

Гримм Д.Д.

Лекции по догме римского права

Давид Давидович Гримм (1864-1941). Биографический очерк	
Введение	(1 - 6)
Общая часть	(7 - 93)
О лицах или субъектах прав	(7 - 24)
Глава I. Физические лица	(8 - 17)
Глава II. Юридические лица	(18 - 24)
Об объектах прав	(25 - 34)
Глава I. Общие положения	(25 - 26)
Глава II. Юридически важные качества вещей	(27 - 32)
Глава III. Res in commercio et extra commercium	(33 - 34)
Приобретение и потеря прав	(35 - 37)
Глава I. Общие начала	(35 - 37)
Глава II. О действиях как факторах возникновения, изменения и прекращения прав. Общие начала	(38 - 41)
О юридических сделках	(42 - 62)
О недозволенных действиях	(63 - 65)
Глава III. О влиянии времени на возникновение и прекращение прав	(66 - 70)
О привилегиях	(71)
Осуществление и защита прав	(72 - 75)
Глава I	(72)
Глава II. Обеспечение прав, самозащита и самоуправство	(73 - 74)
Глава III. Судебное осуществление прав	(75)
Об исках и возражениях	(76 - 86)
О начале процесса, о доказательствах, о судебном решении	(87 - 93)
Особенная часть	(94 - 385)
Вещное право	(94 - 187)
Глава I. Владение. Общие положения	(95 - 98)
Глава II. Субъекты и объекты владения	(99 - 100)
Глава III. Приобретение владения	(100 - 103)
Глава IV. Прекращение владения	(104 - 106)
Глава V. Защита владения	(107 - 111)
Право собственности	(112 - 117)
Глава I. Понятие, содержание и виды права собственности	(112 - 116)
Глава II. Способы приобретения собственности	(117)
Производные способы приобретения собственности	(118 - 120)
Первоначальные способы приобретения собственности	(121 - 129)
Глава III. Прекращение права собственности	(130)
Глава IV. Защита права собственности	(131)
Вещные иски собственника	(132 - 138)
Сервитутное право	(139 - 156)
Глава I. Сущность сервитутов	(139 - 140)

Глава II. Отдельные личные сервитуты	(141 - 146)
Глава III. Реальные сервитуты	(147 - 150)
Глава IV. Возникновение сервитутов	(151 - 152)
Глава V. Прекращение сервитутов	(153 - 154)
Глава VI. Защита сервитутов	(155 - 156)
Emphyteusis и superficies	(157 - 163)
Глава I. Emphyteusis	(157 - 161)
Глава II. Superficies	(162 - 163)
Залоговое право	(164 - 187)
Глава I. Общие положения	(164 - 165)
Глава II. Возникновение залогового права	(166 - 170)
Глава III. Объем залогового права	(171 - 172)
Глава IV. Права кредитора по залогу	(173 - 177)
Глава V. Множественность кредиторов	(178 - 181)
Глава VI. Прекращение залогового права	(182 - 183)
Глава VII. Залог прав	(184 - 187)
Обязательственное право	(188 - 296)
Общая часть обязательственного права	(188 - 234)
Глава I. Понятие и содержание обязательств	(188 - 195)
Глава II. Субъекты обязательства	(196 - 200)
Глава III. Натуральные обязательства	(201 - 202)
Глава IV. Возникновение обязательств	(203 - 211)
Глава V. Изменение обязательств	(212 - 216)
Глава VI. Цессия обязательственных требований	(217 - 220)
Глава VII. Прекращение обязательств	(221 - 234)
Остальные способы прекращения обязательств	(235 - 238)
Договорные обязательства и соприкасающиеся с ними отношения	(239 - 276)
Глава I. Односторонние и неравномерно двусторонние договоры	(239 - 254)
Глава II. Равномерно двусторонние договоры	(255 - 276)
Обязательства, вытекающие из правонарушений, и соприкасающиеся с ними отношения	(277 - 283)
Глава I. Общая характеристика	(277 - 278)
Глава II. Обзор важнейших отдельных случаев	(279 - 283)
Остальные смешанные случаи обязательственных отношений	(284 - 288)
Глава I. Иски о возврате неправомерного обогащения (кондикции)	(284 - 286)
Глава II. Actio ad exhibendum	(287)
Глава III. Алиментарное обязательство	(288)
Обеспечение обязательственных требований путем поручительства	(289 - 296)
Глава I. Понятие и формы поручительства	(289 - 291)
Глава II. Последствия поручительства	(292 - 294)
Глава III. Прекращение поручительства	(295)
Глава IV. Ограничения поручительства и Senatusconsultum Vellejanum	(296)
Семейственное право	(297)
Брачное право	(298 - 307)
Глава I. Понятие брака, порядок заключения и прекращения его и личные отношения между супругами	(298 - 299)
Глава II. Имущественные отношения между супругами	(300 - 307)
Отношения между родителями и детьми	(308 - 312)

Глава I. Установление и прекращение отцовской власти (308 - 310) и личные отношения между родителями и детьми	
Глава II. Имущественные отношения между родителями (311 - 312) и детьми	
Право опеки и попечительства	(313 - 318)
Глава I. Понятие, история и современная организация (313 - 316) института	
Глава II. Юридические последствия учреждения опеки (317 - 318) и попечительства	
Наследственное право	(319 - 326)
Глава I. Понятие и главные моменты в истории (319 - 320) римского наследственного права	
Глава II. Общие условия права наследования	(321 - 326)
Наследование по завещанию	(327 - 336)
Глава I. Понятие, условия и формы завещаний	(327 - 330)
Глава II. Содержание завещаний	(331 - 334)
Глава III. Недействительность завещаний	(335 - 336)
Наследование по закону	(337 - 346)
Глава I. Наследование по закону в до-юстиниановском (337 - 338) праве	
Глава II. Юстиниановское право законного наследования	(339 - 343)
Глава III. Учение о collatio	(344 - 346)
Необходимое наследование	(347 - 353)
Глава I. Понятие и история необходимого наследования	(347 - 350)
Глава II. Необходимое наследование в юстиниановском (351 - 353) праве	
Приобретение наследства	(354 - 361)
Глава I. Нормальные способы приобретения наследства	(354 - 357)
Глава II. Трансмиссия	(358 - 359)
Глава III. Предмет приобретения	(360 - 361)
Юридические последствия приобретения наследства	(362 - 368)
Глава I. Юридическое положение наследника	(362 - 364)
Глава II. Иски наследника и против наследника	(365 - 366)
Глава III. Провизорный ввод во владение наследством	(367 - 368)
Учение об отказах и mortis causa capiones	(369 - 385)
Глава I. Понятие, виды, история и способы (369 - 370) установления отказов	
Глава II. Субъект отказов	(371 - 372)
Глава III. Содержание отказов	(373 - 374)
Глава IV. Приобретение и уничтожение отказов	(375 - 376)
Глава V. Юридическое положение легатария (377 - 378) и ограничения свободы отказов	
Глава VI. Универсальный фидеикомисс	(379 - 383)
Глава VII. Mortis causa capiones	(384 - 385)

Давид Давидович Гримм (1864-1941). Биографический очерк

Д.Д.Гримм родился 11 января 1864 года в Санкт-Петербурге в семье известного русского архитектора, академика и профессора Императорской Академии художеств Давида Ивановича Гримма (1823-1898). У него было двое младших братьев - Герман и Эрвин-Александр. Герман Давидович Гримм (1865-1942) пошел по пути своего отца и стал архитектором*(1). Эрвин Давидович Гримм (1870-1940) стал историком*(2).

Давид Давидович Гримм выбрал для себя поприще юриспруденции. По завершении

гимназического курса обучения он поступил на юридический факультет Санкт-Петербургского университета. Вероятно, еще во время учебы здесь у него появился интерес к римскому праву.

После окончания университета в 1885 году Д.Д.Гримм некоторое время работал в одном из департаментов Правительствующего Сената. Но карьера чиновника не интересовала его - он собирался посвятить себя научной и преподавательской деятельности. В процессе подготовки к работе в качестве преподавателя Давид Гримм около года слушал в Берлинском университете лекции немецких правоведов: Г.Дернбурга, А.Перниса, Э.Экка. Особенно большое значение для молодого русского правоведа имело общение с пандектистом Генрихом Дернбургом. Немецкая пандектистика станет впоследствии главным объектом его научных исследований.

Весной 1889 года Д.Д.Гримм успешно выдержал магистерский экзамен и тем самым открыл себе путь к преподавательскому поприщу. 14 сентября 1889 года он был назначен на должность приват-доцента Дерптского университета по кафедре римского права.

В 1891 году Гримма перевели для чтения курса римского права в Императорское училище правоведения. В этом учебном заведении он будет преподавать в течение четырнадцати лет - вплоть до 1905 года.

В 1893 году Д.Д. Гримм успешно защитил магистерскую диссертацию "Очерки по учению об обогащении"^{*(3)} и был утвержден^{*(4)} Советом Санкт-Петербургского университета в степени магистра римского права. В 1894 году ему было поручено преподавать на юридическом факультете Санкт-Петербургского университета спецкурс на тему: "Чтение о некоторых спорных вопросах Римского права". С 1896 и до 1906 года Давид Давидович читал также курс энциклопедии права в Военно-Юридической академии.

Высочайшим приказом по министерству народного просвещения от 4 декабря 1899 года Д.Д.Гримм был назначен "исправляющим должность Экстраординарного Профессора С.-Петербургского Университета по кафедре Римского права, с оставлением в занимаемых им по Училищу Правоведения и Военно-Юридической Академии должностях"^{*(5)}.

24 сентября 1900 года Д.Д.Гримм успешно защитил докторскую диссертацию по теме: "Основы учения о юридической сделке в современной доктрине пандектного права"^{*(6)} и 18 декабря того же года Совет Санкт-петербургского университета утвердил его в степени доктора римского права.

8 сентября 1901 года Д.Д.Гримм на основании ходатайства Управляющего Петербургским Учебным Округом и положительного отзыва профессора А.Х.Гольмстена о его научной деятельности был определен ординарным профессором по кафедре римского права^{*(7)}. Менее двух месяцев спустя - 31 октября 1901 года - он был назначен на четырехлетний срок деканом юридического факультета Санкт-Петербургского университета.

С 14 октября 1904 года профессор Д.Д.Гримм в течение последующих двух лет занимал должность инспектора классов Императорского Училища правоведения.

15 октября 1905 года Санкт-Петербургский университет был распоряжением правительства закрыт до осени 1906 года. В соответствии с распоряжением министра народного просвещения, изданном 28 октября 1905 года, университет закрывался на неопределенное время. Причиной такого решения были беспорядки в Санкт-Петербурге и волнения среди студенчества.

11 июля 1906 года Д.Д.Гримм был назначен профессором Высших Женских курсов для преподавания римского права на только что открытом в рамках этого учебного заведения юридическом факультете^{*(8)}. А спустя три месяца - 10 октября указанного года - его утвердили в должности декана юридического факультета Санкт-Петербургского университета на новый четырехлетний срок^{*(9)}.

8 февраля 1907 года выборщиками членов Государственного Совета от Императорской Академии наук и Императорских Российских университетов профессор Д.Д.Гримм был избран в состав Государственного Совета Российской империи^{*(10)}. 15 октября 1912 года он выбыл из него, вынужденный уйти на выбытие, но в тот же день был снова избран в члены Государственного Совета от Императорской Академии наук и Императорских российских

университетов.

В рамках данного органа, в котором обсуждались "законодательные предположения, восходящие к верховной самодержавной власти", возникло несколько политических группировок: правая, центр, правый центр, кружок внепартийного объединения и левая. Левая группировка, именовавшаяся также "прогрессивной", была самой малочисленной и соответственно маловлиятельной в Государственном Совете. Именно в нее вошел Д.Д.Гримм и возглавлял ее во все время деятельности Совета, то есть до мая 1917 года.

Будучи юристом, Гримм принимал активное участие в обсуждении рассматривавшихся на заседаниях Государственного Совета законопроектов. И его мнениям по тем или иным юридическим вопросам считались авторитетными среди членов Государственного Совета. Так, выступление Д.Д.Гримма в поддержку законопроекта об авторском праве во многом способствовало его принятию данным органом. Однако бывали случаи, когда его доводы не принимались большинством, несмотря на то, что они находили поддержку у других видных правоведов - членов Государственного Совета. В 1916 году Д.Д.Гримм поддержал вместе с А.Ф.Кони и Н.С.Таганцевым прошедший Государственную Думу и внесенный в Государственный Совет законопроект о допущении женщин в адвокатуру*(11).

Из революции 1905-1907 годов русская интеллигенция вышла расколота на партии. Д.Д.Гримм примкнул, подобно многим другим правоведам, к партии конституционных демократов, выступавшей также под именем "партии народной свободы". Однако Давид Давидович не стал активным партийным деятелем. До 1911 года он лишь дважды - 8 и 9 марта 1908 года - принимал участие в заседаниях Центрального комитета конституционно-демократической партии*(12) и при этом в основном молчал - только один раз подал голос, высказавшись за участие членов партии в работе правительственных комиссий*(13).

1 марта 1910 года Д.Д.Гримм был избран ректором Санкт-Петербургского университета и 22 марта император Николай II своим Высочайшим приказом утвердил его в этой должности на трехлетний срок. 1910-1911 годы были трудным временем в жизни российских университетов. Студенты, подпавшие под влияние политической пропаганды революционеров и либералов, стремились превратить учебные заведения в политические клубы. Они беспрестанно митинговали и бастовали, устраивали политические шествия. Такое поведение студентов провоцировало власти на принятие жестких мер по наведению порядка с помощью полиции. Деканы факультетов и особенно ректор университета оказывались при этом в положении между молотом и наковальней. Ректор Д.Д.Гримм старался успокоить студентов и в то же время делал все необходимое для предотвращения вторжения полиции в стены университета.

В конце концов частые студенческие волнения, выливавшиеся, как правило, в кровавые столкновения с полицией, вынудили правительство принять меры по наведению порядка в учебных заведениях. Постановлением Совета Министров от 11 января 1911 года была ликвидирована автономия университетов. В тот же день был издан циркуляр министерства народного просвещения "О временном недопущении публичных и частных студенческих собраний в стенах высших учебных заведений"*(14).

Эти меры привели к еще большему обострению обстановки в российских университетах. Студенты продолжали митинговать, несмотря на запреты правительства. Полиция же действовала теперь более решительно.

22 января в главном коридоре здания Санкт-Петербургского университета были вывешены два красных флага с надписями "Долой самодержавие" и "Да здравствует учредительное собрание". Спустя неделю после этого ректор Д.Д.Гримм распорядился закрыть университет в целях предупреждения беспорядков.

В начале сентября 1911 года Давид Давидович подал прошение об отставке с поста ректора. Высочайшим приказом от 11 сентября он был "уволен от должности Ректора Императорского С.-Петербургского университета, с оставлением в должности Ординарного Профессора того же Университета". Новым ректором был утвержден 12 декабря 1911 года профессор всеобщей истории Эрвин Давидович Гримм*(15), занимавший ранее должность проректора.

3 августа 1913 года министр народного просвещения Л.А.Кассо издал приказ о переводе Д.Д.Гримма на должность ординарного профессора Императорского Харьковского университета по кафедре римского права. Но профессор Гримм являлся членом Государственного Совета, и это давало ему основание отказаться от назначения в Харьковский университет. Высочайшим приказом от 10 февраля 1914 года Д.Д.Гримм был, как говорится в его "Формулярном списке", "уволен от занимаемой должности Ординарного Профессора Императорского Харьковского Университета, по случаю причисления к Министерству Народного просвещения"*(16).

После этого в российских газетах появились статьи, в которых под сомнение ставилась правомочность пребывания Д.Д.Гримма в составе Государственного Совета. Повод к такому сомнению дал тот факт, что он, избранный в Государственный Совет от Императорской Академии наук и Императорских российских университетов, не занимал отныне профессорской должности в каком-либо университете. 7 марта Государственный Совет признал подавляющим большинством, что увольнение Д.Д.Гримма в отставку министром народным просвещения не лишает его права быть членом Государственного Совета.

Министр Л.А.Кассо многих профессоров столичных университетов пытался в то время рассредоточить по провинциальным университетам. Например, профессор М.Я.Пергамент был послан преподавать римское право в Юрьевский (бывший Дерптский) университет. Он так же как Гримм отказался покинуть Петербург и вышел в отставку. И.В.Гессен писал в своих мемуарах об этих правоведах: "Оба они были типичными добросовестными учеными немецкой выучки, образцово корректными людьми"*(17).

С 1 сентября 1914 года Д.Д.Гримм начал преподавать в Александровском (бывшем Царскосельском) лицее*(18). Одновременно продолжалась его работа в качестве члена Государственного Совета.

Начало Первой мировой войны вызвало в русском обществе волну патриотизма, охватившую все слои населения. Патриотические чувства возобладали и среди интеллигенции. Выражая их, Совет Петроградского университета направил 29 июля 1914 года императору Николаю II адрес, в котором заявлял, что горит "одинаковым" с царем и его народом стремлением посвятить свои силы служению "оружию, поднятому в защиту Святой Руси и всего славянства"*(19). 1 сентября 1914 года Совет Петроградского университета принял решение об отчислении 3% содержания профессоров и служащих университета на лазареты для раненых*(20).

Созданные интеллигентами политические партии меняли в новых условиях свою тактику, переходя от противостояния правительству к поддержке его деятельности. ЦК конституционно-демократической партии обнародовал 20 июля 1914 года воззвание, в котором призывал отложить внутренние споры, не давать врагу "ни малейшего повода надеяться на разделявшие нас разногласия".

Вожди "кадетов" надеялись, что в условиях император Николай II призовет их во власть. Когда же им стало очевидно, что этим их надеждам сбыться не суждено, они резко сменили свое поведение и отказались от политики поддержания "внутреннего мира". С лета 1915 года "кадеты" вновь стали в оппозицию к правительству. Все их действия определялись теперь стремлением дискредитировать правительство в глазах русского общества. При этом для достижения данной цели вождями конституционных демократов вполне допускалось применение любых и самых гнусных средств.

1 ноября 1916 года лидер "кадетов" П.Н.Милюков выступил в Государственной Думе с целой серией откровенных инсинуаций по отношению к правительственным кругам и в том числе в адрес самого императора Николая II и его супруги Александры Федоровны. В процессе своей клеветнической речи Милюков неоднократно восклицал: "Что это - глупость или измена?" Текст этой Милюковской речи был широко распространен "кадетами" в городах Российской империи и в русской армии.

И.А.Ильин рассказывал впоследствии в своих мемуарах о том, как однажды - было это в 1917 году - спросил П.Б.Струве, на каком основании Милюков произносил свою пресловутую речь в Думе 1 ноября 1916 года: "Глупость или измена?" И Петр Бернгардович, входивший

когда-то в состав ЦК партии "кадетов" и знавший умонастроения ее руководства, ответил: "Видите ли... У него тоже не было никаких оснований... Но в то время центральный комитет Конституционно-демократической партии считал, что в настоящий момент против Царской семьи политически показуется инсинуация"*(21).

По всей видимости и Д.Д.Гримм придерживался тогда подобного совершенно аморального и антигосударственного воззрения. Выступая в феврале 1916 года на заседании академической группы партии "кадетов", он открыто заявлял: "Нет никаких сомнений в том, что война нами проиграна"*(22). Данное заявление было сделано в то время, когда и самому поверхностному наблюдателю было очевидно, что Германия выдыхается и более года войны с Россией не выдержит. Россия же в свою очередь к тому времени полностью оправилась от неудач первых месяцев войны и обретала силы для окончательной победы над своим злейшим историческим врагом. Впрочем все это хорошо понимали вожди "кадетов". Сознавая при этом, что победа России укрепит самодержавный строй и сделает их шансы на обретение власти в данной стране очень и очень призрачными, они стремились создать условия для скорейшего свержения Николай II с императорского трона.

Д.Д.Гримм встретил февральскую революцию 1917 года с воодушевлением, не подозревая какую великую катастрофу она несла для России и сколь тяжкими окажутся ее последствия для личной его судьбы.

3 марта 1917 года состоялось экстренное заседание Совета Петроградского университета, на котором была принята резолюция о полной поддержке Временного правительства. В ней, в частности, говорилось: "Довести до сведения Временного правительства, опирающегося на единодушную поддержку народа и армии, чьими героическими усилиями навсегда опрокинут старый порядок, что в этот ответственный момент, переживаемый родиной, Совет считает своим долгом предоставить в полное распоряжение Временного правительства все свои силы, дабы способствовать прочному насаждению нового порядка". На этом же заседании Совет единодушно решил обратиться к новому министру народного просвещения А.А.Мануйлову с просьбой восстановить в правах уволенных из Петроградского университета в годы царского режима профессоров. В списке этих профессоров был назван и Д.Д.Гримм*(23).

16 марта 1917 года Д.Д.Гримм был назначен Указом Временного правительства Правительствующему Сенату "Комиссаром Временного Правительства над Государственной Канцелярией и Канцелярией по принятию прошений".

Приказом по министерству народного просвещения от 4 июля 1917 года он был утвержден ординарным профессором Петроградского университета по кафедре римского права - "согласно избранию, с оставлением его Сенатором".

14 октября 1917 года - за одиннадцать дней до большевистского переворота - Д.Д.Гримм подал прошение о выходе на пенсию. При этом он сохранял за собой звание профессора, члена факультета и Совета.

В июне 1918 года Петроградский университет был переименован в 1-й Петроградский государственный университет (Петроградский Психоневрологический институт был назван при этом 2-м Петроградским госуниверситетом, а Высшие Женские курсы - 3-м ПГУ)*(24). Это был первый всплеск волны реформ, надвигавшейся на российские университеты. Поняв, что с университетской автономией в скором времени будет покончено, брат Д.Д.Гримма профессор Э.Д.Гримм, избранный 16 октября 1917 года ректором Петроградского университета на третий срок, отказался от своей должности*(25).

В июне 1919 года юридический факультет 1-го Петроградского университета, членом которого числился Д.Д.Гримм, был преобразован в политико-юридическое отделение учрежденного на базе историко-филологического факультета и факультета восточных языков "факультета общественных наук"*(26). Деканом ФОНа стал профессор Д.Д.Гримм.

2 августа 1919 года по постановлению наркомата просвещения 1-й, 2-й и 3-й Петроградские университеты объединялись в Единый Петроградский государственный университет.

В ночь с 3 на 4 сентября 1919 года ЧК арестовала группу профессоров Петроградского университета. В числе арестованных оказались правоведы Д.Д.Гримм и М.Я.Пергамент. 11 сентября Совет университета, собравшись по этому случаю на экстренное заседание, принял решение собрать деньги на питание находящихся под арестом профессоров и преподавателей, а также послать депутацию к председателю Совета народных комиссаров В.И. Ленину*(27). Д.Д.Гримм был в конце концов отпущен на поруки*(28). 29 октября 1919 года новым деканом "факультета общественных наук" вместо Д.Д.Гримма был утвержден Советом университета профессор Н.Я. Марр.

Весной 1920 года Д.Д.Гримм покинул Советскую Россию и на короткое время поселился в Финляндии в Гельсингфорсе (Хельсинки). Здесь уже пребывали его жена Вера Ивановна Гримм, сын Иван со своей супругой Марией и сыном (внуком Давида Давидовича) Дмитрием, а также няня Дмитрия Степанида Кузьмина. Они приехали сюда еще в 1918 году*(29).

Д.Д.Гримм стал сотрудником выходившей в столице Финляндии с 5 декабря 1919 года газеты "Новая русская жизнь". Генерал П.Н.Врангель, принявший 22 марта 1920 года пост Главнокомандующего Вооруженными Силами Юга России, назначил его своим официальным представителем в Финляндии*(30). Одновременно профессор Д.Д.Гримм возглавил созданный в этой стране Русский Научный комитет.

Летом 1920 года он получил приглашение из университета старинного эстонского города Тарту занять должность ординарного профессора по кафедре римского права. Это был университет, в котором начиналась его преподавательская деятельность. Давид Давидович вел здесь в 1889-1891 годах тот же самый курс римского права, на который его звали. Только город Тарту именовался в то время Дерптом*(31). Инициатором приглашения Д.Д.Гримма в Тартуский университет являлся его коллега по работе в Сенате и по специальности профессор гражданского права И.М.Тютрюмов. К тому времени в Эстонии обосновалось немало русских профессоров. Работали они и в Тартуском университете, причем читали лекции на русском языке. Однако Гримм, несмотря на весьма благоприятные условия для научной и преподавательской деятельности в Тарту отказался в 1920 году переехать в этот город.

Осенью 1920 года Д.Д.Гримм находился в Париже. 18 ноября 1920 года он участвовал в заседании Парижского комитета конституционно-демократической партии*(32). 1 января 1921 года Давид Давидович был в Берлине и присутствовал на проходившем в этот день заседании Берлинской группы членов партии народной свободы ("кадетов")*(33).

Отношения Д.Д.Гримма с руководством этой партии были весьма сложными. Он не вписывался в рамки либеральной идеологии февральской революции 1917 года, проповедовавшейся Милюковым и К?. Следуя этой идеологии, вожди "кадетов" главными своими врагами считали не левые партии, а организации правых - движение русских националистов. Данных воззрений придерживался летом и осенью 1917 года А.Ф.Керенский. Ведя борьбу с русскими националистами, он попустительствовал большевикам и левым эсерам, несмотря на то, что располагал фактами о сотрудничестве их вождей с представителями германского генерального штаба. В результате этого Керенский фактически создал условия для захвата левыми партиями государственной власти в России. Этот печальный опыт ничему не научил вождей конституционных демократов. Оказавшись в эмиграции, они остались на прежних своих политических позициях. Когда Д.Д.Гримм принял осенью 1920 года участие в создании "Русского Парламентского Комитета за границей", в котором активную роль играли русские эмигранты, придерживавшиеся правых воззрений, Парижский комитет партии "кадетов" выступил против какого-либо сотрудничества его с данной организацией. Давид Давидович вынужден был на заседании 14 декабря оправдываться перед членами Парижского комитета, утверждая, что "Русский Парламентский Комитет за границей" "согласно своему уставу не является политической организацией"*(34). Парижский комитет в ответ на это поручил президиуму довести до сведения Д.Д.Гримма "имеющуюся у него и противоречащую такому утверждению информацию"*(35).

На заседании Парижского комитета конституционно-демократической партии,

состоявшемся 14 декабря 1920 года, П.Н.Милюков представил для обсуждения свою записку о пересмотре партийной тактики в новых условиях. В ней лидер "кадетов" возложил всю ответственность за поражение в борьбе с большевиками в ходе гражданской войны на правые организации и "национально-русские военные центры". Он предложил отмежеваться от этих "виновников" поражения и вести дальнейшую борьбу с большевизмом без них, объединившись только с организациями, стоящими на "левом фланге русской общественности"⁽³⁶⁾. Д.Д.Гримм выступил с возражениями против предложений Милюкова. "В критике не уделяется, - отмечал он в своем выступлении, - достаточно внимания тем объективным трудностям в прошлом опыте, которые никто не мог бы преодолеть. Мне непонятно огульно отрицательное отношение к правым и слишком уступчивое к левым. Если бы у нас была твердая программа, к нам многие пришли бы справа. Во всей "Записке" основная цель - борьба с большевизмом - затушевана, ибо сохранение принципов февральской революции есть голая формула без реального содержания"⁽³⁷⁾.

Воззрения, которые исповедовал Д.Д.Гримм в рассматриваемое время, его приверженность к национально мыслящим политическим деятелями русской эмиграции в целом и к генералу Врангелю в особенности - все это сближало его с Иваном Александровичем Ильиным⁽³⁸⁾. И.А.Ильин считал П.Н.Врангеля единственным человеком, подходящим к роли русского вождя. Петр Николаевич в свою очередь видел в Ильине мыслителя-патриота, наиболее адекватно оценивавшего происшедшее в России и перспективы борьбы с большевизмом. С 1923 года и до смерти Врангеля в 1928 году Иван Александрович вел с Петром Николаевичем интенсивную переписку⁽³⁹⁾.

В свете этого неудивительно, что Ильин с презрением относившийся к "кадетам" и особенно к вождю этой партии П.Н.Милюкову, был в высшей степени доброжелательно настроен к Д.Д.Гримму. В 1927 году Иван Александрович писал в письме К.Н.Н. Крамарж: "Невольно мне пришлось войти во все или, вернее, во многие сложности русской колонии в Праге. На свете вообще не так много людей с сильным и прямым характером... А как они нужны! Какое счастье доверять человеку целиком! Т(о) е(сть) знать, что он не "силен, да зол", и не "благороден, да слаб", - а силен и благороден. Вот почему мне хочется сказать Вам, что я целиком доверяю 1) обоим Гримам: и Давиду Давидовичу, и Ивану Давидовичу, 2) Ник(олаю) Александр(овичу) Цурикову, 3) брату моему Василию Сергеевичу. Я видел их всех в ответственном и трудном положении; знаю, как они ставят вопросы; и знаю, как они борются. Они и сами все друг другу доверяют целиком"⁽⁴⁰⁾. Приступая к написанию мемуаров, Ильин составил перечень тем, которым намеревался уделить особое внимание. В этом перечне отдельной строкой стояло "Д.Д.Гримм и его сын"⁽⁴¹⁾. Однако намерение свое рассказать в мемуарах об этих людях Иван Александрович не осуществил. Возможно виной был здесь молодой, резкий характером и скоропалительный на суждения о людях Иван Давидович Гримм.

Сына Д.Д.Гримма Ильин привлекал к сотрудничеству в своем журнале "Русский Колокол". Но Иван Давидович почему-то усмотрел в этом журнальном замысле Ильина стремление работать "наперекор" П.Б.Струве и тем "нарушить единство белого фронта". Эти свои обвинения И.Д.Гримм открыто высказал Ильину в своем письме, написанном в октябре 1927 года. Иван Александрович в свою очередь пересказал эти обвинения младшего Гримма самому П.Б. Струве⁽⁴²⁾, назвав их "злым вздором" и заявив при этом, что "опровергать все это ниже моего достоинства - нет ни охоты, ни сил, ни времени". В письме к своему другу И.С.Шмелеву И.А.Ильин высказался по поводу обвинений И.Д.Гримма резко. "Третьего дня был расстроен пакостным письмом, полученным от Ивана Гримма из Юрьева, - писал Иван Александрович Ивану Сергеевичу 23 октября 1927 года. - "Обличает" меня (на основании моего конфид(енциального) досье) - в желании нарушить единство белого фронта; "совершить исторический подлог", выдачей моей "философской системы" за белую идеологию"; в претензии деспотически подвергнуть мир и Россию фил(ософско)-религиозной реформации; в чстолюбиво-властолюбивых замыслах орденского характера; в желании работать наперекор Струвинской России... и т.д. Все это тоном большой заносчивости, резким до неприличия, и с высокопарными разъяснениями "истин", продумываемых в

состоянии перед магистерским экзаменом. На утомленную душу все это подействовало удручающе... Хочу ему не ответить вовсе. Это прием борьбы: инсинуировать пакости сердца своего предмет своего недоброжелательства"(43).

Побывав осенью 1920 года в Париже, а в начале 1921 года в Берлине, Д.Д.Гримм возвратился в Финляндию(44). Здесь он узнал об антибольшевистском выступлении русских моряков в Кронштадте. Видимо, данное событие вселило в него некоторую надежду на скорое падение большевистского режима в России. Давид Давидович немедленно, как узнал о нем, дал телеграмму своим соратникам в Париж. "Кронштадт советский, но антикоммунистический", - сообщал он в ней и далее высказывал свое мнение о произошедшем в Кронштадте: "Нарастает впечатление, что это красная борьба против коммунистов". Текст этой телеграммы Д.Д.Гримма был зачитан 10 марта 1921 года на заседании Парижского комитета партии "кадетов"(45).

1 сентября 1921 года в газете "Петроградская правда" появилось сообщение о раскрытии заговора, ставившего своей целью свержение советской власти в Петрограде, и о расстреле заговорщиков(46). В списке их была указана 61 фамилия. Под номером 30-м приводилась фамилия Николая Степановича Гумилева, уже тогда известного в качестве талантливого русского поэта. Кроме него назывались также фамилии профессора В.Н.Таганцева(47) и его жены Надежды, профессора государственного права Н.И.Лазаревского, профессора-технолога М.М.Тихвинского, скульптора князя С.А.Ухтомского и др. Как установлено исследователями уже в наши дни это дело было сфабриковано чекистами(48). Началась его фабрикация после того, как 30 мая 1921 года советскими пограничниками был убит морской офицер Ю.П.Герман, пытавшийся перейти российско-финляндскую границу. Поскольку убитый пробирался в Финляндию, то и вдохновителя "заговора" чекисты искали в этой стране. Самым видным из проживавших там российских эмигрантов был профессор Д.Д.Гримм. Именно он, являвшийся - как удачно все складывалось для чекистов-фабрикаторов -представителем генерала Врангеля и был объявлен главным вдохновителем указанного "заговора". На роли помощников "руководителя заговора" Д.Д.Гримма чекистами были назначены другие видные деятели русской эмиграции - проживавшие в Париже П.Б.Струве и В.Н.Коковцев. Им была приписана организация "группы русских финансистов для оказания финансовой и продовольственной помощи Петрограду после переворота".

18 мая 1922 года в Праге открылся Русский Юридический факультет(49). Для чтения обучавшимся в нем русским студентам курсов истории римского права и догмы римского права, а также гражданского права дореволюционной России был приглашен Д.Д.Гримм. Так начался чешский период эмигрантской жизни русского правоведа. Давид Давидович поселился со своей семьей в предместье Праги под названием Вшеноры. Здесь тогда селились многие русские эмигранты, обосновавшиеся в Чехословакии. В частности, некоторое время во Вшенорах снимала квартиру русская поэтесса Марина Цветаева.

23 апреля 1924 года умер организатор этого учебного заведения и его первый декан профессор П.И.Новгородцев(50). Вместо него на пост декана был избран Д.Д.Гримм.

В период своей работы в Праге, Давид Давидович умудрялся читать лекционные курсы и в Русском Научном институте в Берлине. В Государственном архиве Российской Федерации хранится расписание лекций, читавшихся профессором Д.Д.Гриммом в Русском Научном институте в Берлине(51). И в то же время здесь имеется немалое количество документов, отражающих его деятельность в рассматриваемое время в рамках Русского Юридического факультета в Праге(52).

В 1926-1927 годах проходил подготовку к профессорскому званию по кафедре государственного права на Русском Юридическом факультете в Праге сын Давида Давидовича Игорь Гримм. В июне 1927 года он успешно сдал магистерский экзамен. Его магистерская диссертация была написана на тему: "Двойственность государственно-общественного бытия в учении Аристотеля".

Русский Юридический факультет в Праге имел статус частного учебного заведения. Материальная база его деятельности формировалась из платы студентов за обучение (60

чешских крон за полугодие) и денежных дотаций из государственного бюджета Чехословакии. С середины 20-х годов финансовая помощь Чехословацкого правительства стала урезаться, а затем и вовсе была прекращена. Это заставило руководство Русского Юридического факультета прекратить прием новых студентов с 1925/26 учебного года и объявить о завершении деятельности его как учебного заведения после выпуска последних из обучавших здесь студентов, то есть с весны 1929 года. После этого факультет функционировал в качестве ученой корпорации, ведущей научные исследования вплоть до вторжения в Чехословакию немецких войск.

Профессор Д.Д.Гримм не стал дожидаться окончательной ликвидации Русского Юридического факультета и в августе 1927 года принял повторное предложение Тартуского университета занять вакантную кафедру римского права. 12 августа указанного года он был зачислен в штат этого учебного заведения.

В Тартуском университете в те времена обучалось довольно много русских студентов (4-5% от общего числа учащихся). В 20-е годы важнейшие лекционные курсы читались здесь на русском языке, поскольку ведущими профессорами были русские. Но с середины 30-х годов власти Эстонии стали вводить ограничения на преподавание дисциплин на русском языке.

Переехав в Тарту, Д.Д.Гримм не расстался окончательно с Прагой. Он покинул пост декана РЮФ, но остался в должности профессора факультета*(53). В июле 1929 года он безуспешно пытался с другими профессорами (Е.В.Спекторским, С.В.Завадским, А.А.Кизеветтером) добиться от правительства Чехословакии предоставления некоторого числа стипендий русским студентам-эмигрантам для того, чтобы возобновить прием на первый курс Русского Юридического факультета.

В 1934 году - в возрасте семидесяти лет - Д.Д.Гримм вышел на пенсию.

Между тем в указанном году в Эстонии начали происходить бурные события. 12 марта 1934 года здесь было введено осадное положение (положение охраны). 2 октября завершилась очередная сессия Государственного Собрания (Riigikogu). После этого данный представительный орган больше не созывался. 6 марта 1935 года в Эстонии был введен запрет на деятельность всех политических партий и организаций. Завершилась череда подобных событий созывом в 1937 году Национального собрания, перед которым была поставлена задача разработки новой конституции страны.

Профессор Д.Д.Гримм указом Старейшины государства был назначен членом второй палаты Национального Собрания (Rahvuskogu). Вместе с ним в состав данного учреждения вошло еще трое представителей русского населения Эстонии (В.Н. Рославлев, М.А. Курчинский, А.Е. Осипов). 28 июня 1937 года Национальное собрание приняло новую конституцию Эстонии и на этом завершило свою работу.

После этого Д.Д.Гримм прожил еще четыре года. Умер Давид Давидович в Риге, оккупированной немцами, 29 июля 1941 года.

Научное наследие Д.Д.Гримма состоит в основном из книг и статей, посвященных истории и догме римского права, различным вопросам гражданского права и теории права. Помимо уже упоминавшихся выше его магистерской и докторской диссертации им были опубликованы: "Курс римского права" (1904), "Лекции по истории римского права" (19__), а также немало весьма объемных по своему размеру и богатых по содержанию статей*(54). Но самым известным произведением Д.Д.Гримма является учебник "Лекции по догме римского права". До 1917 года он выдержал шесть изданий. В 1919 году вышло в свет его седьмое издание. И после этого он продолжал издаваться там, где правовед преподавал этот учебный курс.

Об отличии догмы римского права от истории его Д.Д.Гримм написал во введении к своим лекциям. "История права, - отметил он, - изучает правовые институты в порядке последовательности, смены их во времени, а догма права - в порядке сосуществования".

"При историческом изучении мы исследуем последовательную смену правовых институтов во времени в зависимости от изменяющихся условий жизни данной общественной среды. При догматическом изучении мы берем и анализируем эти правовые институты в том виде, в каком они представляются при данных условиях места и времени".

Русские правоведы прошлого видели в римском праве особого рода теорию гражданского права. Они полагали, что изучение римского права призвано служить усвоению основных понятий гражданско-правовой науки, выработке элементарных навыков юридического мышления. Для достижения данных целей большее значение имело очевидно преподавание не истории, а догмы римского права.

Доктор юридических наук,
профессор юридического факультета
МГУ имени М.В.Ломоносова

В.А. Томсинов

Введение

1. Объект юридических наук и, в частности, догмы права

Явления человеческого общежития, составляющие предмет изучения социальных наук, складываются из бесконечного ряда сосуществующих и сменяющих друг друга отношений, в которые люди вступают друг с другом и с окружающими их предметами для достижения тех или иных целей. Эти отношения выражаются вовне в известном, специфическом поведении заинтересованных лиц. Большинство этих отношений носит массовый характер, периодически повторяется и выливается в известные типичные формы. Так, мы периодически едим и пьем, работаем и веселимся в той или иной области, вступаем в разные сделки, воюем и миримся, и т.д. и т.п., причем все это в общем совершается до мелочей весьма определенным, типичным образом. Оно и понятно: одинаковые причины всегда порождают одинаковые последствия. Поскольку общее состояние данной социальной среды, интересы и потребности членов ее, с одной стороны, способы и средства удовлетворения их, с другой стороны, остаются неизменными, постольку отдельные конкретные проявления этой среды и, в частности, поведение заинтересованных лиц будут иметь тенденцию повторяться. При этом весьма рано уже обособляются две группы повторных массовых отношений: одни из них приобретают характер нормальных, желательных, соответствующее поведение заинтересованных лиц, а вместе с тем и самые отношения признаются общественно целесообразными, (напр., различные типичные формы обмена благ, типичные формы пользования и распоряжения благами, получающие наименование субъективных прав); другие, напротив, считаются ненормальными, недопустимыми, соответствующее поведение, а вместе с тем и самые отношения признаются общественно вредными и вызывают против себя принятие известных репрессивных мер (напр. различные способы лишения жизни, присвоения "чужих" благ и т.д.).

В связи с этим, применительно к отдельным группам повторно встречающихся конкретных отношений, складывается известная система правил или норм, которые, в зависимости от степени развития данной социальной среды и степени важности, которая придается подлежащим отношениям, либо прямо формулируются и объявляются обязательными со стороны подлежащих социальных авторитетов, либо складываются помимо участия их, благодаря силе прецедента и привычки, с каковыми моментами со временем ассоциируется сознание обязательности в подлежащих случаях известного поведения и регулирующих его правил.

Из сопоставления этих правил или норм мы усматриваем, какие именно отношения, при каких условиях и в каком объеме, с точки зрения данной социальной среды, в данное время признаются нормальными, общественно целесообразными, какие, напротив, считаются аномальными, общественно вредными.

В результате создается весьма важное различие между реальными, конкретными жизненными отношениями, (напр., конкретной куплей-продажей, заключенной между А и В, конкретным правом пользования, предоставленным А относительно данного объекта со стороны В, и т.д.) и абстрактными типами отношений, именуемыми, поскольку соответствующие отношения приобретают юридическое значение, признаются юридически существенными, - юридическими институтами (так, напр., мы говорим об институте купли-продажи, мены, об институте собственности, узуфрукта и т.д.).

Всякое реальное, конкретное жизненное отношение, как мы уже заметили, выражается вовне в известном специфическом поведении, в совершении или несвершении известных действий со стороны реальных субъектов над реальными объектами. Ни о чем подобном, разумеется, не может быть речи в применении к абстрактным типам отношений, которые именно представляют собою не реальные величины, а лишь мыслимые комбинации общественных элементов. Каждый такой абстрактный тип и, в частности, каждый юридический институт слагается лишь из ряда норм, которые указывают, при наличии каких условий, каких признаков известного рода деятельность разрешается, предписывается или возбраняется, и которые, в частности, в применении к отношениям, признаваемым общественно целесообразными, указывают: во-первых, те моменты, те признаки, при которых данное отношение признается возникшим (напр. купля-продажа возникает с момента соглашения относительно товара и цены, право собственности возникает с момента передачи вещи и т.п.); во-вторых, те моменты, те признаки, которые определяют объем и содержание его, (напр., продавец может требовать уплаты цены, покупатель может требовать передачи товара, - собственник имеет, по общему правилу, бесконтрольное право пользования и распоряжения своей вещью, узуфруктуар может пользоваться вещью и извлекать доход из нее, но не может отчуждать и не должен ухудшать ее, и т.д.); наконец, в-третьих, те моменты, при наличии которых данное отношение считается прекратившимся.

Практическое соотношение между конкретными жизненными отношениями и абстрактными типами отношений сводится к тому, что эти абстрактные типы или, точнее, признаки, устанавливаемые ими, служат критериями для так назыв. юридической квалификации жизненных отношений: в самом деле, данное конкретное отношение, напр., данный договор, характеризуется как купля-продажа или наем и т.д. в зависимости от того, признаки какого абстрактного типа в нем встречаются. Это имеет то практическое значение, что в дальнейшем к данному отношению применяются нормы, установленные для отношений данного типа.

Различие конкретных жизненных отношений и абстрактных типов отношений имеет не только одно практическое, но и весьма важное теоретическое значение. Дело в том, что как те, так и другие могут служить объектом самостоятельного научного исследования. Поскольку мы изучаем конкретные жизненные отношения, мы описываем и обобщаем реальные жизненные явления и процессы, анализируем причины, породившие их, и последствия, ими вызванные. Поскольку мы изучаем абстрактно типы отношений, мы описываем и анализируем не то, что на самом деле происходит или произошло, а то, что, с точки зрения данной социальной среды, в смысле поведения заинтересованных частных лиц или тех или иных органов власти, при данных условиях считается нормальным, что ожидается от этих лиц, что должно или может (но может и не) быть совершено ими, или наоборот, совершение чего подлежащими лицами считается ненормальным, недопустимым, что не должно (но, тем не менее, может) быть совершено этими частными лицами и официальными органами.

К числу наук, изучающих не реальные жизненные явления, а абстрактные типы, наряду с нормативной этикой принадлежат и науки юридические. В частности, история права изучает смену правовых институтов во времени, (напр., смену отдельных форм собственности, залога и т.д. в системе русского или римского или иного какого-нибудь права); догма права анализирует эти правовые институты в том виде, в каком они представляются при данных условиях места и времени (напр., римское право собственности или залога времен Юстиниана, русское право собственности или залога времен Уложения

царя Алексея Михайловича). Иначе говоря, - история права изучает правовые институты в порядке последовательности, смены их во времени, а догма права - в порядке сосуществования.

Таким образом как история, так и догма права имеют своим непосредственным объектом не конкретные юридические существенные отношения, а абстрактные типы их, юридические институты. Это не значит, конечно, чтобы можно было игнорировать подлежащие конкретные отношения.

Напротив, с ними нередко приходится считаться уже при описании юридических институтов. Особенно часто в таком положении может очутиться историк права, изучая, напр., институты, возникшие на почве обычного права и подлежащие реконструкции на основании наших сведений о том, что в данной области жизни действительно происходило, что считалось нормальным, не возбуждало споров и сомнений.

Равным образом, приходится считаться с конкретными жизненными отношениями и при объяснении происхождения, перемене или отпадении данных правовых институтов, в смысле указания, напр., на то, какие конкретные массовые отношения вызвали необходимость юридической регламентации или, напротив, необходимость пересмотра подлежащих норм и институтов или отмены их.

Наконец, конкретные жизненные отношения должны быть приняты во внимание и при оценке степени значения и целесообразности, степени соответствия тех или иных юридических институтов с реальными жизненными потребностями и интересами.

Не следует, однако, упускать из виду, что во всех указанных случаях конкретные жизненные отношения не являются самостоятельным объектом исследования, они берутся как нечто готовое, данное, ссылка на них служит лишь материалом, средством для построения учения о соответствующих юридических институтах, - только последние составляют самостоятельный объект исследования юридических наук.

Этим юридические науки отличаются от истории, политической экономии, социологии, которые имеют объектом именно конкретные жизненные отношения, задаются анализом и обобщением этих последних, пользуясь при этом в свою очередь в качестве материала данными юридических наук.

Правда, только что названные науки, и в частности социология, тоже могут привести в результате изучения конкретных жизненных отношений к выработке известных абстрактных типов (напр., типов античного - средневекового - современного государства, или типов античного - средневекового и т.д. мировоззрения или культуры и т.д.). Однако добытые таким путем чисто научные, теоретические типы не имеют ничего общего с теми практическими типами, о которых мы говорили выше. Основное различие между ними сводится к тому, что теоретические типы представляют собою лишь попытки воспроизведения типичных черт тех или иных групп связанных между собою проявлений общественной жизни, безотносительно к тому, представляются ли соответствующие комбинации общественных элементов желательными или нет, тогда как практические типы представляют собою известные, признанные желательными (или, наоборот, нежелательными) комбинации общественных элементов, безотносительно к тому, существуют ли подобные комбинации уже на практике или они лишь имеют быть призваны к жизни (или, наоборот, имеют быть недопущены) путем установления соответствующих обязательных правил поведения. В связи с этим стоит другое различие: только практические типы являются самостоятельным объектом изучения, тогда как теоретические типы или, точнее, посторонние их составляют результат изучения подлежащих конкретным явлениям*(55).

В заключение остается отметить, что указанная нами основная особенность юридических наук обыкновенно упускается из виду или, по крайней мере, не подчеркивается с желательной отчетливостью. А это приводит на практике к постоянному смешению конкретных юридических отношений с абстрактными типами таких отношений, характерным признаком чего является употребление термина "юридическое отношение" то в смысле конкретного отношения, то в смысле абстрактного типа; а это, в свою очередь, повлекло за

собой то последствие, что на каждом шагу абстрактным типам приписываются свойства конкретных отношений и наоборот.

Итак, мы установили объект юридических наук и, в частности, догмы права. Нам необходимо установить теперь понятие и значение догмы римского права.

2. Понятие и значение догмы римского права

Мы видели, что каждая правовая система поддается двоякого рода изучению: историческому и догматическому. При историческом изучении мы исследуем последовательную смену правовых институтов во времени в зависимости от изменяющихся условий жизни данной общественной среды. При догматическом изучении мы берем и анализируем эти правовые институты в том виде, в каком они представляются при данных условиях места и времени. Догматическое изучение данной правовой системы само по себе может быть, конечно, приурочено к любому моменту исторического развития этой системы, но чаще всего оно, как по теоретическим, так и по практическим соображениям, имеет своим предметом живое действующее право. В самом деле, действующее право, с одной стороны, дает исследователю наиболее полный и сравнительно наиболее доступный материал; с другой стороны, изучение действующего права имеет прямое практическое значение, облегчая задачу судебной практики, призванной применять нормы права к отдельным конкретным случаям.

Переходя от этих общих соображений к вопросу о догматическом изучении римского или, точнее, римского гражданского права (ибо только о нем идет речь), нельзя не заметить, что в отношении этой правовой системы разрешение указанного вопроса несколько усложняется. Так называемое чистое римское право в том виде, как оно было кодифицировано в VI столетии н. э. императором Юстинианом, разумеется, нигде уже не признается, представляет собою явление историческое. Но кодификацией Юстиниана не завершился цикл исторического развития римского гражданского права. Ниже нам придется еще ближе остановиться на историческом процессе, известном под именем рецепции римского права. Пока заметим, что кодификация Юстиниана, в особенности с XII века, стала подвергаться серьезной научной разработке в Италии, разработке, которая со временем приобрела характер переработки юстиниановского права применительно к новым условиям жизни. В таком переработанном виде это право стало применяться в судах Италии, затем перешло во Францию и, наконец, в Германию, где римское право в весьма значительной части этой страны сохранило значение действующего права вплоть до 1900 г., когда вступило в силу новое Общегерманское гражданское уложение. Это римское право новой формации называется современным римским, или пандектным, правом. В Германии его называли также общим (германским) правом римского происхождения, в противоположность местным национальным правам и общему (германскому) национальному праву. Естественно, что в германских университетах предметом догматического изучения служило и продолжает служить именно это современное, а не чистое римское право. Но у нас, если не считать прибалтийской окраины, римское право никогда не было действующим правом. Поэтому, естественно, возникает вопрос: во-первых, насколько вообще может быть оправдываемо догматическое изучение этого права, что этим достигается, и, во-вторых, не следует ли, раз уже догматическое изучение этого права признается необходимым, избрать предметом изучения не так назыв. современное, или пандектное, а именно чистое римское право в том виде, в каком оно вылилось в юстиниановской кодификации.

1. Что касается первого вопроса, то он сводится к пресловутому вопросу о значении римского права для современной и, в частности, русской юриспруденции. Взгляды по этому вопросу очень расходятся. Многие, особенно у нас, думают, что римское право утратило всякое значение и что преподавание его держится только в силу, так сказать, инерции. Другие, главным образом присяжные романисты, превозносят его до небес и уверяют, что римское право есть и всегда будет *ratio scripta*, наиболее законченная система гражданского права, которая когда-либо существовала и будет существовать. Римское право не

заслуживает ни подобного осуждения, ни подобной похвалы. Его действительное значение может быть сформулировано следующим образом:

а) Прежде всего оно представляет собою, несомненно, весьма выдающуюся во многих отношениях, а вместе с тем и самую разработанную в литературном смысле систему частного права. Конечно, и римское право не свободно от недостатков, притом как формальных, так и материальных. Формальные недостатки его заключаются в отсутствии сколько-нибудь удовлетворительно выдержанной системы юстиниановской кодификации, в крайне казуистическом характере отдельных постановлений, в массе противоречий, недомолвок и т.д., что все вместе взятое чрезвычайно затрудняет пользование юстиниановскими сборниками. С материальной стороны римское право проникнуто принципом крайнего индивидуализма. Этот принцип проведен так односторонне, что нередко даже обращается против тех, кто наиболее заинтересован в сохранении его. Достаточно вспомнить, что позднейшее римское право при строгом проведении принципа *ibi meam rem invenio, ibi eam vindico* не делает никакого различия в способах приобретения права собственности на движимые и недвижимые вещи: тут и там считается достаточной простая, неформальная традиция вещи. Естественно, что полное отсутствие публичности при приобретении недвижимостей лишало приобретателя всякой возможности удостовериться, что он приобрел вещь у собственника ее, что она не будет отнята у него, а это должно было невыгодно повлиять на оборотоспособность недвижимостей. Неудобства такого порядка усугублялись тем, что римское право допускало в самых широких пределах залог как отдельных вещей, так и целого имущества путем простой, неформальной ипотеки, при которой залогодатель сохраняет собственность и владение заложенной вещи и, вместе с тем, возможность неопределенное число раз перезакладывать ее. Очевидно, ни кредитор, дающий деньги под залог, ни приобретатель вещи никогда не могли быть уверены, что она не обесценена целым рядом установленных раньше заложных прав далеко сверх своей стоимости. Объясняются приведенные недостатки римского вещного права именно преобладанием крайних индивидуалистических воззрений среди римских юристов. Дело поставлено так, как будто всякий переход прав затрагивает только непосредственно участвующих в приобретении и отчуждении права лиц, - интересы оборота, интересы третьих лиц отступают на задний план. При этом упускается из виду, что эти третьи лица не сегодня-завтра могут сами стать непосредственно заинтересованной стороной в деле, что пренебрежение их интересами вредит обороту в целом, обороту, в который входят в качестве составных единиц и те, кто в данное время участвует в приобретении и отчуждении прав. Из других частей римского права несвободно от серьезных недостатков в особенности наследственное право, отличающееся чрезмерной сложностью и запутанностью некоторых важных институтов, в особенности так назыв. права необходимого наследования. Выдающимися достоинствами отличается зато договорно-обязательственное право, в деле разработки которого римские юристы по своему времени воздвигли себе в полном смысле слова *monumentum aere perennius*. Весьма здравы также принципы, лежащие в основании брачно-имущественного права, построенного на начале раздельности имущества обоих супругов.

Если, таким образом, римское право наряду с бесспорными достоинствами страдает и весьма ощутительными недостатками, то все же оно в целом есть культурный памятник народа, стоявшего на высокой ступени развития, в сравнении же с правами варварских племен, заполонивших Западную Европу после падения Западноримской империи, оно стоит на недостижимой высоте. Естественно поэтому, что, по мере роста гражданственности в среде новых западноевропейских народностей, по мере развития гражданского оборота, требующего соответствующего развития правовых институтов, ограждающих его, взоры ученых-юристов поневоле должны были обращаться на римское право, которое содержало в готовом виде все то, чего недоставало новым национальным правам. И вот начинается ученая разработка и переработка его, приведшая к созданию современного римского права. Эта ученая разработка не остановилась и после того, как римское право во Франции, в Италии, в значительной части Германии утратило значение действующего права. Этому

помогло то обстоятельство, что не существовало и до сих пор не существует общей теории гражданского права. Между тем материал для такой общей теории в смысле массы вопросов, общих для всякой положительной системы гражданского права, все растет и растет. Нужно было как-нибудь справиться с ним. И вот, благодаря центральному положению римского права, начала которого в большей или меньшей степени легли в основание новых обширных кодификаций, эти общие вопросы стали разрабатываться именно применительно к римскому или, точнее, современному римскому праву. В этом смысле нельзя не согласиться с знаменитым романистом, проф. Берлинского университета Дернбургом, который говорит: "Пандекты имеют целью изложение общей теории гражданского права. Они выполняют эту задачу путем изложения общего права (*gemeines Recht*), поскольку последнее покоится на римских юридических традициях. Ибо это право (т.е. римское) составляет основание, на котором покоится гражданское право наших дней" (*Pandecten*, т. I, стр. 1). Если все это так, если римское право представляет собою самую разработанную систему гражданского права и, в известном смысле, служит суррогатом не существующей пока общей теории гражданского права, то это одно оправдывает уже то внимание, которое уделяется ему в университетском преподавании, это одно объясняет, почему без римского права если не юридическое вообще, то уж, во всяком случае, цивилистическое образование немислимо.

b) Независимо от указанного соображения нельзя не указать еще и на другое в разъяснение важности основательного знакомства с римским правом. Дело в том, что начала римского права, как уже нами было замечено, легли, в большей или меньшей степени, в основание важнейших кодификаций частного права, появившихся в свет в конце XVIII и в течение XIX столетий; достаточно указать на прусское земское право, *Code Civil*, Саксонское гражданское уложение, Свод местн. узак. губ. прибалтийских, новое Гражданское уложение Германской Империи. Особенно сильно влияние римского договорно-обязательственного права, тогда как другие части римской системы подверглись весьма значительным изменениям. После этого понятно, каким важным подспорьем служит римское право для усвоения и полного уразумения современных систем.

c) Наконец, нельзя не обратить внимания еще на один пункт. Русским цивилистам приходится иметь дело с таким законодательным сборником, недостатки которого чрезвычайно велики. Мы имеем, конечно, в виду наш Свод Законов Гражданских, составляющий I ч. т. X Св. Законов. Многих вопросов первостепенной важности этот кодекс вовсе не касается. Тем более необходимо основательное и всестороннее знакомство с общими вопросами гражданского права для лиц, призванных участвовать в решении гражданских споров. А эти общие вопросы, как мы уже заметили, разрабатываются преимущественно романистами на почве современного римского права.

2. Если изложенные соображения убеждают в пользе и необходимости подробного догматического изучения римского права не только для западноевропейских, но и для русских юристов, то ими, вместе с тем, предрешается и вопрос о том, какой формации римское право, чистое или современное, должно быть положено в основание догматического курса. Вопрос, несомненно, должен быть решен в пользу современного римского права. Действительно, какой интерес и какую пользу может представить подробное догматическое изучение таких институтов, которые давно отжили свой век, как, напр., институт рабства, патроната, национально-римская форма контрактов, как стипуляция и литеральный контракт и т.п. Не им обязано римское право своей славой, своей живучестью. С другой стороны, как не остановиться ближе на тех новых началах, которые вдохнули в юстиниановскую кодификацию новую жизнь, приспособили ее к новым потребностям оборота, как то сделало признание обязательной силы за всеми неформальными соглашениями, расширение сферы применения *bona fides*, дальнейшее развитие тенденции позднейшего римского права к замене штрафных исков *ex delicto* исками, направленными на вознаграждение за убыток и т.д. Ввиду изложенного задачей нашего курса будет изложение современного римского, или пандектного, права. Бросим же теперь взгляд на ход образования этого права.

3. Рецепция римского права на Западе*(56)

1) Варварские племена, образовавшие новые государства на развалинах Западноримской империи, как вне Италии (вестготское, бургундское, франкское), так и в пределах ее (остготское и позднее - лангобардское), не могли не признать до известной степени превосходства римской культуры, римских традиций, римских начал пред собственными. Это признание выразилось на первых порах в том, что римским подданным этих государств в большей или меньшей степени было предоставлено право судиться по началам римского права. Для них составлялись даже местами особые сборники, так называемые *leges Romanae*, самый важный из них - сборник, составленный для римлян, проживающих в пределах вестготского королевства, при Аларихе II в начале VI стол. (еще до-юстиниановской кодификации); он известен под именем *lex Romana Wisigothorum*, или *Breviarium Alaricianum*. С течением времени, и раньше всего в Италии, начала римского права стали проникать и в среду победителей Рима. Этому немало способствовало духовенство, воспитываемое поголовно в римском духе, ибо другого образования, кроме римского, неоткуда было взять. Церковь сама жила по римскому праву, - *ecclesia vivit lege Romana*, - и проводила начала его в жизнь при помощи церковных судов, компетенция которых со временем стала очень обширной. Дальнейшим фактором, подготовившим рецепцию римского права, явилась наука, особенно с XII в., со времени появления так называемой школы глоссаторов, зародившейся в Болонском университете. Глоссаторы слепо преклонялись пред римским правом. Свою задачу они усматривали в возможно точном, полном толковании юстиниановской кодификации; отдельные места источников разбирались в том порядке, в каком они следуют друг за другом в *Corpus juris* и снабжались краткими объяснительными замечаниями - *glossae*. Далее глоссаторы сопоставляли параллельные места, отмечали противоречия (так называемые антиномии) и пытались примирить их между собою. Никаких прямых практических целей, в смысле сближения римского права с потребностями современной им жизни, они не преследовали. Тем не менее, влияние, оказанное ими на распространение знакомства с римским правом, было чрезвычайно велико. Благодаря славе, которой в скором времени стал пользоваться Болонский университет, тут стекались слушатели из всей Италии, из Франции, Германии. Возвращаясь на родину, они уносили с собой сознание величия римского права и являлись проводниками и адептами его у себя дома. Уже с конца XII в. заметно решительное влияние римского права на практику итальянских судебных мест в смысле стремления к возведению римского права на степень главного источника права. Но, вместе с тем, должна была все настоятельнее сказываться потребность в переработке римского права, в приспособлении его к новым запросам жизни. Некоторое начало такой переработки было уже положено каноническим законодательством, - церковь рано начала модифицировать некоторые положения римских источников. Дело, начатое ею в скромных, сравнительно, размерах и в несколько одностороннем направлении, было продолжено преемниками глоссаторов, новой школой так называемых постглоссаторов, или комментаторов (с начала XIV в.). У комментаторов, в противоположность глоссаторам, преобладали практические тенденции. Они стремились привести в связь римские положения с постановлениями канонического права и правовыми взглядами окружающей их среды, не останавливались ради достижения этой цели пред тенденциозным толкованием римских источников. В научном отношении они далеко уступали глоссаторам, - характерно, между прочим, что они изучали и комментировали не столько сами источники, сколько глоссы к ним своих предшественников (ср. слова Sarti XV в.: *scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas*), - но практическое значение их было очень велико: в той форме, какую они придали римскому праву, оно окончательно привилось к жизни.

2) В частности, в Италии, как было замечено, римское право начинает приобретать характер главного источника права еще с конца XII в.

Во Франции римское право с XIII в. окончательно завоевало южную часть страны, получившей поэтому название *paus du droit écrit*. На севере, напротив, удержалось обычное

право, - это *lays du droit coutumier*. Мало-помалу, однако, римское право и там стало приобретать субсидиарное значение, т.е. стало применяться в тех случаях, в которых оказывались пробелы в местных статутах и обычаях. Главным проводником римского права во Франции служило наряду с духовенством сословие легистов, воспитывавшихся на нем в юридических школах Монпелье, Тулузы, Орлеана и т.д.; задача их облегчалась поддержкой, которую они встречали со стороны объединительной политики королевской власти. Какие глубокие корни успело пустить римское право в этой стране, явствует, между прочим, из того, что именно во Франции в эпоху Возрождения возникла новая, так назыв. французская историческая школа (XVI в.), произведшая целый переворот в науке римского права, вернувшаяся к изучению первоисточников его и давшая целый ряд замечательных работ, сохранивших первостепенное значение до нашего времени. К сожалению, она недолго продержалась.

Что касается, наконец, Германии, то здесь процесс рецепции совершался медленнее; только с половины XV в., после падения национального суда шеффенов, хранителей национальных обычаев, римское право окончательно утвердилось в этой стране, став "общим" ее правом (*gemeines Recht*) благодаря совокупным усилиям императоров, духовенства, университетов и выпускаемым ими образованным и полуобразованным деятелям. Да и то пришлось сделать немалые уступки национально-правовым воззрениям. Задача эта выпала на долю школы так назыв. юристов-практиков, усилиями которых создан был так назыв. *usus modernus pandectarum*, учение, представляющее собою своеобразную смесь римских и германских начал. Зато римское право продержалось в значительной части Германии до самого последнего времени под именем современного римского, или пандектного, права. А это, в свою очередь, имело то последствие, что германская наука приобрела руководящее значение в деле разработки римского права. Поэтому нам и приходится считаться с той постановкой его, которую оно получило в Германии.

Указав, таким образом, в общих чертах ход развития современного римского права, мы обратимся теперь к изучению источников его.

4. Источники современного римского права

Римское право после рецепции его в Германии получило там название общего права (*gemeines Recht*). Общим оно стало называться потому, что оно долгое время господствовало на всем протяжении империи. Впрочем, это господство никогда не было исключительным: каждая территория, сверх того, управлялась своими местными национальными правами или статутными. Этим местным национальным правам в случае коллизии отдавалось предпочтение пред общим правом римского происхождения. Другими словами, римское право имело только субсидиарное значение, оно применялось к каждой территории постольку, поскольку в бедном по содержанию местном праве оказывались пробелы. Местные кодификации гражданского права (как то: Прусское земское уложение, Австрийское гражданское уложение, Саксонское гражданское уложение) лишали римское право и этого значения: оно сохранилось только в тех областях, на которые не было распространено их действие. С введением нового Общегерманского Гражданского уложения 1896 г., вступившего в силу 1 января 1900 г., римское право окончательно утратило значение действующего "общего" права Германии, сохранив лишь одно историческое значение.

Источниками современного римского, или пандектного, права являются, прежде всего, *Corpus juris civilis*, затем каноническое право и, наконец, германское законодательство и обычное право.

I. *Corpus juris civilis**(57)

1) *Corpus juris civilis* состоит из Институций, Дигест, или Пандект, Кодекса и Новелл*(58).

а) Институции - *Institutoines* состоят из 4 книг, подразделенных на титулы. Они содержат краткий систематический обзор Юстиниановского права и были предназначены для ознакомления начинающих юристов - *cupida legum juvenus* - с элементами права. Источниками при составлении их служили, главным образом, *Institutiones* и *Res cotidianae*

Гая, подвергшиеся местами значительной переработке. Система их в общем та же, что и в Институциях Гая. В 1-й книге излагается учение о лицах, во 2-й - вещное право и наследование по завещанию, в 3-й - наследование по закону и большая часть обязательственного права, в 4-й - конец обязательственного права и процесс. Способ цитирования Институций:

1. J. de rer. div. 2, 1 - 1 первого титула 2-й книги Институций, озаглавленного de rerum divisione.

b) Digesta seu Pandectae - представляют собою обширный сборник извлечений из сочинений 39 римских юристов; все они, за исключением трех, относятся к императорскому периоду. Больше всего выписок сделано из сочинений двух знаменитых юристов III в. Павла и Ульпиана, особенно из обширных комментариев их по гражданскому праву (ad Sabinum) и по преторскому эдикту (ad Edictum). Дигесты делятся на 50 книг, подразделенных (за исключением 30, 31 и 32 книги, носящих общее заглавие de legatis et fideicommissis, I, II и III) на титулы. Каждый титул обнимает ряд фрагментов с указанием имени юриста и сочинения его, из которого взят фрагмент. Некоторые титулы очень коротки. Так, напр., 3-й титул 6-й книги, озаглавленный si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur - состоит только из трех фрагментов, которые следуют друг за другом в таком порядке: 1) Paulus libro XXI ad Edictum (следует текст); 2) Ulpianus libro XVII ad Sabinum (следует текст) и 3) опять Paulus libro XXI ad Edictum (следует текст). Другие титулы, напротив, включают очень большое число фрагментов, напр., в 1-м титуле 45 книги de verborum obligationibus 141 фрагмент. Кроме указанного деления на 50 книг Дигесты делятся еще на 7 частей, из которых каждая обнимает по несколько книг. Первые пять частей носят особые названия: 1) ?а ?сюфб - книги 1-4; 2) de judiciis - книги 5-11; 3) de rebus creditis - книги 12-19; 4) umbilicus - книги 20-27; 5) de testamentis - книги 28-36; 6) шестая часть обнимает книги 37-43; 7) седьмая часть - книги 44-50. Система Дигест в общем соответствует системе преторского эдикта или, точнее, обширных комментариев к нему классических юристов. Изречения юристов там, где это казалось нужным, подвергались изменениям и переделкам (так назыв. emblemata Tribonianum). Цель при этом преследовалась двоякая: с одной стороны, исключение всего того, что могло иметь только историческое значение, с другой стороны - устранение противоречий. Но ни та, ни другая цель не была вполне достигнута, что неудивительно в виду механического характера работ комиссии и спешности, с которой велось все дело. (Комиссия под председательством Трибониана работала всего три года над составлением Дигест, с 530 по 533 г.) Способ цитирования Дигест:

Fr. 1 2 ad sc. Vellejan. 16. 1 - 2-й первого фрагмента первого титула 16-й книги Дигест, озаглавленного ad Senatusconsultum Vellejanum.

Вместо fr.-fragmentum пишут также l. - lex.

c) Codex Justinianus - представляет собою собрание императорских конституций, поскольку они сохранили еще значение для юстиниановского времени. Кодекс состоит из 12 книг, подразделенных на титулы: каждый титул обнимает большее или меньшее число конституций, расположенных в хронологическом порядке. Что касается системы Кодекса, то книга 1 трактует, главным образом, о церковном праве и об источниках права, книги 2-8 посвящены гражданскому праву, книга 9 - уголовному праву, книги 10-12 - административному праву. Отдельные конституции там, где это казалось нужным, подвергались изменениям и сокращениям. Кодекс вышел в двух изданиях. С составления его началась кодификационная деятельность Юстиниана: первое издание Кодекса было опубликовано еще в 529 году. Затем только было приступлено к составлению Дигест, оконченому в 533 году. Вслед за сим были изданы Институции, опубликованные в том же 533 году. После этого Юстиниан распорядился переизданием кодекса. Второе издание, codex repetitae praelectionis, вышло в 534 году. Вместе с тем первое издание утратило силу закона. Оно до нас и не дошло. Способ цитирования Кодекса: с. 12 pr. 1 c. de usufr. 3, 33 - principium*(59) (т.е. начало) и 1-й 12-й конституции 33-го титула 3-й книги Кодекса, озаглавленного de usufructus. Вместо c-constitutio пишут также l. - lex.

d) Изданием Институций, Дигест и Кодекса закончилась кодификационная деятельность

Юстиниана. После этого вышел еще целый ряд законов, так назыв. *Novellae*, которые предполагалось также издать особым сборником. Однако эта мысль Юстиниана не была приведена в исполнение. Те сборники Новелл, которые дошли до нас, принадлежат частным лицам. Важнейшие: 1) *Epitome Juliani*, содержащая 124 конституции от 535-555 гг. Только конституции, вышедшие на латинском языке, приведены целиком, греческие же лишь в сокращенном латинском переводе; 2) *Authenticum*, сборник из 134 Новелл от 535-556 гг. также на латинском языке; 3) самое полное собрание Новелл составлено уже после смерти Юстиниана, вероятно, при Тиверии, и содержит 168 Новелл. Оно издано на греческом языке. Новеллы разделены (с XVI в.) на главы; первой главе каждой Новеллы предшествует *praefatio*. Способ цитирования Новелл: *Nov. 89 cap. 12 4-й - 4-й 13-й главы Новеллы 89-й*.

2) Что касается объема рецепции юстиниановского законодательства, то надо заметить следующее:

а) Не были реципированы все те постановления, которые регулируют чисто римские институты, чуждые духу Средних веков и Нового времени, как-то рабство, колонат, конкубинат, стипуляция, *tutoris auctoritas*, *peculium profectitium* и т.д.

б) Сверх того, не были реципированы те постановления, которые не были снабжены глоссами со стороны глоссаторов. Это положение выражается поговоркой: *quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*. В этом отношении надо заметить, что Институции сплошь глоссированы, в Дигестах не глоссированы только несколько фрагментов из 48-й книги, в Кодексе не глоссированы около 200 большей частью греческих конституций, из Новелл не глоссированы - 72*(60).

в) Наконец, надо заметить, что глоссаторы включили в юстиниановские сборники 13 конституций германских императоров Фридриха I и Фридриха II, так назыв. *Authenticae Fridericianae*.

В указанных пределах юстиниановское законодательство по господствующему мнению реципировано *in complexa*, т.е. в целом, так что всякий, кто ссылается в этих пределах на *Corpus juris*, имеет, как выражаются, *fundatam intentionem in jure*, пока не будет доказано, что то или другое постановление отменено позднейшими узаконениями или обычным правом. Впрочем, некоторые ученые, как, напр., Дернбург, встают против этого, утверждая, что объем рецепции определяется обычаем, так что то, что осталось чуждым практике, не может считаться реципированным. Практическое значение этого спора состоит в том, что, если возникает спор, реципировано данное постановление или нет, то согласно первому мнению положение *in dubio* считается реципированным, а согласно второму факт рецепции должен быть проверен. Впрочем, такое сомнение может возникнуть только относительно редко*(61).

II. Каноническое право

1) Под каноническим правом в данном случае следует понимать законодательство католической церкви за Средние века, вошедшее в состав так назыв. *Corpus juris canonici clausum*. *Corpus juris canonici clausum* состоит из следующих 4 частей: а) *Decretum Gratiani*. Это частная работа монаха Грациана (XII в.), которая состоит из ряда положений, взятых из разных церковных источников (*canones*), и из положений самого Грациана (*dicta Gratiani*). Эти *dicta* имеют целью примирить противоречия, встречающиеся между *canones*. Обязательную силу имеют только каноны, а не рассуждения Грациана. *Decretum* делится на три части (*partes*). б) *Decretales* Григория IX. Это сборник папских указов (*decretales*), составленный по приказанию папы Григория IX в 1234 году. Он делится на 5 книг, с подразделением на титулы. в) *Liber sextus decretalium*, дополнительный сборник папских декреталиев, составленный при папе Бонифации VIII в 1298 г. Он в свою очередь делится на 5 книг с подразделением на титулы. г) *Clementinae* (sc. *constitutiones*), собрание декреталиев папы Климента V и утвержденных им постановлений церковного собора в Виенне (*Vienne*). Этот сборник обнародован в 1317 г. Остальные части *Corpus juris canonici*, образующие собою *corpus juris canonici non clausum* (а именно *extravagantes* папы Иоанна XXII и *extravagantes communes*) не были реципированы.

2) Что касается значения канонического права для пандектного права, то необходимо заметить, что оно внесло лишь второстепенные изменения в систему последнего. Так, благодаря ему расширена область *bona fides*, внесены изменения в постановления римского права о защите владения и т.д.

III. Германское законодательство и обычное право

1) Законодательство прежней Германской Империи внесло лишь весьма незначительные изменения в систему римского права. Больше всего значения имеет преобразование опекунской части на основании имперского полицейского устава (1530 г.) и дополнительных к нему постановлений.

2) Весьма важную роль играло зато обычное право, а также судебная практика. Целый ряд институтов частью преобразован таким путем, напр., учение о цессии и представительстве, частью вновь созданы, напр., постановления о безвестно отсутствующих, о душеприказчиках, о наследственных договорах.

3) Что касается, наконец, законодательства новой Германской империи до издания нового общегерманского гражданского уложения, то им внесен целый ряд важных изменений, в особенности в области конкурсного права. Мы, однако, не будем останавливаться на них, так как подлежащие узаконения являются не столько развитием начал римского права, сколько первыми этапами на пути к полной замене его, а вместе с тем и всех местных прав, местных кодексов, новым общим гражданским уложением. К тому же это новое "общее" право, создаваемое имперским законодательством, уже не имело, подобно прежнему "общему" праву, одно только субсидиарное значение по отношению к отдельным местным правам, а, напротив, имело абсолютное значение, исключало применение последних.

5. Соотношение между источниками современного римского права*(62)

Основное правило толкования, которое применяется в случае коллизии между несколькими постановлениями, трактующими об одном и том же предмете, гласит: *lex posterior derogat legi priori*, позднейший закон отменяет более ранний. 1) На этом основании предпочтительным значением пред остальными источниками пандектного права пользуется германское законодательство и обычное право, притом так, что современным обычно правовым нормам отдается предпочтение пред более ранними обычаями и узаконениями прежней Германской империи. 2) Далее следует каноническое право, постановления которого, как более поздним, в общем отдается предпочтение пред коллидирующими с ними постановлениями римского права. Однако это правило применяется не без исключений. В некоторых пунктах, как, напр., в законодательстве о процентах, восторжествовало на практике римское право. 3) Что касается, наконец, соотношения между отдельными составными частями Юстиниановского законодательства, то Новеллы, как более поздние узаконения, пользуются предпочтением пред Институциями, Дигестами и Кодексом. Зато три последних сборника, по мысли Юстиниана, должны пользоваться одинаковой силой и значением. Никаких противоречий между ними при правильном толковании не существует, говорит он в 1.2 15 *Cod. de vet. Jure enucl. I*, 17: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet*. На самом деле это далеко не так. Противоречий встречается немало. Доктрина и практика много поработали над устранением их, применяя то историческую, то систематическую точку зрения. Дело в том, что иногда противоречие объясняется тем, что данные постановления относятся к различным периодам в истории соответствующего института; в таком случае принимается во внимание то постановление, которое соответствует позднейшей стадии развития, а на остальных смотрят, как на исторический материал. В других случаях одно постановление выражает общее правило, а другое представляет развитие его или содержит исключение из него. Бывает и так, что какое-нибудь постановление, несогласное с другими,

отражает субъективный взгляд того или другого юриста, не встретивший сочувствия у других. Если противоречие ничем не может быть устранено, то противоречивые постановления оба игнорируются, и вопрос решается на основании общих правил о толковании по аналогии.

6. Литература пандектного права*(63)

I. Смена отдельных течений

1) Первое серьезное начало систематической литературной разработки римского права на Западе было положено глоссаторами. Школа глоссаторов возникла в Болонье в начале XII стол. и просуществовала до середины XIII в. Громкая известность, которую в скором времени стала пользоваться эта школа, привлекла в Болонский университет массу слушателей со всех концов Западной Европы. Родоначальником школы считается Irnerius. После него особым авторитетом пользовались *quattuor doctores*: *Bulgarus*, *Jacobus*, *Martinus*, *Hugo*, далее *Azo*, наконец, *Accursius* старший. Работы глоссаторов легли в основание всей цивилистической науки. Эти работы отличаются по преимуществу экзегетическим характером: они состояли главным образом в толковании *Corpus juris*. Именно отдельные места источников разбирались в том порядке, в каком они следуют друг за другом в сборниках, и снабжались краткими толкованиями, *glossae*. Далее глоссаторы указывали и сопоставляли свободные или параллельные места, отмечали противоречия, так назыв. *антиномии*, встречающиеся в источниках, и стремились примирить их между собою. Великая заслуга глоссаторов в деле разработки римского права ослабляется полным отсутствием у них исторических познаний; они совершенно не были знакомы с историей римского права. С течением времени стали появляться сборники глосс. Самый обширный труд этого рода - *glossa ordinaria* Аккурсия. Это сводная глосса на юстиниановское законодательство, в состав которой вошли толкования предшественников Аккурсия, дополненные его собственными толкованиями. Глосса Аккурсия вытеснила из обращения работы отдельных глоссаторов и стала первостепенным источником дальнейшей литературной разработки римского права.

2) Школу глоссаторов с конца XIII в. сменила школа постглоссаторов, или комментаторов. Непосредственное изучение источников было заменено изучением глоссы. Чрез посредство ее только и познакомились с самими источниками. Другими словами, комментаторы писали толкования не на юстиниановское законодательство как таковое, а на глоссу - *glossa glossae*. В противоположность глоссаторам, преследовавшим на первом плане чисто научные цели, комментаторы имели в виду главным образом цели практические: они стремились привести римское право в такой вид, чтобы оно отвечало потребностям современной им жизни и оборота. С этой целью они отчасти ненамеренно, отчасти и намеренно, извращали смысл римских норм, где это казалось нужным, желая сделать их вполне пригодными для разрешения споров нового происхождения. Работы комментаторов имели важное практическое значение. Но в научном отношении они далеко уступают работам их предшественников, отличаясь схоластическим характером и излишней пространностью. Важнейшие представители этой школы: *Durantis* (к. XIII в: *speculum juris*), *Bartolus de Sassoferato* (половины XIV в.), *Baldus de Ubaldis*, *Jason Mainus*.

3) Под влиянием начал возрождения и гуманизма во Франции в XVI в. сложилась французская историческая школа, которая вновь обратилась к непосредственному изучению источников. Новое направление не ограничивалось изучением одного юстиниановского законодательства, а стало обращать внимание и на остатки до-юстиниановского права; наряду с догматическими вопросами стали разрабатываться и вопросы исторические, чем был пролит совершенно новый свет на многие вопросы римского права. Важнейшие представители этой школы: *Duarenus*, *Balduinus*, *Brissonius*, *Jacobus Cujacius* (*Jaques Cuiaz*) (1522-1590) и *Hugo Donellus* (*Hugon Doneau*), далее *Jacobus Gothofredus* (ум. в 1652) и *Anton Faber* (ум. в 1624). - Особенно выдвигались Куяций и Донелл. Куяций был выдающийся филолог, историк и экзегетик, - его *observationes* содержат массу важных исторических

замечаний и до нашего времени сохранили важное значение. Знаменитый современник его Donellus был по преимуществу систематиком; важнейшая работа его - *commentarii juris civilis*. Историческое направление просуществовало во Франции до начала XVII века. Впоследствии преобладающее значение получила практическая юриспруденция.

4) В Германии со времени рецепции римского права до XVII века преобладала школа юристов-практиков. Представителей исторического направления было очень немного. Важнейшие из них Haloander, Ulricus Zasius. Большинство же немецких юристов было всецело поглощено делом примирения вновь реципированного римского права с потребностями германской жизни. При этом они опирались на работы комментаторов. Особенно выдающуюся роль играли саксонские юристы. Саксония с начала XIII века обладала сборником национально-немецкого права - знаменитым Саксонским Зерцалом - *Sachsenspiegel*. Со времени рецепции римского права последнее стало лицом к лицу с саксонским правом. Сочетание и примирение обоих выпало на долю саксонской юриспруденции. Результатом этой работы явился *usus modernus pandectarum*, представляющий собою странную смесь римских и германских начал. Важнейшие представители этого направления - *Benedictus Carpzow*, *Heinrich Berger*, *Ioh. Balthasar a Werner*, *Augustinus Leyser*. По стопам саксонских юристов пошли и другие ученые-юристы, как-то: *Mevius*, *Lauterbach*, *Stryck*.

5) В XVIII веке преобладающую роль стала играть школа естественного права. Системы естественного права стали появляться еще в XVI веке, но первоначально они затрагивали по преимуществу государственное и международное право. Но с конца XVII века эта школа стала оказывать влияние и на гражданское право. Главная заслуга этой школы состоит в том, что она привела к выработке известной суммы общих понятий и к систематической группировке правового материала. Главный представитель этого направления - *Thomasius*.

6) В XIX столетии вновь было отведено подобающее место историческому изучению права. В Германии возникла новая историческая школа. Основание ее было положено Геттингенским профессором *Gustav Hugo* (ум. в 1844). Самый талантливый ее представитель и глава - *Friedrich Karl v. Savigny* (1779-1861). Савиньи учил, что право есть продукт истории, оно служит выражением народного духа. Для надлежащего уразумения его необходимо обратиться к истории его. Начавшееся вслед за этим вновь историческое изучение римского права привело к весьма плодотворным результатам, чему немало содействовало также открытие некоторых утраченных было источников римского права, в особенности подлинных Институций Гая. Большое место было отведено изучению чистого римского права, над ним работал целый ряд выдающихся умов, из которых особенно выдвигается *Георг Фридрих Пухта* (ум. в 1846). Такое изучение чистого римского права само по себе представляет, конечно, явление крайне желательное, но для практики того времени оно было сопряжено с опасностями. За изучением прошлого многие исследователи забывали о положении дел в настоящем. Тщательный исторический и критический анализ источников нередко приводил их к убеждению, что общепринятое толкование тех или других положений не согласно с истинным смыслом их. И вот они стали заявлять и нередко с успехом претензию, чтобы практика отказалась от прежнего и приняла новое толкование. При этом упускалось из виду, что не согласно с источниками, но освященное прежней доктриной и долголетней практикой толкование того или другого места *Corpus juris* нередко представляло лишь внешнюю форму, в которую вылились новые положения, вызванные изменившимися социальными и экономическими условиями. Впрочем, это антикварное направление, в особенности за последнее время, встретило серьезный отпор со стороны выдающихся романистов.

Историческая школа и в наше время должна быть признана господствующей.

7) Наряду с этим складывается ряд новых течений. С одной стороны, при изучении и формулировке правовых институтов начинают обращать все большее внимание на тесную связь, существующую между правом и другими сторонами социальной жизни, в особенности экономией (Иеринг, гр. Пининский). С другой стороны, изучают связь права с психологией, точнее формулируют отношение между догмой и политикой права (Л.И.Петражицкий). Все

это оказывает, конечно, влияние и на чисто догматические исследования, частью содействуя более точному установлению задач и границ догматического изучения права, частью видоизменяя ряд ходячих формул, определений отдельных институтов, проливая новый свет на истинный смысл и значение этих институтов.

II. Системы изложения. а) До XVII в. преобладал экзегетический метод, при котором отдельные положения комментировались в том порядке, в котором они расположены в источниках.

б) Его сменил так называемый легальный порядок изложения, при котором сохранилось принятое Пандектами деление на титулы, и о каждом титуле говорилось особо: но в пределах данного титула уже не ограничивались толкованием отдельных мест, содержащихся в нем, а предлагали систематическое изложение всего учения, о котором шла речь в титуле. Наиболее обширное исследование, изложенное в таком порядке - Glysck, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten 1790-1830*, 34 тома; после смерти Глюка его труд был продолжен другими юристами, с тех пор вышел еще целый ряд томов, но труд еще далеко не окончен.

с) Мало-помалу стали появляться исследования, построенные авторами по самостоятельной системе. Одной из наиболее ранних попыток этого рода является исследование Донелла - *Commentarii juris civilis libri XVIII*. Система, принятая в настоящее время, впервые встречается у Гуго - *Gustav Hugo* - в его институциях современного римского права 1789 г.; его примеру последовал Гейзе (*Heise*), и с тех пор эта система приобрела право гражданства в науке. От римской или так назыв. институционной системы изложения эта система отличается коренным образом. Римская система, как она вылилась в институциях Гая и Юстиниана, была построена на известном положении: *omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. Итак, *personae, res, actiones* - это те три понятия, которые легли в основание римской системы. На языке современной юриспруденции этим терминам соответствуют понятия: права личного, права имущественного процесса. Современная система изложения прежде всего проводит резкое различие между материальным правом и процессом. Последний составляет предмет самостоятельной науки гражданского процесса. Затем в составе материального права различают общую часть и особенную. В общей части излагается ряд учений, имеющих более или менее общее значение для всех или для большинства институтов гражданского права, под следующими установившимися рубриками: а) учение о субъектах прав, б) учение об объектах прав, с) учение об общих условиях возникновения, изменения, перехода и прекращения прав и d) учение о защите прав. Иногда этому предпосылается еще общее учение о праве в объективном и субъективном смысле. В особенной части рассматриваются отдельные институты частного права под следующими общими рубриками: а) право вещное; б) право обязательственное; с) право семейственное и г) право наследственное.

III. Важнейшие пособия. *Arndts. Lehrbuch der Pandecten*, 13 изд. 1886 г. Точное, сжатое изложение, но очень сухо. *Windscheid. Lehrbuch des Pandectenrechts*. 3 т. 7 изд. 1891 г., 8-е, посмертное, изд. Киппа - 1898 г. Подробное изложение, богатые литературные указания. *Dernburg. Pandecten*. 3 т. 7 изд. 1903 г. Живое, увлекательное изложение. *Vangerow. Lehrbuch der Pandecten*. 3 т. 7 изд. 1863 г. Не учебник, а пособие к лекциям в виде пространной программы курса с обширными примечаниями, посвященными разбору важнейших контрверз. *Baron. Pandecten*. 8 изд. 1893 г. Ясное, точное изложение взглядов автора, но почти полное отсутствие указаний на чужие мнения. Переведено на русский язык Л. И. Петражицким. *Accarias. Précis de droit Romain. Demangeat, précis de droit Romain*. На русском языке имеются курсы Митюкова, Азаревича (2 т. в 3 частях), Загурского, Дорна, Ефимова, Хвостова.

Общая часть

О лицах или субъектах прав

7. Понятие лица*(64)

Лицо в юридическом смысле (persona) есть тот, кто может иметь права, может быть субъектом прав, напр., может быть собственником, кредитором и т.д. Способность быть субъектом прав называется правоспособностью. Пределы правоспособности различных категорий лиц определяются объективным правом (т.е. законом или обычаем). От правоспособности надо отличать дееспособность. Дееспособным считается тот, за личными действиями или волеизъявлениями которого, как таковыми, признается юридическое значение, поскольку данное действие вообще может иметь юридическое значение. Лицо правоспособное может быть лишено всякой дееспособности, напр., infans или furiosus, или же дееспособность его может быть ограниченная, напр., у minor или prodigus. Различаются две категории субъектов прав, именно: лица физические и лица юридические. Физические лица или люди в современном праве все обладают правоспособностью, хотя и не все одинаково. В чистом римском праве ее были лишены рабы.

Глава I. Физические лица

<u>А. Существование физического лица</u>	(8 - 9)
<u>В. Правоспособность физических лиц</u>	(10 - 12)
<u>С. Другие юридически важные качества и состояния людей</u>	(13 - 17)

А. Существование физического лица

8. Начало личности*(65)

Правоспособность лица начинается с момента его рождения. При этом требуется: а) чтобы ребенок вполне отделился от матери; б) чтобы он родился живым; в) чтобы он имел человеческий образ; г) кроме того, некоторые ученые требуют, чтобы он был настолько доношен, чтобы не был выкидышем. В частности:

1) Пока ребенок находится в утробе матери, он не считается самостоятельным субъектом права, составляя лишь *mulieris portio vel viscerum*. Однако сложилось правило: *nasciturus pro iam nato habetur, quoties, de commodis eius agitur*, в силу этого правила за эмбрионом сохраняются все права, приобретение которых для него пока невозможно исключительно ввиду того, что он еще не родился, напр., право на наследство, открывшееся в его пользу во время нахождения его в утробе матери, право на признание родственной связи между ним и кровными родственниками, умершими во время беременности его матери, и т.д.; все такие права он приобретает *ipso jure* с момента рождения. Способ отделения от матери безразличен (т.е. все равно, состоялось ли оно естественным или искусственным путем).

2) Ребенок должен родиться живым, хотя бы на самое короткое время; некоторые римские юристы требовали для признания ребенка родившимся живым, чтоб он кричал; но Сабинианцы спорили против этого, и Юстиниан присоединился к их мнению. Продолжительность жизни не имеет значения; другими словами, правовые изменения, наступившие через вступление ребенка в число субъектов прав, остаются в силе, хотя бы он умер через самое короткое время после своего рождения (это важно особенно в области наследственного права). Напр., вдова, оставшаяся беременной после мужа, родила сына, который умер скоро после рождения, других детей нет - наследство отца по закону переходит к ребенку, а после его смерти к его матери (но не к братьям отца) и т.д.

3) Ребенок должен иметь человеческий образ, не должен быть монстром. Но простые отступления от нормального строения тела (6 пальцев, сращение близнецов и т.д.) не лишают родившегося правоспособности.

4) Требуется, чтобы ребенок был настолько доношен, чтобы не представлял выкидыша, т.е. существо явно и безусловно нежизнеспособное. Выкидыш же, хотя бы и родился живым,

не есть лицо. Таково господствующее нынче мнение (Арндтс, Виндшейд, Дернбург, Барон и др.). Против этого высказываются в особенности Савиньи, из новейших - Беккер.

9. Конец личности*(66)

Конец личности совпадает с моментом смерти лица. Если кто либо на смерти другого лица основывает какое-нибудь право (напр., объявляет себя наследником), то он должен доказать факт смерти. Доказать ее не всегда легко, это невозможно в случае продолжительного отсутствия лица. Римское право не дает указаний, как поступить в таком случае. В практике общего права сложилась презумпция, в силу которой безвестно отсутствующий по достижении 70-летнего возраста должен считаться умершим. Если безвестно отсутствующим является лицо старше 70 лет, то соответствующий срок удлиняется до 100 лет. Заинтересованные лица могут в таком случае ходатайствовать о судебном объявлении о смерти; последнему предшествуют назначение особого следствия по делу и публичный вызов безвестно отсутствующего в суд. По исполнении этих формальностей суд издает требуемое объявление. Вопрос о том, с какого момента лицо должно считаться умершим, с момента ли судебного объявления, или с момента достижения 70-летнего возраста, или со времени безвестного отсутствия, представляется спорным, Практическая важность вопроса заключается главным образом в том, что в зависимости от того или другого разрешения его наследниками безвестно отсутствующего могут оказаться те или другие лица. Господствующее мнение высказывается ныне в пользу второго предположения (декларативное значение судебного объявления). Равным образом спорят о том, соответствует ли презумпции смерти безвестно отсутствующего после достижения им 70-летнего возраста презумпция жизни до достижения им этого возраста, в силу которой могли бы быть приобретены для него (открывшиеся в его пользу) наследство и отказы. Большинство юристов высказывается против такой презумпции.

При известных условиях трудно определить, кто из нескольких лиц умер раньше. Иногда это почти невозможно. Наиболее часто встречающийся случай такого рода - взаимная гибель нескольких лиц от общей опасности. По общему правилу, в таких случаях допускается презумпция, что все умерли одновременно - *commorientes*. Исключение допускается в том случае, если умершие состояли между собою в отношении восходящих и нисходящих родственников. Тогда предполагается, что малолетний десцендент умер раньше своего асцендента, *ribes*, позже его. Впрочем, из этого исключения допускаются опять изъятия. Ср. I. 26. пр. D. 23,4 I, 9 1.4. I. 22.1. 23 D. 34,5.

В. Правоспособность физических лиц

10. Римское учение о *status* и *capitis deminutio* и современное значение этого учения

Римское право различало три главные момента правоспособности: *status libertatis*, *status civitatis* и *status familiae**(67). Соответственно с этим различались:

1) *Liberi et servi*, свободные и рабы. Это было основное деление лиц (*summa divisio personarum*). Лица свободные все в большей или меньшей степени пользовались правоспособностью, тогда как рабы были лишены ее - *servi pro nullis habentur* (1,32 D. de reg. iur. 50,17). За рабом не признавались ни семейственные, ни имущественные права. В особенности в древнем праве власть господина над ним была ничем не ограничена. Она складывалась из двух моментов: а) как всякая вещь, раб принадлежал господину на полном праве собственности; господин мог продать его, заложить, отдать его в наем и т.д.; в) как существо сознательное, он состоял под господскою властью - *dominica potestas*. В силу своей господской власти господин, во-первых, имел *ius vitae ac necis* по отношению к рабу, т.е. мог судить его сам и приговорить даже к смертной казни; во-вторых, господин имел право на все, что приобретал раб. За обязательства же раба он по гражданскому праву не отвечал, что выражалось поговоркой *melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri*

non potest (1. 133 D. de reg. iur. 50, 17). Исключение допускалось только в случае совершения рабом деликта, напр., кражи: в таком случае господин обязан был или заплатить штраф, или выдать раба потерпевшему (noxae dedere). В позднейшем праве эти суровые начала были несколько смягчены. Так, уже рано вошло в обычай наделять рабов, заслуживших доверие своих господ, имуществом (peculium). Пекулий юридически, конечно, рассматривался как имущество господина, так как раб не пользовался правоспособностью, но фактически раб, обладающий пекулием, занимал довольно самостоятельное положение, мог свободно распорядиться пекулярными объектами и вследствие этого пользовался известной кредитоспособностью в глазах третьих лиц. По цивильному праву последние, правда, не были гарантированы на тот случай, когда раб отказывался добровольно исполнить сделку, напр., заплатить за купленную вещь условленную сумму, так как не могли предъявлять иска ни к нему, как лицу не правоспособному, ни к господину, так как тот не отвечал за договорные долги раба. Но к ним пришел на помощь претор. Именно претор в целом ряде случаев признал ответственность господина и за договорные долги раба. В частности, господин стал отвечать пред третьими лицами за сделки, заключенные рабом, если он сам приказал рабу заключить данную сделку, или если он назначил раба своим заместителем (приказчиком своей лавки или шкипером своего судна), или если он обогатился, извлек выгоду из сделки, заключенной рабом, или, наконец, если он наделил раба пекулием и тем сообщил рабу известную кредитоспособность в глазах посторонних лиц*(68). Императорское право пошло дальше по этому пути. С одной стороны, у господ было отнято право подвергать рабов пытке, истязаниям, смертной казни, в связи с чем рабы получили право возбуждать против своего господина, злоупотребившего господской властью, так назыв. querela de domino. С другой стороны, рабы в известном смысле были признаны субъектами обязательственных отношений. Так, Ульпиан говорит: Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant (1.14 D. de obl. et act. 44, 7). Итак, деликт, совершенный рабом, порождает право иска против самого раба на случай отпущения его на волю: договор, заключенный им, порождает, правда, только натуральное обязательство, т.е. обязательство, не облеченное правом иска: но и это уже прогресс: такой договор, по крайней мере, не считается недействительным. В результате оказывается, что позднейшее римское право отказалось от последовательного проведения принципа абсолютной не правоспособности рабов. - Что касается возникновения и прекращения рабства, то надо заметить следующее: основаниями возникновения рабства считались рождение от рабыни и потеря свободы; последняя наступала, во первых, в случае взятия свободного лица в плен и, во-вторых, в виде наказания за совершение известных тяжких преступлений. Рабство прекращалось в случае отпущения лица на волю (так назыв. manumissio). По древнему цивильному праву для этого требовалось соблюдение известных формальностей (manumissio vindicta, sensu или testamento). Позднее и неформальное отпущение на волю при соблюдении известных условий доставляло рабу свободу, но только он в таком случае не становился римским гражданином, а, по общему правилу, делался latinus Junianus. При Юстиниане эти различия были уничтожены, и всякая манумиссия сообщала вольноотпущеннику право римского гражданства.

2) Cives, latini и peregrini. Среди свободных лиц различались римские граждане, латины и перегрины. Полной правоспособностью пользовались только cives Romani. Латины имели jus commercii, т.е. право заключать сделки гражданского права, но не всегда имели jus connubii, т.е. право вступать в гражданский брак (matrimonium juris civilis), и, безусловно, были лишены политических прав (jus suffragii et honorum). Перегрины не имели ни jus commercii, ни jus connubii и могли вступать только в сделки и отношения juris gentium. В позднейшем праве различия в степени правоспособности этих лиц в значительной мере утратили свое практическое значение, с одной стороны, благодаря утрате римскими гражданами их политических прав, с другой стороны, благодаря первенствующему значению, которое стали приобретать начала juris gentium. Неудивительно поэтому, что еще Каракалла даровал всем наличным свободным жителям империи право римского гражданства и что при Юстиниане

был уничтожен последний след бывшего различия между *cives, latini, peregrini*. Независимо от указанного деления свободные лица, будь это *cives, latini* или *peregrini*, делились еще на свободнорожденных (*iugenui*) и вольноотпущенников (*liberti*). Юридическое положение последних до Юстиниана определялось прежде всего тем, кто отпустил их на волю. Если это был peregrin или латин, то и либерт становился peregrinom или латином. Если господин был римский гражданин, то либерт по общему правилу становился сам римским гражданином, раз он был отпущен на волю с соблюдением установленных формальностей. В противном случае, т.е. если он был отпущен на волю неформально, он, по *lex Junia Norbana* (изданной при Тиверии), хотя и получал свободу, но становился *latinus Junianus*. Особенность юридического положения этих лиц заключалась в том, что они при жизни пользовались *jus commercii*, но после смерти их имущество поступало к бывшему господину *jure quodammodo peculii*, т.е. дело рассматривалось так, как будто они умирали рабами. Наконец, если был отпущен на волю преступный раб, то он, на основании *lex Aelia Sentia*, никоим образом не становился римским гражданином, а делался *peregrinus dediticius*, т.е. причислялся к peregrinam, не имеющим своего автономного родного города. В юстиниановском праве все эти различия были уничтожены, и всякий либерт становился римским гражданином. - Римский гражданин, отпустивший на волю своего раба, сохранял над ним *ius patronatus*. В силу этого права патроната либерт обязан был оказывать своему патрону послушание, был подчинен его дисциплинарной власти, должен был приходить ему на помощь в случае обеднения патрона, не мог привлекать его в суд без особого дозволения магистрата и т.д. За нарушение этих обязанностей либерту грозил *revocatio in servitutem propter ingratitudinem*. Наконец, в случае смерти бездетного либерта патрон конкурировал с наследниками либерта по завещанию, а при отсутствии завещания считался законным его наследником. Постановления о праве патроната сохранились и в юстиниановском праве. - В позднейшем римском праве образовался еще особый класс полузависимых людей, так назыв. колонов. Колоны были прикреплены к земле, *glebae adscripti*. Считаясь формально свободнорожденными, они фактически мало чем отличались от рабов, состоя в полной зависимости от помещика. Последний мог даже отчуждать их, но только вместе с тем участком, к которому они были приписаны.

2) *Personae sui et alieni iuris*. Среди самих римских граждан делалось еще различие между самостоятельными и подвластными римскими гражданами. Только первые пользовались полною правоспособностью. В до-юстиниановском праве различалось тройкое отношение подвластности: *patria potestas, manus, mancipium*, и, соответственно с этим, три категории свободных подвластных лиц: подвластные дети, *uxor in manu mariti* и *liberum caput in mancipio*.

Подвластные дети (*filii, filiae familias*). Отцовская власть над подвластными детьми в древнем праве была почти неограниченная. Только политические права подвластных сыновей не затрагивались ею. В частности, отец имел как *jus vitae ac necis*, так и право на все, что приобретали подвластный сын или дочь, внук или внучка и т.д. За деликты и договорные долги подвластных детей отец отвечал в тех же пределах, как за деликты и договорные долги рабов. Со времен Августа начинается ряд серьезных ограничений отцовской власти. Подвластный сын получает право самостоятельно распоряжаться имуществом, приобретенным на военной службе (так назыв. *peculium castrense*). Позднее он получает такое же право относительно имущества, приобретенного на гражданской и духовной службе или путем отправления свободной профессии адвоката (*peculium quasi castrense*). При христианских императорах складывается принцип, что и приобретения, идущие от частных лиц (за исключением того, что получено от самого отца), поступают в собственность подвластных детей, а не отца; однако последний сохраняет по общему правилу пожизненное право *узифрукта* относительно таких приобретений (получивших название *bona adventicia*). Таким образом, в юстиниановском праве от древнего принципа имущественной неправоиспособности подвластных детей сохранилось лишь одно: сын по-прежнему не может ничего приобретать от самого отца; такие приобретения, так назыв. *peculium profecticiam*, юридически продолжают составлять часть имущества отца,

подвластный только фактически может распоряжаться ими на тех же основаниях, как раб пекулием.

Uxor in manu mariti. В древнем праве жена при вступлении в брак попадала под власть мужа, *manus mariti*, она считалась *filiae loco* по отношению к мужу, *sogoris loco* по отношению к своим детям. Юридическое положение ее в общем было такое же, как и подвластных детей. Но еще в республиканском периоде, наряду со строгим браком *cum manu*, сложился новый брак *sine manu*, при котором жена не подчинялась власти мужа. В императорском периоде браки *cum manu* окончательно вышли из употребления и в юстиниановском праве они уже не встречаются.

Liberum caput in mancipio. Отец в древнем праве мог продать своего подвластного сына или дочь. Такая продажа, совершаемая в форме манципации, не делала манципированного рабом и могла быть заключена всегда только на срок, с истечением которого подвластный возвращался опять под власть своего отца. Законы XII таблиц ограничивали это право продажи, объявив, что после третьей продажи сын освобождается от отцовской власти. На срок существования *mancipium*'а подвластный, формально оставаясь свободным, *liberum caput*, фактически находился в полном распоряжении своего временного господина, на положении раба, *in servili conditione*. В позднейшем праве *mancipatio filifamilias* производилась только *dicis gratia*, т.е. фиктивно, при усыновлении и при освобождении сына из-под отцовской власти. В юстиниановском праве этот институт уже не встречается.

Capitis deminutio. Мы видели, что правоспособность римского гражданина определялась тремя признаками: *libertas*, *civitas*, *familia*, совокупность которых составляла его *caput*. Трём статус соответствовала тройная *capitis deminutio*: *maxima*, *media*, *minima*. а) Утрата свободы, влекущая за собою утрату права римского гражданства и семейного положения, подводилась под понятие *capitis deminutio maxima*. Она наступала прежде всего в случае взятия в плен римского гражданина. Однако, если ему удавалось бежать из плена и вернуться на родину, ему, в силу так назыв. *jus postliminii*, возвращались все его права. Кроме того, *s.d. maxima* наступала как последствие совершения известных тяжких преступлений. б) *Capitis deminutio media* означала утрату права римского гражданства, что влекло за собою и прекращение прежнего семейного положения. Она наступала в случае добровольной эмиграции или перехода римского гражданина в латины. Кроме того, она полагается за совершение известных преступлений. в) Под понятие *capitis deminutio minima* подводили случаи искусственного, на основании юридической сделки, изменения семейного положения римского гражданина. Так, *capitis deminutio minima* наступала в случае усыновления одного лица другим, при *conventio uxoris in manum mariti*, при эманципации подвластного сына или дочери. Напротив, смерть отца, в силу которой подвластные дети становились *sui juris*, не влекла за собою *s. d. minima*, так как здесь отцовская власть прекращалась естественным, а не искусственным путем.

Одно из последствий всякой *capitis deminutio* по цивильному праву состояло в том, что все долги *capite minutus* прекращались. Претор, однако, постановил, что кредиторы его, несмотря на это, могут предъявить иск против него самого или против нового властелина его, путем включения в формулу иска фикций: *ac si capite minutus non esset*. В юстиниановском праве *s. d. minima* утратила почти всякое практическое значение, тогда как остальные два вида *capitis deminutio* сохранили полное значение и при нем.

В современном праве деление лиц на свободных и несвободных за упразднением института рабства окончательно отпало. Затем в принципе различие между собственными подданными и иностранцами не оказывает влияния на гражданскую правоспособность последних. Что касается третьего различия, то оно и в современном римском праве сохраняет некоторое практическое значение, так как подвластные дети и теперь ограничены в своих правах. Но это не лишает их возможности иметь собственные права: существуют лишь некоторые особые права отца, присущие ему в силу его отцовской власти и ограничивающие права детей, как это было в юстиниановском праве.

11. Гражданская честь

Римские юристы говорят: *existimatio est illaesa dignitatis status*. Гражданская честь оказывает влияние на правоспособность лица в том смысле, что умаление ее связано с ограничением правоспособности.

В римском праве различали полное лишение чести - *existimatio consumitur*, и умаление ее - *existimatio minuitur*. Лишение чести являлось результатом такого наказания, которое было связано с потерей права римского гражданства. Умаление чести проявлялось в двух главных формах: *infamia* и *turpitude* или *infamia juris* и *infamia facti*. *Infamia* есть умаление чести, основанное на постановлении закона или преторского эдикта. Различают *infamia immediata* и *mediata*. *Infamia immediata* являлась непосредственным результатом известных предосудительных действий и состояний, - *infamia mediata* наступала в случае постановления обвинительного судебного приговора по известным категориям уголовных и гражданских дел. *Infamia* по общему правилу имела характер пожизненного наказания: она могла быть устроена только в случае кассации инфамирующего приговора или возвращения лицу его честного имени со стороны императора (*restitutio famaе*). Последствия *infamia* состояли главным образом в том, что *infamis* не мог занимать почетных должностей, не мог выступать ходатаем по чужим делам, наконец, назначение такого лица наследником давало известным лицам право оспаривать завещание. - *Turpitude* есть умаление чести, являющееся результатом презренного в глазах общества поведения или образа жизни лица. Практическое значение ее состоит главным образом в том, что назначение *turpis personae* наследником по завещанию дает известным лицам право оспаривать завещание.

Что касается современного права, то римская *infamia* утратила свое непосредственное практическое значение. Указание отдельных случаев, в которых лицо подвергается ограничению гражданских прав, встречается в уголовных кодексах. Но *turpitude* сохранило свое значение.

12. Влияние вероисповедания*(69)

В республиканском периоде религия имела характер государственный, *jus sacrum* составляло часть *juris publici*. Вместе с тем, однако, римляне относились с полной терпимостью к религиозным культам подвластных их держав народностей, нередко они реципировали даже чужих божеств, приобщали их к собственным богам. В императорском периоде национальный римский культ постепенно стал утрачивать свое значение; со времени Каракаллы, сообщившего права римского гражданства всем жителям империи, о государственной религии, строго говоря, не могло быть больше речи. Гонения против евреев и христиан, которые встречаются в это время, объясняются не религиозной нетерпимостью, а государственными соображениями: в этих культах усматривали опасность для общественного спокойствия. При христианских императорах значение господствующей религии было признано за христианством. Вскоре сложилось правило, что только православные (*orthodoxi*) пользуются полной правоспособностью. Им стали противопоставляться язычники (*pagani*) и евреи, отступники (*apostatae*), еретики (*haeretici*). Правоспособность всех этих лиц была ограничена. - В Средние века принадлежность к тому или другому вероисповеданию также имела весьма важное значение. Особым ограничениям подвергались евреи. В современном римском праве все эти различия утратили свое значение.

С. Другие юридически важные качества и состояния людей

13. Пол

В древнем праве женщины подвергались многим ограничениям в частноправовых отношениях. Они состояли либо под властью отца или мужа, либо, сделавшись *persona sui juris* (напр., вследствие смерти отца), должны были состоять всю свою жизнь под опекой -

tutela mulierum. С течением времени, однако, tutela mulierum вышла из употребления, и различие между женщинами и мужчинами в области гражданского права все более стало утрачиваться. В Юстиниановском праве и тем более в современном праве различие пола по общему правилу не имеет значения в сфере частноправных отношений.

Римское право не признает самостоятельного значения за гермафродитизмом; гермафродит причисляется к тому полу, qui in eo praevallet.

14. Возраст

Возраст лица оказывает важное влияние на дееспособность лица, равно на его вменяемость.

Римское право первоначально приписывало решающее значение достижению половой зрелости - *pubertas*. Она наступала для мальчиков по достижении 14 лет, для девочек - по достижении 12 лет. Отсюда деление на *puberes* и *impuberes*. Впоследствии, однако, на основании *lex Plaetoria*, для достижения полной дееспособности стали требовать достижения 25-летнего возраста. Отсюда деление *puberes* на *puberes minores XXV annis* и *puberes maiores XXV annis*. Относительно юридического положения *puberes minores* не выработались, однако, однообразные правила. Это было достигнуто лишь значительно позднее, на основании законодательства прежней Германской Империи (в XVI ст.).

Современное право различает 3 категории лиц по возрасту: малолетних, несовершеннолетних и совершеннолетних. Малолетними - *impuberes* - считаются мальчики, не достигшие 14 лет, и девочки, не достигшие 12 лет. Они распадаются на две категории: а) *infantes*, дети моложе 7 лет, они в принципе, безусловно, недееспособны; б) *impuberes infantia maiores*, дети от 7 до 14 (12) лет. Они могут делать приобретения в свою пользу, но не могут обязываться и не могут отчуждать своих вещей. Несовершеннолетними - *puberes minores* - считаются лица, не достигшие 25 лет. Положение их мало отличается от положения *impuberes infantia maiores*, но только над ними, если они не состоят под отцовскою властью, не может быть учреждена опека - *tutela*, а попечительство - *cura*. При наличии особо уважительных причин несовершеннолетний мужчина, по достижении 20 лет, и несовершеннолетняя женщина, по достижении 18 лет, могут быть объявлены со стороны компетентных учреждений совершеннолетними, так назыв. *venia aetatis*. (Но и в таком случае они не могут отчуждать недвижимости без разрешения суда). Совершеннолетними - *puberes maiores* - признаются лица, достигшие 25-летнего возраста. Они вполне дееспособны.

Кроме этого основного деления лиц по возрасту существуют некоторые другие деления. Среди *impuberes infantia maiores* различаются *pubertati proximi* и *infantiae proximi*, без указания определенных предельных границ. Это различие получает значение в том случае, если малолетний совершил деликт и требуется определить, действовал ли он сознательно или нет. Разрешение вопроса о степени умственного развития малолетнего, согласно чему он относится к одной из указанных категорий, предоставляется суду. Кроме того, в известных случаях обращают внимание на преклонный возраст лица, - *senectus*, причем опять не указано определенных границ.

15. Болезнь и расточительный образ жизни

I. Важное значение имеет душевная болезнь. Душевнобольные распадаются на умалишенных (*furiosi, dementes*) и слабоумных, идиотов (*mente capti, fatui*). Такие лица лишены всякой дееспособности. Впрочем, умалишенные становятся вновь дееспособными во время своих светлых промежутков (*dilucida intervalla*). И телесная болезнь иногда приобретает юридическое значение. Различают болезнь в тесном смысле - *morbus*, в особенности острую болезнь - *morbus santicus*, и далее постоянные недостатки, *vitia corporis*, как-то: глухоту, немоту, неспособность к половому сожителству и т.д. Юридическое значение этих моментов различное: напр., немые и глухие не могут заключать словесных

договоров, скопцы не могут вступать в брак и усыновлять других лиц и т.д.

II. Расточители (*prodigi*) уже по цивильному праву подвергались ограничениям дееспособности. Именно над их *bona paterna avitaque*, т.е. имуществом, доставшимся по наследству от отца или деда, учреждалось попечительство - *cura*. Попечителями были ближайшие агнаты. Позднее попечители стали назначаться магистратом и попечению их было вверено все вообще имущество расточителя. В частности, расточитель лишался права отчуждать принадлежащие ему объекты и права, выдавать обязательства на свое имя, право же вступать в выгодные для него сделки, напр., принимать дарения и отказы, не отнималось у него. В таком виде постановления о расточителях перешли и в современное римское право.

16. Родство и свойство*(70)

Родство имеет важное значение в особенности в области семейных и наследственных прав. То же, хотя в гораздо меньшей степени, следует сказать о свойстве.

Родство. Родство в тесном смысле или кровное, естественное родство, *cognatio*, *cognatio naturalis* есть взаимная связь между лицами в силу происхождения одного из них от другого или обоих от общего родоначальника. Родство может быть: а) законное или незаконное; дети, родившиеся вне брака, состоят в родственной связи только с матерью и ее родственниками; б) оно может быть родством в восходящей или нисходящей, или боковой линии; соответственно этому различают восходящих, нисходящих и боковых родственников; среди последних братья и сестры могут быть полнородные или неполнородные; в) оно может быть простое или сложное. Близость родства между двумя лицами определяется по числу рождений, которые отделяют обоих лиц друг от друга (*quot generationes, tot gradus*, так назыв. *computatio civilis*). Отношение родства может быть создано искусственным путем, на основании юридической сделки; это имеет место при усыновлении.

Римское право кроме кровного родства признавало еще так назыв. агнатическое родство - *agnatio*. В основании агнатического родства лежала не общность происхождения, а общность отцовской власти. Другими словами, агнатическими родственниками признавались лица, состоящие под общей отцовской властью (так назыв. *sui*), а также лица, которые состояли бы под общей властью, если бы их общий родоначальник находился еще в живых (*agnati* в тесном смысле). От кровного родства агнатическое отличается, во-первых, тем, что кровное родство само по себе недостаточно для обоснования агнатической связи. Так, напр., дети, эманципированные отцом, остаются, конечно, когнатами его, но перестают быть агнатами его, своих братьев и т.д. Во-вторых, агнатическое родство может возникнуть и помимо кровного родства. Так, напр., жена при браке *cum manu* становилась агнатической родственницей своего мужа, хотя бы и не была когнаткой его. В древнем праве агнатическое родство имело преобладающее значение, тогда как когнатическое не играло почти никакой роли. С течением времени, однако, благодаря претору и императорскому законодательству кровное родство стало приобретать все более важное значение. Окончательная победа когнатического начала над агнатическим завершилась при Юстиниане.

