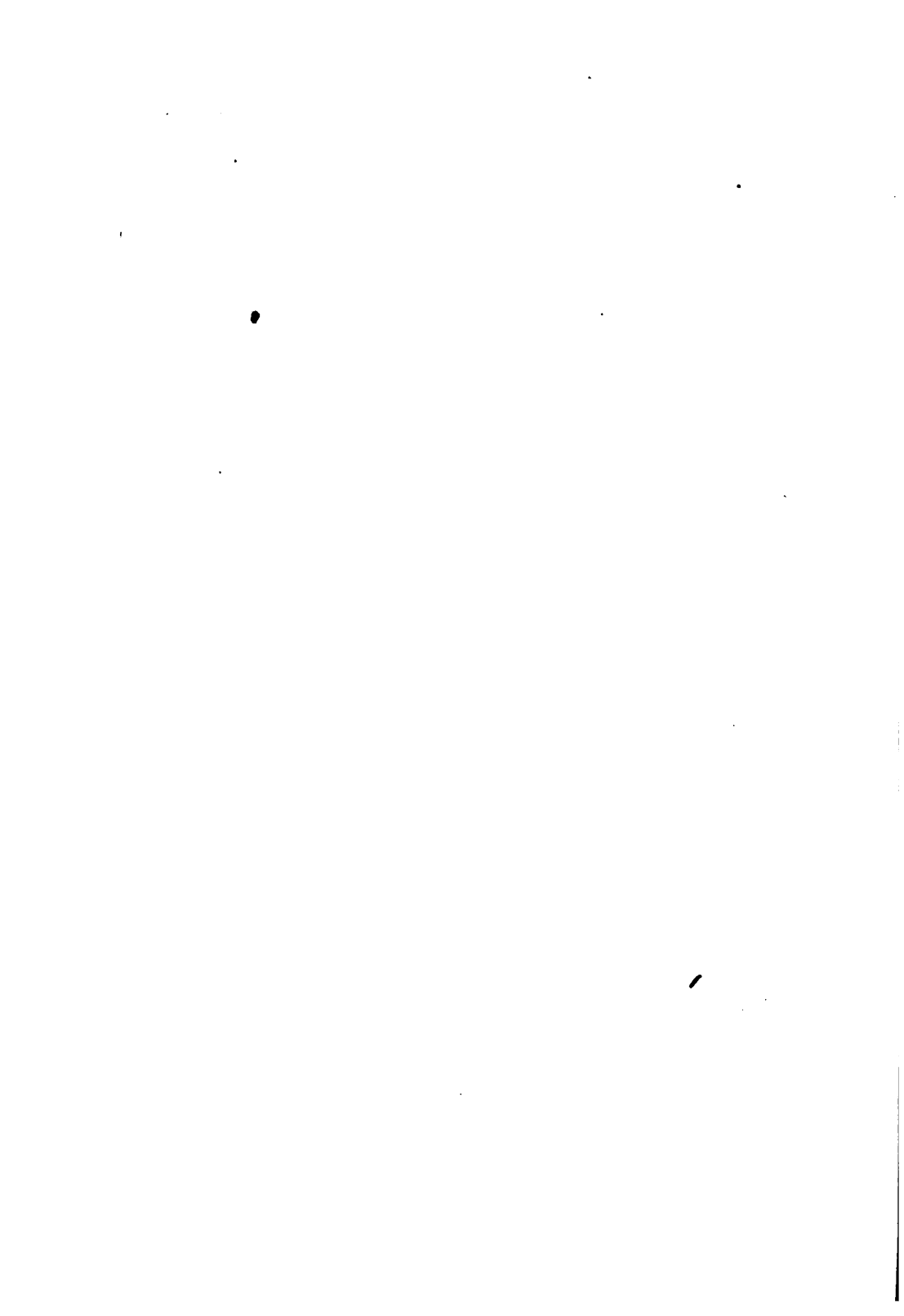
¹⁾ L 6 C. 8. 25: ex eo tempore, quo praedium distrahebatur, programme admoniti creditores, cum praesentes essent, ius suum exsecuti non sunt, possunt videlicet obligationem pignoris amisisse.

²⁾ Одни писатели (Гартманъ, Бухка и др.) серьезно говорятъ о томъ, что римское право въ принципѣ допускало установленіе залога въ собственной вещи кредитора, другіе (Дернбургъ, Бремеръ) видятъ въ этомъ явленіи только „вооруженіе права собственности защитой противъ послѣдующихъ залогопринимателей“.

³⁾ Нѣкоторые (Аридтсъ, Виндшайдъ называютъ этотъ видъ освободительной давностью, сближая ее съ usucapio libertatis (въ сервитутномъ правѣ). Другіе (Вехтеръ и пр.) возражаютъ.

II.

Обязательственное право.



175

Отъ римлянъ дошло два опредѣленія обязательства. Первое опредѣленіе, извѣстное намъ изъ историческаго курса, наглядно изображаетъ обязательство какъ *юридическую связь*, отъ которой освобождаются исполненіемъ принятаго долга (pr. I. §. 13: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura). Въ другомъ опредѣленіи описывается предметъ обязательства: предметомъ не служитъ тѣло или личность должника, а его дѣяніе (fr. 3 D 44. 7: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum). И вотъ, обязательство въ гражданскомъ правѣ представляетъ собою *юридическое отношеніе, которое заключается въ обязанности должника доставить кредитору что-либо, имѣющее для него интересъ*.

Какъ русское слово «обязательство», такъ и латинское «obligatio», имѣютъ нѣсколько разныхъ значеній въ гражданскомъ правѣ. Кромѣ указаннаго значенія, въ смыслѣ цѣльнаго юридическаго отношенія между двумя извѣстными субъектами, obligatio означаетъ тотъ или другой элементъ даннаго отношенія: или право требованія кредитора («обязательство на тебя»), или состояніе обязавшагося («я состою въ обязательствахъ») или обязывающій актъ (въ выраженіяхъ: verborum, litterarum obligatio).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, обязательство, какъ юридическое отношеніе, должно отличать (Савиньи, *обяз. пр.*, стр. 10) отъ другихъ случаевъ юридической необходимости: 1) отъ государственной обязанности платить налоги (3 pr. D 50. 15:—tributo capitis obligantur); 2) отъ необходимости признавать чужую собственность (§ 1 I. 4. 6); 3) отъ необходимости, установленной верховной властью (если кто хочетъ, чтобы завѣщаніе было безспорнымъ, долженъ составить его извѣстнымъ образомъ) и т. под.

Лица, вступающія въ обязательство, преслѣдуютъ какую-нибудь *цѣль*. Цѣль эта, конечно, относится къ будущему времени. Одинъ вѣритъ другому, имѣетъ къ нему кредитъ, отчего и называется вѣрителемъ или кредиторомъ. На другомъ лицѣ лежитъ долгъ или обязанность (*debitum*), отчего оно называется должникомъ или дебиторомъ.

Ради полной характеристики разнообразнѣйшихъ обязательствъ обыденной жизни, чтобы не повторяться при изложеніи однихъ и тѣхъ-же вопросовъ, выдѣляютъ общіе вопросы, которые могутъ встрѣтиться во всѣхъ или во многихъ изъ обязательствъ. Такимъ образомъ, получаются двѣ большія главы: объ общемъ ученіи объ обязательствахъ и объ отдѣльныхъ обязательствахъ.

Изъ общей литературы отмѣтимъ: *Савини*, обязательственное право (неокончена общая часть), пер. 1876 года; *Виндшейдъ*, объ обязательствахъ (переводъ 2-го тома пандектъ Виндшейда), 1875.—*Ryck*, die Lehre v. d. Schuldverhálthissen, 1883—87. — *van-Wetter*, les obligations en droit romain, 1883.—*Голевинскій*, о происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, 1872.—Большіе отдѣлы курсовъ Дернбурга, Барона, Муромцева, Азаревича и др.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Общее учение объ обязательствахъ.

Въ вышеприведенномъ опредѣленіи обязательства можно отмѣтить три признака, характеризующіе его, какъ юридическое отношеніе. Обязательство есть: 1) личное отношеніе, 2) содержаніемъ котораго является дѣйствіе другого, 3) имѣющее интересъ для вѣрителя ¹⁾).

1) Обязательство есть *личное* отношеніе, т. е. отношеніе одного извѣстнаго лица къ другому опредѣленному лицу, Этимъ признакомъ обязательственное право существенно отличается отъ вещнаго. Я собственникъ имущества, и мое право собственности имѣетъ силу предъ всѣми людьми, обязанными признавать мою собственность. Я кредиторъ, и мое право требованія имѣетъ силу только въ отношеніи моего должника.

Римляне считали обязательство на столько строго личнымъ отношеніемъ, что не допускали передачи его однимъ кредиторомъ другому. Но такъ какъ потребность въ передачѣ (путемъ ли продажи долгового требованія или иначе) сказывалось была допущена передача осуществленія права (*executium iuris*), о которой будетъ рѣчь ниже, въ отдѣлѣ объ уступкѣ обязательства (*cessio*).

Обязательство охраняется личнымъ искомъ *actio in personam*. (иначе называемымъ еще—*condictio*), т. е., искомъ на опредѣленное лицо; третьи лица не могутъ быть привлекаемы. Вотъ, примѣръ изъ источниковъ (6 С. 4. 39): А

¹⁾ *Hartmann*, die obligatio, 1875. *Ryck*, die obligatio, 1878.

продать наслѣдство другому лицу Б; но, не совершивъ еще передачи наслѣдства на руки Б, продаль и передалъ его третьему лицу В. Пострадавшее лицо Б, вошедшее, въ качествѣ покупателя въ обязательственное отношеніе съ А, но неприобрѣвшее вещнаго права (такъ какъ вещь не была передана—а право собственности приобрѣтается въ оборотѣ традиціей, см. выше стр. 71),—не имѣеть никакого иска къ третьему лицу В. Ему лишь принадлежитъ личный искъ (ex empto) къ продавцу А о взмѣщеніи его интереса (quod tua interest).

Была одно время въ епропейской практикѣ распростра-нена доктрина, въ которой обязательство изображалось въ видѣ *какъ-бы* вещнаго отношенія. Его и пробовали называть *ius ad rem*—право къ вещи (Recht zur Sache): оно не есть, говорили, вещное право или право *на* вещь (*ius in re*), а право *къ* вещи (брали другой предлогъ). Это было сдѣлано для того, чтобъ дать возможность дѣйствовать участнику обязательства и противъ третьихъ лицъ (по аналогіи съ вещнымъ искомъ, имѣющимъ силу *contra quemcumque possidentem*). Но все это было логической натяжкой (*petitio principii*), не согласной съ римскимъ правомъ ¹⁾.

2) Обязательство есть юридическое отношеніе, содержащее въ себѣ *право на дѣйствіе* должника. Нѣкоторые писатели (Бринцъ и др.) понимаютъ обязательство какъ право одного надъ другимъ или надъ личностью другого. Но это пониманіе невѣрно, потому что оно принимаетъ одно изъ послѣдствій обязательства за полное содержаніе его. Обязательство, дѣйствительно, можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ принудительное воздѣйствіе кредитора на должника, не исполняющаго обязательнаго дѣйствія; однако это есть только слѣдствіе, вытекающее изъ юридической природы обязательства ²⁾.

Дѣйствіе, какъ предметъ обязательства, обозначается тремя глаголами; *dare, facere, praestare* (3 D 44. 7: *obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum alicquid, faciendum vel praestandum*). Подъ словомъ *dare* под-

¹⁾ v. *Brünneck*, über d. Ursprung d. sog. *ius ad rem*, 1869.

²⁾ Нѣкоторые нѣмецкіе юристы замѣняютъ предлогъ „auf“ (auf eine Leistung) другими предлогами: *an* eine Leistung (право къ дѣйствию), *über* eine Leistung (право надъ дѣйствіемъ). Но такимъ образомъ опредѣленіе предмета обязательства еще болѣе затемняется.

разумѣвается установление *вещнаго* права ¹⁾, напр., по обязательству изъ договора купли-продажи возникаетъ право покупателя требовать отъ продавца собственности на товаръ. Подъ *facere* разумѣется всякое дѣйствіе вообще (fr. 218 D 50. 16: *verbum facere omnem omnino faciendi causam complexitur*), кромѣ того, которымъ устанавливается вещное право. Такое дѣйствіе можетъ быть положительнаго и отрицательнаго характера: оно можетъ состоять въ дѣйствіи и бездѣйствіи (fr. 189 D 50. 16: *facere oportere et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret, ne fiat*). Подъ *praestare* понимается предоставление (нѣмецкая *Leistung*) вознагражденія за причиненный вредъ или убытки; почему и говорится, напримѣръ: *periculum praestare* — возмѣстить случайную гибель вещи, *culpam praestare* — отвѣчать за неосторожность, *quod interest praestare* — вознаградить за упущенный интересъ. И такъ, общимъ выраженіемъ для всякаго дѣйствія, какъ предмета обязательства, служитъ слово: *facere*, установить вещное право — *dare*, отвѣчать за вредъ и убытки — *praestare*.

3) Обязательство заключаетъ въ себѣ право на дѣйствіе, имѣющее личный *интересъ* для участниковъ. Только лица, заинтересованныя въ опредѣленномъ дѣйствіи, могутъ быть участниками въ обязательствахъ. Поэтому, римское право не допускало обязательства въ пользу посторонняго (третьяго) лица; напримѣръ, не имѣло силы соглашеніе, по которому одинъ обязывался дѣлать періодическіе взносы другому съ тѣмъ, чтобы другой по смерти его выдалъ извѣстный капиталъ третьему лицу (договоръ страхования жизни), потому что у кредитора не было *собственнаго* интереса (онъ дѣйствовалъ въ чужомъ интересѣ). Наличие собственнаго интереса подтверждается источниками, напримѣръ, по поводу договора довѣренности: довѣритель имѣетъ право иска къ повѣренному только по тѣмъ дѣйствіямъ послѣдняго, въ которыхъ замѣшанъ интересъ довѣрителя (8 § 6 D 17. 1: *mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius. qui mandavit; ceterum, si nihil interest, cessat mandati actio. Et eatenus competit, quatenus interest*).

¹⁾ Fr. 136 § 1 D 45. 1: *si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit etc.* Fr. 5 § 5 D 20. 1: *dare autem quis hypothecam potest etc.*

Обыкновенно интерес кредитора бывает *имущественным*, подлежащим денежной оценкѣ. Объ этомъ говорится въ fr. 9 § 2 D 40. 7: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

Любопытенъ вопросъ о томъ, можетъ-ли получить юридическое значеніе *неимущественный, нравственный интересъ* въ обязательствѣ? Принципіальнаго отвѣта мы не находимъ въ римскомъ правѣ¹⁾. Но изъ немногихъ словъ источниковъ нѣкоторые писатели (Виндшейдъ, Іерингъ и др.) не безъ основанія допускаютъ положительный отвѣтъ. Напримѣръ, въ fr. 6 D 18. 7 приводится случай продажи рабыни съ условіемъ, чтобъ она не была обращена въ проститутку (ne prostituatur); тутъ нравственный интересъ—расположеніе продавца къ рабынѣ (ratio affectionis)—получаетъ юридическое признаніе. Чѣмъ онъ обезпечивается? Двумя способами: 1) неустойкой (poena conventionalis), которую долженъ платить отступающій отъ обязательства, 2) если нѣтъ неустойки. благоусмотрѣніемъ справедливаго судьи (boni viri arbitrati), который можетъ наложить гражданскій штрафъ на неповорнаго контрагента (ибо, какъ мотивируетъ Сабинъ, изъ-за договореннаго ограниченія—въ данномъ случаѣ: гуманнаго обращенія съ рабыней—быть можетъ, рабыня была продана дешевле, за болѣе сходную цѣну)²⁾.

Сдѣлавъ указаніе на главнѣйшіе признаки обязательственнаго права, обратимся, далѣе, къ вопросамъ о субъектахъ въ общественномъ правѣ, предметѣ, защитѣ обязательствъ, и т. под. общимъ вопросамъ.

Отдѣлъ первый. Субъекты обязательства.

Въ каждомъ обязательствѣ должны быть, по меньшей мѣрѣ, два субъекта: кредиторъ (gens credendi, stipulandi) и

¹⁾ Пассекъ, неимущественный интересъ въ обязательствѣ, 1893.

²⁾ Если защищается и неимущественный интересъ въ обязательствѣ, возникаетъ слѣдующій трудный вопросъ: всикій-ли интересъ охраняется? Возможенъ-ли искъ къ сосѣду-жильцу, давшему обученіе не играть по вечерамъ на фортепьяно, искъ къ мужу, общавшему не посѣщать какое-либо эльдорадо и т. д. Какъ провести границу между прихотью и *достойнымъ желаніемъ*? Вотъ, попытка Іеринга разграничить то и другое: предметомъ обязательства не могутъ быть дѣйствія, основанныя на отношеніяхъ услужливости и любезности (Geselligkeits- und Gefälligkeitsverhältnisse Jahrb. f. d. Dogm, XVIII, 1—128).

должникъ (*onus debendi, promittendi*). По общему правилу, субъектами обязательства могли быть только свободныя лица. Въ видѣ исключенія, римляне допускали обязательства и съ рабами. Правда, такія обязательства не имѣли полного эффекта: по нимъ нельзя было вчинать иска противъ раба, равно какъ и самъ рабъ не имѣлъ права иска. Но другія послѣдствія за ними признавались: ихъ можно было противопоставлять другимъ обязательствамъ, обеспечивать залогомъ и т. д. Эти безысковныя обязательства назывались, какъ ниже увидимъ, естественными (*obligationes naturales*) ¹⁾.

Присутствіе 2 лицъ въ обязательствѣ образуетъ обыкновенный, простой составъ его. Нерѣдко бываетъ и сложный составъ, когда въ обязательствѣ участвуетъ болѣе 2 лицъ: нѣсколько кредиторовъ или нѣсколько должниковъ. Сложный составъ наблюдается въ обязательствѣ долевымъ (проратарномъ), многократномъ (кумулятивномъ), солидарномъ и корреальномъ. Подробнѣе остановимся на каждомъ изъ этихъ обязательствъ.

А) *Долевое обязательство* бываетъ, когда участвуютъ нѣсколько лицъ (кредиторовъ или должниковъ), ²⁾ права и обязанности которыхъ опредѣляются ³⁾ долями предмета обязательства. Напр. трое должниковъ, занимая вмѣстѣ 3000, обязываются платить каждый по 1000 (*pro rata, pro portione*). Долевое требованіе или долевой долгъ возникаетъ также путемъ наслѣдованія, когда у одного наслѣдователя оказывается нѣсколько наслѣдниковъ. Объ этомъ есть древнее узаконеніе XII таблицъ: *nomina hereditaria ipso iure sunt divisa*, т. е., требованія на должниковъ (*nomina*) подлежатъ раздѣлу между сонаслѣдниками.

Долевое обязательство лишь по виду, съ внѣшней стороны, представляетъ одно цѣлое. На самомъ-же дѣлѣ тутъ столько обязательствъ, сколько субъектовъ ихъ (*quot sunt personae, tot sunt obligationes*), причемъ исполненіе долевого обязательства одинъ изъ участниковъ не имѣетъ никакого отношенія къ обязательству другого.

¹⁾ И послѣ отпущенія на волю за рабомъ оставалось естественное обязательство (14 D 44. 7). Въ бытность рабомъ естественное обязательство давало знать о себѣ, напримѣръ, въ отношеніи, называемомъ *deductio peculii* (6 § 4 D 15. 1). Именно, когда контрагентъ раба предъявлялъ къ хозяину раба искъ о возмѣщеніи его на счетъ *пекулія* раба (*actio de peculio*), отвѣтчикъ (господинъ раба) дѣлалъ вычетъ своего долгового требованія къ рабу (когда онъ, положимъ, давалъ вѣямы рабу).

Б) Многократное (*кумулятивное*) обязательство—рѣдкое явленіе. Оно заключается въ томъ, что *каждый* изъ нѣсколькихъ кредиторовъ имѣетъ право на *весь долгъ*, равно какъ и каждый изъ нѣсколькихъ должниковъ обязанъ исполнить весь долгъ одному и тому-же кредитору. Вотъ, примѣры. Въ fr. 1 § 9 D 47. 10 читаемъ: Нераціи говорить, что по одному оскорбленію возникаютъ три одновременные иска, и ни одинъ изъ нихъ не поглощаетъ другой; на примѣръ, въ случаѣ оскорбленія моей жены, имѣющей въ живыхъ отца: искъ принадлежитъ и мнѣ, и ея родителю, и ей самой.

Съ другой стороны, когда совершается одна кража нѣсколькими преступниками, потерпѣвшему предоставляется дѣйствовать штрафнымъ искомъ (*actio furti*) полностью противъ каждаго преступника въ отдѣльности.

Обязательство настоящаго рода (мы его позволяемъ себѣ называть многократнымъ) рождается вслѣдствіе преступнаго дѣянія, преслѣдуемаго штрафнымъ искомъ, *actio poenalis*. Про него можно сказать тоже, что и долговое обязательство: оно лишь свиду кажется единымъ, а по существу тутъ столько обязательствъ, сколько субъектовъ (34 D 47. 10: *imo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam faciuntium*).—Гораздо сложнѣе конструкція солидарныхъ и корреляльныхъ обязательствъ.

В) *Солидарное обязательство* представляетъ собою такое обязательство *нѣсколькихъ должниковъ предъ однимъ* кредиторомъ, которое погашается *исполненіемъ* одного изъ должниковъ. Тутъ каждый изъ должниковъ отвѣчаетъ сполна (*in solidum*), за все обязательство, и кредиторъ можетъ требовать исполненія отъ каждаго изъ содолжниковъ до тѣхъ поръ, пока не получитъ полного удовлетворенія. А полное исполненіе со стороны одного освобождаетъ всѣхъ другихъ отъ обязательства. Вотъ, примѣръ (1 § 43 D 15. 3): если вещь отдана двоимъ на сбереженіе, противъ каждаго можно вчинать искъ, и одинъ не освобождается, если искъ предъявляется къ другому; ибо должники освобождаются не по выбору ихъ (при вчатіи иска), а по исполненію (*non enim electione, sed solutione liberantur*).

Солидарное обязательство въ громадномъ большинствѣ случаевъ бываютъ *пассивнымъ*, т. е., представляетъ стеченіе должниковъ: въ немъ, по существу, столько отдѣльныхъ

обязательствъ, сколько должниковъ; только оно прекращается оригинально: исполненіемъ одного должника ¹⁾). Скажемъ объ установленіи и прекращеніи данныхъ обязательствъ.

1) Солидарная отвѣтственность содолжника *устанавливается обыкновенно по закону* въ случаяхъ совмѣстнаго совершенія *преступленія* или *причиненія вреда* и убытковъ. Напримеръ, нѣсколько воровъ несутъ солидарную отвѣтственность по взысканію съ нихъ (*condictio furtiva*) *стоимости* краденаго (по взысканію же *штрафа*, какъ мы видѣли, имѣется не солидарная, а кумулятивная отвѣтственность), нѣсколько сомагистратовъ или соопекуновъ солидарно отвѣчаютъ за причиненные убытки при отправленіи обязанностей.

См. гл. IV

Рѣже солидарное обязательство возникаетъ по договору о возмѣщеніи вреда. Вообще-же, оно никогда не предполагается и должно быть выражено. Солидарной можетъ быть отвѣтственность нѣсколькихъ хранителей (т. е., принявшихъ сообща вещь на сбереженіе), бланконадписателей на векселѣ (индоссаторовъ — конечно, въ современномъ правѣ), страхователей и т. д.

2) Солидарное обязательство *прекращается дѣйствительной уплатой* (*solutio*) одного изъ содолжниковъ кредитору. Дѣйствительной уплатѣ (*solutio*) приравняются нѣкоторые другіе случаи прекращенія обязательствъ, содержащіе дѣйствительное удовлетвореніе кредитора: *datio in solutionem* (предоставленіе вмѣсто одного другого предмета), *compensatio* (зачетъ взаимныхъ требованій) ²⁾.

Отражается-ли вина (*culpa*) одного должника на другихъ солидарныхъ должникахъ? Нѣтъ, не отражается, потому что въ солидарномъ отношеніи, строго говоря, нѣсколько обязательствъ, связанныхъ лишь однимъ моментомъ — фактомъ исполненія; другіе, предшествующіе моменты не имѣютъ вліянія на солидарность: ни вина, ни погасительная давность въ отношеніи одного должника не отражаются на дру-

¹⁾ О немногихъ, рѣдкихъ случаяхъ *активной* солидарности говоритъ *Лерингъ*, die active Solidarobligation, Jahrb. f. d. Dogm., Bd. 24 (1886 г.).

²⁾ Относительно другихъ способовъ прекращенія обязательствъ: *novatio* (превращеніе одного обязательства въ другое) и *assertilatio* (сложене долга кредиторомъ съ одного изъ должниковъ) существуетъ споръ. Большинство не признаетъ за ними силы уничтожить солидарное обязательство, меньшинство признаетъ эту силу.

гихъ. Ну, а послѣдующіе (за полнымъ исполненіемъ обязательства) моменты имѣютъ-ли значеніе для солидарности?

Такъ, имѣетъ-ли уплатившій сполна должникъ *право регресса* въ другимъ содолжникамъ, т. д., можетъ-ли онъ требовать отъ нихъ соотвѣствующихъ долей долга? Большинство ученыхъ такъ отвѣчаютъ: право регресса, по общему правилу, допускается (уплатившій должникъ имѣетъ *actio utilis*—искъ, какъ-бы уступленный кредиторомъ, получившимъ отъ него уплату сполна, противъ другихъ должниковъ, *fr. 1 § 13 D 27. 3*); только въ случаѣ *dolus regreosus* не допускается, т. е., когда уплатившій оказывается злонамеренно дѣйствовавшимъ (какъ говорятъ источники: *quia propter delecti poenam subit. 1 § 14 D 27. 3*).

Г) *Корреальное обязательство* ¹⁾ имѣется въ томъ случаѣ, когда по договору между нѣсколькими участками активной или пассивной стороны, *всякое дѣйствіе* любого изъ участниковъ *отражается* на всѣхъ другихъ ^{до момента} *litis contestatio*, т. е., пока не начатъ гражданскій процессъ однимъ изъ кредиторовъ противъ одного должника: со времени *litis contestatio* корреальное обязательство превращается въ простое, и всѣ другіе участники освобождаются отъ обязательства. Напримѣръ, нѣсколько лицъ корреально обязываются платить 100 одному кредитору: уплата всего долга (*in solidum*) со стороны одного освобождаетъ другихъ; да кромѣ того, начало тяжбы кредитора съ однимъ должникомъ также освобождаетъ другихъ.

Очевидно, корреальное обязательство имѣетъ много общаго съ солидарнымъ, почему то и другое составляютъ какъ говорятъ, солидарное обязательство *въ обширномъ смыслѣ*: тутъ и тамъ исполненіе производитъ одинаковое дѣйствіе. Но есть и существенное различіе между ними. Во первыхъ, во взаимныхъ отношеніяхъ соучастники корреальности *связаны тѣсно*: въ солидарномъ обязательствѣ (въ тѣсномъ смыслѣ) на нихъ отражается одно исполненіе, а въ корреальномъ не только исполненіе, но и всякое другое дѣйствіе (вина, давность и др.). Во вторыхъ, корреальное обязательство превращается въ простое по выбору кредитора (*electione*), вчинающаго иска противъ такого-то должника: этого не бываетъ въ солидарномъ обязательствѣ.

¹⁾ Источники его: *Inst. 3, 16: de duobus reis stipulandi et promittendi Dig. 45. 2 Cod. 8. 40. Nov. 99.*

Обозначеніе обязательства корреальнымъ происходитъ отъ прозванія соучастника *correus* (cum—teus - correus). Ближе мы коснемся случаевъ корреальности, ея установленія, взаимныхъ отношеній соучастниковъ, прекращенія и литературной обработки вопроса.

1) *Случаи корреальности* могутъ быть, какъ мы сказали, на активной и пассивной сторонѣ. Примѣры *активной* корреальности: обязательство общаго должника предъ любымъ изъ сотоварищей (членовъ договора товарищества), легать въ пользу одного изъ благотворительныхъ заведеній (онъ идетъ тому заведенію, которое раньше получаетъ или начинаетъ процессъ) и т. под. Выгода отъ активной корреальности можетъ быть развѣ на сторонѣ должника: возможное облегченіе отъ исполненія любому изъ кредиторовъ.

Примѣры *пассивной* корреальности: нѣсколько лицъ со-обща обязываются предъ однимъ кредиторомъ, возлагается на нѣсколько лицъ легать въ пользу одного лица и т. под. Выгоды ея, очевидно, лежать на сторонѣ кредитора, который воленъ выбирать того или другаго должника.

Все сказанное относится къ классическому праву. Юстиніанъ уничтожилъ различіе между пассивными корреальными и солидарными обязательствами. Именно, l. 28 C. 8 41 узаконяетъ, что *litis contestatio* не освобождаетъ другихъ должниковъ; отнынѣ освобожденіе содолжниковъ совершается только по исполненію. Значитъ, въ Юстиніановомъ правѣ имѣются только солидарныя обязательства на пассивной сторонѣ ¹⁾. Въ дальнѣйшемъ изложеніи будемъ имѣть въ виду корреальное обязательство классическаго права.

II) *Установленіе* корреальности совершается двумя способами: / договоромъ и завѣщаніемъ (въ видѣ возложенія легата на одного изъ сонаслѣдниковъ, напр. fr. 8 § 1 D 30). Изъ договоровъ самымъ распространеннымъ, на которомъ и выработалась оригинальная конструкція корреального обязательства, была стипуляція. Въ источникахъ мы имѣемъ слѣдующія свѣдѣнія о формѣ корреальной стипуляціи (pr. Inst. 3. 16).

Активное корреальное обязательство устанавливается, когда,

¹⁾ L. 28 C. 8. 41:—sancimus, nullo modo electione unius—alterum liberari,—sed manere ius integrum, donec in solidam ei pecuniae persolvantur vel alio modo ei satisfiat.

по произнесеніи одного и того-же вопроса по очереди всѣми кредиторами (*Maevi, quinque aureos dare spondes?*), должникъ *заразъ* даетъ всѣмъ *одинъ отвѣтъ* (*spondeo*, или: *utrique vestrum dare spondeo*). Если-же онъ отвѣчаетъ на вопросъ каждаго въ отдѣльности, то получается нѣсколько простыхъ обязательствъ; коррeальность не получается.

Пассивное коррeальное обязательство устанавливается такъ: положимъ, кредиторъ сначала спрашиваетъ одного должника: *Maevi, quinque aureos dare spondes*; потомъ, онъ обращается другому: *Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* Должники-же отвѣчаютъ, каждый отдѣльно: *spondeo*.

Ш) *Взаимныя отношенія* коррeальныхъ участниковъ опредѣляются по такому началу: всякій дѣйствуетъ за всѣхъ. Поэтому, вина одного изъ коррeальныхъ должниковъ отражается на другихъ ¹⁾; перерывъ давности въ отношеніи одного имѣетъ дѣйствіе касательно всѣхъ должниковъ (4 С. 8. 39: *quum ex una stirpe unoque fonte unus efluxit contractus*—).

Но въ нѣкоторыхъ вопросахъ, касающихся *времени исполненія* обязательства, допускаются отступленія отъ указаннаго общаго начала. Такъ, изъ двухъ содолжниковъ (§ 2 I. 3. 16) одинъ можетъ состоять безусловно или безсрочно обязаннымъ, другой—подъ условіемъ или на срокъ. Значитъ, съ одного можно требовать исполненія во всякое время, съ другого—лишь по наступленіи условія или срока. Время исполненія, какъ несущественный элементъ, не имѣетъ вліянія на тожество положенія содолжниковъ. Вѣроятно, по тому-же основанію за просрочку (мога) одного не отвѣчаютъ другіе ²⁾.

Названное общее начало (всякій дѣйствуетъ за всѣхъ) рельефно обнаруживается въ вопросѣ о прекращеніи обязательства.

IV) *Прекращеніе* коррeальнаго обязательства совершается не только тѣми способами, какими уничтожаются солидарное оязательство: дѣйствительной уплатой (*solutio*) одного должника, суррогатомъ уплаты (*datio in solutum*), зачетомъ

¹⁾ Это выводить изъ fr. 18 D 45. 2. Нѣкоторые однако, возражаютъ; ср. Баронъ, § 245.

²⁾ Fr. 32 § 4 D 22. 1: *si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.*

взаимныхъ требованій (compensatio), но и другими способами, которыми не прекращается солидарное обязательство. Именно, корреальность еще уничтожается посредствомъ novatio—обновленія или перехода даннаго обязательства въ другое съ однимъ изъ соучастниковъ, посредствомъ acceptilatio—сложенія долга съ одного должника (равносильнаго современной выдачѣ расписки въ получении долга), посредствомъ depositio—отдачи срочнаго долга на сбереженіе (откуда можетъ получить его кредиторъ). Вообще, почти всякій способъ прекращенія обязательствъ со стороны одного корреального должника освобождаетъ другихъ отъ отвѣтственности ¹⁾.

Имѣется-ли *регрессъ* въ корреальномъ обязательствѣ? Пзъ существа корреальности регрессъ не вытекаетъ. Позднѣйшее (поклассическое право), какъ полагаютъ теперь многіе романисты, предоставило двѣ слѣдующіе льготы (beneficia) корреальнымъ должникамъ: 1) beneficium *cedendarum actionum*—льготу объ уступкѣ кредиторомъ иска противъ другихъ должниковъ, чтобы получить съ нихъ соотвѣтственныя доли (2 С. 8. 39); такой искъ уступается кредиторомъ должнику, уплачивающему долгъ сполна; 2) beneficium *divisionis*—льготное право должника уплатить, по требованію кредитора, не болѣе слѣдуемой съ него доли долга (Nov. 99) ²⁾.

V) *Литературная* обработка корреального обязательства есть дѣло XIX вѣка. Въ концѣ двадцатыхъ годовъ нашего вѣка нѣмецкій ученый *Келлеръ* (über d. litis contestatio, 1827) открылъ въ римскомъ правѣ обязательство со множествомъ субъектовъ, которое превращается въ простое посредствомъ litis contestatio. Именно, litis contestatio, по изслѣдованію Келлера, превращаетъ предъидущее (матеріальное) обязательство въ новое (процессуальное) только съ тѣмъ должникомъ, съ которымъ начать процессъ, такъ что всѣ остальные освобождаются. Мысль Келлера подробнѣе развили *Ribbentrop* (die Lehre v. d. Correalobligation, 1831). Но внослѣдствіи рядомъ съ теоріей Рибентропа имѣла усвѣхъ въ нѣмецкой литературѣ другая теорія, которую

¹⁾ Только случаи, имѣющіе *чисто-личное* отношеніе къ одному должнику, не касаются другихъ. Таковы capitis deminutio minima должника (19 D 45. 2), pactum de non petendo in personam (соглашеніе о невостребованіи долга съ извѣснаго лица, 24 § 1 D 2. 14).

²⁾ Вслѣдствіе неяснаго текста Nov. 99 пониманіе ея спорно. Ср. *Uangerow*, Pandecten, § 573.

обработалъ *Fitting* (die Natur d. Correoblig., 1859). Первая теорія называется теоріей единства (*Unitätstheorie*), вторая — теоріей множественности (*Mehrheitststheorie*).

1) *Теорія единства* учить тому, что въ корреальности имѣется *una eademque obligatio* со множествомъ субъектовъ въ противность солидарному обязательству, въ которомъ столько обязательствъ, сколько субъектовъ.

Возраженія противъ этой теоріи берутся изъ источниковъ. Указываютъ на нѣсколько мѣстъ, въ которыхъ рѣчь идетъ не объ одномъ, а о нѣсколькихъ обязательствахъ. Напр. въ fr. 9 D 46. 2: — *in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio*. (Также fr. 13 D 45, 2, 5 D 46. 1).

2) *Теорія множественности*, допускающая столько обязательствъ, сколько субъектовъ, обыкновенно полагала существо корреальности въ томъ, что само отвѣтственное лицо остается неизвѣстнымъ до поры до времени (пока его не выберетъ кредиторъ въ пассивномъ корреалитетѣ, пока къ нему не обратится самъ должникъ въ активномъ). Иначе корреальное обязательство называли *субъективно-альтернативнымъ*, такъ какъ въ немъ скрывается альтернатива: тотъ или другой субъектъ долженъ стать дѣйствующимъ лицомъ.

Но и противъ этой теоріи возражаютъ. Такъ, *Дернбургъ* (*Pandecten*, II § 72) дѣлаетъ въ ней поправку, усматривая сущность корреальности въ томъ, что въ ней нѣсколько обязательствъ съ однимъ объектомъ. Другіе (*Waldner*, die *Correale Solidarität*, 1885) ведутъ рѣчь о взаимномъ замѣстительствѣ, какъ о характерномъ свойствѣ корреальности. Третьи (v. *Wetter*, des *obligations*, § 54, *Mitteis*, die *Individualisierung d. Obligation*) даже отрицаютъ современное различіе между солидарностью и корреальностью.

По видимому, у римлянъ не было одной общей теоріи корреальности, почему разнорѣчатъ и современныя конструкціи, опирающіяся на различныя частныя показанія источниковъ ¹⁾.

¹⁾ Объясненіе вопроса съ исторической точки зрѣнія сдѣлано проф. *Дювернуа*, основная форма корреального обязательства, 1874.

Отдѣлъ второй. Предметъ обязательства.

То, что подлежитъ исполненію, составляетъ предметъ обязательства. А исполненіе достигается дѣйствіемъ должника (dare, facere, praestare — какъ то обозначалось въ римской исковой формулѣ обязательства). Вотъ, говоря о предметѣ обязательства, надлежитъ, главнымъ образомъ, дать характеристику обязательнаго дѣйствія.

А) *Какія свойства* должно имѣть *дѣйствіе* должника, какъ предметъ обязательства? Современные пандектисты отвѣчаютъ указаніемъ на три слѣдующія свойства: возможность дѣйствія, его опредѣленность, его цѣнность для кредитора.

Невозможныя дѣйствія не входятъ въ составъ обязательства. *Impossibilium nulla est obligatio* (185 D 50. 17) — нѣтъ обязательства относительно невозможныхъ дѣйствій съ самаго момента совершенія сдѣлки. При этомъ, невозможность понимается въ объективномъ смыслѣ. Субъективно-невозможное дѣйствіе можетъ быть предметомъ обязательства (137 § 5 D 45. 1: по мнѣнію Сабина, дѣйствительно обязательство, если мнѣ обѣщалъ должникъ то, что онъ исполнить не можетъ, а другой можетъ). Къ физической невозможности примыкаетъ юридическая невозможность: доставленіе вѣн-оборотной вещи, запрещеннаго дѣянія и т. под. Сюда-же относятся нравственно-невозможныя (безнравственныя) поступки (15 D 18. 7: *quae facta contra bonos mores fiunt, nec facere nos credendum est*).

Далѣе, *опредѣленность* дѣйствія необходима въ виду точнаго и дѣйствительнаго исполненія обязательства. Если дѣйствіе не опредѣлено, должникъ можетъ уклоняться отъ исполненія его. Но не требуется, чтобы опредѣленность всегда была извѣстна заранѣе, съ момента возникновенія обязательства. Напримѣръ, контрагенты могутъ предоставить опредѣленіе предмета обязательства благоусмотрѣнію третьяго лица (*boni viri arbitrium*). Такимъ-же образомъ опредѣляется обязательство въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ выдачи алиментовъ или приданаго родственниками, обязанными къ такимъ дѣйствіямъ согласно ихъ экономическому положенію (*pro modo facultatum*).

Наконецъ, *цѣнность* для кредитора должно представлять собою дѣйствіе должника. Какъ выше сказано, по общему

правилу, такая цѣнность полагается имущественной или *денежной* (*quae — pecunia lui praestarique possunt* — выше, стр. 150). Кстати, скажемъ о значеніи денегъ и денежнаго долга.

Значеніе денегъ, какъ общепринятаго платежнаго средства въ гражданскомъ оборотѣ¹⁾, отмѣчается римскими юристами. Именно, Павелъ, говоря о возникновеніи купли (1 пр. D 18. 1), рассказываетъ о томъ, что ради облегченія въ обмѣнѣ цѣнностей, былъ выбранъ предметъ (*electa est materia*), которому придали общезвѣстную и постоянную цѣнность (*publica ac perpetua aestimatio*). Такимъ образомъ, деньги суть вещи, которымъ государство придаетъ обязательную цѣну, чтобы они служили орудіями обмѣна и средствомъ уплаты долговъ. На послѣднюю роль денегъ, какъ *принудительнаго* средства уплаты, есть указаніе въ томъ-же римскомъ правѣ. Именно, сохранилось императорское распоряженіе (3 С 11. 10) о томъ, чтобы деньги обязательно принимались къ платежу (даже за отказъ въ принятіи денегъ стараго чекана налагается легкое наказаніе). Теперь ученіе о деньгахъ возбуждаетъ многіе вопросы въ политической экономіи и гражданскомъ правѣ (напр., о соотношеніи цѣнъ троякаго рода: номинальной, металлической и курсовой). У римлянъ по этому ученію нечѣмъ позаймствоваться, потому что имъ, какъ замѣтилъ Савиньи, недоставало опыта многихъ народовъ, которымъ мы пользуемся, и двухъ элементовъ нашей денежной системы: бумажныхъ денегъ и всемірнаго рынка.

Изъ многихъ долговъ выдѣляется понятіе о *денежномъ долгѣ*. Денежнымъ называется такой долгъ, который погашается денежной *суммой* (*pecunia numerata*); въ немъ обращается вниманіе лишь на количество денежныхъ единицъ (денаріевъ, солидовъ), а не на ихъ качество (какія монеты — безразлично; тутъ не должны быть непременно денаріи, солиды). Если-же предметъ долга опредѣляется извѣстными монетами (столько-то такихъ-то монетъ, — *ipsa согрога nummum*, fr. 51 D 30), то долгъ не будетъ денежнымъ въ настоящемъ значеніи. Денежный долгъ принадлежитъ къ категоріи родовыхъ обязательствъ; о нихъ и поведемъ рѣчь.

Б) *Родовое и видовое обязательства* различаются по предмету. Предметомъ перваго, называемаго *obligatio generis*, слу-

¹⁾ Цитовичъ, деньги въ области гражданского права, 1873. — Мнѣнія римскихъ юристовъ о деньгахъ — у Савиньи, обязат. право, § 44.

жить вещь, опредѣляемая по родовымъ признакамъ (изъ всего рода вещей: фалернскаго вина, паросскаго мрамора и т. под.); предметомъ-же видоваго обязательства служить индивидуальная (*res in specie*), отдѣльная вещь (вино въ такой-то бочкѣ, такая-то глыба мрамора и т. д.). Различіе между ними проявляется въ слѣдующемъ.

Во-первыхъ, рискъ за случайную гибель видовой вещи падаетъ на кредитора; должникъ освобождается отъ обязательства, если предметъ его случайно погибаетъ (*species perire ei cui debetur*). Въ родовыхъ-же обязательствахъ гибель данной вещи изъ рода не освобождаетъ должника, ибо родъ вещей—предметъ его обязательства—продолжаетъ существовать (*genus perire non videtur*).

Во-вторыхъ, въ родовыхъ обязательствахъ за должникомъ признается *право выбора*, котораго, конечно, нѣтъ въ видовомъ обязательствѣ. Съ такимъ правомъ должникъ можетъ даже доставить кредитору хотя самую худую вещь (52 D 17. 1:—*pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit*).

Куда отнести обязательство, предметомъ котораго служить одна вещь изъ ² *известнаго числа* родовыхъ вещей (одну вещь изъ даннаго склада, одинъ изъ 5 экземпляровъ книги, и т. под.)? По мнѣнію однихъ (напр., Виндшейда), это есть родовое, по мнѣнію другихъ (напр., Дернбурга) — видовое обязательство. Оно также очень походитъ на раздѣлительное (альтернативное) обязательство.

В) *Раздѣлительное (альтернативное) обязательство* ¹⁾ есть такое, которое обязываетъ должника представить тотъ или другой предметъ: раба Стиха или Памфила, вино или водку, лошадь или корову. Предметы обязательства могутъ быть опредѣлены родовыми и видовыми признаками: всякое родовое обязательство есть вмѣстѣ съ тѣмъ раздѣлительное, но не всякое раздѣлительное есть родовое, ибо альтернативные предметы могутъ принадлежать къ разнымъ родамъ (лошадь или корова).

Сущность раздѣлительнаго обязательства состоитъ въ томъ, что предметомъ обязательства являются нѣсколько вещей, а въ исполненіе идетъ только одна вещь. Это выражаютъ фор-

¹⁾ *Bernheim*, ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ, 1871. *Pessatore*, die sogen. alternative Obligation, 1880.—Ихъ также называютъ *obligationes disiunctivae* (124 D 50. 16).

мулой: *plures res in obligatione, una in solutione*. Настоящей сущностью своей раздѣлительное или альтернативное обязательство отличается отъ такъ-называемой *альтернативной возможности* (*facultas alternativa*). Такая альтернативная возможность бываетъ тогда, когда должникъ обязанъ совершить 1) одно какое-либо дѣйствіе, но онъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, можетъ 2) замѣнить одно дѣйствіе или одинъ предметъ другимъ дѣйствіемъ или предметомъ. Напримѣръ, у римлянъ существовала *actio poenalis*, предъявляемая къ властелину по поводу ущерба, причиненнаго его подвластнымъ, сыномъ или рабомъ; у властелина была альтернатива: дать вознагражденіе за вредъ или, если онъ не хотѣлъ платить, выдать подвластнаго въ кабалу на отработку долга (*poenae deditio*).

Конструкція альтернативнаго обязательства представляетъ, не смотря на простую сущность ея, спорный вопросъ въ современной литературѣ, такъ какъ въ источникахъ нѣтъ ясныхъ отвѣтовъ на нѣкоторые основные вопросы. Такъ, по вопросу о томъ, сколько обязательствъ включаетъ въ себѣ *obligatio alternativa*,—одни писатели (большинство) толкуютъ источники въ пользу единства обязательства, другіе признаютъ столько обязательствъ, сколько предметовъ или дѣйствій. Затѣмъ, по вопросу о правѣ выбора между альтернативными предметами нѣкоторые писатели (Пескаторе и др.) предлагаютъ совершенно разъединить альтернативныя обязательства съ выборомъ кредитора отъ таковыхъ-же съ выборомъ должника.

Право выбора (*ius variandi*—право мѣнять рѣшеніе) принадлежитъ, по общему правилу, должнику, потому что, во-первыхъ, самъ кредиторъ согласенъ удовлетвориться тѣмъ или другимъ предметомъ, да кромѣ того, во вторыхъ, всякое сомнѣніе толкуется всегда въ пользу обязаннаго лица (ср. общая часть догмы, стр. 185). Только въ одномъ случаѣ право выбора полагается за кредиторомъ: въ случаѣ альтернативнаго отказа изъ наслѣдства (легата) выбираетъ вещь легатарій, а не наслѣдникъ (§ 22 I. 2. 20: *si generaliter servus vél alia res legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit*). — Но, разумѣется, по соглашенію между контрагентами выборъ можетъ быть всегда предоставленъ и кредитору (до вчатія имъ иска—112 гр. D 45. 1). Мало

того, выборъ можетъ быть возложенъ контрагентами на третье лицо (*boni viri arbitrium*)¹⁾.

Превращеніе альтернативнаго въ простое обязательство совершается въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) по соглашенію контрагентовъ, 2) началомъ исполненія со стороны должника, 3) вчатіемъ иска кредиторомъ, если выборъ принадлежитъ ему, 4) въ случаѣ промедленія (тогда) должникъ теряетъ право выбора, 5) иногда въ случаѣ уничтоженія вещи.

Уничтоженіе одного изъ предметовъ раздѣлительнаго обязательства вызываетъ разныя послѣдствія, смотря по тому, погибаетъ-ли предметъ случайно, по винѣ-ли должника или кредитора. Такъ, положимъ, одна изъ двухъ вещей гибнетъ по винѣ должника,—въ этомъ случаѣ обязательство, сосредоточенное на одномъ предметѣ, превращается въ простое (по своей винѣ должникъ ухудшаетъ свое положеніе). Если же одна вещь погибаетъ случайно, большинство романистовъ, не желая обратить случайную гибель во вредъ должнику, представляютъ послѣднему право доставить цѣну вещи (*oblatio aestimationis*), такъ что они оставляютъ въ цѣлости альтернативное обязательство (другая вещь или цѣна погибшей).

Далѣе, обязательства еще различаются въ зависимости отъ дѣлимости предмета.

Г) *Дѣлимое и недѣлимое обязательство*²⁾. Данное различіе обыкновенно приводится въ связь съ различеніемъ обязательствъ, имѣющихъ цѣлью *dare* съ одной стороны, *facere*—съ другой. Его не слѣдуетъ понимать въ смыслѣ допустимости частичнаго удовлетворенія. Это особый вопросъ, о которомъ должно быть особое соглашеніе контрагентовъ. Дѣлимость берется въ значеніи возможности дѣлить предметъ обязательства. И только. Большею частью дѣлимы обязательства, представляющія вещи („*dare*“), опредѣляемыя количествен-

¹⁾ Любопытный вопросъ: можетъ-ли быть предметомъ обязат. вещь, принадлежавшая самому кредитору при заключеніи, перешедшая въ собственность должника ко времени исполненія обязат. — этотъ вопросъ разрѣшается отрицательно для раздѣлительнаго обязат. (потому что въ немъ, какъ въ простомъ обязательствѣ, обращается вниманіе на моментъ заключенія, когда всѣ альтернат. вещи становятся предметами обязательства) и положительно для родового обязательства (такъ какъ индивидуально предметъ не опредѣленъ при заключеніи). Ср. 72 § 4 D 46. 3.

²⁾ *Ubbelohde, die Lehre v. d. untheilbaren Obligationen, 1862. Rümelin, Theilung d. Rechte.*

но (нишего). Такъ, дѣлимы обязательства, доставляющія право собственности, залога, узурфрукта (другіе сервитуты недѣлимы).

Съ другой стороны, обыкновенно обязательство, содержаниемъ котораго служитъ дѣйствіе или бездѣйствіе (*facere*, *non facere*), недѣлимо (напр. возведеніе постройки, воздержаніе отъ высокой стройки и т. под.).

Значеніе дѣлимости оказывается, на примѣръ, въ наследственномъ правѣ: одно дѣлимое обязательство распадается на столько долевыхъ обязательствъ, сколько имѣется наследниковъ; а недѣлимое обязательство путемъ наследованія превращается въ солидарное, ибо отвѣтственность каждаго наследника опредѣляется сполна (*in solidum*)¹⁾.

Д) *Возмъщеніе вреда* (интереса), какъ предметъ обязательства. Вредомъ или убыткомъ называется /уменьшеніе имущества, наступающее/ вопреки теченію обыденной жизни (3 D 39. 2: *damnum et damnatio ab ademptione et quasi diminutione patrimonii dicta sunt*). На примѣръ, противъ ожиданія кредитора, должникъ не доставляетъ обѣщанный предметъ, сверхъ срока затягиваетъ исполненіе обязательства и т. д.,—въ подобныхъ случаяхъ получаютъ убытки. Скажемъ объ опредѣленіи размѣра вреда и объ условіяхъ отвѣтственности.

1) *Размѣръ* вреда или убытковъ опредѣляется по одному изъ двухъ масштабовъ, объективному или субъективному. Объективнымъ масштабомъ опредѣляется *vera rei aestimatio* (*verum rei pretium*)—истинная цѣна вещи; таковой всегда считается рыночная цѣна. По этому масштабу измѣрялась цѣнность вещи въ гражданскомъ процессѣ, когда у должника самая вещь не находилась въ наличности (въ судебной формулѣ отмѣчалось: *quantū ea res est*). Хорошій примѣръ, сюда подходящій, находится въ fr. 14 § 2 D 32: если въ завѣщаніи, въ качествѣ legata, назначена чужая вещь, собственникъ которой не хочетъ продать ее или требуетъ отъ наследника баснословную цѣну, наследникъ обязанъ доставить легатарію рыночную цѣну (*iusta aestimatio*) вещи, назначенной въ легать. — Сложнѣе субъективный масштабъ, дающій

¹⁾ Въ частности, раздѣлительное или альтернативное обязательство почитается недѣлимымъ, потому что требуется исполненіе цѣликомъ того или другого дѣйствія.

оцѣнку личнаго *интереса* лица, терпящаго убытки—*aestimatio eius quod interest* (sc. creditoris). Интересъ составляетъ разницу (*id quod inter—est*) между тѣмъ, что было-бы (если-бы не было нанесено вреда) и тѣмъ, что есть. Напримѣръ, тотъ, кто уничтожитъ лотерейный билетъ, на который паль выигрышь, долженъ платить цѣну билета и стоимость выигрыша.

При опредѣленіи размѣра интереса ¹⁾ обращаютъ вниманіе какъ на положительный вредъ (*damnum emergens*—уничтоженіе вещи, порча ея и т. под.), такъ и на отрицательный вредъ (*lucrum cessans*—недостающую прибыль т. е., считаютъ отсутствіе той пользы, которая была-бы получена, если-бы не было вредоноснаго дѣянія) ²⁾. Поэтому, кто убиваетъ раба, которому завѣщано наслѣдство, еще не принятое рабомъ, тотъ долженъ платить стоимость раба и стоимость наслѣдства (23 pr. D 9. 2).

Но чисто-личныя симпатіи лица, терпящаго вредъ, въ расчетъ не принимаются. Такъ, личное расположеніе къ пострадавшему предмету (*affectus ratio*) не подлежитъ удовлетворенію, если на то нѣтъ особаго соглашенія между контрагентами (см. выше, стр. 150). Поэтому, напримѣръ, убившій раба платитъ обыкновенную стоимость его хозяину, хотя-бы рабъ былъ близокъ и дорогъ, какъ сынъ хозяина (*filius naturalis*, fr. 33 pr. D 9. 2).

II) *Отвѣтственность* за нарушеніе интереса (вредъ и убытокъ) опредѣляется слѣдующими соображеніями: должно быть основаніе возмѣщенія интереса, должна быть причинная связь между дѣяніемъ и нарушеніемъ интереса, имѣется въ римскомъ правѣ ³⁾ максимальный размѣръ вознагражденія.

Основаніемъ возмѣщенія можетъ служить договоръ (напримѣръ, договоръ страхованія), постановленіе закона (напр., въ случаѣ экспроприаціи земельного участка подъ желѣзную дорогу) или вина дѣйствующаго (*culpa*). За случайное нарушеніе интереса (въ случаѣ пожара, наводненія и т. под.) нѣтъ отвѣтственности: *casus a nullo praestantur* (23 D 50. 17).

Далѣе, требуется *причинная* связь между событіемъ и нарушеніемъ интересовъ. Гдѣ нѣтъ причинной связи, тамъ

¹⁾ *Cohnfeldt*, Lehre v. Interesse nach Röm. R., 1865.

²⁾ Fr. 13 pr. D 46. 8:—in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. — Отсюда сложили терминъ *lucrum cessans*.

не бывает возмѣщенія вреда. Напримѣръ, раба нанесена рана, а онъ умираетъ отъ неправильнаго леченія,—тутъ имѣется, отвѣтственность за пораненіе, а не за смерть раба. Но если къ данному событію, причивяющему убытки, присоединяется, по наступленіи событія, новое вредоносное событіе, отвѣтственность за вредъ не слагается (къмъ-либо разрушается домъ, и вслѣдствіе разрушенія происходитъ пожаръ,—интересы домохозяина возмѣщаются) ¹⁾.

Нѣтъ нужды, чтобъ по винѣ дѣйствующаго былъ нанесенъ непременно прямой непосредственный ущербъ (*damnum circa rem*). Возмѣщенію подлежатъ и непрямо, *косвенный убытокъ* (*damnum extra rem*). Напримѣръ, уничтожившій одну лошадь изъ четверки лошадей (*quadriga*) платитъ и за уменьшеніе цѣнности всей четверки, такъ какъ трудно подобрать четверку (§ 10 I. 4. 3); продавшій свѣдома болное животное, которое заразило все стадо, отвѣчаетъ за порчу всего стада (13 рг. D 19. 1). Необходимо только, чтобы косвенные убытки были обыкновенными, ожидаемыми при обыкновенномъ теченіи жизни. Интересы, которые могутъ и не пойти на пользу въ обыденной жизни, не возмѣщаются. Напр., отъ повредившаго рыбныя сѣти не взыскивается за всю рыбу, которая могла-бы быть поймана, потому что еще неизвѣстно, попалась-бы она въ сѣти или нѣтъ ¹⁾.

Наконецъ, въ виду того, что на практикѣ требованія возмѣщенія интересовъ были чрезчуръ высоки, было издано Юстиніаномъ постановленіе (C. 7. 47), согласно которому въ обязательствахъ, предметъ которыхъ представлялъ нѣчто опредѣленное, возмѣщеніе интереса не должно превышать двойной стоимости предмета ²⁾.

¹⁾ Это выражается словами; *neque ex postfacto decrescit obligatio* (fr. 44 § 2 D 21. 1).

²⁾ Fr. 29 § 3 D 9. 2:—*ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum sit, an caperentur.*

³⁾ Кстати сказать, въ затруднительномъ случаѣ опредѣленія размѣра интересовъ, нарушенныхъ благодаря *dolus* или *culpa* отвѣтчика, судья можетъ предоставить истцу назначить сумму иска подъ присягой. Эта присяга прозывается *iuramentum in litem* (D 12. 3).

195 Отдѣлъ третій. Возникновеніе обязательства ¹⁾.

Говоря о возникновеніи обязательственнаго права, мы прежде всего припомнимъ извѣстную намъ (изъ историческаго курса) римскую классификацію обязательствъ по ихъ источникамъ, а затѣмъ остановимся на нѣкоторыхъ источникахъ обязательствъ.

А) *Римская классификація*. По словамъ Гая (въ его институціяхъ, 3, 88), обязательство возникаетъ *ex contractu* или *ex delicto*. Въ другомъ мѣстѣ Гай прибавляетъ третью категорию (1 пр. D 44. 7) обязательствъ *ex variis causarum figuris*; эта категория у того-же Гая, а затѣмъ въ институціяхъ Юстиніана, раздѣлена на двѣ группы, аналогичныя двумъ предыдущимъ: $\left\{ \begin{array}{l} \text{quasi—contractus} \\ \text{quasi—delictum} \end{array} \right.$. Такимъ образомъ, у римлянъ было 4 главные источника обязательствъ.

1) *Contractus* — обязательственный договоръ. Смотря по тому, въ чемъ состоялъ обязующій элементъ (*causa obligationis*, *causa civilis*): въ произнесении-ли извѣстной формулы, въ опредѣленной-ли записи обязательства, въ передачѣ-ли предмета или въ одномъ соглашеніи контрагентовъ, — различались словесные, письменные, реальные и консенсуальные договоры.

1) *Словеснымъ* договоромъ была, главнымъ образомъ, знаменитая *stipulatio*, состоявшая изъ вопроса вѣрителя (*stipulator*) и отвѣта должника (*promissor*). Прежде формальная, впоследствии стипуляція представляла собою всякое обѣщаніе въ какой-угодно рѣчи на любомъ языкѣ (латинскомъ и греческомъ). Вслѣдствіе внѣшняго удобства и возможности облегать въ форму стипуляціи разнообразныя соглашенія, она была самымъ распространеннымъ договоромъ. По той-же причинѣ юристы на ней, именно, разработывали ученіе объ обязательственныхъ договорахъ. Она была, такъ сказать, пробнымъ камнемъ для римской теоріи обязательственнаго права. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы еще не разъ будемъ касаться стипуляціи ²⁾.

¹⁾ *Голевинскій*, о происхожденіи и дѣленіи обязательствъ. 1872.

²⁾ Еще къ словеснымъ обязательствамъ принадлежали: словесное установленіе приданаго до Юстиніана (*dotis dictio*), и обѣщаніе услугъ вольноотпущенника патрону *oregarum* (*iurata*) *promissio*.

2) *Письменный договоръ* совершался, какъ мы знаемъ изъ исторіи, посредствомъ записи въ особую книгу (*codex asserpti et expensî*); его не стало ко времени Юстиніана.

3) *Реальный договоръ* заключался при помощи передачи вещи, *traditio rei*. Изъ реальныхъ договоровъ одни были такого рода, что каждый изъ нихъ носилъ ему присущее названіе; они были *contractus nominati* (заемъ, ссуда, поклажа, залогъ). Другіе-же не имѣли специальныхъ прозваній и составляли особую группу, названную романистами: *contractus innominati*. Юристъ Павелъ свелъ безыменные договоры къ четыремъ группамъ, согласно 4 комбинаціямъ двухъ глаголовъ: *dare* и *facere* (*do ut des, — ut facias, facio ut des, — ut facias*)²⁾.

4) *Консенсуальный договоръ*, для дѣйствительности котораго достаточно было одного неформального соглашенія контрагентовъ, признавался лишь въ 4-хъ случаяхъ по гражданскому праву (купля-продажа, наемъ, товарищество, порученіе).— Неформальное соглашеніе (не облеченное въ стипуляцію) въ остальныхъ случаяхъ, такъ-называемое *Pactum* не рождало долгое время юридическаго обязательства. Но, вотъ, впервые преторы придали юридическое значеніе нѣкоторымъ *Pacto* (добавочному соглашенію— *Pactum adiectum*, соглашенію о прежнемъ долгѣ—*constitutum debiti*, и др.). Затѣмъ, еще въ императорскихъ постановленіяхъ нашли себѣ санкцію многія *Pacta*: соглашеніе о приданомъ— *Pactum dotale*, соглашеніе о подаркѣ— *Pactum donationis*. И такъ, при Юстиніанѣ различаются *Pacta* двухъ родовъ: а) *Pacta vestita*—облеченныя искомъ и б) *Pacta nuda*—не имѣющія иска.

II) *Delictum*—второй главный источникъ обязательства—есть недозволенное дѣяніе (похищеніе и поврежденіе имущества, оскорбленіе), порождающее обязанность совершившаго деликтъ удовлетворить пострадавшаго (въ общей части догмы представлено понятіе и содержаніе ученія римлянъ о деликтѣ). Кромѣ имущественнаго удовлетворенія на совершившаго деликтъ налагается еще нерѣдко обязанность платить гражданскій штрафъ (*poena*).

III) *Quasi-contractus*—одностороннія дѣйствія, въ которыхъ какъ-бы предполагается договорное соглашеніе. Сюда принадлежитъ, напримѣръ, веденіе чужихъ дѣлъ безъ пред-

²⁾ *Гредитеръ*, опытъ изслѣдованія безыменныхъ договоровъ, I, 1893.

варительнаго полномочія (*negotiorum gestio*), получение недожнаго, случайная общность имущества (*communio incidens*) и др.

IV) *Quasi-delictum*—вредоносныя дѣянія, имѣющія сходство съ деликтами. Напримѣръ, такова гражданская отвѣтственность судьи, постановившаго (умышленно или по легкомыслию) несправедливое рѣшеніе (*qui litem suam fecit*); такова была у римлянъ отвѣтственность властелина за вредоносныя дѣянія подвластныхъ дѣтей и рабовъ (противъ властелина *actio poxalis*) и т. д.

Всѣ приведенные четыре источника обязательствъ нами были рассмотрѣны въ историческомъ курсѣ. Съ догматикой многихъ изъ нихъ мы встрѣтимся ниже.

Б) *Оцѣнка* римской классификаціи приводитъ къ слѣдующимъ выводамъ. Сущность ея лежитъ, конечно, въ противоположеніи обязательствъ по договорамъ и обязательствамъ изъ деликтовъ. Различіе между тѣми и другими обязательствами сказывается, напримѣръ, въ томъ, что договорныя иски наследственны и эквивалентны, а деликтныя иски не наследственны и имѣютъ въ виду, кромѣ эквивалента, еще нѣрѣдко гражданскій штрафъ. Сверхъ того, есть еще нѣсколько различныхъ послѣдствій у тѣхъ и другихъ исковъ. Несомнѣнно, противоположеніе было выбрано удачно.

Тѣмъ не менѣе, съ современной точки зрѣнія, римская классификація въ своихъ подробностяхъ страдаетъ такими недостатками: неясностью, неполнотой и устарѣлостью.—Она неясна, потому что понятія о *quasi-contractus* и *quasi-delictum* довольно туманны. Объясненіе ихъ въ источникахъ ничего не даетъ [рг. I 3, 27: обязательства, которыя не возникаютъ собственно говоря (*non propter*) изъ договора, и такъ какъ не происходятъ изъ деликта, представляются происходящими какъ-бы изъ договора].—Она неполна, такъ какъ, не смотря на эластичность двухъ послѣднихъ рубрикъ съ частицей *quasi*, въ ней не находятъ напримѣръ, мѣсто такъ-называемыя *obligationes ex lege*: обязанность близкихъ родственниковъ давать другъ другу средства жизни (алименты) и т. под.—Она устарѣла, потому что второстепенныя различія двухъ видовъ договоровъ—*contractus* и *pacta* нынѣ не имѣетъ никакого значенія.

Въ теперешней литературѣ замѣчается двойное отношеніе къ римской классификаціи. Одни писатели замѣняютъ ее новой классификаціей; таково коренное дѣленіе на обяза-

тельства, возникающія по юридической сдѣлкѣ (въ зависимости отъ воли дѣйствующаго), и обязательства, происходящія помимо воли дѣйствующаго лица (по закону, благодаря внѣшнему факту и т. д.). Другіе слѣдуютъ римскому дѣленію источниковъ обязательствъ со значительными измѣненіями (иныя рубрики вмѣсто quasi-договоровъ и quasi-деликтовъ), съ устраненіемъ историческихъ категорій (*contractus* и *pacta*) и съ необходимымъ дополненіемъ (*oblig. ex lege* и др.).

Образчикъ другой (вмѣсто римской) классификаціи можно найти, напримѣръ, въ учебникѣ Барона (§ 210) по 5 источникамъ: договоръ, одностороннее обѣщаніе, воля судьи, вторженіе въ сферу другого (недозволенное—деликтъ, дозволенное—*negotiorum gestio* и др.), постановленіе закона. Въ началѣ особенной части обязательственнаго права мы еще разъ встрѣтимся съ настоящей классификаціей, а теперь остановимся на двухъ источникахъ обязательственнаго права: одностороннемъ обѣщаніи и договорѣ.

В) *Одностороннее обѣщаніе*. Обѣщаніе, данное однимъ лицомъ безъотносительно какого-либо другого лица, называется *pollicitatio* ¹⁾ (*Dig. 50. 12: de pollicitationibus*); напр. обѣщаніе премии за изобрѣтеніе. По общему правилу у римлянъ, оно не обязывало обѣщающаго; изъ него не рождалось иска (*Pauli sent 5, 12, § 9: ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*). Но по исключенію одностороннее волеизъявленіе должника было для него обязательно въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) обѣщаніе *на пользу государства или городской общины* (*pollicitatio rei publicae vel civitati facta*) обязательно въ случаѣ, если имѣется для него достаточный мотивъ (*iusta causa*) Такимъ мотивомъ источники называютъ: полученіе должности государственной или городской (*magistratus*) или страшное бѣдствіе въ городѣ, пожаръ, наводненіе и т. под.) ²⁾. Если не оказывается подобной *iusta causa*, *pollicitatio* обязательна, послѣ того какъ обѣщавшій приступилъ уже къ исполненію своего обѣщанія (*fr. 1 § 2 D 50. 12: item si sine causa promiserit, coeperit tamen facere, obligatus est qui coepit*);

¹⁾ *Fr. 3 pr. D 50. 12: pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentes solius promissum.*

²⁾ *Fr. 4 D 50. 12: propter incendium, vel terrae motum, vel aliquam ruinam quae reipublicae contingit, si quis promiserit, tenetur.*

2) *обѣтъ (votum)* — обѣщаніе съ религіозной цѣлью — имѣеть обязательную силу (fr. 2 D 50. 12);

3) торжественное обѣщаніе приданого, практиковавшееся до Юстиніана подъ названіемъ *dotis dictio*. Такое обѣщаніе давалось со стороны жены или ея родственниковъ ¹⁾;

4) клятвенное *обѣщаніе вольноотпущенника* оказывать услуги патрону (*iurata oregatum promissio*), хотя-бы патрономъ не было заявлено о принятіи обѣщанія.

Обязательно-ли одностороннее *публичное* обѣщаніе непредѣленному лицу (*Auslobung*)? Напримѣръ, обязательно-ли газетное обѣщаніе преміи за доставленіе пропавшей вещи, преміи за сочиненіе и т. под? Въ римскихъ источникахъ нѣтъ отвѣта. Современная догма большею частью признаеть обязательнымъ публичное обѣщаніе: правомочіе получаетъ всякій, совершающій дѣйствіе, о которомъ упоминается въ публичномъ вызовѣ (безразлично, совершается-ли дѣйствіе съ вѣдома объ обѣщаніи, или безъ вѣдома о немъ).

Г) *Договоръ* ²⁾. Договоръ имѣлъ у римлянъ два названія: *contractus* и *actum*.—Слово *contrahere* имѣло много значеній: собирать, стягивать и т. д. Въ специальномъ значеніи *contractus* былъ договоръ, обладающій всѣми юридическими послѣдствіями ³⁾.—*Actum*, какъ мы говорили, долго означало у римлянъ договоръ неформальный (безъ юридическихъ послѣдствій). Но въ Юстиніановомъ правѣ различались два вида *acta*: 1) *acta nuda* — безъ иска (*Pauli sent, 2, 14 § 1: ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*), 2) *acta vestita* — облеченные искомъ. Къ *acta vestita* относились: *acta adiecta* — придаточные къ главнымъ договорамъ, *acta praetoria*, какъ установленные преторомъ (напримѣръ, *constitutum debiti* — повторное обѣщаніе долга) и *acta legitima* — получившіе силу въ императорскихъ постановленіяхъ (таковы *actum dotis, donationis* — о приданомъ, о дареніи).—Съ современной точки зрѣнія различіе между *contractus* и *actum*

¹⁾ Впрочемъ, существо данной формы выдачи приданого вполне не выяснено. Ср. *Meikow, die Diction d. röm. Brautgabe, 1850. Bernstein, (Inst. Beh. Beseler gewidmet. 1885).*

²⁾ *Hesse über d. Wesen und Arten d. Verträge d. heutigen röm. Rechts, 1868. Schlossmann, d. Vertrag, 1876.*

³⁾ Вотъ, разныя значенія слова *contrahere*: 1) собирать, стягивать (*frumentum, populum*), 2) сопоставлять что-либо въ массѣ, среди людей, 3) совершать результатъ (с. *sponsalia, matrimonium*), 4) принимать обязанность (*nomem, aes alienum* и т. д.), 5) заключать сдѣлку.

(какъ выше помянуто) не имѣть значенія, такъ какъ нынѣ формальная сторона договоровъ (за рѣдкими исключеніями) несущественна.

Римское *опредѣленіе* договора гласитъ (1 § 2 D. 2. 14): *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*—соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ объ одномъ и томъ-же. На чемъ основывается обязывающая сила договоровъ? Большинство современныхъ писателей отвѣчаютъ ссылкой на совпаденіе взаимной воли контрагентовъ: во взаимномъ соглашеніи видятъ взаимно-обязывающую силу договора. Нѣкоторые не придаютъ этому моменту рѣшающаго значенія и считаютъ понятіе о договорѣ такимъ-же первичнымъ и абстрактнымъ, какъ понятіе о вещи, дѣйствиіи, свойствѣ и т. д. (Ср. Schlossmann, l. c. p. 164).

Договоры могутъ быть источниками различныхъ юридическихъ отношеній. Поэтому, различаются/вещные, брачные, обязательственные договоры. По вещному договору возникаетъ собственность, залогъ, сервитутъ; брачнымъ договоромъ обусловливается вступленіе въ бракъ, имущественныя отношенія супруговъ; по обязательственному договору рождается право на дѣйствиіе другого лица. Въ виду особаго интереса скажемъ отдѣльно объ обязательственномъ договорѣ.

Отдѣлъ четвертый. Обязательственный договоръ.

Мы только-что указали на историческія разновидности римскаго договора и дали опредѣленіе его. Теперь коснемся заключенія обязательственнаго договора, его главныхъ видовъ и его силы или дѣйствиія.

А) *Заключеніе договора*. Такъ какъ договоръ составляетъ взаимное соглашеніе² обоихъ контрагентовъ, для заключенія его необходимы два акта: предложеніе (оффертъ) должника и принятіе его кредиторомъ (акцептъ). Сочетаніе обоихъ актовъ, образующее взаимное соглашеніе, безъ труда опредѣляется въ договорахъ, совершаемыхъ въ присутствіи обоихъ контрагентовъ. Не такъ легко опредѣлить его въ договорахъ между отсутствующими.

По этому вопросу въ нѣмецкой литературѣ¹⁾ имѣются

¹⁾ *Gardoike, d. Verträge unter Abwesenden etc., 1882.*

двѣ теоріи: теорія изъявленія (Aeusserungstheorie) и теорія воспріятія (Vernehmungstheorie). Согласно теоріи изъявленія, договоръ почитается заключеннымъ немедленно по изъявленіи согласія адрессатомъ на полученное предложеніе: адрессатъ, получивъ предложеніе, отправляетъ письмо или телеграмму предложившему контрагенту, — съ этого момента ни онъ, ни тѣмъ болѣе его соучастникъ (офферентъ) не могутъ отступить отъ договора. Согласно теоріи воспріятія, моментъ заключенія значительно откладывается до тѣхъ поръ, пока выступившій съ предложеніемъ (офферентъ) не узнаетъ объ отвѣтѣ адрессата; значитъ, необходимо, чтобы письмо адрессата дошло и было прочтено офферентомъ — до этого момента контрагенты могутъ отступаться отъ договора. Эта вторая теорія, по видимому, болѣе соответствуетъ римскимъ источникамъ, которые объявляли устное общеніе (стипуляцію), данное глухому, недѣйствительнымъ, такъ какъ до глухого не доходитъ рѣчь контрагента (1 § 15 D 44. 7).

Чтобы сократить промежутки между предложеніемъ и принятіемъ, нѣкоторые юристы объявляютъ начало договора не съ момента воспріятія, а съ момента полученія отвѣта адрессата (Empfangstheorie): разъ письмо получено отъ адрессата, договоръ заключенъ, хотя-бы письмо еще не было прочтено. Еще обратимъ вниманіе на предварительный договоръ (предшествующій заключенію договора) и на форму заключенія.

1) Заключенію договора иногда предшествуютъ болѣе или менѣе продолжительныя сношенія или переговоры между контрагентами относительно разныхъ условій соглашенія¹⁾. Иногда контрагенты заключаютъ такъ-называемый *pactum de contrahendo* — предварительный договоръ, въ которомъ обозначаются условія совершенія главнаго договора²⁾. Таковъ, напримѣръ, договоръ запродажи (*pactum de emendo*), въ которомъ упоминается обязательная цѣна, срокъ совершенія купли-продажи и т. под. условія главнаго договора; таковъ договоръ о предстоящемъ заключеніи займа (*pactum de mutuo dando*) и т. д.

¹⁾ Въ современномъ нѣмецкомъ правѣ соглашенія, состоявшіяся объ отдѣльныхъ пунктахъ договора, называются *punctationen*; иногда они совершаются лишь pro memoria — чтобы сохранить въ памяти ихъ до заключенія договора; иногда они имѣютъ прямое обязательное значеніе.

²⁾ *Degenkolb, d. Begriff d. Vorvertrages, 1871.*

Изъ предварительнаго договора рождается искъ о заключеніи главнаго договора или ²⁾ возмѣщеніи убытковъ, причиненныхъ отказомъ отъ договора. Въ современной догмѣ вина лица, уклоняющагося отъ заключенія договора, имѣетъ специальное названіе, съ легкой руки Геринга, — *culpa in contrahendo* ¹⁾. Виновный въ уклоненіи отъ договора обязанъ возмѣстить другому контрагенту все то, что послѣдній имѣлъ бы, если-бы не было и рѣчи о предстоящемъ договорѣ ²⁾. Напримѣръ, на телеграмму антрепренера знаменитая пѣвица отвѣчаетъ согласіемъ заключить контрактъ объ ангажементѣ ея на два мѣсяца. Антрепренеръ арендуетъ помѣщеніе, открываетъ подписку. Далѣе, оказывается, что пѣвица заключила контрактъ съ другимъ импрессарио. Къ ней предъявляется первымъ антрепренеромъ искъ о возмѣщеніи расходовъ, которые не были-бы сдѣланы, если-бы не былъ заключенъ *actum de contrahendo* ³⁾.

II) Соблюденіе установленной формы было обязательно въ такъ называемомъ формальномъ договорѣ, каковымъ была въ классическое время стипуляція. Римская стипуляція имѣла то значеніе, которое теперь признается за векселемъ. Она была внѣшней оболочкой взаимнаго соглашенія контрагентовъ, сообщавшей юридическую силу обязательству. Въ однихъ случаяхъ стипуляція не требовалась: въ ¹⁾ реальныхъ и ²⁾ консенсуальныхъ договорахъ; въ другихъ немногихъ обязательствахъ была обязательна ³⁾ судебная запись; для даренія свыше 500 солидовъ (ср. общая часть догмы, стр. 142).

Б) *Группы договоровъ*. Содержаніе договоровъ будетъ извѣстно въ подробностяхъ изъ дальнѣйшаго обзорѣнія обязательствъ, возникающихъ по отдѣльнымъ договорамъ. Въ настоящемъ мѣстѣ отмѣтимъ характерныя черты, свойствен-

¹⁾ Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. IV. *Bähr*, Irrungen im Contrahiren (Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. XIV).

²⁾ Такой предметъ возмѣщенія совершающаго *culpa in contrahendo* называется у нѣмцевъ отрицательнымъ интересомъ (*das negative Vertragsinteresse*).

³⁾ Кстати сказать, мнѣнія относительно юридической природы публичной продажи съ аукціона (*licitatio, subhastatio*) спорны. Большинство глядитъ на вызовъ продавца какъ на заявленіе, не желаетъ-ли кто изъ публики выступить съ предложеніемъ (оффертомъ), такъ что отъ продавца зависитъ принятіе предложенія (акцентъ). Но есть мнѣніе, по которому самъ продавецъ предлагаетъ заключить условный договоръ (подъ условіемъ, если кто-другой не приметъ его на болѣе выгодныхъ условіяхъ), такъ что отъ продавца не зависитъ окончательное принятіе, т. е., заключеніе договора (принимаетъ договоръ лицо, выступающее изъ публики).

ныя нѣкоторымъ группамъ или видамъ *договоровъ*. Такъ, скажемъ, что такое опредѣленный договоръ, абстрактный договоръ и т. д.

I) *Опредѣленный договоръ* (*certa stipulatio*) есть такой, въ которомъ точно выраженъ предметъ обѣщанія. Именно, предметъ обѣщанія опредѣляется по тремъ вопросамъ: *quid, quale, quantum* (что за предметъ, какого свойства, въ какомъ количествѣ) ¹⁾. Опредѣленный договоръ проще и скорѣе разсматривался въ римскомъ гражданскомъ процессѣ, ибо судья не было нужды самому опредѣлять сумму иска (*quantum*), совершать такъ-называемую оцѣнку тяжбы (*litis aestimatio*).

Въ неопредѣленномъ договорѣ имѣется недостатокъ полныхъ свѣдѣній о предметѣ обязательства. Этотъ недостатокъ устраняется толкованіемъ тѣхъ фактическихъ обстоятельствъ, при которыхъ договоръ подлежитъ исполненію (94 D 45. 1: *triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non iuris*). Иногда большая опредѣленность достигается послѣдующимъ соглашеніемъ самихъ контрагентовъ. Иногда въ договорѣ упоминается, что окончательное опредѣленіе обязательства должно быть возложено на посредниковъ (*ex compromisso*) или экспертовъ (*boni viri arbitrium*) ²⁾.

II) *Абстрактный договоръ*. Въ общей части догматики (стр. 162) мы отмѣтили различіе между юридическими сдѣлками въ зависимости отъ того, обнаружена-ли цѣль (*causa*) сдѣлки или нѣтъ: сдѣлки съ обнаруженной *causa* называются матеріальными, а тѣ, у которыхъ *causa* можетъ быть и неопредѣлена, именуется абстрактными (какъ отвлеченныя или отрѣшенныя отъ *causa*). Обязательственный договоръ есть одна изъ юридическихъ сдѣлокъ, и онъ можетъ быть матеріальнымъ и абстрактнымъ.

Римскимъ абстрактнымъ договоромъ (въ родѣ нынѣшняго векселя) была стипуляція въ ея простомъ видѣ: *centum dare spondes? spondeo*. Въ ней заключается долговое обѣщаніе, а

¹⁾ Fr, 74 D 45. 1: *stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est, quod in ipsa pronunciatione apparet, quid quale quantum sit, ut ecce aurei X. fundus Tusculanus etc.*

²⁾ Различаются двѣ категоріи посредниковъ: 1) *ex compromisso*—посредникъ объявляетъ мнѣніе,—какъ приговоръ по дѣлу; онъ третейскій судья; 2) *экспертиза*—высказываетъ мнѣніе знатока дѣла, которое оцѣнивается судомъ (76 D 17. 2: *arbitrorum enim genera sunt duo unum eiusmodi—cum ex compromisso—alterum eiusmodi ut ad boni viri arbitrium redigi debeat etc.*)

цѣли или основы обѣщанія нѣтъ. Не видно, ради чего дано обѣщаніе: ради-ли даренія—*donandi causa*, ради-ли уплаты прежняго долга—*solvendi causa*, и т. д. И судья, констатирующій обѣщаніе, не допытывается до цѣли его ¹⁾).

Позднѣйшее римское право, по видимому, значительно умалило значеніе абстрактныхъ договоровъ, возложивъ обязанность на истца удостовѣрять цѣль договора, если отвѣтчикъ выступалъ съ возраженіемъ (напримѣръ, о безденежности обязательства, т. е., о томъ, что истецъ не выдалъ ему валюту,—3 С. 4. 30) ²⁾).

III *Рисковые договоры.* Такъ мы позволяемъ себѣ по русски назвать группу такихъ договоровъ (*Wendt*, § 203: *aleatorische Verträge*, *Baron*, § 216), въ которыхъ/исполненіе обязательства ставится контрагентами ²⁾ въ зависимость отъ риска, случайности. Такими были у римлянъ пари (закладъ) и игорныя соглашенія. *Пари или закладъ* ¹⁾/взаимное обѣщаніе ²⁾ платить извѣстную сумму (обыкновенно въ формѣ стипуляціи) на случай, если совершится неизвѣстное обуславливающее обстоятельство (*fr. 129 D. 45. 1: si navis venit et Titius consul factus est*). *Азартная игра* (*alea*) ³⁾ была запрещена римскимъ законодательствомъ; при Юстиніанѣ дозволялись только пять опредѣленныхъ игръ на незначительную сумму. Какую санкцію имѣлъ игорный запретъ? А вотъ, въ классическое время счастливый партнеръ, получившій выигрышъ, долженъ былъ платить четверо болѣе (*roena quadrupli*). Но при Юстиніанѣ (*Cod. 3. 43*) за игру нѣтъ штрафа; за то допускается требованіе о возвратѣ выигрыша въ теченіе 50 лѣтъ (*nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur etc*).

Иногда рисковой характеръ сообщается другимъ договорамъ: займу, куплѣ-продажѣ. Такъ, *datio pecuniae traiectionis* (*D. 22. 2. C. 4. 33*) есть такой заемъ денегъ на покупку товаровъ, — отправляемыхъ моремъ до опредѣленнаго мѣста, — при которомъ (займѣ) рискъ благополучнаго прибытія несетъ кредиторъ: если товаръ погибнетъ въ морѣ, кредиторъ те-

¹⁾ *Quintil. Inst. orat. IV, 1. 6: satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.*

²⁾ Письменный документъ стипуляціи назывался *cautio*. И вотъ, какъ говорятъ, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ *cautio indiscreta* (документъ безъ означенія цѣли договора) не была достаточноымъ доказательствомъ обязательства. *Contra Baron, l. c., § 214. Cp. Dernburg, II, § 20 not. 6.*

³⁾ *Schoenhardt, Alea, 1885.*

ряетъ требованіе съ должника. За то кредитору законъ дозволяетъ брать большіе проценты (*foenus nauticum* доходить до 12%)¹⁾.—*Emptio spei* (или *emptio aleae*)—купля возможности (шанса) получить вещь. Напримѣръ, на тоняхъ покупается будущій уловъ въ закидываемомъ неводѣ; хотя въ неводѣ рыбы вовсе не будетъ, купля остается въ силѣ²⁾.

Сложнѣе разсмотрѣнныхъ группъ двусторонніе договоры, на которыхъ подольше остановимся.

IV) *Двусторонніе (обоюдные) договоры* противоплагаются одностороннимъ; первые устанавливають обоюдныя обязательства обоихъ контрагентовъ (напр., купля-продажа, наемъ, товарищество), вторые—обязательство одной стороны (таково любое одностороннее обѣщаніе—стипуляція). Въ свою очередь, двусторонніе договоры бывають двухъ родовъ, смотря по тому, съ какою силой распредѣляются обязанности между контрагентами; бывають, можно сказать, неравносильно и равносильно—обоюдные договоры.

Неравносильно-обоюдные договоры суть такіе, въ которыхъ обязанность одной стороны составляетъ самую сущность договора, а обязанность другой имѣетъ второстепенный характеръ. Напримѣръ, сюда принадлежитъ договоръ довѣренности (*mandatum*), въ которомъ на первомъ планѣ стоитъ безмездная обязанность повѣреннаго вести дѣла довѣрителя (последній-же обязанъ возмѣститъ расходы на его пользу со стороны повѣреннаго). Таковъ-же договоръ поклажи (*depositum*), по существу котораго хранитель обязанъ безмездно беречь чужое имущество. Въ неравносильно-обоюдныхъ договорахъ, по римской конструкціи, главная обязанность охраняется такъ-называемымъ прямымъ искомъ (*actio directa*) а второстепенная обязанность—противоположнымъ искомъ (*actio contraria*).

Равносильно-обоюдные договоры суть такіе, въ которыхъ обязанности обѣихъ сторонъ одинаково существенны (напр. въ договорѣ купли-продажи). И каждое изъ обоюдныхъ требованій (правомочій) охраняется самостоятельнымъ искомъ:

¹⁾ Теперь мѣсто этого рискованаго займа вытѣснилъ договоръ морскаго страхования.

²⁾ *Emptio spei* отличается отъ *emptio rei speratae*—купли вещи, имѣющей появиться согласно закону природы (напр., купля будущаго урожая), Отличіе состоитъ въ томъ, что, если не появляется *res sperata*, купля считается несостоявшейся.

требованіе товара—*actio empti*, требованіе цѣны—*actio venditi*. Но если требующій контрагентъ, съ своей стороны, не исполняетъ обязательства, то его иску противопоставляется возраженіе отвѣтника о томъ, что истецъ, въ свою очередь, не выполнилъ обязательства—*exceptio non adimpleti contractus*.

Въ источникахъ равносильно-обоюдный договоръ называется греческимъ именемъ—*συνάλλαγμα*, которое Лабейонъ переводитъ по латыни словами *ultra citroque obligatio* (19 D 50. 16). *Природа этого договора* не вполне выяснена. Нѣкоторые писатели видятъ въ немъ одно обязательство, другіе признаютъ въ немъ два отдѣльные договора (объщанія), *противоположные другъ другу*. Съ исторической точки зрѣнія второе мнѣніе вѣрнѣе, потому что самый старый изъ этихъ договоровъ, купля-продажа, представляетъ собою сначала, въ концѣ римской республики, два отдѣльныхъ общанія, даже ничѣмъ не связанныя другъ съ другомъ: продавецъ могъ самостоятельно искать цѣну, покупатель не могъ уклоняться отъ уплаты цѣны указаніемъ на неполученіе товара (*Varro, de re rustica, II, 2, § 6*). А затѣмъ въ практикѣ банкировъ (*argentarii*), покупатель, которому предъявляется *actio empti*, сталъ *противопоставлять* возраженіе о неполученіи товара (*exceptio mercis non traditae*). Такимъ образомъ, купля-продажа превратилась въ *συνάλλαγμα*¹⁾.

Равносильно-обоюдные (синалагматическіе) договоры имѣются двухъ типовъ: одни суть договоры имущественнаго пользованія (купля-продажа, наемъ и т. под.), другіе—договоры общенія (товарищество и т. д.). Кроме того, среди настоящихъ договоровъ возможны такъ-называемыя *negotia claudicantia* (сдѣлки «съ западной»), когда одинъ контрагентъ оказывается въ произвольной зависимости отъ другого. Это бываетъ, когда кто-либо входитъ въ обязательство съ несовершеннолѣтнимъ, дѣйствующимъ безъ вѣдома опекуна (*sine tutore auctore*): въ такомъ случаѣ самъ несовершеннолѣтній

¹⁾ Исторической точкой зрѣнія (взглядомъ на настоящіе договоры, какъ на состоящіе изъ двухъ самостоятельныхъ общаній) объясняется странное, на первый взглядъ, положеніе римскаго права: *periculum (rei venditae nondum traditae) est emptoris*, т. е., покупатель платится, если случайно погибаетъ товаръ, хотя-бы послѣдній еще не былъ ему переданъ продавцемъ. Изъ этого случая покупатель не можетъ возразить противъ требованія цѣны тѣмъ, что не доставленъ товаръ *вопреки договору*, ибо онъ погибъ случайно. Поэтому, требованіе истца получаетъ полное осуществленіе.

не обязывается, а получает лишь права на дѣйствія контрагента. Или другое *negotium claudicans* встрѣчается, когда продается краденая вещь, при чемъ о кражѣ знаетъ одинъ покупатель; въ этомъ случаѣ возникаетъ искъ продавца о цѣнѣ, но нѣтъ иска покупателя, такъ какъ послѣдній дѣйствовалъ злоумышленно ¹⁾).

Характерная особенность равносильно-обоюдныхъ договоровъ состоитъ въ томъ, что, какъ мы видѣли, требованіе истца, не исполнившаго своего обязательства, уничтожается возраженіемъ отвѣтчика—*exceptio non impleti (adimpleti) contractus*. Это возраженіе отличается отъ всѣхъ другихъ возраженій тѣмъ, что тутъ отвѣтчикъ, указывающій на неисполненіе обязательства истцомъ, не обязанъ это доказывать; обязанность доказыванія (*onus probandi*) возлагается на истца (между тѣмъ при другихъ экстенціяхъ *onus probandi* лежитъ на отвѣтчикѣ: *onus in exceptioe actor fit*, ср. общ. часть догмы, стр. 261). Напримѣръ, продавецъ, не доставившій товара, требуетъ цѣны; покупатель возражаетъ настоящей экстенціей; въ такомъ случаѣ не онъ долженъ доказывать недоставленіе товара, бремя доказыванія (о доставленіи товара) падаетъ на истца ²⁾).—Такого-же характера и другое возраженіе, называемое *exceptio non rite impleti contractus*, т. е., возраженіе о томъ, что истецъ выполнилъ ненадлежащимъ образомъ свое обязательство (напр., доставилъ товаръ ненадлежащаго качества).

Въ концѣ ученія объ обязательственномъ договорѣ коснемся вопроса о дѣйствіи его.

В) *Дѣйствіе договора* распространяется только на участниковъ въ немъ. И каждый изъ участниковъ, будучи связанъ въ послѣдующимъ поведеніи принятымъ обязательствомъ, не можетъ поступать по произволу въ отношеніи контрагента. Такъ, онъ не можетъ, безъ согласія своего контрагента, отказываться отъ исполненія ³⁾. Сказанное составляетъ общее

¹⁾ Природа этихъ договоровъ опасана, напр. въ fr. 13 § 29 D 19. 1, гдѣ упоминается о томъ, что „*ex uno latere constat contractus*“. Разныя мнѣнія въ литературѣ *Brandis*, *Lindes Zeitschrift*, Bd. VII.

²⁾ Второе отличіе касается чисто-римской (классической) конструкціи экстенціи. Всѣ экстенціи имѣли одно дѣйствіе: устраненіе иска. Тутъ-же за доказаннымъ возраженіемъ слѣдуетъ осужденіе отвѣтчика подѣ условіемъ одновременнаго исполненія обязательства со стороны истца.

³⁾ L 5 C. 4. 10: *Renuntiare semel constitutam obligationem adversario non consentiente nemo potest*.

положеніе договорнаго права. Въ частности, еще затронемъ два вопроса: въ какихъ исключительныхъ случаяхъ допускается уклоненіе отъ принятаго обстоятельства и допускало-ли римское право договоры не только въ интересахъ участниковъ, но и въ пользу 3-хъ лицъ?

I) *Уклоненіе* контрагента отъ принятаго обязательства возможно въ немногихъ случаяхъ, опредѣляемыхъ соглашеніемъ или закономъ. Такъ, добавочнымъ соглашеніемъ контрагенты могутъ измѣнить содержаніе главнаго договора; а иногда и при заключеніи главнаго договора выговаривается одностороннее измѣненіе обязательства. Напримѣръ, покупатель выговариваетъ право уклониться отъ договора, если въ теченіе опредѣленнаго срока раздумаетъ принять товаръ или если товаръ ему не понравится (такая оговорка выражается въ такъ-называемомъ *actum displicentiae*). Затѣмъ, договоръ можетъ быть нарушенъ, если отырываются противоправные мотивы дѣйствія контрагентовъ: угроза (*metus*), обманъ (*dolus*) и т. под. (объ этомъ въ общей части догмы, стр. 193). Наконецъ, въ группѣ безыменныхъ договоровъ (*contractus innominati*) имѣется характерное „право отступленія“ контрагента отъ договора (*ius poenitendi*).

Ius poenitendi имѣется только въ безыменныхъ договорахъ, состоящихъ изъ двухъ взаимныхъ дѣйствій (*do ut des, facio ut facias* и т. д.). Напримѣръ, первый контрагентъ далъ второму деньги, чтобы второй отпустилъ раба; при этихъ обстоятельствахъ первый можетъ потребовать деньги обратно въ двухъ случаяхъ: 1) если второй не совершаетъ отпущенія на волю; 2) если первый пожелаетъ отступить отъ договора (пока второй не приступитъ еще къ исполненію). Въ второмъ случаѣ имѣется *ius poenitendi*, эта историческая особенность римскаго права (нынѣ потерявшая свое значеніе¹⁾).

II) *Договоръ въ пользу 3-го лица*—новѣйшее явленіе, почти неизвѣстное римскому праву²⁾. Онъ бываетъ, когда одно лицо принимаетъ обязательство отъ другого не въ свою пользу, а въ пользу третьяго лица. Напримѣръ, вѣкто совершаетъ ежегодные взносы въ общество страхованія жизни

¹⁾ Fr. 3 § 2 D 12. 4: sed si tibi dederо (pecuniam), ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere; aut si me poeniteat condicere possum.—Ср. *Wendt. Reurecht und Gebundenheit*, 1878—79.

²⁾ *Gareis. Verträge zu Gunsten Dritter*, 1873. *Knaus. Vertr. zu Gunsten Dritter nach röm. R.*, 1875.

съ тѣмъ, чтобы по смерти его общество выдавало періодическое содержаніе его вдовѣ или дѣтямъ. Тутъ заключается договоръ страхованія жизни не въ пользу самаго страхователя, а въ пользу его вдовы или дѣтей. Именно, 3-е лицо (не страхователь) приобретаетъ право требованія въ обществу страхованія.

Римское право въ принципѣ не признавало договоровъ въ пользу 3-хъ лицъ ¹⁾. Въ этомъ случаѣ оно было вдвойнѣ неумолимо: во-первыхъ, оно не давало иска самому кредитору, участнику въ обязательствѣ, такъ какъ у него отсутствовалъ собственный интересъ, который, какъ мы выше видѣли, почитался необходимымъ при заключеніи обязательства; оно-же, во вторыхъ, отказывало въ правѣ иска и 3-му лицу, такъ какъ послѣднее не было контрагентомъ ²⁾.

Но это общее положеніе на практикѣ было видоизмѣнено въ двоякомъ направленіи. Во первыхъ, былъ признанъ дѣйствительнымъ договоръ въ пользу третьяго, если *самъ кредиторъ имѣлъ хотя-бы косвенный интересъ*. Напримѣръ, онъ принималъ обѣщаніе объ уплатѣ долга его кредитору. Въ fr. 33 § 20 D 45. 1: читаемъ: *si stipuler alii, cum mea interesset* (т. е., если я принимаю въ пользу другого обѣщаніе, интересное и для меня), *videamus, an stipulatio committetur, et ait Marcellus stipulationem valere*. — Во вторыхъ, находятъ нѣсколько договоровъ, по которымъ третье лицо имѣетъ производный искъ, *actio utilis*, на должника. Правда, эти договоры представляютъ собою исключительныя явленія, изъ которыхъ нельзя вывести какого-либо опредѣленнаго начала. Вотъ, примѣры: 1) одинъ дарить другому съ тѣмъ, чтобы одаренный впоследствии передалъ вещь третьему — третій получаетъ искъ (*spem futurae actionis*—3 С. 8. 54) противъ одареннаго; 2) одинъ даетъ въ ссуду или на храненіе другому чужую вещь (т. е., принадлежащую третьему)

¹⁾ fr. 11 D 44. 7: *quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere ut alter suo nomine recte agat, possumus*.

²⁾ Въ томъ-же случаѣ, когда дѣйствіе обязаннаго контрагента представляло интересъ для другого контрагента, для него рождалось обязательство, а третье лицо въ договоръ не участвовало. На томъ-же основаніи дѣйствіе 3-го лица могло быть условіемъ обѣщанія; напримѣръ, въ договоръ неустойки: обѣщаешь-ли мнѣ столько-то, если не доставишь вещь Тидію (*nisi Titio rem dederis, tot aureos dari spondes? Spondeo*) Ср. § 19 I. 3. 19.

съ тѣмъ, чтобы она была возвращена собственнику— послѣдній (третье лицо) получаетъ *actio utilis* противъ ссудоприимателя или хранителя (8 С. 3. 4²); 3) по Юстиніановой догмѣ были допущены договоры въ пользу наслѣдниковъ (равно какъ получили силу обязательства и на наслѣдниковъ) ¹).

Въ общемъ-же, повторимъ, эгоистичное римское право не знало договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, какъ своеобразныхъ контрактовъ. Самостоятельная постановка ихъ совершается на нашихъ глазахъ; въ этомъ заслуга современной догмы права ²).

Кстати сказать, римская догма, не признававшая въ принципѣ обязательства въ пользу 3-хъ лицъ, совершенно послѣдовательно не допускала и договоровъ, возлагающихъ обязательства на третьихъ лицъ (кромѣ вышеназванныхъ обязательствъ на наслѣдниковъ). Никто по общанію не обязывается за чужое дѣйствіе — *nemo autem alienum factum promittendo obligatur* (38 пр. D 45. 1) ³).

Такимъ образомъ, мы изложили общее ученіе объ обязательственномъ договорѣ у римлянъ, какъ объ источникѣ обязательственнаго права. Далѣе, перейдемъ ко взаимнымъ отношеніямъ вѣрителей и должниковъ. И начнемъ съ вопроса объ отвѣтственности или о виновности должника.

¹) Постановление Юстиніана (С. 4. 11) гласитъ: *ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones etc.* Между тѣмъ, до Юстиніана не имѣли силу договоры, устанавливающіе обязательства въ пользу или противъ наслѣдниковъ (Gai, 3, 158: *ab heredis persona obligationem incipere non posse*).

²) Современная догма приводитъ такіе договоры въ пользу третьихъ лицъ, которые обнаруживаютъ альтруистическія чувства: страхование жизни въ пользу потомства, періодическіе взносы небогатыхъ родителей на образованіе приданого дочерямъ и т. д. Кромѣ того, имѣется немало подобныхъ договоровъ въ торговомъ оборотѣ: адресатъ по фрахтовому письму имѣетъ право иска о доставленіи ему товара и т. д. И природа этихъ договоровъ въ современной литературѣ мало выяснена (на чемъ покоится правомочіе третьяго лица?).

³) А вотъ, если кто обязается такъ подѣйствовать на 3-е лицо, чтобы оно совершило дѣйствіе въ пользу кредитора, его обязательство будетъ признано дѣйствительнымъ, потому что въ такомъ договорѣ должникъ будетъ отвѣчать за свое дѣйствіе (лучше сказать, за свое воодѣйствіе на 3-е лицо). § 3 I. 3. 19: *quod si efficturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur.*—Отличіе договоровъ въ пользу 3-хъ лицъ отъ другихъ случаевъ участія 3-хъ лицъ въ обязательствахъ (*solutionis causa adiectio, adstipulatio*) выяснится ниже, при изложеніи названныхъ явленій.

Отдѣлъ пятый. Отвѣтственность должника.

Вопросъ объ отвѣтственности должника вышлываетъ въ случаѣ нарушенія обязательства: когда должникъ отказывается отъ исполненія, совершаетъ исполненіе не въ надлежащемъ мѣстѣ, не въ надлежащее время (просрочиваетъ долгъ) и т. д. Въ виду того, что отвѣтственность тѣсно связана съ виновностью должника, мы прежде всего коснемся ея, а затѣмъ разберемъ случаи просрочки обязательства (шлага) и затронемъ частный вопросъ объ отвѣтственности властелина по договорамъ подвластныхъ.

А) *Виновность* должника есть существенное условіе его отвѣтственности. Случайное дѣяніе, т. е., такое, которое совершается независимо отъ воли должника, не вмѣняется ему въ вину; за него должникъ, по общему правилу, не отвѣчаетъ — *casus a nullo praestatur*¹⁾. Далѣе, коротко припомнимъ извѣстныя намъ положенія общаго ученія о виновности должника (разсмотрѣнныя въ общей части догматики, стр. 203) и присоединимъ нѣкоторые добавленія, касающіяся специально обязательственнаго права.

За *dolus* (первую степень вины), умышленное и сознательное нарушеніе долга, отвѣтственность неминуема. Даже недѣйствителенъ договоръ, по которому слагается отвѣтственность за *dolus* (fr. 23 D 50. 17:—*Celsus putat, non valere, si convenerit ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est*). Значитъ, нельзя выдавать патента на будущій *dolus*, но зато въ гражданскомъ судѣ можно простить совершенный *dolus*. — Къ *dolus* приравнивается вторая степень вины — *culpa lata*, грубая небрежность (1 § 1 D 11. 6: *lata culpa plane dolo comparabitur*). И отъ отвѣтственности за грубую небрежность также, какъ и *dolus*, нельзя избавиться по предварительному соглашенію. Подъ *culpa* же *lata* разумѣется явное непониманіе того, что всѣмъ понятно (213 § 2 D 50. 16:—*non intelligere, quod omnes intelligunt*). — Третья степень вины — *culpa levis*, легкая небрежность, подъ которой понимается небрежное отношеніе къ тому, на что обыкновенно

¹⁾ Но если случайное событіе имѣетъ двоякое послѣдствіе: причиняетъ выгоду и ущербъ, то и выгода идетъ въ пользу того, кто отвѣчаетъ за ущербъ. *Commodum eius esse debet, cuius periculum est*; ср. 10 D 50. 17.

обращаетъ вниманіе благоразумный человѣкъ (*diligens pater-familias*).

Должное, благоразумное отношеніе къ своей обязанности прозывается у римлянъ словомъ: *diligentia*. Данное общее понятіе о *diligentia* включаетъ и частное понятіе о *custodia*, сбереженіи вещи ¹⁾. *Custodia* обнимаетъ рядъ разнообразныхъ дѣйствій, направленныхъ на огражденіе вещи, держаніе ея взаперти, ремонтъ, требованіе обезпеченія на случай вреда отъ другой вещи (*cautio damni*) и т. д. Но есть разница между *custodia*, какъ обыкновеннымъ элементомъ *diligentia* и *custodia*, въ смыслѣ обусловленной по особому договору. Первая, *обыкновенная custodia* опредѣляется обыкновеніями: ссудоприниматель или берущій вещь на сбереженіе, тотъ и другой отвѣчаютъ обыкновенно за дѣлность вещи и т. д. Вторая, *договорная custodia* бываетъ тогда, когда обыкновенія жизни не требуютъ особаго попеченія о вещи; напримѣръ, обыкновенно продавецъ рабовъ не отвѣчалъ за то, что они не убѣгутъ по заключеніи договора — поэтому, чтобы возложить на продавца отвѣтственность на случай побѣга рабовъ, надо было покупателю это выговорить въ договорѣ ²⁾.

Все сказанное касается нормальной отвѣтственности за вину. Въ иныхъ случаяхъ отвѣтственность ослабляется, въ иныхъ усиливается, а въ иныхъ встрѣчается отвѣтственность за чужую вину.

1) *Меньшую* отвѣтственность изъ двухъ контрагентовъ несетъ тотъ, который дѣйствуетъ не въ своихъ интересахъ, а въ *интересахъ другою*. Такой контрагентъ не отвѣчаетъ за *culpa levis*. Напримѣръ, за легкую небрежность не отвѣчаетъ лицо, принявшее вещь на храненіе ³⁾ и т. д.

2) *Большая* отвѣтственность по римскому праву возлагается на корабельщиковъ (*nautae*) и содержателей гостин-

¹⁾ *Engelmann*, die custodiae praestatio nach röm. R. 1887.

²⁾ § 3 J. 3. 23. Quod si fugerit homo, qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit, sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet (Dernburg, Pandecten, II, § 37). — Споренъ вопросъ объ отношеніи *custodia* къ *casus*. По видному, мнѣнію Барона (Arch. f. civ. pr. Bd. 52) о томъ, что отвѣчающій за *custodia* отвѣчаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и за случайную гибель вещи, не всегда подтверждается.

³⁾ Исключеніе представляетъ отвѣтственность контрагента, завѣдующаго чужими дѣлами по порученію (*mandatum*) или безъ предварительнаго порученія (*negotiorum gestio*): онъ отвѣчаетъ и за *culpa levis*. Подробнѣе см. лекціи по общей части догмы, стр. 207.

ницъ или постоянныхъ дворовъ (caupones, stabularii) за сохранность вещей путешественниковъ. Писатели римскіе рассказываютъ, что въ послѣднее время республики и въ началѣ имперіи далеко небезопасно было провозить товары по морю и останавливаться на постоянныхъ дворахъ и въ харчевняхъ, хозяева которыхъ не славились добросовѣстностью. Въ интересахъ возчиковъ и путешествующихъ, загоняемыхъ непогодой и голодомъ въ пристанища на большихъ дорогахъ, преторъ издалъ эдиктъ, возлагающій полную отвѣтственность на названныхъ лицъ за сохранность вещей постояльцевъ: они обязаны во всякомъ случаѣ возвратить вещи ихъ владѣльцамъ (1 pr. D 4. 9. Ait praetor: nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum receperint nisi restituent in eos iudicium dabo). Только *vis maior* (или *damnum fatale*) освобождаетъ ихъ отъ отвѣтственности.

Что называется *vis maior*? Это есть «непреодолимая сила»; о ней поднимается рѣчь въ несчастномъ случаѣ, который не можетъ быть предотвратимъ заботливостью добросовѣстнаго хозяина. Сюда относится все то, что превышаетъ человеческую силу, предусмотрительность: землетрясеніе, буря, пожаръ, нападеніе пиратовъ и т. д. Fr. 18 pr. D 13. 7: *casus, — quibus resisti non potest.*

Въ настоящее время ученіе о *vis maior* находитъ еще большее примѣненіе, чѣмъ у римлянъ: въ желѣзнодорожныхъ предпріятіяхъ по перевозкѣ вѣди и пассажировъ, въ фрактовомъ договорѣ и т. под. Такъ, желѣзная дорога отвѣчаетъ за гибель или порчу товара во всѣхъ случаяхъ, кромѣ обусловленныхъ дѣйствіемъ непредотвратимой силы, *vis maior*¹⁾.

3) *Отвѣтственность за чужую вину*, по общему правилу, не существуетъ, ибо каждый отвѣчаетъ только за собственную вину. Но, вотъ, уже въ только-что приведен-

¹⁾ Въ виду особаго интереса, который возбуждаетъ въ современной жизни вопросъ объ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ (напримѣръ, обязана-ли дорога возмѣстить вредъ и убытки при крушеніи поѣзда, которое произошло вслѣдствіе того, что машинистъ былъ убитъ солнечнымъ ударомъ), — въ послѣднее время накопилась порядочная литература. Успѣхомъ пользовался *Exner* (Begriff d. höhern Gewalt) опредѣлявшій — *vis maior*, какъ обстоятельство, возникшее внѣ области отправленія даннаго предпріятія, но причинившее вредъ своимъ вторженіемъ въ помянутую область, обстоятельство, превосходящее по силѣ и способу вторженія предвидимые случаи въ обыкновенномъ теченіи жизни. Contra *Dernburg* (*Grünhut's Zeitschr.*, Bd. XI). У насъ статьи Евецкаго, Гордова и др. въ Журн. гр. и уг. пр. и Юрид. Вѣстникъ (80-хъ годовъ).

номъ примѣръ возмѣщенія корабельщиками и трактирщиками ущербъ отъ пропажи вещей ихъ кліентовъ, когда вещи похищаютъ ихъ слуги,— можетъ имѣть мѣсто отвѣтственность за чужую вину. Въ такихъ случаяхъ одинъ отвѣчаетъ за вину другого, поскольку самъ виновенъ въ неосмотрительномъ подборѣ служащихъ. Этотъ родъ вины технически называютъ *culpa in eligendo* ¹⁾. Вотъ, другой примѣръ: подрядчикъ—говоритъ Гай,—звзавшійся перенести колонну съ одного мѣста на другое отвѣчаетъ за голомъ вещи во время перенесенія, если онъ произойдетъ по винѣ его или людей, трудомъ которыхъ онъ пользуется; тоже самое можетъ быть примѣнимо, заключаетъ юристъ, и въ прочихъ случаяхъ ²⁾. Сюда еще принадлежитъ *actio institoria*—отвѣтственность principle по договорамъ прикащика (*institor*) и нѣк. др.

Упомянувъ объ общей постановкѣ ученія о виновности, остановимся, далѣе, на римскомъ ученіи о просрочкѣ.

Б) *Просрочка (mora)* ³⁾ въ юридическомъ значеніи есть промедленіе въ исполненіи обязательства по винѣ контрагента, могущее имѣть невыгодныя послѣдствія для него. Такъ, просрочка должника обязываетъ его платить лишніе проценты, уклоненіе кредитора отъ принятія вещи отъ должника освобождаетъ послѣднago отъ отвѣтственности за *culpa levis* предъ кредиторомъ. Таково юридическое значеніе просрочки. Но отношеніе исполнить обязательство, только тогда вызываетъ означенныя послѣдствія, когда совершается по винѣ контрагента. Необходима наличность виновности, т. е., причинной связи между поведеніемъ должника и затягиваніемъ исполненія. Поэтому, когда постороннее обстоятельство мѣшаетъ исполненію (отсутствіе въ интересахъ государства, пребываніе въ плѣну—fr. 23 pr. D. 22. 1), тогда промедленіе не имѣетъ юридическаго значенія.—Въ виду того, что

¹⁾ Сюда-же принадлежитъ *culpa in custodiendo*—вина за недостаточный надзоръ за чужими вещами или за чужими дѣйствіями. Нѣкоторые писатели (*Varon*) на принципѣ о *custodia* строятъ начало отвѣтственности за чужую вину.

²⁾ Fr. 25 § 7 D 19. 2: qui columnam transportandam conduxit, si extracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit;—idemque etiam ad ceteras res transferré potest. Нѣкоторые (Гольдшмидтъ, Виндшейдъ) видятъ тутъ двѣ обыкновенныя вины: подрядчика и его служащихъ. Contra Dernburg: если такъ толковать, то не будетъ отвѣтственъ подрядчикъ, если нельзя доказать *culpa* его рабочихъ. Это абсурдъ; подрядчикъ отвѣчаетъ за *culpa in eligendo*.

³⁾ Кнуръ, *die Mora des Schuldners*, 1871.—*Madai*, *die Lehre v. d. Mora*, 1837.—Источники: D 22. 1: de usuris—et mora.

промедленіе можетъ произойти по винѣ должника или кредитора, различается просрочка должника (мога *solvendi*) отъ просрочки кредитора (мога *accipiendi*).

І. *Просрочка должника*. Разсмотримъ возникновеніе, послѣдствія и прекращеніе настоящей просрочки.

1) Что касается *возникновенія*, то мога *solvendi* возникаетъ при наличности трехъ условій: наступленія момента требованія, напоминанія кредитора, виновности въ неисполненіи.

Во первыхъ, необходимо наступленіе момента, съ котораго требованіе кредитора подлежитъ исполненію. Если же должникъ не можетъ откладывать исполненіе или противопоставлять требованіе на кредитора съ своей стороны, то о просрочкѣ не можетъ быть рѣчи (54 D 2. 14). Точно также не можетъ быть просрочки въ безысковомъ обязательствѣ, называемомъ *obligatio naturalis* ¹⁾.

Во вторыхъ, обязательно *напоминаніе* кредитора (*interpellatio*) должнику объ уплатѣ. Такое напоминаніе можетъ быть совершено въ любой формѣ, устной и письменной; но оно должно быть сдѣлано въ надлежащемъ мѣстѣ (*opportuno loco*), т. е., въ которомъ кредиторъ можетъ требовать уплаты ²⁾. Кроме того, напоминаніе можетъ быть совершаемо самимъ вѣрителемъ или его представителемъ лично самому должнику или его представителю. Но, вотъ, въ трехъ случаяхъ напоминаніе *необязательно*: а) если нельзя сдѣлать напоминаніе должнику *за неизвестностью его пребыванія* (онъ скрывается, отсутствуетъ изъ постоянного мѣстожительства и т. под. ³⁾); б) если должникъ отвѣчаетъ по обязательству изъ *правонарушенія*: воръ почитается всегда просрочившимъ обязательство (8 § 2 D 13. 1: *semper enim moram fug facere videtur*); в) если въ договорѣ обозначенъ *срокъ исполненія* обязательства (въ томъ смыслѣ, что должникъ долженъ къ этому сроку выполнить обязательство, а не въ томъ, что до него кредиторъ не въ правѣ требовать, ср. Виндшейдъ, § 278). То обстоятельство, что самое наступленіе срока исполненія

¹⁾ Fr. 88 D 50. 17: *nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.*

²⁾ Fr. 32 D 22. 1: *mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est si, interpellatus opportuno loco non solverit.*

³⁾ Fr. 23 § 1 D 22. 1: *aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur.*

равносильно напоминанію кредитора выражается поговоркой: *dies interpellat pro homine* ¹⁾).

Въ третьихъ, должна быть, какъ выше сказали, вина должника. Это условіе понимается въ смыслѣ *неизвиняемости* просрочки. Источники знаютъ извиняемую или невмѣняемую просрочку (тогда *in culpa*—выраженіе изъ fr. 9 § 1 D 22. 1). Значитъ, если должникъ докажетъ, что онъ по законному основанію (*iusta causa*) не могъ во-время исполнить обязательство, просрочка ему въ вину не ставится. Законнымъ основаніемъ можетъ быть: разливъ рѣки, плѣненіе и т. под.

2) *Послѣдствія* просрочки заключаются въ томъ, что должникъ обязанъ возмѣстить весь тотъ вредъ, который терпитъ кредиторъ отъ просрочки. Въ частности, невыгодныя послѣдствія обнаруживаются въ слѣдующихъ положеніяхъ:

а) усиливается отвѣтственность должника, который отнынѣ повиненъ не только за *culpa*, но и за *casus* (если вещь случайно погибнетъ, испортится); данное усиленіе отвѣтственности выражается въ такомъ положеніи римскихъ юристовъ: *mora perpetuam facit obligationem* ²⁾. Почему усиливается отвѣтственность? А потому, что, какъ предполагается, если-бы кредиторъ во-время получилъ слѣдующее, онъ не допустилъ-бы утрату имущества. Въ виду такого мотива должникъ, казалось, могъ-бы сложить съ себя отвѣтственность, если-бы ему удавалось доказать, что случайная гибель вещи должна была произойти и въ случаѣ своевременнаго исполненія обязательства. Но это—спорный вопросъ въ литературѣ ³⁾.

б) Должникъ обязанъ вознаградить кредитора за всѣ *приращенія и плоды*, которые кредиторъ могъ-бы получить отъ вещи. Сверхъ того, онъ платитъ еще особые *проценты* за промедленіе, за время просрочки (до 5⁰/₁₀);

в) должникъ отвѣчаетъ за *высшую стоимость* вещи во время просрочки, если кредиторъ докажетъ, что онъ успѣлъ-бы воспользоваться этимъ благопріятнымъ для него момен-

¹⁾ Впрочемъ, въ виду неяснаго рѣшенія источниковъ среди романистовъ существуетъ издавна безконечная контроверза о томъ, признавать-ли данное положеніе свойственнымъ римскому праву, или нѣтъ. Сторонники опираются на 114 D 45. 1, 10 C 4. 49. Противники цитируютъ 32 D 22, 1, 17 § 4 D 22. 1.

²⁾ Fr. 24 § 2 D, 22. 1.

³⁾ Именно въ литературѣ имѣется объ этомъ старинная контроверза (со времени Глоссаторовъ), такъ какъ нѣтъ въ источникахъ ничего опредѣленнаго. Ср: Vindscheid, § 280, not. 15.

томъ (з § 3 D 19. 1). Воръ-же во всякомъ случаѣ платитъ наивысшую стоимость краденой вещи ¹⁾.— Упомянувъ о главныхъ послѣдствіяхъ просрочки, скажемъ еще о случаяхъ прекращенія ея.

3) *Прекращеніе* просрочки (*purgatio morae*) совершается благодаря тому, что кредиторъ соглашается на продленіе обязательства, заключая съ должникомъ ¹⁾ договоръ объ *отсрочкѣ* долга или совершая ²⁾ новацию (превращеніе одного обязательства въ другое). Далѣе, просрочка «очищается» (тогда *purgatur*) предложениемъ со стороны должника *вполнѣ удовлетворить* кредитора, т. е., предоставить ему полный долгъ со всѣми доходами и процентами, на которые имѣетъ право кредиторъ. Наконецъ, во всѣхъ случаяхъ ⁴⁾ прекращенія обязательства, естественно, прекращается и просрочка должника съ ея невыгодными послѣдствіями.— Явленіе, противоположное просрочкѣ должника, представляетъ промедленіе кредитора.

II) *Промедленіе кредитора* (тогда *accipiendi*) бываетъ, когда кредиторъ ¹⁾ уклоняется безъ достаточнаго основанія отъ принятія исполненія, предлагаемаго должникомъ ²⁾ въ надлежащее время ³⁾. Тутъ невыгодныя послѣдствія промедленія отражаются на немъ, на кредиторѣ.

Просрочка кредитора *возникаетъ* при наличности трехъ условій: а) кредиторъ не принимаетъ предложенія объ исполненіи; б) предложеніе должника объ исполненіи совершается въ надлежащее время и въ надлежащемъ мѣстѣ; в) отказъ кредитора въ приемѣ исполненія неоснователенъ (*sine iusta causa*—72 D 46. 3); иначе кредиторъ, не принявшій исполненія по уважительной причинѣ (напримѣръ онъ не успѣлъ къ мѣсту исполненія вслѣдствіе разлитія рѣкъ, и т. под.) не несетъ невыгодныхъ послѣдствій отъ своего промедленія.

Просрочка кредитора рождаетъ слѣдующія *послѣдствія*. Во первыхъ, должникъ получаетъ право на возмѣщеніе всѣхъ издержекъ и убытковъ, которые онъ терпитъ отъ промедленія. Во вторыхъ, его отвѣтственность ослабляется: съ момента просрочки должникъ отвѣчаетъ только за *dolus* и *culpa*

¹⁾ Fr. 8 § 1 D 13. 1: *si ex causa furtiva res condicatur,—id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, etc.*

²⁾ *Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884.*

lata (culpa levis съ него слагается). Втретьихъ, должникъ получаетъ право освободиться отъ предмета обязательства. По древнему праву онъ могъ даже бросить его на произволъ (напримѣръ, вылить вино предъ домою кредитора, сдѣлавъ предварительно предложеніе кредитору принять вино предъ свидѣтелями); если-же онъ оставлялъ предметъ у себя то получалъ право на вознагражденіе за храненіе вещи (за наемъ помѣщенія, за приобрѣтеніе сосудовъ для вина и т. под.) ¹⁾. Быть можетъ, еще у римлянъ допускался *депозитъ предложеннаго дома*—отдача вещи на сбереженіе за ечетъ кредитора въ публичное учрежденіе (храмъ—ср. 10 § 2 С. 7. 72); въ современномъ правѣ такой депозитъ представляетъ обыкновенный выходъ должника, не имѣющаго возможности доставить исполненіе лично кредитору въ надлежащее мѣсто и время.

Просрочка кредитора *кончается* предложеніемъ съ его стороны принять исполненіе должника и вознаградить послѣдняго за понесенные убытки. Онъ снимается также по взаимному соглашенію контрагентовъ относительно дальнѣйшей судьбы обязательства.

Въ заключеніе обзорѣнія отвѣтственности должника, остановимся на отвѣтственности властелина по договорамъ лицъ, подвластнымъ ему.

В) *Отвѣтственность властелина* по договорамъ подвластныхъ подробно была изложена въ сводѣ преторскаго права, составленномъ при императорѣ Адрианѣ (*Edictum Perpetuum*). Изъ общей части догматики (стр. 154) мы знаемъ, что римское право по общему правилу не допускало представительства, т. е., не допускало дѣйствія одного лица, представителя, съ тѣмъ, чтобъ юридическія послѣдствія непосредственно, минуя само дѣйствующее лицо, отражались на другомъ лицѣ (представляемомъ, принципалѣ). Но какъ-же было глядѣть на заключеніе договоровъ подвластными дѣтьми (или рабами), дѣйствовавшими въ интересахъ своихъ властелиновъ

¹⁾ Fr. 1 § 3 D 18. 6: licet autem venditori vel effundere vinum—: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut tollat vinum—; si tamen—non effudit, laudandus est potius; ex proptor mcedem quoque doliorum potest exigere—quantum conduxerit ab emptore reddatur etc.—Нѣмецкій торговый кодексъ знаетъ еще въ случаѣ просрочки кредитора такъ-называемую *Selbsthülfeverkauf*—продажу должникомъ предмета обязательства за рискъ кредитора; должникъ въ этомъ случаѣ отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ вырученной цѣны *Dernburg, Pandecten, II § 43.*

(patresfamilias)? Преторское право установило въ этихъ случаяхъ *дополнительную* отвѣтственность властелиновъ на ряду съ подвластными. И иски, порождающіе отвѣтственность этого рода по договорамъ подвластныхъ, называются романистами исками дополнительнаго свойства (*actiones adiecticiae qualitatis*) ¹⁾. Въ вышепомянутаго сводѣ преторскаго права было двѣ категоріи такихъ исковъ; въ каждой категоріи по три иска.

1) Въ первой категоріи находили себѣ мѣсто три слѣдующіе иска: *actio exercitoria*, *institoria*, *tributoria*.

Actio exercitoria (Dig. 14. 1) предъявляется при слѣдующихъ обстоятельствахъ: корабельщикъ (*exercitor navis*) поставляетъ на корабль кого-либо, подвластное или даже неподвластное лицо, управителемъ корабля (*magister navis*—шкиперъ, капитанъ); постороннія лица, заключавшія договоръ съ управителемъ по дѣлу, входящему въ кругъ его вѣдѣнія, имѣютъ право на удовлетвореніе со стороны самаго корабельщика; почему и могутъ предъявлять къ нему *actio exercitoria*. Данный искъ, какъ замѣчено, дѣйствителенъ и тогда, когда шкиперомъ состоитъ неподвластное лицо (ни сынъ, ни рабъ).

Actio institoria (Dig. 14. 3) есть искъ къ хозяину по договору съ приказчикомъ его (*institor*). Хозяинъ предоставляетъ приказчику опредѣленный кругъ дѣйствій въ торговлѣ известными товарами, въ управленіи дѣлами, въ какомъ-либо промыслѣ и т. д.; и при этомъ обязывается отвѣчать предъ контрагентами приказчика въ предѣлахъ области дѣйствій послѣдняго ²⁾. И настоящій искъ, на подобіе предъидущаго, можетъ имѣть дѣйствіе во всякомъ случаѣ, состоитъ ли приказчикомъ лицо подвластное или неподвластное принципалу.—Кромѣ того, юристы допускали *actio quasi—institoria* въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда одно лицо заключаетъ договоръ отъ имени другого, не будучи приказчикомъ послѣдняго.

Actio tributoria (Dig. 14. 4)—искъ въ властелину по

¹⁾ Fr. 5 § 1 D 14: 1: *adiicitur aliquid; hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur*, т. е. въ судебной формулѣ помѣщали указанія на дополнительную отвѣтственность властелина.

²⁾ Fr. fr. 11 § 2 D 14. Эговорится, что, если принципалъ не желаетъ отвѣчать по сдѣлкамъ приказчика, онъ это долженъ письменно оговорить на видномъ мѣстѣ въ своей лавкѣ (*claris litteris ante tabernam*).

поводу раздѣла его имущества (peculium), предоставленнаго въ торговое управленіе подвластнаго, между кредиторами подвластнаго; самъ властелинъ, имѣющій требованія къ подвластному, участвуетъ въ раздѣлѣ вмѣстѣ съ другими кредиторами. И онъ-же отвѣчаетъ за неправильности раздѣла предъ кредиторами, предъявляющими къ нему actio tributoria.

II) Во второй категоріи помѣщались три другіе иски: actio quod iussu, de peculio, de in rem verso¹⁾.

Actio quod iussu (Dig. 15. 4)—искъ по договору подвластнаго, заключенному согласно полномочію (iussus властелина). Полномочіе со стороны властелина направлялось непосредственно къ третьему лицу²⁾, договаривающемуся съ подвластнымъ. Могло ли оно быть дано самому подвластному для того, чтобы онъ заявлялъ о немъ въ договорахъ съ третьими лицами,—это неполнѣ выяснено.

Actio de peculio (Dig. 15. 1), есть искъ объ отвѣтственности домовладыки, по договорамъ сыновей или рабовъ, въ размѣрѣ пекулія. Пекуліемъ-же называлось имущество домовладыки, находившееся въ фактическомъ распоряженіи дѣтей или рабовъ. Вотъ, кредиторы подвластныхъ должниковъ и имѣли право вчинять пекуліарные иски, по которымъ властелины отвѣчали не свыше размѣровъ пекулія въ моментъ судебного рѣшенія (peculiotenus).

Actio de in rem verso—искъ о возвратѣ изъ имущества домовладыки того, что къ нему поступило отъ подвластнаго сына или раба вслѣдствіе сдѣлки подвластнаго съ третьимъ лицомъ. Напримѣръ, сынъ занялъ деньги у третьяго лица и истратилъ ихъ на пользу отца (передалъ ихъ, ремонтировалъ домъ отца и т. под.). Третье лицо имѣетъ право вчинить версіонный искъ, по которому властелинъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ наличнаго обогащенія (in quantum locupletior factus est)³⁾.

¹⁾ Эти три иска вмѣстѣ составляли такъ-называемый *тройной эдиктъ* (edictum triplex); о немъ подробнѣ *Baron*, *actiones adiect. qualitat.*, 1882 *Mandri*, d. gemeine Familiengüterrecht, 1876. *Ефимовъ*, послыная отвѣтственность 1888. стр. 12 и сл.

²⁾ Напр., въ сообщеніи такого рода (1 § 1 D h. t.): quod voles cum Stichо servo meo negotium gere periculo meo.

³⁾ Многіе писатели допускаютъ еще, ссылаясь на l. 7 § 1 C. 4. 26, версіонный искъ и по дѣйствіямъ самостоятельныхъ, неподвластныхъ людей въ интересахъ другихъ, обогащающихся лицъ. Напр., архитекторъ или подрядчикъ закупаетъ матеріалы для домостроителя: неудовлетворенный продавецъ обращается съ версіоннымъ искомъ къ строителю дома, какъ къ обогатившемуся на его счетъ лицу. *Гриммъ*, очерки по ученію объ обогащеніи, вып. 3, 1893.

По разсмотрѣннн въ главныххъ частяхъ вопроса объ отвѣтственности должника по обязательству, далѣе, намъ надлежало-бы сказать о защитѣ,—охранѣ и предохраненнн—обязательства, какъ юридическаго отношенн. Но по этому вопросу изъ всѣхъ обязательствъ выдѣляется группа такъ-называемыхъ естественныхъ обязательствъ (*obligationes naturales*), не обладающихъ полной юридической охраной. И мы ихъ выдѣлимъ и скажемъ о нихъ отдѣльно.

Отдѣлъ шестой. *Obligatio naturalis* ¹⁾.

Обязательственное право содержитъ / право требованн, подлежащее ²⁾судебному охраненн; предметъ его можетъ быть востребованъ судебнымъ порядкомъ ³⁾. Римскн юристы говорили: должникомъ называется тотъ, отъ кого возможно требовать деньги вопреки желанн (108 D 50. 16: *debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest*). Самое сильное и надежное средство судебной охраны есть искъ. Безъ иска нѣтъ полнаго эффекта у обязательства. Обязательства, снабженные искомъ, называются *obligationes civiles*. А обязательства, которыя могутъ имѣть всѣ другн юридическн эффекты ¹ кромѣ права иска, именуются *obligationes naturales*. Кромѣ общепринятаго названн въ буквальномъ переводѣ «естественныя» обязательства еще можно, согласно сущности ихъ, называть ихъ «безъисковыми» обязательствами.

Право иска не есть, конечно, единственное юридическое свойство обязательства. Могутъ быть и другн юридическн признави у обязательства. Напримѣръ, одному требованн по обязательству можно противопоставить на судѣ другое обязательство самаго истца въ отношенн отвѣтника; другое обязательство будетъ имѣть дѣйствн не посредствомъ иска, а путемъ отвода (*exsertio*) предъявленнаго иска. Вотъ, и это есть юридическн эффектъ. Далѣе, одно обязательство, хотя-бы и неполное (не имѣющее права иска), можетъ быть обезпечено другимъ обязательствомъ съ правомъ иска: обя-

¹⁾ *Schwanert*, die Naturalobligation, 1861. *Machelard*, les obligations naturelles, 1861. *Massol*, de l'obligation naturelle, 1862. *Савиннн*, обязат. право (въ рускомъ переводѣ: стр. 17—93).

²⁾ Не даромъ-же въ нѣмецкомъ правѣ: обязательственное право (*Obligationsrecht*) и право требованн (*Forderungsrecht*) суть синонимы.

зательство несовершеннолѣтняго (не подлежащее исковому требованію до совершеннолѣтія) можетъ быть обезпечено съ полной силой поручительствомъ за него совершеннолѣтняго. Вотъ, уже нѣсколько дѣйствій, кромѣ иска. Всѣми означенными и другими эффеками, кромѣ иска, можетъ обладать *obligatio naturalis*. Естественное обязательство вполне признается римскимъ правомъ: лицо обязанное называется *debitor naturalis*. Fr, 16 § 4 D 46. 1: *nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt debitum sibi recepisse*—должники называются *debitores*, хотя, строго говоря, въ несобственномъ значеніи этого слова (*per abusionem*) и получение денегъ отъ нихъ равносильно принятію долга кредиторами. Примѣры намъ уже встрѣчались: по обязательству, по которому протекла исковая давность, нельзя предъявить иска (общая часть догмы, стр. 252); но оно не теряетъ своего значенія. Именно, когда должникъ по другому обязательству вчинитъ искъ къ кредитору, то ему можно противопоставить „старый должокъ“—и онъ ничего не получитъ или получитъ одну разность.

Обозрѣніе естественныхъ обязательствъ мы поведемъ въ такомъ порядкѣ: назовемъ случаи безысковыхъ обязательствъ, упомянемъ объ ихъ дѣйствіи, теоріяхъ и отличіи ихъ отъ другихъ недостаточныхъ обязательствъ.

А) *Случаи* естественныхъ обязательствъ довольно многочисленны. Нѣкоторые изъ нихъ возникаютъ вслѣдствіе какого-либо недостатка строгаго *iuris civilis* (вслѣдствіе формальнаго недостатка: таково неформальное обѣщаніе, *nudum pactum*; благодаря отсутствію дѣеспособности—таковы обязательства рабовъ, несовершеннолѣтнихъ), другія суть бывшія цивильныя обязательства, потерявшія свое значеніе. Но многія изъ естественныхъ обязательствъ не признаются, въ качествѣ таковыхъ, въ литературѣ. Поэтому, мы выдѣлимъ безспорные и потомъ назовемъ спорные случаи естественныхъ обязательствъ.

1) *Къ безспорнымъ* случаямъ относятся обязательства, возникающія по договорамъ рабовъ, по договорамъ подвластныхъ съ властелиномъ и между собою; по договору займа подвластнаго сына у посторонняго лица и по договору пупилла, несовершеннолѣтняго, состоящаго подъ опекой.

Что касается *рабовъ*, то естественное обязательство ихъ

рождается изъ *договоровъ* ихъ между собою, съ господиномъ или съ другими свободными гражданами. Это засвидѣтельствовано fr. 14 D 44. 7: *servi—ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant*. Поэтому, дѣйствительно поручительство за раба и обезпеченіе его долга залогомъ (13 D 12. 6: *et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur, et pignus pro eo datum tenebitur*). И по освобожденіи раба его естественное обязательство остается въ силѣ; это видно изъ того, что не допускается возвратъ долга, уплаченнаго вольноотпущеннику (64 D 12. 6: *si quod dominus servo debuit manumisso solvat—repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum*).

Взаимные договоры *между подвластными дѣтьми* и имущественныя соглашенія дѣтей съ *paterfamilias* носили внутренній, домашній характеръ: они рѣдко выходили наружу, такъ какъ у контрагентовъ не было почина обнаруженія ихъ, не было права иска. Но все-же они несомнѣнно рождали *obligationes naturales* и оставались таковыми-же и по выходѣ дѣтей изъ подъ отцовской власти ¹⁾.

Заемъ подвластнаго сына, согласно Македоніанскому постановленію сената (*scitum Macedonianum*, Dig. 14. 6), не даетъ права иска кредитору, но производитъ естественное обязательство: долгъ, уплаченный сыномъ, не можетъ быть обратно востребованъ (10 D 14. 6).—Любопытно, то, что другое постановленіе сената (*scitum Velleianum*), признавшее недѣйствительнымъ поручительство женщинъ, не допускало естественнаго обязательства. Почему-же его не было въ этомъ второмъ случаѣ? А потому, говорятъ юристы (40 D 12. 6), что Македоніанское постановленіе отнимало право иска не столько ради покровительства должнику (*in favorem ditoris*), сколько въ наказаніе кредитору (*in odium creditoris*), который пожелалъ-бы воспользоваться несовершеннолѣтіемъ и неопытностью должника; между тѣмъ Веллейанское постановленіе создаетъ прямую льготу въ пользу должницъ.

Пупиллъ, принявшій обязательство безъ согласія опекуна, отвѣчаетъ по иску кредитора не свыше наличнаго обогащенія (*in quantum locupletior factus est*). Значить, онъ не отвѣчаетъ,

¹⁾ О нихъ говоритъ знаменитый по сложности фрагментъ юриста Африкана (fr. 38 D 12. 6), называемый обыкновенно по начальнымъ словамъ: *lex «frater a fratre»*.

если нѣтъ обогащенія. Но, повидимому, и въ этомъ случаѣ юристы признавали обязательство пупилла *отчасти естественнымъ*, такъ какъ считали дѣйствительнымъ поручительство и залогъ, которымъ обезпечивался долгъ пупилла ¹⁾).

II) *Спорныхъ случаевъ* естественныхъ обязательствъ гораздо больше: въ случаѣ *nudum pactum*, истечения исковой давности, усиленной отвѣтственности должника и др. сл.

Рождаетъ-ли *неформальное* соглашеніе (*nudum pactum*) *obligatio naturalis*? Въ виду неточнаго отвѣта источниковъ (7 § 4 D 2. 14: (*nuda pactio obligationem non parit, sed parit, sed parit exceptionem*—рождается не обязательство, а отводъ отвѣтчикомъ иска кредитора), мнѣнія въ литературѣ раздѣлились.

Остается-ли по истеченіи исковой (30-ти лѣтней) давности естественное (безысковое) обязательство? Отвѣтъ зависитъ отъ основнаго воззрѣнія на послѣдствія исковой давности. Признающіе послѣдствіемъ ея потерю всего права не допускаютъ естественнаго обязательства; допускающіе лишь утрату одного права иска ²⁾ должны признать *obligatio naturalis*.

Нѣкоторые должники (напр., близкіе родственники) кредитора отвѣчаютъ за долги не свыше имущественной состоятельности (такая льгота называется *beneficium competentiae*). Спрашивается: остается-ли у кредитора безысковое обязательство на разность между суммой долга и произведенной уплатой? Одни даютъ утвердительный, а другіе отрицательный отвѣтъ.

Кромѣ того, иногда допускается естественное обязательство должника, несправедливо оправданнаго (освобожденнаго отъ долга) судьей (28 D 12. 6). Въ правѣ докстиніановомъ *capitis deminutio minima* (т. е., въ случаѣ усыновленія должника и т. под.) превращала право иска кредитора, такъ что обязательство усыновленнаго превращалось въ естественное (2 § 2 D 4. 5). Также относительно переуплаты при выдачѣ легатовъ наслѣдникомъ, ссылающемся на *quarta Falcidia* (т. е., на право удержать въ свою пользу четверть наслѣдства, согласно закону Фальцидія), не допускается обратное требованіе, почему нѣкоторые писатели тутъ видятъ *obligatio naturalis*.

¹⁾ По неточности источниковъ вопросъ вполне не выясненъ; есть не мало мнѣній pro и contra, есть и среднія мнѣнія (напр. Vindscheid, § 289).

²⁾ Таково и наше мнѣніе (общ. часть, стр. 254).

Б) *Дѣйствіе* естественныхъ обязательствъ выражается, какъ отчасти уже извѣстно изъ предыдущаго, въ разнообразныхъ явленіяхъ, Главнѣйшія изъ этихъ явленій суть слѣдующія. Во первыхъ, исполненіе должника имѣетъ полную силу: кредиторъ имѣетъ право удерживать уплаченное (*soluti retentio*), а должникъ не можетъ требовать назадъ исполненное (*solutum non repetere*). Во вторыхъ, допускается зачетъ (*compensatio*) естественнаго обязательства со всѣми другими требованіями; на этомъ-же основаніи кредиторъ по естественному обязательству можетъ задерживать (имѣетъ *ius retentionis*) исполненіе долга по другому обязательству, пока противная сторона не выполнитъ естественнаго долга. Въ третьихъ, естественное обязательство можетъ быть обезпечиваемо другими обязательствами: залоговымъ, договоромъ поручительства и т. д. ¹⁾; оно-же можетъ быть превращено (посредствомъ *novatio*) въ полное, исковое обязательство.

В) *Происхожденіе* естественныхъ обязательствъ объясняютъ различнымъ образомъ. Назовемъ нѣсколько теорій.

Одни объясненія (Савиньи, Пухта и др.) выводятъ *obligatio naturalis* изъ общенароднаго права (*ius gentium*). Дѣло представляется въ такомъ видѣ: исковыя обязательства непременно опираются на *ius civile*: если даже они исходятъ изъ *ius gentium*, они должны найти признаніе въ *ius civile*. Но нѣкоторыя, вытекающія изъ общенароднаго права, не получили цивильной санкціи, т. е., иска. Ихъ называютъ естественными въ томъ смыслѣ, что они суть только *naturales (tantum naturales)*. Почему-же эти обязательства не получили иска? На это данная теорія не отвѣчаетъ. Въ этомъ ея недостатокъ.

Другое объясненіе (Веберъ и др.) обращаетъ вниманіе не на *ius gentium*, а на *ius naturale*. Это объясненіе свободно отъ сдѣланнаго упрека, ибо *ius naturale* есть нѣчто непрактическое, абстрактное; поэтому, оно не порождаетъ иска. Но тутъ замѣчается другой недостатокъ: какъ вывести изъ *ius naturale* другія (кромя иска) юридическія послѣдствія, которыми обладаетъ естественное обязательство: поручительство, зачетъ и т. под.? — Въ виду настоящаго упрека иные

¹⁾ Въ случаѣ залоговаго обезпеченія *creditor naturalis* имѣетъ ипотечный искъ (*actio hypothecaria in rem*) противъ всѣхъ, которымъ должникъ отчуждаетъ заложенную вещь.

писатели (Виндшейдъ) замѣняютъ объективный источникъ (*ius naturale*) субъективнымъ источникомъ—*естественное пониманіе* (*natürliche Auffassung*): нѣкоторыя отношенія личнаго характера (естеств. обязательства), регулируемыя съ извѣстной стороны, не находя себѣ признанія въ правѣ, оправдываются съ точки зрѣнія естественнаго пониманія. На это можно возразить такъ: естественное пониманіе, эластичный доводъ житейской мудрости, одинаково потребно какъ въ исковыхъ, такъ и въ безысковыхъ обязательствахъ.

Третье объясненіе (Шванертъ и др.) прагматическаго характера; оно называется *obligatio naturalis несовершенно-цивильнымъ*: это неискомое (*nicht klagbar*), но подлежащее оплатѣ обязательство (*zahlbar*). Неискомость ихъ объясняется какимъ-либо недостаткомъ, вслѣдствіе котораго государство не даетъ имъ, какъ чуждымъ праву, исковой санкціи; гражданское-же общество обращаетъ на нихъ вниманіе въ видахъ меркантильнаго кредита, требованій нравственности и т. под. (Дернбургъ). Но тутъ непонятно положеніе о томъ, что имѣются отношенія, которыя, будучи чуждыми праву, имѣютъ юридическое дѣйствіе.

Намъ думается, что за объясненіемъ естественныхъ обязательствъ должно обратиться скорѣе къ исторіи, чѣмъ къ теоріи. И вотъ почему. *Obligatio naturalis* есть чисто-римское явленіе. Какіе случаи явились ранѣе другихъ? Если оставить въ сторонѣ спорные случаи, изъ безспорныхъ случаевъ, по видимому, ранѣе другихъ были извѣстны: обязательства рабовъ и подвластныхъ дѣтей¹⁾. Значитъ, на первыхъ порахъ, вѣроятно, безысковое обязательство ограничивалось отношеніями домашнихъ контрагентовъ: вольноотпущенника и патрона, дѣтей и *paterfamilias* и т. под. лицъ. А въ отношеніи этихъ лицъ инициатива судебного преслѣдованія была даже впослѣдствіи крайне ограничена. Такъ, безъ спеціальнаго разрѣшенія претора не дозволялось вчинать противъ нихъ иска (*Gai inst.*, 4, 183), почему обязательство, не теряя другихъ эффектовъ, легко могло оставаться безысковымъ. Намъ думается, именно, здѣсь въ строеніи римской патриархальной семьи надо искать зародышъ естественнаго обяза-

¹⁾ *Setum Macedonianum* — въ 1 вѣкѣ по Р. Хр.; ответственность лупила поставлена классическими юристами. — Къ равнымъ-же принадлежить естественное обязательство *carite minuti* (усыновленнаго и т. под.).

тельства. Въ дальнѣйшемъ, надлежитъ прослѣдить послѣдовательное расширеніе круга данныхъ обязательствъ въ теоріи римскихъ юристовъ; напр., болѣе ранній юристъ, Сервій, еще не признаетъ естественнаго обязательства въ пользу раба, невольнотопущенника, а позднѣйшій юристъ видитъ *naturale debitum* (40 § 3 D 35. 1). Таковъ, на нашъ взглядъ, можетъ быть отправной пунктъ и послѣдующая программа историческаго объясненія естественныхъ обязательствъ.

Еще помянемъ объ отличіи естественныхъ обязательствъ отъ другихъ, несовершенныхъ съ правовой точки зрѣнія.

Г) *Должно отличать* *obligationes naturales* съ одной стороны — отъ обязательствъ, не имѣющихъ никакого эффекта, съ другой стороны — отъ обязательствъ, имѣющихъ только одинъ эффектъ, состоящій въ томъ, что не допускается поворотъ исполненнаго или уплаченнаго (*repetitio*). Первые суть недействительныя обязательства, вторыя условно называются иногда въ литературѣ нравственными или моральными обязательствами.

I) *Недействительныя* обязательства носятъ разныя названія: *obligationes inanes* — потерявшіе свое значеніе (они считались действительными, пока не былъ обнаруженъ порокъ: обманъ — *dolus*, принужденіе — *metus* и т. под.; благодаря *exceptio doli, iurisiurandi* и т. под. они становятся ничтожными); *obligationes ipso iure nullae* — обязательства лицъ, лишенныхъ дѣеспособности: сумасшедшихъ, несовершеннолѣтнихъ и т. под. (они съ самаго начала недействительны), *obligationes reprobatae* — запрещенныя закономъ (напр., долгъ по азардной игрѣ).

II) *Нравственныя* (моральныя) обязательства (*obligationes morales*) суть такія, въ которыхъ исполненное нельзя вернуть обратно; но они не рождаютъ ни иска, ни возраженія. Дѣло представляется такъ: если самъ человекъ разъ признаетъ за собой какой-либо нравственный долгъ (*officium pietatis, humanitatis*) и приводитъ его въ исполненіе, онъ не можетъ требовать обратно то, что онъ, въ видѣ благодарности или щедрости, выполнилъ. Вотъ, примѣрно, какіе случаи моральныхъ обязательствъ можно найти въ источникахъ:

жена не обязана учредить приданое мужу (эта обязанность лежитъ на родителяхъ ея); но если она что-либо сообщаетъ мужу, въ качествѣ приданнаго, а потомъ, раскаявшись, требуетъ обратно, поворота не допускается (32 § 2

D 12. 6); установление приданого мотивируется: pietatis causa;

есть обязанность алиментировать (помогать въ нуждѣ) прямымъ родственникамъ (между нисходящими и восходящими); но нѣтъ обязанности помогать боковымъ родственникамъ. Однако, если кто помогаетъ брату, сестрѣ, племяннику и т. д., поворота оказанной помощи (послѣ того какъ оказавшій помощь узнаетъ объ отсутствіи обязанности съ его стороны) быть не можетъ (С. 10. 35) ¹⁾.

Послѣ того какъ нами указано на значеніе судебной охраны обязательствъ и рассмотрѣны безысковныя обязательства, теперь обратимся къ вопросу о предохраненіи или обезпеченіи обязательствъ.

206. Отдѣлъ седьмой. Обезпеченіе обязательствъ.

Обезпеченіе обязательствъ совершается разнообразными способами. Можно отмѣтить двѣ категоріи этихъ способовъ по субъектамъ ихъ: въ однихъ изъ нихъ остаются тѣ-же самые субъекты, въ другихъ вступаютъ новые субъекты; вступленіе новаго субъекта, принимающаго на себя обязательство должника, называется технически *intercessio*.