От родства надо отличать свойство, *affinitas*; это есть связь, существующая между одним супругом и родственниками другого супруга.

Презумпция родства. Доказательство отцовства бывает очень затруднительно, кроме случаев признания ребенка самим отцом. Ввиду этого в пользу детей, родившихся во время существования брака, допускается презумпция, что муж есть отец ребенка, если последний родился не раньше, чем по истечении 181 дня со дня заключения брака и не позже 10 месяцев по прекращении брака. Впрочем, допускается доказательство противного, т.е., что муж не мог быть отцом ребенка, (благодаря тому, напр., что он находился в отсутствии или был импотентен и т.д.).

17. Местожителство, *Domicilium*

Местожительством лица считается то место, где находится центр его жизни и занятий. Выбор местоительства по общему правилу предоставлен усмотрению лица - *domicilium voluntarium*. Но некоторые лица должны по закону жить в определенных местах, независимо от собственного их желания, *domicilium necessarium*. Местоительство оказывает важное влияние в особенности на подсудность лица (*forum domicilii*). Кроме того, им часто определяется подлежащее применению местное право (*lex domicilii*), равно место исполнения обязательства.

Глава II. Юридические лица*(71)

18. Понятие юридического лица

Одним из важнейших средств для удовлетворения самых разнообразных потребностей служат союзные образования всевозможных типов. Союзные образования могут быть изучены с различных точек зрения: с точки зрения чисто исторической, культурно-исторической, экономической, юридической. В последнем отношении нужно различать союзные образования публичного и частного характера. К первым относятся, напр., государство, городские и сельские общины, цехи и сословия. Ко вторым - многое множество союзных образований, преследующих коммерческие, научные, любительские и т.п. цели, а также союзы семейного типа. Гражданское право изучает все эти союзные образования преимущественно с точки зрения имущественно-правового положения их. С этой точки зрения еще римское право выработало два существенно различные типа союзных образований: товарищества, с одной стороны, и так назыв. юридические лица, с другой. Различие между теми и другими заключается в том, что простое товарищество есть такой союз, за которым признается значение только в сфере внутренних отношений между самими товарищами, но не по отношению к третьим лицам. Последние имеют дело всегда только с отдельными товарищами, а не с товариществом как целым. Поэтому по сделкам, заключенным с одним из товарищей, третье лицо приобретает право иска только против самого товарища как непосредственного своего контрагента, а не против товарищества, равным образом по таким сделкам может искать, требовать исполнения только тот товарищ, который участвовал в сделке, а не товарищество. Другими словами, римское товарищество есть союз, не обладающий собственным имуществом, не составляющий в этом смысле самостоятельной хозяйственной единицы. Наоборот, юридическое лицо есть такое союзное образование, которое именно пользуется значением самостоятельной хозяйственной единицы, имеет свое самостоятельное имущество, отличное от имущества отдельных участников, пользуется соответствующими правами и несет соответствующие обязанности. С другой стороны, существование юридического лица не зависит от данного личного состава его: последний может меняться, а самое юридическое лицо остается все тем же. Словом, юридическое лицо есть такое союзное образование, которое пользуется самостоятельной имущественной правоспособностью, признается субъектом прав. Из этого, конечно, не следует, чтобы юридические лица были вполне приравнены к лицам физическим, чтобы им можно было приписывать самостоятельную волю и дееспособность, как это иногда делают. Надо помнить, что, строго говоря, существуют не две категории лиц, а две категории субъектов прав, именуемые удобства ради лицами физическими и лицами юридическими. А это, конечно, не одно и то же. Способность быть субъектом прав или правоспособность есть не прирожденное, а социальное качество, которое сообщается объективным правом, притом качество чисто пассивное, не обуславливаемое определенной структурой, определенной организацией. Оно поэтому может отсутствовать у лиц физических (рабов) и, с другой стороны, может быть пожаловано союзным образованиям. Наоборот, способность хотеть и действовать, а вместе с тем и неспособность немислимы без участия сознания и соответствующего нервного аппарата, отсутствующего у союзных образований. Они поэтому лишены самостоятельной дееспособности. Но они в ней и не нуждаются. Правоспособность и у физических лиц не всегда связана с дееспособностью, так, напр., последняя отсутствует

у малолетних и умалишенных. Невыгодные последствия отсутствия дееспособности устраняются в таком случае допущением представительства, которое представляет собою частный случай применения принципа разделения труда. Таким же путем, т. е. при помощи представительства, восполняется и отсутствующая дееспособность юридических лиц, построенных в качестве союзных образований всецело на начале разделения и сочетания труда.

Указанное определение юридических лиц далеко не пользуется общим признанием. Важнейшие мнения, высказанные в литературе по вопросу о природе юридических лиц, могут быть сведены к следующим категориям: а) Римские юристы не выработали цельной теории юридических лиц; у них не сложилось даже определенного термина для обозначения того, что мы называем юридическим лицом. Замечая, что, напр., фиск или городские общины пользуются самостоятельной правоспособностью, они просто констатируют, что эти учреждения *privatorum loco habentur* или что данный имущественный комплекс *personae vice fungitur* (1 22 D. de fidejus. 46, 1), не вдаваясь в ближайшие разъяснения. б) В современной литературе господствующее мнение утверждает, что юридическое лицо есть искусственный субъект прав, который как таковой существует лишь в юридическом воображении, в идее, но не в действительности, реальными же субъектами прав могут быть только физические лица. Итак, юридическое лицо в смысле самостоятельного субъекта прав есть фикция. Все это рассуждение покоится на неправильном представлении о характере правоспособности. Что каждое юридическое лицо имеет известный материальный субстрат и в этом смысле есть вполне реальная величина, этого, конечно, не могут отрицать и представители господствующего мнения. Ведь невозможно же серьезно утверждать, что государство, город, акционерная компания, гимназия, больница и т.д. существуют только в нашем воображении, а не в действительности. Почему же после этого подобные союзные образования не могут быть признаны субъектами прав, почему такое признание должно носить фиктивный характер? Такой взгляд был бы справедлив в том только случае, если бы правоспособность была прирожденным качеством физических лиц, составляла бы такую же неразрывную принадлежность их, как части тела. Но раз мы уясним себе, что правоспособность есть социальное качество, жалуемое объективным правом, то мы не найдем уже ничего странного в том, что правоспособность может отсутствовать у физических лиц и может быть присвоена союзным образованиям. Конечно, последние от этого не становятся лицами, но из этого не следует, чтоб они не оставались реальными величинами и чтоб они не могли быть признаны столь же реальными субъектами прав, как физические лица. в) Известный ученый Brinz, вполне соглашаясь с тем, что юридические лица суть лица фиктивные, уклоняется от господствующего мнения в том отношении, что говорит: нужно отбросить самое название: надо различать не две категории субъектов прав, т.е. физические и юридические лица, - как то делает господствующее мнение, а две категории имуществ, именно: имущество личное (*Personenvermögen*) и имущество, предназначенное для какой-нибудь цели (*Zweckvermögen*); первое *pertinet ad aliquem*, имеет в качестве субъекта определенное физическое лицо, - второе *pertinet ad aliquid*, - оно бессубъектно, но оно имеет зато объект, именно определенную цель. Эта теория в своем окончательном результате приводит к отождествлению юридических лиц с их имуществами. Это неправильно, - существуют корпорации и учреждения, не имеющие имущества, но тоже обладающие имущественной правоспособностью. г) Весьма своеобразную теорию выставил Геринг. Он говорит: сущность всякого права заключается в пользовании, в извлечении известной выгоды из него (*Genuss*). Субъектом права должен считаться тот, кому закон желает доставить эту пользу (дестинатер). Применяя эти положения к учению о юридических лицах, он приходит к такому результату: юридическое лицо есть искусственный механизм, искусственный носитель прав (*Rechtsträger*). Настоящими же субъектами тех прав, носителем которых по отношению к третьим лицам является юридическое лицо, суть отдельные лица - дестинатеры, ради которых существует юридическое лицо. Последовательное проведение этой теории приводит к тому, что субъектами имущества больницы следует считать больных, субъектами имущества острога - арестантов и т. д. е) В другую крайность впадают так назыв.

германисты, во главе которых в настоящее время стоит Оттон Гирке. Эти ученые признают существование самостоятельных общественных организмов наряду с отдельными лицами: если такой организм будет признан правом в качестве самостоятельного субъекта, то его называют юридическим лицом. Но они одаряют юридические лица не только правоспособностью, но и самостоятельной волей и дееспособностью; этим вводятся лишь новые и притом ненужные фикции, на что уже было указано выше.

19. Виды юридических лиц

Союзные образования, именуемые юридическими лицами, делятся на два основных типа: корпорации и учреждения. Обыкновенно различие между теми и другими формулируется следующим образом: юридические лица бывают или союзы лиц, преследующие дозволенные цели, или имущественные комплексы, предназначенные для какой-нибудь общепользуемой цели, поскольку те или другие пользуются значением самостоятельных субъектов прав. Первые именовются корпорациями, вторые - учреждениями. Такое разграничение нельзя признать правильным. Имущество как таковое никогда не может быть субъектом, а всегда только объектом прав. Субъект прав немислим там, где отсутствует личная организация. Это подтверждается самой жизнью: нет такого учреждения, пользующегося самостоятельной правоспособностью, которое не обладало бы известной личной организацией. Относительно большинства учреждений, как, напр., учебных заведений, публичных библиотек, тюрем и т.д., этого не могут отрицать и представители оспариваемого нами взгляда. Более осторожные из них поэтому проводят различие между учреждениями в тесном смысле (*Anstalten*) и пожертвованными фондами (*Stiftungen*); относительно первых признается существование наряду с имущественным элементом и личного, и только вторые характеризуются как обладающие самостоятельной правоспособностью имущества, предназначенные для общепользуемой цели. Но и такая поправка не может быть принята. Для того, чтобы фонд получил значение самостоятельного субъекта прав, он непременно должен обладать и самостоятельной личной организацией. На практике это не всегда бывает. Нередко приурочивают фонд к существующей уже организации, напр., жертвуют капитал для раздачи стипендий и передают его в то учебное заведение, воспитанники которого должны получать пособия. Но в таких случаях и не возникает новое юридическое лицо, а только увеличивается имущество существующего уже юридического лица. Правда, этим вновь приобретенным имуществом юридическое лицо не может распоряжаться по своему усмотрению, не может, напр., прибегать к нему для ремонта своих зданий и т.д., а должно израсходовать его согласно воле и указаниям жертвователя. Но это только значит, что приобретенное юридическим лицом имущество приобретено им *sub modo*; т.е. с наказом употребить его на определенные, заранее указанные жертвователем нужды*⁽⁷²⁾. Итак, пожертвованный для общепользуемой цели фонд как таковой никогда не образует самостоятельного субъекта прав; для этого требуется, чтобы для него была создана и самостоятельная личная организация, т.е. чтобы он стал учреждением. В противном случае, если фонд будет приурочен к существующему уже юридическому лицу, он только увеличивает имущество этого юридического лица, представляя собою пожертвование *sub modo*. Иногда это положение выражают и так: надо различать фонды самостоятельные, т.е. обладающие собственной личной организацией, и фонды несамостоятельные, приуроченные к существующей уже организации. Только первые могут приобрести значение юридических лиц, вторые представляют собою просто имущества. Но лучше совсем не вводить этой сбивчивой терминологии, так как самостоятельный фонд вполне подходит под общее понятие учреждения, а несамостоятельный фонд вообще не имеет ничего общего с юридическими лицами.

Итак, ходячее разграничение между корпорациями и учреждениями, заключающееся в признании одних союзами лиц, а других имущественными комплексами, пользующимися самостоятельной правоспособностью, не может быть признано правильным. Следует признать, что как корпорации, так и учреждения суть союзные образования. Различия же

между ними сводятся к тому, что корпорация есть такое союзное образование, которое существует и действует в интересах лиц, непосредственно связанных между собою и с корпорацией в качестве членов ее (напр., цехи, сословные организации, акционерные компании и т. д.). Напротив, учреждение есть такое союзное образование, которое существует и действует в интересах лиц, не связанных непосредственно между собою и с учреждением в качестве полноправных членов его, (напр., университеты, гимназии, больницы, остроги и т. д.). Дело в том, что при корпорациях функции управления и контроля не отделены принципиально от функции пользования, - одни и те же лица в качестве полноправных членов целого участвуют в управлении делами корпорации, если не непосредственно, то через избираемых ими делегатов, контролируют деятельность этих делегатов и вместе с тем пользуются выгодами, которые доставляет корпорация. Напротив, в учреждениях функция пользования совершенно обособлена от остальных функций, - лица, пользующиеся услугами учреждения, так назыв. дестинаторы, не участвуют в управлении ими, не имеют права контроля над распорядителями. В заключение надо заметить, что наряду с корпорациями и учреждениями в чистом виде существуют и смешанные формы. Так, с одной стороны, встречаются многие корпорации, которые действуют в интересах не только членов своих, но и третьих лиц, как, напр., городские и сельские общины, среди которых наряду с полноправными членами могут находиться и обыватели, лишенные права участия в городских или мирских делах, но пользующиеся удобствами, доставляемыми городской или сельской администрацией, наравне с остальными. Так, с другой стороны, бывают учреждения, распорядительная часть которых построена на корпоративных началах, как, напр., духовные братства, общества вспомоществования бедным и т. д. К числу таких смешанных организаций принадлежит и фиск, который обыкновенно причисляется к учреждениям, но нередко содержит и корпоративные элементы.

Некоторые ученые значительно расширяют круг юридических лиц. Так, нередко к юридическим лицам причисляется *hereditas jacentis*, наследственная масса между открытием и приобретением наследства. Мотивируют это тем, что только таким путем можно объяснить, почему имущество после смерти наследодателя не распадается на свои составные части, не может быть безнаказанно расхищено, а сохраняет свою целостность и, мало того, может даже увеличиться благодаря, напр., приобретениям, сделанным *servi hereditarii*, рабами, принадлежащими к наследственной массе; указывают также на изречение юриста Флорентина: *hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas* (1. 2 D. de fidejus. 46, 1). Против этого нельзя не возразить следующее: римские юристы вообще не создали сколько-нибудь законченной теории юридических лиц, они ограничились в этом отношении отдельными отрывочными замечаниями, из которых нельзя сделать никаких выводов: ввиду этого изречение Флорентина отнюдь не предрешает вопроса о том, следует ли признавать *hereditas jacentis* юридическим лицом, т. е. самостоятельным субъектом прав, или нет, тем более, что никаких практических выводов из этого изречения в смысле признания, напр., возможности заключать сделки от имени *hereditas jacentis* или возможности назначать ее наследником или легатарием, в источниках не встречается. Обращаясь к общим соображениям, нельзя прежде всего не заметить, что имущество само по себе, как выше было разъяснено, никогда не может быть субъектом прав. Затем, утверждение, будто только признание *hereditas jacentis* юридическим лицом объясняет сохранение таким имуществом его целостности, основано на явной *petitio principii*, на ничем недоказанном предположении, будто временное бесхозяйное имущество как таковое помимо признания его самостоятельным субъектом прав не может пользоваться охраной закона. Такая охрана требуется уже в интересах кредиторов наследодателя. Она требуется сверх того и в интересах ближайшего, а на случай отказа его - и дальних эвентуальных наследников. Вообще для того, чтобы данный имущественный комплекс пользовался охраной, требуется только, чтобы на имущество вообще существовал претендент, а вовсе не требуется, чтобы он в данное время находился налицо. Иначе пришлось бы, пожалуй, признать самостоятельным субъектом прав, юридическим лицом, и имущество безвестно отсутствующего или даже просто временно отсутствующего лица, чего, однако, никто не

допускает. Итак, следует признать, что *hereditas jacens* охраняется не в качестве самостоятельного субъекта прав, а как имущество будущего субъекта, т. е. наследника. Некоторые ученые, как, напр., Воеcking, шли еще дальше и стали признавать юридическими лицами даже имения, поскольку с имением связаны реальные сервитуты, привилегии и т. д. При такой постановке вопроса понятие юридического лица теряет уже всякое определенное значение и обращается в пустой звук, обнимая собою самые разнородные институты, не имеющие ничего общего между собою. Неудивительно поэтому, что взгляд Бекинга теперь уже никем не разделяется.

Итак, окончательный вывод, к которому мы пришли, заключается в том, что юридическими лицами могут быть признаны только союзные образования, поскольку им присвоена самостоятельная правоспособность. В составе их можно различать две главные группы: корпорации, т. е. союзные образования, существующие и действующие в интересах лиц, непосредственно связанных между собою и с целым в качестве членов корпорации, и учреждения, т. е. союзные образования, существующие и действующие в интересах лиц, не связанных непосредственно между собою и с учреждением; сверх того, существует ряд переходных форм: корпорации с примесью элементов, свойственных учреждениям, и учреждения с примесью корпоративных элементов.

20. История юридических лиц в римском праве*(73)

Само государство у римлян издревле пользовалось самостоятельной имущественной правоспособностью: известно, что *populus* мог быть назначен наследником и легатарием, что в составе *res publicae* различались *res publicae, quae publico usui destinatae sunt* и *res publicae, quae in pecunia populi sunt*: из них только первые причислялись к *res extra commercium*, к вещам, изъятым из гражданского оборота, вторые же входили в состав гражданского оборота, могли быть отчуждаемы органами государства в частные руки и т. д. Но при всем том не сознавали ясно различия между государством как политическим союзом и государством как самостоятельным субъектом имущественных прав и обязанностей. Смешение это выражалось как в том, что государственная казна, так назыв. *aerarium populi Romani* или *aerarium Saturni*, не составляла самостоятельного учреждения, была лишена самостоятельной организации, что одни и те же магистраты отправляли политические функции и вступали от имени государства в сделки с частными лицами (особенно цензоры), так и в том, что споры, возникающие из сделок, заключенных с государством, разрешались в порядке административном, не подлежали ведению общей гражданской юрисдикции. В начале императорского периода, в связи с разделением провинций на *provinciae senatoriae* и *provinciae Caesaris*, произошло раздвоение государственной казны: наряду с *aerarium Saturni*, куда стали поступать доходы только из сенатских провинций, возник *fiscus Caesaris*, императорская казна, куда стекались доходы из императорских провинций и домен. Первоначально не делали строгого различия между фиском и личной собственностью императора; так, еще Ульпиан говорит: *res fiscales quasi propriae et privatae principis sunt* (1. 2 4 D. *si quid in loco publico* 43, 8). Вероятно, благодаря именно этому смешению сложилось правило, что споры частных лиц с фиском уже не должны разбираться административным порядком, а подлежат ведению гражданского суда. С течением времени фиск, в качестве государственной казны, совершенно поглотил собою *aerarium Saturni*, который превратился в городскую кассу гор. Рима. С другой стороны, заведывание государственным имуществом было отделено от заведывания личным имуществом императора, другими словами, фиск получил самостоятельную организацию, стал особым учреждением в ряду других. Итак, в результате оказывается, что государство в качестве самостоятельного субъекта имущественных прав под именем фиска вполне обособилось от государства в смысле политического союза и что вместе с тем фиск был подчинен общим нормам гражданского права и процесса с сохранением за ним лишь некоторых привилегий.

Наряду с государством стали пользоваться самостоятельной правоспособностью городские общины, а также целый ряд других корпораций, как-то: жреческие коллегии

весталок, понтифов и др. (*collegia templorum, sodalitates*); цехи (*collegia fabrorum, pistorum* и др.); общества государственных откупщиков (так назыв. *societates publicanorum*) и мн. др. Больше всего корпоративная жизнь процветала в период республики. Существует даже мнение, что в этот период образование корпораций в смысле самостоятельных юридических лиц не стеснялось ничем, зависело вполне от учредителей союза под единственным условием, *ne quid ex publica lege corrumpant* (1. 4 D. de colleg. 47, 22). Однако это мнение едва ли правильно: из признания свободы ассоциации еще не следует, чтобы всякая ассоциация могла приобрести значение юридического лица по простому желанию учредителей ее*(74). Как бы там ни было, факт тот, что при Цезаре началось обратное движение: Цезарь упразднил *cuncta collegia praeter antiquitus constituta*, т. е. все *collegia* и *sodalitates*, за исключением жреческих коллегий и древних цехов, которые существовали с незапамятных времен. Вскоре после этого *lex Julia de collegiis* постановила, что впредь новые вольные корпорации могут быть образованы только с разрешения сената или императора. Ср. 1. 1. pr. D. quod cuiuscunque universit. 3, 4; *ne que societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur, nam et legibus, et senatus consultis, et principalibus constitutionibus ea res coercentur: Paucis autem in causis concessa sunt huiusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum*. Таким образом, образование новых корпораций было подчинено контролю государственной власти.

Что касается второго типа юридических лиц, т. е. учреждений, то древнее римское право не признавало их. Так, храмы в республиканском периоде не имели собственного имущества, они содержались за счет государственной казны, и пожертвования в их пользу считались собственностью государства. Лишь в императорском периоде за храмами признана самостоятельная правоспособность, да и то лишь на основании особого пожалования ее со стороны императора или сената. Ulp. 22,6: *deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consultis, constitutionibusque principum instituere concessum est*. Что касается учреждений с благотворительной целью (так назыв. *piae causae*), то, таковых, по крайней мере в качестве самостоятельных субъектов прав, не существовало вплоть до христианских императоров. Для достижения тех целей, ради которых создаются такие учреждения, приходилось прибегать к окольным путям. Так, император Траян задумал пожертвовать весьма крупные суммы на воспитание бедных детей; но самостоятельной организации по этому поводу не было создано, суммы распределялись между городами, которые отдавали их землевладельцам под залог имений, на проценты с этих денег и содержались дети*(75). Лишь при христианских императорах учреждения, в смысле самостоятельной группы юридических лиц, получают полное право гражданства. Так, в этот период приобретают значение юридических лиц церкви, монастыри, убежища для бедных (*ptochotrophia*), больницы (*nosocomia*), приюты для странников (*xenodochia*), для лиц престарелых (*gerontocomia*), сиротские дома (*orphanotrophia*), и т. д. Ср. 1. 23. Cod. de sacr. eccles. I. 2; 1. 26 eod.

Что касается современного римского права, то в нем всякого рода корпорации и учреждения пользуются широкой распространенностью. Наряду с политическими, церковными и благотворительными корпорациями и учреждениями существуют корпорации и учреждения с целями коммерческими, научными, учебными, любительскими и т. д.

21. Возникновение частных корпораций и учреждений

Рассмотрев общий характер, главные виды и историю развития юридических лиц, мы обращаемся теперь к более подробному догматическому изучению частных корпораций и учреждений, которыми гражданское право только и занимается *ex professo*, тогда как юридические лица публичноправного типа изучаются другими дисциплинами, государственным, церковным, финансовым правом. При этом естественно начать с изучения условий возникновения частных корпораций и учреждений.

Возникновение корпораций. Вопрос о том, с какого момента может считаться возникшей

корпорация в смысле самостоятельного юридического лица, в литературе вызвал спор. Одни ученые (как, напр., Савиньи) полагают, что для этого недостаточно, чтоб сами участники союза желали сообщить своему соединению характер юридического лица, а требуется сверх того, чтоб союзу специально были пожалованы права юридического лица со стороны государственной власти. В подтверждение этого взгляда ссылаются на источники, в которых прямо говорится, что по общему правилу ни один союз не может образоваться без специального разрешения со стороны императора или сената (ср. цитированную выше 1. 1 pr. D. quod cuiuscumque univ. 3, 4).

Другие говорят, что в современном римском праве никакого специального разрешения со стороны государственной власти для признания данного союза юридическим лицом не требуется, а требуется только, чтоб союз преследовал дозволенную цель и чтобы сами участники пожелали придать своему соединению именно характер юридического лица, а не простого товарищества. Этому не препятствуют постановления источников, требующие специального утверждения; эти постановления имеют чисто полицейский характер; разрешение не сообщает союзу самостоятельной правоспособности, а только придает ему характер дозволенного соединения. В качестве чисто полицейских норм эти постановления не были реципированы позднейшей практикой, которая еще со времен постглоссаторов стала отказываться от них*(76). Этот взгляд в настоящее время может считаться господствующим, по крайней мере, в доктрине. Практически этот взгляд представляет то неудобство, что совершенно устраняет весьма важный момент внешней отличимости корпораций, в смысле юридических лиц, от других дозволенных соединений. Ввиду этого практика современного римского права колеблется в своих взглядах на этот важный вопрос*(77).

В заключение заметим, что одно время существовало мнение, будто для образования корпорации требуется наличность, по крайней мере, трех членов, в подтверждение чего ссылались на изречение Нерация: Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est (1.85 D. de V. S. 50, 16). В настоящее время, однако, признают, что это правило не исключает возможности образования корпорации и из двух членов, так как оно не носит характера абсолютной нормы.

Возникновение учреждений. По господствующему взгляду благотворительные и иные частные учреждения возникают с того момента, когда пожертвовано имущество на общепольную цель. Это неправильно. Пожертвование может лишь послужить ближайшим поводом к возникновению учреждения. Но для того, чтобы таковое действительно возникло, требуется наличность самостоятельной организации, и притом не только в проект, но и на деле, ибо только в таком случае имеются налицо условия, необходимые для того, чтобы учреждение могло начать действовать. А пока нет личной организации, пожертвованное имущество существует и охраняется как имущество будущего субъекта прав, т. е. учреждения.

Правда, против такого взгляда, не отождествляющего момент возникновения учреждения с моментом вступления в силу пожертвования, возможно одно возражение. Чаще всего такого рода пожертвования делаются в завещательных распоряжениях: жертвователь в завещании выражает свою волю создать такое-то учреждение (напр., больницу), и вместе с тем назначает его своим наследником. Между тем, обыкновенно учат, что наследником может быть назначено лишь лицо, существующее уже в момент смерти наследодателя. В этот момент вступает в силу только самое пожертвование, личная организация учреждения пока еще отсутствует. Раз она необходима для признания учреждения возникшим, то придется признать, что в момент смерти наследодателя не существует правоспособного субъекта, которому могло бы быть завещано имущество, а следовательно, самое пожертвование придется признать недействительным. Против этого, однако, надо возразить, что самое требование, чтобы наследник в момент смерти наследодателя находился *in rerum natura*, сложилось в применении к лицам физическим и не может быть распространено на основании простой аналогии на союзные образования, именуемые юридическими лицами, так как условия возникновения тех и других вообще

неодинаковы.

В частности, для возникновения частного учреждения требуется:*(78) а) Учредительный акт. Он должен содержать: 1) указание цели, которой должно служить проектируемое учреждение; 2) назначение имущества для этой цели; 3) из него должно явствовать намерение создать именно самостоятельное учреждение, ибо само по себе пожертвование может быть сделано и в пользу существующего уже учреждения, в каковом случае, как выше было разъяснено, не возникает новое юридическое лицо. Обыкновенно указанное намерение выражается в том, что учредитель указывает подробности организации будущего учреждения, хотя это не есть ни единственный, ни безусловно необходимый признак для суждения о настоящем намерении жертвователя. Самый акт может быть совершен или при жизни жертвователя (*negotium inter vivos*), или на случай смерти (*neg. mortis causa*). Не только в последнем, но и в первом случае он есть сделка односторонняя, ибо договорное соглашение по существу дела немыслимо: нельзя вступать в договор с будущим субъектом прав, каким представляется в момент составления учредительного акта имеющее образоваться учреждение. б) Создание самостоятельной личной организации. Обыкновенно учредитель сам указывает в учредительном акте основания организации будущего учреждения. Если он упустил сделать это, то забота о создании личной организации падает на государство или на местную общину. В Риме при христианских императорах заботы о создании личной организации возлагались обыкновенно на епископа. Во всяком случае для возникновения учреждения недостаточно, чтобы личный состав учреждения был только проектирован, необходимо, чтобы он окончательно конституировался. в) Иногда для того, чтобы можно было пользоваться услугами учреждения, требуется еще наличность дополнительных моментов, напр., если учреждается больница, то требуется помещение под нее. Но эти дополнительные моменты не составляют необходимых условий для возникновения учреждения в смысле самостоятельного субъекта прав: ибо раз существуют вообще материальные средства и личный состав, то учреждение уже считается возникшим, от его имени могут быть заключаемы сделки и т. д. г) Весьма спорным представляется вопрос, требуется ли для признания учреждения самостоятельным юридическим лицом, для приобретения им самостоятельной правоспособности, санкция государственной власти. Одни ученые требуют такой санкции, другие отрицают необходимость ее. Основания, приводимые в пользу того или другого взгляда, аналогичны тем, которые приводятся в пользу и против особого правительственного разрешения для приобретения корпорациями прав юридического лица. Господствующее мнение и в данном случае отрицает необходимость такой правительственной санкции.

22. Правоспособность и организация частных корпораций и учреждений

Правоспособность. Юридические лица, по крайней мере, частноправного типа пользуются по общему правилу только имущественной правоспособностью. Единственное исключение из этого правила составляет присвоенное многим юридическим лицам право на особое имя (напр., больница св. Магдалины, Общество Красного Креста и т. д.). Пределы имущественной правоспособности отдельных категорий юридических лиц и в чистом римском праве были далеко не одинаковы. В частности, не всякое юридическое лицо пользовалось так назыв. *testamentifactio passiva*, т. е. правом приобретать наследства и отказы, оставляемые в его пользу. Такое право первоначально принадлежало только государству, позднее оно было присвоено и городским общинам, а при христианских императорах также церковным и благотворительным учреждениям; что же касается вольных корпораций, то они по общему закону имели только право вступать в так назыв. *negotia inter vivos*, право же приобретать наследства и отказы могло быть им присвоено только в силу особого пожалования, в виде привилегии. Современное римское право признает в принципе полную имущественную правоспособность за всеми юридическими лицами. В частности, юридическое лицо в качестве самостоятельного субъекта прав существует независимо от перемен в своем личном составе, обладает своим собственным имуществом, отдельным от

имущества частных лиц, входящих в состав целого в качестве членов его (при корпорациях), или в качестве распорядителей и дестинатаров (при учреждениях): по сделкам, заключенным от имени юридического лица, оно одно приобретает права и несет обязанности. Эти положения развиваются в источниках, главным образом, в применении к корпорациям (*universitates*) как потому, что учреждения лишь в поклассическом праве добились полного признания, так и потому, что корпоративные организации вскоре могут вызвать сомнение на тот счет, кто на самом деле должен считаться субъектом прав, целое или члены корпорации, кто приобретает права и несет обязанности по сделкам, заключенным от имени корпорации, и т. д. В частности, источники объясняют, что корпорации существуют независимо от перемен в личном составе ее. 1. 76 D. de jud. 5, 1: *populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo hunc viveret.* 1. 7. 2 D. *quod cuiuscunque univers.* 3,4: *in decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneant, vel omnes immutati sint.* Дальше указывается, что корпорация имеет свое самостоятельное имущество, отдельное от имущества ее членов. 1. 6, 1 D. de div rer I, 8. *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra vel stadia et si qua alia sunt communia civitatis, ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur sed universitatis.* Вместе с тем источники подчеркивают, что требования и долги корпорации не должны быть смешиваемы с личными требованиями и долгами ее членов. 1. 7. I D, *quod cuiusc. univ.* 3, 4: *Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent.* Те же начала должны быть, конечно, применимы по аналогии и к учреждениям.

Организация. Что касается прежде всего организации корпораций, то здесь возможно бесконечное множество комбинаций. Общую характеристику дает Гай в 1. 1 1 D. *quod cuiusc. univ.* 3, 4, говоря, что всякая корпорация имеет свое имущество, свою кассу и доверенное лицо для ведения своих дел; *quibus autem permissum est corpus habere (collegi societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine), proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communi agi fierique oporteat, agatur hat.* В частности, различают *universitates ordinatae*, корпорации, управляемые на основании особого статута или устава, и *universitates inordinatae*, не имеющие особого статута или устава.

Высшим корпоративным органом является общее собрание членов корпорации, поскольку общий закон или устав корпорации не допускает изъятий из этого принципа. Дела в общем собрании решаются при тех же условиях, т. е. за отсутствием специальных ограничительных постановлений, простым большинством голосов. Ср. 1, 160 I D. de R.J. 50, 17. *Retertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem.*

Вопроса о том, какое число членов корпорации должно присутствовать на общем собрании для того, чтобы оно могло считаться состоявшимся, источники касаются только в применении к городским советам декурионов, требуя присутствия двух третей декурионов. Ср. 1. 3. D. de decretis ab ordine 50, 9: *lege autem municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis.* Однако такое требование не может быть выставляемо в виде общего правила.

Обыкновенно наряду с общим собранием существует еще распорядительный комитет, избираемый собранием и непосредственно заведующий делами корпорации по полномочию собрания. Нередко некоторые члены корпорации предпочтительно пред остальными пользуются особыми льготными правами - *jura singulorum*. Льготы эти могут быть имущественные или касаться предпочтительного права участия в управлении делами корпорации. Что касается учреждений, то организация их также может быть построена на весьма различных началах. Так, распорядительная часть может быть вверена по учредительному акту одному какому-нибудь лицу, или нескольким лицам, или, наконец, может быть организована на корпоративных началах. Дестинатары, т. е. лица, в интересах которых действует учреждение, по общему правилу совершенно устранены от участия в управлении делами учреждения. Что касается пользования услугами учреждения, то дестинатары далеко не всегда имеют право на получение вспомоществований, чаще всего

оказание им помощи зависит от доброй воли распорядителей. В последнем случае отказ от помощи не дает дестинатару права требовать таковой по суду. Наконец, надо заметить, что государство имеет право надзора над юридическими лицами.

23. Представительство юридических лиц

Выше уже было замечено, что юридические лица как союзные образования не обладают дееспособностью. Да они в этом и не нуждаются. Отдельные функции, из которых складывается всякая общественная и, в частности, хозяйственная деятельность, вовсе не связаны неразрывно между собою. Они могут быть сосредоточены в одном лице, но могут быть распределены и между многими лицами. Последнее обстоятельство и делает возможным появление союзных образований, всецело построенных на начале разделения и сочетания труда отдельных участников целого.

С юридической точки зрения, это разделение труда проявляется в распределении функций управления, распоряжения, пользования, контроля между разными лицами, причем возможны, конечно, различные комбинации. Все лица, отправляющие совместно или раздельно функции управления, распоряжения и контроля, рассматриваются как представители целого, т. е. юридического лица, от имени, в интересах и за страх которого они действуют в каждом отдельном случае. Кто именно должен быть признан в данном конкретном случае представителем юридического лица, определяется уставом, учредительным актом или, за отсутствием такового, общим законом.

Из частных вопросов, входящих в состав учения о представительстве юридических лиц, наиболее важным и спорным представляется вопрос о том, в каких пределах юридические лица отвечают за незаконные действия своих представителей.

Частное римское право решило этот вопрос в том смысле, что за деликты своих представителей юридическое лицо отвечает только в том случае, если оно благодаря совершению деликта обогащалось, и только в пределах обогащения. Ср. 1. 1 1 D. de dolo malo 4, 3 Sed an municipes de dolo detur atio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. - 1. 4 D. de vi 43, 16. Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit. Ср. также 1. 9 1 D. quod metusc. 4.2. Такое решение вопроса может быть объяснено только тем, что институт представительства вообще не получил надлежащего развития в римском праве. Средневековая доктрина и практика отказались от римского принципа и высказались за противоположный принцип, в силу которого юридические лица подлежат гражданской ответственности за неправильные действия своих представителей, совершенные ими в качестве таковых, в пределах предоставленной им компетенции.

Новая историческая школа с Савиньи во главе опять подняла этот вопрос, и многие представители ее признали нужным вернуться к началу, провозглашенному чистым римским правом. Другие, которые в настоящее время составляют большинство, основательно возражали против этого, доказывая, что римский принцип давно отменен позднейшей практикой, которая руководствовалась при этом настоятельными потребностями оборота. На это приверженцы римского начала возражают, что принятие этого начала составляет логическую необходимость, раз исходит из того положения, что юридические лица лишены самостоятельной дееспособности, не могут сами действовать, ибо за деликты отвечает только сам виновный, а не третьи лица; недаром Ульпиан вопрошает: quid enim municipes dolo facere possunt? На первый взгляд это действительно сильное возражение, и некоторые противники римского начала считают возможным устранить его только путем признания самостоятельной дееспособности и за юридическими лицами. Это, конечно, не более как фикция и притом совершенно излишняя. Чтобы уяснить себе настоящие мотивы, которые оправдывают допущение ответственности юридических лиц за неправильные действия их представителей, необходимо прежде всего выяснить характер и условия возникновения

подобной ответственности. В этом отношении надо заметить следующее: во-первых, ответственность юридических лиц всегда только гражданская, т. е. они при известных условиях отвечают перед третьими лицами за убыток, причиненный неправильными действиями их представителей; об уголовной же ответственности их не может, конечно, быть и речи, а правило, что за деликт отвечает только виновный, имеет в виду именно уголовную ответственность. Во-вторых, требуется, чтобы незаконное действие представителя было совершено им в качестве такового в пределах отведенной ему сферы деятельности. В этих пределах гражданская ответственность юридических лиц за деликты их представителей вполне оправдывается принципом: *cuius commodum, eius periculum* - кто получает известные выгоды, тот несет и сопряженный с ними риск. В применении к данному случаю этот принцип может быть выражен следующим образом: так как юридические лица извлекают выгоды из института представительства, то они должны также нести риск, сопряженный с назначением представителя⁽⁷⁹⁾. Если чистое римское право смотрело иначе на дело, то это объясняется, повторяю, тем, что институт представительства в нем вообще не получил должного развития. Итак, следует признать, что в современном римском праве юридические лица отвечают перед третьими лицами за деликты, совершенные их представителями, в том смысле, что обязаны возместить причиненный представителем третьему лицу убыток, раз только представитель действовал в пределах отведенной ему сферы деятельности. Так, напр., железнодорожная компания отвечает за убыток, причиненный неправильным распоряжением или действием служащего, приведшим к крушению поезда; так, акционерный банк обязан возместить убыток, причиненный третьему лицу тем, что агент банка, которому была поручена какая-нибудь денежная операция, не исполнил ее вовсе или не так, как следовало, и т. д.

24. Прекращение частных корпораций и учреждений

Корпорация прекращается: а) если все члены ее умерли или выступили из нее; б) если государственная власть лишает ее характера юридического лица или запрещает ее; в) если истек срок, в течение которого корпорация должна была существовать или если достигнута цель, ради достижения которой она возникла; г) на основании постановления ее членов о прекращении ее. Для такого постановления требуется единогласие, если только по уставу корпорации решение этого вопроса не предоставлено большинству.

Благотворительные и другие учреждения прекращаются: а) если цель, ради которой они существуют, будет признана недозволенной или достижение ее становится невозможным (напр., цель учреждения состоит в поддержке языческого храма); б) по истечении срока, в течение которого учреждение должно было сосуществовать, или по наступлении резолютивного условия; в) если имущество учреждения израсходовано и не предвидится никаких источников возобновления его.

Что касается судьбы имущества упраздненной корпорации, то прежде всего принимается во внимание, не имеют ли определенные частные лица права на все имущество или на часть его. Такие права третьих лиц (кредиторов) и бывших членов ее остаются в силе и по упразднении корпорации. В частности, члены бывшей корпорации по закрытии ее могут постановить определение о разделе имущества между собою. Затем в самом уставе корпорации может быть определено, как быть с имуществом ее на случай прекращения корпорации. Поскольку нет ни того, ни другого, имущество упраздненной корпорации по господствующему взгляду рассматривается как выморочное и переходит к фиску.

Что касается имущества упраздненного учреждения, то оно переходит к фиску, если в уставе учреждения не содержится каких-либо иных указаний на этот предмет. Но еще в Средние века сложился обычай, в силу которого фиск обязан употребить такое имущество на аналогичную цель.

Об объектах прав

Глава I. Общие положения

25. Понятие и виды объектов прав*(80)

Объектом прав может быть все, что служит средством для удовлетворения человеческих потребностей, поскольку данное средство считается дозволенным и пользование им нуждается в особой охране. Однако не всякое благо, не всякое средство удовлетворения человеческих потребностей может быть объектом всякого права. В частности, объектами имущественных прав, на которых нам и предстоит остановиться подробнее, могут быть только такие блага, которые поддаются денежной оценке, представляют так назыв. денежный интерес. Их можно назвать хозяйственными благами. Хозяйственные блага обыкновенно подразделяются на две главные категории: 1) на вещи, т.е. самостоятельные материальные предметы, заключенные в определенные пространственные границы, и 2) действия лиц. Иногда вместо термина "имущественное благо" употребляют термин "вещь в обширном смысле" с подразделением вещей на телесные вещи (или вещи в тесном смысле) и бестелесные вещи (или действия лиц).

Последняя терминология заимствована у римских юристов, которые также различали *res corporales* и *res incorporales*. Однако у них эти термины имели несколько иное значение. Именно они под *res corporales* и *res incorporales* понимают не объекты имущественных прав, а составные части имущества. Это явствует как из общего определения *res*: 1. 23 D. de V. S. 50 16. *Rei appellatione et causae et jura continentur*, так и из того, что наряду с *res* в том же смысле употребляется термин "*pecunia*": 1.222 eod. *Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam jura continentur*, так, наконец, ближайшей характеристики *res corporales* и *incorporales*, которую дают Гай и Юстиниан в Институциях: *pr. J. de reb. Incorpor. 2, 2. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. 1. Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, et denique aliae res innumerabiles. 2. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum, ius hereditatis, et ipsum ius utendi, fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est*, Ср. Gaii, *Instit. II, 12-14*. Действительно во всех приведенных фрагментах противопоставляются друг другу вещи (в смысле телесных вещей) и права. Но если вещи могут служить объектами прав, то, конечно, право не может же служить само себе объектом*(81)); это, конечно, понимали и римские юристы, которые во второй половине 2 J. cit. прямо указывают на то, что нужно отличать право от объекта его, объясняя, что только само право наследования, само право usufructa, само право требования всегда есть *res incorporales*, тогда как объектами этих прав могут быть *res corporales*. Но если это так, то нельзя рассматривать римское деление *res* на *res corporales* и *res incorporales*, как деление объектов прав. Зато это деление получает вполне определенный смысл, если рассматривать *res corporales* и *incorporales* как составные части имущества: нужно только исходить не из строго научного, а из обыденного представления об имуществе. Действительно, в обиходе именно смотрят на имущество, или, точнее, на активное имущество как на совокупность принадлежащих данному лицу (на праве собственности, что подразумевается) вещей, с одной стороны, и прав на чужие вещи и действия третьих лиц - с другой. Так смотрели на дело и римские юристы. Конечно, ближайший анализ этого обыденного представления об имуществе легко приводит к убеждению в научной несостоятельности его. Раз вообще принято считать составными частями так назыв. активного имущества не отдельные хозяйственные блага, а принадлежащие лицу имущественные права, то к числу этих прав должно быть отнесено, конечно, и право собственности, которое может быть названо *res incorporales* с таким же основанием, как и *jus hereditatis*, *usufructus* и т. д. Но в обиходе право собственности

постоянно смешивается со своим объектом, отождествляется с ним; никто не говорит: на эту книгу я имею право собственности, а все говорят: это моя книга. Такой взгляд настолько укоренился, что логическая несообразность, лежащая в основании его, и теперь еще многими не сознается. Неудивительно, что римские юристы не могли освободиться из-под его влияния: известно, что они вообще не отличались способностью к абстракциям.

Итак, мы видели, что объекты имущественных прав, или хозяйственные блага, обыкновенно подразделяются на две главные категории: на вещи и действия лиц. Такое деление нельзя признать вполне удовлетворительным. Действия лица неотделимы от данной личности: вне определенной личности немислимы никакие действия. Если это так, то объектом прав следовало бы признавать не действия, а самую личность, обязанную совершать те или другие действия. И это тем более, что в случае несовершения тех или иных действий, которые данное лицо обязано совершить, можно воздействовать только на самое лицо, а не непосредственно на действия его. Против этого возражают, что лицо, если только это не раб, может быть признано только субъектом, но не объектом прав. Однако такое возражение неосновательно. Верно лишь то, что с точки зрения современного права, не допускающего полного порабощения одной личности другою, никакое лицо не признается только объектом, но всегда вместе с тем и субъектом прав. Другими словами, право пользования или распоряжения одной личностью по отношению к другой никогда не может быть исключительным, всепоглощающим; оно всегда в большей или меньшей степени ограничивается встречными правами противной стороны. Итак, следует различать в качестве объектов прав не вещи и действия, а вещи и лица; возможно также, что объектом права являются одновременно и те, и другие. Так, напр., при праве собственности объектом права является вещь, при договоре личного найма с точки зрения нанимателя - личность нанимающегося в услужение, при договоре купли-продажи с точки зрения покупателя - одновременно личность продавца и покупаемая вещь.

26. Понятие и виды вещей. *Universitas facti et juris*

Было уже замечено, что под вещами (или, точнее, телесными вещами) следует понимать самостоятельные материальные предметы, заключенные в определенные пространственные границы. Вещи подразделялись римскими юристами на простые (*unitum*) и сложные (*connexum*⁽⁸²⁾). Простыми называются вещи, составляющая органическое целое, как, напр., камни, деревья, животные. Сложными называются вещи, части которых соединены между собою только механической связью, как напр., здания, корабли, шкапы и т. д. Чем определяется внешнее единство вещи? - Пространственными границами, в которые она заключена. При недвижимостях эти границы проводятся искусственно, что же касается движимостей, то надо отличать твердые тела от жидкостей и газов. Границами первых служат их внешние очертания, вторые получают значение самостоятельных вещей, когда собраны в сосудах, и т. п. До каких пор сохраняется внутреннее тождество вещей? Вопрос этот получает практическое значение в том случае, когда произошли перемены в отдельных составных частях ее. Римские юристы разрешают этот вопрос в том смысле, что перемены в отдельных частях вещи по общему правилу не разрушают ее внутреннего тождества. Ср. 1. 76 D. de jud. 5, 1. *Evenire ut, partibus commutatis eadem res esse existimaretur: Itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem remaneret, quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari. Quodsi quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore, ut ex eius ratione nos ipsi non iidem essemus, qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae quotidie ex nostro corpore decederent, aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem existimari.* Однако этот принцип не был проведен вполне последовательно, ср., напр., 1. 10 7 quibus modis ususfr. 7, 4. Наиболее осторожным будет признать, что вопрос о том, до каких пор сохраняется внутреннее тождество данной вещи, разрешается соответственно взглядам оборота.

Кроме простых и сложных вещей в качестве третьей категории вещей упоминаются еще

совокупности вещей, объединяемые одним общим именем, как, напр., стадо, библиотека, товарный склад. Ср. 1. 30 pr. D. de usurpat. 41, 3. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et graese гнцменпн (unitum), vocatur: ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod ухнзменпн (conexum) vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomine subjecta, veluti populus legio grex. У современных писателей такую совокупность вещей называют обыкновенно *universitas facti*. Спрашивается, составляет ли данная совокупность как таковая объект прав или нет? В литературе по этому вопросу существует спор. В настоящее время большинство исследователей склоняется в пользу отрицательного ответа на этот вопрос, указывая на то, что *universitas facti*, как, напр., стадо, не могут быть объектами владения и приобретательной давности и что если в источниках допускается, напр., *vindicatio gregis*, то это имеет лишь то значение, что истец, предъявляющий виндикацию (т. е. иск о собственности), не обязан перечислить в отдельности животных, выдачи которых он требует, и что ему в иске не отказывается, хотя во время производства дела выяснилось, что некоторые из животных, входящих в состав стада, ему не принадлежат, но за всем тем объектом права собственности являются все-таки отдельные животные, а не стадо как таковое, как это явствует из того, что те животные, которые оказались непринадлежащими истцу, не подлежат выдаче.

Рассмотрев отдельные категории вещей, мы в заключение должны сказать несколько слов об имуществе как таковом*(83). Имущество определяется обыкновенно как совокупность поддающихся денежной оценке правоотношений, имеющих общего носителя. В противоположность *universitas facti* как простой совокупности вещей совокупность имущественных отношений, слагающихся из прав и обязанностей, характеризуется, как *universitas juris*. В составе имущества различают активное имущество или совокупность принадлежащих данному лицу прав и пассивное имущество или совокупность лежащих на нем обязанностей. В источниках имущество обозначается термином *bona*; иногда употребляют также выражения: *patrimonium*, *facultates*, *pecunia*, *res*. Долги обыкновенно не причислялись к имуществу. Так, 1. 39 D. de V.S. 50, 16 говорит: *Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt*, т. е. имуществом лица считается то, что остается за вычетом долгов. Но это не значит, чтоб римские юристы не оперировали также с понятием имущества как совокупности поддающихся денежной оценке прав и обязанностей. Так, Ульпиан, говоря о переходе имущества по наследству от одного лица к другому, следующим образом поясняет, в каком смысле следует понимать в данном случае *bona*: 1.3 pr. D. de bon. poss. 37,1. *Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum, nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.*

Из общего состава имущества лица иногда выделяется большая или меньшая группа имущественных отношений в качестве самостоятельного целого. Такое назначение имеет, напр., приданое (по отношению к остальному имуществу мужа), пекулий, выделенный в пользу подвластного сына (по отношению к остальному имуществу *paterfamilias*), при известных условиях также наследственная масса (по отношению к собственному имуществу наследника) и т. д. Такие обособленные имущественные массы носят название отдельного имущества (в противоположность общему имуществу), он также, как и вообще имущество, суть *universitates juris*, т. е. это не простые совокупности вещей, а совокупности правоотношений. Может ли имущество как таковое служить самостоятельным объектом прав? Вопрос этот тоже очень спорный. В пользу утвердительного разрешения этого вопроса говорит, на первый взгляд, существование таких институтов, как *ususfructus omnium bonorum* (пользование относительно целого имущества), *hypotheca omnium bonorum* (залог целого имущества), переход имущества от одного лица к другому в порядке наследования и т. п. Однако при ближайшем анализе этих явлений оказывается, что на самом деле объектами *узифруктного* и *закладного* права должны быть признаны отдельные блага, входящие в состав данного имущества, а не самое имущество как таковое. Это явствует из того, что

самое право узурфрукта или заклада принимает различный характер в зависимости от различия в отдельных объектах. Что же касается перехода имущества по наследству, то и здесь приобретаются отдельные объекты, входящие в состав имущества; особенность заключается лишь в том, что для приобретения их не только не требуется соблюдения тех форм, которые установлены для перехода отдельных объектов *inter vivos* (напр., для приобретения права собственности на телесные вещи наследодателя не требуется завладение ими), но и вообще не требуется отдельного приобретения каждого объекта, а все объекты приобретаются *inop acti*, путем принятия наследства в целом. То же следует сказать и относительно перехода долгов. Равным образом и после принятия наследства предметом обладания являются на самом деле только отдельные объекты, а не имущество как таковое. Итак, следует признать, что имущество как таковое не является самостоятельным объектом прав.

Глава II. Юридически важные качества вещей

27. Движимые и недвижимые вещи

Недвижимые вещи - *res immobiles* - суть земельные участки, *fundi, praedia*, иногда говорят *solum, res soli*; составными частями их считаются произрастающие на них растения и выстроенные на них здания. Ср. 1, 40. D. de A. E. V. 19.1 - *Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus*. 1.7 10 D. de A. R. D 41, 1. *Omne, quod inaedificatur, solo cedit*. Важнейший практический результат этого тот, что собственник земли считается собственником всех зданий, возведенных им или другими на его земле, и собственником растений. Все остальные вещи - движимые - *res mobiles*. В наше время, подобно тому как различают движимые и недвижимые вещи, различают движимое и недвижимое имущество. В частности, одни и те же вещные права причисляются либо к движимому, либо к недвижимому имуществу, смотря по тому, являются ли объектом их движимые или недвижимые вещи - напр. право собственности или залога на недвижимую вещь причисляется к недвижимому имуществу, а то же право собственности на недвижимую вещь - к движимому имуществу. Обязательственные требования по общему правилу причисляются всегда к движимому имуществу.

28. Заменяемые и незаменимые вещи

Заменяемыми вещами - *res, quae pondere, numero, mensura consistunt*, или, как иногда говорят, *res fungibiles*, называются такие вещи, которые настолько схожи между собой, что в обороте обыкновенно различаются только по одним родовым, но не по индивидуальным признакам, так как индивидуальные различия между ними настолько незначительны, что не принимаются в расчет: - важно только количество и качество. Сюда относятся зерновой хлеб, мука, вино, масло, шерсть, в особенности деньги. Напротив, незаменимые вещи, *res non fungibiles* или *species*, суть такие вещи, которые отличаются совершенно определенными индивидуальными признаками, каковые в обороте и принимаются обыкновенно в расчет в том смысле, что заинтересованное лицо желает приобрести или получить обратно именно данную конкретную вещь, а не другую вещь того же рода. Сюда относятся, напр., лошади, картины, дома и т. д. Впрочем, в данном конкретном случае вещь, при которой обыкновенно обращается внимание на индивидуальные признаки, может быть определена только по роду и виду, напр., поручается купить сто лошадей без указания того, какие именно, или поручается купить дом в таком-то городе, без ближайшего обозначения, какой именно. С другой стороны, возможно, что вещь, которая по общему правилу считается заменяемой, в данном случае не должна подлежать замене другою, однородною. Напр., покупают *vinum, quod in horreo est*, или передается на хранение сумма денег с обязательством вернуть именно врученную сумму. Итак, это различие имеет лишь условное значение. Практически различие между заменяемыми и незаменимыми вещами имеет важное значение в том

отношении, что только заменимые вещи могут служить объектом займа.

29. Потребляемые вещи

Потребляемыми вещами, *res, quae usu consumuntur* или *res usu consumptibiles*, называются такие вещи, нормальное пользование которыми сопряжено с уничтожением их субстанции, напр., хлеб, вино и т. д. Им противопоставляются вещи непотребляемые. Практическое значение этого различия состоит главным образом в том, что потребляемые вещи не могут служить объектом usufructa. К потребляемым вещам причисляются и деньги в том смысле, что израсходование их равносильно потреблению. Ср. 2. D. de usufr. 2,4 - *Pecunia numerata: in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur*, наконец, к потребляемым вещам приравниваются те вещи, которые в скором времени от пользования уничтожаются, напр., платья.

30. Делимость

Фактически все вещи бесконечно делимы. Но юридически считаются неделимыми или нераздельными такие вещи, при которых раздел равносильен уничтожению вещи или приводит к несоразмерному понижению ценности ее. К неделимым вещам относятся, напр., лошади, картины, бриллианты, зеркальные стекла и т. д. Им противопоставляются вещи делимые, или отдельные: *res, quae sine interitu, sive sine danno dividi possunt*; раздел земельных участков производится путем проведения границ; раздел движимых вещей путем фактического разложения их на составные части (напр., от картины отделяется рамка, от мяса отрезается кусок и т. д.). Практическое значение этого различия заключается в том, что если неделимая вещь принадлежит нескольким собственникам, то нельзя требовать раздела ее. Наконец, надо заметить, что вещи делимые *in abstracto* по специальному закону или на основании юридической сделки могут быть объявлены неделимыми.

Для оборота имеют значение в качестве самостоятельных ценных объектов не только вещи как цельные и реальные части их, но и идеальные части вещей. Напр., право на 1/4 часть дома или на 1/2 имения, на 1/5 ожерелья и т. д., несомненно, представляет собою самостоятельную ценность, оцениваемую на деньги. Этим объясняется, почему относительно всякого рода вещей, как делимых, так и неделимых, допускается установление известного рода прав на идеальные части вещи, так назыв. *partes pro indiviso*. Так, напр., вещь может принадлежать нескольким лицам в том смысле, что каждое из них имеет право на идеальную часть вещи - *res communis omnium pro partibus indivisis*. В таком случае каждый из собственников имеет право на прораторную часть дохода от вещи и может распоряжаться своей идеальной частью, напр., продать ее, заложить и т. д. Кроме права собственности такое деление допускается и относительно целого ряда других прав. Сюда относятся *emphyteusis*, *superficies*, *ususfructus*, закладное право, большинство обязательственных прав и право наследования. Эти права поэтому называются делимыми. В противоположность им существуют и права неделимые, как то: реальные сервитуты, некоторые обязательственные права.

31. Принадлежностные вещи

Принадлежностными вещами называются вещи, которые служат для постоянного пользования другой вещью, называемой главной, и которые поэтому в обороте рассматриваются как части ее. Так, напр., принадлежностными вещами дома считаются оконные рамы, замки, ключи. Практическое значение этого различия между главными и принадлежностными вещами состоит в том, что сделка, касающаяся главной вещи, в особенности продажа, отказ, залог, распространяется и на принадлежностные вещи *in dubio*, т. е. обнимает и их, если заинтересованные лица не сделали никаких оговорок относительно их. Для того чтобы одна вещь считалась принадлежностной относительно другой, требуется,

чтобы она не только была предназначена обеспечить пользование главной вещью, но чтобы действительно прибегали к ней с этой целью. Значение принадлежностных вещей могут иметь как недвижимые вещи (по отношению к другим недвижимым вещам), так и движимые вещи (по отношению к недвижимым или другим движимым вещам). Механическая связь между двумя вещами для признания одной из них принадлежностной по отношению к другой, с одной стороны, не всегда требуется (напр., зимние рамы могут быть временно выставлены), с другой стороны, не всегда достаточна (напр., кирпичи, лежащие на участке, не суть принадлежностные вещи участка).

32. Плоды

Плодами в собственном смысле - *fructus naturales* - принято называть естественные произведения, извлекаемые из вещи, в особенности поскольку они представляют собой нормальный экономический доход от вещи. Пока плоды не отделились от плодоносной вещи, - *fructus stantes, pendentes* - они составляют лишь часть ее и могут служить объектом юридических сделок лишь в качестве будущих вещей (т. е. относительно них пока не может возникнуть самостоятельное право собственности и т. д.). Лишь после отделения от главной вещи плоды получают значение самостоятельных вещей (*fructus separati*). От отделения плода (*separatio*) необходимо отличать завладение им (*perceptio*). Плоды, которые могли бы быть извлечены, но не извлечены по нерадению, называются *fructus percipiendi*. Выгоды, извлекаемые другим путем из вещи, в особенности в виде эквивалента за предоставление другому лицу пользования ею, называются *fructus civiles*. Сюда относятся в особенности проценты, *usurae*.

Против изложенной теории высказался в последнее время Петражицкий (*Die Lehre vom Einkommen*, 2 т.). Его взгляд, несомненно, должен быть признан правильным. Он обращает внимание на след.: во-первых, он отмечает относительность римского понятия *fructus*. Признание вещи *fructus*, говорит он, зависит не от каких-либо объективных качеств вещи, а от субъективного отношения лица к данной вещи. Ср., напр., 1. 58 4 D. de adm. et per. 26,7. *Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras debere curatores incipiant. Respondit: omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causum esse, quia omnis sors efficitur.* Сущность этого фрагмента заключается в следующем. Малолетний, делами которого заведывал опекун, достиг 14-летнего возраста, вследствие этого опека (*tutela*) прекратилась, и над ним было учреждено попечительство (*cura*). Вместе с тем, конечно, капиталы его и причитающиеся с них проценты должны были быть переданы опекуном, в руках которого они находились, вновь назначенному попечителю. В связи с этим и возник вопрос, который рассматривается в фрагменте. Положим, первоначальный капитал был равен 1000, а проценты, причитающиеся по этому капиталу с опекуна, равны 100. Спрашивается, должны ли проценты с денежных капиталов опекуемого, которые следуют с опекуна при передаче их попечителю, быть причислены к капиталу, так что попечитель обязан платить проценты со всей суммы (т. е. с 1000+100), или нет. Юрист отвечает, что да, потому что вся сумма (с момента передачи ее попечителю) становится капиталом. Итак, мы видим, что в данном случае одна и та же сумма денег, которая в руках одного лица составляла проценты, в руках другого рассматривается как капитал. Это имеет в данном случае то практическое значение, что попечитель отвечает за проценты уже не с суммы в 1000, а с суммы в 100. Таких примеров можно привести сколько угодно, но приведенного вполне достаточно для подтверждения правильности мысли Петражицкого об относительности понятия *fructus*. Дальше Петражицкий указывает, что с юридической точки зрения для признания данной вещи *fructus* вообще не имеет значения то обстоятельство, представляет ли данная вещь органическое произведение другой вещи или нет. Так, с одной стороны, не все органические произведения признаются *fructus* в юридическом смысле, напр., не признается таковым ребенок от рабыни (*partus ancillae*). С другой стороны, признаются *fructus* такие доходы, которые не составляют органического произведения вещи,

напр., проценты с капитала, наемная плата за квартиру, добываемые в пределах данного участка минералы и т. д. Вследствие этого, говорит он, надо вообще отказаться от противоположения между главными вещами и плодами и заменить его противоположением между капиталом и доходом. Ибо с юридической точки зрения важно не то, являются ли одни вещи плодами других, а важно только то, причисляются ли данные вещи к доходам лица или к капиталу его. С этой точки зрения мы видим, что не всякие поступления, не всякое увеличение имущества считается доходом (напр., не считается таковым найденный клад, или *insula in flumina nata*, переходящая в собственность прибрежных владельцев), доходом считаются только такие поступления, которые имеют тенденцию периодически возвращаться, как, напр., плоды плодоносных деревьев, детеныши, шерсть, молоко, навоз животных, проценты с капитала и т. д. Таким образом, доход *fructus* составляет периодически поступления, увеличивающие имущество лица. С этой точки зрения понятно, почему одни и те же вещи в руках одного являются доходами, а в руках другого причисляются к капиталу. Так, попечитель, получая от выбывающего опекуна капитал плюс причитающуюся с последнего сумму процентов, конечно, получает эту сумму не в качестве периодически повторяющейся платы с опекуна, а раз на всегда. Поэтому эта сумма и должна быть причислена к капиталу и впредь подчиняется юридической судьбе последнего, а не может быть рассматриваема как доход.

Глава III. *Res in commercio et extra commercium*

33. *Res extra commercium**(84)

Большинство телесных вещей способно служить объектом права частной собственности. Некоторые категории вещей, однако, лишены этой способности, т. е. не могут принадлежать частным лицам на праве собственности; равным образом, относительно них не допускаются и другие вещные права. Такие вещи, изъятые из гражданского оборота, называются *res extra commercium*. Римское право различало три категории таких вещей.

Res divini juris. Сюда относились *res sacrae* - вещи, посвященные божеству, напр., храмы, иконы, и т. д., *res religiosae* - кладбища и вообще места погребения усопших, *res sanctae* - некоторые вещи, поставленные под особую защиту богов, в особенности городские стены и ворота. Эти вещи считались *res nullius*. Ср. 7 J. de R. D. 2, 1. *Nullius autem sunt res sacrae, et religiosae, et sanctae; quod enim divini juris est, id nullius in bonis est*. Современное право совершенно упразднило категорию *res sanctae*. Что касается *res sacrae* и *religiosae*, то они либо принадлежат юридическим лицам, в особенности церковным и городским общинам, либо состоят в частной собственности, хотя ввиду особого их характера они подлежат некоторым ограничительным постановлениям. Так, кладбища принадлежат церковным или городским общинам; частные места погребения тоже не изъяты из оборота; если они помещаются, напр., в имении, то могут быть проданы вместе с имением.

Res naturali jure omnium communes. Сюда относятся воздух, проточная вода, море и морской берег, *aer, aqua profluens, mare et litora maris*. Ср. 1 J. de rer. Div. 2.1. - *Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris*. Эти вещи тоже считаются никому не принадлежащими. Однако отдельные выделенные части этих вещей могут приобрести значение *res in commercio*. Так, данный ковш с водою или кусок льда, данное количество песку или камней, набранное у морского берега, могут составлять объект права частной собственности. Равным образом допускается сооружение временных построек на морском берегу и даже в самом море; такие сооружения принадлежат лицу, пока не обветшают; с разрушением их наступает прежнее положение вещей. Ср. 1. 14 pr. D. de A. R. D. 41,1. - *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: 1. Illud videndum est, subluto aedificio, quod in litore positum erat, cuius conditionis in locus sit, hoc est ulrum maneat eius, cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam recidit perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset; quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem*.

Res publicae publico usui destinatae: это такие вещи, которые принадлежат на праве

собственности государству или городской общине, но предназначены для общего пользования, напр., публичные дороги, площади, гавани, мосты. Сюда относятся и *flumina publica* - большие реки; точного критерия для определения того, какая река должна считаться *flumen publicum* - не существует; в источниках, с одной стороны, река отличается от ручья (*rivus*), с другой стороны, требуется, чтобы *flumen perenne sit*. Впрочем, только течение и русло больших рек принадлежат к *res publicae*; что касается речных берегов, то они (в противоположность морским берегам) могут принадлежать частным лицам на праве собственности; но, вместе с тем, берег реки должен быть открыт для общего пользования. *Riparum usus publicus, proprietas privata est* (ср. 4 J. de R. D. 2,1). *Fluminibus publicis* противопоставляются *flumina privata* - мелкие реки и ручьи, которые принадлежат частным лицам. Некоторые ученые, в особенности Келлер, отрицают право собственности государства на *res publicae publico usui destinatae*, они говорят, что эти вещи ничьи, что государство имеет относительно их только право верховенства. Другие (Эйзеле) приписывают государству не частноправную, а публицистическую собственность относительно таких вещей. Однако в пользу господствующего мнения, помимо других соображений, в особенности говорит то, что *res publicae publico usui destinatae* могут быть лишены этого характера по решению государственной власти или подлежащей общины (напр., площадь может быть упразднена и застроена, мост может быть снесен и т. д.); другими словами, от государства или общины зависит, какое они желают придать значение такой вещи. Следовательно, им принадлежит право полного распоряжения над ней, т. е. право, присущее только собственнику. Особенность этих вещей состоит лишь в том, что пока они сохраняют свое общественное назначение, в отношении них не допускаются такие распоряжения, которые противоречат такому их назначению. - Раз *res publicae publico usui destinatae* предназначены для общего пользования всех и каждого, то, конечно, должны существовать особые средства защиты спокойного пользования такими вещами. В чистом римском праве для этого служил ряд интердиктов, которые могли быть испрошены заинтересованными лицами против тех, кто препятствует спокойному пользованию вещами, предназначенными для общего пользования; так, напр., против того, кто устроил какое-нибудь препятствие на общественной дороге или площади, можно было испросить особый интердикт и требовать восстановления прежнего положения вещей, о сем упоминается в 1. 2 35 D. *ne quid in loco publico* 43,8.

Другой интердикт был направлен против разного рода сооружений, устраиваемых в публичных реках: и в этом случае можно было требовать сноса их, ср. l. 1 19 D. *de fluminibus* 43, 12. Кроме того, против лиц, умышленно препятствующих другим пользоваться *rebus publicis*, могла быть предъявлена *actio iniuriarum*, к которой прибегали, если нельзя было предъявить указанных выше и аналогичных с ними интердиктов, ср. 1. 2 9. D. *ne quid in loco p.* 43,8: *Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico lidere vel in publico balieneo lavare aut in theatro spectare arceatur; sed in omnibus his casibus iniuriarum actione ulendum est.* Наконец, в известных случаях магистраты, которым была вверена забота о сохранении в исправном виде общественных дорог, рек и т. д., как-то эдилы, *curatores viarum* и др., непосредственно принимали меры против попыток, направленных к затруднению спокойного пользования такими объектами, ср., напр., 1. 2 25. D. *ne quid in* 1. p. 43, 8. *Si viae publicae exemptus commeatus sit, vel via coartata, interveniunt magistratus.* В современном римском праве права администрации и, в частности, полиции в деле обеспечения спокойного пользования *rebus publicis publico usui destinatis* - значительно расширены. Во всех таких делах администрация может выступить *ex officio* даже помимо просьб заинтересованных лиц. Последние, обыкновенно, в случае нужды тоже обращаются к ней, а не к суду, хотя допускается и обращение в суд, раз имеются налицо условия, при которых в Риме возникали интердикты и *actio iniuriarum*.

34. Res in commercio

Вещи, не изъятые из гражданского оборота, именуются *res in commercio*. *Res in*

commercio в до-юстиниановском праве делились на *res mancipi* и *res nec mancipi*. К первым причислялись: *praedia in Italico solo, item jura praediorum rusticorum, item servi et quadrupedes quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini* (Ulp. XIX, 1), т. е. итальянские участки, сельские сервитуты (напр., право прохода или проезда через чужое имение, право водопоя и т. п.), рабы и вьючные домашние животные, как то: быки, мулы, лошади, ослы. Все остальные вещи, как то: провинциальные участки, дикие звери, пернатые и т. д. считались *res nec mancipi*. Первоначально это деление касалось только телесных вещей; этому не противоречит включение в число *res mancipi* сельских сервитутов, ибо по воззрению древнего права объектом этих сервитутов считались *iter, rivus* и т. д. в смысле самостоятельных вещей, и поэтому, напр., самое право на проход или проезд по чужому имению так же отождествлялось со своим объектом, *iter*, как и право собственности*(85). Позднейшая юриспруденция, выделившая сельские сервитуты вместе с другими видами сервитутных прав в особую категорию *jura in re aliena*, естественно должна была отнести их к *res incorporales, quae in jure consistunt*. Вместе с тем остальные *res incorporales*, которые вовсе не имелись в виду при разделении вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi*, были отнесены к *res nec mancipi*. В таком именно виде дело представляется у Гая, который в своих Институциях (II, 15-17) дает следующее примерное перечисление *res nec mancipi*: 15-17. *Item stipendiaria praedia et tributaria* (т. е. провинциальные участки) *nec mancipi sunt*. 16. *Item fere bestiae nec mancipi sunt, velut ursi, leones*: 17. *Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum*. Таким образом, деление вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi*, имевшее в виду, по существу, только телесные вещи, стало обнимать как *res corporales*, так и *res incorporales*. Что касается практического значения этого деления, то оно заключается, главным образом, в следующем. Для перехода полного квиригского права собственности на телесные *res mancipi* требовалось отчуждение в форме *mancipatio* (торжественная фиктивная продажа в присутствии пяти свидетелей и весовщика *libripens*), или *in jure cessio* (отчуждение в форме фиктивного процесса о праве на вещь). Простая же неформальная передача (*traditio*) таких вещей по гражданскому праву не имела никакой силы*(86). Напротив, для приобретения гражданского права собственности на телесные *res nec mancipi* считалась достаточной и неформальная традиция. Наряду с нею можно было прибегнуть и к *in jure cessio*, манципация же к таким вещам была неприменима. Ср. *Gaii Inst. II. 18. Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi*. 19. *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt tradirionem*. 22. *Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur, unde etiam mancipi res sunt dictae*. Происхождение деления вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi* представляется весьма темным*(87). В настоящее время господствующее мнение полагает, что *res mancipi* суть те объекты, которые представляют собою важнейшие составные элементы древнего крестьянского хозяйства. Для перехода их из рук в руки поэтому и была введена особая торжественная форма отчуждения. Юстиниан, как известно, упразднил различие между *res mancipi* и *res nec mancipi*.

Вещи, вообще могущие состоять в частном обладании, в данном конкретном случае могут оказаться бесхозяйными, *res nullius*, как, напр., брошенные вещи (*res derelictae*), дикие звери, находящиеся на свободе, вновь возникший остров, и т. д. К таким вещам применяется правило *res nullius primo occupanti cedit*, т. е. такие вещи переходят в собственность первого, кто завладеет ими. Иногда оборотоспособность вещей, которые сами по себе принадлежат к *res in commercio*, подвергается большим или меньшим ограничениям по разным практическим соображениям. Особенно суровые правила были установлены в римском праве относительно ядов, не отличающихся целебными свойствами, и запрещенных книг (*libri improbatæ lectionis*): они подлежали отобранию и уничтожению, ср. I. 4. 1. *D. fam. ercisc. 10,2 Mala medicamenta et venena veniunt in iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet; boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debet facere et in libris improbatæ lectionis, magicis forte vel his similibus; haec enim omnia protinus corrumpenda sunt*. Некоторые ученые вследствие этого относят такие вещи прямо к *res extra commercium*, утверждая, что относительно них не допускается никаких частных прав. Другие против этого

основательно возражают, что ограничение оборотоспособности нельзя смешивать с эксграноммерциалитетом, что утверждение, будто относительно таких вещей не допускается никаких прав, ложно; так, напр., тот, кто тайно похищает запрещенную вещь у ее обладателя, несомненно, совершает кражу, тогда как похищение *res extra commercium* с точки зрения римского права не подойдет под понятие *furtum**(88).

Тело живого человека не может служить объектом частных прав в том смысле, что отдельные составные части его не могут быть отчуждаемы, закладываемы и т. д. Это правило распространяется и на искусственные члены; так, напр., нельзя описать и продать за долги искусственные глаза или зубы и т. п. Но отделенные от организма части тела, как напр., отрезанные волосы, выдернутые зубы и т. п., могут служить объектом права собственности и иных прав. Что касается трупа, то существует спор по вопросу о том, может ли он считаться вещью, которая может быть отчуждена наравне с другими вещами. В этом отношении прежде всего нельзя не заметить, что труп, преданный земле, нельзя произвольно вырыть и, напр., продать анатому на препараты. Ср., напр., 1. 38 D. de religiosis 11,7. *Divi fratres edicto admonuerunt, ne justae sepulturae traditum, id est terra conditum corpus inquietetur*. Но может ли человек при жизни продать свой труп клинике, и могут ли это сделать его наследники? Сделки такого рода на практике, несомненно, встречаются, и вопрос сводится к тому, можно ли признать их действительными и требовать исполнения по ним судебным порядком? В источниках нет указаний по этому предмету, и практика колеблется. Наиболее правильным представляется тот взгляд, согласно которому всякий сам еще при жизни может распорядиться своим трупом, раз это делается в интересах науки, но что наследники не имеют права возмездного отчуждения трупа наследователя, так как это было бы *contra bonos mores*.

Приобретение и потеря прав

Глава I. Общие начала

35. Понятие и виды права в объективном и субъективном смысле*(89)

Совместная жизнь людей в обществе приводит к выработке известной суммы обязательных правил или норм, которыми регулируются взаимные отношения отдельных членов данного общественного союза между собою и отношения их к целому. Совокупность этих норм составляет право в объективном смысле. Ближе право в объективном смысле может быть определено следующим образом: объективное право есть совокупность норм, признаваемых обязательными со стороны органов государственной власти в силу того, что они возникли в признанной этими органами форме образования обязательных норм (важнейшими такими формами являются законодательная деятельность, обычное право и судебная практика). Регулированные объективным правом конкретные отношения людей друг к другу и к благам внешнего мира называются юридическими отношениями. Им противоплагаются отношения юридически безразличные, правом не регулируемые. Те и другие могут быть подведены под более общее понятие жизненных, или бытовых, отношений, разновидности которых они представляют. Что же такое жизненное, или бытовое, отношение? Это более или менее сложное специальное отношение сосуществования между данным субъектом (или данными субъектами) и данным объектом (или данными объектами, каковыми могут быть или вещи, или лица, или одновременно и те, и другие). Каждое такое отношение дает субъекту возможность в тех или иных пределах пользоваться или распоряжаться объектом; поскольку объектом является другое лицо или поскольку данная вещь служит объектом для нескольких субъектов, мы имеем дело не с одним только отношением пользования, а с несколькими встречными отношениями такого рода. Вместе с тем в таких случаях каждый субъект по отношению к другим заинтересованным лицам предъявляет требование не мешать ему спокойно пользоваться или распоряжаться объектом в тех или иных пределах. Другими словами, поскольку в

данном бытовом отношении замешаны два лица (или больше), мы должны различать, во-первых, два (или больше, смотря по числу заинтересованных субъектов) встречных коренных отношения, проявляющихся в известных актах пользования и распоряжения, совершаемых над объектом, и, во-вторых, соответственное число встречных вспомогательных отношений, выразившихся в известных взаимных требованиях друг к другу заинтересованных лиц. Так, напр., отношение владельца к вещи, которую у него никто не оспаривает, есть простое коренное отношение, которое дает владельцу возможность так или иначе пользоваться или распоряжаться вещью. Но, допустим, что вещь находится в совладении двух лиц: тогда мы имеем не простое коренное отношение, а, во-первых, два встречных коренных отношения, ибо каждый из владельцев желает и считает себя в праве совершать известные акты пользования и распоряжения над общей вещью; во-вторых, этим встречным коренным отношениям корреспондируют два встречных вспомогательных отношения, ибо каждый совладелец требует от другого, чтобы тот ему не мешал в известных пределах (напр., в известные часы или дни и т. п.) пользоваться вещью. По мере возрастания числа заинтересованных лиц возрастает и чисто встречных коренных и вспомогательных отношений, и таким образом получаются все более и более сложные отношения сосуществования и даже целые системы таковых, состоящая из все большего и большего числа встречных коренных и вспомогательных отношений. Поскольку то или иное бытовое отношение признается юридически существенным, оно регулируется юридическими нормами и тем самым приобретает характер юридического отношения. В составе конкретных юридических отношений мы можем различить две группы: одни из них признаются общественно целесообразными, другие - общественно вредными. Первые называются также субъективными правами, вторые деликтами или правонарушениями. В связи с этим устанавливаются особые дополнительные отношения заинтересованных лиц к разным административным и судебным органам, которые призваны охранять отношения, признаваемые общественно целесообразными, или субъективными, правами и бороться с отношениями, признаваемыми общественно вредными, или правонарушениями. Таким образом, конкретные субъективные права составляют особую разновидность юридических отношений, именно отношения, признаваемые общественно целесообразными и охраняемые при помощи особых дополнительных отношений, устанавливаемых к разным органам, административным и судебным. Из них могут быть выделены конкретные субъективные права в тесном или техническом смысле. Именно, это такие отношения, которые охраняются непременно судебным порядком, и притом не иначе, как по инициативе, по желанию самих заинтересованных лиц. От конкретных субъективных прав надо отличать абстрактные типы субъективных прав: напр., от конкретного права собственности моего на мой дом надо отличать абстрактный тип, или институт права собственности, как он изложен в законе или в учебнике. Это различие представляет собою частный случай общего различия между конкретными отношениями и абстрактными типами, о котором говорилось в 1. - Задачей нашего курса является, конечно, изучение не конкретных субъективных прав, а соответствующих абстрактных типов, или институтов; в этом именно смысле мы в дальнейшем говорили о праве собственности, о праве сервитутном, праве залога, праве по обязательствам, о правах семейственных и по наследованию.

Объективное право подразделяется на право публичное и право частное, *jus publicum* и *jus privatum*. Различие между тем и другим формулируется римским юристом Ульпианом следующим образом: 1. 2 D. de justitia et jure 1,1: *Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatum; publicum jus est, quod ad statum Rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*. Следуя его примеру, и теперь различие между публичным и частным правом характеризуют обыкновенно след. образом: нормы публичного права суть те, в соблюдении которых заинтересовано общество как целое; нормы частного права те, которые ближайшим образом затрагивают интересы отдельных частных лиц.

По этому поводу необходимо заметить следующее. Исторически различие между публичным и частным правом возникло на почве строгого разграничения всех отношений, в которых участником являлось государство, со включением сюда и отношений по имуществу,

от отношений, в которых участвуют только частные лица. Со временем государство в качестве фиска, т. е. в качестве субъекта имущественных прав, было подчинено в общем действию тех же норм, которые регулируют и соответствующие отношения частных лиц*(90). - Однако самое разграничение публичного и частного права сохранилось. Это объясняется тем, что постепенно успел сложиться и упрочиться взгляд на ряд отношений как на отношения, традиционно причисляемые к отношениям *juris privati*. Сюда вошли, с одной стороны, отношения семейственные (отношения между супругами, между отцом и детьми, отношения по опеке), с другой стороны - имущественные отношения, объединяемые под именем вещных и обязательственных прав, с присоединением отношений по наследованию. Внешним объединяющим все эти отношения моментом явился особый порядок защиты их, - защита в порядке гражданского суда, по инициативе самих заинтересованных лиц. - Все эти отношения в силу традиции продолжали именоваться отношениями гражданского права (а субъективные права, соответствующие им, частными субъективными правами), уже независимо от того, кто являлся субъектом этих отношений, частные ли лица, те или иные корпорации и учреждения, или само государство в смысле фиска.

Позднейшая доктрина и практика начали причислять к отношениям частного права и родственные им по общей структуре (т. е. по преобладанию в них чисто личных и имущественных элементов), отношения новой формации, неизвестные чистому римскому праву, как, напр., отношения по авторскому и патентному праву, отношения, вытекающие из новых форм сделок, выдвинутых современным гражданским и торговым оборотом, к числу которых относятся бумаги на предъявителя, векселя, чеки и т.д.

Из сказанного явствует, что в основе различия между публичным и частным правом лежат не те или иные принципиальные, а чисто практические критерии. Отсюда понятно, что все попытки найти принципиальное обоснование этого различия должны были потерпеть крах*(91).

36. Возникновение, прекращение, переход и изменение прав

Для того чтобы в данном частном случае возникло конкретное субъективное право, точнее, такое специальное отношение сосуществования, которое признавалось бы субъективным правом, требуется наличность целого ряда условий, целого ряда фактов. Другими словами, каждое конкретное право в субъективном смысле представляет собою результат сочетания целого ряда фактов. Так, напр., для возникновения права наследования требуется: смерть наследодателя, наличность известной имущественной массы, известная связь между наследодателем и наследником, установленная по закону или на основании юридической сделки (завещания), принятие наследства со стороны данного лица и т. д. Какие собственно факты необходимы для признания существования данного права, это определяется объективным правом.

В частности, следует различать факты, с которыми связывается возникновение, изменение и прекращение прав. Право считается возникшим, раз оно приобретено данным лицом, т. е. раз наступили все те условия, при наличности которых закон признает данное лицо субъектом данного права (напр., права собственности). Право считается прекратившимся, раз оно утрачено данным лицом, т. е. раз наступили такие факты, при наличности которых закон перестает признавать данное лицо субъектом данного права. Если объектом права служит какое-нибудь материальное благо, то нередко случается, что это благо продолжает существовать и после прекращения самого права, т. е. после утраты его со стороны бывшего его субъекта (напр., в случае дереликции вещи, в случае передачи другому лицу и т. д.). Тогда возможно возникновение, в лице нового субъекта, к которому перешло это благо, права, одинакового по содержанию своему с тем правом, которое имел на это благо прежний субъект. Если право непосредственного предшественника было неполное и параллельно с ним существовало более сильное право третьего лица, напр., непосредственный предшественник не имел права собственности на данную вещь, а был только добросовестным владельцем ее, то возникает вопрос: может ли приобрести новый

приобретатель более сильное право, чем какое имел его предшественник относительно данного блага, напр., может ли он приобрести право собственности на вещь, несмотря на то, что его предшественник не имел этого права? Различают два случая: при известных условиях, при наличии известных фактов возможно возникновение в лице нового приобретателя более сильного права, чем какое имел его предшественник; такое более сильное, более полное право может возникнуть с самого момента приобретения данного блага, в частности, данной вещи (напр., в случае покупки чужой вещи у фиска покупатель непосредственно приобретает право собственности) или по истечении определенного срока времени (напр., если кто-либо приобретает чужую вещь в доброй вере, то, по общему правилу, он по истечении срока приобретательной давности становится полным собственником ее, несмотря на то, что непосредственный его предшественник не был собственником ее). По общему же правилу, новый приобретатель может приобрести лишь то право, какое имел его непосредственный предшественник относительно данного блага; это выражается поговоркой: *nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*. Такое приобретение называется производным. Отношение нового приобретателя к прежнему называется преемством прав, *successio*; приобретатель называется *successor*; предшественник его есть *auctor*; объектом сукцессии могут служить отдельные вещи, отдельные имущественные блага, это так назыв. *successio in rem*, частичное преемство, или же имущественный комплекс, в таком случае говорят о *successio per universitatem* - полное преемство. В римском праве последнее могло состоять в приобретении одного только имущественного актива, одних только прав - *acquisitio per universitatem* (напр., при *argrogatio personae sui juris*), или же в переходе всего, как активного, так и пассивного имущества, т. е. всех прав и обязанностей, из которых складывается данный имущественный комплекс, на данное лицо, *successio in univsum jus*, напр., *defuncti*. В современном праве всякая *successio per universitatem* есть *successio in univsum jus*.

Под влиянием различных условий данное право может изменяться качественно и количественно. В частности, право может подвергнуться известным ограничениям. Из числа фактов, влекущих за собою ограничение и прекращение имущественных прав, особо выделяются отчуждение и отречение. Отчуждение, *alienatio*, - в обширном смысле слова есть всякое действие субъекта права, направленное на полное или частичное прекращение или на ограничение права правом третьего лица. Даже допущение такой потери, которую можно было бы предотвратить (хотя бы она состоялась не по воле лица), относится сюда. В тесном смысле под отчуждением понимается прекращение права через перенесение его на другое лицо, равно установление нового права, ограничивающего прежнее право. Простой же отказ от права, а равно заявление лица о том, что оно не желает приобрести право, которое могло бы приобрести, называется отречением, *renuntiatio*.

37. О юридических фактах*(92)

Все положительные и отрицательные факты, влекущие за собою, одни или в связи с другими фактами, известные правовые последствия, называются юридическими фактами. Если для достижения известного юридического эффекта, напр., для возникновения права, требуется совпадение нескольких фактов, то отдельные факты могут наступить в разное время. Напр., для приобретения легата требуется наличность завещания или кодицилла, смерть наследодателя, принятие наследства со стороны наследника, наконец, согласие легатария. Все эти моменты распадаются во времени, произойдет ли надлежащее сочетание их или нет, заранее неизвестно. Очевидно, в данном конкретном случае некоторые из фактов, необходимых для наступления известных юридических последствий, могут уже быть налицо, другие могут еще отсутствовать. При таких условиях вопрос о том, возникнет ли или изменится и т. д. данное право, до поры до времени остается открытым. Существует неопределенное состояние, так называемое состояние неизвестности права, *negotium* или *dominium pendet, in pendentem, in suspenso est*. Это состояние само по себе уже может породить известные юридические последствия. В частности, когда специфические

последствия, связанные с возникновением нового права, затрагивают интересы не одного лица, а двух или нескольких лиц, то возникает вопрос: с какого момента начинается влияние, оказываемое изменившимися обстоятельствами, на взаимные отношения этих лиц. По общему правилу - с момента окончательного возникновения данного права, т. е. с момента, когда наступили все требующиеся для этого факты. Но в некоторых случаях дело рассматривается так, как будто право возникло не с момента окончательного совпадения всех необходимых для возникновения его фактов, а раньше, когда имелись налицо лишь некоторые из этих фактов. В таком случае говорят о ретроакции права. Юридические факты распадаются на две главные категории: а) юридические действия лиц и б) факты другого рода, напр., рождение, смерть лица, истечение срока и т. д.

Глава II. О действиях как факторах возникновения, изменения и прекращения прав. Общие начала

38. Понятие и виды действий*(93)

Люди, поскольку они сознательно преследуют те или другие цели, в каждом данном случае имеют выбор между большим или меньшим числом средств; их опыт подсказывает им, между какими именно. Сознательная психическая деятельность, заключающаяся в избрании определенного средства (или определенного ряда средств) и в стремлении к достижению его, именуется волею, а внешняя форма проявления ее - действием. Итак, действие есть внешняя форма проявления воли. Как проявление воли, действие есть акт сознательный. Этим действие отличается от бессознательных (рефлекторных и инстинктивных) движений. Воля как сознательная деятельность в каждом данном случае предполагает: а) представление о конечной цели, которую лицо желает достигнуть; б) представление о возможных средствах достижения ее и, в частности, о том, на котором лицо остановилось, к которому оно стремится, и с) представление о действиях, пригодных для данного случая, и, в частности, о том действии, которое лицо, в конце концов, избрало. Первое представление - о конечной цели, которую лицо себе наметило, породив желание достигнуть этой цели, служит побудительным мотивом волевого акта; второе - указывает объективный результат, на который этот акт направляется, третье - форму, в которой он может проявиться вовне. Итак, в каждом данном случае необходимо различать самое действие как форму проявления воли вовне, побудительный мотив к совершению действия или конечную цель его, и объективный результат, на который оно направлено, и который является средством для достижения конечной цели. Поясним сказанное примером. Положим, у меня является стремление познакомиться с каким-нибудь специальным вопросом, напр., с учением о юридических действиях (желание, которое, конечно, не является *ex abrupto*, а может быть вызвано весьма разнообразными мотивами). Представление об этом интересующем меня вопросе в связи со стремлением познакомиться с ним ближе составляет побудительный мотив всей дальнейшей моей деятельности, направленной на достижение намеченной цели. Указанное представление вызывает в моем уме представление о разных книгах, могущих служить средством для удовлетворения моего желания; я останавливаюсь на одной какой-нибудь из них и решаюсь добыть ее. Достать намеченную мною книгу - вот объективный результат, к которому я стремлюсь. Надо решить, каким образом раздобыть эту книгу, какое предпринять действие для этого. Более или менее ясно я представляю себе, что могу взять ее у кого-нибудь на время, могу купить ее, могу украсть и т. д. Из этих возможных действий я останавливаюсь, положим, на покупке книги как наиболее подходящем. После этого остается только привести мое намерение в исполнение, совершить то действие (покупку книги), которое в данном случае избрано мною, в качестве наиболее подходящей формы проявления моей воли вовне. Конечно, это только общая схема. На самом деле, процесс, который мы попытались пояснить нашим примером, гораздо сложнее, выражается не в одном действии, а в целом ряде действий, напр., чтобы выбрать ту книгу, которая представляется наиболее подходящей для моей цели, я обыкновенно буду

вынужден навести справки, обратиться за советом к другим лицам и т. д.; чтобы приобрести книгу, на которой я после этого остановился, мне нужно отправиться в книжный магазин и т. д. Каждое из этих подготовительных действий, в свою очередь, имеет специальный побудительный мотив и направлено на определенный объективный результат, причем соотношение между всеми этими действиями выражается в том, что представление о каждом последующем действии является побудительным мотивом для совершения предшествующего, а результат, достигаемый предшествующим, является условием для совершения последующего. Но этим, конечно, дело по существу не изменяется.

Установив общее понятие действия и выяснив соотношение между действием, побудительным мотивом и его объективным результатом, на который оно направлено, мы должны теперь указать главные виды действий. В этом отношении необходимо прежде всего заметить, что действия подразделяются на положительные или отрицательные или действия в тесном смысле и упущения. На первый взгляд, конечно, может показаться странным подводить под понятия действий и упущения. Ведь упущение предполагает как раз бездействие лица. Но, если вникнуть ближе в дело, эта странность легко устраняется. Мы сказали, что действие есть форма проявления воли вовне. Ежедневный опыт показывает, что люди проявляют свою волю не только активным воздействием на окружающую обстановку, но и молчаливым протестом против предъявляемых к ним требований, не делая того, чего от них, по обстоятельствам дела, считают возможным ожидать. Несовержшение того, чего можно было ожидать от лица, на основании тех или других данных, и есть упущение. Итак, упущение не есть полное бездействие, а такое поведение лица, которое дает основание вывести заключение о нежелании его совершить определенное действие, и в этом смысле упущение может с таким же основанием быть названо формой проявления воли вовне, как и активное действие. Затем, нужно различать действия, сами по себе юридически безразличные, и действия, сами по себе могущие приобрести определенное юридическое значение, или, проще, действия юридические. Юридически-безразличными называются действия, которые сами по себе не влекут за собою юридических последствий (напр., приглашение на обед, обещание дружбы). Юридическими действиями называются такие, с которыми, при нормальных условиях, связываются совершенно определенные юридические последствия. Они подразделяются в свою очередь на две главные категории: на действия дозволенные и недозволенные.

39. Условия юридических действий. Общая характеристика

Для того чтобы в данном конкретном случае юридическое действие повлекло за собою те юридические последствия, которые обыкновенно с ним связываются, требуется наличность определенных условий. Прежде всего лицо, совершающее данное действие, должно пользоваться надлежащей дееспособностью, т. е. объективное право должно признавать за ним способность совершать юридически обязательные для него и для других лиц действия. Кроме этого, по общему правилу, требуется соответствие между волею и действием, или, точнее, требуется, чтобы данное лицо желало совершить именно данное действие и именно для достижения того объективного результата, ради которого обыкновенно прибегают к действиям такого рода. Если такого соответствия нет, если лицо не желало совершить данное действие или не желало достижения того результата, который обыкновенно преследуется данным действием, то, по общему правилу, действие его и не влечет за собою обыкновенно связанных с ним юридических последствий. Так, напр., если я подписал подsunутую мне бумагу, думая, что это деловой рапорт, а на самом деле это долговая расписка, я не желаю, очевидно, совершения того действия, которое я на самом деле совершил, т. е. не желаю вовсе принять на себя обязательство. И вот, если я могу доказать, что я действовал под влиянием неправильного, ошибочного представления о совершенном мною действии, это действие не влечет за собою обыкновенно связанных с ним юридических последствий, т. е. я не могу быть принужден к уплате. Если я на сцене, изображая воришку, вытаскиваю у своего партнера платок из кармана, я вовсе не желаю

тайно присвоить себе не принадлежащую мне вещь, а желаю только действовать так, как мне предписывает роль. Понятно, что при таких условиях опять-таки не наступают последствия, обыкновенно связанные с подобными поступками, т. е. я не могу быть привлечен к уголовной ответственности за кражу. Что касается, наконец, соотношения между действием и побудительным мотивом его, то надо заметить, что несоответствие между этими двумя моментами, по общему правилу, не имеет юридического значения. Так, напр., если я купил какую-нибудь книгу в ожидании найти в ней указания по каким-нибудь интересующим меня вопросам, а эти ожидания не оправдаются, так что цель, которую я преследовал покупкой книги и которая послужила для меня побудительным мотивом купить ее, не осуществилась, я не могу потребовать от книгопродавца взять назад книгу. Однако в некоторых случаях и побудительные мотивы получают юридическое значение, напр., если данная сделка совершена под влиянием угроз.

Нам предстоит теперь развить указанные нами положения, т. е. рассмотреть подробно: 1) случаи отсутствия и ограничения дееспособности; 2) учение о соответствии между волей и действием и 3) учение о влиянии мотивов на действия. Однако пока мы ограничимся только изучением первого вопроса. Второй вопрос более удобно изучить специально в применении к юридическим сделкам, так как он разработан римскими юристами преимущественно на этой почве. То же следует сказать и о третьем. Только учение о заблуждении, с которым нам придется иметь дело как при изучении вопроса о соответствии между волей и действием, так и при рассмотрении вопроса о влиянии мотивов на действия, должно быть очерчено уже в настоящее время. Итак, мы рассмотрим пока: 1) учение о дееспособности и 2) учение о юридическом значении заблуждения.

40. Случаи отсутствия и ограничения дееспособности

Мы видели, что дееспособность лица составляет первое условие для того, чтобы действия его могли приобрести юридическое значение. Объективное право признает дееспособными далеко не всех лиц: известные категории лиц лишены этой способности совершенно, у других она подвергается ограничениям.

В частности, дееспособность отсутствует вполне: а) у юридических лиц, за которых действуют их представители; б) у *infantes*, детей до 7 лет; в) у *furiosi* и *dementes*, за исключением *dilucida intervalla*, т. е. светлых промежутков; д) у лиц, которые временно находятся в бессознательном состоянии вследствие болезни, пьянства, гипноза и т. п. Впрочем, такое состояние не исключает всякой ответственности, раз лицо по собственной вине пришло в такое состояние.

Дееспособность ограничена: а) у *impuberes infantia maiores*, т. е. детей от 7-14 (12) лет. Такие лица могут самостоятельно совершать действия, выгодные для них, напр., принимать дарения; действия же, сопряженные с утратой или ограничением их прав, могут быть совершаемы ими только *tutore auctore*, с участием опекуна; б) у *puberes minores*, т. е. лиц, не достигших 25-летнего возраста; такие лица могут вступать в выгодные для них сделки, напр., принимать дарения и отказы, а также могут составлять завещания, но они не могут совершать актов отчуждения без согласия своих попечителей; в) у женщин, которые на основании *Senatusconsultum Vellejanum* не могут принимать на себя обязательств в чужом интересе (*intercessio*), напр., не могут выступать поручительницами; д) у лиц, лишенных возможности выражать свою волю тем или другим способом, как, напр., у немых, глухих и т. п.; так, глухие и немые не могут заключать стипуляций; е) у объявленных расточителей; такие лица не могут совершать действий, ведущих к умалению их имущества, и не могут делать распоряжений на случай смерти.

41. Заблуждение и неведение*(94)

Заблуждение, *error*, есть неправильное представление о чем-нибудь; неведение, *ignorantia*, есть отсутствие представления о чем-нибудь. Практическое значение обоих этих

моментов одинаковое, почему римские юристы и не делали строгого различия между ними.

Заблуждение (и неведение) не всегда имеет юридическое значение. Случаи, в которых оно приобретает таковое, могут быть сведены к двум главным группам: а) В некоторых случаях заблуждение имеет значение положительного фактора, является одним из условий для наступления известных юридических последствий. Так, напр., в случае уплаты недолжного (*solutio indebiti*) право требовать возврата недолжно уплаченного возникает в том только случае, если уплативший ошибочно предполагал существование долга; если же он знал, что никакого долга не существует, и, тем не менее, произвел уплату, то он не может после этого требовать возврата уплаченного. Следовательно, заблуждение есть одно из положительных условий для наступления права обратного требования недолжно уплаченного. Другой пример: давностное приобретение чужих вещей в собственность предполагает *bona fides* в лице владельцев, т. е. приобретатель не должен знать, что он приобрел вещь у несобственника, а должен думать, что предшественник его имел полное право распоряжаться вещью, переуступить ее ему, приобретателю. Напротив, раз я, напр., купил вещь у другого, знал, что он вовсе не собственник ее, а получил ее только на хранение, я никогда сам не могу приобрести ее *per usucapionem* в собственность, сколько бы времени я ни владел ею. Следовательно, заблуждение или, точнее, неведение есть одно из положительных условий института давности приобретения чужой вещи в собственность. б) В других случаях заблуждение или неведение играет роль отрицательного фактора, является одним из условий, исключающих возможность наступления известных юридических последствий. Это бывает, когда для наступления тех или других юридических последствий требуется знание какого-нибудь обстоятельства. Так, напр., для того, чтобы продавец отвечал за весь убыток, причиненный покупщику вещью, у которой оказались скрытые недостатки, требуется, чтобы он знал об этих недостатках и умышленно (*dolose*) умолчал об них. Если же он сам не знал о них, то он ни в каком случае не отвечает за весь убыток, а обязан только согласиться, по усмотрению покупщика, или на расторжение договора, или на соответствующее понижение покупной цены. Итак, в данном случае неведение торговца о скрытых недостатках проданной вещи исключает возможность искать с него полностью весь причиненный этим фактом убыток. То же самое бывает, напр., в том случае, когда начало течения срока обусловлено знанием какого-нибудь обстоятельства; неведение о таком обстоятельстве исключает возможность течения срока.

Поскольку заблуждение вообще имеет юридическое значение, оно, по общему правилу, выгодно для заблуждающегося. В тех случаях, где оно играет роль положительного фактора, оно доставляет ему известную положительную выгоду, давая заинтересованному лицу возможность приобрести что-либо или сложить с себя ответственность за что-либо (напр., если по ошибке было уплачено недолжное, то эта ошибка, это заблуждение дает лицу право требовать возврата недолжно уплаченного; если по ошибке было обещано уплатить недолжное, то эта ошибка дает возможность уклониться от уплаты недолжно обещанного). С другой стороны, там, где заблуждение играет роль отрицательного фактора, оно доставляет заинтересованному лицу известную отрицательную выгоду, предохраняя его от известных невыгодных последствий (напр., незнание о скрытых недостатках проданной вещи освобождает продавца от ответственности за весь проистекший отсюда для покупщика убыток).

Однако для того, чтобы заблуждение доставило означенные положительные или отрицательные выгоды заблуждающемуся лицу, оно, по общему правилу, должно быть извинительное (*error probabilis*). Спрашивается, при каких условиях заблуждение может считаться извинительным? Принципиально римские юристы проводили в этом отношении строгое различие между *error juris* и *error facti*. *Error juris* называется заблуждение, касающееся правовых норм, *error facti* - заблуждение, касающееся каких-нибудь фактических обстоятельств. *Error juris* считался неизвинительным, *error facti* - извинительным. Ср. 1. 9 pr. D. de juris et facti ignorantia 22,6 (Paulus) - *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*. Это мотивировалось тем, что нормы права могут и должны быть установлены раз навсегда, а потому и знания их можно требовать от всякого, тогда как

фактические обстоятельства постоянно изменяются, а потому нельзя и требовать всегда полного знакомства с ними. Ср. 1. 2. D. eod. 22,6 (Neratius). In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet, quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

На деле, однако, этот принцип был модифицирован ими в двояком отношении. Во-первых, было признано, что не всякое фактическое заблуждение должно быть признано извинительным, но только такое, которое не покоится на крайней небрежности, на крайнем нерадении лица. Ср. 1. 6 D. eod. 22,6 (Ulpianus). Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda; scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. 1.9 2 eod. (Paulus). Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. Исключение было допущено только для тех случаев, где заблуждение было вызвано обманом образом действия противной стороны; в таком случае считалось извинительным всякое заблуждение, хотя бы обманутый только благодаря крайней небрежности, крайнему легковерию своему попался впросак. Во-вторых, и error juris был признан извинительным при известных условиях. Так, error juris прощается иногда женщинам, несовершеннолетним, солдатам, Ср. 1. 9 pr. eod. minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur. 1.9 1 eod. miles: per constitutiones principales jus ignorare potest. То же самое было установлено вообще по отношению к лицам неразвитым. Ср. 1. 9 3 eod. Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si juris consulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento, sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.

Итак, мы пришли к следующему результату. Только извинительное заблуждение может доставить заинтересованному лицу известные положительные или отрицательные выгоды. Извинительным может быть не только фактическое, но и юридическое заблуждение. Фактическое заблуждение, по общему правилу, считается извинительным тогда, когда оно не является результатом крайней небрежности со стороны заблуждающегося. Юридическое заблуждение неизвинительно, если человек по своему развитию, при желании, мог вполне ознакомиться с касающимися его нормами права или мог обратиться за советом к сведущим людям. Оно извинительно, если в нем повинен человек неразвитой, в особенности несовершеннолетний, солдат, а также propter sexus infirmitatem и женщины.

О юридических сделках*(95)

42. Понятие и главные виды юридических сделок

Римские юристы не выработали общего понятия юридической сделки, (встречающиеся у них термины: negotium, actus, actum, gestum не имеют определенного технического значения). Выработка этого понятия составляет заслугу современной систематики. Обыкновенно юридическую сделку определяют как частное волеизъявление, направленное на установление, изменение или прекращение прав. На такое определение многие ученые нападают. Так, Бринц говорит, что не намерение и не воля лица, а воля объективного права придает действию характер юридической сделки; действие не становится юридической сделкой в силу одного того, что воля частного лица направлена на достижение юридических последствий; впрочем, он не отрицает, что для того, чтобы возникла юридическая сделка, требуется и воля лица, но только эта воля сама по себе не имеет решающего значения, другими словами, она имеет только значение одной из составных частей юридической сделки. Некоторые, как, напр., Шлосман, идут еще дальше и утверждают, что воля лица вообще не имеет значения для сделки, ибо юридические последствия сделки наступают совершенно независимо от того, желают или не желают наступления их заинтересованные лица. В этом смысле, говорит Шлосман, нет никакой разницы между сделкой и деликтом, а

поэтому лучше всего отказаться от употребления этого термина как совершенно бессодержательного. Ни с одним из этих взглядов нельзя согласиться. Неправы как те, которые утверждают, что сделка есть продукт автономной частной воли, так и те, которые считают ее продуктом объективного права. Чтобы уяснить себе истинное значение юридических сделок, необходимо заметить следующее.

Взаимные отношения, в которые люди вступают между собою, и отношения их к предметам внешнего мира частью регулируются законом и обычаем помимо воли заинтересованных лиц, частью, в особенности в сфере частноправных отношений, урегулирование этих отношений предоставляется, в тех или иных пределах, усмотрению самих заинтересованных лиц. Средствами для такого добровольного урегулирования взаимных отношений являются юридические сделки.

Необходимо различать юридические сделки в широком и тесном смысле. Юридическая сделка в широком смысле есть заявление, служащее либо выражением воли одного лица (напр., завещание), либо согласованным (с внешней стороны) выражением воли двух или нескольких лиц (договор), в котором излагается план того, как, согласно предположениям заинтересованного лица или заинтересованных лиц, имеют быть устроены (в настоящем или в будущем, непосредственно или под условием наступления тех или иных дополнительных моментов) те или иные частноправные отношения, в которых состоят или в которые хотят или должны вступить заинтересованные лица по отношению друг к другу, или по отношению к другим лицам (когда заключен договор в пользу третьего лица), или по отношению к тем или иным предметам внешнего мира, относительно которых между заинтересованными лицами возможна коллизия интересов, подлежащая устранению. - Осуществление вытекающих отсюда мероприятий составляет исполнение сделки. Внешним образом эти моменты заключения и исполнения сделки могут сливаться (напр., договор дарения или купли-продажи тут же приводится в исполнение путем передачи соответствующих вещей или денег), но логически их необходимо строго различать.

Такое заявление (так же, как и учиненное на основании его исполнение) само по себе может быть согласовано или несогласовано с соответствующими нормами права, которые определяют условия и пределы, в которых в данной области частноправных отношений допускается самодеятельность заинтересованных лиц. Заявление подобного рода, согласованное с соответствующими специальными требованиями закона, составляет юридическую сделку в тесном или техническом смысле.

С другой стороны, сопоставляя соответствующие юридические нормы, сложившиеся в применении к заявлениям подобного рода, приобретшим в обороте массовый и типичный характер, мы получаем абстрактные типы юридических сделок, напр., тип купли-продажи, займа, поручительства, завещания, и т. д., под которые засим в данном частном случае подводится данная конкретная сделка для решения вопроса о том, насколько она соответствует подлежащему типу, от чего в свою очередь зависит юридическая сила как самого заявления, так и учиненного на основании его исполнения.

Из сказанного явствует, с одной стороны, что юридические последствия сделок наступают не потому, что этого желают заинтересованные лица: частная воля формулирует только желательные для нее предположения для достижения намеченного в данном случае практического результата, но не от нее зависит придать этим предположениям юридически обязательную силу; с другой стороны, объективное право не порождает никаких реальных последствий, а устанавливает только абстрактные критерии, на основании которых производится оценка силы и значения конкретных волевых актов, облеченных в форму сделки.

К сказанному надо прибавить, что юридическими сделками не исчерпывается круг дозволенных юридических актов. В частности, от сделок надо отличать: 1) такие реальные распорядительные акты, в которых проявляется исключительно воздействие лица на предметы внешнего мира (как, напр., *occupatio rei nullius, derelictio*), и 2) такие волеизъявления, которые служат проявлением существующего уже отношения, входят в содержание его (как, напр., извещения, напоминания и т. п.).

Юридические сделки распадаются на односторонние и двухсторонние (*negotia unilateralia* и *bilateralia*). Односторонними сделками называются такие, которые возникают по воле одного только лица (напр., распоряжения на случай смерти, общание награды за находку потерянной вещи). Двусторонними называются такие сделки, для возникновения которых требуется соглашение двух или нескольких лиц; такие сделки называются договорами, *pactio, conventio*. Кроме того, различают возмездные и безвозмездные сделки (*negotia onerosa* и *lucrativa*), смотря по тому, связана ли сделка с известными невыгодами для лица или она доставляет только одни выгоды. Далее различают сделки между живыми и на случай смерти (*negotia inter vivos* и *mortis causa*).

43. Условия юридических сделок. Общий обзор

Юридическая сделка в каждом отдельном случае составляет результат более или менее сложного рода действий. В частности, всякая сделка должна удовлетворять прежде всего общим условиям, которые предъявляются к юридическим действиям вообще, т. е. она предполагает: а) дееспособность лица или лиц, от которых зависит заключение сделки; б) сверх того, по общему правилу, соответствие между волей и внешним проявлением ее. Кроме того, юридическая сделка должна удовлетворять еще специальным условиям, а именно, требуется: с) дозволенность содержания ее и d) иногда также соблюдение известной формы, так как не всегда безразлично, каким образом проявляется воля в сделке. Нам предстоит теперь ближе познакомиться с этими условиями и, в частности, с учением о соответствии между волею и внешним проявлением ее, с одной стороны, и с учением о значении формы при сделках, с другой.

44. Соответствие между волей и внешним проявлением ее

Для того чтобы данная юридическая сделка получила силу и значение, недостаточно, чтобы лицо или лица, участвующие в заключении ее, пользовались соответствующей дееспособностью, т. е. имели вообще способность вступать в сделки данного типа, а требуется сверх того, по общему правилу, соответствие между волею и внешним проявлением ее в сделке. Такое соответствие при односторонних сделках имеет место тогда, когда лицо желает совершить именно ту сделку, которую оно на самом деле совершает, и именно для достижения того результата, к которому данная конкретная сделка при нормальных условиях должна привести. Это предполагает, что лицо, с одной стороны, имеет правильное представление о совершаемой им сделке и правильное представление о достигаемом ею результате, а с другой стороны, серьезное желание заключить ее. При двусторонних сделках, вопрос о соответствии между волей и внешним проявлением ее осложняется еще тем, что требуется не только правильное представление о сделке и результат ее со стороны каждого из участников, но, сверх того, требуется еще, чтобы у сторон были одинаковые представления о том и другом, ибо только при таких условиях возможно соглашение между ними. Когда же отсутствует правильное представление о сделке и достигаемом ею результате? Относящиеся сюда случаи могут быть сведены к двум главным группам: в одних случаях несоответствие между волей и внешним проявлением ее бывает преднамеренное, в других - непреднамеренное. 1) Случаи преднамеренного несоответствия между волей и внешним проявлением ее: а) Лицо совершает сделку без серьезного желания придать ей то значение, которое ей придается в обороте, но и без намерения ввести этим кого-либо в заблуждение, без обманной цели (напр., сделка, очевидно, заключена шутки ради, или при исполнении актером его роли или с учебной целью). б) Лицо вступает в сделку с другим лицом только для виду, чтобы "пустить пыль в глаза" третьим лицам, скрыть от них истинные намерения сторон; это так называемые симулированные сделки. Особенности их заключаются в том, что при этом вводятся в заблуждение только третьи лица, а не стороны, которые прекрасно понимают, что делают. При этом возможны две комбинации. Иногда стороны не желают придать никакого

юридического значения сделке, напр., несостоятельный должник вступает в симулированную куплю-продажу со своим добрым знакомым с тем, чтобы кредиторы не могли описать его имущества, якобы ему уже не принадлежащего, тогда как на самом деле он его вовсе не продавал. Иногда стороны открыто заключают одну сделку, но скрывают под ней другую, т. е. они желают достижения определенного результата, но не желают того пути, который они на вид избрали для достижения его; напр., я желаю подарить А какую-нибудь вещь, но не желаю, чтобы об этом знали другие, и поэтому для виду заключаю с ним договор купли-продажи. Скрытая сделка называется диссимулированной. Чаще всего симулированные и диссимулированные сделки, конечно, совершаются *in fraudem legis*, т. е. с тем, чтобы обойти какое-нибудь запретительное постановление закона, хотя это и не необходимо. с) Наконец, встречается еще и третья группа случаев. Это - случаи так назыв. *reservatio mentalis*, когда лицо, вступая в сделку, на самом деле не желает совершения ее, но ничем этого не дает понять даже своему контрагенту, так что не только третьи лица, но и непосредственный контрагент намеренно вводятся в заблуждение. 2) Случаи непреднамеренного несоответствия между волей и внешним проявлением ее: а) лицо действует помимо собственного желания, в силу воздействия на него внешней механической силы, напр., меня заставляют подписать договор, насильственно водят рукой по бумаге; это случай так называемого *vis absoluta*; б) лицо, совершая сделку, не имеет никакого представления о том, что делает, напр., я подписываю договорную расписку в минуту рассеянности или забытья, или я проговариваюсь, говорю "да" вместо "нет", или "покупайте" вместо "продавайте", и т. п.; в) наконец, лицо совершает сделку, имея неправильное, ошибочное представление о ней или о достигаемом ею результате. В применении к двум последним случаям возникает вопрос: всякое ли незнание и заблуждение касательно того или другого пункта и, в частности, касательно характера сделки, объекта ее и личности контрагента имеет одинаковое значение? Ближе, всякое ли незнание или заблуждение касательно того или другого пункта сделки имеет то значение, что будь у лица правильное представление об этом пункте, оно воздержалось бы от вступления в сделку? Очевидно, даже с чисто психологической точки зрения на этот вопрос нельзя дать одинаковый для всех случаев ответ. Все зависит от того, какое значение сам совершающий сделку придает данному пункту. Но положительное право не может довольствоваться таким шатким критерием, ибо ему приходится считаться в данном случае, как и в других, не с одними психологическими соображениями, но и с воззрениями и интересами оборота. С этой точки зрения требуется для признания неведения или заблуждения касательно того или другого пункта сделки моментом, исключающим соответствие между волей и действием, чтобы данный пункт или по роду сделки, или по воззрениям оборота, или по явно вытекающему из обстоятельств дела намерению сторон, действительно, должен быть признан настолько существенным, чтоб можно было с большей вероятностью допустить, что, будь у лица правильное представление об этом пункте, оно отказалось бы от совершения сделки. Такое именно значение имеет, если не всегда, то в громадном большинстве случаев *error in negotio*, т. е. заблуждение касательно рода сделки, напр., я думаю, что подписываю договор купли-продажи, а на самом деле подписываю договор аренды. Такое же значение может получить *error in persona*, заблуждение касательно тождества личности предполагаемого контрагента, а также *error in corpore*, заблуждение касательно тождества предполагаемого и действительного объекта сделки, напр., я думаю, что заключаю договор с певцом А, а мой контрагент на самом деле есть певец В, или я думаю, что покупаю участок А, лежащий в городской черте, а на самом деле покупаю участок В, лежащий в уезде. Но бывают и такие случаи, где подобное заблуждение не играет никакой роли с точки зрения воззрений оборота, напр., если я желаю купить данную книгу у книгопродавца А, а купил ее у книгопродавца В, которого ошибочно принял за А, то я не могу требовать признания договора недействительным, ибо в данном случае личность моего контрагента, по воззрениям оборота, не играет никакой роли. То же самое бывает в том случае, когда я, напр., выбрал в магазине данный экземпляр книги, а мне послали другой экземпляр ее, ничем не отличающийся от первого; в этом случае моя ссылка на то, что послали мне не тот

экземпляр, который я купил, не будет иметь никакого значения. Далее, существенное значение может приобрести, при известных условиях, так называемый *error in substantia* - заблуждение касательно тех или других качеств вещи, именно таких, от которых, по воззрениям оборота, зависит отнесение вещи к совершенно различным категориям вещей, напр., я выбрал статую, думая, что она сделана из мрамора, а на самом деле она из терракоты. Вот те примеры, которые обыкновенно приводятся в виде иллюстраций заблуждения, свидетельствующего об отсутствии соответствия между волей и внешним проявлением ее. Но это именно только примеры, ибо подобное значение может приобрести и заблуждение касательно других пунктов сделки, как-то: *error in jure*, *error in tempore*, *error in loco*, *error in conditione* и т. д.

Мы рассмотрели отдельные случаи несоответствия между волей и внешним выражением ее. Каково же юридическое значение такого несоответствия? На это надо дать следующий ответ. Прежде всего, *in dubio* всегда предполагается, что тот, кто вступил в сделку, имел правильное представление о том, что делает, и действовал с серьезным намерением. Если кто отрицает в данном случае то или другое, он обязан это доказать. Затем имеет значение то обстоятельство, должна ли быть сделка отнесена к оборотным сделкам в тесном смысле или к числу безвозмездных сделок и завещательных распоряжений. В том случае, когда сделка направлена на доставление безвозмездной выгоды, а также при завещательных распоряжениях, доказанное, в соответствии между волей и внешним проявлением ее, безусловно, ведет к признанию сделки недействительной. Исключение составляет только *reservatio mentalis*, которая никогда не имеет юридического значения, так как единственным доказательством ее могло бы служить только одно голословное утверждение заинтересованного лица, что он не хотел того, что сделал. Этого же ни в каком случае недостаточно для опорожения сделки. Напротив, при оборотных сделках в тесном смысле, как-то: при купле-продаже, найме, займе и т. д., несоответствие между волей и внешним проявлением ее влечет за собою недействительность сделки в том только случае, если тот, кто ссылается на подобное несоответствие, сам не виноват в том, что его действия ввели в заблуждение противную сторону. В применении к отдельным случаям это приводит к следующим положениям. Сделки, заключенные ради шутки, с учебной целью и т. п., недействительны, раз они были совершены при таких обстоятельствах, которые для всякого здравомыслящего человека исключали возможность предположить, что сделка совершена серьезно. Ср. 1.3 2 D. de obl. et. act. 44,7 (Paulus); *Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur; nec enim si per jocum puta, vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: spondes? et tu responderis: spondeo, nascetur obligatio.* Симулированные сделки, раз симуляция была ясна для обеих сторон, тоже недействительны. Ср. 1.36 D. de contr. emt. 18,1 (Ulpianus). *Quum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere. 1.55 eod. (Paulus) Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio eius rei intellegitur.* Но если под симулированной сделкой скрывалась другая (диссимулированная), то последняя остается действительной, раз она не носит запрещенного характера и раз соблюдены законные условия сделок ее типа. Но, конечно, такие случаи встречаются редко. Чаще всего прибегают к заключению диссимулированных сделок именно с тем, чтобы скрыть запрещенную сделку под видом другой, дозволенной. Так, напр., у римлян были запрещены дарения между супругами; чтобы обойти это запрещение, нередко супруги заключали между собою фиктивную куплю-продажу, под которой скрывалось дарение. Такие сделки, конечно, тоже недействительны. Ср. 1. 7 D. de don. inter virum et uxorem 24,1 (Ulpianus). *Si uxor a marito sua praedia: emerit, eaque emtio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti: Imperator noster cum patre suo rescripsit.* Сделки, совершенные *sub reservatione mentali*, как уже было сказано, всегда действительны. Сделки, совершенные без участия воли, в силу физического принуждения, конечно, всегда недействительны. Что касается, наконец, тех случаев, когда лицо действовало, не имея никакого представления о том, что делает, или имея неправильное, ошибочное представление о сделке или достигаемом ею результате, то нами уже было замечено, что подобное неведение и заблуждение может быть сочтено за признак

несоответствия между волей и внешним выражением ее в том только случае, если оно коснулось пункта, существенного по роду сделки, по воззрениям оборота или по явно вытекающим из конкретных обстоятельств дела намерениям сторон. Таково первое условие. Но в применении к оборотным сделкам, сверх того, требуется, чтоб неведение или заблуждение было не только существенное, но и извинительное, в том смысле, чтоб оно не явилось плодом крайней небрежности заинтересованных лиц. В источниках последнее требование, правда, не выражено прямо. Но это объясняется тем, что все учение о несоответствии между волей и внешним выражением ее вообще и учение об условиях так называемого существенного заблуждения, в частности было набросано римскими юристами лишь в самых общих чертах и подверглось серьезной разработке лишь в наше время. Правда, и теперь некоторые юристы, в особенности Савиньи, в разбираемом нами случае полагают излишним требовать извинительности заблуждения, утверждая, что без воли сделка немыслима, заблуждение в данном случае исключает волю, следовательно, будет ли оно извинительно или нет, все равно сделка должна быть признана недействительной. Но при этом упускается из виду, что объективное право должно считаться не с одними психологическими соображениями, но и с интересами оборота. Что касается относящихся сюда постановлений источников, то вот некоторые примеры: *Error in negotio*: 1.5 Cod. plus valere 4,22. *Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis, quam fieri mandaveras subscribere, te non relecto sed fidem habente suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente, constitisse procul dubio est.* *Error in personal*: 1.9 pr. D. de hered. Instit. 28.5. *Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti: frater meus, patronus meus, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.* *Error in corpore*. 1.9 1 D. eod. 28,5. *Et si in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debet hoc.* 1.10 Cod. de donat. 8,53. *Nec ignorans, nec invitus quisque donat. Unde si de hoc fundo non cogitasti, cuius velut donationi consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente intellegis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse.*

Остается сделать еще одно замечание. Выше было сказано, что применительно к двусторонним сделкам требуется не только, чтобы каждая из сторон имела правильное представление о совершаемой сделке и достигаемом ею результате, но, сверх того, еще, чтобы обе стороны имели одинаковые (в существенных, конечно, чертах) представления о том или другом, или иначе, чтобы обе желали заключить именно ту самую сделку, которую они заключают, и ради достижения того именно или тех именно результатов для каждой из них, к которым сделка, при нормальных условиях, должна привести. Раз отсутствует этот момент, соглашение, на самом деле, не может считаться достигнутым. Но иногда стороны не сознают, что они имеют в виду совершенно различные вещи. Это случай так называемого недоразумения. Недоразумение, раз оно касается существенного пункта сделки, имеет такое же юридическое значение, как и всякое другое существенное заблуждение. Другими словами, оно точно так же, при известных условиях, может привести к недействительности сделки ввиду отсутствия соответствия между волей и внешним выражением ее. В заключение приведем несколько примеров. Недоразумение касательно природы сделки: один воображает, что получает деньги взаймы, а контрагент хочет подарит их: 1. 18 pr. D. de reb. cred. 12,1 (Ulpianus). *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse, sed an mutua sit videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit.* Недоразумение касательно объекта сделки: я думаю, что покупаю *fundum Cornelianum*, а продавец воображает, что речь идет о *fundus Sempronianus*. 1.9 pr. D. de contr. emt. 18,1 (Ulpianus). *In venditionibus et emtionibus consensum debere incedere palam est: ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam quum in corpore dissentiat, apparet, nullam esse emtionem.* Недоразумение касательно личности контрагента: я думаю,

что заключаю договор с лицом А, заключаю же его на самом деле с В, который, в свою очередь, не знает, что я вовсе не с ним намерен вступить в договор.

45. Влияние мотивов на сделку

Всякая сделка направлена на известный объективный результат, который, по мнению совершающего сделку лица, является подходящим средством для достижения тех или других целей. Итак, нужно различать: 1) самую сделку, 2) объективный результат, на который она направлена, и 3) конечную цель или конечные цели, достижение которых ожидается от вступления в сделку. Желание достигнуть эту цель или эти цели составляет побудительный мотив для заключения сделки. Но всякая сделка на деле есть сложное явление, которое составляет результат более или менее сложного ряда действий. В частности, так как для достижения одной и той же цели нередко могут оказаться пригодными различные средства, то необходимо сделать выбор между ними, остановиться на каком-нибудь одном из них. Напр., для ознакомления с каким-нибудь вопросом можно обращаться к нескольким книгам. Но раз я не могу купить все, мне придется выбрать одну какую-нибудь из них. Выбор мой, конечно, определяется специальными мотивами; я выбираю данную книгу, потому что считаю ее наиболее подходящей для достижения намеренной мною общей цели. Таким образом, наряду с одним побудительным мотивом, заставляющим меня вступить в сделку, конкурирует в каждом данном случае еще целый ряд специальных мотивов, определяющих мою деятельность. Все эти побудительные мотивы, как общие, так и специальные, по общему правилу, не оказывают влияния на силу сделки. Напр., нашел ли я в купленной мною книге ответ на те вопросы, которые меня волнуют и заставили меня купить ее, или нет, это совершенно безразлично. Или другой пример: я желаю расположить к себе лицо А и с этой целью дарю ему какую-нибудь вещь; удастся ли мне этим завоевать себе его расположение (общий мотив моей деятельности) и понравится ли ему подаренная вещь (специальный мотив, почему я выбрал именно ее) или нет, опять-таки совершенно безразлично. Из этого общего правила, в силу которого побудительные мотивы не оказывают влияния на сделку, допускается, однако, ряд исключений. Вот важнейшие из них.

Влияние заблуждения. Заблуждение либо касается тех или иных составных частей сделки, как то: личности контрагента, объекта и т. п., либо оно вызывает общее желание вступить в данную сделку, о которой лицо в остальном имеет вполне правильное представление. Заблуждение первого рода, когда оно касается таких составных частей сделки, которые имеют существенное значение по роду сделки, по воззрениям оборота или по явно выраженным намерениям сторон, именуется существенным во внимание к тому, что оно исключает наличие соответствия между волей и внешним выражением и, как мы видели, нормально влечет за собою недействительность самой сделки. Заблуждение, касающееся несущественных моментов сделки или моментов, вне ее лежащих (напр., ожидаемых от заключения сделки выгод), характеризуется как заблуждение в мотиве и именуется заблуждением несущественным. Заблуждение в мотиве или несущественное заблуждение никоим образом не влечет за собою недействительности сделки. Даже больше: по общему правилу, оно не имеет никакого юридического значения. Однако при известных условиях и несущественное заблуждение получает юридическое значение в том смысле, что дает заинтересованному лицу право оспаривать сделку. Это имеет место, главным образом, в следующих двух категориях случаев. Прежде всего несущественное заблуждение принимается во внимание, раз оно привело к тому, что одна сторона неправомерно обогатилась на счет другой, напр., я, под влиянием ошибочного представления о существовании долга, произвел уплату; или я, не зная о тех или других недостатках вещи, купил ее за цену, какую не дал бы, зная об этом обстоятельстве. При этом, безусловно, требуется извинительность заблуждения. Второй случай тот, когда кто-нибудь умышленно вызвал во мне заблуждение или воспользовался моим заблуждением и склонил меня этим к заключению убыточной для меня сделки. Это случай так называемого обмана - мотив, который предполагает умышленное сообщение ложных, или извращение, или сокрытие

действительных фактов. Обман всегда дает потерпевшей стороне право оспаривать убыточную для нее сделку. При этом безразлично, было ли вызванное обманом действие противной стороны заблуждение извинительное или нет, т. е. безразлично, мог ли потерпевший, в случае даже самой элементарной осторожности с его стороны, понять, что его обманывают, или нет. Впрочем, не всякое умолчание об известных лицу фактах или сообщение неверных фактов может быть квалифицировано как обман. И здесь решающее значение имеют воззрения оборота. Так, общепринятые в обороте расхваливания товара со стороны профессиональных торговцев, рекламы и т. п. не порождают для этих лиц ответственности, так как известно всякому, что на такие вещи нельзя полагаться. Ср. 1.16 4 D. minor 4,4 (Ulpianus). Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis licere contrahentibus se circumvenire. 1.37. D. de dolo 4. 3. Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum quasi neque dictum neque promissum est. 1. 43 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Ea, quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant venditorem non obligant, veluti, si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam; at si dixerit, hominem litteratum, vel artificem, praestare debere, nam hoc ipso pluris vendit. Что касается последствий обмана, то было уже сказано, что он дает потерпевшему лицу право оспорить сделку. При этом в одних случаях можно требовать расторжения сделки и возмещения убытков, в других, только понижения выговоренной за данный объект платы. С этой целью потерпевшее лицо могло или предъявить *actio ex contractu*, иск, вытекающий из данного договора, или же, если по обстоятельствам дела нельзя было предъявить такого иска, то *actio doli*. Если потерпевший не успел еще исполнить обязательства, в которое был вовлечен обманом образом действий другого лица, и к нему будет предъявлен иск об исполнении, то иску может быть противопоставлена *exceptio doli*. В заключение заметим, что иск *ex dolo* может быть предъявлен только против обманщика и его наследников, но не против третьих лиц.

Влияние психического принуждения (угроз). Необходимо различать физическое принуждение (*vis absoluta*) и психическое принуждение, или угрозы (*vis compulsiva*). В первом случае лицо действует помимо всякого участия его воли, и такое действие, безусловно, недействительно, как это было указано раньше. Во втором случае лицо вследствие угроз побуждается совершить действие, которое оно при других условиях не совершило бы. Угрозы, следовательно, или, точнее, страх, вызванный ими (*metus*), являются побудительным мотивом для заключения сделки. Лицо, конечно, в данном случае могло бы и не совершить этой сделки, не уступив угрозам, и в этом смысле можно сказать, что, хотя лицо и совершило действие под влиянием угрозы, оно все-таки хотело совершить его (*et si coactus tamen volui*); но, конечно, оно решилось на это только с тем, чтобы избежать худшего. Поэтому сделка, совершенная под влиянием страха пред угрозами, может быть оспорена заинтересованным лицом. С этой целью претор ввел особый иск, *actio quod metus causa*, который мог быть предъявлен не только против угрожавшего и его наследников, но и против третьих лиц, которым досталось что-либо на основании вынужденной сделки. В некоторых случаях, напр., в случае вынужденной манумиссии, сделка считалась даже недействительной. Однако не всякая угроза дает право опорожить сделку. Угроза должна быть действительная, исполнимая, незаконная, и, наконец, зло, которым угрожают на случай несовершения сделки, должно быть существенное. Напр., если угрожают убить меня или лишить меня свободы или здоровья, то сделка, совершенная под влиянием подобных угроз, конечно, может быть мною оспорена. Более же мелкие угрозы, как, напр., угроза, что мне перестанут кланяться, не имеют юридического значения. Ср. 1.3 1 D. quod metus c. 4,2. Sed vim accipimus atrocem et eam, quae contra bonos mores fiat, non eam quam Magistratus recte intulit scilicet jure licito et jure honoris, quem sustinet. 1.5 eod. Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis. 1,6 eod. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus.

46. Значение формы для сделок

С внешней стороны необходимо различать формальные и неформальные сделки.

Формальными называются сделки, для действительности которых требуется соблюдение определенной формы; неформальными - такие, при которых форма безразлична, лишь бы вообще можно было распознать волю лица. В древнем римском праве преобладали формальные сделки. Важнейшими из них были *mancipatio* и *jure cessio*. *Mancipatio* была торжественная фиктивная продажа в присутствии пяти свидетелей и весовщика (*libripens*). Первоначально она служила способом приобретения права собственности на *res mancipi*, затем она стала применяться и при приобретении сельских сервитутов; далее, возник целый ряд сделок манципационного типа, как-то: *nexum* - торжественный заем в присутствии пяти свидетелей и *libripens*, *testamentum per aes, et libram* - завещание в присутствии пяти свидетелей и *libripens*.

In *jure cessio* совершалось в присутствии и при участии магистрата, представляя собою фиктивный спор о праве. Первоначально она служила способом приобретения права собственности, одинаково применимым как к *res mancipi*, так и к *res mancipi*. Стороны отправлялись к магистрату, приобретатель в качестве фиктивного истца утверждал, что данная вещь принадлежит ему, отчуждатель в качестве фиктивного ответчика не оспаривал этого заявления, и магистрат аддицировал вещь истцу-приобретателю. Затем к той же форме стали прибегать при установлении сервитутных прав; наконец, появились и новые сделки *in jure* цессионного типа, как то: *manumissio vindicta* - отпущение на волю раба пред магистратом, *in jure cessio hereditatis* - уступка наследства пред магистратом. С развитием обязательственных отношений сложилась новая форма - *stipulatio*, вербальный контракт, совершаемый посредством произнесения определенных торжественных слов: *spondesne?* - *spondeo*; *promittis?* - *promitto* и т. п. По мере развития оборота, наряду с этими и другими формальными сделками, стали появляться сделки и неформальные, для действительности которых не требуется уже соблюдения раз навсегда установленного определенного ритуала, всякое уклонение от которого приводит к недействительности сделки, а требуется только, чтобы воля была облечена в какую бы то ни было внешнюю форму и тем стала распознаваема для третьих лиц; какова же форма, выражается ли воля на словах, или в письме, или в действиях иного рода, это безразлично. Однако еще в Юстиниановском праве форме придавали в принципе весьма важное значение как при сделках *mortis causa*, так и при сделках между живыми. В частности, еще при Юстиниане сохранялось общее правило, что *nuda pactio non parit obligationem* и исключения из этого правила были не особенно многочисленны. Средневековая доктрина под влиянием канонического права сделала весьма важный шаг вперед. Она признала в принципе обязательность всех неформальных соглашений. Этот принцип перешел и в современное римское право. Положение этого вопроса в настоящее время, ввиду изложенного, представляется в следующем виде. В области имущественного права для действительности сделок не требуется, по общему правилу, соблюдение определенной формы. Важнейшие исключения из этого общего права представляют, с одной стороны, дарения, превышающие известный размер (500 солидов), с другой стороны, завещательные распоряжения (завещания и кодициллы). Что касается, в частности, неформальных сделок, то при них воля может быть выражена по усмотрению сторон на словах, или в письме, или при помощи других каких-нибудь знаков (напр., посредством кивания головы), или, наконец, в действиях. Ср. 1.6. de reb. cred. 12,1 (Paulus). *Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur. Nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstratur, quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent.* 1.52 10 D. de obl. et act. 44,7 (Modestinus). *Sed et nutu solo pleraque consistunt.* В частности, различают прямое и косвенное выражение воли. Косвенное выражение воли есть такое, которое выводится из общего поведения лица или из таких действий его, которые обыкновенно служат показателем совершенно определенного направления воли. Такие действия называются *facta concludentia*, конклюдентными действиями. Так, напр., если кредитор возвращает долговую расписку своему должнику, то возникает презумпция в пользу того, что он желает считать долг погашенным. Если лицо, в пользу которого

открылось наследство, начинает распоряжаться наследственной массой, уплачивает долги наследодателя, требует уплаты от должников последнего и т. д., то возникает презумпция в пользу того, что это лицо действительно желает считать себя наследником (случай так назыв. *pro herede gestio*). Конечно, такой вывод не всегда может оказаться правильным. Так, кредитор в данном частном случае мог возратить старую расписку для обмена ее на новую, или лицо, в пользу которого открылось наследство, заведя наследственной массой, тем не менее не желает приобрести наследства, а действия его объясняются иными мотивами, напр., желанием сохранить наследство в целости для другого. Вследствие этого заинтересованному лицу в каждом данном случае должна быть предоставлена возможность выяснить истинные мотивы своих действий; другими словами, такому лицу должно быть предоставлено право опровергнуть ложные заключения, выведенные из его действий. Ср. 1. 20 pr D. de acqu. vel omit. hered. 29.2. Pro herede gerere, videtur is, qui aliquid facit, quasi heres. Et generaliter Yulianus scribit, eum demum, pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non tam esse facti, quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit si, quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres agit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse. Кроме того, можно заранее оградить себя против возможного неправильного истолкования своих действий посредством своевременных оговорок и протестов. Какое значение имеет молчание лица, которому сделаны какие-нибудь предложения другим лицом? Общее правило таково, что молчание не есть знак согласия. 1. 142. D. de R. J. 50, 17. Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Из этого общего правила допускается, однако, исключение, и молчание лица принимается за изъявление им согласия на предложенную ему комбинацию, если по обстоятельствам дела от него можно было требовать открытого отказа. Так, напр., если одно лицо в присутствии другого заявляет, что последний принимает на себя поручительство по долгу первого, а лицо, на которое таким образом было указано в качестве поручителя, молчит и позволяет составить акт о принятии им на себя поручительства, то оно отвечает как поручитель. Ср. 1. 4 3 D. de fidejuss. 27, 7. Fidejussoress a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.

47. Causa юридических сделок

Каждая сделка, как всякое вообще действие, совершается в видах достижения какого-нибудь объективного результата, который представляется лицу средством для достижения тех или других субъективных его целей. Напр., когда я покупаю какую-нибудь вещь, то для меня объективный результат, ради которого я вступаю в сделку и жертвую известной суммой денег, заключается в приобретении этой вещи, а субъективные цели, которые я желаю достигнуть этим, могут быть, конечно, самые разнообразные, напр., я могу купить вещь, чтобы воспользоваться ею, чтобы перепродать ее, чтобы подарить ее другому лицу и т. д. В применении к таким сделкам, при которых лицо, в видах достижения известного объективного результата, жертвует частью своего собственного имущества или принимает на себя известные обязательства, этот ожидаемый объективный результат сделки именуется *causa* сделки. В частности, объективный результат, преследуемый такими сделками, чаще всего состоит либо в приобретении от противной стороны какого-нибудь эквивалента, точнее, с точки зрения римских юристов, права на получение эквивалента взамен собственного пожертвования, либо в погашении существующего обязательства лица, либо в доставлении противной стороне безвозмездной выгоды. Соответственно с этим римские юристы говорили, что сделки могут быть совершаемы либо *credendi causa*, либо *solvendi causa*, либо *donandi causa*. Но эти три категории случаев далеко не исчерпывают всего разнообразия встречающихся в жизни комбинаций. Так, напр., передавая другому лицу какую-нибудь вещь, я могу сделать это в тех видах, чтобы эта вещь служила приданым его невесты - сделка совершена *dotis constituendae causa*. Или, напр., если я назначен наследником под условием, чтоб я определенному лицу заплатил известную сумму денег, то

я, производя эту уплату, делаю это в тех видах, чтобы исполнить условие, от которого зависит приобретение наследства, сделка совершена *conditionis implendae causa*.

В современной доктрине понятие *causa* обыкновенно отождествляют с понятием цели, ради которой заключается сделка. Однако следует избегать подобной терминологии, ибо раз мы *causa* характеризуем как цель, то тотчас же возникает вопрос: чем же отличается эта цель от целей, служащих побудительными мотивами для вступления в сделку? Вопрос этот имеет весьма существенное практическое значение, ибо недостижение *causa* сделки дает при известных условиях право оспорить сделку, тогда как недостижение цели, служившей побудительным мотивом ко вступлению в сделку, по общему правилу, не оказывает никакого влияния на нее. Сомнение разрешается просто, раз мы уяснили себе принципиальное различие между объективным результатом, к которому стремится сделка, и субъективными целями, которые мы рассчитываем достигнуть через него. В частности, как явствует из вышеизложенного, этот объективный результат может быть односторонний или двусторонний. Результат односторонний, когда он исчерпывается тем, что, то, чем жертвует из своего имущества одна сторона, просто должно поступить к другой (*denandi causa*). Он - двусторонний, слагается из встречных моментов, когда взамен материальных затрат одной стороны или должно возникнуть встречное требование против другой, направленное на доставление того или иного эквивалента (*credendi causa*), или должно прекратиться требование противной стороны против данного лица (*solvendi causa*), или должна наступить какая-нибудь перемена в тех или иных отношениях, напр., вступление в брак (при выдаче приданого *dotis constituendae causa*), эманципация сына (*emancipationis causa datum*) и т. д.

Итак, римская и современная юриспруденция оперирует с понятием *causa* в применении к тем сделкам, которые с точки зрения данного лица, взамен достижения известного объективного результата, предполагают известные имущественные жертвы. Тот объективный результат, который должен быть достигнуть этими имущественными жертвами, и составляет *causa* сделки. Недостижение *causa*, недостижение того объективного результата, ради которого лицо вступило в сделку и решилось на известные имущественные жертвы, при известных условиях, как уже было сказано, дает право оспорить сделку. При этом соответствующее притязание в одних случаях направлено на исполнение противной стороной возникших против нее встречных требований (при двусторонних договорах), в других случаях - на возврат поступившего к противной стороне имущества (напр., при выдаче приданого, когда брак впоследствии не состоится), в третьих случаях - альтернативно на исполнение или возврат (при так назыв. безыменных договорах).

И в другом еще отношении *causa* сделки не всегда имеет одинаковое юридическое значение. Дело в том, что нужно различать две группы сделок: материальные и абстрактные. Материальными называются сделки, которые с точки зрения обязанного лица содержат в себе указание на свою *causa*, как, напр., договор займа. По отношению к таким сделкам недостижение *causa* сделки препятствуют самому возникновению сделки, или, иначе, чтобы доказать существование сделки, нужно доказать, что *causa* сделки, объективный результат, ради которого лицо приняло на себя какие-нибудь обязанности, достигнут. Так, напр., если кредитор требует исполнения по договору займа, он должен доказать, что валюта в свое время была получена должником, т. е. что объективный результат, ради которого должник вступил в договор, осуществился, ибо получение должником валюты составляет необходимое условие для возникновения договора займа. Напротив, абстрактными называются сделки, которые с точки зрения обязанного лица не содержат в себе указания на свою *causa*. Так, напр., римская стипуляция обыкновенно носила абстрактный характер, выражаясь формулой *spondesne dare? spondeo*. Эта формула, очевидно, не указывает сама по себе, ради достижения какого результата должник принял на себя обязательство: он мог это сделать *credendi causa*, *donandi causa* и т. д. Такое же значение имели, напр., *mancipatio* и *in iure cessio*, на основании которых переносилось право собственности; в основании этих сделок опять-таки могли лежать самые разнообразные *causae*. - Особенность абстрактных сделок заключается в том, что при них достижение *causa* сделки, достижение объективного результата, ради которого лицо вступило в сделку, не составляет необходимого условия для

вступления сделки в силу. Поэтому кредитор по абстрактной сделке и не обязан доказывать, что *causa* сделки осуществилась. Напр., если я выдал долговую расписку такого рода: "сим признаю, что обязан заплатить лицу А 1000 руб.", то А может требовать уплаты, не будучи обязан доказывать, *qua ex causa* я выдал эту расписку. Но это не лишает заинтересованное лицо, принявшее на себя абстрактное обязательство, прав доказывать со своей стороны, что объективный результат сделки, который им имелся в виду, и ради которого оно приняло на себя обязательство, не достигнут, и в таком случае истцу все-таки отказывается в иске. С этой точки зрения различие между материальными и абстрактными сделками сводится к тому, что при материальных сделках в случае спора истец, чтобы добиться решения в свою пользу, должен доказать, что *causa* сделки с точки зрения противной стороны достигнута, а при абстрактных - ответчик, если не желает быть присужден к уплате, должен доказать, что *causa* сделки не достигнута.

48. Составные части юридических сделок

Различают три составные части юридических сделок: а) *essentialia* - это существенные, необходимые составные части, которые определяют характер сделки и без которых сделка не может существовать, напр., при купле-продаже существенным является соглашение о вещи и цене; б) *naturalia* - это такие качества и последствия юридической сделки, которые обыкновенно присущи ей или связаны с ней, но которые в данном конкретном случае могут и отсутствовать или быть заменены другими; так, напр., при купле-продаже, по общему правилу, продавец отвечает за скрытые недостатки вещи, но такая ответственность может быть исключена в данном случае по особому соглашению; в) *accidentalialia* - это такие пункты, включение которых зависит от особого усмотрения сторон в данном случае. Из них выделяются в особенности *conditio*, *tempus* и *modus*. Кроме них существуют и другие добавочные пункты, которые обнимаются под общим названием *clausulae*. В данном конкретном случае, конечно, одинаково важное практическое значение имеют как те пункты, которые представляются существенными по самому роду сделки, так и те, включение которых зависит от усмотрения сторон. Так, напр., если продавец желает продать вещь под известным условием, то для того, чтобы возник договор купли-продажи, требуется обоюдное соглашение не только относительно цены и вещи, но и относительно предложенного условия, включение которого для него составляет *tu conditio sine qua non*, без принятия которой он и не желает заключить сделку.

49. Понятие условия*(96)

Условиями - *conditiones* называются такие добровольно включаемые в сделки добавочные распоряжения, которые ставят наступление известного юридического эффекта в зависимость от наступления или ненаступления какого-нибудь обстоятельства. Впрочем, слово *conditio* служит нередко для обозначения не только самого распоряжения, но и соответствующей составной части сделки, а также и того обстоятельства, от наступления которого ставится в зависимость юридический эффект сделки. Всякая сделка, заключенная под таким ограничением, называется условной сделкой, *negotium conditionale*. Под условными сделками в собственном смысле разумеют, однако, только такие сделки, при которых тот или другой юридический эффект сделки поставлен в зависимость от наступления будущего неизвестного обстоятельства. Спорят о том, что в этих случаях является обусловленным: сама ли воля (такова точка зрения Виндшейда), или сделка, или последствия ее (так смотрит Регельсбергер). - Следует признать, что в основе всякой сделки, в том числе и условной, лежит готовый волевой импульс и что обусловленным является не самый волевой акт как таковой, а то, что должно наступить, т. е. так назыв. последствия сделки. - Условным сделкам противопоставляются мнимо-условные сделки. Их существует несколько категорий.

1) Вступление сделки в силу поставлено в зависимость от обстоятельства, которое,

если вообще наступило, то успело уже наступить в прошлом или осуществилось в настоящем (*conditio in praesens vel in praeteritum relata*), напр., *si navis in portu stat, si Titius consul fuit*. В таком случае сделка сама по себе с самого начала либо вполне действительна, либо недействительна: первое, если данное обстоятельство действительно наступило, второе, если этого не было; этому не противоречит, конечно, то, что заинтересованные лица могут не знать, имеется ли налицо данное обстоятельство или нет, так как решающее значение имеет тот факт, что в таких случаях не приходится ждать наступления данного обстоятельства, а приходится лишь навести справку, имеется ли оно налицо или нет. Ср. 6 J. de verb. obl. 3, 15. *Conditiones, quae ad praeteritum vel praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt veluti: "si Titius consul fuit", vel "si Maevius vivit dare spondes?" Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

2) Вступление сделки в силу поставлено в зависимость от будущего обстоятельства, но это обстоятельство, безусловно, должно наступить (*conditio quae omnimodo exitura est*, так назыв. неизбежное условие); и тут нельзя говорить об условной сделке, хотя бы заинтересованные лица и не знали о том, что обстоятельство, безусловно, должно наступить. Ср. 1. 79 pr. D. de condit. 35, 1. *"Heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato" purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur; non potest enim conditio non existere.*

3) Вступление сделки в силу поставлено в зависимость от такого обстоятельства, которое, безусловно, не может наступить (*c. impossibilis*, невозможное условие); в таком случае сделка между живыми недействительна; что же касается завещательных распоряжений, то они остаются в силе, а самое условие рассматривается *pro non scripto**(97). Во всяком случае здесь не может быть речи об условной сделке, хотя бы заинтересованное лицо и не знало, что данное обстоятельство не может наступить. Ср. 11 J. de inutil. stipulat. 3, 19. *Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat, veluti si quis ita dixerit: "Si digito coelum attigero, dare spondes?"*

4) Вступление сделки в силу поставлено в зависимость от такого обстоятельства, которое само собой разумеется, т. е. без которого во всяком случае сделка не может возникнуть (*conditio tacita* или *conditio juris*, молчаливое или безмолвное условие); напр., *si Primus heres erit, Titio decem dare damnas esto*. И в таком случае не существует условной сделки в техническом смысле. Ср. 1. 99 D. de condit. 35,1. *Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia.* Указанные четыре категории условий называются мнимыми условиями.

50. Виды условий

Условия могут быть положительные и отрицательные, смотря по тому, ставится ли юридический эффект сделки в зависимость от наступления известного обстоятельства или ненаступления его.

Они могут быть произвольные, случайные и смешанные, *potestativae, casuales* и *mixtae*, смотря по тому, зависит ли исполнение условия исключительно от усмотрения условно-управомоченного лица, или совершенно не зависит от усмотрения его, или же зависит частью от усмотрения его, частью от внешних обстоятельств (напр., от согласия третьих лиц).

Суспензивные и резолютивные или отсрочивающие и отменяющие условия. Суспензивным или отсрочивающим условием называется такое, от которого зависит, должна ли сделка вообще вступить в силу или нет. Резолютивным или отменяющим условием называется такое, на случай исполнения которого разрушается сделка, вступившая уже в силу. Собственно говоря, в последнем случае имеются две сделки: одна - главная, которая немедленно вступает силу, и другая - побочная, которая заключается одновременно с первой и которая гласит, что должен быть восстановлен *status quo*, существовавший до

заклучения первой сделки, раз исполнится условие; эта побочная сделка, очевидно, заключена под суспензивным условием, ибо от исполненной условия зависит, должна ли побочная сделка вступить в силу или нет, что в данном случае равносильно тому, должна ли главная сделка быть разрушена или нет. С этой точки зрения резолютивное условие сводится к суспензивному.

51. Пределы допускаемости условий

Существуют сделки, которые никогда не могут быть заключены под условием, напр., принятия наследства, эманципации, вступления в брак, усыновления. Включение условия влечет за собою недействительность сделки.

Существуют сделки, которые не допускают включения определенных условия. Включение такого условия, по общему правилу, влечет за собою недействительность сделки. В частности, не допускается включение условий, которые противоречат характеру данной сделки. Сюда, по господствующему мнению, относятся условия, ставящие возникновение какой-нибудь обязанности в зависимость от чистого усмотрения обязанного лица; впрочем, по этому вопросу существует спор ввиду признания в римском праве так называемого *Kauf auf Probe* - покупки вещи под условием *si placuerit*⁽⁹⁸⁾.

52. Исполнение условий

Положительное условие исполнилось, *conditio existit*, когда обстоятельство, которое должно было наступить, действительно наступило. Пока обстоятельство не наступило, но есть возможность, что оно наступит, говорят: *conditio pendet*. Когда ясно, что оно не наступит, то говорят: *conditio deficit*. Отрицательное условие исполнилось, когда наступление обстоятельства, которое не должно было наступить, стало невозможным.

В некоторых случаях условие рассматривается как исполненное, хотя оно буквально и не исполнено. Сюда относится прежде всего случай, когда тот, кому неисполнение условия доставляет выгоду, намеренно препятствует исполнению его. Ср. 1. 81. 1. D. cond. 35, 1. *Tunc demum pro impleta habetur conditio, quum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat.*

Далее, относительно некоторых случаев, где условие состоит в том, что требуется от условно-управомоченного лица совершить какое-нибудь действие, в источниках признается, что раз условно-управомоченное лицо со своей стороны сделало все, чтобы совершить действие, то условие считается исполненным, хотя бы условно-управомоченному лицу по не зависящим от него причинам и не удалось фактически совершить требуемое действие. Другими словами, в известных случаях готовность к совершению требуемого действия приравнивается к совершению его. По вопросу о том, в каких именно случаях действует это правило, существует спор. Прежде всего это правило не имеет безусловного характера, а представляет собою только презумпцию; именно презумируется вероятная воля лица, включившего условие. Следовательно, если из обстоятельств дела явствует, что в данном конкретном случае то лицо, по воле которого включено в сделку такое условие, не желало удовлетвориться одной готовностью условно-управомоченного лица совершить требуемое действие и придавало решающее значение самому факту совершения действия, то вышеизложенное правило, безусловно, теряет силу. Это ограничение признается всеми. Сверх того, господствующее мнение признает, что презумпция эта действует только в таких случаях, где речь идет о распоряжении на случай смерти, - она не распространяется на сделки *inter vivos*. Ср. 1.11 D. de conditio iustit. 28.7 (Julianus). *Si quis testamento hoc modo scripserit: "Filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto; si non adoptaverit, ex-heres esto"?* et filio parato adoptare, Titius nolit se arrogandum dare, erit filius heres, quasi expleta conditione. 1.23. eod, plerumque enim haec conditio: "si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit" ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat.

53. Влияние условий на сделку

I. *Pendente conditione*: a) Суспензивное условие. Пока не известно, исполнится ли или не исполнится условие, сделка находится *in pendentis*, т. е. нельзя знать, вступит ли она в силу или нет. Пока длится это состояние, существует только возможность наступления того юридического эффекта, который свойствен сделкам того типа, к которому принадлежит данная условная сделка; другими словами, условно управомоченное лицо имеет надежду, что соответствующий юридический эффект наступит; напр., оно имеет надежду приобрести денежное требование или надежду сделаться собственником вещи, стать наследником и т. п. Однако, несмотря на то, что эта надежда может рушиться, она тем не менее не лишена известного юридического значения, т. е. она может породить известные юридические последствия; это объясняется тем, что и одна только возможность наступления известных, выгодных для условно управомоченного лица юридических последствий представляет собою целое благо, тем более ценное на практике, чем вероятнее, что условие исполнится. В частности, сделка вступает в силу, если условно-обязанное лицо препятствует исполнению условия (ср., 52); далее, условно управомоченное лицо в известных случаях может требовать денежного или иного обеспечения - *cautio* (напр., если нельзя положиться на условно обязанное лицо и т. д.). Затем условная сделка, совершенная *inter vivos*, может перейти к наследникам как условно обязанного, так и условно управомоченного лица и т. д. d) Резолютивное условие. Пока оно не наступило, но может наступить, не известно, останется ли главная сделка в силе или будет ли она разрушена; но пока длится это состояние, сделка сохраняет полную силу; противная сторона сохраняет только надежду на то, что сделка может рушиться: в известных случаях, впрочем, она может требовать обеспечения со стороны условно обязанного лица.

II. *Deficiente conditione*: a) Если выяснилось, что суспензивное условие не наступит, то прямой результат тот, что сделка считается несостоявшейся. Ср. 1. 8 pr. D. de periculo 18,6, Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio sicuti nec stipulatio. b) Если резолютивное условие не наступило, то столь же ясно, что сделка остается в силе.

III. *Existente conditione*. Если суспензивное условие наступило, то сделка, имевшая до того времени характер условный, вступает в полную силу, *negotium perficitur*, как говорят источники. Впрочем, при этом предполагается, что и остальные предположения, от которых зависит вступление ее в силу, продолжают быть налицо в момент наступления условия. Так, напр., если была заключена условная купля-продажа, то, по общему правилу, требуется, чтобы купленная вещь не погибла до наступления условия: если кто-нибудь под суспензивным условием был назначен наследником, то требуется, чтоб он находился в живых в момент наступления условия и т. д.

Если условно обязанное лицо в промежуточное (между заключением сделки и наступлением условия) время успело установить относительно объекта сделки какие-нибудь права в пользу третьих лиц, или извлекло какие-нибудь выгоды из пользования этим объектом, то возникает вопрос, остаются ли такие права в силе и обязано ли условно обязанное лицо вернуть выгоду, извлеченную из вещи. Вопрос этот очень спорный. Наиболее правильным представляется следующее разрешение этого вопроса*(99).

С одной стороны, все распоряжения обязанного лица, совершенные им в промежуточное время во вред интересам условно-управомоченного лица, теряют всякую силу, если только исполнение условия приводит к приобретению вещного права (напр., права собственности) со стороны условно-управомоченного лица, и если только стороны не условились иначе. Ср. 1. 69 1 D. de leg. 1 (30). Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio existerit, potest nihilo minus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum. 1. 11 1 D. quemadm. serv. amitt. 8.6. Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes; extinguuntur, si legati conditio existat. Videamus, am acquisitae sequantur legatarium. Et magis dicendum est, ut sequantur. Если же вследствие исполнения условия возникает только обязательственное право, напр., не право собственности на вещь, а только право требовать передачи вещи в собственность, то промежуточные распоряжения условно-

обязанного лица, напр., залог вещи, во всяком случае остаются в силе, но оно обязано вознаградить управомоченное лицо за причиненный последнему, благодаря этому, убыток. С другой стороны, управомоченное лицо, по общему правилу, не может требовать вознаграждения за выгоды, извлеченные в промежуточное время условно обязанным лицом через пользование вещью, если только не существовало особой оговорки на этот счет.

Если наступило резолютивное условие, то сделка теряет силу, возникшее на основании ее правоотношение разрушается и в этом отношении восстанавливается *status quo*, существовавший до заключения сделки. И здесь возникает тот же вопрос: какое значение имеют промежуточные распорядительные акты условно-обязанного лица? И дальше, обязано ли оно вознаградить условно-уполномоченное лицо за выгоду, извлеченную из пользования вещью? Наиболее правильным представляется следующее разрешение этого вопроса. Относительно распорядительных актов, произведенных условно-обязанным лицом в промежуточное время, действуют те же начала, как и при суспензивных условиях. Что касается выгод, добытых условно-обязанным лицом в промежуточное время чрез пользование вещью и извлечение плодов, то возникает личное требование условно управомоченного лица о возврате или соответствующем вознаграждении за эти выгоды, извлеченные условно-обязанным лицом, если только стороны не условились иначе.

54. О невозможных условиях

Невозможное условие есть такое, относительно которого уже в момент установления его известно, что оно не может наступить. Причины, по которым это невозможно, могут быть физические или юридические, соответственно чему различают физически невозможные и юридически невозможные условия: напр., *si digito coelum attigero, centum dare spondes? si rem sacram donavero, centum dare spondes?* Далее различают абсолютно невозможные условия, которые ни в каком случае не могут наступить, и относительно невозможные, при которых наступлению условия препятствует случайное стечение обстоятельств. Наконец, различают положительно невозможные условия, когда требуется наступление обстоятельства, которое не может наступить, и отрицательно невозможные условия, когда требуется ненаступление обстоятельства, которое непременно должно наступить. - Что касается вопроса о том, какое влияние оказывает на сделку включение такого условия, то, строго говоря, сделка, совершенная под невозможным суспензивным условием, должна была бы всегда считаться недействительной. Однако это признается только относительно договорных соглашений. Ср. 1. 137 6 D. de verb. oblig. 45,1. *Quum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam. Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictas sint: ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset.* Что же касается распоряжений на случай смерти, то невозможное условие рассматривается *pro non scripto*, т. е. распоряжение остается в силе, якобы никакого условия не было включено, притом безразлично, знало ли лицо, оставившее такое распоряжение, что условие невозможно, или нет. Ср. 10. J. de hered. instit. 2,14. *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur.* Сделка, совершенная под невозможным резолютивным условием, остается, по общему правилу, в силе.

К невозможным условиям приравниваются безнравственные, *conditiones turpes*, которые иногда называются нравственно невозможными. К ним причисляются, с одной стороны, условия, которые предполагают совершение безнравственных действий или упущений, напр., *si a viro divortisset, si quem occiderit*, с другой стороны, и такие условия, где требуемое действие, хотя и не предосудительно само по себе, но где включение его сообщает сделке как таковой неблагоприятный, безнравственный характер, напр.: обещаешься ли ты уплатить мне 1000 р., если ты не женишься на мне? Такие условия тоже делают договорные соглашения недействительными, а при завещательных распоряжениях рассматриваются *pro non scriptis*.

Бессмысленными условиями называются такие, которые находятся во внутреннем противоречии с содержанием сделки; они в качестве суспензивных условий влекут за собою недействительность сделки. Ср. 1. 16. D. de cond. instit. 28,7. Si Titius heres erit, Seius heirs esto, si Seius heres erit, Titius heres esto. Julianus inutilem esse institutionem scribit, quum conditio existere non possit.

55. О включении срока

Включение срока в сделку может иметь целью либо определить, с какого момента должно вступить в силу данное отношение, либо определить продолжительность его, т. е. указать, когда должен наступить конец отношению. Соответственно с этим различают начальный срок, *dies a quo* или *ex quo*, и конечный срок, *dies ad quem*. Срок может быть точно указан либо по календарю (напр., 30 июня 1920 г.), либо путем ссылки на какое-нибудь событие, которое уже совершилось или относительно которого известно, когда оно наступит, напр., в столетнюю годовщину смерти Пушкина, на Пасху через год. В таких случаях говорят о *dies certus*. Ему противопоставляется *dies incertus*, наступление которого зависит от будущего обстоятельства. При этом возможны различные комбинации: а) известно, что обстоятельство наступит, но не известно, когда, *dies certus an, incertus quando*, напр., в день смерти А; б) не известно, наступит ли обстоятельство, но известно, когда оно может наступить, - *dies incertus an, certus quando*, напр., в день твоего совершеннолетия; в) не известно, наступит ли вообще когда-нибудь данное событие, и не известно, когда, *dies incertus et quando*, напр., в день твоего вступления в брак, в день рождения твоего первого сына.

Dies incertus an et quando всегда содержит наряду со сроком условие: самое возникновение или прекращение правоотношения остается неизвестным. *Dies incertus an, certus quando*, обыкновенно наряду со сроком содержит условие, хотя это не необходимо. *Dies certus an, incertus quando* и чистый *dies certus an et quando*, по общему правилу, не содержат условия, хотя и они в связи с определенными другими обстоятельствами могут получить такое значение.

Сроком в тесном смысле называется только такой срок, который не содержит вместе с тем условия. Отличие простого включения срока от включения условия заключается в том, что не существует неизвестности относительно возникновения или прекращения самого правоотношения; начальный срок лишь отодвигает вступление в силу вполне известного правоотношения, конечный срок прекращает дальнейшее существование или осуществление отношения*(100).

Впрочем, не при всех сделках допускается включение срока, оно не допускается, напр., при браке, усыновлении, принятии наследства и т. д.

56. О *modus*, или наказе

Наряду с главным эффектом, ради достижения которого заинтересованное лицо, вступая в сделку, решает на известные имущественные жертвы, оно может преследовать и какой-нибудь дополнительный побочный эффект, возлагая в этих видах на противную сторону известные обязанности, напр., продавая виллу с парком, продавец может потребовать, чтобы публике был открыт доступ в парк, или, одаривая кого-нибудь, даритель может потребовать, чтобы противная сторона часть подаренного передала третьему лицу, или ежегодно устраивала обед для нищих, и т. п. Такие дополнительные оговорки встречаются как при возмездных, так и при безвозмездных сделках. Не всегда они имеют одинаковое юридическое значение. В частности, поскольку мы имеем дело с возмездными сделками, соответствующие оговорки не образуют особой юридической категории, а представляют собою лишь один из элементов того эквивалента, который должен быть доставлен противной стороной взамен того, что на основании сделки должно поступить к ней.

Значение самостоятельной юридической категории под именем *modus* или наказа такие оговорки могут приобрести при дарениях и завещательных распоряжениях. Сущность *modus* или наказа заключается в том, что на лицо, в пользу которого совершается дарение или завещательное распоряжение, возлагается обязанность исполнить что-либо. С точки зрения дарителя или завещателя то, что должно быть исполнено противной стороной, является тем побочным эффектом, который приводит к главному эффекту сделки, каковым является доставление дара, предоставление наследства или отказ противной стороне.

Чаще всего лицо обязывается употребить все или часть полученного им или соответствующую сумму денег на какую-нибудь цель, но на лицо могут быть возложены и другие обязанности, напр., оно назначается наследником и обязывается принять имя наследодателя. Ср. 1. 15 4 D. de condit. 35,1. Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti momentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur. *Modus* имеет некоторое сходство с потестативными условиями, т. е. с такими условиями, исполнение которых зависит от воли условноуправомоченного лица; но коренное отличие той от условий заключается в том, что *modus* в противоположность условиям никогда не имеет вещного характера, а всегда создает только личное требование и личную обязанность.

Другими словами, неисполнение *modi*, с одной стороны, в отличие от суспензивного условия не приостанавливает юридического эффекта сделки, который в случаях такого рода состоит в приобретении какого-нибудь блага; напротив, приобретение блага совершается независимо и до исполнения *modi*; неисполнение *modi*, с другой стороны, в отличие от резолютивного условия, не прекращает *ipso jure* юридических последствий сделки, а создает лишь личный иск об исполнении, а при легатах и дарениях, сверх того, альтернативный личный иск о возврате дара. Ср. 1. 17 D. de usu leg. 33,2. Требование об исполнении может быть предъявлено, смотря по обстоятельствам, или тем лицом, которое доставило обязанному лицу имущественную выгоду, или его наследниками, или третьим лицом, в пользу которого обязанное лицо должно было исполнить что-либо, или, наконец, органами государственной власти. От *modus* отличается простой совет или пожелание каковой не имеет юридического значения. Ср. 1. 71. pr. D. de condit. 35,1. Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt; non esse cogendum Titium cavere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. В данном конкретном случае может быть спорно, совершено ли распоряжение *sub modo* или *sub conditione*; в таком случае *in dubio* следует допустить первое.

Виндшейд заменяет *modus* гораздо более общим понятием предположения, *Voraussetzung* (die Lehre v.d. Voraussetzung 1850. Pand. I 87 ff.). Предположение, говорит он, есть неразвитое условие, *inentwickelte Bedingung*. Тот, кто заключает сделку под известным предположением, также желает, чтоб юридический эффект сделки сбылся лишь при известном положении вещей, но отличие предположения от условия заключается в том, что предположение не ставит наступления или существования юридического эффекта в зависимость от наступления желательного положения вещей. Вследствие этого сделка вступает в силу и продолжает существовать, хотя бы предположение не осуществилось. Однако это противоречит настоящей воле заинтересованного лица, или, иначе, сделка лишена материально-правомерного основания. Вследствие этого лицо, которое терпит ущерб от такой сделки, с одной стороны, может защищаться против исков, возникающих из нее, путем возражений (*exceptioes*), а с другой стороны, может предъявить против того, кто пользуется выгодами от сделки, требование об уничтожении юридических последствий ее. В частности, *modus*, по теории Виндшейда, составляет только один из видов предположения. Против этой теории восстал особенно Ленель (Lenel). Он совершенно верно замечает, что под понятие предположения, как его понимает Виндшейд, подходят все вообще мотивы, которые в данном частном случае побудили данное лицо заключить данную сделку. По крайней мере, нет возможности указать сколько-нибудь определенный критерий, которым бы отличалось одно из этих понятий от другого (предположение от обыкновенного побудительного мотива). Между тем побудительные мотивы, приведшие лицо к решению

заклучить сделку, по общему правилу, не оказывают влияния на силу сделки, хотя бы они впоследствии и не сбылись. Если же так, то понятие предположения теряет всякое определенное юридическое значение, и остается только отказаться от него.

57. Толкование юридических сделок

Формулировка сделки может вызвать сомнение насчет содержания ее. В таком случае необходимо стремиться к выяснению настоящей воли сторон.

Возможно автентическое толкование, т. е. сделка может быть истолкована самими заинтересованными лицами: такое толкование при двусторонних сделках, конечно, не может исходить от одной только стороны, и дальше - нельзя впадать в сделку того, чего вовсе в ней не было выражено. Ср. 1, 21. 1 D. qui test. facere 28,1 (Ulpianus). Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero quis in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solemnia explanari possit, quaeritur? ut puta Stichum legaverat quum plures haberet, nec declaravit, de quo sentiret. Titio legavit quum multos Titios amicos haberet; erraverat in nomine, vel praenomine vel cognomine quum in corpore non errasset: poteritne postea declarare, de quo senserit? Et puto, posse, nihil enim nunc dat, sed datum significat. 1.12. D. de transact. 2,15 (Celsus) Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt transegerat, si postea censetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit.

Если неприменимо автентическое толкование, то обязанность истолковать, выяснить содержание сделки выпадает на долю судьи. Судья должен начать с грамматического толкования, причем обязан обратить внимание на общее и местное значение слов. Ср. 1. 25. 1. D. de leg. III (32). Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. 1.69 pr. eod. Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorem. Если этим не устраняются все сомнения, то следует принять такое толкование, при котором сделка сохраняет свою силу или которое наиболее соответствует природе ее. Ср. 1. 80. D. de verb. obl. 45,1. Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est accipi, quo res qua de agitur, in tuto sit. Далее in dubio следует принять более мягкое толкование, в частности, при односторонних сделках такое, которое наименее связывает обязанное лицо. Ср. 1. 192 1 D. de R. J. 50,17. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius. При двусторонних сделках следует in dubio высказаться против той из сторон, которая играла роль главного действующего лица и от которой, следовательно, зависело точнее формулировать спорный пункт. Впрочем, существует ряд так назыв. *causae favorabiles*, поощряемых отношений, в пользу которых следует высказаться in dubio; сюда принадлежит *dos*, распоряжения на случай смерти у римлян, и свобода лица. Ср. 1. 85. pr. D. de R. J. 50,17. In ambiguis pro dotibus respondere melius est. 1.12 eod. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. 1.179. eod. In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.

Против возможного невыгодного толкования сделок и других действий лицо может оградить себя путем протестов и оговорок; этим, однако, не могут быть предотвращены последствия, наступающие независимо от воли действующего лица, равно не могут быть ограничены права, приобретенные третьими лицами.

58. О представительстве при заключении юридических сделок*(101)

Тот, кто желает совершить юридическую сделку, в частности, заключить договор, может пользоваться услугами третьих лиц в различной форме. В частности, третьи лица могут принять участие в заключении сделки либо в качестве помощников, либо в качестве представителей. Помощником считается такое посредствующее лицо, которому не предоставлено собственной инициативы при совершении сделки, в частности - *посыльный*, *nuntius* (далее - *маклер*). Представителем, напротив, считается такое посредствующее лицо, которое пользуется в большей или меньшей степени самостоятельной инициативой при

заключении сделок.

Представительство бывает прямое и косвенное. Прямой представитель заключает сделку не только за счет, но и от имени господина сделки. Сущность прямого представительства заключается в том, что сделка заключается представителем, а юридические последствия, вытекающие из сделки, отражаются исключительно на господине сделки, на принципале, не затрагивая представителя. В частности, так как сделка заключается представителем, то только в его лице и требуется надлежащая дееспособность, т. е. способность вступать в сделки данного типа. С другой стороны, так как юридические последствия сделки отражаются на принципале, то последний обязан обладать надлежащей правоспособностью в отношении данного права или данной обязанности. Если был заключен договор, то вопрос о том, достигнуто ли соглашение или же имеется налицо несоответствие между волей и внешним проявлением ее, разрешается опять-таки с той точки зрения, что сделка заключается представителем. Поэтому, напр., заблуждение принципала само по себе не имеет значения. Ср. 1. 34 1 D. de acqu. poss. 41,2. *Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum, est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio acquiratur? Et quum placeat, ignorantia acquiri, poterit et erranti.*

Во всяком случае для того, чтобы наступили все эти последствия, требуется, чтобы представитель заявил о том, что он заключает сделку от чужого имени, и чтобы он имел надлежащее полномочие или чтобы сделка была впоследствии утверждена принципалом. Косвенный представитель заключает сделку за чужой счет, но от собственного имени. В таком случае представитель не только сам заключает сделку, но и сам приобретает права и несет обязанности, вытекающие из сделки, по отношению к противной стороне, т. е. юридические последствия сделки непосредственно отражаются на нем, как будто он действовал за собственный счет. Поэтому, если, напр., кто-нибудь купил вещь в качестве косвенного представителя другого, то только он может требовать передачи вещи и только от него продавец может требовать уплаты. Тот факт, что в действительности сделка была совершена за чужой счет, получает практическое значение лишь при расчете между представителем и самим лицом, за счет которого он заключает сделку.

Различие между прямым и косвенным представителем имеет важное историческое значение. Древнее римское право не допускало прямого представительства. Ср. J. per quas pers. 2,9: *per extraneam personam nihil acquiri posse*. Но вместе с тем действовало правило, в силу которого все, что приобреталось подвластными лицами, приобреталось ими в пользу их властелина. Приобретение в данном случае имело место силою самого закона, помимо воли подвластного лица и часто даже без ведома властелина. Ср. pr. J. eod 2,9. *Aquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus*. Впоследствии этот принцип по отношению к подвластным детям подвергся значительным ограничениям, но вместе с тем сложилось правило, что подвластные дети всегда могут выступать в качестве прямых представителей отца. Со временем римское право стало допускать и в некоторых других случаях прямое представительство, в особенности при приобретении владения и собственности, но и в Юстиниановском праве такие случаи считались исключительными, а общее правило гласило: *per extraneam personam acquiri nobis non potest*. Ср. 5 J. per quas pers 2,9. *Et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus, nobis acquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem; et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit*. В современном римском праве принципиально допускается как прямое, так и косвенное представительство. Выбор того или другого предоставляется усмотрению заинтересованных лиц. Впрочем и теперь существуют сделки, которые не могут быть заключены через представителя, как, напр., эманципация, усыновление и т. д.

Юридическая конституция понятия представительства составляет предмет оживленного спора. Так, некоторые называют представительством только прямое представительство (Иеринг). Другие признают представительство во всех тех случаях, где одно лицо действует за другое, т. е. и в случае, где лицо действует в качестве простого помощника. Так,

Виндшейд называет помощника *Stellvertreter in der Erklärung*, а представителя *Stellvertreter im Willen*. Впрочем, и Виндшейд исключает из понятия представительства в тесном смысле случаи косвенного представительства.

59. Основания прямого представительства

Прямое представительство может быть возложено на данное лицо: а) по уставу юридического лица; в уставе может быть указано, кто должен быть представителем юридического лица; б) по полномочию, исходящему от подлежащей власти или по должности, занимаемой лицом; сюда относится, напр., должность опекуна; с) по полномочию или доверенности, исходящей от самого представленного лица. В таком случае представитель именуется *procurator*, а лицо представленное - *dominus*. Определение компетенции такого представителя зависит от воли представленного лица, в частности, от объема его доверенности, которая может быть общая или специальная, и отсюда различие между *procurator generalis* и *procurator specialis*; так, прокуратору может быть предоставлено заведывание всем имуществом (*procurator omnium bonorum*) или определенным кругом имущественных отношений, напр., торговыми делами принципала, или же он может быть уполномочен совершить какую-нибудь одну сделку или ряд сделок от имени своего принципала. *Procurator omnium bonorum* может быть назначен для одного только надзора за сохранностью имущества (*custodiae causa*), или вместе с тем ему может быть поручено и управление имуществом (*administratio*) с известными ограничениями (напр., без права отчуждения отдельных частей имущества) или без таковых, так называемая *libera administratio*; но и в последнем случае он обязан считаться с вероятной волей представленного лица.

60. *Ratiohabitio*

Доверенность может быть заменена последующим утверждением сделки со стороны лица, от имени которого она была совершена. Это так называемая *ratihabitio*. Ср. I. 12 4 D. de solut 46, 3. *Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habet dominus, quod solutum est, liberatio contingit, rati enim habitio mandato comparatur*. Сделка рассматривается так, якобы она с самого начала была заключена по воле лица, утвердившего ее; в этом смысле *ratihabitio* имеет обратную силу. Однако *ratihabitio* не влечет за собою ограничения благоприобретенных прав третьих лиц. Последующее согласие или утверждение имеет обратную силу и в некоторых других случаях. Сюда относятся все те случаи, где для действительности или вступления в полную силу юридической сделки требуется согласие третьего лица, если только это согласие дается при таких обстоятельствах, когда сделка может еще вступить в силу. Сюда же относятся те случаи, когда кто-либо, заключивший сделку, которая может быть им оспорена, по устранении обстоятельства, давшего право оспорить сделку, утверждает ее. Но если существовало такое препятствие для вступления сделки в силу, устранение которого не зависит от воли лица, то и признание сделки, выраженное по устранении этого препятствия, не может иметь обратной силы.

61. О недействительности и оспоримости юридических сделок*(102)

Недействительной или ничтожной - *negotium nullum* - называется юридическая сделка, которая не приводит к тому объективному правовому результату, который при нормальных условиях связан с сделкой данного типа. Так, недействительный договор не порождает права иска для контрагентов, недействительное завещание не сообщает указанному в нем наследнику права наследования и т. д. Оспоримой называется сделка, которая сама по себе хотя и приводит к связанному со сделками ее типа правовому результату, но при которой этот результат по требованию той или другой стороны или третьего заинтересованного лица может быть опять уничтожен. Раз такое требование не предъявляется, раз

заинтересованное лицо не возбуждает спора против сделки или отказывается от своего права оспорить ее, сделка сохраняет полную силу. Так, оспоримый договор (напр., купля-продажа, в которую продавец был вовлечен обманном образом, действия покупателя) сам по себе порождает право требовать исполнения договора для каждой из сторон. Но продавец может противопоставить иску покупателя *exceptio doli*, и в таком случае последнему будет отказано в иске. Если оспоримая сделка уже исполнена, то к приобретателю переходят все те права, которые вообще могут быть приобретены в данном случае; напр., если продавец по оспоримой купле-продаже передал проданный объект покупщику раньше, чем узнал об обмане, то последний приобретает право собственности на этот объект, если только продавец сам был собственником вещи. Вследствие этого потерпевший, по общему правилу, сохраняет только личный иск о расторжении договора или возмещении убытков против своего непосредственного контрагента, но не имеет права иска против третьих лиц. Напр., если покупатель в приведенном примере переуступил полученную от продавца вещь другому лицу, продавец может только искать убытки с покупателя, но не может требовать возврата вещи; от третьего приобретателя, так как он, продавец, уже перестал быть собственником вещи с момента передачи ее покупщику. Впрочем, из этого правила допускаются исключения; так, напр., если кто-нибудь передал другому вещь на основании вынужденной сделки, то, хотя право собственности на вещь переходит к приобретателю, а от него к третьим лицам, но, тем не менее, передавший вещь посредством *actio quod metus causa* может потребовать возврата вещи не только от своего непосредственного контрагента, принудившего его передать ему вещь, но, при известных условиях, и от третьих лиц, к которым эта вещь могла перейти. Но и в том, и в другом случае, раз заинтересованное лицо не пожелает возбудить спора против сделки, она остается в полной силе.

Абсолютная и относительная недействительность. Среди недействительных сделок необходимо различать абсолютно и относительно недействительные сделки. Абсолютно недействительная сделка есть такая, ничтожность которой может быть доказана всяким заинтересованным в долге лицом; даже больше, раз суд усмотрит основание, по которому сделка должна быть признана абсолютно недействительной, он и помимо ходатайства заинтересованных лиц должен признать ее ничтожной и отказать истцу в иске. Так, напр., сделки, совершенные недееспособным лицом или без соблюдения законных форм, абсолютно недействительны. Относительно недействительная сделка есть такая, вопрос о ничтожности которой может быть возбужден только определенными лицами. Раз эти лица не возбуждают этого вопроса, то ни суд, ни кто другой не может заставить его, и сделка остается в силе. Сюда относятся, напр., случаи недействительности, являющиеся результатом существенного заблуждения. Раз я, напр., по ошибке, заключил не тот договор, который хотел заключить, или не с тем лицом, которое я имел в виду, и т. д., то только я и могу поднять вопрос о признании заключенной мною сделки недействительной; если мне по тем или другим причинам не хочется этого сделать, ни противная сторона, ни третьи заинтересованные лица, ни суд не могут возбуждать этого вопроса. Относительно недействительные сделки имеют некоторое сходство с оспоримыми сделками в том смысле, что тут и там вопрос о действительности или оспоримости может быть возбужден только определенными лицами, от которых вместе с тем зависит, пользоваться или не пользоваться этим правом. Но, вместе с тем, между ними и другими существует и коренное различие. А именно, сделка, признанная по ходатайству заинтересованного лица недействительной, не порождает уже никаких прав, и потому, если отчуждатель до заключения сделки имеет вещное право на уступленную им вещь, он, по общему правилу, сохраняет это право и может поэтому требовать возврата вещи от третьих лиц, к которым она перешла. Напротив, оспоримая сделка сама по себе приводит всегда к тому правовому результату, который при заключении ее имелся в виду; заинтересованное лицо может только ходатайствовать об обеспечении сделки, о расторжении ее, да и то такое право принадлежит заинтересованному лицу, по общему правилу, только по отношению к непосредственному контрагенту, а не по отношению к третьим лицам. Итак, по юридическим последствиям своим относительно недействительные сделки вполне приравниваются к

абсолютно недействительным и резко отличаются от оспоримых .

Частичная недействительность и оспоримость. Сделка может быть недействительна или оспорима в одной какой-нибудь части. В таком случае она, по общему правилу, сохраняет силу в остальных своих частях: *utile non debet per inutile vitiari*. Ср. 1. 1 5 D.V.O. 45,1.

Исцеление недействительности и оспоримости. По общему правилу, абсолютно недействительная с самого начала сделка никоим образом не может уже стать впоследствии действительной. Ср. 1. 29 D. de R. J. 50,17. *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis conualescere*. Из этого правила существует, однако, ряд исключений, когда *negotium conualescitur*. Так, напр., дарения между мужем и женой считаются недействительными; но если супруг-даритель умрет, не взявши назад своего дара, то на основании постановления императоров Севера и Каракаллы дарение вступает в силу, и, следовательно, наследники супруга-дарителя могут требовать возврата дара. Что касается относительно недействительных и оспоримых сделок, то она сохраняют полную силу, раз заинтересованное лицо признает сделку или откажется от своего права поднять вопрос о недействительности или оспоримости ее.

Превращение недействительной сделки в другую, действительную, *conversio negotii*. Бывают случаи, когда сделка, недействительная сама по себе, содержит в себе все условия, необходимые для действительности сделки иного рода. Может ли сделка в таком случае быть сохранена в силе во втором своем виде? На этот вопрос *in dubio* следует дать утвердительный ответ, раз объективный результат, имевшийся в виду лицом, в общем может быть достигнут и вторым путем. Так, напр., вексель, выданный на простой бумаге, должен быть признан недействительным; но он может сохранить силу в качестве простой долговой расписки. Или, напр., акцептиляция (формальное отречение от стипуляционного долга), будучи недействительной как таковая, может сохранить силу в качестве неформального *pactum de non petendo*. Ср. 1. 8, пр. D. de accept. 46,4 (Ulpianus). *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum (sc. de non petendo), quaeritur? et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum*. 1.19 пр. eod. (Ulpianus), *si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest*.

В иных случаях такое превращение допускается только, если заинтересованное лицо прямо заявило, что раз сделка в первоначальном своем виде не может быть сохранена в силе, оно желает сохранения ее в ином виде. Так, например, завещание, подписанное только пятью свидетелями, по римскому праву недействительно, так как требуется участие семи свидетелей. Но оно может быть сохранено в силе в качестве кодицилла, т. е. завещательного распоряжения, не содержащего в себе назначения наследника, а только отказы, так как для действительности кодицилла требуется участие только пяти свидетелей. Но для того, чтобы такое завещание могло быть сохранено в качестве кодицилла, требуется, чтобы завещатель включил в него соответствующую оговорку, так называемую *clausula codicillaris*.

62. Учение о дарении

Вопрос о месте учения о дарении в системе римского права до сих пор разрешается неодинаково. Одни ученые излагают это учение в общей части, другие включают его в учение об обязательственных правах. Несомненно одно, что учение о дарении имеет весьма общее значение, что самые разнообразные юридические сделки могут служить средством для доставления одним лицом безвозмездной выгоды другому, что дарение может быть совершено не только в форме дарственного обещания, но и путем непосредственного вручения дара одним лицом другому, что дарение встречается не только *inter vivos*, но и *mortis causa*; ввиду всего этого представляется вполне уместным изложить основным началам дарения в связи с общим учением о юридических сделках.

Понятие и главные виды дарения. Необходимо различать дарение в обширном и тесном смысле. Дарением в обширном смысле называется всякое доставление лицом

безвозмездной выгоды другому, раз это совершается по доброй воле помимо всякой к тому обязанности, хотя бы даже это не повлекло за собой уменьшения имущества дарителя. С этой точки зрения должно быть признано дарением, например, отречение наследника по завещанию от открывшегося в его пользу наследства, раз это делается с тем, чтобы наследство получил наследник по закону или другой наследник по завещанию, назначенный совместно с первым или на случай отказа его, хотя в данном случае собственное имущество дарителя, очевидно, не уменьшилось: он только отказался от возможного увеличения своего имущества. Дарением в тесном смысле называется только такое добровольное доставление безвозмездной выгоды одним лицом другому, которое предполагает уменьшение собственного имущества дарителя. Сверх того требуется, по крайней мере, по общему правилу, принятие дара со стороны одаренного. Различие между дарением в обширном и тесном смысле имеет важное практическое значение, так как существующие в римском праве ограничения свободы дарения касаются только дарения в тесном смысле. Так, например, отказ мужа от открывшегося в его пользу наследства и легата, вызванный желанием доставить таким путем жене возможность приобрести наследство или легат, не считается недействительным, ибо собственное имущество мужа вследствие этого не уменьшается, тогда как дарения в тесном смысле *inter virum et uxorem* недействительны. Ср. напр. 1.5 13. D. de donat. i.v. et u. 24,1. (Ulpianus). *Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Julianus scripsit: donationem valere; neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura.* 14. *Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam.* В дальнейшем мы будем говорить только о дарении в тесном смысле. Дарение бывает или дарением между живыми - *donatio inter vivos*, или дарением на случай смерти - *donatio mortis causa*. Последнее во всяком случае теряет силу, если одаренное лицо умрет раньше дарителя. Кроме того, *donatio mortis causa* отличается еще другими особенностями, которые сближают его с другими завещательными распоряжениями. Ввиду этого об этом виде дарения удобнее говорить при изложении наследственного права. Здесь же мы рассмотрим только дарение между живыми.

Ограничения дарений между живыми. Мы видели, что дарением в тесном смысле называется всякое добровольное доставление безвозмездной выгоды одним лицом другому, сопряженное с уменьшением имущества дарителя. В частности, дарение может быть совершено *dando* (даритель непосредственно передает какие-нибудь объекты или устанавливает какие-нибудь вещные права, например, узуфрукт в пользу одаренного), или *promittendo* (даритель обещает передать в будущем какую-нибудь вещь или установить какоенибудь право в пользу одаренного), или *liberando* (даритель прощает одаренному долг или отказывается от какого-нибудь вещного права и т. п.). Ко всем этим актам, раз они совершены *inter vivos*, одинаково применяются следующие правила. Всякий дарственный акт, совершенный между супругами, недействителен; впрочем, если супруг-даритель умирает, не взяв назад своего дара, дарение, на основании особого постановления Севера и Каракаллы, остается в силе. В других случаях свобода дарений подвергается разным ограничениям. Так, еще *lex Cincia de donis et muneribus* от 204 г. до Р. X. постановила, что дарения, по общему правилу, не должны превышать определенного максимума, и, вместе с тем, ввела особые стеснительные формальности, от соблюдения которых зависело вступление дарения в силу.

Этот закон в поклассическом праве утратил силу. Взамен него сложилось правило, что дарения, превышающие сумму в 500 солидов (*solidus* - золотая монета, содержащая 1/72 фунта золота), нуждаются для действительности своей в судебной инсинуации (*insinuatio*), т. е. даритель должен заявить на суде о предполагаемом им дарении, о чем составляется протокол.

В случае несоблюдения этой формальности дарение, поскольку оно превышает указанный максимум, считается недействительным. Что касается дарений на меньшую сумму, то они, по разъяснению Юстиниана, могут быть совершаемы неформально. В

частности, Юстиниан в этих пределах признал достаточным неформальное дарственное обещание, *Pactum donationis*, тогда как до него требовалось стипуляционное обещание, *promissio donationis*. Дарение, совершенное с соблюдением всех законных формальностей, по общему правилу, не подлежит возврату. Из этого правила допускается исключение на случай грубой неблагодарности одаренного лица, каковою считается нанесение дарителю грубых словесных оскорблений, оскорбления действием, причинение значительного имущественного убытка, умышленное причинение опасности его жизни и неисполнение возложенного на одаренное лицо *modus*. Во всех этих случаях даритель имеет право требовать возврата дарения, *revocatio donationis propter ingratitudinem*. Впрочем, иск о возврате дара *propter ingratitudinem* может быть предъявлен только дарителем, но не его наследниками, и только против одаренного, но не против его наследников. Одаренное лицо отвечает по этому иску в пределах своего обогащения. Наконец, надо заметить, что право обратного требования вообще допускается при так назыв., *donatio remuneratoria*, т. е. при дарении, к которому дарителя побудило желание вознаградить одаренное лицо за оказанную ему важную услугу, в особенности за спасение жизни.

Особые виды дарения между живыми. Существует несколько особых видов *donationes inter vivos*. Сюда относятся: а) *donatio remuneratoria*, о которой уже было сказано, что к ней не применяется право обратного требования дара; б) *donatio sub modo*, дарение с возложением на одаренное лицо обязанности исполнить что-либо; неисполнение такого наказа дает дарителю альтернативное право требовать исполнения его или возврата дара; с) дарение целого имущества или же части его. Такое дарение не создает универсального преемства. Поэтому для перехода прав на отдельные составные части подаренного имущества необходимо соблюдение требований, установленных для сделок между живыми; в частности, для перехода права собственности на телесные вещи необходима традиция, для перехода обязательственных требований - цессия. С другой стороны, на одаренное лицо не переходит непосредственно и ответственность за долги, лежащие на подаренном имуществе. Ответственным лицом перед кредиторами остается даритель, но одаренный *in dubio* обязан возместить дарителю произведенные в погашение таких долгов затраты.

О недозволенных действиях

63. Общие положения

Необходимо различать две категории недозволенных или неправомерных действий: а) абсолютно недозволенные действия, т. е. действия, прямо запрещенные законом; они называются преступлениями или правонарушениями, *delicta*; поскольку ими нарушаются частные права, они называются *delicta privata* и служат источником особых обязательств, так назыв. *obligationes ex delicto*, б) относительно недозволенные действия, т. е. действия, сами по себе дозволенные, но принимающие, при наличности известных условий, характер недозволенных, вследствие нарушения ими чужого права.

Всякое неправомерное действие с точки зрения гражданского права, по общему правилу, предполагает с объективной стороны известный вред, а с субъективной стороны - известную вину лица, *culpa* в обширном смысле, в силу которой действие может быть вменено ему. За случайный вред, причиненный одним лицом другому, причинивший такой вред, по общему правилу, не отвечает; изъятия из этого принципа будут указаны в своем месте.

64. Понятие и виды вины*⁽¹⁰³⁾

Вина, *culpa* в обширном смысле, есть неправомерное направление воли лица. Вина может состоять в том, что лицо сознательно совершает данное действие, сознавая его неправомерность. В таком случае говорят о *dolus* или *dolus malus*, умысле. Ср. 1.1 2. D. de dolo 4,3. Или же вина состоит в отсутствии надлежащей осмотрительности и внимания, в

недостаточном стремлении избежать неправомерный эффект, без прямого намерения совершить зло. В таком случае говорят о culpa в тесном смысле, нерадении. Ср. 1. 31 D. ad leg. Aquil. 9,2 (Paulus). Mucius dixit - culpam autem esse quod, cum a diligente providere poluerit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, quum periculum evitari non possit. Подобно умыслу и нерадение может проявиться либо в действиях, либо в упущениях; соответственно с этим различают culpa in faciendo и culpa in non faciendo.

Ответственность не только за dolus, но и за culpa может возникнуть прежде всего во всех тех случаях, где существует особое правоотношение, обязывающее к известной осмотрительности; но и в области вне договорных отношений лицо, при известных условиях, отвечает не только при наличии dolus, но уже при наличии culpa. В частности, что касается повреждения и уничтожения чужих вещей, то ex lege Aquilia лицо отвечает не только за умышленное, но и за всякое другое повреждение, если была хоть малейшая неосмотрительность с его стороны; Ср. 1. 44 pr. D. ad leg. Aquil. 9.2. In lege Aquilia et levissima culpa venit. В случаях, подпадающих под действие legis Aquiliae, говорят о culpa Aquiliana. Она граничит с casus, случаем. За случайный вред лицо, причинившее его, как уже было сказано, по общему правилу, не отвечает*(104).

Но и для того, чтобы dolus и culpa могли быть вменены лицу, оно должно пользоваться надлежащей дееспособностью. Ср. выше 40.

65. Степени culpae

При повреждениях, подпадающих под действие legis Aquiliae, не различаются никакие степени culpae; малейшая неосмотрительность имеет одинаковое значение с умыслом. Если между лицами существует особое правоотношение, которое обязывает к известной осмотрительности (diligentia), то отсутствие требующейся осмотрительности (negoligentia), которое может проявиться в недостаточном радении или в чистом бездействии, вменяется в вину, составляет culpa. Не для всех правоотношений требуется одинаковая степень осмотрительности, - соответственно этому различают и различные степени culpae; это значит, что в одних случаях не вменяется в вину то, что в других вменяется в таковую; то и другое зависит от большей или меньшей степени осмотрительности, какая требуется при данном правоотношении. В частности, общим абстрактным критерием для оценки осмотрительности лица служит diligentia diligentis patrisfamilias, т. е. степень осмотрительности, которою отличается добропорядочный домохозяин при данных условиях. Отсутствие такой осмотрительности составляет легкое нерадение, culpa levis; оно граничит непосредственно со случаем, casus, который не может быть вменен лицу. Ср., например, 1. 14 D. de pign. act. 13,7 Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore (sc. pigneraticio) exiguntur. 1.12 D. de peric. 18,6. Si vendita insula combusta esset, quum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? respondit: si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. В некоторых случаях считается достаточною и меньшая степень осмотрительности, именно такая, которая продиктовывается самыми элементарными правилами общежития и совестливости. Отсутствие ее свидетельствует о поразительном легкомыслии и полном равнодушии к интересам других лиц и составляет грубое нерадение, culpa lata. Оно граничит с умыслом, culpa dolo proxima, и в обязательственных отношениях обыкновенно приравнивается к умыслу. Ср. 1. 213 2 D. de V. S. 50,16. Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere, quod omnes intelligunt. Старая доктрина различала еще третью степень вины, culpa levissima, которая противопоставлялась culpa levis и culpa lata. В настоящее время эта трихотомия окончательно оставлена. Наконец, бывают случаи, когда требуется только такая степень осмотрительности, которую лицо привыкло выказывать в собственных делах, diligentia in concreto или diligentia, quam suis rebus adhibere solet; отсутствие ее составляет culpa in concreto. В этих случаях для оценки culpa прилагается конкретный масштаб. В таких пределах отвечают за culpa товарищи (socii) друг перед другом, опекуны перед опекаемым, муж перед женой. Ср. 9 J. de societate 3,25.

Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.

Глава III. О влиянии времени на возникновение и прекращение прав

66. Общий обзор

Время оказывает различное влияние на правоотношения. Определенные категории действий, в особенности судебные действия, не могут быть совершены в известные, именно в неприсутственные дни.

Юридическое значение известных действий на основании законного или судебного постановления обусловлено совершением их в известное время или в течение известного времени (срока). При совершении юридических сделок возможно включение срока. Если известное положение вещей продолжается в течение определенного срока времени, то по истечении этого срока могут наступить известные юридические последствия. Особо важное значение имеет изменение в правах, наступающее благодаря более или менее продолжительному осуществлению или неосуществлению их. Первое при наличии известных условий может привести к приобретению, второе к прекращению права.

Соответственно с этим различают приобретательную и погасительную давность - *praescriptio acquisitiva et extinctiva*. Сроки и условия давности бывают весьма разнообразны. Общее значение имеет одна только незапамятная давность.

67. Разделение времени

Важнейшее разделение времени есть деление его на годы, месяцы и дни. Раз навсегда установленное деление такого рода представляет календарь. Срок, определенный по календарю, имеет неподвижные начальный и конечный моменты и назыв. гражданским или календарным сроком, так говорят *annus civilis, mensis civilis, dies civilis*. Календарный день, разделенный на 24 часа, обнимает срок времени от полуночи до полуночи. Обыкновенный год имеет 365 дней, високосный 366 дней; високосным днем - *dies intercalaris* считается 24 февраля (а не 29). При исчислении сроков високосный день вместе со следующим за ним днем считается за один день (*biduum pro uno die habetur*).

Наряду с календарными сроками встречаются сроки времени с подвижным начальным или конечным моментом. Так, календарному году противопоставляется естественный, или подвижный, год, т. е. срок времени, обнимающий 365 дней, причем счет времени начинается с произвольного начального момента; равным образом календарному дню противопоставляется естественный день; сомнение возбуждает в данном случае счет по месяцам, так как месяцы имеют неодинаковое число дней; *in dubio* месяц считается в 30 дней.

68. Естественное и гражданское исчисление времени, *computatio civilis* и *naturalis*

В тех случаях, где наступление данного обстоятельства, напр., рождение лица или приобретение владения по истечении определенного срока времени, влечет за собою известные юридические последствия, возникает вопрос о том, как определить начальный и конечный моменты срока.

Строго говоря, начальный момент срока в таких случаях должен совпадать с тем моментом дня, в который наступил данный факт, а конечный момент, - с соответствующим моментом последнего дня срока. Такое точное исчисление времени называется естественным исчислением, *computatio naturalis* или *a momento in momentum*. Оно применяется лишь в виде исключения, напр., при исчислении момента достижения лицом

совершеннолетия. Ср. 1. 3 3. D. de minor. 4,4. *Minorem autem XXV annis natu videndum, an etiam diem natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut si captus sit restituatur? et quum nondum compleverit, ita erit dicendum ut a momento in momentum tempus speletur.*

Ввиду практических неудобств, какие представляет подобный точный счет времени, в большинстве случаев допускается уклонение; именно, по общему правилу, в основание исчисления каждого срока кладется счет времени по целым дням. Это так назыв. гражданское исчисление, *computatio civilis* или *ad dies*. При нем определяется только день, но не момент, в который наступило данное обстоятельство; этот день считается первым; последний определяется путем простого счета; при этом необходимо различать, идет ли речь о приобретении какого-нибудь права, или какой-нибудь способности, или о прекращении какого-нибудь права. В первом случае достаточно, чтобы наступил последний день (*dies certus pro completo habetur*); во втором случае требуется, чтобы весь день истек. Ср. 1. 15 pr. D. de div. temp. praesc 44,3. *In usucapione ita servatur, ut elam si minimo momento novissimi diei possessa sit res nihilominus repleatur usucapio nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.* 1.6 D. de obl. et act. 44,7. *In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.*

69. Tempus continuum и utile

По общему правилу, счет времени полагается непрерывный, *tempus continuum*. Но в некоторых случаях, где речь идет о совершении известных судебных действий, которые могут быть совершены только в течение определенного срока не свыше одного года, допускается изъятие в том смысле, что из общего счета исключаются те дни, в которых требуемое действие не могло быть совершено, т. е. считаются только *dies utiles*. Такой срок называется *tempus utile*, напр., *annus utilis, sex menses utiles, centum dies utiles*. Препятствия, которые принимаются в расчет, могут состоять: а) в недоступности суда в известные дни; б) в отсутствии третьего лица, присутствие которого требуется для совершения действия; в) в личном препятствии заинтересованного лица, как то: отсутствие или болезнь его, а также, в некоторых случаях, незнание известных фактических обстоятельств. Ср. 1. 1 D. de div. temp. praescr, 44,3. *Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiendi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit res experiendi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo, vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiendi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est ut experiendi habet potestatem. Illud utique neminem fugit, experiendi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit.*

70. Незапамятная давность

Когда право осуществляется в течение столь продолжительного срока времени, что никто не помнит, когда впервые началось осуществление его, то предполагается, что право некогда было приобретено на основании особого постановления закона (*lex specialis*) или по какому-нибудь другому правомерному основанию: другими словами, факт осуществления данного права с незапамятных времен освобождает от обязанности доказать, каким образом было приобретено право. Это так называемая незапамятная давность, *praescriptio immemorialis* или *indefinita*. Незапамятная давность признавалась римским правом под названием *vetustas* в известных случаях, она получила дальнейшее развитие в каноническом праве и была распространена практикою на все роды прав, поскольку вообще мыслимо непрерывное осуществление данного права с незапамятного времени и поскольку для приобретения его не существует более краткой давности с определенным сроком (*praescriptio definitiva*).

Для признания существования данного фактического состояния с незапамятных времен требуется, чтоб никто не мог дать показания о том, когда наступило это состояние, ни по собственному наблюдению, ни по рассказам предков. Доказательствами служат, главным образом, показания лиц, воспоминания которых обнимают, по крайней мере, последние 40 лет; но и документы могут служить доказательствами. Сила подобных доказательств разрушается, если будет доказано неправомерное начало данного состояния.

О привилегиях

71. Понятие, виды, возникновение и прекращение их

Надо различать привилегии в обширном и тесном смысле. Под привилегиями в обширном смысле (*jus singulare*) понимают правовую выгоду, предоставленную целому классу лиц, вещей или юридических отношений. Под привилегиями в тесном смысле понимают правовую выгоду, предоставленную определенному только лицу, или вещи, или юридическому отношению. Мы имеем в виду привилегии второго рода. Привилегии могут быть публичноправовые или частноправовые, положительные и отрицательные, постоянные и временные. Далее различают *privilegia personae*, связанные с определенным лицом, и *privilegia rei*, связанные с определенным объектом или юридическим отношением. Привилегии возникают: а) на основании пожалования со стороны государственной власти; б) на основании обычного права (спорно) и с) на основании (незапамятной) давности.

Привилегии прекращаются: а) в случае отпадения одного из объективных предложений их; б) в случае отречения управомоченного лица от них, с) в случае упразднения их законом.

Осуществление и защита прав

Глава I

72. Осуществление прав

Всякое субъективное право дает возможность совершения известных действий, известных актов пользования или распоряжения. Осуществление права заключается в совершении тех действий, из которых складывается данное право.

Осуществление права в большем или меньшем объеме зависит от усмотрения управомоченного лица; продолжительное неосуществление права нередко приводит к потере права. Права, по общему правилу, могут быть осуществлены через представителей (другими словами, действия, входящие в состав данного права, могут быть совершены не только самим управомоченным лицом, но и представителями его). При этом понятие представительства в праве толкуется источниками очень широко. Ср., напр., 1. 5. D. *quemad. servit. 8,6. Servitus et per socium et fructuarium et bonae fidei possessorem nobis retinetur; 1.6 pr. eod. nam satis est fundi nomine itum esse*. Впрочем, существуют и такие права, которые не могут быть осуществлены через представителей (напр., некоторые семейственные права).

Общее правило, определяющее пределы осуществления всякого права, гласит: *qui suo jure utitur, nemini faciat injuriam* - другими словами, всякое действие, которое входит в состав данного права, может быть совершено даже в том случае, если оно приносит вред другому лицу и не приносит пользы управомоченному лицу. Ср. 1. 55 D. *de R. J. 50,17. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*. Однако это суровое правило смягчается другим Правилom: *neque malitiis indulgendum est*, в силу чего не допускается такое осуществление права, которое исключительно клонится к тому, чтобы нанести вред другому лицу. Ср., напр., 1, 1 12 D. *de aqua 39,3. Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi sed suum agrum meliorem faciendi id faciat*.

Нередко имеет место такое совпадение нескольких прав, при котором осуществление

одного права исключает или ограничивает возможность осуществления другого права. Это так назыв. коллизия прав. В таком случае, по общему правилу, каждому предоставляется осуществлять свое право, поскольку это для него фактически возможно; следовательно, тот, кого опередил другой, не может осуществлять своего права согласно правилу: *occipantis* или *possidentis melior est conditio*; в некоторых таких случаях допускается лишь прораторное осуществление отдельных прав, в особенности при конкурсе; иногда бросают жребий.

Глава II. Обеспечение прав, самозащита и самоуправство

73. Обеспечение прав

Возможность нарушения прав дает повод к принятию особых мер, клонящихся к обеспечению будущего осуществления притязаний и исполнения соответствующих обязанностей. Эти меры гарантии называются *cautiones* в обширном смысле. Такое значение могут иметь частные сделки, *cautiones* в тесном смысле. Различают *cautiones verbales et reales*. К первым относятся *cautio promissoria*, т. е. особое соглашение между заинтересованными лицами, которое у римлян заключалось в форме стипуляции, и *cautio iuratoria* - клятвенное обещание обязанного лица. Ко вторым относятся: поручительство - *cautio fideiussoria*, которое дает управомоченному лицу возможность обратиться с взысканием на других лиц, кроме непосредственно обязанного лица. Далее - залог - *cautio pignoratitia*, наконец, оставление вещи у третьего, незаинтересованного лица - *sequestratio*. Смотри по тому, заключена ли сделка такого рода добровольно или на основании предписания закона, различают *cautio voluntaria* и *cautio necessaria*.

Такое же значение могут иметь судебные распоряжения, а именно *missio in possessionem* - ввод во владение по судебному декрету, а также личный или имущественный арест, т. е. судебное распоряжение, в силу которого обязанное лицо временно лишается свободы или претерпевает ограничения в отношении права распоряжения теми или другими объектами, входящими в состав его имущества.

74. Самозащита и самоуправство

Самозащита есть самовольное отражение чужого неправомерного нападения, клонящегося к изменению существующих отношений; при этом, в случае необходимости, разрешено даже употребить насилие, *vim vi repellere licet*. Ср. 1. 1 27 D. de vi 43,16. *Vim vi repellere licere Cassius scribit; idque jus natura comparatur; apparet, autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.*

Самоуправство есть самовольное нападение с целью установления такого положения вещей, которое соответствовало бы действительно существующему или воображаемому праву лица, совершающего нападение. Самоуправство, по общему правилу, считается недозволенным. В частности, кредитору воспрещается, в видах удовлетворения своего требования, завладеть вещами должника без его согласия и без решения судебной власти; такое самоуправство на основании *Decretum Divi Marci* разрушает самое требование. Ср. 1. 13. D. quod metus c. 4,2. *Extat enim Decretum Divi Marci in haec verba: "Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris". Quum Marcianus diceret: "nullam vim feci", Caesar dixit: "tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso sibi spondebetam sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, ius credit non habebit.* Одинаковые последствия наступают и в том случае, когда кредитор в тех же видах принуждает должника к выдаче чего-нибудь или захватывает детей должника или вещи третьего лица. Далее на основании закона от 389 года лицо, которое самовольно завладевает вещью, которая находилась во владении другого лица, обязано вернуть вещь и теряет свое право на нее, если оно таковое имело, если же оно не имело права на вещь, то оно не только обязано вернуть ее, но, сверх

того, должно возместить стоимость ее. Ср. 1. J. de vi bon. rapt. 4,2. Divalibus constitutionibus - prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet; sed si quis contra statuta fecerit rei quidem suo dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem eius etiam aestimationem eius rei praestare. Quod non solum in mobilibus rebus, quae rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant. Исключение допускается в том только случае, если пришлось прибегнуть к самоуправству за невозможностью предотвратить иным путем грозящую непоправимую потерю.

Глава III. Судебное осуществление прав*(105)

75. Общий обзор

Нормальный порядок, в котором осуществляются права, в случае оспаривания или нарушения их со стороны других лиц, - состоит в обращении в суд. Суд прежде всего решает, существует ли спорное право, а затем в случае нужды принимает и принудительные меры к осуществлению его. Суд не решает гражданских дел *ex officio*, - для этого требуется предъявление иска со стороны заинтересованного лица; противная сторона может противопоставить свои возражения и т. д. Затем требуется доказать те спорные факты, которые свидетельствуют о правоте или неправоте сторон, после чего следует постановление судебного решения. Изложение всего этого порядка производства входит в состав науки гражданского процесса. Наша наука рассматривает лишь то влияние, которое оказывает спорность прав, возможность осуществления их судебным порядком и самое судебное производство на отдельные права.

Об исках и возражениях

76. Понятие иска

Различают иск в процессуальном и в материальном смысле. То и другое обозначается словом *actio*. Под иском в процессуальном смысле понимают то процессуальное действие стороны, которым открывается судебное производство против другого лица. Под иском в материальном смысле, или правом иска, понимают связанное с данным материальным правом правомочие правообладателя обратиться к суду, дающее ему возможность путем установления соответствующего конкретного отношения к суду добиться судебной защиты своего материального права в случае нарушения или опасности нарушения его. В последнем смысле источники говорят: 1. 51. D. de obl. et act. 44,7 (Celsus), *nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeat, iudicio persequendi*. Соотношение между охраняемым правом и охраняющим его иском в материальном смысле таково, что только такое право считается полным, которое соединено с иском.

77. Вещные и личные иски

Основным делением исков считается у римских юристов деление их на иски вещные и иски личные - *actiones in rem, actiones in personam*.

Actiones in personam - суть иски, возникающие из обязательственных требований. Иски называются личными - *in personam*, потому что обязательственное требование, на основании которого возникает иск, указывает личность должника, против которого иск предъявляется. Впрочем, и те обязательственные требования, которые не указывают сразу точно личность должника, порождают личные иски. Сюда относится *actio quod metus causa*, на основании которого отвечает всякий, к кому дошло что-либо на основании вынужденной сделки; *actiones poenales*, на основании которых отвечает властелин по преступлениям его

подвластных лиц, хотя бы в то время, когда было совершено преступление, он еще не был властелином виновника (напр., раб лица А украл у В вещь, и затем этого раба купил С, *actio furti poxalis* предъявляется против С), и некоторые другие. Такие иски, в отличие от обыкновенных личных исков, называются *actiones in rem scriptae*.

Actiones in rem в тесном смысле называются у римских юристов иск о собственности (*rei vindicatio*) и сервитутные иски (*actio negatoria* и *confessoria*). В обширном смысле *actio in rem* называется всякий иск, не возникающий из обязательственного отношения. Сюда относятся *hereditatis petitio* (иск о наследстве), *actio hypothecaria* (иск о залоге), *actio Publiciana* (иск для защиты узупапионного владения), далее семейно-правные иски (напр., *vindicatio filii*). Особенность всех этих исков заключается в том, что заранее неизвестна личность ответчика.

Часто к вещным искам причисляют также *actiones praeiudiciales*, т. е. иски, направленные не на присуждение ответчика к чему-либо в пользу истца, а лишь на признание существования или несуществования какого-нибудь конкретного правоотношения. К числу их относятся, напр., иски о состоянии (о свободе лица, о свободнорожденности, о семейном положении его). Ср. 13 J. de act 4,6. *Praejudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo*. Но многие ученые с этим не согласны. Вообще юридическая квалификация преюдициальных исков в современной литературе составляет предмет оживленного спора*(106).

78. Иски о вознаграждении, иски штрафные и иски смешанные

Смотря по объекту своему имущественно-правные иски распадаются на три категории: а) иски о вознаграждении, *actiones persecuendae causa comparatae* или *actiones rei persecutoriae*; они имеют целью доставить истцу то, что при нормальных условиях должно было поступить в его имущество или чего он при нормальных условиях не должен был лишиться; к этим искам, по общему правилу, относятся вещные иски и иски по договорным обязательствам: б) иски штрафные, *actiones poenales* или *poenae persecuendae causa comparatae*, дают истцу право требовать уплаты известной денежной пени, превышающей, по общему правилу, размер убытка его; эти иски предполагают совершение правонарушения со стороны ответчика, т. е. вытекают *ex delicto* (сюда относится, напр., *actio furti*); в) иски смешанные, *actiones mixtae id est, tam rei, quam poenae causa comparatae*, - это иски, преследующие ту и другую цель. Сюда относятся, напр., *actio vi bonorum raptorum*, *actio legis Aquiliae* и др. Иногда штрафной элемент примешивается к ним в том только случае, если приходится какое-нибудь особое обстоятельство, напр., ответчик не удовлетворяет истца вплоть до самого постановления судебного решения или отрицает правильность притязания истца. В современном римском праве большинство штрафных и смешанных исков отпало.

Впрочем, с точки зрения ответчика можно назвать штрафными все те иски, по которым он не только обязан выдать то, что неправильно к нему поступило, но, сверх того, отвечает и остальным своим имуществом, хотя бы с точки зрения истца иск имел характер простого иска о вознаграждении. И такие иски называются в источниках *actiones poenales*. Савиньи называет такие иски односторонними штрафными исками.

79. Односторонние и двусторонние иски

Большинство исков суть односторонние иски, *actiones simplices*, т. е. роли истца и ответчика прямо противоположные, истец требует признания своего права и присуждения ответчика, ответчик требует, чтобы истцу было отказано в иске. Но в известных случаях обе стороны являются одновременно истцами и ответчиками, *uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet*, истец отличается от ответчика лишь тем, что он первый обратился в суд. Такие иски называются двусторонними, *actiones duplices*. Сюда относятся три отдельных иска, *iudicia divisoria* (*actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae* и *actio finium regundorum*). Источники туда же относят также *interdicta retinendae possessionis*, но

последние не всегда имеют характер двусторонних исков.

80. Исторически важные деления исков

Actiones civiles и honorariae, т. е. иски, основанные на гражданском праве, и иски, введенные магистратами, в частности, преторами и курульскими эдлами (actiones praetoriae и actiones aediliciae).

Actiones in ius и actiones in factum conceptae. Римская исковая формула во время действия формулярного процесса, как известно, состояла из двух главных частей: intentio и condemnatio. Претор говорил в ней: если будет доказано истцом такое-то право или такой-то факт: (intentio), то следует кондемпнировать ответчика (condemnatio), в противном случае следует освободить его от ответственности. Итак, интенция служила положительным условием кондемпнации. В интенции указывалось или то право, на котором истец основывал свой иск, intentio in ius concepta, или ряд фактов, при наличии которых ответчик должен быть кондемпнирован (intentio in factum concepta). Интенция первого рода обязательно содержится во всех гражданских исках, так как в основании всех их всегда лежит гражданское право, напр., квинтитское право собственности (si paret rem Auli Agerii esse ex Jure Quiritium et rel.) или какоенибудь сервитутное право (si paret jus eundi agendi esse et rel.) и т. д. Другими словами, все гражданские иски суть actiones in ius conceptae. Что же касается преторских исков (actiones honorariae), то встречались две комбинации: в одних случаях претор создавал новый иск, составлял совершенно новую формулу применительно к данному случаю, перечисляя в интенции те факты, при наличии которых дело должно быть решено в пользу истца (напр., si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse et rel.). Такая intentio называется intentio in factum concepta, а соответствующий иск - actio in factum concepta или просто actio in factum. В других случаях претор пользовался готовой гражданской формулой, лишь видоизменяя ее путем включения фикции или других оговорок (напр., si paret Lucio Titio a Dione Hermaei filli factum furtum esse, quam ob rem eum si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et rel.). Таким образом, в этих случаях intentio оставалась in ius concepta. Поэтому и соответствующие иски были actiones in ius conceptae. Итак, гражданские иски всегда были actiones in ius conceptae, а преторские иски могли быть или in ius conceptae, или in factum conceptae.

Actiones directae и utiles. Это деление исков находится в ясной связи с тем, что изложенным делением исков на actiones in ius и in factum conceptae. Именно во всех тех случаях, где претор пользовался уже готовой формулой, лишь видоизменяя ее и приспособляя ее тем самым к новым случаям, не подходившим под старую формулу, первоначальный иск называется actio directa, построенный по типу его - actio utilis. В частности, все преторские actiones in ius conceptae обязательно были actiones utiles по сравнению с теми гражданскими исками, из которых они выросли, благодаря включению в формулы последних разных оговорок. Но этим дело не ограничилось. Встречаются и utiles in factum actiones. Именно претор мог, создавая новый иск применительно к существующему уже иску, избрать прототипом не только гражданский иск, но и созданный им уже раньше преторский иск с intentio in factum concepta, видоизменяя опять-таки эту интенцию путем разных вставок и оговорок. Тогда получался новый иск, конципированный in factum и являющийся по отношению к своему прототипу utilis in factum actio.

Actiones ordinariae, extraordinariae и interdicta. Actiones ordinariae были иски, которые, после предварительного разбора in iure перед магистром, переходили на рассмотрение присяжного судьи или судебной коллегии; эта вторая стадия производства называлась производством in iudicio. Actiones extraordinariae назывались иски, которые окончательно разрешались магистратом. Это различие, имевшее важное значение при формулярном процессе, отпало вместе с падением этого процесса. Именно в позднейшем императорском праве omnia iudicia extraordinaria facta sunt. Интердикты первоначально были условные приказы претора, издаваемые в известных случаях по ходатайству одной из сторон; если

противная сторона не желала подчиниться приказу, то он не приводился непосредственно в исполнение, а служил лишь основанием для дальнейшего производства. С течением времени этот порядок испрашивания *ad hoc* приказов у претора вышел из употребления; вместо того стали прямо предъявлять иски, ссылаясь на общие формулы интердиктов, изображенные в эдикте, так назыв. *interdicti actiones* (т. е. иски, основанные на интердикте); обыкновенно эти иски называются просто интердиктами.

Actiones stricti iuris et bonae fidei. Иски, возникающие из договорных обязательств, делились у римлян на *actiones stricti iuris* и *bonae fidei*. Это различие объясняется тем, что в одних случаях судья, при обсуждении обстоятельств дела, должен был строго держаться буквального смысла договора, а в других - допускалась более свободная оценка договорного отношения применительно к требованиям справедливости. В современном праве это различие утратило всякое практическое значение, так как теперь во всех случаях применяется оценка *ex fide bona*.

Особую разновидность исков представляли собою *actiones arbitrariae*. К числу таких исков относился ряд вещных и личных исков, направленных *ad restituendum* и *ad exhibendum*. Причина, по которой эти иски носили характер *actiones arbitrariae*, заключалась в том, что в классическом римском праве получил безусловное господство принцип: *omnis condemnatio rescissoria esse debet*. Для истца этот принцип был связан с большими неудобствами, раз требование его было направлено не на денежную сумму, а, напр., на выдачу или передачу или предъявление какой-нибудь вещи. И вот в видах смягчения неудобств, связанных с *rescissoria condemnatio*, для указанных выше случаев складывается такое начало: судья, убедившись в правоте истца, до постановления окончательного решения по делу произносит так назыв. *pronuntiatio*, т. е. предлагает ответчику непосредственно удовлетворить истца выдачею или предъявлением искомой вещи, и лишь в том случае, если ответчик не подчиняется этому предложению, он присуждает его к уплате соответствующей суммы денег, причем, по общему правилу, допускается невыгодная для ответчика оценка убытка истца. *Actiones arbitrariae* тоже утратили в настоящее время практическое значение, так как теперь всякое судебное решение обязывает ответчика к исполнению непосредственного требования истца и подлежит, поскольку это возможно, принудительному осуществлению.

Actiones privatae и *populares*. В некоторых случаях римское право разрешало всякому гражданину, в качестве представителя всего общества, предъявлять иск против лица, нарушившего какое-нибудь постановление закона или эдикта, изданного в защиту общественных интересов. Это - так назыв. *actiones populares*, в противоположность которым остальные иски назывались *actiones privatae*. В настоящее время *actiones populares* более не встречаются.

81. О возражениях и опровержениях*(107)

Понятие возражения. Ответчик может защищаться трояким образом против предъявленного к нему иска: а) он отрицает те факты, на которых, якобы, основано право истца; доказать в таком случае наличие этих фактов составляет обязанность истца; б) он приводит другие факты, из которых явствует, что право, несмотря на приведенные истцом факты, не могло возникнуть или должно было прекратиться, так что, во всяком случае ко времени предъявления иска, это право уже не существует; *onus probandi* в таких случаях падает на ответчика; в) наконец, ответчик, не отрицая самого права истца, противопоставляет этому праву такое обстоятельство, которое, раз на него будет сделана ссылка, парализует судебное осуществление права истца навсегда или на время, напр., иску о собственности ответчик противопоставляет свое право usufructa на спорную вещь, или иску об исполнении договора он противопоставляет ссылку на обманный образ действия истца, допущенный им при заключении договора; в первом случае ответчик ссылается на самостоятельное встречное право, во втором - на известный факт; и в этих случаях *onus probandi* падает на ответчика. Ссылка ответчика на такое обстоятельство, парализующее судебное осуществление права истца, называется возражением, *exceptio* в тесном или материальном

смысле. Итак, возражение в материальном смысле есть права ответчика отклонить иск истца временно или навсегда путем ссылки на обстоятельство, способное парализовать осуществление этого права. *Exceptio* в широком или процессуальном смысле обнимает не только случаи третьей, но и второй категории, т. е. вообще все случаи, в которых *onus probandi* лежит на ответчике. В дальнейшем мы будем говорить только об эксцепциях в материальном смысле.

Историческое и догматическое значение эксцепций. *Exceptiones* играли важную роль в истории римского права, в качестве средств борьбы претора против ригоризма гражданского права. Во время господства формулярного процесса они выделялись и внешним образом, образуя собою составную часть формулы, которая включалась по ходатайству ответчика. С падением формулярного процесса эта внешняя отличимость эксцепций отпала. Последнее обстоятельство в связи с уничтожением различия между гражданским и преторским правом побудило некоторых ученых (особенно Ленея) высказать мысль, что в современном праве не существует больше эксцепций в материальном смысле. Другими словами, эти ученые утверждают, что уже не существует таких возражений, которые не уничтожают права истца, а только препятствуют его осуществлению. С этим нельзя, однако, согласиться. *Exceptio* в материальном смысле имеет не только историческое, но и догматическое значение. И в современном праве необходимо отличать случаи, в которых истец не обладает вовсе тем правом, на котором он основывает свой иск, от случаев, когда он имеет это право, но не в состоянии осуществлять его судебным порядком ввиду существования права возражения ответчика. Практически это различие сказывается в следующем: раз суд убедится в том, что данное право не существует, он обязан отказать истцу в иске, хотя бы ответчик вовсе не защищался. Так, напр., суд должен поступить в том случае, когда он усмотрит из объяснений самого истца, что по предъявленному ко взысканию требованию уже была произведена уплата.

Напротив, предъявление возражения в материальном смысле против иска истца составляет право ответчика. Раз он не желает воспользоваться этим правом своим, суд *ex officio* не может возбуждать вопроса о том, не следует ли отказать истцу в иске ввиду того, что иска могло быть предъявлено возражение. Так, напр., ответчик может располагать встречным требованием против требования истца, которое могло бы быть предъявлено им к зачету. Но, раз он этого не желает сделать, суд *ex officio* не может произвести зачета, хотя бы он и знал о существовании встречного требования, а должен присудить ответчика к уплате по иску истца. *Replicatio*, *duplicatio* и т. д. Возражению ответчика может быть противопоставлено опровержение - *replicatio* со стороны истца; репликации истца может быть противопоставлено в свою очередь *duplicatio* ответчика и т. д.

Основания и виды эксцепций. Возражения могут быть основаны на постановлениях материального права (напр., *exceptio impensarum* против виндикации) или процесса (напр., отвод о неподсудности дела). В частности, различают: а) постоянные и временные возражения, *exceptiones peremptoriae* (или *perpetuae*) и *exceptiones dilatoriae* (или *temporales*): первые навсегда разрушают право истца, если только ответчик пожелает предъявить такую *exceptio*, вторые лишь отсрочивают возможность судебного осуществления его; б) *exceptiones rei cohaerentes* и *personae cohaerentes*; *exceptio* первого рода так связано с данным иском, что может быть предъявлено всяким, против кого будет предъявлен этот иск; *exceptio personae cohaerens* составляет исключение; оно может быть предъявлено только определенным лицом. С другой стороны, различаются *exceptiones in rem*, которые могут быть противопоставлены всякому лицу, предъявляющему данный иск, и *exceptiones in personam*, которые могут быть противопоставлены только определенным лицам. Весьма распространенной эксцепцией была *exceptio doli*. Надо различать *exceptio doli generalis* и *exceptio doli specialis*. Первое заключается в общем утверждении, что по обстоятельствам дела истец в данную минуту неправильно предъявляет свой иск; за ним, следовательно, могут скрываться самые разнообразные специальные возражения. *Exceptio doli specialis* состоит в ссылке на обманный образ действий истца.

82. Прекращение исков и эксцепций

Римские юристы отличали прекращение права от прекращения исков. Практически это различие сказывается в том, что прекращение права в материальном смысле всегда ведет к прекращению связанных с ним исков, но не наоборот. Прекращение иска не всегда влечет за собою полное прекращение охраняемого им материального права. Важнейшие самостоятельные основания прекращения исков суть следующие.

1. Смерть истца или ответчика. Смерть истца или ответчика, по общему правилу, не ведет к прекращению иска. Напротив, что касается имущественных исков, то общее правило гласит: *actiones heredi et in heredem competunt*. Из этого правила допускается, однако, двоякого рода исключение. С одной стороны, со смертью истца прекращаются некоторые иски, которые имеют целью доставить лицу имущественное удовлетворение за понесенное им личное оскорбление, так назыв. *actiones vindictam spirantes*. Сюда относятся *actio injuriarum*, иск о возврате дара *propter ingratitudinem* одаренного лица, *querella inficiosi testamenti* и нек. др. С другой стороны, со смертью ответчика прекращаются штрафные иски *ex delicto*, ибо *heres in poenam non succedit*. Чистое римское право шло еще дальше. Именно оно постановило, что даже в тех пределах, в которых иск *ex delicto* направлен не на уплату штрафа, а на возмещение причиненного истцу убытка, наследники виновного отвечают только *quatenus ad eos pervenit tempore aditae hereditatis* (т. е. они отвечают только в пределах обогащения наследственной массы). Каноническое право заменило этот принцип как раз противоположным, признав, что поскольку иск *ex delicto* преследует вознаграждение за причиненный вред, наследники виновного отвечают *iuxta facultates suas*, т. е. даже собственным имуществом. Современная практика несколько смягчила принцип канонического права. Она признает, что наследники виновного должны отвечать только *iuxta facultates hereditatis*, т. е. только в пределах наследственной массы. Впрочем, во всех разобранных случаях предполагают, что смерть истца или ответчика наступила до предъявления иска и совершения литисконтестации. Если смерть наступила позднее, то иск сохраняет свою силу, т. е. может быть доведен до конца наследниками истца или против наследников ответчика. Что касается эксцепций, то и они прекращаются лишь в виде исключения со смертью управомоченного лица, именно одни только *exceptiones personae cohaerentes* и *in personam*.

II. В случае конкуренции исков. Несколько исков могут преследовать вполне или отчасти тождественный объективный результат, напр., возврат вещи или вознаграждение за убыток. В таком случае, поскольку этот результат достигнут при помощи одного из конкурирующих исков, остальные иски отпадают согласно правилу: *bona fides non potitur ut bis idem exigatur*, но если путем первого иска получено не все, чего может требовать истец, то остальные иски могут быть направлены на взыскание недополученного, напр., вещь украдена, - собственник может предъявить против вора *rei vindicatio* и *condictio furtiva*, поскольку он получил удовлетворение посредством первого иска, отпадает второй. От тождества объективного результата нескольких исков необходимо отличать тождество заинтересованных лиц, напр., одно лицо имеет несколько долговых требований против другого лица, равно тождество основания возникновения нескольких исков, напр., из факта кражи вещи для собственника возникает *actio furti*, направленная на взыскание штрафа, и *condictio furtiva*, направленная на возмещение убытка. В таких случаях, само по себе, ни о какой коллизии речи быть не может. Итак, по общему правилу, один иск исключает другой в том случае только, если оба иска преследуют один и тот же объективный результат. Раз, два или несколько исков, которые могут быть предъявлены одним лицом против другого, расходятся в этом отношении между собою, они, по общему правилу, не исключают друг друга. Однако из этого последнего правила допускаются и исключения, именно, в ряде случаев лицо имеет только право выбора между несколькими исками, хотя бы каждый из них преследовал иной результат, чем остальные, так что предъявление одного из этих исков исключает возможность предъявить другие; напр., если покупатель откроет какой-нибудь скрытый недостаток у купленной вещи, он может предъявить к продавцу либо *actio redhibitoria*, при помощи которой он может

добиться расторжения договора, либо *actio quanti minoris*, на основании которой он может требовать понижения покупной платы; но предъявление одного иска исключает возможность предъявить другой. Такую конкуренцию исков, преследующих различные цели, называют альтернативной. В противоположность ей конкуренция исков, преследующих одну и ту же цель, называется элективной.

83. III. Прекращение исков вследствие истечения исковой давности.

Понятие и история*(108)

Сущность исковой давности состоит в прекращении права иска благодаря непредъявлению его в течение установленного законом срока. В древнем римском праве гражданские иски не подлежали действию исковой давности; они в полном смысле слова были *actiones perpetuae*; наоборот, для большинства преторских исков и для всех эдильских исков была установлена краткосрочная исковая давность; эти иски назывались *actiones temporales*.

С течением времени действие исковой давности было распространено и на некоторые гражданские иски. Наконец, Император Феодосий II в 424 г. установил для всех почти исков, для которых не существовало более короткого давностного срока, 30-летнюю исковую давность, *praescriptio triginta annorum*; исключения из этого общего правила были очень немногочисленны. Это постановление с некоторыми позднейшими модификациями перешло и в юстиниановское право. Оно удержалось и в современном римском праве. Итак нормальный срок исковой давности - 30-летний. Наряду с ним для целого ряда исков существовали более короткие сроки исковой давности. Для некоторых же исков установлены и более продолжительные сроки, в особенности 40-летний срок. Иски, подлежащие действию 30-летней и еще более продолжительной давности, называются *actiones perpetuae*, в противоположность им остальные иски называются *temporales*. Не подлежат вовсе действию исковой давности отдельные иски, поскольку они направлены на прекращение существующей общности имущественных отношений или на устранение спора о пограничных межах. Действие исковой давности не может быть исключено по предварительному взаимному соглашению заинтересованных лиц.

84. Условия исковой давности*(109)

Момент, с которого начинается течение исковой давности. Течение исковой давности начинается с того момента, когда *actio nata est*, т. е. когда имеются налицо все условия для предъявления иска. В частности, для вещных исков начальным моментом считается тот момент, когда противная сторона стала вразрез с правом данного лица, напр., относительно иска о собственности - момент, с которого лицо владеет вещью помимо воли собственника; для личных исков начальным моментом считается тот, когда наступило время исполнения требования*(110). Следовательно, пока нельзя предъявить иск об исполнении, будь это ввиду ненаступления срока или условия, или ввиду отсутствия других предположений, не может начаться течение исковой давности.

Срок и конечный момент исковой давности. Срок исковой давности истекает с последним моментом последнего календарного дня течения этой давности; первым днем считается тот, в который впервые может быть предъявлен иск. Нормальный срок исковой давности обнимает непрерывный промежуток времени, *tempus continuum*, в 30 лет. Из этого правила допускается ряд исключений, а именно: с одной стороны, для некоторых исков установлен более продолжительный срок давности, так, например, для *actio hypothecaria*, по общему правилу, существует 40-летний давностный срок. С другой стороны, для блага ряда исков установлен более краткий давностный срок, например, для исков о правоспособности умерших - 5-летний срок, для ряда преторских штрафных исков - *annus utilis* и т. д. *Bona fides*. Знание эвентуального ответчика о том, что против него может быть предъявлен иск, т. е. *mala fides*, по римскому праву не препятствовало течению исковой давности. Но

каноническое право постановило, что *mala fides* лица, владеющего чужой вещью, составляет препятствие для течения исковой давности по всем вещным и личным искам, направленным на возврат вещи (напр., *rei vindicatio*, *actio depositi* и т. д.). Что же касается личных исков, преследующих другие цели, то для них по-прежнему не требуется *bona fides* со стороны эвентуального ответчика (напр., иск о возврате недолжно полученного, иск об уплате займа, и т. п.).

85. Препятствия для истечения исковой давности

Необходимо различать две категории таких препятствий: в одних случаях течение исковой давности приостанавливается, в других случаях оно прерывается. Течение исковой давности приостанавливается, *praescriptio dormit*: а) во время малолетства управомоченного лица; б) за время несовершеннолетия его, поскольку давностный срок меньше 30 лет; с) пока существуют известные юридические препятствия, которые временно исключают возможность предъявлять иск: *agere non valenti non currit praescriptio*; это установлено, напр., относительно исков против жены, касающихся дotalьного ее имущества, пока она состоит в браке; д) пока существуют известные фактические препятствия для предъявления иска, напр., *tempus hostilitatis* - военные действия. К числу этих фактических препятствий не относится простое незнание управомоченного лица о существовании права иска; таковое само по себе не служит препятствием для течения исковой давности. Во всех этих случаях с отпадением препятствия начинается или продолжается течение исковой давности. Течение исковой давности прерывается, *interruptio temporis*, т. е. все истекшее время не принимается в расчет, и счет давности может быть начат только снова: а) в случае предъявления иска пред компетентным судом или пред избранным третейским судьей; если иск не будет доведен до конца, то с момента последнего процессуального действия берет свое начало новый давностный срок в 40 лет; б) такое же действие имеет заявление протеста пред судом или местным начальством, или пред тремя свидетелями, в тех случаях, где формальное предъявление иска по обстоятельствам дела представляется невозможным или неудобным; с) наконец, всякое признание права со стороны обязанного лица превышает исковую давность; сюда относятся, напр., производство платежей в счет долга, замена прежнего долгового документа новым, уплата % и т. д.