Среди способовъ обезпеченія перваго рода назовемъ болѣе обыкновенные способы: задатокъ и неустойку.

А) *Задатокъ* (*arrha*) ²⁾ есть то имущество, которое передается однимъ контрагентомъ другому въ удостовѣреніе послѣдовавшаго между ними соглашенія. Именно, прежде всего задатокъ разсматривается, какъ *указаніе* на возникшее обязательство; онъ есть видимый слѣдъ состоявшагося соглашенія облегчающій *доказываніе* послѣдняго ³⁾. Кроме того, задатокъ

¹⁾ Еще въ источникахъ встрѣчаются такіе случаи моральныхъ обязательствъ: 1) вольноотпущенникъ посредствомъ *iugata promissio* обязывается къ поставленію *oregae fabriles*; но если и не было-бы имъ дано клятвеннаго обѣщанія, онъ не можетъ требовать обратно исполненное, ибо онъ, какъ говорится, „*natura debet*“, 2) отецъ, къ которому предъявляется пекуліарный искъ (по долгамъ сына), отвѣчаетъ не свыше пекуліа; по уплатившій болѣе пекуліа не можетъ просить о поворотѣ уплоченаго, и нѣк. др. случаи.

²⁾ *Bauer*, die *Dareingabe beim Kauf nach röm. R.*, 1888.

³⁾ *Fr. 35 pr. D 18. 1: quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.*—Задатокъ, конечно, засчитывается въ цѣну товара.

имѣть значеніе *гражданскаго штрафа* (*agtha poenalis*) за уклоненіе отъ договора. Въ этомъ значеніи задатокъ можетъ имѣть побочный характеръ или занимать видное мѣсто въ договорѣ. Какъ добавочный элементъ, обеспечивающій обязательство, задатокъ встрѣчается обыкновенно въ двустороннихъ договорахъ; при этомъ, въ случаѣ нарушенія договора дающій задатокъ теряетъ его, получившій-же долженъ заплатить двойную стоимость задатка (самый задатокъ + равноцѣнность) ¹⁾. Штрафное значеніе задатка выдвигается на первое мѣсто, когда онъ служитъ обеспеченіемъ *будущаго* соглашения: стороны теперь только условливаются относительно заключенія договора въ будущемъ (въ извѣстный срокъ), при чемъ дающій задатокъ потеряетъ его, если уклонится отъ обязательства. Напримѣръ, контрагенты при запродажѣ или обрученіи обеспечиваютъ задаткомъ (при обрученіи, такъ называемымъ *agtha sponsalicia*) совершеніе формальнаго договора въ опредѣленный срокъ ²⁾.

Б) *Неустойка* есть договорный штрафъ (*poena conventio-nalis*), который обязываетъ платить должникъ кредитору въ случаѣ ²⁾ извѣстнаго недостатка при исполненіи ³⁾ главнаго обязательства (неисполненіи или неточномъ исполненіи его) ³⁾. Неустойка по римскому праву облекалась въ стипуляціонную форму; то была *stipulatio poenalis*. Кредиторъ, положимъ, спрашивалъ должника: *si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes* (§ 7 I. 3. 15)?

Припомнимъ дѣленіе юридическихъ нормъ по санкціи на совершенныя, несовершенныя и неполнѣ совершенныя (*leges perfectae, imperfectae, minusquamperfectae*). Вотъ, по мнѣнію однихъ романистовъ, соглашеніе о неустойкѣ слѣдуетъ назвать *lex minusquamperfecta*, т. е., такой нормой, которая не опорочиваетъ дѣяніе, ей противное, но налагаетъ штрафъ (*poena*) на дѣйствующее лицо. Другими словами, должникъ подпадающій подъ неустойку, продолжаетъ быть обязаннымъ по главному договору,

¹⁾ Pr. I. 3. 23:—*si qui recusat adimplere contractum. si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est.*

²⁾ Задатокъ получается въ собственность, такъ что расходваніе его не можетъ быть признано растратой. Имѣя свою оригинальную судьбу, задатокъ-же не считается придаткомъ къ выговоренному исполненію.—*Dernburg, Pandecten II, § 12.*

³⁾ *Seeler, z. Lehre v. d. Conventionalstrafe, 1891.*

да сверхъ того обязывается платить штрафъ. Этимъ свойствомъ (порожденіемъ дополнительной обязанности) неустойка отличается отъ многихъ другихъ оговорокъ, обеспечивающихъ право кредитора (выселеніе жильца при неисполненіи въ срокъ имъ обязанности платить за квартиру, невыдачи товара при невнесеніи полной цѣны въ срокъ и т. под.). По мнѣнію-же другихъ романистовъ, въ случаѣ уклоненія должника отъ договора неустойка не примыкаетъ непременно къ главному обязательству; въ этомъ случаѣ кредиторъ имѣетъ право выбора между неустойкой и главнымъ обязательствомъ ¹⁾.

Отвѣчаетъ-ли должникъ неустойкой, если неисполненіе произошло *не по винѣ его*? На это въ литературѣ находимъ два противоположные отвѣта, ибо источники ясно не разрѣшаютъ вопроса. Большинство стоитъ за то, что неустойка должна имѣть эффектъ, если даже главное обязательство не исполняется по причинамъ, лежащимъ внѣ возможнаго круга дѣйствій самого должника ²⁾.

Неустойка можетъ существовать и при завѣдомо *невозможныхъ* обязательствахъ (если заранѣе, такъ сказать, кичливый должникъ обязывается платить неустойку, 19. I. 3. 19). Только тогда недѣйствительна неустойка при невозможномъ обязательствѣ, когда цѣль преслѣдуемая обязательствомъ, противна общественнымъ правамъ или закону (61 D 45. 1: словесное обѣщаніе въ такомъ родѣ: обѣщаешь-ли столько-то, если не назначишь меня наслѣдникомъ—*contra mores est haec stipulatio* ³⁾).

По указаніи на обыкновенные способы обезпеченія обязательства самими контрагентами, перейдемъ къ случаямъ пріятія долга третьими лицами (*intercessio*). Главнѣйшій случай этого рода есть поручительство, На немъ преимущественно и остановимся.

¹⁾ Въ источникахъ имѣется различныя рѣшенія вопроса: и въ пользу перваго мнѣнія (115 § 2 D 45. 1:—*si homo datus non fuerit, et homo, et pecunia debeatur*) и въ пользу втораго мнѣнія (42 D 17. 2).

²⁾ Fr. 69 D 45 1: *si homo mortuus sit, sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.*

³⁾ Кромѣ задатка и неустойки къ группѣ способовъ обезпеченія обязательства, практикуемыхъ самими контрагентами, относится еще *подтвердительная присяга* (*iusiurandum promissorium*); въ нѣкоторыхъ случаяхъ обязательно подтвержденіе несовершеннолѣтняго подъ присягою совершенной имъ продажи имущества (онъ не получаетъ *in integrum restitutio*); дѣйствительна присяга, скрѣпляющая мировую сдѣлку (1. C. 2. 28, 41 C. 2. 4).

В) *Поручительство* ¹⁾ есть) принятіе третьимъ лицомъ ²⁾ отвѣтственности рядомъ съ главнымъ должникомъ предъ кредиторомъ въ дѣлѣ исполненія обязательства. Поручительство есть одинъ изъ двухъ видовъ принятія чужого долга (*intercessio*) ²⁾. Именно, различается вступленіе третьяго лица, исключающее должника изъ обязательственнаго отношенія (*intercessio privativa*) отъ вступленія, устанавливающего *совмѣстную* отвѣтственность 3-го лица съ главнымъ должникомъ (*intercessio cumulativa*). Вступленіе перваго рода бываетъ: 1) когда одно лицо *сначала* обязывается за другое, которое должно было бы принять обязательство (*intercessio tacita*; напр. 4 § 8 D 16. 1: женщина принимаетъ обязательство, которое должно было принять другое лицо); 2) когда одно лицо *вполнѣ заступаетъ мѣсто другого* въ существующемъ обязательствѣ,—такой случай называется *expromissio* (она происходитъ въ формѣ стипуляціи и вполнѣ освобождаетъ прежняго должника). Вступленіе въ чужой долгъ втораго рода,—совмѣстно съ главнымъ должникомъ,—совершается, напримѣръ, установленіемъ залога по чужому долгу (8 пр. D. 16. 1: *quamvis pignoris datio intercessionem faciat etc.*) или поручительствомъ. Догматичѣскіе поручительства предпо- шлемъ справку объ историческихъ формахъ его.

1) *Историческія формы* поручительства суть прежде всего: *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*. Всякая изъ нихъ представляла собою словесное обязательство (стипуляцію), называемую общимъ именемъ *adpromissio*,—добавочное обѣщаніе третьяго лица (*adpromissor*—придаточный должникъ). Словесное обѣщаніе поручителя называлось *sponsio*, когда онъ давалъ отвѣтъ на вопросъ кредитора: *idem dare spondes*; оно именовалось *fidepromissio*, когда кредиторъ спрашивалъ поручителя словами: *idem fide promittis*; оно прозывалось *fideiussio*, когда вопросъ кредитора къ поручителю состоялъ изъ словъ: *idem fide tua esse iubes*.

Первыя двѣ формы были древнѣйшими и сопутствовали однимъ словеснымъ обязательствамъ. Третья, новѣйшая форма, какъ допускаемая при обязательствахъ всякаго рода, полу-

¹⁾ *Girtanner*, die Bürgschaft, 1851, *Hasenbalg*, die Bürgschaft, 1870. *Нолькенъ*, ученіе о поручительствѣ, I, 1884.—Источники: Inst. 3. 20. Dig. 46. 1. C. 8. 40. Nov. 4: (de fideiussoribus mandatoribus).

²⁾ *Hasenbalg*, Beiträge z. Lehre v. d. Intercession, 1856.

чила большее распространение. При Юстинианѣ единственной формой стала *fideiussio*.

Каково было положеніе поручителя въ этихъ трехъ случаяхъ стипуляціоннаго поручительства? Былъ-ли поручитель *корреальнымъ* должникомъ, отвѣчающимъ по требованію кредитора (какъ-бы самъ поручитель обѣщался по главному обязательству)? Это—спорный вопросъ. По видимому, если даже въ началѣ историческаго развитія поручительства и можно допустить *корреальную* отвѣтственность,—во времени Юстиніана поручительство скорѣе получило значеніе дополнительнаго, вспомогательнаго обязательства.

Кромѣ *fideiussio* въ классическомъ правѣ были образованы еще двѣ сдѣлки, имѣющія тоже значеніе обезпеченія главнаго обязательства принятіемъ долга третьимъ лицомъ. Это—*constitutum debiti* и *mandatum qualificatum*. Скажемъ о существѣ и различіи между данными тремя сдѣлками.

1) *Fideiussio*—односторонній формальный договоръ (въ формѣ стипуляціи), предполагающій наличность обезпечиваемаго обязательства, которое можетъ быть, какъ *исковымъ*, такъ и *безысковымъ* (*obligatio naturalis*); обезпечиваемое обязательство можетъ даже быть *побочнымъ*, тѣмъ-же договоромъ поручительства, т. е., допускалось, другими словами, поручительство за поручительство (*fideiussio fideiussionis*)¹⁾. Затѣмъ, особенность данной формы состоитъ въ томъ, что *fideiussor* не долженъ быть обязанъ къ *большему* (*in causam duriores*), или относительно *другого предмета* сравнительно съ главнымъ обязательствомъ²⁾. Но поручительство на болѣе легкихъ условіяхъ, въ сравненіи съ главнымъ долгомъ (*in causam leviores*), дѣйствительно³⁾.

2) *Constitutum debiti alieni*—неформальный договоръ (*actum praetorium*). Это есть обѣщаніе произвести платежъ за должника, снабженное правомъ иска въ *преторскомъ* эдиктѣ. Неформальное подтвержденіе долга, порождавшее *actio de*

¹⁾ Оно еще называется теперь «подставнымъ поручительствомъ» (*fideiussio succedaneus*). Напр. fr. 8 § 12 D 46. 1.

²⁾ § 5 I. 20: *fideiussores ito obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is, pro quo obligantur*. Большое обремененіе (*causa durior*) можетъ быть во многихъ отношеніяхъ: въ отношеніи времени (*plus tempore*—болѣе ранній срокъ для поручителя, чѣмъ для должника), количества (*in quantitate*) и т. д.

³⁾ Fr. 8 § 7 D 46. 1: *qui pro alis obligantur; quodsi fuerint in duriores causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari, in leviores plane causam accipi possunt.*

pecunia constituta, существовало въ двухъ видахъ: constitutum debiti proprii и debiti alieni.

Constitutum *dediti proprii*—подтверждение самимъ должникомъ собственнаго долга—имѣло цѣлью скрѣпление существующаго долга. Но такое подтверждение признавалось настолько самостоятельнымъ, что сохраняло полную силу и въ томъ случаѣ, когда терялъ силу главный долгъ (вслѣдствіе истечения исковой давности и т. под.)¹⁾.

Constitutum *debiti alieni*—подтверждение чужого долга—есть такой-же самостоятельный договоръ, какъ и первый видъ конститута. Своей самостоятельностью онъ отличается отъ fideiussio, Именно, въ отличіе отъ fideiussio, поручительство въ формѣ конститута возможно in aliam rem (относительно иного предмета) и in causam durio rem (на болѣе тягостныхъ условіяхъ). Такъ, источники называютъ предметомъ конститута не деньги по обязательству, предметомъ котораго бываетъ хлѣбъ въ зернѣ (1 § 5 D 13. 5). Только въ случаѣ конститута на большую сумму онъ дѣйствителенъ въ размѣрѣ главнаго долга (11 § 1 D 13. 5: si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur; quia ea pecunia debita est), Искъ, возникающій изъ конститута, имѣетъ въ виду сверхъ означенной суммы требованіе еще половины ея (dimidia pars).²⁾

Тоже преторское право, которое построило конститутъ, знало еще форму поручительства—*receptum argentarii*. Подъ нимъ понималось принятіе (receptum) мѣнялой или банкиромъ (argentarius) чужого долга въ видѣ неформальнаго обѣщанія третьему лицу платить за должника послѣдняго. Конечно, надо предполагать, что между мѣнялой и тѣмъ должникомъ, за котораго онъ ручался, существовали свои дѣловые расчеты³⁾. Юстиніанъ безраздѣльно смѣшалъ receptum съ constitutum (2 С. 4. 18).

3) *Mandatum qualificatum*—кредитное порученіе—консенсуальный договоръ. Оно состоитъ въ томъ, что одно лицо (mandans, mandator)⁴⁾ поручаетъ другому (mandatarius) дать

¹⁾ Fr. 18 § 1 D 13. 5: si quid tunc debitum fuerit, cum constitmeretux, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert.

²⁾ Клиентъ или компаньонъ банкира могъ дѣлать порученіе (assignatio) банкиру произвести платежъ своему кредитору. Receptum могло преслѣдовать и нынѣ цѣли кромѣ поручительства (особенно, если ему не предшествовало задолжаніе клиента 3-му лицу).

въ кредитъ третьему лицу, за которое первое лицо (*mandans*) ручается. Тутъ имѣется двойная сдѣлка: порученіе (*mandatum*) и поручительство¹⁾. Напримѣръ, отецъ поручаетъ кому-либо дать взаймы его сыну, за котораго онъ и ручается предъ займодателемъ²⁾. И какъ въ обыкновенномъ порученіи бывають два иска: *actio mandati directa*—со стороны довѣрителя, *actio mandati contraria*—со стороны повѣреннаго, такъ и въ *mandatum qualificatum* возможны такіе-же иски; только по значенію своему они стоятъ въ обратномъ отношеніи: на *первомъ мѣстѣ*—*actio mandati contraria*, какъ искъ кредитора въ поручителю.

Отличіе даннаго вида поручительства отъ другихъ видовъ заключается въ томъ, что тутъ поручительство разсматривается по правиламъ договора о порученіи. Напримѣръ, отвѣтственность поручителя (какъ довѣрителя) не снимается даже тогда, когда главное обязательство недѣйствительно вслѣдствіе того, что третье лицо недѣеспособно (13 pr. D 4. 4); пока третье лицо не приступило еще къ исполненію, до тѣхъ поръ можно обратно взять порученіе (12 § 16 D 17. 1: *si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, ait Marcellus cessare mandati actionem etc.*).—По указаніи на историческіе формы поручительства, обратимся къ дѣйствию его.

П) *Дѣйствіе поручительства.* По общему правилу поручитель отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ главнаго обязательства (*in omnes causas*), т. е., включая всякія приращенія (договорные и законные проценты и т. д.)³⁾. Какія-либо измѣненія въ главномъ обязательствѣ прямо отражаются на поручительствѣ: просрочка или вина главнаго должника имѣють послѣдствія и для поручителя, уничтоженіе главнаго обязательства дѣлаетъ ничтожнымъ и поручительство, и т. д.⁴⁾.

Съ другой стороны, поручитель, на которомъ отражаются

¹⁾ *Sokolowsky, Mandatsbürgschaft, 1891.*—Терминъ: *mandatum qualificatum* позабѣтенъ романистами. Въ источникахъ эта сдѣлка называется просто *mandatum*.

²⁾ Посредствомъ *mandatum qualificatum* иногда устанавливается новое обязательство (§ 6 I. 3. 26) или скрѣпляется прежнее (12 § 14 D 17. 1).

³⁾ Fr. 54 D 19. 2.—*cum fideiussor in omnes causas se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum etc.*

⁴⁾ Fr. 56 D 46. 1: *si quis pro eo, qui libertus non esset, et operas praestitutum se iurasset, fideiussor erit, non tenebitur.*

всѣ невыгодныя стороны главнаго обязательства, можетъ пользоваться различными отводами и возраженіями (exceptiones) противъ иска кредитора, принадлежащими должнику; напри- мѣръ, онъ можетъ, какъ и главный должникъ, указывать на ~~истечение давности иска кредитора~~¹⁾.—Только возраженія, тѣсно связанныя съ личностью главнаго должника (exceptiones personales), не переходятъ на поручителя, напр. возраженіе отца объ отвѣтственности не выше наличнаго состоянія (beneficium competentiae) по иску сына—не переходитъ на поручителя за отца передъ сыномъ.

Кромѣ того, въ Юстиніановомъ правѣ юридическое положеніе поручителя опредѣляется еще тремя слѣдующими льготами (beneficia), значительно видоизмѣнившими его отвѣтственность:

1) *beneficium excussionis seu ordinis* — льгота, касающаяся *порядка* удовлетворенія кредитора. Именно, согласно этой льготѣ (изложенной въ 4 новеллѣ Юстиніана) поручитель приобрѣлъ право отвѣчать *послѣ того, какъ* уже былъ предъявленъ искъ кредиторомъ противъ главнаго должника. А до Юстиніана, въ классическомъ періодѣ, кредиторъ имѣлъ право, въ случаѣ неуплаты должникомъ, обращаться прямо къ поручителю, минуя должника. Только по особому, специальному соглашенію могла быть выговорена прежде дополнительная отвѣтственность поручителя предъ кредиторомъ (за недополучки съ должника). Такое поручительство, обезпечивающее ущербъ кредитора вслѣдствіе неполной уплаты должникомъ, называется *fideiussio indemnitatis*. Вотъ со времени Юстиніана всякое поручительство, и безъ особаго соглашения о томъ контрагентовъ, стало *fideiussio indemnitatis*²⁾;

2) *beneficium cedendarum actionum* — льгота, предоставляющая поручителю, передъ удовлетвореніемъ кредитора, требовать отъ него уступки (*cessio*) всѣхъ его правомочій противъ должника. Эта уступка ему необходима для того, что-

¹⁾ Fr. 19 D 44. 1: omnes exceptiones quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.

²⁾ Настоящая льгота осуществлялась посредствомъ *exceptio*, возраженія поручителя противъ иска кредитора, не обратившагося еще за удовлетвореніемъ къ главному должнику.—Льгота не имѣла силы: въ случаѣ отсутствія главнаго должника (такъ что поручитель не можетъ доставить его въ срокъ на судъ), въ случаѣ открытія конкурса надъ имуществомъ должника (когда трудно получить удовлетвореніе).

бы потомъ самому выступить съ искомъ въ требованіемъ противъ должника;

3) *beneficium divisionis* — льгота, имѣющая дѣйствіе въ случаѣ наличности нѣсколькихъ поручителей: каждый изъ нихъ можетъ требовать, чтобы кредиторъ равномѣрно всыскавалъ со всѣхъ *состоятельныхъ* поручителей ¹⁾.

Наконецъ, имѣется ли у поручителя *право регресса* противъ главнаго должника? По древнѣйшему римскому праву такой искъ поручителя допускался подъ названіемъ *actio depensi* ²⁾. Въ новѣйшимъ-же правѣ нѣтъ спеціальнаго иска. Но въ виду того, что поручитель разсматривается лицомъ, дѣйствовавшимъ въ интересахъ главнаго должника (по порученію или безъ порученія), онъ имѣетъ право, въ качествѣ повѣреннаго, на вознагражденіе за всѣ издержки въ пользу довѣрителя; почему и можетъ предъявлять иски (*actio mandati contraria*, а. *negotiorum gestorum contraria*) ³⁾. Эти иски противъ должника сохраняются за поручителемъ и въ томъ случаѣ, когда кредиторъ слагаетъ съ него долгъ, совершая въ его пользу *donatio remuneratoria* (отдариваніе за предшествующую услугу) ⁴⁾.

Кромѣ того, чтобы обезпечить себѣ право регресса, поручитель, передъ удовлетвореніемъ кредитора, можетъ просить его, какъ мы видѣли, объ уступкѣ его требованія на должника; эта льгота—*beneficium cedendarum actionum*. Въ такомъ случаѣ регрессъ опирается на актъ передачи требованія (*cessio*). Далѣе, надо сказать объ ограниченіи поручительства.

Ш) *Ограниченіе* поручительства выражалось въ томъ, что нѣкоторымъ лицамъ (военнымъ, духовнымъ) запрещалось

¹⁾ § 4 I. 3. 29: si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori a quo velit solum petere; sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendi sint litis contestatae tempore, partes petere.

²⁾ *Actio depensi*—искъ объ *издержкахъ* поручителя на пользу должника. Онъ былъ штрафнымъ искомъ, *actio dupli* (Gai. 3, 127: et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi).

³⁾ Нѣтъ регресса, если поручитель платилъ за должника *donandi animo* (чтобы оказать ему безвоздную услугу). Fr. 6 § 2 D 17. 4: si passus sim, aliquem pro me fideiubere, vel alias intervenire, mandati teneor; et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio.

⁴⁾ Fr. 10 § 13 D 17. 1:—puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem.

поручительство. Особенно любопытно запрещеніе поручительства со стороны женщинъ. Именно, согласно *sctum Velleianum* (46 г. по Р. X.) было запрещено всѣмъ женщинамъ принятіе на себя (*intercessio*) какихъ-бы то ни было чужихъ долговъ.

Надо сказать, что еще до этого постановленія Сената, при императорѣ Августѣ (а потомъ при Клавдіи), было запрещено вступленіе женъ въ долги мужей; и это запрещеніе осталось въ полной силѣ въ законодательствѣ Юстиніана ¹⁾.

Мотивомъ запрещенія служило, вѣроятно, соображеніе такого рода: женщины, по взгляду мужчинъ-законодателей, представлялись легкомысленными ²⁾; ихъ нетрудно было вызвать на обѣщаніе принять уплату чужого долга со временемъ: они легко могутъ давать обѣщаніе, не долго думая о затрудненіяхъ при исполненіи его. Значить, тутъ мы имѣемъ дѣло съ тѣмъ-же мотивомъ, который былъ положенъ въ основу прежней пожизненной опеки надъ женщинами. И замѣчательно слѣдующее совпаденіе: немедленно по уничтоженіи опеки надъ женщинами со стороны родственниковъ (*tutela agnatorum*) при императорѣ Клавдіи, тогда-же была предоставлена женщинамъ настоящая льгота. Другими словами, послѣ того какъ законодатель даровалъ женщинамъ полную дѣеспособность, онъ считалъ долгомъ обезпечить ихъ интересы отъ злоупотребленія официально признаннымъ свойствомъ ихъ характера.

Обязательство женщинъ платить чужіе долги недѣйствительно. Но уплата, въ видѣ даренія или пожертвованія, остается въ силѣ. Почему? А потому, что, полагали, женщина, какъ и мужчина, нелегко разстается со своимъ достаткомъ; одно дѣло—обѣщать, другое—платиться имуществомъ (*—quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat*) ³⁾.

Настоящая льгота получала осуществленіе въ видѣ вознагражденія женщины (*exceptio scti Velleiani*) противъ иска кредитора. Уплаченное ею, по невѣдѣнію или по ошибкѣ, подлежало возврату (ею вчинялась *condictio iudebiti*) ⁴⁾,

¹⁾ Fr. 2 pr. D 16. 1:—*temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris intercederent.* § 1. *Postea factum est senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subuentum est.*

²⁾ Fr. 1 § 3 D 16. 1:—*infirmitas feminarum auxilium meruit.*

³⁾ Fr. 4 § D 16. 1: *Senatus enim obligatae mulieri succurrere voduit, non donanti, hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.*

⁴⁾ Въ частности, когда женщина принимала обязательство за другое лицо, освобождая его вполне отъ обязательства (это есть вышеназванная

По постановленію Юстиніана, дѣйствительно поручительство женщины, занесенное въ публичный актъ, подписанный тремя свидѣтелями. Точно также оно дѣйствительно, если вторично принято черезъ два года. И еще оно имѣетъ силу въ нѣкоторыхъ случаяхъ: по общанію женщиной приданого, за несовершеннолѣтняго (привилегія послѣдняго о недѣйствительности его обязательства беретъ верхъ надъ настоящею привилегіей женщины) т. нѣв. др.

IV) *Прекращеніе* поручательства совершается тѣми-же способами, какъ и прекращеніе любого обязательства: исполненіемъ обязательства поручителемъ и всякими суррогатами исполненія. Но въ виду особаго свойства поручательства, какъ дополнительнаго обязательства, оно еще прекращается, кромѣ общеобыкновенныхъ способовъ, такимъ образомъ:

1) въ случаѣ *погашенія главнаго* обязательства. Для этого требуется, именно, уничтоженіе самого обязательства. Недостаточно утраты права иска: и по истеченіи исковой давности, когда главное обязательство превращается (по мнѣнію многихъ юристовъ) въ *obligatio naturalis*, поручительство сохраняетъ силу;

2) въ случаѣ *смятня* главнаго долга съ поручительствомъ; это возможно, наприимѣръ, когда поручитель и должникъ наследуютъ другъ другу. При этомъ сохраняется въ силѣ изъ двухъ требованій то, которое болѣе выгодно для кредитора. Такъ, если протекла исковая давность по главному долгу, остается въ силѣ поручительство.

Отдѣлъ восьмой. Движеніе обязательствъ.

По римскому праву обязательство представлялось чистоличнымъ отношеніемъ между опредѣленными субъектами. Поэтому, долговое требованіе признавалось неизмѣннымъ между тѣми-же лицами; оно было, строго говоря, непереносимо на другихъ лицъ. Но жизнь предъявила свои требованія. И вотъ, чтобы удовлетворить имъ, римскіе юристы

expromissio, стр. 203), въ этомъ случаѣ, такъ какъ кредиторъ ничего не могъ получить съ женщины (вслѣдствіе недѣйствительности ея *intercessio*), кредитору давалась *actio restitutoria* (восстановительный искъ) противъ должника. (Въ случаѣ *intercessio tacita* подобный искъ называется романистами *actio institutoria*).

построили своеобразные институты, въ формѣ которыхъ совершалось перенесеніе и измѣненіе обязательственныхъ отношеній. Изъ такихъ институтовъ разсмотримъ главнѣйшіе: цессию и новацію.

А) *Цессія* ¹⁾. Мы только-что сказали, что въ древнемъ правѣ не было перенесенія долговыхъ требованій: Иначе сказать, цивильное право не знало частнаго преемства (*successio singularis*): нельзя было продать, подарить требованіе на должника и т. д.

Но классическое право, не отступая отъ вѣковаго принципа о непереносимости самаго обязательства, допустило передачу практическаго осуществленія обязательственнаго права, именно, допустило передачу иска. Для этой цѣли юристы воспользовались договоромъ порученія, *mandatum*. Дѣло въ томъ, что въ договорѣ порученія имѣются два отношенія: 1) отношеніе между повѣреннымъ и 3-мъ лицомъ; при этомъ повѣренный, выступающій истцомъ въ формулярномъ процессѣ, благодаря характерному свойству этого процесса обращать предъидущее обязательство сторонъ въ новое, процессуальное обязательство (со времени *litis contestatio*, ср. общую часть, стр. 259), — благодаря этому повѣренный становился *dominus litis* и самъ получалъ удовлетвореніе съ отвѣтника; 2) отношеніе между повѣреннымъ и довѣрителемъ: повѣренный, получившій удовлетвореніе съ 3-го лица, долженъ былъ перенести его на довѣрителя. Вотъ, юристы при помощи *mandatum* и конструировали такимъ образомъ передачу долгового требованія: напримѣръ, продавецъ требованія какъ-бы поручалъ покупателю (выступающему въ роли повѣреннаго: *mandatarius, procurator*) предъявленіе иска къ должнику въ его собственныхъ интересахъ — *in rem suam*, не возлагая на повѣреннаго обязанности переносить потомъ удовлетвореніе на довѣрителя. Поэтому, то лицо, на которое переносилось требованіе, называлось *procurator in rem suam*. Въ этомъ случаѣ начальный кредиторъ продолжалъ оставаться въ обязательственномъ отношеніи, сохраняя за собою *nudum ius*; существенное-же содержаніе права переходило на приобретателя требованія.

¹⁾ *Mühlenbruch, Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte*, 3 изд. 1836. *Bähr, z. Cessionslehre* (Jahrb. f. d. Dogm., I) *Huq. de la cession et de la transmission des créances*, 2 изд. 1891.

Впослѣдствіи римскіе юристы сдѣлали еще шагъ впередъ: они предоставили приобретающему требованіе *actio utilis*, согласно которой онъ вчинялъ искъ уже отъ своего имени (*suo nomine*),²⁾ не опираясь на порученіе (*mandatum agendi*). Но, хотя *actio utilis* сообщала приобретателю болѣе самостоятельное правомочіе (въ смыслѣ отрѣшенности его отъ кредитора), тѣмъ не менѣе съ строго—формальной стороны прежній кредиторъ вполне не выдѣлялся изъ обязательственнаго отношенія¹⁾.

И такъ, въ развитіи цессіи три періода: 1) цивильное право не знаетъ ея; 2) она происходитъ при помощи *mandatum agendi*; 3)—при помощи *actio utilis*, прямо вытекающей изъ юридической сдѣлки (купли, даренія, легата и др.).

Въ цессіи участвуютъ три лица: *cedens* — кредиторъ, переносящій требованіе, *cessionarius* — получающій его, *debitor cessus* — тотъ-же самый должникъ. Коснемся слѣдующихъ вопросовъ: основанія, предмета цессіи и отношеній между субъектами цессіи.

I) *Основаніемъ* цессіи служитъ воля сторонъ, судебное рѣшеніе и постановленіе закона.

Чаще другихъ бываетъ *добровольная* передача (*cessio voluntaria*) долговаго требованія, опирающаяся на волю сторонъ: договоръ или завѣщаніе³⁾.

Цессія по судебному акту совершается въ исполнительномъ процессѣ: на взыскателя переносится долговое требованіе должника его къ третьему лицу. Она еще возможна по судебному рѣшенію въ спорахъ о раздѣлѣ общаго имущества.

Передача долговыхъ требованій въ силу предписанія закона называется въ литературѣ *cessio necessaria*: при ней имѣются тѣже юридическія послѣдствія, какія влечетъ добровольная цессія³⁾. Она бываетъ, напримѣръ, когда на поручителя, уплатившаго долгъ кредитору переносится требованіе послѣдняго къ его должнику (*beneficium cedendarum actionum*).

II) *Предметъ* цессіи—всякое право требованія одного

¹⁾ Конструкція *actio utilis* въ литературѣ довольно спорна. Ср. *Eisele actio utilis des Cessionars*.

²⁾ Есть ли цессія—абстрактная сдѣлка, на подобіе традиціи, переносящей право собственности,—это спорный вопросъ.

³⁾ Въ нѣмецкой литературѣ называется: *fingirte Cession*; нѣкоторыми отрицается (ср. *Regelsberger, Arch. f. c. Pr., 63*).

лица на другое. Безразлично, является-ли это право срочнымъ, условнымъ и т. д. Лишь немногія права требованія вслѣдствіе ихъ особенной природы, не могутъ быть передаваемы.

Вотъ, къ непередаваемымъ требованіямъ относятся: 1) требованія объ удовлетвореніи, возникающія вслѣдствіе *оскорбленія*, обиды словомъ или дѣйствіемъ ¹⁾; 2) строго-личныя права, принадлежащія лишь извѣстнымъ лицамъ; напр., права на средства жизни (*alimenta*), принадлежащее прямому родственнику; 3) имѣется любопытное постановленіе, запрещающее передачу требованія „болѣе сильнымъ міра сего“ (*potentiores*), чтобъ не свести къ нулю защиту должника въ гражданскомъ процессѣ (*Cod. 2. 14*); 4) имѣютъ силу особы соглашенія контрагентовъ о томъ, чтобъ требованіе кредитора не передавалось третьему лицу (*pactum de non cedendo*); 5) спорныя требованія (*nomina litigiosa*) не могутъ быть передаваемы, параллельно постановленію о томъ, что спорныя вещи не могутъ быть предметомъ традиціи (выше стр. 76) и въ нѣк. др. сл.

III) *Взаимныя отношенія субъектовъ* цессіи сводятся къ тремъ слѣдующимъ; между цедентомъ и цессіонаріемъ, между цедентомъ и должникомъ. (*debitor cessus*), между цессіонаріемъ и должникомъ.

Отношенія цедента къ цессіонарію, коротко говоря, такого рода: цедентъ, передавъ долговое требованіе, долженъ, насколько возможно *содѣйствовать* цессіонару въ дѣлѣ осуществленія переданнаго обязательства, при взысканіи съ должника. Затѣмъ, если цедентъ *послѣ передачи* требованія получить *удовлетвореніе* отъ должника, онъ обязанъ выдать его цессіонару ²⁾. Въ частности, цедентъ, передающій *возмездно* свое право требованія (продающій его), отвѣчаетъ предъ цессіонаромъ, такъ сказать, за юридическую годность требованія (*non en verum*), т. е., за то, что *юридически* возможно получить удовлетвореніе съ должника ³⁾; но онъ не отвѣчаетъ

¹⁾ Иски объ оскорбленіи называются *actiones vindictam spirantes*. О непередаваемости ихъ въ fr. 28 D 47. 10.

²⁾ Fr. 23 § 1 D 18. 4: *nomini venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur*.

³⁾ Fr. 4 D 18. 4: цессіонарій отвѣчаетъ за то, что есть должникъ (*debitorem autem esse praestare*), а не за то, что онъ состоятеленъ (*locupletem esse debitorem non debere praestare*).—При безвозмездной цессіи цедентъ ни за что не отвѣчаетъ.

за фактическую возможность (*poter bonum*), т. е., за то, что на самомъ дѣлѣ удовлетвореніе будетъ получено.

Отношенія цедента къ должнику, строго говоря, остаются неизмѣнными, такъ какъ на цессіонара переходитъ только осуществленіе права (*exercitium iuris*) цедента, а не самое право его. Но для того, чтобъ гарантировать практическую осуществимость требованія въ пользу цессіонара, цедентъ немедленно, по совершеніи цессіи, долженъ увѣдомить (*denuntiare*) о ней должника ¹⁾. И вотъ, послѣ такого увѣдомленія (*denuntiatio*) должникъ обязанъ исполнять требованіе (*ius exigendi*) только одного цессіонара.

Отношеніе цессіонара къ должнику разсматриваются съ точки зрѣнія договора порученія (*mandatum*), при помощи котораго, какъ мы видѣли, конструируется цессія въ римскомъ правѣ. Поэтому, на цессіонара, какъ-бы на повѣреннаго цедента, переходятъ всевозможныя привилегіи, какія принадлежатъ цеденту. Если, на примѣръ, казна, имѣющая право залога въ имуществѣ должника, передаетъ свое долговое требованіе частному лицу, на послѣдняго переходитъ и помянутое право залога. Но за то цессіонарій не можетъ пользоваться въ процессѣ съ должникомъ лично ему принадлежащими привилегіями (ибо онъ, съ формальной стороны, осуществляетъ право чужое, цедента). — Съ другой стороны, въ свою очередь, *debitor cessus* можетъ пользоваться противъ цессіонарія всѣми тѣми возраженіями (*exceptiones*), какія принадлежали ему противъ цедента; вѣдь, обязательство должника, строго говоря, оставалось неизмѣннымъ: поэтому должникъ не долженъ былъ терпѣть невыгоды отъ того, что взыскивалъ съ него долгъ не самъ кредиторъ, а другое лицо (какъ-бы по порученію кредитора).

Еще, говоря о цессіи, слѣдуетъ отмѣтить законъ *Анастасія* (императорская конституція 506 г.), касающійся размѣра *продаваемыхъ* требованій. *Lex Anastasiana* была направлена противъ „гешефтовъ“ тѣхъ спекулянтовъ, которые перекупали за безцѣнокъ долговья требованія въ надеждѣ на полное взысканіе съ должника. По данному закону, цессіонарь, приобрѣвшій требованіе за меньшую сумму, могъ искать съ

¹⁾ Увѣдомленія не требуется при продажѣ наслѣдства (*venditio hereditatis*), такъ какъ наслѣдники могутъ и не знать о личности и жилищѣ должниковъ наслѣдодателя. Ср. 17 D 2. 15.

должника только то, что онъ самъ заплатилъ ¹⁾. Однако практика не преминула создать такой обходъ закона: при продажѣ за меньшую сумму разность (недостатокъ до номинальной цѣны) дарилась цедентомъ цессионару; дареніе же не подлежало дѣйствию закона Анастасія, содержащаго постановленіе лишь о куплѣ. Юстиніанъ призналъ ничтожнымъ и такое дареніе (*figurata donatio*, 23 С. 4. 35).

Познакомившись съ движеніемъ обязательства въ неизмѣнномъ видѣ (въ формѣ цессіи), скажемъ далѣе, о движеніи обязательствъ съ измѣненіемъ существа ихъ; скажемъ о новаци, обновленіи обязательствъ.

Б) *Novatio* ²⁾ или *обновленіе* обязательства бываетъ при заключеніи новаго обязательства, замѣняющаго прежнее обязательство. Напримѣръ, покупатель выдаетъ продавцу, по принятіи товара, вексель; значить, онъ становится обязаннымъ не по договору купли, а по вексельному договору; вексель замѣняетъ куплю-продажу.

Въ литературѣ существуетъ споръ о томъ, какъ смотрѣть на новацию: есть ли она простое измѣненіе стараго обязательства, или она представляетъ собою новообразование. Съ экономической точки зрѣнія вѣрнѣе видѣть одно измѣненіе, такъ какъ прежнее содержаніе пополняетъ новое обязательство. Съ юридической точки зрѣнія имѣется скорѣе новообразование, ибо новое обязательство вполнѣ замѣщаетъ старое.

Опредѣленіе римлянъ гласило: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem (vel civilem vel naturalem) transfusio atque translatio (hoc est quum ex praecedenti causa ito constituitur, ut prior perimatur* ³⁾).

Какъ въ настоящее время разнообразныя обязательства (по куплѣ, найму, даренію и мн. др.) сплошь и рядомъ превращаются контрагентами въ долги по векселю, такъ и въ Римѣ зачастую всякія обязательства новировались стипуляціей. Формой новаци была, именно, стипуляція (до Юстиніана, кромѣ того, еще письменный контрактъ).— Назовемъ условія, послѣдствія и виды новаци.

¹⁾ L. 22 С. 3. 35: usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum etc.

²⁾ *Saepius*, die Novation und Delegation nach röm. R., 1864, *Gide*, études sur la novation et le transport des créances en droit romain, 1879.—D. 46. 2: de novationibus et delegationibus (Cod. 8. 41).

³⁾ Fr. 1 pr. D 46. 2.

I) *Условія новації* суть слѣдующія: старое и новое обязательство, намѣреніе совершить новацію (*animus novandi*).

Во первыхъ, необходимо *прежнее* обязательство. Если прежнее обязательство ничтожно, новація недействительна ¹⁾. Но прежнее обязательство можетъ быть и *obligatio naturalis* (1 § 1 D 46. 2).

Во вторыхъ, требуется новое обязательство въ формѣ стипуляціи. Въ этомъ новомъ обязательствѣ должно быть что-либо новое, *aliquid novi* (§ 3 I. 3. 29). Измѣненіе можетъ быть крайне разнообразнымъ: новая форма (превращеніе неформального обязательства въ формальное, стипуляцію), прибавленіе какого-либо срока или условія, присоединеніе новыхъ субъектовъ (поручителей) и т. д.

Въ третьихъ Юстиніаново право требуетъ *animus novandi*—намѣреніе контрагентовъ совершить новацію. Этому условія не знало классическое римское право. По словамъ-же Юстиніана, новая сдѣлка замѣняетъ старую только тогда, когда въ сдѣлкѣ нарочно выраженъ *animus novandi* контрагентовъ. Если-же такого намѣренія контрагентовъ изъ новой сдѣлки нельзя вывести, то остается въ силѣ и прежняя сдѣлка, такъ что получаются два раздѣльные обязательства ²⁾.

II) *Дѣйствіе новації* двояко: уничтоженіе прежняго, появленіе новаго обязательства. Что касается разныхъ добавочныхъ элементовъ прежняго обязательства: залога, ипотеки, привилегій и т. д.,—всѣ они, по общему правилу, не переходятъ въ составъ новаго обязательства. Только по соглашенію можетъ быть сохранена привилегія кредитора и въ новомъ обязательствѣ. Напримѣръ, кредиторъ, имѣющій за собой старшинство по залому, сохраняетъ его по соглашенію съ должникомъ и въ новомъ обязательствѣ; этотъ случай технически называется преемствомъ въ собственномъ положеніи (*successio in suum locum*) ³⁾.

По особому соглашенію еще возможна такъ-называемая *условная новація* (*bedingte Novation*), когда сила новаго обя-

¹⁾ Она можетъ быть дѣйствительна тогда, когда новирующій должникъ зналъ о ничтожности своего обязательства и все-таки далъ обѣщаніе; значитъ, онъ совершилъ дареніе.

²⁾ L 8 C. 8 42:—*nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint* etc.—Вопросъ объ *animus novandi*—очень споренъ въ литературѣ (отъ глоссаторовъ).

³⁾ О немъ рѣчь въ fr. 3 pr. D 20. 4.

зательства ставится въ зависимость отъ исполненія такого-то условія (если такое-то лицо получить наслѣдство, станетъ консуломъ и т. под.); тутъ, при неисполненіи условія, преждее обязательство остается въ силѣ ¹⁾).

Ш) *Виды новации* въ литературѣ различаются смотря по тому, что измѣняется въ прежнемъ обязательствѣ: объектъ или субъекты его. Если измѣненіе касается объекта, то новация называется простой (*novatio simplex*); новация съ субъективнымъ измѣненіемъ называется квалифицированной (*novatio qualificata*).

Въ формѣ новации съ переменной субъектовъ происходитъ *переводъ обязательства*, называемый *делегацией* (*delegatio*) ²⁾. Именно, когда новация состоитъ въ замѣнѣ одного кредитора другимъ, то имѣется переводъ требованія (*delegatio nominis*). Когда же новация заключается въ поступленіи новаго должника на мѣсто стараго, то совершается переводъ долга (*delegatio debiti*).

Во всякой делегации должны быть три лица: 1) тотъ, кто совершаетъ переводъ, называется *delegans*; 2) тотъ, на кого совершается переводъ, — *delegatarius*; 3) должникъ по новому обязательству — *delegatus*. Напримѣръ, кредиторъ (*delegans*) отдаетъ приказъ должнику (*delegatus*) о томъ, чтобъ онъ обѣщаль совершить платежъ такому-то третьему лицу (*delegatarius*, — должникомъ котораго состоитъ кредиторъ и т. под.).

Если третье лицо вступаетъ въ новое обязательство въ качествѣ должника, не будучи къ тому обязаннымъ или побуждаемымъ со стороны должника прежняго обязательства, въ этомъ случаѣ новация называется — *expromissio* (о ней упоминалось прежде, стр. 203). Тѣмъ и отличается делегация отъ экспромиссии, что при делегации отдается приказъ прежнимъ субъектомъ обязательства третьему лицу о вступленіи послѣдняго въ новое обязательство, а при экспромиссии принятіе долга третьимъ лицомъ совершается по собственному почину.

Все, что мы сказали, относится къ такъ-называемой добровольной новации (*novatio voluntaria*). По юридическимъ

¹⁾ Gai, 3, 179. Fr. 14 pr. D 46. 2. *Книер*, Einfluss d. bedingten Novation, 1860. *Ромер*, die bedingte Novation, 1863.

²⁾ *Бернштейнъ*, о делегации по римскому праву, 1870.

послѣдствіямъ съ ней тождественна *novatio necessaria*. Ее допускали римскіе классическіе юристы въ гражданскомъ формулярномъ процессѣ: моментъ полученія преторской формулы тяжущимися (*litis contestatio*) разсматривался какъ-бы обновленіемъ юридическаго отношенія между сторонами. Съ этого момента прежнее (матеріальное) отношеніе ихъ превращалось въ новое, процессуальное обязательство, по которому они соглашались подчиниться судебному рѣшенію по данному дѣлу (общая часть, стр. 259) ¹⁾.

Новація, въ виду того, что она уничтожаетъ прежнее обязательственное отношеніе, разсматривается въ учебникахъ, какъ одинъ изъ способовъ прекращенія обязательствъ. Такимъ образомъ, мы подошли къ вопросу о прекращеніи обязательствъ.

Отдѣлъ девятый. Прекращеніе обязательствъ.

Обязательственное отношеніе отличается временнымъ характеромъ. Во многихъ случаяхъ оно прекращается: въ случаѣ исполненія, отказа кредитора отъ его права требованія (сложеніе долга), невозможности исполненія и въ др. случаяхъ. Самый обыкновенный способъ прекращенія представляетъ собою исполненіе обязательства. О немъ и поведемъ рѣчь; а затѣмъ, свяжемъ о суррогатахъ исполненія, еще о другихъ способахъ прекращенія и въ концѣ остановимся на принудительномъ исполненіи.

А) *Исполненіе* называется *solutio* (Dig. 46. 6, Cod. 8. 43: de solutionibus et liberationibus). О немъ слѣдующее говорятъ источники (176 D 50. 16): *solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit*, т. е., совершившимъ исполненіе мы называемъ того, кто сдѣлалъ то, что обѣщалъ. Значитъ, *предметъ* исполненія долженъ быть тождественъ, по общему правилу, съ предметомъ обязательства. Затѣмъ, что касается субъектовъ, то должно различать личность исполняющаго и получающаго: 1) личность *исполняющаго* имѣетъ значеніе въ извѣстныхъ случаяхъ, когда, напримѣръ, должникъ, въ ка-

¹⁾ Данная классическая теорія, описанная Гаемъ (3, 180), потеряла свое значеніе ко времени Юстиніана, когда было призвано, что и послѣ *litis contestatio* можно опираться на прежнее юридическое отношеніе; напримѣръ, предъявлять *exceptio scilicet Velleiani*. Ср. Баронъ, система, § 267.

честь опытнаго мастера, лично взялся выполнить заказ; въ другихъ случаяхъ исполненіе можетъ послѣдовать и отъ другого лица, дѣйствующаго отъ имени должника (38 D 5. 3); 2) личность *получающаго* также существенна; но нерѣдко третье лицо можетъ получить удовлетвореніе за кредитора отъ лица. (*negotiorum gestor*), дѣйствующаго въ интересахъ кредитора¹⁾. Контрагенты иногда, при заключеніи договора, опредѣляли то лицо, которое бралось получить удовлетвореніе отъ должника вмѣсто кредитора; въ такомъ случаѣ обѣщаніе должника давалось на вопросъ кредитора: *mihi aut Seio dare spondes* (§ 47 I. 3. 19); это придаточное лицо называлось *solutionis causa adiectus*.

Въ удостовѣреніе исполненія можетъ быть получена *рописка въ платежъ* (*аросча, securitas*). По постановленію Юстиніана (14 С. 4. 30) такая росписка имѣетъ безспорную силу послѣ 30 дней со времени полученія (въ теченіе же 30 дней ее можно оспаривать)²⁾.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ должнику дается закономъ *отсрочка* въ платежѣ: напримѣръ, наслѣднику, обязанному платить долги наслѣдователя (105 D 46. 3). Затѣмъ, собраніе кредиторовъ можетъ постановить по большинству объ отсрочкѣ (не болѣе, какъ на 5 лѣтъ—8 С. 7. 71). Наконецъ, можетъ быть дана отсрочка платежа по императорскому рескрипту въ пользу должника, за котораго выступаютъ поручители предъ его кредиторами (2. 4. С. 1. 19); такая отсрочка называется *moratorium*.

Б) *Суррогаты исполненія* многочисленны. Именно, нерѣдко обязательство прекращается способами, содержащими удовлетвореніе кредитора не въ видѣ *solutio*, а въ иной формѣ: *datio in solutionem*, *compensatio* (зачетъ), *acceptilatio* (сложеніе долга), *novatio*. Разсмотримъ первые три способа (новация нами изложена въ предъидущемъ отдѣлѣ).

1) *Datio in solutionem*³⁾ — предоставленіе должникомъ

¹⁾ Исполненіе дѣйствительно, если, конечно, *negotiorum gestor* передаетъ платежъ кредитору или если послѣдній выразитъ согласіе на него (*ratihabitio*).

²⁾ Любопытный случай, когда должникъ, у котораго нѣсколько долговъ, представляетъ платежъ, недостаточный для покрытія всѣхъ долговъ. Возникаетъ вопросъ: какой долгъ погашается? Вотъ, порядокъ рѣшенія вопроса: 1) по опредѣленію должника; 2) по опредѣленію кредитора при приемѣ платежа; 3) прежде всего погашеніе %; 4) погашеніе срочныхъ и старѣйшихъ долговъ. Ср. Dernburg, II, § 55.

³⁾ Römer, die Leistung an Zahlungsstatt, 1866.

кредитору другого предмета, взаѣмнѣ обѣщаннаго, возможно только съ согласія кредитора (*datio in sol. voluntaria*) ¹⁾. Кроме того, Юстиніаномъ было постановлено (Nov. 4 с. 3) слѣдующее: если при взысканіи долга должникъ, имѣющій земельный участокъ, не найдетъ выгоднаго покупателя, чтобы на счетъ цѣны удовлетворить взыскателя, онъ имѣетъ право передать землю кредитору въ уплату по судебной оцѣнкѣ ея; слѣдовательно, тутъ имѣется *datio in sol. necessaria*.

П) *Формальное сложеніе дома.*, называемое *acceptilatio*, происходило въ видѣ словеснаго обязательства: должникъ спрашивалъ по установленной формулѣ: *quod ego tibi promisi habesne acceptum?* Кредиторъ отвѣчалъ: *habeo*. Такая формальность была въ порядкѣ вещей.

Дѣло въ томъ, что по требованіямъ гражданского права, всякое обязательство прекращалось съ соблюденіемъ формальностей, аналогичныхъ заключенію обязательства (35 D 50. 17). Такъ, консенсуальные договоры, заключаемые *nudo consensu*, прекращались простымъ выраженіемъ обратной воли (*contraria voluntate dissolvuntur*, § 4 I. 3. 29). Словесному-же обязательству, стипуляціи, соответствовала настоящая форма прекращения — *acceptilatio*. Она была въ большомъ ходу, потому что стипуляція была наиболѣе распространеннымъ договоромъ. Въ современномъ правѣ ея нѣтъ; значеніе ея перешло къ роспискѣ (квитанціи) кредитора въ принятіи долга.

Ш) *Compensatio* — зачетъ обратнаго требованія ²⁾. Онъ такъ опредѣляется (1 D 16. 2): *compensatio est debiti et crediti inter se contributio* — взаимное распредѣленіе долга и требованія. Когда каждая изъ сторонъ имѣетъ долговое требованіе на другую, тогда долгъ одной, по зачету, совершенно или частью погашается долгомъ другой.

Гражданское право не допускало зачета обратныхъ требованій, такъ какъ каждое обязательство, строго говоря, должно было быть самостоятельно выполнено. Впервые, въ видѣ

¹⁾ Между Сабинянами и Прокуляпцами былъ споръ: прекращаетъ-ли *datio in sol.* обязательство *ipso iure* или *ope exceptonis*. По Юстиніану — *ipso iure*. — Также споренъ вопросъ въ случаѣ, если предметъ, отданный въ уплату, оказывается чужимъ и хозяинъ его отбираетъ (эвиндируетъ) отъ кредитора: остается ли прежнее обязательство (46 D 46. 3) или кредиторъ, какъ покупатель, можетъ требовать лишь возмѣщеніе интереса отъ должника, какъ отъ продавца (4. С. 8. 44).

²⁾ Dig. 16. 2; Cod. 4. 31: *de compensationibus* (Gai inst. 4. 61). *Dernburg*, die Compensation, 2-е изд. 1868. *Eiseler*, die Compensation, 1876. *Desjardins*, de la Compensation, 1864.

исключенія, зачетъ былъ допущенъ въ двухъ случаяхъ: 1) банкиръ (*argentarius*), выступающій съ искомъ противъ своего кліента, долженъ былъ *agere cum compensatione*, т. е., засчитать въ сумму иска обратныя требованія на него самого; 2) также долженъ былъ поступить *bonorum emptor* — оптовый покупатель въ конкурсѣ всего имущества несостоятельнаго должника, если онъ предъявлялъ искъ къ кредиторамъ конкурса. Затѣмъ, былъ допущенъ зачетъ въ «судахъ по доброй совѣсти» (*iudicia bonae fidei*), если встрѣчныя обязательства вытекали изъ одного основанія (*ex pari causa* — купли-продажи и т. д.). Наконецъ, по рескрипту Марка Аврелія зачетъ сталъ примѣняться и въ *iudicia stricti iuris* по всякимъ требованіямъ.

Зачетъ совершается посредствомъ *exceptio*: должникъ возражаетъ противъ иска, выставляя свое встрѣчное требованіе ¹⁾).

1) *Условія* зачета такого рода. Во-первыхъ, требованія должны быть *противоположными*. Во-вторыхъ, оба требованія должны быть *однородными*; напр., оба суть денежные требованія, или объ одномъ и томъ-же предметѣ; но они могутъ имѣть различное юридическое основаніе (*ex dispari causa*). Въ третьихъ, требованія должны быть *вполнѣ действительными*; при этомъ, встрѣчное требованіе можетъ представлять, собою естественное обязательство (*obligatio naturalis*). Въ четвертыхъ, требованія должны быть *срочными* (7 D 16. 2: — *non compensabitur, antequam dies venit*—).

Юстиніанъ еще упоминаетъ (14 § 1 C. 4. 31; § 30 I. 4. 6) относительно *causa liquida*, какъ объ условіи компенсаціи. Подъ нею понимается, по видимому, то, чтобы требованіе было безъ труда доказываемымъ. Степень доказательности рѣшается судьей. Поэтому, судья, усматривающій сложность, многотрудность доказыванія обязательства, можетъ не принять его къ зачету ²⁾).

Не допускался зачетъ: 1) если отъ отвѣтчика требуютъ того, чѣмъ онъ завладѣлъ противозаконно (*vi, clam, pecunia*); 2) если отъ отвѣтчика требуютъ возврата поклажи (онъ не

¹⁾ Что-же значитъ выраженіе источниковъ: *ipso iure compensari*? Это — спорный вопросъ въ литературѣ. Правдоподобно такое объясненіе: засчитать въ силу предписанія закона, а не по усмотрѣнію судьи. Ср. *Ubbelohde über den Satz; ipso iure compensari*, 1858.

²⁾ Вполнѣ доказанными считаются требованія, опирающіяся на судебное рѣшеніе, официальные документы или на судебное призваніе должника.

можетъ противопоставить свое какое-либо требованіе); 3) если отъ отвѣтчика требуютъ уплаты алиментовъ (въ пользу отца, матери и т. д.).

2) *Дѣйствіе* зачета состоитъ въ томъ, что оба равныя засчитанныя требованія погашаются (4 С. 4. 31:—*pro soluto compensationem haberi oportet*—); относительно-же остатка отъ большаго требованія (за вычетомъ меньшаго) продолжается прежнее обязательство.

Если у кредитора или должника нѣсколько взаимныхъ требованій, отъ нихъ самихъ зависитъ опредѣлить, какія требованія они желаютъ подвергнуть компенсаціи.

В) *Иные способы прекращенія* обязательствъ, не содержащія истиннаго удовлетворенія кредитора, также многочисленны. Они могутъ заключаться въ субъективныхъ или объективныхъ измѣненіяхъ обязательства, въ измѣненіи основанія (*causa*) его и т. д. Назовемъ нѣкоторые изъ такихъ способовъ:

если права и обязанности, вытекающія изъ одного и того-же обязательства, соединяются въ одномъ лицѣ, (должника или кредитора); напр., должникъ наследуетъ кредитору; этотъ способъ прекращенія называется *confusio*;

если становится явно невозможнымъ выполненіе обязательства; напр., случайно погибаетъ *видовая* вещь (*res in specie*), составляющая предметъ обязательства;

въ случаѣ, называемомъ *concursum causarum lucrativarum* (совпаденіе требованій одного и того-же предмета, опирающихся на два безмездныя, прибыльныя основанія обязательства). Тутъ разумѣется такой случай: нѣкто, положимъ, имѣетъ уже право требованія по договору даренія, и онъ-же получаетъ другое право относительно той-же вещи по завѣщанію (даритель отказываетъ ту-же вещь, какъ легать, въ завѣщаніи); второе обязательство не приводится въ исполненіе;

контрагенты заключаютъ добавочный договоръ, въ которомъ кредиторъ отказывается отъ права требованія (*pactum de non petendo*); такой договоръ могъ быть заключенъ въ отношеніи извѣстныхъ лицъ (*in personam*—отказъ требованія съ такого-то лица) или въ отношеніи всѣхъ безотносительно (*in rem*).

Въ заключеніе обзора способовъ прекращенія обязательствъ скажемъ о принудительномъ исполненіи (по суду), въ виду того, что ему могутъ сопутствовать нѣкоторыя отношенія, представляющія большой интересъ для юриста.

Г) *Принудительное исполненіе* имѣеть мѣсто въ случаѣ 1) отказа или невозможности удовлетворенія при *неоплатности* должника. Въ этомъ случаѣ судъ производитъ взысканіе долга. Въ уплату поступаетъ все наличное имущество должника; лишь немногія лица пользуются льготой въ этомъ отношеніи. Далѣе, такое взысканіе осложняется соучастіемъ нѣсколькихъ кредиторовъ, т. назыв. *конкурснымъ производствомъ*. Кромѣ того, судебное взысканіе иногда затрудняется разными сдѣлками должника, отчуждающаго свое имущество въ ущербъ кредиторамъ. Отдѣльно скажемъ: 1) о льготѣ *посильной отвѣтственности за долги* (*beneficium competentiae*); 2) объ отвѣтственности *наличнымъ обогащеніемъ*; 3) о *конкурсѣ* и 4) о *правѣ кредитора опровергать сдѣлки должника, заключенныя въ ущербъ кредитора* (это право осуществляется посредствомъ *actio Pauliana*).

Г) *Льгота посильной отвѣтственности* (*beneficium competentiae*) ¹⁾ состояла въ томъ, что должникъ, отвѣчая предъ кредиторомъ, не свыше своего наличнаго состоянія (*in id quod facere potest*), былъ свободенъ отъ личнаго задержанія за долги, да кромѣ того, отъ него не отбиралась такая часть имущества, которая была необходима ему для существованія (*ne egeat*) ²⁾.

Настоящая льгота практиковалась по римскому праву: во *первыхъ*, въ отношеніяхъ *близкихъ людей*. Такъ, ею пользовались: восходящіе родственники (отецъ, дѣдъ и др.) по *долговымъ требованіямъ* съ нихъ со стороны нисходящихъ, *патроны* по требованіямъ *либертовъ*, *супруги* во взаимныхъ отношеніяхъ во время брачной жизни, *отвѣчающій мужъ* по иску о *возвратѣ приданаго* (*actio rei uxoriae*), *сотоварищи* (*socii*) по иску изъ договора товарищества (*actio pro socio*). Во *вторыхъ*, *beneficium competentiae* принадлежала лицамъ *привилегированнаго сословія* въ римской имперіи: *сенаторамъ* и *военному сословію*. Въ *третьихъ* имѣются нѣкоторые отдѣльные случаи: *объединившій даритель* (т. е. *объщавшій*

¹⁾ *Ефимовъ*, *посильная отвѣтственность должника*, 1888.

²⁾ Эта льгота имѣла свою исторію: 1) до II вѣка она включала одинъ первый элементъ—судебное присужденіе долга не свыше наличнаго имущества (*condemnatio in id quod debitor facere potest*); 2) отъ II вѣка присоединялся второй элементъ—предоставленіе должнику *aliquid sufficiens* (*ne egeat*).

3) подарокъ) несетъ льготную отвѣтственность предъ одареннымъ, и нѣк. др. ¹⁾.

II) *Отвѣтственность наличнымъ обогащеніемъ* выражается въ источникахъ словами: in quantum (genus) locupletior factus est. Напримѣръ, несовершеннолѣтній принялъ на себя обязательство; актъ, обязывающій несовершеннолѣтняго, недействителенъ, но онъ отвѣчаетъ на столько, на сколько на самомъ дѣлѣ обогатился на счетъ контрагента (выдавшаго ему, положимъ, часть цѣны заказа и т. под.).

Сущность данной льготы состоитъ въ слѣдующемъ, По общему правилу, сумма искового требованія опредѣляется съ точки зрѣнія убытковъ истца. Истецъ взыскиваетъ недостающее у него имущество и всѣ тѣ приращенія, которыя онъ самъ получилъ-бы съ него за время нахождения имущества въ рукахъ отвѣтчика. Напримѣръ, взыскивается вся сумма, данная займа, и всѣ проценты съ нея. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по исключительнымъ соображеніямъ, размѣръ отвѣтственности опредѣляется не съ точки зрѣнія интересовъ пострадавшаго истца, а съ точки зрѣнія дѣйствительнаго, наличнаго обогащенія отвѣтчика: отвѣтчикъ, каковы-бы ни были убытки истца, платится лишь на столько, на сколько его имущество на самомъ дѣлѣ увеличилось на счетъ истца; собственнымъ-же имуществомъ, помимо наличнаго обогащенія, онъ не отвѣчаетъ.

Мотивы, по которымъ допускалась эта смягченная отвѣтственность, довольно разнообразны: Сюда относятся: добровольное поведеніе отвѣтчика, несостоящаго въ обязательственномъ отношеніи съ истцомъ, несовершеннолѣтіе, исковая давность и нѣк. др. ²⁾.

III) *Конкурсное право* ³⁾ обнимаетъ совокупность юридическихъ положеній, регулирующихъ удовлетвореніе нѣсколькихъ кредиторовъ изъ имущества неоплатнаго должника.

¹⁾ Выраженіе: beneficium competentiae—новѣйшаго происхожденія; въ 17 вѣкѣ говорили: condemnatio in id quod competit,—отсюда beneficium competentiae. Въ современномъ правѣ льготная отвѣтственность пользуется еще большимъ признаніемъ: нѣкоторыя вещи не подлежатъ аресту (бѣлье, утварь, земледѣльческія орудія, скоть и т. д.), изъ жалованья дѣлаются лишь вычеты на покрытіе долговъ и т. под.

²⁾ Jacobi, der Rechtsbegriff d. Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen (Jahrb. f. d. Dogmatik, IV), *Гриммъ*, очерки по ученію объ обогащеніи, I, 1890. *Полетаевъ*, иски изъ наличнаго обогащенія (Журн. Гр. и Угол. пр., 1892).

³⁾ *Мальшевъ*, историческій очеркъ конкурснаго процесса, 1871.

Оно состоитъ изъ 2 частей: матеріальнаго и формальнаго конкурснаго права. Матеріальное право содержитъ свѣдѣнія о случаяхъ признанія несостоятельности и о судьбѣ имущества, независимо отъ процессуальныхъ формъ. Формальное конкурсное право имѣетъ въ виду лишь необходимыя судебныя формы.

Когда *открывается* конкурсъ? По римскому праву конкурсное производство открывается: 1) въ случаѣ неудовлетворенія по *судебному рѣшенію*; 2) въ случаѣ *добровольной уступки* всего имущества неоплатнымъ должникомъ въ пользу кредиторовъ (*cessio bonorum*),—такая уступка, облегчавшая кредиторамъ опредѣленіе актива должника, давала льготы должнику: свободу отъ безславія (*infamia*) и *beneficium competentiae*; 3) въ случаѣ смерти должника, у котораго нѣтъ наслѣдниковъ, а много кредиторовъ; 4) въ случаѣ бѣгства должника (*latitatio*), укрывающагося отъ судебной отвѣтственности.

Что дѣлается съ *имуществомъ должника*? Прежде всего совершается вводъ собравшихся кредиторовъ во владѣніе имуществомъ (*missio in bona*) неоплатнаго должника. Затѣмъ, имущество продается оптомъ одному лицу (*bonorum emptor*); послѣдній, почитаемый общимъ преемникомъ, долженъ былъ въ размѣрѣ опредѣленной цѣны удовлетворить кредиторовъ, сообразно ихъ претензіямъ.—Въ виду того, что *оптовая* продажа (*bonorum emptio*) не такъ была выгодна, да и не всегда легко было найти оптоваго покупателя, впоследствии она замѣняется *розничной* продажей имущества (*bonorum distractio*), которою завѣдуетъ лицо (*curator bonorum*), выбираемое кредиторами ¹⁾.

Но нѣкоторыя требованія предпочитаютъ другимъ въ конкурсѣ. Именно, считаются *привилегированными* (имѣется *privilegium exigendi*—75 D 23. 9): 1) расходы по погребенію должника; 2) необходимый ремонтъ зданій; 3) требованія казны, императора, городскихъ общинъ, жены о приданомъ и нѣк. др. Далѣе, вообще, кредиторы, имѣющіе залоговое право, удовлетворяются изъ заложеннаго имущества ранѣе другихъ, на долю которыхъ идетъ остатокъ послѣ

¹⁾ До IV вѣка *distractio bonorum* практиковалось, въ видѣ льготной мѣры, только въ отношеніи нѣкоторыхъ лицъ: сенаторовъ, несовершеннолѣтняго должника, надъ имуществомъ умершаго до вызова наслѣдниковъ.

полнаго удовлетворенія первыхъ. Наконецъ, нѣкоторыя требованія (штрафныя взысканія) удовлетворяются послѣ всѣхъ остальныхъ.

IV) *Actio Pauliana* ¹⁾ — судебное средство защиты кредиторовъ противъ всякихъ способовъ ²⁾ намѣреннаго умаленія имущества должниками въ ущербъ интересовъ кредиторовъ (*in fraudem creditorum*) ³⁾. Положимъ, должникъ, незадолго до конкурса, продаетъ за безцѣнокъ или даритъ имущество родственникамъ, чтобъ оно не досталось кредиторамъ. Вотъ, послѣдніе и могутъ опорочивать сдѣлки даннаго рода, совершенныя должникомъ.

Условія настоящаго иска суть слѣдующія: 1) *умаленіе* имущества должникомъ, въ видѣ ли передачи тѣлесныхъ вещей, права требованія или принятія на себя обязанности или намѣренное установленіе залога въ пользу кредитора, не имѣвшаго залогового обезпеченія; 2) *намѣреніе* обойти интересы кредиторовъ (*consilium fraudandi*); въ безсѣдныхъ сдѣлкахъ оно можетъ быть и неизвѣстно соучастнику должника, а въ сдѣлкахъ возмездныхъ послѣдній отвѣчаетъ только тогда, когда оно ему было извѣстно; 3) *дѣйствительный* вредъ, нанесенный кредиторамъ. Споренъ вопросъ о томъ, можно ли признать недѣйствительнымъ предпочтительный платежъ (по срочному требованію) должникомъ одному изъ кредиторовъ. Большинство отвѣчаютъ отрицательно.

Искомъ можетъ быть кредиторъ, имѣвшій уже требованіе въ моментъ порочной сдѣлки; отъ имени кредиторовъ можетъ дѣйствовать *curator bonorum*.

Отвѣтчикомъ является соучастникъ должника, знающій объ его умыслѣ (*fraus*), или самъ должникъ. Онъ обязанъ вернуть имущество со всѣми приращеніями (38 § 4 D 21. 2: *ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*) ³⁾.

¹⁾ Dig. 42. 8. Cod. 7. 75.—*Otto*, die Anfechtung etc., 1881. *Гольмстенъ* о правѣ кредитора опровергать юрид. акты и т. д., 1894.

²⁾ До Юстиніана кромѣ *actio Pauliana* еще упоминаются *interdictum fraudatorium*, *actio in factum*. Отношеніе этихъ судебныхъ средствъ между собою очень неясно въ источникахъ и спорно въ литературѣ.

³⁾ Искъ дѣйствуетъ въ теченіе года (*annus utilis*); послѣ года отвѣтственность ограничивается наличнымъ обогащеніемъ (*in quantum locupletior factus est*). Съ такимъ-же ограниченіемъ отвѣчаютъ (и до истеченія года) добросовѣстные приобретатели имущества, отчужденнаго должникомъ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Отдѣльныя обязательства.

Намъ извѣстна римская классификація обязательствъ: *obligationes ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu, quasi ex delicto*. Давая оцѣнку настоящей классификаціи (выше, стр. 169), мы замѣтили, что она неполна и значительно устарѣла. Сдѣлаемъ въ ней пополненія и отстранимъ устарѣлыя мѣста. Въ этомъ смыслѣ въ ней надо добавить пятую категорію: *obligationes ex lege*—и устранить различіе, нынѣ не имѣющее значенія, между *contractus* и *facta*. Такъ мы и поступимъ, слѣдуя при изложеніи отдѣльныхъ обязательствъ дѣленію ихъ на пять категорій.

Въ свою очередь, *obligationes ex contractu* раздѣляются на четыре группы: словесныя и письменныя, реальныя и консенсуальныя обязательства. Начнемъ съ двухъ первыхъ группъ.

Отдѣлъ первый. Словесный и письменный договоры.

А) *Стипуляція* ¹⁾. Это есть словесный договоръ, обязательная сила котораго заключается въ опредѣленныхъ словахъ, произносимыхъ контрагентами. Кредиторъ (*stipulator*) спрашиваетъ, должникъ (*promissor*) отвѣчаетъ. Сдѣланъ вопросъ, данъ отвѣтъ—имѣется полное основаніе (*causa*) обяза-

¹⁾ *Girtanner*, die Stipulation, 1859. *Karsten*, die Bedeutung der Form. Abt. I:—v. d. Stipulation, 1878.

тельства; другіе акты (передача вещи, совершеніе дѣйствія и т. под.) для дѣйствительности обязательства несущественны.

Сначала требовалось букввальное соотвѣтствіе между вопросомъ и отвѣтомъ; почему и опредѣляли такъ стипуляцію: *stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet; velut „spondes“ spondeo.* (Pavli sent, 2, 3, 1). Кромѣ того, стипуляція долго допускалась только на латинскомъ языкѣ среди однихъ римскихъ гражданъ. Но въ послѣдствіи строгаго соотвѣтствія съ внѣшней стороны между вопросомъ и отвѣтомъ не стали требовать—считалось дѣйствительнымъ всякое словесное соглашеніе, хоть и на греческомъ языкѣ, и даже между перебранными.

Въ виду необходимости словеснаго отвѣта должника на вопросъ кредитора, стипуляція была возможна долгое время только между присутствующими контрагентами. При этомъ, для большей крѣпости договора, стипуляцію записывали. Такихъ письменныхъ актовъ стипуляціи сохранилось немало; они называются обыкновенно *cautiones* (какъ обезпечивающіе требованіе кредитора)¹⁾. А разъ была допущена письменная форма, стипуляція стала практиковаться и между отсутствующими; при чемъ, однако, въ записи предполагалось, что обѣщаніе давалось на предварительное вопрошеніе²⁾.

Обыкновенное названіе иска, вытекающаго изъ стипуляціи, есть *actio ex stipulatu*. Этотъ искъ сначала представлялъ собою искъ на извѣстную сумму (*certa pecunia*) или какой-либо опредѣленный предметъ, почему и назывался еще *condictio* (личный искъ) *certi*; но потомъ, когда было признано юридическимъ обѣщаніе и неполнѣ опредѣленнаго предмета (*incertum*), стипуляціоннымъ искомъ могла быть также *condictio incerti* (имѣющая судебную формулу: *quidquid dare oportere*).

Стипуляція имѣла очень большое значеніе въ римскомъ правѣ, такъ какъ она представляла собою внѣшнюю юридическую оболочку для всякаго рода соглашеній контрагентовъ. Она, именно, была такъ-называемымъ абстрактнымъ обязательственнымъ договоромъ (выше, стр. 175—на подобіе

) Въ нихъ отмѣчалось, что такой-то кредиторъ принялъ обѣщаніе (*stipulatus est, rogavit*) такой-то должникъ далъ обѣщаніе (*spondit*).