86. Последствия истечения исковой давности*(111)

По истечении срока исковой давности ответчик приобретает особое вознаграждение против истца, так назыв. *praescriptio* или *exceptio temporis*, как-то: *triginta annorum praescriptio* или *annalis praescriptio* и т. д. Прекращение иска в данном случае само по себе не влечет за собою прекращение права, лежащего в основании иска. Это положение не оспаривается, поскольку речь идет о вещных исках; в частности, утрата виндикации вследствие истечения срока исковой давности не прекращает права собственности, если только владелец со своей стороны не успел сделаться собственником *ex jure usucapionis*. Правда, и в первом случае, пока владелец продолжает владеть вещью, собственник против него бессилен. Но если владелец утратит владение против своей воли, напр., если вещь у него будет украдена, к собственнику возвращается полное право собственности, т. е. он может предъявить против вора виндикацию. Что касается личных исков, то вопрос о влиянии истечения исковой давности на обязательственное требование, лежащее в основании иска, представляется очень спорным. По мнению одних, самое обязательственное требование в таком случае прекращается; по мнению других, сохраняется натуральное обязательство. Это мнение более правильное. Другой вопрос, в какой мере подлежат прекращению давностью эксцепции? Общее правило таково, что эксцепции не прекращаются давностью, так как предъявление их не зависит от усмотрения заинтересованного лица, а обуславливается предъявлением иска противной стороны. Но существуют и исключения из общего правила.

87. Начало процесса

С началом процесса связан ряд весьма важных постановлений, касающихся самой сущности и объема спорного правоотношения. Эти постановления имеют в виду оградить интересы обеих сторон, в особенности истца. В частности: а) право истца, лежащее в основании его иска, к этому времени должно быть налицо, т. е. тот, кто предъявляет виндикацию, должен быть собственником, кто предъявляет *actio hypothecaria*, должен быть кредитором по залогу и т. д. В противном случае ему отказывается в иске, хотя бы он впоследствии и приобрел соответствующее право. б) Ответчик не только обязан все те выгоды, которые он извлек за все время производства дела благодаря тому, что удовлетворение истца, ввиду необходимости предварительного разбора дела, затянулось, но, сверх того, обязан вознаградить истца за весь постигший его за это время убыток и за всю ускользнувшую выгоду, поскольку то и другое произошло по его вине. Недобросовестный ответчик, сверх того, отвечает и за случайный убыток, постигший истца за время производства дела, если бы таковой убыток в случае немедленного удовлетворения истца мог быть избегнут. Добросовестный ответчик ни в каком случае не отвечает за такой случайный убыток. в) Процесс прерывает течение исковой давности по иску. г) В тех случаях, где иск может быть вчинен только самим управомоченным лицом, но не наследниками его, или только против, наследников его, это ограничение с начального момента процесса отпадает (ср. 82), т. е. с этого момента такой иск на общем основании переходит *ad heredes* и *in heredes*. д) С начальным моментом процесса отчуждение вещи, составляющей объект спора (*res litigiosa*), и цессия вчиненного иска (*actio litigiosa*), по общему правилу, возбраняются.

В юстиниановском праве большинство этих последствий было связано с моментом литисконтестации, - который совпадал с первым заявлением ответчика, направленным против иска истца. Однако некоторые последствия были связаны уже с самим вчинением иска, другие - с сообщением о нем (*insinuatio*). В современном праве господствующее мнение склоняется к тому, чтобы связать большинство последствий с моментом инсинуации: некоторые последствия связаны с самим вчинением иска.

88. О доказательствах

Решение дела зависит от оценки правильности тех данных, на которых основываются требования сторон. Эти данные должны быть доказаны на суде. В частности: а) доказывать приходится всегда только факты, ибо *jura novit curia*; б) факты должны быть существенны; т. е. от наличности или отсутствия их должно зависеть решение дела в том или ином смысле; в) факты должны быть неизвестны, т. е. никто не обязан доказывать общеизвестные факты, равно такие факты, которые по закону не могут быть оспорены, так называемые *praesumptiones juris et de jure*; г) факты должны быть спорные; действительно, раз данный факт или ряд фактов признан противной стороной, он считается бесспорным.

Та сторона, которая ссылается на данный факт в подтверждение своей правоты, обязана доказать этот факт (так назыв. *onus probandi*). В частности, истец обязан доказать положительные и отрицательные факты, на которых основывается его иск, ответчик - те факты, на которых основываются его возражения и т. д. Но при этом достаточно доказать те фактические данные, которые при нормальных условиях создают право или возражение. Другими словами, если противная сторона ссылается на особые препятствия, в силу которых в данном частном случае право или возражение не могло возникнуть, или на такие данные, в силу которых право прекратилось, то она и должна представить доказательства в подтверждение таких заявлений. То же следует сказать относительно таких данных, которые по закону принимаются на веру, доколе противное не будет доказано (так назыв. *praesumptio juris*), как-то: *bona fides*.

Важнейшими доказательствами служат письменные документы, показания свидетелей и присяга. Присяга имеет не только процессуальное, но и материальное значение. Именно в известных случаях предоставляется истцу самому оценить под присягой размер причитающегося ему со стороны ответчика вознаграждения за убыток. Такая оценочная присяга, *jus jurandum in litem*, допускается преимущественно при исках, направленных *ad restituendum* или *exhibendum*, в случае неповиновения (*contumacia*), или *dolus*, или *culpa lata* со стороны ответчика. Впрочем, в виде исключения такая присяга допускается и в других случаях, если невозможно определить размер убытка иным путем. Сам судья предлагает истцу принести оценочную присягу, он же может заранее указать максимальный предел, свыше которого убыток не должен быть оценен истцом, или же понизить впоследствии показанный истцом размер убытка. Особый вид оценочной присяги составляет так называемая *jus jurandum Zenonianum* для определения размера убытка, причиненного насильственным лишением владения; эта присяга допускается только при отсутствии всяких иных доказательств, и при ней всегда должен быть указан максимальный предел для оценки.

89. О судебном решении

Вступивши в законную силу, судебное решение прекращает возникший между сторонами спор и исключает вторичный разбор того же дела по существу. *Res judicata pro veritate accipitur*, говорят источники, стороны должны беспрекословно подчиниться решению суда.

Если ответчик присужден к исполнению чего-либо в пользу истца, то истец мог предъявить *actio iudicati*, на основании которого он требовал исполнения, ссылаясь исключительно на судебное решение; в современном праве вместо предъявления *actio iudicati* он непосредственно просит о выдаче ему исполнительного листа.

Если истцу отказано в иске, то в случае вторичного предъявления иска ответчик может противопоставить истцу *exceptio rei iudicatae*, впрочем, область действия этой эксцепции не ограничивается указанным случаем. Она применима вообще, *quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur*. При этом делалось различие между вещными и личными исками. Что касается личных исков, то нельзя требовать *idem ex eadem causa*, но можно требовать *ex alia causa*; напр., истец, который заявил, что ответчик должен ему *ex donato* лошадь или дом и т. п. и получил отказ, может предъявить новый иск, утверждая, что ответчик должен ему тот же объект *ex emto*. Что касается вещных исков, то вообще нельзя требовать *idem* хотя бы *ex alia causa*, так как вещные иски были направлены на признание за истцом данного права без указания специального основания приобретения; вследствие этого во время производства можно было ссылаться на всевозможные основания приобретения спорного права, напр., истец мог заявить, что он приобрел спорную вещь *ex emto*, *ex donato*, *ex legato* и т. д., но зато после отказа в иске нельзя было предъявить тот же иск, ссылаясь на какое-нибудь такое основание приобретения, которое не было упомянуто во время первого процесса. Из этого правила допускаются два исключения: прежде всего, когда основание приобретения, на которое ссылается истец, возникло позже, после постановления судебного решения по прежнему делу; затем - когда первый иск был предъявлен с указанием специального основания приобретения данного права (*expressa causa*). В современном праве это различие утратило свое значение; вещные иски подчинены тем же началам, как и личные, т. е. можно всегда возобновить тот же вещный иск, если будет указана *alia causa*.

Сила судебного решения распространяется только на стороны и их правопреемников (или вообще тех лиц, которые выводят свое право из такого права стороны, по которому состоялось судебное решение). Лишь в виде исключения она распространяется и на других лиц; так, напр., судебное решение по некоторым искам о состоянии имеет такое абсолютное значение.

90. In integrum restitutio

Под *in integrum restitutio* в обширном смысле понимают всякое восстановление прежнего положения вещей; таковое может наступить прежде всего по добровольному соглашению заинтересованных лиц, напр., стороны, заключившие договор купли-продажи, добровольно решаются расторгнуть этот договор и обязываются возратить друг другу купленную вещь и плату за нее. Бывают также случаи, в которых одно лицо может требовать от другого восстановления прежнего положения вещей в порядке обыкновенного суда; сюда относятся, напр., *actio redhibitoria* (при купле-продаже). Далее, такое восстановление *status quo* может наступить *ipso jure* (напр., в случае передачи вещи в собственность под резолютивным условием - с момента наступления такого условия). *In integrum restitutio* или *integri restitutio* в тесном смысле имеет значение чрезвычайного средства судебной защиты; суд в силу предоставленной ему дискреционной власти, вопреки строгому праву, постановляет определение о восстановлении прежнего правового состояния, руководствуясь соображениями высшей справедливости. *In integrum restitutio* было выработано претором. Оно служило одним из средств борьбы его против формализма гражданского права. С течением времени для целого ряда случаев, где *in integrum restitutio* первоначально служило единственным средством защиты потерпевшего лица, наряду с ним возникли иски и экцепции общего типа, которые на практике вытеснили его. Так, напр., в случае обмана или насилия первоначально приходилось прибегать к *in integrum restitutio*, впоследствии возникли *actio* и *exceptio doli* и *quod metus causa*. Независимо от этого с течением времени сложились известные ограничительные нормы, регулирующие ближе условия и порядок *in integrum restitutionis*, которое вследствие этого все более стало приближаться к типу обыкновенных средств судебной защиты и утратило свое прежнее важное значение. В современном праве сохранились очень немногие случаи, в которых допускается *in integrum restitutio* в тесном смысле. Такой ход развития вполне естественен; чем более разработана и закончена данная правовая система, тем менее встречается нужды в чрезвычайных средствах судебной защиты.

91. Предположения *in integrum restitutionis*

In integrum restitutio предполагает наличие трех условий: известный вред, - *laesio*, признанное законом основание для реституции и своевременное предъявление реституционного ходатайства.

Что касается первого условия, то вред должен быть такого рода, что не может быть устранен путем обыкновенных средств судебной защиты. Невыгодное для лица изменение прежнего *status* может явиться результатом или положительных действий (в особенности юридических сделок), или упущений; если изменение наступило благодаря простой случайности, *casus*, то реституция не имеет места. Вредом считается не только прямой убыток, *damnum*, но и ускользнувшая выгода. Впрочем, реституция не допускается, если вред, постигший лицо, был вызван пропуском срока 30- или 40-летней исковой давности, или если вред этот был вызван деликтом самого просителя, или был лишь незначителен, а также в некоторых других случаях.

Основания для реституции: а) несовершеннолетние, *minor aetas*; *restitutio propter minorem aetatem* дается всякому несовершеннолетнему, который понес непоправимый иным путем убыток вследствие действий или упущений, совершенных или допущенных им самим или его представителем. Эта привилегия несовершеннолетних по закону была распространена на общины, церкви и благотворительные учреждения, а практика распространила ее и на все корпорации и фиск; б) отсутствие лица и другие препятствия: отсутствие лица может помешать ему своевременно принять меры, необходимые для предотвращения какой-нибудь имущественной невыгоды; при известных условиях такое отсутствие представляется достаточным основанием для реституции; такое же значение может иметь ряд других препятствий, как то: болезнь, арест, отсутствие противной стороны и т. д.; преторский эдикт перечисляет ряд таких препятствий, заключая этот перечень общей оговоркой: *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restitutum* (так назыв.

restitutio ex clausula generali); итак по общему смыслу эдикта, реституция может иметь место во всех тех случаях, когда кто-либо потерпел вред вследствие того, что, по не зависящим от него причинам не мог осуществить своего права или принять меры, необходимые для предотвращения вреда; в реституции, между прочим, может быть отказано, когда отсутствующий по нерадению не назначил представителя; с) насилие, обман и заблуждение; в числе оснований реституции особо указывают *vis*, *dolus* и *error*, но насилие и обман порождают самостоятельные иски и возражения, *actio* и *exceptio doli* и *quod metus causa*; вследствие этого существует спор о том, сохранилась ли в современном праве наряду с последними и *restitutio propter metum* и *dolum*. Что касается заблуждения, то принимается во внимание, конечно, один только *error probabilis*; заблуждение может послужить основанием для реституции преимущественно в процессуальном отношении, напр., в случае пропуска срока апелляции и т. д.

Наконец, требуется своевременное предъявление ходатайства о реституции со стороны потерпевшего лица. Срок для предъявления таких ходатайств первоначально был *annus utilis*. Юстиниан заменил его непрерывным сроком в 4 года. Начальным моментом срока считается: а) при *restitutio propter minorem aetatem* - день достижения совершеннолетия; б) при *restitutio propter absentiam et aliam justam causam* - тот день, в который данное препятствие отпало; с) при *restitutio propter errorem, metum* и *dolum* - тот день, когда прекратилось воздействие этих стимулов на лицо; д) при реституции церковей, благотворительных учреждений и общин - день, в который их постигла *laesio* - вред. Право ходатайствовать о реституции переходит и на наследников первоначально потерпевшего лица. Юстиниан определил, что не только подача ходатайства о реституции, но и разбор этого ходатайства должен быть окончен в 4-летний срок. Практика, однако, не соблюдает последнего требования.

92. Реституционное производство

Стороны. Просителем (импетрантом) является сам потерпевший или его наследник, или лицо, которому цедировано право просить о реституции. Решение вопроса о том, кто является противной стороной (импетратом), зависит от характера реституционного ходатайства. Если должно быть восстановлено отношение вещного характера, то и реституционный иск принимает вещный характер, напр., лицо утратило право собственности вследствие истечения срока приобретательной давности и подает реституционное прошение; в таком случае ответчиком является всякий наличный владелец вещи. Если же вопрос касается обязательственного отношения, то и реституционный иск имеет личный характер, и лишь в виде исключения отвечают и третьи лица, к которым перешло то благо, которого лишился проситель.

Производство. Прежде всего необходимо констатировать, имеются ли налицо те предположения, при наличии которых допускается реституция. Если они налицо, то постановляется определение об уничтожении существующего и восстановлении прежнего правового состояния (*judicium rescindens*). В тех случаях, когда таким путем восстановлено утраченное право иска, может быть начат новый процесс, в котором восстановленный иск рассматривается по существу (*judicium rescissorium*). Оба эти процесса в настоящее время обыкновенно соединяются в один.

93. Последствия реституции

Цель реституции состоит в восстановлении того положения вещей, которое существовало до того времени, когда лицо потерпело *laesionem*. Поэтому если *laesio* состояло в утрате права за пропуском срока, то восстанавливается срок; если лицо приняло на себя какие-нибудь обязанности, то оно освобождается от них. Если оно лишилось какой-нибудь вещи, то она должна быть возвращена ему, и т. д.

С другой стороны, и противная сторона должна быть восстановлена в своих правах и,

во всяком случае, проситель не должен извлечь никакой выгоды из реституции как таковой.

Особенная часть. Вещное право

94. Общий обзор

Вещные права обыкновенно определяются как такие права, которые доставляют лицу непосредственное господство, непосредственную власть над вещью. Это определение не дает представления о внутреннем содержании вещных прав. Всякое вещное право дает более или менее широкую возможность пользоваться или распоряжаться вещью, защищенную против вмешательства всякого третьего лица. Наиболее полную возможность пользоваться и распоряжаться вещью дает право собственности в своем чистом виде, т. е. без всякого ограничения. Ему противопоставляются все остальные вещные права в качестве так назыв. *iura in re aliena*, вещных прав на чужую вещь. Очень близко к праву собственности подходят *emphyteusis* и *superficies*, которые также дают весьма широкую возможность не только пользоваться, но и распоряжаться чужою вещью как своею. Одну возможность пользоваться вещью без права распоряжения ею и, в частности, без права отчуждения ее дают сервитуты; границы пользования при различных сервитутах очень различны; они наиболее широки при узуфрукте, наиболее узки при реальных сервитутах. Наконец, одну возможность распоряжаться вещью в смысле условного права возмездного отчуждения ее дает залоговое право (право пользоваться заложенной вещью принадлежит кредитору по залогу лишь в исключительных случаях).

Необходимо заметить, что наряду с вещными существуют и личные права пользования и даже распоряжения чужою вещью. Так, напр., договор найма вещей или договор коммодата предоставляет нанимателю или коммодатарию возможность пользоваться чужою вещью; так, по договору мандата, нередко мандатарию предоставляется право отчуждения вещей своего манданта в качестве представителя последнего.

Основное отличие вещных прав пользования и распоряжения от таковых же личных заключается, однако, в том, что: а) вещные права не могут быть прекращены на основании одностороннего распорядительного акта установителя права (*auctor'a*); напр., если А установил право прохода чрез свое имение в пользу В и затем продает свой участок лицу С, то право В вследствие этого не прекращается, он может осуществлять его и при новом собственнике; б) напротив, личные права пользования и распоряжения именно могут быть прекращены таким путем; напр., если А отдал свой участок в аренду В и потом продает его без всяких оговорок лицу С, то В может быть изгнан новым собственником, так как, вследствие отчуждения участка, его право пользования прекратилось, и он сохраняет только иск об убытках против А; или если А поручил В продать свою вещь в качестве представителя, он всегда волен уничтожить доверенность и тем прекратить предоставленное лицу В право отчуждения чужой вещи.

В отделе вещных прав большинством ученых рассматривается и владение. Впрочем, некоторые ученые, как, напр., Барон, выделяют его в особый отдел, другие рассматривают его в общей части.

Глава I. Владение. Общие положения

Литература: Savigny. *Das Recht des Besitzes*, 7 изд. Рудольфа 1865 г.; Bruns. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und der Gegenwart*, 1848 г.; его же. *Das Besitzklagen*; Randa. *Der Besitz*, 4 изд. 1895 г.; Ihering. *Über den Grund des Besitzschutzes*, 1869 г.; его же. *Besitzwille* 1889 г.; Becker. *Das Recht des Besitzes bei den Romen*, 1880 г. Pininski. *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*, 1885.

95. Понятие и общая характеристика владения

Термин "владение" далеко не всегда употребляется в одном и том же смысле. Отсюда возник целый ряд недоразумений и споров; для устранения их необходимо уяснить себе ближе, в каких смыслах употребляется это выражение и каково соотношение между ними. Дело в том, что необходимо строго различать владение в экономическом и владение в юридическом смысле.

Владение в экономическом смысле есть фактическая возможность беспрепятственно пользоваться вещью согласно ее назначению, соединенная с желанием удержать за собою эту возможность. Владение в этом смысле слагается из двух элементов: объективного (*corpis*) и субъективного (*animus*). Другими словами, владение в экономическом смысле предполагает наличность двух условий. С одной стороны, требуется известная внешняя связь между лицом и вещью (так назыв. *corpis*); такая внешняя связь существует, пока вещь фактически входит в состав хозяйственной обстановки лица (напр., пока она находится у него на квартире, в его погребе и т. д.). Где нет этой связи или где она нарушена, нет и владения в экономическом смысле; так, напр., я непосредственно не владею своею вещью которую передал во временное пользование другому лицу. С другой стороны, требуется субъективное желание удержать за собою фактическую возможность пользоваться вещью, (так назыв. *animus*). Этим владение отличается от простого пространственного отношения близости лица к вещи. Таковое само по себе недостаточно для признания владения (напр., если я в гостях и сижу на чужом стуле, то я не владею им, ибо не имею соответствующего желания).

С другой стороны, оно не всегда необходимо (напр., я владею вещью, которую во время моего отсутствия принесли ко мне на квартиру).

Принимая во внимание, что принадлежность к составу хозяйственной обстановки лица дает вместе с тем основание предположить, что лицо желает и впредь сохранить возможность пользоваться вещью (ибо иначе оно бы выбросило вещь и т. д.), мы можем определить владение в экономическом смысле еще и так: владение в экономическом смысле есть фактическая принадлежность вещи к хозяйственной обстановке лица.

Понятное дело, что владеть вещью в экономическом смысле лицо может как на правомерном основании, так и помимо такового, так, напр., вещь, которой я владею, могла быть куплена мною или получена в дар, или на время быть уступлена мне ее собственником; с другой стороны, она могла быть украдена, насильственно отнята у ее собственника и т. д.

Другими словами, факт нахождения вещи у данного владельца сам по себе не дает еще права заключить, каким путем эта вещь досталась ему. Несмотря, однако, на последнее обстоятельство, римское право допускает самостоятельную защиту владения, независимо от вопроса о том, владеет ли лицо вещью по праву или нет (хотя, как мы ниже увидим, этой защитой не всегда пользуется непосредственный экономический владелец).

Самое допущение самостоятельной владельческой защиты объясняется следующими соображениями. Без экономического владения вещь невозможно пользование ею; нарушение владения создает препятствия и для пользования, а так как спокойное пользование необходимо в хозяйственном интересе, то желательно возможно скорейшее восстановление нарушенного владения. Между тем, если бы владелец, владение которого было нарушено или даже прекращено, мог бы добиться возврата владения только под условием выяснения своего права на вещь, которую он владел, он нередко мог бы очутиться в весьма затруднительном положении. Дело в том, что доказать право на вещь часто очень трудно. Напротив, доказать факт владения вещь можно сравнительно легко. Поясним это примером. У меня на столе лежит книга: она, очевидно, входит в состав моей хозяйственной обстановки, я владею ею в экономическом смысле. Во время моего отсутствия приходит А и берет эту книгу с собой, а когда я, узнав об этом, требую возврата ее, он мне возражает, что эта книга - его собственность, неизвестно каким образом попавшая ко мне, а потому он был вправе отнять ее у меня. Дело поступает в суд. Раз допускается самостоятельная защита экономического владения, суд потребует от меня только доказательства того, что книга действительно находилась у меня, и раз это будет доказано, обяжет моего противника возвратить мне эту книгу, не принимая вовсе его заявления о том, что спорная книга - его

собственная; если он действительно убежден в том, то пусть предъявит самостоятельный иск о собственности ко мне, впредь до разрешения которого вещь по-прежнему должна оставаться у меня. Если бы самостоятельной защиты владения не существовало, то суд, конечно, не мог бы удовлетвориться констатированием того факта, что вещь прежде находилась у меня и без моего ведома взята моим противником: он должен был бы потребовать, сверх того, от меня представления доказательств, что вещь действительно была приобретена мною на правомерном основании, напр., куплена мною или подарена мне. Очевидно, мое положение во втором случае гораздо невыгоднее, чем в первом. Доказать, что книга фактически находилась у меня, легко - достаточно сослаться на прислугу, знакомых и т. п. Гораздо труднее и хлопотливее доказать правомерное основание владения. Я, напр., мог забыть, у кого купил эту книгу, или продавец может не помнить, что он именно мне продал эту книгу; даритель, от которого я ее получил, мог умереть и т. п. Таким образом, если не допускать самостоятельной защиты владения, тот, у кого отняли вещь, часто может навсегда лишиться ее за невозможностью доказать правомерное основание приобретения ее.

Правда, допущение самостоятельной защиты владения сопряжено с тою опасностью, что наряду с правомерным владельцем может воспользоваться ею и неправомерный. Так, напр., в вышеприведенном случае книга, лежавшая у меня на столе, могла быть украдена мною, и даже у того именно лица А, которое отобрало ее у меня. Тем не менее, раз допущена самостоятельная защита владения, мне стоит только доказать, что я владел книгой, и А будет присужден к возврату ее.

Не следует, однако, преувеличивать неудобства, связанные с таким порядком вещей.

Прежде всего надо иметь в виду, что случаи неправомерного владения сравнительно редки, громадное большинство владельцев все-таки владеет на правомерном основании. А мы уже видели, насколько все они заинтересованы в допущении самостоятельной защиты владения. С другой стороны, раз данное лицо действительно владеет вещью неправомерно, противник всегда может предъявить к нему иск о праве и доказывать, что хотя ответчик и владеет вещью, но владение его незаконное, вещь по праву принадлежит ему, истцу.

Заметим, кстати, что противник может сделать это даже в том случае, если предварительно попытался самовольно отнять вещь у владельца и в порядке владельческого производства проиграл дело, т. е. был присужден к возврату вещи. Допустим, напр., что книга, лежащая у меня на столе, действительно принадлежала А. Он ее отнял у меня самовольно. Я требую возврата своего владения в порядке владельческого (посессорного) производства, и оно действительно присуждается к возврату. Но это не значит, чтобы вещь окончательно осталась за мной. Мой противник может еще предъявить ко мне иск о собственности, и раз он докажет свое право собственности на спорную вещь, она будет ему присуждена, и я, в конце концов, все-таки буду присужден к выдаче ее. Следовательно, неправомерный владелец немного выигрывает от допущения самостоятельной защиты владения. Он все-таки рискует потерять вещь, раз к нему будет предъявлен иск о праве. Другими словами, решение, состоявшееся по вопросу о том, кто должен считаться владельцем, не имеет окончательного характера, а носит только характер провизорный: проигравшие дело лица всегда имеют возможность возбудить иск о праве.

Итак, мы видим, что, с одной стороны, самостоятельная защита владения удовлетворяет весьма серьезным интересам оборота и что, с другой стороны, опасности, соединенные с подобного рода защитой ослабляются тем, что решение по владельческому спору имеет лишь провизорный характер.

Предшествующее рассуждение показало, что экономический владелец (в известных случаях) пользуется правом на самостоятельную владельческую защиту. Это право на самостоятельную защиту составляет владение в юридическом смысле. Итак, владение в юридическом смысле есть право на самостоятельную владельческую (посессорную) защиту.

В римском праве средствами защиты, к которым мог прибегнуть юридический владелец, в случае нарушения или лишения его владения, были так назыв. посессорные интердикты.

Поэтому и владение в юридическом смысле можно определить ближе, как право на

предъявление посессорных интердиктов.

Нам предстоит теперь ближе определить соотношение между владением в экономическом и владением в юридическом смысле. Тут мы прежде всего должны заметить, что не всякое экономическое владение пользуется вместе с тем самостоятельной защитой, т. е. считается и юридическим владением: напротив, бывают случаи, в которых непосредственный экономический владелец лишен такой защиты. В каких же случаях допускается самостоятельная защита непосредственного экономического владения?

Простейший случай тот, когда данное лицо, владея в экономическом смысле вещь, выдает себя за собственника ее или, как принято выражаться, имеет *animus domini*. Это вместе с тем есть, вероятно, и наиболее ранний случай, применительно к которому была допущена самостоятельная защита владения. Другими словами, первоначально только тот экономический владелец мог предъявить посессорные интердикты, который утверждал*(113), что он владеет вещь на правах собственника. Если же данный экономический владелец не приписывал себе права собственности на вещь, а признавал себя, напр., узупфруктуарием или арендатором, то он, в случае нарушения его владения третьим лицом, не мог предъявить к нему посессорных интердиктов.

С течением времени юридическими владельцами были признаны и некоторые лица, не приписывающие себе права собственности на объект владения, а признающие собственником другого, след., владеющие не *suo nomine*, а *alieno nomine**(114). Сюда относится прежде всего: а) тот, кто есть или считается кредитором по залогу; б) тот, кто есть или считается прекаристом, т. е. лицом, которое получило вещь во владение от третьего лица *precario*, до востребования; в) тот, кто есть или считается секвестром, т. е. лицом, которое получило спорную вещь на хранение впредь до разрешения спора о ней; д) тот, кто есть или считается *emphyteuta*, т. е. лицом, имеющим вещное наследственное и отчуждаемое право пользования и распоряжения чужим земельным участком, или кто есть или считается суперфициарием, имеющим такое же право на здание, построенное на чужой земле. Все эти лица называются юридическими владельцами, *possessores*, владение их называется *possessio rei*. Все остальные лица, владеющие вещь *alieno nomine*, как, напр., арендаторы или наниматели; или коммодатарии (получившие вещь во временное безвозмездное пользование), или депозитарии (получившие вещь на хранение) и т. д., по общему правилу, не пользовались самостоятельной владельческой защитой. Следовательно, если я, напр., снял чужой участок по арендному договору и третье лицо насильственно лишит меня участка, я не могу предъявить к этому лицу *interdictum unde vi* и требовать от него возврата экономического владения, ибо я не принадлежу к числу тех лиц, которые имеют права на посессорную защиту. Такие лица, лишенные самостоятельной владельческой защиты, назывались *datentores*, держателями, в противоположность юридическим владельцам, *possessores*, их отношение к вещи называлось *detentio*, держанием, в противоположность юридическому владению, *possessio*.

С другой стороны, во всех тех случаях, в которых данный экономический владелец признавался простым детентором, юридическим владельцем считался тот, от имени которого держал вещь детентор. Другими словами, посессорная защита имела место и в таких случаях, но только пользоваться ею мог не сам экономический владелец, а то лицо, от имени которого он держал вещь. Напр., если я арендовал участок у лица А и меня выгнал из него В, я не мог сам предъявить *interdictum unde vi* против нарушителя, но я должен был известить о случившемся А (от имени которого я держал участок), и А уже мог предъявить интердикт против В. Особенность этого случая заключается в том, что А должен доказать не факт непосредственного владения им вещь, а тот факт, что от его имени держу вещь я.

Итак, в указанных случаях имело место полное разобщение между владением в экономическом и владением в юридическом смысле: одно лицо экономически владеет вещь, но лишено права на посессорную защиту, а другое лицо (от имени которого первое держит вещь) пользуется правом на посессорную защиту, хотя экономически и не владеет вещь.

Такое положение при известных условиях могло оказаться крайне невыгодным для детентора, напр., в случае отсутствия лица, от имени которого он держал вещь. Тут могло пройти довольно продолжительное время между лишением детентора экономического владения и восстановлением такового по требованию посессора, от имени которого он держал вещь.

По-видимому, из этого затруднения можно бы было выйти совсем просто: стоило только предоставить самостоятельную владельческую защиту как непосредственному экономическому владельцу (детентору), так и тому, от имени которого он держал вещь. Положим, напр., что А арендует участок В, и его лишает владения С. При допущении совместной владельческой защиты а, во-первых, мог бы самостоятельно потребовать возврата владения от С, доказывая факт непосредственного владения им вещью, или же, во-вторых, за А мог бы вступиться В и требовать возврата, доказав, что участком владел А от его имени. Однако этому препятствовало старинное правило *compossessio plurium in solidum esse non potest*. Это правило толковалось римскими юристами в том смысле, что два лица не могут одновременно и независимо друг от друга предъявлять посессорные интердикты.

А мог бы вступиться В и требовать возврата, доказав, что участком владел А от его имени.

Однако этому препятствовало старинное правило *compossessio plurium in solidum esse non potest*. Это правило толковалось римскими юристами в том смысле, что два лица не могут одновременно и независимо друг от друга предъявлять посессорные интердикты. Следовательно, можно было только или признать право на самостоятельную защиту за всяким экономическим владельцем, все равно, владеет ли он *suo nomine* или *alieno nomine*: в последнем случае тот, от имени которого непосредственный владелец владеет вещью, не мог бы уже пользоваться такой защитой; так это и было сделано в ряде случаев, перечисленных нами выше. Или же приходилось лиц, владеющих *alieno nomine*, лишать права на самостоятельную защиту, даруя таковую лицам, от имени которых первые держали вещи. Так и было поступлено с арендаторами, нанимателями и т. д. Это были все больше лица малоимущие, не пользующиеся весом и положением, почему и считали возможным пренебрегать их интересами.

Впрочем, надо заметить, что классическим правом был придуман очень ловкий способ обойти правило: *compossessio plurium in solidum esse non potest*. Именно за некоторыми детенторами стали признавать *possessio iuris* (владение правом) в противоположность *possessio rei* (владение вещью), которое признавалось за лицами, от имени которых первые детинировали вещь. Вместе с тем было признано, что такие *possessores iuris* могут предъявлять владельческие интердикты, но только не в качестве *interdicta directa*, а в качестве - *interdicta utilia*. Различие это было чисто формальное. Практический же результат достигался очень важный, а именно, что как непосредственный экономический владелец, так и тот, от имени которого первый владел в экономическом смысле, стали пользоваться владельческой защитой: напр., в случае лишения *possessor iuris* владения он предъявлял к нарушителю *interdictum unde vi utile*, а *possessor rei* (от имени которого первый держал вещь) мог предъявить *interdictum unde vi directum*. К сожалению, однако, такая *possessio iuris* была признана только за двумя категориями детенторов, а именно за тем, кто был или считался узуфрутуарием (лицом, имеющим вещное право пользования и извлечения плодов из чужой вещи), и за тем, кто был или считался узуарием (лицом, имеющим вещное право пользования без права извлечения плодов из чужой вещи)*⁽¹¹⁵⁾.

Подводя итог сказанному, мы видим, что сходство между владением в экономическом и юридическом смысле заключается в том, что оба иногда совпадают, т. е. экономический владелец считается в некоторых случаях и юридическим владельцем, а различие между ними состоит в том, что, с одной стороны, не всякий владелец в экономическом смысле имеет право на посессорную защиту и что, с другой стороны, таким правом пользуются и, следовательно, юридическими владельцами считаются некоторые такие лица, которые не сами владеют вещью в экономическом смысле, а от имени которых владеют ею другие лица.

Таково соотношение между владением в экономическом и владением в юридическом смысле по чистому римскому праву. Дальнейшее развитие стремится к тому, чтобы сообщить посессорную защиту и простым детенторам, по крайней мере, тем из них, которые имеют самостоятельное право пользования вещью (как то: арендатор или коммодатарий в противоположность депозитарию и мандатарю). С этой целью была введена *actio spoli*, которая может быть предъявлена не только юридическим владельцем, но и простым детентором, имеющим или приписывающим себе самостоятельное право пользования вещью и, следовательно, непосредственно заинтересованным в удержании экономического владения вещью. Наряду с такими лицами право на посессорную защиту, разумеется, сохраняет и то лицо, от имени которого детентор держит вещь.

96. Обзор важнейших теорий владения

I. Теория господствующего мнения. Господствующее мнение со времен Савиньи определяет владение как фактическое господство лица над вещью, соединенное с желанием считать вещь своею собственною, и не признавать никого другим ее собственником (так назыв. *animus domini*). Итак, *animus domini* является необходимым составным элементом юридического владения. Где существует только фактическая связь между лицом и вещью, но нет *animus domini*, там нет и владения, а есть только простое держание вещи, *detentio*. Следовательно, владение корреспондирует праву собственности: подобно тому, как собственность есть юридическое господство лица над вещью, владение есть фактическое господство лица над нею.

Представители этой теории вынуждены, однако, признать, что выставленный ими принцип не обнимает всех случаев юридического владения: а) с одной стороны, фактическое господство лица над вещью иногда отсутствует (это так назыв. случаи владения чрез представителей; б) с другой стороны, и *animus domini* иногда может отсутствовать, напр., у кредитора по залогу (это так назыв. случаи производного владения). Господствующее мнение смотрит на эти случаи как на исключительные. Это неправильно, они только свидетельствуют о том, что определение господствующего мнения несостоятельно, ибо оно выдвигает такие признаки, которые вовсе не имеют решающего значения. К тому же теория господствующего мнения приводит к нежелательной вообще догматизации простого исторического явления, именно резкого различия, какое делает римское право между *possessio* и *detentio* - иначе, оно объясняет это явление не исторически, а догматически, выводит его не из особых условий римской жизни, а из природы вещей.

II. Теории Дернбурга и Иеринга. Дернбург в своих Пандектах замечает, что различие между юридическим владением и детенцией не может быть объяснено внутренним несходством обоих отношений, а объясняется историческими условиями римской жизни и оборота, именно пониженным положением арендаторов и квартиронанимателей, которые составляли главный контингент детенторов. Затем он перечисляет отдельные случаи, в которых римское право признавало лицо юридическим владельцем, как то: владение *suo nomine*, владение кредитора по залогу и т. д.

Еще дальше идет Иеринг в своем исследовании "*Der Besitzwille*". Он не перечисляет отдельных случаев, в которых источники признают данное лицо юридическим владельцем, а говорит: раз существует необходимая фактическая связь между лицом и вещью, соединенная с желанием удержать эту связь на будущее время, то *in dubio* всегда возникает юридическое владение, если только нельзя указать на специальное изречение источников, которое придает такому отношению характер простой детенции (как это, напр., сделано относительно арендаторов и квартиронанимателей). Он дальше говорит, что сами римские юристы, за исключением одного только Павла, не придавали *animus domini* того решающего значения, которое признают за ним Савиньи и его последователи; теория же Павла основана на том же ложном стремлении, как и теория Савиньи, именно на стремлении догматизировать то, что объясняется исключительно соображениями исторического свойства.

К сожалению, как Геринг, так и Дернбург недостаточно оттеняют различие между владением в экономическом и юридическом смысле, и вместе с тем упускают из виду случаи *quasi possessio* личных сервитутов, не приведя их в связь со своим учением.

97. Виды юридического владения

Юридическое владение, *possessio*, в противоположность *detentio*, делится римскими юристами на *iusta* и *iniusta possessio*. Эти термины употребляются в источниках в двояком смысле: нередко под *iusta possessio* понимают материально правомерное, а под *iniusta possessio* материально неправомерное владение, так, напр., владение собственника - правомерное, владение вора - неправомерное. Иногда под *iusta possessio* понимают всякое формально правомерное владение (хотя бы оно было материально неправомерное), а под *iniusta possessio* - одно только формально неправомерное владение. Формально неправомерным считается владение *vi*, *clam* или *precario ab altero*, т. е. владение, приобретенное либо путем насилия (*vi*), либо тайны (*clam*) от противной стороны, либо до востребования (*precario*) с момента такого востребования. Формально неправомерное владение всегда имеет относительный характер, т. е. оно является таковым лишь по отношению к тому лицу, которое лишено владения *vi*, *clam* или *precario*. Всякое владение, не приобретенное одним из указанных трех способов, есть формально правомерное владение.

Сверх того, различают *possessio ad interdicta* и *possessio ad usucapionem*. Второе есть квалифицированный вид первого. Именно, всякое юридическое владение есть *possessio ad interdicta*, так как право на посессорную защиту составляет сущность юридического владения; *possessio ad usucapionem* есть только такое юридическое владение, которое, по истечении срока приобретательной давности, может привести к приобретению полного права собственности на вещь. Такое владение прежде всего предполагает, что лицо владеет вещью как собственною, (между тем как *possessio ad interdicta* принадлежит, напр., и кредитору по залому). Сверх того, оно предполагает, что лицо владеет вещью *bona fide* (так, напр., вор не может приобрести украденную вещь в собственность путем давностного приобретения); далее требуется *iustus titulus* и т. д.

98. Основания защиты владения*(116)

Защита владения как такового представляет ту опасность, что наряду с правомерным владением пользуется защитой и владение неправомерное. Так, напр., посессорной защитой пользуется наряду с собственником и вор, раз он владеет вещью.

Спрашивается, почему же признали необходимым самостоятельную защиту владения как такового?

Ответ на этот вопрос, в сущности, очень простой: легче доказать владение вещью, чем право на вещь. Следовательно, всякий правомерный владелец заинтересован в защите своего владения. С другой стороны, случаи правомерного владения представляют собою громадное большинство, случаи неправомерного владения сравнительно исключительные. Другими словами, *in dubio* данное лицо владеет вещью правомерно. Ввиду этого закон признал возможным допустить самостоятельную защиту владения как такового. Иначе, защита владения есть защита презумптивного права на вещь. Положим, что вследствие этого в некоторых случаях будет пользоваться защитой лицо, не имеющее права на вещь. Но в таком случае противная сторона всегда вольна предъявить иск о праве и доказать, что хотя данное лицо и владеет вещью, но оно не имеет права на нее, и раз это будет доказано, вещь отчуждается у владельца и присуждается противной стороне, доказавшей свое право на нее.

За всем тем в литературе много спорили по этому вопросу и объясняли защиту владения весьма различно. Все теории по этому вопросу можно разбить на две группы: абсолютные и относительные.

1) Абсолютные теории выводят необходимость защиты владения из самой природы его.

Владение есть реализация воли, а потому должно быть защищено, независимо от правомерного или неправомерного характера своего, ибо воля как таковая свободна; признание и обеспечение защиты ее составляет задачу всего гражданского права.

Защитниками такого взгляда являются Ганс, Пухта, Брунс, Виндшейд и другие. Теория эта очень туманна. Сверх того, если даже допустить, что владение есть реализация воли, то нельзя не заметить, что при споре о владении сталкиваются две воли. Почему же воле того, кто стремится удержать владение, отдается предпочтение пред волей того, кто не желает признавать чужого владения, а сам желает приобрести его.

2) Относительные теории ссылаются на различные практические соображения для объяснения защиты владения. Так, Савиньи говорит, что защита владения есть защита против насилия. Кто вторгается в чужое владение, тот совершает насилие над владельцем.

Посессорные интердикты, следовательно, суть иски *ex delicto*. Это объяснение слишком узко.

Не все посессорные интердикты предполагают насилие. Иеринг в своем исследовании "*uber den Grund des Besitzschutzes*" говорит, что защита владения есть необходимое дополнение защиты собственности; само владение есть не что иное, как видимость собственности. В позднейшем своем исследовании "*Der Besitzwille*" он непосредственно не касается этого вопроса, но из всего хода его изложения явствует, что он принципиально смотрит на защиту владения как на необходимое дополнение всякого (вещного или личного) права пользования вещью.

Глава II. Субъекты и объекты владения

99. Субъекты владения

Субъектами владения могут быть только лица, пользующиеся имущественной правоспособностью: дееспособность же не требуется безусловно. Ввиду сказанного, с одной стороны, не могут быть субъектами владения лица, лишенные имущественной правоспособности. В римском праве сюда относились рабы. В современном праве это ограничение отпало, впрочем, по каноническому праву монахи не могут быть субъектами владения. С другой стороны, могут быть субъектами владения и лица недееспособные, раз они пользуются имущественною правоспособностью, как-то: дети, умалишенные и юридические лица. Такие лица, конечно, не могут приобретать владение сами, ибо они не могут действовать сознательно; но за них могут приобретать владение их представители.

100. Объекты владения

Объектами юридического владения могут служить не все вещи, а только вещи, не изъятые из гражданского оборота. Что касается сложных вещей, то объектом юридического владения является только сложная вещь как таковая, а не отдельные составные части ее, хотя с экономической точки зрения тот, кто владеет целым, очевидно, владеет и частями целого. Что касается совокупности вещей (напр., стада или библиотеки и т. д.), то юридически объектом владения считается не самая совокупность вещей, а только отдельные вещи, из которых она состоит. Поэтому, напр., лицо не может приобрести *per usucapionem* стадо, а только отдельных животных, входящих в состав его, или, иначе, для каждого животного требуется истечение приобретательной давности.

Несколько лиц не могут одновременно владеть одной и той же вещью так, чтобы каждый из них считался владельцем целой вещи (*compossessio plurium in solidum esse non potest*). Но несколько лиц могут владеть нераздельно общей вещью так, что каждый считается владельцем идеальной части вещи (так назыв. *compossessio plurium pro partibus indivisis*). Первое правило безусловно правильно по отношению к владению вещью в экономическом смысле: тут действительно невозможно одновременное владение целой вещью со стороны нескольких лиц. Но римские юристы, как уже было замечено выше,

распространили силу этого правила и на владение в юридическом смысле. В применении к нему оно гласит, что несколько лиц не могут одновременно предъявлять посессорные интердикты независимо друг от друга. Логически, однако, очень можно себе представить *compossessio plurium in silidum* в этом смысле, и мы ниже увидим, что сами римские юристы в некоторых случаях обошли это правило.

Наконец, в применении к недвижимостям возможно и владение отдельными реальными частями в том смысле, что каждая часть принадлежит другому владельцу. В применении к движимым вещам это не допускается.

Глава III. Приобретение владения

101. Общие замечания

Говоря о приобретении владения, мы имеем в виду приобретение юридического владения, т. е. права на посессорную защиту. Приобретение же владения в экономическом смысле имеет для нас значение лишь постольку, поскольку оно является необходимой составной частью для приобретения юридического владения. В этом отношении необходимо заметить следующее.

Приобретение в экономическом смысле владения вещь со стороны данного лица может иметь двоякое значение: а) в одних случаях оно влечет за собою, вместе с тем, и приобретение юридического владения; б) в других случаях, оно влечет за собою приобретение юридического владения для того лица, от имени которого экономический владелец держит вещь. Соответственно этому различают непосредственное приобретение юридического владения и приобретение его через представителя (*detentor'a*).

Решение вопроса о том, когда может считаться приобретенным юридическое владение, имеет двоякое практическое значение. С этого момента всякий юридический владелец может пользоваться посессорными интердиктами. Сверх того, для *possessio ad usucapionem* с этого момента начинается течение приобретательной давности.

102. Непосредственное приобретение юридического владения

Непосредственное приобретение юридического владения предполагает, что юридический владелец сам приобрел экономическое владение вещью. Для последнего требуется, очевидно, совпадение тех двух моментов, из которых слагается всякое владение в экономическом смысле, т. е. *corpus* (объективный момент) и *animus* (соответствующий субъективный момент). Источники выражают это так: *apiscimur possessionem corpore et animo*. Акт, посредством которого устанавливается необходимая внешняя связь между лицом и вещью, называется завладением, *apprehensio*. Но когда может считаться достигнутым надлежащее соотношение между лицом и вещью? Иначе, в чем состоит завладение? Вот вопросы, которые возбуждают до сих пор оживленный спор.

Старая доктрина до Савиньи ставила условием непосредственного приобретения владения телесное прикосновение лица к вещи или передачу ее из рук в руки; все случаи приобретения владения, не удовлетворяющие этому условно, она объединила под общим названием фиктивного, или символического, приобретения владения. Савиньи восстал против этого и заявил, что *apprehensio* не предполагает физического прикосновения, а предполагает только, чтобы лицо получило физическую возможность непосредственного и исключительного господства над вещью. Однако и это определение оказывается слишком узким (ср., напр., 1. 55 D. de a. r. d. 41. Иеринг говорит, что *apprehensio* заключается в таком обращении лица с вещью, какого можно ожидать от собственника. И это определение нельзя признать удовлетворительным, ибо владельцами могут быть не только собственники, но и другие лица (напр., кредитор по залугу).

На наш взгляд, наиболее удовлетворительна следующая формула: для непосредственного приобретения юридического владения требуется наличность таких

действий, которые свидетельствуют о том, что вещь фактически вошла или в результате предпринятых действий должна была войти в состав хозяйственной обстановки лица; ни физическое прикосновение лица, ни возможность непосредственного воздействия на вещь не необходимы (так, напр., достаточно, чтобы вещь во время отсутствия лица принесена была к нему на дом или в его погреб; чтобы какой-нибудь зверь попал в сети, расставленные лицом, и т. д.). Юрист Proculus выражает эту мысль следующими словами: *summam tamen hanc esse puto, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit.*

Если для перехода вещи в новую хозяйственную обстановку требуется совершить ряд действий (напр., по получении доступа к данным вещам необходимо вызвать людей или подводы, повести их и т. д.), то считается достаточным для перехода владения, если приобретателем предприняты были первые шаги, которые при нормальных условиях в конечном результате должны были привести к окончательному поступлению вещи в новую хозяйственную обстановку*(117).

В частности, завладение может быть двух родов: а) *traditio*, передача, т. е. завладение вещью с согласия прежнего владельца; б) *occupatio*, захват, т. е. одностороннее завладение вещью, совершаемое без согласия прежнего владельца, если только таковой существовал; очевидно, вещи, никому не принадлежащие, могут быть приобретены только вторым путем. Господствующая доктрина особо выделяет, так назыв. *longa manu traditio*. Сущность ее усматривается в том, что прежний владелец указывает новому владельцу на вещь и предлагает ему взять ее (напр., кладет деньги на стол, ср. 1. 79 D. de solut. 46, 3). В применении к недвижимостям *longa manu traditio* имеет место в той форме, что прежний и новый владелец, вместо того, чтобы отправиться на самый участок, довольствуются тем, что прежний владелец указывает новому на этот участок, стоя поблизости от него, напр., на башне (ср. 1. 18 2 D. de a.v.a.p. 41, 2). В выделении *longa manu traditio* сказывается влияние старой доктрины, по которой настоящая традиция немыслима без физического прикосновения к вещи.

Особняком стоит так назыв. *brevi manu traditio*. Этим обозначается приобретение детентором юридического владения с согласия прежнего владельца. Для этого достаточно простое соглашение между владельцем и детентором, не требуется особый акт завладения, ибо внешняя связь между лицом и вещью существует еще до приобретения юридического владения (напр., собственник продает арендатору арендованный участок). В таких случаях говорят о приобретении владения *solo animo*. Помимо такого соглашения сам детентор *solo animo* не мог сделаться юридическим владельцем: *nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest.*

Впрочем, смысл последнего правила очень спорный (ср. Ihering. Besitzwillen. С. 357 и след.).

103. Приобретение юридического владения через представителей

Древнее римское право не допускало приобретения владения чрез представителей. Таковое стало возможным в Императорском периоде. Сущность его заключается в том, что одно лицо, *detentor*, приобретает владение вещью в экономическом смысле, а другое, от имени которого *detentor* держит вещь, вследствие этого приобретает владение в юридическом смысле.

В частности, для приобретения юридического владения чрез представителя требуется наличность следующих условий: а) представитель должен быть уполномочен тем лицом, в пользу которого имеет быть приобретено юридическое владение, приобретать для него вещи; впрочем, допускается и последующая *ratihabitio*; б) представитель должен завладеть вещью на общем основании, т. е. приобрести экономическое владение ею; в) представитель должен иметь желание приобрести вещь не для себя, а именно для первого лица; таковая его воля может быть открыто выражена им или может явствовать из обстоятельств дела; впрочем, если прежний владелец передал вещь данному лицу именно как представителю третьего лица и посредник ее принял в качестве такового (напр., я передаю книгу лакею лица

А с поручением передать ее ему), то это третье лицо с момента передачи вещи представителю приобретает право на посессорную защиту, т. е. становится юридическим владельцем независимо от того, желал ли посредник приобрести вещь в его пользу или нет.

В двух категориях случаев допускалось приобретение владения через представителя помимо воли приобретателя: а) властелин непосредственно приобретал юридическое владение всеми вещами, которые были приобретены подвластными детьми или рабами для их пекулиума, *ex peculiarī causa*; этот случай для современного права, конечно, утратил практическое значение; б) опекуны малолетних, попечители умалишенных и законные представители юридических лиц приобретают владение для опекаемых и юридических лиц помимо воли таковых.

Особый случай приобретения владения через представителя составляет так назыв. *constitutum possessorium*. Сущность его заключается в том, что юридический владелец данной вещи уступает юридическое владение вещи другому лицу и удерживает ее за собою в качестве детентора (напр., А продает свой дом Б и остается жить в нем в качестве квартиранта). В таком случае, очевидно, не требуется специального завладения вещью со стороны представителя, а переход юридического владения от одного лица к другому совершается на основании простого соглашения между сторонами.

Глава IV. Прекращение владения

104. Общие замечания

Смешение владения в экономическом смысле с владением в юридическом смысле особенно неблагоприятно отразилось на учении о прекращении владения. Именно современная доктрина, все еще следуя в этом отношении римским юристам, под общим термином "прекращение владения" обнимает две группы случаев, имеющих совершенно отличное друг от друга юридическое значение. А именно, под прекращением владения понимают: 1) в одних случаях утрату экономического владения с сохранением права на предъявление посессорных интердиктов, направленных на возврат экономического владения (так назыв. *interdicta recuperandae possessionis*); 2) в других случаях утрату права на посессорную защиту, т. е. полную утрату юридического владения, каковая может быть связана с утратою экономического владения, но может наступить и помимо последней.

Мы перейдем теперь к разбору отдельных случаев прекращения владения, следуя порядку, принятому в доктрине, причем мы относительно каждого случая будем отмечать, какое он имеет юридическое значение. При этом нам придется рассмотреть отдельно непосредственное прекращение владения и прекращение владения через представителей.

105. Непосредственное прекращение владения

Различают пять оснований непосредственного прекращения владения: утрату *animus*, утрату *corpus* владения, смерть владельца, переход вещи в разряд *res extra commercium* и уничтожение ее.

Прекращение владения вследствие утраты *animus*. Утратить *animus* можно, очевидно, только добровольно. Результатом этого является полная утрата юридического владения, т. е. лицо не сохраняет права на предъявление ни *interdicta retinendae possessionis*, ни *interdicta recuperandae possessionis*. Утратить владение *animus* могут только лица дееспособные. При этом необходимо различать две категории случаев: а) лицо утрачивает вообще желание сохранить возможность пользоваться вещью; в таком случае прекращается как юридическое, так и экономическое владение вещью, - сохраняется только внешняя связь между лицом и вещью, которая сама по себе недостаточна для признания не только юридического, но и экономического владения вещью; б) лицо уступает юридическое владение вещью другому лицу, сохраняя за собою экономическое владение вещью; сюда относится случай так называемого *constitutum possessorium*, когда юридический владелец превращается в

простого детентора, например, собственник продает свой дом и остается жить в нем в качестве квартиранта. В последнем случае лицо утрачивает только тот квалифицированный *animus*, который требуется в римском праве для признания лица юридическим владельцем. Итак, утрата владения *animus* есть полная утрата юридического владения, т. е. права на посессорную защиту. Она может быть связана с утратой экономического владения, но может иметь место и независимо от последней. Желание отказаться от юридического владения вещью может быть условием в том смысле, что оно связано с желанием доставить владение ее другому лицу; в таком случае для утраты юридического владения требуется, чтобы противная сторона приобрела владение; если это почему-либо не произошло, прежний владелец сохраняет право на посессорную защиту.

Утрата владения *corpore* всегда предполагает утрату экономического владения вещью. Последняя имеет место в том случае, когда вещь окончательно выбыла из хозяйства лица. При этом надо различать следующие случаи: а) вещь выбыла из хозяйства лица по воле его, напр., он передал ее другому лицу в юридическое владение; тогда наступает полная утрата юридического владения; б) вещь выбыла вследствие действия случая или вследствие моей небрежности - напр., я уронил кольцо в воду или потерял трость в дороге, и т. д.; и тут наступает полная утрата юридического владения; в) вещь взята третьим лицом - тогда потерявший теряет, по общему правилу, *interdicta retinendae possessionis*, но сохраняет *interdicta recuperandae possessionis*. Впрочем, относительно недвижимостей установлено следующее исключение: если юридический владелец недвижимости лишается экономического владения ее *clam*, т. е. тайно, без его ведома, он сохраняет юридическое владение в полном объеме и даже право самопомощи не только по отношению к лицу, тайно от него захватившему вещь, но и по отношению к третьим лицам, к которым перешло владение, пока он не узнал о захвате и не примет мер против этого, или принятые меры останутся безуспешными. В последнем случае он все же сохраняет *interdicta recuperandae possessionis* (ср. 1. 6 11, 1. 7 D. 41, 2). Чтобы уяснить практическое значение этого правила, приведем пример. Допустим, что у меня имеется подгородный участок с дачей, в которой я привык жить летом. Зимой я его не посещаю, и вдруг я узнаю, что А в нем засел и хозяйничает там по своему усмотрению. Я в таком случае могу сначала попытаться удалить его собственными силами, и это не будет сочтено самоуправством, а будет рассматриваться как самооборона, а следовательно, остается ненаказуемым. С этой точки зрения тот факт, что я продолжаю владеть тайно отнятым у меня участком, имеет важное практическое значение*(118).

Смерть владельца, переход вещи в разряд *res extra commercium* и уничтожение вещи влекут за собою полную утрату юридического владения.

106. Прекращение владения через представителей

Оно прежде всего может иметь место: вследствие утраты *animus*, смерти юридического владельца и уничтожения вещи или перехода ее в разряд *res extra commercium*. Все это влечет за собою полное прекращение юридического владения. Никакого значения не имеет сама по себе смерть детентора, утрата им дееспособности или оставление им вещи. Другими словами, в таких случаях юридический владелец сохраняет юридическое владение в полном объеме. Если представитель против своей воли будет лишен экономического владения вещью, то юридический владелец сохраняет *interdicta recuperandae possessionis*. Если третье лицо завладеет движимой вещью с ведома представителя, то юридический владелец равным образом сохраняет только рекуператорные интердикты против такого лица. Относительно недвижимых вещей установлено, что владелец, в случае захвата их третьим лицом с ведома представителя, сохраняет юридическое владение в полном объеме и даже право самопомощи против такого лица, пока он не узнает о захвате и не примет мер против такого лица, или принятые меры останутся безуспешными. В последнем случае он сохраняет только *interdicta recuperandae possessionis*.

Наконец, сам представитель может при известных условиях лишиться юридического

владельца владения в том смысле, что последний сохраняет только рекуператорные интердикты: это имеет место по отношению к движимым вещам уже в случае сокрытия их, а по отношению к недвижимостям, если представитель с успехом отразит попытку юридического владельца завладеть вещью в экономическом смысле.

Глава V. Защита владения

107. Общий обзор*(119)

Для защиты владения претор выработал особые средства судебной защиты - так назыв. посессорные интердикты. Они распадаются на *interdicta retinendae* и *interdicta recuperandae possessiones*. Первые имеют целью охрану существующего владения и преимущественно служат для решения вопроса о том, кто в данное время должен считаться владельцем; нередко они в качестве так назыв. *possessorium* готовят спор о собственности (так назыв., *petitorium*), так как на основании их решается, кто должен вступить в спор о собственности истцом, кто ответчиком. *Interdicta recuperandae possessionis* направлены на возврат утраченного уже владения и предъявляются к тому лицу, которое неправомерно завладело вещью. Необходимо заметить, что возврата владения или соответственного денежного вознаграждения можно требовать и посредством личных исков, напр., посредством *actio quod metus causa*, *actio furti*; в особенности посредством, так назыв. *condictio possessionis*. Но против них допускается *exceptio dominii*, т. е. допускается возражение о праве со стороны ответчика.

108. *Interdicta retinendae possessionis*

Для защиты наличного владения имеются два интердикта: *interdictum uti possidetis* - для недвижимых вещей и *interdictum utrubi* - для движимых вещей. Первоначально между обоими интердиктами существовало важное различие: только *interdictum uti possidetis* действительно охраняло наличное владение того лица, которое в момент обращения к претору владело вещью; напротив, *interdictum utrubi* давалось вообще тому, кто в течение последнего года владел вещью дольше другого, хотя бы в момент обращения к претору вещь владел противник. В Юстиниановом праве, однако, оба интердикта отличаются друг от друга только по имени, так как *interdictum utrubi* вполне сравнен с *interdictum uti possidetis*.

Поводом к предъявлению интердикта может послужить не только всякое физическое нарушение, но даже простое оспаривание владения. Цель интердиктов - признание владения лица и возмещение причиненного нарушением убытка; сверх того, нарушитель обязывается воздерживаться впредь от нарушений, в обеспечение чего нередко с него требуют представления особой *cautio de non amplius turbando*. Интердикты эти суть *interdicta duplicia*, т. е. владельцем может быть признан как истец, так и ответчик. Выигрывает дело та сторона, которая в момент предъявления иска владеет вещью, если только она не владеет *vi, clam* или *precario*, т. е. насильственно, тайно или до простого востребования. В последнем случае выигрывает дело прежний владелец. Другими словами, в этом случае названные интердикты имеют рекуператорный характер, т. е. служат не для охраны существующего владения, а для восстановления утраченного владения. Право требовать возмещения за причиненный нарушением владения убыток погашается по истечении *annus utilis* со времени нарушения, но виновное лицо продолжает отвечать в размере наличного своего обогащения.

109. Позднейшее развитие этих интердиктов в Средние века

Наряду с *interdicta retinendae possessionis*, которые получили название *possessorium ordinarium*, средневековая практика выработала еще дополнительный владельческий иск - *possessorium summariissimum*. Появление его было вызвано тем, что рассмотрение судом вопроса о том, кто должен считаться владельцем, может затянуться, и необходимо

определить, кто за это время должен владеть вещью. Временным владельцем вещи, впредь до окончательного решения вопроса о том, кто должен считаться владельцем ее, признается тот, кто совершит последний спокойный акт владения (ср. подробности у Брунса. *Die Besitzklagen*. С. 180, 260, 375, 397).

110. *Interdicta recuperandae possessionis*

Interdictum de vi. В классическом праве существовало два *interdicta de vi*, - одно *de vi quotidiana*, другое *de vi armata*. В Юстиниановом праве оба интердикта слиты воедино. Истцом является юридический владелец, который сам или в лице своего представителя насильственно (*per vim atrocem*) лишен владения недвижимой вещью - *deiectus*, а равно наследники такого лица. Ответчиком является тот, кто сам насильственно лишил истца владения или поручил это сделать другим, безотносительно к тому, продолжает ли он владеть вещью или нет; при этом не допускается *exceptio vitiosae possessioni*, т. е. ответчик не может ссылаться на то, что истец владел вещью *vi, clam* или *precario* по отношению к нему. Иск *intra annum utilem* направлен на возврат владения и на возмещение всего причиненного изгнанием убытка. *Post annum utilem* ответчик отвечает только *in id quod ad eum pervenit*, т. е. в размере своего обогащения. С таким же ограничением иск может быть предъявлен против наследников виновника, равно против такого лица, подвластные лица которого от его имени, но без его поручения или позднейшего согласия, лишили истца владения. Но иск не может быть предъявлен против третьих лиц, к которым перешло владение от виновника. Весьма спорным представляется вопрос о том, распространено ли *interdictum de vi*, со времени уравнивания *interdictum utrobi* с *interdictum uti possidetis*, и на случаи насильственного отнятия движимых вещей. Следует признать, что да*(120). Посредством *interdictum de vi* можно требовать возврата владения в том только случае, когда владелец насильственно лишен владения.

Некоторые причисляют к числу рекуператорных интердиктов также *interdictum de precario*. Он возникает в том случае, когда кто-либо владеет вещью до востребования и по первому требованию не возвращает вещи. Истцом является *precario dans*, ответчиком *precario accipiens* и его наследники; иск направлен на возврат вещи и на возмещение убытка, причиненного *dolo* или *culpa lata* ответчика. Впрочем, иные ученые (*Ihering, Bruns, Dernburg*) исключают *interdictum de precario* из числа владельческих интердиктов, ссылаясь, между прочим, на то, что этому интердикту могло быть противопоставлено *exceptio domini*, чего не допускалось при строго владельческих интердиктах.

111. Дальнейшее развитие рекуператорных интердиктов в Средние века

Каноническое право значительно дополнило положения римского права о защите владения. Внешним основанием послужил подложный церковный закон псевдо-Исидора, так назыв. *canon Redintegranda*, перешедший в *Decretum Gratiani*; на основании этого канона епископ, изгнанный из епархии (*exspoliatus s. ejectus*), мог противопоставлять всякому обвинению, возбужденному против него, *exceptio spoli*, т. е. мог требовать, чтобы до привлечения его к ответу по любому другому делу ему было возвращено владение его епархией. *Exceptio spoli* лишь косвенно приводило к возврату владения. Вскоре, на основании того же постановления, стали давать прямой иск о возвращении, который сначала носил название *condictio ex canone redintegranda*, а впоследствии стал называться *actio spoli*. Практика расширила область применения этого иска. Положения, выработанные ею, сводятся к следующим пунктам: а) истцом может быть не только юридический владелец, но и детентор, держащий вещь в собственном интересе, как-то: арендатор, наниматель и др.; б) иск касается не только недвижимых, но и движимых вещей; в) не требуется, чтобы истец был насильственно лишен владения, достаточно, если он лишен его вопреки своей воле (*clam, bona fide* и т. д.); д) ответчиком является не только сам споллиант, но и третьи лица, которые приобрели владение вещью *mala fide*, т. е. зная, что прежний владелец утратил владение ею

против своей воли; е) иск подлежит действию 30-летней исковой давности.

Примечание. Необходимо, впрочем, заметить, что и в чистом римском праве детентор не был совершенно беззащитен, хотя он и не мог предъявлять посессорных интердиктов. А именно, с одной стороны, ему на общем основании принадлежало право самозащиты, т. е. право отражать собственными силами всякое незаконное вторжение в его имущественную сферу, с другой стороны, на случай насильственного нарушения или лишения его владения он мог предъявить *actio injuriarum* против виновного; правда, он этим не мог добиться возврата владения, но все-таки виновный присуждался к уплате денежного штрафа (ср. подроб. по этому вопросу у Ihering'a d. Besitzwille. С. 47, 136, 433 и сл.). О квалифицированном виде детенции, соединенном с *quasi possessio juris*, будет говорено ниже.

Право собственности*(121)

Глава I. Понятие, содержание и виды права собственности

112. Понятие собственности

Собственность, *dominium* или *proprietas*, в чистом своем виде, т. е. без всяких ограничений, определяется обыкновенно как право полного и исключительного господства лица над телесною вещью. В частности, различают два составных элемента права собственности - положительный и отрицательный: положительный элемент состоит в праве собственника распоряжаться вещью по своему усмотрению, отрицательный элемент состоит в праве отражать воздействие всякого третьего лица на вещь. Ходячее определение собственности как права полного господства лица над вещью страдает, однако, тем недостатком, что выдвигает чисто формальный элемент, ничего не говоря о содержании собственности. Этому недостатку избегает следующее определение: собственность, в частом своем виде, есть наиболее полное и вполне бесконтрольное право пользования и распоряжения вещью, защищенное против всякого вмешательства со стороны других лиц. Собственник, с одной стороны, может пользоваться вещью, не стесняясь ничем и никем, он, следовательно, может пользоваться ею не только *ad usum*, но и *ad abusum*, и может даже уничтожить ее; пользование вещью в той или другой форме предполагает, конечно, экономическое владение вещью. Он далее, по своему усмотрению, может распоряжаться вещью, может продать ее, подарить другому лицу, бросить ее и т. д. Впрочем, на практике право собственности в своем чистом виде встречается не особенно часто, в особенности поскольку речь идет о недвижимой собственности. Напротив, право собственности обыкновенно обставлено большими или меньшими ограничениями. Эти ограничения могут быть основаны на законе, на судебном решении или на юридической сделке и могут касаться либо права пользования вещью, либо права распоряжения ею. Особенно важную категорию таких ограничений составляют так называемые легальные сервитуты.

Объектом собственности служат отдельные телесные вещи; что касается, в частности, недвижимой собственности, то он обнимает не только самый участок, но и воздушное пространство над ним и подземное пространство под ним, поскольку пользование тем или другим может представлять какой-нибудь практический интерес для собственника.

113. Ограничения собственника касательно пользования вещью

Такие ограничения могут иметь двоякий характер: положительный и отрицательный, смотря по тому, налагают ли они на собственника обязанность воздерживаться от известных актов пользования или обязывают его терпеть известные акты пользования со стороны третьих лиц. Эти ограничения могут быть основаны на праве, особо приобретенном со стороны третьего лица, - сюда относятся, между прочим, всякого рода личные и реальные сервитуты, или же они основываются на общем постановлении закона. Ограничения

последнего рода касаются, главным образом, пользования недвижимостями и установлены частью в общем интересе, частью в интересах соседних владельцев. Те из них, которые установлены в интересах соседей, называются обыкновенно легальными сервитутами и составляют в своей совокупности так называемое "право соседства".

Важнейшие ограничения, установленные в интересах соседей, следующие: а) собственник участка должен переносить напускаемые с соседнего участка дым, пар, пыль и т. д., поскольку последнее связано с нормальным пользованием участком; б) собственник должен терпеть выступ на его землю стены соседа до 9 футов; в) собственник обязан пускать каждый третий день к себе соседа, плоды с деревьев которого падают на его участок, для того, чтобы сосед мог собрать эти плоды; если собственник оказывает противодействие, сосед может предъявить к нему *interdictum de glande legenda*; г) если дерево с одного участка повисло над строением другого, то собственник дерева должен его убрать; в противном случае сосед может это сделать и удержать отрубленную часть дерева за собою; в случае спора сосед может предъявить *interdictum de arboribus caedendis*. Если дерево повисло над чужим полем, то собственник обязан отрубить ветви, *quindecim pedes a terra altius*, в противном случае сосед может это сделать; е) собственник не должен произвольно изменять сток дождевой воды во вред соседу, в противном случае сосед может предъявить к нему *actio aquae pluviae arcendae*.

В общественном интересе: а) собственник берега публичной реки обязан предоставить пользование набережной полосой судоходам и другим лицам, насколько этого требует оборот; б) если публичная дорога будет уничтожена наводнением и т. д., то собственник смежного с дорогой участка обязан уступить часть своей земли под публичную дорогу; в) собственник материалов, употребленных другим лицом на постройку дома или виноградника (*tignum junctum aedibus vineaeve*), не может их виндцировать, пока эти материалы продолжают быть застроенными; но он может требовать от собственника строения или виноградника уплаты двойной стоимости застроенных материалов посредством *actio de tigno juncto* и, сверх того, сохраняет право виндцировать их на случай окончательного отделения их.

114. Ограничения собственника касательно права распоряжения вещью

Можно различать две категории таких ограничений. Всякое *jus in re aliena*, принадлежащее третьему лицу относительно данной вещи, всегда в большей или меньшей степени ограничивает право собственника распоряжаться вещью по своему усмотрению в том смысле, что ему приходится считаться с этим правом третьего лица; так, напр., раз одно лицо имеет право usufructa на вещь, то собственник не может установить такого же права в пользу другого лица; раз вещь заложена одному лицу, то собственник, правда, может заложить ее вторично, но такой акт не имеет уже той силы, как первый, ибо второй кредитор отступает перед первым. Другими словами, право собственника распоряжаться вещью подверглось ограничению. Сверх того, в известных случаях собственнику непосредственно воспрещается отчуждение вещи или установление ограничивающих его право собственности вещных прав в пользу третьих лиц. Такое запрещение может быть основано на законе, на судебном определении или на юридической сделке (договорном соглашении или распоряжении на случай смерти). Отчуждение, совершенное вопреки законному или судебному запрещению, недействительно, т. е. право собственности не переходит на приобретателя, так что вещь может быть виндцирована у всякого владельца ее даже со стороны самого отчуждателя, которому, впрочем, при известных условиях может быть противопоставлена *exceptio doli*.

Что касается запрещений, вытекающих из распоряжения на случай смерти, то юридическое значение их составляет предмет спора. По мнению Виндшейда, такие запрещения сами по себе не имеют никакой обязательной силы; в данном частном случае такое запрещение может быть установлено в интересах третьего лица, к которому вещь согласно воле наследователя впоследствии должна перейти: в таком случае отчуждение,

правда, недействительно, но основанием недействительности его служит не запрещение, а право третьего лица. Другие юристы связывают с таким запрещением, в зависимости от особенностей отдельных случаев, то вещные, то личные последствия, и, в частности, признают, что отчуждение, совершенное вопреки такому запрещению, недействительно, поскольку им нарушается вещное право, установленное в пользу третьего лица путем легата, связанного с запрещением (ср. Виндш. Т. I. 172 а. Примеч. *(3). Что же касается запрещений, основанных на договорном соглашении, то они, по господствующему мнению, не делают недействительным отчуждение, совершенное вопреки такому запрещению, а создают только личный иск против отчуждателя, направленный на возврат вещи или на вознаграждение за причиненный убыток или на уплату неустойки.

В заключение необходимо заметить, что всякое запрещение, даже законное, касается всегда только добровольного отчуждения вещи со стороны собственника и не исключает возможности отчуждения ее со стороны третьего лица, произведенного им на основании самостоятельного права.

115. Сособственность, *condominium(122)**

Вещь в целом не может принадлежать одновременно нескольким лицам: *duorum in solidum dominium esse non potest*. Но возможно, что вещь по идеальным частям, *pro partibus indivisis*, принадлежит нескольким лицам. Это так назыв. *condominium*, сособственность.

Сособственность возникает частью на основании договора товарищества, частью помимо такового, напр., если назначено несколько наследников по завещанию или нескольким лицам отказана вещь, и т. д. Особенности этого отношения сводятся к следующему: 1) распоряжаться всей вещью или какой-нибудь реальной частью можно только с согласия всех сособственников, между которыми по этому поводу могут возникнуть обязательственные отношения; 2) каждый сособственник имеет право принять меры, необходимые для поддержания вещи, в случае нужды и помимо согласия остальных сособственников, и может требовать от них соответствующего вознаграждения; для тех случаев, когда ремонт коснулся общего дома, сверх того, установлено, что те из остальных сособственников, которые в течение 4-х месяцев не возместят соответствующих расходов по ремонту, теряют свою часть в пользу того сособственника, который позаботился о ремонте; 3) каждый сособственник может распоряжаться самостоятельно своей идеальной частью, напр., может продать ее, заложить и т. д.; 4) каждый из сособственников может требовать раздела; вопрос о том, путем какого иска можно требовать раздела, зависит от того, в каких отношениях находятся сособственники между собою; так между несколькими товарищами возникает *actio pro socio*, между несколькими сонаследниками - *actio familiae erciscundae*, между пограничными владельцами - *actio finium regundorum*, в остальных случаях - *actio communi dividundo*.

116. Виды собственности

Dominium revocabile и *irrevocabile*; о *dominium revocabile* говорят в тех случаях, когда при наступлении известного обстоятельства собственник *ipso jure* теряет право собственности на вещь и она переходит к другому лицу.

Dominium limitatum и *illimitatum*, смотря по тому, обставлено ли право собственности лица ограничениями или же оно представляется в чистом своем виде.

В Средние века возникло новое различие между *dominium directum* и *utile*, последнее приписывалось эмпитевту и суперфициарию (римские юристы не делали этого различия).

Примечание. В до-юстиниановском праве важное значение имело различие между квинтской собственностью, преторской собственностью и собственностью *juris gentium*. Отличительные особенности квинтской собственности: субъектами ее могут быть только римские граждане (но не перегрины); объектами ее могут служить все движимые вещи, а из недвижимых только *praedia in Italico solo* (но не *praedia provincialia*). Кроме того, *res mancipi*

могут быть приобретаемы только путем *mancipatio* или *in jure cessio* (но не путем неформальной традиции) в квинтскую собственность. Претор признал, что лица, приобретшие *res mancipi* путем неформальной традиции, хотя и не приобретают квинтское право собственности на них, но приобретают так назыв. *in bonis esse*, т. е. пользуются защитой против прежнего собственника, если он вздумает оттягать у них вещь, и против всех третьих лиц. Таким образом возник особый вид преторской собственности наряду с собственностью гражданской или квинтской; гражданский собственник сохранял только *nudum jus Quiritium*. Впоследствии было признано, что и peregrini могут быть собственниками, и дальше, что *praedia provincialia* могут быть приобретаемы в полную собственность (первоначально относительно них допускалось только *possessio* и *ususfructus*); этот вид собственности назывался *dominium juris gentium*. Юстиниан упразднил все эти различия.

Глава II. Способы приобретения собственности

117. Общий обзор

В римском праве основное деление способов приобретения собственности есть деление их на первоначальные и производные. Способ приобретения называется первоначальным - *acquisitio originaria*, если право собственности приобретателя не основано на праве другого лица; способ приобретения называется производным - *acquisitio derivativa* - когда право собственности приобретателя основано на праве прежнего собственника, так что приобретатель является правопреемником прежнего собственника.

В до-Юстиниановском праве важное значение имело различие естественных и гражданских способов приобретения собственности - *acquisitiones naturales* или *juris gentium* и *acquisitionis civiles*. К *acquisitiones civiles* причислялись *mancipatio*, *in jure cessio*, *adjudicatio* и *usucapio*, они были доступны только римским гражданам и не применялись к *praedia provincialia*. К *acquisitiones naturales* причислялись между прочим *traditio* и *occupatio*. Они были доступны и peregrinis и применялись и по отношению к *praedia provincialia*. Юстиниан упразднил это различие.

Производные способы приобретения собственности

118. Traditio*(123)

I. Для перехода права собственности от одного лица к другому *inter viros* недостаточно простое волеизъявление отчуждателя и приобретателя, а требуется, сверх того, передача владения - *traditio*. Источники говорят по этому поводу: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Исключение допущено только в пользу церквей и благотворительных учреждений, которые приобретают собственность на основании простого договора купли-продажи или дарения без традиции (1. 23 C. de ss. ecl. 1. 2). Ср. Виндшейд. 171, прим. 2.

Условия этого способа приобретения состоят в следующем. I. Отчуждатель должен быть собственником или лицом, действующим от имени собственника, на основании надлежащего полномочия или с его последующего согласия. Исключение из этого правила допускается: а) в пользу кредитора по залогу на основании принадлежащего ему *jus distrahendi*; б) в пользу фиска, императора и императрицы; в случае отчуждения сими последними не принадлежащих им вещей приобретатель становится собственником, и прежний собственник сохраняет только личный иск об убытках против отчуждателя в течение четырех лет. Приобретатель должен иметь право приобрести собственность: такое право, по общему правилу, признается за всяким правоспособным индивидом (исключение для иностранцев, евреев).

II. Отчуждатель должен иметь намерение перенести право собственности на приобретателя, приобретатель - намерение сделаться собственником, - *animus transferendi* и

acquirendi dominii. Намерение это в большинстве случаев прямо не выражается сторонами, а его приходится выводить из сопутствующих традиции обстоятельств. При этом необходимо различать две категории случаев. Существуют такие сделки, которые принципиально направлены на передачу права собственности, напр., купля-продажа, мена, дарение; раз в основании традиции лежит такая сделка, то *in dubio* предполагается, что стороны имели желание приобрести и перенести право собственности. Другими словами, если отчуждатель в данном конкретном случае при заключении такой сделки не желает безусловного перехода права собственности, он должен это особо оговорить, придать традиции условный характер. Для этого служит, между прочим, *pactum reservati dominii*, которое особенно часто присоединяется к договору купли-продажи, когда продавец кредитирует покупную цену, и гласит в таком случае, что, несмотря на то, что плата кредитирована, собственность должна считаться перешедшей к приобретателю лишь после полной уплаты. Впрочем, если в основании традиции лежит договор купли-продажи, то и помимо особой оговорки *vi legis* предполагается, что продавец не желает перенести на покупателя право собственности раньше уплаты покупной цены, раз продажа должна быть совершена на наличные (т. е. раз цена не кредитирована, 41 I. de reg. div. 2. 1.). С другой стороны, существуют сделки, которые, по общему правилу, не влекут за собой перехода права собственности, но с которыми сторона в данном конкретном случае желает связать это последствие. Сюда относятся случаи фидуциарной передачи права собственности при залоге вещи, отдаче ее на хранение и т. д., где формально кредитор по залогу, депозитарий и т. д. делается собственником ради того, напр., чтобы иметь возможность лучше блюсти интересы против третьих лиц. Если стороны в таких случаях желают перехода права собственности в интересах той или другой из них, он должны особо заявить о таковом своем желании.

III. Спрашивается, какое значение имеет тот факт, что вещь передана на основании недействительной, оспоримой или ошибочно предполагаемой, но не существующей на деле сделки? Переходит ли в таких случаях право собственности на приобретателя, раз имеется налицо *animus transferendi* и *acquirendi dominii*? Или иначе, есть ли традиция акт абстрактный (т. е. такой, сила которого не зависит от *causa traditionis*) или материальный? Старая доктрина признавала, что традиция есть акт материальный - она требовала *justa causa traditionis*, т. е. требовала, чтобы вещь была передана на основании действительной сделки. В настоящее время господствующее мнение высказывается в пользу того, что и недействительность сделки, лежащей в основании традиции, сама по себе не препятствует переходу права собственности, если только стороны имели *animus transferendi* и *acquirendi dominii*. Словом, традиция (при наличности *animus transferendi* и *acquirendi dominii*) имеет, по общему правилу, характер акта абстрактного, а не материального. Впрочем, из этого общего правила допускают ряд исключений; в частности, традиция, совершенная вопреки законному или судебному запрещению, недействительна. Господствующее мнение более отвечает интересам оборота и вполне может быть согласовано с источниками, а посему ему следует отдать предпочтение.

Итак, собственность не переходит, если отсутствует *animus transferendi* и *acquirendi dominii*. Такого нет, напр., в случае *error in persona* (если вещь передана не тому лицу, которому собственник желает ее передать, причем, впрочем, предполагается, что собственник вообще придавал значение этому обстоятельству), или в случае *error in dominio* (если собственник считает другое лицо собственником и передает свою вещь третьему лицу в качестве представителя предполагаемого собственника. Ср. 1. 35 D. de a. r. d. 41, 1), равно в случае *error in corpore*. С другой стороны, собственность переходит к приобретателю, хотя бы в основании традиции лежала сделка оспоримая (напр., вещь передана на основании убыточной купли-продажи, в которую продавец вовлечен вследствие обмана покупателя) или ошибочно предполагаемая, но не существующая (уплата недоплатленного), или даже недействительная (ср. 1. 36 D. de A. R. D. 41, 1), если только недействительная сделка не принадлежит к разряду недозволенных (напр., дарения между супругами), и если не существует законного или судебного запрещения отчуждать данную вещь.

IV. Приобретатель сам или через представителя должен получить юридическое

владение вещью, притом с согласия отчуждателя или представителя последнего. По общему правилу, приобретение юридического владения связано с приобретением экономического владения вещью, т. е. с реальной передачей ее. Если приобретатель был уже экономическим владельцем вещи (напр., имение покупает арендатор), то приобретение юридического владения происходит в силу договорного соглашения между сторонами - так назыв. *brevi manu traditio*. Но юридическое владение может быть приобретено и с оставлением вещи в экономическом владении прежнего собственника посредством так назыв. *constitutum possessorium* (напр., прежний собственник продает свой дом и остается жить в нем в качестве квартиранта; в таком случае он становится детентором, а юридическое владение вещью и вместе с тем право собственности переходит к приобретателю). Эта последняя форма приобретения собственности без реальной передачи вещи представляется очень опасной с точки зрения интересов оборота. Если отчуждаемой вещью владеет не сам отчуждатель, а третье лицо (напр., собственник продает украденную вещь, которая находится еще у вора), то отчуждатель может только уполномочить приобретателя завладеть вещью и с этой целью цедировать ему виндикацию, но собственность переходит к приобретателю лишь после того, как ему удастся завладеть вещью.

Примечание. Если вещь передана не самому приобретателю, а представителю его для доставки ее тому лицу, от имени которого он выступает (напр., я передаю проданную вещь лакею покупателя), то приобретатель с этого момента становится собственником вещи, хотя бы представитель не передал ему вещи, а удержал ее за собою или передал ее другому лицу. Если же вещь передана фиктивному представителю для доставки ее тому лицу, за представителя которого он себя выдает (напр., за получением купленной вещи является в магазин обманщик, выдающий себя за лакея покупателя), то традент сохраняет право собственности на вещь.

119. *Adjudicatio*

При отдельных исках, суд может разделить вещь на реальные части и присудит их отдельным собственникам или, если это признается неудобным или невозможным, присудит всю вещь одному из сособственников с обязательством вознаградить остальных бывших сособственников и т. д. Право собственности переходит на основании самого судебного присуждения, *adiudicatio*, если только участвующие в деле лица были единственными сособственниками вещи. Итак, в данном случае для перехода собственности не требуется передачи владения.

120. Приобретение собственности одним лицом благодаря лишению ее другого

В известных случаях собственник в виде наказания теряет свою собственность в пользу другого лица. Так, собственник, не заплативший за вещь должной пошлины, по общему правилу, теряет ее в пользу того лица или учреждения, которое имеет право налагать пошлину; собственник дома, не возместивший другому собственнику в течение 4 месяцев расходы на необходимый ремонт дома, теряет свое *condominium* в пользу этого лица. Родитель или родительница, вступая во второй брак, теряет право собственности на *lucra nuptialia* в пользу детей от первого брака.

Примечание. Другие случаи производного приобретения. Кроме указанных существуют еще некоторые другие случаи производного приобретения, о которых речь впереди. Сюда относится, напр., приобретение на основании наследования и отказа, а также *impetratio dominii* со стороны кредитора по залогу.

Первоначальные способы приобретения собственности

121. Приобретение плодов

Органические произведения вещи до отделения их от главной вещи составляют части ее и не имеют самостоятельного значения. С момента отделения их - *separatio* они становятся самостоятельными вещами, и право собственности на них, по общему правилу, приобретает тот, кто в момент *separatio* имеет право собственности на главную вещь. Из этого правила допускаются некоторые исключения; в ряде случаев, собственность на плоды приобретает не собственник главной вещи, а другие лица, а именно: а) *emphyteuta* - приобретает плоды с момента отделения их, *separatio*; б) *узифруктуарий* - приобретает плоды со времени захвата, *perceptio* их; в) что касается арендатора, то он приобретает плоды посредством *perceptio*, но только с согласия собственника, другими словами, если собственник запрещает ему присвоение плодов, то арендатор не приобретает их в собственность; г) по господствующему мнению и добросовестный владелец, *bonae fidei possessor*, приобретает право собственности на плоды с момента отделения их; однако если собственник главной вещи требует выдачи ее, то добросовестный владелец обязан выдать также и непотребленные плоды (*fructus exstantes*), но он не отвечает за потребленные плоды - *fructus consumptos suos facit**(124).

122. Приобретение никому не принадлежащих вещей

Occupatio. Оккупация есть одностороннее завладение вещью. Она влечет за собою приобретение права собственности на вещь, если вещь никому не принадлежала и не входит в число вещей, изъятых из гражданского оборота; *res nullius primo occupanti cedit*. Важнейшие *res nullius*: а) *insula in mari nata*, вновь образовавшийся в море остров; он принадлежит *primo occupanti*; б) дикие животные, которые находятся в состоянии естественной свободы: по общему правилу, можно было охотиться не только на своей, но и на чужой земле; однако собственник данного имения может запретить посторонним лицам охоту в пределах своего имения. Охотник, проникающий в имение, несмотря на такое запрещение, правда, становится собственником оккупированных зверей, но собственник имения в таком случае может требовать от него возмещения убытков посредством *interdictum uti possidetis* или *actio negatoria*; в) выбрасываемые морем вещи, напр., раковины, кораллы и т. д.; г) вещи, брошенные собственником - *res derelictae*; *derelictio* предполагает наличность *animus derelinquendi*, т. е. желание отделаться от вещи; некоторые ученые относят сюда так назыв. *iactus missilium*, сущность которого заключается в том, что бросают деньги или другие вещи в толпу (другие ученые усматривают в этом не *derelictio*, а *traditio in incertam personam* - передачу вещи неопределенному лицу, т. е. тому, кто первый подберет вещь); не считаются *derelictis* вещи, выбрасываемые за борт во время бури для спасения корабля; е) по римскому праву сюда же относится военная добыча.

Находка клада. Кладом признаются все ценные вещи, зарытые в землю, вделанные в стену или иным образом скрытые, собственник которых уже более неизвестен за продолжительностью истекшего времени. Если клад найден на собственной земле или на земле, никому не принадлежащей, то он переходит в собственность лица, нашедшего его. Если он случайно найден на чужой земле, то половина его принадлежит лицу, нашедшему его, а другая половина - собственнику имения; если же были произведены розыски без разрешения собственника имения или по прямому поручению, то он весь принадлежит последнему.

Находка потерянных вещей. Вещь считается потерянной, когда утративший ее не знает, где ее отыскать или от кого потребовать, или вообще, каким образом снова возвратит ее в свои руки. Нашедший вещь не становится, по общему правилу, собственником ее, а обязан вернуть ее настоящему собственнику.

123. Приобретение собственности посредством приращения, *accessio*

Приращение через присоединение одной недвижимости к другой. Сюда относятся

случаи приобретения *insula in flumine publico nata*, *alveus derelictus*, приобретение *per alluvionem* и *per avulsionem*. В частности, остров, образовавшийся в публичной реке - *insula in flumine publico nata* - приобретает собственниками прибрежных имений *pro partibus divisis*, границей служит, с одной стороны, линия, проведенная посередине реки вдоль ее течения, с другой, линии, пересекающие первую линию под прямым углом и идущие от пограничных пунктов отдельных имений. Те же начала применяются в том случае, если образуется свободная полоса земли вследствие того, что публичная река оставила прежнее свое русло и приняла новое направление, *alveus derelictus*. Простое наводнение не изменяет права собственности. Земля, постепенно наносимая или примываемая водою к берегу (так назыв. *alluvio*), составляет собственность того, чей берег. Если ценный земляной участок силою течения внезапно оторван от одного имения и пристал к другому, так назыв. *avulsio*, то он приобретает собственником последнего имения, если он срастется с этим имением.

Inaedificatio; строение, возведенное на чужой земле, переходит в собственность того лица, которому принадлежит земля.

Satio и *platio*; посеянные чужие семена переходят в собственность того, кому принадлежит засеянная ими земля; деревья и другие растения, пересаженные на чужую землю, присваиваются собственнику последней с того времени, как они пустят на ней корни.

124. Приобретение чужих движимых вещей посредством соединения, смешения и сыпки их с собственными движимыми вещами

Смешение и сыпка - *confusio* и *commixtio*. Под *confusio* понимают слияние жидких или растворимых веществ и сплавление металлов. Если *confusio* произошло по взаимному соглашению между собственниками отдельных веществ, то этим же соглашением определяется и характер отношений, возникающих между заинтересованными лицами после смешения. Если смешение произошло помимо такого соглашения (напр., случайно), то применяются следующие положения: а) если разъединение веществ практически осуществимо, то каждый сохраняет право собственности на свою вещь и может требовать разъединения их; б) если разъединение практически неосуществимо, то между прежними собственниками отдельных веществ возникает отношение сособственности, причем идеальная часть каждого пропорциональна ценности принадлежащего ему вещества; в) иногда *confusio* может представлять собою вид спецификации; в таком случае применяются постановления о последней.

Commixtio, или сыпка, есть смешение твердых, в особенности сыпучих, веществ, напр., зерна с зернами, песка с зернами и т. д. Если сыпка произошла по доброй воле заинтересованных лиц, то ими же определяется, какие должны возникнуть между ними отношения после сыпки. В противном случае опять надо различать две категории случаев: а) разъединение практически осуществимо - тогда каждый сохраняет право собственности на свою вещь и может требовать разъединения; б) разъединение практически неосуществимо (напр., смешаны зерна одинакового качества); в теории и тут каждое из заинтересованных лиц сохраняет свое исключительное право собственности на принадлежавшие ему вещи; на практике же допускается *vindicatio quantitatis*, т. е. каждый может требовать выдачи из общей массы такого количества вещей, какое соответствует принадлежащему ему раньше количеству их, не имея права и не будучи обязан требовать выдачи именно тех самых вещей, которые принадлежали ему до сыпки; другими словами, практически и в данном случае возникает отношение собственности. Исключение допущено в том случае, когда смешаны чужие деньги с собственными, и притом так, что нельзя отличить одни от других; в таком случае не возникает *vindicatio quantitatis*, а собственником всей суммы становится тот, кто произвел смешение, и противная сторона сохраняет только личный иск против него. Это постановление возникло в интересах оборота.

Соединение одних движимых вещей с другими. При соединении двух движимых вещей всегда одна вещь считается главной, а другая принадлежностной. Если соединена чужая вещь с собственной, то спрашивается, кому принадлежит сложное целое? В этом отношении

тоже надо различать две категории случаев. Если разъединение возможно без повреждения вещей, то каждое из заинтересованных лиц сохраняет право собственности на свою вещь, может требовать от лица, у которого находится вещь, полученная путем соединения, разложения ее (посредством *actio ad exhibendum*), и затем виндицировать свою вещь (напр., картина вставлена в чужую раму, бриллиант вставлен в чужое кольцо и т. д.). Если же разъединение невозможно без повреждения вещей, то собственность на придаточную вещь переходит к собственнику главной вещи (напр., рукопись написана на чужой бумаге, или картина на чужом холсте). В последнем случае весьма важное значение имеет вопрос о том, какую вещь считать главной. Источники не дают общего ответа на этот вопрос; в одних случаях они считают главной вещью ту, которая может существовать независимо от другой, в других случаях ту, которая больше походит на целое, еще в других ту, которая имеет большую ценность, и т. д. В частности, при исписанной бумаге бумага считается главной вещью; относительно картин установлено обратное: картина считается главной вещью, холст - придаточной.

125. Приобретение чужих вещей на основании *specificatio* (переработки)*(125)

Specificatio есть такая переработка движимой вещи, результатом которой является изготовление новой вещи, т. е. вещи, служащей для удовлетворения иных потребностей, чем первоначальная вещь. Сюда относится, напр., превращение зерна в муку, винограда в вино, шерсти в материю. Наоборот, окраска материи, вымолачивание зерен не подойдут под понятие спецификации, ибо тут не возникает новой вещи. Если собственник первоначальной вещи изготовил новую вещь, то, конечно, право собственности на новую вещь принадлежит ему же. То же самое следует допустить в том случае, если спецификант действовал по поручению собственника первоначальной вещи (напр., золотых дел мастеру передан слиток золота с тем, чтобы он изготовил из него вазу или цепочку и т. д.). Если спецификант изготовил новую вещь из чужого материала без поручения собственника последнего, то вопрос о том, кому принадлежит новая вещь, представляется более сложным. Сабинианцы признавали собственником новой вещи собственника материала. Прокулеанцы признавали собственником новой вещи спецификанта. Верх одержало среднее мнение, принятое и Юстинианом: новая вещь принадлежит спецификанту, если нельзя восстановить ее в прежнем виде (напр., вино, мука); она принадлежит собственнику материала, если это возможно (напр., золотой кубок). Впрочем, и в последнем случае собственность переходит к спецификанту, если она изготовлена им лишь частью из чужого, а частью из собственного материала. Спрашивается, приобретает ли спецификант в указанных случаях безусловно новую вещь в собственность, или только в том случае, когда он находился *in bona fide*, т. е. не знал, что воспользовался чужим материалом? Господствующее мнение совершенно резонно требует наличность *bona fides*. Спецификант, конечно, обязан вознаградить собственника материала за понесенный им убыток; как добросовестный приобретатель он отвечает, однако, лишь в пределах своего обогащения.

126. Приобретение чужих вещей на основании приобретательной давности. Понятие и история*(126)

Институт приобретательной давности введен в интересах возможно полного обеспечения собственности. Сущность его заключается в том, что тот, кто владеет вещью как собственной в течение определенного срока времени, при наличии известных условий приобретает право собственности на нее. Такое владение, которое может перейти в собственность, называется *possessio ad usucapionem* и противоплагается *possessio ad interdicta*. Признанием этого начала устраняется целый ряд сомнений и споров, и в этом смысле приобретательная давность установлена в интересах собственника. Уже древнее римское право выработало институт приобретательной давности, так назыв. *usucapio*. Кто владел *iusto titulo* и *bona fide* в течение одного года движимой вещью и двух лет

недвижимою, тот, по общему правилу, становился собственником ее; важное неудобство состояло в том, что *usucapio* как гражданский способ приобретения собственности не применялась к peregrinam и не распространялась на *agri provinciales*. Ввиду ограниченной сферы применения старинной *usucapio*, позднее время выработало дополнительный институт, так назыв., *longi temporis praescriptio*, которая применялась к провинциальным участкам и была доступна peregrinam. Именно претор постановил, что тот, кто *justo titulo* и *bona fide* владеет участком 10 лет *inter praesentes* и 20 лет *inter absentes*, может противопоставить виндикации собственника *longi temporis praescriptio* или *exceptio*, другими словами, владелец не приобретал права собственности, которое сохранялось за прежним собственником, а только виндикация собственника погашалась давностью. При таком положении вещей сохранялось, однако, то неудобство, что если прескрибент, по истечении давностного срока, почему-либо утратил владение вещью и вещь поступила вновь во владение собственника, прескрибент не мог требовать обратной выдачи ее от него. Позднее, однако, и это было допущено, т. е. прескрибент и в случае утраты владения мог требовать возврата вещи не только от третьих лиц, но и от прежнего собственника. Этим отпало важнейшее различие между *usucapio* и *longi temporis praescriptio*, но зато сохранились некоторые другие различия: так, *longi temporis praescriptio* никогда не доставляла квинтского права собственности. Итак, в позднейшем праве параллельно существовали два института приобретательной давности - *usucapio* и *longi temporis praescriptio*; идея, лежащая в их основании, у обоих была одинаковая, но в предположениях и юридических последствиях существовали некоторые различия. Юстиниан слил оба эти института в 529 году, он связал с облегченными предположениями *longi temporis praescriptio* более сильные юридические последствия *usucapio*, т. е. полный непосредственный переход права собственности. Вместе с тем он упразднил двухлетнюю *usucapio* италийских участков и определил, что для всех недвижимых вещей имеет силу 10-летний давностный срок *inter praesentes* и 20-летний - *inter absentes*, для движимостей же установлен давностный срок в 3 года. Весь институт новейшими юристами называется *usucapio ordinaria*.

Наряду с *usucapio ordinaria* Юстиниан создал еще дополнительный институт *usucapio extraordinaria*. Именно, он постановил, что тот, кто до него за истечением 30-летней исковой давности мог противопоставить виндикацию собственника *exceptio triginta* или *quadraginta annorum*, или *praescriptio longissimi temporis*, приобретает, сверх того, на случай утраты владения *actio in rem*, если только он в свое время приобрел вещь *bona fide*. Другими словами, Юстиниан с предположениями общей исковой давности соединил, под условием *bona fides*, владельца, последствия приобретательной давности, т. е. переход права собственности. Важное различие между обыкновенной и чрезвычайной приобретательной давностью состоит в том, что при последней владелец не обязан указывать *justus titulus* владения, а так как *bona fides* предполагается, доколе противное не будет доказано, то владелец исключительно обязан доказать, что он владел вещью не меньше 30 или 40 лет.

127. Условия обыкновенной приобретательной давности

Существует пять условий приобретательной давности: а) непрерывное владение, б) законное основание владения, в) добрая вера, г) истечение срока, д) надлежащий объект.

Непрерывное владение, *possessio*. Первое условие есть владение вещью как собственною, так назыв. *possessio ad usucapionem*. Владельцем в этом смысле считается и тот, кто передал вещь во владение кредитору по залогу и прекарису, равно эмпитевту и суперфициарию. Следовательно, в этих случаях одно лицо *possidet ad usucapionem*, другое, как-то: кредитор по залогу или прекарис - *ad interdicta* (конечно, строго говоря, в данном случае тот, кто передал вещь, напр., кредитору по залогу или прекарису, не владеет ею вовсе, а только время нахождения вещи у этих лиц засчитывается ему в срок приобретательной давности, якобы он владел ею). Объектом владения может служить только *res in commercio*, далее, интеллектуальная часть вещи, а относительно земельных участков - и реальная часть, но только не совокупность вещей как таковая.

Законное основание владения - *iustus titulus*. Владение вещью должно было быть приобретено на таком основании, которое само по себе открывало возможность непосредственно приобрести собственность, хотя в данном частном случае, ввиду внешних препятствий, приобретение владения не повело за собою непосредственного приобретения собственности. К таким основаниям относятся напр., купля-продажа, дарение, легат и т. д. (в противоположность, напр., договору залога, найма и т. п.). Препятствием для непосредственного приобретения собственности в данном частном случае могло служить, напр., то обстоятельство, что даритель или продавец сам не был собственником. Число таких оснований, *justi tituli*, - довольно велико; в источниках упоминается отдельно: владение *pro soluto, pro emptore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, pro transactione*; общее название для всех титулов, вообще, и не упоминаемых особо, в частности, - *pro suo*. В данном частном случае может не существовать законного основания, хотя владелец и убежден в том, что таковое существует, - напр., владелец думает, что купил вещь, но купля-продажа была недействительна, так как вещь куплена у умалишенного, который казался здоровым; или лицо поручило представителю купить вещь, и тот ему доставляет ее, утверждая, что он купил ее; но на самом деле представитель получил ее лишь на хранение или во временное пользование. По вопросу о том, в каких пределах можно ссылаться на такое мнимое основание, или, другими словами, в каких случаях мнимое основание, *titulus putativus*, может заменить действительное, *titulus verus*, существует спор. Наиболее правильной представляется теория Дернбурга (Панд. I 220), который говорит следующее: первоначально римские юристы допускали только *verus titulus*. С течением времени, однако, в отдельных частных случаях стали допускать и *titulus putativus*, пока, наконец, не было признано, что мнимое основание равносильно действительному во всех тех случаях, когда заблуждение владельца относительно существования основания по обстоятельствам дела представляется извинительным, - *probabilis error possidentis usucapioni non obstat*.

Bona fides - добрая вера*(127). Владелец должен находиться *in bona fide*, т. е. он не должен знать о тех препятствиях, в силу которых он не мог непосредственно сделаться собственником. Сверх того, *bona fides* должна основываться на извинительном заблуждении - *error probabilis*, в частности, она, по общему правилу, не должна основываться на *error juris*; в источниках прямо говорится: *nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest* (1.31 pr. D. de usurp. 41,3). В чистом римском праве *bona fides*, по общему правилу, должна быть налицо только в момент приобретения вещи во владение, так что *mala fides superveniens* *non nocet*. По каноническому праву, реципированному современным римским правом, требуется *bona fides* за все время владения вещью; следовательно, теперь *mala fides superveniens* *nocet*. Владелец не обязан доказывать, что он владеет вещью *bona fide*; напротив, *bona fide* предполагается, доколе противное не будет доказано.

Истечение срока приобретательной давности - *tempus*. Для давностного приобретения движимостей требуется 3-летний срок; для недвижимостей *inter praesentes*, т. е. для лиц, жительствующих в одной и той же провинции, - 10 лет, *inter absentes* - 20 лет. Провинцию теперь заменяет судебный округ. Если часть 10-летнего срока протекла *inter praesentes*, то лишь для остальной части требуется двойное число лет. Вещь окончательно приобретена с момента наступления последнего для законного срока. Если вещь приобретена на основании деривативного титула, то при известных условиях допускается *accessio possessionis*, т. е. не требуется, чтоб узупапиент сам владел вещью в течение всего срока приобретательной давности, а он может присчитать время нахождения вещи у своего предшественника. При этом различают приобретение *titulo singulari* и *titulo universali*, т. е. в качестве наследника. Если узупапиент приобрел вещь *titulo singulari*, то требуется, чтобы владение непосредственно перешло к нему от его *auctor'a*: сверх того, конечно, требуется, чтобы предшественник и преемник оба владели вещью *justo titulo* и *bona fide*. Что касается наследника и других лиц, приобретших вещь *titulo universali*, то они и в этом отношении вступают в права наследодателя, т. е. продолжают начатое наследодателем давностное приобретение вещи, хотя бы вещь поступила во владение наследника не тотчас после смерти наследодателя; другими словами, в общий срок приобретательной давности

включается и время, пока наследственная масса представляла собою *hereditas jacens*, т. е. пока наследник еще не приобрел открывшегося наследства, если только в это промежуточное время вещью не завладело третье лицо. С другой стороны, если наследодатель находился *in mala fide* и след., не был узупапиентом, то наследник, несмотря на его *bona fides*, не может сделаться узупапиентом, ибо он *succedit in vitium defuncti*. Ввиду изложенного, а данном случае правильнее говорить не об *accessio possessionis*, а о *successio possessionis*, как то делает Дернбург, и ограничить понятие *accessio possessionis* случаями приобретения *titulo singulari*.

Res habilis - вещь, которая может быть приобретена путем узупапии. Некоторые вещи не подлежат давностному приобретению по субъективным основаниям, т. е. ввиду принадлежности их определенным лицам, интересы которых особо охраняются, как то: *res fiscales*, *res dominicae*, вещи несовершеннолетних и недвижимые вещи церковей и благотворительных учреждений. По объективным же основаниям не подлежат приобретательной давности: а) *res furtivae* - краденые вещи, еще на основании постановления XII табл. и *Lex Antinia*; б) *res vi possessae* - недвижимые вещи, насильственно отнятые у собственника, пока они не возвращены ему, на основании *lex Julia et Plautia*; в) вещи, отчуждение которых запрещено законом; г) спорные межи; д) некоторые другие вещи.

128. Перерыв и приостановка давностного приобретения

Давностное приобретение считается прерванным (так назыв. *usurpatio*), т. е. все истекшее время исключается из давностного срока в следующих случаях: 1) в случае перерыва владения - *usurpatio naturalis*, напр., у владельца вещь насильственно отнята или он дерелинквировал вещь и т. д.; во всех таких случаях, если он сам или третье лицо *bona fide* завладеет вещью, может быть начат только новый давностный срок; 2) в случае предъявления к узупапиенту виндикации, хотя бы процесс не был доведен до конца; впрочем, в этом случае владение прерывается только по отношению к виндиканту, а не по отношению к третьим лицам; 3) в том случае, когда владелец перестает быть владельцем добросовестным (в чистом римском праве этого случая не существовало, так как там действовало правило: *mala fides superveniens non nocet*).

Давностное приобретение приостанавливается: 1) если вещь, давностное приобретение которой началось, перейдет в собственность лица, по отношению к которому не допускается давностное приобретение; напр., вещь лица А, которою владеет *ad usucapionem* Б, переходит в собственность несовершеннолетнего наследника лица А; 2) в случае наступления известных юридических и фактических препятствий для предъявления иска о собственности.

129. Чрезвычайное давностное приобретение, *usucapio extraordinaria*

Для него требуется владение вещью как собственною в течение 30 или 40 лет под условием *bona fides*; по римскому праву была достаточна *bona fides* в момент приобретения вещи, теперь требуется *bona fides* в течение всего этого срока. Владелец не обязан доказывать, что он владеет вещью *bone fides*, дело противника доказать его *mala fides*, он не обязан также указать *justus titulus*, на основании которого он приобрел владение; в остальном действуют те же положения, как и для *usucapio ordinaria*. Таким путем могут быть приобретены и вещи, относительно которых не допускается обыкновенное давностное приобретение, т. е. *res furtivae* и т. д.

Глава III. Прекращение права собственности

130. Обзор отдельных случаев

Право собственности одного лица на вещь прекращается с приобретением этого права

другим лицом. Такой переход собственности от одного лица к другому может иметь место: а) по воле прежнего собственника на основании традиции; б) помимо его воли, на основании давностного приобретения и на основании наступления резолютивного условия. Право собственности прекращается в случае уничтожения вещи и перехода ее в разряд *res extra commercium*. Оно, далее, прекращается, если вещь становится *res nullius*; сюда относится дереликция вещи собственником; она предполагает *animus derelinquendi* и право отчуждения вещи в лице собственника; сюда же относится возвращение диких животных в состояние естественной свободы. При этом различаются неприрученные и прирученные животные. Первые становятся *res nullius*, раз они сбежали и скрылись из глаз собственника, вторые - в том только случае, если они удалились и утратили *animus revertendi*. На домашних животных это правило не распространяется. Если такое животное сбежит и утратит *animus revertendi*, то это влечет за собою только потерю владения, но не потерю собственности. Наконец, по римскому праву собственность прекращается с переходом вещи в руки неприятеля.

Глава IV. Защита права собственности

131. Общий обзор

Для защиты права собственности служат два вещных иска: *rei vindicatio* и *actio negatoria*. *Rei vindicatio* применяется в тех случаях, когда собственник сам в лице своего представителя утратил экономическое владение вещью и вещь не возвращается ему. *Actio negatoria* применяется во всех остальных случаях, в которых право собственности нуждается в защите против других неправомерных действий третьих лиц, напр., если третье лицо приписывает себе право сервитута на вещь. Кроме вещных исков существует и ряд личных исков, к которым собственник, при известных условиях, может прибегнуть; сюда относятся раздельные иски, далее *interdictum quod vi aut clam* и др.; впрочем, большинство этих личных исков может быть предъявлено не одним только собственником, но и известными другими лицами. Наконец, кроме защиты в порядке исковом возможна и защита путем предъявления так назыв. *exceptio dominii*; она применяется в тех случаях, когда к собственнику предъявляется иск, противоречащий его праву собственности.

Вещные иски собственника

132. *Rei vindicatio*. Предположения этого иска^{*(128)}

Истцом является невладеющий собственник. Ответчиком является владеющий несобственник, притом не только юридический владелец, но и *detentor*; последний, однако, может уклониться от участия в деле путем указания того лица, от имени которого он держит вещь, так назыв. *laudatio*, или *nominatio auctoris*. Источники в двух случаях допускают виндикацию против *fictus possessor*, т. е. против лица, которое, несмотря на то, что не владеет вещью, рассматривается как владелец, именно: а) против того, кто, не владея вещью, умышленно вступил в спор, выдавая себя за владельца, *qui liti sese obtulit*; б) против того, кто умышленно перестал быть владельцем вещи - *qui dolo malo desiit possidere*. Иск против *fictus possessor*, впрочем, представляет собою скорее квалифицированный личный иск об убытках, чем иск о собственности, что явствует, между прочим, из того, что, получив вознаграждение от *fictus possessor*, собственник сохраняет право виндцировать вещь у настоящего владельца ее, *verus possessor*. Объектом виндикации может служить определенная отдельная вещь или интеллектуальная часть вещи, а при недвижимостях и реальная часть участка - *locus certus ex fundo*, и совокупность вещей, напр., стадо.

133. *Onus probandi* собственника

Истец прежде всего обязан доказать свое право собственности. Это весьма затруднительно, когда собственность перешла к нему на основании производного способа приобретения, ибо он тогда обязан доказать, что все его предшественники тоже были собственниками, - так назыв. *probatio diabolica*. Сверх того, он обязан доказать что ответчик владеет вещью или что он *fictus possessor*. Впрочем, в одном случае собственник освобождается от обязанности доказывать свое право собственности, именно, если ответчик отрицает, что он владеет вещью, истец же это докажет; истец в таком случае получает владение вещью (посредством так назыв. *interdictum quem fundum*), и прежний ответчик сам уже должен предъявить виндикацию к нему, если он считает свое дело правым.

134. Объем виндикации

Виндикация направлена на признание права собственности и на выдачу самой вещи с ее приращениями (*res cum omni causa*). Ответственность перед истцом ответчика различествует, смотря по тому, является ли он добросовестным или недобросовестным владельцем. Добросовестный ответчик не отвечает вовсе за пропажу или ухудшение вещи (и приращений ее), поскольку то или другое произошло вследствие действия случая (*casus*), и, сверх того, он отвечает за *dolus* и *culpa* только с момента литисконтестации (ибо, как добросовестный владелец, он до предъявления иска, очевидно, не мог находиться *in dolo*, не зная о притязании противной стороны, а небрежное обращение с вещью должно быть признано простительным, так как владелец думал, что имеет дело со своею собственностью).

Недобросовестный ответчик отвечает не только за *dolus* и *culpa* за все время, пока он владел вещью *mala fide*, но, сверх того, с момента литисконтестации и за случайную пропажу или ухудшение вещи, если только он не докажет, что соответствующий убыток постиг бы истца даже в том случае, если бы вещь была ему передана при самом возбуждении спора. *Vor (fug)* отвечает за *casus* и до литисконтестации. Если ответчик (все равно, добросовестный ли он или недобросовестный владелец) будет присужден к выдаче спорного объекта и не пожелает добровольно выдать его, то он считается *contumax* (строптивым). В классическом праве для таких случаев не существовало прямых средств принудить ответчика к выдаче вещи. Судья мог только постановить *arbitrium de restituendo* - предложение выдать вещь истцу; если ответчик не соглашался, то истец мог принести *jus iurandum in litem*, клятвенную оценку своего убытка, и ответчик присуждался к уплате соответствующей суммы денег (такое положение вещей вытекало из принципа: *omnis condemnatio pecuniaria esse debet*). Юстиниан определил, что истцу присуждается самая вещь; от истца же зависит, если ответчик отказывается выдать вещь, добиться выдачи ее в порядке принудительного исполнения решения или же согласиться на переоценку убытка на деньги (*litis aestimatio*), причем допускается *jus iurandum in litem*: в последнем случае дело рассматривается так, как будто вещь продана истцом ответчику.

Кроме самой вещи ответчик обязан выдать и *omnis causa*, т. е. плоды и другие приращения, напр., половину клада, найденного в спорном участке, *partus ancillae* и т. д. Особые постановления регулируют ответственность владельца за плоды. А именно, недобросовестный владелец отвечает за все *fructus percepti* и *percipiendi*, т. е. не только за выгоды, действительно извлеченные им, но и за плоды, которые он мог бы извлечь из вещи, притом не только с момента литисконтестации, но и за все прежнее время; добросовестный владелец отвечает за *fructus percepti* и *percipiendi* только с момента литисконтестации; что касается плодов, извлеченных им до этого времени, то он обязан выдать только *fructus exstantes*, т. е. те плоды, которые ко времени литисконтестации еще имеются у него налицо, но не обязан вознаграждать за *fructus consumpti*, т. е. плоды, потребленные им до литисконтестации.

135. Возражения ответчика

В известных случаях владелец может противопоставить виндикации собственника *exceptio doli*; другими словами, он имеет право удержания вещи, *jus retentionis*. Так, ответчик может удержать вещь впредь до получения вознаграждения за известные расходы, сделанные им на вещь. Различают *impensae necessariae*, *utiles* и *voluptuariae*. Всякий владелец, кроме вора, имеет *jus retentionis*, раз им были произведены необходимые расходы (*impensae necessariae*), т. е. расходы, связанные с нормальным пользованием вещью. Добросовестный владелец имеет такое же право относительно полезных расходов (*impensae utiles*), т. е. таких расходов, благодаря которым доходность вещи увеличилась. Что касается ненужных расходов (*impensae voluptuariae*), то относительно них всякий владелец имеет только *jus tollendi*, т. е. он не может требовать возмещения таких расходов, а может только снять те ненужные приспособления, из-за которых были произведены такие расходы, поскольку это сопряжено с выгодой для него и не ведет к ухудшению главной вещи. Недобросовестный владелец имеет и относительно *impensae utiles* только *jus tollendi* на одинаковых основаниях. Далее, *jus retentionis* для ответчика может вытекать из принадлежащего ему вещного права на вещь, напр., он usufructуарий или кредитор по залогу. Равным образом *jus retentionis* может быть основано на обязательственном отношении, существующем между истцом и ответчиком, в силу которого собственник обязан предоставить ответчику пользование вещью, напр., вещь сдана внаем или в аренду ответчику. За то добросовестный владелец, приобретший вещь от третьего лица на возмездном основании, по общему правилу, не имеет права требовать от виндицирующего собственника возмещения уплаченной им за вещь суммы.