²⁾ Запись стипуляціи можно было оспорить, доказавъ то, что контрагенты въ теченіе всего дня (*toto die*), въ который была составлена запись, находились въ другихъ мѣстахъ (*in aliis locis*—§ 12 I. 3. 19).

Handwritten notes: стипуляція, договори

традиціи, этого вещнаго абстрактнаго договора), въ которомъ контрагентовъ связывало самое обѣщаніе, независимо отъ цѣли и основанія его. Въ стипуляціонной формѣ совершались всевозможныя сдѣлки: заемъ, дареніе и т. д. Правда, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ стороны иногда указывали въ стипуляціи на цѣль договора (напр., *tot aureos dotis nomine dare spondes?*), такъ что стипуляція (*stipulatio adiecta causa*) могла имѣть значеніе матеріальнаго договора (какъ зависящая отъ дѣйствительности выраженной *causa*); но все-же, если не было ясно выраженной *causa*, стипуляція продолжала носить значеніе формальнаго договора.—Ея нѣтъ въ современномъ правѣ. Роль ея, какъ мы о томъ прежде говорили, перешла къ современному вексельному договору ¹⁾.

Б) *Письменное обязательство* (*litterarum obligatio*) ²⁾ есть такое, сила котораго заключается въ занесеніи на письмо соглашенія контрагентовъ: именно, въ этомъ обязательствѣ *письменный актъ* составляетъ самое *основаніе* (*causa*) обязательства, на подобіе того, какъ въ стипуляціи обязательная сила содержится въ произносимыхъ вопросахъ и отвѣтахъ. Иначе сказать, письменный актъ считается не только доказательствомъ долга (таковой является, какъ мы видѣли, запись стипуляціи, *cautio*), но и самимъ источникомъ обязательства, такъ что иныя дѣйствія контрагентовъ (передача вещи кредиторомъ и т. под.) не суть способы установленія обязательства.—Надо различать двѣ эпохи въ развитіи письменныхъ обязательствъ у римлянъ: до Юстиніана и при Юстиніанѣ.

До Юстиніана, въ теченіе республики, у римскихъ домохозяевъ и банкировъ (*argentarii*) былъ обычай веденія приходо-расходныхъ или кассовыхъ книгъ (*codices accepti et expensi*) ³⁾. Запись въ этихъ книгахъ разныхъ соглашеній съ контрагентомъ

¹⁾ Стипуляціи, совершаемыя на судѣ, имѣли въ виду обезпеченіе (*cautio*) какого-либо обязательства. Онѣ дѣлились на 3 категоріи: 1) *stip communes*—напр. *cautio rem pupilli salvam fore* (таково обѣщаніе опекуна), *cautio iudicatum solvi*; 2) *stip. praetoriae*—даваемые предъ преторомъ, *in iure* (напр. *cautio damni infecti*); 3) *stip. iudiciales*—передъ *iudex*, *in iudicio* (напр. *cautio de non amplius turbando*).

²⁾ Inst. 3. 21. *Gaillard*, des obligations littérales. *Danz*, Lehrbuch, 2 изд., II, § 151 (контроверзы и литература). *Gneist*, die formellen Verträge. *Voigt*. über die Bankiers etc., 1887.

³⁾ Кромѣ кассовой книги (*codex accepti et expensi*) была еще общая книга, содержащая отиѣтки въ хронологическомъ порядкѣ; оказывалась *libre adversaioum*.

тами и порождала письменное обязательство съ ними. Такъ какъ при такой записи отмѣчалось имя должника, отсюда и долговое требованіе по письменному обязательству называется словомъ: *nomen*. Иногда еще настоящія требованія называются *nomina transcripticia*—переписанныя требованія. При этомъ, Гаемъ (3, 128—134) упоминаются двѣ транскрипціи: 1) *transcriptio a persona in personam*—письменный переводъ долга съ одного лица на другое (представляющій собою обновленіе, новацію, съ перемѣной субъектовъ обязательства); 2) *transcriptio a re in personam*—отмѣтка долга по какому-либо другому основанію (напр., стипуляціоннаго долга) въ качествѣ письменнаго долга (значить, обновленіе заключается въ перемѣнѣ сауса obligationis). Къ концу республики, въ эпоху пошатнувшейся общественной нравственности, не стали вѣрить домашнимъ кассовымъ книгамъ, и потому письменное обязательство въ этой формѣ вышло изъ употребленія.

На смѣну *codices accerti et expensi* въ концѣ республики сперва между peregrinami (а потомъ и между гражданами) распространяются долговые росписки подъ названіемъ: *synggraphum* (съ 2 подписями: должника и кредитора) и *chirographum* (съ подписью одного должника). Они отличались отъ *nomina transcripticia* тѣмъ, что, во первыхъ, не были, какъ *nomina*, *stricti iuris*, и, во вторыхъ, представляя собою простыя росписки, не требовали формальнаго занесенія въ кассовыя книги, которыя велись гражданами въ опредѣленномъ порядкѣ.

При Юстиніанѣ долговая росписка (*cautio de mutuo, chirographum de mutuo*), несомнѣнно, имѣла значеніе *доказательства* существующаго долга *по истеченіи двухъ лѣтъ* со дня выдачи ея. Почему такъ? А потому, что иногда росписка выдавалась должникомъ впередъ, кредиторъ-же не давалъ денегъ; вотъ, должникъ въ 2 года могъ доказывать безденежность обязательства (посредствомъ *querela non numeratae rescriptae* и др. средствъ).

И такъ, несомнѣнно, въ Юстиніановомъ правѣ росписка разсматривалась какъ *доказательство* долга по другому основанію (стипуляціи, договору займа и т. д.). Сверхъ того, спрашивается, могла-ли росписка быть *сама по себѣ основаніемъ* долга (безъ ссылки на какую-либо другую *causa civilis*: данное обѣщаніе, полученныя деньги и т. д.)? По видимому,

Юстинианъ отвѣчалъ утвердительно. Но многіе писатели (Гнейстъ, Баронъ и др.) теперь это оспариваютъ ¹⁾.

Отдѣлъ второй. Реальные договоры.

Реальные договоры (*obligationes quae re contrahuntur*) суть такія, которыя получаютъ силу съ момента²⁾ передачи вещи. Тутъ основаніе договора (*causa*) лежитъ не въ произнесенныхъ словахъ или письменномъ документѣ, а въ совершенной кредиторомъ передачѣ вещи должнику ³⁾. Къ нимъ относятся заемъ (*mutuum*), ссуда (*commodatum*), поклажа (*depositum*), залогъ (*pignus*) и такъ-назв. безыменные договоры (*contractus innominati*). Разсмотримъ ихъ поочереды.

А) *Заемъ* ³⁾ есть договоръ, по которому одно лицо получаетъ въ собственность отъ другого деньги или²⁾ другія замѣнимыя вещи съ³⁾ обязанностью возвратитъ вещи⁴⁾ такого-же качества и количества. Заемъ называется *mutuum* (*mutui datio*); послѣднее слово происходитъ отъ выраженія: *quod de meo tuum fit* ⁴⁾, такъ какъ моя вещь (займодателя) становится твоею (заемщика). Именно, передача права собственности на предметъ займа составляетъ существенный признакъ даннаго договора; этимъ признакомъ заемъ отличается отъ ссуды (*commodatum*), въ которой передается только право пользова-нія вещью. Согласно сказанному опредѣленію заемнаго договора, отношенія по заемному договору представляются въ слѣдующемъ видѣ.

1) *Субъектами* займа являются займода-тель (*mutuo dans*) и заемщикъ (*mutuo accipiens*). Что касается перваго, то, въ виду передачи права собственности при займѣ, займода-тель долженъ быть *собственникомъ* (2 § 4 D 12. 1: *in mutui datione oportet dominum esse dantem*), имѣющимъ право рас-

¹⁾ Inst. 3. 21: *sed fit, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur conditio, cessante scilicet verborum obligatione.*—Смыслъ этого мѣста, дѣйствительно, не безспоренъ.

²⁾ *Ubbelohde*, z. Geschichte d. benannten Realcontracten, 1870.

³⁾ Dig. 12. 1. Cod. 14. 1. (4. 2): *de rebus creditis etc.* *Heimbach*, die Lehre v. creditum, 1849. *Huschke*,—vom Darlehn, 1882. *Barck*, du mutuum en dr. rom., 1880.

⁴⁾ Fr. 2 § 2 D 12. 1: *appellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideos non fiat tuum, non nascitur obligatio.*

поряженія (не пупилломъ. не расточителемъ и т. под.)¹⁾. По исключенію, если несобственникъ выдаетъ вещь лицу, добросовѣстно относящемуся къ вещи, онъ можетъ вчинить къ заемщику личный искъ, въ случаѣ потребленія вещи (называемый *actio de bene deperensis*).

Заемщикъ долженъ быть дѣеспособнымъ лицомъ; поэтому, недѣйствителенъ заемъ несовершеннолѣтнихъ. Заемщикъ обязуется возвратить вещи того-же качества и количества. А когда о возвратѣ въ заемномъ договорѣ не упоминается, то займа не рождается²⁾. Срокъ возвращенія вещей не имѣетъ существеннаго значенія; заемъ можетъ быть безсрочнымъ (до востребованія займодателемъ).

II) *Предметомъ* займа служатъ *замѣнимыя* вещи (*res fungibilis—quae pondere, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata etc.—Gai, 3, 90*), т. е. подлежащія возврату въ томъ-же количествѣ, того-же качества (*tantundem eiusdem qualitatis*). Это—общее правило. Но въ источникахъ говорится и о видовой вещи (*res in specie*), какъ о предметѣ займа: займодатель передаетъ въ собственность заемщика известную вещь (чашу, слитокъ—*lanx, massa auri*) съ тѣмъ, чтобъ послѣдній продалъ ее и вырученную цѣну принялъ взаймы (11 пр. D 12. 1). Такой договоръ въ средніе вѣка назывался *contractus mohatrae*.

Вещь занятая должна быть передана. Передача вещи (*traditio rei*) составляетъ главный моментъ, съ котораго рождается обязательство. Одного соглашенія о предстоящей выдачѣ вещи въ заемъ (*factum de mutuo dando*) недостаточно для возникновенія займа³⁾. И только въ тѣхъ размѣрахъ въ какихъ совершается передача (въ этихъ размѣрахъ объемъ займа нынѣ называется *валютой*), прежде всего обязывается заемщикъ.

Проценты при займѣ необязательны; о нихъ должно быть особое соглашеніе. Но, конечно, они обыкновенно взимались. При Юстинианѣ нормальными полагались 6⁰/₀; за взиманіе излишка (того, что превышаетъ 6⁰/₀), называемаго

¹⁾ Если несобственникъ отдаетъ вещь взаймы, собственникъ можетъ виндцировать ее или, если она потреблена, вчинить *condictio sine causa* (11 § 2 D 12. 1).

²⁾ Въ этомъ случаѣ собственникъ, передавшій вещь, можетъ вернуть искомъ, называемымъ *condictio Iuventiana* (такъ какъ о немъ говорить въ диgestахъ юристъ Iuventius Celsus—32 D 12. 1).

³⁾ Fr. 34 пр. D 17. 1.

лихвой, налагался штрафъ и безчестіе. Кромѣ того, не допускалось взиманіе сложныхъ процентовъ¹⁾. Наконецъ, былъ установленъ maximum процентныхъ денегъ—*alterum tantum*, т. е., сумма выросшихъ процентовъ не должна превышать сумму капитала.

III) Иски по займу принадлежать исключительно займодателю, потому что заемъ есть односторонній договоръ: всѣ обязанности несетъ заемщикъ. Искъ по займу денегъ называется *condictio certi* (т. е. личный искъ на опредѣленную сумму), искъ по займу другихъ вещей—*condictio triticaria* (*triticum*—пшеница). Проценты не входили въ сумму иска; они взыскивались отдѣльными исками (напр., *actio ex stipulatu*).

Кто несетъ рискъ за *случайную гибель* вещи (*casus*)? Рискъ, со времени передачи вещи, несетъ заемщикъ, такъ какъ онъ получаетъ вещь въ собственность (а по общему правилу: *casum sentit dominus*).—Еще скажемъ объ отдѣльныхъ видахъ займа: о займѣ подвластныхъ дѣтей и о морскомъ займѣ.

IV) *Заемъ денежный подвластныхъ дѣтей* былъ регулированъ Македоніанскимъ постановленіемъ сената²⁾. Именно, согласно *actum Macedonianum*, обязательство подвластнаго заемщика есть *obligatio naturalis* (безысковое обязательство): искъ кредитора можетъ быть парализованъ возраженіемъ должника, ссылающагося на *actum Macedonianum* (*exceptio scilicet Macedoniani*), которое лишаетъ кредитора права требованія съ подвластнаго сына. Но если самъ должникъ произведетъ уплату, онъ не можетъ требовать назадъ уплаченное.

Однако въ нѣкоторыхъ случаяхъ *actum Macedonianum* не имѣетъ силы: 1) если отецъ выражаетъ согласіе на заемъ сына, 2) если занятые деньги пошли на пользу отца, 3) если подвластный сынъ выдавалъ себя полновластнымъ лицомъ (*homo sui iuris*), 4) если у подвластнаго сына (солдата, чиновника и т. д.) имѣется собственное имущество (*peculium castrense, quasi-castrense*), 5) если предметомъ займа служить какое-либо иное имущество (не деньги), и въ нѣк. др. сл.

¹⁾ Взиманіе сложныхъ процентовъ (*usurae usurarum*) технически называется романистами *anatocismus* (общ. часть, стр. 123).

²⁾ Dig. 14. 6. Cod. 4. 28. *Dietsel*, d. *actum Macedonianum*, 1856. Оно было издано по поводу убійства подвластнымъ сыномъ (по имени Macedo) отца своего, чтобъ воспользоваться наслѣдствомъ для расплаты съ кредиторами.

V) *Морской заем* ¹⁾ представляет слѣдующую особенность; въ немъ случайная гибель вещи отражается не на заемщикѣ, а на займодателѣ. Именно, займодатель выдаетъ деньги заемщику съ тѣмъ, чтобъ онъ возвратилъ ихъ послѣ благополучнаго переѣзда по морю (деньги, отданныя въ заемъ, называются *res in traiecticia*); въ случаѣ же кораблекрушенія заемщикъ свободенъ отъ отвѣтственности.

Въ виду того риска, которому подвергается вѣритель, ему дозволяется взимать бѣльшіе проценты, сравнительно съ законной нормой: проценты по морскому займу (*foenus nauticum*) доходили до 12⁰/₀.

Цѣль настоящаго договора могла быть различной: ради пересылки денегъ за границу, чтобъ тамъ сдѣлать закупки товаровъ, для ремонта корабля, пострадавшаго во время плаванія, и т. под.

Въ современномъ правѣ нѣтъ *foenus nauticum*; отвѣтственность за рискъ, находившая себѣ выраженіе въ увеличенномъ размѣрѣ процентовъ, нынѣ удовлетворяется договоромъ морского страхованія ²⁾.

Б) *Ссуда* ³⁾ есть договоръ, по которому одно лицо передаетъ другому опредѣленную вещь въ безмездное пользованіе съ тѣмъ, чтобъ получившій вернулъ ее по окончаніи пользованія. Ссуда называется *commodatum* — отъ словъ: *commodo dare* — давать вещь къ выгодѣ другого лица. Тутъ, дѣйствительно, одинъ лишь получающій ссуду извлекаетъ выгоду отъ договора. Отъ займа ссуда отличается: 1) тѣмъ, что переносится одно пользованіе вещью, 2) признакомъ безмездности, 3) предметомъ ссуды является *res in specie* (а предметомъ займа — *res fungibilis*). Разсмотримъ признаки истинной ссуды.

1) Субъекты отношенія суть ссудодатель (*commodans*) и ссудоприматель (*commodatarius*). Ссудодатель переноситъ на

¹⁾ D 22. 2. Cod. 4. 33. *Sievokind*, d. Seedarlehn des Alttertums, 1893. *Matthias*, das foenus nauticum, etc., 1881.

²⁾ Нѣсколько походитъ на римскій морской заемъ такъ-назв. нынѣ *бодмеря* — договоръ займа, въ обезпеченіе котораго поступаетъ товаръ, который приобретається на занятія деньги. — Въ случаѣ аналогичномъ морскому займу по вопросу о рискѣ (напр. даются деньги на производство рыбной ловли съ правомъ ихъ востребовать съ ⁰/₀ послѣ *счастливаго* улова, fr. 5 pr. D 22. 2), примѣняются положенія морского займа; въ этомъ случаѣ говорятъ о *foenus quasi-nauticum*.

³⁾ D 13. 6 (Commodati vel contra) Cod. 4. 23. *Schmidt*, das commodatum und precarium, 1841.

ссудоприемателя обладаніе вещью (*detentio rei*), сохраняя за собою право собственности и владѣнія (8 D 13. 6). Онъ обязанъ предоставить своевременно пользованіе вещью и отвѣчаетъ за необходимыя и полезныя издержки, совершенныя ссудоприемателемъ на пользу ссуженаго имущества.

Ссудоприематель имѣетъ *безмездное* пользованіе въ чужой вещи. Онъ долженъ возвратить, по окончаніи договора вещь въ цѣлости съ присоединеніемъ всѣхъ приращеній и плодовъ, такъ какъ на плоды онъ права не имѣетъ (ибо ему предоставляется одно пользованіе вещью безъ извлеченія плодовъ). Срокъ возврата необязателенъ; безсрочная ссуда возвращается по опредѣленію судьи.

Предметомъ ссуды служитъ вещь *непотребляемая* (*res non consumptibilis*). Потребляемая вещь при пользованіи уничтожается, отчего не можетъ быть, по общему правилу, предметомъ ссуды; развѣ тогда и потребляемая вещь ссужается, когда она берется для выставки, на показъ (напр., хлѣбъ или вино выставляется въ окнѣ магазина): *ad pompam, ad ostentationem*¹⁾. Какъ и заемъ, ссуда возникаетъ лишь съ момента передачи вещи; одно соглашеніе контрагентовъ (*actum de commodando*) еще не рождаетъ ссуды.

Иски, возникающіе изъ ссуды двоякаго рода: 1) *actio commodati directa*, принадлежащая ссудодателю; этимъ искомъ онъ требуетъ возврата вещи; *actio commodati contraria*, принадлежащая ссудоприемателю.

Ссудоприематель, какъ извлекающій выгоду отъ полученной вещи, долженъ добросовѣстно относиться къ ней и заботиться о сохранности ея (*custodia*). Онъ отвѣчаетъ за всѣ степени вины (въ томъ числѣ и за *culpa levis*), но за случайную гибель вещи (*casus*) онъ не отвѣтственъ (ибо *casum sentit dominus*, а онъ не хозяинъ вещи).

II) Отношеніе, очень схожее съ ссудой, представляетъ *прекарій* (*precarium*). Онъ такъ опредѣляется въ дигестахъ (1 pr. D 43. 26): *precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is, qui concessit, patitur*—прекаріемъ называется то, что уступается по просьбѣ въ пользованіе до востребованія. Напримѣръ, одинъ даетъ другому въ безмездное пользованіе какую-нибудь вещь изъ домашней утвари или

¹⁾ Fr. 3 § 6 D 13, 6: non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.

изъ одежды на время, пока такая вещь ему самому не понадобится. Прекарное отношеніе къ жизни есть обыкновенное, будничное явленіе ¹⁾.

Прекарій, по существу, подходит къ безсрочной ссудѣ; только возвратъ безсрочной ссуды совершается по опредѣленію судьи, а возвратъ прекарія—по требованію хозяина. Но въ литературѣ существуетъ споръ: есть-ли прекарій договоръ, рождающій, какъ и всякій договоръ, юридическія послѣдствія? Кто-либо пріютилъ въ своей квартирѣ бѣднаго родственника; даетъ кровъ и пищу ему, а затѣмъ, когда гость надобѣдаетъ ему, отказываетъ въ пріютѣ. Тутъ, говорятъ одни, *нѣтъ* особаго *юридическаго отношенія* съ тѣмъ, кто пользуется чужою вещью; послѣдній, какъ и любое лицо, имѣющее одно фактическое обладаніе (*detentio*), долженъ вернуть вещь хозяину; уступка пользованія вещью дѣлается только по просьбѣ (*precibus retenti*), а не по договору. Другіе писатели ²⁾ считаютъ прекарій договоромъ: именно, такъ-называемымъ *безыменнымъ договоромъ* (*contractus innominatus*—о чемъ будетъ рѣчь ниже); въ доказательство ссылаются, главнымъ образомъ, на то, что прекарій, какъ и всякій безыменный договоръ, охранялся спеціальнымъ искомъ подъ названіемъ: *actio praescriptis verbis*. На это возражаютъ (напр. Dernburg) тѣмъ, что помянутый искъ всего два раза встрѣчается въ дигестахъ и, по всей вѣроятности, въ нихъ вставленъ редакторами дигестъ; классическому-же праву онъ не былъ извѣстенъ. Есть и среднее (на нашъ взглядъ болѣе правдоподобное) мнѣніе такого рода: прекарій въ римскомъ правѣ окончателно *не вымыслъ съ форму опредѣленнаго договора*. Попытки-же юридически регулировать прекарное отношеніе заключались въ слѣдующемъ.

Получившій прекарное пользованіе (*precario accipiens*) отвѣчаетъ не только за *dolus*, но и за *culpa lata* (въ отличіе отъ ссуды, нѣтъ—по непонятной причинѣ—отвѣтственности прекарриста за *culpa levis*). Онъ-же считается имѣющимъ *производное* владѣніе чужою вещью и въ качествѣ владѣльца, охраняется противъ посягательства третьихъ лицъ (выше, стр. 33).

¹⁾ *Precarium*, вѣроятно, есть очень старое явленіе римскаго права. Предполагаютъ (Герингъ и др.), что таково было имущественное отношеніе древняго патрона къ кліенту, состоятельнаго римлянина къ бѣдному и т. под.

²⁾ Къ нимъ принадлежитъ изъ русскихъ *Азаревичъ*, прекаріумъ по римскому праву, 1877. Нѣмецкая монографія: *Bulling, d. precarium*, 1846.

Давшій прекарное пользование (*precario dans*) может требовать возврата посредством *interdictum de precario*, запрета продолжать пользование (были-ли другіе иски—спорный вопрос).

В) *Поклажа* ¹⁾ есть договоръ, по которому одно лицо передаетъ другому ²⁾ движимую вещь на безмездное храненіе до востребованія. Опредѣленіе источниковъ (1 гр. D 16. 3: *depositum est quod custodiendum alicui datum est*) неполно, такъ какъ не упоминаетъ о безмездности и о томъ, что предметомъ храненія служить движимая вещь. Скажемъ о признакахъ обыкновенной поклажи и объ особыхъ видахъ ея.

1) Субъектами депозита выступаютъ отдающій на сбереженіе (*deponens*) и хранитель (*depositarius*). Первый можетъ быть и несобственникомъ: такъ какъ при поклажѣ переносится лишь обладаніе (*detentio rei*), можно отдать на сбереженіе и чужую вещь. Второй обязывается заботиться о храненіи (*custodia*) вещи. При этомъ, храненіе полагается по общему правилу безмезднымъ (въ случаѣ вознагражденія будетъ не поклажа, а личный наемъ) ²⁾. И хранитель обязанъ возвратитъ вещь по требованію отдаващаго на сбереженіе; причемъ онъ не имѣетъ права удерживать ее (*ius retentionis*) и производить ею зачетъ (*compensatio*) своихъ требованій къ давшему на храненіе. Тѣмъ менѣе хранитель можетъ пользоваться поклажей; самовольное пользованіе поклажей образуетъ преступленіе—*furtum usus*.

Предметъ депозита—движимая вещь; храненіе недвижимости составить другой договоръ, рассматриваемый какъ договоръ порученія (*mandatum*). Вещь должна быть передана, одно соглашеніе о предстоящей передачѣ вещи (*factum de deponendo*) не производитъ депозита. Время храненія отмѣчается въ договорѣ; если срокъ не обозначенъ, вещь подлежитъ возврату по первому требованію.

Иски, вытекающіе изъ договора поклажи суть: 1) *actio depositi directa*, посредствомъ которой депонентъ требуетъ возврата вещи; 2) *actio depositi contraria*—обратный искъ

¹⁾ Dig. 16. 3. Cod. 4. 34: *depositi (vel contra)*.

²⁾ Баронъ (1. с. § 277) считаетъ несущественнымъ признакъ безмездности; но другіе (Дернбургъ и др.) считаютъ удминаемое въ источникахъ „*premium depositionis*“ (2 § 23 D 47. 8) за издержки хранителя, за которе *deponens d.* дать вознагражденіе.

хранителя въ демоненту (напр., по поводу произведеннаго ремонта вещи).

Хранитель обязанъ возвратитъ вещь со всѣми приращеніями къ ней (*cum omni causa*). Онъ отвѣчаетъ за *dolus* и *culpa lata*: за *culpa levis* нѣтъ отвѣтственности, такъ какъ онъ не получаетъ выгодъ отъ храненія.

П) *Особые виды* поклажи, любопытные съ юридической точки зрѣнія, суть *depositum miserabile*, *irregulare*, *sequestratio*:

1) *depositum miserabile*—поклажа при несчастныхъ обстоятельствахъ жизни: въ случаѣ пожара, разрушенія жилища, кораблекрушенія, народнаго возстанія (*incendii, ruinae, naufragii, tumultus causa*). Въ этихъ случаяхъ въ виду легкой возможности обмануть ближняго, довѣрившаго, въ минуту жизни трудную, свое имущество первому встрѣчному, протянувшему ему руку помощи, отвѣтственность хранителя вдвое увеличивается; допускается противъ него *actio in duplum*;

2) *depositum irregulare*—неправильная поклажа въ томъ отношеніи, что предметъ ея поступаетъ въ собственность хранителя, который обязуется возвратитъ, взаимнъ полученной, иную вещь того-же качества и количества. Такова можетъ быть поклажа *денегъ*, которыми можетъ распоряжаться принявшій ихъ на сбереженіе. Очевидно, *depositum irregulare* напоминаетъ заемъ (*mutuum*). Различіе между ними по цѣли: въ займѣ прежде всего нуждается должникъ, а въ отдачѣ денегъ на сбереженіе нуждается вѣритель¹⁾). Поэтому, не смотря на близкое тожество того и другого договора (при *depositum irregulare* допускается даже соглашеніе о процентахъ) въ депозиту не примѣняются особенныя положенія заемнаго договора (*actum Macedonianum* и др.);

3) *sequestratio* (*sequestrium*)—отдача на сбереженіе вещи опредѣленному лицу (нѣсколькими лицами съ обязанностью возврата ея при извѣстномъ условіи²⁾). Хранитель называется *sequester*; онъ считается владѣльцемъ: именно, у него *производное* владѣніе (выше, стр. 33).

¹⁾ *Niemeyer*, *depositum irregulare*, 1889. Авторъ отрицаетъ *depos. irreg.*, какъ договоръ *sui generis*; онъ усматриваетъ въ немъ только *mutuum*. Ему возражаютъ.

²⁾ Такъ севестръ и опредѣляется: *proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.*—*Muther*, *die Sequestration*, 1856.

Чаще всего устанавливается севестръ въ судебномъ процессѣ: на храненіе отдается спорная вещь. Иногда онъ учреждается въ отсутствіи спора, если, напр., нѣсколько совладѣльцевъ передаютъ на храненіе свои письменные документы.

Севестръ можетъ быть установленъ не только по договору, но и по постановленію власти; напр., спорная вещь, въ случаѣ апелляціи, севестрируется самимъ судомъ (общ. ч., стр. 228).

Г) *Залоговой договоръ*, совершаемый съ передачею вещи, образуетъ четвертый реальный контрактъ. Онъ называется, какъ мы знаемъ (стр. 124), *contractus pignericus* (потому что залоговое право, содержащее владѣніе кредитора, именуется *pignus*). Въ тѣхъ-же случаяхъ установленія залога, когда вещь не передается во владѣніе кредитора, не бываетъ реального договора; таково установленіе ипотеки, при которой владѣніе остается за должникомъ.

Залогоприниматель долженъ вернуть залогъ залогодателю по уплатѣ долга послѣднимъ. Заложная вещь возвращается со всѣми приращеніями и плодами, такъ какъ ни вещью, ни плодами ея не можетъ пользоваться кредиторъ по залогу. Залогодатель, съ своей стороны, обязанъ возмѣстить расходы, совершенные залогопринимателемъ на поддержаніе цѣнности вещи.

Въ случаѣ неисполненія обязательства, обеспеченнаго залогомъ, кредиторъ по залогу имѣетъ право продать залогъ, изъ вырученной цѣны удовлетворить себя въ суммѣ долга, остатокъ-же вернуть должнику ¹⁾.

Иски, возникающіе изъ залогового договора, суть: *actio (in personam) pignericia directa*—искъ залогодателя, а *pignericia contraria*—залогопринимателя.

Д) *Безыменные договоры* ²⁾ (*contractus innominati*) обязаны своей конструкціей юристу Лабелону. До этого юриста какое-либо соглашеніе контрагентовъ, сопровождаемое передачею вещи или оказаніемъ услуги со стороны одного изъ нихъ, не рождало обязательства, если не подходило ни подъ одинъ

¹⁾ Иныя отношенія между контрагентами залогового договора намъ уже извѣстны изъ ученія о залоговомъ правѣ.

²⁾ *Accarias, théorie des contrats innomés, 1866. Гредимеръ, опытъ изслѣдованія безыменныхъ договоровъ, I, 1893. Dig. 19. 5 (de praescriptis verbis) Cod. 4. 64.*

изъ четырехъ разсмотрѣнныхъ реальныхъ договоровъ (если то не былъ заемъ, ссуда, поклада или залогъ). Контрагентъ, предоставившій другому лицу вещь или услугу, не могъ заставить другого совершить договоренное дѣйствіе. Все, что онъ могъ сдѣлать, это—потребовать обратно переданную вещь (искомъ, называемымъ *condictio causa data non secuta* т. е. по поводу переданнаго имущества) или потребовать возмѣщенія ущерба (*actio doli*).

I) По почину Лабеопа, юристы стали признавать дѣйствительнымъ всякое соглашеніе, содѣланное при передачѣ вещи или оказаніемъ услуги. И искъ, которымъ одинъ контрагентъ, могъ требовать исполненія обѣщаннаго дѣйствія отъ другого, получилъ названіе: *actio praescriptis verbis*, т. е. иска, въ началѣ формулы котораго описывались условія договора. Такіе договоры, такъ какъ они не отмѣнены цивильнымъ правомъ (3 D 19. 5—*quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*), нынѣ принято называть безыменными, *contractus innominati*.

Контрагентъ, совершившій опредѣленное дѣйствіе, въ случаѣ уклоненія другой стороны отъ договора, имѣетъ право поступить слѣдующимъ образомъ: 1) посредствомъ *actio praescriptis verbis* требовать исполненія договореннаго дѣйствія; 2) вчинить искъ о востребованіи вещи—*condictio causa data, non secuta*. Мало того, до тѣхъ поръ, пока противная сторона не приступитъ къ исполненію, можно было всегда отступить отъ договора (имѣлось такъ-назв. *ius poenitendi*).

Юристомъ Павломъ всѣ безыменные договоры подраздѣлены на четыре категоріи: 1) *do ut des*, 2) *do ut facias*, 3) *facio ut des* 4) *facio ut facias*. Очевидно всѣ безыменные договоры суть равносильно—обоюдные контракты (*συναλλαγματα*). Изъ нихъ выдѣляются два договора, какъ наиболѣе употребительные: мѣна и оцѣночный (коммиссіонный) контрактъ¹⁾.

II) *Μѣна* (*permutatio*)²⁾—безыменный¹⁾ реальный контрактъ по формулѣ: *do ut des*. При передачѣ вещей непременно переходитъ право собственности.

Мѣна отличается отъ купли-продажи тѣмъ, что при по-

¹⁾ Нѣкоторые писатели (Азаревичъ и др.) сюда-же причисляютъ *precarium*. Но конструкція *прекарія*, какъ мы видѣли (стр. 236), невьяснена.

²⁾ Dig. 19. 4 Cod. 4. 64: *de rerum permutatione*. *Damm de Seydewitz*, *de permutatione*, 1863. *Favre*, *de l'échange en droit romain*, 1870.

свѣдѣній достаточно соглашенія о предстоящей передачѣ (купля-продажа есть консенсуальный договоръ): между тѣмъ при мѣнѣ должна произойти передача вещей (мѣна есть реальный договоръ). Въ остальномъ оба договора очень схожи, такъ что на контрагентовъ мѣны распространяются правила купли-продажи объ отвѣтственности за недостатки юридическіе и пороки вещей (объ этомъ рѣчь ниже).

Оцѣночный контрактъ (contractus aestimatorius) есть безыменный реальный договоръ по формулѣ: do ut des aut facias. Тутъ одинъ передаетъ другому вещь съ тѣмъ, чтобъ онъ продалъ ее по данной оцѣнѣ (aestimatio) или вернулъ ему самую вещь¹⁾. Иногда такіе договоры заключали римляне со старьевщиками (scutarii), продавцами старыхъ вещей и т. под. Контрагентъ, берущій вещь на комиссію (почему называютъ еще настоящее соглашеніе комиссіоннымъ договоромъ), можетъ выговорить себѣ вознагражденіе за комиссію.

Искъ, принадлежащій передающему, называется actio de aestimato; онъ послужилъ первообразомъ для другихъ actiones praescriptis verbis, охраняющихъ безыменные контракты.

Отдѣлъ третій. Консенсуальные договоры.

Консенсуальные договоры (obligationes quae consensu contrahuntur) суть такіе, обязательная сила которыхъ (causa) заключается въ самомъ соглашеніи (consensus) контрагентовъ²⁾. Всѣ другія обстоятельства: произнесеніе тѣхъ, или другихъ словъ, написаніе документа, передача вещи и т. д. не имѣютъ значенія по вопросу о силѣ договора. Въ классическомъ періодѣ ихъ было четыре контракта: купля-продажа, наемъ, товарищество, порученіе; а импер. Зенонъ прибавилъ пятый: contractus emphyteutecarius (о которомъ у насъ уже была рѣчь выше стр. 118).

А) *Купля-продажа* (emptio-venditio)³⁾ есть договоръ, въ ко-

¹⁾ Dig. 19, 3: de aestimatoria. Lipp, Beitrag zur Lehre v. Trödelvertrag, 1880.

²⁾ Inst. 3. 22: de consensu obligatione. Свѣдѣнія объ ихъ развитіи имѣются въ комедіяхъ Плавта, гдѣ дѣйствующія лица входятъ въ различныя обязательства. Ср. Bekker, de emtione et venditione, quae Plauti fabulis fuisse videtur, 1853. *Муромцевъ*, гражданское пр., гл. XIII.

³⁾ Inst. 3. 23. Dig. 18. 1. Cod. 4. 38. Treitschke, d. Kaufcontract etc., 2 изд. 1865. *Вехманн*, d. Kauf nach gem. Recht, 1879—84. Ср. учебники торговаго права: Thöl, Goldschmidt и др.

торомъ продавецъ (venditor) обязывается предоставить покупателю (emptor) беспорное обладаніе вещью (rem habere licere). называемою товаромъ (merx), за известную цѣну (pretium). Купля считается состоявшейся съ момента соглашенія (consensus) Совершеніе письменнаго документа, дача задатка — все это имѣетъ значеніе актовъ, обезпечивающихъ претензіи контрагентовъ, но необязательныхъ для дѣйствительности договора. По изъявленіи согласія покупатель получаетъ право требованія товара (actio empti), продавецъ — право требованія цѣны (actio venditi). Подробнѣе разсмотримъ слѣдующіе вопросы: о товарѣ, цѣнѣ, объ отвѣтственности за юридическіе и фактическіе недостатки, за случайную гибель вещи, о видахъ договора.

I) *Товаръ* (merx) обыкновенно представляетъ собою движимое, но можетъ быть и недвижимымъ имуществомъ, и безтѣлесной вещью (сѣрвитутъ, эмфитевзисъ, долговое требованіе). И будущая вещь, такъ какъ передача вещей м. б. отложена, можетъ быть товаромъ; напримѣръ, продается будущій урожай (emptio rei futurae) или будущій уловъ рыбы (emptio spei)¹⁾.

Товаръ подлежитъ передачѣ. Именно, передается владѣніе купленной вещью. Такъ какъ право собственности обязательно не переносится, можетъ служить товаромъ и чужая вещь (послѣдняя приобрѣтается въ собственность покупателемъ по давности): только купля краденой вещи недѣйствительна.

II) *Цѣна* (pretium) — необходимый элементъ купли. Относительно ея были слѣдующія три положенія. Во первыхъ, pretium должна представлять собою деньги, *pecunia numerata*. Кромѣ денегъ въ цѣну можетъ входить и другой предметъ; но если цѣна хоть отчасти не выражена въ деньгахъ, то не будетъ купли, а будетъ мѣна. Во вторыхъ, pretium должно быть *certum*, опредѣленной цѣной. Опредѣленіе можетъ быть предоставлено на усмотрѣніе третьяго лица (boni viri arbitrium), но не можетъ зависѣть отъ произвола контрагентовъ. Въ третьихъ, pretium должно быть *verum*, истинной цѣной. Поэтому, не считается куплей приобрѣтеніе цѣнной вещи за безцѣнокъ (venditio *nudo iure*, за одну монетную единицу); это будетъ дареніе.

¹⁾ Выше (стр. 177) приведено различіе между emptio rei futurae и emptio spei: первая — подъ условіемъ, если появится будущая вещь, вторая — безусловно (хотя бы улова не было. цѣна не возвращается).

Хотя римское право не требовало, чтобъ цѣна вполне соответствовала дѣйствительной стоимости вещи (чтобъ то было *pretium iustum*), однако, по рескрипту Діоклетіана, продавецъ, терпящій большой убытокъ (*laesio enormis*) отъ того, что получилъ менѣе половины настоящей стоимости вещи, — таковой продавецъ могъ требовать отъ покупателя доплаты до рыночной цѣны, а въ случаѣ недоплаты могъ отказаться отъ договора (2 С. 4. 44) ¹⁾.

III) *Отвѣтственность за недостатки товара* ²⁾ несетъ, конечно, продавецъ. Съ исторической точки зрѣнія интересны три фазиса этой отвѣтственности: 1) по цивильному праву, въ эпоху передачи вещей манципаціоннымъ порядкомъ (съ 5 свидѣтелями, въсодержателемъ и произнесеніемъ торжественныхъ словъ), продавецъ отвѣчалъ лишь за качества вещи, выговоренныя покупателемъ (*dicta et promissa*); за все то, о чемъ не было рѣчи при соглашеніи, продавецъ не былъ отвѣтственъ; 2) далѣе, во времени Цицерона, онъ является отвѣтственъ за всѣ завѣдомо скрытые пороки (*vitia latentia*); 3) наконецъ, въ эдильскомъ эдиктѣ отвѣтственность возникаетъ за *всякія недостатки*.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ эдильскомъ эдиктѣ были помѣщены два спеціальныя иска въ пользу покупателя на случай недоброкачества товара: 1) *actio redhibitoria* — посредствомъ этого иска можно требовать возврата уплаченной цѣны, т. е., уничтожить договоръ; давность иска — 6 мѣсяцевъ со времени открытія недостатка; 2) *actio quanti minoris* — о пониженіи цѣны, т. е., о разности между платой и рыночной цѣною порочной вещи, давность иска — 1 годъ.

Въ классическомъ правѣ отвѣтственность продавца за негодность товара считается приводящимъ элементомъ самаго консенсуальнаго договора. Поэтому, возмѣщеніе убытковъ стало возможно требовать обыкновенной *actio empti*, вытекающей изъ существа купли-продажи.

IV. *Отвѣтственность за эвизию* („очистку“ ³⁾). Эвизией (*evictio*) называется отнятіе проданной вещи собственникомъ

¹⁾ Рецензія распространила правила о *laesio enormis* и на покупателя, уплатившаго болѣе, чѣмъ вдвое больше настоящей цѣны. *Sandstein, laesio enormis, 1887.*

²⁾ *Hanausek, Haftung des Verkäufers f. d. Beschaffenheit d. Sache, 1883. Dig. 2. 1: de aedilicio edicto etc.*

³⁾ *Dig. 21. 2: de evictionibus (Cod. 8. 45). Müller, — Evictionsleistung 1851. Labattut, les principes de la garantie etc., 1863.*

ея отъ покупателя. Это бываетъ въ случаѣ, если продается чужая вещь. Естественно, собственникъ всегда можетъ съ успѣхомъ оспорить вещь у несобственника. И вотъ, чтобъ возмѣстить ущербъ покупателя, римское право возлагало на продавца отвѣтственность за эвикцію (возлагалась «очистка», какъ говорится въ русскомъ правѣ, отъ оспариванія товара).

Чтобы гарантировать себѣ возмѣщеніе вреда въ случаѣ эвикціи, покупатели брали отъ продавцовъ особое обѣщаніе о вознагражденіи ихъ интересовъ. При этомъ курульные эдилы, слѣдившіе за общественнымъ порядкомъ на рынкахъ, пришли къ нимъ на помощь: сперва они заставляли продавцовъ работать, этихъ людей, по большей части невзвѣстной національности и сомнительной нравственности, давать стипуляціи о двойномъ возмездіи покупателя, *stipulatio duplae* (*rescipiae*)—по отобраніи товара собственникомъ. А потомъ эдилы ввели ту-же стипуляцію въ практику всякихъ договоровъ купли-продажи. Наконецъ, въ послѣдствіи юриспруденція признала отвѣтственность за эвикцію существеннымъ элементомъ самаго договора (*emptio venditio*), такъ что она могла имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, если не было заключено между контрагентами никакой стипуляціи. И искъ на случай эвикціи потерялъ штрафной характеръ: взыскивалось уже не двойное возмездіе, а возмѣщался простой интересъ (*omne quod interest*).

Однако вознагражденіе со стороны продавца за эвикцію могло быть востребовано при слѣдующихъ условіяхъ: 1) если покупатель лишился товара по *судебному рѣшенію*. Поэтому, не могло быть отвѣтственности за эвикцію, если купленная вещь иначе отходила отъ покупателя: въ слѣдствіе экспроприаціи или покупатель уступалъ ее по простому заявленію какого-либо претендента и т. д.; 2) юридическій порокъ вещи долженъ относиться къ *моменту передачи* вещи: за послѣдующіе случайности продавецъ не отвѣчаетъ (11 D 21. 2:—*futuros casus post contractam emtionem ad venditorem non pertinere*); 3) покупатель, у котораго переданный товаръ оспаривается, долженъ извѣстить продавца о началѣ судебного спора (*litem denuntiare*). Такое извѣщеніе почитается необходимымъ, такъ какъ продавецъ, лучше знающій свои права на вещь, можетъ бороться противъ новаго претендента на вещь съ бѣльшимъ успѣхомъ, чѣмъ покупатель. Вотъ, почему безъ помянутого

завѣщенія продавецъ свободенъ отъ отвѣтственности за эвѣкцію ¹⁾).

V) Отвѣтственность за случайное поврежденіе товара. Кто несетъ рискъ за случайную гибель или поврежденіе (*periculum rei*) товара? Несомнѣнно, послѣ того какъ товаръ переданъ покупателю, на послѣднемъ, какъ на приобрѣвшемъ полное имущественное право (по большей части, право собственности) отражается и рискъ въ данномъ случаѣ. Ну, а пока товаръ еще не переданъ, договоръ-же купли уже заключенъ, — кто тутъ отвѣчаетъ? Казалось-бы, рискъ долженъ пасть на продавца. Но римское право, по видимому, держалось другого начала: *periculum rei venditae, nondum traditae, est emptoris*, т. е., покупатель отвѣчаетъ за случай не только со времени передачи, но уже съ момента заключенія договора ²⁾).

Съ другой стороны, тоже римское право, которое заставляло терпѣть покупателя невыгоды отъ случайныхъ поврежденій вещи, предоставляло, ради уравниванія интересовъ покупателя, всѣ приращенія, доходы и плоды вещи въ его собственность отъ момента совершенія договора; продавецъ былъ обязанъ совершить передачу вещи *cum omni causa* ³⁾. Вотъ, любопытный примѣръ изъ римской практики по этому вопросу: покупщикъ верблюда могъ требовать и тѣ украшенія (*ornamenta*), въ которыхъ верблюдъ былъ выставленъ на продажу (38 gr. D 21. 1).

VI) *Особые виды купли-продажи* получаютъ въ зависимости отъ разнообразія волеизъявленія сторонъ и ихъ побочныхъ соглашеній. Назовемъ нѣкоторые виды:

1) *купля на пробу* (*emptio ad gustum*, Kauf auf Probe) есть *условная* купля, т. е., подъ условіемъ, если покупателю понравится товаръ. Одобреніе можетъ быть срочнымъ, зависѣть отъ личнаго вкуса или экспертизы и т. д. Отъ купли на пробу отличается купля *согласно пробѣ* (по образцу, *nach Probe*), ибо послѣдняя есть безусловная купля известнаго числа вещей, которыя должны соответствовать настоящему

¹⁾ Правила объ эвѣкціи, выработанныя на договорѣ купли, переносятся и на другіе случаи возмезднаго отчужденія (мѣну, мировую сдѣлку и т. под.).

²⁾ Есть и противное мнѣніе (Герингъ и др.).

³⁾ Это есть частный случай примѣненія юридическаго постулата: *commodum eius esse debet, cuius periculum est* (о немъ монографія Моммзена, 1859).

образцу. Еще можетъ быть купля для пробы, при которой покупатель общаетъ со временемъ еще купить того-же товара;

2) *купля огуломъ* (*emptio per aversionem*) есть приобретене всѣхъ будущихъ вещей, сколько-бы ихъ не появилось (78 § 3 D 18. 1: *frumenta, quae in herbis erant*—). Она будетъ *emptio rei futurae*, если дѣйствительность ея зависить отъ появленія будущихъ вещей (такова купля овса по 3 р. за куль; она состоится, если родится овесъ). Она—*emptio spei*, если отъ будущей случайности независима (такова купля всей рыбы, попавшей въ сѣти; цѣна должна быть уплачена, если даже въ сѣти ничего не попадетъ);

3) *in diem addictio*—продажа съ назначеніемъ срока, въ теченіе котораго продавецъ сохраняетъ за собой право найти болѣе выгоднаго покупателя (Dig. 18. 2);

4) *lex commissoria*—соглашеніе (*lex*) контрагентовъ, по которому продавцу предоставляется право объявить договоръ недѣйствительнымъ, если покупатель въ опредѣленное время не заплатитъ цѣны (Dig. 18. 3);

5) другіе *побочные договоры* (*Pacta adiecta*), какъ и разсмотрѣнныя доподнительныя соглашенія, могутъ быть разнороднаго содержанія: *pactum displicentiae*, по которому контрагентъ выговариваетъ себѣ право въ извѣстный срокъ отступить отъ договора (*ius poenitendi*); *pactum protimiseos* (*protimiseos*)—по которому продавецъ выговариваетъ право предпочтительнаго выкупа (*Vorkaufrecht*) въ случаѣ продажи вещи покупателемъ; *pactum de retroemendo, de retrovendendo*—объ обратной куплѣ или продажѣ и др.;

6) *продажа требованій* совершается въ видѣ извѣстной намъ *cessio* (выше, стр. 211). Такимъ образомъ происходитъ передача не только долговыхъ требованій (*nomina*), но и всякихъ правъ на чужія вещи (*iura in re*) и наслѣдства (*hereditas*).

Б) *Наемъ* (*locatio-conductio*) ¹⁾ — договоръ, въ которомъ наймодаель (*locator*) соглашается предоставить въ пользованіе нанимателя (*conductor*) извѣстную вещь или услугу за опредѣленную денежную плату (*merces, pretium*) со стороны

¹⁾ Inst. 3. 24, D 19. 2. Cod. 4. 65. Умовъ, договоръ найма имущества по римскому праву и новѣйш. иностр. зак., I, 1872. *Degenkolb, Platzrecht u. Miete*, 1867. *Guillonard, traité du louage*, 1884.

послѣдняго. Договоръ найма, какъ консенсуальный, считается заключеннымъ со времени соглашенія; предоставленіе вещи или услуги въ пользованіе можетъ послѣдовать по совершеніи договора.

Двойной терминъ (*locatio-conductio*) объясняется такъ: древнѣйшимъ случаемъ въ земледѣльческомъ Римѣ былъ наемъ скота или рабовъ. Тогда и было обыкновеніе: со стороны хозяевъ — помѣщать (*locare*) на повозъ на базарѣ предметы найма, со стороны нанимателей — уводить съ собой (*conducere*) скотъ или рабовъ¹⁾. И иски, возникающіе изъ найма, имѣютъ два названія: *actio locati* — искъ наймодателя, *actio conducti* — искъ нанимателя.

Наемная плата называется также, какъ и цѣна товара, словомъ *pretium*. И относительно ея дѣйствовали почти тѣ же положенія, которыя существовали касательно цѣны: *pretium* должно представлять собою *rescunia numerata*, должно быть *certum* и *verum*. Было одно лишь отступленіе; именно, наемная плата могла быть выражена не только *in rescunia numerata* (обыкновенно же, конечно, арендная плата была денежной), но и въ видѣ доли получаемыхъ плодовъ. Такъ, могла быть полевая аренда изъ-за половины жатвы (русское «половничество»), стереженіе стада изъ-за части скота или приплода. Половникъ называется *colonus partiaris*, а договоръ его называла западно-европейская юриспруденція *contractus sociidae* (отъ *contractus societatis*, аналогію съ которымъ усматривали римскіе юристы²⁾).

Близкое родство договоровъ купли и найма повергало римскихъ юристовъ въ недоумѣніе о томъ, куда отнести/наслѣдственную²⁾ оброчную аренду земельного участка: провульянцы считали ее куплей, сабиньянцы — наймомъ. Недоумѣніе было разрѣшено закономъ, создавшимъ пятый консенсуальный договоръ — *contractus emphyteuseos*.

¹⁾ Въмѣстѣ съ тѣмъ, правдоподобно предположеніе о томъ, что старинныя правила о наймѣ касаются движимостей и были потомъ распространены на аренду недвижимости. Этимъ обстоятельствомъ объясняются такія особенности римскаго найма: 1) законъ не опредѣляетъ предѣльнаго срока найма, устанавливающаго лишь временныя отношенія между контрагентами; 2) покупатель нанятаго имущества не связанъ договоромъ найма; 3) уплата наемныхъ денегъ, по правилу (если нѣтъ особаго соглашенія), производится по прекращеніи договора. Всѣ эти положенія представляются совершенно естественными для найма движимости; но они неподходящи для аренды недвижимости. Ср. *Dernburg*, § 110.

²⁾ Fr. 25 § 6 D 19. 2: *colonus partiaris, quasi societatis iure et dampnum et lucrum cum domino fundi partitur.*

Существуютъ три главные вида найма: наемъ имущества—*locatio-conductio rerum*, наемъ услугъ — *locatio-conductio operarum*, договоръ подряда—*locatio-conductio operis*. Ихъ разсмотримъ отдѣльно.

1) *Имущественный наемъ* — соглашеніе о томъ, чтобы нанимателю было дозволено пользоваться имуществомъ (*ut re conductori frui liceat*). Наниматель, обрабатывающій поле, называется *colonus* (*colere*—воздѣлывать), жилецъ въ домѣ—*inquilinus*, наниматель магазина—*horrearius* (*horreum*—складъ) и т. д. Говоря о взаимныхъ отношеніяхъ между контрагентами, коснемся предмета, наемной платы, срока, ответственности и прекращенія найма.

1) *Предметомъ* найма можетъ быть только непотребляемая вещь (*res non consumptibilis*), ибо разрушеніе вещи со стороны нанимателя не допускается. Вещь подлежитъ передачѣ въ видѣ, годномъ для пользованія. И если она представляетъ собою земельный участокъ, то наймодаель обязанъ доставить арендатору и все то изъ сельскохозяйственнаго инвентаря (скотъ, земледѣльческія орудія), что образуетъ обзаведеніе имѣнія.

Наймодателю предоставляется отъ себя отдавать внайми предметъ договора цѣликомъ или по частямъ (напр., меблированные комнаты). Этотъ вторичный наемъ, называется *sublocatio* (поднаемъ, подъ—аренду). Если наймодаель не желаетъ допустить подъ—аренду, онъ долженъ это оговорить въ договорѣ.

2) *Наемная плата* есть необходимый признакъ договора найма; договоръ о безмездномъ пользованіи будетъ ссудой, а не наймомъ. Плата обыкновенно выражается въ деньгахъ; но, какъ мы выше упомянули, возможна отдача въ наймы изъ-за части плодовъ, жатвы и т. д. Уплата наемныхъ денегъ, по большей части, происходитъ въ установленные сроки. Если-же сроки уплаты не обозначены, то деньги вносятся, по римскому праву, заразъ сполна по окончаніи пользованія (*postnumerando*),

Въ несчастныхъ случаяхъ (градобитія, засухи и т. под.), когда наниматель теритъ большой недородъ продуктовъ, ему дѣлается сбавка арендной платы (*remissio mercedis*). Впрочемъ, такая сбавка должна быть покрыта впоследствии на счетъ урожайныхъ годовъ, если аренда продолжается нѣсколько лѣтъ подрядъ.

Въ обезпеченіе своевременнаго внесенія наемной платы (и другихъ обязанностей нанимателя) наймода- тель имѣеть ипотеку въ квартирной обстановкѣ (*investa et illata*) город- ского жильца и въ плодахъ сельскаго арендатора. Но наймо- датель не имѣеть права задерживать вещи жильца, упла- тившаго наемныя деньги: въ случаѣ такого задержанія вещей жильца, послѣдній можетъ дѣйствовать посредствомъ специаль- наго *interdictum de migrando* (Dig. 43. 32—требовать пере- мѣщенія его имущества).

3) *Срокъ* есть также, какъ и наемная плата, неизбѣжный элементъ наемнаго договора; свою срочностью наемъ отли- чается отъ наследственной оброчной аренды (*emphyteusis*, *superficiis*). Но предѣльнаго срока пользованія римское право не знало (на подобіе того, какъ въ русскомъ правѣ maxi- мумъ аренды недвижимости—12 лѣтъ). Предполагають, что максимальнымъ періодомъ найма было 5 лѣтъ (*lustrium*), на каковой срокъ цензоры отдавали въ аренду частнымъ лицамъ общественное поле.

Если по окончаніи срока найма наниматель продолжаетъ пользованіе вещью, а наймода- тель ему не возражаетъ, въ этомъ случаѣ признавалось молчаливое возобновленіе найма (*relocatio tacita*). На какое время? Это спорный вопросъ; въ отношеніи сельскаго имѣнія, по видимому, наемъ признавался возобновленнымъ на 1 годъ (необходимый для сбора пло- довъ).

4) *Отвѣтственность*, коротко говоря, распредѣляется такимъ образомъ. Наймода- тель, обязанный доставить свобод- ное пользованіе вещью, сообщаетъ нанимателю обладаніе (*detentio rei*). Онъ продолжаетъ нести всякія налоги и повин- ности, лежащія на имуществѣ. На его-же счетъ производится необходимый ремонтъ, безъ котораго невозможно пользованіе.

Наниматель, въ свою очередь, долженъ бережно отно- ситься въ предмету найма. Онъ отвѣчаетъ за всякую вину (и за *culpa levis*). Онъ-же долженъ сдать, по окончаніи найма, имущество въ цѣлости и исправности; за неисправ- ность возмѣщается интересъ (*quod interest*) наймодателя, а въ случаѣ отказа вернуть имущество платится вдвое (*in duplum*—по указу Зенона).

5) *Прекращеніе найма* возможно въ слѣдующихъ слу- чаяхъ. Во первыхъ въ случаѣ уничтоженія вещи (пожаромъ и т. под.), послѣ котораго невозможно дальнѣйшее пользо-

ваніе ею. Во вторыхъ, конецъ бываетъ по наступленіи срока найма. Втретьихъ, возможно прекращеніе по одностороннему заявленію контрагентовъ. Такъ, договоръ уничтожается по заявленію наймодателя, если наниматель небрежно пользуется вещью, два года не платитъ денегъ и т. д. По заявленію же нанимателя тоже бываетъ если опасно продолжать пользование (домъ пришелъ въ ветхость), въ вещи обнаруживаются большіе пороки и т. под.

Прекращаетъ-ли договоръ найма *отчужденіе вещи*? Иначе сказать, обязательнъ-ли для новаго пріобрѣтателя нанятаго имущества договоръ найма? Напр., долженъ-ли покупатель дома терпѣть въ немъ прежнихъ жильцовъ до конца ихъ контрактовъ? Римское право отвѣчало отрицательно. Оно признавало тоже положеніе, которое запечатлѣно извѣстной нѣмецкой поговоркой: *Kauf bricht Miethe* (купля разрушаетъ наемъ).

П) *Личный наемъ* (*locatio — conductio operarum*) по римскому праву есть договоръ о предоставленіи за плату *физическаго труда*. Дѣло въ томъ, что съ юридической точки зрѣнія было два рода работы по римскому праву: работа ремесленника или чернорабочаго съ одной стороны, свободная духовная дѣятельность — съ другой. Предметомъ личнаго найма была лишь работа перваго рода (*factum quod locari solet*). Да и то нечасто бывалъ личный наемъ, такъ какъ обыкновенно черная и ремеслянная работа справлялась рабами. Всего имѣется менѣе 10 дѣтъ въ источникахъ о настоящемъ договорѣ

Работникъ (*locator*) долженъ лично выполнить принятый трудъ. Наниматель (*conductor*) обязанъ платить деньги въ срокъ или по окончаніи найма и долженъ возмѣстить издержки рабочаго по дѣлу.

Второй родъ человѣческаго труда, духовная дѣятельность, считалась свободной (*operae liberales*) и безмездной, почему не могла быть объектомъ личнаго найма. Сюда, напримѣръ, относились такіе представители труда: учителя или профессора науки (*antecessores*), юристы (*iuris studiosi*), врачи, землемѣры, маклера (*prohetetae*, — такіе-же, какъ и теперь, посредники между купцами, при заключеніи браковъ и т. д.). Все, что они получали въ видѣ почетной награды (*honorarium*), хотя-бы и въ формѣ денегъ, долго имѣло одно нравственное значеніе. Только въ позднѣйшее время былъ допущенъ

чрезвычайный искъ (*actio extra ordinem*) о взысканіи гонорара; при этомъ сумма послѣднѣяго опредѣлялась судьей.

III) *Заказъ или подрядъ* (*locatio—conductio operis*) есть соглашеніе объ исполненіи опредѣленнаго/ предпріятія (*opus*) за извѣстное (?) вознагражденіе. Предпріятіе, какъ произведеніе суммы такихъ-то дѣйствій, можетъ быть различнымъ: возведеніе постройки, перевозка влады или пассажировъ, починка и т. д.

Въ этомъ договорѣ полагается, что матеріалъ для заказа пѣбликомъ или, по крайней мѣрѣ, отчасти принадлежитъ заказчику. Если-же онъ весь принадлежитъ мастеру или подрядчику, то договоръ будетъ не наймомъ, а куплей—продажей (§ 4 I. 3, 24). Взаимныя отношенія контрагентовъ болѣе зависятъ отъ ближайшаго опредѣленія въ договорѣ ¹⁾.

IV) Указавъ на три главные виды найма, назовемъ еще особенности въ 3 исключительныхъ случаяхъ: неистиннаго найма (*loc. — cond. irregularis*), морского фрахтоваго договора и договора путешественниковъ съ нѣкоторыми лицами (*nautae, caupoes, stabularii*).

1) *Неистинный наемъ* (*loc. — cond. irregularis*) признается тогда, когда вещь предоставляется не только въ пользованіе, но прямо въ *собственность* нанимателя. Это бываетъ въ двухъ случаяхъ: 1) наниматель имѣнія получаетъ въ собственность инвентарь имѣнія (*instrumentum fundi*), который тутъ-же оцѣнивается. Оцѣнка предпринимается для того, чтобъ по окончаніи найма, если не будетъ на лицо инвентаря, была возвращена стоимость его; 2) при заказѣ (*loc—cond. operis*) передается заказчикомъ его матеріалъ въ собственность мастера для того, чтобы изъ него онъ выполнилъ заказъ (31 D 19. 2): тутъ мастеръ, какъ собственникъ, отвѣчаетъ за случайную гибель вещи (*casus*);

2) морской фрахтовый договоръ носилъ одну особенность, предусмотрѣнную правомъ, дѣйствовавшимъ на островѣ Родоссѣ и позаимствованнымъ римлянами подъ именемъ: *lex Rhodia de iactu* (о грузѣ, брошенномъ въ морѣ). Постановленіе этого закона (Dig. 14. 2) таково: если во время морской опасности для спасенія корабля и части груза выбрасывается другая часть его въ море, то убытки (составляющія въ современномъ морскомъ правѣ такъ-назыв. большую *аварію*)

¹⁾ *Dankwardt*, die loc—cond. operis (Jahrb. f. Dogm., XIII).

хозяевъ брошеннаго груза должны вести хозяинъ корабля и собственники спасеннаго товара ¹⁾). По благополучномъ прибытіи корабля въ гавань, потерпѣвшіе хозяева имѣютъ право предъявить искъ (*actio locati*) къ хозяину корабля, а послѣдній распредѣляетъ возмѣщеніе убытковъ, производя оцѣнку прибывшаго груза; при этомъ, корабельщикъ имѣетъ право задерживать (*ius retentionis*) выдачу груза собственникамъ до полученія съ нихъ соотвѣтственной доли на удовлетвореніе иска. Въ случаѣ отказа въ удовлетвореніи корабельщикъ можетъ выскивать по суду (черезъ *actio conducti*) убытки съ помянутыхъ отвѣтчиковъ ²⁾);

3) *договоръ съ корабельщиками* или содержателями гостиницъ и постоялыхъ дворовъ (*nautae, cauponae, stabularii*— Dig. 4. 9) имѣетъ ту характерную черту, что помянутыя лица строго отвѣчаютъ за сохранность (*custodia*) вещей путешественниковъ. Если-бы даже послѣдніе не заключали особаго договора о помѣщеніи ихъ имущества на кораблѣ или въ гостиницѣ, хозяева отвѣтствуютъ съ момента внесенія вещей. Они отвѣчаютъ не только въ случаѣ небрежнаго наблюденія, но при случайной пропажѣ (ихъ вещи вкрадутъ кто-либо изъ гостей и т. под.). Только *vis maior* (дѣйствіе непредотвратимой силы—пожаръ, землетрясеніе и т. д.—выше, стр. 185) освобождаетъ ихъ отъ отвѣтственности. Искъ потерпѣвшаго къ хозяину корабля или трактира называется *actio de recepto* (также *actio in factum*).

В) *Товарищество* (*societas*) есть соглашеніе нѣсколькихъ лицъ (*socii*) объ участіи каждаго (трудомъ или имуществомъ) ради достиженія общей дозволенной цѣли. Въ договорѣ товарищества предполагаются три главныя *условія*:

1) *участіе* каждаго товарища: каждый влагается въ общее дѣло своими средствами, кто трудомъ, кто капиталомъ въ видѣ опредѣленнаго имущественнаго взноса;

2) *общность цѣли*—цѣль товарищества, выражаемая въ видѣ полученія извѣстныхъ выгодъ, должна быть общей для всѣхъ. Поэтому, не можетъ быть названо товариществомъ соглашеніе, по которому нѣкоторые, не дѣлая взносовъ, уча-

¹⁾ Юристы допускали аварію, возмѣщаемую по тому-жъ родосскому закону, и въ случаѣ поврежденія корабля, и при выеулѣ отъ пиратовъ.

²⁾ Въ настоящее время, по торговымъ кодексамъ, распредѣленіе отвѣтственности за аварію совершается свѣдущими людьми такъ-назв. *диспашерами* (составляющими планъ распредѣленія, назв. *диспашей*).

ствовали-бы въ однихъ выгодахъ. Такое соглашеніе,—называемое, по образцу басни Эзопа, *societas leonina*, львиной дѣлежкой, можетъ быть юридически разсматриваемо дареніемъ (со стороны неучаствующихъ въ выгодахъ) ¹⁾;

3) *дозволенность цѣли*—соглашенія, преслѣдующія закономъ недозволенные цѣли, не суть товарищества.

Изъ видовъ товарищества были извѣстны римскому праву:

1) *societas omnium bonorum*—обнимающее все имущество сочленовъ, какъ настоящее, такъ и *будущее*. Оно ведетъ происхожденіе отъ древнихъ наслѣдственныхъ братствъ, когда, по смерти общаго родителя, братья—сонаслѣдники составляли такое полное товарищество (*hereditas non citium*), въ которое входили и всѣ ихъ будущія приобрѣтенія ²⁾; 2) *societas lucri* (*quaestus comprehendii*)—включаетъ трудовыя и возмездныя приобрѣтенія товарищей; оно не касается безмездныхъ приобрѣтеній, дареній, легатовъ и т. под.; 3) *societas negotiationis*—ради опредѣленнаго промысла или торговли; 4) *societas unius rei*—соединеніе нѣсколькихъ для *одного* дѣла (покупки дома, выигрышнаго билета и т. д.); *societas publicanorum* (окупщиковъ)—большія капиталистическія товарищества, походившія на современные акціонерныя компаніи ³⁾.

Взаимныя отношенія сотоварищей регулируется правилами договора. Но, во всякомъ случаѣ, всѣ должны (хотя, можетъ быть, и неравномѣрно) нести права и обязанности: дѣлать взносы, исполнять опредѣленныя работы, и т. под. Товарищъ, дѣйствующій отъ имени всей *societas*, разсматривается какъ-бы повѣреннымъ товарищества (*mandatarius, negotiorum gestor*). Онъ отвѣчаетъ за *субра in concreto*, т. е. такъ, какъ-будто управлялъ своими дѣлами; большаго отъ него не требуется, и товарищи сами должны нести невыгоды за выборъ неудачнаго компаніона. Искъ къ товарищу по общему дѣлу

¹⁾ Inst. 3, 25. Dig. 17. 2. Cod. 4. 37. *Rauter*, du contrat de société, 1889 *de Benoit*, de societate secundum ius Romanum, 1869.

²⁾ *Leist*, z. Geschichte d. röm. societas, 1881.

³⁾ Въ нихъ товарищи двоякаго рода: *mancipes*—предприниматели, закупающіе дѣло и дающіе ему организацію—и *socii*—владчики, права которыхъ опредѣляются суммой вкладовъ (*partes*—имѣвшихъ—на подобіе нашихъ акцій,—свой курсъ на рынкѣ). Компаніи публикановъ брали на откупъ, съ публичныхъ торговъ, разныя статьи государств. хозяйства: обработку обществ. поля, сборъ пошлинъ, соляныя копи, рыбныя ловли и т. под.

называется *actio pro socio*; онъ есть *actio famosa* (слѣдуетъ *infamia* отвѣтчика) ¹⁾.

Вѣщныя отношенія товарищества (къ третьимъ лицамъ) предполагаютъ участіе *всѣхъ* товарищей ²⁾. При этомъ, товарищи отвѣчаютъ или корреально или пропорціонально, глядя по соглашенію контрагентовъ. Вмѣсто общаго участія совершеніе извѣстныхъ дѣйствій отъ имени всего товарищества можетъ быть возложено на одного изъ товарищей.

Прекращеніе товарищества возможно съ достиженіемъ цѣли, наступленіемъ срока, въ случаѣ невозможности достигнуть цѣли и мн. др. причинами. Въ частности оно бываетъ: 1) *по соглашенію* товарищей; 2) *по заявленію* одного изъ товарищей; но если одностороннее заявленіе дѣлается съ недобрымъ намѣреніемъ или несвоевременно (чтобъ, напримѣръ, одному воспользоваться большими выгодами отъ новой сдѣлки), въ такомъ случаѣ «товарищъ освобождаетъ отъ себя товарищество, но не себя отъ товарищества» (65 § 6 D 17. 2:— *socium a se, non se a socio liberat*) и онъ одинъ несетъ всѣ невыгоды, а прибыль поступаетъ товарищамъ; 3) *по смерти* товарища (физической или политической—*capitis deminutio maxima, media*), наслѣдникъ котораго, однако, долженъ исполнить начатія дѣла товарища. Для вступленія наслѣдника въ товарищество необходимо заключеніе новаго договора.

Ликвидация товарищества, т. е. распределеніе взаимныхъ претензій между товарищами, совершается по добровольному соглашенію или по судебному рѣшенію. Въ послѣднемъ случаѣ ликвидация отърывается специальной *actio de communi dividundo*, которую можетъ предъявлять любой сотоварищъ (Dig. 10. 3).

Г) *Довѣренность* или препорученіе (*mandatum*) есть договоръ, по которому одно лицо, называемое повѣреннымъ (*procurator, mandatarius*), обязывается передъ другимъ лицомъ, своимъ довѣрителемъ или принципаломъ (*mandans, dominus negotii*), безмездно совершить опредѣленное дѣйствіе ³⁾. Такъ

¹⁾ *Infamia* полагается за нарушеніе довѣрія близкаго лица (63 pr. D 17. 2: *quum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*).

²⁾ Этими отъличается товарищество отъ юридическаго лица, отъ имени котораго дѣйствуетъ всегда завѣдующій дѣлами (*actor, syndicus*).

³⁾ *Inst.* 3. 26. *Dig.* 17. 1. *Cod.* 4. 35 (*mandati*). Слово *mandatum* (буквально—дача руки, рукобитье) объясняется обычаемъ контрагентовъ давать другъ другу руки въ удостовѣреніе взаимнаго довѣрія. Такой обычай встрѣчается среди дѣйствующихъ лицъ въ комедіяхъ Плавта.

какъ препорученіе представляетъ собою консесуальный договоръ, очевидно, безъ согласія (consensus) контрагентовъ оно немислимо.

I) Въ настоящемъ договорѣ имѣются еще слѣдующія *характерныя черты*. Всякое свободное лицо можетъ быть довѣреннымъ; немногія лица были лишены или ограничены въ завѣдываніи чужими дѣлами (женщины infames и нѣк. др.).

Mandatum есть *безмездный* договоръ. Признакъ безмездности объясняется тѣмъ, что обыкновенно повѣренными выступали вольноотпущенники, не получавшіе обязательнаго награжденія, ибо они должны были оказывать патронамъ услуги, въ признательность за полученную свободу. По позднѣйшему праву было допущено между контрагентами соглашеніе и о гонорарѣ ¹⁾. Гонораръ (также, какъ и по личному найму духовнаго труда, ars liberalis) могъ быть предметомъ особаго иска (actio *extra ordinem*).

Предметомъ довѣренности можетъ быть только *дозволенное*, непроступное дѣйствіе. Повѣренный можетъ завѣдывать какъ всѣми дѣлами (procurator omnium bonorum), такъ и однимъ опредѣленнымъ дѣломъ. Дѣло бываетъ /юридическаго свойства (напр. веденіе процесса, совершеніе договора) или чисто фактическимъ (какое-либо сооруженіе, 16 D 17. 1). — *каждый*

Препорученіе дается обыкновенно *въ интересъ доверителя*; оно допускается (при добровольномъ выполненіи) и въ интересъ третьяго лица (aliena gratia). Но недействительно порученіе *лишь въ интересъ повѣреннаго (tua gratia)* ²⁾. Такое порученіе разсматривается простымъ *совѣтомъ* (consillium), не имѣющимъ юридическаго значенія ³⁾.

По договору порученія рождаются взаимные иски: actio mandati *directa*—искъ доверителя въ повѣренному, actio mandati *contraria*—въ доверителю.

II) *Договоръ порученія* есть *неравный двусторонній* договоръ; въ немъ преобладаютъ *обязанности на сторонѣ повѣреннаго*. Эти обязанности заключаются въ слѣдующемъ.

¹⁾ 1 § 4 D 17. 1: mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit.

²⁾ 2 pr. D 17. 1: mandatum inter ros contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive alicente tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, superfacuum est mandatum etc.

³⁾ Отвѣтственность за совѣтъ допускается: 1) по особому договору; 2) въ случаѣ злонамѣренности совѣтника.

Прежде всего *procurator* обязанъ *точно следовать* определенному порученію; онъ не можетъ отъ него уклоняться, хотя бы даже въ выгодѣ доверителя (5 § 1 D 17. 1: купленъ за ту-же или за меньшую цѣну не тотъ домъ, который было поручено купить). И если *повѣренный*, съ своей стороны передоверяетъ дѣйствіе третьему лицу, т. е. поручаетъ совершить тоже дѣйствіе вмѣсто себя своему повѣренному (*substitutus*), то онъ несетъ отвѣтственность предъ своимъ принципаломъ за удачный выборъ (*culpa in eligendo*). Затѣмъ, *procurator* отвѣчаетъ за всякую вину, въ томъ числѣ и за *culpa levis* (хотя самъ не получаетъ выгодъ отъ порученія). Далѣе, всѣ полученія (вещи, проценты, плоды, документы и т. под.) онъ долженъ доставить принципалу. Наконецъ, онъ обязанъ дать полный отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ.

Обязанности доверителя заключаются: 1) въ вознагражденіе повѣреннаго за издержки понесенныя на пользу доверителя; 2) въ возмѣщеніи ущерба, который потерпѣлъ *procurator*, при чемъ доверитель отвѣчаетъ за всякую вину (*omnis culpa*), но не за случай; 3) въ освобожденіи повѣреннаго отъ принятыхъ послѣднимъ обязательствъ (такія обязательства переходили на доверителя посредствомъ *cessio*, выше, стр. 211), 4) въ выдачѣ обычнаго гонорара (если о немъ было специальное соглашеніе при заключеніи договора).

III) *Прекращеніе порученія* совершается обыкновенно естественнымъ путемъ съ исполненіемъ возложеннаго порученія, или наступленіемъ срока даннаго полномочія. Кромѣ того, возможно превращеніе доверенности въ случай односторонняго отказа и смерти контрагентовъ.

Отказъ доверителя отъ договора мыслимъ во всякое время; онъ обязателенъ для повѣреннаго съ того момента, какъ только онъ о немъ узнаетъ. Но, конечно, принципаль обязанъ признать всѣ дѣйствія повѣреннаго, совершенныя до полученія отказа послѣднимъ. Въ свою очередь, и повѣренный можетъ отказаться отъ договора; только отказъ его долженъ быть сдѣланъ своевременно, чтобъ не поставить принципала въ затрудненіе; иначе онъ обязанъ возмѣстить убытки отъ несвоевременнаго отказа.

Смерть доверителя или повѣреннаго уничтожаетъ договорное отношеніе; оно не переходитъ на ихъ наслѣдниковъ, ибо *mandatum* производитъ строго личныя правомочія и обязанности. Только такъ называемое *mandatum post mortem*—

порученіе исполнить дѣйствіе по смерти довѣрителя (напр., поставить ему памятникъ)—осуществляется, естественно, по смерти принципала.

IV) *Особые виды* порученія составляютъ: кредитное порученіе (*mandatum qualificatum*), оцѣночный контрактъ или комиссіонный договоръ (*contractus aestimatorius*) и делегация (*delegatio*). О первыхъ двухъ видахъ у насъ была уже рѣчь прежде (о первомъ—стр. 205, о второмъ—стр. 241). Скажемъ о делегации (о которой нами коротко упомянуто, какъ о видѣ новаціи,—стр. 217).

Делегация въ римскихъ источникахъ употребляется въ широкомъ значеніи. Она означаетъ всякую комбинацію между тремя лицами, изъ которыхъ одно (*delegans*) даетъ порученіе или приказъ (*iussus*) другому (*delegatus*) дать что-либо въ кредитъ (*delegatio nominis*) третьему (*delegatarius*) или обѣщать третьему что-либо, въ качествѣ должника (*delegatio debiti*)¹⁾.

Въ большинствѣ случаевъ помянутый приказъ объ оказаніи кредита или о принятіи на себя (третьимъ лицомъ) долга совершается на основаніи уже ранѣе существующаго обязательства между *delegans* и *delegatus*. Въ этихъ случаяхъ происходитъ новація съ перемѣной субъектовъ: прежнее обязательство превращается въ новое съ другимъ кредиторомъ или должникомъ. Но можетъ быть делегация, не соединенная съ новаціей. Напримѣръ, делегатъ, не будучи должникомъ делеганта, обязываясь предъ делегатаріемъ по приказу делеганта, оказываетъ кредитъ делеганту.

Отношеніе делегации къ мандату довольно спорно. Назовемъ слѣдующіе пункты отличія приказа (*iussus*) делеганта отъ обыкновеннаго *mandatum*: 1) *iussus* есть односторонній приказъ, а *mandatum* есть договоръ; 2) делегантъ не можетъ взять назадъ своего приказа, а довѣритель можетъ вернуть порученіе; 3) делегантъ есть участникъ въ сдѣлкѣ делегата съ делегатаріемъ, а довѣритель не участвуетъ въ сдѣлкѣ повѣреннаго съ третьими лицами.

Въ заключеніе, должно еще упомянуть о *переводѣ платежа* (*Anweisung*), называемомъ въ современномъ правѣ *ассигнаціей* (*assignatio* римляне-же иногда обозначали такой переводъ тѣмъ-же словомъ: *delegatio*). Тутъ дѣло предста-

¹⁾ Муромцевъ, гражданское право, 317.

вляется въ слѣдующемъ видѣ: одно лицо (ассигнантъ) поручаетъ другому (ассигнатарію) получить за его счетъ платежъ отъ третьяго (ассигната), которому одновременно даетъ приказъ произвести платежъ (ассигнатарію). Напримѣръ, имѣющій долговое требованіе къ какому-либо правительственному учрежденію (подрядчикъ, поставщикъ) получаетъ отъ него талонъ отъ ассигновки на государственное казначейство, къ которому одновременно приходитъ ассигновка на данную сумму.

Природа ассигнаціи разъясняется въ современномъ торговомъ правѣ ¹⁾. Тамъ-же извѣстна юридическая поговорка: переводъ долга не есть платежъ долга (*Anweisung ist keine Zahlung*), ибо ассигнантъ можетъ и не произвести платежа (да и ассигнантъ до момента платежа можетъ взять порученіе обратно).

Отдѣлъ четвертый. *Obligationes quasi ex contractu.*

Это суть обязательства, имѣющія конструкцію, аналогичную съ обязательствами по договорамъ ²⁾. Въ нихъ нѣтъ соглашенія, но вмѣстѣ съ тѣмъ соглашеніе²⁾ какъ-бы предполагается; благодаря такому предположенію они и называются *quasi—contractus*. Сюда относятся: 1) веденіе чужихъ дѣлъ безъ предварительнаго порученія — *negotiorum gestio*; 2) завѣдываніе опекуна дѣлами pupilla; 3) обязательство наслѣдника предъ легатаріемъ (имѣющимъ получить легать отъ наслѣдника); 4) случайная общность имущества — *communio incidens*; 5) многіе случаи ответственности вслѣдствіе неправомернаго обогащенія. Во всѣхъ помянутыхъ случаяхъ предполагается истинный *contractus* (въ первыхъ двухъ — *mandatum*, въ третьемъ — дареніе, въ четвертомъ — *societas*, въ пятомъ — *mutuum*), по аналогіи съ которыми они и разсматриваются.

А) *Negotiorum gestio* — безмездное веденіе чужихъ дѣлъ

¹⁾ Теперь оставлена теорія о двойномъ мандатѣ (бывшая въ большемъ ходу въ прежнее время), по которой въ ассигнаціи считали: 1) *mandatum accipiendi* — порученіе ассигнанта ассигнатарію, 2) *mandatum solvendi* — его же порученіе ассигнату.

²⁾ Inst. 3. 27: de obligationibus quasi ex contractu. *Ramm*, d. *Quasi-contract etc.*, 1882.

без порученія ¹⁾. Оно разсматривается такъ, какъ-бы тотъ, въ интересъ кого происходитъ negotiorum gestio (dominus negotii), далъ надлежащее порученіе. Этотъ quasi-contractus получилъ себѣ охрану въ преторскомъ эдиктѣ, гдѣ было начертано: si quis negotia alterius-gesserit, iudicium eo nomine dabo (3 пр. D 3. 5) ²⁾. Завѣдываніе дѣлами безъ порученія могло быть полезно во многихъ случаяхъ въ пользу отсутствующихъ ³⁾, въ случаѣ попеченія (безъ порученія) однимъ изъ сохозяевъ объ общемъ имуществѣ и т. под.

Negotiorum gestio должна удовлетворять слѣдующимъ *условіямъ*. Во-первыхъ, необходимо завѣдываніе *чужими* дѣлами; напримѣръ, производится ремонтъ чужого дома. Иногда данное условіе выясняется не сразу, а лишь впоследствии: кто-либо покупаетъ товаръ — его купля станетъ «чужимъ дѣломъ» съ момента, когда онъ обратитъ товаръ на чужое производство; тутъ рѣшающимъ моментомъ считается согласіе другого (ratihabitio—5 § 11 D 3. 5). Во-вторыхъ, завѣдываніе должно быть начато *въ интересахъ другого*; только дѣйствіе, представляющее интересъ для другого (negotium *utiliter coeptum*), можетъ быть обязательно для него. Въ третьихъ, завѣдываніе должно быть *безъ порученія*, но не вопреки волѣ другого лица; совершенное вопреки запрету другого не имѣетъ для него значенія.

Иски изъ настоящаго обязательства двояки. Искъ къ завѣдующему—actio negotiorum gestorum *directa* — вчинается при неисполненіи завѣдующимъ его обязанностей. А завѣдующій обязанъ довести начатое дѣло до конца, слѣдить за нимъ, не упускать ожидаемыхъ выгодъ отъ дѣла, перевести на dominus (посредствомъ cessio) приобрѣтенныя обязательства, отдать отчетъ, какъ то сдѣлалъ-бы истинный повѣренный; negotiorum gestor отвѣчаетъ предъ dominus за всякую

¹⁾ Dig. 3. 5. Cod. 2. 18 (de negotiis gestis). *Zimmermann*, echte und unechte neg. gestio, 1872. *Wlassack*, z. Geschichte d. neg. g., 1879. *Sturm*, d. Grundprincip d. neg. g. 1882. *Гамбаровъ*, безмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ, вв. I, II, 1881.

²⁾ По вопросу о ближайшемъ основаніи отвѣтственности того, въ чьемъ интересѣ совершено то или другое дѣйствіе, имѣется нѣсколько теорій: 1) *теорія обогащенія* основываетъ отвѣтственность на обогащеніи отъ дѣйствія другого; 2) *теорія одобренія*, со стороны dominus, дѣйствій гестора; 3) теорія *презюмированнаго, фиктивнаго* порученія и нѣк. др. Обзоръ ихъ у *Гамбарова*, назв. соч. II, in fine.

³⁾ Данный мотивъ *utilitas absentium*—особенно подчеркивается источниками (1 D 3. 5.—quoniam magna utilitas absentium versatur ne indefensorum possessionem aut venditionem patiantur etc.).

степень вины и даже за случайности (*casus*) въ томъ случаѣ, если онъ рискуетъ такъ, какъ то не сдѣлалъ-бы *dominus*.— Обратный искъ — *actio negotiorum contraria* — предъявляется завѣдующимъ къ *dominus negotii*. Послѣдній обязанъ возмѣстить всѣ издержки по дѣлу, сдѣланныя завѣдующимъ на пользу его; кромѣ того, онъ обязанъ принять отъ *negotiorum gestor* (посредствомъ *sessio*) обязательства, заключенныя въ его интересахъ ¹⁾.

По началамъ *negotiorum gestio* обсуждается искъ о возмѣщеніи издержекъ погребенія (*actio funeraria*) ²⁾, когда кто на свой счетъ хоронитъ посторонняго, который долженъ быть погребенъ другимъ лицомъ. Отличіе даднаго случая отъ обыкновенной *negotiorum gestio* состоитъ въ томъ, что погребеніе можетъ быть совершено даже *вопреки запрету* лица, обязаннаго похоронить (въ виду его безотлагательности). Отвѣтчикомъ-же по этому иску можетъ быть: тотъ, на кого похороны возложены завѣщателемъ, оставившимъ деньги на расходъ; наслѣдникъ и др.

Б) *Quasi-contractus tutelae*—взаимныя отношенія опекуна и опекаемаго въ классическомъ правѣ разсматривались опирающимися какъ-бы на предварительный договоръ порученія (*mandatum*). И изъ него вытекали два иска: *actio tutelae directa*—къ опекуну, отъ котораго можно было требовать, по снятіи опеки, отчета въ управленіи дѣлами, и *actio tutelae contraria*—къ бывшему опекаемому, обязанному вознаградить расходы опекуна на его пользу.—Ближе познакомимся съ настоящими отношеніями въ своемъ мѣстѣ, въ семейномъ правѣ.

В) *Quasi-contractus* еще усматривается юристами въ *обязательствѣ наслѣдника* предъ легатаріемъ. Это обязательство разсматривается какъ-бы вытекающимъ изъ даренія (*donatio sub modo*): наслѣдникъ есть какъ-бы одаренное лицо подъ условіемъ (*sub modo*) выполнить опредѣленное дѣйствіе ³⁾. И изъ настоящаго обязательства возникаетъ *actio legati*, предъявляемая къ наслѣднику ⁴⁾.

¹⁾ Многие писатели допускаютъ еще такъ назыв. *неточную* (*unechte*) *negotiorum gestio*, подъ которой разумѣютъ веденіе чужихъ дѣлъ на свой счетъ, т. е., тотъ случай, когда завѣдующій полагаетъ, что онъ исполняетъ свое дѣло (*sui lucri causa*), въ дѣйствительности-же дѣло оказывается чужимъ. (Напр., 5 § 5 D 3. 5).

²⁾ Dig. 11. 7. Cod. 3. 44: de religiosis et sumtibus funerum.

³⁾ Fr. 3 § 3 D 42. 3: etenim videtur impubes contrahere, quum adit hereditatem. *Van-Weiter*, les obligations, III, 298.

⁴⁾ Fr. 9 § 1 D 12. 1.

Г) *Communio incidens* ¹⁾—случайная общность имущества ~~возникает~~ без предшествующаго соглашения общниковъ. Но она разсматривается аналогично договору товарищества: также полагается отвѣтственность за *culpa in сопсето*, каждый сотоварищъ имѣетъ право на свою долю въ выгодахъ и плодахъ и т. д.

Случайная общность возникаетъ во многихъ случаяхъ: въ случаѣ наслѣдованія нѣсколькихъ лицъ въ одномъ (особенно, нераздѣльномъ) предметѣ, въ случаѣ слиянія жидкихъ тѣлъ и въ др. сл. Какъ и въ договорѣ товарищества, каждый участникъ можетъ въ любое время требовать раздѣла. Требования или иски о раздѣлѣ называются въ источникахъ трояко: 1) вообще о подѣленіи общей собственности—*actio communi dividundo*; 2) о раздѣлѣ наслѣдства—*actio familiae herciscundae*; 3) о проведеніи границъ—*actio finium regundorum* ²⁾.

Д) *Неправомерное обогащеніе* обнимаетъ немало случаевъ, въ которыхъ имущество одного лица безъ достаточнаго законнаго основанія переходятъ къ другому лицу: по ошибкѣ со стороны дающаго или въ виду извѣстнаго дѣйствія, которое не исполняется получателемъ и т. под. Получившій является неправомѣрно обогатившимся на счетъ давшаго ему имущество. И вотъ, противъ него римское право допускаетъ рядъ *исковъ изъ обогащенія* (*Bereicherungsklagen*) ³⁾; всѣ эти иски называются одинаково въ источникахъ кондикціями (*condictiones*) ⁴⁾.

Всякая кондикція, въ смыслѣ иска изъ обогащенія, предполагаетъ, во первыхъ, приобрѣтеніе имущества на счетъ другого. Возможность взыскапія такого имущества удостоверяена извѣстнымъ широкимъ положеніемъ: *iure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et iniuria fieri locupletiores* (206 D 50. 17). Данное положеніе справедливъ

¹⁾ Терминъ образованъ изъ выраженія источниковъ: *incidimus in communionem* (31 D 17, 2). Dig. X, 2; X, 3. Cod. 3. 36; 3. 37; 3. 30.

²⁾ До Юстиніана различались двоякіе споры о границахъ: *controversia de fine*—разрѣшались землемѣрами по техническимъ правиламъ, *controversia de loco*—о мѣстѣ, выходящемъ за границу—рѣшались обыкновеннымъ судомъ, въ которомъ землемѣры были экспертами.

³⁾ *Witte*, *Bereicherungsklagen*, 1859, *Pfersche*, *Bereicherungsklagen*, 1883. *Voigt*, *Conditiones ob causam*, 1862.

⁴⁾ *Condictio* въ древнемъ правѣ обозначала *actio stricti iuris*, потомъ вообще означала всякій личный искъ (*actio in personam*), въ частности кондикціями прозывались иски изъ обогащенія.

признается черезчуръ широко выраженнымъ, имѣющимъ скорѣе нравственное, чѣмъ юридическое значеніе. Поэтому, требуется для иска изъ обогащенія, во вторыхъ, наличность 1) неправомѣрнаго основанія (*iniusta causa*) или, по крайней мѣрѣ, отсутствіе 2) основанія правомѣрнаго (*sine causa*) 1).

Вотъ, куда относящіяся кондикціи по источникамъ: *condictio indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem causam, ob iniustam causam, sine causa.*

I) *Condictio indebiti*—поворотъ недолжно уплаченнаго (D 12. 6; C. 4. 5) 2). Положимъ, наследникъ, не найдя въ бумагахъ росписки кредитора наследодателя, вторично платить долгъ вѣрителю, запаматовавшему, съ своей стороны, о погашеніи долга. А потомъ находится росписка. Какъ обосновать искъ о поворотѣ уплаченнаго? Вѣдь, кредиторъ, принимая деньги, не обявываясь ихъ возвратить, и вмѣстѣ съ тѣмъ, получая уплату добросовѣстно (не получая завѣдомо недолжное), не совершилъ преступленіе. Римскіе юристы такъ конструировали данное отношеніе: получившій недолжную уплату принялъ ее какъ-бы взаимы (*quasi-mutuum*), а потому, въ качествѣ должника какъ-бы по договору (*quasi ex contractu*), долженъ возвратить полученное (pr. I. 3. 14:—*ac si mutuum accepisset*).

Ближе говоря, предъявленіе *condictio indebiti* требуетъ слѣдующихъ трехъ условій. Во первыхъ, *не должно существовать долга*. Именно, не должно быть какого-либо долга: безсрочнаго, срочнаго, естественнаго и т. д. Во вторыхъ, полагается *ошибочное* допущеніе долга платящимъ: если-же кто сознательно исполняетъ дѣйствіе, не будучи къ тому обязанъ, онъ совершаетъ дареніе 3). Въ третьихъ, принимающій уплату долженъ дѣйствовать добросовѣстно, т. е., не зная о томъ, что долгъ уже погашенъ. Иначе, тотъ, кто беретъ завѣдомо недолжное, отвѣчаетъ по иску о краденомъ (*condictio furtiva*).

II) *Condictio causa data, causa non secuta* (Dig. 12. 4) или *condictio ob causam datorum* (Cod. 4. 6) предъявляется для востребованія того, что дано или обѣщано съ извѣстной

1) Fr. 1 § 3 D 12. 7: *constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam.*

2) *Zimmermann*, Beiträge z. Theorie d. *condictio indebiti*, 1868, *Bassani*, del pagamento dell' indebitio, 1883.

3) Извинительнымъ, строго говоря, бываетъ лишь заблужденіе въ фактъ (*error facti*); но, по видимому, по исключенію допускается тутъ и *error iuris* (1 pr. D 36. 4 и вѣк. др.).

дозволенной цѣлью, ²⁾цѣль-же не достигнута. Напримѣръ, кто-либо передаетъ женщинѣ имущество, какъ ея приданое, въ виду предстоящаго замужества, а она не выходитъ замужъ.

И тутъ три условія иска: извѣстное дѣйствіе со стороны истца, въ виду будущаго закономѣрнаго событія (*causa futura honesta*), ненаступающаго по какимъ-либо причинамъ. Причины венаступления безразличны: по случаю-ли, по винѣ-ли отвѣтчика и т. д.

Эта кондикція примѣняется, напримѣръ, при *donatio sub modo*—дареніи съ возложеніемъ извѣстнаго образа дѣйствій (выдачи алиментовъ третьему лицу и т. д.) если помянутыя дѣйствія не исполняются.

III) *Condictio ob turpem causam* (Dig. 12. 5. Cod. 4. 7) идетъ противъ отвѣтчика, получившаго что-либо отъ истца въ виду событія, позорящаго честь (*causa inhonesta*) отвѣтчика (но не трогающаго чести истца). Напримѣръ, даны деньги, чтобы удержать отъ преступленія; деньги могутъ быть востребованы обратно, независимо отъ того, совершено преступленіе или нѣтъ.

Если-же дѣяніе мараетъ добрую славу истца, кондикція не дѣйствуетъ; напр., не можетъ быть обратно востребована взятка, данная деньгами *meretrix* (4 § 3 D 12. 5).

IV) *Condictio ob iniustam causam* (D 12. 5. Cod. 4. 9) предъявляется противъ отвѣтчика, обогатившагося на счетъ истца, благодаря преступленію или, вообще, путемъ ²⁾недозволеннаго взкономъ дѣянія (напр. выполненнаго подъ угрозою). Такимъ образомъ обратно взыскивается лихва, выигрышъ въ азардной игрѣ и т. под.

Очевидно эта кондикція близко подходитъ къ предыдущей, однако въ Юстиніановомъ правѣ обѣ онѣ различаются.

V) *Condictio sine causa* (D 12. 7, C. 4. 9) имѣетъ два значенія: ¹⁾въ широкомъ значеніи она обнимаетъ всѣ разсмотрѣнныя нами кондикціи—въ этомъ значеніи она представляетъ общее, типическое названіе для всякаго иска изъ обогащенія; ²⁾въ специальномъ-же смыслѣ она касается всѣхъ остальныхъ случаевъ обогащенія, въ которыхъ не могутъ дѣйствовать четыре предыдущія кондикціи.

Именно, въ разнообразныхъ случаяхъ, когда юристы находили неосновательнымъ обогащеніе на счетъ лица, которому нельзя было помочь какимъ-либо другимъ искомъ, они представляли потерпѣвшему *condictio sine causa*. Напримѣръ,

кто-нибудь потерялъ чужую вещь и заплатилъ хозяину стоимость ея;—потомъ-же самъ хозяинъ нашелъ пропавшую вещь—къ нему уплатившій можетъ предъявить condictio sine causa (2 D 12. 7).

Отдѣлъ пятый. Обязательства изъ правонарушенія ¹⁾.

Правонарушеніемъ (преступленіемъ или проступкомъ) называется) недозволенное закономъ дѣяніе, совершенное по ²⁾винѣ (*dolo, culpa*) дѣйствующаго лица. Правонарушенія (*delicta*) дѣлились на двѣ группы: публично-уголовныя дѣла (*delicta publica*) и частно-уголовныя дѣла (*delicta privata*).

Публичныя правонарушения суть преступления противъ публичнаго, общественнаго порядка. Ихъ вѣдаетъ само государство, *iudicium publicum*: прежде народное собраніе, потомъ судъ съ выборными изъ гражданъ (*quaestio perpetua*). Таково большинство преступленій: убійство, подлогъ, измѣна и др.

Частныя правонарушения касаются прежде всего частныхъ интересовъ и преслѣдуются самими пострадавшими частнымъ гражданскимъ порядкомъ. Такихъ проступковъ (*delicta privata*) было извѣстно, главнымъ образомъ, четыре: похищеніе (*furtum*), грабежъ (*garipna*), поврежденіе имущества (*damnum*) и оскорбленіе (*iniuria*), Кроме того, въ преторскомъ эдиктѣ было еще нѣсколько частно-уголовныхъ исковъ по поводу отдѣльныхъ случаевъ нарушенія гражданскихъ интересовъ. И о нихъ скажемъ по разсмотрѣніи четырехъ *delicta privata*.

Судебная отвѣтственность за частныя проступки обладаетъ двоякимъ характеромъ: ¹⁾чисто-гражданскимъ и ²⁾уголовнымъ. Гражданская отвѣтственность состоитъ въ возмѣщеніи прямого интереса пострадавшаго, въ доставленіи ему равноцѣнности за недостающее имущество. Пенальная или уголовная заключается въ возложеніи на преступника имущественнаго штрафа за недозволенное дѣяніе. По большей части пострадавшій имѣетъ право выбора между той и другой отвѣтственностью; на примѣръ, обокраденный можетъ вчинить condictio furtiva—о возвратѣ покражи или равноцѣнности, или actio furti—о двойномъ штрафѣ. Иногда отвѣтственность бы-

¹⁾ Iust. 4. 1: de obligationibus quae ex delicto nascuntur. D 47. 1. de delictis privatis. *Ihering*, d. Schuldmoment im röm. Privatrecht.

ваетъ смѣшаннаго характера, когда вчинается искъ, содержащій востребованіе эквивалента и наложеніе пени (напр. искъ о награбленномъ, *actio vi bonorum raptorum* ¹⁾).

Совершившій преступленіе или проступокъ, каждый отвѣчаетъ лично, самъ за себя. Наказаніе не падаетъ на наслѣдниковъ. Послѣдніе, не отвѣтствуя ни лично, ни своимъ имуществомъ, платятся лишь въ предѣлахъ обогащенія на счетъ пострадавшаго отъ преступленія (*in quantum locupletiores facti sunt*).

А) *Furtum* — } *корыстное* } *недозволенное* } присвоеніе чужого имущества ²⁾. Такъ широко понимали римляне *furtum*; оно обнимало не только кражу въ современномъ значеніи (тайное похищеніе); но и растрату, и самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ (*furtum usus*) и другія преступленія. Это видно изъ опредѣленія Павла (1 § 3 D 47. 2): *furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve*. Сვაжемъ о признакахъ и отвѣтственности за кражу.

1) Въ понятіи о *кражѣ* имѣются слѣдующіе признаки. Во-первыхъ, требуется *тѣлесное прикосновеніе* къ предмету кражи, обозначаемое въ опредѣленіи словомъ: *contrectatio*. Поэтому, не судится за кражу тотъ, кто проникъ въ чужое помѣщеніе съ воровскимъ намѣреніемъ, но не успѣлъ еще наложить руку на вещь, или тотъ, кто отрицаетъ принятіе вещи на сбереженіе съ цѣлью присвоить ее.

Во-вторыхъ, требуется *корыстное намѣреніе* (*lucri faciendi gratia*). Похищеніе съ другимъ намѣреніемъ образуетъ другое преступленіе (наприм., похищеніе дѣвушки не есть *furtum*, есть *libido*).

Въ третьихъ, *предметомъ кражи* называется въ приведенномъ опредѣленіи: 1) *ipsa res* — тѣлесная вещь — *движимое имущество* ³⁾; 2) *usus* — иользованіе чужимъ имуществомъ (напр., пользованіе залогопринимателемъ заложеной вещью); 3) *possessio* — присвоеніе или утайка чужой вещи, находящейся во владѣніи (напр., залогоприниматель не возвращаетъ залога).

¹⁾ Пенальной отвѣтственности за преступленіе нынѣ не существуетъ. Въ римскомъ правѣ она объясняется, какъ остатокъ отъ прежнихъ временъ, когда не различалось гражданское правонарушеніе отъ преступленія.

²⁾ Въ древности могло быть *furtum* и въ отношеніи недвижимаго имущества. *Gai, inst. 2, 51.*

II) *Отвѣтственность* за кражу двойка: гражданская — удовлетвореніе пострадавшаго за вредъ, уголовная — уплата штрафа.

Гражданская отвѣтственность выражается въ формѣ иска, называемаго *condictio furtiva*, о востребованіи вещи и возмѣщеніи интереса. Истецъ — имѣющій вещное право на краденый предметъ, отвѣтчикъ — похититель и его наследники (въ полномъ размѣрѣ).

Штрафной искъ (*actio furti*) преслѣдуетъ duplum, двойное возмездіе ¹⁾. Истецъ — всякій, чей интересъ страдаетъ: не только хозяинъ, но и имѣющій *detentio rei* (наниматель и т. д., — только не депозитарій, ибо онъ за кражу — если не самъ крадетъ — не отвѣчаетъ предъ хозяиномъ). Отвѣтчикъ — воръ и его соучастники. Въ случаѣ явнаго воровства (*furtum manifestum*) взыскивается и четверной штрафъ (*quadrum*) ²⁾.

Б) *Rapina* — грабежъ (J. 4. 2; D 47. 8. C. 9. 33). До конца республики грабежъ, въ смыслѣ насильственного похищенія, рассматривался какъ обыкновенное *furtum*. Въ концѣ республики, во время гражданскихъ междоусобій, когда имущество зачастую подвергалось разграбленію отъ рукъ вооруженныхъ разбойниковъ, въ это время преторомъ Лукулломъ былъ изданъ эдиктъ, въ которомъ говорилось о специальной *actio vi bonorum raptorum* противъ вооруженныхъ грабителей, соучастовавшихъ въ преступленіи. Затѣмъ, въ классическое время этотъ-же искъ стали допускать и противъ невооруженныхъ грабителей, и противъ одного преступника (соучастіе стало необязательнымъ).

Искъ о награвленномъ (*actio vi bonorum raptorum*) вчинается въ четверномъ размѣрѣ въ теченіе года со дня преступленія. Въ это время онъ представляетъ собою *actio mixta* (стоимость вещи + тройной штрафъ). По истеченіи года взыскивается только вещь или стоимость ея.

В) *Damnum iniuria datum* — незаконное поврежденіе чужого имущества ³⁾. Объ этомъ преступленіи рѣчь ведетъ

¹⁾ Двойной интересъ или двойная стоимость вещи? Это — спорный вопросъ.

²⁾ Что такое *furtum manifestum*? Понимка вора съ краденымъ, захватъ его въ мѣстѣ преступленія, преслѣдованіе вора съ краденымъ въ рукахъ — § 3 J. 4. 1.

³⁾ *Permisco*, z. Lehre v. d. Sachbeschädigung, 1867. *Grueber*, the roman law of damage to property etc., 1886.

законъ Аквилія, состоящій изъ трехъ главъ (Inst. 4. 3; Dig. 9. 2; Cod. 3. 35). Въ первой главѣ говорится о вознагражденіи за убіеніе чужого раба или четвероногого животнаго; совершившій убіеніе обязанъ заплатить потерпѣвшему высшую стоимость раба или животнаго въ теченіе послѣдняго года. Во второй главѣ излагается совершенно посторонній, частный вопросъ: объ отвѣтственности соучастника на сторонѣ кредитора по словесному обязательству (*adstipulatio*); такой соучастникъ, буде онъ освободитъ должника отъ обязательства, обязанъ вознаградить кредитора за причиненные убытки. Въ третьей-же главѣ устанавливается возмѣщеніе за вредъ, наносимый чужому имуществу всякаго рода; размѣръ возмѣщенія опредѣляется высшей стоимостью поврежденной вещи въ послѣдній мѣсяць.

Любопытны два главные признака настоящаго проступка, помянутые въ законѣ Аквилія. Во первыхъ, требовалось *damnum corpore datum*—вредъ нанесенный непосредственно тѣлеснымъ прикосновеніемъ: поджогомъ, поломомъ и т. под. Но классическая юриспруденція отвергла настоящей ограничительный признакъ и признавала проступками, аналогичными предусмотрѣннымъ по закону Аквилія, всякіе случаи поврежденія вещей (умерщвлено животное голодомъ взаперти, безумный рабъ убилъ себя даннымъ ему въ руки мечомъ, и т. под.). Однако случаи бездѣйствія (*omissio*) отъ котораго страдаетъ чужое имущество, не составляли, повидимому, проступковъ: никто не спасаетъ тонущее животное и т. под.. Во вторыхъ, требовалось по закону Аквилія *damnum corpori datum*—вредъ, нанесенный самой вещи; но юриспруденція и отъ этого ограниченія отказалась, такъ что отвѣтственность признавалась и въ случаяхъ поврежденія, безъ непосредственнаго воздѣйствія на самую вещь (въ случаѣ вышибанія изъ рукъ затерявшихся денегъ и въ др. сл.).

Такимъ образомъ, кромѣ исковъ о поврежденіи, прямо опирающихся на самый текстъ Аквиліева закона, было немало исковъ о поврежденіи, аналогичныхъ созданныхъ римской юриспруденціей; послѣдніе назывались *actiones legis Aquiliae utiles*.

Г) *Iniuria*—оскорбленіе (I. 4. 4. D. 47. 40. C. 9. 35) ¹⁾.

¹⁾ *Landsberg*, *Iniuria und Beleidigung*, 1886. *Ihering*, *Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen* (Jahrb. f. Dogm. 23).

Буквально iniuria означает всякое противозаконное дѣяніе (quod non iure fit). Въ спеціальномъ значеніи iniuria есть намѣренное (cum animo iniuriandi) посягательство на честь гражданина (existimatio); это есть обида (contumelia).

Обида можетъ заключаться въ очень разнообразныхъ дѣйствіяхъ: въ поруганіи, разглашеніи тайны завѣщанія, недопущенія къ пользованію общедоступнымъ имуществомъ и т. д. Римлянамъ было извѣстно и современное дѣленіе на обиды дѣйствіемъ (re) и обиды словомъ (verbis); къ послѣднимъ относились, напримѣръ, convicium (обидная публичная рѣчь), carmen malum (памфлетъ).

Обидчика можно было преслѣдовать уголовнымъ порядкомъ, требуя наказанія его, или гражданскимъ порядкомъ, предъявляя искъ о денежномъ вознагражденіи за безчестіе. Послѣдній искъ называется actio iniuriarum aestimatoria; сумма безчестія опредѣлялась по усмотрѣнію судьи ¹⁾.

Д) Кромѣ четырехъ частныхъ правонарушеній, въ преторскихъ эдиктахъ еще упоминалось о нѣкоторыхъ проступкахъ, влекущихъ пенальную отвѣтственность (actio poenalis) по почину самихъ пострадавшихъ. Вотъ, главнѣйшіе сюда относящіеся пенальные иски:

1) actio doli ²⁾ — искъ о возмѣщеніи убытковъ, нанесенныхъ — вслѣдствіе какого-бы ни было злонамѣреннаго и неправомѣрнаго дѣянія. Это было вспомогательное судебное средство, къ которому обращались потерпѣвшіе въ случаѣ, если не было другихъ спеціальныхъ средствъ защиты ³⁾. Напримѣръ, тотъ, кому былъ переданъ на храненіе юридическій документъ, умышленно уничтожилъ его. Actio doli влечетъ также infamia, почему не можетъ быть предъявлена противъ тѣхъ, въ отношеніи которыхъ пострадавшіе обязаны быть почтительными (напр., противъ родителей, патроновъ);

2) actio (in factum) de calumniis ⁴⁾ вчиняется въ такихъ случаяхъ: кто-либо получаетъ отъ другого деньги, чтобъ предъявить завѣдомо несправедливый искъ — третье лицо

¹⁾ Кромѣ прямой, непосредственной обиды была косвенная обида: близкіе родственники, другой супругъ могли также вчинить actio iniuriarum.

²⁾ Dig. 4. 3. Cod. 2. 21: de dolo malo.

³⁾ Actio doli (de dolo) была установлена (преторомъ Аввиліемъ) на случай явнаго обмана, а затѣмъ перешла на всякіе случаи злонамѣренныхъ дѣйствій; искъ допускается на сумму не менѣе 2 золотыхъ (duo aurei).

⁴⁾ Dig. 3. 6: de columniatoribus.

можетъ требовать (*quadruplum*) въ четверо болѣе полученнаго; или нѣкто получаетъ деньги, чтобъ не поднимать процессъ противъ платящаго—вчинается противъ него *actio de calumpnia* (иначе также уплаченное можетъ быть востребовано посредствомъ *condictio ob turpem causam*);

3) *actio de servo corrupto* ¹⁾—о возмѣщеніи того ущерба, который терпитъ *dominus*, вслѣдствіе намѣреннаго развращенія его подвластнаго (раба, — можетъ быть и за нравственную порчу подвластнаго сына). Съ отвѣтчика взыскивается двойной размѣръ (*duplum*) причиненнаго вреда;

4) искъ о возмѣщеніи убытка, причиненнаго тѣмъ, что намѣренно препятствовали пострадавшему явиться въ судъ, въ качествѣ отвѣтчика. Съ того, кто мѣшалъ явѣ на судъ, взыскивается посредствомъ *actio in factum*, какъ пеня, сумма предъявленнаго иска.

Отдѣлъ шестой. Обязательство какъ-бы изъ правонарушенія.

Подъ эту категорію (*obligationes quasi ex delicto*) подводятся въ римскомъ правѣ такіе случаи/причиненія вреда, въ большинствѣ которыхъ имѣется нарушеніе закона, но нѣтъ полного состава преступленія: преступаетъ законъ чужой рабъ, который не можетъ быть признанъ субъектомъ преступленія (за отсутствіемъ въ немъ правоспособности); наносится вредъ не столько по винѣ, сколько по недостатку надлежащихъ знаній и т. д. ²⁾ Въ настоящей категоріи помѣщаются слѣдующія случаи:

1) *Гражданская отвѣтственность судьи*, постановившаго несправедливое рѣшеніе. Римское право усматривало *quasi-delictum* судьи, причинившаго если не умышленно, то по неопытности (*per imprudentiam*),—вредъ одному изъ спорящихъ неправильнымъ приговоромъ. О такомъ судѣ римское право такъ выражалось: *iudex litem suam facit*—судья какъ-бы присваиваетъ себѣ сумму спора, за которую и долженъ нести отвѣтственность предъ пострадавшимъ ³⁾. Требованіе гражданской

¹⁾ Dig. 11. 3. de servo corrupto (Cod. 6. 2).

²⁾ Inst. 4. 5. de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur.

³⁾ Pr. I. 4. 5.—si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed—licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex ma-

твѣтственности судья составляетъ *actio in factum* (съ описаніемъ обстоятельствъ неправильнаго рѣшенія); въ средніе вѣка этотъ искъ прозывался *Syndikatsklage*;

2) *actio de effusis et deiectis*—искъ о возмѣщеніи вреда, причиненнаго прохожему предметомъ, выброшенномъ на дорогу ¹⁾). Напримѣръ, изъ окна вырсывается соръ, выливаются помои—если отъ того страдаетъ какой-либо прохожій, хозяинъ дома несетъ возмѣщеніе вреда и такой-же гражданскій штрафъ. Именно, противъ него вчинается помянутый искъ, имѣющій въ виду двойное возмездіе (*duplum*). Настоящій искъ есть *actio popularis*—народный искъ: всякій гражданинъ имѣетъ право выступить истцомъ (между прочимъ, искъ предъявляется въ случаѣ убіенія выброшеннымъ предметомъ свободаго человѣка; за это слѣдуетъ штрафъ въ 50 солидовъ). Отвѣтчикомъ является хозяинъ дома, хотя-бы онъ не былъ повиненъ въ нанесеніи вреда (пострадавшему нелегко узнать истиннаго виновника); хозяинъ-же можетъ переложить возмѣщеніе, съ своей стороны, на настоящаго виновника (своего жильца, гостя, прислугу и т. под.);

3) *actio de positis et suspensis*—штрафной искъ въ наказаніе за ненадежное выставленіе и подвѣшиваніе предметовъ на публичномъ мѣстѣ, гдѣ такіе предметы могутъ причинить вредъ прохожимъ. Это есть также, какъ и предъидущій искъ, *actio popularis*. Штрафъ—10 солидовъ ²⁾);

4) *actio noxalis*—искъ, предъявляемый къ властелину, о возмѣщеніи вреда, причиненнаго подвластнымъ сыномъ или рабомъ ³⁾). Истецъ—пострадавшее лицо. Понятно, почему отвѣчаетъ за раба его господинъ: рабъ, какъ неимѣющій правоспособности, не можетъ быть субъектомъ преступленія. Почему-же платится отецъ за проступокъ сына, неотдѣленнаго отъ семьи? Такъ было въ древности на томъ основаніи, что у сына не было самостоятельнаго собственнаго имущества. Во времени-же Юстиніана, когда и за подвластными дѣтми

leificio teneri.—Подъ *iudex* здѣсь разумѣется въ формулярномъ процессѣ присяжный судья (разбиравшій *in iudicio*), а не магистратъ.—Относительно магистрата, примѣнишаго новое несправедливое правило, можно было требовать примѣненія того-же правила (*D 2 2: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*).

¹⁾ *Dig. 9- 3: de his qui effuderint vel deiecerint*.

²⁾ *Fr. 5 § 6 D 9. 3. Praetor ait ne quis in suggruenda protectove supra eum locum, quo volgo iter fiet, inveque consistitur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit*.

³⁾ *Iust. 4. 8. Dig. 9. 4. Cod. 3. 41: de noxalibus actionibus*.

было признано право на ихъ приобрѣтенія, отпала отвѣтственность за нихъ со стороны родителей ¹⁾. Такимъ образомъ, въ правѣ Юстиніана осталась *actio poxalis* за преступленіи однихъ рабовъ.

Властелинъ—отвѣтчикъ имѣеть право выбора: дать имущественное удовлетвореніе пострадавшему или выдать виновника въ кабалу (*in mancipium*) потерпѣвшаго на отработку долга; выдача въ кабалу прозывалась *poxae deditio*.

Любопытный вопросъ о томъ, кто отвѣчаетъ за виновнаго раба, перешедшаго въ собственность другого господина: прежній или новый хозяинъ его? Этотъ вопросъ рѣшался по формулѣ: *poxa caput sequitur*—отвѣтственность переходитъ, вмѣстѣ съ рабомъ, въ новому приобрѣтателю;

5) *actio de pauperie*—искъ о возмѣщеніи вреда (*pauperies*), причиненнаго животными (укушеніе, разорваніе платья и т. под.) ²⁾. Хозяинъ отвѣчаетъ, если вредъ нанесенъ домашнимъ животнымъ (злой собакой, лошадыю съ норовомъ), безъ участія человѣка. Поэтому, кто некрѣпко держалъ на привязи собаку, которая сорвалась съ цѣпи и укусила,— тотъ самъ и отвѣчаетъ за свою неосторожность (*ex lege Aquilia*), а не хозяинъ собаки (1 § 5 D 9. 1) ³⁾;

6) *actio de recepto*—искъ по поводу принятія на сохраненіе корабельщиками или трактирщиками (*navatae, saurores, stabularii*) вещей путешественниковъ. Они отвѣчаютъ и за чужую вину: въ случаѣ похищенія вещей ихъ слугами или даже гостями (выше стр. 186). Вотъ, отвѣтственность за чужую вину и конструируется римскимъ правомъ вытекающею какъ-бы изъ преступнаго дѣянія (*quasi ex maleficio*); дѣяніе-же это состоитъ въ томъ, что они допускаютъ у себя дурныхъ людей (*malii homines*) ⁴⁾.

¹⁾ § 7 I. 4. 8: *ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri. Girard, les actions noxales* (Nouv. revue hist. de droit, 1887).

²⁾ Inst. 4. 9. Dig. 9. 1: *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*.

³⁾ Искъ о потравѣ, произведенной животными на чужомъ полѣ, называется иначе: *actio de pastu*.

⁴⁾ § 3 I. 4. 5:—*et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur*.

Отдѣлъ седьмой, *Obligaciones ex lege.*

Всѣ обязательства, разсмотрѣнныя до сихъ поръ, имѣли два главные источника: соглашеніе контрагентовъ (договоръ) и правонарушеніе. На подобіе этимъ источникамъ, по аналогіи съ ними, были построены еще нѣкоторыя обязательства (*quasi ex contractu, quasi ex delicto*). Правда, иныя изъ обязательствъ послѣдней категоріи (напр., искъ противъ хозяина за вредъ отъ животнаго) скорѣе имѣли источникомъ своимъ постановленіе закона, чѣмъ «предполагаемое» правонарушеніе. Но римскіе юристы не знали (пятой) категоріи обязательствъ *ex lege*, почему ихъ классификація была неполна. Необходимо ввести еще настоящую категорію.

Въ нее войдутъ многочисленныя обязательства, установленныя предписаніемъ самого закона и не помѣщенныя римлянами ни въ одну изъ предъидущихъ четырехъ группъ. Напримѣръ, здѣсь найдутъ себѣ мѣсто: обязанность близкихъ родственниковъ давать другъ другу алименты (средства жизни), долгъ родителей давать приданое дочери, обязанность наслѣдника хоронить наслѣдодателя и ин. др. О многихъ изъ этихъ случаевъ будетъ сказано въ своемъ мѣстѣ (въ семейномъ, наслѣдственномъ правѣ). Теперь-же назовемъ такіе случаи, которые (въ учебникахъ) приводятся въ качествѣ обязательствъ *ex lege*:

1) *operis novi nunciatio* ¹⁾—заявленіе претору о началѣ новой постройки, нарушающей права заявителя или публичныя права: напримѣръ, о томъ, что постройка неправильно возводится, производится на общественной землѣ и т. под. (выше, стр. 92). Работа должна быть по заявленіи приостановлена. Если-же она продолжается, преторъ издаетъ *interdictum de opere restituendo* (иначе—*int. demolitorium*), приказъ о разрушеніи неправильно построеннаго. Но когда, по изданіи помянутаго интердикта, отвѣтчикъ докажетъ предъ преторомъ законность своихъ дѣйствій, преторъ можетъ снять наложенное запрещеніе (совершить *nuntiatiois remissio*) ²⁾;

¹⁾ Dig. 39. 1; 43. 25. Cod. 8. 11. *Burkhard*, die operis novi nunciatio 1871.

²⁾ Дальнѣйшіе моменты настоящаго отношенія довольно сложны: если заявитель, признающій право на своей сторонѣ, вчиняетъ *actio (negatoria, confessoria)*, отвѣтчикъ доставляетъ *cautio de demoliendo* или *cautio damni infecti* (сопутствующему интердиктомъ, называемымъ: *ne vis fiat aedificantis*); процессъ при Юстиніанѣ оканчивается въ 3 мѣсяца. Тутъ есть и спорные вопросы.

1) *cautio damni infecti* ¹⁾ — обезпеченіе ¹⁾ возможнаго вреда отъ чужаго недвижимаго имущества: старый смежный домъ или старое дерево грозятъ паденіемъ и т. под. (выше, стр. 91). По заявленію лица, заинтересованнаго въ обезпеченіи, владѣлецъ обязанъ дать обѣщаніе (стипуляцію) о возмѣщеніи будущаго ущерба (*damnum infectum*—*non dum factum*); иначе, безъ даннаго обѣщанія, онъ не отвѣчалъ въ Римѣ за вредъ, причиненный паденіемъ его вещей.—Въ случаѣ отказа въ обезпеченіи, проситель получаетъ вводъ во владѣніе имуществомъ отвѣтчика, чтобъ понудить послѣдняго дать стипуляцію. И если первый вводъ все-таки не достигаетъ цѣли, производится преторомъ второй вводъ (*missio in possessionem ex secundo decreto*), который сообщаетъ просителю право, принадлежавшее отвѣтчику (собственность, добро-совестное владѣніе и т. под.);

3) *actio ad exhibendum* ²⁾ искъ о предъявленіи на показъ опредѣленныхъ предметовъ: людей, вещей, документовъ и пр. И то лицо, къ которому данный искъ вчиняется, обязано допустить истца къ осмотру искомаго предмета. А надобность въ томъ можетъ нерѣдко сказаться: напр., прежде чѣмъ вчинить искъ о бѣгломъ рабѣ, о пропавшемъ колесѣ, о вводѣ въ наслѣдство по завѣщанію,—истцу необходимо бываетъ удостовѣриться, находится-ли бѣжавшій рабъ среди рабовъ такого-то лица; дѣйствительно-ли то, что колесо придѣлано къ чужой повозкѣ, правильно-ли составлено завѣщаніе, находящееся въ рукахъ сонаслѣдника и т. под. ³⁾.

¹⁾ 39. 2.—*Burkhard*, *cautio damni infecti*.

²⁾ D 10. 4. C. 3. 42. *Demelius*, *die Exhibitionspflicht*, 1872.

³⁾ Кромѣ *actio ad exhibendum*, ради той-же цѣли были особыя интердикты: *de tabulis exhibendis* (предъявленіе документовъ—D 43. 5. C. 8. 7), *de liberis exhibendis* (D 43. 30. C. 8. 8) и др.

Среди многихъ (въ сожалѣнію) опечатокъ и пропусковъ, оказавшихся въ предыдущемъ текстѣ (особенной части догмы) благодаря спѣшности печатанія, особенно необходимо исправить слѣдующія ошибки:

<i>стр.:</i>	<i>напечатано:</i>	<i>слѣдуетъ:</i>
51 (середина)	которому что	потому что
52 (конецъ)	имѣтъ	нѣтъ
61 (прим. 4)	Fr. f. 8 D 46. 3	Fr. 78 D 46. 3.
150 (кон.)	общественномъ	обязательственномъ
154 (сер.)	участками	участниками
180 (нач.)	обстоятельства	обязательства
186 (сер.)	Но отношеніе	Но промедленіе
187 (12 стр.)	должникъ не можетъ	должникъ можетъ
207 (стр. 5)	истеченіе давности иска	преждевременность (въ случаѣ отсрочки) иска
250 (сер.)	10 лѣтъ	10 мѣстъ
252 (сер.)	ради достиженія	въ достиженіи
259 (стр. 7)	въ пользу отсутствующихъ	отсутствующимъ

А. В. Радченко

III.

Семейное право.

По ознакомленіи съ вещнымъ и обязательственнымъ правомъ обращаемся къ семейному праву. Последнее, въ отличіе отъ предыдущихъ институтовъ, включаетъ совокупность юридическихъ отношеній, замкнутыхъ кругомъ опредѣленныхъ лицъ. Вещное право, какъ право абсолютное, имѣетъ силу въ отношеніи всѣхъ людей, обязанныхъ одинаково признавать такую-то собственность, залогъ и т. д. Правда, обязательство, въ противность вещному праву, представляетъ собою личное отношеніе между двумя и болѣе субъектами, но и оно съ той и другой стороны можетъ быть передаваемо, да и вообще, неограничено какой-либо совокупностью лицъ: всякое правоспособное лицо можетъ быть участникомъ обязательства.

Кругъ субъектовъ семейнаго права опредѣляется, понятно, сферой семьи. А римская семья, *familia*, принимаемая въ патриархальномъ быту въ смыслѣ области господства семейнаго домовладыки, содержала гораздо болѣшій контингентъ людей сравнительно съ современной семьею; кромѣ современнаго состава: обоихъ супруговъ и потомства — въ нее входили и рабы, и вольноотпущенники (пребывающіе подъ патронатомъ), и временно — зависимые (*homines liberi in mancipio*). Но о последнемъ, чисто-историческомъ составѣ римской семьи (въ которомъ уже во времени Юстиніана не стало патроната и *mancipium*), т. е. главнымъ образомъ, о рабствѣ подробная рѣчь была у насъ въ историческомъ курсѣ.

Такимъ образомъ, на первомъ мѣстѣ — юридическія отношенія между супругами, родителями и дѣтьми. Сюда-же примыкаетъ вспомогательный институтъ, строеніе котораго во многомъ аналогично отцовской власти; это — опека и попечительство. Получаются три главы: о брачномъ или

супружескомъ союзѣ, объ отцовской власти, объ опежѣ и попечительствѣ.

Вполнѣ частный характеръ всѣ семейныя отношенія имѣли только въ патриархальную гору глубокой древности. Въ государственной-же жизни многія взаимныя отношенія членовъ семьи приобрѣли публичный характеръ; въ нихъ стала вмѣшиваться государственная власть, ограничивая предѣлы мужней и отцовской власти, полагая на супруговъ и ихъ дѣтей личныя и имущественныя обязанности (почтенія, повиновенія, кормленія и мн. др.). Вотъ, въ силу того, что во многомъ семейныя отношенія въ развитомъ государствѣ тяготеютъ къ публичному или государственному праву, нѣкоторые писатели (у насъ Кавелинъ и др.) исключаютъ семейное право изъ гражданскаго, отводя ему мѣсто въ государственномъ правѣ. Но и эти писатели не отрицаютъ, что и въ семьѣ государственнаго періода все-же продолжаютъ существовать своеобразныя отношенія чисто-гражданскаго характера, напр., приданое, дареніе между супругами, выдѣлъ и др. Затѣмъ, если принять во вниманіе то, что въ нѣкоторыхъ законодательствахъ (въ Византіи, въ современной Россіи) вступленіе и прекращеніе брака регулируется церковнымъ или каноническимъ правомъ, — вѣрнѣе будетъ съ догматической точки зрѣнія смотрѣть на совокупность семейныхъ отношеній какъ на многогранный юридическій институтъ, отдѣльныя стороны котораго могутъ имѣть то публичный, то частный, то даже каноническій характеръ. А въ гражданской догматикѣ, конечно, надлежитъ держаться анализа частныхъ правоотношеній, касаясь другихъ сторонъ лишь въ интересахъ помянутаго анализа.

Тоже должно сказать объ опежѣ. Опека еще въ Римѣ стала государственной повинностью; но, напримѣръ, вопросы о соучастіи опекуна въ сдѣлкахъ опекаемаго, съ точки зрѣнія ихъ дѣйствительности, разсматриваются, естественно, гражданскимъ правомъ ¹⁾. И институтъ опеки имѣетъ отчасти гражданско-правовой интересъ.

¹⁾ Другой вопросъ, гдѣ говорить объ опежѣ: въ обязательственномъ или семейномъ правѣ? Пухта (и отчасти Виндшейдъ) помѣщаютъ ее, какъ quasi-contractus (выше, стр. 260) въ обязательственномъ правѣ. Остальные писатели, въ виду близкаго родства опеки съ отцовской властью, полагаютъ ее вслѣдъ за отцовской властью.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Супружескій союзъ.

Римское опредѣленіе брака принадлежитъ юристу 3-го вѣка Модестину (1 D 23. 2): *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Дословный переводъ настоящаго опредѣленія находимъ въ нашей кормчей книгѣ, въ которой оно заимствовано изъ византійскаго сборника Эклоги: бракъ есть мужа и жены сочетаніе, сбытіе всей жизни, божественныя-же и человѣческія правды общеніе. Хотя Модестинъ жилъ въ 3-мъ вѣкѣ, когда еще христіанская религія не была признана господствующей, тѣмъ не менѣе, несомнѣнно, въ этомъ опредѣленіи сказалось вліяніе христіанства. Дѣло въ томъ, что у римлянъ до-христіанскаго періода не было воззрѣнія на бракъ, какъ на союзъ двухъ людей, составляющихъ одно неразрывное цѣлое; каждый изъ супруговъ оставался индивидомъ—они сходились ради одной опредѣленной цѣли—рожденія дѣтей (*liberorum quaerendorum causa*). Римляне до христіанства далеки были до взгляда на бракъ, какъ на исключительно-нравственное единеніе половъ. По христіанскому-же воззрѣнію бракъ есть полное единство физическое и нравственное ¹⁾.

Но, конечно, приведенное опредѣленіе должно считать лишь идеальнымъ; въ жизни множество уклоненій отъ него. Это опредѣленіе, на примѣръ, не допускаетъ развода. Между тѣмъ, тоже римское право, какъ и другія права, перечис-

¹⁾ *Сокловскій*, о постепенномъ развитіи идеи брака въ древнемъ мірѣ, 1843. *Азаревичъ*, брачные элементы и ихъ значеніе, 1879. *Roszbach*, Untersuchungen über die röm. Ehe, 1853. *Hölder*, die römische Ehe, 1870.

ляетъ поводы развода. Значить, настоящее возрѣніе на бракъ, заимствованное современнымъ правовѣдніемъ (между прочимъ, и нашимъ), отличается идеальнымъ характеромъ. Само римское право, допускающее разводъ, уклоняется отъ него.

Мы сказали, что въ до-христіанскомъ Римѣ существовалъ иной взглядъ на бракъ, какъ на физическое сожителство для размноженія. Вотъ, въ то-же время съ той-же цѣлью допускалась еще форма сожителства, занимавшая среднее мѣсто между вполне законнымъ бракомъ (*nuptiae, matrimonium legitimum*) и внѣбрачной связью. Это—*конкубинатъ*, регламентированный, какъ мы знаемъ изъ историческаго курса, закономъ Юлія и Папія Попея (при Августѣ) ¹⁾. На подобіе брака, т. е., сожителства, обладающаго извѣстными юридическими послѣдствіями (взаимными обязанностями супруговъ и потомства, правомъ на состояніе отца, наследованія и др.). — конкубинатъ имѣлъ нѣкоторые юридическія послѣдствія: дѣти имѣли право на алименты отца, ихъ можно было узаконять и т. д. ²⁾.

Отъ IX вѣка бракъ въ Византіи былъ официально и единственно признанъ таинствомъ; тогда-же былъ окончательно запрещенъ конкубинатъ. Въ смыслѣ таинства бракъ допускается для послѣдователей господствующей церкви современнымъ русскимъ правомъ. Тотъ-же взглядъ перешелъ на западъ, гдѣ брачный союзъ долго былъ (до XIX вѣка) институтомъ каноническаго права ³⁾.

Обращаемся къ совершенію брака.

Отдѣлъ первый. Совершеніе брака.

Говоря о совершеніи брака, необходимо помянуть о законныхъ условіяхъ его, о предбрачномъ договорѣ—обрученіи, и о формахъ совершенія брака.

¹⁾ *Заурскій*, ученіе о законнорожденности по римскому праву, 1883.

²⁾ Недозволенные и наказуемыя формы сожителства: 1) *stuprum*—со свободной незамужней женщиной; 2) *adulterium*—съ замужней женщиной; 3) *incestus* (*nefaeiae atque incestae nuptiae*)—кровосмѣшеніе, сожителство близкихъ родственниковъ.

³⁾ Съ конца прошлаго вѣка на западѣ законодательство отличаетъ въ бракѣ религіозную сторону отъ юридической. Совершеніе таинства остается на совѣсти брачующихся; гражданскій законъ не рѣшаетъ его въ обяванность; но онъ требуетъ заключенія брачнаго договора предъ гражданскою властью (*contrat de mariage*—по французскому праву; то же въ Австріи съ прошлаго вѣка; то же въ Германіи отъ 1875 г.).

А) *Законныя условія брака.* Многія обстоятельства служат препятствіями бракосочетанія; бракъ возможенъ только при отсутствіи такихъ препятствій. Вопросъ о законныхъ условіяхъ брака рассматривается обыкновенно съ точки зрѣнія отсутствія такихъ-то препятствій. А препятствія (*impedimenta*) подраздѣляются на *абсолютныя* (*разрушающія бракъ* какихъ-бы то ни было людей — *impedimenta dirimentia*) и *относительныя* (*мѣшающія бракосочетанію среди опредѣленныхъ лицъ* — *tantum impedientia*).

1) Къ *абсолютнымъ* препятствіямъ принадлежатъ: отсутствіе половой зрѣлости, отсутствіе согласія, наличность брака и нѣк. др.

1) *Половая зрѣлость* опредѣлялась для мужскаго пола въ 14 (*pubertas*), для женскаго въ 12 лѣтъ (*viripotentia*). Лица, отъ природы негодныя къ брачной жизни (*spradones, frigidi*) могли вступать въ бракъ; но если неспособность продолжалась 2 года, жена получала право на разводъ. Лица, искусственно лишеныя половой способности (*castrati* — *свопцы*), не имѣли права на бракъ. — Предѣльнаго возраста (въ родѣ русскаго — въ 80 лѣтъ) римское право не знало.

2) *Согласіе* необходимо какъ со стороны самихъ брачующихся, такъ и тѣхъ лицъ, подъ властью которыхъ они состоятъ (отца, опекуна). Оно должно быть сознательнымъ и добровольнымъ. Поэтому, гдѣ нѣтъ сознательнаго волеизъявленія, — въ случаѣ душевной болѣзни жениха или невесты, — тамъ не можетъ быть и брака; если-же отецъ душевно-боленъ, можно обойтись безъ его согласія.

3) *Наличность брака* — понятно, составляетъ препятствіе, такъ какъ римскій бракъ былъ моногамическимъ союзомъ; попытка Цезаря ввести многоженство, въ видахъ размноженія народонаселенія, была неудачна. Правда, въ древности не было запрещено имѣть конкубину; но добрые нравы (*boni mores*), которые зорко оберегались римскимъ цензоромъ, противились тому.

Кромѣ рассмотрѣнныхъ абсолютныхъ препятствій были еще и другія, имѣющія одно историческое значеніе. Такъ, въ западномъ Римѣ отсутствіе свободы (рабство) было помѣхой бракосочетанія; но въ Византіи были допущены браки между несвободными и свободными христіанами. Также на вдову налагался такъ-называемый траурный годъ (*annus luctus*), въ теченіе котораго она должна была, во избѣжаніе

безславія, воздерживаться отъ вторичнаго брака (о мотивахъ — рѣчь будетъ ниже).

II) Къ *относительнымъ* препятствіямъ принадлежать: родство, свойство, религія и нѣкоторыя другія.

1) *Родственники* не могутъ вступать въ бракъ: по прямой линіи (восходящія и нисходящія) во всѣхъ степеняхъ, по боковой линіи — до 3-й степени. Именно, римское право не шло дальше запрещенія браковъ между дядей и племянницей (последняя почиталась въ отношеніи дяди, какъ-бы въ отношеніи отца, состоящей *in respectu parentelae*)¹⁾. Значить, браки между двоюродными братьями и сестрами допускались. Но византійское право (эклога) пошло гораздо дальше и запретило браки между боковыми родственниками до 7-й степени. — Къ кровному родству приравнивалось родство по усыновленію (*per adoptionem*). Это родство, порождавшее такъ-называемое агнатство, имѣло силу лишь до выхода усыновленнаго изъ-подъ власти усыновителя (эманципацій).

2) Состоящія *въ свойствѣ* (*affinitas*) не могутъ вступать въ бракъ по прямой линіи (мачеха и пасынокъ, отчимъ и падчерица) и по боковой линіи до 3-й степени, а въ византійскомъ правѣ — до 4-й степени (два родные брата не могутъ жениться на двухъ родныхъ сестрахъ). — Свойству по браку Византія уподобила свойство по обрученію: не допускались браки между обрученнымъ и прямыми родственниками другого обрученнаго. — Мѣшало браку въ Византіи и духовное родство (кумовство): между крестникомъ и крестной матерью и т. д.

3) Исповѣданіе такой-то *религіи* мѣшало вступленію въ бракъ. Такъ, у древнихъ римлянъ не допускались законныя (цивильныя) браки между гражданами и перепегринами. Со времени христіанства не имѣютъ силы браки между христіанами и евреями или язычниками.

Кромѣ того, еще нѣкоторыя отдѣльныя обстоятельства мѣшали совершенію брака. Таково извѣстное служебное положеніе: нѣтъ браковъ сенаторовъ съ вольноотпущенницами, начальника провинціи съ женщиной изъ той-же провинціи (чтобы не обзаводился родней, которая могла-бы имѣть на

¹⁾ Императоръ Клавдій, женившійся на Агриппинѣ, дочери роднаго брата Германика, дозволилъ браки родственниковъ 3-й степени: но это разрѣшеніе было отмѣнено впоследствии, чрезъ 300 лѣтъ.

него вліяніе), опекуна съ опекаемой (до истеченія года послѣ опеки, необходимаго для *in integrum restitutio*). Нѣтъ брака съ участницей въ прелюбодѣяніи и при нѣв. друг. обстоят.

Б) *Обрученіе*. Браку могъ предшествовать стговоръ или обрученіе (*sponsalia, μνηστεία*)¹⁾. Подъ нимъ разумѣется обоюдное обѣщаніе будущаго брака (1 D 23. 1: *sponsalia sunt mentio et permissio nuptiarum futurarum*). Такое обѣщаніе могли давать за несовершеннолѣтнихъ жениха и невѣсту (отъ 7-ми лѣтъ отъ роду) ихъ отцы; совершеннолѣтніе сами выступали дѣйствующими лицами (подвластные — съ согласія отца). Обязательной формы обрученія въ классическое время не было (4 пр. D 23. 1: *sufficit nudus consensus*)²⁾.

Можно было принудить къ браку обрученныхъ? Нѣтъ; стговоръ имѣлъ значеніе нравственнаго обѣщанія. Однако, лишенный прямого юридическаго эффека, стговоръ все-же обладалъ нѣкоторыми юридическими послѣдствіями. Такъ, оскорбленіе невѣсты могъ преслѣдовать женихъ искомъ объ обидѣ (*actio iniuriarum*). Затѣмъ, обрученные имѣли право отказываться отъ свидѣтельствванія на судѣ другъ противъ друга. Кромѣ того, если стговоръ обезпечивался задаткомъ со стороны жениха (*aggra sponsalicia*), то уклонившійся отъ обѣщанія терялъ задатокъ; а невѣста, несогласная на бракъ, должна была платить вдвойнѣ (возвращала задатокъ + равноцѣнность).

Обрученіе прекращалось: по взаимному согласію, смертью одной стороны, наступленіемъ законнаго препятствія къ браку, отказомъ одной стороны (съ рискомъ поплатиться цѣнностью задатка)³⁾.

В) *Форма брака*. Въ языческомъ Римѣ были три формы заключенія брака: 1) *confarreatio*—въ присутствіи жрецовъ отвѣдываніе брачущихся отъ одного и того-же куска хлѣба (*panis farreus*); 2) *coemptio*—фиктивная обоюдная купля

¹⁾ Dig. 23. 1: de sponsalibus. Cod. 5. 1.

²⁾ Византійское право (напр., императоръ Алексѣй Комненъ) возставало противъ совершенія обрученія и вѣнчанія въ одно и то-же время. Теперь-же обыкновенно это такъ дѣлается (есть синодскій указъ такого рода отъ 1775 г.).

³⁾ Въ древнихъ источникахъ глухо упоминается *actio ex sponsu*, какъ вытекающая изъ формальной *sponsio*. Былъ-ли то искъ, принуждающій обрученныхъ вступить въ бракъ, трудно сказать; функція этого иска невѣстна.

(*imaginaria venditio*) жениха и невесты въ видѣ манданціонаго обряда, т. е., при 5 свидѣтеляхъ и въсодержателѣ, съ произнесеніемъ брачной формулы (*an sibi mulier materfamilias esse vellet*); 3) *usus* — непрерывное годичное сожительство, имѣвшее послѣдствіемъ возникновеніе мужней власти, *manus mariti* (послѣдняя форма исчезла раньше двухъ первыхъ).

Въ христіанскомъ Римѣ не требовалось обязательной формы бракосочетанія. Вслѣдствіе идеальнаго воззрѣнія на бракъ, какъ на неразрывно-нравственный союзъ, физическій элементъ не считается существеннымъ: *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* (15 D 35. 1). Значитъ, вообще, достаточно наличности выраженнаго соглашенія брачующихся: бракосочетаніе представляетъ собою неформальный договоръ. Въ обычаяхъ-же, по видимому, удержался отъ прежняго времени обрядъ отвода въ домъ мужа (*uxorem ducere* — жениться¹⁾).

Въ византійскомъ правѣ Юстиніаномъ было установлено совершеніе брачныхъ договоровъ въ письменной формѣ для лицъ высшихъ ранговъ (*illustres*); такіе письменные договоры, какъ содержащія обыкновенно соглашеніе еще о приданомъ, назывались *pacta dotalia* (Nov. 74 cap. 4 § 1). О бракосочетаніи въ среднемъ классѣ гражданъ дѣлалось заявленіе церковному старостѣ, составлявшему о томъ протоколъ предъ 3 свидѣтелями. — Въ IX вѣкѣ, при императорѣ Львѣ Философѣ, стала обязательной церковная форма брака — вѣнчаніе.

Отдѣлъ второй. Юридическія отношенія супруговъ.

Въ древнее (патріархальное) время жена пребывала подъ неограниченной властью мужа, *manus mariti*. Тогда она считалась состоящей какъ-бы на положеніи дочери (*filiae loco*): въ личномъ и имущественномъ отношеніи она была въ полной зависимости отъ мужа. Въ Юстиніановомъ правѣ *manus mariti* не существуетъ. Въ это время личныя и имущественныя правоотношенія представляются въ слѣдующемъ видѣ.

А) Въ личномъ отношеніи жена менѣе самостоятельна.

¹⁾ Ульпіанъ говоритъ: если женщиной назначенъ легатъ подъ условіемъ: буде выйдетъ замужъ, условіе считается исполненнымъ, лишь только невеста приведена въ домъ жениха (*quamvis nondum in cubiculum mariti venerit*).

Такъ, она слѣдуетъ общественному состоянію мужа. Она же считается пребывающей въ мѣстожителѣствѣ мужа; значить, мѣстожителѣство ея неизмѣнно (*domicilium necessarium*).

Мужъ долженъ защищать интересы жены на судѣ. Онъ же можетъ вчинать искъ объ обидѣ (*actio iniuriarum*) въ случаѣ оскорбленія жены. Имѣть съ тѣмъ, мужъ управомоченъ требовать возврата жены отъ всѣхъ (хотя-бы, и отъ родственниковъ жены: ея отца и др.) посредствомъ т.-наз. *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*.

Узаконеній о личныхъ отношеніяхъ между супругами сравнительно немного, потому что законодательству, вообще говоря, почти невозможно регулировать сферу интимной жизни близкихъ людей ¹⁾).

Б) *Имущественныя отношенія* супруговъ въ Юстиніановомъ правѣ опирались на начало *равноправности*. Супруги во взаимныхъ отношеніяхъ могли выступать контрагентами всякихъ гражданскихъ дѣловъ и имѣли право привлекать другъ друга къ судебной отвѣтственности ²⁾. Коротко говоря, всѣ узаконенія гражданского оборота могли имѣть силу въ супружескомъ союзѣ. Но кромѣ того, тутъ имѣются слѣдующіе особенные институты: приданое (*dos*), *parapherna*, даренія между супругами, предбрачный даръ и особый искъ о похищеніи (*actio rerum amotarum*).

1) *Приданое*—имущество, представляемое женой или за нее другими въ управленіе мужа, въ общесемейныхъ интересахъ. Приданымъ пользуется мужъ до конца брака, а по прекращеніи его онъ обязанъ вернуть приданое по назначенію. Въ отношеніяхъ супруговъ по приданому такъ много характерныхъ особенностей, что мы отдѣльно изложимъ ученіе римлянъ о приданомъ (въ слѣдующемъ, третьемъ отдѣлѣ).

2) *Parapherna* (*параферна*)—имущество жены не поступающее на руки мужа, въ качествѣ приданого; это суть *res extra dotem constitutae* (95 D 35. 2). Этимъ имуществомъ жена вольна распоряжаться по своему усмотрѣнію. Обычно-

¹⁾ Въ дохристіанскомъ Римѣ, когда бракъ представлялся физическимъ союзомъ ради размноженія, супружеская вѣрность юридически возлагалась только на жену, *lex Julia de adulteriis* наказываетъ только жену за нарушеніе вѣрности. Отчасти это положеніе отразилось, какъ ниже увидимъ, въ опредѣленіи поводовъ развода.

²⁾ Впрочемъ, отвѣтственность была льготной: одинъ супругъ имѣлъ противъ другого такъ-назыв *beneficium competentiae* (выше, стр. 223).

венно, конечно, и оно находилось въ управленіи мужа, причѣмъ послѣдній отвѣчалъ также, какъ за пользованіе приданнымъ, т. е., по конкретному масштабу виновности: съ него можно требовать не болѣе той внимательности, которую мужъ прилагаетъ къ своимъ дѣламъ (*diligentia quam suis rebus*).

Кстати слѣдуетъ отмѣтить такъ-назыв. *praesumptio Muciana*, т. е., юридическое предположеніе, составленное Муціемъ, по вопросу о принадлежности спорнаго предмета. Согласно этой презумпціи, спорный предметъ считается собственностью мужа, доколѣ жена не докажетъ свое право собственности на него ¹⁾.

III) *Даренія между супругами* (*donationes inter virum et uxorem*)—недѣйствительны ²⁾. Почему? Юристъ мотивируетъ: чтобъ при помощи взаимной любви, облегчающей доступъ другъ къ другу, неумѣренные супруги не поживились подарками (1 D 24. 1). И такъ, запрещеніе сдѣлано съ цѣлью устранить безнравственное (не согласное съ существующими нравами) обогащеніе. Гдѣ не можетъ быть рѣчи о такомъ обогащеніи, тамъ предоставленіе мужемъ женѣ имущества, (денегъ на наряды, комфортъ) не считается недѣйствительнымъ.

Дареніе недѣйствительно между супругами, т. е., осуществляемое во время брачной жизни. Поэтому, подарки до брака (между женихомъ и невѣстой) имѣютъ силу. Равно не считается порочнымъ дареніе, осуществленіе котораго откладывается до окончанія брака. На томъ-же основаніи дѣйствительно дареніе на случай смерти (*mortis causa donatio*), ибо до смерти даритель воленъ всегда измѣнить волю. А по одному постановленію (*oratio*) Каракаллы разсматривается въ качествѣ *donatio mortis causa* и совершенное дареніе супруга, умершаго ранѣе одареннаго (если такое дареніе не было обратно потребовано при жизни дарителя).

IV) *Пребрачный даръ* ³⁾ (*donatio ante nuptias*), согласно сказанному имѣлъ юридическое значеніе; то былъ подарокъ между обрученными женихомъ и невѣстой. До Юстиніана онъ

¹⁾ Квинтъ Муцій говоритъ (51 D 24. 1): когда поднимается споръ, откуда что-либо поступило женѣ, было бы вѣрнѣе и честнѣе не объяснять источникъ, а считать дошедшимъ отъ мужа; это подтверждено Муціемъ повидимому, въ виду того, чтобъ не было нареканія на жену въ позорномъ любостыжаніи (*evitandi autem turpis quaestus gratia*).

²⁾ Dig. 24. 1: de donationibus inter virum et uxorem. Cod. 5. 16. *Hoffmann* Ztschr. f. Privat. u. öff. Recht, VIII.

³⁾ Cod. 5. 3: de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis. *Schott*, die don. propter nuptias, 1867. *Гуллеотъ*, пребрачный даръ, 1891.

могъ быть совершенъ только до свадьбы (*ante nuptias*), а Юстинианъ разрѣшилъ совершать его и послѣ свадьбы, вмѣстѣ съ тѣмъ, было измѣнено его названіе въ *donatio propter nuptias*—дареніе по поводу брака. Такой брачный подарокъ признавался полной собственностью, называемой *antipherna* жены, но мужъ пользовался имъ, какъ и приданымъ, въ интересахъ всей семьи до прекращенія брака.

Любопытно отношеніе этого мужняго дара къ приданому: во первыхъ, было вмѣнено въ обязанность мужу или отцу мужа, въ отвѣтъ на полученное отъ жены приданое, совершать (въ видѣ записи на ея имя) *donatio propter nuptias*; во вторыхъ, былъ установленъ размѣръ даренія соотвѣтственно объему приданого: такъ, мужній даръ долженъ быть не менѣе полученнаго приданого.