136. *Negatoria in rem actio(129)**

Иск этот служит для защиты собственника против таких нарушений его права собственности со стороны третьих лиц, которые не связаны с утратой владения вещью. Такие нарушения могут носить двоякий характер, положительный или отрицательный, смотря по тому, оказывает ли третье лицо против воли собственника прямое воздействие на его вещь или же оно мешает ему в том или другом отношении свободно пользоваться или распоряжаться вещью. Одно из наиболее часто встречающихся нарушений состоит в том, что третье лицо приписывает себе право сервитута на вещь собственника. В частности, истцом является собственник, право собственности которого подверглось неправомерному нарушению; таковым считается, между прочим, и простое утверждение третьего лица, что ему принадлежит право, ограничивающее право собственности истца. Ответчиком является третье лицо, которое позволило себе нарушить право собственности истца. Собственник обязан доказать свое право собственности на вещь и то, что ответчик покушался на его право собственности. Особый спор существует относительно тех случаев, когда третье лицо утверждает, что оно имело право совершить данное действие; именно, спрашивается, обязан ли собственник доказывать, что ответчик не имеет никакого права, или же ответчик с своей стороны должен доказать существование такого ограничивающего собственность истца права. Господствующее мнение высказывается в пользу второго предположения; другими словами, собственник не обязан доказывать, что его право собственности свободно от тех ограничений, которые приписывает ему ответчик; некоторые ученые, напротив, возлагают на собственника такую обязанность. Наконец, некоторые ученые признают такую обязанность собственника только в известных случаях, как то: когда ответчик должен быть признан *quasi*-владельцем сервитута.

Иск направлен на признание свободы собственности от ограничений, раз ответчик ссылается на существование такового, далее на устранение нарушения, восстановление прежнего состояния и вознаграждение за причиненный убыток; при известных условиях истец может требовать и *cautio de non amplius turbando*, т. е. ответчик должен предоставить обеспечение, что он впредь не возобновит своих неправомерных действий.

137. *Publiciana in rem actio(130)**

Иск этот был введен претором для защиты узупапионного владения. Истцом является тот, кто начал владеть вещью *ad usucapionem* и утратил владение до истечения срока приобретательной давности; следовательно, истец должен был приобрести владение *justo titulo* и *bona fide*; объектом владения может быть только *res habilis*. Иску отказывается в иске, если ответчик владеет вещью на лучшем или на равном праве. В частности, на лучшем праве владеет собственник, который может противопоставить истцу *exceptio dominii*; на равном праве владеет тот, кто добросовестно приобрел вещь от того же *auctor'a*, как и истец, но раньше последнего; на равном же праве владеет тот, кто приобрел вещь от другого *auctor'a*, чем истец, хотя бы даже позже последнего. В остальном, т. е. касательно объекта, повода, последствий *Publiciana* сходится с виндикацией.

Actio Publiciana может быть предъявлена не только в случае утраты владения, но и в случае совершения третьими лицами других неправомерных действий, нарушающих спокойное пользование вещью. Другими словами, этот иск соединяет в себе функции виндикации и *actio negatoria*. К этому иску может прибегнуть и собственник, который освобождается этим от обязанности доказывать свое право собственности. В до-Юстиниановском праве *actio Publiciana* имела еще другую функцию: она служила для защиты бонитарного собственника, т. е. такого лица, которое приобрело *res mancipi* на основании неформальной традиции. В Юстиниановском праве с уничтожением различия между квинритской и бонитарной собственностью эта функция иска отпала.

138. Личные иски собственника. Обзор их

Наряду с вещными исками в распоряжении собственника недвижимости находятся и некоторые личные иски, которыми охраняется фактически существующее в данное время в его имении положение вещей против известных нарушений его со стороны третьих лиц, главным образом соседей. Впрочем, большинство этих исков может быть предъявлено не только собственником, но и другими лицами, имеющими вещное (а в известных случаях и личное) право на имение*(131). Сюда относятся: 1) *Interdictum quod vi aut clam*. Этот интердикт может быть предъявлен против третьих лиц, которые вопреки запрещению (*vi*) или за спиной (*clam*) заинтересованного лица произвели какую-нибудь перемену в имении, напр., соорудили здание в его пределах. Интердикт направлен на восстановление *status quo* и возмещение всего причиненного убытка. Он может быть предъявлен в течение *annus utilis*.

2) *Operis novi nuntiatio*. Если в имении или по соседству с ним воздвигается строение, грозящее опасностью этому имению, *opus novum in solo factum*, то собственник (также другие лица, имеющие вещное право на имение) могут протестовать против продолжения работ. С этой целью они отправляются на место работ и требуют тут приостановления их: след., этот протест, который и носил название *operis novi nuntiatio*, носит внесудебный характер. Если работы после этого не будут приостановлены, то нунциант может требовать сноса постройки посредством так назыв. *interdictum demolitorium*. Но противная сторона, конечно, может ходатайствовать пред судом о кассации наложенного на ее постройку запрещения, доказывая, напр., что никакой опасности от постройки нунцианту не грозит и т. п. Суд, во всяком случае, обязан удовлетворить подобное ходатайство, раз проситель представляет обеспечение на случай могущего произойти от постройки убытка.

3) *Aquae pluviae arcendae actio*. Этот иск преследует произвольное изменение стоков воды в одном имении, поскольку таковое грозит опасностью другому имению. Иск направлен на восстановление прежнего состояния.

4) *Cautio damni infecti*. *Cautio damni infecti* есть обеспечение, которое можно было требовать от соседа по имению или дому, который или проектирует какое-нибудь опасное сооружение или на земле которого уже находится таковое (напр., дом, грозящий обрушиться). С этой целью заинтересованное лицо могло обратиться к претору, который и приглашал противную сторону выдать подобное обеспечение в форме обещания вознаградить просителя за весь могущий произойти от строения убыток. Если противная

сторона отказывалась от этого, то претор декретом вводил просителя во временное владение грозящим опасностью строением (*missio in possessionem damni infecti nomine*); если противник и после этого продолжал упорствовать, то претор, по истечении определенного срока времени, издавал второй декрет, коим окончательно лишал строптивного его права на сооружение в пользу просителя (*missio in possessionem ex secundo decreto*).

Сервитутное право

Глава I. Сущность сервитутов

139. Определение и основные положения*(132)

Сервитуты суть вещные права пользования чужою вещью, они устанавливаются либо в пользу определенных лиц, либо в пользу собственника определенного имущества. Они состоят либо в праве лица непосредственно пользоваться чужою вещью в том или другом отношении, либо в праве возбранять собственнику известное пользование вещью. Основные положения сервитутного права: а) *servitus in faciendo consistere non potest*, т. е. содержание сервитутов не может быть таково, чтобы собственник был сам обязан исполнить что-либо, *facere*; оно может заключаться лишь в том, что он обязан терпеть (*pati*) известные акты пользования со стороны другого лица или воздерживаться сам (*non facere*) от известных актов пользования своею вещью: исключение составляет только *servitus oneris ferendi*; б) *nulli res sua servit* - никто не может иметь сервитутного права на собственную вещь, ибо собственность как более полное право, поглощает сервитут: вследствие этого сервитут относительно данной вещи прекращается, если управомоченное лицо приобретает право собственности на нее; в) *servitus servitutis esse non potest*, т. е. сервитут не может служить объектом нового сервитута, напр., нельзя сделать кого-нибудь usufructуарием дорожного права, *jus itineris*; впрочем, этот принцип позднее обходился; д) сервитут должен представлять какую-нибудь выгоду для уполномоченного лица, это лицо должно быть заинтересовано в существовании сервитута; вследствие этого не допускается установление сервитута ради одного каприза, напр., *ut spatium et ut coenare in alieno possimus*; е) сервитуты, кроме *ususfructus*, суть права неделимые.

140. Главное деление сервитутов

Основное деление сервитутов есть деление их на *servitutes personarum* и *servitutes rerum* или *jura praediorum*, личные и реальные сервитуты, смотря по тому, установлен ли сервитут в пользу определенного лица или в интересах определенного имущества. Реальные сервитуты отличаются крайним разнообразием; что же касается личных сервитутов, то число их ограниченное; главные виды их - *usus*, *ususfructus*. Впрочем, возможно придать реальному сервитуту характер личного, установив его в пользу определенного только лица, напр., данного собственника имущества. Такого рода сервитуты обыкновенно выделяются в особую категорию иррегулярных сервитутов, - строго говоря, они представляют собою ограниченный *ususfructus* или *usus*.

Глава II. Отдельные личные сервитуты

141. *Ususfructus*. Понятие и главные свойства*(133)

Узуфрукт есть принадлежащее определенному лицу вещное право пользования чужою непотребляемою вещью и извлечения из нее плодов под условием сохранности самой вещи. *Ususfructus est jus alienis rebus utendi, fruendi satva rerum substantia*. Управомоченное лицо называется узуфруктуарием, или фруктуарием. Пока существует право узуфрукта на вещь,

собственник имеет относительно нее только *nuda proprietas*. Узуфрукт как личный сервитут есть право, принадлежащее только данному лицу: он не может быть распространен на наследников первого узуфруктуария. Впрочем, позднейшее римское право уклонилось от этого принципа; если специально было постановлено, что узуфрукт должен перейти и к наследникам узуфруктуария, то такое распоряжение не считалось недействительным: однако каждый наследник должен представить новую *cautio usufructuaria*, другими словами, формально дело рассматривалось так, как будто наследник не продолжает узуфрукт своего наследодателя, а приобретает новый узуфрукт. Узуфрукт, по теории римских юристов, неотчуждаемое право, - цессия его недействительна, но осуществление его стало отчуждаемым. Узуфруктуарий может уступить, цедировать третьему лицу осуществление своего права на возмездном или безвозмездном основании, на время или на весь срок существования своего права узуфрукта. Неотчуждаемость самого права при отчуждаемости осуществления его имеет то практическое значение, что узуфрукт остается связанным с личностью первоначального узуфруктуария в том смысле, что со смертью его он прекращается, тогда как смерть цессионария не оказывает влияния на узуфрукт, напротив, осуществление его переходит к его наследникам. Равным образом первоначальный узуфруктуарий продолжает отвечать перед собственником за все действия цессионария, как за свои собственные. Впрочем, цессионарий приобретает не только личное требование против первоначального узуфруктуария, а пользуется и вещной защитой, предъявляя иски первоначального узуфруктуария, в качестве *actiones utiles* как против него самого, так и против третьих лиц. Сверх того, отречение первоначального узуфруктуария от уступленного им права узуфрукта в пользу собственника недействительно. Узуфрукт есть делимое право, он далее может быть установлен относительно интеллектуальной части вещи, равно он может принадлежать нескольким лицам *pro partibus indivisis*.

142. Права узуфруктуария

Узуфруктуарий имеет право пользоваться вещью с устранением собственника от пользования ею, но он должен пользоваться ею *boni viri arbitrato*, постоянно помня, что вещь должна быть возвращена впоследствии собственнику. Право пользования его распространяется и на приращение вещи, но лишь постольку, поскольку таковые не представляют отдельной вещи, поэтому оно не распространяется на *insula in flumine nata* и на *partus ancillae*. Он имеет право извлекать из вещи плоды как естественные, так и гражданские. Естественные плоды он приобретает *per perceptionem*; плоды, которыми он не успел завладеть ко времени прекращения своего права, переходят к собственнику. Что касается гражданских плодов, то они распределяются между собственником и узуфруктуарием пропорционально времени существования узуфрукта. Для осуществления своего права пользования и извлечения плодов узуфруктуарий имеет квалифицированную *detentio* вещи, пользуясь посессорной защитой в качестве *quasi*-владельца.

Пределы полномочий узуфруктуария: а) узуфруктуарий не должен без согласия собственника ухудшать вещь своим пользованием, *fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet, meliorem facere potest*; явно он не имеет права предпринимать такие существенные изменения, вследствие которых вещь получает новое назначение, напр., он не имеет права обратить парк в огород или замок в фабрику и т. д.; критерием для решения вопроса о том, какие изменения могут быть сделаны узуфруктуарием, и здесь служит *boni viri arbitratu*; б) он не может отчуждать своего права узуфрукта, хотя он может предоставить третьему лицу осуществление своего права, равным образом он не может обременять вещь сервитутами; в) с другой стороны, собственник, *propriarius*, хотя и сохраняет право отчуждать и закладывать свою *nuda proprietas*, но без согласия узуфруктуария не может предпринимать никаких действий, способных ограничить права последнего.

143. Обязанности узуфруктуария

Узуфруктуарий не только обязан пользоваться вещью осмотрительно, *boni viri arbitrato*, но как *bonus paterfamilias* должен принять все меры к тому, чтобы сохранить ее в исправном виде, поскольку время и умеренное пользование сами по себе не влекут за собою уменьшения стоимости ее; поэтому он несет обыкновенные расходы по ремонту зданий, должен заботиться о корме животных, о пополнении стада и т. д. Он отвечает за *omnis culpa*, но он не обязан принимать на себя особых расходов, вызванных помимо его воли, как то: расходов по капитальному ремонту здания и т. д. Он несет подати и повинности, лежащие на вещи. По прекращении узуфрукта он обязан выдать вещь и вознаградить собственника за всякий убыток, причиненный им, в известных случаях к нему может быть предъявлен иск и в то время, пока продолжается узуфрукт. Он обязан представить особое обеспечение, *cautio ususfructuaria*, обыкновенно в форме поручительства; в случае непредставления его он может быть принужден к этому как иском путем, так и путем невыдачи вещи. Впрочем, он может быть освобожден от представления такого обеспечения на основании особого соглашения, а в известных случаях и на основании закона.

144. Quasiususfructus*(134)

Объектом узуфрукта могут служить только телесные непотребляемые вещи. Однако в конце республики или в начале империи состоялся сенатусконсульт, определивший, что узуфрукт может быть установлен относительно всякого рода вещей. Это послужило поводом для выработки особого института *quasiususfructus*, который преследует те же экономические цели, как и *verus ususfructus*, но имеет совершенно иную юридическую форму. *Quasiususfructus* применяется в двух категориях случаев. Во-первых, он может быть установлен относительно потребляемых вещей, как то: денег, хлеба, вина. В таком случае *quasi-узуфруктуарий* приобретает право собственности на эти вещи с обязательством вернуть по наступлении такого обстоятельства, которое повлекло бы за собою прекращение настоящего узуфрукта, *tantundem ejusdem qualitatis* или соответствующую сумму денег тому лицу, которому при настоящем узуфрукте пришлось бы вернуть самую вещь. Для обеспечения этого он должен представить *cautio quasi ususfructuaria*. Что касается платьев, то они сами по себе не суть потребляемые вещи, однако, если носить их, они обыкновенно в скором времени изнашиваются; поэтому допускается устанавливать на них не только *verus*, но и *quasiususfructus*. Во-вторых, он может быть установлен относительно обязательственных требований, так называемый *ususfructus nominum*. Если он установлен в пользу самого должника, то сущность его заключается в том, что должник за соответствующее время не обязан платить % по своему долгу и не обязан произвести платеж по нему. Если он установлен в пользу третьего лица, то это третье лицо за соответствующее время имеет право получать % по долгу; *in dubio* оно имеет также право требовать исполнения от должника, приобретая в таком случае относительно объекта обязательственного требования, смотря по природе последнего, либо *verus*, либо *quasiususfructus*. Конечно, и здесь требуется представление обеспечения. Наконец, *ususfructus* может быть установлен относительно целого имущества, так назыв. *ususfructus omnium rerum*. В таком случае лицо приобретает относительно одних вещей *verus ususfructus*, относительно других - *quasi ususfructus*.

145. Usus*(135)

Usus, по буквальному своему смыслу, есть вещное право пользования без права извлечения плодов. Источники говорят: *constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu*. Узуарий не имеет права пользоваться вещью как источником доходов, поэтому не может присваивать себе плоды вещи и может пользоваться ею только сам, но не должен извлекать выгоды из нее путем возмездного предоставления пользования ею третьим лицам; даже безвозмездное предоставление другому лицу пользования всею вещью не допускается. Однако в некоторых случаях, в зависимости от природы данной вещи и во внимание к

вероятной воле установителя, права узуария несколько расширяются и, в частности, за ним признается ограниченное право извлечения плодов, поскольку последние идут на удовлетворение его личных нужд; напр., если установлен извоз относительно дома с фруктовым садом, то узуарий может срывать столько плодов, сколько требуется для его обеда, и т. п. В некоторых случаях, по тем же соображениям, *usus* даже прямо уподобляется узуфрукту или квазиузуфрукту, именно, если он установлен относительно таких вещей, которыми нельзя непосредственно пользоваться, а из которых только и можно извлекать плоды; сюда относятся *usus silvae*, *usus pecuniae*. В остальном к *usus* применяются те же правила, как и к *ususfructus*; в частности, узуарий обязан тоже представить *cautio usuaria*. В современном праве *usus* хотя и возможен, но встречается очень редко, так как не существует даже определенного термина для выражения римского понятия *usus*. Вследствие этого вопрос о том, установлен ли в частном данном случае *usus* или какое-нибудь другое ограниченное вещное право пользования, может быть разрешен только путем толкования установительного акта.

146. *Habitatio* и *operae servorum*

Кроме *ususfructus* и *usus* в римском праве встречались еще два личных сервитута: а) *habitatio*, т. е. вещное право жительства в чужом помещении; б) *operae servorum*, т. е. вещное право на труд чужого раба. Оба эти сервитута в римском праве носили алиментарный характер, т. е. рассматривались как формы оказания материальной поддержки неимущим лицам, а поэтому пользовались известными привилегиями, напр., они не прекращались в случае *non usus*.

Глава III. Реальные сервитуты

147. Общие положения*(136)

Реальные сервитуты суть вещные и ограниченного пользования одним участком, связанные с другим участком. Они предполагают господствующий и служащий участок, *praedium dominans* и *praedium servens*. Реальные сервитуты находятся в распоряжении каждого данного собственника господствующего участка. Они переходят на каждого преемника первоначального их приобретателя независимо от того, каким образом он стал собственником участка; римские юристы поэтому и смотрят на них как на особые дополнительные атрибуты господствующего имения. Существуют некоторые общие положения, касающиеся всех реальных сервитутов.

Сервитут должен быть *praedio (dominanti) utilis*, т. е. он должен либо облегчить эксплуатацию господствующего участка, как, напр., *servitus itineris*, либо сделать пользование им более приятным, как, напр., *servitus altius non tollendi*. Господствующий и служащий участки должны быть соседние, *praedia vicina*, т. е. находиться в таком пространственном соотношении, что обременение одного действительно может принести пользу другому. Объем правомочий, предоставляемых данным сервитутом, не идет дальше того, что необходимо в интересах господствующего участка; поэтому собственник господствующего участка не может пользоваться своим сервитутным правом в интересах третьих лиц (напр., не может поить чужой скот). Объем правомочий, предоставляемых данным сервитутом, может быть ближе нормирован или ограничен относительно срока или места осуществления сервитута; во всяком случае, сервитут должен быть осуществляем *civilliter*, т. е. сообразуясь с интересами собственника служащего участка. Собственник служащего участка может и сам совершать те действия, на которые имеет право собственник господствующего, равно предоставить и другим соседям те же права, поскольку это допускается природою вещей и не приводит к умалению существующих уже сервитутных прав; с другой стороны, он должен воздерживаться от всех действий, ограничивающих права собственника господствующего участка. Выгода, доставляемая господствующему участку

служащим, не должна быть преходящая, а должна быть постоянная - *servitus perpetuam causam habere debet*.

Реальные сервитуты суть неделимые права. Они лежат на всем служащем участке и связаны со всем господствующим участком и не могут быть приобретены или утрачены в применении к интеллектуальной части того или другого участка; в случае реального раздела того или другого участка они продолжают обнимать все отдельные части бывшего целого, поскольку действие их само по себе не ограничивается какой-нибудь отдельной местностью того или другого. По той же причине один из нескольких сособственников не может обременять сервитутом общий участок или приобрести таковой в пользу общего участка.

148. Виды реальных сервитутов

Реальные сервитуты распадаются на: а) положительные и отрицательные, *servitutes affirmativae* и *negativae*, смотря по тому, доставляют ли они управомоченному лицу право совершать самому известные действия или только право не допускать известных действий со стороны собственника служащего участка, другими словами, обязывают ли они собственника служащего участка *ut aliquid patiatur aut non faciat*; б) непрерывные и периодические, *continuae* и *discontinuae*, смотря по тому, создают ли они непрерывно продолжающееся состояние вещей или они состоят из ряда периодически повторяющихся действий со стороны управомоченного лица; в) городские (или домовые) и сельские, *servitutes praediorum urbanorum* и *servitutes praediorum rusticorum*, смотря по тому, установлены ли они в пользу здания, *urbanum praedium*, или в пользу незастроенного участка, *rusticum praedium*. Последнее деление считается римскими юристами наиболее важным.

149. Перечень отдельных городских (домовых) сервитутов

Отдельные городские сервитуты, упоминаемые в источниках, суть частью положительные, частью отрицательные. 1) Что касается положительных сервитутов, то одни из них дают право пользования служащим строением в качестве опоры для господствующего строения; сюда относятся *servitus tigni immittendi*, право вколачивать концы брусков в стену соседа, *servitus oneris ferendi*, право пользования чужою стеною или колонной и т. п., в качестве опорки для собственного здания. Последний сервитут замечателен тем, что собственник служащего строения обязывается содержать его в исправном виде, так, чтобы оно могло вынести покоящуюся на нем тяжесть, т. е. собственник служащего строения, в виде исключения, принуждается не к простому *pati* или *non facere*, а именно к *facere*. Другие сервитуты дают право снабдить господствующее строение такими пристройками, которые заходят в пространство, находящееся над служащим строением; сюда относятся *servitus proiiciendi*, право перекинуть балкон и другие выступы в чужое пространство; *servitus protegendi*, право захватить крышей чужое пространство. Третья категория обнимает случаи так назыв. *immissiones*; сюда относятся: *servitus stilicidii, fluminis*, право направить сток дождевой воды на служащий участок; *servitus fumi immittendi* - право выпускать дым и пар свыше обыкновенного на служащий участок; *servitus cloacae immitenda* - право провести клоаку чрез чужой участок или в чужой участок. 2) Отрицательные сервитуты имеют целью не допускать таких изменений на служащем участке, которые сделали бы пользование господствующим участком менее удобным или менее приятным. Сюда относятся: *servitus altius non tollendi*, право требовать, чтобы сосед не застраивал своего участка или строил не выше определенных размеров; *servitus ne luminibus officiatur* и *servitus ne prospectui officiatur*, право требовать, чтобы сосед не лишил бы участок света или вида.

150. Отдельные сельские сервитуты

Они имеют целью либо обеспечить или облегчить доступ к господствующему участку, либо облегчить пользование им или увеличить его доходность. В частности, на первом плане стоят дорожные сервитуты. Различают три типа их: *iter* - право прохода и проезда верхом, *actus* - право прогона скота, соединенное обыкновенно с правом прохода, *via* - право проезда во всяком виде, соединенное обыкновенно с правом прохода и прогона скота и провоза всякого рода материалов. Далее идут водные сервитуты: а) *servitus aquaeductus* - право устройства водопроводов чрез служащий участок; это право может быть ограничено известным временем года, соответственно чему противопоставляется *aqua hiberna* и *aestiva aquae cotidianae*; б) *servitus aquae haustus* - право доставать воду; в) *servitus pecoris ad aquam appulsus* - право водопоя скота. Полевые, лесные другие и сервитуты: а) *servitus pascendi* - право пастись скотом на чужом участке; б) *servitus silvae caeduae* - право рубить чужой лес и др.

Глава IV. Возникновение сервитутов*(137)

151. На основании юридической сделки

Сервитут прежде всего может быть установлен на основании договорного соглашения или распоряжения на случай смерти. Неограниченно обременять вещь сервитутами может только собственник ее; несколько сособственников должны действовать с общего согласия. Личные сервитуты могут быть приобретены как физическим, так и юридическим лицом. Реальные сервитуты могут быть приобретены только собственником того участка, в пользу которого уступается сервитут; несколько сособственников могут приобрести его только совместно.

Сервитут может быть установлен на основании самостоятельного распоряжения или на основании особой дополнительной оговорки при отчуждении вещи, напр., вещь отказывается *deducto ususfructu* или имение продается *deducto itineris*. В частности, сервитут может быть установлен на основании распоряжения на случай смерти; это наиболее частая форма установления личных сервитутов. Кроме того, сервитут может быть установлен на основании неформального договорного соглашения, которое предполагает наличность *animus acquirendi* и *transferendi servitutis*. До последнего времени спорили о том, достаточно ли одного соглашения или требуется, сверх того, *quasitraditio* сервитута, т. е. должно ли было управомоченное лицо приступить к осуществлению своего сервитутного права с открытого или молчаливого разрешения собственника обремененной вещи. Господствующее мнение теперь высказывается в пользу первого предположения. Спор возник вследствие того, что в до-Юстиниановском праве для приобретения сервитута неформальное соглашение не считалось достаточным. По древнему гражданскому праву, сервитуты в Италии устанавливались посредством *mancipatio* и *in jure cessio*. *In jure cessio* была общая форма, *mancipatio* применялась только к сельским сервитутам. Эти способы установления сервитутов не были применимы к провинциальным участкам; по отношению к ним сложилась особая форма установления сервитутов посредством *ractiones et stipulationes*. *Ractio* есть неформальное соглашение; *stipulatio*, содержащая обещание неустойки, присоединялась для подтверждения *ractio*. В Императорском периоде довольствовались нередко простой *traditio servitutis sive patientia*, притом не только в провинциях, но и в Италии, желая избежать обременительных формальностей. Эта последняя форма была тоже признана преторским правом, т. е. сервитуты, установленные таким путем, стали пользоваться судебной защитой. В Юстиниановском праве *in jure cessio* и *mancipatio* отпали; вследствие этого в качестве способов установления сервитутов упоминаются только, с одной стороны, *ractiones et stipulationes*, с другой стороны, *quasitraditio servitutis*. В дальнейшем развитии отпала и *stipulatio*. Вследствие этого некоторые ученые и утверждают, что за отпадением ее сервитуты могут быть установлены только путем *quasitraditio*. Гораздо естественнее, однако, то заключение, что за отпадением *stipulationis* представляется достаточным простое неформальное соглашение, которое может быть выражено открыто или молчаливо.

152. Остальные способы приобретения сервитутов

I. На основании судебного решения. Судья может установить сервитут посредством *adiudicatio* в раздельном процессе, напр., он может присудить одному лицу право собственности на вещь, а в пользу другого установить право usufructa на нее. Сервитуты возникают с момента вступления судебного решения в законную силу.

II. На основании давностного приобретения. В древнем римском праве допускалась *usucapio* сервитутов, срок которой был годичный. Этот порядок представлял такие неудобства, что он был уничтожен на основании *lex Scribonia*. С течением времени убедились, однако, в невозможности обходиться без всякого давностного приобретения сервитутов; поэтому в Императорском периоде был создан новый способ давностного приобретения их, так назыв. *longa quasi possessio*. Этот способ давностного приобретения сервитутов не имеет ничего общего с давностным приобретением собственности, напротив, для него были выработаны гораздо менее стеснительные начала. Именно для давностного приобретения как личных, так и реальных сервитутов требовалось только: а) чтобы лицо фактически осуществляло те действия, из которых слагается данный сервитут, в течение 10 лет *inter praesentes* и 20 лет *inter absentes*; б) чтобы оно приписывало себе право совершить эти действия и, наконец, с) чтобы оно совершало их *pec vi, pec clam, pec precario* по отношению к собственнику служащей вещи; d) ничего другого, в частности, ни *iustus titulus*, ни *bona fides* не требовалось; в настоящее время, под влиянием канонического права, требуется *bona fides*.

III. На основании закона. Один только сервитут, именно, usufruct, в известных случаях возникает непосредственно на основании законного постановления, так назыв. *ususfructus legalis*. Именно таковой признается, между прочим: а) за отцом, относительно *bona adventicia* его детей; б) за *parens binubus*, относительно *lucra nuptialia* от первого брака, право собственности на которые, вследствие вступления во второй брак, отходит к детям от первого брака.

Глава V. Прекращение сервитутов*(138)

153. Способы прекращения сервитутов, общее всем вообще вещным правам или всем вещным правам на чужую вещь

Подобно всем вещным правам вообще сервитуты прекращаются: а) в случае уничтожения служащей вещи или перехода ее в разряд *res extra commercium*; для личных сервитутов одинаковое значение с уничтожением служащей вещи имеет и такое изменение ее, которое исключает возможность пользоваться ею на прежнем основании, так, напр., право usufructa на фруктовый сад прекращается с возведением на месте его дома и т. д. Далее, б) сервитуты прекращаются в случае отчуждения служащей вещи со стороны фиска или главы государства без упоминания о сервитуте. Наконец, с) в случае наступления срока или резолютивного условия и в тех случаях, где вступает в силу правило: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*.

Подобно всем вещным правам на чужие вещи сервитуты прекращаются: а) посредством *confusio*, или, как говорят, при usufructe *consolidatio*, т. е. посредством соединения сервитутного права и права собственности на вещь в одном лице, напр., usufructуарий приобретает право собственности на вещь, служащую объектом usufructa; сервитут сам по себе не возникает вновь, если это соединение впоследствии прекратится, - возможно лишь установить его вновь; б) посредством неформального отречения со стороны управомоченного лица; отречение может быть выражено в распоряжении на случай смерти или в договорном соглашении; оно может быть открытое или молчаливое; последнее усматривается, напр., в том, что usufructуарий без оговорок соглашается на отчуждение служащей вещи, или управомоченное лицо допускает такое изменение служащей вещи,

которое делает невозможным дальнейшее осуществление сервитутного права.

154. Специальные способы прекращения сервитутов

Кроме общих способов существуют еще способы прекращения, специально свойственные только сервитутам. Личные сервитуты прекращаются со смертью управомоченного лица; если личный сервитут установлен в пользу юридического лица, то он прекращается по истечении 100 лет. Впрочем, относительно узурфрукта с течением времени было допущено изъятие в том смысле, что он может вновь возникнуть в лице наследников первого узурфруктуария. В до-Юстиниановском праве личные сервитуты, кроме *habitatio* и *operae servogum*, сверх того, прекращались в случае всякой *capitis deminutio* обладателя сервитута; в Юстиниановском праве такой эффект имели только *capitis deminutio maxima* и *media*, в современном праве этот способ прекращения личных сервитутов совершенно отпал.

Ко всем сервитутам применяется своеобразное давностное прекращение. Давностное прекращение сервитутов встречается в двух формах: а) *non usus*, простое неосуществление сервитута. Таким путем прекращаются все личные сервитуты и те реальные, которые дают право на совершение ряда повторяющихся действий. Давностный срок, по общему правилу - 10 лет *inter praesentes* и 20 лет *inter absentes*. Для сохранения сервитутного права не требуется, впрочем, чтобы обладатель сам осуществлял свое сервитутное право; по отношению к личным сервитутам достаточно, если их осуществляли представители его; по отношению к реальным сервитутам даже достаточно, если они будут осуществлены добросовестным или недобросовестным владельцем господствующего участка. б) *Usucapio libertatis*, т. е. совершение обязанным лицом таких действий, которые идут в разрез с сервитутным правом противной стороны. *Usucapio libertatis* требуется для прекращения таких реальных сервитутов, которые заключаются в известном неизменном состоянии господствующего или служащего участка (напр., *servitus altius non tollendi*). Именно такие сервитуты не прекращаются вследствие простого *non usus*, а требуется, чтобы владелец служащей вещи нарушил сервитутное право противной стороны и владел вещью в таком виде *non vi*, *non clam*, *non precario* в течение 10 лет *inter praesentes* или 20 лет *inter absentes* (*titulus* и *bona fides* не требуется). Впрочем, многие детали спорны. Ср. Виндшейд. Т. 1. 216.

Глава VI. Защита сервитутов*(139)

155. Confessoria in rem actio

Обладатель сервитута пользуется защитой против всякого рода нарушений его сервитутного права независимо от характера нарушения и личности нарушителя. Соответствующий иск называется *confessoria in rem actio* или *vindicatio servitutis*. В частности, истцом является обладатель сервитута; при реальных сервитутах таковым считается всякий собственник господствующего участка. Ответчиком является всякое третье лицо, которое препятствует истцу осуществлять свое сервитутное право или оспаривать это право. Истец должен доказать: а) свое сервитутное право; б) факт нарушения его со стороны ответчика. Иск направлен на признание сервитутного права истца (если ответчик отрицает его); далее, на устранение нарушения, вознаграждение за понесенный убыток и наложение *cautio de non amplius turbando*. *Actio confessoria* может быть предъявлена и в качестве *quasi Publiciana actio*.

156. Посессорная защита сервитутов

При известных условиях пользуется самостоятельной судебной защитой не только тот, кто доказал свое сервитутное право (именно в форме *confessoria in rem actio*), но и тот, кто только фактически занимает положение сервитутного обладателя, но не доказал своего

сервитутного права. Другими словами, наряду с петиторной защитой сервитутов существует и посессорная защита их. Надо строго отличать посессорную защиту личных сервитутов от таковой же реальных сервитутов. Осуществление личных сервитутов (напр., *ususfructus* или *usus*) предполагает экономическое владение вещью, служащей объектом сервитутного права; поэтому естественно, что посессорная защита этих сервитутов заключается в охране нарушенного и возврате утраченного экономического владения вещью. Наоборот, осуществление реального сервитута (напр., права прохода) не только не предполагает экономического владения служащим участком со стороны обладателя такого сервитута, а, напротив, предполагает, что служащим участком владеет другое лицо; действительно, раз данное лицо приписывает себе только реальный сервитут относительно чужого участка (напр., право прохода), оно, очевидно, тем самым признает, что оно не владеет в экономическом смысле этим участком, а что им владеет другое лицо. Соответственно с этим и посессорная защита реальных сервитутов имеет в виду не предоставление служащего участка во владение, а лишь охрану известного приспособления или предоставление свободы известных действий в пределах чужого участка.

Посессорная защита личных сервитутов. Для защиты личных сервитутов служат обыкновенные посессорные интердикты *uti possidetis* и *unde vi*, которые могут быть предъявлены презумптивным обладателем личного сервитута, в качестве *interdicta utilia* (в отличие от презумптивного собственника, кредитора по залогу и т. д., которые предъявляют эти интердикты в качестве *interdicta directa*). Это различие между сервитутным обладателем и другими юридическими владельцами чисто формальное, - материально обладатель личного сервитута пользуется посессорной защитой при тех же условиях и в тех же пределах, как всякий другой юридический владелец (напр., собственник, кредитор по залогу, прекарист и т. д.). Наряду с сервитутным обладателем сохраняет право предъявлять посессорные интердикты и собственник вещи, служащей объектом сервитутного права; последний предъявляет их в качестве *interdicta directa*. Другими словами, в данном случае два лица могут одновременно и независимо друг от друга предъявлять посессорные интердикты: собственник - с одной стороны, обладатель личного сервитута - с другой. Итак, обладатель личного сервитута не есть простой детентор (т. е. экономический владелец, не пользующийся посессорной защитой). Однако римские юристы не признают его и юридическим владельцем *stricto sensu* (как, напр., собственника или кредитора по залогу), они не признают за ним *possessio rei*, владение вещью, а только *quasi possessio juris* или просто *possessio juris*, владение (сервитутным) правом. Вот почему он и не мог предъявлять посессорные интердикты в качестве *interdicta utilia*. Спрашивается, почему же делалось это субтильное различие между обладателями личных сервитутов и другими юридическими владельцами? Ведь мы видим, что экономически обладатель личного сервитута так же владеет вещью, как собственник или кредитор по залогу, и юридически он пользуется такой же посессорной защитой, как и они. Почему же различие в названии? На это надо дать такой ответ: причина, по которой римские юристы создали для владения обладателей личных сервитутов особый термин - *juris possessio*, - противопоставляя ему юридическое владение в тесном смысле или *rei possessio* - заключается просто в стремлении их обойти старинное правило *compossessio plurium in solidum esse non potest*. Дело в том, что первоначально обладатели личных сервитутов не пользовались посессорной защитой, считались простыми детенторами, так что, на случай нарушения их экономического владения вещью, не они могли предъявить посессорные интердикты против нарушителя, а только тот, от имени которого они держали ее. Но последний мог быть в отсутствии или по нерадению не принять своевременно мер к преследованию нарушителя, а это могло оказаться крайне убыточным для *usufructuaria* и других сервитутных обладателей. Ввиду этого с течением времени признали необходимым распространить посессорную защиту и на обладателей личных сервитутов. Но если бы за этими лицами было признано юридическое владение на общем основании, то это при сохранении правила *compossessio plurium in solidum esse non potest* привело бы к тому, что собственник утратил бы право предъявлять посессорные интердикты и это право принадлежало бы исключительно обладателю личного сервитута. Между тем

представлялось желательным сохранить это право и за собственником, на случай, если бы обладатель личного сервитута не принял своевременно мер против нарушения его прав. Чтобы достигнуть этого, не нарушая указанной формулы о *compossessio*, римские юристы и придумали такой исход, что провели искусственное различие между *corporis* и *juris possessio*: собственник сохраняет *possessio corporis*, а обладатель личного сервитута получает *possessio juris*. На деле это означает только, что два лица - собственник вещи, служащей объектом сервитутного права, и обладатель этого сервитутного права могут одновременно и независимо друг от друга пользоваться посессорными интердиктами.

Защита реальных сервитутов. Для защиты некоторых реальных сервитутов были введены особые интердикты. Сюда относятся, между прочим: а) *interdictum de itinere actuque privato* - для защиты дорожных сервитутов; истец должен доказать, что он не менее 30 раз в течение последнего года, предшествующего предъявлению иска, осуществлял дорожный сервитут *in vi*, *in clam*, *in precario ab adversario*; б) *interdictum de aqua* - для защиты сервитута водопровода; истец должен доказать, что он, по крайней мере, один раз в течение последнего года пользовался водопроводом, причем не только *in vi*, *in clam*, *in precario ab adversario*, но и *bona fide*; если водопровод таков, что им можно пользоваться только летом или только зимою, то достаточно, если истец докажет, что он пользовался им один раз в течение последних двух лет; в) *interdictum de fonte* - для защиты сервитута добывания воды; предположения этого иска тождественны с предположениями *interdictum de aqua*; д) *interdictum de cloacis* - для защиты того, кому мешают чистить и исправлять клоаку; истец обязан только доказать существование клоаки.

Для защиты реальных сервитутов, сущность которых состоит в постоянном приспособлении при господствующем участке, прибегают к *interdictum uti possidetis*, так как повреждение такого приспособления рассматривается как нарушение владения господствующим участком. Что касается остальных реальных сервитутов и, в частности, отрицательных сервитутов, то в источниках не встречается указаний на существование посессорной защиты их. Но в современном праве и по отношению к ним допускается посессорная защита. В заключение надо заметить, что римские юристы, во внимание к тому обстоятельству, что была допущена посессорная защита реальных сервитутов, стали приписывать и обладателям таких сервитутов *juris possessio*. Эта терминология способна породить одни только недоразумения. На деле в данном случае охраняется не владение, а фактическое осуществление реальных сервитутов. Действительно, экономически обладатель реального сервитута не владеет служащим участком, а юридически посессорные средства защиты его направлены не на предоставление этого участка во владение, а лишь на охрану известного приспособления или на предоставление свободы известных действий в пределах такого участка, следовательно, термин "владение" к данному отношению совершенно неприменим.

Emphyteusis и superficies^{*}(140)

Глава I. Emphyteusis

157. Понятие эмфитевзиса и права эмфитевта

Emphyteusis есть наследственная аренда римского права. Древнее гражданское право не признавало вещного характера наследственной аренды. Этот шаг был сделан только претором. Окончательная отделка этого института относится уже ко времени абсолютной монархии. *Emphyteusis* есть вещное, наследственное и отчуждаемое право пользования чужим земельным участком - *emphyteuta* может пользоваться участком на правах собственника под единственным условием: не ухудшать участка и вносить ежегодную плату - *canon* за пользование. Уполномоченное лицо называется *emphyteuta* или *emphyteuticarius*, собственник участка называется *dominus emphyteuseos*; различают мирские и церковные *emphyteuses*, смотря по тому, является ли собственником участка мирянин или церковь. В

частности, *emphyteuta* пользуется вещью с приращениями ее на правах собственника и приобретает плоды ее *per separationem*, он даже может изменять основное назначение участка под условием не ухудшать его. Он имеет полное право распоряжения над вещью, может отчуждать ее *inter vivos* и *mortis causa*, закладывать ее и обременять сервитутами на срок существования эфитевзиса. Для защиты своего права эфитевт может прибегнуть ко всем искам, присвоенным собственнику, в качестве *actiones utiles*; в частности, он имеет *utilis rei vindicatio*, называемую *vectigalis in rem actio*, *Publiciana*, *confessoria* и *negatoria utilis*. Кроме того, он считается юридическим владельцем вещи (впрочем, некоторые ученые признают за ним только *quasi possessio juris*). Вследствие такого его положения в Средние века возникла неправильная теория о *dominium utile* эфитевта, противопоставляемое *dominio directo* собственника. *Emphyteusis* может принадлежать совместно нескольким лицам, но они не имеют права реального раздела участка без согласия собственника.

158. Обязанности эфитевта

Он не должен ухудшать участка; в противном случае он может быть лишен его со стороны собственника. Он обязан нести все лежащие на вещи подати и повинности; в случае неплатежа их в течение 3-х лет собственник может лишить его эфитевзиса. Он обязан платить собственнику ежегодную плату, *canon*, *pensio*, *vectigal*, размер которой определяется при установлении *emphyteuseos*. В случае неплатежа канона в течение 2-х лет при церковных, в течение 3-х лет при мирских эфитевзисах он может быть лишен эфитевзиса. При всяком отчуждении участка *inter vivos* он обязан испрашивать согласие собственника, который, впрочем, может отказывать в нем только при наличии уважительных причин; для изъявления своего согласия собственнику предоставляется 2-месячный срок. В частности, при продаже участка, собственник в течение 2-х месяцев имеет предпочтительное право на покупку его; если он соглашается на продажу участка в третьи руки, он получает два процента с покупной платы, *quingagesima pars*, в качестве, так назыв. *laudemium*, отступного. Если отчуждение было произведено без оповещения собственника или до истечения 2-месячного срока собственник может лишить эфитевта своего права. Все эти постановления могут быть дополнены или модифицированы на основании особых соглашений между сторонами.

159. Возникновение эфитевзиса

Главный способ установления эфитевзиса - договор между собственником и эфитевтом. О природе этого договора между римскими юристами существовал спор; одни усматривали в нем договор купли-продажи, другие - договор аренды; император Зенон присвоил этому договору самостоятельное значение и назвал его *contractus emphyteuticarius*; на основании его эфитевт не несет всего *periculum* (в отличие от купли-продажи), но несет *periculum*, связанное с ухудшением или умалением участка (в отличие от договора аренды). Эфитевзис возникает на основании простого договора - не требуется традиции участка; впрочем, об этом существует спор. Далее, возможно установление эфитевзиса на основании исходящего от собственника распоряжения на случай смерти на основании судебного определения и на основании давностного приобретения (впрочем, об этом существует спор).

160. Переход существующего эфитевзиса от одного лица к другому

Существующий эфитевзис может перейти от одного лица к другому: а) на основании традиции участка со стороны эфитевта; б) на основании права наследования и отказа со стороны эфитевта; в) на основании судебного определения (в особенности при отдельных исках); г) на основании давностного приобретения существующего эфитевзиса со стороны третьего лица.

161. Прекращение эмфитевзиса

К эмфитевзису применяются все способы прекращения вещных прав вообще, как то: уничтожение участка, переход его в разряд *res extra commercium* и т. д., и все способы прекращения вещных прав на чужую вещь, как то: *confusio* и отказ со стороны эмфитевта. Кроме того, эмфитевзис прекращается: а) путем давностного приобретения полного права собственности на участок со стороны третьих лиц; б) путем лишения эмфитевта его права - вследствие нарушения им своих обязанностей, как то: ухудшения участка, неплатежа сапоп'а в течение 2 или 3 лет, неплатежа лежащих на вещи повинностей, нарушения законных постановлений о порядке отчуждения. Собственник в таком случае может предъявить к нему иск об устранении эмфитевта, *Privationsklage*; в случае предъявления иска эмфитевзис считается прекратившимся с момента нарушения эмфитевтом его обязанностей, - плоды с этого времени следует выдать собственнику.

Глава II. *Superficies*

162. Понятие *superficies*, права и обязанности суперфициария

Superficies есть вещное, наследственное и отчуждаемое право полного пользования зданием, выстроенным на чужой земле и вследствие этого принадлежащим собственнику земли; это право может касаться и какой-нибудь отдельной части-здания, напр., одного какого-нибудь этажа. Этот институт тоже приобрел вещный характер лишь благодаря претору. Суперфициарий может пользоваться и распоряжаться зданием на правах собственника, может отчуждать и закладывать и обременять его сервитутами на срок существования своего права. Он несет лежащие на здании подати и повинности и обязан платить собственнику определенную ренту - *solarium*, *pensio*; впрочем, от последней обязанности он, по обоюдному соглашению, может быть освобожден. Никаких дальнейших ограничений не существует, так что он может даже ухудшать вещь; собственник не имеет ни права предпочтительной покупки, ни права *laudemium* при отчуждении здания.

163. Возникновение, прекращение и защита суперфициарного права

Суперфициарное право возникает: а) на основании договора с собственником; традиции не требуется (спорно); б) на основании распоряжения на случай смерти, исходящего от собственника; с) на основании судебного распоряжения; д) на основании давностного приобретения (спорно).

Что касается перехода суперфициарного права от одного лица к другому и прекращения его, то применяются те же положения, как и относительно эмфитевзиса; но спорят о том, может ли собственник лишить суперфициария его права в случае нарушения последним его обязанностей; господствующее мнение признает за собственником такое право в том случае, когда суперфициарий обязан платить ренту и не платит ее в течение 2-х лет.

Защита суперфициария. Суперфициарий может прибегнуть ко всем искам собственника в качестве *actiones utiles* - в частности, он имеет *rei vindicatio*, *Publiciana*, *negatoria* и *confessoria utilis*. Вследствие этого в Средние века ему ошибочно приписывали, так назыв. *dominium utile*. Кроме того, он считается юридическим владельцем здания и в качестве такового имеет, наряду с обыкновенными рекуператорными интердиктами (*unde vi* и *de precario*), еще *interdictum de superficibus*, соответствующий *interdicto uti possidetis*. Впрочем, некоторые ученые признают за ним только *juris quasi possessio*.

Залоговое право*(141)

Глава I. Общие положения

164. Понятие залогового права

Одним из важнейших факторов оборота является кредит. К нему прибегают на каждом шагу. Не говоря уже о займе, этой кредитной сделке *par excellence* стоит только указать на то, как часто покупают, нанимают и т. п. в кредит. Различают личный и реальный кредит. Личный кредит обыкновенно открывается только таким лицам, платежная способность которых не возбуждает никаких сомнений у кредитора. В противном случае кредитор требует представления надежного обеспечения в форме поручительства или залога. Следует различать залоговое право в обширном и тесном смысле.

Залоговым правом в обширном смысле может быть названо всякое право на имущество благо, установленное в пользу кредитора в видах обеспечений его на тот случай, если он не получит своевременно удовлетворения в счет своего обязательственного требования. Формы проявления залогового права в обширном смысле могут быть весьма разнообразны. Оно может быть установлено путем фидуциарной передачи кредитору права собственности на вещь должника, путем установления других вещных прав на вещь должника, напр., права usufructa. Объектом его могут служить не только телесные вещи, но все имущественные блага, имеющие денежную ценность; сюда относится залог обязательственных требований, принадлежащих должнику против третьих лиц, залог сервитутов, принадлежащих должнику.

Залоговое право в тесном смысле есть вещное право на чужую телесную вещь, служащее для обеспечения обязательственного требования и дающее кредитору возможность продать эту вещь и тем получить удовлетворение. Некоторые ученые выражают эту мысль так: залоговое право, говорят они, есть право на ценность вещи. Залоговое право в этом смысле отличается двумя особенностями: а) оно, как и право поручительства, есть акцессорное право, т. е. оно существует ради обязательственного требования и прекращается с момента прекращения этого требования; впрочем, в последнем отношении позднее было допущено уклонение; б) оно есть вещное право. От прочих вещных прав оно отличается тем, что не дает, по общему правилу, права пользования вещью и извлечения из нее плодов, но зато оно дает непосредственное право распоряжения над вещью в смысле права возмездного отчуждения ее. Последствия такого вещного характера залогового права сказываются в том, что вещь остается заложенной, хотя бы она перешла из собственности одного лица в собственность другого лица, и дальше - раз установленное закладное право, по общему правилу, имеет приоритет пред позднейшим закладным правом на ту же вещь. Впрочем, некоторые ученые отрицают вещный характер залогового права и считают его обязательственным правом, причем одни говорят, что должником в данном случае является сама заложенная вещь (Buchel, Sintenis, Vangerow), а другие, что должником является каждый собственник вещи. Обе эти конструкции неудовлетворительны и лишь затемняют дело. В подтверждение такого взгляда ссылаются на источники, которые говорят о *pignoris obligatio*, в противоположность *personalis obligatio*; но те же источники называют залоговое право *jus in re aliena*.

165. Историческое развитие римского залогового права

Древнейшая форма залога в римском праве была *fiducia*. Сущность ее заключается в том, что вещь посредством *mancipatio* или *in jure cessio* переходила в собственность кредитора, который, однако, на основании дополнительного соглашения - *actum fiduciae* - обязывался вернуть вещь должнику по получении удовлетворения в счет своего обязательственного требования. Итак, кредитор становился собственником вещи, должник сохранял против него только личный иск о возврате вещи - *actio fiduciae*. Следовательно, хотя и можно говорить о залоговом праве в обширном смысле, но нельзя говорить о залоговом праве в тесном смысле.

С течением времени наряду с *fiducia* появился ручной залог, *pignus*. Первоначально кредитор по ручному залогу имел только право удержать за собой владение вещью, впредь до получения удовлетворения, но продавать ее мог только в том случае, если выговорил себе это право на основании особого *pactum de vendendo pignore*; позднее это право продажи было признано за ним и помимо особого о том соглашения, а еще позднее отречение от этого права уже признавалось недействительным.

Наконец, сложилась еще и третья форма залога (заимствованная из греческого права), так назыв. *hypotheca*. Сущность ипотеки заключается в том, что должник сохраняет не только право собственности на вещь, но и владение ею. Кредитор имеет право требовать выдачи вещи во владение лишь после того, как наступил срок обеспеченному залогом требованию и должник не уплатил своего долга. Древнейший случай ипотеки следующий: арендаторы нередко закладывали свои *invecta* и *illata*, т. е. движимые вещи, которые они привезли с собою в имение, в той форме, что предоставляли хозяину, у которого они арендовали землю, право удержать эти вещи в случае несвоевременного платежа арендной платы. Претор в этих случаях стал давать хозяевам особый *interdictum adipscendae possessionis*, так называемый *interdictum Salvianum*, на основании которого арендатору возбранялось оказывать препятствия хозяину, при завладении заложенных вещей. Впоследствии к этому интердикту присоединился еще особый вещный иск, *actio Serviana*, на основании которого можно было требовать выдачи вещи от всякого третьего лица.

В скором времени ипотека была допущена и в других случаях: соответствующий иск получил название *actio quasi Serviana* или *hypothecaria in rem actio*ю. Результат развития в Юстиниановском праве: *fiducia* вышла из употребления, *pignus* и *hypotheca* настолько сблизились между собою, что между ними сохранилось только одно, правда очень важное, различие: при *pignus* кредитор тотчас же получает владение вещью, при *hypotheca* лишь позднее.

Примечание. Широкое развитие неформальной ипотеки, достигшее своего апогея в появлении так назыв. генеральной ипотеки, на основании которой должник мог закладывать все свое имущество, настоящее и будущее, - отразилось крайне невыгодно на интересах оборота, ибо никто, приобретая вещь на праве собственности или на другом вещном праве, не мог знать, не обесценена ли она наложенными на нее ипотеками. Вследствие этого римское залоговое право, при рецепции его в Германию, подверглось весьма значительным модификациям; именно почти всюду, где современное римское право вообще, продолжало действовать, римский институт залога был видоизменен в том смысле, что: а) для залога недвижимостей требуется запись о залоге в поземельной книге; б) залог движимостей допускается только в форме ручного залога, а не ипотеки.

Глава II. Возникновение залогового права

166. Условия возникновения. Долговое требование

Для возникновения залогового права требуется наличие трех факторов: 1) долговое требование, подлежащее обеспечению путем залога, 2) объект, подлежащий залогу, и 3) установительный акт. Итак, для возникновения залогового права требуется, прежде всего, существование обязательственного требования, ради обеспечения которого и устанавливается залог; достаточно, если требование существует в качестве *obligatio naturalis*. Возможно также установление залога в обеспечение будущих и условных требований. Не допускается установление залога в обеспечение недействительных требований.

167. Объект залога

Объектом залогового права в обширном смысле могут служить все имущественные блага, имеющие денежную ценность: *quod emtionem venditionemque recipit, etiam*

pignorationem recipere potest. Но объектом залогового права в тесном смысле могут служить только телесные вещи, движимые и недвижимые, состоящие *in commercio*. В частности, объектом залога может служить и интеллектуальная часть вещи. Далее, совокупность вещей, напр., товарный склад, библиотека, наконец, и будущие вещи.

168. Установительный акт. Юридическая сделка

Залоговое право может возникнуть на основании юридической сделки, т. е. по воле лица, которому принадлежит закладываемая вещь, *pignus voluntarium*, или помимо воли этого лица, на основании судебного распоряжения или специального постановления закона, *pignus necessarium*.

Различают двоякое установление залогового права на основании юридической сделки: *pignus testamentarium* и *pignus conventionale*. Что касается ствителен, если он состоялся с согласия собственника ее. Кроме того, недействительное само по себе соглашение о залоге чужой вещи может конвалесцировать, т. е. сделаться действительным, если залогодатель впоследствии сделается собственником ее; те же последствия наступают в том случае, когда собственник вещи станет наследником залогодателя.

169. Установление залога на основании судебного распоряжения

Судебное распоряжение может служить основанием залогового права в трех категориях случаев: а) при вводе во владение, *missio in possessionem*, раз он совершается в видах обеспечения известного притязания (а не в видах осуществления его); право залога возникает тут с момента окончательного завладения вещью, это так назыв. *pignus praetorium*; б) в случаях издания судебного распоряжения об отнятии вещи, в видах исполнения судебного решения; право залога возникает тут с момента отнятия вещи, *pignus in causa iudicati captum* или *pignus iudiciale*, напр., судебный пристав является на дом к ответчику и забирает ценные вещи для удовлетворения требования истца; с) в отдельных процессах: суд может, напр., одному лицу присудить вещь в собственность, а в пользу другого установить залоговое право на нее. Впрочем, источники об этом случае не упоминают.

170. Установление залога по специальному постановлению закона

Целый ряд требований обеспечен залогами на основании специального постановления закона; право залога возникает в этих случаях *ipso jure*, раз возникло требование и существует соответствующий объект, подлежащий залогу. Такие залоговые права носят название законных залоговых прав, *pignus legale*. Иногда их называют и *pignus tacitum*, что объясняется тем, что впервые законные залоговые стали возникать в таких случаях, где заключение залогового договора до того вошло в обычай, что стало подразумеваться. При позднейших императорах законные залоговые получили широкое развитие. Различают генеральные и специальные законные залоговые. Законное залоговое право на все имущество должника имеют, между прочим: а) фиск, для обеспечения уплаты прямых налогов и договорных требований; б) несовершеннолетние и умалишенные на имущество опекунов и попечителей, для обеспечения требований *ex tutela vel cura*; с) жена на имущество мужа, для обеспечения возвращения приданого и *bona parapherna*. Специальное законное залоговое право имеют, между прочим: а) отдавший внаем строение или городской участок, на *inventa* и *illata* квартиранта или нанимателя, для обеспечения требований, возникающих из договора найма; б) отдавший в аренду сельский участок, на плоды, извлеченные арендатором, для обеспечения требований, возникающих из договора аренды; с) тот, кто дал займы деньги с тем, чтобы на них было вновь сооружено разрушенное здание, на это здание.

Глава III. Объем залогового права

171. По отношению к заложенному объекту

I. Залоговое право на данную вещь обнимает собою и все приращения ее, не имеющие самостоятельного значения, напр., строения, возведенные на заложенном участке. Далее залоговое право на участок обнимает и связанные с участком сервитуты. Что касается плодов, то залоговое право распространяется и на них, если только они, после отделения их от главной вещи, переходят в собственность залогодателя. II. Что касается залога совокупности вещей, напр., стада или библиотеки, или товарного склада, то возникает вопрос о том, освобождаются ли от залога отдельные вещи, если они впоследствии будут отчуждены залогодателем, и распространяется ли залоговое право на вещи, впоследствии приобретенные и вошедшие в состав целого. Ответ на этот вопрос должен быть дан различный, смотря по характеру целого. Поскольку речь идет о такой совокупности, состав которой при нормальных условиях постоянно изменяется и возобновляется, как то происходит со стадом и в особенности с товарами, входящими в состав открытой лавки или магазина, - следует предположить, что залог целого был установлен с тем, что отдельные вещи, впоследствии отчужденные, освобождаются от залога, а вещи, впоследствии приобретенные, подлежат залогу, ср. 1. 34 pr. D. de pign. 20, I (Scaevola). Наоборот, в других случаях залоговое право распространяется только на те вещи, которые входили в состав целого во время установления залога, но зато оно распространяется на них безусловно; сюда относится, напр., залог ученой библиотеки, залог картинной галереи. III. Касательно залога всего имущества Юстиниан постановил, что он распространяется на все настоящее и будущее имущество должника, за исключением некоторых вещей, как-то: платья и домашней утвари; залог сохраняет силу относительно отдельных вещей и в случае позднейшего отчуждения их. IV. Что касается заменимых вещей, в особенности денег, то они могут служить объектом обыкновенного залога. Но нередко такие вещи передаются кредитору с тем, что он, по прекращении существующего между ним и должником обязательственного отношения, обязывается лишь выдать *tantundem ejusdem qualitatis*. Это так назыв. *pignus irregulare*. При нем кредитор становится собственником денег и против него возникает лишь личный иск, именно *actio pigneraticia in personam*.

172. По отношению к обеспеченному залогом требованию

Заложенная вещь отвечает нераздельно за все обеспеченное залогом требование, *pignoris causa indivisa est*. Это положение имеет двойное практическое значение: а) заложенная вещь служит для обеспечения как всего требования, так и каждой части его; поэтому, хотя бы должник уплатил часть своего долга, вещь по-прежнему остается заложенной и может быть продана в случае несвоевременной уплаты остальной части долга; б) вся заложенная вещь служит для обеспечения требования; поэтому в случае реального раздела вещи, напр., заложенного имения, каждый участок бывшего целого отвечает за весь долг, а не только за прораторную часть его. Заложенная вещь служит для обеспечения не только главного требования, но и прироста его, поскольку таковой произошел помимо особого о том соглашения между сторонами, как то имеет место, напр., относительно процентов за просрочку.

Глава IV. Права кредитора по залогу

173. Право на владение и пользование заложенной вещью и *jus retentionis*

Кредитор по ручному залогу при самом совершении залога получает вещь во владение; он считается юридическим владельцем. Кредитор по ипотечному залогу имеет право требовать передачи вещи во владение с того момента, когда обеспеченному залогом требованию наступил срок и он не получил удовлетворения. Раз кредитор владеет вещью,

то возникает вопрос о том, может ли он пользоваться ею. Необходимо различать две категории случаев: а) если были заложены вещи, которые служили только для удовлетворения личных нужд и потребностей залогодателя, а не служили источником доходов, как-то: платья, книги, серебро, драгоценные вещи и т. п., то кредитор, помимо специального разрешения залогодателя, не имеет права ни пользоваться ими, ни уступать пользование ими третьим лицам; в противном случае он совершает *furtum usus*; б) если были заложены вещи, которые служили источником дохода для залогодателя, напр., дом, фруктовый сад и т. д., то кредитор, вступивши во владение вещью, не только может, но даже обязан извлекать из нее доход: плоды он приобретает *per perceptionem*. Извлеченный из вещи доход идет прежде всего на погашение %, затем и на погашение капитала, свободный остаток должен быть возвращен должнику. Стороны могут даже прямо условиться между собою, что кредитор, взамен получения процентов, может пользоваться заложеной вещью, это так назыв. *antichresis*. От обыкновенной *antichresis* надо отличать еще так назыв. *antichresis tacita*; сущность ее заключается в том, что кредитор по беспроцентному займу, получивший в залог плодоносную вещь, может удержать за собою плоды в размере, соответствующем ходячему % за долг.

Кредитор имеет право удержать за собою заложленную вещь, во владение которою он вступил несмотря на получение полного удовлетворения по обеспеченному залогом требованию, ссылаясь на существование других, не обеспеченных залогом требований против залогодателя, впредь до получения удовлетворения и по ним. Это важное *jus retentionis* было введено императором Гордианом.

174. Право продажи заложеной вещи

История вопроса. Это право есть наиболее важное из всех. Оно отличает залоговое право от простого *jus retentionis*. Первоначально кредитор по залогом имел это право только, если было заключено особое *pactum de vendendo pignore*. Впоследствии это право стало подразумеваться и, наконец, даже отречение от него считалось недействительным и лишь обязывало кредитора до продажи трижды напоминать должнику об уплате долга. В связи с этим было признано, что кредитор по залогом при продаже вещи не выступает в качестве простого доверенного лица должника, а имеет самостоятельное право на продажу, не действует *procuratoris jure*, а *jus suum exsequitur*. С другой стороны, при Константине было объявлено недействительным заключение *lex commissoria* при залогом; сущность ее состояла в том, что кредитор, с момента просрочки по уплате обеспеченного залогом требования, приобретал право собственности на заложленную вещь, а прежнее его требование прекращалось, если он не предпочитал отказаться от *lex commissoria*. Такой порядок был крайне опасен для должника, почему Константин и запретил его.

Условия и порядок продажи. Кредитор сам имеет право продать заложленную вещь, не будучи обязан прибегать к помощи суда в этом деле. Он может продать вещь обыкновенным порядком или с аукциона. При этом, однако, должны быть соблюдены следующие условия: а) обеспеченному залогом требованию должен был наступить срок; б) требуется напоминание об уплате долга, обращенное со стороны кредитора к должнику; его не требуется в том случае, когда должник был присужден к уплате долга; в) вещь может быть продана только по истечении 2-х лет после того, как должник получил напоминание об уплате долга, или после того, как он присужден к уплате его (впрочем, *pignus in causa judicial captum* могло быть продано уже по истечении 2-х месяцев со времени отнятия вещи у должника); г) кредитор обязан действовать при продаже *bona fide* и, в частности, должен стараться выручить возможно большую покупную цену; в противном случае должник может требовать от него вознаграждения за причиненный ему убыток посредством *actio pigneraticia directa*; е) заложная вещь не может быть куплена ее собственником, равно не может приобрести ее кредитор по залогом ни сам, ни через подставное лицо.

Последствия продажи. Кредитор по залогом обязан передать вещь покупщику, а покупщик обязан уплатить покупную плату. Кредитор не отвечает пред покупщиком в случае эвикции

вещи (т. е. в том случае, если должник заложил чужую вещь и настоящий собственник вещи предъявит виндикацию к покупщику, который, вследствие этого, теряет вещь). При этом, однако, предполагается, что кредитор заявил покупщику о том, что он продает вещь не как собственник, а как кредитор по залогу, и далее, что он не находится *in dolo* и не заключил *Pactum de praestanda evictione*. Покупщик, впрочем, в таком случае может требовать от залогодателя возврата уплаченной им (т. е. покупщиком) кредитору покупной платы. Вырученная от продажи плата идет на погашение обеспеченного залогом требования. Если выручка превышает ценность требования, то остаток - *hyperocha* - должен быть выдан залогодателю. Поскольку выручка не покрывает всего требования, последнее продолжает существовать, но уже в качестве простого, не обеспеченного залогом требования.

175. *Jus impertandi dominii*

Если не найдется никого желающего купить вещь и новое напоминание об уплате долга останется тщетным, то кредитор может обратиться к правителю страны, а ныне к суду, с просьбой присудить ему вещь по предварительной судебной оценке ее стоимости, так называемое *impetratio dominii*. Должник в течение 2-х лет после этого сохраняет право выкупить вещь взамен уплаты своего долга с наросшими процентами.

176. Иски кредитора по залогу

Actio hypothecaria in rem. *Actio hypothecaria*, или *quasi Serviana*, или *pigneraticia in rem* есть *pignoris vindicatio*. Истцом является не владеющий кредитор по залогу, ответчиком - тот, кто владеет вещью, причем *detentor* может уклониться от вступления в дело посредством *nominatio auctoris*, сверх того, иск может быть предъявлен и к *fictus possessor* в тех же случаях, в которых это допускается при *rei vindicatio*. Вопрос о том, когда может быть предъявлена *actio hypothecaria*, разрешается различно, смотря по тому, идет ли речь о *pignus* или *hypotheca*. Именно кредитор по ручному залогу может предъявить иск и до наступления срока по своему требованию, а кредитор по ипотеке, по общему правилу, может предъявить его только по наступлении срока требования. Истец должен доказать: а) что он имеет залоговое право на вещь; б) что ответчик владеет вещью или есть *fictus possessor*; в) при ипотеке он, сверх того, должен доказать, что требованию его наступил срок. Цель иска состоит в признании залогового права кредитора и в передаче вещи во владение. Сверх того, должны быть выданы *fructus exstantes* и *fructus percepti et percipiendi*, последние со времени литисконтестаации, но только, если ценность самой вещи не покрывает всего требования. Ответчик может предъявить следующие возражения: а) прежде всего он может избежать отчуждения вещи путем уплаты обеспеченного залогом требования; это право принадлежит даже *malae fide possessori*; б) если вещь владеет не сам должник, а третье лицо, то он может противопоставить иску истца *exceptio impensarum*, причем делается такое же различие между добросовестным и недобросовестным владельцем, как и при виндикации; в) третий владелец вещи может предъявить, сверх того, *exceptio excussionis*. Различают *exceptio excussionis personalis*, на основании которой третий владелец может требовать, чтобы кредитор предварительно обратил взыскание на самого должника и поручителей, и *exceptio excussionis realis*, которая предполагает, что для обеспечения долга заложено несколько вещей и на основании которой владелец при известных условиях может требовать, чтобы кредитор сначала искал удовлетворения путем продажи другой заложенной вещи, а не той, какою владеет ответчик. Наконец, может быть предъявлено возражение о том, что ответчик имеет одинаковое или лучшее залоговое право на вещь. Кроме *actio hypothecaria* кредитор может предъявлять большинство других исков, принадлежащих собственнику, в качестве *actiones utiles*, как-то: *actio negatoria* и *confessoria*, *actio legis Aquiliae*, *actio finium regundorum* и т. д.

Interdictum Salvianum. Положения римского права об *interdictum Salvianum* представляются очень спорными. Несомненно, что интердикт первоначально был введен

для защиты хозяев, отдавших свои земли в арендное содержание и приобретших залоговое право на *investa* и *illata* арендатора. Несомненно также, что достаточно было доказать факт залога этих вещей, не доказывая, что они составляют собственность арендатора. Но спорят о том, может ли быть предъявлен этот интердикт только против самого арендатора или также против третьих владельцев, и дальше, применяется ли он и в других случаях, кроме случая залога *investa* и *illata* со стороны арендатора. Средневековая практика установила, что иск этот принадлежит всякому, кто *prima facie* представляется кредитором по залому, и может быть предъявлен против всякого владельца спорной вещи. Основное отличие этого иска от *actio hypothecaria* заключается в том, что кредитор не обязан доказывать своего залогового права, а должен только доказать факт залога.

Наконец, между кредитором по залому и должником, заложившим вещь, возникает и личный иск, *actio pignoratitia in personam directa* (со стороны залогодателя), и *contraria* (со стороны кредитора по залому).

177. Ограничения прав собственника заложенной вещи, вытекающие из залогового права кредитора

Право собственности ограничивается правом залога лишь постольку, поскольку это необходимо в интересах кредитора по залому. При ипотеке собственник сохраняет право пользования вещью, может даже изменять ее назначение и т. д., однако лишь постольку, поскольку от этого не умаляется ценность вещи. В случае ухудшения ее кредитор может предъявить *actio hypothecaria* и до наступления срока его требование. Собственник заложенной вещи сохраняет, по общему правилу, право отчуждения заложенной вещи. Но собственник, конечно, может вступить с кредитором в соглашение, в силу которого он обязывается не отчуждать заложенных вещей. Отчуждение, совершенное вопреки такому соглашению, считается недействительным (спорно). Отречение собственника от тех или других прав, связанных с заложенной вещью, напр., отречение от сервитута, установленного в пользу заложенного участка, не может быть противопоставлено кредитору по залому.

Глава V. Множественность кредиторов

178. Общие начала. Порядок соотношения между несколькими залоговыми правами

Одна и та же вещь может быть обременена несколькими залоговыми правами; другими словами, вещь служит для обеспечения нескольких требований, принадлежащих разным лицам. Между кредиторами в таком случае возникает коллизия, которая разрешается на основании следующих положений.

Вещь может быть заложена разным лицам со стороны разных лиц, напр., собственник установил право залога в пользу одного лица, а добросовестный владелец вещи - в пользу другого лица. В таком случае отдается предпочтение тому кредитору, *auctor* которого имеет лучшее право на вещь, независимо от времени установления залогового права. Если оба *auctor*'а имели одинаковое право на вещь (напр., сначала заложил ее один добросовестный владелец, а затем другой, который впоследствии приобрел вещь, но, конечно, не в качестве правопреемника первого залогодателя), то предпочтение отдается тому кредитору, который раньше завладевает вещью.

Вещи заложены разным лицам со стороны одного и того же лица или его правопреемников. Тут необходимо различать несколько категорий случаев: а) отдельные залоговые права могут быть установлены одновременно или, по крайней мере, неизвестно, какое из них было установлено раньше; в таком случае отдается предпочтение тому кредитору, который раньше завладеет вещью; б) отдельные залоговые права установлены в разное время; в таком случае старейшее залоговое право имеет предпочтение пред всеми остальными - *qui prior tempore potior iure*. Таков нормальный порядок, но из него допущены исключения в двояком направлении. С одной стороны, император Лев постановил, что

залоговые права, в подтверждение которых будет представлен письменный документ, совершенный пред нотариусом или в присутствии трех свидетелей, так называемые *riņņoga publica* и *quasi publica*, должны пользоваться предпочтением пред всяким другим залоговым правом, установленным хотя бы и раньше, но без соблюдения этих формальностей. Поводом к изданию этого постановления послужили частые подлоги закладных, заключавшиеся в том, что на них выставлялся не настоящий день выдачи их, а какой-нибудь более ранний срок. С другой стороны, за определенными залоговыми правами был признан приоритет пред другими залоговыми правами, несмотря на более позднее время установления их, - они составляют категорию так называемых привилегированных закладных прав.

179. О привилегированных закладных правах

Безусловной привилегией пред всеми остальными залоговыми правами пользуется генеральная ипотека фиска на имущество плательщиков податей, установленная для обеспечения податных платежей. Кроме того, привилегией пользуется залоговое право, возникшее вследствие *versio in rem*, т. е. такое залоговое право, которое служит для обеспечения долга, заключенного с целью поддержания, восстановления или доставления возможности приобретения вещи, раньше уже заложенной у другого лица. Один из наиболее характерных случаев этого рода - залог корабля (заложенного уже раньше у другого лица), служащий для обеспечения займа, потребовавшегося для ремонта и экипировки корабля. Наконец, Юстиниан установил привилегию в пользу дotalьной ипотеки жены на имущество мужа, служащей для обеспечения возврата ее приданого.

180. Права старшего и последующих кредиторов

Один только первый кредитор по залому имеет неограниченное закладное право на вещь. В частности, он один имеет право продажи заложенной вещи. Остальные кредиторы имеют только ограниченное право залога. В частности, они имеют: а) право на *hyperocha*, т. е. на излишек от суммы, вырученной путем продажи вещи, какой может остаться после удовлетворения первого кредитора; б) *jus offerendi et succedendi*, т. е. право удовлетворить первого кредитора и занять его место относительно приобретенного, таким образом, добавочного требования против должника; выгода для последующего кредитора в таком случае заключается в том, что он может рассчитывать продать вещь при таких условиях и по такой цене, чтобы путем продажи было покрыто не только добавочное, но и коренное его требование против должника; в) последующие кредиторы пользуются теми же исками, как и старший, и могут требовать передачи вещи во владение от третьих лиц, но, конечно, не от старшего кредитора.

181. *Successio hypothecaria*

Характер этого института представляется очень спорным. По определению Дербурга, залоговое преемство - *successio hypothecaria* есть вступление последующего кредитора по залому в положение удовлетворенного им предшествующего кредитора; приобретенное таким образом залоговое право служит для обеспечения суммы, пошедшей на удовлетворение предшествующего кредитора. Сюда относятся следующие отдельные случаи: 1) третье лицо дает деньги для удовлетворения предшествующего кредитора под залог той же вещи: оно становится в таком случае на место удовлетворенного им кредитора; 2) требование предшествующего кредитора подвергается новации, т. е. оно прекращается и заменяется новым требованием, которое с своей стороны обеспечивается залогом той же вещи; установленное таким образом новое залоговое право сохраняет силу старого; 3) сюда же относится *jus offerendi et succedendi* последующих кредиторов по залому; 4) к случаям *successio hypothecaria* примыкает случай удовлетворения предшествующего кредитора по

залогу со стороны покупателя вещи; именно, третье лицо может купить заложенную вещь у собственника ее с тем, чтобы покупная плата пошла на удовлетворение первого кредитора. Вследствие этого второй кредитор по залогу, строго говоря, должен был бы стать первым и мог бы отнять вещь у покупателя и продать ее; но это было бы несправедливо, так как первый кредитор получил удовлетворение из средств покупателя без всякого участия второго кредитора. Поэтому покупатель по отношению ко второму кредитору стал рассматриваться как бы ставшим на место прежнего первого кредитора.

Глава VI. Прекращение залогового права

182. Общие способы прекращения

Прежде всего залоговые права прекращаются по основаниям, общим всем вещным правам, - сюда относится уничтожение заложенной вещи, переход ее в разряд *res extra commercium* и т. д. Далее, они прекращаются по основаниям, общим всем вещным правам на чужие вещи, сюда относятся: а) неформальное отречение, - *remissio pignoris*, оно должно быть принято собственником заложенной вещи; отречение может быть не только открытое, но и молчаливое; особенно важен тот случай, когда заложенный участок продается собственником его и кредиторы по залогу приглашаются при этом заявить о своих залоговых правах; в таком случае кредиторы, не отсутствующие в это время и не предъявившие своих прав, считаются отказавшимися от них; б) *confusio*; залоговое право прекращается, по общему правилу, раз кредитор становится собственником заложенной вещи, напр., приобретает ее в порядке наследования, ибо *pignus suae rei consistere non potest*. Из этого правила, однако, допущено исключение в том случае, когда вещь обременена несколькими залогами и право собственности на нее переходит к старшему кредитору; последний сохраняет, в таком случае, по отношению к последующим кредиторам те права, какие принадлежали ему в качестве старшего кредитора до перехода к нему права собственности на вещь (другими словами, последующие кредиторы имеют по отношению к нему только право на *hyperocha* и *jus offerendi* и *succedendi*). Все это очень спорно. Ср. Дербург II, 291 и след. Hartmann, Rechte an eigener Sache, 1877.

183. Специальные способы прекращения залоговых прав

Прекращение обеспеченного залогом требования влечет за собою и прекращение соответствующего залогового права, если только требование прекратилось окончательно. Но залоговое право остается в силе, если утрачено одно только право иска по требованию, само же требование продолжает существовать в качестве *obligatio naturalis*.

Продажа заложенной вещи со стороны старшего кредитора по залогу прекращает как его собственное залоговое право на вещь, так и залоговые права всех последующих кредиторов. Поскольку вырученная от продажи сумма недостаточна для удовлетворения требований, которые были обеспечены залогом, они продолжают существовать в качестве простых, не обеспеченных залогом требований.

Давность. Необходимо различать две категории случаев: а) если кто-либо приобрел заложенную вещь *bona fide*, не зная о существовании обременяющего ее залога, и притом не в качестве наследника залогодателя, а затем владел ею в течение 10 лет *inter praesentes* или 20 лет *inter absentes*, тот приобретает *longi temporis praescriptio* против иска кредитора по залогу; сверх того, он, в случае утраты владения, по истечении этого срока может успешно предъявить и виндикацию против кредитора по залогу; вследствие этого некоторые усматривают в этой давности "*Ersitzung der Pfandfreiheit*", т. е. давностное приобретение свободы от залога вещи, другими словами, прекращение самого права залога, а не только *actio hypothecaria*; б) во всяком случае *actio hypothecaria* прекращается за истечением 40-летней давности (в некоторых случаях уже за истечением 30-летнего давностного срока).

184. Залог требований, *pignus nominis*

Нередко для обеспечения требования, приобретенного кредитором против должника, прибегают к залогу требований, принадлежащих должнику против третьего лица. Например, А имеет заемное требование против В и, нуждаясь сам до наступления срока этого требования в деньгах, занимает их у С и в виде обеспечения закладывает свое требование против В. Юридическая природа этого вида залога, так называемого *pignus nominis*, представляется спорной. Одни усматривают в нем обыкновенное залоговое право, отличающееся в принципе от всякого другого залога лишь тем, что объектом его служит не телесная вещь, а обязательственное требование. Для осуществления этого права кредитор может прибегнуть на общем основании к *actio hypothecaria*. Другие, в том числе Дернбург, указывают на то, что, в конце концов, кредитор, которому заложено требование должника против третьего лица, приобретает просто право требовать от этого третьего лица исполнения принятого сим последним на себя обязательства. В этом заключается сущность залога требований. Поэтому, он и есть не что иное, как своеобразная, ограниченная цессия. Залог требований возникает по тем же основаниям, как и всякое другое залоговое право. Лицо, которому заложено требование, извещает об этом должника по требованию - *denuntiatio*. Право лица, которому заложено требование, двояко: а) оно имеет право предъявить заложенное требование ко взысканию по наступлении срока этому требованию, *jus exigendi* (для чего ему дается *actio utilis*); при этом различают две категории случаев: во-первых, если объектом заложенного требования служили деньги, то они переходят в собственность истца; если его собственное требование тоже было денежное, то истец ни в каком случае не может требовать уплаты большей суммы, чем какая необходима для удовлетворения его собственного требования; во-вторых, если объектом заложенного требования служила другая вещь, например, участок, то истец приобретает только обыкновенное залоговое право на него, собственником же становится лицо, заложившее такое требование (спорно); б) далее, лицо, которому заложено требование, имеет право продажи его с тем, чтобы получить удовлетворение из вырученной суммы (спорно); покупатель вследствие этого становится полным цессионарием по требованию. Это право не связано с особыми неудобствами для заложника, если была заложена ценная бумага, имеющая установившийся курс; в других случаях результат такой продажи обыкновенно должен оказаться невыгодным для заложника. Вследствие этого следует признать, сообразуясь с вероятной волей сторон, что лицо, которому заложено требование, может продать его только в крайнем случае, именно, если должник по заложенному требованию не платит добровольно и предъявление требования ко взысканию сопряжено с затруднениями.

185. *Pignus pignoris* или *subpignus* (перезалог)*(143)

Нередко кредитор по залогу закладывает заложенную вещь третьему лицу. Это отношение называется *pignus pignoris* или *subpignus*. Юридическая природа этого отношения очень спорная. Многие усматривают в этом установление нового залогового права на вещь со стороны первоначального кредитора по залогу. Другими словами, объектом перезалога, как и залога, служит сама вещь. Но, разумеется, кредитор по перезалогу не может приобрести больших прав, чем сколько имел первоначальный кредитор, согласно правилу *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*. Поэтому *resoluto jure concedentis resolvitur et jus concessum*. Это мнение наиболее правильное. Другие признают в данном случае залог залогового права, а не вещи. Эта конструкция очень искусственная. Наконец, третьи подводят этот случай под залог требований, утверждая, что закладываются не вещь и не залоговое право на нее, а самое требование, обеспеченное залогом, со стороны первоначального кредитора; следовательно, залогоприниматель в таком случае имеет право предъявить заложенное требование ко взысканию и в случае неплатежа в срок, может

прибегнуть к продаже вещи, служащей для обеспечения заложенного ему требования*(144).

186. Залог сервитутов

Следует различать залог существующих уже сервитутов со стороны управомоченного лица и залог сервитутов, вновь устанавливаемых в этих видах со стороны собственника. I. Залог существующих сервитутов со стороны управомоченного лица допускается при узуфрукте, ибо хотя узуфрукт как таковой считается неотчуждаемым правом, но осуществление его может быть уступлено другому лицу. Вследствие этого стал возможен и залог его. Кредитор по такому залогоу получает право осуществления узуфрукта; он приобретает плоды *per perceptionem*; извлекаемая им выгода идет на погашение процентов и капитала. По наступлении срока своему требованию, обеспеченному залогом узуфрукта, он может продать осуществление узуфрукта на тех же основаниях, как и всякий другой кредитор по залогоу. II. Залог вновь установленных сервитутов со стороны собственника вещи; важнейший случай этого рода - установление узуфрукта в пользу кредитора, требование которого таким путем должно быть обеспечено. При этом, по мнению одних (Дернбург), кредитор сам становится узуфруктуарием; в качестве такового он имеет право пользования и извлечения плодов, причем в соответствующей мере погашается его требование, и, сверх того, по наступлении срока своему требованию может продать осуществление узуфрукта третьему лицу. По этой теории узуфрукт прекращается со смертью кредитора. Другие, напротив, утверждают, что сам кредитор не становится узуфруктуарием, хотя он фактически и пользуется правами такового, а узуфрукт возникает лишь в лице того, кому кредитор продает право узуфрукта. По этой теории узуфрукт прекращается, конечно, только со смертью покупателя. С течением времени стали допускать и залог вновь установленных дорожных и водных сервитутов. В случаях этого рода, дорожный или водный сервитут устанавливается в пользу соседнего имения кредитора и последний имеет право, по наступлении срока своему требованию, продать этот сервитут другому соседу.

187. Залог *emphyteusis* и *superficies*

Emphyteuta и суперфициарий имеет право залога вещи, принадлежащей ему на эмфитевтическом или суперфициарном праве, на срок существования своего права. Но, сверх того, возможен и залог вновь установленного эмфитевзиса или *superficies* со стороны собственника вещи.

Обязательственное право

Общая часть обязательственного права

Глава I. Понятие и содержание обязательств

188. Понятие обязательства

Savigny. D. Obligationenrecht, 2 т.; Unterholzner. Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen. 2 т.; Molitor. Les obligations en droit Romain, 3 т.

В источниках встречаются два определения обязательства: *pr. J. de Oblig. 3. 13. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura*; 1.3. D. *pr. de Obl. et A. 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.*

В современной доктрине существует оживленный спор по вопросу о том, как определить

обязательство (ср. Руск. Die Obligation 1878 г., где помещен перечень определений со времен глоссы). Обыкновенно обязательство определяют как такое юридическое отношение, которое дает одному лицу (кредитору) право на действие определенного другого лица (должника), и притом на такое действие, которое имеет имущественную ценность. Иногда это выражают и так: обязательство есть юридическое отношение, которое дает кредитору право требовать от должника доставления какого-нибудь блага, имеющего имущественную ценность. С этой точки зрения, основное различие между вещными и обязательственными правами состоит в том, что обязательственное право никогда не подчиняет непосредственно данную вещь власти данного лица, а всегда только устанавливает отношение между двумя лицами, подчиняет только волю должника воле кредитора. Из других определений заслуживает внимание определение Бринца*(145): сущность обязательства, говорит он, заключается в том, что что-нибудь, лицо или вещь, предназначено служить удовлетворением для кредитора, отвечает перед ним. Обязательство есть ответственность (Haftung) лица или вещи пред кредитором. Соответственно с этим он различает: а) Personenhaftung, obligatio personae; тут объектом удовлетворения служит должник в качестве имущественного субъекта, b) Sachenhaftung - obligatio rei, тут объектом удовлетворения служит вещь. Это бывает при залоге. Итак, Бриц расширяет понятие обязательственного права, подводя под обязательство и право залога.

Особенность obligatio personae по сравнению с obligatio rei, независимо от различия в объекте удовлетворения, заключается, по его мнению, в том, что то, за что отвечает лицо, принципиально должно быть нечто, имущее быть доставленным самим этим лицом. Дальнейшим последствием того, что 1) отвечает лицо и что 2) оно отвечает только за то, что оно само должно доставить, есть "ein Müssen, долженствование. Этот момент долженствования отсутствует при obligatio rei.

Обращаясь к критической оценке приведенных определений, нельзя не заметить, что они страдают одним общим недостатком. Они выдвигают чисто формальный элемент, мало разъясняющий сущность дела. К тому же они имеют в виду только одну сторону обязательства: первое - активную (право кредитора), второе - пассивную (обязанность должника) и не дают представления об обязательстве как целом. Наконец, они либо прямо отрицают, либо игнорируют тот факт, что различие между вещными и обязательственными правами вообще не имеет абсолютный, а лишь относительный характер. В частности, это различие никоим образом не может быть сведено к различию в объектах тех и других прав.

Нетрудно убедиться, что одни и те же отношения подводятся то под понятие вещных, то под понятие обязательственных прав, в зависимости от того, в каких пределах, в каком объеме данная положительная система права признает данную категорию правоотношений заслуживающей самостоятельной судебной защиты. Так, напр., имущественный наем одними правовыми системами (напр. римским правом) рассматривается как чисто личное отношение, и наниматель не пользуется защитой против третьих лиц, а только против своего контрагента, отдавшего ему вещь внаем, а другие системы (напр. прусское право) придают этому отношению характер вещного права, так что наниматель на срок существования своего права пользуется защитой против всех и каждого, в том числе и против третьего приобретателя вещи, к которому она перешла от непосредственного контрагента на основании купли-продажи, дарения и т. п. Другой поучительный пример представляет история римской наследственной аренды: будучи сначала чисто обязательственным отношением, она засим приобретает, благодаря введению претором actio in rem vectigalis, характер вещного права.

Итак, различие между вещными и обязательственными правами сводится к различию в объеме самостоятельной судебной защиты тех и других.

Иначе говоря, обязательственными отношениями мы называем те частноправовые отношения, которые с точки зрения субъекта отношения пользуются защитой только против определенных категорий лиц, а не против всех и каждого. По содержанию своему эти отношения могут быть весьма разнообразные; предполагая наличность не менее двух субъектов, они могут иметь своим объектом как лиц, так, сверх того, и иные предметы

внешнего мира.

Примечание. При изложении обязательственного права сначала описываются начала, общие всем или большинству обязательств (общая часть обязательственного права), а затем уже переходят к разбору важнейших отдельных типов обязательственных отношений (особенная часть обязательственного права). Эти общие начала, о которых теперь будет говорено, выработаны главным образом юриспруденцией императорского Рима. Они были ближе развиты и систематизированы позднейшей, в особенности современной доктриной.

189. Содержание обязательства. Общие начала

Обязательство должно быть направлено на нечто физически и юридически возможное. *Impossibilium nulla est obligatio*, говорят источники. Физически невозможным является, напр., доставление несуществующей вещи, юридически невозможным, напр., продажа *res extra commercium*, или свободного человека. Невозможность исполнить обязательство может существовать с самого начала или наступить впоследствии.

При первоначальной невозможности различают объективную невозможность (напр., обещана несуществующая вещь) и субъективную невозможность (напр., А обещает подарить чужую вещь). За объективную невозможность должник в принципе не отвечает вовсе, за субъективную он отвечает в том смысле, что обязан возместить денежную стоимость обещанного. При последующей невозможности различают, наступила ли она по вине должника или нет. В первом случае он отвечает за причиненный истцу убыток, во втором он в принципе освобождается от ответственности.

Обязательство должно быть направлено на нечто дозволенное. Обязательство должно представлять имущественный интерес для кредитора. *Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.*

Это положение в настоящее время сильно поколеблено. При изучении этого вопроса необходимо иметь в виду следующее: 1) Прежде всего, вне сомнения, римское право сравнительно рано, несмотря на принцип классического процесса: *omnis condemnatio pecuniaria esse debet*, в целом ряде случаев (преимущественно в сфере вещного права, а также права семейственного и наследственного)⁽¹⁴⁶⁾ стало допускать ограждение неимущественного или не поддающегося объективной денежной оценке интереса. В связи с этим указанное течение захватило и сферу обязательственных отношений; сюда относятся некоторые деликтные иски, как то: *actio injuriarum aestimatoria*, *inhereditum quod vi aut clam* и др.; из области договорно-обязательственных отношений можно указать, между прочим, на *mandatum aliena gratia*. 2) Ввиду сказанного вопрос сводится к тому, можно ли обобщить эти отдельные случаи и, в частности, признать, что римское право в сфере обязательственных отношений принципиально отказалось от требования наличности имущественного интереса. - На этот вопрос, поскольку речь идет о чистом римском праве, следует дать отрицательный ответ. Целый ряд фрагментов убеждает в том, что, по общему правилу, для действительности обязательства вообще и договорного обязательства в частности требовалось, чтобы оно представляло имущественный интерес; при отсутствии его необходимо было обеспечить себя неустойкой, установлением *lex commissoria*, и т. п. - Другой вопрос, сохранилось ли требование имущественного интереса в современном римском праве? Доктрина колеблется, а практика скорее в пользу допущения неимущественного интереса, разумеется, при условии, что стороны имели серьезное намерение связать себя юридически, (так назыв. *Rechtsabsicht*), и что самый интерес признается заслуживающим охраны; установление этих моментов зависит от справедливого рассмотрения суда⁽¹⁴⁷⁾.

190. Определенность содержания

Содержание обязательства может быть определено более или менее точно, оно не должно быть совершенно неопределенное. Так, недействительно обязательство, объем

которого зависит вполне от личного усмотрения обязанного лица, напр., А дает В обещание подарить ему "когда-нибудь что-нибудь". С другой стороны, обязательство сохраняет свою силу, хотя объем его прямо не указан, коль скоро определение объема его предоставлено справедливому усмотрению кредитора, должника или третьего лица (*arbitrium boni viri*), так как в таком случае существует известный объективный критерий для оценки правильности принятого решения (напр., А обещает зятю В дать за своей дочерью такое приданое, какое находится в соответствии с его средствами). Возможно даже поставить объем обязательства в зависимость не от добросовестного усмотрения, а от личного желания третьего лица, в таком случае возникает только условное обязательство; напр., А обещает В уплатить ему такую сумму денег, какую укажет С; если последний уклонится от этого, никакого обязательства не возникает.

Особую категорию неопределенных обязательств составляют обязательства альтернативные. Альтернативным называется такое обязательство, при котором должен быть доставлен один из нескольких объектов по выбору определенного лица, напр., А обещает В подарить лошадь или корову. В таких случаях право выбора *in dubio* принадлежит должнику, притом он имеет и *jus variandi* (право изменять свой выбор) впредь до постановления судебного решения; если он и после этого не воспользуется своим правом выбора, таковое переходит к кредитору. Помимо последнего случая кредитор имеет право выбора, только если оно особо будет ему предоставлено, притом он после предъявления уже не может *mutare voluntatem*. Наконец, право выбора может быть предоставлено и третьему лицу; в таком случае вступление обязательства в силу обусловлено тем, что это третье лицо действительно укажет, какая вещь должна быть выдана кредитору.

Тут возникает еще вопрос: какое влияние на судьбу обязательства оказывает то обстоятельство, что доставление одного из объектов становится невозможным, напр., А обещал подарить В лошадь или корову, и до исполнения обязательства лошадь околела. По общему правилу, в таких случаях альтернативное обязательство переходит в простое, т. е. выдаче подлежит оставшийся предмет. Но если такая невозможность наступила по вине должника и кредитор имел право выбора, то последний может требовать либо передачи оставшегося объекта, либо возмещения стоимости погибшего объекта.

191. Делимость содержания

То, что должно быть доставлено, может быть благо делимое или неделимое, и, соответственно с этим, различают делимые и неделимые обязательства (*obligationes dividuae* и *individuae*).

Делимыми считаются обязательства, направленные на передачу в собственность определенного количества незаменимых вещей, обозначенных только родовыми признаками (напр., обязательство доставить 10 волов такой-то породы), и в особенности все обязательства, направленные на доставление определенного количества заменимых вещей, напр., обещание заплатить 100 рублей. Но, сверх того, признается делимым и обязательство, направленное на передачу в собственность или в узуфрукт какой-нибудь индивидуально определенной вещи, напр., обязанность доставить данную лошадь или данный дом; однако здесь имеется в виду не реальный раздел, а только раздел *pro partibus indivisis* (напр., если вещь должна быть выдана нескольким кредиторам, то должник может уступить каждому отдельно причитающуюся ему идеальную часть права собственности на вещь).

Неделимыми считаются обязательства, направленные на передачу остальных личных и всех реальных сервитутов (напр., обязательство установить *jus itineris*), далее все обязательства, при которых требуется непосредственно какое-нибудь единичное личное действие должника или ряд таких действий, которые лишь в своей совокупности представляют законченное целое, напр., обещание выстроить дом, вырыть яму и т. д. Сверх того, считаются неделимыми альтернативные обязательства и обязательства, направленные на доставление незаменимой вещи, обозначенной лишь родовыми

признаками (напр., обещание доставить не данную лошадь, а вообще какую-нибудь лошадь), ибо в таких случаях признание делимости обязательства могло бы повлечь за собою изменение самого содержания обязательства.

Юридическое значение этого различия между делимыми и неделимыми обязательствами заключается в том, что делимые обязательства могут быть исполнены и погашены по частям; сверх того, если умирает кредитор или должник с оставлением не одного, а нескольких наследников, то первоначальное единое обязательство распадается на столько частных обязательств, сколько наследников с той или другой стороны. Напротив, неделимые обязательства не могут быть исполнены по частям, т. е. пока не исполнено все обязательство, дело рассматривается так, как будто совсем еще не было приступлено к исполнению; и дальше, если после кредитора или должника останется несколько наследников, к которым переходит обязательство, то каждый из нескольких кредиторов может требовать исполнения всего обязательства, и каждый из нескольких должников обязан исполнить все обязательство. Впрочем, раз речь заходит не об исполнении неделимого обязательства, а о вознаграждении за неисполнение его, каждый из нескольких наследников может требовать только возмещения той части убытка, которая постигает его лично, и наоборот, каждый из нескольких наследников должника отвечает только в следующей с него части убытка.

192. Особые случаи. Денежные уплаты

Денежные долги встречаются на практике очень часто и имеют тем более важное значение, что всякое обязательство, направленное на доставление какого-нибудь иного блага, на случай неисполнения его может быть превращено в денежный долг.

Денежным долгом в тесном смысле называется такое обязательство, при котором кредитор имеет получить известную сумму денег *in abstracto*, напр., занято 100 рублей с обязательством вернуть столько же. В таких случаях платеж, по общему правилу, может быть произведен всякой монетой, пользующейся в данном месте официальным признанием, с тем, однако, ограничением, что кредитор не обязан принимать разменную монету свыше определенной суммы. Если при заключении денежного долга была включена специальная оговорка, что уплата должна быть произведена монетами определенного образца, напр. золотыми рублями, луидорами и т. д., то возникает вопрос о том, какое влияние на судьбу обязательства оказывает последующее изъятие из обращения выговоренной монеты. Дело в том, что вследствие этого доставление таких монет может быть сопряжено с большими жертвами для должника или далее стать совершенно невозможным. Ответ на этот вопрос должен быть дан различный, смотря по тому, какое значение сами стороны желали придать такой оговорке: а) если она имела только второстепенное значение, если у кредитора на первом плане стоит желание получить деньги, и лишь на втором - желание получить их монетами определенного образца, то в таком случае при изъятии выговоренных денег из оборота такая оговорка считается *pro non scripto*, т. е. должник может произвести платеж и другой монетою; б) если же эта оговорка имела основное значение, если для кредитора было важно получить не деньги вообще а именно монеты установленного образца (напр., он преследовал любительские цели), то тогда последующая невозможность доставления выговоренных монет прекращает обязательство. Но зато в последнем случае нельзя уже говорить о денежном долге в тесном смысле. Тем менее не может быть речи о таковом в тех случаях, когда обязательство направлено на доставление отдельных монет *in specie* (напр., А дает обещание подарить В коллекцию римских монет времен Цезаря). Если после заключения денежного долга наступили перемены в денежной системе (напр., долг заключен в такое время, когда монетной единицей был гульден, а ко времени платежа монетной единицей является крона), то при переоценке суммы долга следует принять во внимание сравнительную ценность прежней и новой монетной единицы (ср. подробности с указанием литературы у Виндшейда, *Pand.* т. II, 256). Наряду с металлическими деньгами существуют бумажные деньги (кредитные билеты). Никто не может быть принужден к принятию в счет

долга бумажных денег, если только это не предписано законом.

193. Вознаграждение за вред и убыток*(148)

Вредом или убытком называется всякое невыгодное для данного лица изменение его имущественного положения. Вред может быть либо положительный (*damnum emergens*), когда непосредственно уменьшилось наличное имущество данного лица, либо может заключаться в потере прибыли (*lucrum cessans*), когда данное действие или событие воспрепятствовало положительно ожидавшемуся приращению имущества.

Далее, вред может быть прямой или косвенный. Вред называется прямым, поскольку он составляет естественное и необходимое последствие вредоносного действия или события (напр., околела лошадь, - прямой вред от этого состоит в утрате той ценности, какую представляла лошадь). Вред называется косвенным, поскольку он возник от стечения особых обстоятельств или соотношений (напр., разбита чашка, входящая в состав дорогого сервиза, - косвенный вред заключается в обесценении всего сервиза).

Очевидно, если бы не наступило данное вредоносное действие или событие, имущественное положение лица было бы более выгодным, чем каким оно представляется после наступления такого действия или события. Разница между тем положением, в каком имущество находится, и тем, в каком бы оно находилось, если бы не произошло вреда, составляет интерес потерпевшего (*id quod interest*). Юридическое значение вреда заключается в том, что при наличии известных условий одно лицо обязано вознаградить другое за понесенный последним убыток. Такая обязанность может возникнуть по закону (напр., кто по своей вине повредил чужую вещь, обязан возместить потерпевшему убыток) или на основании договора (напр., страховые общества возмещают своим клиентам понесенный ими от пожара, градобития, падежа скота и т. д. убыток).

Обязанность вознаградить за убыток может составлять непосредственное содержание обязательства (напр., при договоре страхования или в случае внедоговорного повреждения чужих вещей) или же только эвентуальное содержание его (когда оно наступает вследствие неисполнения договора по вине должника). В последнем случае эта обязанность либо прямо заменяет первоначальное обязательство (напр., А продал В вещь, которая погибла до передачи по вине А; в таком случае остается только обязанность вознаградить В за понесенный убыток), либо привходит к нему (напр., в случае просрочки по вине должника он должен исполнить свое обязательство и, кроме того, обязан вознаградить кредитора за просрочку).

Размер, в котором одно лицо отвечает за убыток, понесенный другим лицом, не всегда совпадает с размером самого убытка. В некоторых случаях должник обязан возместить только объективную ценность утраченной вещи - *vera rei aestimatio*. В других случаях он отвечает за весь прямой и косвенный убыток, причиненный потерпевшему. Но и в таком случае возмещению подлежит только действительно доказанный вред, поэтому при исчислении ускользнувшей выгоды (*lucrum cessans*) принимается во внимание только такая выгода, такая прибыль, которую лицу несомненно удалось бы извлечь из вещи, а не такая выгода, которую лицо только надеялось извлечь из нее, но на поступление которой нельзя было положительно рассчитывать (напр., птицелов расставил сети и посторонний по неосторожности разорвал их; тут птицелов не может требовать вознаграждения за то, что не поймал птиц, ибо неизвестно, попались ли бы вообще птицы в его сети). Сверх того, при исчислении убытка не принимается во внимание и так назыв. *affectus ratio*, т. е. личные чувства потерпевшего, так как это элемент, не поддающийся объективной оценке (напр., лицо А затеряло крестик лица В, который был подарен последнему близким родственником; хотя этот крестик лично для В был гораздо дороже его номинальной стоимости, он тем не менее не может требовать от А вознаграждения свыше объективной цены крестика).

Император Юстиниан постановил, что когда обыкновенная стоимость вещи может быть определена, то вознаграждение за весь убыток не должно превышать двойной стоимости вещи. Но если сущность, количество и величина предмета не определены в точности, то

вред оценивается по справедливому усмотрению суда.

194. Уплата процентов

Под процентами или ростом (*usurae*) понимается то вознаграждение, которое устанавливается за пользование деньгами или другими заменимыми вещами и определяется соразмерно с их количеством и с временем пользования. Для начисления процентов всегда предполагается существование главного или капитального долга (*caput, sors*), без которого и самые проценты немыслимы, (этим проценты отличаются от ренты, т. е. от дохода с вечного вклада, в котором не существует права требования выдачи самого вклада). Проценты должны быть вносимы вещами того же рода, из каких состоит и главный долг. Обязанность платить проценты может возникнуть на основании юридической сделки (договора или завещательного распоряжения) или по закону. Такая обязанность может быть неразрывно связана с главным долгом, и в таком случае можно требовать платежа процентов, лишь пока существует право иска по главному долгу; или же она установлена на основании особого соглашения, приводящего к главному долгу, и в таком случае существует самостоятельный иск о процентах. Размер договорных процентов в пределах, в каких по закону допускается взимание таковых, зависит от усмотрения сторон: размер законных процентов обыкновенно указывается в соответствующем постановлении закона.

В римском праве существовал целый ряд ограничений касательно размера договорных процентов. А именно: а) размер процентного вознаграждения при денежных долгах, по общему правилу, не должен был превышать 6% (в до-юстиниановском праве - 12%, *centesimaе usurae*); б) не допускался начет процентов на проценты (*anatocismus*); в) сумма недоплаченных процентов (по юстиниановскому праву сумма как недоплаченных, так и уплаченных процентов) не должна превышать *alterum tantum*, т. е. не должна быть более суммы капитального долга. Нарушение этих постановлений считалось ростовщичеством, и соответствующие сделки признавались недействительными. Каноническое право совсем было запретило взимание процентов, но позднейшая практика снова вернулась к началам римского права. Ср. Петражицкий. *Lehre vom Einkommen*. Т. II. 10 и сл.

195. Неустойка

Неустойка есть договор, в силу которого одна сторона обязуется пред другой уплатить штраф или вообще подвергнуться имущественной невыгоде на случай совершения или несовершения какого-нибудь действия, или неисполнения, или несвоевременного исполнения какого-нибудь обязательства. Неустойка есть условное обещание - цель ее заключается в том, чтобы произвести давление на должника, обеспечить своевременное и точное исполнение того обязательства, которое подало повод к заключению ее. Но при этом, конечно, предполагается, что должник вообще был в состоянии исполнить коренное свое обещание. Поэтому, раз главное обязательство не могло быть исполнено по причинам, не зависящим от должника, кредитор не может требовать и уплаты неустойки (напр., А обещал выстроить В дом в течение года и на случай несвоевременного исполнения обязательства обязался уплатить 10 000 руб.; затем он приступает к работе, но до окончания ее произошло землетрясение и начатая постройка рухнула, - очевидно, В не может требовать уплаты условленных 10 000 руб.). Неустойка может быть присоединена к такому обязательству, которое само по себе уже порождает право иска на случай неисполнения его: но нередко она служит и для обеспечения надлежащего исполнения или неисполнения такого действия, которое само по себе, по смыслу соглашения между сторонами или по характеру своему, не дает заинтересованному лицу права иска.

В тех случаях, где неустойка присоединена к такому обязательству, которое само по себе порождает право иска, возможны две комбинации: а) неустойка имеет исключительно характер штрафа, так что главное обязательство остается в полной силе; б) неустойка может иметь целью заранее определить размер вероятного убытка от неисполнения или

неполного исполнения главного обязательства; в таком случае кредитор не может искать сверх неустойки еще и убытки, если только последние не превышают размера неустойки; в последнем случае она может требовать доплаты соответствующей суммы. In dubio, следует предположить, что стороны желали установить неустойку в последнем смысле.

От неустойки следует отличить отступное, т. е. такое побочное соглашение, по которому одной стороне предоставляется отступить от договора без спроса другой, взносом или потерю известной суммы. Ср. М. Пергамент, договорная неустойка и интерес, изд. 2, 1905, стр. 3-170.

Глава II. Субъекты обязательства*(149)

196. Общие замечания

Каждое обязательство предполагает наличность двух сторон - кредитора и должника. При этом возможны разные комбинации: 1) иногда существует между сторонами обязательственное отношение такого рода, что одна сторона пользуется всеми правами, другая несет только обязанности, напр., обещание дарить, в римском праве - стипуляция; такое обязательство называется односторонним, *obligatio unilateralis*; 2) иногда обязательственное отношение бывает такого рода, что приобретение известных прав неразрывно связано с принятием на себя известных обязанностей (напр., купля-продажа, наем и т. д.); такое обязательство называется двусторонним, *obligatio bilateralis*; 3) наконец, бывают и такие случаи, когда в принципе должник несет только одни обязанности, но, при известных условиях, у него может возникнуть и встречное требование против кредитора (напр., при мандате мандатарий, по общему правилу, обязан только исполнить данное ему поручение и не имеет никаких прав против манданта; но если он вследствие этого был вовлечен в расходы, то может требовать возмещения их от манданта). Такие обязательства называются неравномерными двусторонними обязательствами, *obligationes bilaterales inaequales*.

197. Множественность кредиторов или должников*(150)

Простейший случай обязательственного отношения есть тот, когда существуют один кредитор и один должник. Но число кредиторов или должников может быть и больше (напр., А и В вместе покупают вещь или нанимают квартиру у С, или наоборот, С покупает вещь или нанимает квартиру у А и В; или М и N вместе украли вещь у Р, или, наоборот, Р украл вещь, принадлежащую М и N). Спрашивается, какое это оказывает влияние на право требования или обязанность исполнения каждого из них?

Надо различать две категории случаев. По общему правилу, раз само обязательство делимо, то, при наличности нескольких кредитов или должников, каждый имеет право требовать или обязан исполнить только часть целого (напр., если А желает сдать комнату за 20 р., а наниматель ее В и С, то каждый обязан платить только 10 р.). Однако это не всегда удобно для кредитора, к тому же это начало неприменимо к неделимым обязательствам. Ввиду практических неудобств, какие иногда может представить указанное правило, в применении к известным случаям был допущен иной принцип. А именно, в известных случаях каждый из нескольких кредиторов имеет право требовать исполнения всего обязательства, равно каждый из нескольких должников обязан исполнить все обязательство, но, раз воспоследовало полное исполнение, то прекращаются права всех остальных кредиторов или освобождаются от ответственности все остальные должники. Такие обязательства называются солидарными в обширном смысле. Смотря по тому, существуют ли несколько сокредиторов или несколько содолжников, различают активные и пассивные солидарные обязательства.

Солидарные обязательства в обширном смысле распадаются на корреальные и солидарные, в тесном смысле, обязательства. Внешнее различие между теми и другими

следующее: 1) корреальные обязательства возникают преимущественно (хотя и не исключительно) на основании юридической сделки. В Риме главной формой заключения корреальных обязательств служила стипуляция (несколько кредиторов одновременно спрашивали должника: *spondesne dare*, и он отвечал: *spondeo*, или кредитор спрашивал подряд нескольких должников: *spondesne dare*, *spondesne sare*, и после этого все вместе отвечали *spondeo*). Вследствие этого сокредиторы назывались *duo* или *plures rei stipulandi*, а содолжники - *duo* или *plures rei promittendi*. Но, кроме того, допускалось установление корреального обязательства и при других договорных соглашениях и даже на основании завещательных распоряжений (напр., завещатель отказывает трем лицам вместе известную сумму денег и прибавляет, что каждый из них может требовать от наследника уплаты всей суммы, или он оставляет несколько наследников и обязывает каждого из них отвечать полностью за уплату легатов). При этом по отношению к отдельным участникам допускалось включение известных модификаций общей их ответственности (напр., из двух корреальных должников один отвечает безусловно, а другой - только на известный срок или под известным условием и т. д.). 2) Солидарные в тесном смысле обязательства возникают на основании специального постановления закона. Именно, закон в некоторых случаях, помимо особого соглашения, придает данному отношению характер солидарного, т. е. дает каждому из нескольких кредиторов право требовать исполнения всего обязательства или обязывает каждого из нескольких должников исполнить все обязательство. Чаще всего возникает солидарное в тесном смысле обязательство в случае совершения несколькими лицами сообща имущественного преступления; такие лица отвечают *in solidum* за причиненный убыток, т. е. потерпевший может требовать возмещения всего убытка с каждого из них; разумеется, раз один удовлетворил потерпевшего, остальные освобождаются. Другой пример: несколько поверенных в делах отвечают солидарно за убыток, причиненный неправильными действиями каждого из них, пред общим их доверителем (особый случай солидарного обязательства есть тот, когда, несколько лиц имеют право требовать или обязаны исполнить неделимое обязательство, о нем будет сказано ниже).

Различие между корреальными и солидарными в тесном смысле обязательствами не лишено практического значения; между теми и другими существуют некоторые различия в юридических последствиях, сущность которых сводится к тому, что корреальное обязательство в общем менее отяготительно для должника (или должников), чем солидарное в тесном смысле обязательство. На этих различиях и надо теперь остановиться подробнее.

198. О корреальных и солидарных в тесном смысле обязательствах в особенности

Правоотношения, вытекающие из тех и других, и различия в юридических последствиях между теми и другими. Как корреальное, так и солидарное в тесном смысле обязательство дает каждому сокредитору право требовать исполнения всего обязательства и обязывает каждого содолжника исполнить все обязательство, но с тем, что раз оно будет исполнено в пользу одного кредитора или со стороны одного должника, оно прекращается и по отношению к остальным участникам. Одинаковое значение с исполнением (*solutio*) имеет и все другие способы прекращения, которые ведут к полному материальному удовлетворению кредитора, как-то: *datio in solutum* (передача вместо денег других ценных вещей в счет уплаты по денежному долгу), судебная депозиция объекта обязательства, наконец, полный зачет.

Но корреальное обязательство прекращается, кроме того: а) посредством новации (т. е. замены прежнего обязательства новым) и отречения кредитора от своего права, хотя бы новация или отречение были произведены не всеми кредиторами, а только одним, и не со всеми должниками, а только с одним, если только *id specialiter agitur*; б) в до-Юстиниановском праве - в случае предъявления иска одним из кредиторов или против одного из должников, раз дело доведено до литисконтестации, хотя бы кредитор впоследствии и не получил полного удовлетворения (напр., вследствие проигрыша дела или

несостоятельности должника; с) наконец, активное корреальное обязательство прекращается еще в силу *constitutum* (т. е. такой сделки, на основании которой должник дает одному из кредиторов обещание уплатить весь долг ему).

Напротив, солидарное в тесном смысле обязательство не прекращается по отношению к остальным участникам вследствие новации или отречения, произведенного одним только кредитором или по отношению к одному только должнику; равно и предъявление иска одним кредитором или против одного должника не разрушает обязательства по отношению к остальным участникам. Юстиниан ввел некоторые изменения в эти отношения. Важнейшее из них заключается в том, что он уничтожил разрушительную силу литисконтестации по отношению к пассивным корреальным обязательствам, постановив, что предъявление иска против одного из нескольких корреальных должников само по себе не должно лишать кредитора права, на случай неполучения полного удовлетворения с него, предъявлять иски и к остальным. Другими словами, он сравнил в этом отношении пассивные корреальные обязательства с солидарными в тесном смысле обязательствами.

При пассивных корреальных и солидарных в тесном смысле обязательствах кредитор, конечно, может по доброй воле не требовать уплаты всего долга с данного должника, а только прораторной части. Но в известных случаях он даже прямо мог быть принужден к этому, именно в некоторых случаях должник пользовался так назыв. *beneficium divisionis*, в силу которого он мог требовать, чтобы кредитор обратил взыскание не только на него, но равномерно на всех остальных оплатных корреальных должников.

Раньше других таким правом стали пользоваться сопоручители (*confidejussores*), затем оно было распространено на некоторые другие случаи; наконец, Юстиниан в новелле 99 распространил силу этого бенефиция на все случаи корреальных обязательств, установленных по договорному соглашению. С этих пор все договорные корреальные обязательства и целый ряд солидарных в тесном смысле обязательств были подчинены действию этого бенефиция, чем практическое значение таких обязательств, конечно, в значительной степени было подорвано (ибо какая польза для кредитора от такого обязательства, раз обращение взыскания полностью на любого из корреальных должников в большинстве случаев зависит от доброй воли последнего).

Beneficium divisionis не допускается: а) если должник отказался от него, б) относительно корреальных обязательств, установленных на основании завещательного распоряжения (а не договорного соглашения), с) относительно солидарных в тесном смысле обязательств, возникших *ex delicto* (т. е. если несколько лиц сообща совершили имущественное правонарушение, то всегда каждый отвечает *in solidum* и не может предъявлять *beneficium divisionis*).

Остается еще один вопрос: какое соотношение возникает между соучастниками в тех случаях, где один кредитор получил все, или один должник уплатил все, другими словами, обязан ли такой кредитор поделиться с другими и имеет ли такой должник право регресса против остальных должников. Общего ответа на этот вопрос нельзя дать; в частности: а) корреальный кредитор не всегда обязан поделить полученное с остальными кредиторами - это зависит от соглашения между ними; б) корреальный, или солидарный, в тесном смысле должник, по общему правилу, имеет право регресса по отношению к остальным, но и тут бывают исключения.

199. Теории о природе корреальных и солидарных в тесном смысле обязательств

Мы видели, что существуют некоторые различия в юридических последствиях между корреальными и солидарными в тесном смысле обязательствами. Спрашивается, имеют ли они догматическое значение или это случайное историческое явление, которое не оправдывается теоретическими соображениями. Господствующее мнение до сих пор высказывается в пользу первой альтернативы, утверждая, что корреальные и солидарные в тесном смысле обязательства суть два совершенно отличные друг от друга типа обязательственных отношений. А именно, по господствующему мнению, корреальное

обязательство есть объективно единое обязательство с множественностью субъективных отношений; напротив, солидарное обязательство состоит из ряда самостоятельных обязательств, которые находятся лишь в таком соотношении между собою, что полное исполнение со стороны одного должника освобождает остальных. Эта теория впервые была высказана Келлером и подробно обоснована Риббентропом.

Другие ученые, тоже признавая догматическое различие между корреальными и солидарными в тесном смысле обязательствами, несколько иначе формулируют это различие. Мы укажем на теории Фиттинга, Беккера и Бринца. Фиттинг говорит, что корреальное обязательство есть субъективно альтернативное обязательство; при нем сначала существует неопределенность в отношении субъекта обязательства, которая разрешается лишь впоследствии, преимущественно посредством предъявления иска. Беккер признает, что корреальное обязательство есть материально единое обязательство с множественностью исков. Бринц находит, что не только корреальное, но и солидарное в тесном смысле обязательство есть единое, но в корреальное привходит один момент, которого нет в солидарном, а именно, при корреальном обязательстве каждый из нескольких сокредиторов или содолжников действует не только за себя, но и в качестве представителя остальных, - существует взаимное представительство всех их.