Назначеніе мужняго дара, повидимому, заключалось съ одной стороны въ обезпеченіи интересовъ жены, предоставляющей приданое въ распоряженіе мужа, а съ другой стороны, оно увеличивало, какъ придатокъ къ приданому, общія средства жизни всей семьи. Послѣднее назначеніе получило еще дальнѣйшее развитіе въ византійскомъ правѣ, гдѣ приданое в дареніе составляли одну сплошную массу имущества предназначенную на общесемейныя нужды, (содержаніе супруговъ, воспитаніе и образованіе дѣтей) ¹⁾.

V) *Actio rerum amotarum*—искъ одного супруга къ другому о возвратѣ похищеннаго (*res amotae*) ²⁾. Этотъ оригинальный искъ былъ установленъ вмѣсто *actio furti* или *condictio furtiva*.

Дѣло въ томъ, что юристы издавна разсуждали о томъ, считать-ли жену отвѣтственной за кражу на общемъ основаніи, въ виду близкаго общенія супруговъ? Вопросъ возникалъ, именно, по поводу воровства жены, которое случалось иногда передъ разводомъ. Преторъ разрѣшилъ вопросъ помѣщеніемъ въ эдиктъ настоящаго оригинальнаго иска (сначала противъ жены, а потомъ и противъ мужа—похитителя, отвѣчающаго послѣ развода).

Отвѣтственность по этому иску болѣе гражданскаго ха-

¹⁾ Этотъ общесемейный фондъ называется *προικοπέζολον* (приданое называется *προίε*, а подаренное имущество—*ὑπέζολον*). По смерти одного изъ супруговъ, оно остается въ рукахъ пережившаго, если есть дѣти.

²⁾ Dig. 25. 2. Cod. 5. 21: de actione rerum amotarum.

рактера: взыскивается равноцѣнность и вѣтъ безславія (infamia), слѣдуемаго по обвиненію въ обыкновенной кражѣ ¹⁾.

Отдѣлъ третій. Приданое ²⁾.

Приданое есть имущество, предоставляемое со стороны жены мужу, какъ источникъ на общесемейныя нужды (ad onera matrimonii sublevanda), подлежащее возврату женѣ по прекращеніи брака.

Обыкновенно на мужѣ преимущественно лежитъ попеченіе о содержаніи семьи. И въ этомъ дѣлѣ, естественно, жена (и отецъ ея) должна оказать мужу содѣйствіе имущественнымъ вкладомъ; не даромъ-же за женой признается *нравственная* обязанность (naturale debitum) установить приданое (выше, стр. 200). Что-же касается родителей жены, то на нихъ (восходящихъ родственниковъ—отца, дѣда) была даже возложена *юридическая* обязанность давать приданое ³⁾. Размѣръ приданого опредѣлялся по тремъ условіямъ: согласно имущественному положенію дающихъ приданое, такому-же положенію невѣсты и общественному состоянію супруговъ.

А) *Понятіе о приданомъ* содержитъ слѣдующіе признаки: Во-первыхъ, приданое мыслимо только при *наличности дѣйствительнаго брака* (3 D 23. 3: ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est); причемъ, установленіе его безразлично можетъ быть до брака или послѣ брака ⁴⁾ — Во-вторыхъ, устанавливается приданое лицомъ, имѣющимъ къ тому *намереніе* (animus dotis constituendae). Именно, учреждающій приданое имѣетъ въ виду предоставить пользованіе мужу во время брачной жизни не ради его личной нужды (то было-бы простое дареніе), а на удовольствованіе обще-

¹⁾ Впрочемъ, имѣлись два уголовные элементы въ искѣ: 1) отвѣтчикъ лишился beneficium competentiae; 2) супругъ отвѣчалъ не только въ случаѣ похищенія, но и при подстрекательствѣ (ope consiliove eius).

²⁾ *Bechmann*, das röm. Dotalrecht 1863—67. *Czyhlarz*, das röm. Dotalrecht, 1870. *Gida*, du caractère de la dot, 1885.—Dig. 23. 3. Cod. 5. 12 (de iure dotium). *Fragm. vatic.* §§ 94—122.

³⁾ Дотальная обязанность возложена на отца и дѣда согласно *lex Julia de maritandis ordinibus*. Мать обязана къ тому (по закону *Діоклетіана*) лишь въ крайнемъ случаѣ.

⁴⁾ Послѣ брака возможна и такъ-назыв. *permutatio dotis* — измѣненіе въ объемѣ приданого.

сѣмейныхъ расходовъ (*ad onera matrimonii sublevanda*) ¹⁾. — Въ третьихъ, требуется, чтобы предметъ имѣлъ *постоянное назначеніе* (*causa perpetua*) служить приданымъ, т. е., на сѣмейныя нужды (*fr. 1 D 23. 3: dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat, ita datur, ut semper apud maritum sit*). Отсюда вытекаетъ, что до конца брака нельзя отнимать у мужа пользованіе приданымъ, и что объектомъ приданого не можетъ быть имущество, приносящее непостоянную, временную выгоду (напр., прекарное имущество, какъ данное до востребованія, или ссуда, какъ подлежащее въ срокъ возврату).

Предметъ приданого можетъ представлять собою всякую оборотную вещь: тѣлесную и безтѣлесную (обязательство, наслѣдство и т. д.). Такъ, приданое возникаетъ посредствомъ перенесенія вещныхъ правъ (напр., перенесеніемъ осуществленія узурфрукта, пожизненнаго владѣнія) или правъ обязательственныхъ (при помощи цессіи — передачи долговаго требованія). Или оно можетъ быть учреждено отказомъ жены отъ требованія противъ мужа (положимъ, по договору займа), отреченіемъ въ пользу мужа отъ наслѣдства и мн. др. способами.

Смотря по тому, кѣмъ и съ какимъ условіемъ назначается приданое, различаются слѣдующіе *виды приданого*: 1) *dos profecticia* — установленное отцомъ жены; 2) *dos adventicia* — постороннимъ лицомъ (или самой женой); 3) *dos recepticia* — если приданое подлежитъ возврату, по прекращеніи брака, самому установителю ²⁾. — Скажемъ подробнѣе объ установленіи приданого.

Б) *Установленіе приданого* рассмотримъ по вопросамъ объ общей формѣ и особыхъ соглашеніяхъ при установленіи, времени и обязанности установленія.

1) *Форма установленія* упоминается въ извѣстной фразѣ Ульпіана (*fragm. 6, 1*): *dos aut datur aut dicitur aut promittitur*. Какъ справедливо замѣчаютъ, эта фраза не исчерпываетъ всѣхъ способовъ установленія: сверхъ того, прида-

¹⁾ Еще приданое отличается отъ даренія тѣмъ, что, содержа въ себѣ, какъ и дареніе, увеличеніе имущества получающаго его, — оно не требуетъ, вопреки даренію въ спеціальномъ смыслѣ, уменьшенія имущества установителя. Такъ, имѣетъ силу приданое, въ видѣ отреченія жены отъ *будущаго* наслѣдства или легата.

²⁾ *Ulpiani fragm., VI, 3. 5.*

ное можетъ быть назначено въ завѣщаніи, въ видѣ легата со стороны установителя въ пользу мужа. Но легатъ приданаго обсуждается по правиламъ назначенія легатовъ; они будутъ изложены нами въ наследственномъ правѣ. Теперь скажемъ о трехъ вышепомянутыхъ формахъ.

Dotis datio — выдача приданаго; это есть непосредственный юридическій актъ, безъ предварительнаго обѣщанія установить приданое. Глядя по тому, каковъ предметъ приданаго, выдача его совершается посредствомъ *traditio* (если предметъ служить тѣлесная вещь), *quasi-traditio* (при передачѣ права на вещь: эфитевзиса, узуфрукта въ его осуществленіи и др.), *sessio* (при передачѣ права требованія) и другими способами.

При дачѣ тѣлесныхъ вещей обыкновенно бываетъ оцѣнка приданаго (*aestimatio dotis*) двоякаго рода. При оцѣнкѣ перваго рода, актъ установленія приданаго представляется въ такомъ видѣ, какъ-будто мужъ покупаетъ приданое; тутъ приданое называется *dos (venditionis causa) aestimata*. Оцѣнка втораго рода дѣлается, чтобы не поднимать спора о стоимости приданаго при возвратѣ его по прекращеніи брака; ради того оцѣненное приданое теперь именуется *dos taxationis causa aestimata*. Различіе между той и другой оцѣнкой обнаруживается въ томъ, что тогда, когда вещи погибаютъ случайно, въ первомъ случаѣ мужъ отвѣчаетъ (*casum sentit dominus*, а онъ, какъ покупатель,—хозяинъ¹⁾), во второмъ—не отвѣчаетъ.

Dotis dictio—одностороннее обѣщаніе древнѣйшаго права, происходившее торжественнымъ способомъ. На него предлагаютъ смотрѣть какъ на формальный актъ (обѣщаніе отца невѣсты), входившій въ составъ древняго бракосочетанія (*lex coemptioni dicta*²⁾). Онъ совершенно отсутствуетъ въ правѣ Юстиніана.

Promissio dotis — словесное обѣщаніе учредить приданое, сначала осуществляемое только въ формѣ стипуляціи, а впоследствии, при Юстиніанѣ, безъ всякихъ формальностей (*nudum pactum*)³⁾. По видимому, неформальное обѣщаніе при-

¹⁾ Fr. 10 pr. D 23. 3: plerumque interest viri, dotes non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat, etc.

²⁾ *Bernstein*, iurist. Behanlung, Beseler gewidmet, 1885. — *Meukow*, die Diction d. röm. Brautgabe, 1850.

³⁾ L. 6 C. 5. 11: ad exactionem dotis qualiacunque sufficere verba censum, etiamsi stipulatio minime fuerit subsecuta.

даного, принятое контрагентомъ (мужемъ), еще называется *pollicitatio dotis*¹⁾. Какія-либо неясности при исполненіи обѣщанія толкуются всегда въ пользу дѣйствительности приданого (*in favorem dotis*). Самое-же исполненіе обѣщанія или уплата приданого называется *numeratio dotis*; она существенно отличается отъ вышеназванной *traditio* (или *datio*) *dotis*, которой не предшествуетъ обѣщаніе.

Въ силу того, что, какъ мы видѣли, высшіе классы римской имперіи должны были заключать письменныя рядныя записи (*instrumenta dotalia*) при вступленіи въ бракъ, установленіе приданого въ этихъ случаяхъ обязательно было письменнымъ. Въ другихъ случаяхъ письменная форма была необязательна.

Dos tacita — молчаливо (безъ выраженного соглашенія) установленнымъ приданое полагается въ томъ случаѣ, если разведенная жена, которой не возвращено приданое, вступаетъ въ бракъ съ бывшимъ мужемъ (64 D 23. 3: — *tacite dos ei redintegratur*²⁾).

П) *Особья (добавочныя) соглашенія* при учрежденіи приданого носили названіе: *pacta dotalia*³⁾. Въ нихъ до известной степени могли быть видоизмѣняемы обыкновенныя, установленныя закономъ, отношенія супруговъ по приданому. Степень измѣняемости опредѣлялась двумя границами: 1) чтобы не были нарушены основныя положенія дотального права; поэтому, напримѣръ, былъ недѣйствителенъ отказъ мужа отъ вознагражденія за необходимыя издержки (*impensae necessariae*) на приданое; не имѣлъ силы его отказъ отъ льготной отвѣтственности (*beneficium competentiae*) и т. д.; 2) чтобы не уменьшались права жены на приданое (17 D 23. 4: — *pacta—condicionem mulieris—deteriorem fieri non posse*); поэтому, былъ недѣйствителенъ отказъ жены отъ возврата приданого и т. д.

¹⁾ *Ibid.* (*pollicitatio rerum dotalium*). Тутъ *pollicitatio* едва-ли означаетъ одностороннее, *непринятое* обѣщаніе (о которомъ рѣчь была выше, стр. 170), въ родѣ современнаго газетнаго обѣщанія интересной особы, предлагающей сердце и карманъ съ деньгами охотникамъ до женитьбы съ приданнымъ.

²⁾ Бываетъ-ли вообще, кромѣ указаннаго случая, *dos tacita* (т. е., всякая-ли передача мужу женой имущества, безъ особой оговорки, должна быть разсматриваема, какъ *dos tacita*), — объ этомъ существуетъ контраверза (*Bechmann, Jahrb. d. gem. deutsch. R., Bd. V*).

³⁾ *Dig. 23. 4: de pactis dotalibus. C. 5. 14: de pactis conventis tam super dote quam super donatione etc. Beldimano, de pactis dotalibus, 1877.*

III) *Время установления приданого*, какъ мы выше упомянули, не столь существенно: оно можетъ быть установлено до брака и послѣ брака. Мало того: и до, и послѣ брака, такъ установленное приданое можно увеличивать по заключеніи брака.

Переданное до брака подлежитъ востребованію по личному иску (*condictio causa data, non secuta*), если бракъ не состоится. Въ случаѣ обѣщанія подразумѣвается суспензивное условіе (*condicio pendet*—права мужа зависятъ отъ бракосочетанія), и если бракъ не заключается, переданное возвращается по иску о собственности (*rei vindicatio*).

IV) *Обязанность учреждать приданое* встрѣчается впервые въ законѣ Августа (*lex Iulia de maritandis ordinibus*). Тутъ она возлагается въ случаѣ, если у невесты нѣтъ собственнаго имущества, на отца ея или на дѣда (если самъ отецъ подвластенъ). Потомъ, по постановленію Діоклетіана, приданое должна назначить и мать невесты въ случаѣ крайней бѣдности послѣдней (14 С. 6. 12:—*ex magna et probabili causa*—¹).

Размѣры обязательнаго приданого (*dos necessaria*) опредѣляются тремя условіями: имущественнымъ достаткомъ установителей приданого, имущественной состоятельностью невесты и общественнымъ положеніемъ супруговъ.— Обязанности вторично снаряжать приданое, въ случаѣ утраты перваго (такъ-называемой *redotatio*) римское право не знало.

V) *Права супруговъ* на приданое во время брачной жизни взаимно ограничиваются общимъ назначеніемъ приданого: служить имущественнымъ фондомъ общесемейныхъ расходовъ (*ad opera patrimonii sublevanda*). Поэтому, жена, будучи учредительницей и оставаясь собственницей приданого, не можетъ, однако, до прекращенія брака, по своему усмотрѣнію распоряжаться приданнымъ; осуществленіе ея права собственности возстанавливается по прекращеніи брака. Въѣстъ съ тѣмъ, отчужденіе приданого мужемъ въ Юстиніаново время или совсѣмъ не допускалось даже съ согласія жены, или было обусловлено ея согласіемъ (относительно движимости). Впрочемъ, общая постановка вопроса въ римскихъ источникахъ

¹) Каноническое право на западѣ обязывало еще соблазнителя дѣвушки жениться на ней (*uxorem ducere*) или дать ей приданое (*dotare*). Эта альтернатива въ средневѣковыхъ судебныхъ рѣшеніяхъ канонически выражается словами: *duc aut dota*.

не совѣмъ ясна: тамъ то мужъ, то жена называются собственниками приданого (fr. 75 D 23. 3: *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est; — constante matrimonio quamvis apud maritum dominium sit; fr. 3 § 5 D 4. 4: dos ipsius filiae patrimonium est*). — Въ частности, скажемъ о правахъ мужа и жены.

Права мужа состоятъ въ пользованіи и извлеченіи плодовъ. Отъ него требуется такое внимательное отношеніе, какое онъ обыкновенно проявляетъ въ собственныхъ дѣлахъ (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*). Но его право распоряженія, какъ мы сказали, очень стѣснено: 1) онъ воленъ отчуждать по усмотрѣнію только *движимыя вещи*, подлежащія скорой порчѣ; прочія вещи отчуждаетъ не иначе, какъ съ вѣдома жены; 2) *недвижимости* прежде онъ могъ отчуждать, согласно *lex Julia de fundo dotali*¹⁾, съ согласія жены (причемъ закладывать приданое нельзя было даже съ ея согласія, такъ какъ вообще женщинамъ было запрещено вступленіе въ чужія долговыя отношенія, выше, стр.). Юстиніанъ пошелъ дальше: онъ запретилъ какое-бы то ни было отчужденіе недвижимаго приданого²⁾ въ томъ смыслѣ, что супруги его могли вернуть его обратно. Отъ этого запрещенія оставалось свободнымъ только извѣстное намъ *dos venditionis causa aestimata* (выше, стр.), ибо оно поступало какъ-бы въ собственность мужа, который воленъ былъ имъ распоряжаться.

Права жены на приданое, приостановленныя въ своемъ проявленіи активнымъ управленіемъ мужа, обнаруживаются, во-первыхъ, по прекращеніи брака (о чемъ у насъ будетъ особая рѣчь) и, во-вторыхъ, иногда во время брачной жизни. Именно, жена можетъ требовать обратно приданое до прекращения брака: 1) если мужъ оказывается расточителемъ, 2) если онъ объявляется несостоятельнымъ должникомъ (жена участвуетъ въ конкурсѣ и, имѣя общую ипотеку въ имуществѣ мужа, раньше другихъ получаетъ удовлетвореніе); 3) въ немногихъ исключительныхъ случаяхъ: на прокормленіе себя, своихъ домашнихъ, ссыльнаго отца, бѣднаго мужа, на уплату долга, на сходную покупку имѣнія³⁾.

¹⁾ Этотъ законъ образуетъ часть другого — *lex Julia de adulteriis*.

²⁾ § 15 C. 5. 13: — *ut fundum dotalem nen solum hypothecae titulo dare — maritus possit, sed nec alienare etc.*

³⁾ Fr. 73 § 1 D 23. 3.

Г) Судьба приданого после брака ¹⁾ с юридической точки зрения знает два фазиса въ своемъ существованіи: до Юстиніана и со времени его.

1) До Юстиніана различались два иска о возвратѣ приданого въ зависимости отъ того, былъ-ли заключенъ, при установленіи приданого, особый договоръ о возвратѣ его, или нѣтъ. Именно, болѣе дальновидныя жены брали съ мужа обѣщаніе (*stipulatio*) вернуть приданое по прекращеніи брака; искъ, опирающійся на стипуляцію, назывался *actio ex stipulatu*. Это былъ строго-формальный искъ (*stricti iuris*), требующій немедленнаго возврата всего приданого. — Но какъ было быть съ менѣе дальновидными женами, не бравшими съ мужей обѣщанія возстановить приданое? Республиканская юриспруденція пришла къ нимъ на помощь и создала для нихъ спеціальныи искъ, *actio rei uxoriae*. Это былъ, въ отличіе отъ стипуляціоннаго иска, *actio bonae fidei*, допускавшій многіе вычеты (*retentiones*) въ пользу мужа — отвѣтчика изъ приданого и предоставлявшій ему три льготные срока возврата. На предлагаемой схемѣ стмѣчены главныя отличія одного иска отъ другого.

Actio ex stipulatu.

1. *Actio stricti iuris.*
2. Полная отвѣтственность мужа.
3. Выдается *ося* приданое (за вычетомъ однихъ *impensae necessariae*).
4. Возвратъ совершается *немедленно*.

Actio rei uxoriae.

1. *Actio bonae fidei.*
2. *Посильная* отвѣтственность (*beneficium competentiae*).
3. Дѣлаются вычеты (*retentiones*):
 - а) *propter mores* (за прелюбодѣяніе — ¹/₆, безнравственность жены — ¹/₆ прид.).
 - б) *liberos* (¹/₆ на каждого).
 - в) *impensas* (*necessarias, utiles*).
 - г) [*г. res donatas, amotas* (за подарки и за кражу)].
4. Въ три годовичные сроки (*annua, bima, trima die*) ²⁾.

II) Юстиніанъ произвелъ такую реформу (С. 5. 13): два иска онъ соединилъ искусственно въ одинъ, за которымъ сохранилъ (неподходящее) названіе *actio ex stipulatu* (хотя-бы

¹⁾ D. 24. 3. C. 5. 13. C. 5. 18 (*soluta matrimonio dos quemadmodum retatur*). *Sternberg*, *Lehre v. d. Restitution d. dos.*, 1880.

²⁾ Кромѣ четырехъ помянутыхъ различій между названными исками были еще и другія: напр., при *actio ex stipulatu* приданое никогда не доставалось мужу, а при отсутствіи стипуляціи вся такъ-называемая *dos adventicia* по смерти жены оставалась въ пользу мужа.

объясненія со стороны мужа о возвратѣ не было). Въ этотъ новый искъ вошли изъ прежней *actio rei uxoriae* два элемента: *bona fides* и *beneficium competentiae*; вычеты (*retentiones*) были отмѣнены; сроки измѣнены (возвратъ недвижимости немедленный, движимыхъ вещей — черезъ годъ). Однимъ словомъ, реформа Юстиніана представляетъ механическое соединеніе различныхъ по природѣ элементовъ.

Кто *истецъ* въ новомъ искѣ? Это зависитъ отъ двухъ обстоятельствъ: способа прекращенія брака и установленія приданого: 1) по смерти жены — ея наслѣдники (а *dos profecticia* требуетъ ея установитель); 2) по смерти мужа или послѣ развода — одна жена *sui iuris* или подвластная жена съ своимъ отцомъ (согласно правилу: *ipsius patris et filiae dos est*, 2 § 1 D 24. 3).

Что служатъ предметомъ иска? Весь составъ приданого: 1) замѣнимыя вещи возвращаются *tantundem eiusdem qualitatis*; 2) незамѣнимыя вещи — въ томъ видѣ, въ какомъ были получены; 3) сервитуты; 4) долговыя требованія; 5) плоды, какъ идущіе на удовлетвореніе семейныхъ потребностей, не возвращаются мужемъ женѣ; только плоды послѣдняго дополнительнаго года дѣлятся пополамъ между супругами.

Встрѣчныя требованія со стороны мужа возможны по поводу *издержекъ его* на приданое. При этомъ, имѣетъ силу извѣстное тройкое различіе издержекъ: 1) *impensae necessariae*, если приданое состояло въ однѣхъ деньгахъ, должны быть высчитаны самимъ истцомъ при предъявленіи иска (*impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*, 5 D 25. 1); въ отношеніи другихъ необходимыхъ издержекъ мужъ имѣетъ *ius retentionis*; 2) *impensae utiles* онъ взыскиваетъ посредствомъ *actio mandati contraria* (при *actio rei uxoriae* допускалась *exceptio propter impensas*); 3) касательно *impensae voluptariae* имѣется только *ius tollendi*.

Отдѣлъ четвертый. Прекращеніе брака.

Назовемъ коротко случаи прекращенія брака и уважемъ на нѣкоторыя юридическія послѣдствія его для бывшихъ супруговъ.

А) Случаи прекращенія брака суть слѣдующіе: 1) физическая смерть супруговъ полагаетъ естественный конецъ

супружеству, этому пожизненному союзу (*consortium omnis vitae*); 2) *политическая* смерть въ видѣ «самаго большаго» умаленія правоспособности (*capitis deminutio maxima*—при потерѣ свободы) имѣетъ тоже послѣдствіе; «среднее» умаленіе правоспособности (*cap. dem. media*—при потерѣ гражданства) только приостанавливаетъ брачное сожитіе до возврата плѣннаго на родину: 3) бракъ расторгается разводомъ супруговъ, о которомъ скажемъ подробнѣе.

Разводъ ¹⁾ называется двояко: 1) *divortium*—по общему согласію супруговъ; 2) *repudium*—односторонній отказъ въ сожительствѣ. Впрочемъ, эта терминологія не выдержана; оба слова встрѣчаются какъ синонимы ²⁾. Въ болѣе древнемъ, патриархальномъ быту, гдѣ абсолютная власть принадлежитъ одному мужу, преобладаетъ *repudium*.

Вопреки вышеприведенному опредѣленію брака, какъ нерасторжимаго пожизненнаго союза, у римлянъ все время существовала полная свобода развода. Не только съ общаго согласія, но и вслѣдствіе серьезно выраженнаго желанія одного изъ супруговъ бракъ могъ быть расторгнутъ во всякое время.

Опредѣленная форма расторженія брака существовала только для древне-языческихъ формъ брака (*cum manu mariti*). Именно, тогда *confarreatio* соответствовала аналогичная *diffarreatio*, *coemptio* расторгалась посредствомъ *remancipatio* (обратная купля жены отъ мужа), *usus* прекращался извѣстной *usurpatio trinoctii* (тремя ночами переноской жены въ домъ сожителя). Въ свободныхъ бракахъ (*sine manu mariti*), вытѣснившихъ въ позднѣйшее время патриархальныя формы, разводъ совершается почти безъ формальностей. Только супругъ, разводящійся съ другимъ, долженъ заявить о своемъ желаніи другому супругу въ присутствіи 7 свидѣтелей и вольноотпущенника ³⁾.

Въ Юстіановомъ правѣ находятъ слѣдующіе *поводы къ*

¹⁾ D. 24. 2: de divortii et repudiis. C. 5, 17: de repudiis etc. *Wächter*, über Ehescheidungen bei den Römern. 1822. *Казанцевъ*, о разводѣ по римскому праву, 1892.

²⁾ Русскій терминъ: разводъ указываетъ на участіе власти, расторгающей бракъ. У римлянъ *divortium* совершается самими супругами, безъ участія властей.

³⁾ Зачѣмъ требовалось присутствіе вольноотпущенника (9 D 24. 2), неизвѣстно. Полагають, что онъ выражалъ волю другого супруга, своего патрона.

разводу: 1) общее согласіе супруговъ (Юстиніанъ, было, ограничилъ его случаемъ поступленія обоихъ супруговъ въ монастырь, но Юстинъ II снялъ это ограниченіе); 2) одна изъ слѣдующихъ законныхъ причинъ: поступленіе одного или обоихъ супруговъ въ монастырь, трехлѣтнее половое безсиліе, пятилѣтнее безвѣстное отсутствіе (пребываніе въ плѣну), ссылка (отерывающая, какъ и въ русскомъ правѣ, право невиновнаго супруга просить о расторженіи брака); 3) нѣкоторыя преступленія супруговъ: нарушеніе вѣрности женою, пребываніе жены въ банѣ или въ театрѣ безъ вѣдома мужа, политическое преступленіе мужа, содержаніе имъ наложницы вопреки увѣщанію родственниковъ и нѣк. др.

Б) Среди юридическихъ послѣдствій прекращенія брака отмѣтимъ нѣкоторыя *невыгодныя имущественныя послѣдствія* при разводѣ, за вторичный бракъ и нарушеніе траура.

1) *Штрафы при разводѣ* налагаются на виновнаго супруга, подавшаго поводъ къ разводу своимъ поведеніемъ, въ пользу невиновнаго супруга, если у него нѣтъ дѣтей; при наличности дѣтей штрафы идутъ въ ихъ пользу, а невиновный супругъ получаетъ въ штрафномъ имуществѣ пожизненное пользованіе (*узупфруетъ*).

Виновный мужъ лишается всѣхъ своихъ подарковъ (*don. propter nuptias*) женѣ, теряетъ $\frac{1}{4}$ своего имущества. Виновная жена не получаетъ приданое; если нѣтъ приданаго, теряетъ $\frac{1}{4}$ собственнаго имущества.

II) *Штрафы за вторичный бракъ* были установлены христіанскимъ законодательствомъ, глядѣвшимъ на половое воздержаніе какъ на добродѣтель. Въ языческомъ-же Римѣ было обратное явленіе. Стоитъ только припомнить *lex Julia et Papia Poppaea*, всячески поощрявшую плодовитость римскихъ гражданъ (свобода плодовитыхъ матронъ отъ опеки, ограниченіе холостыхъ въ правѣ наслѣдованія и мн. др.).

Христіанскіе императоры устанавливають ¹⁾ имущественныя невыгоды для лицъ, вступающихъ въ послѣдующіе браки (*rosnae secundarum nuptiarum*). Ради чего? Цѣль ихъ—обезпечить потомство отъ перваго брака, такъ какъ его интересы легко могутъ пострадать отъ втораго брака. Съ этой точки зрѣнія и понятны слѣдующія главнѣйшія ограниченія:

¹⁾ C. 5. 9 (de secundis nuptiis), 5, 10 (si secundo nupserit). Nov. 22. Löhr, Arch. f. civ. pr., Bd. XVI.

1) *parens binubus*—т. е., супругъ съ дѣтьми, вступившій въ новый бракъ,—теряетъ право распоряженія всѣми выгодными полученіями (*iusa nuptialia*) отъ перваго брака (*dos*, *antipherna* и др.); за нимъ остается узупфруктъ;

2) *mater binuba* теряетъ право на воспитаніе дѣтей и на опеку надъ ними (допущенную позднѣйшимъ законодательствомъ)¹⁾.

III) *Штрафы за нарушение траура* касались одной пережившей супруги. На вдовъ законъ издавна возлагалъ обязанность воздерживаться нѣкоторое время (*tempus lugendi*) отъ вторичнаго брака; мужъ не носилъ траура. Отчего такъ?

Основаніе было сперва чисто физиологическаго свойства. Во избѣжаніе сомнѣнія относительно отчества (*turbatio sanguinis*) ребенка, имѣющаго родиться (*nascituri*) по смерти супруга, оставшаяся въ живыхъ супруга должна была вдовѣть максимальный періодъ беременности—10 мѣсяцевъ. Къ этому основанію христіанство прибавило нравственный мотивъ (соотвѣтствіе «добрымъ правомъ», возлагающимъ особый почетъ на женщину, имѣвшую одного мужа, *univira*) и удлинитъ трауръ до одного года²⁾.

За несоблюденіе траура вдова подвергается безславію (*infamia*), теряетъ всѣ выгодныя полученія (*iusa nuptialia*) отъ перваго брака въ пользу дѣтей перваго брака; она не можетъ также новому супругу оставлять болѣе $\frac{1}{3}$ своего состоянія.

¹⁾ Устанавливая штрафы, западно-римское право не запрещало вступленіе въ 3-й, 4-й и хоть въ 5-й бракъ. А византійское право, проникшее еще болѣе христіанскою моралью, запретило въ X вѣкѣ 4-й бракъ безусловно; объ этомъ говоритъ одинъ канонъ помѣстнаго собора 920 г., осуждавшаго 4-й бракъ незадолго умершаго императора Льва Мудраго. Выстъ съ тѣмъ, тотъ-же соборъ запретилъ и 3-й бракъ для лицъ (отъ 40 лѣтъ), имѣющихъ дѣтей отъ прежнихъ браковъ.

²⁾ Трауръ былъ распространенъ и на разведенную супругу. Мало того; онъ былъ внятеро увеличенъ (до 5 лѣтъ), если сама жена подавала поводъ къ разводу.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Отцовская власть ¹⁾.

Изъ двухъ родителей, по законамъ и обычаямъ римскимъ, первое мѣсто принадлежитъ отцу. На него возлагается попеченіе о жизни и домашняя дисциплина дѣтей. При жизни отца юридическое положеніе матери незамѣтно: она его помощница въ хозяйствѣ и воспитаніи потомства. Ея роль выдвигается по прекращеніи брака, если она назначается опекушкой. Даже, надъ незаконнорожденными дѣтьми, въ отношеніи которыхъ отецъ считался юридически неизвѣстнымъ, женщина не имѣла такой власти, которая походила-бы на *patria potestas* (Gai inst, 1, 104: *feminae nec naturales liberos in potestate sua habent*).

Изъ исторіи мы знаемъ, что *patria potestas* въ древнѣйшемъ Римѣ была неограничена. Тогда она была тождественна со властью господской (т. е., надъ рабами); не даромъ-же «*dominica potestas*» означала одинаково отцовскую и господскую власть: отцу принадлежали *ius vitae ac necis*, *ius vendendi*, *poxae deditio*—выдача въ кабалу (*mancipium*) потерпѣвшему для возмѣщенія вреда, причиненаго подвластнымъ сыномъ, и др. суровыя правомочія.

Въ развитомъ государственномъ быту власть родительская во многомъ утратила жестокой характеръ: исчезло «право жизни и смерти», послѣ того, какъ убіеніе дѣтей было объявлено преступнымъ дѣяніемъ (*patricidium*); была совѣтъ

¹⁾ Inst. 1, 9. Dig. 1. 6. Cod. 8. 47 (de patria potestate). Заурскій, ученіе объ отцовской власти по римскому праву, 1884.

уничтожена *poxae deditio; ius vendendi*, ограниченное при имп. Константинѣ случаемъ безысходной нужды (*nimia paupertas*), родителя, должно было пасть ко времени Юстиниана, вмѣстѣ съ отиѣной *mancipium*.— За домовладыкой осталась дисциплинарная власть, исправление (*ius leviter castigandi*, «легкими» нежестокими домашними мѣрами) непослушныхъ дѣтей. Законодательство довольно ясно опредѣлило взаимныя права и обязанности домовладыки и домочадцевъ его. Но объ этомъ поведемъ рѣчь по предварительномъ указаніи на способы установленія власти родительской.

Отдѣлъ первый. Возникновеніе власти отцовской.

Скажемъ о каждомъ изъ трехъ способовъ установленія отцовской власти: о рожденіи, узаконеніи и усыновленіи.

А) *Рожденіе* въ законѣмъ бракѣ ¹⁾ имѣло послѣдствіемъ поступленіе ребенка подъ власть полномасштабнаго мужа (*sui iuris*) матери ребенка; если-же мужъ матери, въ свою очередь, находился подъ отцовской властью, подъ ту-же власть подпадалъ и новорожденный. Согласно извѣстному юридическому положенію (*praesumptio iuris*), отцомъ ребенка почитается мужъ матери (5 D 2. 4: *pater is est quem nuptiae demonstrant*). И разъ мужъ матери не оспариваетъ, рожденный хотя-бы въ первый день брака почитается законнымъ. На случай спора имѣли значеніе два срока: рожденный на 182-й день по совершеніи брака (3 § 12 D 38. 16) или не позже 10 мѣсяцевъ по прекращеніи его (3 § 11 D 38. 16) предполагается законнымъ. Но и это могло быть по суду оспорено мужемъ, или, по смерти его (не признавашаго или не знавашаго о существованіи потомства) родственниками ребенка, заинтересованными въ наслѣдованіи.

Законность рожденія служить основаніемъ многихъ правомочій. Поэтому, самимъ дѣтямъ дозволяется вчинать иски къ родителямъ (*actiones de liberis agnoscendis*, D. 25. 3) о признаніи ихъ законнорожденности. Далѣе, тоже предоставляется матери (*actio de partu agnoscendo*), если ея мужъ

¹⁾ *Заурскій*, ученіе о законнорожденности по римскому праву, 1880. *Fuchs*, die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft, 1880. *Coste*, de la présomption légale de paternité, 1881.

отказывается признать своимъ ребенка. Наконецъ, въ интересахъ близкихъ родственниковъ законъ (*sectum Plancianum*) предписывалъ беременной вдовѣ (во избѣжаніе *suppositio partus*—замѣны мертворожденнаго чужимъ ребенкомъ) извѣстный образъ жизни: заявленіе о приближающихся родахъ, роды при свидѣтеляхъ и т. под.

Какія были доказательства законности рожденія? Однообразнаго доказательства, въ родѣ современныхъ метрическихъ актовъ (*acte de l'état civil*) у римлянъ не было. Можно было сослаться на свидѣтелей, на разные обряды: нареченіе имени на 9-й день и т. под. Со времени Марка Аврелія устанавливается обычай дѣлать заявленіе (*professio*) о рожденіи дѣтей въ реестры (*acta*), которые должны были вести въ Римѣ *praefecti aegarii*, въ провинціяхъ *tabularii publici* (нотариусы). Но этимъ реестрамъ не было сообщено силы самостоятельнаго доказательства; они были поставлены на ряду со свидѣтельскими показаніями.

Б) *Узаконеніе (legitimatio)* есть сообщеніе законности рожденія незаконнымъ дѣтямъ, прижитымъ въ конкубинатѣ (*liberi naturales*). Узаконенный становился въ родственныя отношенія не только съ родителями, но и со всѣми ихъ родственниками. Въ Юстиніановомъ правѣ узаконеніе имѣло послѣдствіемъ установленіе отцовской власти только съ согласія самихъ дѣтей (*Nov. 89 cap. XI princ.*).

Въ историческомъ курсѣ мы встрѣчали три способа узаконенія дѣтей: 1) *legitimatio per subsequens matrimonium* черезъ послѣдующій бракъ, который *eo ipso* (безъ спеціальнаго заявленія о желаніи узаконить потомство) сообщалъ дѣтямъ законность рожденія¹⁾; 2) *legitimatio per curiae oblationem*:—если незаконнорожденный становился членомъ муниципальнаго совѣта (*ordo decurionum*), онъ получалъ права законнорожденнаго, въ награду за тѣ расходы, съ которыми было сопряжено отправленіе должности декуріона (личная отвѣтственность за недоимки гражданъ, и др. расходы); 3) *legitimatio per rescriptum principis*—по распоряженію императора въ отвѣтъ на просьбу отца или матери, или даже самихъ дѣтей (которымъ умершій отецъ въ завѣщаніи выразилъ волю свою объ узаконеніи).

¹⁾ Wolf, die legitimatio per subs. matrimonium, 1881.

*) — в римском праве по рождению в браке считались законными, а вне брака — незаконными. Узаконеніе происходило по разнымъ способамъ: 1) по рождению в браке; 2) по рождению вне брака, но при условии, что ребенокъ былъ принятъ въ муниципальную общину; 3) по распоряженію императора.

В) *Усыновление (adoptio)* ¹⁾ есть юридическій актъ/принятія домовладыкой посторонняго лица подь его ²⁾отцовскую власть. Если ребенокъ воспитываемый въ семьѣ, не получаетъ отчества (и не состоитъ подь властью домовладыки), онъ называется *alumnus* (пріемышъ) ²⁾; поступившій-же подь власть домашняго владыки признается усыновленнымъ. Усыновленный становится родственникомъ (агнатомъ) усыновителя и его кровныхъ дѣтей; но въ отношеніи прочихъ родственниковъ усыновителя онъ остается постороннимъ человекомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, юридическая связь съ семьей усыновителя продолжается только до эманципаціи: разъ усыновленный выходитъ изъ подь—власти усыновителя, онъ совершенно теряетъ агнатическую связь съ семьей его.

Римское право предъявляло *слѣдующія требованія* при усыновленіи. Во первыхъ, *усыновителемъ* могло быть лицо мужскаго пола; женщинамъ дозволялось усыновленіе по рескрипту (не рождающее, однако, домашней власти) только въ утѣшеніе послѣ потери всѣхъ дѣтей (*in solatium liberoꝝ amissorum* § 9 I. 1. 11). Затѣмъ, дѣйствовало правило: *adoptio imitatur naturam* (4 I. 1. 11); почему требовалось, чтобы усыновитель былъ старше усыновляемаго; по крайней мѣрѣ на 18 лѣтъ (*plena pubertas*, ср. общ. часть, 56). На томъ-же основаніи безсильные въ половомъ отношеніи (*spadones*) могли усыновлять, ибо они, полагалось, могли выздоровѣть. Во вторыхъ, усыновляемымъ могло быть лицо мужскаго или женскаго пола; дѣтей отъ конкубината (*liberi naturales*) запрещалось усыновлять, чтобы заставить родителей совершить *legitimatіo per subs. matrimonium*. Въ третьихъ, никакихъ побочныхъ условій и сроковъ при усыновленіи не допускалось.

Извѣстны *два вида* усыновленія: 1) *arrogatio*—усыновленіе полновластнаго человека (*homo sui iuris*). Усыновителемъ можетъ быть лицо не менѣе 60 лѣтъ не имѣющее своихъ дѣтей. Долгое время невозможно было усыновленіе несовершеннолѣтнихъ (*impuberes*); потомъ и оно было допущено съ

¹⁾ Inst. 1, 11. Dig. 1. 7. Cod. 8. 47 (de adoptionibus). *Berton*, de l'adoption et l'arrogation, 1880.

²⁾ Нельзя сказать, что римское право совсѣмъ игнорируетъ отношенія между пріемышемъ и пріемнымъ отцомъ: между ними существуетъ *praesumptio affectionis*—взаимная любовь, въ силу которой можно, напримѣръ, отказываться отъ свидѣтельства на судѣ другъ противъ друга.

двумя условіями, чтобъ по смерти усыновленнаго до совершеннолѣтія усыновитель выдалъ имущество его наслѣдникамъ, и чтобъ самъ усыновитель по-смерти своей оставилъ усыновленному не менѣ четверти наслѣдства (*quarta divi Pii*— какъ установленная Антониномъ Пиемъ); 2) *adoptio* (или *in adoptionem datio*)—усыновленіе подвластнаго человѣка (*homo alieni iuris*), т. е., состоящаго подъ отцовскою или опекунскою властью.

Форма усыновленія была публичной. Въ республиканскомъ Римѣ *agrogatio* совершалась въ куріатскихъ комиціяхъ; *adoptio*-же тогда требовала двойнаго акта: выхода изъ подъ одной власти посредствомъ *emancipatio* (троекратной продажи) и поступления подъ власть усыновителя (съ соблюденіемъ извѣстнаго обряда: *in iure cessio*). Въ императорскомъ Римѣ *agrogatio* происходитъ посредствомъ *rescriptum principis*, а *adoptio*— при помощи судебного протокола.

Послѣдствіемъ усыновленія является выбитіе изъ естественной семьи (при *adoptio*) и поступленіе, какъ-бы въ качествѣ естественнаго сына, подъ отцовскую власть пріемнаго отца. Впрочемъ, при Юстиніанѣ проводилось различіе, съ точки зрѣнія послѣдствій, между двоякаго рода установленіемъ: 1) *полное* усыновленіе (*adoptio plena*)—принятіе въ семью восходящимъ родственникомъ—со всѣми указанными послѣдствіями; 2) *неполное* усыновленіе (*adoptio minus plena*)—принятіе въ семью *невосходящимъ* родственникомъ; въ этомъ случаѣ не прекращается прежняя отцовская власть; усыновленный, не теряя права наслѣдованія въ своей природной семьѣ, пріобрѣтаетъ еще право наслѣдованія за усыновителемъ (§ 2 I. 1. 11).

Отдѣлъ второй. Объемъ отцовской власти.

Мы сказали, что *patria potestas*, неограниченная въ древнѣйшее время, находила себѣ извѣстныя границы въ развитомъ законодательствѣ, такъ что въ послѣднее время она могла быть довольно ясно опредѣлена. Для опредѣленія ея отмѣтимъ нѣкоторыя особенности въ личныхъ и имущественныхъ отношеніяхъ между отцомъ и неотдѣленными дѣтьми.

А) *Личныя отношенія*, вообще говоря, регулируются скорѣе нравственными предписаніями, опирающимися на взаим-

ную любовь и признательность (*caritas, pietas*). И въ этомъ направленіи римляне внушали дѣтямъ такія почтительныя чувства къ родителямъ, какими начинается ветхозавѣтная пятая заповѣдь (*—matrem aut patrem venerari oportet—*). Въ виду этого дѣти должны были воздерживаться отъ дѣяній, благодаря которымъ можетъ пострадать доброе имя родителей: они не могли вчинать позорящихъ исковъ (*actiones famosae*), исковъ объ обидѣ (*a. iniuriarum*), и, вообще, какіе-бы то ни были иски они могли предъявлять противъ родителей только съ разрѣшенія претора. Въ силу той-же кровной близости и нравственной признательности родители имѣли право на льготу усиленной отвѣтственности (*beneficium competentiae*), на законную долю (*pars legitima*) въ наслѣдствѣ дѣтей и нѣк. другія права. — Изъ *обязанностей*, возлагаемыхъ на отца, имѣли юридическій характеръ: обязанность давать приданое дочерямъ и алиментировать дѣтей. О первой обязанности нами выше помянуто (стр. 292), скажемъ о второй.

Взаимная обязанность восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ давать другъ другу алименты¹⁾, т. е., средства жизни въ случаѣ крайней нужды, имѣла юридическое значеніе. Именно, допускался искъ (*actio extra ordinem*) о востребованіи алиментовъ, размѣръ которыхъ опредѣлялся въ каждомъ случаѣ судьей. На первомъ мѣстѣ стояли родители (впереди отецъ, затѣмъ мать), обязанные кормить несовершеннолѣтнее потомство; въ свою очередь, и восходящіе могли обратиться съ такимъ-же требованіемъ къ совершеннолѣтнимъ дѣтямъ. Естественно, отвѣтчики предполагались экономически достаточными лицами.

Отцовская власть пользовалась признаніемъ и въ отношеніи постороннихъ людей: существовала судебная охрана отцовской власти. Такъ, если похищали сына (положимъ, малолѣтняго), отецъ могъ отыскивать его, какъ свою собственность: по аналогіи съ *rei vindicatio* допускалась *filii vindicatio* (1 § 2 D 6. 1). Крімъ того, можно было требовать предъявленія дѣтей (укрываемыхъ отвѣтчикомъ) и отвода ихъ домой, къ отцу (*interdictum de liberis exhibendis, item ducendis, Dig. 43. 30*).

¹⁾ *Bünger*, Theorie und Praxis d. Alimentationspflicht, 1879. *Tessier*, des obligations alimentaires dans la famille à Rome, 1860.

Б) *Имущественныя отношенія* ¹⁾ отца къ дѣтямъ въ древнѣйшее время представляются очень простыми: все принадлежит домовладыкѣ, у дѣтей нѣтъ ничего своего; все, что приобретается ими отъ постороннихъ, поступаетъ въ собственность отца (Gai, 2, 87: — quod liberi — acquirunt, — id nobis acquiritur). Съ другой стороны, въ позднѣйшемъ правѣ допускается раздѣльное, самостоятельное имущество дѣтей, принадлежащее имъ на правѣ собственности. Среднее мѣсто между двумя крайними фазами имущественнаго положенія дѣтей занимаетъ такъ-называемый *пекулій*, представлявшій собою собственность отца, значительно отъ него отрѣшенную и употребляющую въ фактическомъ управленіи сына. — Особо скажемъ о *пекуліи* и о собственномъ имуществѣ дѣтей.

1) *Пекулій* (*peculium*, также *peculium patrum*, у римлян *peculium profectitium*) составляетъ часть имущества властелина (*patrimonium pusillum*, 5 § 3 D 15. 1), переданную подвластному (сыну или рабу) въ фактическое распоряженіе ²⁾. *Пекулій* настолько выдѣленъ изъ отцовскаго имущества, что, съ внѣшней стороны, въ глазахъ постороннихъ, онъ представляетъ собою какъ-бы собственное имущество сына (*veluti patrimonium filiorum*, § 10 I. 4. 6). Подвластный сынъ пользовался *пекуліемъ*, конечно, въ предѣлахъ предоставленныхъ ему полномочій; среди нихъ иногда упоминается свободное управленіе *пекуліемъ*, *libera administratio peculii* (7 § 2 D 15. 1: *alia causa est liberae administrationis, nam haec specialiter concedenda est*).

Въ составъ *пекулія* могли входить всѣ предметы гражданскаго оборота (7 § 4 D 15. 1: *in peculio autem res esse possunt omnes, et mobiles, et soli; — et nomina debitorum*). Онъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, почитался на столько обособленнымъ имуществомъ изъ общаго состоянія домовладыки, что имѣлъ собственную экономическую судьбу, независимую отъ *patrimonium*. Чтобы запечатлѣть это свойство его, юристы уподобляли судьбу *пекулія* жизни человѣка (40 D 15. 1: — *peculium simile esse homini*); они говорили, что *пекулій* увеличивается на подобіе росту человѣка (*crescit*), умираетъ (*moritur*) по

¹⁾ *Mandry*, d. gemeine Familiengüterrecht, 2 Bde, 1876.

²⁾ Fr. 5 § 4 D 15. 1: Туберонъ опредѣляетъ *пекулій*, какъ то имущество, которымъ владѣетъ рабъ отдѣльно отъ общехозяйственнаго инвентаря (*rationes dominicae*).

отнятіи его отцомъ отъ сына. Своеобразная природа пекулія выражалась во многихъ юридическихъ отношеніяхъ: были пекуліарные долги сына третьимъ лицамъ, которые удовлетворялись, по иску третьихъ лицъ къ домовладыгѣ (actio de peculio), только изъ состава пекулія; были естественныя обязательства сына предъ отцомъ, которые погашались посредствомъ вычета долга изъ того-же пекулія (*deductio peculii*).

II) *Собственное имущество* дѣтей зародилось и развилось постепенно въ императорскую эпоху. Въ историческомъ курсѣ было отмѣчено, что впервые Августъ разрѣшилъ завѣщать вещи, приобрѣтеныя на военной службѣ, а послѣдующія узаконенія скрѣпили полное распоряженіе тѣмъ-же имуществомъ. Такимъ образомъ, первымъ видомъ дѣтской собственности являются военныя полученія, образующія такъ назыв. *peculium castrense*¹⁾. Далѣе, было признано право собственности за дѣтьми на приобрѣтенія по гражданской службѣ; аналогично-военнымъ приобрѣтеніямъ, новый видъ дѣтской собственности называется *peculium quasi-castrense*. Кроме того, полученія дѣтей отъ матери (*bona materna*) со времени Константина, а потомъ и, вообще, всякія полученія отъ постороннихъ лицъ (*не* отъ отца), прозванныя романистами *bona adventicia*,¹⁾—все такое имущество поступало также въ собственность дѣтей съ тѣмъ, однако, ограниченіемъ, что отецъ имѣлъ *узупруктъ* въ такомъ имуществѣ. И вотъ, слѣдуетъ различать ограниченную или несвободную собственность дѣтей и неограниченную или свободную собственность ихъ:

Несвободную дѣтскую собственность,—т. е., такую, которой пожизненно пользуется (какъ имѣющій узупруктъ) и управляетъ отецъ, такъ что дѣти не могутъ ею распоряжаться безъ согласія отца—образуетъ имущество, во первыхъ, дошедшее отъ матери (*bonum maternum*) и, во вторыхъ, все то, что достается не изъ отцовскаго имущества. Все это называется романистами, такъ связать обыкновеннымъ благоприобрѣтеніемъ (*bona adventicia regularia*), въ отличіе отъ исключительнаго благоприобрѣтенія (*bona adventicia irregularia*), не поступающаго въ пользованіе отца.

Свободная дѣтская собственность,—т. е., которая на-

¹⁾ Dig. 49. 17. Cod. 12. 37 (de castrensi peculio). *Fitting*, über das castrense peculium, 1871.

ходила въ пользованіи и управленіи самихъ дѣтей, — имѣла тройкій составъ. Въ нее входили *peculium castrense*, *quasi-castrense*, *bonum adventicium irregularium*: 1) *Peculium castrense* составляли подарки дѣтямъ, идущимъ въ походъ, жалованье, добыча, женино наслѣдство; 2) *Peculium quasi-castrense* — жалованье гражданское, вознагражденіе за трудъ адвоката, духовенства и т. под. Сынъ-хозяинъ могъ при жизни распорядиться имуществомъ по усмотрѣнію, а по смерти *pecule castr.* и *quasi-castr.* шло до Юстиніана отцу, какъ обыкновенное *peculium*, со времени-же Юстиніана (по новеллѣ 118) — наслѣдникамъ сына. 3) Исключительное благопріобрѣтеніе сына (т. е. на исключительныхъ условіяхъ — *bona adventicia irregularia*) образуется изъ пріобрѣтеній сына противъ воли отца или полученій его съ условіемъ, чтобъ отецъ не имѣлъ узурфрукта. Имѣя свободное право собственности, подвластный сынъ не могъ лишь завѣщать свои „исключительныя благопріобрѣтенія“.

Отдѣлъ третій. Прекращеніе отцовской власти ¹⁾.

Естественно, кровныя родственныя отношенія (*cognatio*) между родителями и дѣтьми остаются навсегда неразрывными. Власть-же отцовская, связанная съ фактомъ пребыванія дѣтей въ семьѣ родителя, прекращается съ распаданіемъ самой семьи, выходомъ сына изъ семьи, переходомъ его въ другую семью и при т. под. обстоятельствахъ.

Къ обстоятельствамъ, благодаря которымъ уничтожается власть отца, относятся: смерть физическая отца или сына, смерть политическая полная (*cap. deminutio maxima*) или неполная (*cap. deminutio media*), поступленіе подъ другую семейную власть (мужа, усыновителя — *cap. deminutio minima*), отнятіе отцовской власти въ навазаніе за жестокое обращеніе (*contra pietatem* — 5 D 37. 12) и др. преступленія, вступленіе на высокую должность (*flamen dialis, virgovestitialis*, епископа и др.), добровольное освобожденіе сына изъ подъ власти (*emancipatio*). Скажемъ особо объ эманципаціи.

Недостаточно было простого отреченія (*abdicatio*) отъ ре-

¹⁾ Inst. 1, 12: quibus modis ius potestatis solvitur. D. 1. 7. Cod. 8. 49: de emancipationibus liberorum.

бенка для снятія отцовской власти (6 С. 8. 47). Необходимо было совершить формальную эманципацію. *Emancipatio* совершалась трояко: 1) въ прежнее время—самымъ древнимъ способомъ, установленнымъ XII табл.—троекратной продажей сыновей (или однократной продажей прочихъ подвластныхъ) и послѣдующимъ освобожденіемъ продавца (*manumissio vindicta*) отъ его власти (*mancipium*, Gai, 1, 132); 2) въ новѣйшее время—по императорскому рескрипту (*emancipatio Anastasiana*, какъ установленная имп. Анастасіемъ); 3) записью въ судебный протоколъ (*emancipatio Justiniana*).

Такъ какъ эманципація считалась актомъ милости со стороны отца, послѣднему была предоставлена особая награда (*praemium emancipationis*), состоявшая въ томъ, что онъ сохранялъ за собою пожизненное пользованіе (узурфруктъ) въ половинѣ *bona adventicia*.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Опека и попечительство ¹⁾).

Человѣкъ вполнѣ правоспособенъ отъ рожденія, а дѣеспособнымъ становится съ момента совершеннолѣтія. До совершеннолѣтія онъ состоитъ подъ отцовской или опекунской властью (*tutela impuberum*). Кромѣ того, въ древнемъ Римѣ подъ опекой находилась всю свою жизнь женщина; была еще *tutela, mulierum*. Но при Юстиніанѣ отъ половой опеки не осталось и слѣда.

Въ римскомъ опредѣленіи ²⁾ опека называется также, какъ и отцовская власть, словомъ: *potestas*. Значить, римляне склонны были смотрѣть на опеку, какъ на вспомогательный институтъ отцовской власти. И хотя, съ другой стороны, проводится юристами взглядъ на опеку, какъ на публичную обязанность (*in ius publicum*), частно-правовой характеръ опеки не изгладился. Въ современной жизни опека прежде всего есть *публичное учрежденіе*; на первомъ мѣстѣ стоятъ опекунскія учрежденія, назначающія и вѣдающія надзоръ за опекунами. Въ Римѣ эта сторона дѣла была мало развита.

Попеченіе надъ лицами, не обладающими полной дѣеспособностью, называется также попечительствомъ (*cura*); бываетъ попечительство надъ душевно-больнымъ, расточителемъ,

¹⁾ Inst., 1 lib., tt. 13—26. Dig. lib. 26, 27. Cod. l. 5, tt. 28—75.—*Rudorff*, d. Recht d. Vormundschaft, 1834. *Азаревичъ*, о различіи между опекой и попечительствомъ по римскому праву, 1872.

²⁾ Fr. 1 pr. D 26. 1: *tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum cum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa.*

совершеннолѣтнимъ юношей (14—25 лѣтъ) и въ нѣк. др. случаяхъ.

Между опекой и попечительствомъ скорѣе больше общихъ признаковъ, чѣмъ отличительныхъ ¹⁾. Въ Юстиніаново время все различіе между ними сводилось къ тому, что опекунъ долженъ былъ «налагать юридическій авторитетъ» на сдѣлку опекаемаго (*auctoritatis interpositio*), т. е., скрѣплять сдѣлку безусловно и при самомъ совершеіи ея, въ присутствіи опекаемаго. Этими формальными требованіями не былъ связанъ попечитель, который могъ взъять согласіе (*consensus*) и послѣ совершеіи сдѣлки ²⁾.

Въ виду маловажности отличія опеки отъ попечительства догматическое изложеніе того и другого института ведется совмѣстно подъ общимъ именемъ опеки. Такъ и мы поступимъ при разсмотрѣніи вопросовъ объ учрежденіи, отправленіи, прекращеніи и видахъ опеки и попечительства.

Отдѣлъ первый. Учрежденіе опеки.

Говоря объ учрежденіи опеки, коснемся способовъ учрежденія, обязанности быть опекуномъ и случаевъ отказа отъ опеки.

А) Было *три* способа назначенія опеки: завѣщаніе, законъ и распоряженіе власти; поэтому, опека носить три названія: *tutela testamentaria, legitima, dativa*.

Tutela testamentaria назначается умирающимъ отцомъ несовершеннолѣтняго. И если назначеніе правильно съ формальной стороны (составленія завѣщанія) и по существу (напр., назначенный годенъ въ опекуны), то оно вступаетъ въ силу. Иначе, въ случаѣ какого-либо недостатка и сомнѣнія оно вуждается въ скрѣпленіи (*confirmatio*) опекунской властью (преторомъ). Подъ условіемъ конфирмаціи и посторонній, назначающій малолѣтняго наслѣдникомъ, можетъ опре-

¹⁾ Въ этомъ смыслѣ выразился и Модестинъ (13 pr. D 27. 1): совсѣмъ немного отличаются попечители отъ опекуновъ (*ἐν ὅλιγοις γὰρ πάντο διαλλάττονται οἱ κορυπατορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων*).

²⁾ До Юстиніана были и иные пункты различія: 1) по способу назначенія — попечитель назначается преимущественно начальствомъ; 2) по лицамъ (Баровъ) — опекаемые не способны носить оружіе (*impuberes*, женщины), состоящіе подъ попечительствомъ къ этому способны (*minores, furiosi, prodigi, нѣмые* и др.), и др. пункты.—Ср. Барова, § 369.

дѣлать ему опекуна. Конфирмація, во всякомъ случаѣ, обязательна при указаніи въ завѣщаніи на попечителей для совершеннолѣтнихъ юношей (*impoges*), душевно-больныхъ и др. лицъ.

Tutela legitima вступаетъ въ силу, когда не имѣется опекуна, назначеннаго въ завѣщаніи. Законъ назначаетъ опекунами родственниковъ въ томъ порядкѣ, въ какомъ они призываются къ наслѣдованію; не даромъ-же говорится: *ubi emolumentum successionis, ibi onus tutelae esse debet*. Въ эпоху агнатической системы опекунами были агнаты; а по извѣстной 118 новеллѣ (Юстиніана), установившей когнатической принципъ въ наслѣдованіи по закону, опека агнатовъ уступила мѣсто опекѣ когнатовъ. Далѣе, законная опека еще возлагалась на патрона въ отношеніи малолѣтняго либерта ¹⁾.

Tutela dativa — по назначенію правительства, когда нѣтъ ни завѣщательнаго, ни законнаго опекуна ²⁾. При этомъ, было поручено близкимъ родственникамъ (матери, бабу), подъ страхомъ потери права наслѣдовать малолѣтнему, ходатайствовать о скорѣйшемъ назначеніи опекуна (*tutorem petere*) въ виду того, чтобы малолѣтній и его имущество не оставались безъ надлежащаго надзора. А низшіе магистраты обязаны были предлагать въ опекуны (*nominare*) надежныхъ гражданъ.

Б) Обязанность опекунская касалась всѣхъ правоспособныхъ гражданъ. Слѣдующія лица не могли быть опекунами: женщины признавались неспособными, такъ какъ онѣ, вообще, не несли государственныхъ обязанностей (*munera publica*). Однако, въ видѣ исключенія, было дозволено вдовствующей матери и бабу быть опекунами съ двумя условіями: чтобы онѣ не выходили замужъ и не пользовались извѣстнымъ намъ *beneficium scti Velleiani* (выше, стр. 209); лица, сами нуждающіяся въ опекѣ надъ ними или попечительствѣ (расточители, *impoges*, душевно-больные и т. под.), не могутъ быть, по законодательству Юстиніана, опекунами ³⁾;

¹⁾ Наконецъ, до Юстиніана была такъ-называемая довѣренная опека (*tutela fiduciaria*) въ такихъ случаяхъ: 1) если дѣдъ отпускаетъ на волю малолѣтняго внука, по смерти его сынъ считается *tutor fiduciarius* малолѣтняго; 2) *manumissor extraneus* есть такой-же опекунъ надъ несовершеннолѣтнимъ, отпущеннымъ изъ кабалы (I. 1. 19).

²⁾ На магистратовъ была возложена обязанность назначать опекуновъ двумя законами: *lege Atilia* — на претора съ вѣдома большей части трибуновъ, *lege Julia et Titia* — на начальника провинціи.

³⁾ Въ прежне-же время, когда на опеку глядѣли скорѣе какъ на

имѣющіе *тяжбу* съ опекаемымъ или родителями его, также кредиторы и должники опекаемаго;

рабы, *перегринны*, *ссылные* и нѣк. др.

В) *Отказъ (excusatio)* отъ опеки или попечительства очень затрудненъ, какъ, вообще, отказъ отъ какой-либо государственной повинности (рг. Inst. 1. 25:—et tutelam et curam placuit publicum munus esse). Опекунская власть можетъ подвергаться наказанію лицъ, уклоняющихся отъ опеки. Отказъ допускается лишь въ случаяхъ, строго опредѣленныхъ по закону. Вотъ, примѣрно, мотивы отказа:

управленіе *тремя имуществами*, состоящими въ опекѣ (tria onera tutelae, in una domo);

обремененіе собственнымъ *потомствомъ* (у кого въ Римѣ не менѣе 3 дѣтей, въ провинціи—не менѣе 5 дѣтей);

затруднительное положеніе опекуна вслѣдствіе его неграмотности, бѣдности, болѣзни, старости (отъ 70 лѣтъ), отдаленности имущества опекаемаго;

привилегированныя *сословія* (военное, сенаторское), свободныя *профессіи* (риторы, медики, юристы и т. под.) и нѣк. др.

Отдѣлъ второй. Отправление опеки.

При вступленіи въ должность, назначенный въ опекуны обязанъ былъ составить опись (repertorium, inventarium) всего имущества опекаемаго, поступающаго въ его управленіе (7 рг. D 26. 7), ради обезпеченія интересовъ опекаемаго¹⁾, Съ той-же цѣлью опекунъ, при вступленіи въ должность, долженъ былъ предъставить поручительство въ томъ, что имущество опекаемаго останется въ цѣлости (satisfactio rem pupilli vel adolescentis salvam fore, Dig 46. 6). Отъ поручительства были свободны только лица, которымъ явно и заслуженно оказывалось довѣріе: призванные къ опекѣ по завѣщанію или такіе, добросовѣстность которыхъ была предварительно удостовѣрена (ex inquisitione, рг. I. 1. 24).—

право опекуна, чѣмъ на учрежденіе въ интересѣ опекаемаго, и названныя лица признавались опекунами (напр., Ulp. fragm. XI, 20, говорится о несовершеннолѣтнемъ опекунѣ надъ женщиной).

¹⁾ Не составившій опеки рисковалъ, по снятіи опеки, возвратити бывшему подъ опекой такую сумму, на какую послѣдній давалъ клятву въ процессѣ (iuramentum in litem).

Далѣ, говоря объ отправленіи опеки, помянемъ о надзорѣ за личностью и управленіи имуществомъ опекаемаго.

А) *Надзоръ за личностью*. Попеченіе о личности и воспитаніе малолѣтняго обыкновенно возлагается на мать его или на ближайшихъ родственниковъ, такъ что въ этомъ дѣлѣ опекунъ остается въ сторонѣ. Онъ лишь обязанъ выдавать необходимыя средства на содержаніе и воспитаніе.— Попечитель-же надъ душевно-больнымъ обязанъ приглядывать за нимъ и заботиться о выздоровленіи.

О личныхъ правахъ опекаемаго опекунъ обязанъ имѣть попеченіе. Такъ, онъ долженъ вчинать, отъ имени опекаемаго, иски о признаніи отчества (*de liberis agnoscendis*), о недѣйствительности брака опекаемаго и т. под.

Б) *Управление имуществомъ* (*administratio bonorum*) составляетъ основное содержаніе опекунской обязанности. Опекунъ долженъ заботиться о сбереженіи имущества и объ увеличеніи его. Что касается храненія, онъ обязанъ заботиться о поддержаніи годности вещей, ремонтѣ ихъ, взысканіи долговыхъ требованій, веденіи процессовъ и т. д. Касательно увеличенія, онъ долженъ принимать мѣры къ выгодному помѣщенію капиталовъ, дѣлать необходимыя распоряженія относительно промышленныхъ или торговыхъ предприятий, принадлежащихъ опекаемому, и т. под. Въ частности, обратимъ вниманіе на право отчужденія имущества и на отношеніе къ сдѣлкамъ опекаемаго.

Г) *Право отчужденія имущества* въ древнее время вполне принадлежало самому опекуну, который считался какъ-бы хозяиномъ (*domini loco*—27 D 26. 7). Но нѣкоторые законы (*oratio divi Severi*—1 D 27. 9, постановленіе Константина—22 С. 5. 37), ограничивъ право опекуна самостоятельнымъ отчужденіемъ лишнихъ, малостоящихъ и негодныхъ вещей, дозволили ему совершать возмездныя отчужденія въ другихъ случаяхъ и обремененія имущества какими-либо ограниченіями (*сервитутами*, залогомъ и т. под.) не иначе, какъ съ разрѣшенія опекунской власти (*decretum magistratus*) или разрѣшенія императора (*rescriptum principis*)¹⁾. При этомъ, ходатайство о разрѣшеніи должно было быть достаточно мотивировано (ради платежа долговъ

¹⁾ L. 22. § 6. С. 5. 37:—*venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti, exceptis his dumtaxat vestibus, quae detretae usu etc.*

и т. под.). Безмездные акты (дареніе, отпущеніе рабовъ) на счетъ имущества опекаемаго ни въ какомъ случаѣ силы не имѣли ¹⁾).

II. *Соизволеніе опекуна на сдѣлку* опекаемаго называется, какъ мы видѣли, *auctoritates interpositio*, соизволеніе попечителя—въ формѣ *consensus*. Только въ немногихъ случаяхъ, когда состоящіе подъ опекой или попечительствомъ безусловно не обладаютъ дѣеспособностью (*infantes*—дѣти до 7 лѣтъ, безумные) опекунъ или попечитель лично ведетъ всѣ дѣла ихъ (*tutor gerit omnia negotia infantis*). Въ другихъ случаяхъ дозволяется опекаемымъ (*impuberes* 7—14 лѣтъ, *minores* и др.) самимъ участвовать въ сдѣлкахъ подъ надзоромъ опекуна или попечителя.

Auctoritatis interpositio («наложеніе юридическаго авторитета»), сообщеніе сдѣлки всѣхъ ея юридическихъ послѣдствій, со стороны опекуна должно было происходить: 1) *словесно*, т. е., лично опекуномъ; 2) при *совершеніи* сдѣлки (9 § 5 D 26. 8: *tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri*); 3) безусловно (8 D 26. 8:—*tutor debet pure auctor fieri*). Между тѣмъ *consensus curatoris* могъ послѣдовать въ любой (словесной и письменной) формѣ, до и послѣ заключенія сдѣлки и въ видѣ условномъ (*conditionaliter*).

III. *Соопекунство*, отправленіе опеки нѣсколькими лицами (назначенными въ завѣщаніи или отъ правительства), представляетъ собою сложное отношеніе. Строго говоря, опека едина; поэтому каждый опекунъ управомоченъ на дѣйствія въ интересахъ всей опеки. На этомъ основаніи каждый изъ соопекуновъ *de iure* можетъ дѣйствовать безъ вѣдома другого; другой-же можетъ постоянно вмѣшиваться въ дѣла перваго. Ради упорядоченія соопекунства практика сложила такіа комбинаціи: 1) опекунская власть ввѣряетъ одному изъ опекуновъ все управленіе имуществомъ; такой опекунъ называется *tutor gerens*. Другіе опекуны занимаютъ пассивное положеніе (*tut. honorarii*—почетные опекуны); но въ виду того, что они всѣ отвѣчаютъ солидарно съ активнымъ опекуномъ, они должны слѣдить за управленіемъ ²⁾); 2) *tutela divisa*—раздѣльная опека—бываетъ, когда опекуны, неся солидарную отвѣтственность по опекѣ, раздѣляютъ управленіе

¹⁾ Fr. 22 D 26. 7. I. 16. C. 5. 37.

²⁾ Fr. 3 D 26. 7.

имуществомъ по извѣстнымъ частямъ его (in partes) или по мѣстоположенію имущества (in regiones) ¹⁾.

IV. *Отвѣтственность* опекуновъ измѣряется конкретнымъ масштабомъ (culpa in concreto): отъ опекуна не требуется болѣе той заботливости, какую онъ обыкновенно проявляетъ въ своихъ собственныхъ интересахъ (diligentia quam suis rebus adhibere solet). За избраніе недобропорядочнаго или нерасчетливаго опекуна должны отвѣчать лица, принадлежащія къ составу опекунскаго начальства.

Опекунское *начальство* должно было слѣдить за назначеніемъ и отправленіемъ должности опекунами. Опекунскими властями выступали высшіе магистраты (principes, praeses provinciae, praefectus urbis и др.) и низшіе магистраты (городскіе и провинціальныя). Высшіе магистраты были свободны отъ отвѣтственности; низшіе отвѣчали въ немногихъ случаяхъ (за неназначеніе или злуудачное назначеніе) ²⁾.

Отдѣлъ третій. Прекращеніе опеки.

Приведемъ прежде всего случаи прекращенія опеки, потомъ назовемъ исли, возникающіе по опекѣ.

A) Опека *оканчивается*, вообще говоря, въ томъ случаѣ, если уничтожается та потребность, которая вызвала учрежденіе ея: когда несовершеннолѣтній становится вполне совершеннолѣтнимъ или признается таковымъ (venia aetatis); когда душевно-больной совсѣмъ выздоравливаетъ; когда расточитель становится благоразумнымъ (l. pr. D 27. 10: quando—ille sanos mores gesserit) и въ т. п. случаяхъ. Кромѣ случаевъ этого рода опека снимается верѣдко въ другихъ случаяхъ по причинамъ, лежащимъ въ личности опекуна или опекаемаго (pupillus).

Въ зависимости отъ личныхъ обстоятельствъ *опекаемаго* опека слагается: со смертію его и послѣ одной изъ трехъ capitales deminutiones (maxima, media, minima).

Въ зависимости отъ личности *опекуна* опека оканчивается

¹⁾ l. r. 3 § 9 D 26. 7: item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur, inter eos administratio (fr. 4) vel in partes, vel in regiones; etc.

²⁾ Dig. 27. 8 (de magistratibus conveniendis). Cod. 5. 75.

также въ случаѣ /смерти его и *capitis deminutio*. Сверхъ того, она снимается съ того, кто бываетъ обвиненъ въ злонамѣренномъ или грубо-небрежномъ (*dolus, culpa lata*) отношеніи къ обязанности; именно, всякій гражданинъ и гражданинка могли предъявлять жалобу (*actio popularis*) объ удаленіи заподозрѣннаго опекуна (*suspecti remotio*); самое же удаленіе зависѣло отъ опекунскаго начальства (на время разбирательства жалобъ назначался временной опекунъ, *tutor praetorius*). Наконецъ, опека можетъ быть снята по просьбѣ самого опекуна, ссылающагося на одну изъ вышепомянутыхъ *excusationes tutelae* (стр. 312).

Б) *Иски по опекѣ* опирались на прежде нами помянутую (выше, стр. 260) конструцію внутреннихъ отношеній, согласно которой между опекуномъ и опекаемымъ предполагался *quasi-contractus*. И по аналогіи съ договоромъ порученія (*mandatum*) допускались два рода исковъ: *actio tutelae directa* и *contraria*.

Actio tutelae directa предъявлялось по окончаніи опеки къ опекуну. Этотъ искъ имѣлъ въ виду полученіе отчетности, всего имущества по инвентарю съ законными приращеніями, передачу долговыхъ требованій и возмѣщеніе убытковъ. Противъ попечителя предъявлялся аналогичный искъ (*actio tutelae utilis*) или искъ, опирающійся на предполагаемое порученіе дѣлъ попечителю (*actio negotiorum gestorum*). Въ случаѣ корыстнаго хищенія опекуна дѣйствовалъ искъ певальнаго свойства, по которому взыскивалась двойная стоимость похищеннаго (*actio de rationibus distrahendis*). Отвѣтчиками за упущенія по опекѣ кромѣ опекуновъ, еще могли быть: 1) его поручители; 2) удостовѣрившіе предъ опекунскими властями благонадежность опекуна (*affirmatores*); 3) испрашивавшіе опекуна (*postulatores*); 4) предлагавшіе данное лицо въ опекуны (*nominatores*); 5) низшіе опекунскіе магистраты.

Actio tutelae contraria предъявляется бывшимъ опекуномъ съ состоявшему подъ опекѣ о возмѣщеніи издержекъ, освобожденіи отъ обязательствъ (принятыхъ по опекѣ) и о выдачѣ гонорара (*certa summa*), назначеннаго отцомъ опекаемаго или начальствомъ (1 § 6 D 26. 7).

В) Римское право допускало завѣдываніе дѣлами нуждающагося въ опекѣ постороннимъ лицомъ, дѣйствующимъ въ качествѣ опекуна (*pro tutore*); оно называется романистами

protutor (*falsus tutor*). Въ отношеніи опекаемаго онъ разсматривается, какъ *negotiorum gestor* (выше, стр. 259); въ отношеніи третьихъ лицъ онъ отвѣчаетъ только за умышленное (*dolo*) причиненіе убытковъ (Fr. 7 D. 27. 6); при заблужденіи-же ихъ въ свойствѣ опекуна, имъ даруется *in integrum restitutio*, fr. 1 § 6 D. 27. 6 (*quod falso tutore negotium esse dicatur*).