Наконец, есть и такие ученые, которые отрицают существование догматического различия в природе между теми и другими обязательствами (Синтенис, Дернбург). В частности, Синтенис находит, что все существующие различия не оправдываются общими соображениями, а основаны на положительном предписании закона. Дернбург идет дальше и пытается дать историческое объяснение этому различию (ср. Dernburg. Pandecten. Т. II. 72). Он выводит его из некоторых особенностей древнего гражданского процесса, в частности, из недостаточной упругости его. Последняя теория единственно правильная. Но она сама по себе оставляет еще открытым вопрос о том, есть ли корреальное и солидарное в тесном смысле обязательство одно единое обязательство, или же под тем или другим названием объединяется ряд самостоятельных обязательств?

Наиболее правильным представляется такой ответ: с экономической точки зрения как при корреальном, так и при солидарном в тесном смысле обязательствах следует признать существование одного обязательства, с юридической же точки зрения в обоих случаях возникает столько обязательств, сколько кредиторов или должников.

200. О неделимых обязательствах как особой форме солидарных обязательств

Если несколько лиц приобрели неделимое требование непосредственно или в качестве наследников первоначального кредитора, то каждый имеет право требовать исполнения всего требования. Но поскольку речь идет не об исполнении первоначального обязательства, а о возмещении убытка, причиненного неисполнением или просрочкой и т. д., каждый кредитор может требовать только возмещения прораторной части всего убытка. Сверх того, если исполнения неделимого требования требует только один кредитор, должник в известных случаях может потребовать от него представления обеспечения на случай повторительного требования об исполнении со стороны остальных кредиторов.

Если несколько лиц обязаны исполнить неделимое обязательство, (непосредственно или в качестве наследников первоначального должника), то каждый отвечает *in solidum*; сверх того, каждый отвечает и за весь убыток, если исполнение стало невозможным по вине одного из них, но имеет, по общему правилу, *beneficium divisionis* и право регресса против остальных. Если исполнение стало невозможным по вине наследодателя, то каждый отвечает только за прораторную часть убытка.

Глава III. Натуральные обязательства

201. Понятие их*(151)

Для того, чтобы обязательство имело полную силу, оно должно быть связано с правом иска. Однако существуют и такие обязательства, которые, не будучи облечены правом иска, тем не менее не лишены всякого юридического значения. Они называются натуральными обязательствами. Дело в том, что возможность принудительного осуществления обязательства судебным порядком составляет только одну сторону всякого обязательственного отношения. Столь же возможно и добровольное исполнение обязательства. Далее, обязательство, при известных условиях, может послужить объектом зачета и т. д. И вот нередко закон, отказывая данному обязательственному требованию в прямой судебной защите, не лишает его юридического значения в других отношениях. Таким путем возникает особая категория неполных, или натуральных, обязательств.

В частности, в тех случаях, где признается существование натурального обязательства, добровольное исполнение обязательства со стороны должника рассматривается не как дарение, а как *solutio debiti naturalis*, а посему он ни в каком случае не может требовать возврата уплаченного под тем предлогом, что кредитор не имел права иска. Далее, в известных случаях допускается предъявление натурального обязательства к зачету. Затем, натуральное обязательство при известных условиях может послужить основанием для новации (т. е. для замены его другим обязательством) и для конституции (т. е. признания со стороны должника), благодаря чему кредитор приобретает право иска по новому обязательству, заменившему старое или ставшему наряду с ним. Наконец, исполнение натурального обязательства может быть обеспечено представлением поручителей или залогом. Впрочем, не всегда натуральное обязательство влечет за собою все эти последствия, в особенности предъявление такого обязательства к зачету не всегда допускается.

По вопросу о том, чем объяснить появление натуральных обязательств, существует спор. Обыкновенно корень их усматривается в справедливости (*aequitas*) или естественном чувстве (*naturalis ratio*). Это объяснение несколько туманно. Некоторые ученые приводят появление натуральных обязательств в связи с историческим различием между *jus civile* и *jus gentium*, утверждая, что натуральные обязательства суть обязательства *juris gentium*. Но против этого следует возразить, что большинство обязательств *juris gentium* пользуется правом иска. - Почему же для некоторых было допущено исключение? - И дальше, эта теория последовательно приводит к отрицанию всякого догматического значения этих обязательств, что, безусловно, неправильно.

Натуральные обязательства встречаются и в современном праве, как они встречались в римском. Появление их объясняется прежде всего следующим образом. Во всех случаях, в которых признается существование натурального обязательства, наблюдается одна общая черта, это все такие случаи, в которых кредитор не получил от должника полного материального удовлетворения. Вследствие этого он терпит, конечно, известный экономический убыток. Вполне отрицательное отношение закона к последнему обстоятельству настолько же предполагает наличность особых квалифицированных условий, как и признание за данным отношением полной силы. Раз нет ни тех, ни других, закон считает интересы должника достаточно огражденными, отказывая кредитору в прямой судебной защите; но если должник или третье лицо под влиянием сложившихся в общественном мнении взглядов или из опасения подорвать свой кредит и т. п. добровольно примет меры к исполнению или обеспечению такого отношения, закон в интересах кредитора не лишает этих актов юридической силы.

202. Важнейшие виды натуральных обязательств

К числу натуральных обязательств относились, между прочим: 1) обязательства рабов, не возникшие *ex delicto*; 2) обязательства, возникающие между *paterfamilias* и подвластными ему лицами, а равно взаимные обязательства лиц, состоящих под одной властью; 3) обязательства лиц, состоящих под опекой, и обязательства объявленных расточителей, заключенные без участия опекуна или попечителя, имеют юридическое значение в том

смысле, что третьи дееспособные лица могут добровольно исполнять такие обязательства или принять их на себя и т. д.; 4) заемные обязательства подвластных детей *ex Senatusconsulto Macedoniano* (см. ниже - в учении о займе); 5) обязательства, при которых утрата права иска вызвана истечением исковой давности, и т. д.

Глава IV. Возникновение обязательств

203. Общий обзор

Гай в своих Институциях говорит: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. В другом месте он прибавляет еще третью категорию обязательств - *obligationes ex variis causarum figuris*, которые он затем подразделяет на *obligationes quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*. Последнее деление принято Институциями Юстиниана, в которых различаются *obligationes ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio* и *quasi ex maleficio*.

Современная систематика несколько видоизменила это деление, выработанное римскими юристами. Главными способами возникновения обязательств считаются юридические сделки и правонарушения. На них нужно остановиться ближе. Сверх того, обязательства могут возникнуть: на основании специального постановления закона (напр., алиментарное обязательство), на основании судебного определения (в особенности при отдельных процессах), на основании действия случая (напр., *communio incidens*).

204. Юридические сделки. Общие замечания

Юридические сделки как способы возникновения обязательственных требований подчиняются общим началам, определяющим силу и значение юридических сделок вообще (ср. выше 42 и след.). В частности, следует рассмотреть отдельно односторонние и двусторонние юридические сделки.

Примечание. Рассмотрению будут подлежать только сделки между живыми. О сделках на случай смерти, поскольку они порождают обязательственные отношения, будет сказано в наследственном праве.

205. Договоры*(152). Заключение договоров

Договоры встречаются как в сфере частного, так и в сфере публичного права. В сфере частного права они играют роль одинаково как в отношениях вещного и обязательственного, так и в отношениях семейственного и наследственного права: соответственно с этим можно различать вещные, обязательственные, семейноправные и наследственные договоры. В частности, обязательственный договор есть такое, основанное на взаимном соглашении двух или нескольких лиц, заявление, которое имеет целью установить между данными лицами непосредственно или по отношению к третьим лицам такие конкретные отношения, которые подходят под тип обязательственных отношений. Существенно необходимым для возникновения договора является дача обещания с одной стороны, принятие обещания (акцептация) с другой стороны (при одностороннем договоре), или взаимная дача и принятие обещания с обеих сторон (при двустороннем договоре).

Договор считается заключенным: а) раз стороны пришли к окончательному соглашению касательно всех пунктов, существенных по роду сделки и по намерениям сторон; б) раз воля их надлежащим образом выражена. Мы рассмотрим отдельно оба эти условия.

Мы видели, что прежде всего для вступления договора в силу требуется, чтобы стороны пришли к окончательному соглашению касательно всех пунктов, существенных по роду сделки и по намерениям сторон. Поэтому не имеют обязательной силы: а) односторонние предложения (пропозиции), хотя бы имеющие вид формального обещания, пока они не приняты противной стороной; до этого момента лицо, сделавшее предложение, всегда может отказаться от него (напр., А предлагает В купить определенную вещь, тот медлит

ответом, а А за это время раздумал и отказывается от своего предложения; если В после этого и пожелает купить вещь, он не может настаивать на том, что А раньше готов был продать ее, так как он сам не сразу изъявил свое согласие); b) предварительные переговоры (так называемые трактаты), предшествующие заключению договора, пока не состоялось и не заявлено окончательное соглашение (напр., А заявляет В, что он не прочь купить у него такую-то вещь, В дает справки о цене, о качествах вещи и т. д.); c) от таких предварительных переговоров, ни к чему не обязывающих, надо отличать предварительный договор, *pactum de contrahendo*, который может предшествовать главному договору и в силу которого стороны дают и принимают обещание заключить главный договор (напр., желает обеспечить за собою возможность передать В вещь на хранение и поэтому заключает с ним предварительный договор, в силу которого В дает обещание по первому желанию А взять его вещь на хранение); такой предварительный договор на общем основании дает кредитору право требовать исполнения его, т. е. заключения главного договора; d) нередко стороны составляют так назыв. пунктации, т. е. формулируют на письме существенные пункты сделки, относительно которых достигнуто между ними соглашение, притом раньше, чем договор по закону или по мысли сторон может считаться окончательно заключенным; такие пунктации могут иметь различное значение: иногда они имеют значение простой справки, - иногда, значение *pactum de contrahendo*, а в некоторых случаях то, что стороны считают пунктацией, в действительности представляет собою самый договор.

Мы рассмотрели те случаи, в которых договор не может еще считаться заключенным. Теперь приходится ставить обратный вопрос: когда же окончательное соглашение должно считаться достигнутым. Ответить на него не всегда легко. В частности, надо заметить следующее: a) заявление о готовности принять предложение может предшествовать самому предложению (как, напр., при римской стипуляции, где кредитор спрашивал должника: *spondesne dare*); b) между предложением и принятием обещания может пройти некоторое время; от обстоятельств дела зависит, может ли предложение еще считаться сохранившим свою силу; c) при заключении договора между присутствующими во всяком случае предложение одной стороны не имеет обязательной силы, т. е. может быть взято обратно, пока другая сторона не успела уразуметь его (напр., к А обращается глухой В и спрашивает его, желает ли он ему уступить такую-то вещь, А отвечает утвердительно; В просит его дать письменный ответ, так как он его не расслышал; А может еще раздумать и ответить отрицательно); d) очень спорным представляется вопрос о том, с какого времени может считаться окончательно заключенным договор между отсутствующими, которые сносятся чрез посыльных или на письме; источники не дают материала для разрешения его. В современной доктрине существуют две главные теории; одни думают, что договор может считаться заключенным лишь с того момента, когда лицо, предложившее его, получит ответ от противной стороны, так что до этого времени инициатор сохраняет еще возможность отказаться от договора (так назыв. *Vernehmungstheorie*); другие считают достаточным, если лицо, получившее предложение, дало свое согласие, хотя бы противная сторона еще не узнала об этом (так назыв. *Diverungstheorie*). Но тут спрашивается: какой же момент должен иметь решающее значение, момент ли, когда лицо мысленно окончательно решилось принять предложение, или момент писания ответа, или отправления на почту, или принятия почты и т. д. А что, если лицо, отправив письмо с утвердительным ответом, потребует его назад с почты? Все эти соображения заставляют высказаться в пользу первой теории.

Пока договор окончательно не заключен, нельзя требовать исполнения его. Значит ли это, что стороны до этого времени вовсе не отвечают друг пред другом? А что, если сторона, предложившая вступить в договор, тем самым вовлекла в расходы противную сторону, а потом до окончательного заключения договора отступает от него? Вопрос этот очень спорный. Несомненно, что если сторона действовала *dolose*, т. е. умышленно причинила своим предложением вред противной стороне, она должна вознаградить ее за этот вред (напр., А узнал, что его конкурент В собирается вступить в выгодное предприятие с С; чтобы помешать ему, А предлагает В вступить в это предприятие с ним, предлагая еще более выгодные условия, вследствие этого бросает переговоры с С и начинает вести их с А,

который затем отказывается от вступления в договор. Очевидно, В вследствие того терпит убытки, которые А и обязан возместить ему). Для этого служит *actio doli*. Не возбуждает сомнения и тот случай, когда предложение такого рода, что побуждает лицо, которому оно сделано, тотчас же предпринять известные шаги, напр., А предлагает В принять участие в выгодном подряде и просит для окончательного скрепления договора приехать или послать одного из его служащих; в таком случае инициатор, хотя и может отступить от вступления в договор, но обязан возместить противной стороне убытки, которые она могла понести вследствие совершенных ею действий (ср. 1. 15 D. *mandati* 17, 1. *Si mandassem tibi, ut fundum emereres, postea scripsissem, ne emereres, tu, antequam scias me vetuisse, emissis, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum*). Современная доктрина, однако, склонна идти дальше и признать ответственность инициатора пред противной стороной и в других случаях, когда была вызвана полная уверенность, что договор состоится. Предел этой ответственности определяется так назыв. отрицательным договорным интересом противной стороны. Другими словами, возмещению подлежат убытки, которые причинены противной стороне тем самым, что в ней была возбуждена основательная надежда на заключение договора (напр., А хотел запастись дровами на зиму у В, но тут он получает письмо от С, который предлагает ему дрова по более выгодной цене, А соглашается и шлет утвердительный ответ С, но тот до получения ответа раздумал и отказывается от своего предложения; согласно принятой нами *Vernehmungstheorie* договор между сторонами еще не был заключен, и заключение его за отказом С стало невозможным. А вследствие этого; может очутиться в неприятном положении, он опять обращается к В, но тот требует теперь большую цену против прежней и т. д. Разница между прежней ценой и той, какую В требует от А в настоящее время, составляет отрицательный договорный интерес А по отношению к С. Что касается условий ответственности, то по этому вопросу существует спор. Одни ставят неизменным условием наличность вины со стороны инициатора (так назыв. *culpa in contrahendo*)*(153). Другие распространяют действие этого принципа на все случаи, в которых договор не мог быть заключен или оказался недействительным по причине, которую противная сторона не знала и не была обязана знать.

Особую форму вступления в договор составляют публичные торги, сущность которых заключается в том, что одна сторона предлагает вступить в сделку с тем, кто предложит наиболее выгодные условия, напр., готов заплатить наибольшую цену или исполнить подряд дешевле других и т. д. Впрочем, юридическая конструкция этого отношения очень спорная (ср. Виндшейд, ук. соч. II, 308).

Кроме согласия сторон для возникновения договора требуется еще надлежащее выражение воли их. В римском праве на этот счет существовали очень подробные правила. Неформальное соглашение, по общему правилу, не порождало права иска, а требовалось соблюдение известных формальностей. В частности, различали *contractus* и *pacta*.

Контрактами назывались договорные соглашения, признанные гражданским правом. Существовали 4 основания для возникновения контрактов (так назыв. *causae civiles*), а именно: одни контракты возникали *re*, т. е. в силу исполнения одною из сторон своих обязанностей, это так назыв. реальные контракты, к числу которых принадлежат *mutuum* (заем), - *commodatum* (ссуда), *depositum* (поклажа) и *pignus* (договор залога), наконец, так назыв. *contractus innominati* (безыменные контракты). Далее, контракт мог возникнуть *verbis*, т. е. через произнесение определенных слов. Такие контракты назывались вербальными. Важнейший вербальный контракт - *stipulatio* (*spondesne dare centum? spondeo*, или *promittis dare centum? promitto* и т. д.). Стипуляция имела очень важное практическое значение, так как всякий договор мог быть облечен в форму стипуляции. Затем контракт мог возникнуть *litteris*, посредством записи суммы долга в особые приходо-расходные книжки. Такой контракт назывался литтеральным. В юстиниановском праве он вышел из употребления. Наконец, в виде исключения в четырех случаях контракт возникал *consensu*, на основании неформального соглашения сторон. Это так назыв. консенсуальные контракты, *emptio-venditio* (купля-продажа), *locatio conductio* (наем), *mandatum* (договор поручения) и *societas* (договор товарищества).

Pactum называлось всякое неформальное соглашение, не признанное гражданским правом в качестве контракта. *Pacta*, по общему правилу, не порождали права иска: *nuda pactio non parit obligationem, sed parit exceptionem*. Позднее стали допускать исключения из этого правила: так, некоторые *pacta* стали порождать право иска на основании преторского эдикта и позднейших императорских постановлений (напр., *pactum dotis* - неформальное обещание дать приданое). Такие *pacta* назывались *pacta vestita* (в противоположность *pacta nuda*). Однако еще в юстиниановском праве неформальное соглашение, по общему правилу, недостаточно для возникновения договора, облеченного правом иска.

Дальнейшее развитие привело к уничтожению этих ограничений. В настоящее время общее правило таково, что всякое неформальное соглашение порождает вполне действительное обязательство. Другими словами, выбор формы, способ выражения воли вполне зависят от сторон. Исключения из этого правила сравнительно редки. В частности, если сами стороны желали заключить договор в определенной форме, напр., в письме, то вступление договора в силу *in dubio* обусловлено соблюдением этой формы, - пока договор не облечен в нее, он считается несуществующим.

206. Содержание договоров*(154)

Цель договора - установление обязательства. Следовательно, содержание его должно быть таково, что возможно возникновение обязательства. Поэтому договор должен быть направлен на нечто возможное, дозволенное, не должен быть вполне неопределенный и т. д. В частности, тут возникает следующий вопрос: возможны ли договоры в пользу третьих лиц? Под договорами в пользу третьих лиц мы понимаем договоры, при которых имеется в виду предоставить третьему лицу самостоятельное право требовать исполнения того, что составляет содержание договорного соглашения между непосредственными контрагентами; напр., А страхует свою жизнь в страховом обществе (В) с тем, чтобы право требовать уплаты страховой суммы после его (А) смерти принадлежало лицу С. - Такие договоры не следует смешивать с договорами, заключаемыми через представителей: от прямого представителя тот, кто заключает договор в пользу третьего лица, отличается коренным образом тем, что он действует не от чужого, а от собственного имени; от косвенного представителя такое лицо отличается тем, что третье лицо приобретает самостоятельное право требовать исполнения от должника. - римское право в принципе не допускало такие договоры: *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possimus* (1. 11, D. de O. Et A. 44, 7). Первоначально все договоры такого рода считались безусловно недействительными. Однако из этого общего правила с течением времени был допущен ряд исключений. Прежде всего было признано, что сам контрагент, которому было дано обещание исполнить что-либо в пользу третьего лица, может требовать исполнения, если он сам заинтересован в этом (напр., А взял с В обещание уплатить С те деньги, которые последнему должен А). Далее, в ряде случаев за самим третьим лицом, в пользу которого дано обещание, было признано право требовать исполнения этого обещания посредством *actio utilis*; сюда относится, напр., случай, когда кто-либо (А) передавал другому (В) чужую вещь в пользование или на хранение с тем, чтобы получивший (В) по миновании надобности вернул ее собственнику (С).

Современная доктрина и практика обобщили этот принцип и, хотя не без колебаний, признали за третьим лицом право иска во всех тех случаях, в которых это согласно с волей непосредственных контрагентов, заключивших договор. Наряду с третьим лицом право требовать исполнения договора принадлежит и непосредственному контрагенту, принявшему обещание, если это имеет какой-нибудь интерес для него (хотя бы и неденежный), (напр., А продает В свою фирму и отбирает у него обещание уплатить все долги А; исполнения могут требовать, с одной стороны, кредиторы А, с другой - сам А; или А заключает со страховым обществом договор об уплате своему сыну по достижении им известного возраста 1000 руб.; по наступлении срока и он, и сын могут требовать исполнения). Итак, современная доктрина склонна признать безусловно действительными

договоры в пользу третьих лиц. Прежняя доктрина требовала для приобретения права иска третьим лицом, чтоб оно приступило к договору; теперь и этого, по крайней мере в виде общего правила, не требуется: все зависит от характера и содержания договорного соглашения. - Другой вопрос - могут ли непосредственные контрагенты, заключившие договор в пользу третьего лица, отказаться от договора или отменить его действие по отношению к первоначальному дестинатару без участия последнего? И этот вопрос решается различно, в зависимости от природы договора.

В связи с этим находится другой вопрос: допускаются ли договоры, коими налагаются обязательства на третьих лиц? Такие договоры ни по римскому, ни по современному праву не порождают обязательства для третьего лица, если это только не наследник того лица, которое дало за него обещание. Но непосредственный контрагент при известных условиях отвечает по такому договору.

207. Особые типы договоров

Двусторонние или синаллагматические договоры*(155). Под двусторонними, обоюдными или синаллагматическими договорами понимают те договоры, при которых приобретение прав для каждой стороны неразрывно связано с принятием на себя известных обязанностей, при которых, следовательно, каждая сторона одновременно является кредитором и должником (напр., при купле-продаже, найме и т. д.).

Тут и возникает вопрос: как быть в том случае, когда один из контрагентов требует исполнения от другого раньше, нежели сам исполнил договор со своей стороны. Римское право дает в таких случаях ответчику право противопоставить иски истца *exceptio non adimpleti (non rite adimpleti) contractus*. Другими словами, сторона не может требовать исполнения от противной стороны, пока сама не исполнила договора или не выразила готовности исполнить его, если только по роду договора или по особому соглашению сторон одной из них не предоставлено право исполнить договор не одновременно, а вслед за другой (напр., при купле-продаже продавец мог продать товар в кредит, тогда, конечно, он не может противопоставить иски покупателя *exceptio non adimpleti contractus*).

Независимо от этого возникает еще вопрос: на кого падает *onus probandi* в случае предъявления этого возражения, на истца или на ответчика? Римское право возлагает *onus probandi* на истца (напр., А купил у В вещь и требует передачи ее. В противопоставляет иски *exceptio non adimpleti contractus*, т. е. заявляет, что А не уплатил ему условленной платы; тогда А должен доказать, что уплата произведена, или что он готов вручить деньги В).

Бывают случаи, в которых двусторонний договор, по тем или другим причинам, связывает только одну из сторон (напр., *si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat* 1.13 29 D. de A. E. V. 19, 1). Такие сделки называются *negotia claudicantia*. В таких случаях право требовать исполнения договора приобретает только контрагент, не связанный договором. Но, с другой стороны, он может требовать исполнения не иначе, как признав договор обязательным и для себя.

Такое же отношение возникает в таком случае, когда при заключении двустороннего договора одна из сторон сохраняет за собою право дать окончательный ответ через некоторое время, и здесь, конечно, нельзя требовать исполнения, не признав договора обязательным и для самого себя.

Договоры безыменные и именные. Еще в римском праве различались именные и безыменные контракты. Последние составляли особую разновидность реальных контрактов, т. е. тех договоров, которые вступали в полную силу лишь после того, как одна из сторон исполнила лежащие на ней обязанности по договору. Притом, по господствующему мнению, сторона, исполнившая такой договор, имела право требовать либо исполнения от другой стороны, либо возврата исполненного посредством *condictio causa data causa non secuta* (так назыв. *jus roenitendi*).

Это деление договоров на именные и безыменные сохраняет и поныне свое значение.

Дело в том, что при разнообразии договорных отношений немислимо и не нужно присваивать каждому договору особое название, - только наиболее часто встречающиеся договорные отношения обозначаются особым термином, как, напр., договор купли-продажи, найма, товарищества и т. д. Для других же особого названия не существует.

Все безыменные договоры, по примеру римского права, подводятся под 4 рубрики; *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (напр., А за квартиру и стол обязывается обучать детей В; это не есть договор личного найма, ибо при договоре найма нанимающий получает уплату деньгами, а это и есть безымянный договор).

Важное отличие современных безыменных договоров от римских заключается в том, что они получают полную силу уже с момента состоявшегося между сторонами соглашения; не требуется, чтобы одна сторона исполнила договор. Это потому, что теперь, по общему правилу, для возникновения всякого договора достаточно неформальное соглашение сторон. Вместе с тем отпало и *jus poenitendi*.

Рискованные, или алеаторные, договоры. Рискованными, или алеаторными, называются такие договоры, при которых заранее неизвестно, которой из сторон договор принесет выгоду, которой убыток, - то или другое зависит от случая. Сюда относится, между прочим, *emptio spei*, или *rei speratae* (напр., А покупает у В право на печатание его сочинения или на постановку его пьесы и т. д.), лотерейные договоры, страховые договоры, наконец, договоры пари (*sponsiones*) и игры (*ludi aleatorii*).

Что касается, в частности, договоров игры и пари, то надо заметить следующее: а) договор пари считается действительным, если только он не содержит в себе ничего безнравственного или не служит для прикрытия недозволенной сделки; б) договор игры, по общему правилу, считается недействительным.

207а. Подтверждение договоров*(156)

I. Присяга. По чистому римскому праву присяга не сообщала договору большей силы, чем он имел и без нее, и, в частности, недействительный договор вследствие этого не становится действительным.

Но под влиянием канонического права современная доктрина склонна признать, что все сделки, которые сами по себе не безнравственны, а считаются недействительными только в силу положительного предписания закона, могут получить полную силу в случае клятвенного подтверждения их тою стороною, в интересах которой сделка признается недействительной.

II. Представление задатка (*arra*). Задаток может иметь двоякое юридическое значение: 1) он может быть дан в знак или доказательство действительного заключения договора, *arraha confirmatoria* (pr. J. 3,23 *argumentum emtionis et venditionis contractae*), в таком случае задаток должен быть возвращен не только в случае исполнения договора, но и в том случае, если договор впоследствии почему-либо не будет исполнен. Но, конечно, стороны могут условиться и иначе, напр., получающий задаток может выговорить себе право удержать его на случай, если договор впоследствии не будет исполнен; в частности, такое право удержания задатка подразумевается, если получатель выговорил себе на случай неисполнения договора право отступить от него; в таком случае он вместо требования исполнения договора или возмещения убытка может удержать *arraha*.

2) Задаток может быть дан в обеспечение будущего заключения договора (*arraha contractu imperfecto data*).

Если в таком случае сторона, выдавшая задаток, отказывается от вступления в договор, она теряет свой задаток; если отказывается сторона, получившая задаток, она должна вернуть задаток в удвоенном размере (*duplum*). Задаток в этом случае имеет штрафной характер (*arraha poenitentialis*).

III. Обещание неустойки (ср. выше, 195).

IV. Обещание исполнить существующее обязательство (*constitutum, Erfullungversprechen*). Сущность этого договора заключается в том, что должник вторично дает обещание исполнить существующее обязательство. Вследствие этого кредитор

приобретает дополнительное право требования против него, причем, конечно, исполнение, произведенное по одному из этих требований (основному или дополнительному) прекращает и другое. *Constitutum* было неформальное соглашение, которое получило признание в преторском эдикте; оно порождало *actio de pecunia constituta* или *constitutoria*. Первоначально конститут допускался только относительно денежных долгов; затем он был распространен и на заменимые вещи иного рода, а при Юстиниане он допущен для всякого рода долгов. Выгоды для кредитора заключаются в том, что основное право требования может быть утрачено им (напр., вследствие истечения исковой давности), и он все-таки сохраняет дополнительное право требования против должника; впрочем, не всегда в таких случаях последнее сохраняется (ср. подробности у Windscheid. Pand. Т. II. 284). Для действительности такого вторичного обещания исполнения требуется, чтобы действительно существовал основной долг, хотя бы в виде натурального. Впрочем, обещание исполнения может заключать в себе и признание основного долга; но это не необходимо.

208. Односторонние обещания. Понятие и главные виды

Сущность одностороннего обещания (*pollicitatio*) заключается в том, что оно порождает обязательство и без принятия (акцептации) его противной стороной. Этим одностороннее обещание отличается от договора. Одностороннее обещание получает юридическое значение лишь в виде исключения. В частности, сюда относятся следующие случаи:

1) Одностороннее обещание в пользу городской общины, раз оно вызвано какими-нибудь уважительными мотивами (*justa causa*). Но если отсутствует такой уважительный мотив, то обещание сохраняет полную силу, если приступлено к исполнению его (*opus coeptum*).

2) Одностороннее обещание в пользу церкви или для благотворительной цели, *votum*.

3) Далее, по современному праву сюда же должно быть отнесено публичное объявление, в силу которого данное лицо обещает за совершение какого-либо действия известное вознаграждение (премию). Такое обещание не может быть взято обратно, если кто-либо исполнил требуемое или приступил к исполнению его.

4) Наконец, сюда же должны быть отнесены бумаги на предъявителя, - институт, которого не существовало в римском праве, но который получил широкое развитие в современном праве. Впрочем, юридическая конструкция его очень спорная.

209. Недозволенные действия. Значение их как оснований возникновения обязательств

Недозволенные действия могут породить двоякого рода обязательственные требования: обязательство может быть направлено либо на возмещение причиненного убытка, либо на уплату известного штрафа, либо одновременно на то и другое. Так, напр., кража порождает два иска - *condictio furtiva*, направленный на возмещение убытка, и *actio furti*, направленный на уплату *duplum* или *quadruplum*. Против лица, виновного в повреждении чужой вещи, возникает *actio legis Aquiliae*; этот иск направлен на возмещение причиненного убытка, но включает вместе с тем и штрафные функции, так как допускается невыгодный для ответчика масштаб при исчислении размера убытка.

В современном римском праве штрафные иски, впрочем, все почти вышли из употребления.

210. Заключение договоров через третьих лиц и ответственность за чужие долги. Постановка этого вопроса в римском праве

Римское право первоначально вовсе не допускало прямого представительства при заключении сделок и, в частности, договоров, а допускало только косвенное представительство. Но за то в древнем римском праве существовали некоторые суррогаты

прямого представительства, а позднейшее императорское право в виде исключения в некоторых случаях стало допускать и самое прямое представительство. Надо рассматривать особо приобретение требований через третьих лиц и ответственность за чужие долги.

Приобретение обязательственных требований через третьих лиц. Надо различать две категории случаев: приобретение через подвластных лиц и через лиц свободных, самостоятельных.

Через подвластных лиц. Институт приобретения обязательственных требований через лиц подвластных существовал издревле. Корень его - тот принцип древнего права, в силу которого подвластные лица не могут иметь собственного имущества, а все, что они приобретают, они приобретают в пользу своего властелина. Что касается рабов, то этот принцип удержался и в юстиниановском праве. Что же касается подвластных детей, то за ними с течением времени была признана самостоятельная активная имущественная правоспособность в весьма широких пределах. Вследствие этого в позднейшем праве далеко не всякое обязательственное требование, приобретенное подвластным сыном, *ipso iure* считалось приобретенным в пользу отца. Но, во внимание к прежнему порядку, было признано, что подвластные дети и впредь могут приобретать любое обязательственное требование в пользу отца, если сами того пожелают.

Через лиц самостоятельных. Первоначально непосредственное приобретение требований через лиц, не состоящих под властью данного лица, не допускалось вовсе. Допускалось только косвенное представительство, т. е. представитель сам приобретал право требования и затем уступал свое право иска тому лицу, в интересах которого он вступил в договор (так назыв. *cessio actionis*). Если представитель имел прямое поручение от другого лица вступить в договор, доверитель мог требовать от него уступки иска по требованию. Наконец, в известных случаях, за тем лицом, за которого действовал представитель, было признано право требовать исполнения помимо цессии, на основании *actio utilis*. Другими словами, в известных случаях на деле было признано прямое представительство. Таким правом стали пользоваться опекаемые, юридические лица и солдаты по отношению к обязательственным требованиям, приобретенным в их пользу опекунами, представителями юридических лиц и уполномоченными солдат. Напр., если опекун купил вещь в пользу опекаемого, последний приобретал *utilis actio ex emto*, если он отдал вещь опекаемого на хранение, тот приобретал *utilis actio depositi* т. д. Такой порядок удержался в юстиниановском праве. Другими словами, и в юстиниановском праве прямое представительство допускается только в исключительных случаях.

Ответственность за чужие долги. И здесь надо различать ответственность за долги подвластных лиц и лиц самостоятельных.

Ответственность за долги подвластных лиц. По гражданскому праву властелин ни в каком случае не отвечал за договорные обязательства подвластных лиц. Только в случае совершения подвластным лицом деликта он отвечал посредством *actio poxalis*, на основании которой он обязан был либо возместить убыток или уплатить штраф, следующий за данное правонарушение, либо выдать провинившегося потерпевшему лицу - *noxae dare*. Претор, однако, в известных случаях признавал ответственным властелина и за договорные обязательства подвластных лиц. Соответствующие иски называются *actiones adjecticiae qualitatis*. Наряду с властелином продолжает отвечать и подвластное лицо как непосредственный контрагент по договору. Если это раб, то возникает только *naturalis obligatio*, если же это *filius familias*, то возникает и право иска: но, конечно, практическое значение для третьего лица, вступившего в договор с подвластным лицом, имел только иск против властелина, ибо с подвластного лица ввиду того, что оно не имело своего имущества, нечего было взять.

К числу *actiones adjecticiae qualitatis* относятся: а) *Actio quod jussu*. Если властелин приказал подвластному лицу заключить сделку с третьим лицом, то он в силу отданного приказа (*jussus*) отвечает пред третьим контрагентом за надлежащее исполнение обязательства, принятого подвластным лицом, *in solidum*, т. е. без всяких ограничений, посредством *actio quod jussu*. Напр., господин приказал рабу купить вещь; продавец может

предъявить к господину *actio venditi quod jussu*, требуя уплаты покупной цены; или раб по приказанию господина нанял для него квартиру, против господина может быть предъявлена *actio locati quod jussu* об уплате квартирных денег, и т. д.

b) *Actio exercitoria*. Если властелин в качестве хозяина корабля (*exercitor navis*) назначил подвластное лицо капитаном (*magister navis*), то он отвечает пред третьими лицами за надлежащее исполнение всех обязательств, заключенных подвластным лицом в качестве капитана, и притом тоже *in solidum*.

c) *Actio institoria*. То же следует сказать в том случае, если властелин в качестве хозяина лавки назначил подвластное лицо своим приказчиком (*institor*). Напр., если раб-приказчик продал какую-нибудь вещь, входящую в состав товарного склада его господина, покупатель может требовать выдачи вещи от господина посредством *actio emti institoria*.

d) *Actio de peculio*. Если властелин выделил подвластному лицу *peculium* (напр., отец фактически уступил подвластному сыну часть своего имущества), то он отвечал за все договорные обязательства последнего в пределах *peculium*, *peculio tenus* (напр., отец выдал подвластному сыну или господину рабу 10 000 ассов в качестве *peculium*; сын или раб наделали долгов до 15 000 ассов; отец отвечает в размере *peculium*, т. е. не свыше 10 000 ассов). Если подвластное лицо задолжало не только третьим лицам, но и властелину, то последний имеет право на предпочтительное удовлетворение пред остальными кредиторами.

e) *Actio tributoria*. Если сын с ведома отца на *peculium* средства открыл торговлю, то властелин опять-таки отвечал за его долги по торговле в пределах *peculium*. Но только властелин в таких случаях не имел права на предпочтительное удовлетворение, а все кредиторы имели одинаковое право на удовлетворение из *peculium*. Вот почему в данном случае возникала не *actio peculio*, а самостоятельный иск, *actio tributoria*.

f) *Actio de in rem verso*. Если властелин обогатился за счет третьего лица благодаря договору, заключенному сим последним с подвластным лицом, он отвечал в пределах своего обогащения (напр., раб без приказа своего господина купил хлеб для собственного употребления или пропитания господина, благодаря чему последний очевидно сберег соответствующую сумму денег: в этих пределах к нему может быть предъявлена *actio venditi de in rem verso*).

Ответственность за обязательства, заключенные лицами самостоятельными. Еще преторский эдикт распространил *actio exercitoria* и *institoria* на такие случаи, в которых капитаном или приказчиком был назначен свободный человек, не состоящий под властью того лица, которое сделало его капитаном или приказчиком. Классические юристы пошли гораздо дальше и признали, что во всех случаях, где одно лицо действовало при принятии обязательства по поручению другого, к последнему может быть предъявлен иск, подчиненный началам *actio institoria*. Этот иск назван *actio quasi institoria* или *utilis actio ad exemplum institoriae*. Наряду с доверителем отвечает и доверенный в качестве непосредственного контрагента по договору. Напр., А по поручению В купил С вещь. С может требовать не только уплаты от А посредством обыкновенной *actio venditi*, но также от В, давшего поручение, посредством *utilis venditi actio ad exemplum institoriae*.

Впрочем, в известных случаях доверенное лицо могло уклониться от исполнения; в частности, были признано, что опекуны и представители юридических лиц не отвечают по обязательствам, заключенным ими от имени опекаемых и юридических лиц. В этом следует усмотреть признание прямого представительства. Наконец, и *actio de in rem verso* (в качестве *actio utilis*) была распространена на случаи, в которых одно лицо обогатилось на счет другого лица через посредство третьего лица, не состоявшего под властью обогатившегося (спорно). (Ср. Гримм. Очерки по учению об обогащении, вып. III.)

211. Современное право

Современное право под влиянием канонического права и судебной практики пришло к открытому признанию прямого представительства. Теперь вполне зависит от сторон, желают

ли они прибегнуть к прямому или косвенному представительству. Если лицо выступает в качестве прямого представителя, то все права и обязанности по договору переходят к тому лицу, от имени которого вступлено в сделку, прямой же представитель не приобретает никаких прав и не несет никаких обязанностей. Вместе с тем сложные постановления римского права об *actio adjecticiae qualitatis* (за исключением только *actio de in rem verso*) утратили практическое значение (иного мнения Windscheid. Pand. Т. II. 482, 484). *Actio de in rem verso* (*directa* и *utilis*) и теперь сохраняет свое значение. Впрочем, о том, в каких пределах допустим этот иск, существует спор.

Глава V. Изменение обязательств

212. На основании добровольного соглашения сторон

Содержание обязательственного отношения, в частности, договора, может подвергнуться разного рода модификациям, не меняющим основного характера данного договора, на основании дополнительных соглашений сторон (*pacta adjecta*). Перечислить все возможные дополнительные соглашения сторон представляется и немыслимым, и излишним. Достаточно упомянуть о наиболее часто встречающихся дополнительных соглашениях такого рода.

Сюда относятся некоторые соглашения, в силу которых сторона может требовать уничтожения главного договора со всеми его последствиями, а именно:

а) *Pactum displicentiae*, соглашение, в силу которого уничтожение сделки предоставляется свободному усмотрению стороны (напр., А купил вещь и притом выговаривает себе право вернуть ее, если ему вздумается). Если не установлено особого срока, такое соглашение имеет силу в течение 60 дней.

б) *In diem addictio*, соглашение, в силу которого один из контрагентов, в частности, при купле-продаже продавец сохраняет право расторгнуть договор, если в течение определенного срока времени найдется лицо, которое пожелает заключить с ним тот же договор на более выгодных условиях. Тут требуется, чтобы действительно нашлось такое лицо и чтобы управомоченное лицо действительно приняло его предложение: сверх того, первоначальный контрагент, по общему правилу, может сохранить договор в силе, если согласится принять те же условия.

с) *Lex commissoria*, соглашение, в силу которого контрагент может отступить от сделки, если противная сторона не исполнит своевременно принятое на себя обязательство. Только тот, кто выговорил себе такое право, может расторгнуть сделку; он считается отказавшимся от своего права, если он, несмотря на то, что обязательство своевременно не было исполнено, впоследствии требует исполнения или принимает что-либо в счет исполнения.

О юридическом значении упомянутых соглашений, которые разработаны у римских юристов специально в применении к купле-продаже, существует спор. Господствующее мнение признает за ними *dubio* характер резолютивных условий.

213. По вине обязанного лица

I. Если должник умышленно или вследствие своего нерадения делает невозможным исполнение обязательства в целом или в какой-нибудь части, то он за это отвечает пред кредитором. Последний может требовать от него вознаграждения за причиненный этим убыток. При этом надо заметить следующее: должник безусловно отвечает за *dolus* (умысел); даже если было заключено особое *pactum de non praestando dolo*, он не освобождается от своей обязанности, ибо такое соглашение считается недействительным. Одинаковое значение с умыслом имеет, по общему правилу, грубое нерадение (*culpa lata*). Что касается ответственности за *culpa levis*, легкое нерадение, то общий принцип таков: лицо не отвечает за *culpa levis*, если оно не имеет никакой выгоды от сделки: в противном случае

оно отвечает и за нее.

Впрочем, из этого принципа допускаются некоторые исключения: с одной стороны, лицо отвечает за *culpa levis*, хотя и не имеет выгоды от сделки, если оно само предложило свои услуги, или если обязательство его направлено на ведение чужих дел. С другой стороны, лицо в некоторых случаях не отвечает за *culpa levis*, хотя оно и имеет выгоду от сделки, напр., прекарист. Наконец, в известных случаях от лица требуется лишь такая степень осмотрительности, которую оно привыкло выказывать в собственных делах - *diligentia quam suis rebus adhibere solet*. Отсутствие такой осмотрительности называется *culpa in concreto*. Такая степень осмотрительности требуется, напр., при договоре товарищества, при опеке и т. д.

Таковы общие правила. Затем в каждом данном случае нормальная степень ответственности лица за *culpa* на основании особых соглашений между сторонами или вследствие просрочки может быть сужена или расширена и даже доведена до ответственности за простой *casus* (случай).

Если обе стороны находятся *in culpa*, то притязание каждой из них на возмещение убытков в соответствующей мере понижается. Равным образом ответственность лица за причиненный по вине его убыток уменьшается, если вредоносные последствия неправильных его действий будут косвенно увеличены или вызваны по вине противной стороны.

Что касается *onus probandi*, то надо заметить, что его несет должник, если он утверждает, что он не в состоянии исполнить обязательство по не зависящим от него причинам. Напротив, *onus probandi* падает на кредитора, если он на вине должника основывает новое притязание, непоколебимое само по себе на существующем обязательственном отношении.

II. В каких пределах лицо отвечает за чужую вину? По общему правилу, каждый отвечает только за собственную вину, а за вину других, в частности, своих служащих и помощников, лишь постольку, поскольку на него самого косвенно падает вина за неудачный выбор - *culpa in eligendo*, за недостаточный надзор - *culpa in custodiendo*, и т. п. - Особые правила действуют относительно содержателей гостиниц и постоялых дворов и относительно судохозяев, ср. ниже 248. - Впрочем, здесь многое спорно, ср. Дербург. Pandecten. Т. II. 38.

214. Вследствие просрочки (*mora*)

Просрочка может быть двух родов: *mora solvendi*, просрочка со стороны должника, и *mora accipiendi*, просрочка со стороны кредитора.

Просрочка со стороны должника. Она имеет место, раз должник пропустил срок для исполнения обязательства при таких условиях, что это ему вменяется в вину. Прежде всего со времени просрочки должник отвечает пред кредитором даже в том случае, если исполнение обязательства станет невозможным помимо его вины, вследствие действия случая, - *perpetuatur obligatio*, (если только он не в состоянии доказать, что вред постиг бы кредитора даже в случае своевременного исполнения). Далее, он со времени просрочки отвечает за *omnis culpa* даже в тех случаях, где он до этого времени отвечал только за *culpa lata*. Наконец, при исчислении стоимости объекта долга принимается во внимание высшая стоимость, какую этот объект имел со времени просрочки.

Для признания просрочки необходимо: а) чтобы требованию наступил срок; б) чтобы кредитор напомнил должнику о его обязанности (*interpellatio*): лишь в виде исключения не требуется такого напоминания; в частности, современная практика толкует включение сторонами срока в сделку в том смысле, что *in dubio* простой пропуск условленного срока без напоминания достаточен для признания просрочки (*dies interpellat pro homine*); с) сверх того, последствия просрочки не наступают, если просрочка оправдывается уважительными причинами; таковыми являются, напр., внешние препятствия, как-то наводнение, война и т. п.; такой уважительной причиной, однако, ни в каком случае не считается неоплатность

должника, хотя бы она наступила не по его вине.

Просрочка со стороны кредитора. Должник с момента просрочки отвечает только за такую невозможность исполнения, которая вызвана умышленно или по грубому нерадению и, сверх того, может требовать от кредитора возмещения убытка, причиненного ему неприятием исполнения в срок.

Для признания просрочки со стороны кредитора требуется: а) чтобы кредитор отказался от принятия без достаточного основания или чтобы он воспрепятствовал принятию; б) чтобы должник сделал все необходимое для исполнения обязательства.

Устранение последствий просрочки. Просрочка со стороны кредитора или должника может быть устранена, *moda purgatur*, если просрочивший изъявляет готовность сделать все, что от него требуется, и, между прочим, готов вознаградить противную сторону за понесенный вред. Далее прекращение обязательства устраняет и просрочку, последствия которой могут быть устранены, сверх того, на основании соглашения.

215. Вследствие отрицания и отказа должника от исполнения обязательства

В известных случаях должник, отрицавший существование обязательства или отказавшийся добровольно исполнить его, в виде наказания принуждался к уплате двойной, тройной и четверной стоимости объекта спора. В современном праве эти случаи вышли из употребления.

216. Вследствие действия случая

Случай (*casus*) может привести к полному прекращению обязательства, делая невозможным исполнение, он может далее уменьшить объем его. Наконец, объем обязательства может и увеличиться вследствие действия случая, т. е. вследствие причин, не зависящих от воли сторон. А именно, вещь, составляющая объект обязательственного требования, может увеличиться приращениями, *causa rei* или *commodum rei*. Спрашивается, имеет ли кредитор право на приращения главной вещи.

Такое право, несомненно, принадлежит ему относительно таких приращений, которые имеют характер новых составных частей главной вещи (как напр. *alluvio* или *avulsio*). Что же касается приращений, имеющих самостоятельное значение (как, напр., плоды, *insula in flumine nata* и т. д.), то разрешение вопроса о том, имеет ли кредитор право на них, зависит от характера его обязательственного требования (напр., покупатель имеет право на такие приращения, одаренный или легатарий - нет). В известных случаях должник, хотя и обязан выдать приращения вместе с главной вещью, имеет право требовать возмещения расходов, которые были сопряжены с этим.

Независимо от этого возникает следующий вопрос: если исполнение обязательства стало невозможным в целом или в части по причинам, не зависящим от воли должника, но должник именно благодаря этому приобрел какие-нибудь требования против третьих лиц, то не имеет ли кредитор право на эти выгоды? Напр., А продал В вещь, которую до передачи покупщику украло лицо С; А, очевидно, может предъявить к С *actio furti*. Вот и спрашивается, не должен ли он уступить свое право иска В.

Разрешение этого вопроса зависит от того, несет ли кредитор в данном отношении, напр., в случае уничтожения вещи на основании деликта третьего лица, *regriculum* по сделке, или нет (т. е. освобождается ли он от своих договорных обязанностей в том случае, когда исполнение для противной стороны стало невозможным по не зависящим от нее причинам, или нет). Поскольку он несет *regriculum*, т. е. не освобождается сам от своих обязанностей, он имеет право на такие выгоды, в противном случае - нет.

Глава VI. Цессия обязательственных требований*(157)

217. История цессии

Древнее римское право не допускало уступки кредитором его обязательственного требования другому лицу. Суррогатом ее служила новация, т. е. замена прежнего обязательственного требования новым; она предполагала участие должника и происходила в такой форме, что кредитор делегировал должника другому лицу, (т. е. предлагал этому лицу заключить с должником стипуляцию, которая должна была поглотить прежнее обязательство должника и создать новое, однородное по содержанию с прежним, в пользу нового кредитора). Напр., А имеет право требовать от В. уплаты 100 руб. по займу: если А желал отказаться от своего права в пользу С, он не мог этого сделать прямо, а должен был предложить последнему заключить с В такую стипуляцию: *spondesne centum dare? spondeo*; очевидно, если В не желал промиттировать С., новация не могла быть совершена.

По мере развития оборота становилось все более желательным иметь возможность переуступать обязательственные требования и помимо участника должника. За отсутствием прямого пути к удовлетворению избрали путь косвенный. Со времени появления формулярного процесса стал пускать корни институт судебного представительства в виде когнитур и прокуратуры. *Cognitor* был формальный, *procurator* - неформальный представитель стороны на суде, который был уполномочен вести дело ее на суде. И вот тому, кому кредитор хотел уступить свое требование, он стал выдавать *mandatum agendi*, т. е. он делал его своим представителем на суде, уполномочивая его вместе с тем удержать за собою то, что он получит от должника. Такой прокуратор, выступающий в собственном интересе, получил название *procurator in rem suam*. Как *procurator* он предъявляет не собственный иск, а иск своего доверителя, *actio mandata* или *cessa*, а отсюда и самое отношение, возникающее между ним и первоначальным кредитором, стало называться *cessio actionis*.

Первоначально положение *procurator in rem suam* ничем не отличалось от положения всякого другого уполномоченного, а подчинялось общим началам договора мандата. Вследствие этого выданное ему полномочие прекращалось со смертью его или его доверителя, а равно в случае одностороннего лишения его полномочия со стороны последнего. Следовательно, не доставало гарантий, что он действительно получит возможность взыскать с должника долг. Он мог быть спокоен лишь в том случае, если он успел предъявить иск против должника и довел дело до литисконтестации, ибо с этого момента прежнее обязательственное отношение прекращалось и возникало новое процессуальное обязательство, в котором кредитором выступал уже он.

Такой порядок, очевидно, мог подать повод к разного рода злоупотреблениям со стороны прежнего кредитора. Ввиду этого с течением времени сложилось правило, что *mandatum agendi* получает полную силу и не подлежит прекращению уже не только с момента литисконтестации, а с момента оповещения должника (*denuntiatio*) о том, что такое-то лицо стало *procurator in rem suam*. С этого момента только последний может требовать исполнения от должника, должник обязан платить только ему.

После этой реформы сохранилось только одно практическое неудобство, заключающееся в том, что для действительности цессии недостаточно одного неформального соглашения между заинтересованными лицами, а требуется выдача *mandatum agendi*, в силу которого цессионарий только и приобретал право иска против должника. Классические юристы сумели обойти и это неудобство. А именно, они признали, что первоначальный кредитор (цедент) уступает не свое право иска, а вообще осуществление своего права требования другому лицу (цессионарию). В силу акта цессии, который может быть произведен неформально, цессионарий приобретает самостоятельный иск - *utilis actio suo nomine* против должника (*debitor cessus*). Следовательно, он уже не нуждается в *actio cessa*, в специальной уступке иска со стороны цедента, поэтому он может обойтись и без *mandatum agendi*.

Современная доктрина, наконец, сделала последний шаг: она признала, что на основании цессии к цессионарию переходит не только осуществление обязательственного требования первоначального кредитора, но самое это требование. Она поэтому и

определяет цессию как переход обязательственного требования от одного кредитора к другому. Правда, есть еще и теперь ученые, которые стоят на точке зрения классических римских юристов и утверждают, что кредитор не может перенести самое право требования на другое лицо, а только переносит осуществление этого права. Но они упускают при этом из виду, что реального различия между тем и другим не существует и что для нас необязательны конструкции римских юристов, поскольку они вызваны исключительно желанием сохранить *pro forma* отжившие принципы, лишённые, благодаря этим же конструкциям, всякого содержания.

218. Условия цессии

Цессия в тесном смысле есть волеизъявление кредитора, в силу которого он переносит свое обязательственное требование на другое лицо. Цессия может быть выражена в завещательном распоряжении (*legatum nominis*) или в договорном соглашении. Цессии, по общему правилу, есть акт неформальный. Для действительности ее не требуется согласие должника.

От акта цессии (т. е. самой передачи требования) надо отличать основание ее, *causa sessionis*. Основанием цессии может служить прежде всего юридическая сделка, напр., продажа требования, обмен его, дарение и т. д. Нередко, благодаря неформальному характеру цессии, оба эти момента с внешней стороны совпадают. Так, напр., если А заявляет В, что он дарит ему свое требование против С, и В изъявляет свое согласие на принятие дара, требование тем самым должно быть признано цедированным, ибо А, делая такое заявление, тем самым, очевидно, желал перенести все свои права из требования на В. То же самое следует сказать в случае продажи, обмена требования и т. д.

Но, конечно, такое совпадение обоих моментов (акта цессии с основанием ее) не всегда встречается. Так, самой цессии может предшествовать особое *actum de cedendo*, которое в таком случае и служит основанием ее и дает право требовать совершения самой цессии (напр., А дает В обещание подарить ему свое требование против С, - тут В может требовать исполнения этого обещания, т. е. цессии требования). Сверх того, основанием цессии может служить и специальное предписание закона, в силу которого кредитор обязывается уступить свое требование другому лицу. В таком случае соответствующая законная обязанность и дает право требовать совершения цессии.

Отношение между актом цессии и основанием цессии такое же, как отношение между традицией и *causa traditionis* (ср. 118). Подобно традиции и цессия есть абстрактный акт, т. е. действительность акта цессии не зависит от действительности или неоспоримости основания цессии. Ср. Дернбург, *Pandekten II*, 49.

Иногда переход требования совершается помимо особого волеизъявления кредитора на основании судебного приговора или специального постановления закона. В случаях такого рода нельзя собственно говорить о цессии в тесном смысле, судебное определение и специальное постановление только заменяют цессию. Иногда такой переход обязательственных требований называют *cessio necessaria*, в противоположность чему цессия в тесном смысле называется *cessio voluntaria*.

219. Последствия цессии

Вопрос о юридических последствиях цессии может быть разбит на несколько частных вопросов.

I. Соотношение между цессией и денунциацией. 1) Пока должник (*debitor cessus*) не поставлен в известность о переходе обязательственного требования к другому лицу, он может освободиться от своего обязательства путем уплаты долга первоначальному кредитору. Тут и возникает вопрос: какое же положение существует до *denuntiatio*, т. е. до оповещения должника о переходе требования к цессионарию? Продолжает ли до этого времени цедент быть кредитором или нет? Вопрос этот очень спорный. Правильнее

ответить на него отрицательно и признать, как то делают Бер и Дербург, что с момента цессии кредитором является единственно только цессионарий: *denuntiatio* служит для него лишь средством обеспечения цессии. Иного мнения Виндшейд и др.; они полагают, что до оповещения должника существуют два кредитора - цедент и цессионарий. 2) Другой вопрос - кем должна быть произведена *denuntiatio*? цедентом или цессионарием? может ли она быть произведена и третьими лицами? По мнению Виндшейда и его сторонников, оповещение должника необходимо должно исходить от цессионария. По мнению Дербурга, она может быть совершена как цедентом, так и цессионарием. По мнению Бера, достаточно, если должник получит достоверные сведения со стороны, чрез третьих лиц, о том, что состоялась цессия. Последнее мнение представляется наиболее правильным, ибо раз должник достоверно знает, что цессия состоялась, он поступил бы неправильно, производя уплату цеденту, переставшему быть кредитором. 3) Наконец, что происходит в том случае, если до оповещения кредитор переуступит уступленное уже раз требование другому лицу, и последнее оповестит должника раньше о цессии, чем первый цессионарий? Опять вопрос очень спорный. Следует признать, что кредитором может считаться только первый цессионарий, так что если должник успел заплатить долг другому, первый может требовать от него выдачи полученных денег. В случае спора между несколькими цессионариями должник может освободиться от всякой ответственности путем судебной депозиции долга.

II. Пределы ответственности должника пред цессионарием. Цедированное требование переходит к цессионарию в том же самом объеме, в каком оно принадлежало цеденту, следовательно, со всеми теми выгодами и акцессорными правами, вытекающими, напр., из поручительства или залога, которые до цессии были связаны с ним, но вместе с тем и со всеми ограничениями, которые лежали на нем. Поэтому должник может противопоставлять цессионарию все те возражения, которые он мог предъявлять и против цедента.

III. Отношения между цедентом и цессионарием. Права и обязанности цедента и цессионария определяются характером и содержанием сделки, лежащей в основании цессии. От нее зависит, отвечает ли цедент за верность уступленного требования, *verum potest esse*, а быть может, и за надежность его, *bonum potest esse*. *In dubio* цедент отвечает только за *verum potest esse*, но не за *bonum potest esse*, да, и первое признано в качестве общего правила только относительно тех цессионных сделок, при которых цедент получает встречную выгоду от цессионария.

Независимо от этого цессия во всяком случае имеет то последствие, что цедент не может препятствовать цессионарию требовать исполнения от должника; сверх того, он, по общему правилу, обязан сдать цессионарию все, что служит доказательством требования или что может способствовать взысканию по оному, равно как и все то, что он получит от должника после цессии.

220. Ограничения цессии

I. По отношению к объекту ее. Объектом цессии могут служить не только обязательственные требования, но и вещные притязания, за нижеследующими исключениями: не могут быть цедированы: 1) требования, объем которых зависит от личности кредитора, так как в таких случаях замена одного кредитора другим равносильна изменению самого требования (напр., требование, направленное на установление *servitus usus*); 2) требования, которые преследуют личное удовлетворение кредитора, каковой характер они должны утратить с заменой его другим лицом (напр., *actiones vindictam spirantes*); 3) кроме того, некоторые требования не могут быть цедированы на основании позитивного предписания закона (напр., спорные требования, так назыв. *actiones litigiosae*, далее нельзя цедировать опекунам требования против опекаемых).

II. По отношению к последствиям ее. Император Анастасий издал особое постановление (*lex Anastasiana*), в силу которого цессионарий, приобретший требование на основании купли-продажи, не может требовать от должника уплаты большей суммы, чем какую он сам заплатил цеденту, с начетом лишь законных процентов (напр., если А купил

требование В против С, номинальная стоимость которого равна 1000 руб., за 500 руб., он и не может требовать от С уплаты больше 500 руб. плюс проценты с них). Впрочем, это ограничение касается только покупки денежных требований, и из него были допущены некоторые изъятия.

Глава VII. Прекращение обязательств

221. Общие положения

Нормальным способом прекращения обязательства следует признать исполнение его. Сверх того, существует еще ряд способов прекращения обязательств, из которых одни прекращают обязательство *ipso jure*, а другие, *ope exceptionis*, - различие, которое и в современном праве не утратило своего значения.

222. Исполнение (*solutio*)*(158)

Исполнение есть доставление должного.

Кто имеет право принимать исполнение и кто может доставить исполнение. Исполнение обязательства непосредственно прекращает его; исполнение может принять: а) сам кредитор, раз он пользуется соответствующей дееспособностью; б) его законный или иной представитель, облеченный надлежащими полномочиями; в) тот, на кого при самом заключении обязательства было указано должнику, как на лицо, которому он может произвести уплату вместо самого кредитора, *solutionis causa adjectus*.

Не требуется, по общему правилу, чтобы сам должник исполнил обязательство; за него это может сделать и другое лицо, даже помимо и против его воли. Исключение составляют только такие обязательства, при которых требуется так назыв. личное действие должника (напр., художник взялся написать портрет).

Если даже исполнение не удовлетворяет указанным условиям, т. е. доставлено не такому лицу, которому должно было быть доставлено, оно тем не менее приводит к прекращению обязательственного отношения, раз кредитор в конце концов получает свое. Сюда относится, напр., тот случай, когда уплата будет доставлена недееспособному кредитору, или наследодателю кредитора, или *negotiorum gestor*у кредитора (т. е. лицу, которое управляет его делами, не имея на то полномочия), если он передает полученное кредитору.

223. Предмет и порядок исполнения

Предмет исполнения определяется предметом требования. Кредитор, по общему правилу, не может быть принужден к принятию ни части уплаты, ни иного предмета взамен того, который он вправе требовать. Если существует несколько однородных требований между одними и теми же лицами, в особенности несколько денежных долгов, возникших в разное время, и должник производит уплату в счет их, то от него же зависит указать, какое из этих требований должно быть погашено произведенной уплатой. Когда он этого не определил, то выбор предоставляется кредитору с тем, однако, что он должен иметь в виду при этом интересы должника. Поэтому он должен зачесть полученную уплату в тот из числа долгов, который наиболее обременителен, т. е. в процентный, или обеспеченный залогом или поручительством и т. д. Если должник встречает препятствия к исполнению и, в частности, если кредитор находится *in mora accipiendi*, должник может освободиться от своей обязанности посредством судебной депозиции, а при известных условиях отделаться от вещи, составляющей объект требования, и иным путем, напр., посредством продажи ее за счет кредитора.

224. Время исполнения

По общему правилу, кредитор может требовать исполнения, а должник обязан исполнить обязательство тотчас же по возникновении его во всякое не неудобное к тому время. Нередко, однако, необходимость некоторой отсрочки вытекает уже из самой сущности обязательства (напр., А взялся доставить вещи В из другого города). Наконец, возможно прямое соглашение относительно срока исполнения. Указание срока может быть сделано как в интересах кредитора, так и в интересах должника; *in dubio* предполагается последнее (*diei adjectio pro reo est*); это значит, что *in dubio* должник не обязан исполнить его раньше, но может это сделать, если пожелает.

Преждевременное исполнение обязательства со стороны должника может доставить кредитору непредусмотренную выгоду в том смысле, что он раньше, чем имел право, вступает в обладание объектом обязательственного отношения. В частности, если должник исполняет до срока беспроцентный долг, то кредитор выигрывает, а должник теряет проценты за промежуточное время, так назыв. *interusurium*. Тем не менее должнику, по общему правилу, не в праве сделать из суммы долга соответствующий вычет, если не существовало особого соглашения на этот счет между сторонами.

225. Место исполнения

Место исполнения нередко вытекает из самого характера и содержания обязательственного отношения (напр., обязательство направлено на передачу какого-нибудь определенного участка). Нередко существует особое соглашение между сторонами о месте исполнения, - возможно и альтернативное указание на то или другое место исполнения. В таких случаях кредитор, по общему правилу, не обязан принимать исполнения в другом месте, должник не обязан исполнить в другом месте. Впрочем, кредитор может предъявить иск об исполнении и в другом месте, требуя, чтобы должник исполнил обязательство либо в условленном месте, либо в месте предъявления иска, с принятием в расчет в последнем случае возможного убытка, который может быть связан для той или иной стороны с тем обстоятельством, что обязательство исполняется не в том месте, какое первоначально имелось в виду. У римлян для этой цели был введен особый иск, *actio de eo, quod certo loco dari oportet*. Ср. Дернбург. *Pandekten*. Т. II. 33. Если место исполнения не явствует из самого содержания сделки и на этот счет ничего не было условлено сторонами, то суд в случае спора о том, где обязательство должно быть исполнено, должен принять во внимание вероятную волю сторон и особенности существующего между ними обязательственного отношения. Если не существует каких-нибудь особых соображений на этот счет, должник может исполнить обязательство в том месте, где он застанет кредитора, и обязан исполнить его в том месте, где он застанет кредитора, и обязан исполнить его в том месте, где к нему будет предъявлен иск.

226. Модификации исполнения

I. Модификации предмета исполнения.

Aestimatio. Иногда кредитор вместо получения настоящего объекта обязательственного требования должен довольствоваться денежным вознаграждением в размере нормальной стоимости предмета (так назыв. *aestimatio*). Это бывает в особенности в тех случаях, когда первоначальный объект не может быть доставлен, причем предполагается, что самое требование вследствие этого не прекратилось и что нет налицо вины должника, порождающей иные притязания. Сюда относится, напр., отказ со стороны наследодателя заведомо чужой вещи. Наследник в таком случае обязан возместить легатару только объективную стоимость вещи, раз он не мог приобрести ее по сходной цене, ср. 1. 14 2 D. de leg. III (32).

Datio in solutum. По общему правилу, кредитор не может быть принужден против воли к

принятию в счет долгового требования чего-либо иного, чем то, что составляет предмет этого требования: *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*. Но с согласия его такая замена непосредственного предмета требования какими-либо иными благами может иметь место. Это и есть *datio in solutum*. - В одном случае римское право, впрочем, идет дальше, а именно при обязательствах денежных, если кредитор будет настаивать на уплате, а должник денег достать не может, то кредитор обязан довольствоваться (когда должник предлагает в качестве уплаты свою недвижимость) принятием вместо денег такой недвижимости. Это так назыв. *beneficium dationis in solutum*. Однако кредитор обязан принять в таких случаях только наиболее ценные недвижимости должника, причем оценка их стоимости производится судом. *Datio in solutum* уподобляется купле-продаже, т. е. дело рассматривается так, как будто вещь продана за цену, соответствующую первоначальному долгу должника. Если окажется, что со стороны должника кредитору были переданы в уплату чужие вещи, то кредитор в случае эвикции этих вещей может потребовать возмещения соответствующего убытка; альтернативно он имеет право предъявить ко взысканию и первоначальное свое требование, которое на этот случай считается как бы не погашенным.

II. Модификации относительно времени исполнения. *Maratorium*. Должник при известных условиях может получить отсрочку по исполнению обязательства против воли кредитора, т. е. может быть установлен срок, в течение которого он не может быть принужден к исполнению. На соответствующий срок приостанавливается течение исковой давности по искам кредиторов. Это допускается: а) по постановлению большинства кредиторов на срок не свыше 5 лет; большинство определяется величиною требований; б) на основании особой грамоты правителя страны, обыкновенно тоже на 5 лет.

Cessio bonorum. В случае несчастной несостоятельности должник по римскому праву мог уклониться от судебного преследования со стороны своих кредиторов уступкой им всего своего имущества. Сделав это, он мог противопоставить всем искам по обязательственным отношениям, возникшим до цессии имущества, соответствующее возражение. Однако, если кредиторы не получали полного удовлетворения, они сохраняли право требовать дополнительных уплат на тот случай, если имущественное положение должника вновь поправится. Следовательно, *cessio bonorum* не влекла за собою прекращения обязательств должника, а только лишала кредиторов возможности получить тотчас же полное удовлетворение.

Beneficium competentiae (ср. Ефимов, Посильная ответственность должника). Преторский эдикт в известных случаях признал, что неоплатный должник должен быть присужден лишь *in quantum facere potest*. Первоначально это означало только, что должник в соответствующих случаях освобождается от личной ответственности, не подлежит личному задержанию за долги, а ответственность ограничивается его имуществом. В императорском праве этой льготе постепенно стали придавать тот смысл, что *non totum, quod habet, ei extorquendum*, т. е. должнику при взыскании соответствующих долговых требований из его имущества должны быть оставлены средства, необходимые для дальнейшего существования его: *actio danda est, ut ipsi aliquid sufficiens relinquatur*. В частности, этой льготой могли воспользоваться: 1) солдаты; 2) восходящие по отношению к нисходящим родственникам; 3) супруги по отношению друг к другу; 4) бывшие подвластные дети, которые недавно выбыли из-под отцовской власти, не получив сколько-нибудь значительной части отцовского имущества, по поводу долговых обязательств, возникших во время состояния их под отцовской властью; 5) даритель, от которого требуют исполнения дарения; 6) товарищи против требований, возникающих из товарищеских отношений, и т. д. - *Beneficium competentiae* мог быть предъявлен не только во время разбора дела, но даже в стадии исполнительного производства. Однако в случае последующего улучшения имущественного положения должника кредитор может требовать доплаты остальной части долга. *Beneficium competentiae* не допускается, поскольку данное требование возникло *ex delicto* должника, или вызвано недобросовестностью его (*dolus*), и отпадает по общему правилу в случай добровольного отречения от него со стороны должника.

227. Доказательства исполнения

Доказать исполнение должен тот, кто на него ссылается. Чтобы иметь доказательство произведенного исполнения, должник может требовать выдачи квитанции, *arosta*. Однако на основании постановления Юстиниана квитанция получает полную силу только по истечении 30 дней со дня выдачи ее, до этого времени она может быть устранена путем предъявления *querela non numeratae pecuniae*. При срочных платежах выдача квитанции за последние три платежа создает презумпцию в пользу того, что и все прежние платежи были произведены своевременно. Презумпция в пользу погашения долга возникает и вследствие возврата или надорвания и т. д. долговой расписки должника.

228. Зачет*(159). Понятие и условия зачета

1. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, говорят источники, т. е. зачет есть погашение одного требования другим встречным. Зачет всегда может иметь место по добровольному соглашению между сторонами. Но должник при известных условиях может предъявить к зачету свое встречное требование и против воли кредитора, хотя бы это встречное требование возникло из другого правоотношения, чем требование кредитора (*ex dispari causa*). 2. В частности, для зачета требуется: а) существование встречного требования, но обессиленного возражением. В некоторых случаях допускается даже предъявление к зачету натуральных требований, однако далеко не все натуральные требования могут быть предъявлены к зачету. б) Встречное требование должно принадлежать самому должнику, непосредственно или в качестве цессионария (впрочем, поручитель может предъявить к зачету встречные требования должника, за которого он поручился). в) Первоначальное и встречное требование должны быть однородны по содержанию (*in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino*). г) Встречному требованию должен был наступить срок. е) Сверх того, если встречное требование вытекает *non ex eadem causa*, т. е. из другого правоотношения, чем первоначальное, оно должно быть бесспорное, или, по крайней мере, оно не должно быть сопряжено с многосложным производством, которое могло бы замедлить разбор требования истца.

229. Порядок предъявления и последствия зачета

Одновременное существование прямого и встречного требования само по себе не уничтожает ни того, ни другого. С одной стороны, кредитор по своему усмотрению может предъявить ко взысканию либо все свое требование целиком, либо за вычетом из него встречного требования должника, с другой стороны, должник, когда к нему предъявляется требование кредитора в целом объеме, может либо предъявить свое требование к зачету, либо предъявить впоследствии самостоятельный иск.

Если должник воспользуется своим правом предъявления встречного требования к кредитору, то требование кредитора в соответствующей степени признается погашенным, и притом не с момента только предъявления зачета, а уже с того момента, когда оба требования вообще могли быть предъявлены и зачету друг против друга; с этого именно момента считается прекратившейся обязанность должника платить проценты, как равно с этого времени немыслима просрочка. Если зачет будет устранен судебным определением, то принимается во внимание, сделано ли это вследствие признания самого требования неосновательным или же вследствие того, что представлялись затруднения к зачету; в первом случае самостоятельное осуществление такого требования по вступлении судебного определения в законную силу не может иметь уже места, во втором оно допускается.

230. Ограничения права зачета

На основании ряда специальных постановлений против некоторых требований не допускается предъявление к зачету встречных требований. А именно, зачет не допускается: 1) в случае заявленного должником отказа от права зачета; 2) по отношению к требованиям, вытекающим из договора поклажи, ср. 1. 11 pr. Cod. depos. 4,34: *si quis pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei, qui deposuerit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat*; 3) по отношению к требованиям, вытекающим из неправомерного присвоения чужого владения; 4) по отношению к требованиям об алиментах; 5) по отношению к некоторым требованиям фиска и городских общин.

231. Отречение*(160)

Всякое обязательство может быть прекращено по взаимному соглашению между сторонами, т. е. кредитор отказывается от своего требования, и должник принимает его отречение.

В чистом римском праве существовало несколько форм отречения. Исходной точкой в этом отношении служил принцип, что форма отречения должна соответствовать форме заключения обязательства. Поэтому, напр., для прекращения консенсуальных контрактов, пока не было еще приступлено к исполнению их, считалось достаточным неформальное отречение (*contrarius consensus* или *mutuus dissensus*), так как и для заключения таких договоров требовалось только неформальное соглашение между сторонами. Напротив, для прекращения стипуляции требовалось формальное отречение, так назыв. *acceptilatio* (должник спрашивал кредитора: *habesne acceptum?* - и тот отвечал: *habeo*). Нередко нестипуляционное обязательство превращалось в стипуляцию (посредством новации, т. е. замены прежнего обязательства новым, стипуляционным), которая затем прекращалась посредством *acceptilatio*. С течением времени, однако, было признано достаточным для всякого рода обязательств неформальное отречение, *actum de non petendo*, правда, только до известной степени. Именно такое неформальное отречение, по общему правилу, не прекращало обязательства *ipso jure*, а только *ope exceptionis*, т. е. обязательство формально продолжало существовать, но могло быть обессилено противопоставлением *иксу* - возражения, так назыв. *exceptio pacti de non petendo*.

В современном праве акцептиляция отпала и сохранилось только неформальное отречение, открытое или безмолвное. Неформальное отречение, по общему правилу, прекращает обязательство. Но, конечно, если существует несколько кредиторов или несколько должников по требованию, то возможно отречение в пользу одного только из должников или со стороны одного только из кредиторов. Равным образом возможно частичное отречение в том смысле, что кредитор прощает только часть долга. *Causa* отречения может быть самая разнообразная, так, напр., отречение может быть совершено *donationis causa* или *transactionis causa* (т. е. в основании его лежит мировая сделка; кредитор отказывается, напр., от части своего требования с тем, чтобы обеспечить себе этим уплату остальной части), и т. д. В некоторых случаях допускается, на основании специального предписания закона, вынужденное отречение от части обязательственного требования, по постановлению большинства кредиторов, вопреки воле меньшинства. В чистом римском праве это допускалось только, если открывалось наследство, переобремененное долгами, и наследник не соглашался на принятие наследства без предварительного отречения кредиторов наследодателя от части их претензии, причем, раз нельзя было достигнуть единогласия, нужно было испросить судебный декрет. Позднейшая практика стала допускать такой принудительный отказ во всех случаях несостоятельности должника во избежание открытия конкурса.

232. Обновление (novatio)*(161)

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque

translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur, говорят источники. Итак, обновление есть прекращение одного обязательства путем замены его новым. Обновлять можно и натуральные обязательства, но не недействительные. В римском праве novatio могла быть совершена только посредством стипуляции, в современном праве достаточно неформального соглашения между сторонами на этот счет. Необходимым условием для новации является animus novandi, т. е. стороны должны именно желать, чтобы новое обязательство вполне заменило собою старое, а только стало наряду с ним. Впрочем, не требуется, чтобы animus novandi был прямо выражен, достаточно, если он явствует из обстоятельств дела.

Новация может быть двух родов: а) она может быть заключена теми же лицами, которые властвовали и в прежнем обязательстве; в таком случае новое обязательство не должно быть вполне тождественно с прежним, ибо тогда бы новация была бесцельна, - изменение может заключаться, напр., во включении или исключении срока или условия, или в освобождении должника от залога или поручительства и т. д.; б) при новации может иметь место замена прежнего кредитора - новым, или прежнего должника - новым. Замена одного кредитора другим непременно предполагает согласие прежнего кредитора. Она происходит в форме так назыв. delegatio nominis, т. е. прежний кредитор, делегант, направляет нового кредитора, делегатария, к должнику, делегату, который дает новому кредитору соответствующее обещание. Напротив, замена одного должника другим может произойти и помимо воли прежнего должника, посредством простой exromissio. Но, конечно, такая замена прежнего должника новым может произойти и по желанию, и при участии прежнего должника в форме так назыв., delegatio debiti; в таком случае делегатом является прежний должник, делегатарием - кредитор, а делегатом - новый должник.

Новация ведет к полному прекращению прежнего обязательственного отношения со всеми акцессорными правами.

233. Мировая сделка (transactio)*(162)

1) Под мировой сделкой понимается такой договор, которым юридическое отношение, существующее между двумя сторонами, из спорного или возбуждающего какое-либо иное сомнение обращается посредством взаимных со стороны участвующих лиц уступок в бесспорное и несомненное. В частности, предметом мировой сделки могут служить не только обязательственные требования и вещные притязания, но и права семейственные, и по наследованию. Поводом к совершению мировой сделки может явиться как спорный характер отношения, так и неизвестность относительно размера его (напр., в случае назначения пожизненной ренты), равно неуверенность относительно фактической возможности реализации данного притязания, (напр., в случае грозящей несостоятельности должника). - С другой стороны, раз нет сомнений или неизвестности, то нет места и для мировой сделки. Поэтому дело, оконченное вошедшим в силу судебным решением, не может быть объектом мировой сделки. 2) Содержание мировой сделки может быть самое разнообразное. Мировая сделка может содержать полное или частичное признание или отречение от известных прав; напр., А за известную сумму денег вовсе отказывается от права оспаривать завещание, или лицо отказывается от части своего требования взамен признания его бесспорным в остальных частях. С другой стороны, контрагенты на основании ее могут принять на себя новые обязанности. В последнем случае на основании мировой сделки возникает иск об исполнении соответствующего обязательства. Таким иском в чистом римском праве (поскольку соответствующие обещания не были облечены в форму стипуляции) служила actio praescriptis verbis: этот иск предполагал, что сторона, предъявляющая его, сама уже исполнила то, что от нее требовалось, на основании мировой сделки. В современном римском праве, конечно, можно требовать исполнения, основываясь просто на факте заключения мировой сделки. - 3) Мировая сделка может быть оспорена на общем основании, в случае принуждения, в случае обмана и в том случае, если обстоятельства, принятые сторонами за верные при заключении мировой, окажутся

неверными. Но последующее устранение неизвестности, побудившей стороны вступить в мировую сделку, не считается поводом для оспаривания ее. Мировая сделка, на основании которой установлена по завещательному распоряжению обязанность лица содержать (алиментировать) другое лицо прекращается на будущее время вполне или отчасти взамен уплаты определенной суммы денег или доставления какого-нибудь определенного блага, становится действительной лишь по судебном утверждении ее.

Особый вид мировой сделки представляет соглашение, в силу которого предоставляется решить вопрос о существовании или объеме спорного отношения посредством присяги, приносимой одною из сторон. Тот, кто предлагает принести присягу, тем самым подчиняется тому, что под клятву будет заявлено противной стороной. Клятва порождает *actio* и *exceptio jurisjurandi*.

234. Компромисс (третейский договор)*(163)

Компромиссом (*compromissum*) называется соглашение, в силу которого стороны представляют решение своего дела избранному ими в качестве третейского судьи частному лицу. Компромисс обыкновенно у римлян совершался в той форме, что стороны заключали между собою, в видах обеспечения явки и подчинения решению третейского суда, взаимные *stipulationes roepae* (обещания неустойки) - так назыв. *роена*, или *resunia compromissa*, откуда и самое название этого договора. Компромисс влечет за собою одинаковые с мировой сделкой последствия; стороны обязаны подчиниться решению третейского судьи (*arbiter*); если третейский судья откажет стороне в части или во всем ее требовании, последнее тем самым прекращается.

2) Для действительности компромисса требуется: а) надлежащая право- и дееспособность избранного сторонами третейского судьи; б) принятие им этой обязанности, *resertum*; в) надлежащее выполнение им своей обязанности. Решение (*arbitrium*) предполагает предварительный разбор дела; если избрано несколько лиц в третейские судьи, то дело решается по большинству голосов, а если голоса, поделятся поровну, то стороны или сами третейские судьи избирают старшину (*superarbiter*), который постановляет окончательное решение. Раз постановленное решение не может уже быть изменяемо. Но самое соглашение о решении дела третейским судом может быть отменено по взаимному соглашению между сторонами и по некоторым другим причинам.

3) Что касается юридической силы компромисса, то в римском праве компромисс сам по себе не лишал истца возможности обратиться в обыкновенный суд; но если он это делал, то обязан был уплатить условленную неустойку ввиду невыполнения третейского договора. То же самое имело место, если сторона не желала подчиниться состоявшемуся решению третейского суда: само по себе это решение не имело силы судебного решения и не порождало *actio judicati*, но отказ подчиниться *sententia arbitri* давал противной стороне право взыскать *роенам compromissam*.

Остальные способы прекращения обязательств

235. Обзор их

I. Судебное решение. Требование, в котором отказано кредитором судебным решением, вошедшим в законную силу, не может быть впредь уже осуществлено; признанное требование может быть осуществлено лишь в пределах, установленных судебным решением. Впрочем, в этом следует усмотреть не столько прекращение или изменение требования, сколько окончательное решение о сущности и содержании его.

II. Наступление срока или условия. Если обязательство заключено под резолютивным условием, то с наступлением его оно теряет силу и можно требовать восстановления прежнего состояния. Если продолжительность обязательства ограничена известным сроком, то с истечением его обязательство прекращается.

III. Отпадение субъекта обязательства. Смерть кредитора или должника, по общему правилу, не приводит к прекращению обязательственного требования, которое переходит в таком случае к наследникам того или другого. Впрочем, встречаются и уклонения. Соединение в одном лице кредитора и должника, так назыв. совпадение требования и обязательства (*confusio*), безусловно прекращает его. Главный случай такого рода есть тот, когда кредитор становится наследником должника или наоборот.

IV. Отпадение содержания обязательства. 1) Вследствие невозможности исполнения. Обязательство, по общему правилу, прекращается, поскольку исполнение его стало невозможным вследствие действия случая, если только не наступила просрочка, или если сторона по особому соглашению или на основании закона в тех или иных пределах не несет ответственности и за *casus*. В применении к двусторонним договорам это значит, что раз одна из сторон случаем поставлена в невозможность исполнения принятой на себя обязанности, противная сторона не может требовать от нее вознаграждения за это. Но спрашивается, может ли сторона освобожденная от своих обязанностей, требовать исполнения от противной стороны (напр., если А купил вещь у В и вещь до передачи случайно погибает, то может ли В тем не менее требовать от А уплаты денег). Источники дают утвердительный ответ на этот вопрос в применении к купле-продаже; по аналогии следует допустить то же во всех случаях, где договор направлен на полное отчуждение какой-нибудь вещи. Обратное начало действует тогда, когда договор направлен только на предоставление пользования вещью (как, напр., договор найма); со случайным прекращением возможности пользоваться вещью прекращается и право требовать условленных за пользование выгод. Последнее начало, очевидно, единственно справедливое. О причинах, по которым для купле-продажи и аналогичных случаев принято иное начало, существует спор (ср. свод различных мнений у Puntchart. *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse*. С. 5 и след.).

2) По другим причинам: а) если для кредитора не представляет больше никакого интереса, будет ли исполнено обязательство или нет, последнее прекращается, б) если кредитор получит то благо, которое должно было достаться ему по безвозмездному основанию (*ex causa lucrativa*), каким-нибудь иным путем, но тоже безвозмездно, то требование отпадает (так назыв. *concursum duarum causarum lucrativarum*); ср. 6. I. de legat. 2,20. *Si res aliena legata fuerit et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest, nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse*; в) прекращение главного обязательства прекращает и акцессорное обязательство поручителя.

V. Истечение исковой давности. С истечением исковой давности прекращается право иска, для кредитора. Спорят о том, не сохраняется ли после этого натуральное требование.

VI. Лишение кредитора его права требования. В некоторых случаях кредитор, в виде наказания лишается своего права требования, напр., в случае недозволенного самоуправства с его стороны.

236. Конкурс. История конкурса

Нередко между несколькими кредиторами одного и того же лица возникает коллизия в том смысле, что имущества должника не хватает для полного удовлетворения всех их; должник в таком случае считается несостоятельным. Вследствие этого возникает особое конкурсное производство, направленное на прораторное вознаграждение всех кредиторов из имущества должника.

Древнее римское право не знало конкурсного производства. Это объясняется тем, что первоначально господствовала система личного, а не имущественного взыскания. Если состоялось судебное решение в пользу истца и ответчик не удовлетворял его, то истец мог прибегнуть к *legis actio per manus injectionem*, на основании которой ответчик аддицировался ему. Затем по истечении определенного срока времени, в течение которого *addictus*

содержался под стражей в доме истца, последний мог убить его или продать в рабство *trans Tiberium*. С течением времени, однако, суровая система личного взыскания была заменена системой общего имущественного взыскания, а вместе с тем зародился и конкурс. Это важное нововведение ведет свое начало от *lex Poetelia* (326 или 313 до Р. Х.). Ближайшее развитие начал конкурсного производства выпало на долю преторского эдикта.

Во времена классических юристов главными основаниями для открытия конкурса служили: а) неудовлетворение истца, требующего исполнения судебного решения; всякий такой истец мог требовать ввода во владение имуществом ответчика; вместе с тем привлекались и остальные кредиторы и открывался конкурс (это основание для открытия конкурса в юстиниановском праве отпало); б) бегство должника - *frandationis causa latitatio*; в) уступка имущества кредиторам - *cessio bonorum*; д) смерть должника без оставления наследников. Самое конкурсное производство в это время распалось на 3 стадии: 1) *Missio in possessionem* - ввод кредиторов во владение имуществом должника. 2) По истечении 30 дней должник становится *infamis*, и кредиторы стали принимать меры для продажи его имущества; кредиторы избирали из своей среды *magister bonorum vendendorum*, который определял условия продажи и по принятии их кредиторами назначал день для публичной продажи. 3) Наконец, третью стадию составляет *venditio bonorum*, продажа имущества должника с публичного торга. Имущество должника продавалось как одно целое, покупатель, *bonorum emptor*, предлагал кредиторам известный валовой процент, взамен чего все активное имущество должника переходило к нему. Конечно, имущество аддицировалось тому, кто предлагал кредиторам больший процент.

Наряду с этим сложным порядком с течением времени сложился другой упрощенный порядок, который и перешел в юстиниановское право. Он складывается из двух стадий: 1) *Missio in bona*. 2) Непосредственная *distractio bonorum*, т. е. продажа активного имущества, несостоятельного уже не в качестве одного целого, а по частям, через *curator bonorum*, который избирался кредиторами из их среды.

В современном римском праве сложился следующий порядок. Конкурс открывается по определению суда. Основанием для открытия конкурса служит собственное заявление должника о своей несостоятельности или предложение кредиторов, мотивированное явной неоплатностью должника. Одновременно с открытием конкурса должник теряет право распоряжения своим имуществом, которое становится конкурсной массой. Для управления этим имуществом назначается *curator bonorum*. Кредиторы с этого времени могут получить удовлетворение из конкурсной массы только под условием своевременного заявления своих претензий (хотя требования их, если они не будут своевременно заявлены, не погашаются). Цель всего производства: выяснение имущественного актива и распродажа имущества, с одной стороны; выяснение пассива и прораторное удовлетворение кредиторов - с другой.

237. Порядок удовлетворения кредиторов

В современном римском праве выработались следующие общие начала на этот счет. Прежде всего выделу из общей массы подлежат: а) Вещи, входящие лишь фактически в состав массы, но принадлежащие другим лицам (напр., вещи и документы, отданные на хранение). Такие лица, которые могут требовать выдела своих вещей, называются *separatistae ex jure dominii*. б) Сумма, необходимая для покрытия расходов по управлению конкурсной массы и судебных издержек, а равно для удовлетворения кредиторов самой массы. Затем, все остальное служит объектом для удовлетворения конкурирующих кредиторов. Общее правило гласит, что все кредиторы имеют одинаковое право на прораторное удовлетворение, независимо от времени возникновения их требований. В виде исключения, однако, некоторые требования имеют право на предпочтительное пред остальными удовлетворение (*privilegium exigendi*): различают *privilegia personae* (т. е. претензия пользуется предпочтением во внимание к личности кредитора, - сюда относятся привилегии фиска, городских общин и церквей и т. д.), и *privilegia causae* (т. е. претензия пользуется предпочтением как таковая, напр., расходы по погребению или болезни

должника). Среди этих привилегированных требований некоторые опять выдвигаются пред остальными. Особый вид привилегированных требований представляют требования, обеспеченные залогом. - В чистом римском праве кредиторы по залогом не обязаны были участвовать в конкурсе; в современном римском праве они участвуют в нем, пользуясь привилегированным положением по сравнению с другими кредиторами. Им предшествуют только так назыв. Абсолютно привилегированные требования.

В результате следует различать пять классов кредиторов: а) абсолютно привилегированные кредиторы (к числу абсолютно привилегированных требований относятся расходы по погребению и болезни должника, жалованье прислуге, публичные недоимки); б) привилегированные кредиторы по залогом; в) непривилегированные кредиторы по залогом; г) остальные привилегированные и е) непривилегированные кредиторы.

Иногда часть кредиторов находится в особом положении в том смысле, что может требовать выдела определенной части всего имущества несостоятельного и открытия особого конкурса над этой частью (так назыв., *separatistae ex jure crediti*). Главный относящийся сюда случай тот, когда должник сделался наследником другого лица; в таком случае кредиторы наследственной массы в силу предоставленного им *beneficium separationis* могут требовать выдела наследства.

238. Меры против злостного отчуждения имущества во вред кредиторам

Пока конкурс не открыт, должник сохраняет свободу распоряжения своим имуществом и может удовлетворять отдельных своих кредиторов сполна, хотя бы на деле он был уже несостоятельным ср. 1, 5 7. D. quae in fraud. Cred. 42,8. *Sciendum Iulianum scribere eoque jure nos uti, nt, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit.* - Со времени открытия конкурса это уже не допускается. В современном римском праве должник с этого времени даже прямо лишается права распоряжаться своим имуществом. - Если должник до открытия конкурса злостно, с намерением причинить этим вред своим кредиторам, переуступил что-либо из своего имущества третьему лицу, то кредиторы при известных условиях могут оспорить такое отчуждение как *alienatio in fraudem creditorum facta*. Под отчуждение в этом смысле подходит не только перенесение на другое лицо права собственности или иного какого-нибудь вещного права на данную вещь, но и принятие должником на себя новых обязательств, равно отречение от ранее приобретенных прав. - С субъективной стороны требуется намерение должника причинить вред кредиторам - *consilium fraudandi*. - Иск, возникающий при указанных условиях, может быть предъявлен как против самого должника, так и против третьего контрагента его по сделке. В последнем отношении надо различать две категории случаев: а) если злостное отчуждение состоялось с ведома третьего лица (*consciens fraudis*), то кредиторы могут требовать выдачи полученного со всеми приращениями, независимо от того, состоялось ли отчуждение на основании возмездной или безвозмездной сделки, и сами не обязаны возместить встречную выгоду, которая могла быть доставлена таким третьим приобретателем должнику, если только эта встречная выгода не продолжает входить в состав имущества должника; соответствующий иск называется *actio Pauliana* (наряду с ним существовали еще два иска - *interdictum fraudatorium* и *rescissoria in rem actio*; соотношение, в каком находились эти три иска, неясно); такое право принадлежит кредиторам в течение *annus utilis ex die venditionis bonorum*; по истечении этого срока приобретатель отвечает только в размере своего обогащения; наследники его всегда отвечают только в этих пределах; б) если злостное отчуждение состоялось без ведома третьего лица, то последнее отвечает в том только случае, если отчуждение произошло по безвозмездному основанию, и притом ответственность приобретателя ограничивается размером наличного его обогащения; соответствующий иск называется *actio Pauliana utilis*. Ср. подробности по этому вопросу у Дербурга. Указ. соч. II. 144-145.

Договорные обязательства и соприкасающиеся с ними отношения

Глава I. Односторонние и неравномерно двусторонние договоры

239. Заем. (Mutuum)*(164). Понятие и условия займа

Договор займа (mutuum) есть реальный договор (отличный от простого pactum de mutuo dando) и заключается в передаче одним лицом другому лицу определенного количества заменимых вещей в собственность с обязательством вернуть tantundem ejusdem qualitatis. Главный (но не единственный) случай займа есть заем денежный. Исками, возникающими из договора займа, служили: в случаях заключения денежного займа - *condictio certae creditae pecuniae*, в остальных случаях, когда объектами займа служили иные заменимые вещи, напр., хлеб, вино, и т.д. - *condictio triticaria*.

Для действительности займа, по общему правилу, требуется, чтобы заимодавец был собственником отданных заем вещей. Впрочем, заем возникает и в том случае, если были отданы чужие заменимые вещи, раз занятое будет употреблено заемщиком в доброй вере (из такого отношения возникает так назыв. *condictio de bene dependis*). То же следует сказать в том случае, если были переданы чужие деньги и заемщик смешает полученное с собственными деньгами таким образом, что разъединение их станет невозможным. С другой стороны, заем возникает и в том случае, если должнику будет дозволено удержать в качестве займа то, что он должен кредитору *ex alia causa* (напр., А продал В вещь и следующую с него плату оставляет у него в качестве займа). Сверх того, заем возникает и в том случае, когда заимодавец, не имея свободных денег, передает заемщику какую-нибудь индивидуально определенную вещь (напр., золотой кубок) с тем, чтобы тот продал эту вещь и удержал вырученные деньги в виде займа (так назыв. *contractus mohatrae*).

Если заемщиком было лицо, не пользующееся надлежащей дееспособностью (напр., малолетний), то оно отвечает только в пределах своего обогащения по римскому праву, между прочим, и городские общины, церкви и *riae causae* отвечают по займам, заключенным их представителями, лишь в тех пределах, в которых занятое употреблено в пользу заемщика.

От займа надо отличать простое обещание дать деньги взаймы, *pactum de mutuo dando*. В чистом римском праве такое обещание должно было быть облечено в форму стипуляции: *pecuniam te mihi crediturum spondes? spondeo*. Относительно юридических последствий такого соглашения существует спор. По мнению одних, такой договор дает право требовать исполнения его на общем основании. По мнению других, неисполнение его порождает только иск об убытках. Дернбург (Pandekten. II. 85) правильно указывает, что первое, т.е. требование исполнения, имеет место, поскольку лицо, обещавшее дать деньги взаймы, отказывается от исполнения своего обещания, а второе, т.е. требование возмещения интереса, - поскольку сторона, обещавшая взять деньги взаймы, отказывается от принятия их.

240. Последствия займа

Заемщик обязан возратить сумму или количество, равные тем, которые им получены, и несет *in dubio periculum*. Обязанность платить проценты не подразумевается сама собою, а должна быть особо выговорена. В чистом римском праве для этого требовалось заключение особой *stipulatio usurarum*. Помимо этого, кредитор не мог далее требовать процентов за просрочку, ибо *mutuum* принадлежало к числу *negotia stricti juris*. В современном праве эти ограничения отпали.

Особую практическую важность имеет то положение, что когда между договаривающимися не было открытого или молчаливого условия о времени уплаты, то кредитор может требовать возврата во всякое время.

241. Доказательства произведенного займа

В подтверждение произведенного займа заимодавец нередко требует от заемщика выдачи заемной расписки. В императорском периоде показательная сила таких заемных расписок подверглась, однако, весьма существенным ограничениям. А именно, заемщику было предоставлено право сначала в течение 1 года, затем 5 лет, наконец, в течение 2-х лет лишиться такой расписки, однако, весьма существенным ограничением. А именно, заемщику было предоставлено право сначала в течение 1 года, затем 5 лет, наконец, в течение 2-х лет лишиться такой расписки всякого значения путем простого утверждения, что валюта не была им получена (так назыв. *querela non numeratae pecuniae*). Кредитор в таком случае обязан был доказать выдачу им валюты иным путем, например, свидетельскими показаниями; зато, если ему это удавалось, он, по общему правилу, мог требовать возврата двойной стоимости уплаченного им. Однако, по истечении двух лет такая расписка получала значение неопровержимого доказательства произведенного займа, т.е. должник не только не мог голословно отрицать получения валюты, но не мог даже представлять доказательства того, что он валюты не получал.

242. Ограничения займа

На основании *Senatusconsultum Macedonianum* денежные займы, заключенные подвластными детьми в качестве заемщиков, не порождают права иска ни против самого подвластного сына, ни против его наследника или отца; заимодавец сохраняет только *obligatio naturalis*.

В виде исключения такие займы имеют полную силу, если подвластный сын действовал по поручению или с последующего согласия отца, или если заем был употреблен на пользу отца, или был сделан для удовлетворения неотложных потребностей сына и т.п. Разумеется, запретительное постановление *Senatusconsultum Macedonianum* отпадает также, если подвластный сын в момент заключения займа имел *peculium castrense* или *quasi castrense* (т.е. имущество, приобретенное на военной или гражданской службе, каковое составляло его личную собственность и не принадлежало отцу).

242a. Алеаторный заем: *foenus nauticum* и *quasi nauticum*

Особый вид займа, в частности, процентного займа, есть тот, когда кредитор, давая деньги взаймы, соглашается на то, что он сохраняет право требовать возврата валюты только при известных условиях; в случае ненаступления их он теряет означенное право. Принимая на себя, таким образом, в тех или иных пределах риск, *periculum*, кредитор, взамен этого, в качестве премии, *periculi pretium*, имеет право выговорить себе процент выше нормального. В до-юстиниановском праве для этих случаев не существовало никакого законного максимума, Юстиниан установил для них законный максимум в 12%.

Наиболее раннюю форму этого рискованного, алеаторного займа составляет морской заем, *pecunia trajecticia* или *foenus nauticum*, заимствованный из греческого права. Сущность его заключается в том, что деньги даются лицу в связи с отправкой корабля, под условием, что он подлежит возврату только в случае благополучного прибытия корабля к месту назначения его. В частности, тут возможны различные комбинации: в одних случаях деньги сами перевозились на корабль с тем, что по прибытии его в место назначения на эти деньги покупался товар, который затем отвозился обратно на родину; в других случаях деньги давались с тем, что на них приобретали товар в месте отправки корабля, каковой товар затем вывозился на корабле в то место, куда корабль направлялся; позднее заем на правах *foenus nauticum* совершался в такой форме, что деньги давались непосредственно на предмет ремонта корабля или на вознаграждение экипажа, с тем, опять-таки, что они подлежат возврату только в случае прибытия корабля в место назначения его. - При этом допускались точные оговорки относительно времени и направления рейса, на случай

несоблюдения каких-либо рисков снимался с кредитора.

Позднейшая юриспруденция стала допускать подобные алеаторные займы и в других случаях, напр., кто-либо дает рыбаку деньги в займы на предмет улова рыбы и отказывается от обратного получения денег, если рыбак не поймает ничего; или кто-либо дает деньги в займы атлету на предмет усовершенствования его в атлетическом искусстве и отказывается от обратного получения денег на случай, если тот при состязании не получит приза, и т.д. Это так назыв. *foenus quasi nauticum*.

243. Ссуда (*commodatum*)*(165)

Ссуда есть реальный договор (отличный от простого *Pactum de commodando*), который заключается в том, что одно лицо (коммодант) передает другому лицу (коммодатарию) движимую или недвижимую вещь во временное безвозмездное пользование с сохранением за коммодантом юридического владения вещью и с обязанностью коммодатария вернуть ту же вещь. Объектом коммодата могут служить не только собственные вещи коммоданта, но и чужие, напр., вещи, полученные внаем, и т. д. Коммодатарий должен пользоваться вещью согласно условию и отвечает, по общему правилу, за *omnis culpa* (но не за *casus*) на основании *actio commodati directa*. Он простой детентор, т. е. имеет только экономическое владение вещью, но не может предъявлять посессорных интердиктов. Коммодант не имеет права требовать возврата вещи до срока. Он отвечает за убыток, причиненный коммодатарию вследствие его *dolus* или *culpa lata*, и обязан возместить расходы (кроме текущих), которые понес коммодатарий от вещи, поскольку таковые оправдываются обстоятельствами дела. В этих пределах к нему может быть предъявлена *actio commodati contraria*.

244. Precarium

Precarium есть безвозмездное предоставление одним лицом другому вещи или сервитутного права до востребования. *Precarium* издревле имело важное социальное значение; этот институт возник, по всей вероятности, в отношениях между патронами и клиентами, позднее к нему стали прибегать вообще люди зажиточные и богатые, желающие оказать одолжение неимущим лицам. *Precarium* считалось отношением фактическим, оно, собственно, не было основано на договоре; тот, кто отдал вещь в прекарное пользование, мог во всякое время потребовать ее обратно и не принимал на себя никаких обязанностей. Прекарист, по общему правилу, считался юридическим владельцем и отвечал за *dolus* и *culpa lata* (но не за *culpa levis*, несмотря на то, что вся выгода от *precarium*'а лежит на его стороне). Против него может быть предъявлен *interdictum de precario*, в позднейшем праве, сверх того, - *actio praescriptus verbis*.

245. Поклажа (*depositum*)*(166). Обыкновенная поклажа

Договор хранения или поклажи есть реальный договор, отличный от простого *Pactum de deponendo*, и заключается в том, что кому-либо вверяется движимая вещь с целью безвозмездного ее сбережения и под условием возврата ее во всякое время. Итак, объектом договора хранения могут быть только движимые вещи. Не требуется, чтобы депонент (тот, кто передал вещь на хранение) был собственником депонированной вещи, если только депозитарий (тот, кто принял вещь на хранение) не есть собственник ее. Депонент может предъявлять против депозитария *actio depositi directa*, на основании которой он требует возврата вещи и вознаграждения за убыток, причиненный умыслом или грубым нерадением депозитария (*dolus* и *culpa lata*). Против этого иска не допускается ни предъявление к зачету встречных требований, ни ссылка на *jus retentionis*. С другой стороны, депозитарий может предъявлять против депонента *actio depositi contraria* и требовать вознаграждения за расходы на вещи и за убыток, причиненный по вине депонента. Если крайняя нужда

побудила депонента отдать вещи на хранение (так назыв. *depositum miserabile*), то депозитарий за причиненный им умышленно вред отвечает *in duplum*.

246. *Depositum irregulare*

Депозитарий, по общему правилу, не становится собственником деонсированной вещи и не имеет права пользоваться ею. Однако заменимые вещи и в особенности деньги могут быть отданы на хранение в той форме, что получатель только обязан вернуть такую же сумму или такое же количество их, какое получил; существование такого договора между сторонами предполагается в особенности в том случае, когда депонирована известная сумма денег не под замком и не за печатью. В таких случаях депозитарий становится собственником полученного и вместе с тем несет *periculum*, но в остальном такая сделка согласно намерению сторон рассматривается как *depositum* (так назыв. *depositum irregulare*), а не как заем, так что депозитарий не может предъявлять к зачету встречных требований против депонента и не имеет *jus retentionis*.

Возможно также, что стороны при передаче заменимых вещей на хранение желали заключить *prima facie*, обыкновенный договор хранения, так что возврату подлежат сами переданные вещи, но вместе с тем депонент согласился довольствоваться и получением *tantundem*, так что депозитарию предоставлено на выбор выдать либо сами переданные вещи, либо *tantundem*. В таком случае, если депозитарий воспользовался таким разрешением, между сторонами *in dubio* возникает не *depositum irregulare*, а заем.

247. Секвестр

Секвестр есть передача на хранение третьему лицу такого предмета, на который предъявляют требования два или более лиц. Секвестр устанавливается на основании взаимного соглашения между заинтересованными лицами, от них же зависит, желают ли они предоставить хранителю и юридическое владение вещью. Иск о выдаче переданной на хранение вещи называется *depositi sequestraria actio*. Вопрос о том, кем и когда таковой может быть предъявлен, зависит от той цели, ради которой стороны обратились к секвестрации. Впрочем, сделка с секвестром может носить не только характер поклажи, но и договора о найме личных услуг или договора поручения, ср. 1. 9 3 D. de dol. 4, 3.

248. *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. Понятие этого отношения

Содержатели гостиниц, постоялых дворов и судовщики как лица, принимающие у себя постоянно приезжающих и путешественников, отвечают пред остановившимися у них лицами, помимо особого о том уговора, за сохранность вещей последних, поскольку утрата таковых не произошла по собственной вине приезжих или вследствие непреодолимой силы (*vis major*). Ответственность этих лиц была установлена преторским эдиктом и ближе фиксирована классической юриспруденцией, ср. 1. 3 9 D. nautae caup. 4,9; hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit. Предел ответственности таких лиц, следовательно, очень широкий; они не только отвечают за собственную вину и за вину своих служащих, но и за случайную пропажу, если только при надлежащей организации надзора таковая могла быть избегнута. Иск, который возникает в таких случаях, назыв. *in factum actio de recepto*. Но, конечно, в каждом данном случае возможно специальное соглашение, в силу которого эти лица заранее отказываются принимать на себя такую ответственность.

В частности, вопрос о том, что следует понимать под непреодолимой силой (*vis major*), представляется очень спорным. Одни утверждают, что под непреодолимой силой следует подразумевать все то, что имеет место, несмотря на самый бдительный надзор и самые

изысканные меры предосторожности, каких только можно требовать от данного лица. В основании этой теории лежит субъективный критерий; обращается внимание на поведение лица. Другие выдвигают объективный критерий: по их мнению, непреодолимая сила начинается лишь там, где убыток причинен действием таких внешних событий, которые явно выходят за пределы тех случайностей, с которыми можно считаться в жизни (напр. землетрясения, наводнения, вторжение неприятеля и т. д.), Первой теории следует отдать предпочтение: вторая приводит к чрезмерному расширению ответственности заинтересованных лиц (см. литературу у Виндшейда. Указ. соч. Т. II. 384).

249. Договор залога (*contractus pignericus*)

Когда одно лицо передает другому какую-нибудь вещь в ручной заклад, то получатель обязан выдать самую вещь с ее приращениями, буде обеспеченное залогом требование будет погашено или отпадает; в случае же правомерной продажи заложенной вещи он обязан выдать закладчику *hyperocha*. Притом кредитор по залому отвечает за *omnis culpa*. Иск, возникающий против него, есть *actio pignericia in personam directa*.

С другой стороны, закладчик обязан возместить залогопринимателю понесенные им издержки и также отвечает за *omnis culpa*. Против него может быть предъявлена *actio pignericia in personam contraria*. Те же иски применяются и к ипотечным закладным правам, поскольку ипотека порождает аналогичные отношения между заинтересованными лицами.

250. Оценочный договор (*contractus aestimatorius*)

Когда одно лицо передает другому какой-нибудь товар на предмет продажи его, то сделка, на основании которой совершается передача, может иметь весьма различный характер. Это может быть договор поручения (раз продажа совершается только в интересах передающего вещь и получатель за свой труд не получает вознаграждения) или договор личного найма (раз получатель выговаривает себе вознаграждение), или договор товарищества (раз эта операция составляет общее дело обоих контрагентов, ср. 1. 44 D. pro soc. 17,2 si animo contrahendae societatis id actum sit.). - Самостоятельную разновидность подобного рода соглашений составляет оценочный договор, *contractus aestimatorius*. *Contractus aestimatorius* есть договор, в силу которого одно лицо вверяет другому вещь на предмет продажи ее за известную цену, с тем, чтобы приниматель или внес означенную цену, или возвратил самую вещь, ср. 1. 1 D. de aestimat. 19,3: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. Если он выручит больше условленной цены, то излишек принадлежит ему. Сверх того, ему может быть обещано еще особое вознаграждение за его труд по сбыту вещи. Если приниматель сам предложит свои услуги, то предполагается, что он несет и *periculum*. Собственником остается тот, кто передал ему вещь (спорно). Оценочный договор рассматривался римскими юристами как безыменный реальный контракт. Иск, возникающий из данного отношения, называется *actio aestimatoria praescriptis verbis*.

251. Договор поручения (*mandatum*) и соприкасающиеся с ним отношения*(167)

Договор поручения. Поручением (*mandatum*) называется договор, на основании которого одно лицо (*mandatarius*) обязывается заключить какую-нибудь сделку или исполнить что-либо согласно воле другого лица (*mandans*), не требуя притом никакого вознаграждения. Объектом мандата могут служить только дозволенные, имеющие быть совершенными, сделки или действия. На мандатария может быть возложено либо заключение одной какой-нибудь сделки, либо целого ряда их, либо заведывание всеми делами манданта. В современном праве договор поручения нередко связан с выдачею доверенности. Доверенность есть одностороннее волеизъявление доверителя, на основании которого поверенному даются полномочия на совершение известных юридических актов с таким

эффектом, как будто эти акты совершил сам доверитель. В таком случае мандатарий по отношению к третьим лицам, с которыми он заключает сделки на основании выданной ему доверенности, выступает в качестве прямого представителя. - Однако поручение возможно и без выдачи доверенности; с другой стороны, доверенность может быть выдана и без дачи определенного поручения. - Римляне различали *mandatum mea, tua* и *aliena gratia*. Обыкновенно поручение дается в интересах манданта, т. е. лица, дающего поручение, - это и есть *mandatum mea gratia*. Но, конечно, вместе с тем могут быть заинтересованы в нем мандатарий и третьи лица. Далее, поручение может быть дано в интересах третьего лица - *mandatum aliena gratia*, так что сам мандант не заинтересован в исполнении данного им поручения (напр., А поручает В купить вещь для С). И такой мандат признается вполне действительным. Наконец, римские юристы упоминают и о *mandatum tua gratia* - это есть поручение, в исполнении которого заинтересован исключительно сам мандатарий (напр., А поручает В купить акции не для себя, а для самого В). Об этом виде мандата источники говорят: *quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob in nulla ex eo actio oritur*. И дальше говорится: *cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui datur*. Итак, римские юристы не признают за этим видом мандата самостоятельного юридического значения, а уподобляют его простому совету, а совет, по общему правилу, не порождает обязательственных отношений между давшим и послушавшимся совета. Поэтому правильнее совсем отказаться от римской трихотомии и признать, что предметом мандата могут служить только такие сделки, в совершении которых мандатарий или вовсе не заинтересован, или в которых, по крайней мере, наряду с ним заинтересован и мандант или третье лицо. Если же недостает этих критериев, то не может быть и речи о мандате, а может быть только речь о совете (*consilium*). Простой же совет, по общему правилу, не имеет никакого юридического значения. Исключение допускается только в том случае, если давший совет действовал *dolose* или принял на себя гарантию за благополучный исход дела (напр., А советует В купить акции с обязательством отвечать за тот убыток, который может быть причинен В, если он последует данному ему совету), или если он поступал в качестве эксперта. - Мандатарий, как сказано, не получает платы за принятие на себя поручения, ср. 1. 1 4 D. mand. 17,1: *mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit*. Этим мандат отличается от договора личного найма. - Впрочем, это не исключало возможности обещания мандатария гонорара, который рассматривался римскими юристами не как плата за труд, а частью как выражение признательности за оказанные услуги, частью как способ возмещения падающих на мандатария расходов, связанных с исполнением мандата и не поддающихся точному учету. Гонорар мог быть взыскан только в порядке *extraordinaria cognitio*.

Юридические отношения, вытекающие из договора поручения. Обязанности мандатария. К нему может быть предъявлена *actio mandati directa*. В частности: а) он обязан точно исполнить возложенное на него поручение, следуя указаниям своего доверителя и сообразуясь, сверх того, с вероятной волей последнего; б) он обязан доставить манданту все то, что поступило к нему благодаря исполнению поручения, и, между прочим, представить ему отчет; в) он отвечает за *omnis culpa*; д) мандатарий, по общему правилу, может возложить исполнение поручения на другое лицо (субститута), если только это не противоречит характеру поручения или не запрещено мандантом.

Обязанности манданта. К манданту может быть предъявлена *actio mandati contraria*. В частности: а) мандант обязан возместить мандатариям все расходы по приведению в исполнение поручения и освободить его от принятых последним на себя обязательств; б) он отвечает за *omnis culpa*. Если мандатарий превысил свои полномочия, он может требовать от манданта признания сделки лишь под условием устранения невыгод, причиненных манданту превышением полномочий.

Прекращение мандата. Договор поручения прекращается: а) в случае исполнения мандатарием возложенного на него поручения; б) в случае истечения срока, на который была выдана доверенность; в) в случае отмены полномочия со стороны манданта или отказа

от исполнения со стороны мандатария; d) в случае смерти того или другого; впрочем, как отмена уполномочия, так и смерть манданта прекращают мандат только с того времени, когда мандатарий будет о том уведомлен. Разумеется, во всяком случае договор поручения прекращается только на будущее время; все возникшие раньше из него правоотношения остаются в силе.

252. Разновидности мандата

I. *Mandatum qualificatum* - поручение открыть третьему лицу кредит. Такое поручение есть вид поручительства (ср. ниже, в учении о поручительстве).

II. Ассигнационный приказ - (*jussus*, *Assignment*). Приказ, данный одним лицом (А) другому лицу (В) получить деньги или иные ценности от третьего лица (С) за счет первого (А), сам по себе не есть поручение, а содержит только, с одной стороны, полномочие, данное первым лицом (А) второму (В) получить что-либо от третьего (С) (схема: получи вместо меня с такого-то), а с другой стороны, предложение первого (А) по адресу третьего (С) доставить что-либо второму (В); (схема: плати или обещаю, вместо того, чтобы платить или обещать мне, такому-то). - Но так как весьма часто такие приказы вместе с тем являются поручением (особенно часто по адресу того, кому предлагается произвести уплату или вообще доставить что-либо другому лицу), то учение об ассигнационном приказе традиционно излагается в связи с учением о договоре поручения. У римлян такие приказы носили название *jussus* или *delegatio*. В настоящее время употребляют термин "ассигнация", "ассигнировать", а участников называют: 1) лицо, дающее приказ, (А) - ассигнантом; 2) лицо, через которое передается приказ и которое уполномочивается на получение, (В) - ассигнатором, 3) лицо, которому предлагается произвести уплату или доставить что-либо, (С) - ассигнатом; Ассигнат может быть должником ассигнанта и последний - должником ассигнатора, так что ассигнация может иметь целью доставить ассигнатору удовлетворение в счет его долга; но, конечно, это не единственная возможная комбинация. Ассигнация сама по себе не прекращает обязательственного отношения, которое могло существовать до этого времени между ассигнантом и ассигнатором; первый продолжает отвечать перед вторым, если последний не получит уплаты от ассигнанта (ср. подробности у Дернбурга. Указ. соч. Т. II. 19).

253. Ведение чужих дел в силу публичного уполномочия

Нередко на то или другое лицо возлагается заведывание данной имущественной массой при участии или под контролем высшего начальства; такое лицо называется *curator bonorum*. Сюда относится, напр., *cura bonorum absentis* (управление имуществом отсутствующего лица), *cura hereditatis jacentis* (управление наследственной массой до вступления наследника в права наследства) и т. д. Такой *curator bonorum*, по общему правилу должен только заботиться о сохранности вверенного ему имущества (*custodia bonorum*), но не имеет права отчуждения.

254. Ведение чужих дел без поручения (*negotiorum gestio*)

Если кто-либо без поручения заведывает делами другого лица, то такое лицо (*negotiorum gestor*) отвечает перед противной стороной (*dominus negotii*) наподобие мандатария; иск, возникающий в таком случае, называется *actio negotiorum gestorum directa*. *Negotiorum gestor* отвечает за *omnis culpa*, а, сверх того, и за *casus*, если он предпринял что-либо такое, чего не стал бы предпринимать *dominus negotii*. Он отвечает только за *dolus* и *culpa lata*, если он взял на себя попечение об имуществе другого лица при таких условиях, когда без него данное благо погибло бы (напр., А во время пожара выносит вещи В из квартиры). Если *negotiorum gestor* был лишен надлежащей дееспособности, он отвечает только в размере своего обогащения.

С другой стороны, *negotiorum gestor* при известных условиях может требовать, подобно мандатарю, возмещения понесенных расходов и освобождения от принятых им на себя обязательств посредством *actio negotiorum gestorum contraria*. Для этого, по общему правилу, требуется: а) *negotium utiliter gestum*, т. е. требуется, чтобы он действовал с надлежащей осмотрительностью, сообразуясь с действительными интересами противной стороны и не действуя вопреки воле последнего так, чтобы было полное основание думать, что последний, если бы мог выразить свою волю, остался бы доволен действиями *negotiorum gestor'a*; раз эти условия налицо, то не требуется, чтобы желаемый результат непременно был достигнут, если только нет вины со стороны *negotiorum gestor'a* (напр., А добровольно лечил В во время его болезни, последний, однако, умирает, - А тем не менее может требовать от наследников В возмещения расходов по лечению); б) *animus negotia alius gerendi*, т. е. требуется, чтобы лицо действительно желало действовать за другого, а не только действовало в исполнение какой-нибудь обязанности или *donandi animo*, или ради собственной выгоды (*sui lucri causa*). Впрочем, в некоторых случаях *actio negotiorum gestorum directa* и *contraria* допускается и тогда, когда лицо вело чужие дела в собственном интересе, а не в интересах хозяина дела. В этих случаях говорят о ненастоящей *negotiorum gestio*. (Ср. об этом у Дернбурга. Пандекты, т. II, 123.) - В случае последующего утверждения действий *negotiorum gestor'a* со стороны *dominus negotii* все отношение рассматривается так, как будто *negotiorum gestor* сразу действовал в качестве мандатаря.

Глава II. Равномерно двусторонние договоры

255. Купля-продажа (*emptio venditio*)*(168). Понятие и объект договора

Договор купли-продажи заключается в том, что одна сторона - продавец, *venditor* - обязывается доставить другой стороне - купщику, *emptor* - известное имущественное благо (товар), а покупатель обещает уплатить взамен этого известную сумму денег. В частности, объектом, подлежащим продаже, могут служить: а) отдельные вещи, движимые и недвижимые; б) другие материальные блага, которые могут быть отчуждены, как-то: *jura in re aliena*, обязательственные требования и т. д.; в) имущественные массы; г) совокупности однородных или разнородных вещей (напр., товарный склад, библиотека, домашняя утварь и земледельческие машины и т. д.); покупка целой совокупности вещей за одну общую, валовую цену называется *emptio per aversionem*; е) будущие вещи (напр., вещи, которые должны быть изготовлены), даже такие, относительно которых совсем еще неизвестно, появятся ли они вообще (так назыв. *emptio spei* и *emptio rei speratae*); ф) современная практика знает, сверх того, еще куплю-продажу вещей, определенных одними родовыми признаками, напр., покупают определенное количество сахара, керосина и т. д. Чистое римское право не выработало этой разновидности договора купли-продажи: там, где в источниках упоминается о покупке вещей, определяемых качеством и количеством, всегда имеется в виду, что эти вещи подлежат выделению из данной конкретной массы соответствующего рода вещей, а не из любой массы, напр., покупается 10 бутылок вина из данного бочонка, 10 фунтов муки из данного мешка и т. д. - Заключение же договора о поставке определенного количества муки или определенного количества зерна или вина и т. д. вообще, вне наличности определенной конкретной массы, возможно было только в форме стипуляции.

Объектом продажи могут служить как собственные вещи продавца, так и вещи чужие; другими словами, продажа чужой вещи, по общему правилу, не признается недействительной, продавец обязан доставить ее покупщику, а если он этого не может - вознаградить последнего за причиненный ему вред. Недействительной считается, однако, продажа краденой вещи, если обе стороны знали об этом. Далее, признается недействительной продажа *res extra commercium*, равно продажа вещи, которую запрещено продать или купить вообще или данным лицом. Равным образом считается недействительной покупка собственной вещи (*suae rei emptio non valet*); покупатель поэтому может требовать возврата уплаченных за нее денег.

Что касается покупной цены, то она должна быть определена деньгами (в противном случае договор составляет не куплю, а мену). Впрочем, сущность договора не изменяется, если покупатель обяжется, сверх уплаты покупной цены, к исполнению еще чего-либо другого. Старая доктрина утверждала, что *pretium* должно быть *certum, justum et verum*, т. е. что покупная плата должна быть точно определена, соответствовать ценности купленного объекта и не должна быть фиктивная. Однако это положение нуждается в весьма существенных поправках. Прежде всего размер покупной платы может быть поставлен в зависимость от будущего неизвестного обстоятельства, в частности, от усмотрения определенного третьего лица или от справедливой оценки вообще беспристрастного эксперта. Спорят о том, может ли быть поставлен размер покупной платы в зависимость от усмотрения одной из сторон. Римское право не признавало действительной такую продажу, но современная практика допускает такую комбинацию. Далее, не требуется, чтобы покупная плата находилась в соответствии с ценностью предмета. Таким образом, остается только одно положение - *pretium* должно быть *verum*, т. е. плата не должна быть фиктивная, иначе придется признать в данном случае договор не купли, а дарения.

256. Заключение договора и переход страха на продавца

Договор купли-продажи считается заключенным, раз состоялось соглашение о товаре и цене. При этом, по общему правилу, не требуется соблюдения определенной формы. Вместе с тем, по общему правилу, с этого момента (т. е. с момента заключения договора) покупатель несет страх за случайную гибель или ухудшение вещи: *periculum est emptoris*. Другими словами, покупатель с этого момента обязан уплатить продавцу покупную цену, хотя бы купленная вещь случайно погибла или подверглась ухудшению и вследствие этого не могла быть доставлена ему или могла быть доставлена только в поврежденном виде. (Вопрос о том, чем объяснить это положение, представляется очень спорным; вернее всего объяснить это влиянием исторических причин, как то делает Дернбург, *Pandecten*, т. II, 20 и 96.) Итак, покупатель, по общему правилу, несет страх с момента заключения купли-продажи. Однако в известных случаях требуется еще наличие некоторых других условий, кроме соглашения о товаре и цене, а именно: а) если договор был заключен под суспензивным условием, то покупатель до наступления условия не несет страха за случайную гибель вещи, а несет только страх за ухудшение ее; б) когда вещи, входящие в состав данной массы, проданы счетом, мерою или весом, то ответственность за страх переходит на покупателя только после того, как они будут перечтены, отмерены или отвешены; в) если вещь куплена под условием предварительного осмотра или испытания ее, то до заявления покупателя, что он согласен ее принять, страх лежит на продавце; д) спор существует относительно тех случаев, встречающихся в современной практике, когда куплены вещи, обозначенные одними только родовыми признаками, напр., 10 фунтов сахару, 20 бочонков вина и т. д. (этот случай надо строго отличать от случая, приведенного в п. в, ибо там предполагалось, что куплены вещи, входящие в состав данной массы, тогда как здесь вообще покупаются вещи данного рода и качества, откуда бы они ни были взяты). Спрашивается, с какого момента тут переходит страх на покупателя.

Существуют две главных теории. Одни находят, что в данном случае страх переходит на покупателя, когда продавец выделил из любой массы соответствующее количество вещей и дал знать об этом покупщику (так назыв. *Ausscheidungstheorie*, теория выделения). Другие признают, что в таких случаях страх переходит на покупателя только с момента исполнения договора, т. е., по общему правилу, с момента доставления (при продаже на расстояние - *Distancekauf* - уже с момента отсылки) товара покупщику (так назыв. *Lieferungs* или *Erfüllungstheorie*, теория исполнения). Ср. Дернбург. *Pandekten*. Т. II. 96. примеч. 9).

257. Обязанности покупателя

Покупщик отвечает перед продавцом на основании *actio venditi*. Он обязан прежде всего

внести условленную плату; если вещь будет передана ему раньше, чем он успеет заплатить за нее, он с момента традиции обязан платить и проценты с покупной платы, если стороны не условились иначе. Сверх того, он обязан возместить продавцу все необходимые и полезные затраты, которые тот сделал на вещь со времени заключения купли-продажи. Он отвечает за *omnis culpa*. В связи с этим необходимо заметить, что покупатель не приобретает переданной вещи в собственность, пока он не внес платы за нее, если только он не представил поручителей или не купил вещи в кредит.

258. Обязанности продавца. Общие начала

Продавец отвечает пред покупщиком на основании *actio empti*. Он обязан передать самую вещь со всеми приращениями. Он отвечает до передачи вещи за *omnis culpa*. Он отвечает за эвикцию вещи. Он отвечает за скрытые недостатки и за отсутствие обещанных достоинств вещи.

259. Ответственность продавца за эвикцию

Продавец не только обязан передать вещь, - он отвечает, сверх того, *ut emptori rem habere liceat*, т. е. вещь должна быть передана в беспрепятственное владение покупщика, так, чтобы он имел и право, и возможность ею распоряжаться. Вследствие этого продавец отвечает пред покупщиком, если вещь будет отсуждена у последнего третьим лицом. Итак, продавец отвечает за эвикцию вещи. Условия ответственности за эвикцию: а) вещь должна быть отсуждена у покупщика в пользу третьего лица, вполне или отчасти, установленным судебным порядком, и притом не иначе, как на основании права, существовавшего еще во время продажи; б) покупатель, против которого будет предъявлен иск об эвикции, должен сообщить об этом продавцу и тем дать последнему возможность принять участие в тяжбе (*litem denunciare*). От этой обязанности покупатель освобождается, если продавец заранее отказался от нее, не может быть разыскан или умышленно скрывается.

Объем ответственности за эвикцию. Объем ответственности за эвикцию определяется интересом покупщика, т. е. продавец обязан вознаградить истца за весь убыток, постигший последнего вследствие отнятия у него вещи. В Риме обыкновенно заключались особые *stipulationes duplae*, в силу которых продавец обязывался возместить покупщику, на случай эвикции, двойную стоимость эвнциированной вещи. Юстиниан постановил, что и в остальных случаях продавец не отвечает свыше *duplum*. Конечно, и теперь стороны могут выговорить себе на случай эвикции уплату заранее определенной суммы денег. Возможна и частичная эвикция (напр., отчуждается реальная или идеальная часть вещи, или покупатель теряет владение вещью вследствие того, что на нее существует эмпфитевтическое или суперфициарное право или право залога или узуфрукта другого лица); в таком случае он может требовать соответственного вознаграждения за причиненный этим ущерб.

Ответственность за эвикцию отпадает, если: а) покупатель знал о том, что вещь может быть отсуждена у него, и б) если было заключено особое *psctum de non praestanda evictione*.

260. Ответственность продавца за недостатки вещи

Само собою разумеется, что продавец отвечает за отсутствие обещанных качеств и достоинств вещи (*dicta et promissa*) и за недостатки ее, намеренно скрытые им. Этим, однако, его ответственность не ограничивается. Она была значительно расширена курульскими эдилами (*aediles curules*), в руках которых сосредоточивалась в Риме торговая юрисдикция. Постановления эдикта курульских эдилов, которые касались первоначально только торговли рабами и скотом, были развиты дальше классической юриспруденцией и распространены на другие виды торговли. Сущность этих постановлений сводится к следующему. Продавец обязан указать покупщику на все вообще недостатки вещи, за исключением только тех, которые очевидны, для всех видимы; впрочем, маловажные недостатки не принимаются во

внимание. Если он этого не сделал, он отвечает пред покупщиком, хотя бы он сам не знал о существовании недостатка во время продажи (напр., продана больная лошадь, о болезни которой сам продавец не знал, так как она не успела еще ясно обнаружиться). При этом, конечно, предполагается, что недостаток существовал еще до продажи (напр., если лошадь заболела только после продажи, то продавец, конечно, не отвечает за болезнь, ибо с момента продажи *periculum* ложится на покупщика).

Что касается пределов ответственности продавца за недостатки вещи, то надо заметить следующее: поскольку речь идет о недостатках, намеренно скрытых, или об отсутствии обещанных достоинств, продавец отвечает за весь интерес покупщика, т. е. обязан возместить последнему весь убыток, причиненный его недобросовестностью. Иное дело, поскольку речь идет о таких скрытых недостатках, о существовании которых продавец сам не знал. В таких случаях покупщик не может требовать вознаграждения за весь причиненный ему убыток, а может только требовать: либо расторжения договора, либо соответствующего понижения покупной платы. В частности, покупщик может требовать в течение *sex menses utiles* - расторжения договора посредством *actio redhibitoria*. Цель этого иска - восстановление имущественного *status quo*, существовавшего до продажи, т. е. покупщик возвращает вещь и получает обратно деньги. Если покупщик этого не пожелал или пропустил шестимесячный срок, он в течение года (*intra annum utilem*) может предъявить против продавца *actio quanti minoris*, направленную на соответствующее понижение покупной цены. (Ср. Дернбург. Пандекты. Т. II. 101).

261. Добавочные соглашения при купле-продаже

Нормальные последствия купли-продажи могут быть изменены на основании специальных соглашений между сторонами (*pacta adjuncta*), напр., продавец отказывается от ответственности за эвизию, от ответственности за недостатки вещи и т. д.; при этом конечно, предполагается, что он не находится *in dolo*. Особенно часто встречаются: а) *addictio in diem*, соглашение, в силу которого продавец сохраняет за собой право отступить от договора, если ему будут предложены более выгодные условия; однако покупщик может сохранить договор в силе, если он со своей стороны соглашается на эти новые условия; б) *lex commissoria*, соглашение, в силу которого сторона сохраняет за собою право отступить от договора, если противная сторона не исполнит своевременно принятых на себя обязательств; в) *pactum reservati domini* и *pactum hypothecae*, соглашение, в силу которого продавец удерживает за собой право собственности или устанавливает залоговое право на вещь впредь до получения полной уплаты; г) *pactum de retrovendendo*, в силу которого покупщик обязывается продать вещь обратно продавцу, и *pactum de retroemendo*, в силу которого продавец обязывается обратно купить вещь у покупщика; е) *pactum protimiseos*, соглашение, в силу которого продавец предоставляет себе, в случае перепродажи вещи, предпочтительное на покупку оной право.

262. Прекращение купли-продажи

Купля-продажа может быть расторгнута прежде всего на основании взаимного соглашения между сторонами. Но такое расторжение допускается в известных случаях и помимо воли той или другой из сторон, как-то: в случаях обнаружения скрытых недостатков (посредством *actio redhibitoria*), в случае обманного образа действия или в том случае, когда одна из сторон была принуждена другою вступить в договор. Сверх того, продавец на основании постановления имп. Диоклециана (1. 2 Cod. de rescind. Vend. 4,44) имеет право требовать расторжения договора, если он получил за вещь меньше половины стоимости ее, так назыв. *laesio enormis* или *ultra dimidium*, если только покупщик не изъявит готовности увеличить в соответствующей мере покупную плату.

263. Договор мены (*permutatio*)

Договор мены состоит в обоюдном обещании двух лиц обменять один предмет на другой, за исключением только денег. По чистому римскому праву договор мены принадлежал к реальным контрактам, т. е. для признания полной силы за этим договором не считалось достаточным соответствующее неформальное соглашение, а требовалось, чтобы одна из сторон исполнила свои договорные обязанности; только после этого она могла требовать исполнения от противной стороны на основании *actio praescriptis verbis*. По современному праву, как явствует из вышеприведенного определения договора, договор возникает уже на основании простого неформального соглашения между сторонами. Каждая из сторон отвечает в случае эвикции переданной ею вещи, а равно за недостатки вещи в тех же пределах, какие были указаны применительно к договору купли-продажи.

264. Договор найма (*locatio-conductio*)*(169). Общие замечания

Римское право подводит под понятие найма, *locatio conductio*, тройкого рода отношения: а) *Locatio conductio rerum*, имущественный наем. Сущность этого договора заключается в том, что одно лицо, за известное денежное вознаграждение, предоставляет другому лицу пользоваться какой-нибудь вещью. Этот договор обыкновенно подразделяется еще на имущественный наем в тесном смысле и аренду. О найме в тесном смысле мы говорим, когда предоставляется простое пользование вещью (напр., квартирой, лошадью и т. д.), об аренде - когда предоставляется доход с вещи, в особенности в форме извлечения естественных плодов из нее (напр., аренда сельскохозяйственного участка, фруктового сада и т. д.). Дальнейшая особенность аренды заключается в том, что вместо денежной платы может быть выговорено и вознаграждение, плодами. б) *Locatio conductio operarum*, личный наем или наем услуг. Сущность этого договора заключается в том, что одно лицо, за известное денежное вознаграждение обязывается исполнить известные работы. Объектом договора служит самая работа, труд лица как таковой. в) *Locatio conductio operis* - договор подряда, заказа и перевозки кладей. Отличие этого договора от договора личного найма заключается в том, что объектом договора является не труд лица как таковой, а тот результат, который должен быть достигнут лицом.

Итак, под общее понятие найма подводятся весьма различные группы случаев. Общие им всем черты заключаются в следующем: во всех этих случаях, уже по чистому римскому праву, договор возникает на основании простого, неформального соглашения; далее - везде обязанность одного контрагента заключается в уплате известной суммы денег (только при аренде вознаграждение может быть произведено и плодами); наконец, обе стороны, по общему правилу, отвечают за *omnis culpa*.

265. *Locatio conductio rerum*. Условия договора

Объектом договора найма или аренды может служить все, чем можно пользоваться. Не требуется, чтобы отдающий вещь в аренду или наем непременно был собственником ее. С другой стороны, сам собственник может нанять или арендовать свою же вещь у такого лица, которое имеет на нее вещное право, более или менее парализующее права собственника (напр., лицо имеет право узурфрукта на мой участок, - я могу заключить с ним в таком случае договор об отдаче мне этого участка в арендное содержание). Наниматель или арендатор может сдать вещь внаем или аренду третьему лицу, так назыв. *sublocatio*. Вследствие этого, однако, не изменяется его отношение к лицу, от которого он сам получил вещь внаем. Плата должна быть выговорена деньгами (при аренде она может быть выговорена и плодами). Требование, чтоб *pretium* было *verum, certum* и *justum*, имеет такое же значение, как при купле-продаже.

266. Обязанности отдающего в аренду или наем

Отдающий внаем или аренду называется *locator*. Против него предъявляется *actio conducti*. *Locator* обязан своевременно передать нанимателю или арендатору вещь с ее принадлежностями и предоставить ему беспрепятственную возможность пользоваться ею в течение установленного срока. Он обязан содержать вещь в исправном виде и нести расходы по ремонту ее, а также лежащие на ней подати и повинности. Если наниматель тратится на вещь, *locator* обязан возместить ему эти расходы, поскольку они были необходимы или увеличили доходность вещи. Он отвечает за *omnis culpa* и, в частности, за эвикцию вещи и недостатки ее, препятствующие надлежащему пользованию ею.

267. Обязанности нанимателя или арендатора

Наниматель или арендатор называется *conductor*. Против него может быть предъявлена *actio locati*. Наниматель обязан уплатить выговоренную наемную плату по истечении срока пользования или в установленные для сего сроки. Эта обязанность лежит на нем даже в том случае, если он по каким-нибудь субъективным основаниям не пользовался вещью, раз пользование ею вообще было возможно. Но если пользование вещью стало невозможным по вине противной стороны или вследствие действия случая, (напр., дом сгорел), то он в соответствующей степени освобождается от своей обязанности. Другими словами, наниматель и арендатор не несет *regiculum*, он платит только за то время, за которое он имел объективную возможность пользоваться вещью. Сверх того, арендатор, по общему правилу, пользуется еще следующей особой льготой: если он в данном году понес значительную утрату в плодах от чрезвычайных происшествий, как-то: наводнения, града, мороза, бури, пожара и т. д., он может требовать соответствующей скидки с арендной платы (так назыв. *remissio mercedis*); при этом, однако, предполагается, что недополученный в данном году доход с аренды, заключенной на несколько лет, не покрывается значительным избытком от дохода прежних лет. Сверх того, наниматель или арендатор по прекращении договора обязан возвратить полученную вещь и вознаградить противную сторону за весь убыток, причиненный по его вине; он отвечает за *omnis culpa*. За случайные повреждения и гибель вещи он, по общему правилу, не отвечает. Впрочем, иногда наниматель или арендатор обязан возместить и случайные потери, а именно, если на этот счет состоялось особое соглашение между сторонами. В частности, если известная вещь или принадлежащая к ней другая побочная (напр., инвентарь усадьбы или известное число голов скота) переданы нанимателю или арендатору с установлением определенной цены, с тем, что он должен вернуть либо эти вещи, либо их цену, то он несет *regiculum* относительно таких вещей и в случае пропажи их обязан вознаградить противную сторону по установленной цене (так назыв. *locatio conductio irregularis*). - По отношению к вещи, служащей объектом *locatio conductio*, наниматель или арендатор является только детентором, а не юридическим владельцем ее.

268. Прекращение найма и аренды

Договоры найма и аренды прекращаются: а) вследствие уничтожения отданной в наем или аренду вещи; б) в случае истечения срока, на который был заключен договор; срок может быть определенный или неопределенный; в последнем случае договор прекращается, как только та или другая из сторон пожелают этого; впрочем, срок может быть продолжен на основании не только открытого, но и безмолвного соглашения сторон, так назыв. *relocatio tacita*; с) вследствие одностороннего отступления от договора той или другой из сторон таковое допускается не иначе, как по законным причинам. Так, напр., отдавший внаем может устранить нанимателя, если последний в течение 2 лет не вносил наемной платы, или пользовался вещью противно уговору, и т. д. С другой стороны, наниматель может отступить от договора, если вещь страдает такими недостатками, которые затрудняют пользование ею. Конечно, по всем таким причинам договорное отношение, существовавшее между сторонами, прекращается только на будущее время. Возникшие до того времени

требования сохраняют свою силу. Отчуждение вещи со стороны лица, отдавшего ее внаем или аренду, не прекращает обязательственного отношения между ним и нанимателем. Поэтому, если новый приобретатель не признает договора найма или аренды, заключенного его предшественником, обязательным для себя, наниматель (или арендатор) может искать убытки со своего непосредственного контрагента.

269. Locatio conductio operarum. Понятие этого договора

Договор личного найма заключается в том, что одно лицо, *locator*, за известное денежное вознаграждение обещает противной стороне, *conductor*, работать на нее. Объектом договора личного найма с точки зрения чистого римского права служит только обыкновенная, ремесленная работа (а не духовная работа или вообще работа, какою занимаются представители свободных профессий), так назыв. *operae illiberales, locari solitae* (в противоположность *operae liberales*). В современном римском праве рамки договора раздвинуты гораздо шире (ср. Windscheid. Т. II. 404. Прим. 3 и 4). К договору личного найма применяются по аналогии положения, регулирующие договор имущественного найма, поскольку это позволяет природа этого договора. Нанявшийся в услужение *locator* имеет *actio locati*, посредством которой он может требовать уплаты выговоренного вознаграждения; он сохраняет право требовать выдачи условленного вознаграждения, хотя бы противная сторона по субъективным причинам не воспользовалась его услугами, если только он не успел поступить в услужение к другому лицу на одинаковых или более выгодных условиях. Но, конечно, он теряет это право, если противная сторона по его вине или вследствие действия случая не могла воспользоваться его услугами. Взятый в услужение (*conductor*) имеет *actio conducti* и может требовать действительного исполнения обещанной работы и возмещения убытка, причиненного неправильными действиями противной стороны.

Договор личного найма прекращается, помимо случаев смерти лица, взявшего на себя те или иные работы (*locator'a*), и неспособности его к выполнению взятых им на себя работ, и в случае истечения срока, а раз определенного срока не установлено, то на основании заявления той или другой стороны о желании ее прекратить отношение по найму на будущее время. Смерть работодателя, по общему правилу, не прекращает отношения по личному найму, ср. 1. 19 9 D. loc. l. 9,2.

270. Locatio conductio operis. Понятие и последствия этого договора

1) Под общим именем *locatio conductio operis* римское право обнимает ряд весьма разнообразных случаев, которые имеют ту общую черту, что одно лицо (*conductor* или *redemptor operis*) за известное вознаграждение берется доставить другому лицу (*locator operis*) готовый результат своей работы. Следовательно, объектом договора служит не работа, не личный труд как таковой, а тот результат, который должен быть достигнут. Под *locatio sconductio operis* подходят между прочим: договор подряда, заказа, обработки или переработки каких-нибудь вещей, транспортирования кладей, договор обучения ученика какому-нибудь ремеслу и т. д.

Лицо, взявшееся за работу (*conductor*), может требовать уплаты выговоренных денег по исполнении заказа, подряда и т. д. в специально условленные сроки, а равно может требовать вознаграждения за убыток, причиненный виною противной стороны.

Лицо, давшее заказ и т. д., может требовать исполнения заказа или возмещения убытка. Заказ должен быть исполнен своевременно и согласно заключенному между сторонами условию: *ita ut probari debeat*. Раз заказчик признал годным исполненный заказ, противная сторона освобождается от ответственности, если только она не действовала *dolose*. В таком признании не может быть отказано без достаточных оснований, ср. 1. 24 pr. Dig. loc. 19,2: *si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset; idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit; nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit*.

2) Работа, по общему правилу, может быть выполнена conductor'ом либо самолично, либо через посредство третьих, привлеченных им в качестве предпринимателя, лиц (его служащих, рабочих). Спрашивается, в каких пределах он отвечает за убыток, причиненный locator'у такими лицами. Вопрос спорный: одни (напр., Дербург) утверждают, что предприниматель в таких случаях отвечает безусловно за всякую вину своих подчиненных, другие (Виндшейдт, Вендт) находят, что он отвечает лишь постольку, поскольку ему самому может быть вменена culpa in eligendo (небрежность в выборе соответствующих лиц), или culpa in custodiendo (недостаток руководства или надзора). Последнее мнение de lege lata заслуживает предпочтения, ср. в особенности 1. 25, 7 D. loc. 19,2: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. (Ср. Виндшейдт. Указ. соч. Т. II. 401. Пр. 5.)

3) Дальнейший спор существует по вопросу о том, несет ли conductor periculum, в частности, может ли он требовать условленного вознаграждения в случае казуальной гибели или порчи тех объектов, над которыми он производит свою работу. Господствующее мнение признает, что за случайный вред предприниматель, по общему правилу, не отвечает: при случайной гибели вещи, он может требовать вознаграждения за то, что успел сделать для исполнения заказа. Впрочем, предприниматель иногда по особому соглашению берет на себя periculum - так назыв. locatio conductio operis irregularis: это бывает в том случае, когда заменимые вещи передаются одним лицом другому для перевозки или переработки с тем, что могут быть возвращены или пущены в переработку другие вещи одинакового с первыми рода и качества. Conductor в таких случаях приобретает право собственности на переданные ему вещи, но зато несет и страх за случайную пропажу их, ср. 1. 31 D. loc. 19,2, 1. 34 pr. D. de auro 34,2.

4) Особые правила действуют на тот случай, когда заказ такого рода, что conductor должен из собственного материала сделать что-либо, напр., сшить платье, отлить из собственного золота кубок и т. п. Такого рода отношения подводятся римскими источниками под понятие emptio venditio, а не locatio conductio operis, 4 J. de locat. 3,24. Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi.

271. Lex Rhodia de jactu

Если для спасения корабля от грозившей опасности пришлось выбросить чьи-нибудь вещи или принести какие-нибудь иные жертвы (напр., обрубить мачты), то происшедший вследствие этого убыток должен быть понесен совместно с собственниками этих вещей еще собственниками спасенных вещей, корабля и груза. Между указанными лицами возникает своеобразная общность страха (Gefahrgemeinschaft), причем каждый отвечает в размере, соответствующем стоимости его вещей. В частности, вознаграждение лиц, лишенных своих вещей, происходит в такой форме, что: а) они предъявляют к корабельщику actio locati, требуя от него следующее им вознаграждение; б) со своей стороны, корабельщик требует соответствующих приплат от собственников спасенных вещей посредством actio conducti и имеет и jus retentionis по отношению к этим вещам.

Эти постановления сложились на острове Родосе и оттуда перешли в римское право. Существует спор о том, возможно ли применение по аналогии этих положений в случае пожара, наводнений и военных бедствий и в каких пределах. (Ср. Windscheid, Pandecten, т. II, 403, примечание 13.)

272. Договор товарищества*(170). Понятие и возникновение товарищества

Товариществом называется основанное на взаимном соглашении соединение нескольких лиц, приводящее к частичной или полной имущественной общности. Короче, товарищество есть договорная имущественная общность. Смотря по объему этой общности различают: а) *societas omnium bonorum*, объектом которой служит все настоящее и будущее имущество товарищей (*socii*); б) *societas quaestus* (или *quaestus et lucri*), объектом которой служит все то, что впредь должно быть приобретено общим трудом товарищей, но не то, что они приобретают иным путем, как, напр., наследства или дарения, ср. 1. 8 D. pro soc. 17,2: *quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit*; в) торговые, ремесленные и иные товарищества, объектом которых служит одно какое-нибудь предприятие; д) сюда же относятся скоропреходящие товарищества, при которых имеется ввиду достижение на общий счет какой-нибудь специальной цели, напр., путешествия. Надо заметить, что товарищества учреждаются не только для цели наживы, но и для других целей, как-то: любительских, научных и т. д., но для гражданского права такие товарищества имеют значение лишь постольку, поскольку они порождают имущественные правоотношения.

Товарищество возникает на основании неформального соглашения между сторонами, именуемого договором товарищества; соглашение может быть выражено открыто или безмолвно, оно может быть совершено под известным условием или с присоединением срока и т. п. Что касается участия товарищей в прибылях и убытках, то размер их паев зависит от них же самих; *in dubio* предполагается, что они участвуют в равных частях. Возможно и так, что один вносит свой личный труд, другой участвует капиталом и т. д. С другой стороны, считается недействительной так назыв. *societas leonina*, при которой одна сторона должна получить всю ожидаемую выгоду, а другая несет весь возможный убыток (1. 29, 2 D. pro socio 17,2).

273. Последствия договора товарищества

Договор товарищества обязывает всех товарищей к добросовестному исполнению всего того, чего от них по смыслу и цели договора можно требовать. Так, каждый из товарищей обязан внести свой пай или исполнить возложенную на него работу, - обязан отчетностью пред остальными. От него требуется *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, т. е. он должен прилагать к общему делу ту степень старания, которую он привык прилагать в собственных делах. Каждый товарищ обязан выдать то, что он приобрел при ведении общего дела (*commune negotium*) или из общего имущества; с другой стороны, он может требовать прораторного возмещения расходов, сделанных им в интересах общего дела, а равно возмещения даже случайного убытка, понесенного им при ведении общего дела, ср. 1. 52 4 D. pro soc. 17,2. - Наконец, товарищи по отношению друг к другу пользуются льготой посильной ответственности, ср. 38 D. de act. 4,6: *...item si socius cum socio iudictio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest*.

Что касается отношений товарищей к третьим лицам, то надо иметь в виду, что товарищество, в противоположность корпорации, не есть самостоятельный субъект прав, не есть юридическое лицо. Следовательно, носителями прав и обязанностей по отношению к третьим лицам являются отдельные товарищи (напр., если один из товарищей заключил в общем интересе сделку с третьим лицом, последнее, по общему правилу, может требовать исполнения только от него и само может быть принуждено к исполнению только им). Иск, посредством которого регулируются отношения между товарищами, называется *actio pro socio*. Третьи лица, конечно, не могут предъявлять этого иска.

274. Прекращение товарищества

Товарищество прекращается не только вследствие единогласного постановления всех товарищей, но и вследствие одностороннего заявления о выходе одного из товарищей; впрочем, не запрещается устанавливать заранее, что выбытие того или другого из числа товарищей не разрушает товарищества; оно может также продолжать свое существование и

по возобновленному между прочими соучастниками соглашению. Другими словами, односторонний выход одного из товарищей прекращает товарищество в том только случае, если не было установлено противного. Сверх того, несвоевременный или преждевременный выход во всяком случае возлагает на выбывшего обязанность возместить причиненный этим остальным участникам убыток. В частности, выбывший при таких условиях товарищ по общим делам, начатым до заявления о выходе его, продолжает отвечать за возможный убыток, лишаясь вместе с тем права на возможную прибыль; ср. 1. 65 6. D. pro soc. 17,2. Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat itaque, si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert, at si dispendium, aequae praestabit portionem.

Далее, товарищество прекращается вследствие смерти одного из товарищей, если не было условлено противного. Наследники товарища не вступают сами по себе в товарищество, хотя бы то и было заранее условлено, - они должны быть особо приняты.

Далее, основаниями для прекращения товарищества служат: а) конкурс или конфискация имущества одного из товарищей; б) невозможность исполнения или неисполнение той сделки, ради которой было заключено товарищество; в) истечение срока, на который оно было заключено. Разумеется, во всех указанных случаях прекращается только существование товарищества на будущее время. Возникшие до того времени требования остаются в силе.

275. Внедоговорная имущественная общность (communio incidens). Общие начала

Имущественная общность как таковая и, независимо от того, основана ли она на договоре или нет, порождает взаимные обязательственные отношения между заинтересованными лицами. Если имущественная общность существует между сонаследниками, она порождает *actio familiae erciscundae*, в других случаях общности права собственности или других вещных прав возникает *actio communi dividundo*. Путем этих исков участники могут требовать: а) раздела общего объекта или, иначе говоря, прекращения существующей общности; б) возмещения расходов, сделанных ими на общую вещь, и возмещения убытка, причиненного по вине других участников; участники, поскольку они заведуют общей вещью, отвечают друг перед другом за *culpa in concreto*, т. е. должны прилагать *diligentiam, quam suis rebus adhibere solent*; в) сверх того, пока длится общность, участники могут требовать предоставления им такого пользования общими вещами, на какое они имеют право в качестве соучастников или в силу особого соглашения, а равно воздержания остальных от таких действий, которые идут вразрез с правом данного соучастника или воспрещены соответствующим соглашением. Суд, в который предъявлен иск о разделе, обязан считаться с взаимными притязаниями сторон и применительно к ним произвести самый раздел. При этом ему предоставляется присудить одни вещи - одному, другие - другому участнику, или разделить вещь, или присудить ее целиком одному с установлением вещных или личных прав в пользу другого и т. д.

276. Actio finium regundorum

На случай спорности и вытекающей отсюда неизвестности пограничной межи, разделяющей смежные сельские участки, заинтересованные лица могут предъявлять *actio finium regundorum*. Иск может быть предъявлен как собственником участка, так и другими лицами, имеющими вещное на него право. Ближайшая цель иска - выяснение настоящих границ. Если, однако, этим не может быть устранена неизвестность, то иск принимает характер иска о разделе; а именно, спорная пограничная полоса рассматривается как общая, и суд должен разделить эту общую полосу между заинтересованными лицами; в случае необходимости суд при этом может отодвинуть и настоящую границу. Он может также принять меры к охране неприкосновенности границы в будущем. Наконец, он может присудить, в случае предъявления заинтересованными лицами соответствующих

требований, эквивалент как за извлеченные выгоды, так равно и за понесенные убытки или расходы.

Обязательства, вытекающие из правонарушений, и соприкасающиеся с ними отношения

Глава I. Общая характеристика

277. Чистое римское право

Частные штрафные иски появились у римлян очень рано. Целый ряд таких исков встречается еще в законодательстве XII таблиц. Основанием их служат определенные грубые правонарушения, которые могут быть подведены под три главные группы: *furtum* (кража), *damnum iniuria datum* (повреждение чужих вещей) и *iniuria* (оскорбления словом и действием). Казуистические постановления XII таблиц о *damnum iniuria datum* впоследствии были заменены новыми, более общими, изложенными в *lex Aquilia*. Дальнейшее развитие штрафные иски получили в преторской практике. Преторы в своих эдиктах выставили целый ряд новых штрафных исков (*actio vi bonorum raptorum*, *quod metus causa*, *actio servi corrupti* и т. д.), штрафные или имели двоякую функцию. С одной стороны, они составляли особый вид частных прав, они предъявлялись в порядке гражданского процесса и находились в полном распоряжении кредитора, штраф шел в его пользу. С другой стороны, они имели и публичную функцию, служили формой наказания и в этом смысле восполняли пробелы публичного уголовного права римлян. (Дело в том, что многие преступления, так назыв. *delicta privata*, вовсе не карались уголовным законом, а только порождали штрафной иск в пользу потерпевшего лица.) Итак, штрафные иски должны были удовлетворять двойной цели: правонарушитель должен быть наказан, потерпевший должен получить вознаграждение.

С течением времени римляне должны были придти к убеждению, что вторая цель достигается штрафными исками далеко недостаточной степени. И вот наряду с чистыми штрафными исками начинают появляться иски смешанные (прототипом их является *actio legis Aquiliae*), при которых на первом плане стоит вознаграждение потерпевшего. Наконец, появились и такие иски *ex delicto*, которые исключительно только преследовали вознаграждение потерпевшего лица (как, напр., *condictio furtiva*). В связи с этим подверглось видоизменению и начало древнего права, которое гласило: *in poenam heres non succedit*.

Это начало возникло, несомненно, в такую эпоху, когда преобладающее значение имела функция наказания, когда, следовательно, существовали одни только чистые штрафные иски. Оно подверглось значительной модификации, как только стали выдвигать функции вознаграждения потерпевшего. Именно претор постановил, что наследники правонарушителя продолжают отвечать пред потерпевшим, *in quantum locupletiores facti sunt*, т. е. в размере своего обогащения. А классические юристы определили, что достаточно, если обогащение имеется налицо в момент приобретения наследства, не требуется, чтобы оно продолжало существовать до предъявления иска со стороны потерпевшего.

Ввиду вышеизложенного можно установить следующие общие начала для юстиниановского права. Существуют три категории исков *ex delicto*: иски штрафные, смешанные, и иски, направленные только на вознаграждение за убыток. Каждый из этих исков обнимает определенную группу случаев, имеет свои специальные субъективные и объективные предположения: напр., *actio legis Aquiliae* преследует только телесные повреждения и повреждение чужих вещей; требовать возмещения убытка за повреждение вещи посредством этого иска могут, кроме собственника, только лица, имеющие вещные права на нее, но не лица, имеющие только личные на нее права, и т. д. Субсидиарное значение по отношению к остальным искам *ex delicto* имеет *actio doli*: этот иск служит средством защиты против всякого умышленного нанесения вреда, поскольку неприменимы другие, более специальные иски. Наследники правонарушителя как по чисто штрафным, так

и по смешанным искам отвечают только *in quantum locupletiores facti sunt*, причем обогащение должно быть налицо в момент приобретения наследства.

278. Современное римское право

Современное римское право под влиянием частью канонического права, частью судебной практики внесло в учение об *obligationes ex delicto* следующие изменения: а) оно упразднило категорию штрафных исков и б) признало ответственность наследника за *obligationes ex delicto* наследодателя в более широких размерах, чем римское право, а именно, наследник отвечает за такие обязательства *juxta facultates hereditatis*. К сказанному надо прибавить, что если в совершении деликта участвовало несколько лиц, то все они отвечают в качестве солидарных должников.

Глава II. Обзор важнейших отдельных случаев

279. Furtum

Furtum по римскому праву означает всякое неправомерное присвоение движимой вещи, вызванное желанием извлечь из нее выгоду. Римское понятие furtum, следовательно, гораздо обширнее понятия кражи: кража есть только один из видов furtum: под это понятие, сверх того, подходит растрата, утайка находки, неправомерное пользование чужою вещью и даже заведомое принятие уплаты в счет несуществующего долга. - В частности, римские юристы различали: 1) *furtum rei* - полное присвоение чужой вещи, как это имеет, напр., место при краже в современном смысле, при растрате, при утайке находки; 2) *furtum usus* - присвоение пользования вещью, пользоваться которой лицо не имеет права, как это имеет место, напр., когда депозитар пользуется отданною на хранение вещью, или наниматель пользуется ею иначе, чем это было условлено; 3) *furtum possessionis* - присвоение простого владения вещью со стороны собственника, поскольку он лишен права владеть ею, как это имеет место, напр., при залоге вещи на праве ручного залога. Ср. 1. I. 3 D. dt furt. 47,2. - Furtum порождало в древнем праве ряд штрафных исков: а) *actio furti manifesti* - *in quadruplum*, этот иск предъявлялся к вору, пойманному с поличным; б) *actio furti nec manifesti* - *in duplum*, против всякого похитителя, не пойманного с поличным; в) *actio furti concepti* - *in triplum*, против того, у кого при обыске найдена краденая вещь, хотя бы он и не был вором; г) *actio furti oblati* - *in triplum*, этот иск мог быть предъявлен тем, у кого нашли вещь при обыске, против того, кто подкинул ее. Претор еще увеличил число этих исков. Сверх того, он выделил из общего понятия furtum - понятие *rapina* - грабежа, который обнимает насильственное отнятие чужой вещи; грабитель отвечает на основании *actio vi bonorum raptorum* в течение *annus utilis in quadruplum*.

В юстиниановском праве из *actiones furti* сохранились только *actiofurti manifesti* и *nec manifesti*; эти иски могут быть предъявлены не только собственником, но всяким лицом, чей интерес затронут присвоением вещи, против похитителя и пособников его. Наряду с этими штрафными исками существует еще иск, направленный на возмещение всего понесенного потерпевшим лицом убытка, так называемая *condictio furtiva*. Этот иск может быть предъявлен только собственником. Кроме того, Юстиниан оставил в силе и *actio vi bonorum raptorum*, а равно введенный претором особый иск, предусматривающий похищение вещей во время пожара и других бедствий, который, как и *actio vi bonorum raptorum*, направлен *intra annum utilem in quadruplum, post annum in simplum* (1.1 pr. Dig. de incendio, ruina 47,9).

В современном праве все эти различия уничтожены и взамен того признано, что всякий, кто имеет интерес в удержании вещи, может предъявить иск об убытках к лицу, присвоившему себе вещь, и пособникам его.

280. Повреждения

1. Ответственность за повреждения *ex lege Aquilia*. На основании закона Аквилы и согласно распространительному толкованию этого закона всякий отвечает за свои умышленные и неосторожные действия и упущения (последнее спорно), поскольку таковые привели к повреждению или уничтожению чужой вещи или к утрате ее, или поскольку ими причинено телесное повреждение другому лицу. 1) Иск, возникающий из такого повреждения, называется *actio legis Aquiliae*. В частности, различали *actio legis Aquiliae directa*, *utilis* и *in factum actio accommodata legi Aquiliae*, ср. 1.11 D. de praescr. verb. 19,5, 16 J. de leg. Aquil. 4,3. Истцом является, если была повреждена вещь, собственник ее и другие лица, имеющие вещное на нее право (например, узуфруктуарий, кредитор по залогу и т. д.). В случае телесного повреждения истцом является потерпевший и его властелин. 2) Иск направлен на вознаграждение за причиненный убыток. По римскому праву, *actio legis Aquiliae* принадлежала к смешанным искам, т. е. иск имел и штрафную функцию. Штрафной элемент заключался в том, что при оценке стоимости вещи принималась во внимание высшая стоимость, какую она имела в течение последнего года (в случае убиения раба или четвероногих животных), или в течение последних 30 дней (при повреждениях другого рода). Теперь этот штрафной элемент отпал. 3) Что касается в частности, телесных повреждений и лишения жизни лиц свободных, то в этих случаях возникала *actio legis Aquiliae utilis*, ср. 1. 13 pr. D. ad leg. Aquil. 9,2: *liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem*. Иск направлен в чистом римском праве прежде всего на возмещение расходов по лечению, а равно (в случае смерти потерпевшего) на возмещение расходов по погребению; кроме того, может быть потребовано вознаграждение за утраченный заработок, а равно за уплату или понижение работоспособности, ср. 1. 7 D. de his qui effud. 9,3: *cum liberi hominis corpus: laesum fuerit, iudex computat (1) mercedes medicis praestitas (2) ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, (3) praeterea operarum, quibus caruit aut (4) cariturus est ob id, quod inutilis factus est*. - Современная практика признала, сверх того, за потерпевшим еще право на получение известного удовлетворения за перенесенные боли (так назыв. *Schmerzensgeld*). 4) В заключение надо отметить, что в некоторых особых случаях причинения повреждений вместо *actio legis Aquiliae* прибегали к специальным штрафным искам, которые были направлены частью на уплату *duplum*, частью на уплату *quadruplum*, частью на уплату штрафа в размере по усмотрению суда. Сюда относились случаи умышленного причинения повреждений во время большого скопления народа - *damnum in turba datum*, а также во время пожара и других бедствий; сюда же относятся: *actio arborum furtim caesarum* - иск, преследующий тайную порубку деревьев, а *sepulcri violati* - иск, преследующий умышленное повреждение места погребения, а *de servo corrupto* - иск, против того, кто совратил чужого раба, и нек. др. - В современном праве и в этих случаях штрафной элемент, конечно, отпал.

II. Ответственность за повреждения причиненные третьими лицами. Сюда относятся случаи, при которых живущий в помещении, из которого вылило или выброшено что-либо на улицу или на другое место, по которому обыкновенно ходят люди, отвечает за причиненный этим убыток на основании *actio de effusis et dejectis in duplum*. Теперь он просто обязан возместить ущерб. Сверх того, в римском праве существовал еще особый иск - *actio de posito et suspenso*. Этот иск может быть предъявлен всяким гражданином против того, кто выставил или вывесил что-либо в таком месте и таким образом, что этим грозила опасность для проходящих мимо. Иск был направлен на уплату 10 золотых. В современном праве этот иск отпал.

III. Независимо от указанных случаев римское право установило, что властелин отвечает не только за повреждения, но и вообще за деликты, совершенные подвластными ему лицами (рабами и подвластными детьми), в том смысле, что он обязан либо возместить причиненный вред, либо выдать провинившегося потерпевшему, *noxae dedere*, у которого он оставался, пока не отработывал своей долг. Соответствующие иски называются *actiones noxales*. Иск предъявляется против того, кто ко времени предъявления его будет властелином провинившегося лица. В современном праве эти иски больше не встречаются.

IV. Ответственность за повреждения, причиненные животными. По общему правилу, собственник животного отвечает за вред, причиненный его животным третьим лицам, на

основании *actio legis Aquiliae*, т. е. он обязан, на общем основании, возместить соответствующий вред, не пользуясь никакими льготами. Из этого правила допускается, однако, исключение в следующем случае: если животное ранит или убьет человека или нанесет какой-нибудь другой вред в порыве дикости, не свойственной данному роду животных (*contra naturam sui generis*), то потерпевший может требовать от собственника животного посредством *actio de pauperie* только или возмещения убытка, или выдачи животного (*noxae deditio*). Иск предъявляется против того, кто во время предъявления его будет собственником животного. В случае смерти или потери животного, не по вине собственника, прежде предъявления иска, право на иск отпадает.

281. Насилие и угрозы

Насилие порождает различные иски, смотря по особенностям отдельных случаев. Так, напр., насильственное отнятие движимой вещи создает *actio vi bonorum raptorum*, насильственный захват во владение недвижимости - *interdictum unde vi*, и т. д.

Если лицо под влиянием угроз совершило невыгодную для его имущества сделку (или иное действие), то сделка хотя и не считается недействительной, но может быть предъявлен иск - *actio quod metus causa* прежде всего против лица, угрозы которого заставили истца совершить невыгодную сделку или действие. Виновный присуждается к уплате *quadruplum*, если он по предложению судьи не возвращал полученного. В настоящее время иск направлен на расторжение сделки и вознаграждение за причиненный вред. Сверх того, по иску отвечают наследники виновного лица (в римском праве *in quantum locupletiores facti sunt*, теперь *juxta facultates hereditatis*) и, наконец, и третьи лица, поскольку они обогатились на основании такой сделки. Ввиду последнего обстоятельства, иск этот и причисляется к *actiones in rem scriptae*.

282. Обман. *Actio doli*

Кто путем обмана или иным образом умышленно причинил имущественный вред другому лицу, тот отвечает, поскольку неприменим другой иск, посредством *actio doli*. При этом предполагается, что потерпевший сам не находится тоже *in dolo*. Иск направлен - в течение двух лет - на вознаграждение за весь причиненный вред. По истечении двух лет можно только требовать выдачи обогащения.

283. *Injuria*

Injuria в обширном смысле означает вообще всякое умышленное нарушение чужого права, направленное с точки зрения нарушителя преимущественно против личности противника и вытекающее из неуважения к его личности. Самые разнообразные правонарушения с этой точки зрения могут принять характер *injuria* и породить *actio injuriarum ex generali edicto*. Так, напр., лишение детентора экономического владения вещью подводилось под понятие *injuria* в обширном смысле. *Injuria* в тесном смысле есть действие, оскорбительное для чести другого лица; оскорбление может заключаться в словах или действиях, или в знаках. Оскорбление может быть нанесено лицу прямо или косвенно; косвенным оскорблением, по отношению к данному лицу, признается оскорбление близких родственников. Для наличности *injuria* всегда требуется *animus injuriandi*. Обиженный может предъявить *actio injuriarum aestimatoria* (в течение 1 года) и требовать денежного вознаграждения, соответствующего тяжести оскорбления. Истец указывает размер требуемой суммы, судья может понизить его. Иск не переходит к наследникам обиженного лица.

Остальные смешанные случаи обязательственных отношений

Глава I. Иски о возврате неправомерного обогащения (кондикции)*(171)

284. Общие начала

1) Под обогащением одного лица насчет другого мы понимаем всякое получение одним лицом какой-нибудь имущественной выгоды за счет имущества другого лица. Обогащение может состоять: а) в прямом увеличении имущества, выражающемся, напр., в приобретении права собственности, или какого-нибудь *jus in re aliena*, или обязательственного требования, или в сложении долга, уничтожении какого-нибудь права, ограничивающего право собственности, и т. п., и б) в неуменьшении имущества, выражающемся, напр., в сохранении вещи, в непроизводстве известного расхода, и т. п. - 2) Обогащение такого рода может произойти как по правомерному основанию, так и без правомерного (с точки зрения данной правовой системы) основания. В последнем случае со стороны лица, потерпевшего от изменения имущественного *status quo*, возникает право иска против обогатившегося. В римском праве такими исками служили так назыв. кондикции: эти иски возникли первоначально на почве договорных кредитных отношений, но затем были перенесены на случаи неправомерного обогащения. - 3) В каких случаях признается наличие неправомерного основания или отсутствие, или отпадение правомерного основания, - это зависит, конечно, от конкретных указаний данной правовой системы. В частности, римское право выработало ряд специальных исков, предусматривающих отдельные типичные случаи неправомерного обогащения, и общий субсидиарный иск - *condictio sine causa*.

285. *Condictio indebiti* (иск о возврате недолжно уплаченного)

Condictio indebiti может быть предъявлена тем, кто в ошибочном предположении, что он к тому обязан, доставить другому лицу какое-нибудь благо, подлежащее денежной оценке. Цель иска - в одних случаях возврат всего, поступившего к противной стороне, в других - возврат одного только наличного обогащения последнего.

Условия иска: а) Требуется, чтобы в исполнение предполагаемой обязанности (*solvendi causa*) ответчику было доставлено какое-нибудь благо, имеющее денежную ценность, напр., ответчику была передана вещь, или в его пользу было установлено *jus in re aliena*, или цедировано обязательственное требование, или прощен долг и т. п. б) Предполагаемой обязанности по отношению к данному лицу не должно было существовать на самом деле. Иск не имеет места, если существовало хотя бы натуральное обязательство, или даже простое требование приличия. с) Наконец, требуется наличность извинительного заблуждения. Извинительным, по общему правилу, считается только *error facti*, но не *error juris*.

Onus probandi. Истец должен доказать факт уплаты. Если даже последний не подлежит сомнению, то он должен доказать те обстоятельства, которые вызвали в нем ошибочное предположение о существовании долга.

Пределы ответственности ответчика. Если ответчик находился в доброй вере, он обязан вернуть только свое наличное обогащение, т. е. ту имущественную выгоду, которая у него осталась ко времени предъявления иска; напр., если он недолжно получил вещь и продал ее за незначительные деньги, он обязан вернуть только *quod ex pretio habet*, если вещь погибла или он подарил ее третьему лицу, он освобождается от всякой ответственности, так как никакой выгоды у него не осталось, и т. д. (впрочем, по этому вопросу существует спор). Если ответчик находится *in mala fide*, т. е. знал о несуществовании долга, он обязан вернуть все, что ему досталось от истца, независимо от того, продолжает ли оно находиться налично или нет. Иначе, он обязан вернуть вещь со всеми приращениями и плодами или, поскольку это стало невозможным, возместить убыток деньгами (к нему в таком случае предъявляется *condictio furtiva*). *Condictio indebiti*, между прочим, не допускается, если уплата была произведена *ex causa judicati*, т. е. в исполнение судебного решения.

285a. *Condictio causa data causa non secuta* (Обратное требование исполненного в предположении будущего события)

Кто доставил что-либо другому лицу в предположении, что наступит известное событие, тот может, если его предположение не сбудется, требовать от приемателя возврата выданного ему.

Условия иска: а) Требуется, чтобы истец прямо заявил или чтобы явствовало из обстоятельств дела, что данная имущественная выгода доставляется только в известном предположении о *causam futuram non inhonestam*; ожидаемое событие может состоять в известных действиях противной стороны или в чем-либо ином (напр., А передает В сумму денег в том, явно выраженном, предположении, что В на эти деньги эмигрирует). б) Требуется, чтобы предположение не сбылось - *causa non secuta*; при этом, по общему правилу, безразлично, произошло ли это по вине приемателя или вследствие действия случая.

Предмет иска. Приематель обязан выдать всю выгоду, которую он непосредственно или косвенно извлек из доставшегося ему, поскольку он не успел израсходовать все или часть полученного согласно воле истца, или не потерпел от сделки помимо собственной вины какого-нибудь убытка, или поскольку возврат полученного помимо собственной вины стал для него невозможным.

286. Остальные кондикции

Condictio ob turpem causam (обратное требование выданного по безнравственному основанию). Принятое для достижения безнравственной цели выдавший может, если только и выдача не была сама по себе безнравственна, требовать обратно от приемателя или его наследников, независимо от того, будет ли предназначенная цель достигнута или нет. Приематель признается действующим безнравственно, если он что-либо взял с тем, чтобы воздержаться, например, от преступления, или же сделать то, к чему он и так по закону обязан. Ср. 1, l 2. D. de cond. ob turp. c. 12,5. *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. 1.2 pr. eod. utputa dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne hominem occides.*

Condictio ob injustam causam (обратное требование выданного по противозаконному основанию). Тот, из чего имущества другой получит что-либо, вследствие противозаконного своего действия или сделки (напр., на основании незаконного дарения - *ex non concessa donatione 1.6 D. de don. inter virum et uxorem 24,1*), может требовать обратно полученное.

Condictio sine causa в обширном смысле обнимает все вообще случаи неправомерного обогащения. *Condictio sine causa* в тесном смысле обнимает те случаи неправомерного обогащения, которые не подходят под более специальные кондикции. Круг их весьма обширный. В виде примера можно указать на случай так назыв. *causa finita*, когда первоначально существовавшее правомерное основание впоследствии отпало, *res ad non iustam causam rediit*; на этом основании можно, напр., потребовать возврата задатка по окончательном исполнении договора или возврата уплаченного за потерянные по вине данного лица вещи (напр., потеряны отданные в чистку платья), если эти вещи впоследствии будут найдены, ср. 1.2. D. de cond. sine c. 12,7: *etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.*

Глава II. Actio ad exhibendum

287. Понятие этого иска

Кто в видах осуществления какого-нибудь вещного или личного притязания на вещь заинтересован в предъявлении ему вещи, тот может обратиться к лицу, у которого находится эта вещь, с иском *actio ad exhibendum*. 1) Этот иск предполагает существование какого-

нибудь другого притязания, по отношению к которому он имеет подготовительный характер, облегчая осуществление соответствующего главного притязания; напр., лицо требует предъявления вещи, чтобы удостовериться путем осмотра ее в том, что это именно та вещь, по поводу которой оно хочет предъявить виндикацию. Главное притязание может быть вещное или личное (последнее спорно), ср. 1.3 1 D. ad exhib. 10,4: qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi. 2) Со стороны истца требуется, чтобы он имел юридический интерес в предъявлении ему вещи. Этот интерес имеется всюду налицо, где без осмотра вещи встречается затруднение в осуществлении другого притязания. Наличие интереса устанавливается судом в суммарном порядке, ср. 1.3 9. D. ad exhib. 10,4: iudex igitur summam debet cognoscere, an ei us intersit, non an ejus res sit, et sic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest. 3) Ответчиком является как юридический владелец, так и detentor, равно fictus possessor. 4) Иск направлен на предъявление вещи эвентуально (если она соединена с другой вещью), на предварительное отделение ее. В случае отказа в предъявлении вещи со стороны ответчика, допускалась оценка причиняемого этим убытка на основании jus jurandum in litem, так как иск принадлежал к actiones arbitrariae. 5) К числу объектов, предъявления которых можно требовать на основании этого иска, относятся и документы. Впрочем, если речь шла о предъявлении завещательных распоряжений, то предъявлялась не actio ad exhibendum, а особый иск, именно interdictum de tabulis exhibendis, который может быть предъявлен всеми, qui quid in testamento adscriptum habent.

Глава III. Алиментарное обязательство

288. Понятие его

Обязанность одного лица содержать другое называется алиментарным обязательством. Алиментарное обязательство существует в силу закона между близкими родственниками. Соответствующая обязанность лежит прежде всего на отце, затем на матери, наконец, и на восходящих родственниках по прямой линии со стороны отца и матери, по отношению к детям; с другой стороны, и дети несут ту же обязанность по отношению к отцу, матери и восходящим родственникам. Впрочем, такой обязанности не существует по чистому римскому праву между отцом и внебрачными его детьми; судебная практика, под влиянием канонического права, признала, однако, такую обязанность отца по отношению к его внебрачным детям. Для того, чтобы возникло алиментарное обязательство, требуется отсутствие достаточных средств для жизни, с одной стороны, наличие таковых с другой стороны. Размер обязательства определяется судом сообразно с общественным положением и имуществом заинтересованных лиц. Право на получение алиментов утрачивается в случае неблагоприятного поведения заинтересованного лица в смысле нарушения им родственными обязанностями его. Независимо от указанного случая алиментарное обязательство может возникнуть также на основании договорного соглашения, завещательного распоряжения и как последствие правонарушения.

Обеспечение обязательственных требований путем поручительства*(172)

Глава I. Понятие и формы поручительства

289. Понятие и формы поручительства

Сущность поручительства заключается в том, что наряду с главным должником третье лицо принимает на себя ответственность за его долг на случай, если первый не удовлетворит кредитора. Поручительство отличается от подтверждения долга со стороны самого должника тем, что кредитор может обратиться за взысканием сверх должника и на это третье лицо. От корреального обязательства поручительство отличается тем, что

обязательство поручителя есть акцессорное по отношению к обязательству главного должника и предполагает существование последнего.

290. Формы поручительства в чистом римском праве

Поручительство в форме стипуляции. Первоначально поручительство можно было заключать только в форме стипуляции. Различали три формы стипуляционного поручительства: самую древнюю была *sponsio* (*idem dare spondes? spondeo*), доступная только римским гражданам, затем - *fidepromissio* (*idem fide promittis (idem fide promitto)*), доступная и peregrinam, наконец - *fidejussio* (*idem fide tua esse jubes? Fide mea jubeo*). *Sponsio* и *fidepromissio* подчинялись одинаковым нормам и противопоставались позднейшей *fidejussio*. Так, *sponsio* и *fidepromissio* допускались только в обеспечение стипуляционных долгов и не переходили к наследникам поручителя; *sponsor* и *fidepromissor* отвечали перед кредитором только в течение двух лет и т. д. Напротив, *fidejussio* переходила и к наследникам *fidejussoris*, действие ее не было ограничено кратким давностным сроком и т. д. Вследствие этого *fidejussio* представляла гораздо большие гарантии для кредитора, чем две остальные формы стипуляционного поручительства. Поэтому неудивительно, что в юстиниановском праве *sponsio* и *fidepromissio* вышли из употребления и сохранились только *fidejussio*. *Fidejussio* есть наиболее употребительная форма поручительства юстиниановского права. В качестве акцессорного обязательства *fidejussio* предполагает существование главного долга; возможно установление поручительства в счет будущего долга, не требуется также, чтобы главный долг порождал право иска, достаточно, если он существует в качестве *obligatio naturalis*. Но поручительство недействительно, если главный долг недействителен или его не существует вовсе. Ответственность *fidejussoris* не должна быть более тяжелой, чем ответственность главного должника. Иначе - *fidejussio in duriores causam* считается недействительной. Так, *fidejussio* недействительна, если она заключена без всякой оговорки, ради обеспечения условного долга, или если она направлена на нечто большее или иное, чем главный долг, и т. д. Зато допускается *fidejussio in leviores causam* (напр., условное поручительство за безусловный долг). Действительная *fidejussio* порождает *actio ex stipulatu* против поручителя.

Constitutum debiti alieni и *mandatum qualificatum*. В позднейшем праве, наряду с *fidejussio* или стипуляционным поручительством сложились еще две новые формы поручительства.

Constitutum debiti alieni. На основании преторского эдикта в известных случаях неформальное обещание уплатить существующий долг, чужой или собственный, порождало *actio pecuniae constitutae* или *constitutoria*. В юстиниановском праве конститут допускался относительно всякого рода долгов. В частности обещание уплатить чужой долг, *constitutum debiti alieni*, может быть дано для достижения разных целей, так конститuent может пожелать освободить от ответственности главного должника, становясь на его место, так что взыскание должно быть обращено прежде всего на него самого; между прочим, в такой форме можно было принять на себя и поручительство. Отличие поручительства в форме *constitutum debiti alieni* от поручительства в форме *aidejussio* заключается главным образом в том, что конститут совершается неформально и что *constitutum in duriores causam* не считается безусловно недействительным, а только соответственно модифицируется (напр., если конститuent поручился без оговорок за условный долг, то дело рассматривается так, как будто в конститут было включено соответствующее условие).

Mandatum qualificatum. Если одно лицо поручает другому открыть кредит в пользу третьего лица (напр., дать ему деньги взаймы, или разрешить отсрочку по уплате), то лицо, давшее такое поручение, отвечает за уплату долга со стороны третьего лица. Таким образом, поручительство может быть принято и в форме мандата. Иск, возникающий против такого поручителя со стороны кредитора, есть *actio mandati contraria*. Условия и размер ответственности поручителя в данном случае обсуждаются на основании правил, установленных для мандата; он отвечает *ex fide bona* и, при известных условиях, сам может предъявить к кредитору *actio mandati directa*. Со смертью поручителя *mandatum qualificatum*,

как всякий мандат, прекращается, так что, если кредитор до этого времени не исполнил поручения, т. е. не открыл кредита указанному третьему лицу, он не может уже, если впоследствии откроет кредит, сослаться на поручение умершего мандата и привлекать наследников его к ответу в качестве поручителей.

291. В современном римском праве

В современном римском праве формальное различие между *fidejussio* и *constitutum debiti alieni* отпало. Правда, и теперь обещание уплатить чужой долг при одновременном сохранении в силе обязанности главного должника может быть дано не только с целью сделаться поручителем, но и с другой какой-нибудь целью, напр., *donandi animo*. Но это уже *quaestio facti*, какой смысл имело заявление лица уплатить чужой долг. Поскольку суд признал в нем поручительство, оно должно подлежать тем же нормам, как всякое другое поручительство. С другой стороны, и *mandatum qualificatum* в современном праве лишь тем отличается от всякого другого поручительства, что поручение мандата открыть на его страх кредит третьему лицу прекращается со смертью этого манданта. В остальном всякое поручительство имеет одинаковые предположения и влечет за собою одинаковые последствия. Значит ли это, что ко всякому поручительству должны быть применены начала, установленные в римском праве для *fidejussio* как нормальной с римской точки зрения формы поручительства? Конечно, нет; римская *fidejussio* была формальным договором с характером *negotium stricti juris*, между тем теперь для поручительства не требуется особой формы, и оно, за упразднением различия между *negotia stricti juris* и *bonae fidei*, должно быть обсуждаемо *ex fide bona*. Поэтому формальные ограничения римской *fidejussio* теперь отпали.

Глава II. Последствия поручительства

292. Ответственность поручителя вообще

Поручитель отвечает пред кредитором, по общему правилу (т. е. если не было условлено ничего иного), в том же объеме, как и главный должник. Он поэтому отвечает и за приращения, и за изменение содержания долга, явившееся результатом вины или просрочки со стороны главного должника. Он отвечает далее и в том случае, если главный долг существует только в качестве *obligatio naturalis*. Равным образом допускается поручительство в обеспечение будущего долга. Но, конечно, поручительство как акцессорное отношение не может быть установлено в обеспечение недействительного долга. С другой стороны, поручитель отвечает, по общему правилу, только с такими же ограничениями, как и главный должник (напр., если главный долг условный, то и поручитель отвечает только условно и т. д.). Если кто-нибудь поручился за поручителя (*fidejussor fidejussoris* или *fidejussor succedaneus*), то для такого лица обязательство поручителя является главным.

293. Особые льготы поручителей

Поручитель при самом принятии поручительства может заявить, что он желает отвечать только в случае неполучения кредитором полной уплаты от главного должника (так назыв. *fidejussor indemnitatis*). Но и помимо такой оговорки, поручитель пользуется следующими льготами: 1) *beneficium excussionis*, которое было введено Юстинианом и состоит в праве требовать, чтобы кредитор предварительно обратил взыскание на главного должника; впрочем, бывают случаи, когда поручитель не пользуется этой льготой, как-то: а) в случае отсутствия главного должника; б) в случае открытия конкурса над имуществом главного должника; в) если поручитель злостно отрицает существование поручительства; г), если он добровольно отказался от этой льготы; 2) *beneficium divisionis*; оно предполагает наличность

нескольких поручителей (*confidejussores*) и заключается в том, что каждый сопоручитель может требовать, чтобы взыскание *pro rata parte* было обращено на всех остальных сопоручителей, раз только они ко времени предъявления иска не являются неоплатными должниками, - *qui modo solvendo sint litis contestatae tempore*; эта льгота тоже отпадает в случае отречения поручителя от нее; 3) *beneficium cedendarum actionum*, право поручителя требовать, чтобы кредитор цедировал ему свои иски против главного должника и остальных сопоручителей.

294. Регресс поручителя против главного должника

Поручительство само по себе не порождает особого обязательственного отношения между поручителем и главным должником. Вопрос о том, имеет ли поручитель право регресса против главного должника, разрешается различно, смотря по основанию, из-за которого было принято поручительство. Так, напр., поручитель не имеет права регресса, если он принял поручительство на деле только в собственном интересе (*fidejussor in rem suam*), или если он поручился *donandi animo*. Однако это все-таки исключительные случаи. По общему правилу, принятие лицом поручительства совершается или по поручению главного должника, в каковом случае поручитель может предъявить к главному должнику *actio mandati contraria*; или же в этом акте должна быть усмотрена *negotiorum gestio*, и тогда возникает *actio negotiorum gestorum contraria*. В частности, раз признано право регресса, поручитель может требовать возмещения всего того, что ему пришлось уплатить кредитору, поскольку он этим по своей вине не причинил убытка главному должнику.

Глава III. Прекращение поручительства

295. Обзор отдельных случаев

Обязательство поручителя прекращается прежде всего по всем тем основаниям, по которым прекращается вообще всякое обязательство. Сверх того, существуют следующие специальные способы прекращения его: 1) погашение главного долга; 2) *confusio*, т. е. совпадение в одном лице поручителя и главного должника; 3) поручитель освобождается от своего обязательства вследствие небрежных действий кредитора относительно взыскания с должника и допущенной им неизвинительной медленности, раз вследствие этого поручитель в практическом результате лишается возможности воспользоваться *beneficium excussionis* или *cedendarum actionum*.

Глава IV. Ограничения поручительства и *Senatusconsultum Vellejanum*

296. Общий обзор

В римском праве ряд лиц был лишен права выступать поручителями вообще или по известным делам. Наиболее важное ограничение такого рода заключается в том, что женщины на основании *Senatusconsultum Vellejanum* не могли выступать поручительницами. Римские юристы значительно расширили сферу применения этого закона. Согласно их толкованию, получившему обязательную силу, женщинам воспрещается вообще всякого рода *intercessio*, т. е. принятие обязательства за другое лицо, будь это наряду с последним (так назыв. кумулятивная интерцессия) или вместо него (так назыв. привативная интерцессия). Сюда относятся поручительство, представление залога в обеспечение чужого долга, новация чужого долга и т. д. В частности, действуют следующие правила: 1) интерцессия имеется налицо, раз принятие обязательства со стороны женщины совершено *animo intercedendi*, т. е. с намерением доставить этим путем третьему лицу кредит, которым оно иначе не могло бы воспользоваться, каков бы ни был внешний характер

соответствующего обязательства, ср. 1. 1 pr. D. ad S.C. Vellej. 16,1: Vellejano senatus consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent. 2) Не считается интерцессией, если принятие на себя чужих обязательств со стороны женщины совершено ею на самом деле в собственном интересе, если она *suum negotium gessit*, ср. 1. 13 pr. D. h. t. 16,1: aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adjuvatur hoc senatusconsulto; quod tum accidit, cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat, как это имеет место, напр., при вступлении в чужие долговые отношения в связи с покупкой наследства или в связи с приобретением какого-нибудь торгового предприятия, и т. д. 3) Во всяком случае возбраняется только принятие женщиной на себя обязательств, но не возбраняются реальные имущественные жертвы, которые как таковые непосредственно сознаются, в частности, непосредственное производство уплаты по чужому долгу, отказ от привилегированного залогового права и т. д., - hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat, как говорят источники (1. 4 1. D. h. t. 16,1). 4) Если женщина вопреки закону интерцедировала, она могла предъявить *exceptio Senatusconsulti Vellejani*. В случае предъявления этого возражения не сохраняется даже *naturalis obligatio*. Это имеет значение в том смысле, что если, напр., за интерцедентку в свою очередь поручилось какое-нибудь третье лицо, то и оно освобождалось от своего обязательства. 5) В некоторых случаях в интересах оборота и *bona fides* римская юриспруденция в виде исключения не допускала предъявления *exceptio SC. Vellejani* и признавала ответственность женщины-интерцедентки; главные случаи: если женщина умышленно ввела в заблуждение кредитора, или если он находился в извинительном заблуждении относительно характера сделки; если женщина что-либо получила за интерцессию или вообще ничего от этого не потеряла; если, она по истечении 2-х лет подтвердила свою интерцессию. 6) Юстиниан еще усилил изложенные постановления классического права, установив для интерцессионных сделок требование определенных формальностей (совершение их в публичном документе за подписью трех свидетелей), с тем, что в случае несоблюдения их интерцессия признается абсолютно недействительной, так что не требуется предъявления *exceptio SC. Vellej.* Сверх того, он безусловно запретил интерцессию замужних женщин в пользу мужей. 7) Современная практика значительно смягчила все эти строгости и, в частности, ввела несколько новых случаев действительности интерцессий, как-то: в случае клятвенного отказа женщины от привилегий *ex. SC. Vellejano* и по отношению к женщинам, ведущим самостоятельно какое-нибудь ремесленное или торговое дело.

Семейственное право

297. Вступительные замечания

Под общим именем семейственного права обыкновенно понимают брачное право, право отцовской власти и право опеки и попечительства. Указанные правоотношения отличаются двойственным характером, слагаются из двух элементов - строго личного и имущественного. Соответственно с этим можно различать чисто семейственное (или личное семейственное) право и семейно-имущественное право. Мы в дальнейшем будем останавливаться главным образом на семейно-имущественных правоотношениях, которые одни регулируются строго гражданскими нормами, тогда как личное семейное право в весьма значительной степени пропитано элементами публичного права.

Что касается общего хода развития римского семейственного права, то необходимо иметь в виду следующее. Древнеримская семья (*familia*) в тесном смысле была семьей агнатической: она состояла из совокупности лиц, подчиненных общей отцовской власти домовладыки, *paterfamilias*. Эти лица назывались *sui* или *sui heredes*. Итак, основанием семьи служила не кровная связь, а общность отцовской власти, *patria potestas*. По объему своему власть отца над детьми (*patria potestas*) и корреспондирующая ей власть мужа над женой (*manus*) была настолько всеобъемлюща, что ее можно поставить в параллель с правом собственности. Отец и муж был самодержавным господином своих детей и своей

жены, вся организация древнейшей семьи, по меткому выражению Дернбурга, была патриархально-автократическая.

С течением времени безграничная почти власть *patris familias* подверглась ряду серьезных ограничений. Прежде всего вышел из употребления строгий брак *cum manu*. В юстиниановском праве эта форма брака, при которой жена подпадала под власть мужа и считалась *filiae loco*, совсем уже не встречается. Напротив, тут действует как раз обратный принцип: муж и жена, по общему правилу, вполне равноправны. Власть отца над детьми удержалась в принципе и в юстиниановском праве. Но и она значительно была смягчена и, в частности, за подвластными детьми была признана активная имущественная правоспособность, каковая первоначально совершенно отсутствовала. Позднейшая средневековая практика пошла еще значительно дальше по пути смягчения отцовской власти.

Агнатическое начало определяло не только характер древней семьи в тесном смысле, но и весь круг родственных отношений. Другими словами, юридическое значение имело первоначально только (или почти только) одно агнатическое родство. В частности, различали *sui*, *agnati* и *gentiles*. *Sui* суть лица, непосредственно состоящие под отцовской властью данного *paterfamilias*. К ним причислялись: 1) *uxor in manu mariti* в древнем праве; 2) собственные законные и узаконенные дети и (по общему правилу) чужие усыновленные дети (кроме тех из них, которые вследствие эманципации и т. п. были из-под отцовской власти), и 3) дальнейшие нисходящие по мужскому колену, т. е. дети, внуки и т. д. подвластных сыновей на тех же основаниях (но не дети, внуки и т. д. дочерей). Агнатами в тесном смысле назывались лица, которые состояли бы под общей отцовской властью, если бы их *paterfamilias* продолжал находиться налицо. В частности, к составу агнатов причислялись: а) с одной стороны - бывшие *sui*, т. е. лица, которые до смерти или *capitis deminutio* их *paterfamilias* состояли под его властью; б) с другой стороны, - потомство этих лиц по мужскому колену, т. е. дети сыновей, внуков от сыновей и т. д. первого *paterfamilias*, родившиеся после отпадения последнего; потомство же по женскому колену, т. е. дети, внуки и т. д. дочерей первого *paterfamilias*, не состояли в агнатическом родстве между собою и с *paterfamilias* своей родоначальницы ни при жизни этого *paterfamilias*, ни после смерти или *capitis deminutio* его. Наконец, - гентилами называются лица, родственная связь которых выражается в том, что они носят общее родовое имя *nomen gentilicium*.

С течением времени, однако, юридическое значение агнатического родства стало подвергаться умалению, и вместе с тем все более стало выдвигаться когнатическое родство, т. е. родство кровное, основанное на общности происхождения от одного родоначальника. В юстиниановском праве когнатическое начало окончательно взяло верх над агнатическим. В частности, это отразилось на праве опеки и на праве наследования по закону. Первоначально опекунами и наследниками по закону были агнаты (и гентилы), в юстиниановском же праве те и другие выходят из среды когнатов.

Брачное право

Глава I. Понятие брака, порядок заключения и прекращения его и личные отношения между супругами*(173)

298. Понятие брака и порядок заключения и прекращения его

Римский юрист Модестин так определяет брак: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (1. 1 D. de rit. Nupt. 23,2). Римский брак, за исключением древнего брака *per confarreationem*, был институтом светского права. В древнем праве, как известно, различался брак *cum manu*, при котором жена переходила под власть мужа, и брак *sine manu*, при котором она не меняла своего юридического положения, существовавшего до брака. В позднейшем праве брак *cum manu* вышел из употребления.

I. Условия вступления в брак. Для вступления в брак требовались: 1) согласие

брачующихся. 2) Сверх того - для подвластных детей - согласие властелина (*consensus parentis*); несовершеннолетние дочери нуждаются в согласии отца даже в том случае, если они не состоят под его властью. В случае смерти отца право давать согласие переходит к опекуну, матери и ближайшим родственникам. Однако при отсутствии достаточных оснований к отказу в согласии со стороны отца он мог быть принужден магистратом дать свое согласие (*cojuntur in matrimonium collocare et dotare*, 1. 19 D. de rit. nupt. 23,2). 3) Способность брачующихся ко взаимному вступлению в брак. С этой точки зрения главными препятствиями для вступления в брак являлись: а) недостижение 14 лет для мужчины и 12 лет для женщины; б) известные степени родства и свойства; в) состояние в браке, так как римский брак был моногамический. Кроме того, существовал ряд других препятствий, ср. Baron, Institutionen. 28.

II. Обручение, *sponsalia*. Вступлению в брак обыкновенно предшествует обручение, т. е. обещание вступления в брак в будущем, ср. 1. 1. D. de spons 23,1: *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. - Обручение в классическом праве совершалось неформально и не давало права иска, напротив, каждая сторона могла свободно расторгнуть обручение. Даже обещание неустойки на случай отказа от обручения считается недействительным. Однако допускалось подтверждение договора об обручении в форме задатка: в случае последующего отказа давший задаток терял его, принявший должен был вернуть его в двойном размере.

III. Форма заключения брака. Брак *cum manu* заключался *per confarreationem* (в присутствии свидетелей и жрецов), *per coemptionem* (фиктивная самопродажа жены в присутствии 5 свидетелей и *libripens*), наконец, *per usum* (т. е. если брак был заключен неформально и жена в течение года безвыездно жила в доме мужа, то она *veluti annua possessione usucariebatur*; если она желала избежать этого, она должна была проводить ежегодно 3 ночи вне дома мужа, так назыв. *usurpatio trinoctio*). Брак *sine manu* заключался неформально.

IV. Основания прекращения брака. Основаниями прекращения брака служили: 1) смерть или *capitis deminutio maxima* одного из супругов; 2) развод. При браке *cum manu* развод требовал соблюдения известных формальностей: если брак был заключен *per confarreationem*, то требовалось *diffarreatio*; если же он был заключен *per coemptionem* или *usum*, то требовалась *remancipatio* и *manumissio*, т. е. жена манципировалась третьему лицу, которое манумиттировало ее. При браке *sine manu* считался достаточным неформальный развод, который мог иметь место как по взаимному соглашению (*divortium*), так и в силу одностороннего заявления одного из супругов (*repudium*). В императорском периоде требовалось, однако, чтобы развод был совершен в присутствии семи свидетелей. Итак, при браке *sine manu* в принципе существовала полная свобода развода. Она сохранилась и в императорском праве, однако развод для виновного супруга стал влечь за собою известные имущественные невыгоды.

Из изложенного явствует, что римский брак на практике был крайне неустойчивым учреждением. Этим он сильно отличается от современного брака.

299. Личные отношения между супругами

При браке *cum manu* жена состояла под властью мужа - *manus* - и считалась *filiae loco*. В позднейшем праве супруги в принципе равноправны. Однако муж играет все-таки руководящую роль. Жена принимает имя мужа, разделяет его положение и имеет одно с ним местожительство. Она должна следовать за ним; поэтому муж против всякого, кто удерживает ее от этого, может предъявить *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda*. Муж обязан содержать ее. Он считается защитником жены и поэтому может выступать в процессах в качестве презумптивного ее представителя.

Глава II. Имущественные отношения между супругами

300. Общие положения

При браке *cum manu* жена была лишена активной имущественной правоспособности: все, что она приобретала, переходило к мужу. В позднейшем праве восторжествовал принцип имущественной равноправности супругов, выражающийся в раздельности их имуществ. Каждый из супругов самостоятельно распоряжается своим имуществом, они на общем основании могут вступать в сделки между собою. При этом, однако, наблюдаются три особенности: 1) дарения между супругами недействительны; 2) супруги не могут предъявлять друг против друга инфамирующие иски; поэтому если один из них присвоил себе незаконно вещь другого (украл ее, растратил деньги супруга и т. п.), то потерпевший не может предъявить к виновному *actio furti*; взамен этого ему дается особый иск, направленный на возврат присвоенного, и вознаграждение за убыток, так назыв. *actio rerum amotarum*, который не влек за собою *infamia*; но и этот иск мог быть предъявлен к виновному или наследникам его только после прекращения брака; 3) в случае спора все объекты, находящиеся в руках того или другого из супругов, считаются собственностью мужа, поскольку жена не может доказать противного (так назыв. *praesumptio Muciana*).

Строгая раздельность имущества могла быть смягчена тем, что муж получал со стороны жены приданое (*dos*), предназначенное *ad opera matrimonii sublevanda*. В таком случае делалось различие между приданным и собственным имуществом жены; последнее носило название *parapherna* или *bona paraphernalia*. Относительно таких *bona paraphernalia* следует заметить, что жена, конечно, могла предоставить управление ими мужу; в таком случае муж считался ее мандатарием; в отличие от обыкновенного мандатария он отвечал, однако, перед нею не за *omnis culpa*, а только за *culpa in concreto*, т. е. от него требовалось только *diligentia, quam suis rebus adhibere solet*.

301. Учение о приданом*(174). Понятие и история

Приданым - *dos* - называется имущество, которое доставляется мужу самою женой или третьим лицом за нее с тем, чтобы служить для покрытия части расходов по ведению общего хозяйства (*ad opera matrimonii sublevanda*). Первоначально приданое поступало в бесповоротную собственность мужа, который нисколько не был стеснен в распоряжении дotalьными объектами. Если приданое, тем не менее, и тогда отличалось от обыкновенного дарения, то это объясняется тем, что обыкновенно муж, умирая, в завещании отказывал жене приданое или какой-нибудь равноценный эквивалент. С течением времени права мужа на приданое подверглись значительному ограничению. С одной стороны, жены при вступлении в брак нередко стали заключать особые стипуляции с мужем, так назыв., *cautiones rei uxoriae*, на основании которых мужа обязывались к возврату приданого на случай прекращения брака разводом. С другой стороны, претор ввел особый иск, так назыв. *actio rei uxoriae*, при помощи которого жена даже в том случае, когда не была заключена особая *cautio rei uxoriae*, могла требовать возврата приданого, если брак прекращался разводом или смертью мужа. Иск этот был строго личным, т. е. он мог быть предъявлен только самой женой, но не ее наследниками. Поэтому он не имел места, если брак прекращался за смертью жены, или если жена после развода или смерти мужа сама не пожелала предъявить этот иск. Введение *actionis rei uxoriae* значительно улучшило положение жены. Однако, пока муж имел право бесконтрольного распоряжения над дotalьными объектами, интересы жены не были в достаточной степени обеспечены; он мог, напр., распродать отдельные объекты, входящие в состав *dos*, и затем развестись с женой или умереть; тогда она оставалась ни с чем, по крайней мере, если муж не имел собственного имущества, которое и могло бы служить для покрытия убытков. Ввиду этого император Август запретил мужу отчуждать *fundi dotalis italici*. Отчуждение их, совершенное вопреки законному запрещению, было объявлено недействительным, так что жена могла предъявить к третьим лицам, которые приобрели дotalьные участки, виндикацию. Позднее такой же запрет был наложен и на провинциальные участки, входящие в состав приданого.

Развитие это было завершено Юстинианом. Он признал, что приданое всегда подлежит возврату, если только брак не был прекращен разводом по вине жены. Вместе с тем он признал, что право требовать возврата приданого после прекращения брака имеет не только сама жена, но и ее наследники. С этой целью он заменил прежнюю строго личную *actio rei uxoriae* другим иском, так назыв. *actio tacita ex stipulatu* или *actio de dote*. Итак, в юстиниановском праве приданое представляет собою имущество: 1) доставленное мужу женой или третьим лицом за нее, *ad opera matrimonii subvenda*, и 2) подлежащее, по общему правилу, возврату жене или ее наследникам по прекращении брака, если только не состоялся развод по вине жены.

302. Установление приданого

I. Кто обязан доставить приданое. Муж не имел по закону права требовать от жены приданого; однако, вообще, считалось неприличным, если жена, имея средства, не принесла приданого. В этом смысле можно сказать, что на зажиточной жене лежало натуральное обязательство и доставление мужу приданого. С другой стороны, в императорском праве жена, не имеющая собственных средств, прямо могла требовать назначения приданого от отца или деда со стороны отца, а в известных случаях и от матери. Кроме того, приданое могло быть выдано, конечно, и другими лицами, напр., братом, сестрой и т. д., но только это зависело уже от их доброй воли, принудить их жена не могла.

II. Порядок установления приданого. Приданое выдается мужу. Назначить приданое может всякий, пользующийся надлежащей право- и дееспособностью. При этом делалось такое различие: а) приданое, выданное отцом жены или дедом со стороны отца, называлось *dos profecticia*; б) приданое, установленное другими лицами, называлось *dos adventicia*; при этом установитель мог выговорить, чтобы по прекращении брака приданое было возвращено не жене, а ему самому, - тогда приданое называлось *dos recespticia*. Объектом приданого могло служить всякое ценное благо. Так, напр., установитель может перенести право собственности или те или иные ограниченные вещные права на данные объекты, он может *dotis causa* цедировать обязательственное требование или простить долг и т. д. - Способ установления приданого мог быть двоякий: а) *dotis datio* - непосредственная передача известных объектов; б) обещание дать в будущем такие-то объекты в приданое; первоначально такое обещание должно было быть облечено в форму стипуляции, - так назыв. *dotis promissio*: лишь в виде исключения допускалось неформальное обещание - так назыв. *dotis dictio*. В позднейшем праве было признано достаточным неформальное обещание - *pollicitatio rerum dotalium*: оно не есть односторонний акт, а предполагает взаимное соглашение; приданое считается окончательно установленным с момента обещания, самое доставление обещанного рассматривается уже как исполнение принятого установителем на себя обязательства.

III. Время установления приданого. Приданое фактически может быть установлено не только при самом вступлении в брак или во время существования брака, но и до вступления в брак, однако в последнем случае, пока нет еще брака, нельзя говорить о приданом в техническом смысле, - *neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*. - Когда установление приданого предшествует заключению брака, то возможны две комбинации: 1) установитель сразу доставляет известную имущественную выгоду будущему мужу; в таком случае, если брак впоследствии не будет заключен, к получателю предъявляется *condictio causa data causa non secuta*; или 2) при установлении приданого имелось в виду, что соответствующее увеличение имущества получателя молчаливо должно считаться обусловленным последующим вступлением в брак. Первое *in dubio* предполагается при *dotis datio*, поскольку переданы без особых оговорок телесные объекты, второе - при *dotis pollicitatio*, ср. 1. 7 3. 1. 21 D. de iure dot. 23, 3.

IV. Дополнительные детальные соглашения. В связи с установлением приданого заинтересованные лица могли вступать в дополнительные соглашения, регулирующие порядок пользования дотальными объектами, определяющие условия возврата приданого, и

т. д. При этом, однако, требовалось в интересах мужа, чтобы дополнительные соглашения не шли вразрез с основными началами дotalного права; с этой точки зрения объявлялись недействительными соглашения, в силу которых муж обязывался к возврату не только субстанции приданого, но и плодов, извлеченных за время существования брака, ибо при таких условиях приданое носило, очевидно, чисто фиктивный характер. В интересах же жены было установлено, чтобы дополнительные соглашения не ухудшали чрезмерно положения ее. Так были объявлены недействительными соглашения, в силу которых она безусловно отказывалась от своего права обратного требования приданого.

303. Дotalные отношения во время брака

1. Права мужа. Пока продолжается брак, муж формально считается собственником телесных вещей, входящих в состав приданого. Он поэтому приобретает плоды и приращения этих вещей в собственность и может предъявлять все иски, присвоенные собственнику, как-то: *rei vindicatio*, *actio negotiorum* и т. д. На деле, однако, его право собственности до нельзя стеснено. Еще Август объявил недействительными отчуждение и залог *fundi dotalis Italici*; позднее это запрещение было распространено на все вообще недвижимости, и под него стали подводить установление всяких вообще ограничивающих право собственности, *jura in re aliena*. Наконец, было признано, что и движимые вещи (за исключением вещей заменимых и подверженных быстрой порче) муж не должен отчуждать без согласия жены; в противном случае жена после прекращения брака при помощи *rei vindicatio utilis* может требовать возврата их не только от мужа, но и от третьих лиц, которым они дошли (спорно). Далее, муж по прекращении брака окончательно удерживает за собою только извлеченные из дotalных вещей - плоды, самые же вещи с приращениями обязан вернуть. Ввиду изложенного нельзя не признать, что фактически муж занимает не положение собственника, а, скорее, узупруктуария. Тем не менее он формально считается собственником дotalных объектов. Правда, некоторые ученые отрицают даже формальное право собственности мужа и квалифицируют его отношение к дotalным вещам как *ususfructus maritalis*. Но это неправильно; в источниках прямо выражено, что за все время брака мужу принадлежит право собственности на эти вещи, ср. в особенности *pr. J. quib. alien. 2,8: accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit, et contra qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotalis praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit dotis causa ei datum; 1.7 3 D. de I. D. 23,2: si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri*. Такая точка зрения вполне объясняется историческим ходом развития института: сначала муж был полный собственник приданого, затем сочли нужным все больше и больше ограничить его право собственности, но лишить его формально этого права не решился даже Юстиниан. Столь же неосновательно утверждение некоторых других ученых, будто право собственности на *dos* разделено между мужем и женой, будто мужу принадлежит только так назыв. прокураторное право собственности, тогда как *ex jure naturali* собственницей считается жена. Поводом к построению этой и аналогичных теорий послужило главным образом неосторожное выражение Юстиниана, который в 1. 30 *Cod. De I. D. 5,12* говорит: *eadem res (sc. res dotalis) et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est: ведь и здесь муж (legum subtilitate) признается формально собственником дotalных вещей и лишь оттеняется, что эта форма не соответствует реальному содержанию его прав на приданое. Ср. Дербург, *Pandekten*, т. III, 18, 19.*

II. Права жены. Пока продолжается брак, жена может только требовать, чтобы муж содержал ее на счет приданого. Возврата приданого до прекращения брака она, по общему правилу, может требовать только в том случае, если муж становится несостоятельным должником или расточает приданое.

304. Судьба *dos* после прекращения брака

1. Кто может требовать возврата приданого. По общему правилу, приданое после прекращения брака подлежит возврату. Право требовать возврата *dotis* имеет: 1) по общему правилу - жена и ее наследники. 2) Исключения установлены: а) в отношении *dos recepticia*, которая, разумеется, возвращается установителю; б) в отношении как *dos adventicia*, так и *dos profecticia*, если жена была *filia familias*, тогда при жизни ее право обратного требования приданого принадлежит ее *paterfamilias* совместно с ней, *dos fit communis patri et filiae*; в) специально в отношении *dos profecticia*, если брак прекратился вследствие смерти жены, тогда право обратного требования приданого принадлежит отцу-установителю (а не наследникам жены), если только жена при установлении приданого была под его властью. Современная практика в последнем случае отдает, однако, предпочтение наследникам жены перед отцом ее, если наследниками ее являются ее нисходящие.

II. Дотальные иски. Надо различать два иска: 1) Личный дотальный иск - *actio de dote*, заменивший старую *actio rei uxoriae*. На основании этого иска можно требовать отчетности и возврата всего дотального имущества. В связи с ним Юстиниан установил привилегированную законную ипотеку жены на все имущество мужа; другими словами, жена по дотальному иску пользовалась по закону предпочтительным правом на удовлетворение пред остальными кредиторами мужа, правом, обеспеченным залогом имущества его. 2) Кроме того, Юстиниан ввел особый вещный иск, - *rei vindicatio utilis*, - при помощи которого жена могла требовать возврата дотальных движимостей, отчужденных мужем без ее согласия, как от него, так и от третьих приобретателей (спорно). Что касается отчужденных мужем недвижимостей, то таковые и до Юстиниана могли быть виндицированы женой на общем основании, т. е. при помощи обыкновенной *rei vindicatio*, так как такое отчуждение прямо было объявлено недействительным.

III. Объект личного дотального иска (*actio de dote*). 1) Объектом личного дотального иска служит все дотальное имущество в том виде, в каком оно представляется в данное время. Недвижимости подлежат возврату тотчас же, движимые вещи - по истечении года. Муж отвечает не за *omnis culpa*, а за *culpa in concreto*, т. е. за отсутствие осмотрительности, которую он привык выказывать в собственных делах. 2) Что касается влияния расходов, произведенных мужем по поводу приданого, то *impensae necessariae*, необходимые расходы, *ipso iure* уменьшают размер приданого, и муж во всяком случае может требовать возмещения их до возврата приданого. Что касается *impensae utiles*, полезных расходов, то муж по поводу их не имел ретенционного права против дотального иска, но мог впоследствии требовать возмещения их при помощи *actio mandati* или *negotiorum gestorum contraria*. *Impensae voluptuariae*, ненужные расходы, дают ему только *jus tollendi*. 3) Иногда при установлении приданого заключается такое условие, что муж обязан вернуть не отдельные дотальные объекты, а стоимость их, заранее определенная путем особой оценки. Такое приданое называлось *dos venditionis causa aestimata*. В таком случае муж, конечно, только и может быть присужден к уплате соответствующей суммы денег; но зато он несет и *periculum*, т. е. даже случайная пропажа дотальных объектов не уменьшает его денежной ответственности пред женой и ее наследниками. С другой стороны, муж в таких случаях сохраняет право отчуждения переданных ему *dotis causa* вещей, так как возврату подлежат не они, а условленная сумма денег.

IV. *Onus probandi*. Тот, кто предъявляет дотальный иск, должен доказать: 1) что была установлена *dos* и 2) что наступил момент обратного требования ее. При этом Юстиниан постановил, что письменное удостоверение мужа о получении приданого в течение определенного срока времени (не свыше 10 лет после заключения брака, если брак продолжался дольше) не имеет доказательного значения и может быть оспорено мужем путем *exceptio* или *querela non numeratae dotis*; в таком случае факт выдачи приданого должен быть подтвержден еще другими доказательствами.

305. Учение о *donatio propter nuptias*

Donatio propter nuptias есть встречная dos. Этот институт окончательно сложился лишь в позднейшем, по-Константиновском праве. Исходной точкой развития послужил обычай жениха одаривать свою невесту. Такое дарение называлось donatio ante nuptias, и для действительности его требовалось, чтобы оно было совершено до вступления в брак, так как дарения между супругами считались недействительными. С течением времени, однако, укрепилось сознание, что donatio ante nuptias преследует совершенно специальные цели, отдаляющие его от обыкновенного дарения. Именно такая donatio должна была служить обеспечением жены на случай прекращения брака разводом по вине мужа. Ввиду этого в позднейшем праве стали допускать установление таких donationes ante nuptias не только до брака, но и во время его. Окончательную отделку этот институт получил при Юстиниане, который, между прочим, переименовал и самое название его. Вместо donatio ante nuptias его стали называть donatio propter nuptias.

Юридический характер donatio propter nuptias в юстиниановском праве. Donatio propter nuptias доставляется со стороны мужа, подобно dos служит для покрытия расходов по ведению общего хозяйства, но после прекращения брака подлежит выдаче жене в том только случае, если состоялся развод по вине мужа. В частности: 1) donatio по размеру своему должна соответствовать dos; 2) отец мужа обязан дать donatio propter nuptias, подобно тому, как отец жены обязан дать ей приданое; недвижимости, входящие в состав donatio, подобно дотальным недвижимостям, неотчуждаемы; 3) во время брака жена, по общему правилу, не может требовать выдачи donatio; исключение, как при dos, допускалось в случае несостоятельности мужа; 4) по прекращении брака жена, по общему правилу, могла требовать выдачи donatio только в том случае, когда брак прекращался разводом по вине мужа.

306. Дарения между супругами

Дарения между супругами считались недействительными. Но для этого, конечно, требовалось, чтобы данные лица состояли в законном браке между собою. Запрещение касается только дарений в тесном смысле (ср. 62) и не распространяется на общепринятые мелкие дарения ко дню рождения и т. п.; равным образом допускаются дарения mortis causa, так как они всегда могут быть взяты назад дарителем. - Сверх того, на основании постановления Севера и Каракаллы было признано, что такое недействительное дарение вступает в полную силу (конвалесцирует), если супруг- даритель умрет в браке, не взяв назад своего дарственного распоряжения.

307. Штрафы за развод и вступление в повторительный брак

I. Штрафы за развод. Если развод состоялся по вине одного из супругов, то виновный теряет: если это жена - право требовать возврата приданого; если это муж - право на удержание donatio propter nuptias. Если не были установлены dos или donatio, то виновный присуждался к уплате известного денежного штрафа. Кроме того, развод влек за собою еще и некоторые другие имущественные невыгоды. Ср. Dernburg. Pandekten. Т. III. 26.

II. Последствия вступления в повторительный брак. При христианских императорах сложилось убеждение в нежелательности вступления во второй брак, если остались дети от первого брака. Именно в таком случае paterfamilias - родитель или родительница, вступившие во второй брак, теряли право собственности на так назыв. ius nuptialia, т. е. все выгоды, доставшиеся от первого супруга (напр., приданое, дарения и т. д.) в пользу детей от первого брака, сохраняя только узурфрукт относительно этих ius. Сверх того, paterfamilias не мог оставить новому супругу mortis causa больше того, что им было оставлено тому из детей от первого брака, кто получил меньше всего (cui minor pars ultima voluntate derelicta vel data fuerit vel donata). Кроме того, существовали и некоторые другие невыгоды, ср. Dernburg. Указ. соч. III. 27.

Отношения между родителями и детьми*(175)

Глава I. Установление и прекращение отцовской власти и личные отношения между родителями и детьми

308. Установление отцовской власти

Надо различать три способа установления отцовской власти: законнорожденность, узаконение и усыновление.

1. Законнорожденность. Вопрос о законности рождения всегда обращал на себя особое внимание законодателя. Тут сталкиваются самые разнообразные интересы. Общая формула, конечно, никогда не возбуждала сомнений: законнорожденными признаются *in dubio* все дети, родившиеся во время существования законного брака между их матерью и мужем ее. *Pater est is, quem nuptiae demonstrant*. Но муж не всегда склонен признать родившихся во время брака детей своими. То же следует сказать о лицах, являющихся претендентами на могущее остаться после него наследство. Спрашивается, кто может возбудить спор о законности рождения, на кого ложится *onus probandi* и т. п.

При разрешении этой проблемы закон устанавливает, с одной стороны, известные презумпции законности рождения, с другой стороны, по возможности суживает круг лиц, могущих возбудить спор о законности рождения.

В частности, законнорожденными считаются все дети, родившиеся по истечении 181 дня после заключения брака. Чтобы опровергнуть эту презумпцию, необходимо обратиться с надлежащими доказательствами в суд, который в таком случае постановляет окончательное решение по вопросу; простое же непризнание ребенка со стороны презумптивного отца само по себе не имеет никакого значения. Важнейшими доказательствами незаконнорожденности служат, с одной стороны, продолжительное отсутствие мужа; с другой - неспособность его к брачному сожителству. Сверх того, законнорожденными считаются также дети, родившиеся не позже 300 дней после прекращения брака. И тут допускается судебное опровержение этой презумпции. Что касается детей, родившихся в браке раньше истечения 181 дня, то они считаются законными, если будут признаны мужем их матери за собственных детей.

Что касается, наконец, вопроса о том, кто может оспорить законность рождения ребенка, то при жизни мужа это право принадлежит только ему. После его смерти спор может быть возбужден и третьими заинтересованными лицами, но только в том случае, когда муж не признал законности рождения.

II. Узаконение. Внебрачные дети могут приобрести права законных путем узаконения - *legitimatio*. Классическое римское право не знало этого института. Он составляет продукт позднейшего императорского права. Узаконение допускалось в двух главных формах: а) *legitimatio per subsequens matrimonium* через последующее вступление родителей в брак, встречается со времен Константина Великого; однако таким путем могли быть узаконяемы не все внебрачные дети, а только те, которые происходили от конкубината; каноническое право и позднейшая практика распространили это правило на всех внебрачных детей; б) *legitimatio per rescriptum principis*, узаконение на основании особой грамоты императора, по ходатайству отца ребенка, введено Юстинианом; такое узаконение допускалось только, если женитьба представлялась невозможной или неуместной; притом требовалось, чтобы отец не имел законных детей. Результатом узаконения является приобретение узаконенным всех прав законнорожденного. Однако *patria potestas* устанавливается только с согласия самого узаконяемого.

III. Усыновление. Римское право различает две формы усыновления: *argrogatio*, или усыновление *personae sui juris* и *adoptio*, или усыновление подвластных детей. 1) *Argrogatio* в древнем праве происходило в народном собрании, в позднейшем праве *per rescriptum principis*; рескрипт издавался по ходатайству усыновителя и с согласия усыновляемого. В древнем праве не допускалось *argrogatio* малолетних и женщин. В императорском праве она возможна. При этом было установлено, что для усыновления малолетнего требуется

предварительная *causae cognitio*, в частности, справки относительно личности и образа жизни *pater arrogator (cujus vitae sit)*; *arrogator* должен предъявить особое обеспечение (*satisfactio*), и наконец, за *impubes arrogatus* при известных условиях признается право на получение четвертой части имущества *pater arrogator* (так назыв. *quarta Divi Pii*). - 2) Для *adoptio* в древнем праве существовала очень сложная и искусственная форма: относительно подвластных сыновей требовалась сначала тоекратная манципация (приводящая к прекращению существующей отцовской власти), а затем реманципация отцу и, наконец, *in jure cessio* (отец и усыновитель являлись к претору и тут усыновитель утверждал, что усыновляемый - его сын, отец не возражал и претор аддицировал усыновляемого усыновителю); по отношению к подвластным дочерям и внукам довольствовались одной манципацией, за которой следовала реманципация и *in jure cessio*. В юстиниановском праве вместо этих сложных формальностей, требовалось только соответствующее личное заявление родного отца и усыновителя пред судом в присутствии усыновляемого, который не должен возражать против усыновления.

Условия усыновления. По общему правилу, усыновлять могли только мужчины, а женщины только *ad solatium liberorum amissorum*. Усыновитель должен быть 18 годами старше усыновляемого, а если усыновляется самостоятельный человек, то усыновитель должен иметь по крайней мере 60 лет от роду. Не допускалось включение условий и сроков.

Последствия усыновления. В древнем праве всякое усыновление влекло за собою переход усыновляемого под отцовскую власть усыновителя и, вместе с тем, между ними устанавливалось агнатическое родство. В юстиниановском праве это правило сохраняется относительно *arrogatio*; что же касается *adoptio*, то только усыновление данного лица родным асцендентом (напр., дедом, прадедом) влекло за собою эти последствия, так назыв. *adoptio plena*. Во всех остальных случаях усыновляемый становился только законным наследником усыновителя, так назыв. *adoptio minus plena*.

309. Прекращение отцовской власти

В чистом римском праве нормальной формой прекращения отцовской власти считалась смерть отца. Эманципация же допускалась только по воле и с согласия отца. Первоначально она была обставлена весьма сложными формальностями: для сыновей требовалась тоекратная манципация сына, затем реманципация его отцу и *manumissio* со стороны последнего; для дочерей и внуков - одна манципация, затем реманципация и *манумиссия*. В императорском праве выработались две упрощенные формы: *emancipatio Anastasiana* или *per rescriptum principis* по ходатайству отца, и *emancipatio Justiniana* - путем заявления отца пред судом в присутствии ребенка. При этом отец в качестве эквивалента за отказ от отцовской власти (так назыв. *praemium emancipationis*) сохраняет относительно *bona adventicia* бывшего подвластного ребенка право usufructa в половинном размере. В позднейшей германской практике эманципация была допущена и помимо воли отца: а) для сыновей, раз они заводят собственное хозяйство (*separata oeconomia*); б) для дочерей, если они выходят замуж.

310. Личные отношения между родителями и детьми

В древнем праве отец имел *jus vitae ac necis* по отношению к своим подвластным детям. В позднейшем праве сохранилось только право подвергать детей мелким наказаниям; сверх того, за родителями было признано право продажи в рабство новорожденных, но только в случаях крайней нужды. Отец имел особый *interdictum de liberis exhibendis et ducendis*, который мог быть предъявлен против всякого, кто удерживает ребенка против воли отца.

Глава II. Имущественные отношения между родителями и детьми

311. Исторический обзор

В древнем праве подвластные дети не могли иметь собственного имущества. Все, что они приобретали, поступало к отцу. Позднее установился обычай наделять детей, подобно рабам, пекулием. *Reculium* юридически принадлежало отцу, фактически же им распоряжались и пользовались дети - обладатели пекулия. В связи с этим было признано, что отец отвечает за договорные долги подвластного в пределах предоставленного ему пекулия. С этой целью была введена *actio de reculio*.

В императорском периоде имущественное положение подвластных детей значительно улучшилось. Рядом постановлений было признано, что все, что приобретает подвластный сын на военной службе, переходит в его полную собственность. Это так назыв. *reculium castrense*. Позднее, начиная с Константина Великого, то же самое постепенно было признано относительно того, что подвластный сын приобрел на гражданской службе в качестве духовного лица и адвоката так назыв. *reculium quasi castrense*. Наконец, сложилось правило, что все имущество, приобретенное подвластным сыном или дочерью не со стороны отца, а со стороны матери или со стороны третьих лиц, становится собственностью не отца, а подвластного сына или дочери, причем, однако, отец сохраняет право *узуфрукта* на такое имущество. Это так назыв. *bona adventicia*.

Таким образом, в Юстиниановском праве только объекты, доставшиеся подвластным детям непосредственно от отца, так назыв., *reculium profecticium* по-прежнему остаются юридически собственностью отца и только фактически переходят в распоряжение подвластных детей. Все остальные приобретения переходят в собственность детей. При этом, однако, надо различать: а) свободное имущество детей - это *reculium castrense* и *quasi castrense*, а также так назыв. *bona adventicia irregularia* (ср. 312): на это имущество отец не имеет никаких прав; б) несвободное имущество подвластных детей - это *bona adventicia (regularia)*; по отношению к ним отец сохраняет право *узуфрукта*, так что, пока длится его отцовская власть, дети не могут пользоваться доходами от этого имущества.

312. Юридическое положение свободного и несвободного имущества подвластных детей в Юстиниановом праве

Свободное имущество детей. Свободным имуществом подвластных детей называется то имущество их, относительно которого отец не имеет права *узуфрукта* и управления. К составу свободного имущества причисляется в юстиниановском праве: а) *reculium castrense* и *quasi castrense* - все, что приобретено на военной, гражданской и духовной службе и в качестве адвоката, и сверх того, что подарено императором или императрицей; б) так назыв. *bona adventicia irregularia* - то, что приобретено на безвозмездном основании от третьих лиц, если при этом прямо оговорено, что отцу не предоставляется право *узуфрукта* и управления, или если отец отказался от своего права *узуфрукта* и управления. Ср. Nov. 117. Cap. 1, 1. *Sancimus igitur, ut matri aviaeque reliquisque parentibus filio vel filiae vel nepoti, vel nepti, vel deinceps descendentibus donare vel etiam ultima voluntate relinquere liceat, hac lege et conditione, utsi velint, pater vel quicumque eos in potestate habet, in his rebus neque usumfructum, nec ullam omnino partem habeat. Jubemus autem, ut hoc non solum parentibus, sed omni personae liceat.* При этом, однако, сохранилось такое различие: а) по отношению к *reculium castrense* и *quasi castrense*, подвластные дети пользуются не только свободой распоряжения *inter vivos*, но и *mortis causa*, т. е. они могут не только при жизни отчуждать отдельные составные части этого имущества на каком угодно основании, но могут также оставить это имущество по завещанию, кому пожелают; б) по отношению же к *bona adventicia irregularia* подвластные дети не пользовались правом оставлять завещание.

Несвободное имущество подвластных детей. Несвободным имуществом подвластных детей называлось то имущество их, относительно которого отец сохранял право *узуфрукта* и управления. Сюда относятся так назыв. *bona adventicia regularia*, т. е. приобретения, поступившие к подвластному сыну или дочери со стороны матери или третьих лиц, поскольку не было оговорено, что отцу не предоставляется право *узуфрукта* и управления,

или поскольку отец не отказался от этого права. В частности, право usufructa отца шире обыкновенного права usufructa, и отец не обязан представить *cautio usufructuaria*. Что касается права управления отца, то он в этом отношении действует более свободно, чем обыкновенный *procurator*. Так, он не обязан представлять отчеты по управлению, хотя и отвечает за доказанную вину. Отчуждение отдельных вещей допускается, однако, только с согласия подвластного.

В заключение надо сказать два слова о так назыв. *resulium profecticium*. Так называлось то имущество, которое доставалось подвластным детям непосредственно от отца. Это имущество и в юстиниановском праве юридически принадлежит отцу, подвластные дети лишь фактически пользуются и распоряжаются им.

Право опеки и попечительства*(176)

Глава I. Понятие, история и современная организация института

313. Понятие и история опеки и попечительства

Опека, *tutela*. Опека есть суррогат недостающей отцовской власти. В древнем праве различали два вида опеки: *tutela impuberum* - опека над малолетними, и *tutela mulierum* - опека над женщинами, не состоящими под властью отца или мужа. Последняя в императорском периоде вышла из употребления.

Первоначально опека рассматривалась как дело семейное. Опекунами первоначально были ближайшие агнатические родственники, так назыв. *tutores legitimi*. Позднее отец в завещании мог назначить опекуна, *tutor testamentarius*. Государственная власть не вмешивалась в этот вопрос. В связи с этим существовал взгляд на опеку как на право, а не как на обязанность опекуна. Опекун в собственном интересе как родич опекаемого заботился о сохранности имущества последнего, управлял этим имуществом по свободному усмотрению, не подвергаясь никаким ограничительным постановлениям. Наконец, не существовало никакого контроля над действиями опекуна, государственная власть относилась совершенно безучастно к тому, как ведет опекун дела подопечного, предоставляя лишь последнему, по прекращении опеки, требовать отчетности и возмещения убытка от опекуна.

С течением времени все это изменилось. Наряду с законными опекунами и опекунами по завещанию появляется третий вид опекунов - по назначению от претора или провинциального наместника, так назыв. *tutores dativi*. Опека перестает быть правом опекуна, а напротив, на него возлагаются весьма тяжелые обязанности. Так как вследствие этого часто стали уклоняться от принятия опеки, то сложилось правило, что отказ от опеки допускается только по особо уважительным причинам. Наконец, опекуны были подчинены бдительному контролю государственной власти. Так, более важные акты по управлению стали нуждаться в предварительном согласии претора.

Попечительство - *cura*. С течением времени наряду с опекой сложился новый институт, преследующий сходные цели - попечительство или *cura*. Древнейшие виды попечительства: *cura furiosi* - над умалишенными и *cura prodigi* - над объявленными расточителями. Затем последовательно появляются: *cura minorum* - над несовершеннолетними; *cura debilitum personarum* - над лицами, страдающими такими пороками, которые делают для них желательным иметь заступника (немые, глухие, глухонемые, слепые и т. п.); наконец, так назыв. *cura bonorum* - над имуществом, лишенным в данное время своего хозяина (напр. *bonorum absentis*, *cura hereditatis jacentis*). Впрочем, два последних вида попечительства имеют лишь весьма ограниченное значение. Что касается юридического положения попечителя, *curator*, то он никогда не пользовался столь широкими полномочиями, коими располагал опекун. *Cura* не породила никаких особых прав, а с самого начала возлагала на *curator*'а только одни более или менее сложные обязанности. С этим вполне гармонирует и то, что *curator*, по общему правилу, назначался претором.

С течением времени первоначальное резкое различие между опекой и попечительством в значительной степени сгладилось, так как и опека утратила характер чисто семейного института. В позднейшем праве между опекой, с одной стороны, и главным видом попечительства (*cura minorum*), с другой, сохранилось в сущности только формальное различие. Именно, *tutor* имел право *auctoritatis interpositio*, т. е. право формального участия и торжественного утверждения сделок, совершаемых подопечным. *Curator* не имел этого права. Но и он должен был давать свой *consensus*, свое согласие для того, чтобы сделка, заключенная его клиентом, получила полную силу. Это согласие могло быть дано неформально, до или после заключения сделки. Таким образом, это различие не имело реального значения. Позднейшая практика стремилась окончательно объединить *tutela impuberum* и *cura minorum* и усилить момент государственного вмешательства. В Германии это было достигнуто Имперским Полицейским Уставом 1548 года (*Reichspolizeiordnung*).

314. Общая организация опекунской части в современном римском праве

I. Главные основания учреждения опеки и попечительства: 1) несовершеннолетие, т. е. недостижение 25-летнего возраста (*tutela impuberum* и *cura minorum*); 2) душевная болезнь (*cura furiosi*); 3) признание лица расточителем (*cura prodigi*); 4) наличие телесных недостатков, затрудняющих собственное заведывание имуществом, как-то: глухота, немота, слепота, и т. п. (*cura debilium personarum*); 5) временное отсутствие хозяина данного имущества (*cura bonorum absentis*, *cura hereditatis jacentis*).

II. Личность опекуна. Не всякий способен быть опекуном. Различают абсолютную и относительную неспособность. Абсолютно неспособными признаются: а) женщины, кроме родной матери и бабушки; б) несовершеннолетние, в) духовные лица и лица, состоящие на действительной военной службе. Всякий акт, совершенный таким лицом, хотя бы оно было формально назначено опекуном, считается недействительным. - К перечисленным категориям лиц близко примыкают в практическом результате умалишенные, объявленные расточители и лица, страдающие такими телесными недостатками, которые фактически лишают их возможности исполнять опекунские обязанности, хотя эти лица и занимают, благодаря влиянию исторических причин, несколько особое положение. Эти лица не только в до-юстиниановском праве (когда к ним причислялись и несовершеннолетние), но и в Юстиниановском праве сами по себе не считались абсолютно неспособными, но они вместе с тем не должны были допускаться к исполнению каких бы то ни было опекунских обязанностей, а будучи они приступили к ним, они должны были быть устранены от них органами опекунского надзора с заменой их другими лицами.

Относительно неспособными признаются лица, которые (не будучи устранены вообще от исполнения опекунских обязанностей) не должны быть допущены к исполнению этих обязанностей в известных, особо квалифицированных случаях. Сюда относятся, между прочим, кредиторы и должники опекаемого, далее лица, устраненные от опеки в силу запрещения родителей опекаемого, наконец, муж по отношению к жене. Акты, совершенные такими лицами в бытность их опекунами, остаются в силе, но органы опекунского надзора, узнав о назначении такого лица, должны устранить его от опекунства.

Обыкновенно назначается один опекун. Но иногда бывает их несколько. Тогда возможны разные комбинации. Одному из соопекунов поручается действительное ведение дел подопечного, а остальные являются почетными опекунами, *tutores honorarii*, которые только наблюдают за своим товарищем. Или же заведывание делами подопечного распределяется между соопекунами по-районно или по другим признакам (напр., один заведует заводами, другой имениями, третий - торговыми оборотами и т. д.). Если подобного распределения ролей не произошло, то все соопекуны имеют одинаковое право на управление имущественной массой. При этом каждый из них является полным представителем подопечного, не нуждаясь в согласии других, с тем, однако, что остальные имеют право приостанавливать его действия (*ius intercessionis*).

III. Высший опекунский надзор. Высший опекунский надзор за назначением и

деятельностью опекунов в современном Римском праве сосредоточивается в суде первой инстанции по местожительству подопечного. Важнейшие функции этого органа суть: 1) назначение, увольнение и устранение опекуна; 2) разрешение отчуждений; 3) проверка отчетов.

315. Способы установления опеки и попечительства

В римском праве существовали три способа установления опеки: 1) завещание - *tutor testamentarius*; если завещание было составлено отцом, то не требовалось утверждение претора, в остальных случаях назначенный по завещанию опекун должен быть утвержден претором - *tutor confirmatus*; 2) закон - *tutor legitimus*; если не был назначен опекун по завещанию, то опекунами являются в древнем праве ближайшие агнаты, в юстиниановском праве - ближайшие законные наследники по Новелле 118; 3) назначение со стороны начальства - *tutor dativus*. Что касается кураторов, то они обыкновенно назначались начальством, причем, однако, по возможности старались сообразоваться с желаниями родителей. В современном праве всякий опекун и попечитель нуждается в утверждении со стороны начальства. От него отбирается присяга и ему выдается письменное удостоверение. Отказ от принятия опекунства допускается только по особо уважительным причинам, напр., по бедности, болезни, неграмотности, занятии государственной должности и т. п.

316. Способы прекращения опеки и попечительства

Надо различать прекращение самой опеки и выбытие данного опекуна с заменой его новым. Опека и попечительство прекращаются вполне, когда отпадает основание, по которому они были учреждены. В частности, опека над малолетними и попечительство над несовершеннолетними прекращается в случае смерти подопечного или достижения им совершеннолетия. Выбытие опекуна с заменой его новым имеет место: 1) в случае смерти его или когда он становится абсолютно неспособным; 2) в случае отказа его, который допускается, однако, только по особо уважительным причинам; 3) вследствие низложения его со стороны начальства. В Риме всякий, кто интересовался подопечными, мог возбудить вопрос об устранении негодного опекуна путем предъявления *accusatio suspecti tutoris*. В настоящее время этот вопрос возбуждается опекунским учреждением *ex officio*.