Отдѣлъ четвертый. Виды опеки.

Все сказанное объ опекѣ въ обширномъ значеніи относится одинаково къ опекѣ въ специальномъ значеніи (*tutela*) и къ попечительству (*cura*). Бромѣ этихъ двухъ видовъ есть еще специальный надзоръ за имуществомъ лицъ, отъ него отделенныхъ; онъ называется также *cura bonorum*.

Опека несовершеннолѣтнихъ (*tutela impuberum*) преимущественно служитъ образцомъ для конструкціи отношеній между участниками въ разсматриваемомъ юридическомъ институтѣ.

Попечительство надъ лицами, за которыми не признавалось свободной и разумной возможности дѣйствовать самостоятельно, безъ посторонней помощи, бывало въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) *cura minorum*—надъ юношами 14--25 лѣтъ; оно было установлено закономъ Плеторія во второй половинѣ республики. На первыхъ порахъ попечительство было добровольнымъ институтомъ (*inviti non accipiunt curatorem*), такъ что не бывала *cura testamentaria*. Но понемногу, повидимому, въ этомъ отношеніи оно сравнялось съ опекой. Въ силѣ осталось различіе между *auctoritatis interpositio tutoris* и *consensus curatoris*; 2) *cura furiosi* упоминается еще въ XII таблицахъ (какъ принадлежавшая тогда агнатамъ); тутъ попечитель дѣйствуетъ также, какъ опекунъ надъ дѣтьми (*gerit omnia negotia*). Такое попечительство приостанавливалось, по праву Юстиніана, въ промежутки сознательной жизни душевнобольного (ср. общ. часть, стр. 57); 3) *cura prodigi*—есть старинное-же учрежденіе: по XII таблицамъ оно принадлежитъ агнатамъ, потомъ назначается отъ правительства. Расточитель, главнымъ образомъ, нуждается въ *consensus curatoris*

при совершении актовъ, умаляющихъ его имущество ¹⁾,
4) *cura debilium personarum*—надъ слѣпыми, глухо-нѣмыми,
увѣчными и, вообще, страдающими такими тѣлесными недо-
статками, которые мѣшаютъ имъ самостоятельно заправлять
дѣлами (12 fr. D 26. 5:—*ut superesse rebus suis non possint*).

Попечительство надъ имуществомъ лицъ, отдаленныхъ
отъ него (*cura bonorum*), назначается не столько ради управ-
ления (*administratio*) этимъ имуществомъ, сколько для охра-
ненія его (*custodia*). Оно назначается въ такихъ случаяхъ:
1) надъ имуществомъ отсутствующаго лица (*cura bonorum
absentis*); 2) для сбереженія имущества наслѣдника, ведущаго
утробную жизнь (*cura ventris nomine*); 3) надъ «лежащимъ»
наслѣдствомъ (*hereditas iacens*), т. е. еще непринятымъ на-
слѣдникомъ; 4) надъ спорнымъ наслѣдствомъ, на которое
предъявляетъ право несовершеннолѣтній (*ex edicto Carboniano*);
5) попечитель надъ конкурсной массой, назначенный креди-
торами, обязанъ привести въ извѣстность всѣ наличные по-
житки несостоятельнаго должника и, возможно выгодноѣ,
продавать ихъ въ розницу ²⁾.

¹⁾ *Audibert*, études sur l'histoire du droit' romain, I (la folie et la pro-
digalité), 1892.

²⁾ Многие писатели,—вслѣдствіе того, что *cura bonorum* имѣетъ въ
виду, главнымъ образомъ, одну охрану имущества,—выключаютъ ее изъ
ученія объ опекахъ, и налагаютъ въ тѣхъ различныхъ мѣстахъ курса; въ
которыхъ рассматриваются ея отдѣльные случаи.—*Contra Asarevichъ*, си-
стема, стр. 346.

IV.

Наслѣдственное право.

Вступление живого въ юридическія отношенія умершаго называется наслѣдованіемъ; объектъ вступленія — наслѣдствомъ ¹⁾; совокупность юридическихъ положеній, согласно которымъ совершается наслѣдованіе, образуетъ послѣдній раздѣлъ въ особенной части догматики, — наслѣдственное право. Именно, наслѣдственное право занимаетъ послѣднее мѣсто въ гражданской системѣ на томъ основаніи, что наслѣдство составляютъ вещныя и обязательственныя права (излагаемыя въ первыхъ двухъ раздѣлахъ), а наслѣдниками въ большинствѣ случаевъ являются лица, связанныя семейными или родственными узами съ наслѣдодателемъ (о которыхъ рѣчь идетъ въ семейномъ правѣ).

Наслѣдственное право исконовъ-вѣка представляетъ собою необходимое звено какъ римскаго, такъ и современнаго гражданскаго оборота: нерѣдко частныя сдѣлки совершаются въ расчетѣ на то, что юридическія послѣдствія будутъ нести, — если не сами контрагенты, — наслѣдники ихъ. Не будь наслѣдованія, какъ справедливо нынѣ замѣчаютъ, въ иныхъ случаяхъ многіе воздержались-бы отъ приобрѣтеній. Римляне подчеркивали тутъ особенно то, что истинное утѣшеніе на случай смерти составляетъ исполненіе воли по смерти (Quint. decl., 308: *neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem*).

Кромѣ наслѣдованія въ наслѣдственное право приходятъ и другіе юридическіе институты, тѣсно съ нимъ связанныя.

¹⁾ Какъ наслѣдованіе, такъ и наслѣдство у римлянъ выражалось однимъ и тѣмъ-же словомъ: *hereditas* (*hereditatem adire, transmittere; nihil aliud est hereditas quam successio etc.*).

Положимъ, наследодатель возлагаетъ на наследника обязанность раздать такіа-то доли или вещи наследственнымъ определеннымъ лицамъ. Въ такомъ случаѣ можетъ имѣть мѣсто такъ-называемое частное преемство (*successio singularis*) въ различныхъ видахъ: legata или фиденкоммисса, даренія на случай смерти и т. под.

Но и общій характеръ наследованія и постановка его въ римскомъ правѣ имѣли многія особенности; вотъ, почему раньше всего обратимъ вниманіе на общія свѣдѣнія о наследованіи. Далѣе, рассмотримъ по очереди наследованіе по завѣщанію, безъ завѣщанія и такъ-называемое «необходимое» наследованіе (*Notherbfolge*). Затѣмъ, коснемся существенныхъ вопросовъ, связанныхъ съ фактомъ приобрѣтенія наследства. Наконецъ, заключимъ обзоромъ развитого ученія римской юриспруденціи о завѣщательныхъ отказахъ (legатахъ и фиденкоммиссахъ).

Кромѣ извѣстныхъ курсовъ и системъ римскаго права, отводящихъ соответствующее мѣсто ученію о наследованіи, оно еще спеціально излагается въ слѣдующихъ трудахъ: *Rivier, traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain, 1878. Vering, römisches Erbrecht, 1861, Köppen, Lehrbuch des heut. röm. Erbrechts, 1886—88.*

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Общія свѣдѣнія.

По римскому праву наслѣдованіе есть общее преемство юридическихъ отношеній умершаго (62 D 50. 17: *hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit*). Вступая на мѣсто наслѣдодателя, наслѣдникъ, по возрѣнію римлянъ, своей персоной какъ-бы продолжаетъ личность наслѣдодателя (*succedit in locum defuncti; personam defuncti sustinet*); личность того и другого доводится юриспруденціей почти до тождества (Nov. 48 princ: *cum tamen legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit*¹⁾).

Согласно сказанному, и наслѣдство (*hereditas*) представляетъ собою цѣлое; приобретающій наслѣдство, благодаря этому, получаетъ наслѣдственное имущество (какъ говорится, *per hereditatem res hereditariae ad heredem transeunt*). Массу наслѣдства образуютъ вещи, вещныя и обязательственныя права; въ нее входитъ активное и пассивное имущество. Наслѣдникъ остается тѣмъ-же *heres*, если даже получаетъ убыточное наслѣдство, обремененное долгами (*hereditas damnosa*). И это потому, что для него наслѣдство не представляется въ видѣ агрегата матеріальныхъ вещей, но какъ

¹⁾ На основаніи приведенныхъ мѣстъ изъ источниковъ въ литературѣ (Нейнеръ, Пухта и др.) сложился взглядъ на наслѣдованіе какъ на преемство *имущественно-правовой* личности наслѣдодателя. Последнее выраженіе, конечно, слѣдуетъ понимать лишь условно (а не буквально). Ср. Демченко, существо наслѣдованія и т. д., 1879. Никольскій, объ основныхъ моментахъ наслѣдованія, 1871.

ничто идеальное (*iuris nomen*—119 D 50. 16). На томъ-же основаніи наследство остается таковымъ-же, хотя-бы въ немъ не оставалось ни одной матеріальной вещи (*hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*, 50 pr. D 5. 3).

Вслѣдствіе того, что наследованіе есть, именно, общее (а не частное) преемство, на наследника могутъ перейти такіе предметы, какіе въ отдѣльности ему достаться не могутъ; напимѣрь, наследуется дотальное имѣніе, каковымъ жена не вправѣ распорядиться (*fr. 62 D 41. 1: quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis etc*). Такого взгляда абстрактнаго, отвлеченнаго отъ наследственнаго имущества, держались римскіе юристы по вопросу о существѣ наследованія.

Въ дальнѣйшемъ, обратимъ вниманіе на другія отличительныя черты римскаго наследованія, на открытіе наследства и на такъ-называемое «лежащее» наследство (*hereditas iacens*).

Отдѣлъ первый. Отличительныя черты римскаго наследованія.

Послѣ вышепомянутаго характернаго взгляда на наследованіе, какъ на общее преемство отвлеченнаго цѣлаго, слѣдуетъ еще отмѣтить историческую двойственность наследованія, привилегію завѣщательнаго преемства и бездворотность наследованія.

А) *Двойственность наследованія* — съ одной стороны законное наследованіе (*hereditas*), съ другой — наследованіе по преторскому эдикту (*bonorum possessio*) — объясняется національными, историческими причинами. Дѣло въ томъ, что наследованіе по XII таблицамъ призывало только родственниковъ по мужской линіи (агнатовъ), не устанавливало срока для принятія наследства, не давало права ближайшимъ наследникамъ отказываться отъ преемства и, вообще, страдало многими недостатками. Вотъ, названныя и имъ подобныя недостатки, почитаемыя несправедливыми въ римскомъ обществѣ, и взялся исправить преторъ¹⁾. Но, не будучи законо-

¹⁾ Pr. I. 3. 9: *ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia.* — Leist, *bonor. possessio*, 1884—48; Glück-Pand., кн. 37—38 (1—5). Flach, *la bon. poss.*, sous les empereurs romains, 1870.

дателемъ ex professo, онъ могъ лишь дѣйствовать осторожно: оставляя въ силѣ положенія о hereditas, онъ сталъ давать ввѣдь во владѣнiе (bonorum possessio) наслѣдствомъ не только агнатамъ, но и всѣмъ кровнымъ родственникамъ наслѣдателя (когнатамъ), опредѣлили сроки вступленія въ наслѣдство, предоставилъ право воздерживаться отъ принятія нежелательнаго наслѣдства и т. д.

Цѣли, которыя преслѣдовала bonorum possessio, какъ многіе справедливо полагаютъ (Баронъ, Дернбургъ и др.), находятся въ связи съ общимъ направленіемъ преторской дѣятельности: adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia. Такъ, преторъ *помогалъ* тому-же цивильному наслѣднику (heres), давая ему болѣе легкое средство защиты (interdictum quorum bonorum); онъ *дополнялъ* цивильное право, устраняя изъ него пробѣлы (напр., отсутствіе преемства классовъ и степеней); онъ *исправлялъ* его, приглашая къ наслѣдованію не только агнатовъ, но и когнатовъ.

Въ существѣ дѣла, не смотря на многіе отличительные признаки, bonorum possessio была такимъ-же общимъ преемствомъ (successio universalis), какъ и hereditas. При Юстинианѣ то и другое стали простыми синонимами; лишь въ очень немногихъ случаяхъ (напр. въ наслѣдованіи супруговъ) обязательно примѣнялись правила преторскаго наслѣдованія. Вотъ, нѣкоторыя историческія отличія цивильнаго наслѣдованія отъ преторскаго:

Hereditas.

1. Наслѣдуютъ только *агнаты*.
2. Наслѣдство приобрѣтается даже противъ воли (her. *necessarii*).
3. Нѣтъ срока приобрѣтенія.
4. Одна форма завѣщанія.
5. Нѣтъ преемства классовъ и степеней.
6. Средство защиты—*искъ* (hereditatis petitio).

Bonorum possessio.

1. Наслѣдуютъ и *когнаты*.
2. Приобрѣтается только по желанію.
3. Одинъ годъ—для ближайшихъ, 100 дней—для отдаленныхъ родственниковъ.
4. Другая форма завѣщанія.
5. Есть преемство (edictum successorium).
6. Крому *иска*—*interdictum quorum bonorum*.

Bonorum possessio подраздѣляется на нѣсколько видовъ въ источникахъ: 1) *cum re*—если bonorum possessor сохранилъ въ своихъ рукахъ наслѣдство, *sine re*—если цивильный наслѣдникъ, какъ сильнѣе уполномоченный, отбираетъ отъ него имущество (Gai, 3, 36); 2) *edictalis*—по эдикту, когда

вводъ во владѣніе совершается немедленно по просьбѣ управомоченнаго, *decretalis*—по декрету (1 § 7 D 38. 9), т. е. по спеціальному постановленію о вводѣ, издаваемому послѣ предварительнаго изслѣдованія дѣла (*causa cognita*—3 § 8 D 37. 1).

Б) *Преимущество завѣщательнаго преемства* отмѣчено извѣстнымъ афоризмомъ: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (§ 5 I. 2. 14). Смыслъ его таковъ: наслѣдованіе по завѣщанію, хотя-бы въ послѣднемъ имѣлось назначеніе наслѣдника не на все наслѣдство, а лишь на часть его, устраняетъ наслѣдованіе по закону. Иначе сказать, наслѣдованіе по закону вступаетъ въ силу только при полномъ отсутствіи дѣйствительнаго завѣщанія; объ этомъ такъ и говорилось, напримѣръ, въ XII таблицахъ: *si intestato moritur, —agnatus proximus familiam habeto* (*intestatus*—не составившій завѣщанія) ¹⁾.

Только въ двухъ случаяхъ не примѣнялось настоящее положеніе: 1) когда наслѣдникъ по завѣщанію долженъ былъ раздѣлить наслѣдство вмѣстѣ съ ближайшимъ родственникомъ наслѣдодателя, имѣющимъ право на законную долю (тутъ было одновременно наслѣдованіе по завѣщанію и т. назыв. «необходимое» наслѣдованіе); 2) римскому воину могли совмѣстно наслѣдовать назначенные на часть или извѣстные предметы въ завѣщаніи и въ незавѣщанной части родственники, помянутые въ законѣ; *testamentum militis* и во многомъ другомъ находилось въ исключительномъ положеніи (6 D 29. 1).

В) *Безповоротность наслѣдованія* выражается романистами лаконической фразой: *semel heres—semper heres*. Кто разъ вступаетъ въ наслѣдство, тотъ становится наслѣдникомъ навсегда. Это правило, само по себѣ понятное и имѣющее силу во всѣхъ юридическихъ сдѣлкахъ (ибо, вообще, всякое волеизъявленіе, совершенное закономъ образомъ, безпово-

¹⁾ Въ сущности, это положеніе не совсѣмъ понятно. На чемъ оно было основано,—объ этомъ теперь множество предположеній: 1) въ силу общаго покровительства завѣщательному преемству, *favor testamenti* (Гофманъ); 2) въ виду того, чтобы устранить стеченіе долевыхъ наслѣдниковъ, вслѣдствіе одновременнаго наслѣдованія по завѣщанію и по закону (Коррен); 3) въ виду болѣе простой формулировки судебного рѣшенія въ глазахъ присяжнаго судьи (*iudex*), которому было-бы затруднительно усвоить сложное отношеніе наслѣдованія обоюроднаго рода (Dernburg), и др.—Ср. *Hölder*, Beiträge, in fine.

ропно), въ отношеніи наслѣдственнаго права имѣть такія особенныя послѣдствія: не допускается назначеніе наслѣдника на срокъ (ex die vel in diem—срокъ признается какъ-бы не помянутымъ въ завѣщаніи, 34 D 28. 5) или подъ резолютивнымъ условіемъ ¹⁾).

Но, конечно, въ случаѣ послѣдующаго обнаруженія обстоятельствъ, исключающихъ наслѣдованіе, допускаются чрезвычайныя мѣры возврата наслѣдства (напр. in integrum restitutio въ пользу малолѣтняго, ср. Wendt, Pandecten § 328).

Отдѣлъ второй. Открытіе наслѣдства.

Наслѣдованіе возможно только послѣ лица умершаго; отъ живого не переходитъ наслѣдство (viventis non datur hereditas). Такое наслѣдство, которое можетъ получить наслѣдникъ, вступающій въ него, называется *открытымся* наслѣдствомъ (hereditas *delata*) ²⁾. Моментъ смерти наслѣдодателя есть исходный пунктъ наслѣдованія; къ нему сводится начальный моментъ наслѣдованія, когда-бы наслѣдникъ не вступилъ въ наслѣдство ³⁾.

Основаніемъ открытія или призванія такого-то лица къ наслѣдованію служатъ: 1) на первомъ мѣстѣ—завѣщаніе (testamentum); 2) на второмъ мѣстѣ—постановленіе закона, согласно которому вмѣстѣ съ наслѣдниками по завѣщанію принимаютъ участіе въ опредѣленной долѣ извѣстные близкіе родственники (тутъ бываетъ необходимое наслѣдованіе,—вопреки волѣ завѣщателя—contra tabulas testamenti); 3) постановленіе закона—если завѣщанія нѣтъ—опредѣляетъ порядокъ преемства (successio ab intestato) родственниковъ ⁴⁾. Для осуществленія призванія къ наслѣдству требуется способность наслѣдованія.

¹⁾ Исключеніе представляло testamentum militis, допускавшее наслѣдованіе по закону по наступленіи срока назначенія наслѣдника по завѣщанію (41 пр D. 29. 1).

²⁾ Fr. 151 D 50. 16: delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi.

³⁾ Fr. 138 D 50. 17: omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

⁴⁾ Римляне не знали такъ назыв. *договорнаго* наслѣдованія: согласно договору, по которому одинъ назначилъ-бы другому наслѣдникомъ или по которому одинъ предоставилъ-бы другому вмѣсто себя наслѣдованіе послѣ третьяго лица: такіе договоры считались противными boni mores (15. С. 2, 3, 2 § 3 D 34. 9).

А) *Способность наследованія* есть одинъ изъ элементовъ общегражданской правоспособности. Среди лицъ, не обладающихъ данной способностью, можно различать: неспособныхъ наследовать, неприемлющихъ наследства (*incapaces*) и недостойныхъ наследованія (*indigni*).

Неспособными наследовать признавались еретики и отпавшіе отъ православія (*apostatae*); рабы, наказанные за преступленіе (*servi roepae*); осужденные по закону «объ оскорбленіи величества» (*lex Julia maiestatis*) и все потомство ихъ ¹⁾. *Отчасти* неспособными были: иностранцы (не имѣвшіе право наследовать, но имѣвшіе право получать фидеикоммиссы) и юридическія лица, которыя наследовали только тогда, когда на то имѣли привилегію (8. С. 6. 24) ²⁾.

Неприемлющіе наследства (*incapaces*) составляли особую категорію; въ нее входили тѣ, которые не могли его получить (*capere hereditatem*) въ силу извѣстнаго закона Августа (*lex Julia et Papia Poppaea*), не дававшего права наследовать холостымъ и ограничивавшаго наследованіе бездѣтныхъ женатыхъ. Но разъ фактическое препятствіе отпадало—напр., холостой успѣвалъ жениться ко времени открытія наследства—*incapacitas* снималась.

Недостойными наследства (*indigni*) объявлялись тѣ, которые, по вступленіи въ него, вели себя недостойнымъ образомъ въ отношеніи памяти наследодателя. Отъ нихъ отнималось наследство обыкновенно фискомъ: значить, совершалась въ такихъ случаяхъ конфискація имущества. Отнятое наследство называлось *bona ereptoria*. *Indignitas* усматривалась въ такихъ случаяхъ: когда наследникъ оказывался виновнымъ въ смерти наследодателя, когда онъ намѣренно не преслѣдовалъ убійцъ наследодателя, когда наследникъ въ своихъ интересахъ мѣшалъ завѣщателю измѣнить волю его и въ т. под. случ. ³⁾.

¹⁾ L. 5. С. 8. 9 („les quisquis“): уличенные въ заговорѣ противъ государственныхъ сановниковъ, сенаторовъ и военнослужащихъ подвергаются смертной казни съ сопутствующей конфискаціей имущества.

²⁾ Фискъ, общины, церковь и благотворительныя учрежденія имѣли въ императорскомъ Римѣ разрѣшеніе наследовать.

³⁾ Dig. 4. 9 (de his, quae ut indignis auferuntur). С. 6. 35—Вмѣсто фиска bona ereptoria поступаютъ иногда частнымъ лицамъ: 1) имѣвшему попеченіе о душевно-больномъ наследователѣ, если наследникъ не наблюдалъ за нимъ; 2) въ пользу церкви, если наследникъ не выкупилъ нагльбна завѣщателя, возложившаго на него выкупъ плѣнныхъ (Nov. 115 с. 3), и нѣк. др. лицамъ.—Soltau, de l'indignite en droit romain, 1868.

Б) *Переходъ открывшагося наслѣдства*, еще не принятаго наслѣдникомъ, къ другому лицу по общему правилу не допускается. Право даннаго лица на открывшееся наслѣдство есть строго-личное, неотчуждаемое и не переходящее къ его наслѣдникамъ, если онъ умираетъ до вступленія въ наслѣдство ¹⁾).

Но изъ даннаго правила допускались многія исключенія. Исключительные случаи перенесенія права на открывшееся наслѣдство называются технически *transmissiones*. Именно, были слѣдующія четыре случая:

1) *transmissio ex capite in integrum restitutionis* — переходъ права къ наслѣдникамъ призваннаго къ наслѣдству, если наслѣдникъ не успѣлъ вступить въ наслѣдство по такой уважительной причинѣ, согласно которой могло-бы имъ быть получено *in integrum restitutio*. Напримѣръ, призванный къ наслѣдованію умеръ несовершеннолѣтнимъ или до смерти находился въ отсутствіи въ государственныхъ интересахъ (*absentia reipublicae causa*). Вотъ, для наслѣдниковъ его и совершается возстановленіе права (*in integrum restitutio*) на открывшееся наслѣдство;

2) *transmissio ex capite infantiae (seu ex iure patrio)* — перенесеніе права къ отцу (или дѣду) ребенка (*infans*), которому открывається наслѣдство отъ третьяго лица. Если ребенокъ умираетъ до полученія наслѣдства, послѣднее считается открывшимся въ пользу отца (18 С. 6. 30);

3) *transmissio Theodosiana* (какъ установленная императ. Θεодосіемъ II) бываетъ тогда, когда наслѣдники, призванные по завѣщанію своихъ восходящихъ родственниковъ умираютъ *до вскрытія завѣщанія*; въ этомъ случаѣ право на открывшееся наслѣдство переходитъ къ ихъ *нисходящимъ* родственникамъ ²⁾);

4) *transmissio Justinianeae* (какъ установленная Юстиномъ) объявила, вообще, наслѣдственнымъ право на принятіе наслѣдства *въ теченіе года* (1 G. С. 6. 30). Значитъ, если управомоченный на наслѣдство умеръ до истеченія года, съ момента открытія, не успѣвъ вступить въ наслѣдство, его наслѣдники получаютъ тоже право (которое они должны осуществитъ въ остальное время до конца года) ³⁾.

¹⁾ По этому поводу говорится: *hereditas delata, sed nondum acquisita, non transmittitur ad heredes.*

²⁾ *Wolf, de transmissione Theodosiana, 1853.*

³⁾ *Wieding, die Transmission Justinians, 1858.*—Вѣсто годичнаго срока можетъ быть въ завѣщаніи назначенъ другой срокъ (*spatium deliberandi*).

Отдѣлъ третій. Лежачее наслѣдство ¹⁾.

Рѣдко наслѣдники вступаютъ въ свои права въ моментъ открытiя наслѣдства (это бываетъ только, какъ ниже увидимъ, въ отношенiи sui heredes). Отъ момента /открытiя (delatio) до²⁾ приобрѣтенiя (acquisitio) можетъ пройти нѣкоторый перiодъ, въ теченiе котораго, какъ говорятъ источники «hereditas iacet» (13 § 5 D 43. 24). Отсюда и выраженiе hereditas iacens, лежачее наслѣдство.

Было время, когда такое наслѣдство признавалось res nullius ²⁾. И въ древнюю эпоху не преслѣдовалось самовольное присвоенiе его. Существовало даже извѣстное намъ изъ историческаго курса давностное приобрѣтенiе такого наслѣдства владѣльцемъ, который становился такимъ образомъ полнымъ наслѣдникомъ (usucario pro herede).

Въ классическомъ перiодѣ были изданы законы, охранявшiе интересы наслѣдника касательно hereditas iacens. Такъ, одно сенатское постановленiе при Адрианѣ объявило usucario pro herede недействительной въ отношенiи наслѣдника (Gai, 2, 57). Затѣмъ, постановленiе Марка Аврелiя создало особое преступленiе (crimen expilatae hereditatis), самовольный захватъ наслѣдства (1 pr. D 47. 19).

Какова юридическая конструкция лежачаго наслѣдства? Это — спорный вопросъ въ литературѣ: по мнѣнiю многихъ, оно есть юридическое лицо, по мнѣнiю другихъ (Виндшейдъ) — безсубъектное имущество, по мнѣнiю третьихъ (Баронъ) — фиктивный представитель наслѣдодателя, и т. д. Какъ мы видѣли въ общей части догмы (стр. 91), выраженiя у нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ даютъ основанiе предположить, что они считали его субъектомъ производной правоспособности, юридическимъ лицомъ.

¹⁾ *Theuing*, die Lehre v. d. hered. iacens (Abhandl., III). *Windscheid*, Krit. Ueberschau d. deutsch. Gesetzgeb. I; *Köppen*, Lehrbuch, 44.

²⁾ Fr. 1 pr. D 1. 8: — res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наслѣдованіе по завѣщанію.

Возможны различныя распоряженія на случай смерти касательно имущества. Изъ нихъ выдѣляются два рода распоряженій: завѣщаніе (*testamentum*) и кодициллъ (*codicillus*). *Завѣщаніемъ* называется юридическій актъ, въ которомъ имѣется *назначеніе наслѣдника* (§ 34 I. 2. 20: *heredis institutio est caput et fundamentum testamenti* ¹⁾). Кромѣ того, въ завѣщаніи возможны иныя распоряженія: выдача легатовъ, назначеніе опекуна и т. под.; но *необходимымъ* элементомъ признается только назначеніе наслѣдника. Актъ послѣдней воли, въ которомъ *нѣтъ* назначенія наслѣдника, называется *кодициллою* ²⁾.

При наличности завѣщанія кодициллъ считается какъ-бы дополненіемъ, частью завѣщанія (11 D 29. 3). При этомъ, безразлично оговорены-ли кодициллы въ завѣщаніи (суть-ли они такъ-называемые *codicilli confirmati*) или не оговорены (они суть *codicilli non confirmati*). Затѣмъ, достойна вниманія такъ-называемая *clausula codicillaris*—оговорка, сдѣланная въ завѣщаніи съ цѣлью, чтобы въ томъ случаѣ, если данный актъ послѣдней воли не будетъ признанъ дѣйствительнымъ завѣщаніемъ, онъ сохранилъ силу въ значеніи кодицилла.

¹⁾ *Testamentum* буквально означаетъ засвидѣтельствованіе разумной воли завѣщателя (pr. I. 2. 10: *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*). Но легальное опредѣленіе завѣщанія у римскихъ юристовъ неточно, потому что не содержитъ *institutio heredis* (1 D 28. 1: *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quid post mortem suam fieri velit*).

²⁾ *Fein*, das Recht d. Codicille, 1851—53 (Glück Pand., 44, 45). Inst. 2, 25. Dig. 29. 7. Cod. 9. 26 (de codicillis).

Наконецъ, завѣщательные кодицилы, какъ часть завѣщанія, теряли силу вмѣстѣ съ признаніемъ завѣщанія недѣйствительнымъ.

Но возможны кодицилы и безъ завѣщанія, при наслѣдованіи по закону; они называются *codicilli ab intestato*. Такіе кодицилы, какъ и завѣщательные, надлежало составлять извѣстнымъ, формальнымъ образомъ: непременно въ присутствіи пяти свидѣтелей словесно, письменно или конклюдентнымъ способомъ: *putu* (киваніемъ головы) и т. под. обр.

Говоря о наслѣдованіи по завѣщанію, затронемъ слѣдующіе вопросы: о составленіи, содержаніи и силѣ завѣщанія.

Отдѣлъ первый. Составленіе завѣщанія.

Чтобы осуществить преемство по завѣщанію, необходимо, чтобы наслѣдодатель имѣлъ право составлять завѣщаніе, а наслѣдникъ имѣлъ право преемства по завѣщанію. Первое право нынѣ называется *testamentifactio activa*, второе — *testamentifactio passiva*. Третье необходимое условіе — соблюденіе законной формы завѣщанія.

А) *Testamentifactio activa* ¹⁾, — право завѣщать, — должно быть на самомъ дѣлѣ и для завѣщателя несомнѣннымъ (1 рг. D 32) во время составленія завѣщанія. Что касается вліянія послѣдующихъ обстоятельствъ на данное право, то лишь умаленіе правоспособности (*capitis deminutio*) разрушаетъ силу завѣщанія, а другія обстоятельства (напр., душевная болѣзнь завѣщателя) не отражаются.

Завѣщателями не могли быть по римскому праву: рабы, иностранцы, неполновластные (*alieni iuris*), еретики, пасквилянты и нѣк. др. Также неспособными завѣщать считались: недостигшіе 14 лѣтъ, душевно-больные, расточители и нѣк. др.

Б) *Testamentifactio passiva* — право наслѣдовать по завѣщанію — должно принадлежать назначенному въ завѣщаніи наслѣдникомъ, въ три слѣдующіе момента: / при составленіи завѣщанія, открытіи и принятіи наслѣдства (49 § 1 D 28. 5).

Многія лица не могли наслѣдовать по завѣщанію: ино-

¹⁾ Въ источникахъ „*testamentifactio*“ употребляется въ еще болѣе широкомъ значеніи, какъ, вообще, способность участвовать въ составленіи завѣщанія, въ качествѣ-ли завѣщателя, или наслѣдника, свидѣтеля, писца, или въ какомъ иномъ качествѣ.

странцы, плѣнные, приговоренные къ каторгѣ, еретики, вѣроотступники и др. Далѣе, въ виду того, что предъявлялось требованіе о томъ, чтобъ назначенный наслѣдникъ былъ *persona certa*, долгое время не дозволялось назначеніе *postumus* (postumus—рождающійся по смерти завѣщателя) наслѣдникомъ; но ко времени Юстиніана это ограниченіе было снято. Въ силу того-же требованія не назначались наслѣдникамъ юридическія лица; но по этому поводу было роздано множество привилегій, дарующихъ *testamentifactio passiva* городскимъ общинамъ, церкви и др. юр. лицамъ.

Можно было назначать наслѣдниками рабовъ: за чужаго раба принималъ наслѣдство его господинъ, свой рабъ завѣщателя, назначенный наслѣдникомъ, вмѣстѣ съ тѣмъ получаетъ свободу.

В) *Форма завѣщанія* обязательна по такимъ соображеніямъ: она заставляетъ самого завѣщателя серьезнѣе обдумать и тщательнѣе выразить волю его; въ этомъ дѣлѣ ему могутъ оказать услугу свидѣтели, присутствующіе при составленіи завѣщанія; гдѣ взимается налогъ съ наслѣдства, тамъ форма служитъ гарантіей уплаты его.

Въ древнемъ Римѣ завѣщаніе составлялось, какъ намъ извѣстно изъ историческаго курса въ народномъ собраніи (*testamentum comitiis calatis*); суррогатомъ его признавалось завѣщаніе составленное на сходѣ солдатъ передъ походомъ (*testamentum in procinctu*—Gai, inst., 2, 101). Далѣе, народный актъ смѣняется частнымъ, манципаціоннымъ обрядомъ (Gai. inst., 2, 104): въ присутствіи 5 свидѣтелей, вѣсодержателя наслѣдникъ (*familiae emptor*) какъ-бы покупаетъ наслѣдство отъ завѣщателя; но вскорѣ самъ *familiae emptor* превратился въ седьмого свидѣтеля, предъ которымъ завѣщатель дѣлалъ заявленіе (*nuncupatio*) о назначеніи наслѣдника по данному письменному акту (*tabulae testamenti*) находившемуся въ рукахъ его. Затѣмъ, въ преторскомъ правѣ устанавливается письменное завѣщаніе съ 7 свидѣтелями. прикладывающими свои печати. Наконецъ, при Θεодосіи II (439 г.) слагается общая форма частнаго завѣщанія устнаго или письменнаго съ 7 свидѣтелями.

При Юстиніанѣ различаются прежде всего обыкновенные и особенные акты завѣщанія.

1) *Обыкновенные* акты завѣщанія были двухъ родовъ: частныя и публичныя завѣщанія.

Частное завѣщаніе въ Юстіановомъ правѣ совершается непременно въ присутствіи 7 свидѣтелей (совершеннолѣтнихъ, способныхъ свидѣтельствовать) ¹⁾. Далѣе, изъявленіе воли завѣщателя можетъ быть устнымъ непременно въ формѣ, понятной для свидѣтелей (*testamentum nuncupativum*). Оно можетъ быть и письменнымъ; при этомъ, завѣщаніе, написанное рукою завѣщателя, называется *testamentum holographum*; составленное рукою писца (*testamentarius*)—*testamentum allographum*; въ письменномъ завѣщаніи свидѣтели прикладывали свои печати и подписывались (за неграмотнаго завѣщателя долженъ былъ подписаться *octavus subscriptor*) ²⁾. Наконецъ, составленіе завѣщанія должно было представлять собою единство акта (*unitas actus*) въ томъ смыслѣ, что оно должно быть совершено въ одномъ мѣстѣ и въ одно и тоже время (безъ перерыва).

Публичное завѣщаніе (*testamentum publicum*)—то, которое составляется въ присутствіи государственной власти. Оно называется *testamentum iudiciale*, если содержаніе его занесено въ протоколъ судебного мѣста (въ которомъ оно хранилось). Оно именуется *testamentum principi oblatum*, если письменный актъ былъ предъявленъ завѣщателемъ императору.

И) *Особенные акты завѣщанія* допускались въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) самой большой привилегіей пользовались военные; они имѣли право во время похода совершать завѣщаніе (*testamentum militare*) безъ всякихъ формальностей: неформальное завѣщаніе ихъ имѣло силу годъ послѣ похода; 2) для завѣщанія *сельскихъ* жителей (*testamentum ruri conditum*) достаточно 5 свидѣтелей; 3) завѣщаніе восходящихъ въ пользу нисходящихъ (*testamentum parentum inter liberos*) можетъ быть составлено безъ свидѣтелей; 4) завѣщаніе во время эпидеміи (*test. pestis tempore conditum*) не требуетъ *unitas actus* (не въ одномъ мѣстѣ, свидѣтели не сходятся вмѣстѣ).

Въ одномъ случаѣ, однако, формальная сторона осложнялась приглашеніемъ восьмаго участника (нотаріуса или восьмого свидѣтеля): при завѣщаніи *слѣпного* (*caecus*).

¹⁾ Неспособными свидѣтельствовать при завѣщаніи (не обладающими *testamentifatio* въ обширномъ значеніи) считались сумасшедшіе, глухіе и нѣмые, расточители и вѣк. др.

²⁾ Въ устномъ завѣщаніи свидѣтели, конечно, знакомились съ содержаніемъ его; въ письменномъ завѣщаніи свидѣтели могли и не звать его содержанія.

Отдѣлъ второй. Содержаніе завѣщанія.

Какъ-бы ни было разнообразно содержаніе завѣщанія, въ немъ главное мѣсто всегда занимаетъ, назначеніе наслѣдника. Поэтому, и скажемъ прежде всего объ *institutio heredis*.

А) *Institutio heredis*—назначеніе общаго преемника въ завѣщаніи. И когда назначаются нѣсколько наслѣдниковъ, каждый изъ нихъ сохраняетъ свойство лица, имѣющаго право вступить во всю юридическую сферу; только въ силу стеченія другихъ лицъ, также управомоченныхъ, онъ ограничивается преемствомъ части наслѣдства (*concurso partes fiunt*).

І) При назначеніи наслѣдниковъ могутъ быть разнообразныя комбинаціи. Вотъ, главныя изъ нихъ:

назначенъ одинъ или нѣсколько наслѣдниковъ на часть наслѣдства (не на все наслѣдство); другія части не открываются наслѣдникамъ закономъ. *Heres ex parte institutus* устраняетъ *heredes ab intestato* (согласно извѣстному намъ положенію: *nemo pro parte testatus* стр. 326);

назначенъ одинъ наслѣдникъ на отдѣльный предметъ наслѣдства (*heres ex re*); и онъ считается *heres quasi ex parte*, почему признается *successor universalis* ¹⁾;

наслѣдники назначены на равныя доли (*heres paribus ex partibus scripti*). Таковыми-же признаются сонаслѣдники, доли которыхъ не опредѣлены завѣщателемъ (*heredes sine partibus scripti*);

назначеніе на любя (въ томъ числѣ и неравныя) доли у римлянъ по большей части совершалось такимъ образомъ: за единицу наслѣдства принимался *ассъ* (*as*). Части *асса* ($\frac{1}{12}$ —*uncia*, $\frac{1}{2}$ —*semis*, $\frac{1}{3}$ —*triens*) обозначали наслѣдственные доли. Такимъ образомъ, *heres ex asse* былъ наслѣдникомъ на все наслѣдство, *heres ex semisse*—на половину, и т. д. Если сумма долей превышаетъ одинъ *ассъ*, и при этомъ надо опредѣлить остатокъ въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ (напр., одному назначена $\frac{1}{2}$, другому $\frac{2}{3}$, третьему

¹⁾ *Neuner*, *institutio heredis ex re certa*, 1853. *Ефимовъ*, наслѣдованіе римлянъ въ завѣщанномъ имуществѣ, 1890 (Юрид. Лѣтопись, 1890, IV).

остальное), то доля каждого уменьшается вдвое, втрое и т. д. (ex asse fit *dupondium*, *tripondium* etc.) и оказавшийся остаток ($\frac{3}{12} + \frac{4}{12}$; $1 - \frac{7}{12} = \frac{5}{12}$) идет последнему;

возможно совмѣстное назначеніе (*coniunctio*) нѣсколькихъ наслѣдниковъ на одну и ту-же долю, такъ что другія доли достаются другимъ наслѣдникамъ. Соединеніе наслѣдниковъ въ общей долѣ можетъ быть: 1) только словеснымъ (*verbis tantum coniunctio*): въ общей фразѣ—А и Б да будутъ наслѣдники, и В пусть наслѣдуютъ; 2) только вещественнымъ (*re tantum coniunctio*): въ разныхъ предложеніяхъ.—А пусть наслѣдуетъ въ $\frac{1}{2}$, въ которой да наслѣдуетъ съ нимъ и Б, а В да будетъ наслѣдникъ въ другой половинѣ; 3) словеснымъ и вещественнымъ (*re et verbis coniunctio*): въ общей фразѣ съ указаніемъ доли;

бываетъ назначеніе нѣсколькихъ наслѣдниковъ на опредѣленные предметы (*coheredes ex rebus certis*), одного на имѣніе Тускуланское, другого—на имѣніе Африканское и т. д. *Heredes ex re* признаются *heredes quasi ex partibus*; завѣщанные предметы они получаютъ, какъ завѣщательные отказы (какъ прелегаты,—о которыхъ рѣчь будетъ ниже).

II) Способъ назначенія наслѣдника долженъ быть таковъ, чтобъ воля завѣщателя явно и несомнѣнно обнаруживалась. Поэтому ничтожно назначеніе, если опредѣленіе личности наслѣдника представляется постороннему лицу. Также не имѣетъ силы *institutio heredis*, если она совершена подъ вліяніемъ насилія.

Во избѣжаніе подлога и обмана, объявляется недѣйствительнымъ (*sctum Libonianum*) назначеніе наслѣдникомъ писца завѣщавія (*testamentarius*), кромѣ того случая, когда самъ завѣщатель оговоритъ это въ завѣщаніи или когда *testamentarius*—единственный наслѣдникъ по закону.

Недѣйствительно такъ-назв. *снискательное* назначеніе (*captatoria institutio*), т. е. подъ условіемъ если назначенный наслѣдникомъ, въ свою очередь, назначитъ наслѣдникомъ завѣщателя или третье (извѣстное) лицо ¹⁾.

¹⁾ До Юстиніана не допускалось назначеніе, сдѣланное ради того, чтобъ наслѣдникъ понесъ имущественный или нравственный ущербъ (*pro hac nomine institutio*) напр., съ возложеніемъ непосильной обязанности, изъ-за неисполненія которой назначенный не получаетъ наслѣдства. При Юстиніанѣ оно считалось ничтожнымъ только тогда, когда самое дѣйствіе наслѣдника было незаконнымъ или безнравственнымъ.

Срочное назначеніе наслѣдника не допускается (*semel heres—semper heres*). Въ этомъ случаѣ срокъ (*dies ex quo—отлагательный, dies ad quem—отмѣнительный срокъ*) признается какъ-бы не внесеннымъ въ завѣщаніе (*pro non scripto habetur*).

Также не допускается (кромѣ завѣщаній солдатъ) отмѣнительное условіе (*condicio resolutive*), въ силу того-же принципа безповоротности наслѣдованія: и такое условіе считается какъ-бы не вписаннымъ въ завѣщаніе.

Допускается *отложительное* условіе (*condicio suspensiva*), подъ которымъ назначается наслѣдникъ (напр., если женится на такой-то особѣ): до исполненія условія приобрѣтеніе наслѣдства, строго говоря, должно быть отложено. Но въ случаѣ таеъ-называемаго отрицательно-произвольнаго условія (*condicio potestativa negativa—напр., пусть А будетъ наслѣдникомъ, если онъ не будетъ тѣмъ-то заниматься*) наслѣдникъ можетъ вступить немедленно въ наслѣдство, если представить заинтересованному лицу (наслѣднику по закону и т. д.) поручительство въ томъ, что исполнитъ волю завѣщателя. Такое поручительство, какъ установленное юристомъ Муціемъ, называется *santio Mucia* (7 пр. D. 3 5. 1). ¹⁾

С. Муций

Возможенъ и *modus*—обязательный для наслѣдника образъ дѣйствія. Онъ обсуждается согласно общимъ правиламъ относительно *modus*.

Б) *Substitutio*—последовательное назначеніе (въ сколькихъ наслѣдниковъ съ указаніемъ того) обстоятельства, при которомъ одинъ наслѣдуетъ послѣ другого. Такое обстоятельство можетъ быть разнообразно. Такъ, первый наслѣдникъ просто не желаетъ вступить въ свои права, первый наслѣдникъ умираетъ до совершеннолѣтія и т. д. Въ зависимости отъ даннаго обстоятельства римское право различало *substitutio vulgaris, pupillaris* и *quasi—pupillaris*. ²⁾

1)

1). *Substitutio vulgaris*—обыкновенная субституція—на случай, если назначенный наслѣдникомъ (*primo gradu institutus*) не приметъ наслѣдства: въ этомъ случаѣ получаетъ право послѣдующій (*secundo gradu scriptus* или *substitutus*), а за отказомъ или выбытіемъ послѣдующаго право переходитъ къ за-

¹⁾ Такъ называемое *condicio iurisiurandi* (условіе, по которому назначенный наслѣдникомъ, д. клятвенно обѣщать исполненіе такого-то дѣйствія) принимается, по преторскому праву, за *modus*.

²⁾ I 3. 15, 16. Dig. 28. 6: de vulgari et pupillari substitutione. Cod. 6. 26.

нимающему третье мѣсто и т. д. Въ завѣщаніи нѣкоего Дазумія (помѣщенномъ въ известномъ сборникѣ Брунса: *fontes iuris romanı*) приводится 6 степеней субституціи¹⁾. Напримѣръ, римлянинъ въ завѣщаніи пишетъ: *Titius heres esto; si Titius heres non erit tunc Seius heres esto etc.* Очевидно, субституція принимается прежде всего съ цѣлью предупредить наслѣдованіе безъ завѣщанія (по закону), если назначенный наслѣдникомъ не принимаетъ наслѣдства. Говоря о субституціи («подназначеніи» наслѣдника), надлежитъ отмѣтить два его главныхъ положенія:

Во первыхъ, субституція есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, *institutio heredis*: субститутъ считается наслѣдникомъ, назначеннымъ завѣщателемъ. Поэтому, для него обязательны всякіе завѣщательные отказы въ пользу постороннихъ лицъ и т. год. Субститутами могутъ быть сами наслѣдники: напр. среди нѣсколькихъ наслѣдниковъ завѣщатель подназначаетъ одному изъ нихъ другихъ въ тѣхъ доляхъ, которыя имъ назначены; въ этомъ случаѣ имѣется *взаимная* субституція (*substitutio reciproca seu mutua*).

Во вторыхъ, субституція представляетъ собой *условное* назначеніе наслѣдника: подъ условіемъ, если предъидущій не приметъ наслѣдства. Это условіе отпадаетъ, когда *institutus* вступаетъ въ наслѣдство. Оно наступаетъ, если становится очевиднымъ, что *institutus* не получитъ наслѣдства (по тому ли что не можетъ, или не хочетъ быть наслѣдникомъ)²⁾.

II. *Substitutio pupillaris* есть назначеніе наслѣдника завѣщателемъ его подвластному несовершеннолѣтнему сыну (*pupillus*) на случай, если послѣдній умретъ до совершеннолѣтія. Самъ подвластный не можетъ до совершеннолѣтія составить завѣщаніе. И вотъ, вмѣсто него пишетъ завѣщаніе отецъ его. Данное назначеніе наслѣдника для другого лица называется *substitutio*, потому что обыкновенно отецъ назначалъ своего несовершеннолѣтняго сына наслѣдникомъ и въ томъ-же завѣщаніи опредѣлялъ ему субститута.³⁾

¹⁾ При этомъ дѣйствуетъ такое правило: *substitutus substituto censetur esse substitutus instituto*, т. е. второй субститутъ, по выбитіи перваго, считается преемникомъ наслѣдника, назначеннаго на первомъ мѣстѣ.

²⁾ Пока условіе находится въ нерѣшительномъ состояніи (*condicio pendet*), субститутъ можетъ хлопотать о назначеніи срока вступленія институту и о временномъ принятіи наслѣдства (9. С. 6. 9).

³⁾ Сначала *substitutus* разсматривался прямо наслѣдникомъ отца; но потомъ стали правильнѣе признавать 2 наслѣдства (Gai, 2, 180): отцовское и сыновнее (послѣднее для субститута).

Мотивами данной субституціи служили такія соображенія: 1) желаніе обойти законный порядокъ наслѣдованія, по которому призывались одни агнаты, ради передачи наслѣдства когнатамъ несовершеннолѣтняго; 2) назначеніе наслѣдника для несовершеннолѣтняго держалось въ тайнѣ (въ запечатанныхъ доскахъ завѣщательнаго акта), чтобъ онъ не пострадалъ отъ лицъ, заинтересованныхъ въ наслѣдованіи ему (Gai, 2, 181¹).

Обыкновенно въ одномъ и томъ-же завѣщаніи соединялись *substitutio vulgaris* и *pupillaris*. Такимъ образомъ получалась *substitutio duplex*. Формула ея была слѣдующая: *Titius heres esto; si heres non erit, sive erit, et intra pubertatem decesserit, tunc Seius heres mihi esto*, т. е. субститутъ назначается на два случая: 1) если пупиллъ не будетъ наслѣдникомъ (*subst. vulgaris*) или, 2) если принявъ наслѣдство, умретъ до совершеннолѣтія (*subst. pupillaris*).

Настоящая субституція теряетъ силу: 1) если *pupillus* не состоитъ подъ властью отца въ моментъ смерти послѣдняго; 2) если пупиллъ умираетъ ранѣе отца; 3) съ момента совершеннолѣтія сына—наслѣдника.

III. *Substitutio quasi-pupillaris* — назначеніе наслѣдника отцомъ (въ его завѣщаніи) для душевно-больного сына или вообще, для сына не имѣющаго *testamentifactio activa*. Право на такое назначеніе наслѣдника до Юстиніана должно было быть испрошено каждый разъ, какъ привилегія отъ императора. Юстиніанъ издалъ указъ, въ силу котораго сами восходящіе родственники могутъ для душевно-больныхъ дѣтей назначать наслѣдниками здоровыхъ нисходящихъ или братьевъ и сестеръ больного (L. 9 C. 6. 26); послѣднему-же въ такомъ случаѣ обязательно должна быть оставлена законная наслѣдственная доля (*portio legitima*)²

Еще надлежитъ, говоря о содержаніи завѣщанія, коснуться вопроса объ изъясненіи воли завѣщателя.

В. *Изъясненіе воли* завѣщателя совершается, по возможности, въ пользу дѣйствительности завѣщанія. Поэтому, какія-либо неясности въ завѣщаніи не признаются вредными

¹) По смерти вскрывалась одна часть (*tabulae priores*) завѣщанія, гдѣ *pupillus* назначался наслѣдникомъ; вторая часть (*tabulas inferiores*) вскрывалась по смерти пупилла.

²) Спорный вопросъ: получаетъ ли субститутъ все наслѣдство душевно-больного или только то, что унаслѣдовалъ больной отъ восходящаго Ср. Vangerow Pandecten, II § 456.

для него. Такъ, по праву Юстиніана имѣло силу назначеніе наслѣдника, совершенное въ любыхъ выраженіяхъ, лишь-бы только можно было опредѣлить личность наслѣдника ¹⁾ Хотя бы вовсе небыло слова «heres», хотя-бы не было помянуто имя наслѣдника, хотя-бы личность его опредѣлялась въ другомъ письменномъ актѣ, къ которому отсылаетъ завѣщаніе ²⁾,—не смотря на все это, завѣщаніе вступало въ силу. разъ могло быть выяснено, какъ-бы то ни было, кто именно назначенъ наслѣдникомъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, невѣрныя и явно ошибочныя указанія завѣщателя (напр. завѣщатель, очевидно ошибся въ имени даннаго наслѣдника, назвалъ неподходящимъ именемъ единственное свое наслѣдство, состоящее изъ однородныхъ вещей) также не имѣютъ рѣшающаго значенія (*falsa demonstratio non nocet*).

Толкованіе завѣщанія, благопріятное для дѣйствительности его, образуетъ т. наз. *favor testamenti*. Въ силу этого «фавора» напимѣръ, условіе невозможное, подъ которымъ назначенъ наслѣдникъ, признается какъ-бы не написаннымъ (*pro non scripta habetur*): въ другихъ сдѣлкахъ оно влечетъ не дѣйствительность ихъ, а въ завѣщаніи оно само уничтожается. Такимъ же образомъ поступаютъ и съ условіями безнравственными (*condiciones turpes*) ³⁾.

Отдѣлъ третій. Сила завѣщанія.

Завѣщатель имѣетъ право во всякое время отмѣнить завѣщаніе и вмѣсто одного составить другое. По этому поводу юристы говорили, что воля завѣщателя измѣнчива до смерти его ⁴⁾. Какъ совершается отмѣна завѣщанія, вскрытіе его и въ какихъ случаяхъ оно признается не дѣйствительнымъ?

А. *Отмѣна завѣщанія* бываетъ, естественно, тогда, когда

¹⁾ Въ классическое-же время требовали *verba imperativa*. И назначеніе, выраженное условно (да будетъ наслѣдникомъ Сей, если Тицій не будетъ наслѣдникомъ), не имѣло силы: почему, для того времени дѣйствовало правило: *positus in condicione non est positus in dispositione*.

²⁾ Напр. (77 D 28. 5): *quem heredem codicillis fecero, heres esto*. Такое завѣщаніе называется *testamentum mysticum*.

³⁾ Ср. общая часть, стр. 186.

⁴⁾ Fr. 4 D 34. 4: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae superum exitum*.

завѣщатель составляет новое *testamentum* съ соблюденіемъ тѣхъ-же правилъ, по которымъ было сдѣлано прежнее завѣщаніе ¹⁾. Неформальное или недоконченное новое завѣщаніе (*testamentum imperfectum*) не отмѣняетъ стараго; но зато, разъ отмѣненное, старое не восстанавливается, хотя-бы новое впослѣдствіи почему либо стало недѣйствительнымъ. Далѣе, завѣщаніе считается отмѣненнымъ, если *testator* уничтожаетъ доски, на которыхъ было написано завѣщаніе (*tabulae testamenti*), вымарываетъ письмо или отрываетъ печати. Наконецъ, отмѣна допускается по заявленію завѣщателя предъ 3 свидѣтелями или въ судебномъ протоколѣ, если со времени составленія прежняго прошло уже не менѣе 10 лѣтъ (27 С. 6. 23).— Неотмѣненное, правильно составленное завѣщаніе по смерти завѣщателя, подлежитъ вскрытію.

Б. *Вскрытіе* завѣщанія впервые было установлено закономъ Августа о налогѣ съ наслѣдствъ (*Lex Iulia de vicesima hereditatum*); именно, при вскрытіи и взимался этотъ налогъ (5% ²⁾).

Оно происходило въ пять дней по смерти завѣщателя, предъ магистратомъ, которому подавали просьбу лица, заинтересованныя во вскрытіи. При этомъ, если завѣщаніе находилось въ чьихъ-либо постороннихъ рукахъ, магистратъ содѣйствовалъ полученію его. Съ этой цѣлью преторъ снабжалъ просителей искомъ о выдачѣ акта завѣщанія (*interdictum de tabulis exhibendis*). Далѣе, приглашаются свидѣтели, подписавшіеся въ завѣщаніи; они должны при вскрытіи удостоверить подлинность своихъ печатей и подписей ³⁾. Затѣмъ, въ ихъ присутствіи происходило чтеніе акта завѣщанія и водилцлъ ⁴⁾).

В. *Недѣйствительность* завѣщанія можетъ быть первоначальной (съ момента составленія его) или послѣдующей ⁵⁾).

¹⁾ Второе завѣщаніе во всякомъ случаѣ лишаетъ силы первое, хотя бы въ первомъ завѣщатель отказывался измѣнить волю свою (22 pr. D. 32).

²⁾ Dig 39. 3. Сод. 6. 32: *testamenta quemadmodum aperientur, inspiciantur et describantur.*

³⁾ При неявкѣ свидѣтелей для вскрытія приглашаются граждане съ добрымъ именемъ (*virī optimae opinionis*. 7 D 27. 3).

⁴⁾ Въ случаѣ неестественной смерти завѣщателя вскрытіе завѣщанія отлагалось до конца судебного сѣдствія надъ рабами, противъ которыхъ въ этомъ случаѣ законъ (*scutum Silanianum*) имѣлъ подозрѣніе.

⁵⁾ Inst 2. 17: *quibus modis testamenta infirmitur*. Dig. 28. 3: *de iniusto rupto irritato facto testamento.*

Сначала завѣщаніе недѣйствительно (*testamentum nullum, iniustum*), если завѣщатель не обладалъ *testamentifactio activa*, или не было назначенія наслѣдника, или не была соблюдена законная форма завѣщанія.

Вполнѣдствіи оно становится недѣйствительнымъ при различныхъ обстоятельствахъ: 1) *testamentum irritum*—завѣщаніе становится ничтожнымъ, если *testator* подвергается умаленію правоспособности (*capitis deminutio*). Но когда правоспособность его восстанавливается (напр. *atrogatus* эманципируется), то и сила завѣщанія возвращается, если того желаетъ завѣщатель; ¹⁾ 2) *testamentum rescissum*—завѣщаніе, оспоренное по жалобѣ заинтересованныхъ родственниковъ, какъ составленное подъ вліяніемъ угрозы, обмана или существеннаго заблужденія; ²⁾ 3) *testamentum destitutum (desertum)*—завѣщаніе неосуществленное, по винѣ наслѣдника: если онъ теряетъ правоспособность, *умираетъ* до принятія наслѣдства, отказывается отъ него или дѣлается недостойнымъ (*indignus*) наслѣдованія; 4) *testamentum ruptum*—если оно стмѣняется составленіемъ другого завѣщанія (§ 2 F. 2. 17: *posteriore quoque testamento, quod iure Perfectum est, rumpitur superius*).

Судебные споры о признаніи завѣщанія дѣйствительнымъ или недѣйствительнымъ ведутся обыкновенно между наслѣдниками по завѣщанію и по закону. Спрашивается, на сколько они касаются другихъ лицъ, также заинтересованныхъ въ преемствѣ имущества: легатаровъ, кредиторовъ по наслѣдству? Можетъ-ли, напримѣръ, легатаръ, право котораго находится въ прямой зависимости отъ признанія силы за завѣщаніемъ, вступить въ процессъ въ случаѣ неявки отвѣтчика (назначеннаго наслѣдникомъ по завѣщанію). Римское законодательство обращало вниманіе и на интересы названныхъ лицъ, предоставляя имъ нѣкоторыя права при извѣстныхъ обстоятельствахъ ³⁾.

¹⁾ Fr. 11 § 2 D 37. 11:—*si sui iuris effectus—eodem testamento se mori declaverit, etc.*

²⁾ По дивильному праву завѣщаніе становилось также ничтожнымъ, если по смерти завѣщателя рождался ребенокъ (*postumus*): объ этомъ см. ниже (въ отдѣлѣ о необходимомъ наслѣдованіи).

³⁾ Ср. Dernburg, Pandecten, III § 96.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ

Наслѣдованіе безъ завѣщанія.

Когда умираетъ человѣкъ, не составившій завѣщанія (*intestatus*), тогда совершается наслѣдованіе по закону. Предполагается, что наслѣдодатель, имѣвшій возможность назначить наслѣдника по завѣщанію, согласенъ имѣть преемникомъ своихъ юридическихъ отношеній лицо, призванное къ наслѣдованію закономъ.

Законъ призываетъ къ наслѣдованію родственниковъ наслѣдодателя, располагая ихъ въ опредѣленные классы (*ordines*) по степени близости и другимъ признакамъ. Признаки распределенія по классамъ, число и соотношеніе ихъ нѣсколько разъ измѣнялись до Юстиніана. И чтобъ вполне усвоить Юстиніаново право, должно припомнить право до Юстиніана (извѣстное намъ изъ историческаго курса).

Отдѣлъ первый: До-Юстиніаново право.

До-Юстиніаново право знало три слѣдующія системы наслѣдованія по закону, сложившіяся постепенно, историческимъ путемъ: I) гражданскую систему, II) преторскую систему III) систему переходную къ Юстиніановой реформѣ.

1) *Гражданское* наслѣдованіе, опредѣленное въ XII таблицахъ, имѣло дѣло съ одними агнатами, т. е. родственниками по мужской линіи. Въ немъ было три класса:

1) *sui, domestici heredes* — невыдѣленные изъ семьи ^{и) выходящіе}, состоявшіе въ моментъ смерти наслѣдодателя ^{и) надъ} въ власти его. Къ нимъ принадлежали ^{и) сыновья} и дочери, его

2) внуки и правнуки (по мужской линии); среди них находилась и жена наследодателя (занимавшая, при жизни его, в патриархальном бракѣ мѣсто дочери); сюда-же относились 4) усыновленные (аррогированные, адоптированные). Выдѣленіе изъ семьи (*emancipatio*) лишало права наследованія. Также въ *sui heredes* были отнесены и нисходящіе *postumi*, т. е. рождающіеся по смерти наследодателя;

2) *proximi agnati* — ближайшіе агнаты; таковыми оказывались боковые родственники по мужской линии въ виду того что имъ предшествовали по первому классу нисходящіе агнаты. Изъ женщинъ наследуютъ только полнородные и единокровные сестры наследодателя (*ratione Voconiana*, т. е. по тѣмъ-же соображеніямъ, по которымъ *lex Voconia* въ VI в. ограничивала женщинъ въ наследственномъ правѣ: чтобы отнять у нихъ лишній способъ безмезднаго приобрѣтенія);

3) *gentiles* — гентилы — родичи, т. е. носящіе одно родовое имя, свидѣтельствующее о происхожденіи отъ общаго отдаленнаго предка; они сообща принимали наследство, если не находилось агната, который могъ-бы точно указать степень близости къ наследодателю.

Въ цивильномъ наследованіи были два главные пробѣлы: 1) не было преемства классовъ и степеней (*successio ordinum et graduum*), такъ что за отказомъ ближайшаго наслѣдника не призывался дальнѣйшій; 2) не наследовали когнаты (потомство матери въ ея имуществѣ, мать въ имуществѣ дѣтей и т. д.)

II) Преторское наследованіе — *bonorum possessio intestati* — имѣло въ виду выполнить два названные пробѣлы. И вотъ, преторъ въ специальномъ *edictum successorium* постановилъ о призывѣ къ наследованію дальнѣйшаго родственника при устраниеніи ближайшаго. ¹⁾ Что-же касается когнатовъ, то нѣкоторые изъ нихъ получили право наследованія на второмъ мѣстѣ, при отсутствіи агнатовъ. Вотъ, 4 класса преторскихъ наслѣдниковъ:

1) *Liberi* — дѣти подвластные и выдѣленные (за исключеніемъ усыновленныхъ въ чужой семьѣ ²⁾);

~~Edictum successorium~~
¹⁾ Именно, между всѣми преторскими наслѣдниками было установлено *successio ordinum* (призваніе слѣдующаго класса), а между когнатами и *successio graduum* (по слѣдующей степени родства въ томъ-же классѣ).

²⁾ На случай такого рода: сынъ эманципированъ, а дѣти его остаются подъ властью дѣда — на этотъ случай была оговорка въ эдиктѣ въ томъ

2) *legitimi*—всѣ наслѣдники по закону XII таблицъ: *sui agnati, gentiles*;

3) *cognati* — кровные родственники до 6 степени (и изъ 7-й степени только дѣти троюродныхъ братьевъ или сестеръ, *sobrino et sobrina natus et nata*);

4) *vir et uxor*—пережившій мужъ или жена; они наслѣдовали въ случаѣ отсутствія агнатовъ или когнатовъ до упомянутыхъ степеней ¹⁾).

III) *Переходную* эпоху къ чисто-когнатическому началу образуютъ два постановленія сената; въ нихъ отдается преимущество *cognatio* передъ *agnatio*. Во первыхъ, *scutum Tertullianum* II вѣка даетъ матери, не бывшей *in manu mariti*, право наслѣдованія въ имуществѣ дѣтей послѣ нисходящихъ, отца, братьевъ и сестеръ—агнатовъ (значить, ранѣ другихъ агнатовъ). Во-вторыхъ, *scutum Orphitianum* (II в.) даетъ дѣтямъ, законнымъ и незаконнымъ, наслѣдованіе въ имуществѣ матери ранѣ всѣхъ ея агнатовъ.

Отдѣлъ второй. Юстиніаново право.

Въ виду того, что въ трехъ указанныхъ системахъ наслѣдованія по закону, какъ опирающихся на различныя начала, практикѣ не легко было разобраться, Юстиніанъ произвелъ существенную реформу въ законномъ наслѣдованіи. Эта реформа изложена въ новеллахъ 118 и 127. ²⁾

Въ основу новой системы положено кровное родство (*cognatio*); такимъ образомъ стало одинаково возможнымъ наслѣдованіе родственниковъ на общемъ основаніи, по мужской и женской линіямъ, незаконнорожденныхъ дѣтей послѣ матери. Къ кровному родству приравнено усыновленіе (усыновленный также признается *cognatus* ³⁾). Всѣ другія различія между

смыслѣ, что наслѣдство дѣлится пополамъ между сыномъ и внуками (*clausula de coniungendis cum emancipato liberis eius*).

¹⁾ Наслѣдованіе осложнялось: 1) въ имуществѣ *возмощтнущенника*; ему наслѣдовали: а) вмѣстѣ съ *sui* патронъ б) послѣ когнатовъ либерта агнаты патрона („*tum quem ex familia*“), в) послѣ супруга либерта когнаты патрона (*unde cognati manumissoris*); 2) въ имуществѣ кабалнаго (*homolibere in mancipio*) его *manumissor* считался *десятью* наслѣдникомъ (*bonos unde decem personae*, § 7. I. 3. 9.

²⁾ Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. 1839.

³⁾ Tr. 1 § 4 D 38. 8. *cognitionem facit etiam adoptio.*

родственниками: принадлежность къ тому или другому полу, пребываніе подъ чужою властью или полная самостоятельность (*alieni, sui iuris*)²—все это потеряло всякое значеніе.

По общему правилу, призывается ближайшій родственникъ; нѣсколько одинаково близкихъ наследуютъ сообща; за отсутствіемъ или отказомъ ближайшаго наследство идетъ слѣдующему по степени родства. Такимъ образомъ, было окончательно подтверждено преемство между классами и степенями въ одномъ и томъ-же классѣ наследниковъ (*successio ordinum et graduum*)¹).

По вопросу о порядкѣ наследованія должно различать обыкновенный и особенный порядокъ.

I. *Обыкновенный* порядокъ наследованія образуютъ слѣдующіе 4 класса наследниковъ²):

1) *нисходящіе* (*descendentes*) — потомки наследодателя: сынъ, дочь, внукъ и т. д. На первомъ мѣстѣ стоитъ ближайшая степень (сынъ, дочь); представители слѣдующей степени (внуки) призываются вмѣстѣ съ представителями ближайшей, если нѣтъ въ живыхъ ихъ родителей, которые имѣли-бы право наследованія въ этомъ случаѣ. Въ такомъ случаѣ дальнѣйшимъ нисходящимъ вмѣстѣ приходится та доля, которая досталась-бы ихъ родителямъ. Напр., если остаются въ живыхъ сынъ и два внука отъ дочери, одна половина идетъ сыну, а другая двумъ внукамъ. Это называлось у римлянъ *divisio in stirpes*—поколѣннымъ раздѣломъ, а названное право дальнѣйшихъ на долю (умершихъ) ближайшихъ романистами называется правомъ представленія (*ius repraesentationis*);³)

2) *восходящіе* (*ascendentes*), *полнородные* (*germani*) братья и сестры и *ихъ дѣти*. Въ этомъ классѣ ближайшій восхо-

¹) Контroversы по этому вопросу: *Baron*, система, § 410 *Merkel*, die Lehre v. d. suc. grad. unter. Intestaterben, 1876.

²) Чтобы удержать ихъ въ памяти, романисты сложили слѣдующее четырехстишіе:

*Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius eius,
Tunc latere uno iunctus, quoque filius eius,
Denique proximior reliquorum quisque superes.*

³) Существенное значеніе имѣла контroversа о томъ, получаютъ-ли дальнѣйшіе (внуки) наследство непосредственно отъ даннаго наследодателя (дѣда) или пріобрѣтаютъ его, какъ наследники своего родителя (отца); въ послѣднемъ случаѣ они должны отвѣчать и за доли отца. Теперь всѣ того мнѣнія, что они суть непосредственные наследники (какъ говорить, они наследуютъ по собственному праву, *iure proprio*).

дядий (напр. отецъ) устраняетъ дальнѣйшаго (напр. дѣда). Вотъ, какія комбинаціи при дѣлѣжѣ наслѣдства возможны въ этомъ классѣ: а) если имѣются одни восходящіе, то наслѣдство дѣлится по линиямъ (одна часть идетъ по восходящей линіи отца, другая — по линіи матери наслѣдодателя); б) если съ восходящими наслѣдуютъ братья и сестры, наслѣдство между ними дѣлится поголовно (*secundum personarum numerum*), в) если имѣются только полнородные братья и сестры, то они также дѣлятъ наслѣдство поголовно; а племянники получаютъ вмѣстѣ ту долю (по праву представленія), которая приходилась-бы ихъ умершему родителю, если-бы онъ былъ въ живыхъ ¹⁾).

3) *неполнородные братья и сестры*. Именно, единокровные (*consanguinei*—имѣющіе одного и того-же отца, но разныхъ матерей) и единоутробные (*uterini*—отъ одной матери, но разныхъ отцовъ) призываются только въ отсутствіи полнородныхъ братьевъ и сестеръ;

4) *всѣ остальные боковые родственники*, изъ которыхъ ближайшій устраняетъ дальнѣйшаго. Предѣльной степени родства, каковая была (именно, шестая степень) въ преторскомъ эдиктѣ, Юстиніаново право не знало.

5) Если вовсе нѣтъ родственниковъ у наслѣдодателя, то призывается въ наслѣдованію пережившій супругъ. Значитъ, и въ правѣ Юстиніана осталось въ силѣ постановленіе преторскаго эдикта о наслѣдованіи супруговъ (*unde vir et uxor*) послѣ когнатовъ (*Cod. 6. 18*).

II) *Особенный порядокъ* наслѣдованія существовалъ въ пользу нѣкоторыхъ физическихъ и юридическихъ лицъ: дѣтей отъ конкубината, бѣдной вдовы, несовершеннолѣтняго усыновленнаго, казны и нѣкоторыхъ корпорацій, къ которымъ переходило выморочное имущество:

1) *liberi naturales* (дѣти отъ конкубината) наслѣдовали въ $\frac{1}{6}$ имущества отца, если у послѣдняго не было ни законныхъ нисходящихъ, ни законной жены. Эту-же шестую долю дѣти должны были раздѣлить со своей матерью (конкубиной);

2) *бѣдная вдова* (*vidua inops*),—т. е. не имѣющая доста-

¹⁾ Въ новеллѣ 118 говорится о правѣ представленія племянниковъ при наслѣдованіи однихъ полнородныхъ боковыхъ, а въ нов. 127 это право признается за ними и при наслѣдованіи съ восходящими.—Глоссаторы спорили о дѣлѣжѣ при наслѣдованіи однихъ племянниковъ: поколѣнно (Авбурзій), или поголовно (Азо).

точного приданого (или собственнаго имущества),—получаетъ четвертую долю изъ имущества мужа, если у ней не болѣе 3 дѣтей (если-же у ней болѣе 3 дѣтей, наслѣдство между ней и дѣтьми ея дѣлится *in capita*); ¹⁾

3) *impubes arrogatus* — несовершеннолѣтній усыновленный—имѣетъ право на четверть наслѣдства усыновителя, если послѣдній выдѣляетъ его изъ семьи безъ достаточнаго основанія. Эта четверть, какъ установленная Антониномъ Пиемъ, называется *quarta divi Pii*; ²⁾ *est de rebus in d. d. in fine*

4) *выморочное имущество* (*bona vacantia*), — наслѣдство, въ которое по какимъ-бы то нибыло причинамъ, не вступаютъ ни наслѣдники ни по завѣщанію, ни по закону, — со времени *lex Julia et Papia Poppaea* поступаетъ въ государственную казну. Послѣдняя наслѣдуетъ со значительными преимуществами: а) отвѣчаетъ за долги въ размѣрѣ полученнаго имущества (обыкновенный-же наслѣдникъ, по общему правилу отвѣчалъ во всякомъ случаѣ за долги), б) продажей переноситъ на покупателя свойства общаго преемства (*successor universalis*). ³⁾

Нѣкоторыя юридическія лица, согласно императорскимъ привилегіямъ, предваряютъ казну въ правѣ на выморочное имущество: благотворительныя учрежденія — въ имуществѣ призраваемыхъ, войско—въ имуществѣ военныхъ, церковь—въ имуществѣ духовенства.

Отдѣлъ третій. Наслѣдственный владѣ (collatio) ⁴⁾.

Въ извѣстныхъ случаяхъ наслѣдники по закону обязаны при опредѣленіи наслѣдственныхъ долей, вложиться (*confette*) своимъ имуществомъ въ общую/наслѣдственную массу или въ свою долю. Напримѣръ, эманципированный сынъ возвращаетъ имущественный выдѣлъ, для опредѣленія своей части

¹⁾ Во всякомъ случаѣ ея часть не должна превышать 100 фунтовъ золота. Она-же, какъ наслѣдница, отвѣчаетъ за долги.

²⁾ Существовали иски, при помощи которыхъ *impubes arrogati* могли осуществлять свои права на квартиру и опорожнять умышенное отчужденіе (*actio quasi Calvisiana, quasi Fabiana*).

³⁾ Право казны на выморочное имущество должно быть осуществлено въ теченіе 4 лѣтъ.

⁴⁾ D. 37. 6, 37. 7. Cod. 6. 20 (de collationibus).—Fein, d. Recht d. Collation, 1842 Coureau, de la collatio, 1861.

наслѣдства. Такой наслѣдственный вкладъ называется collatio. ¹⁾).

Collatio была установлена преторскимъ правомъ, въ видахъ справедливости, ради равномернаго распредѣленія имущества между сонаслѣдниками. Но, хотя названная цѣль была всегда одиноковой, предметы наслѣдственныхъ вкладовъ были различны. Именно, съ точки зрѣнія объекта слѣдуетъ различать древнѣйшую и позднѣйшую collatio.

А) *Древнѣйшей* была *collatio emancipati*, т. е. обязанность эманципированныхъ дѣтей, желающихъ осуществить право наслѣдованія по преторскому эдикту на ряду съ подвластными дѣтьми (*sui heredes*) внести въ общую массу (*conferte*) все свое имущество. Возникновеніе настоящей обязанности выдѣленныхъ дѣтей объясняется исторически. Какъ намъ извѣстно, по цивильному праву наслѣдовали одни подвластные дѣти. А потомъ, когда преторъ сталъ вводить во владѣніе наслѣдствомъ (*bonorum possessio*) всѣхъ дѣтей, подвластныхъ и полновластныхъ, отъ послѣднихъ онъ потребовалъ принесенія въ наслѣдственную массу всего ихъ имущества. И это требованіе опиралось на то, что, будь эманципированные подъ властью отца, все ихъ имущество, какъ доставшееся отцу, входило-бы въ составъ наслѣдства. Однако вкладъ эманципированныхъ, наслѣдующихъ безъ завѣщанія, поступаетъ лишь въ пользу *sui heredes*; въ отношеніи другихъ наслѣдниковъ, равно какъ и въ томъ случаѣ, когда *emancipatus* наслѣдуетъ по завѣщанію, наслѣдственныхъ вкладовъ съ ихъ стороны не бываетъ. Поэтому, и говорятъ романисты: *ei confertur, cui auferitur* (тому прибавляется, у кого убавляется).

Объектомъ вклада служитъ именно все имущество эманципированнаго (хотя-бы и прибрѣтенное по выходѣ изъ подъ власти). При этомъ, эманципированный или дѣйствительно передаетъ имущество, или его цѣнность засчитываетъ въ свою долю (въ томъ и другомъ случаѣ бываетъ *collatio realis*), или даетъ обезпеченіе (*cautio*) въ томъ, что онъ вложится своимъ имуществомъ (*collatio verbalis*).

¹⁾ Collatio переводится въ нашемъ законодательствѣ: возвратъ въ наслѣдственную массу (законы царства Польскаго). У писателей: наслѣдственная складчина (Богодѣловъ), наслѣдственный зачетъ (Азаревичъ); послѣдній переводъ былъ-бы наиболѣе подходящимъ, если-бы зачетъ не обозначалъ уже компензаціи (*compensatio*) долговыхъ требованій.

Къ наследственному вкладу эманципированныхъ дѣтей близко подходитъ *collatio dotis*, обязанность замужней дочери, наследующей съ другими *sui*, внести въ массу наследства все ея приданое. И это потому-же, что, будь дочь подъ властью отца (а не мужа), ея приданое, какъ имущество отца, само по себѣ входило-бы въ составъ наследства. Такимъ образомъ, предметомъ наследственного вклада была какъ *dos profecticia* (т. е., полученная отъ наследодателя), такъ и *dos adventicia* ¹⁾.

Послѣ того какъ во времени Юстиниана сгладилось различіе между цивильнымъ и преторскимъ порядкомъ наследованія, древнѣйшая *collatio*, обязанная своимъ началомъ особенностямъ цивильнаго права, превратилась въ *collatio* другого рода.

Б) *Позднѣйшая collatio*—такъ называемая *collatio descendantium*—состоитъ въ томъ, что вносится наследующимъ нисходящимъ родственникомъ не все имущество, а только полученное отъ восходящаго (наследодателя) при жизни его. Значитъ, въ основѣ ея лежитъ предположеніе о томъ, что наследодатель, предоставлявшій при жизни выгоды въ пользу нѣкоторыхъ нисходящихъ (приданое, выдѣлъ и т. д.) не желалъ непременно быть несправедливымъ или установить имущественное неравенство въ отношеніи другихъ нисходящихъ (а прежде отправлялись отъ предположенія о подвластномъ состояніи: не будь эманципации или выхода замужъ). ²⁾

Предметомъ наследственного вклада можетъ быть: приданое (*dos*), мужній даръ (*donatio propter nuptias*) и деньги на куплю должности (*militia*). Обыкновенный даръ (*donatio inter vivos*) вносится только въ томъ случаѣ, если на то есть указаніе наследодателя. ³⁾

¹⁾ Въ видѣ исключенія, только при наследованіи съ одними эманципированными.

²⁾ Новѣйшая *collatio* установлена законами императоровъ Льва (l. 17 C. 6. 20) и Юстиниана (l. 20 C. *ibid.*).

³⁾ *Cautio* не требуется; нисходящіе остаются обязанными въ отношеніи *collatio*, если даже они назначены наследниками по завѣщанію.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Необходимое наследованіе.

Согласно постановленію XII таблицъ всякій гражданинъ могъ распоряжаться неограниченно своимъ имуществомъ по завѣщанію («uti legassit super pecunia, ita ius esto»), такъ что онъ могъ передать его цѣликомъ, минуя ближайшихъ родственниковъ, въ чужія руки. Однако, къ концу республики явились многія ограниченія въ пользу близкихъ родственниковъ. И вотъ, преемство со стороны ихъ, подробнѣе изложенное въ дальнѣйшемъ римскомъ законодательствѣ, называется технически теперь «необходимымъ наследованіемъ»¹⁾.

Каковы субъекты необходимаго наследованія, каковъ объемъ ихъ участія въ наследствѣ, въ какомъ отношеніи они находятся къ наследникамъ по завѣщанію? Постановленія римскаго права до Юстиніана были крайне разнообразны; новелла 115 (изданная въ 541 г.) значительно видоизмѣнила ихъ. Чтобы понять значеніе ея, слѣдуетъ коснуться предшествующаго порядка.

Отдѣлъ первый. Необходимое наследованіе до новеллы 115.

Правила настоящаго наследованія развились какъ результатъ коллизіи интересовъ близкихъ родственниковъ и наследниковъ по завѣщанію. Одни изъ нихъ обезпечивали интересы

¹⁾ Это есть буквальный переводъ нѣмецкаго «Nothbenrecht». Русское право, не знакомое съ этимъ институтомъ, не знаетъ и соответствующаго термина. — *Богальцовъ*, формальныя ограниченія свободы завѣщаній, 1881. *Schmidt*, d. formelle Recht d. Nothben, 1862. *Boissonade*, histoire de la réserve héréditaire. 1873.

первыхъ съ формальной стороны; другія давали имущественное, матеріальное обезпеченіе. Тѣ и другія своеобразны; о нихъ должно сказать особо.

А) *Формальное* обезпеченіе близкихъ родственниковъ выражалось по цивильному праву въ слѣдующемъ узаконеніи: завѣщатель, имѣющій *sui heredes* (ему подвластныхъ домоладцевъ), долженъ былъ въ опредѣленныхъ выраженіяхъ назначить ихъ наслѣдниками (*instituere*) или также опредѣленно лишить наслѣдства (*exheredare*); при отступленіи отъ этого правила (*praeteritio*) завѣщаніе не имѣло силы ¹⁾. Преторское право расширило кругъ родственниковъ, присоединивъ къ *sui heredes* эманципированныхъ дѣтей.

1) По *цивильному* праву гарантируются интересы всѣхъ, вообще, *sui heredes*; въ томъ числѣ и тѣхъ изъ нихъ, которые рождаются по смерти завѣщателя, будучи зачаты при жизни его (*sui postumi*). Формальная гарантія сыновей сильнѣе. Именно,

1) отрѣшеніе сына отъ наслѣдства (*exhereditio filii*) должно быть *именнымъ* (*Titius filius meus exheres esto*); иначе все завѣщаніе ничтожно. И сынъ, неформально лишенный наслѣдства или обойденный (*praeteritus*), такъ какъ завѣщаніе не вступаетъ въ силу, наслѣдуетъ по закону;

2) отрѣшеніе *дочерей, внуковъ* и прочихъ *sui* отъ наслѣдства можетъ быть въ общей формулѣ (*inter ceteros*), безъ именнаго обозначенія ²⁾. Если-же они не лишены наслѣдства такимъ образомъ, они имѣютъ право присоединиться (*accrescere*) къ наслѣдникамъ по завѣщанію (которое, слѣдовательно, силы не теряетъ) и наслѣдовать вмѣстѣ съ ними ³⁾.

II) По *преторскому* эдикту и эманципированные дѣти получили формальныя права подвластныхъ сыновей: и ихъ надлежало лишать наслѣдства поименно. Если-же они не были лишены такъ наслѣдства или обойдены молчаніемъ, они могли просить претора о введѣ во владѣніе противъ завѣщанія въ своей законной части наслѣдства (*bonorum possessio*

¹⁾ Inst. 2. 13: de exheredatione liberorum. Dig. 28. 2: de liberis — exheredandis. Cod. 6, 28 и 29.

²⁾ Юстиніанъ-же, до Новеллы 115, требовалъ *поименнаго* лишенія и этихъ наслѣдниковъ, а иначе объявлялъ завѣщаніе недействительнымъ (4. С. 6. 28).

³⁾ Именно, они дѣлили наслѣдство поголовно вмѣстѣ съ *sui heredes*; если-же въ завѣщаніи были *extranei* (неподвластные), имъ доставалась половина.

contra tabulas—вопреки письменному акту завѣщанія)¹⁾; въ этомъ случаѣ завѣщаніе становилось ничтожнымъ.

Мало того, даже дѣти, назначенные наслѣдниками по завѣщанію, могли присоединиться къ обойденнымъ наслѣдникамъ въ той-же просьбѣ о вводѣ во владѣніе (*— commisso per alium edicto —*) законной частью (если имъ было назначено въ завѣщаніи менѣе законной доли).

Б) *Матеріальное* обезпеченіе близкихъ родственниковъ развивалось параллельно съ формальнымъ обезпеченіемъ вслѣдствіе очевидной недостаточности послѣдняго. Въ самомъ дѣлѣ, кто рѣшался лишить сына или дочь наслѣдства, тотъ могъ сдѣлать это безъ труда, выполнивъ законныя формальности.

И вотъ, постепенно было установлено, что нѣкоторые близкіе родственники имѣютъ право получить изъ наслѣдства опредѣленную, обязательную долю. И въротно, по аналогіи съ извѣстной *quarta Falcidia* (четверти изъ наслѣдства, на которую имѣлъ право наслѣдникъ, обязанный раздать легаты по завѣщанію), / обязательная доля была опредѣлена въ четверть законной доли (*quarta portiois debitaе*). Иначе сказать, извѣстные близкіе родственники могли требовать четверть того, что они получили-бы отъ наслѣдателя по закону²⁾.

На чемъ покоилось право на обязательную долю? Оно опиралось на признанную закономъ обязанность близкихъ родственниковъ (*officium pietatis*) поддерживать другъ друга и помогать матеріальными средствами (по тѣмъ-же соображеніямъ, какъ мы видѣли, прямые родственники обязаны были давать другъ другу алименты). А искъ недовольнаго родственника назывался *querela inofficiosi testamenti*. О немъ будетъ рѣчь ниже³⁾.

1) Кто имѣлъ право на обязательную долю? То были: 1) нисходящіе, 2) восходящіе, 3) полнородные и единокровные братья и сестры завѣщателя, если наслѣдникомъ въ завѣщаніи назначена *persona turpis* (значить, единоутробные даннаго права не имѣли).

¹⁾ Dig. 37. 4. Cod. 6. 12 (de b. p. contra tabulas).

²⁾ Слѣдуетъ обратить вниманіе на терминологию: 1) *законная* часть (или доля) означаетъ ту долю, которую получили-бы родственники, наслѣдуя безъ завѣщанія (напр., каждый изъ 2-хъ сыновей половину); 2) *обязательная* часть (или доля) означаетъ опредѣленную долю законной части, какъ матеріальное обезпеченіе родственниковъ (напр., каждый изъ 2-хъ сыновей имѣетъ $\frac{1}{2}$, какъ обязательную долю).

³⁾ Dig. 5. 2. Cod. 3. 23. Inst. 2. 18 (de inofficioso testamento).

II) *Размѣръ* обязательной доли обыкновенно составляла четверть законной части наслѣдства; напр., если у завѣщателя было всего 2 дѣтей, которыхъ онъ не назначилъ наслѣдниками, каждый изъ нихъ могъ получить четверть половины наслѣдства (т. е., одну восьмую долю наслѣдства ¹⁾).

III) *Способы назначенія* обязательной доли могли быть разнообразными. Во-первыхъ, она могла быть назначена въ какихъ-либо *negotia mortis causa*: посредствомъ назначенія наслѣдника, или опредѣленнаго legata или же даренія на случай смерти. Во-вторыхъ, она могла быть предоставлена посредствомъ *безмездныхъ negotia inter vivos*: въ видѣ приданнаго, выдѣла при эманципаціи или даже обыкновеннаго даренія (*donatio inter vivos*), если при томъ даритель выражалъ желаніе о зачисленіи подарка въ счетъ обязательной доли.

IV) *Лишеніе* обязательной доли допускалось въ двухъ случаяхъ: 1) съ добрымъ намѣреніемъ — *exheredatio bona mente* — въ интересъ самихъ близкихъ родственниковъ. Напримеръ, если завѣщатель опасался выдать все наслѣдство въ собственность сына расточительнаго или слабоумнаго, онъ назначалъ наслѣдникомъ другое лицо, на котораго возлагалъ обязанность давать *alimenta* и передать имущество, когда сынъ станетъ благоразумнымъ или выздоровѣетъ; 2) лишеніе *недостойнаго* родственника, т. е. таковаго, который велъ себя недостойнымъ образомъ въ отношеніи завѣщателя. Какое поведеніе надлежало признать недостойнымъ, — это зависѣло отъ усмотрѣнія центумвиральнаго суда, который разсматривалъ претензіи лишенныхъ наслѣдства.

V) *Неисполненіе* помянутыхъ постановленій объ обязательной долѣ могло повлечь различныя жалобы недовольныхъ. Было три иска:

1) *querela inofficiosi testamenti*, имѣвшая оригинальную конструкцію. Именно, завѣщатель, не давшій своимъ близкимъ имущественнаго достатка, признавался написавшимъ завѣщаніе какъ-бы не въ здоровомъ умѣ (*Inst. 2,18: — hoc colore, quasi non sanae mentis*), дѣйствовавшимъ вопреки взаимной обязанности среди близкихъ (*officium pietatis*). И по данной жалобѣ его завѣщаніе могло быть признано, если истецъ не оказывался недостойнымъ родственникомъ въ отношеніи

¹⁾ При Юстиніанѣ она доходила до трети и даже половины законной части (если бывало 4 или болѣе дѣтей).

завѣщателя, оскорбительнымъ или незаслуженно обходящимъ родню (*testamentum inofficiosum*). Въ такомъ случаѣ оно теряло силу и наступало наслѣдованіе по закону; при этомъ, ближайшій родственникъ, имѣвшій право на обязательную долю, могъ получить всю свою законную долю (а не только обязательную часть, т. е., четверть законной доли) ¹⁾. Настоящій искъ считался строго — личнымъ (*actio vindictam spiritans*), не переходящимъ къ наслѣдникамъ и подлежащимъ кратковременной (пятилѣтней) давности ²⁾;

2) *actio ad supplendam legitimam* — искъ о дополненіи обязательной доли. Онъ былъ установленъ Юстиніаномъ (еще до Новеллы 115) въ пользу тѣхъ близкихъ, которымъ назначено въ завѣщаніи менѣе обязательной доли. Этотъ искъ переходилъ къ наслѣдникамъ и подлежалъ общей, 30 лѣтней давности;

3) *querela inofficiosae donationis* (или *dotis*). Дареніе или приданое подлежали признанію ничтожными вполнѣ или отчасти, если благодаря тому или другому уменьшалась обязательная доля ³⁾.

На столько разнообразны и сложны были полномочія формального и матеріальнаго свойства у близкихъ родственниковъ. Въ этомъ же видѣ они вошли въ три части Юстиніанова законодательства: дигесты, кодексъ и институціи.

Отдѣлъ второй. Наслѣдованіе по новеллѣ 115.

Новелла 115 устанавливаетъ нѣкоторыя дополненія и измѣненія въ существующемъ порядкѣ необходимаго наслѣдованія. Скажемъ о сущности ея и объ отношеніи къ установленному порядку.

А) *Сущность* новеллы заключается въ слѣдующихъ поло-

¹⁾ При ближайшемъ анализѣ встрѣчается спорный вопросъ: имѣетъ-ли цѣлью *querela* только уничтоженіе завѣщанія (такъ что уполномоченные на законную часть д. вчинать еще *hereditatis petitio*), или она есть особый видъ *hereditatis petitio*, (такъ что не только завѣщаніе признается ничтожнымъ, но и отвѣтчикъ обязанъ выдать наслѣдство).

²⁾ Но тутъ имѣется своеобразное преемство (*successio in querelam*) въ томъ смыслѣ, что, если, напр., сынъ не желаетъ вчинать жалобы, управомоченнымъ на нее является внукъ и т. д.

³⁾ Обязательная доля должна быть предоставлена безъ ограниченія (условій и т. д.); но завѣщатель можетъ предложить на выборъ: получить все съ ограниченіемъ или только долю безъ ограниченія (*cautelae socii*).

женіяхъ. Во-первыхъ, *нисходящіе* и *восходящіе* родственники, при составленіи завѣщанія, должны другъ друга *назначать наследниками*. Доля наследства можетъ быть хоть и менѣе обязательной доли; въ послѣднемъ случаѣ вчинается *actio ad suppledam legitimam*.

Во-вторыхъ, лишеніе наследства въ отношеніи *нисходящихъ* и *восходящихъ* можетъ быть совершенно только *по законнымъ основаніямъ*, изложеннымъ въ новеллѣ. Именно, такихъ основаній приводится 18 для лишенія *восходящихъ*, (обвиненіе въ тяжкомъ преступленіи, покушеніе на жизнь, оставленіе безъ призрѣнія, невыкупъ изъ плѣна, ересь и др.) и 14 для лишенія *нисходящихъ* (тѣже основанія и кромѣ нихъ: оскорбленіе дѣйствіемъ, тяжкое оскорбленіе, ложный доносъ, порочная жизнь и др.).

В-третьихъ неисполненіе законныхъ требованій имѣетъ послѣдствіемъ ничтожность назначенія наследниковъ и влечетъ наследованіе по закону; но другія распоряженія въ завѣщаніи (кромѣ назначенія наследниковъ) остаются въ силѣ ¹⁾.

Такимъ образомъ, многія постановленія, предшествовавшія новеллѣ, оставались въ силѣ: тѣже права родныхъ братьевъ и сестеръ (кромѣ *uterini*) на обязательную долю, тотъ-же размѣръ обязательной доли (какъ и до новеллы) и т. д.

Также осталось въ силѣ такъ называемое нынѣ *чрезвычайное* право необходимаго наследованія, принадлежащее *бѣдной вдовѣ* въ наследствѣ мужа и *impubes arrogatus* въ наследствѣ усыновителя ²⁾.

Б) *Отношеніе* новеллы 115 къ прежнему порядку, въ виду того, что въ новеллѣ нѣтъ указаній, вызываетъ много недоумѣній. По видимому, меньше измѣненій сдѣлано въ отношеніи *матеріальнаго* права необходимыхъ наследниковъ, почему многіе (Куяцій, Донелль, Виндшейдъ и др.) полагаютъ, что такого-же характера и новая система, введенная

¹⁾ Объясненіе недействительности назначенія наследниковъ было спорнымъ еще при глоссаторахъ: по теоріи ничтожности (*Nullitätssystem*—глос. Мартина) *institutio heredis* сама по себѣ ничтожна, почему практикуется *hereditatis petitio*; по теоріи незаслуженности (*Inofficiositätssystem*—глос. Булгара) *institutio* не ничтожна, а оспариваема посредствомъ *querela inof. test.* Въ новеллѣ (с. 4 § 9): *nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum sancimus habere*. См. еще объ этомъ по вопросу объ отношеніи новеллы къ прежнему порядку.

²⁾ Искъ послѣдняго въ виду признанія недействительными отчужденій усыновителя, оставшаго завѣщаніе, въ ущербъ усыновленному, называется *actio quasi Favianae*.

новеллой (Inofficiositätssystem). Но спрашивается, отменяется-ли новелла другое, *формальное* (цивильное и преторское) право необходимого наследованія. Нужно-ли, и при дѣйствии новеллы 115, лишать наследства формально? Немногіе отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно. (Вангеровъ и Баронъ и др.), выступая противниками первой системы (ихъ система называется Nullitätssystem, а искъ — querela nullitatis ex iure novo). — За отсутствіемъ данныхъ въ источникахъ вопросъ, *de lege lata*, не можетъ быть окончательно рѣшеннымъ ¹⁾.

¹⁾ Была еще смѣшанная система (глос. Бассіана), включавшая элементы обѣихъ системъ.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Приобрѣтеніе наслѣдства.

Ведя рѣчь о приобретеніи наслѣдства, слѣдуетъ сказать о тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя необходимо совершить лицу, желающему осуществить свои права на наслѣдство, объ юридическихъ послѣдствіяхъ принятія и о судебной защитѣ принятаго наслѣдства.

Отдѣлъ первый. Вступленіе въ наслѣдство.

Долгое время римское право, какъ мы знаемъ, проводило различіе между цивильнымъ (*hereditas*) и преторскимъ наслѣдованіемъ (*bonorum possessio*). Въ отношеніи перваго нѣкоторыя лица считались неизбѣжными наслѣдниками (*heredes necessarii*): они не были вправѣ отказаться отъ наслѣдства; то были неотдѣленные дѣти (*sui*) и рабы (*sui et necessarii heredes*) наслѣдодателя (послѣдніе, при томъ, получали свободу). Какихъ либо обязательныхъ актовъ приобретенія цивильное право не знало. Въ отношеніи втораго, преторскаго наслѣдованія требовалась просьба о введѣ во владѣніе (*bonorum possessio*) со стороны претора въ извѣстный срокъ: именно, просьба ближайшихъ наслѣдниковъ въ теченіе года, дальнѣйшихъ — въ теченіе 100 дней. — Юстиніаново право не ставитъ обязательнымъ судебный введъ въ владѣніе.

Въ виду ближайшаго разсмотрѣнія различныхъ дѣйствій, сопряженныхъ со вступленіемъ въ наслѣдство, скажемъ отдѣльно о дѣйствіяхъ предварительныхъ, объ актѣ принятія, о непринятіи и о поворотѣ принятаго наслѣдства.

А) *Предварительныя дѣйствія* совершаются въ томъ случаѣ, если по какимъ-либо причинамъ не можетъ въ надлежащее время состояться вступленіе въ наслѣдство: вслѣдствіе-ли того, что наслѣдникъ душевно-боленъ, или еще ведетъ утробную жизнь и т. д. Въ этихъ случаяхъ практикуется *временной* вводъ во владѣніе. Вотъ, главнѣйшіе случаи:

1) *missio ventris nomine*—вводъ матери во владѣніе наслѣдствомъ, имѣющимъ достаться ея потомству, еще ведущему утробную жизнь; при этомъ мать получаетъ алименты, за выдачей которыхъ слѣдитъ особо назначенный *curator ventris* ¹⁾. Послѣдній выдаетъ наслѣдство, если ребенокъ оказывается мертворожденнымъ, слѣдующимъ (за нимъ) наслѣдникамъ;

2) *missio furiosi nomine* — вводъ попечителя душевно-больнаго (*curator furiosi*) во владѣніе наслѣдствомъ, открывшимся въ пользу больнаго. Въ случаѣ выздоровленія отъ бывшаго *furiosus* зависитъ принять или отказать отъ наслѣдства; послѣднее, въ случаѣ отказа, открывается въ пользу слѣдующихъ за нимъ наслѣдниковъ ²⁾;

3) *missio ex edicto Carboniano* — вводъ несовершеннолѣтняго, у котораго оспаривается наслѣдство. Вводъ бываетъ, если претензія несовершеннолѣтняго не представляется безнадѣжной; владѣніе продолжается до судебного рѣшенія. На время владѣнія *edictum Carbonianum* предоставляет *impubes*, если онъ даетъ *cautio*, управление и алименты ³⁾;

4) Условный наслѣдникъ (назначенный подъ условіемъ) также могъ временно получить *bonorum possessio* до тѣхъ поръ, пока не выяснялось наступленіе условія.

Б) *Принятіе наслѣдства*. По этому вопросу, какъ выше замѣчено, римское право издавна различало необходимыхъ и добровольныхъ наслѣдниковъ: къ первымъ (*heredes necessarii*) относились подвластные дѣти (*sui*) и рабы (*sui et necessarii*), ко вторымъ (*heredes voluntarii*) всѣ остальные. Отъ нихъ не требовалось какого-либо особаго акта приобрѣтенія; съ момента смерти наслѣдодателя *ipso iure* (безъ почина съ своей стороны или посторонней помощи) они считались принявшими наслѣдство. На нихъ смотрѣли, какъ-будто они не по-

¹⁾ Кроме того назначался еще *curator bonorum*—ради управления имуществомъ; имъ-же могъ быть и *curator ventris*. Dig. 25, 5, 6; 37, 9.

²⁾ Dig. 37. 3. Cod. 5. 70 (de curatore furiosi vel prodigi).

³⁾ D. 37, 10 (de edicto Carboniano). Cod. 6, 17.

лучали какихъ-либо новыхъ цѣнностей, а лишь приобрѣтали свободное управление имуществомъ (*liberam administrationem bonorum*), которое, еще при жизни властелина, было въ ихъ фактическомъ пользованіи. Хотятъ или не хотятъ (*sive velint, sive nolint*), они должны наследовать. Но преторъ, во имя справедливости — чтобы не заставить дѣтей принимать завѣдомо задолженное и убыточное наследство, — далъ имъ льготу воздерживаться отъ принятія нежеланной *hereditas (beneficium abstinendi)*. Другіе-же необходимые наследники — рабы — этой льготы не имѣли. Значить, въ Юстиніановомъ правѣ одни рабы суть на самомъ дѣлѣ необходимые наследники ¹⁾.

Въ отношеніи вступленія добровольныхъ наследниковъ помянемъ въ частности о способѣ ихъ волеизъявленія и о срокѣ вступленія.

1) *Способъ* волеизъявленія имѣетъ значеніе въ томъ смыслѣ, что принятіе должно совершаться, по общему правилу, лично наследникомъ; но какой-либо однообразной формы законъ не требуетъ.

Принятіе происходитъ *лично*. Представительство допускается при наследованіи юридическихъ лицъ и еще въ немногихъ случаяхъ (за малолѣтняго или безумнаго его отецъ и въ др. сл.). — Въ качествѣ помощниковъ въ дѣлѣ принятія наследства по завѣщанію, могутъ выступать еще *душеприказчики* (*executores testamentarii*). Они должны дѣйствовать, согласно договору порученія (*mandatum*).

Однообразной формы принятія не было. Воля наследника могла быть выражена въ различныхъ дѣйствіяхъ: онъ выражалъ желаніе на словахъ или на письмѣ, онъ фактически вступалъ въ управление и распоряженіе наследственнымъ имуществомъ (*pro herede gestio*) ²⁾.

2) *Общеобязательнаго* законнаго срока вступленія въ наследство не существовало: съ какого угодно времени наследникъ могъ принимать имущество; не было также и давности принятія. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ наследники должны

¹⁾ По словамъ Гая (2, 154) обыкновенно несостоятельные господа назначали своихъ рабовъ наследниками, чтобы избѣжать по смерти *infamia*, которая падала въ такомъ случаѣ на вольноотпущенника по завѣщанію.

²⁾ Если при этомъ вступившій въ управление (напр. платящій долги, получающій долги) не желалъ стать наследникомъ (дѣлалъ это лишь ради доброй памяти о наследодателѣ или ради друга — наследника), онъ долженъ былъ сдѣлать *protestatio iuris*. См. общую часть, стр. 144.

были принимать въ расчетъ два слѣдующіе промежутка времени, называемые *cretio* и *spatium deliberandi*.

Cretio—срокъ принятія, назначаемый завѣщателемъ (Gai, 2, 164—173). Слово это происходитъ отъ глагола *cernere*—рѣшить въ назначенный срокъ (*dies cretionis*),—обыкновенно въ 100 дней,—и выразить свое рѣшеніе формальнымъ образомъ ¹⁾ о принятіи наслѣдства (*cernere hereditatem*). Если кто не рѣшался въ этотъ срокъ, тотъ отстранялся отъ наслѣдства ²⁾. Въ V вѣкѣ отмѣняется формализмъ принятія (17 Cod. 6. 30); въ Юстиніаново время *cretio* не упоминается.

Spatium deliberandi—срокъ, установленный въ интересахъ кредиторовъ наслѣдодателя. Если кредиторы намѣрены просить объ открытіи конкурса надъ наслѣдствомъ, наслѣдникъ можетъ испросить срокъ для соображенія (*tempus ad deliberandum*) ³⁾, стоитъ-ли ему самому вступать въ наслѣдство. Срокъ назначался отъ 100 дней до 1 года ⁴⁾.

В) *Непринятіе* наслѣдства можетъ имѣть различныя послѣдствія: 1) если одни изъ нѣсколькихъ равноправныхъ наслѣдниковъ отказываются, то ихъ доли поступаютъ по такъ-назыв. *праву приращенія* другимъ неотказавшимся наслѣдникамъ; 2) если отказываются всѣ равноправные наслѣдники, то призываются послѣдующіе; напр., призывается *heres substitutus*, если отказывается *institutus*; призываются наслѣдники по закону, когда не вступаютъ наслѣдники по завѣщанію; 3) если нѣтъ и послѣдующихъ наслѣдниковъ, то имущество становится выморочнымъ (*bonum vacans*).—Скажемъ подробнѣе о правѣ приращенія (*ius accrescendi*).

Ius accrescendi ⁵⁾ означаетъ право неотказавшагося наслѣдника, призваннаго рядомъ съ отказавшимся, на долю послѣдняго. Напр., назначены въ завѣщаніи 2 наслѣдника; если одинъ отказывается, на долю его имѣетъ *ius accrescendi* принимающій наслѣдство. На чемъ это право основывается?

¹⁾ Съ произнесеніемъ извѣстныхъ словъ: *quod me Publius Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (Gai, 2, 166).

²⁾ Была *cretio vulgaris*, періодъ которой считался *tempus utile*, и *cretio continua*, представлявшая *tempus continuum* (она называлась особо завѣщателемъ).

³⁾ Fr. 5. D II. I. 9 C. 6. 30.

⁴⁾ Въ это время сынъ могъ получать алименты; также можно было дѣлать необходимыя распоряженія.

⁵⁾ Cod. 6, 10: *quando non petentium partes petentibus aderescant*. Cod. 6, 51: *de caducis tollendis*.—*Machelard*, de l'accroissement entre cohéritiers et collégataires, 1862. *Glasson*, du droit d'accroissement, 1862.

Его основаніе лежитъ въ природѣ римскаго наслѣдованія. Вѣдь, у римлянъ каждый изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ считался преемникомъ *всѣхъ* юридическихъ отношеній наслѣдодателя. Его право общаго преемства ограничивалось долей въ *силу одного факта* сосуществованія другихъ сонаслѣдниковъ (*concurso partes fiunt*). Разъ отпадала конкуренція вслѣдствіе отказа сонаслѣдника, общее преемство получало полное осуществленіе. Такимъ образомъ грамматически точнѣе было-бы говорить: объемъ права одного, за отказомъ другого, не уменьшается (*non decrescit*), вмѣсто того, какъ говорятъ: доля увеличивается (*accrescit*)¹⁾.

Право приращенія имѣетъ двѣ отличительныя черты. Во первыхъ, оно не зависитъ отъ усмотрѣнія наслѣдодателя и наслѣдника: ни завѣщатель не можетъ отнять право приращенія, ни наслѣдникъ не можетъ отказаться отъ него (35 рг. D. 29. I: — *quoniam invito quoque ei accrescit portio*)²⁾. Во вторыхъ, приращеніе совершается безъ особаго волеизъявленія. *Ius iure* свободная доля примыкаетъ къ другимъ долямъ³⁾. Приращеніе одинаково возможно какъ при наслѣдованіи по завѣщанію, такъ и по закону.

При наслѣдованіи по завѣщанію приращеніе совершалось согласно *lex Julia et Papia Poppaea*, по которой свободная доля (*caducum*), которая не могла пойти въ прокъ нѣкоторымъ наслѣдникамъ (умершимъ до смерти завѣщателя, холостымъ, бездѣтнымъ, перепринамъ), поступала другимъ наслѣдникамъ⁴⁾. Юстиніанъ уничтожилъ эти постановленія (*Cod. 6. 51: de caducis tollendis*), такъ что приращеніе въ его время опредѣлялось соразмѣрно долямъ другихъ равноправныхъ наслѣдниковъ, безъ какихъ-либо ограниченій.

При наслѣдованіи по закону, вообще говоря, доля принимающаго наслѣдство присоединяется соразмѣрно къ другимъ долямъ, поступающимъ въ пользу принимающихъ наслѣдниковъ. Размѣръ-же отдѣльныхъ приращеній опредѣ-

¹⁾ Соответственно давно предлагаютъ измѣнить терминъ на *ius non decrescendi* (вмѣсто: *accrescendi*).

²⁾ Но отъ завѣщателя зависитъ видоизмѣнить приращеніе. Напрямѣръ, если имъ назначены *heredes re et verbis coniecti* (см. выше, стр. 336), то право приращенія осуществляется прежде всего между ними. Завѣщатель можетъ также предупредить *ius accrescendi* посредствомъ субституціи.

³⁾ Такимъ образомъ, если другія доли успѣли перейти къ наслѣдникамъ (отъ сына къ внукамъ и т. д.), послѣднимъ достается и свободная доля. Такъ и говорятъ: *portio portioni accrescit*.

⁴⁾ *Ulpiani fragm. XVII: de caducis*.

ляется способомъ раздѣла наслѣдства: есть-ли то раздѣлъ поголовный (in capita), или поколѣбный (in stirpes) ¹⁾.

Г) *Поворотъ* (принятаго) *наслѣдства*, по общему правилу, не допускается (semel heres, semper heres). Но по исключенію, онъ можетъ имѣть мѣсто въ нѣкоторыхъ случаяхъ:

1) отнятіе наслѣдства у недостойнаго (indignus) наслѣдника; случаи недостойнаго отношенія (indignitas) намъ извѣстны (выше стр. 328);

2) при наступленіи резолютивнаго условія въ завѣщаніи солдата (testamentum militis);

3) если принявшій наслѣдникъ получаетъ in integrum restitutio (propter minorem aetatem, metum);

4) когда оспоренное завѣщаніе теряетъ силу, тогда наступаетъ delatio въ пользу наслѣдниковъ по закону.

Отдѣлъ второй. Отношенія наслѣдника.

Приобрѣтеніе наслѣдства сопряжено со многими юридическими послѣдствіями, имѣющими отправной точкой возрѣніе на наслѣдника, какъ на alter ego наслѣдодателя. На практикѣ важнѣйшія послѣдствія касаются отношеній наслѣдника къ кредиторамъ по наслѣдству, къ контрагентамъ и взаимныхъ отношеній сонаслѣдниковъ.

А) *Отношеніе къ кредиторамъ*, по общему правилу, разрѣшается просто: вслѣдствіе общаго преемства всей юридической сферы, происходитъ полное сліяніе (confusio) актива и пассива наслѣдодателя съ собственнымъ активомъ и пассивомъ наслѣдника; и какъ съ одной стороны, долги и долговыя требованія самаго наслѣдника прекращаются въ силу сказаннаго сліянія, такъ съ другой стороны, наслѣдникъ одинаково обязанъ удовлетворить изъ того и другого актива кредиторовъ своихъ и наслѣдодателя. Но, вотъ, отчасти въ интересахъ наслѣдника, отчасти въ интересахъ кредиторовъ по наслѣдству были созданы двѣ юридическія льготы, обособлявшія обѣ имущественныя сферы. То были beneficium inventarii и beneficium separationis.

¹⁾ Спорный вопросъ: имѣеть-ли преимущество преемство степеней (successio graduum) предъ правомъ приращенія,—рѣшается различно. Литература у Dernburg, Pand., III, § 134, not. 2.

1) *Beneficium inventarii* — инвентарная льгота — состояла въ томъ, что наслѣдникъ, составлявшій опись наслѣдственнаго актива, отвѣчалъ предъ кредиторами наслѣдодателя не свыше этой описи. Очевидно, опись составлялась, чтобъ наслѣднику не платить долги сполна, если въ наслѣдствѣ немного актива ¹⁾. Дѣло происходило такъ.

Прежде всего наслѣднику представлялась альтернатива: просить о *spatium deliberandi* или въ теченіе 30 дней приступить къ инвентарю; послѣднее исключало первое. Составленіе инвентаря, на которое полагалось 60 дней, происходило предъ нотариусомъ и заинтересованными кредиторами и легатарями; въ отсутствіи послѣднихъ приглашались 3 свидѣтеля. Отъ наслѣдника могла быть востребована присяга въ томъ, что онъ ничего не скрываетъ; сокрытіе имущества влекло двойную отвѣтственность.

Благодаря описи наслѣдственная масса не сливалась съ имуществомъ наслѣдника, такъ что наслѣдникъ предъявлялъ претензіи къ наслѣдодателю и долженъ былъ платить свои долги ему.

Размѣръ требованій кредиторовъ ограничивался пропорціонально стоимости инвентарнаго актива, (напр. кредиторы на 1000 могли требовать лишь 100, если активъ дороже не стоилъ); но по римскому праву отвѣтственность не ограничивалась однѣми наслѣдственными вещами (а только ихъ стоимостью), такъ что можно было съ наслѣдника потребовать удовлетворенія и изъ его имущества (не свыше актива наслѣдства) ²⁾. Изъ остатка актива, за удовлетвореніемъ кредиторовъ, получаютъ отказы ³⁾.

II) *Beneficium separationis* — льгота кредиторовъ по наслѣдству (а также и легаторовъ) требовать обособленія наслѣдственной массы отъ имущества наслѣдника для того, чтобы *раньше кредиторовъ наслѣдника* получить удовлетворе-

¹⁾ Эта льгота была введена Юстиніаномъ (22 С. 6. 30). До него, въ случаѣ приобрѣтенія убыточнаго наслѣдства, могли требовать *in integrum restitutio* (т. е. могли перестать быть *heredes*) лишь несовершеннолѣтніе и *milites*.

²⁾ L. 22 § 4 С. 6. 30: —*ut in tantum creditoribus hereditariis teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.*— При этомъ наслѣдникъ не обязанъ считаться съ привилегіями кредиторовъ; онъ имъ платитъ въ порядкѣ обращенія ихъ къ нему (L. 22 § 4 С. 6. 30: —*qui primi veniant creditores, et si nihil relictum est, posteriores venientes repellantur.*)

³⁾ Кредиторы могутъ потребовать возврата въ ихъ пользу отъ *легаторовъ*, получившихъ изъ наслѣдства ранѣе кредиторовъ.

ніе изъ наслѣдства ¹⁾). Иначе, если не бываетъ даннаго обо-
сбленія, тѣ и другіе кредиторы удовлетворяются безраз-
дѣльно.

Кредиторы могли просить о выдѣленіи наслѣдства въ те-
ченіе 5 лѣтъ съ момента вступленія наслѣдника. Съ прось-
бою слѣдовало обращаться къ судебной власти. Кредиторы,
которые уже успѣли обратиться съ требованиями къ наслѣд-
никамъ, теряли *beneficium separationis* ²⁾).

Съ другой стороны, кредиторы наслѣдника, вступившаго
въ убыточное наслѣдство, не могли просить объ отрѣшеніи
имущества ихъ должника отъ наслѣдственной массы, чтобъ
первое имущество не шло на удовлетвореніе кредиторовъ на-
слѣдодателя (1 § 2 D 42. 6: *nam licet alicui adiicendo sibi cre-
ditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem*).

Б) *Отчужденіе наслѣдства* можетъ быть совершено на-
слѣдникомъ по принятіи его. Обыкновенно оно практикуется
въ видѣ продажи наслѣдства. Такая продажа имѣетъ ту осо-
бенность, что, хотя она не даетъ *successio universalis*, покупа-
тель становится все-же на мѣсто наслѣдника (2 § 18 D 18. 4:
aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere).
При этомъ, продавецъ наслѣдства обязанъ предоставить по-
купателю весь активъ (тѣлесныя вещи—посредствомъ *traditio*,
долговыя требованія—посредствомъ *cessio*); покупатель обя-
занъ заплатить выговоренную цѣну и освободить продавца
отъ обязательствъ по наслѣдству.

Что-же касается кредиторовъ по наслѣдству и лега-
торовъ, то они сохраняютъ право требованія на наслѣдника
(послѣдному долженъ помогать покупатель ³⁾).

В) *Взаимныя отношенія* сонаслѣдниковъ представляютъ
собой известную намъ *communio incidens* (выше, стр. 261 ⁴⁾).
Эта общность имущества разрѣшается или добровольнымъ

¹⁾ Dig. 42. 6 (de separationibus). Cod. 7. 72.

²⁾ Спорный вопросъ: могли-ли кредиторы, получившіе *separatio bono-
rum*, обратитъ взысканіе на имущество должника, если не хватало на-
слѣдства. Положительно рѣшаетъ Папиньянъ (3 § 2 D l. c.), отрицательно
Ульпіанъ (1 § 17 D l. c.) и Павелъ (5 D l. c.).

³⁾ Одно исключеніе: покупатель отъ казны считается *successor uni-
versalis*.—*Avenarius*, d. Erbschaftskauf, 1877.

⁴⁾ Права на предметы наслѣдства считаются *pro partibus indivisis*;
каждый сонаслѣдникъ управомоченъ на свою мыслимую часть, которую
онъ можетъ отчуждать. Долги по наслѣдству признаются раздѣльными
пропорціонально наслѣдственнымъ долямъ (6. C. 3. 36: *ipso iure in portio-
nes hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt*).

раздѣломъ (по соглашенію, также по волѣ завѣщателя) или судебнымъ раздѣломъ, (*iudicium familiae herciscundae*).

Iudicium familiae herciscundae имѣетъ двѣ цѣли: во-первыхъ, подѣлить имущество посредствомъ присужденія (*adiudicatio*) данныхъ вещей опредѣленнымъ наследникамъ, и во-вторыхъ, возложить извѣстныя обязательства на однихъ въ отношеніи другихъ. Напримѣръ, недѣлимая вещь (лошадь и т. под.) присуждается сонаследнику на большую долю и на него возлагается денежное обязательство въ размѣрѣ меньшей доли сонаследника (подробности въ *Dig. 10. 2. Cod. 3, 36: familiae herciscundae*).

Отдѣлъ третій. Охрана наследства.

Наследнику принадлежатъ слѣдующія средства охраны: *hereditatis petitio, interdictum quorum bonorum, quod legatorum, remedium ex lege ultima*.

А) *Hereditatis petitio* есть искъ о признаніи права наследовать за истцомъ противъ того, кто не признаетъ этого права. Иначе, этотъ искъ называется *vindicatio hereditatis*, потому что по своему строенію имѣетъ много общаго съ *rei vindicatio*¹⁾; онъ такой-же искъ вещный (*actio in rem*), дѣйствующій противъ всякаго, нарушающаго наследственное право.

Истецъ—наследникъ или занимающій его мѣсто (напримѣръ, получающій универсальный фидеикомиссъ). Долевой наследникъ вчиняетъ *hereditatis petitio partiaris*.

Отвѣтчикъ — кто владѣетъ той или другой вещью изъ наследства по какому-либо основанію. Въ источникахъ приводятся два главнѣйшія основанія: 1) *pro herede* — если отвѣтчикъ полагаетъ, что и онъ имѣетъ наследственное право, 2) *pro possessore*—если онъ не опирается на титулъ наследника. Кромѣ того также, какъ и при *rei vindicatio*, отвѣчаетъ еще: 3) *fictus possessor* — кто до начала тяжбы перестаетъ владѣть (*qui dolo desiit possidere*) или кто выдаетъ себя владѣльцемъ (*qui liti sese obtulit*,—выше, стр. 85).

Доказательства, приводимыя истцомъ должны касаться:

¹⁾ *Dig. 5. 3. Cod. 3. 31 (de pet. hereditatis). Lamnfromm, zur Geschichte d. Erbschaftsklage, 1887. Francke, Kommentar über d. Pand.-titel de h. p., 1864.*

1) того, что онъ имѣть право наследовать (которое опирается или на завѣщаніе или на близкое родство), 2) того, что отвѣтчикъ завладѣлъ вещью однимъ изъ трехъ помянутыхъ способовъ ¹⁾.

Сумма отвѣтственности при этомъ исѣѣ видоизмѣняется также, какъ и при *rei vindicatio* (выше, стр. 87), въ зависимости отъ квалификаціи отвѣтчика; недобросовѣстный владѣлецъ платится больше (особенно, послѣ *litis contestatio*). Добросовѣстный же владѣлецъ, согласно *setum Inventianum*, отвѣчаетъ не болѣе размѣровъ наличнаго обогащенія (*in quantum locupletior factus est*), а не въ размѣрѣ убытковъ истца (выше, стр. 224).

Б) *Другія средства* охраны наследства или суть временнаго характера, или имѣютъ силу при исключительныхъ обстоятельствахъ, или суть обыкновенные способы защиты наследника, какъ собственника или кредитора.

Interdictum quorum bonorum (Dig. 43. 2. Cod. 8. 2) — средство защиты преторскаго наследника (*bonorum possessor*). Онъ принадлежалъ къ категоріи: *interdicta adipiscendae possessionis* (о допущеніи ко владѣнію; выше, стр. 28) и имѣлъ въ виду овладѣніе *тѣлесными* вещами. Его отношеніе къ *hereditatis petitio* неясно. Большинство считаетъ это отношеніе подобнымъ отношенію интердикта къ *rei vindicatio*: наследникъ, проигравшій въ интердиктномъ процессѣ, могъ обратиться къ *hereditatis petitio*.

Interdictum quod legatorum (Dig. 43. 3) — такой же *interdictum adipiscendae possessionis*: о востребованіи предмета легата, которымъ овладѣлъ легатарій до вступленія наследника ²⁾.

Всякіе *иски обыкновенные* (какъ еще говорятъ, сингулярные) доступны наследнику, вступившему въ наследство, какъ хозяину или кредитору. Но если онъ начинаетъ такой обыкновенный процессъ противъ лица, оспаривающаго у него, въ

¹⁾ Если истецъ докажетъ одинъ фактъ владѣнія, которое отрицается отвѣтчикомъ, онъ вводится въ владѣніе (получая такъ назыв. *interdictum quam hereditatem*).

²⁾ При особыхъ обстоятельствахъ дѣйствуетъ *remedium ex lege ultima Codicis de edicto dicit Hadriani tollendo*. Именно, Юстиніанъ (Cod. 6. 33) оставилъ въ силѣ эдиктъ Адріана, по которому наследникъ по завѣщанію, не имѣющему наружныхъ недостатковъ, можетъ искать владѣнія наследственными вещами противъ *possessores* (*pro herede, pro possessore*). При этомъ, при Адріанѣ уплачивался налогъ съ наследства, а при Юстиніанѣ онъ былъ отмененъ.

свою очередь самое наследственное право, то ответчик может отвести искъ специальной ехсертио: *quod praeiudicium non fiat hereditati* (13 D 44. 1).

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Отказы изъ наслѣдства ¹⁾.

Отказъ изъ наслѣдства есть назначеніе наслѣдодателемъ безмезднаго полученія изъ наслѣдства въ пользу опредѣленнаго субъекта. Въ юридическомъ отношеніи отказа изъ наслѣдства участвуютъ три лица: 1) наслѣдодатель, устанавливающій отказъ; 2) тотъ, кто долженъ исполнить отказъ: по большей части наслѣдникъ, но можетъ быть и фискъ и даже легатарій; 3) одаренный отказомъ (*legatarius, fideicommissarius*). И въ легальныхъ опредѣленіяхъ отказа отмѣчаются его признаки: во-первыхъ, онъ представляетъ собою *выгодное* получение (§ 1 J. 2. 20: *legatum est donatio testamento relicta*); во-вторыхъ, выгода получается *на счетъ наслѣдства* (116 pr. D. 30: *legatum est delibatio hereditatis*—уменьшеніе наслѣдства); въ-третьихъ, выгода устанавливается *по волѣ* наслѣдодателя (—*delibatio hereditatis, qua testator—alicui quid collatum velit*).

Римское право знаетъ длинную исторію отказовъ. До Августа отказы назывались *легатами* ²⁾; ихъ было 4 формы, изъ которыхъ двѣ считались существенными: 1) *legatum per vindicationem*—отказъ, получаемый легатаріемъ непосредственно изъ наслѣдственной массы; 2) *legatum per damnationem*—получаемый чрезъ наслѣдника. Последняя форма была типической: она предполагалась всегда, если явно не было отказа

¹⁾ Inst. 2, 20 и слѣд. Dig. 30, 31, 32 (de legatis et fideicommissis). Cod. 6. 37. *Kosshert*, die Lehre v. d. Vermächtnissen, 1835. *Mayer*, Lehre v. d. Legaten u Fideicommissen, I, 1854.

²⁾ Слово объясняется Ульпіаномъ такъ (fragm., 24, 1): *legatum est quod legis modo, id est imperative relinquitur*.

въ другой формѣ. — Со времени Августа постепенно образовался второй видъ отказовъ — *fideicommissum*, доверенное поручение, возложенное на наследника или легатара, совершить определенное дѣйствіе въ пользу третьяго (*fideicommissarius*). Долгое время различіе между легатами и фидеикоммиссами выразалось, главнымъ образомъ, въ слѣдующемъ:

<i>Legatus:</i>	<i>Фидеикоммиссъ:</i>
1. назначается въ завѣщаніи	1. — и въ одномъ <u>кодициллѣ</u> и въ устной рѣчи.
2. назначается формально (<i>verbis latinis, imperativis</i>)	2. — неформально.
3. возлагается на наследника (<i>a legatario legari non potest</i>)	3. — можетъ быть возложенъ и на легатара.
4. назначается только гражданамъ	4. — и латинамъ и peregrinamъ.
5. <i>post mortem heredis legari non potest</i>	5. — фидеикоммиссъдѣйствительнъ, если одаренный переживетъ (<i>Gai, 2, 277</i>) ¹⁾ .
6. легатомъ можетъ быть вещное (<i>per vindicationem</i>) и личное право	6. — только личное отношеніе (<i>Paulus, sent, 4, 1, 18</i>).

Но всѣ помянутыя и другія различія ко времени Юстиніана потеряли значеніе, такъ что *legatum* и *fideicommissum* стали синонимами²⁾.

Въ краткомъ очеркѣ обратимъ вниманіе на установленіе, приобрѣтеніе, отдѣльные (сложные) отказы и, въ заключеніе, помянемъ о другихъ (кромѣ отказовъ) полученіяхъ изъ наследства.

Отдѣлъ первый. Установленіе отказовъ.

I) Что касается *формы* установленія, отказы изъ наследства устанавливаются въ завѣщаніи, въ кодициллѣ или какимъ-либо сообщеніемъ (устно — по праву Юстиніана) установителемъ по адресу того, на кого возлагается выдача отказа.

II) Отношенія *субъектовъ* — наследника и легатара, представляютъ собою *obligatio quasi ex contractu* (§ 5 J. 3. 27: *heres quoque legatorum nomine—quasi ex contractu debere intelligitur*). Наследникъ отвѣчаетъ лишь за *culpa lata*, если нѣтъ выгоды отъ исполненія отказа; но онъ отвѣчаетъ и за *culpa levis*, если имѣетъ выгоду отъ исполненія. Если наследникъ не можетъ купить за сходную цѣну отказанную (чу-

¹⁾ Подробнѣе о различіи у Гая, 2, 268—288.

²⁾ *Cod. 6. 43 (comunia de legatis et fideicommissis)*.

жую) вещь, онъ можетъ доставить ея рыночную цѣну.—Съ другой стороны, легатарій имѣетъ противъ наслѣдника *actio legati* (или *actio ex testamento*). И если онъ въ полгода не получаетъ отказа, можетъ требовать ввода во владѣніе имуществомъ наслѣдника (*missio Antoniana*). При отказѣ съ суспензивнымъ условіемъ, когда полученіе откладывается на время, легатарій можетъ просить объ обезпеченіи (*cautio legatorum servandorum*); за отказомъ въ обезпеченіи, онъ также вводится во владѣніе. При отказѣ съ условіемъ произвольно-отрицательнымъ («если легатарій не женится» и т. под.), легатарій долженъ дать *cautio* (*cautio Muciana*, ср. общ. часть, стр. 173), чтобъ получить отказъ немедленно.

III) *Предметами* отказовъ служатъ все то, что входитъ въ наслѣдственную массу. Именно, эта масса, за вычетомъ долговыхъ требованій, и служитъ матеріаломъ легатовъ и фидеикоммиссовъ. Дигесты подробно распространяются о предметахъ завѣщательныхъ отказовъ (*de usu, et usufructu, de tritico, vino vel oleo legato, de servitute legata* и т. д.,—таковы титулы 33 и 34 книги). Все-ли наслѣдство можно было раздавать въ видѣ отказовъ?

IV) Въ виду *коллизіи интересовъ* наслѣдника и легатара извѣстный законъ Фальцидія объявилъ четверть наслѣдства (*quarta Falcidia*) не подлежащей раздѣлѣ въ видѣ легатовъ, такъ что дозволялось отказывать не болѣе $\frac{3}{4}$ наслѣдства; наслѣдникъ могъ оставить четверть въ свою пользу¹⁾. Но наслѣдникъ, если пожелаетъ, можетъ и не воспользоваться своимъ правомъ на кварту.

До Юстиніана завѣщатель не могъ запрещать вычета четверти; Юстиніанъ (Nov. 1) дозволилъ завѣщателю запрещать наслѣднику удерживать четверть. Кромѣ того, не дѣлается вычетовъ: 1) въ отказахъ солдатъ, 2) изъ отказа обязательной доли, 3) если отказъ не имѣетъ денежной цѣны (напр., отказъ какого-либо документа) и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.

Расчетъ четверти Фальцидія производится по сравненію

¹⁾ Закону Фальцидія въ исторіи предшествовали двѣ другія *leges*, менѣе обезпечивавшія наслѣдника: 1) *lex Furia testamentaria*, опредѣлявшая максимумъ каждаго легата въ 1000 ассовъ; 2) *lex Voconia*, не позволявшая отдѣльному легатарю получить болѣе наслѣдника. *Lex Falcidia* сначала касалась одного наслѣдованія по завѣщанію; затѣмъ этотъ законъ распространили на отказы безъ завѣщанія и другія полученія изъ наслѣдства.

цѣнности наслѣдственнаго актива съ цѣнностью всѣхъ отказовъ. Для этого опредѣляется та и другая цѣнность. Цѣнность актива и отказовъ берется по моменту смерти, за вычетомъ долговъ; условныя долговыя требованія и условныя отказы въ расчетъ не поступаютъ (по можетъ быть затребована *cautio* на случай уплаты); ренты превращаются въ капиталъ по 4⁰/. Отказы и полученія въ пользу самого наслѣдника только тогда засчитываются въ четверть, когда на то была изъявлена воля наслѣдодателя.

При нѣсколькихъ сонаслѣдникахъ практикуются различныя способы счисления: или четверть берется съ *каждой* наслѣдственной доли, или съ *суммы долей* (если онѣ, напр., назначены одному наслѣднику), или *по сравненію нѣсколькихъ* долей, чтобы остатокъ одной шелъ въ пользу легатаровъ другой доли (если, напр., наслѣдникъ обремененной доли получаетъ, по праву приращенія, долю, свободную отъ отказовъ) ¹⁾.

V) Когда установленный отказ признается *недѣйствительнымъ*? Во-первыхъ, отказъ недѣйствителенъ съ самаго начала *установленія* его: отказъ невозможнаго дѣйствія, безнравственнаго характера, въоборотной вещь, собственности легатарія и въ другихъ случаяхъ. Но какъ быть, если основаніе недѣйствительности отпадаетъ до смерти завѣщателя (напр., вещь становится оборотной)? На этотъ вопросъ отвѣчало правило Катона (*regula Catoniana*): недѣйствительно установленный отказъ не дѣлается дѣйствительнымъ, хотя-бы до смерти завѣщателя отпало основаніе недѣйствительности ²⁾. Оно лишь не примѣнялось къ *условнымъ* отказамъ.

Во-вторыхъ, отказъ, правильно установленный, *отсроченно* дѣлается ничтожнымъ. Это бывасть, напимѣръ, въ такихъ случаяхъ: 1) если завѣщаніе дѣлается недѣйствительнымъ, 2) если легатарій умираетъ до смерти завѣщателя, 3) если отпадаетъ лицо, обязанное выдавать легаты, 4) *ademptio legati*—отмѣна легата самимъ наслѣдодателемъ (*posterior voluntas legato potior est*), 5) *translatio legati*—назначеніе новаго легата взамѣнъ прежняго (*novissima voluntas servatur*).

¹⁾ Расчеты могутъ быть очень сложными. Ср. *Amann*, die Berechnung d. Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erben etc, 1876.

²⁾ Fr. 1 pr. D 34. 7 (de *regula Catoniana*): quod, si testamenti facti tempore decesisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque deceserit, non valere.

Отдѣлъ второй. Приобрѣтеніе отказовъ.

Говоря о приобрѣтеніи отказа, остановимся на вопросахъ о моментахъ приобрѣтенія, о послѣдствіяхъ принятія и отреченія и объ охранѣ отказовъ изъ наслѣдства.

I) Обращаютъ вниманіе на *два момента* приобрѣтенія, которые выражаются словами: *dies legati (vel fideicommissi) cedit, dies legati venit* ¹⁾).

Dies cedit—начальный срокъ, съ наступленіемъ котораго приобрѣтается легатаріемъ *право на отказъ* ²⁾. Этимъ моментомъ берется моментъ смерти наслѣдодателя. Съ этого момента право на отказъ становится наслѣдственнымъ ³⁾.

Dies venit — моментъ, съ котораго легатарій *можетъ осуществить* свое право на отказъ ⁴⁾: можетъ получить его, предъявить искъ и т. д. Онъ совпадаетъ *ipso iure* съ принятіемъ наслѣдства наслѣдникомъ ⁵⁾. Въ срочныхъ отказахъ *dies veniens* совпадаетъ съ назначеннымъ срокомъ.

II) *Принятія* отказа изъ наслѣдства въ Юстиніановомъ правѣ, въ видѣ *особаго акта*, не требуется. Оно происходитъ, какъ мы видѣли, *ipso iure*, съ момента вступленія наслѣдника въ наслѣдство. Но легатарій, не желающій приобрѣсти легатъ, имѣетъ право отречься. Легатъ, отъ котораго отказался легатарій, считается какъ-бы *никогда не поступавшимъ*, какъ приобрѣтеніе, къ легатарію; потому, онъ признается принадлежностью наслѣдника (44 § 1 D 30: *si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis*).— Легатарій имѣетъ право одинъ отказъ принять, отъ другого отречься; но не имѣетъ права отречься отъ одной части отказа, другую часть котораго онъ желалъ-бы принять.

Въ случаѣ *отреченія* отказъ поступаетъ, какъ мы сказали, въ пользу наслѣдника, кромѣ двухъ случаевъ: 1) если легатарій имѣетъ *субститута* (это допускалось въ римскомъ

¹⁾ Dig. 36. 2: quando dies legatorum vel fideic. cedat. Cod. 6, 53.

²⁾ Fr. 213 D 50. 16: *cedere diem significat incipere debere pecuniam*.

³⁾ Въ двухъ случаяхъ удлинняется (*dies cedit*): 1) въ *личныхъ* отказахъ (напр. узурфрукта) легатарій долженъ дожить до слѣдующаго момента: *dies venit* (когда онъ получаетъ отказъ), 2) въ *условныхъ* отказахъ легатарій долженъ быть въ живыхъ при исполненіи условія.

⁴⁾ Fr. 213 D 50. 16: *venire diem significat cum diem venisse, quo pecunia peti possit*.

⁵⁾ Таково было мнѣніе сабиньянцевъ (Gai, 2, 195), принятое Юстиніаномъ. Прокулянцы еще требовали волеизъявленія легатара.

правѣ, по аналогіи съ субституціей наслѣдника), отказъ открывається въ пользу послѣдняго; 2) если на тотъ-же отказъ назначено двое или болѣе легатаровъ (collegatarii), то, часть перваго легатара, отъ которой онъ отрекается, можетъ открыться второму. Именно, въ Юстиніановомъ правѣ, право приращенія (*ius accrescendi*) признавалось за сотоварищами по легату тогда, когда имѣлось совмѣстное назначеніе, по крайней мѣрѣ, вещественное (*re tantum coniunctio*), т. е. . . . ? когда легатаріи назначены на одно и тоже имущество, но въ разныхъ оборотахъ рѣчи ¹⁾).

III) Средствами охраны отказовъ служили: 1) *actio ex testamento* (*actio legati*), принадлежащая легатару противъ наслѣдника, не выполнявшаго воли наслѣдодателя; 2) *cautio legatorum servandorum* ²⁾—обеспеченіе могло быть востребовано, въ видахъ сбереженія имущества, въ пѣкоторыхъ случаяхъ, выше нами упомянутыхъ (стр. 371); 3) *missio in possessionem* ³⁾—также иногда допускается вводъ легатара во владѣніе имуществомъ наслѣдника: когда, напимѣръ, наслѣдникъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ, по предьявленіи иска (*actio ex testamento*), не выдаетъ легата; или когда наслѣдникъ уклоняется отъ представленія поручителей (*cautio*).

Отдѣлъ третій. Сложные отказы.

Сложными отказами мы называемъ такіе, которые имѣютъ сложную юридическую конструкцію. Осложненіе касается отношеній легатара къ наслѣднику; во многихъ отношеніяхъ онъ становится юридически равносильнымъ ему. Вотъ, таковыя отказы: отказъ наслѣдственной доли, универсальный фидеикомиссъ и прелегать.

А) *Отказъ наслѣдственной доли*—(*partitio legata, legatum partitionis*) устанавливался, напимѣръ, такимъ образомъ: *heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito*—пусть

¹⁾ Ср. выше, стр. 336. А fortiori право приращенія имѣло мѣсто при совмѣстномъ назначенія вещественномъ и словесномъ (*re et verbis coniunctio*); но его не было при *verbis tantum coniunctio*—*Van-Wetter*, droit d'accroissement entre collégataires. 1866.

²⁾ Dig. 36. 3: *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cavetur*.

³⁾ Dig. 36. 4: *ut in possessione legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat*.

мой наслѣдникъ раздѣлитъ мое наслѣдство съ Тиціемъ; въ этомъ случаѣ, какъ говоритъ Ульпіанъ (frgm, XXIV, 25), половина наслѣдства признается отказанной Тицію. Долженъ ли такой легатарій платить долги наслѣдодателя? По своему положенію, въ качествѣ *successor singularis*, онъ къ тому не обязанъ, — тѣмъ болѣе, что явно имѣется назначенный наслѣдникъ въ завѣщаніи. Но въ виду того, что завѣщатель желалъ-бы передать всю наслѣдственную долю, во всемъ ея составѣ, — т. е., съ активомъ и пассивомъ, наслѣднику было предоставлено право требовать отъ легатарія формальнаго общанія (*stipulatio partis et pro parte*), согласно которому легатарій за приобретаемый активъ долженъ отвѣчать по обязательствамъ въ соотвѣтствующей долѣ.

Въ виду того, что въ Юстиніановомъ правѣ были отождествлены легаты съ фидеикоммиссами, и на *legatum partitionis* должны быть распространены тѣ положенія универсальнаго фидеикоммисса, о которыхъ у насъ будетъ рѣчь теперь.

Б) *Универсальный фидеикоммиссъ* (*fideicommissum hereditatis, fideicommissaria hereditas*) ¹⁾ есть довѣренное порученіе наслѣдодателя на счетъ того, чтобъ наслѣдникъ (*heres fiduciarius*) выдалъ все наслѣдство или часть его опредѣленному лицу (*fideicommissarius*). Отношенія между фидуціаромъ и фидеикоммиссаромъ нѣсколько разъ видоизмѣнялись въ исторіи римскаго права. Скажемъ о нихъ особо до Юстиніана и со времени его.

1) До Юстиніана универсальный фидеикоммиссъ пережилъ три слѣдующія фазы.

1) на первыхъ порахъ фидеикоммиссаръ былъ такимъ-же частнымъ преемникомъ, какъ и *legatarius partitarius*; между нимъ и наслѣдникомъ заключались формальныя общанія, *stipulationes partis et pro parte*;

2) *sectum Trebellianum* (изданное при Неронѣ) сообщало фидеикоммиссару положеніе наслѣдника (*locum heredis*); онъ и сталъ *дѣйствительнымъ* преемникомъ всего актива и пассива, приобретающимъ *actiones utiles*, свойственныя наслѣднику, а фидуціаръ считался лишь номинальнымъ *heres* (такъ что *stipulationes* сдѣлались лишними);

3) *sectum Pegasianum* (изданное при Веспасіанѣ) ослож-

¹⁾ Inst. 2, 23 (de fideicommissariis hereditatibus). Dig. 36. 1. Cod. 6. 49 (ad *sectum Trebellianum*).

нило отношеніе двумя нововведеніями: во первыхъ, оно дало право фидуціару удерживать quarta Falcidia; во вторыхъ, оно дало право фидеикоммиссару принуждать судебнымъ порядкомъ фидуціара ко вступленію въ наслѣдство (ибо иначе и фидеикоммиссару, получавшему наслѣдство чрезъ фидуціара, ничего не доставалось-бы). Но въ томъ и другомъ случаѣ фидеикоммиссаръ возвращался въ прежнее положеніе (legatarius partitarius, заключавашаго стипуляціи съ наслѣдникомъ).

II) Юстиніанъ, оставивъ въ силѣ статьи setum Pegasianum, включилъ ихъ, такъ сказать, въ setum Trebellianum. Именно, со времени Юстиніана heres fideicommissarius навсегда занялъ locum heredis, независимо отъ того, добровольно или принудительнымъ порядкомъ передавалъ фидуціаръ наслѣдство, удерживалъ или не удерживалъ онъ quarta Falcidia ¹⁾.

Передача фидеикоммисса (*restitutio hereditatis*) заключалась въ неформальномъ заявленіи фидуціара, если онъ передавалъ наслѣдство добровольно, или въ актѣ судебномъ, въ случаѣ отказа въ добровольной *restitutio*. И вотъ, положеніе фидуціара до *restitutio* наслѣдства зависѣло отъ способа *restitutio*: 1) при добровольномъ вступленіи въ наслѣдство фидуціаръ считался полнымъ наслѣдникомъ до момента передачи наслѣдства (и оставался таковымъ въ извѣстной части *post restitutio*, если онъ передалъ не все наслѣдство, а только часть его, или когда удерживалъ quarta Falcidia); 2) въ случаѣ принудительной *restitutio* фидуціаръ не имѣлъ правъ наслѣдника и не могъ вычитать кварту. Въ томъ и другомъ случаѣ фидеикоммиссаръ, какъ полный преемникъ, платилъ сполна или въ назначенной долѣ долги наслѣдодателя и раздавалъ другіе отказы.

В) *Прелегатъ* ²⁾ есть легать, установленный въ пользу наслѣдника. Степень сложности отношеній зависитъ отъ того, точно обозначено или не обозначено лицо, обязанное выдать легать.

Въ первомъ случаѣ, — когда, напримѣръ, возлагается на одного (такого-то) наслѣдника (или хоть легатарія) выдать легать другому (такому-то) наслѣднику, — имѣется простой

¹⁾ Вслѣдствіе того, что и право на кварту вошло въ setum Trebellianum, эта кварта называется отъ среднихъ вѣковъ quarta Trebellianica.

²⁾ Buchholtz, die Lehre v. d. Praelegaten, 1850. Kretschmar, die Natur d. Praelegats, 1874.

обыкновенный легатъ, безъ какихъ-либо особенностей. Теперь въ этомъ случаѣ говорятъ о прелегатѣ въ *обширномъ* смыслѣ.

Во второмъ случаѣ (прелегата въ *спеціальномъ* значеніи), когда опредѣлены сонаслѣдникъ, одаренный легатомъ, но не обозначены [?]обязанные выдать легатъ, — такъ что бремя легата ложится на всѣхъ наслѣдниковъ, — немало особенностей. И прежде всего, такъ какъ самъ одаренный вмѣстѣ съ другими долженъ нести бремя выдачи легата, ничтожна часть легата, которая выпадаетъ на долю его (*heredi a semet ipso legari non potest* — не можетъ же наслѣдникъ *самъ себя выдать* ту часть легата, которая выпадетъ на его долю). Поэтому, наслѣдникъ, въ качествѣ легатарія, получаетъ легатъ за вычетомъ доли, соответствующей его части наслѣдства. Куда же дѣвается эта вакантная доля? А вотъ, если есть другой легатарій на тоже имущество, онъ и получаетъ эту долю по праву приращенія; если же такого легатарія нѣтъ, то тотъ же наслѣдникъ удерживаетъ ее *iure heredis* (а не праву прелегатарія). Иначе говоря, въ послѣднемъ случаѣ (въ отсутствіи солегатаря) весь прелегатъ остается за наслѣдникомъ: части, обременяющія наслѣдниковъ, имъ получаются по праву легатарія; часть, выпадающая на его наслѣдственную долю и, потому ничтожная, какъ легатъ, — ему достается *iure heredis*. — Далѣе, если прелегатарій отказывается отъ наслѣдства, онъ получаетъ право на весь ему установленный легатъ, въ качествѣ простого легатарія. — И вообще, съ какой математической точностью римскіе юристы умѣли разобраться въ отношеніяхъ прелегата, тому служатъ примѣромъ многіе казусы въ дигестахъ: если изъ двухъ сонаслѣдниковъ А и В отказано имѣніе въ пользу А, а также въ пользу легатаровъ С и D, — А получаетъ $\frac{1}{6}$ имѣнія, т. е., какъ одинъ изъ 3 солегатаровъ, третью часть половины, которую долженъ выдать ему В; другая же половина, составляющая наслѣдственную долю А, ему не достается и идетъ въ пользу С и D, получающихъ, сверхъ того, по $\frac{1}{6}$ отъ В (116 § 1 D 30). Еще примѣръ: если на двухъ наслѣдниковъ, изъ которыхъ одинъ назначенъ на $\frac{1}{12}$ (*heres ex uncia*), другой — на $\frac{11}{12}$, возложено выдать такое-то имѣніе, какъ прелегатъ, — то первый наслѣдникъ получить $\frac{11}{12}$ имѣнія, второй — $\frac{1}{12}$ (34 § 12 D 30). Иначе говоря, части прелегата обратно пропорціональны долямъ наслѣдства.

Отдѣлъ четвертый. Иныя полученія изъ наслѣдства.

Кромѣ предмета наслѣдованія и отказовъ изъ наслѣдства (въ видѣ легатовъ и фидеикомиссовъ) возможны иныя полученія изъ наслѣдственной массы со стороны определенныхъ лицъ. Это суть *mortis causa donationes* и *mortis causa capiones*.

А) *Mortis causa donatio*—дареніе на случай, если даритель умретъ ранѣе одареннаго. Оно представляетъ собой дареніе въ его общемъ значеніи,—какъ добровольное, безмездное дѣйствіе съ намѣреніемъ одарить, не требующее *отчужденія* (*alienatio*) имущества при совершеніи его (общ. часть, стр. 221). Даръ получается только по смерти дарителя.

Оно бываетъ, во первыхъ, вообще на случай смерти (если одаренный переживетъ одареннаго) и, во вторыхъ, на случай *данной опасности* для жизни. Въ послѣднемъ случаѣ, оно теряетъ силу, когда минуетъ опасность.

Форма настоящаго даренія двояка: или общеобыкновенная (какъ и для *donatio inter vivos*—*insinuatio* даренія болѣе 500 солидовъ), или специальная—предъ 5 свидѣтелями (4 С. 8. 56).

Многія правила объ отказахъ изъ наслѣдства были распространены и на *donatio mortis causa*: относительно *quarta Falcidia*, права приращенія одаренныхъ и т. д. По праву Юстиніана, дареніе *почти во всемъ* (*ferè per omnia*—§ 1 Inst. 2, 7) было подведено подъ отказъ изъ наслѣдства.

Оно отличается отъ отказа тѣмъ, что можетъ имѣть силу даже тогда, когда наслѣдникъ не принимаетъ наслѣдства; даръ приобрѣтается непосредственно изъ наслѣдственной массы и въ нѣк. друг. отнош.

Б) *Mortis causa capio*—то, что получается,—не въ видѣ наслѣдства, отказа или даренія,—по поводу смерти. Источники говорятъ (31 D. 39. 6: *de mortis causa donationibus et capionibus*): *mortis causa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur*)—т. е., источники опредѣляютъ случаи приобрѣтенія по поводу смерти путемъ исключенія институтовъ наслѣдственнаго права, имѣющихъ собственныя прозванія (наслѣдованіе, отказъ, дареніе на случай смерти). Сюда принадлежатъ:

1) *condicionis implendae causa datum*—то, что третье ли-

по имѣть получить отъ наслѣдника или легатарія по волѣ наслѣдодателя. Напримѣръ, завѣщатель назначаетъ А наслѣдникомъ или легатаріемъ подъ условіемъ, если онъ дастъ такую-то сумму В. Полученіе В есть *mortis causa capio*. Оно подчиняется требованіямъ относительно *capitas* одареннаго (стр. 327), вычетахъ въ пользу *quarta Falcidia* и другимъ условіямъ пріобрѣтенія отказовъ;

2) полученіе отъ третьихъ лицъ за отреченіе отъ наслѣдства,—за принятіе невыгоднаго наслѣдства (21 D 39 6) и т. п.