Глава II. Юридические последствия учреждения опеки и попечительства

317. Забота о личности подопечного

Опекун обязан заботиться о личности опекаемого, поскольку последний нуждается в этом. Что касается, в частности, воспитания малолетних, то ближайшие заботы об этом возлагаются на мать, но и опекун со своей стороны во всяком случае обязан заботиться о воспитании, отпускать средства на это из имущества подопечного, и т. д. Аналогичные заботы в отношении надзора, лечения и т. д. возлагаются на попечителя над умалишенным.

317а. Управление имуществом подопечного

Опекун должен заботиться о сохранности и возможности увеличения имущества подопечного, не вдаваясь при этом в спекуляции. Первоначально он пользовался при этом полной свободой и мог отчуждать отдельные объекты по своему усмотрению. Император Север запретил отчуждение сельских недвижимостей подопечного, за исключением тех случаев, когда это разрешено наследодателем или когда это необходимо для покрытия долгов, по предварительном испрошении на сие декрета претора. Позднее этот запрет был

распространен на все вообще недвижимости, а засим и на ценные движимости; равным образом опекунам было запрещено и взыскание по долговым требованиям опекаемых *sine interpositione decreti*. Опекун отвечает за отсутствие *diligentia, quam suis rebus adhibere solet*. В интересах возможно полного обеспечения подопечного от опекуна требуются при вступлении в должность присяга и представление денежного или иного обеспечения; он обязан доставить опись имущества и представлять периодические отчеты высшему опекунскому учреждению.

318. Иски, возникающие из опекунских отношений

В чистом римском праве возникали два иска из опеки: 1) *actio de rationibus distrahendis*, это был деликтный иск, который предъявлялся против опекуна, расхитившего вверенное ему имущество; иск был направлен на уплату *duplum*; 2) *actio tutelae directa* и *contraria*. В современном праве сохранился только последний иск: *actio tutelae directa* есть иск подопечного против опекуна; он возникает, по общему правилу, после прекращения опеки; на основании его можно требовать представления отчета, возврата имущества и возмещения за причиненный убыток. *Actio tutelae contraria* есть иск опекуна против опекаемого, при помощи его можно требовать возврата издержек и уплаты гонорара.

Что касается попечительства, то для него не был выработан специальный иск. Вместо этого прибегали к *actio negotiorum gestorum directa* (со стороны куранда) и *actio negotiorum contraria* (со стороны куратора).

Наследственное право

Общие положения*(177)

Глава I. Понятие и главные моменты в истории римского наследственного права

319. Понятие наследственного права

Наследственное право обнимает совокупность норм, регулирующих судьбу имущества лиц умерших. Задача законодателя в данной области очень сложна и трудна, так как ему приходится считаться с весьма серьезными и нередко диаметрально противоположными общими интересами оборота, с одной стороны, личными интересами и стремлениями наследодателя и лиц, связанных с ним узами родства, с другой стороны. Интересы оборота и, в частности, кредиторов покойного наследодателя настоятельно требуют, чтобы и после смерти его сохранилась полная возможность получить удовлетворение по долгам наследодателя. Это требование привело к знаменитой формуле Юлиана: *hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctushabuerit* (1.62 D. reg. jur. 50,17). Другими словами, наследник становится универсальным преемником наследодателя, он как бы воплощает в себе имущественную личность последнего. К наследнику, с одной стороны, переходит весь имущественный актив наследодателя, состоящий из отдельных реальных объектов и обязательственных требований; притом этот переход совершается в силу самого акта приобретения наследства, не требуется специального приобретения отдельных объектов, какое необходимо *inter vivos*. С другой стороны, к наследнику переходит и весь имущественный пассив, он становится должником кредиторов своего наследодателя. Притом он, по общему правилу, отвечает за долги наследодателя не только в пределах дошедшего к нему имущественного актива, но *in solidum*, т. е. и собственным имуществом.

Наряду со стремлением обеспечить интересы оборота и параллельно с ним идет стремление примирить интересы наследодателя с интересами его родственников. Оно привело к выработке следующих начал. Наследодатель в принципе пользуется свободой завещать свое имущество, кому пожелает. Он может назначить и несколько наследников по завещанию, в таком случае имущество делится между ними в такой пропорции, какую укажет

наследодатель; *in dubio* каждый получает по равной части. Если по тем или другим причинам не будет назначен наследник по завещанию, то имущество поступает к наследникам по закону. Таковыми признаются лица, связанные с наследодателем узами родства или брака. Эти лица призываются в известном, раз навсегда установленном порядке (сначала те, которых закон считает ближайшими родственниками; если таковых не окажется или они не пожелают приобрести наследство, дальнейшие). Сверх того, сама свобода завещаний ограничивается в пользу определенного круга ближайших родственников. Так, напр., если у завещателя имеются дети, он обязан выделить в их пользу известную часть своего имущества в качестве так назыв. обязательной доли, в противном случае дети могут оспорить силу завещания. Такие лица называются необходимыми наследниками, а их право на определенную часть наследственной массы - правом необходимого наследования.

Наследодатель, наряду с назначением наследника или помимо такового, может пожелать доставить определенным третьим лицам известные выгоды, не обременяя их ответственностью за долги наследственной массы. И это для него возможно. Чаще всего доставление известных выгод третьим лицам в ущерб наследнику совершается в форме отказов. При этом, однако, в интересах кредиторов, с одной стороны, и наследников, с другой, действуют следующие два правила: а) отказы имеют силу лишь постольку, поскольку актив наследства превышает его пассив; б) наследник, сверх того, по *lex Falcidia* имеет право требовать, чтобы одна четвертая часть наследственной массы (за вычетом, конечно, долгов) осталась ему свободной от отказов. Поскольку отказы превышают эту норму, они считаются недействительными.

320. Различие между *hereditas* и *bonorum possessio*

Римское право в последовательном ходе своего развития выработало две системы наследственного права: наследование по цивильному праву, или *hereditas* в тесном смысле, и наследование по преторскому эдикту, или *bonorum possessio*. В основании обеих систем лежат одни и те же основные начала: как цивильный наследник (*heres*), так и преторский (*bonorum possessor*) есть универсальный преемник наследодателя; тут и там наследование по закону играет вторую роль и т. д. Вместе с тем, однако, обе системы в целом ряде пунктов коренным образом расходятся между собою. Так, цивильное наследование по закону было построено всецело на начале агнатического родства. Напротив, преторский эдикт стал призывать наряду с агнатическими родственниками, а отчасти и предпочтительно перед ними, когнатических родственников. В связи с этим находится другое различие. Цивильное право законного наследования покоилось на принципе: *in legitimis hereditatibus successio non est*, т. е. если ближайший агнатический родственник отказывался от приобретения наследства, то уже не призывались дальнейшие, а наследство становилось выморочным. Претор, напротив, ввел *sucessorium edictum*, так что если ближайшие законные наследники отказывались от наследства, то призывались дальнейшие. Что касается наследования по завещанию, то цивильное завещание требовало соблюдения гораздо больших формальностей, чем преторское. Далее, существовало весьма важное различие в способе приобретения наследства по цивильному и преторскому праву. *Hereditas*, по общему правилу, приобреталась на основании частного волеизъявления, а *bonorum possessio* - на основании судебного акта. Вместе с тем для приобретения наследства по цивильному праву не были установлены законные сроки, для приобретения наследства по преторскому праву были установлены таковые. Наконец, *bonorum possessor* сверх исков, к которым мог прибегнуть *heres*, имел в своем распоряжении еще один дополнительный иск, *interdictum quorum bonorum*. При помощи этого интердикта он мог требовать выдачи телесных объектов, входящих в состав наследственной массы, будучи обязан доказать только то, что он *prima facie* является наследником. Вследствие этого даже для лиц, призываемых по цивильному праву, было важно испросить у претора *bonorum possessio*, так как тогда они приобретали право на предъявление упомянутого интердикта.

Указав главные пункты различия между цивильным и преторским правом наследования,

мы должны вкратце отметить соотношение между обеими системами на практике. Оно может быть сформулировано следующим образом: преторская система отчасти являлась *iuris civilis adiuvandi gratia*, отчасти *iuris civilis supplendi gratia*, отчасти *iuris civilis corrigendi gratia*. На первых порах претор, вероятно, просто желал облегчить положение гражданского наследника; в этих видах он объявил, что если гражданский наследник по завещанию или по закону испросит у него ввод во владение, он уважит такое ходатайство и предоставит в его распоряжение *interdictum quorum bonorum*. Другими словами, первоначальная *bonorum possessio* была *bonorum possessio iuris civilis adjuvandi gratia*. Вскоре, однако, сложилась и новая функция *bonorum possessio*. Именно претор выработал особые правила на тот случай, если не оказывалось гражданского наследника или он отказывался от приобретения наследства: тогда претор призывал к наследству других лиц, не имеющих права на него *ex iure civili*; сюда относятся когнаты и переживающий супруг. Таким путем явилась *bonorum possessio iuris civilis supplendi gratia*. Наконец, *bonorum possessio* приобрела и корректорную функцию, т. е. претор в известных случаях стал предпочитать гражданским наследникам таких лиц, которые *ex iure civili* не имели права на наследство. Так, напр., он стал призывать в качестве законных наследников наряду с подвластными детьми и эмансипированных детей, оказывая им предпочтение не только пред всеми остальными когнатами, призываемыми в классе *unde cognati*, но и пред остальными агнатами, призываемыми в классе *unde legitimi*.

В позднейшем императорском праве резкое противоположение между гражданской и преторской системой наследования постепенно стало сглаживаться; при Юстиниане было достигнуто почти полное слияние обеих систем, так что *bonorum possessio* утратила почти всякое самостоятельное значение.

Глава II. Общие условия права наследования

321. Смерть лица, пользующегося имущественной правоспособностью

Оставить наследство или, иначе говоря, иметь наследников может всякое лицо, обладающее имущественною правоспособностью. Таковую по римскому праву не пользовались: 1) рабы; 2) в древности также подвластные дети; в юстиниановском праве они, по общему правилу, могут иметь наследников и лишь ограничены в отношении *testamenti factio activa* (ср. 328); 3) что касается peregrinorum, то их способность оставлять наследства определялась по законам их родины (*secundum leges civitatis suae*), а не по началам римского права; с распространением права римского гражданства на всех свободных жителей империи соответствующие правила в принципе утратили свою силу; 4) наконец, не могли иметь наследников лица, лишённые права римского гражданства в виде наказания; имущество таких лиц поступало в пользу фиска. - В современном праве ее лишены (на основании канонических постановлений) лица монашествующие. За этим единственным исключением, всякий человек теперь может оставить наследство.

Пока данный индивид в живых, не может быть речи о праве наследования в его имуществе: *hereditas viventis non datur*. Только после смерти лица может возникнуть вопрос о том, к кому должно перейти его имущество. Что касается юридических лиц, то они не могут оставлять наследников. В случае прекращения юридического лица имущество его, если не существует на этот счет особых законных или статутных постановлений, переходит в качестве выморочного имущества к фиску.

322. Основания права наследования

Римское право признавало только два основания права наследования: завещание и закон.

Конкуренция между ними, по общему правилу, не допускалась: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Отсюда вытекало такие положения: а) хотя бы наследникам по завещанию была оставлена только часть имущества, они все-таки

приобретают все, а наследники по закону совсем отстраняются от наследства; b) если назначены несколько наследников по завещанию и тот или другой из них отказывается от принятия своей части или, вообще, выбывает из числа других, то части остальных в соответствующей мере увеличиваются (*jus accrescendi*). При этом, конечно, предполагается, что завещание вполне действительно и, в частности, что необходимые наследники получили полное удовлетворение. Впрочем, принцип *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* не применялся к солдатским завещаниям; поэтому, если, напр., солдат назначил себе наследника по завещанию в половинной части имущества, то оставшая половина отходила к его законным наследникам.

Современное римское право выработало еще третье основание права наследования, наследственный договор (*Erbvertrag*). Основное отличие наследственного договора от завещания заключается в том, что первый - сделка двусторонняя, не подлежащая уничтожению по одностороннему желанию наследодателя, а завещание - сделка односторонняя, которая при жизни завещателя всегда может быть уничтожена им.

323. Приобретение наследства

Надо различать открытие и приобретение наследства. Под открытием наследства или призывом к наследству, *delatio hereditatis*, мы понимаем совокупность тех объективных моментов, которые дают данному лицу возможность сделаться наследником. Сюда относится, прежде всего, смерть наследодателя. Далее - наличие завещания, или связь между наследником и данным лицом, в силу которой это лицо является ближайшим законным наследником умершего. Иногда привходят еще другие факты. Так, напр., данное лицо может быть назначено наследником по завещанию не безусловно, а под известным условием (напр., я назначаю своим наследником лицо А, если он уплатит известную сумму денег лицу В). Тогда наследство открывается только в случае и после наступления условия.

Окончательное приобретение наследства, *acquisitio hereditatis*, совершается, по общему правилу, на основании особого волеизъявления. Исключение было установлено для подвластных детей (а также для рабов наследодателя, назначенных наследниками с отпущением на волю), которые приобретали гражданское наследство *ipso jure*, помимо особого волеизъявления с их стороны. Другими словами, для этих двух категорий лиц момент открытия и приобретения наследства совпадают. Впрочем, претор признал за подвластными детьми право воздержаться от эффективного вступления в права наследства - *beneficium abstinendi*, так что, в конце концов, и тут все сводилось к волевому акту (ср. 356).

324. Наследственная правоспособность

В чистом римском праве не всякое лицо обладало способностью быть наследником. Ею пользовались, по общему правилу, только римские граждане. В частности, были лишены этой способности: 1) перегрины и рабы; последние могли приобретать наследства только в пользу своих господ; 2) известная категория преступников (*rei capitalis damnati*); 3) вероотступники и еретики; 4) сыновья государственных изменников (по *lex Quisquis* - 1. 5 *Cod. ad leg. Jul. 9, 8*). - Из юридических лиц наследственную правоспособность имели фиск, общины, церковь, благотворительные учреждения; остальные юридические лица приобретали ее только в виде привилегии, на основании особого акта пожалования.

В современном римском праве право быть наследником признается за всяким физическим и юридическим лицом. Требуется только, чтобы лицо в момент смерти наследодателя существовало, по крайней мере, в качестве эмбриона.

325. *Incapacitas* и *indignitas*

Incapacitas. Наряду с общей наследственной правоспособностью существует еще специальная, так назыв. *capacitas*. Можно вообще пользоваться наследственной

правоспособностью и все-таки не иметь права приобрести что-либо из данного наследства. Так, напр., в до-юстиниановском праве *caelibes*, холостые, не могли ничего приобретать по завещанию, хотя они могли быть законными наследниками; *orbis*, бездетные, могли приобретать *ex testamento* не больше половины того, что им было предназначено завещателем. Некоторые случаи ограниченной *capacitas* встречаются и в современном праве (ср. Windscheid. Lehrbuch. Т. III. 550).

Indignitas. В римском праве в целом ряде случаев наследник, или легатарий, лишался наследства или отказа как *indignus*, недостойный. Так, напр., считались недостойными лица, которые проявили особое недоброжелательство к наследодателю или памяти его, напр., умышленно содействовали его смерти, или бросили умалишенного наследодателя на произвол судьбы и т. д.; лица, неосновательно оспорившие завещание как подложное и т. д. Все, что отнималось от таких лиц, называлось *ereptorium* или *erepticum* и обыкновенно поступало в фиск. В современном праве место фиска занимает тот, кто бы был призван, если бы недостойного не существовало.

326. *Hereditas jacens*

С момента открытия до приобретения наследства может пройти довольно много времени (напр., презумптивный наследник находится в отсутствии или колеблется, принять ли ему наследство или нет). Такое временно бесхозяйственное наследство называется *hereditas jacens*. В древнем праве *hereditas jacens* рассматривалась как *res nullius*. Захват отдельных наследственных вещей не составлял *furtum* и оставался безнаказанным. При этом, конечно, предполагалось, что захват состоялся до приобретения наследства наследником. По истечении года завладевший чужими наследственными вещами сам становился наследником. Этот своеобразный институт назывался *usucapio pro herede*. Позднее было признано, что захвативший наследственные объекты по истечении года приобретает их в полную собственность, но уже не становится наследником.

В начале императорского периода *usucapio pro herede* подверглась значительным изменениям. Гадриан объявил *usucapio pro herede* недействительной по отношению к наследнику. Вскоре после этого разграбление наследственной массы было признано уголовным преступлением, *crimen exipilatae hereditatis*. В юстиниановском праве *usucapio pro herede*, конечно, уже не встречается.

Юридическая конструкция понятия *hereditatis jacentis* составляет предмет оживленного спора. Но так как об этом приходилось уже говорить в общей части, в учении о юридических лицах, то мы здесь не будем останавливаться на этом вопросе (ср. 19).

Наследование по завещанию

Глава I. Понятие, условия и формы завещаний*(178)

327. Понятие завещания

Завещание есть одностороннее распоряжение на случай смерти, в котором назначается наследник. Назначение наследника составляет *essentiale*, существенную часть завещания. Кроме того, оно может заключать и другие предписания, напр., назначение отказов, назначение опекунов, манумиссии; но все это может и отсутствовать. Зато, раз не назначен наследник, то нет и завещания. Этим завещание отличается от другого вида распоряжений *mortis causa*, так назыв. кодицилла.

Кодицилл тоже есть одностороннее распоряжение *mortis causa*, не содержащее, однако, назначения наследника, а только отказы и т. п. Кодицилл может либо служить дополнением завещания - *codicilli testamentarii*, либо быть обращен к наследникам по закону - *codicilli ab intestato*.

Завещание есть односторонняя сделка, выражающая волю завещателя. Этим оно

отличается от наследственного договора, который представляет продукт соглашения между завещателем и наследником. Впрочем, как уже было замечено выше, наследственные договоры в чистом римском праве не допускались.

328. Завещательная правоспособность и дееспособность

1) Завещательную правоспособность - *testamenti factio activa*, т. е. право оставить завещание, имели только *cives Romani sui juris*. Ее были совершенно лишены рабы и известные категории преступников. Что касается peregrinorum, то завещательная правоспособность их, так же, как и способность их вообще иметь наследников, определялась по законам их *civitates*. Что касается, наконец, подвластных детей, то они в позднейшем праве пользуются *testamenti factio activa* относительно *peculium castrense* и *quasi castrense*, но лишены ее относительно *bona adventicia*. Последнее ограничение сохранилось и в современном римском праве. 2) Что касается завещательной дееспособности, то она отсутствует: а) у *impuberes*, т. е. у детей моложе 14 (для девочек 12 лет); б) у умалишенных (за исключением *dilucida intervalla*); в) у объявленных расточителей; г) у лиц, которые по болезни или по каким-нибудь постоянным недугам (глухонемота) не могут изложить своей воли ни устно, ни письменно.

329. Формы завещаний. История

Древнейшие формы завещаний были *testamentum in comitiis calatis* - составление завещания пред народным собранием (2 раза в году), и *testamentum in procinctu* - завещание пред фронтом армии. Обе эти формы завещания - публичные. Позднее сложилась новая частная форма завещания - *testamentum per aes et libram*. Оно совершалось в присутствии 5 свидетелей и *libripens* и имело характер фиктивной продажи имущества. Именно имущество манципировалось так называемому *familiae emptor*, который считался *heredis loco*; с манципацией была связана *nuncupatio*, т. е. особое дополнительное заявление завещателя, в котором он подробно излагал свою последнюю волю, указывал, как распределить свое имущество, и т. п. С течением времени манципационное завещание подверглось двум весьма существенным изменениям. Во-первых, - *familiae emptor* перестал считаться *heredis loco*, вместо этого назначались наследниками другие лица; вследствие этого роль *familiae emptor* стала чисто формальной, он фактически был низведен до положения простого свидетеля. Во-вторых - вошло в обычай составлять письменное завещание, которое подписывалось 5 свидетелями, весовщиком и *familiae emptor*, всего 7 лицами; вместе с тем прежняя подробная *nuncupatio* - перечисление отдельных распоряжений завещателя - была заменена общей формулой: завещатель после манципации брал в руки письменное завещание и, показывая его присутствующим, говорил: *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote*. Вследствие этого центр тяжести, конечно, был перенесен на письменное завещание, снабженное подписями указанных выше 7 лиц; все остальное стало пустой формальностью. Этим воспользовался претор. Он объявил, что даст *bonorum possessio* всякому, кто представит ему *tabulae testamenti septem signis testium obsignatae*, не требуя доказательства того, что были соблюдены остальные формальности (*mancipatio* и *nuncupatio*). Однако первоначально все-таки предполагалось, что эти формальности были соблюдены, и если это не имело места, то цивильный наследник по завещанию мог оспорить силу завещания. Лишь при Антонине Пии было признано, что несоблюдение этих формальностей не подрывает силы завещания. Поэтому только с этих пор окончательно сложилось особое преторское завещание. Феодосий II окончательно слил преторское и цивильное завещание. Вместе с тем появились и новые формы публичного завещания.

330. Формы завещаний в юстиниановском праве

I. Нормальное частное завещание. Оно совершается в присутствии 7 свидетелей, устно (*testamentum nuncupativum*) или письменно. Свидетелями могут быть только лица мужского пола, достигшие *pubertas*; они должны быть особо приглашены присутствовать в качестве свидетелей; наконец, требуется *unitas actus*, т. е. единство акта по месту и времени. Письменное завещание должно быть подписано не только свидетелями, но и самим завещателем; впрочем, подпись последнего не требуется, если завещание собственноручно написано им (*testamentum holographum*); если он неграмотный, то за него расписывается особое лицо, так назыв. *octavus subscriptor*.

II. Публичные формы завещаний: 1) *testamentum principi oblatum* - завещание, переданное на хранение правителю страны; 2) *testamentum apud acta conditum* - завещание, совершаемое пред судом.

III. Особые виды завещаний: 1) завещание слепого; при нем требуется участие 8 свидетелей; 2) завещание, составленное во время эпидемии - *testamentum pestis tempore conditum*; при нем допускается послабление в том смысле, что свидетели могут не находиться в одной комнате с завещателем; 3) завещание, составленное в отдалении от города - *testamentum ruri conditum*; оно действительно при наличности всего 5 свидетелей; 4) Особыми льготами пользовалось далее солдатское завещание (*testamentum militare*); для него не было предписано никакой обязательной формы и, вместе с тем, оно было свободно от всяких ограничений по содержанию; так к нему не применялось ни правило *peto pro parte testatus*, ни запрещение назначения наследника на срок и т. д., словом, солдаты могли *testati, quomodo velint, quomodo possint* (l. 44 D. de test. Mil. 29,1). - Солдатское завещание теряет силу с момента ухода с военной службы, а в случае почетной отставки - по истечении одного года. Юстиниан к этому прибавил, что составление таких упрощенных завещаний допускается только во время похода (*cum in expeditionibus occupati sunt*, pr. J. de milit. test. 2,11). 5) Особые правила установлены также для так назыв. *testamentum parentum inter liberos*, т. е. для завещаний восходящих в пользу нисходящих: здесь считается достаточным собственноручно написанный перечень имен детей, назначенных наследниками, указание их наследственных долей и дата; ни подписи завещателя, ни участия свидетелей не требуется. Если такое завещание составляется устно, то достаточно участие двух свидетелей.

Глава II. Содержание завещаний*(179)

331. Общие положения

Завещание должно быть актом собственной воли завещателя. Поэтому нельзя предоставить целиком назначение наследника третьему лицу: *Illam institutio "quos Titius voluerit" ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est*. Другой вопрос, может ли назначение наследника быть поставленным в зависимость от согласия третьего лица (напр., "я назначаю наследником А, если В согласен с этим"). Вопрос этот вызвал сначала колебания среди римских юристов (ср. l. 69 D. de her. inst. 28, 5), но засим был разрешен ими в утвердительном смысле (ср. l. 1 pr. D. de leg. II (30), Дернбург, Pandecten, т. III, 76).

Первоначально требовалось соблюдение особой формы при назначении наследника: *heres esto, heredem esse jubeo*. Константин II отменил это требование, признав достаточным неформальные обороты, раз только из них явствует, что данное лицо именно должно быть назначено наследником.

Это послабление было подготовлено сложившейся еще в классическом праве практикой, установившей следующие правила: 1) можно было указать наследника не по имени, а ограничиваться описательными оборотами, *indubitabili signo demonstrare, quod paene nihil a nomine distat*, напр., "мой старший племянник", "жена моего второго брата" и т. п.; 2) можно было даже вовсе не указывать наследника в самом завещании, а ограничиваться ссылкой на другой документ, в котором наследник должен быть указан, - так назыв. *testamentum mysticum*, ср. l. 78 D. de her. inst. 28,5.

332. Влияние мотивов. Добавочные распоряжения при назначении наследника

I. Влияние мотивов. 1) Заблуждение завещателя. Нечего говорить, что поскольку имеется налицо существенное заблуждение, в частности, заблуждение относительно личности наследника, завещание недействительно, ср. 1. 9 pr. D. de her. inst. 28,5: *quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit, in corpore hominis errans: placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quia scriptus non est.* - Но весьма спорным представляется вопрос о значении, которое имеет так назыв. заблуждение в мотиве, т. е. тот случай, когда назначение данного лица состоялось под влиянием ошибочных соображений. Общее правило гласит: *falsa causa non nocet*, т. е. завещание, несмотря на ошибку в мотивах, остается в силе. Однако в некоторых случаях были допущены исключения; сюда относится тот случай, когда завещатель ошибочно считал лицо, назначенное им наследником, своим сыном (*quasi filium heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset*), или когда завещатель составил новое завещание в пользу другого лица, ошибочно думая, что лицо, назначенное в прежнем завещании, умерло. Обыкновенно говорят, обобщая эти случаи, что заблуждение в мотивах вообще инвалидирует завещание, раз может быть установлено, что, не будь его, назначение данного лица наследником не имело бы места (*si probetur alias institutus non fuisse*). - Во всяком случае завещание не становится *ipso jure* недействительным. В остальном последствия в чистом римском праве бывают различные: так, в одних случаях за фиском признается право отобрать наследство у лица, под влиянием ошибки назначенного наследником, как у *indignus*, в других случаях - право оспаривания завещания признается за тем, кто получил бы наследство, не будь назначенного по ошибке лица. - 2) Психическое принуждение. Если завещатель составил завещание под влиянием чьих-либо угроз, то завещание может быть оспорено теми лицами, которые являлись бы наследниками, не будь этого завещания. Впрочем, вопрос этот очень спорный (ср. подробности у Дернбурга. *Pandecten*, III, 80). Если кто-либо угрозами или какими-нибудь иными мерами умышленно воспрепятствовал составлению завещания, то такое лицо, поскольку оно является наследником, теряет наследство в пользу фиска как *indignus*. - 3) Под углом зрения неблагоприятного характера мотивов, руководивших завещателем, объявляются недействительными так назыв. *institutiones captatoriae quorum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis*, т. е. такие завещательные распоряжения, в которых одно лицо назначает другого наследником или оставляет ему легат и т. п. под условием, чтобы тот, в свою очередь, оставил что-либо в пользу первого или специально указанного третьего лица.

II. Добавочные распоряжения при назначении наследника.

1) Не допускается назначение наследника на срок или под резолютивным условием, так как подобные назначения противоречат принципу: *semel heres, semper heres*. (Исключение допущено только относительно *testamentum militare*.) Однако завещание в этих случаях не теряет силы, а соответствующая оговорка считается *pro non scripto*: *vitio sublato manet institutio*. - 2) Назначение наследника под суспенсивным условием допускается. До наступления условия наследство еще не считается открывшимся (*hereditas nondum delata est*), но условно призванный мог просить претора о провизорном вводе во владение наследством под условием представления обеспечения, *cautio*. - В одном случае представление обеспечения приравнивается даже к наступлению условия; это бывает тогда, когда назначение состоялось под отрицательным потестативным условием (напр., *si Titio non nusperit, si a liberis non discessisset*): именно условно призванное лицо, представив обеспечение, немедленно вступает во все права наследника, и притом не провизорно только, а окончательно, ср. Windscheid. *Lehrbuch*. т. III. 554, прим. 7. Это обеспечение носит название "*cautio Muciana*".

333. В частности, о назначении одного или нескольких наследников

1) Наследником может быть назначено одно лицо (так назыв. *heres ex esse*) или

несколько лиц.

В последнем случае завещатель может прямо указать, в каких именно долях каждый считается наследником, - так назыв. *heredes cum partibus scripti*, или же несколько лиц назначены наследниками без подобного указания, - так назыв. *heredes sine partibus scripti*; такие лица считаются *in dubio* назначенными в равных частях. - Возможно также назначение нескольких лиц совместно (*conjunctim*) наследниками в одной какой-нибудь части, напр., *Tiitius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunt*. Такие *heredes conjuncti* по отношению к остальным наследникам рассматриваются как одно лицо, и каждый из них пользуется только долевым участием в отведенной им всем части наследства. Подобное намерение может быть выражено *expressis verbis* или же вытекать из контекста. (См. подробности у Dernburg. *Pandecten*. Т. III. 86).

2) Предназначенные отдельным сонаследникам наследственные роли соответственно увеличиваются, если они в совокупности не исчерпывают всей наследственной массы (напр., назначены три наследника, каждый в ? части), и соответственно уменьшаются, если они в совокупности превышают всю массу (напр., назначены пять наследников, каждый в ? части), ср. 7 J. de her. inst. 2, 14. Таково общее правило. (О некоторых особых случаях ср. Dernburg. *Pandecten*. III. 86. 2 с.)

3) Особо трактуется в источниках случай так назыв. *institutio heredes ex re certa*, т. е. назначение лица наследником в отношении определенных объектов или на определенную сумму денег. Общее правило таково, что такое назначение сохраняет силу *detracta rei mentione*, т. е. ссылка на *res certa* отбрасывается, ср. 1. 1 4 D, de her inst. 28,5: *si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione*. Осложнения возникают в том случае, когда с наследником *ex re certa* конкурируют другие наследники, или когда соответствующая оговорка сделана в интересах третьих лиц, ср. подробности у Dernburg. *Pandecten*. Т. III. 87.

334. Субституции

I. *Substitutio vulgaris*. Субституцией называется назначение эвентуального наследника (субститута) на тот случай, если лицо, имевшееся в виду на первом плане (институт), почему-либо не сделается наследником, напр., *Titus heres esto; si Titus heres non erit, Gajus heres esto*. Итак, субституция есть условное назначение второго наследника. Субститут обязан исполнить все отказы, возложенные на *institutus*.

II. *Substitutio pupillaris*. Наряду с обыкновенной субституцией был выработан еще своеобразный институт *substitutio pupillaris*. Сущность его заключается в том, что отец, оставляющий малолетнего подвластного ребенка, может назначить ему наследника на тот случай, если ребенок хотя и переживает отца, но умрет раньше достижения *pupertas*. Особенность, следовательно, заключается в том, что отец в этом отношении назначает наследника не себе, а ребенку. Вместе с тем, такая *substitutio pupillaris* рассматривалась как составная часть отцовского завещания. Следовательно, отец обязательно должен назначить наследника и себе, если он пожелает воспользоваться своим правом назначать эвентуального наследника своему малолетнему ребенку. В этом смысле источники говорят: *duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum* (2 J. de vulg. et pup. subst. 2,16). Этим (ближайшим) наследником отца может быть назначен как сам малолетний, так и третье лицо (что предполагает *exheredatio impuberis*, ср. 347 и сл.), ср. 4 l. h. t. 2, 16. - Такая *substitutio pupillaris* теряла силу, если ребенок при жизни отца выбывал из под его власти, или если этот ребенок умирал после достижения им *pupertas*. Если ни того, ни другого не было, то субститут приобретал наследство ребенка в том объеме, какой оно имело в момент смерти ребенка.

III. *Substitutio quasi pupillaris*. Юстиниан определил, что всякий вообще асцендент может назначать наследника своим умалишенным десцендентам, раз он оставляет им обязательную долю. Если нисходящий выздоравливает или оставляет законных детей, то

такая субституция теряет силу.

Глава III. Недействительность завещаний*(180)

335. Общие положения

Завещания могут недействительными с самого начала или стать таковыми впоследствии. В частности: 1) Завещание сразу недействительно - *testamentum nullum*, если завещатель не обладал завещательной право- или дееспособностью, или если не были соблюдены все необходимые формальности. 2) Завещание *ex post* становится недействительным, между прочим: а) если завещатель утратит право оставлять завещания - *testamentum irritum* (напр., вследствие *arrogatio*); б) если никто из назначенных в завещании лиц не сделается наследником, - *testamentum destitutum*; в) если завещатель сам уничтожит завещание - *testamentum ruptum*; неформальное заявление об уничтожении завещания, однако, не считается достаточным; для этого требуется: либо составление нового завещания, либо реальное уничтожение письменного завещания, либо формальное заявление об уничтожении завещания, сделанное пред судом или пред тремя свидетелями, если со времени составления завещания протекло более 10 лет.

336. Clausula codicillaris

Завещатель может включить в завещание оговорку, чтобы завещание, если оно, как таковое должно быть признано недействительным, все-таки было сохранено в качестве кодицилла. Это так называемая *clausula codicillaris*. Для этого требуется: 1) чтобы завещатель непосредственно оговорил таковое свое желание в завещании; другими словами, *clausula codicillaris* не подразумевается; 2) чтобы были налицо условия действительности кодицилла; для действительности кодицилла требовалось, чтобы он был составлен в присутствии 5 свидетелей; следовательно, если при составлении акта, именуемого завещанием, присутствовало меньше 5 свидетелей, то такой акт не только не мог быть признан завещанием, но не мог сойти и за кодицилл; 3) чтобы лицо, назначенное наследником, выразило свое желание воспользоваться теми выгодами, которые дает *clausula codicillaris*.

Раз эти условия налицо, то из всего завещания теряет силу только та часть его, в которой содержится назначение наследника. Отказы же и прочие распоряжения остаются в силе. Назначенный наследником рассматривается как универсальный фидеикомиссарий.

Наследование по закону*(181)

Глава I. Наследование по закону в до-юстиниановском праве

337. Hereditas ab intestato по цивильному праву

Древнее цивильное право различало три класса законных наследников: *sui agnati gentiles*. На первом плане стоят *sui*, т. е. подвластные дети наследодателя и потомство их по мужской линии, а также *in manu*. Сверх того, к *sui* причислялись и чужие лица, усыновленные наследодателем и тем самым подпавшие под его власть. *Sui* одной степени (напр., сыновья и дочери) получали по равной части из наследственной массы. *Sui* дальнейших степеней (внуки, правнуки) призывались в том только случае, если отец их умер раньше деда. Они в таком случае вместе получали столько, сколько бы получил их родитель, если бы остался в живых. Если не имелись налицо *sui*, то призывался ближайший агнат - *proximus agnatus*. Ближайшими агнатами являются прежде всего *consanguinei*, т. е. агнатические братья и сестры умершего. Если таковых не имеется налицо, то *proximi*

считаются агнаты - мужчины дальнейших степеней, напр., агнатические племянники, двоюродные братья и т. д. (но не женщины агнатки, ср. 3 J. de leg. agn. succ. 3.2). Несколько агнатов одной степени наследуют *in capita*.

Если не было агнатов, то призывались гентилы. Итак, когнаты были вполне устранены от наследования по закону. Иначе - они могли быть назначены наследниками только по завещанию. Другая особенность этого гражданского права законного наследования выражалась формулой: *in legitimis hereditatibus successio non est*, т. е. законные наследники призывались только раз. Поэтому, если ближайший агнат отказался от наследства, то дальнейшие уже не призывались, а наследство прямо становилось выморочным.

338. Bonorum possessio ab intestato по преторскому праву

Претор значительно модифицировал суровые постановления гражданского права. Прежде всего он наряду с агнатами стал привлекать в качестве законных наследников и когнатов. С этой целью он установил 4 новых класса таких наследников: 1) *Unde liberi*. В этом классе призывались наряду с подвластными детьми (*sui*) также и дети эманципированные. 2) *Unde legitimi*. В этом классе призывались те лица, которые считались законными наследниками по гражданскому праву, т. е. еще раз *sui*, затем *agnati* и *genties*. 3) *Unde cognati*. Здесь призывались кровные родственники наследодателя до шестой степени включительно, а из родственников 7 степени - внуки двоюродных братьев и сестер (*sobrino et sobrina nati*). 4) *Unde vir et uxor*. Здесь призывался переживший супруг. Далее, претор ввел *successio ordinum*, т. е. если ближайший законный наследник отказывался от принятия наследства, то оно не становилось выморочным, а призывались дальнейшие.

Глава II. Юстиниановское право законного наследования

339. Подготовительные шаги

Императорское право стало придавать все большее значение когнатическому принципу. Так, *Senatusconsultum Tertullianum*, при Гадриане, даровал матери, имеющей *jus liberorum*, право законного наследования в имуществе детей при отсутствии у них нисходящих предпочтительно перед агнатическими их родственниками (кроме отца и агнатических братьев). *Senatusconsultum Orphitianum*, при Марке Аврелии, даровал детям право законного наследования в имуществе матери предпочтительно перед ее агнатическими родственниками. Позднейшие императоры развили эти постановления. Их примеру последовал и Юстиниан, ср. подробности у Vangerow. Lehrbuch, 7 изд., т. II, 408-410. Наконец, он реорганизовал все право законного наследования в Новеллах 118 и 127.

340. Законное право наследования родственников по Новеллам 118 и 127

I. Юстиниан установил 4 класса законных наследников. 1) Первый класс обнимает всех нисходящих родственников умершего. Нисходящие дальнейших степеней приываются наряду с нисходящими более близкой степени, раз выбыл их родитель. Они вместе получают столько, сколько бы получил их родитель, если б остался в живых. Нисходящие одной степени получают по равной части. Например, у А - сын и дочь и два внука от умершей дочери. Наследство, следовательно, делится на три части, сын и дочь получают по 1/3, а оба внука по 1/6. 2) Второй класс обнимает восходящих родственников, полнородных братьев и сестер и детей умерших полнородных братьев и сестер. Что касается правил раздела наследства в этом классе, то следует заметить: а) если наследуют только восходящие, то применяется долинейный раздел - *in lineas*, так что половину получают восходящие родственники со стороны отца, а другую - восходящие родственники со стороны матери; б) если с восходящими конкурируют полнородные братья и сестры, а равно, если наследуют только братья и сестры, то применяется поголовный раздел - *in capita*; в) если,

сверх того, конкурируют и дети умерших полнородных братьев и сестер, то последние получают вместе столько, сколько бы получил их умерший родитель (так назыв., поколенный раздел - *in stirpes*). 3) Третий класс обнимает неполнородных братьев и сестер (единокровных и единоутробных) и детей умерших неполнородных братьев и сестер. 4) Четвертый класс состоит из всех остальных родственников без ограничения степеней, причем родственники ближайшей степени исключают более отдаленных.

II. Вместе с тем допускается преемство классов и степеней - *successio ordinum et graduum*, т. е. сначала призываются родственники ближайшего класса и ближайшей степени; в случае отказа их - родственники дальнейшей степени того же класса; если класс исчерпан, то призывались, в том же порядке, родственники следующего класса и т. д.

III. Особые правила существуют относительно внебрачных и усыновленных: 1) Внебрачные дети, по общему правилу, наследуют в имуществе своей матери и ее родственников на одинаковых основаниях с законнорожденными, но пользуются правом наследования по закону в имуществе отца только в виде исключения (ср. 342). 2) Усыновленные в юстиниановском праве не теряют права наследования по закону после своих кровных родственников. Что касается их отношения к новой семье, *adoptio plena* (равно как *arrogatio*) создает все права кровного родства между усыновителем и усыновляемым; *adoptio minus plena* сообщает только одностороннее право законного наследования усыновляемого в имуществе усыновителя (но не наоборот).

341. Законное право наследования переживающего супруга

Юстиниан не коснулся этого вопроса. Поэтому сохранила силу преторская *bonorum possessio unde viro*, т. е. если не было вовсе родственников или все они отказались от наследства, то призывался переживший супруг. При этом предполагается, что брак продолжался до самой смерти, ср. 1.1 1 D. *unde vir et uxor* 37,11. *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore.*

342. Чрезвычайные права наследования

Бедствующая вдова при Юстиниане получила законное право наследования в ? части имущества (но не свыше 100 фунтов золота) своего умершего зажиточного мужа. Бедствующей признавалась главным образом *mulier indotata*, т. е. жена, не имеющая приданого. Если она конкурирует более чем с 3 детьми, то она получает только *portio virilis*. - Далее, дети, родившиеся от конкубината, вместе с их матерью были признаны законными наследниками в 1/6 части имущества своего отца, если тот не оставил ни законных детей, ни жены. Наконец, *impubes arrogatus*, эманципированный отцом- усыновителем без достаточного основания, имеет право на ? часть имущества своего *pater arrogator*, раз тот умер до достижения им *pubertas*; это так назыв. *quarta Divi Pii*.

343. Право фиска и юридических лиц на выморочные имущества

На основании *Lex Julia et Papia Poppaea* было признано законное право наследования фиска относительно выморочных имуществ. Фиск в качестве правопреемника наследодателя отвечал за долги последнего только в пределах наследственного актива. В позднейшем праве за известными юридическими лицами было признано предпочтительное пред фиском право на выморочные имущества. Так, напр., выморочное имущество духовных лиц поступало в пользу церкви, выморочное имущество солдат в пользу полка и т. д.

Глава III. Учение о *collatio*

344. Понятие и два вида *collatio*

Институт *collationis* возник в качестве дополнения законного права наследования нисходящих. В основании законного права наследования этих лиц лежит идея, что все нисходящие одной степени имеют одинаковое право на наследство. В этих видах наследство и делится поровну между ними. Однако это не всегда приводит к торжеству идеи равенства.

В древнем праве существовало важное различие в имущественных правах между подвластными и эманципированными детьми. Первые не могли иметь собственного имущества; все приобретенное ими поступало в пользу отца; вторые, напротив, могли иметь собственное имущество. Отсюда, как только претор стал призывать по эдикту *unde liberi* наряду с подвластными и эманципированных детей, то должен был всплыть такой вопрос: при общем разделе все то, что было приобретено при жизни отца его подвластными детьми, поступает в общую массу; не следует ли поэтому потребовать и от эманципированных детей, чтобы они, в свою очередь, внесли, конферировали, в эту массу то, что они успели приобрести на свободе. Претор признал это требование вполне справедливым, и таким путем сложилась *collatio bonorum* со стороны *liberi emancipati*. Итак, основанием этого древнейшего вида *collationis* служит различие в имущественной правоспособности между подвластными и эманципированными нисходящими. В позднейшем праве это различие все более стало сглаживаться. Но зато явилось соображение иного рода, которое заставило удержать *collatio* в измененном виде. Отец при жизни мог выделить в пользу какого-нибудь из своих детей более или менее крупную часть своего имущества, напр., в форме выдачи приданого, или *donatio propter nuptias*. Если не принимать в расчет этого при общем разделе, то, очевидно, равенство между детьми будет нарушено. И вот, действительно, признали нужным считаться с такими приношениями, зачитывать их в счет причитающейся сыну (или дочери и т. д.) законной части. Таким путем возникла *collatio* нового типа, основанием которой служит уже не различие в правоспособности детей, а факт получения одними из них известных выгод из имущества отца при жизни последнего, выгод, которыми не воспользовались остальные дети.

345. Древняя *collatio emancipatorum* и *collatio dotis*

Сущность этой *collatio* заключалась в том, что эманципированные дети, раз они желали воспользоваться своим правом законного наследования наряду с *sui*, должны были внести в общую массу (конферировать) все свое имущество, которое они имели в момент смерти отца. С этой целью от них при испрошении *bonorum possessio ab intestato* требовалось представление особой *cautio*, особого обещания, на основании которого они обязывались конферировать свое имущество. Подобные же правила были установлены и по отношению к подвластной дочери, получившей при выходе замуж приданое. И это приданое подлежало конферированию, раз она желала выступить в качестве законной наследницы своего отца. Первоначально это было установлено только на случай испрошения ею преторского наследования - *bonorum possessio*, впоследствии (при Антонине Пие) это было распространено и на тот случай, когда она приобретает гражданскую *hereditas*, притом безотносительно к тому, идет ли речь о *dos profecticia* или *adventicia*. Наконец было признано, что *dos profecticia* должно быть конферировано и в том случае, если с дочерью конкурируют эманципированные братья или сестры ее.

346. *Collatio* позднейшего права

Сущность новой *collatio* заключается в том, что известные выгоды, полученные сыном (или дочерью и т. д.) при жизни отца, не в пример другим, должны быть приняты во внимание при определении размера причитающейся такому лицу законной части. Объектом *collatio* являются прежде всего полученная данным субъектом *dos*, *donatio propter nuptias* и так назыв. *militia* (т. е. сумма, уплаченная за получение известной должности, что в Риме, при

продажности многих должностей, не составляло ничего предосудительного). Что касается дарений *inter vivos*, то они подлежат конферированию, по общему правилу, только тогда, когда наследодатель прямо предписал зачесть их. Итак, не всякая выгода, а только определенные выгоды составляли объект *collationis*.

Форма колляции тоже изменилась. Теперь уже не требовалось представление *cautio*, а просто стоимость полученного принималась в расчет при исчислении следующей данному лицу законной части. Юстиниан предписал, что обязанность конферировать имеет место и в случае назначения нисходящих наследниками по завещанию, если только они назначены таковыми в равных частях. Вместе с тем он постановил, что наследодатель может и освободить данное лицо от обязанности конферирования.

Необходимое наследование*(182)

Глава I. Понятие и история необходимого наследования

347. Понятие и две формы необходимого наследования

Законные ограничения свободы завещаний, установленные в интересах ближайших родственников завещателя, в совокупности своей составляют так назыв. право необходимого наследования.

Эти ограничения могут быть двух родов: формальные и материальные. В древнем праве преобладала система формальных ограничений свободы завещаний. Сущность их заключалась в том, что завещатель ближайших своих законных наследников (по цивильному праву - *sui*, по преторскому - *liberi*) должен был либо прямо назначить наследниками (*instituere*), либо прямо лишить наследования (*exheredare*), но не мог обойти их просто молчанием (*praeterire*) под угрозой полной или частичной инвалидации завещания. Эта система, очевидно, ограждала интересы ближайших родственников завещателя лишь в весьма условной мере, ибо раз форма была соблюдена и они были прямо лишены наследства, то они не могли предъявить уже никаких дальнейших претензий.

Вследствие этого в позднейшем праве стала складываться новая система материальных ограничений свободы завещаний. Сущность ее заключается в том, что известная группа ближайших родственников может требовать, чтобы завещатель оставил им определенную долю из той части наследства, которую они получили бы в качестве законных наследников, если бы завещание не существовало вовсе. Право на выделение обязательной доли указанные лица теряют только, если на то имеется какая-нибудь уважительная причина (напр., неблагодарность, оскорбление ими завещателя и т. п.). С другой стороны, по общему правилу, безразлично, будет ли оставлена им обязательная доля в форме назначения их наследниками или же в форме оставления отказа, *mortis causa donatio* и т. п.; важно только, чтобы они так или иначе получили материальное удовлетворение.

348. Необходимое наследование по цивильному праву

Необходимыми наследниками считались *sui*, т. е. подвластные дети и их потомство по мужской линии, притом как родившиеся до составления завещания, так и те, которые родились лишь после этого, если только они были зачаты при жизни завещателя (последние назывались *postumi sui*). Эти лица должны быть или прямо назначены наследниками (*instituere*), или прямо лишены наследства (*exheredare*), но не могут быть обойдены молчанием (*praeteritio*). В случае нарушения этого правила, т. е. если *suus* был обойден молчанием, возникали различные юридические последствия, смотря по тому, был ли обойден сын (*filius familias*), или дочь, внук, внучка и т. д. Подвластные сыновья должны быть лишены наследства *nominatim* (*Titius filius meus exheres esto*). Если сын был обойден молчанием, то все завещание считается недействительным и призываются законные

наследники. Что касается дочерей, внуков и т. д., то они могут быть лишены наследства *inter ceteros*, без специального упоминания каждого (*Titius filius meus, itaque foliae meae nepotes neptesque exheredes sunt*). Если такие лица обойдены молчанием, то завещание не становится недействительным, а эти лица становятся наследниками наряду с лицами, назначенными наследниками в завещании (*accrescunt*), т. е. наследство делится между наследниками по завещанию и этими лицами (впрочем, не всегда в одинаковой пропорции).

349. Необходимое наследование по преторскому эдикту

Претор удержал основной характер гражданской системы, т. е. преторская система необходимого наследования отличается чисто формальным характером. Но он расширил круг необходимых наследников и внес некоторые модификации в юридические последствия *prateritio*. Необходимыми наследниками по преторскому эдикту являются не только *sui*, но все вообще *liberi*, т. е. и эманципированные дети. Лица эти тоже должны быть или назначены наследниками, или лишены наследства, но не могут быть обойдены молчанием. Кто из этих лиц был обойден молчанием, тот мог спросить у претора *bonorum possessio contra tabulas* (т. е. утверждение в правах наследства вопреки завещанию - *contra tabulas testamenti*). Обойденный в таком случае получал всю законную часть, т. е. всю ту часть, на которую он имел бы право в качестве законного наследника, если бы завещания не существовало вовсе. Если был пропущен *annus utilis*, законный срок, в течение которого можно испросить *bonorum possessio*, то завещание оставалось в полной силе.

350. Практика центумвирального суда и появление нового материального права необходимого наследования

Споры о наследстве ведались судом центумвиров. В практике этого судебного места сложилось убеждение, что одни формальные ограничения свободы завещаний не достигают цели и что необходимо создать более действительную защиту интересов ближайших родственников. На завещателе, несомненно, лежала нравственная обязанность не лишать этих лиц, без достаточного основания, путем *exheredatio*, всякой доли участия в остающемся после него имуществе. Но как было оформить эту нравственную обязанность, сообщить ей юридическое значение, раз ни гражданское право, ни преторский эдикт не содержали никаких постановлений на этот счет? Суд стал прибегать к весьма любопытной фикции. Он стал рассуждать так: раз завещатель *sine justa causa* прямо лишил наследства (путем *exheredatio*) ближайших своих родственников, то в этом следует усмотреть ничем не заслуженное оскорбление этих лиц, которое, в свою очередь, может быть объяснено только тем, что завещатель при составлении завещания был не в своем уме, действовал *sub colore insaniae*. А раз это так, то сила завещания может быть оспорена оскорбленными ближайшими родственниками, ибо умалишенные не могут оставлять завещаний. В результате всего этого сложилось новое средство судебной защиты, так назыв. *querella inofficiosi testamenti*. В связи с появлением этого средства судебной защиты возник ряд новых вопросов, как-то: не следует ли увеличить круг необходимых наследников? как велика должна быть обязательная доля, которую должен им выделить завещатель, чтобы избежать оспаривания завещания? в какой форме должна быть оставлена обязательная доля? и т. д. Вот какие положения выработались на практике. Круг необходимых наследников был расширен включением в него сверх нисходящих - восходящих родственников, а также, при известных условиях, - братьев и сестер завещателя. Размер обязательной доли, которая должна быть оставлена (так назыв. *portio legitima*), был определен так: обязательная доля (*portio legitima*) составляет одну четвертую законной части (*portio ab intestato*), т. е. той части, на которую данное лицо имело бы право в качестве законного наследника, если бы завещания не существовало. Например, у отца пять детей. Если бы не было завещания, каждый ребенок получил бы 1/5 часть наследства; при наличии завещания каждый все-таки должен получить 1/5. ? = 1/20 наследства. Обязательная доля может быть оставлена либо в форме

назначения лица наследником в соответствующей части, либо в форме отказа, или *mortis causa donatio* и т. д., если только стоимость объекта отказа или дарения *mortis causa* равна обязательной доле. Если завещатель не оставил обязательной доли необходимому наследнику, то тот может предъявить к наследникам по завещанию *querella inofficiosi testamenti* и, в таком случае, получает уже не одну только обязательную долю, а всю законную часть. Этот иск, однако, может быть предъявлен только в течение 5 лет и не переходит к наследникам необходимого наследника, т. е. это иск строго личный (он причислялся к *actiones vindictam spirantes*). Право на обязательную долю утрачивается *ex justa causa*, напр., в случае грубой неблагодарности и непочтительности необходимого наследника, в случае покушения на жизнь завещателя и т. д.

Глава II. Необходимое наследование в юстиниановском праве

351. Положение дел до *Novella 115*

Юстиниан застал право необходимого наследования в хаотическом состоянии. Дело в том, что новая система материальных ограничений свободы завещаний не вытеснила более древнюю систему формальных ограничений, а уживалась рядом с ней. Другими словами, если кто-нибудь из необходимых наследников был просто обойден молчанием, то он, смотря по тому, был ли это *suus* или *emancipatus*, мог требовать инвалидации завещания *ex jure civili* или *ex jure praetorio*. Если же он был прямо лишен наследства путем *exheredatio*, то он мог прибегнуть к предъявлению *querella inofficiosi testamenti*.

Первое время этот сложный порядок вещей удержался и при Юстиниане. Он даже обострил систему формальных ограничений: так, он стал требовать, чтобы все вообще необходимые наследники, без различия пола, были лишены наследства *poinatim*, и объявил, что *praeteritio* кого-либо из них всегда влечет за собою полную недействительность завещания. В таком виде право необходимого наследования было кодифицировано в Институциях, Дигестах и Кодексе. Позднее, однако, Юстиниан решился реорганизовать все право необходимого наследования, что и было исполнено им в *Новеллах 18* и *115*. Вместе с тем старое формальное право необходимого наследования подверглось отмене.

352. Общие начала юстиниановского права необходимого наследования по *Новелле 115*

Круг необходимых наследников. Необходимыми наследниками считаются: а) нисходящие, без ограничения степеней; б) при отсутствии их - восходящие, а также полнородные и единокровные братья и сестры; последние, однако, лишь в том случае, если в завещании им предпочтена *persona turpis*.

Размер обязательной доли. Он был увеличен Юстинианом, причем им установлено следующее различие: а) если законная часть, причитающаяся необходимому наследнику, составляет не меньше одной четверти всего наследства, то обязательная доля равна $1/3$ законной части (напр., у отца трое детей; размер законной части каждого равен $1/3$ всего наследства, а следовательно, размер обязательной доли равен $1/3$. $1/3 = 1/9$ части наследства); б) если законная часть меньше $1/4$ всего наследства, то обязательная доля равна половине законной части, напр., у отца 6 детей; размер законной части каждого равен $1/6$, а размер обязательной доли $1/6$. $1/6 = 1/12$ наследства. Вместе с тем было постановлено, что если получение обязательной доли обставлено какими-нибудь ограничениями (сроком, условиями и т. п.), соответствующие оговорки должны считаться недействительными (*ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset* 1.32 Cod. de inoff. test 3,28).

Формы назначения обязательной доли. Обязательная доля может быть оставлена: а) в форме назначения лица наследником в соответствующей части; б) в форме отказа или дарения на случай смерти; в) в форме назначения приданого (*dos*), или *donatio propter*

nuptias; d) в форме обыкновенного дарения *inter vivos*, если завещатель изъявит при этом желание, чтобы дарение было замечено в качестве обязательной доли. Сверх того, завещатель обязан "почтить" своих нисходящих и восходящих назначением их наследниками по завещанию, хотя бы в самой минимальной части, если только вообще обязательная доля оставлена им сполна (например, у завещателя два сына; обязательная доля каждого равна $\frac{1}{3} = \frac{1}{6}$; эта шестая часть может быть оставлена им, например, в форме отказа, но все-таки для виду они должны быть назначены наследниками хотя бы в $\frac{1}{10.000}$ части наследства).

Основания лишения необходимых наследников права на обязательную долю. Завещатель *ex justa causa* может лишить необходимых наследников права на обязательную долю; по отношению к восходящим и нисходящим основания лишения были точно перечислены в законе.

Последствия неоставления обязательной доли без достаточного к тому основания. Если завещатель не оставил обязательной доли необходимому наследнику, то тот может предъявить к наследнику по завещанию *querella inofficiosi testamenti* и в таком случае получает всю свою законную часть. Иск этот и при Юстиниане сохранил строго личный характер и погашался краткой 5 летней давностью. Впрочем, по мнению некоторых ученых, если было нарушено право на обязательную долю восходящих или нисходящих родственников, то завещание становилось недействительным, так что эти лица прямо могли предъявить обыкновенный иск о наследстве, *hereditatis petitio*; к *querella inofficiosi testamenti* же приходилось прибегать только братьям и сестрам, поскольку таковые являются необходимыми наследниками.

Последствия частичного нарушения права на обязательную долю. Необходимый наследник, право которого нарушено лишь в том смысле, что он не получил всей обязательной доли, а только часть ее, по постановлению Юстиниана, не может предъявить *querella inofficiosi testamenti* и требовать выдачи своей законной части, а может только требовать пополнения обязательной доли до полного ее размера при помощи особого иска - *actio ad supplendam legitimam*.

353. Inofficiosa dos и donatio. Чрезвычайное право необходимого наследования

I. Inofficiosa dos и donatio.

Интересы необходимых наследников могут быть нарушены не только завещательными распоряжениями, но и сделками *inter vivos*, в частности, дарениями и назначением приданого, поскольку подобные акты ведут к прямому уменьшению той обязательной доли, которую необходимые наследники при иных условиях (не будь соответствующей *dos* или *donatio*) должны были бы получить. Напр., А имеет имущество в 36,000 р.; у него трое детей. Законная часть каждого равна 12,000, а обязательная доля - $12,000 : 3 = 4,000$, а на всех троих - 12,000. Отец при жизни дарит третьему лицу 30,000 р., остается всего 6,000; следов., каждый из необходимых наследников в лучшем случае может получить только 2,000 (вместо 4,000). В таких случаях говорят об *immodica donatio* (или *dos*), которая порождает особый иск - *querella inofficosae donationis (vel dotis)*. - Истцом является необходимый наследник, ответчиком - лицо, одаренное наследодателем, и его наследники; иск направлен всегда только на пополнение обязательной доли. В остальном применяются правила, установленные для *querella inofficiosi testamenti*.

II. Чрезвычайное право необходимого наследования.

Такое право признается за бедствующей вдовой и за *impubes arrogatus* в том самом размере и при тех же условиях, при которых за ними признается право наследования по закону.

Приобретение наследства*(183)

Глава I. Нормальные способы приобретения наследства

354. Исторические замечания

Во время классических юристов существовало коренное различие между приобретением гражданской *hereditas* и преторской *bonorum possessio*. Что касается наследования по гражданской праву, то различались две категории наследников: а) подвластные дети (*sui heredes*) и рабы, назначенные наследниками, вместе с отпущением их на волю (*sui et necessarii heredes*) приобретали наследство *ipso jure* помимо собственной воли; б) все остальные лица (*heredes extranei sive voluntarii*) приобретали наследство на основании особого волеизъявления, следовательно, на основании частного акта. Что касается наследования по преторскому праву, то наследство могло быть приобретено только на основании судебного акта; желающий должен был обратиться к претору и испросить у него *bonorum possessio*. Впрочем, в поконстантиновском праве достаточно было заявления перед любым судебным местом (*apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros*, 1.9. Cod. qui admitti 6,9).

Это различие до известной степени сохранилось и в юстиниановском праве. В позднейшей практике, однако, *bonorum possessio* окончательно была вытеснена, так что не требуется уже судебного утверждения в правах наследства. Зато сохранилось различие между приобретением наследства со стороны подвластных детей и со стороны других лиц, - первые, по-прежнему, приобретают наследство *ipso jure*, а вторые - на основании частного волеизъявления.

355. Приобретение наследства со стороны *extranei heredes*

1) Лица, не состоящие под властью наследодателя, приобретают наследство не иначе, как по особому волеизъявлению, для действительности которого требуется: а) чтобы наследство действительно открылось; б) чтобы призванный был вполне точно осведомлен о факте своего призыва и об основании его, т. е. он должен знать, призван ли он по завещанию или по закону. - 2) В древнем римском праве такое заявление могло быть сделано только самолично, а не через представителей. Из этого правила не допускалось исключений даже для умалишенных; попечитель умалишенного мог только испросить временный ввод во владение наследством, так назыв. *bonorum possessio furiosi nomine*; если умалишенный впоследствии выздоравливал, то от него зависело окончательно принять наследство или отказаться от него; если он умирал сумасшедшим, то наследство отходило к наследникам наследодателя, а не к его собственным наследникам. Впрочем, со временем были допущены некоторые отступления. В частности, было признано: а) за юридических лиц могут приобретать наследства их представители, б) за *infantes* - их *patresfamilias* или опекуны. Что касается *impuberes infantia maiores* и *puberes minores*, то они, по общему правилу, могут только сами приобретать наследства при участии опекуна или с согласия попечителя; наконец, установилось правило, что *bonorum possessio* может быть испрошена вообще через представителя, ср. 1. 3, 7 D. de bon. poss. 37,1: *acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel perealium*. - В современном римском праве благодаря всеобщему допущению представительства возможно приобретение наследства через представителя. 3) Для заявлений о принятии наследства не установлено особой формы. Можно прямо заявить о своем желании принять наследство (*aditio hereditatis* в тесном смысле); но такое желание может вытекать и из других действий наследника (*pro herede gestio*), например, наследник начинает уплачивать долги наследодателя, требует уплаты от должников его и т. п.

356. Приобретение наследства со стороны подвластных детей

Подвластные дети приобретают наследство *ipso jure*, помимо их желания. Это не всегда для них выгодно, так как пассив наследства может превышать актив. Поэтому претор

даровал им *beneficium absinendi*, т. е. признал за ними право воздержаться от фактического вступления в права наследства. Если они желали воспользоваться этим правом, то дело рассматривалось так, как будто они не стали наследниками, и призывались другие лица, имеющие после них право на наследство. Фактически, таким образом, различие в приобретении наследства между подвластными детьми и другими лицами сводится к тому, что подвластные дети считаются приобретшими наследство, если не отказались от него, а от остальных требуется, напротив, чтобы они прямо выразили желание принять наследство. Но тут и там конечный исход дела зависит от воли заинтересованных лиц. В чистом римском праве кроме подвластных детей еще и рабы наследодателя, назначенные наследниками одновременно с отпущением их на волю, приобретали наследство *ipso jure*. Эти лица не имели и *beneficium* могли ходатайствовать о том, чтобы имущество, приобретенное ими на свободе, не было обращено на удовлетворение кредиторов наследственной

357. *Spatium deliberandi*

Гражданское право не установило законного срока, в течение которого наследник должен решить, принимает ли он наследство или (если это подвластный ребенок) воздерживается от вступления в права наследства. Законный срок был установлен только для приобретения преторского наследства - 100 дней, а в известных случаях - 1 год. Но кредиторы наследственной массы могли испросить у претора назначение срока - так назыв. *spatium deliberandi* - в течение которого гражданский наследник должен дать решительный ответ. Такое же право просить о назначении времени для размышления имел и сам наследник.

Глава II. Трансмиссия

358. Понятие трансмиссии

По общему правилу, призыв данного лица к наследству сообщает ему строго личное право на принятие наследства. Другими словами, он сам только может решить, принимает ли он наследство или нет; если он умирает, не выразив своей воли, то его наследники уже теряют всякое право на такое наследство (напр., если А назначил В наследником, то только сам В, а не наследник его могут решить, примет ли он наследство или нет). Однако на практике это приводило нередко к неудобствам, и вот, с течением времени, сложился ряд случаев, в которых была допущена так назыв. трансмиссия, т. е. переход права на принятие наследства к наследникам первого призванного лица.

359. Отдельные случаи трансмиссий

1. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis*. Если первый призванный утратил право на принятие наследства благодаря такому обстоятельству, которое при жизни дало бы ему право просить об *in integrum restitutio*, то право ходатайствовать о реституции переходит к его наследникам, а, вместе с тем, к ним же косвенно переходит и право на принятие открывшегося в пользу их наследодателя наследства. То же самое установлено и на тот случай, когда призванное лицо не утратило до момента смерти возможности принять наследство (напр., завещатель установил для этого 3-месячный срок, а призванное лицо умерло, не приняв наследства, не после, а до истечения этого срока), раз только это лицо при жизни не сделало заявления о принятии наследства благодаря такому обстоятельству, которое само по себе может служить основанием для реституции (напр., оно не узнало о своем призыве вследствие *absentia rei publicae causa*).

II. *Transmissio Theodosiana*. Феодосий II постановил, что если в завещании наследником назначен нисходящий родственник, то, хотя бы он умер до вскрытия завещания, право на принятие наследства должно перейти к его нисходящим, дабы последние не были лишены наследства своего деда.

III. *Transmissio Justiniana*. Юстиниан вообще постановил, что если призванный по наследству умрет раньше истечения года с того времени, когда он узнал об открытии наследства, - право на принятие наследства переходит (в пределах этого срока) к его наследникам. Напр., А назначил наследником В, тот умирает через 6 месяцев после того, как узнал об открытии наследства, тогда наследники этого В в течение 6 месяцев могут еще изъявить желание приобрести открывшееся в пользу В наследство. Если призванное лицо не узнало вовсе о своем призыве, то годичный срок считается со дня смерти его (спорно, ср. Виндшейд, ук. соч., III, 600).

IV. Особняком стоит так назыв. *transmissio ex capite infantiae*. Сушность ее заключается в том, что если наследником назначен *infans*, который умрет раньше, чем наследство будет приобретено, то право на принятие такого наследства переходит к отцу малолетнего, безотносительно к тому, состоял ли ребенок под его властью или нет.

Глава III. Предмет приобретения

360. Общие положения

Можно только принимать или отклонять наследство в полном объеме, в котором данное лицо является призванным, дробление не допускается. Отсюда источники делают тот вывод, что кто принял часть того, что ему предназначено, считается принявшим все, к чему он был призван, ср. 1. 10 D. de acqu. her. 29, 2: *si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse*. - То же самое имеет место в том случае, если кто-нибудь самостоятельно имеет получить несколько долей из данного наследства, напр., лицо назначено в одной части наследником прямо, а в другой - в качестве субститута, ср. 1. 80, 1. D. eod. 29, 2: *adeundo unam portionem omnes adquireo, si tamen delatae sint*. - С другой стороны, отказ от части равносильен отказу от всего.

361. В частности, о праве приращения (*jus accrescendi*)

I. В основе права приращения лежит тот принцип, что тот, кто призван быть наследником хотя бы в части, считается *eventualiter* призванным получить все наследство.

Сушность права приращения заключается в том, что тот, кто в части стал наследником, *ipso jure* приобретает и те наследственные доли, которые освободились вследствие отпадения других лиц, призванных наряду с ним в качестве наследников по закону или завещанию. - При этом предполагается, что никто другой не стал на место выбывшего ни в силу трансмиссии, ни в силу субституции, ни по началам индигнитета.

Право приращения не зависит от воли ни наследодателя, ни наследников, а наступает, раз условия его налицо, *ipso jure*. Поэтому наследник, раз он принял основную, причитающуюся ему часть наследства, по общему правилу, не может отказаться от получения дополнительных долей, переходящих к нему *jure accrescendi*. С другой стороны, в случае смерти его право приращения в соответствующем объеме переходит к его наследникам (*portio portioni accrescit*).

II. Что касается подробностей, то следует заметить, что приращение происходит пропорционально размеру отдельных наследственных долей. - Для лиц, которые вместе призваны получить одну какую-нибудь часть наследства, установлено специальное право приращения; при наследовании по завещанию в таком положении находятся *heredes conjuncti*, при наследовании по закону - лица, наследующие вместе одну часть по началам поколенного или полинейного раздела (*in stirpes* или *in lineas*).

Юридические последствия приобретения наследства*(184)

Глава I. Юридическое положение наследника

362. Общие положения

Наследник с момента приобретения наследства становится на место наследодателя. К нему непосредственно переходят все права последнего, не имеющие строго личного характера. Владение, однако, не переходит к нему, а должно быть заново приобретено им. Он несет ответственность за долги наследодателя. Существовавшие до того времени обязательственные отношения между наследником и наследодателем погашаются *per confusionem*. За всем тем тот факт, что некогда наследственная масса составляла одно самостоятельное целое, может оказать, при известных условиях, влияние и на последующую судьбу этой массы. Так, кредиторы наследственной массы, при известных условиях, могут требовать выделения этой массы из собственного имущества наследника, так назыв. *beneficium separationis*. Дело в том, что наследником может быть несостоятельный должник, и в таком случае кредиторы наследственной массы рискуют не получить полного удовлетворения, раз с ними стали бы конкурировать кредиторы самого наследника. Поэтому им и предоставляется просить о сепарации, с тем, чтобы получить предпочтительное удовлетворение из наследственной массы. Такая просьба может быть заявлена каждым из кредиторов наследственной массы в течение 5 лет со времени приобретения ее наследником. Сепарация имеет место на основании судебного декрета. Наследственная масса сохраняет далее известное самостоятельное значение и в том случае, когда наследник воспользуется так называемым *beneficium inventarii*. Этот бенефиций был введен только Юстинианом.

363. *Beneficium inventarii*

До Юстиниана наследник безусловно отвечал за долги наследодателя не только в пределах наследственного актива, но и собственным имуществом. Юстиниан постановил, что если наследник своевременно составит опись наследственной массы, то он отвечает за долги ее лишь в пределах актива наследства.

Эта льгота и называется *beneficium inventarii*.

В частности, требуется, чтобы наследник приступил к составлению описи не позже 30 дней после того, как он узнал об открытии наследства, и окончил опись в течение следующих за этим 60 дней. При составлении описи должны присутствовать проживающие на месте кредиторы наследственной массы, или легатарии, а при отсутствии их 3 свидетеля. При этом возникает такой вопрос. Отвечает ли наследник только одними наследственными объектами пред кредиторами наследственной массы (*cum viribus hereditatis*) или же взыскание может быть обращено и на его собственное имущество, с тем, однако, чтобы общая сумма, которая может быть взыскана с него, не превышала стоимости наследственного актива (*pro viribus hereditatis*)? Юстиниан принял последний принцип. Современная практика, однако, высказывается за первый принцип, конечно, гораздо более удобный для наследника.

Далее спрашивается, обязан ли наследник при удовлетворении кредиторов наследственной массы обращать внимание на привилегированное положение кредитора (напр., заботиться сначала об удовлетворении кредиторов по залогу, затем хирографических, наконец, легатариев) или же нет? Юстиниан освободил наследника от такой обязанности проверки предъявляемых требований: наследник может удовлетворять кредиторов в том порядке, в каком они являются к нему: *et eis satisfaciunt, qui primi veniant creditores*. Но если он удовлетворил вследствие этого легатариев раньше кредиторов наследственной массы, последние могут кондиционировать полученное у первых.

364. Отношения между сонаследниками

Общие положения. При наличности нескольких сонаследников отдельные реальные объекты приобретаются ими *pro partibus indivisis*. Следовательно, в этом отношении между

ними возникает имущественная общность. Это применяется не только к тем случаям, когда эти объекты переходят к ним на праве собственности, но и в том, когда на эти объекты существует другое делимое вещное право, как-то *superficies* или *emphyteusis*. В первом случае возникает *condominium pro partibus indivisis*, во втором - *consuperficies pro partibus indivisis* и т. д. Каждый из сонаследников может самостоятельно распоряжаться своей идеальной частью и может требовать раздела. Что касается наследственных требований и долгов, то эти *nomina ipso jure divisa sunt*, если только требование или долг сами по себе способны к разделу; в противном случае (если имеется неделимое требование или долг) возникает солидарное требование или солидарный долг сонаследников.

Раздел наследства. Раздел наследства может иметь место по договорному соглашению между сонаследниками. Если таковое не состоится, то каждый из сонаследников может требовать раздела судебным порядком. Для этого существует *actio familiae ergiscundae*. Если возникает спор по вопросу о том, состоит ли истец сонаследником, то прежде всего должен быть выяснен этот пункт. При разделе суд должен стремиться к возможному улаживанию конфликтов и провести *id, quod omnibus utilissimum erit*. Суд при этом может прибегнуть к *adjudicationes*, т. е. он может присудить, напр., данный объект одному из наследников, обязав его вознаградить остальных известной суммой денег и т. д.

Глава II. Иски наследника и против наследника

365. *Hereditatis petitio*

Иск о наследстве, или *hereditatis petitio*, есть виндикация наследства со стороны наследника. Истцом является наследник или тот, кто занимает положение наследника (напр., фиск по отношению к выморочному имуществу). Ответчиком является тот, кто владеет наследством *pro herede* или *pro possessore*. *Pro herede* владеет тот, кто сам себе приписывает право наследства. *Pro possessore* владеет тот, кто владеет, не указывая ни на какое основание своего владения. Если же кто-нибудь указывает на какой-нибудь сингулярный титул своего владения, напр., утверждает, что он купил вещь у наследодателя или получил ее в дар, то к нему должен быть предъявлен соответствующий сингулярный иск, напр., виндикация, *actio negatoria* и т. п. Кроме того, отвечают еще в качестве ответчиков, так назыв. *ficti possessores*, невладельцы, которые умышленно выдали себя за владельцев или умышленно перестали быть владельцами (*qui liti sese obtulit* и *qui dolo malo desiit possidere*).

Истец должен доказать: а) свое право наследования; б) владение противника *pro herede* или *pro possessore*, или наличность условий *ficta possessio*. Объектом иска является наследство, поскольку таковым владеет ответчик. Владение при этом понимается в самом широком смысле, обнимая все вообще случаи, в которых кто-либо наследнику не выдает или отказывается выдать то, что принадлежит наследнику. Соответственно с этим подлежат выдаче не только телесные объекты, входящие в состав наследственной массы на праве собственности или ином каком-нибудь праве (ср. 1. 18 2 D. de H. P. 5, 3: *placuit universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive jura, sive corpora sint*), но и то, что ответчик в качестве должника наследственной массы обязан доставить (ср. 1. 13 15 eod.: *item a debitore hereditario quasi a juris possessore* (sc. *hereditas peti potest*), далее то, что приобретено на капиталы наследственной массы (ср. 1. 20 pr. eod.: *ea, quae hereditatis causa comparata sunt*), а также то, что выручено от продажи наследственных объектов и от аналогичных операций (ср. 1. 16 1 eod. - *pretia rerum hereditariarum*), наконец, выгоды, извлеченные из наследственных вещей.

Senatusconsultum Iuventianum установило важное различие в пределах ответственности добросовестного и недобросовестного наследовладельца. Недобросовестные наследовладельцы отвечают за все, что они получили и чего недостает по их *dolus* и *culpa* со времени завладения ими наследственными объектами. Добросовестный наследовладелец отвечает только в пределах своего обогащения и лишь со времени начала иска за *dolus* и *culpa* (недобросовестный ответчик с этого времени отвечает и за *casus*). - Что касается *jus*

retentionis propter impensas, то добросовестный ответчик имеет право удержания: по поводу всех издержек, произведенных до предъявления иска, а со времени предъявления иска - по поводу необходимых и полезных издержек; недобросовестный ответчик - по поводу необходимых и полезных издержек, однако, non aliter, quam si res melior sit.

366. Сингулярные иски наследника и против наследника

Наследник может предъявить соответствующие сингулярные иски в качестве собственника, кредитора и т. д. против лиц, ссылающихся на *titulus singularis*. Кредиторы наследственной массы в случае спора о наследстве между несколькими претендентами могут обратиться за взысканием на любого из них. Если присужденному к уплате впоследствии будет отказано в признании его наследником, то он может требовать возмещения уплаченного от настоящего наследника.

Глава III. Провизорный ввод во владение наследством

367. Провизорный ввод (презумтивного) наследника

В чистом римском праве для этой цели служили два средства: 1) *interdictum quorum bonorum*. Этот иск мог быть предъявлен только преторским наследником по предварительном испрошении *bonorum possessio*. Он носит, по крайней мере в юстиниановском праве, суммарный характер в том смысле, что от истца требуется только доказать факты, которые *prima facie* делают вероятным его утверждение, что он наследник; в таком случае он может требовать выдачи телесных объектов из наследственной массы, находящихся во владении ответчика, - *possessor pro herede* или *pro possessore*; однако последний этим не лишается возможности, в свою очередь, предъявить к своему противнику петиторный иск - *hereditatis petitio*. 2) Так назыв. *missio Hadriana* (или *remedium ex lege ultima de edicto Divi Hadriani tollendo*, 1.3. Cod. 6,33). На основании этого постановления допускался временный ввод в владение лица, представившего безукоризненное с внешнего вида завещание, - *testamentum quod prima figura sine omni vituperatione appareat*. В практике современного римского права оба эти средства слились в один институт, ср. Виндшейд, ук. соч., III, 617.

368. Остальные случаи

1) *Bonorum possessio ventris nomine*, ввод неродившегося наследника. От имени не родившегося еще наследника, находящегося в утробе, мать его может потребовать провизорного ввода во владение эвентуальным наследством, с тем, чтобы получать из наследства алименты впредь до разрешения ее от бремени. Для управления наследственной массой назначается обыкновенно особый *curator*. 2) *Bonorum possessio ex edicto Carboniano*. Указанный эдикт имеет в виду тот случай, когда малолетний (*impubes*) отыскивает наследство в качестве ребенка наследодателя и когда существует спор о том, происходит ли он от наследодателя. В таком случае, раз только утверждение, что малолетний происходит от наследодателя, не представляется безусловно неправдоподобным, спор о происхождении его откладывается до достижения им *pubertas*, и он до этого времени, под условием представления обеспечения, провизорно вводится во владение наследством. 3) *Bonorum possessio furiosi nomine*, ср. выше 355. 4) Наконец, лицо, условно назначенное наследником, может добиться до наступления условия провизорного ввода во владение наследством, ср. выше 332, II.

Учение об отказах и *mortis causa capiones(185)**

Глава I. Понятие, виды, история и способы установления отказов

369. Понятие, виды и история отказов

1) Отказ есть одностороннее распоряжение на случай смерти, которое доставляет третьему лицу право на известную имущественную выгоду на счет наследственной массы. Объектом отказа могут служить не только отдельные имущественные блага, но и вся наследственная масса или часть ее. В зависимости от этого различают отказы в тесном смысле, или сингулярные отказы, и так назыв. универсальные фидеикомиссы. О последних мы поговорим отдельно, а пока рассмотрим только отказы в тесном смысле. Отказы возникают исключительно по доброй воле наследодателя; не существует отказов по закону (в параллель наследованию по закону). Сингулярные отказы сами по себе доставляют только выгоды, не обременяя приобретателя никакими определенными обязанностями. Впрочем, наследодатель может возложить на лицо, которому он предназначил отказ, известные обязанности, напр., может обязать его передать объект отказа по истечении определенного срока другому лицу, и т. д. - 2) Отказ всегда сообщает приобретателю его непосредственное вещное или личное право на отказанное благо. Поэтому нельзя считать отказом так назыв. *conditionis implendae causa datum*. Напр., А назначает наследником В, если он уплатит С 1 000 р. Это не есть отказ в пользу С, ибо С не имеет права требовать уплаты от В, напротив, от В зависит или уплатить эту сумму С и принять наследство, или не уплатить ее и тем отказаться от наследства. Равным образом, нельзя считать получателем отказа лицо, которое хотя и извлекает выгоду из него, но не имелось в виду наследодателем. Напр., А поручает наследнику В уплатить долги С; очевидно, кредитор лица С не может быть признан получателем отказа, ибо А имел в виду не его, а именно С.

В римском праве последовательно сложились две формы отказов: древнейшую форму отказов составляют легаты. Легаты устанавливались *verbis imperativis* и могли быть установлены только в завещании; различались четыре вида легатов: *legatum per vindicationem*, *per praesceptionem*, *per damnationem* и *sinendi modo*. Первые две формы легата сообщали легатарии непосредственное вещное право на отказанный объект; остальные две формы сообщали легатарии только личное право требования против наследника. Наиболее выгодной формой считался *legatum per damnationem*, ибо хотя легатарий и приобретал только личное право, но зато объектом такого отказа могло служить всякое имущественное благо. При Нероне даже вышел особый сенатусконсульт, *S.C. Neronianum*, в котором предписывалось, чтобы всякий отказ, недействительный в качестве *legatum per vindicationem*, *per praesceptionem* или *sinendi modo*, был рассматриваем как *legatum per damnationem*.

В начале императорского периода получила признание новая форма отказов - *fideicommissa*. Это были неформальные отказы, которые устанавливались *verbis precativis* и могли быть установлены не только в завещании, но и в кодицилле; первоначально исполнение такого отказа составляло только нравственную обязанность наследника, но при Августе за ними было признано и юридическое значение. Однако фидеикомиссы, в отличие от легатов, всегда порождали только личное притязание против обязанного лица. Юстиниан слил оба вида отказов, так что в юстиниановском праве существует только один тип сингулярных отказов.

370. Способы установления отказов

В юстиниановском и позднейшем праве всякий отказ может быть установлен: 1) в завещании; 2) в кодицилле; 3) в форме так назыв. просительного фидеикомисса. Именно наследодатель может непосредственно сообщить наследнику или вообще тому, на кого он возлагает исполнение отказа, что он желает оставить такому-то такой-то отказ. Такое неформальное назначение отказа может быть доказано заинтересованным лицом только одним путем, - такое лицо должно принести присягу, что оно убеждено в правоте своего дела

(*juramentum calumniae*); ответчик может добиться отказа в иске, если в свою очередь подтвердит присягой, что наследодатель ничего ему о таком отказе не говорил, ср. 1. 32 Cod. de fideic. 6, 42, 12 J. de fid. her. 2,23.

Глава II. Субъект отказов

371. Общие положения

Каждый отказ предполагает наличие трех субъектов: наследодателя, который назначает отказ, получателя отказа и, наконец, обязанного лица. 1) Оставлять отказы может всякий, кто имеет завещательную право- и дееспособность. 2) Получателем отказа может быть всякий, даже будущее лицо на случай его появления, а также юридические лица без специальных ограничений. В частности, отказ может быть оставлен и наследнику. Такой отказ называется прелегатом (напр., А назначает наследниками В и С и, кроме того, отказывает В свой дом), ср. ниже 372. Далее, один и тот же объект может быть отказан нескольким лицам (я отказываю свой дом В и С). В таком случае *in dubio* предполагается, что такие коллегатары имеют право на равные части. 3) Что касается обязанного лица, то таковым может быть всякий, кто что-либо получит от наследодателя, чего тот мог и не оставлять ему. В частности, обязанными лицами могут быть наследники по завещанию и закону; фиск, поскольку он занимает положение наследника; легатарии; лица, одаренные *mortis causa* и получившие что-либо *conditionis implendae causa*, а также наследники всех этих лиц (так, напр., наследодатель может отказать свой дом лицу А, вместе с тем обязав его по истечении 10 лет переуступить этот дом лицу В; очевидно, А в данном случае, с одной стороны, является получателем отказа, а с другой - обязанным лицом). Если наследодатель оставил отказ, не указав специально, кто должен его исполнить, то *in dubio* обязанным лицом считается наследник. При наличии нескольких сонаследников каждый *in dubio* считается обязанным лицом *pro rata parte*.

372. В частности, о прелегатах

О прелегате говорят тогда, когда отказ оставлен наследнику. Различают прелегаты в широком и тесном смысле. 1) Под прелегатами в широком смысле понимают такие отказы в пользу данного наследника, которые возложены лично на сонаследников его или на какое-нибудь третье лицо (напр., я назначаю наследниками сына и дочь, с тем, чтобы сын выдал дочери сверх того, что ей причитаются как наследнице фамильные бриллианты). Юридически этот вид прелегата ничем не отличается от обыкновенного отказа. 2) Прелегат в тесном смысле есть такой отказ в пользу данного сонаследника, который возлагается на всех сонаследников как таковых (напр., я назначаю А, В, С наследниками и вместе с тем отказываю А мой дом). Его особенность заключается в том, что в числе обязанных лиц в качестве одного из сонаследников состоит то лицо, в пользу которого состоялся отказ. В этих пределах прелегат считается недействительным, ибо *heredi a semet ipso legari non potest*, и прелегатар получает соответствующую долю отказа (напр., в данном примере 1/3 часть его) уже не *jure legati*, а *jure hereditario*. Это имеет в различных отношениях практическое значение, в частности, напр., в деле исчисления *quarta Falcidia*, ср. подробности у Дернбурга. *Pandekten*. Т. III. 115-116.

Глава III. Содержание отказов

373. Общие положения

1) Предметом отказа может служить всякое имущественное благо, напр., телесные вещи, сервитутные и иные вещные права, обязательственные требования всякого рода.

Недействительными считаются лишь отказы, направленные на нечто безнравственное или недозволенное, равным образом, по общему правилу, отказы, направленные на нечто объективно невозможное. 2) Что касается условий действительности отказов, то в общем действуют те же начала, которые установлены и для назначения наследника. В частности, что касается влияния мотивов, в особенности заблуждения, то наличность этого момента делает отказ оспоримым, раз может быть установлено, что *alias legaturus non fuisse*, ср. 1. 72, 6 D. de cond. 35,1: *falsam causam legato non obesse verius est., quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*; то же следует сказать относительно принуждения. - Из-за предосудительного характера мотивов считаются недействительными каптаторные отказы. 3) Добавочные распоряжения допускаются при отказах без ограничений; постановления о *cautio Muciana* применимы и к ним; невозможные и безнравственные условия и здесь считаются *pro non scripto*. 4) Недействительный с самого начала отказ не становится действительным в случае последующего отпадения основания недействительности. Это правило (так назыв. *regula Catoniana*) не распространяется на условные отказы.

374. О субституциях при отказах

При отказах встречается как прямая, так и фидеикомиссарная субституция. 1) Прямая субституция есть условное назначение отказа другому лицу на случай, если бы первый, которому предназначен отказ, не приобрел его, ср. 1. 50 D. de leg. II, 31: *ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis*. 2) Фидеикомиссарная субституция, или так назыв. *substitutio precaria*, состоит в том, что на первоначального отказополучателя, в свою очередь, возлагается обязанность передать полученное или часть его, безусловно или под известным условием, или по истечении известного срока и т. п., третьему лицу, от которого отказ и дальше может опять перейти к новому лицу, и т. д. (ср. напр., 1.36 1 D. de cond. 35,1). Такие отказы называются преемственными (*successive Vermdchthisse*). - Особую разновидность их составляют так назыв. семейные фидеикомиссы (*fideicomissa familiae relicta*), имеющие целью сохранить данный объект (напр., участок или дом) навсегда за данной семьей; в этих видах устанавливается, что объект отказа преемственно переходит от одного лица к другому с тем, что каждый новый преемственный получатель отказа непременно должен быть членом данной семьи. (Ср. подробности у Виндшейда. Указ. соч. Т. III. 637.)

Глава IV. Приобретение и уничтожение отказов

375. Приобретение отказов

I. Окончательное приобретение отказа обуславливается приобретением наследства со стороны наследника. Но между смертью наследодателя и приобретением наследства со стороны наследника может пройти довольно много времени. Требуется, чтобы получатель отказа непременно сам дожил до последнего момента, представлялось не вполне удобным, ибо наследник в таком случае намеренно мог бы оттягивать приобретение наследства, чтобы освободиться от обязанности исполнить отказ. Ввиду этого признали нужным различать два момента: *dies legati cedens* и *dies legati veniens*. Первый момент: *dies legati cedit* совпадает, по общему правилу, с моментом смерти наследодателя. С этого момента возникает надежда на приобретение легата в будущем, если только самое наследство будет приобретено наследником. От легатария требуется только, чтобы он дожил до этого момента. С этого времени его эвентуальное право на получение отказанного объекта переходит к его собственным наследникам. Другими словами, не требуется, чтобы сам легатарий дожил до момента приобретения наследства наследником, а требуется только, чтобы он пережил своего наследодателя. Из этого правила установлены два исключения: а) первое касается тех случаев, когда имеется налицо строго личный отказ, напр., отказ права узуфрукта или другого личного сервитута; б) второе имеет место, если оставлен условный

отказ; в таком случае требуется, чтобы легатарий дожил до момента наступления условия. Второй момент: *dies legati venit* совпадает с моментом приобретения наследства наследником. С этого момента простая надежда на приобретение отказа переходит в действительность, становится неоспоримым фактом.

II. В связи с этим возникает такой вопрос: приобретает ли легатарий отказ с момента приобретения наследства наследником *ipso jure* или же от него требуется еще особое заявление о принятии отказа? Сабинианцы высказывались в пользу первой альтернативы, а прокулианцы - в пользу второй. Юстиниан стал на сторону сабинианцев. Итак, в юстиниановском праве отказ приобретается *ipso jure*. Но, конечно, легатарий имеет *jus repudiationis*, т. е. право отказаться от принятия легата. В последнем случае дело рассматривается так, как будто отказ никогда не был приобретен им.

III. Если нескольким лицам отказан один и тот же объект, то в случае отпадения одного из них возникает вопрос: приобретают ли остальные коллегатары освободившуюся часть *jure accrescendi*? Разрешение этого вопроса зависит от истолкования воли наследодателя, причем были установлены некоторые презумпции, ср. подробности у Arndts. Pandecten 12. 556.

376. Уничтожение отказов

Отказ прежде всего теряет силу, если отпадает завещание или кодицилл, в котором он установлен. Впрочем, если даже завещание как таковое должно быть признано недействительным, то отказы все-таки остаются в силе, если завещатель включил в завещание *clausula codicillaris* и если имеются налицо условия действительности кодицилла. То же самое имеет место в конечном результате и тогда, когда отпадение завещания вызвано обманным образом действия наследника, отказывающегося от наследства с тем, чтобы доставить его себе или другим свободным от отказов. Кроме того, отказ теряет силу: 1) если лицо, которому предназначался отказ, умрет до наступления *dies cedens*; 2) если отпадает обязанное лицо (напр., наследник) без замены его другим, т. е. без возложения его обязанностей по выдаче отказов на следующего за ним; такая замена, по общему правилу, имеет место, когда на место первоначального наследника становится трансмиссар, субститут или сонаследник, приобретающий *jure accrescendi*, то же имеет место и в случае перехода наследства к фиску; то же применяется по аналогии и к тем случаям, когда обязанным лицом является не наследник, а легатар; 3) если уничтожится объект отказа; 4) если наследодатель объявит отказ уничтоженным. Такое заявление может быть сделано неформально.

Глава V. Юридическое положение легатария и ограничения свободы отказов

377. Юридическое положения легатария

1) В до-юстиниановском праве получатель отказа в зависимости от формы отказа приобретал либо вещное, либо личное право на отказанный объект. Юстиниан установил, что легатарий во всех случаях приобретает одновременно и вещное, и личное право на оставленные ему объекты. При этом, конечно, предполагается, что отказана телесная вещь, принадлежавшая самому наследодателю на праве собственности, ибо если была отказана чужая вещь или обязательственное требование (*poten*), то, понятное дело, легатарий не мог приобрести всякого права. 2) Обязанное лицо в качестве должника отвечает перед отказоприемателем за *omnis culpa*, если же оно не сохраняет никакой выгоды после исполнения распоряжения, то только за *dolus* и *culpa lata*, ср. 1. 108 12 D. de leg. 1, 30. 3) Если данный объект отказан условно или со включением срока, или если по другим причинам легатарий не может получить его сразу, то он может требовать представления обеспечения - *cautio*. Если наследник не представлял обеспечения, то легатарий мог испросить у претора ввод во владение наследственной массой, так назыв. *missio in bona legatorum servandorum causa*. В современном праве вместо *missio* практикуется наложение

секвестра на наследственную массу. В заключение надо заметить, что легаты, конечно, действительны лишь постольку, поскольку актив наследства превышает его пассив.

378. Ограничения свободы отказов

Первоначально наследодатель пользовался безграничной свободой отказов. С течением времени, однако, был установлен ряд ограничений в интересах наследника. Сначала *lex Furia testamentaria* определила, что отдельные отказы не должны превышать суммы в 1000 ассов. *Lex Voconia* видоизменила этот принцип; в ней постановлено, что ни один легатарий не должен получать больше того, что получит наследник. Наконец, была издана *lex Falcidia*. По этому закону наследник имеет право удержать четвертую часть своей наследственной доли, свободной от отказов (так. назыв. *quarta Falcidia*). Поскольку отказы нарушают эту норму, они считаются недействительными. Правило это, установленное сначала только по отношению к легатам, впоследствии было распространено и на фидекомиссы, и другие виды сингулярных распоряжений на случай смерти, как-то: *mortis causa donationes* и *conditionis implendae causa imposita*. Ср. подробности исчисления *quarta* у Дернбурга. *Pandekten*. Т. III. 101.

В этом виде эти постановления перешли в юстиниановское право. Юстиниан, однако, в Новелле I лишил постановления *quarta Falcidia* характера обязательных норм и сохранил за ними только значение диспозитивных норм. Именно он предоставил наследодателю право постановить, что установленные им отказы не должны подлежать редукции.

Глава VI. Универсальный фидеикомисс

379. Понятие и история

Выше было замечено, что объектом фидеикомисса могли служить не только отдельные объекты, но и вся наследственная масса или часть ее. Другими словами, наследодатель мог поручить наследнику выдать все наследство или часть его (тотчас же, или по истечении определенного срока времени, или в случае наступления известного условия) третьему лицу. Первоначально такой универсальный фидеикомисс подчинялся тем же началам, как и обыкновенные отказы. Это приводило на практике к весьма серьезным затруднениям. Наследник обязан был передавать и цедировать универсальному фидеикомиссарии весь наследственный актив, а, между тем, продолжал отвечать пред кредиторами наследственной массы, так как он все-таки оставался формально наследником. Конечно, он имел право регресса против универсального фидеикомиссария; с этой целью между тем и другим заключались даже особые *stipulationes quasi emptae venditae hereditatis* (если выдаче подлежало все наследство), или *stipulationes partis et pro parte* (если выдаче подлежала часть наследства), но все это не ограждало его в достаточной степени.

Положение дел коренным образом изменилось при Нероне благодаря изданию *Senatusconsultum Trebellianum*. Этот сенатусконсульт предписывал, что раз наследник (*heres fiduciarius*) переуступил наследство фидеикомиссарии, то он с этого времени уже не отвечает за долги наследственной массы и не может требовать уплаты от должников ее, а то и другое право переходит к фидеикомиссарии, который, таким образом, был облечен правами наследника. Эти постановления были дополнены другим сенатусконсультом - *SC. Pegasianum*. В нем было поставлено: а) что если непосредственный наследник добровольно примет наследство, то он имеет право удержать ? часть наследства; б) если он не пожелает приобрести наследства, с тем, чтоб таким путем лишиться такового и фидеикомиссария, то он может быть принужден к принятию наследства (чего до тех пор нельзя было сделать); он, в таком случае, теряет право на удержание ? части наследства, и все права и обязанности наследника переходят к универсальному фидеикомиссарии. Юстиниан слил постановления обоих сенатусконсультов.

380. Установление, субъекты и объекты универсального фидеикомисса. Цель этого института

Универсальный фидеикомисс устанавливается подобно всякому отказу: а) либо в завещании; б) либо в кодицилле; с) либо в форме просительного фидеикомисса.

Субъектами его являются, как и при других отказах, три лица: наследодатель, лицо, которому предназначен универсальный фидеикомисс, и лицо, на которое возложено исполнение его. Но только (в отличие от обыкновенных отказов) обязанным лицом может являться исключительно универсальный преемник наследодателя, след., главным образом, - наследники по завещанию и наследники по закону. Равным образом можно обязать и самого универсального фидеикомиссария передать наследство другому лицу; другими словами, возможно установление последовательного ряда универсальных фидеикомиссов. Например, я назначаю наследником А и обязываю его передать наследство через 3 года В, а В обязываю передать его через новые 5 лет С. и т. д. Объектом универсального фидеикомисса является все наследство или часть его. Цель установления универсальных фидеикомиссов обыкновенно заключается в том, что наследодатель желает доставить одному лицу (фидуциарному наследнику) доход от наследственной массы в течение определенного срока времени, а другому (фидеикомиссарному наследнику) самую субстанцию наследства. Фактически допущением универсальных фидеикомиссов было упразднено старинное правило: *semel heres, semper heres*, в силу которого не допускалось назначение наследника на срок.

381. Юридические отношения до реституции

До реституции наследства действуют в общем те же правила, как и по отношению к обыкновенным отказам. Это относится в особенности к способу приобретения универсального фидеикомисса. И тут различаются *dies cedens* и *dies veniens*, или, иначе, от универсального фидеикомиссария требуется только, чтобы он дожил до *dies cedens*, т. е. до момента смерти наследодателя или до наступления условия, - с этого времени право на приобретение универсального фидеикомисса переходит к его наследникам. Что касается второго момента, *dies veniens*, то особенность здесь в том, что *heres fideicommissarius* при известных условиях может судебным порядком принудить *heres fiduciarius* к принятию наследства. - Засим, фидеикомиссар во всяком случае до реституции приобретает только личное право требовать реституции наследства, но он не приобретает до этого момента соответствующих вещных прав, и, в частности, права собственности на отдельные телесные вещи, входящие в состав наследства. Напротив, до реституции *heres fiduciarius* один считается наследником и пользуется всеми правами такового. Однако он не имеет права отчуждать наследственные объекты без согласия фидеикомиссария, если наследодатель прямо не дал ему этого права. С другой стороны, *jura in re aliena*, равно как обязательственные отношения, существовавшие между фидуциаром и наследодателем, прекращаются на общем основании *per confusionem*, однако с момента реституции наследства эти отношения восстанавливаются вновь. - Фидуциар отвечает пред фидеикомиссарием только за *diligentia, quam suis rebus adhibere solet*.

382. Вступление универсального фидеикомиссария в права наследства

Обыкновенно фидеикомиссарий вступает в права наследника на основании добровольной реституции наследства со стороны фидуциария. Такая реституция происходит на основании договора, заключаемого между фидуциарием и фидеикомиссарием. Для этого достаточно простое заявление фидуциара о том, что он переносит наследство; реальная передача необязательна, *ср. 1. 38 D. ad Sc. Treb. 36,1. Restituta hereditas videtur aut re ipsa: sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistolam vel per nuntium restituat, audietur*. Если фидуциарий добровольно не выдает наследства, он может быть принужден к этому

судебным порядком. Иногда переход совершается прямо по закону, напр., в случае злостного отсутствия фидуциария; далее, в случае, если фидуциар умрет, не оставив наследника, наконец, если первый фидеикомиссар обязан реституировать наследство второму, ср. 1. 7 1 Cod. ad Sc. Treb. 6,49.

383. Юридические отношения после реституции

С момента выдачи наследства универсальный фидеикомиссарий приобретает все права наследства, становится *heres fideicommissarius*. Вместе с тем фидуциарий в соответствующей части перестает быть наследником. Утраченные им *per confusionem* вещные и обязательственные правоотношения восстанавливаются, ср. 1. 75 (73) 1 D. ad Sc. Treb. 36,1.

Если фидуциарий добровольно приобрел наследство, то он имеет право удержать при реституции ? часть наследства за собой (так назыв. *quarta Trebellianica*). Если же его пришлось заставить приобрести наследство, то он этого права не имеет, и все наследство переходит к фидеикомиссарии. Универсальный фидеикомиссарий обязан исполнить легаты, лежавшие до того времени на фидуциарии.

Глава VII. Mortis causa capiones

384. Понятие и главные виды

Под *mortis causa capiones* понимают такие распоряжения на случай смерти, которые не заключаются ни в назначении наследника, ни в оставлении отказов. Главнейшие виды: *conditionis implendae causa impositum*, о чем было уже договорено, и *mortis causa donatio*, дарение на случай смерти.

385. Mortis causa donatio

Дарения на случай смерти суть дарения, которые делаются в том предположении, что одаренное лицо переживает своего дарителя. До этого времени такое дарение всегда может быть взято назад дарителем. Дарение *mortis causa*, как и обыкновенное дарение, совершается на основании договорного соглашения между заинтересованными лицами. Дарения свыше 500 солидов нуждаются в судебной инсинуации. Наряду с этим *mortis causa donatio* может быть облечена и в форму кодицилла; но и здесь требуется принятие дара со стороны одаренного. Дарения такого рода подчиняются многим из тех ограничений, которые установлены для отказов, в интересах кредиторов наследственной массы, наследников и необходимых наследников. С другой стороны, на них распространяются правила о праве приращения, *cautio Muciana*, и т. д. Юстиниан даже выставил принцип, что все вообще постановления о легатах распространяются и на *mortis causa donationes*. Но это не совсем так; напр., эти дарения заключаются *inter vivos*, поэтому от дарителя требовалась только обыкновенная право- и дееспособность, необходимая для сделок между живыми, а *testamenti factio activa*. Кроме того, при дарении *mortis causa* не существует обязанного лица; поэтому для вступления такого дарения в силу не требуется, чтобы наследство было приобретено наследником.

Гримм Д.Д.

*(1) В 1890 г. Г.Д. Гримм окончил Академию художеств и спустя пять лет был уже академиком архитектуры. Впоследствии он получил известность как мастер модерна и так называемого "неорусского стиля". По его проектам возводились церкви (Иоанна Предтечи и

Воскресенская), дома, здания учебных заведений и т.д. В советское время действительный член Академии архитектуры СССР Герман Давидович Гримм проектировал жилые дома для рабочих, преподавал, занимался теорией архитектуры.

*(2) Э.Д. Гримм окончил историко-филологический факультет Санкт-Петербургского университета. С 1894 г. начал читать здесь курс средневековой истории в качестве приват-доцента. В 1896-1899 гг. преподавал историю в Казанском университете. С 1 сентября 1899 г. снова стал работать в Санкт-Петербургском университете. В 1900 г. защитил магистерскую диссертацию, а в 1902 г. - диссертацию на степень доктора всеобщей истории. В 1903 г. стал экстраординарным профессором Санкт-Петербургского университета. В 1907 г. получил здесь должность ординарного профессора. В 1911-1918 года Э.Д. Гримм являлся ректором Императорского Санкт-Петербургского университета. Оставив осенью 1918 года пост ректора, уехал в Крым. Весной 1920 года вошел в состав Крымского правительства, сформированного генералом П.Н. Врангелем. После поражения Вооруженных Сил Юга России отплыл из Новороссийска в Константинополь. Оттуда перебрался в Софию. В 1920-1923 годах являлся профессором Софийского университета. Находясь в эмиграции примкнул к возникшему в среде русских эмигрантов сменовеховскому движению. В 1925 году возвратился в Россию. Работал в Институте востоковедения. В конце 30-х гг. был арестован и осужден по ст. 58 тогдашнего уголовного кодекса РСФСР. Умер в заключении в начале 1940 года.

*(3) Данная работа Д.Д. Гримма вышла в свет тремя выпусками в 1891-1893 годах

*(4) 29 ноября 1893 г.

*(5) См.: Российский государственный исторический архив (далее - РГИА). Фонд 744. Оп. 6. Д. 402.

*(6) См.: Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке в современной доктрине пандектного права. Спб., 1900.

*(7) РГИА. Фонд 733. Оп. 151. Д. 217. Л. 83-91, 129.

*(8) Д.Д. Гримм входил в состав комиссии, разработавшей положение о юридическом факультете Высших Женских курсов. Высочайшее разрешение открыть на курсах юридический факультет было дано 13 мая 1906 года.

*(9) Избрание Д.Д. Гримма деканом состоялось на заседании Совета юридического факультета 25 сентября 1906 года. См.: Протоколы заседаний Совета С.-Петербургского университета за 1906 год. Спб., 1907. С. 157.

*(10) На основании статьи 58 Высочайше утвержденных 23 апреля 1906 года "Основных государственных законов" Государственный Совет должен был образовываться из членов по Высочайшему назначению и членов по выборам. Избрание последних осуществлялось на основании статьи 12 "Учреждения Государственного Совета": "1) от духовенства Православной Российской Церкви; 2) от губернских земских собраний; 3) от дворянских обществ; 4) от Императорской Академии наук и Императорских Российских университетов; 5) от Совета торговли и мануфактур московского его отделения, местных комитетов торговли и мануфактур, биржевых комитетов и купеческих управ". Согласно статье 16 "Учреждения Государственного Совета", Императорская Академия наук и каждый Императорский российский университет избирали по три выборщика из числа ординарных академиков и ординарных профессоров. Съезд этих выборщиков собирался в С.-Петербурге и выбирал из своей среды шесть членов Государственного Совета. На основании статьи 18 "Учреждения..." члены Государственного Совета избирались "сроком на девять лет с тем, чтобы каждые три года одна треть каждого разряда сих членов выбывала в очередном порядке". В 1909 и 1912 годах для определения членов Государственного Совета, подлежащих выбытию, применялся жребий.

*(11) Повод к разработке данного законопроекта дала Е.А. Флейшиц, которая в 1909 году, сдав экстерном экзамены за курс юридического факультета в Петербургском университете и получив диплом юриста, поступила на работу в соответствии с полученной специальностью помощником присяжного поверенного округа петербургской судебной палаты. Когда Елена Абрамовна попыталась выступить в судебном процессе в качестве

адвоката, прокурор отказался вести обвинение и покинул зал судебного заседания, несмотря на то, что суд своим определением признал возможным участие в процессе адвоката-женщины. Министр юстиции И.Г. Щегловитов поддержал прокурора - ненавистника женщин-адвокатов. В запросе, поданном в Правительствующий Сенат, он заявил, что под "лицами, окончившими юридический факультет одного из университетов и имеющими право быть адвокатами, разумелись в русском законе исключительно лица мужского пола". После этого Сенат дополнил статью закона, содержащую перечень лиц, которым запрещалось выступать в качестве представителей сторон на суде, - к несовершеннолетним и невменяемым он добавил лиц женского пола. Предпринятая вскоре после этого попытка провести законопроект о женской адвокатуре через Государственную Думу не увенчалась успехом. Только после того, как в 1913 году в Санкт-Петербурге было создано Общество женщин-юристов, возникла возможность принять в Думе законопроект о праве лиц женского пола выступать в качестве адвокатов.

*(12) Об этом свидетельствуют "Протоколы Центрального комитета Конституционно-демократической партии" (Т. 1. М., 1994. С. 289, 300).

*(13) Там же. С. 303.

*(14) См.: Журнал Министерства народного просвещения. 1911. Ч. 32. С. 41-43.

*(15) Журнал Министерства народного просвещения. 1912. Ч. 37. С. 133.

*(16) Из "дела о службе Гримма Д.Д. 1910-1917", хранящегося в РГИА (фонд 740. Оп. 7. Д. 100), видно, что будучи причисленным к министерству народного просвещения, он состоял в должности товарища министра.

*(17) Гессен И.В. В двух веках. Жизненный отчет // Архив русской революции, издаваемый И.В. Гессеном. Т. XXII. С. 301.

*(18) Приказ о назначении Д.Д. Гримма преподавателем Александровского лицея с 1 сентября 1914 года вышел 9 ноября указанного года.

*(19) Протоколы Совета Императорского Петроградского университета за 1914 г. Пг., 1916. С. 75.

*(20) Там же. С. 82-83. Совет Московского университета еще 25 июля 1914 года решил открыть клинику для раненых и больных воинов. Их лечение должны были обеспечивать приват-доценты медицинского факультета.

*(21) Ильин И.А. Встречи и беседы // Ильин И.А. Собрание сочинений: Письма. Мемуары (1939-1954). М., 1999. С. 328. В то время, когда состоялся приведенный разговор, в Петрограде было уже известно, что созданная Временным правительством 4 марта 1917 года "Чрезвычайная следственная комиссия по расследованию противозаконных действий министров и прочих должностных лиц царского режима" не смогла найти в делах царя и царицы ничего указывавшего на государственную измену или дававшего возможность подозревать их в такой измене.

*(22) Цит. по: Платонов О. Терновый венец России. История русского народа в XX веке. М., 1997. Т. 1. С. 395. О. Платонов называет Д.Д. Гримма в числе масонов. Между тем в масонской литературе имя Д.Д. Гримма фигурирует в списке так называемых "ложных братьев", то есть лиц, которым необоснованно приписывается членство в масонской организации.

*(23) Центральный государственный архив Санкт-Петербурга (далее - ЦГА СПб). Фонд 7240. Оп. 14. Д. 1. Л. 30, 31. Помимо Д.Д. Гримма Совет ходатайствовал о восстановлении на юридическом факультете также правоведов М.Я. Пергамент и И.А. Покровского.

*(24) ЦГА СПб. Фонд 7240. Оп. 14. Д. 11. Л. 13.

*(25) Вместо Э.Д. Гримма ректором 1-го Петроградского университета был избран 17 октября 1918 года профессор А.А. Иванов (ЦГА СПб. Фонд 7240. Оп. 14. Д. 16. Л. 52-54). 31 июля 1919 года ректором будет избран профессор С.А. Жебелев, которого в свою очередь 29 сентября сменит на этой должности профессор В.М. Шимкевич.

*(26) Временное положение о "факультете общественных наук" в составе социально-экономического, исторического, филологического, философского, этнолого-лингвистического и политико-юридического было утверждено наркоматом просвещения 13 сентября 1919 года

(ЦГА СПб. Фонд 7240. Оп. 14. Д. 132. Л. 43-61).

*(27) ЦГА СПб. Фонд 7240. Оп. 14. Д. 16. Л. 133-135.

*(28) По некоторым сведениям Д.Д. Гримма освободили из-под ареста 10 сентября 1919 года.

*(29) О том, что его семья уехала из России еще в 1918 году, Д.Д. Гримм сообщил в анкете, которую его обязали заполнить во время ареста 4 сентября 1919 года.

*(30) Д.Д. Гримм являлся представителем П.Н. Врангеля и в 1921 году. Об этом свидетельствует протокол заседания Совецания членов ЦК партии народной свободы, состоявшегося в Париже 7 марта 1921 года. См.: Протоколы Центрального комитета и заграничных групп конституционно-демократической партии. В 6-ти томах. Т. 4. Протоколы заграничных групп конституционно-демократической партии. Май 1920-июнь 1921 г. М., 1996. С. 216-217.

*(31) В 1893 году его переименовали в Юрьев, а после того, как Эстония получила независимость, данному городу в 1919 году было дано название Тарту, близкое к первоначальному его названию - "Тарбату". Название же Дерпт происходило от имени "Дорпат", которое указанному городу дали завоевавшие его в 1224 году крестоносцы.

*(32) См.: Протоколы Центрального комитета и заграничных групп конституционно-демократической партии. В 6-ти томах. Т. 4. Протоколы заграничных групп конституционно-демократической партии. Май 1920-июнь 1921 г. С. 32. Судя по протоколам заседаний Парижского комитета партии "кадетов" Гримм присутствовал также на заседании 23 ноября, 14 и 16 декабря 1920 года. См.: там же. С. 34, 59, 67.

*(33) См.: там же. С. 95.

*(34) Там же. С. 59.

*(35) Там же.

*(36) Текст записки Милюкова, утвержденной в измененной редакции Парижским комитетом 21 декабря 1920 года единогласно при одном воздержавшемся (Д.Д. Гримме) в качестве мнения Парижского комитета, см.: там же. С. 76-83.

*(37) Там же. С. 61.

*(38) Такая позиция Д.Д. Гримма, которую он отстаивал, открыто выступая с критикой взглядов омасоненных вождей конституционно-демократической партии, служит еще одним косвенным свидетельством того, что он не был масоном.

*(39) См. подробнее о судьбе и творчестве И.А. Ильина: Томсинов В.А. Иван Александрович Ильин (1883-1954). Биографический очерк // Ильин И.А. Теория права и государства (серия "Русское юридическое наследие"). М.: Зерцало, 2003. С. 1-60.

*(40) Ильин И.А. Письмо к Н.Н. Крамарж от 15 мая 1927 года // Ильин И.А. Собрание сочинений: Дневник. Письма. Документы (1903-1938). М., 1999. С. 259.

*(41) Ильин И.А. Встречи и беседы. С. 327.

*(42) В письме к нему от 23 октября 1927 года. См.: Ильин И.А. Собрание сочинений: Дневник. Письма. Документы (1903-1938). С. 203-204.

*(43) Ильин И.А. Собрание сочинений: Переписка двух Иванов (1927-1934). М., 2000. С. 72.

*(44) На заседании Парижского комитета партии народной свободы, состоявшемся 10 марта 1921 года, Д.Д. Гримм был назван членом ЦК партии, находящимся в Финляндии. См.: Протоколы Центрального комитета и заграничных групп конституционно-демократической партии. В 6-ти томах. Т. 4. Протоколы заграничных групп конституционно-демократической партии. Май 1920-июнь 1921 г. С. 222.

*(45) Там же. С. 224.

*(46) Постановление Петроградской губернской ЧК о расстреле заговорщиков по данному делу, было датировано 24-м августа 1921 года.

*(47) Профессор географии Владимир Николаевич Таганцев был сыном выдающегося русского юриста Николая Степановича Таганцева (1843-1923).

*(48) Ведущим фабрикантом этого дела и потому непосредственно ответственным за убийство людей, составлявших цвет русской интеллигенции, являлся чекист Янкель

Шмаевич Соренсон, скрывавшийся под именем и фамилией Якова Сауловича Агранова. Есть серьезные основания полагать, что он был организатором убийства и поэтов Сергея Есенина и Владимира Маяковского.

*(49) Подробнее о Русском юридическом факультете в Праге см.: Государственный Архив Российской Федерации (далее - ГАРФ). Фонд Р-5765. Оп. 4. Ед. хр. 1416 (19211944). В этом архивном фонде хранятся следующие важные документы, отражающие деятельность данного факультета: Устав (1922), Правила приема студентов, протоколы заседаний правления и учебной коллегии факультета (19221933), протоколы заседаний Общества правоведения и общественных знаний, отчеты о состоянии и деятельности Русского юридического факультета в Праге (19221928), программы учебных дисциплин, списки преподавателей, студентов и вольнослушателей. См. также: Томсинов В.А. Правовая мысль русской послереволюционной эмиграции. Статья первая // Законодательство. 2001. N 12. С. 81-82.

*(50) Заявление о своем освобождении от обязанностей декана РЮФ в связи с болезнью Павел Иванович подал еще 5 февраля 1924 года.

*(51) ГАРФ. Фонд 5774. Оп. 1. Д. 11. Л. 24.

*(52) Протокол сессии совета Союза русских академических организаций в Праге, состоявшейся в 1923 году, зафиксировал в числе лиц, которые присутствовали на ней также Д.Д. Гримма (ГАРФ. Фонд 5837. Оп. 1. Д. 71. Л. 72). Кроме того, в ГАРФ хранится предметная книжка профессора РЮФ в Праге Д.Д. Гримма за 1923 год (ГАРФ. Фонд 5765. Оп. 2. Д. 188. Личное дело), его же предметная книжка за 1924 год (ГАРФ. Фонд 5765. Оп. 2. Д. 245. Личное дело), несколько писем, написанных в 1923-1924 годах из Праги.

*(53) В ГАРФ (фонд 5765. Оп. 2. Д. 817. Личное дело) хранится удостоверение профессора Русского Юридического факультета в Праге Д.Д. Гримма, датированное 1928-м годом.

*(54) См., например: Гримм Д.Д. К вопросу о природе владения по римскому праву // Журнал Санкт-Петербургского Юридического общества. 1894. N 8; его же. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм // Журнал министерства юстиции. 1896. N 6; его же. Юридическое отношение и субъективное право // там же. 1897. N 4- 5; его же. К вопросу о связи институтов гражданского права с хозяйственным бытом народа // там же. 1907. N 8; его же. К вопросу о субъектах права // Вестник Права. 1904. N 9-10; его же. К вопросу об объектах права // там же. 1905. N 7- 8 и др.

*(55) Это важное различие теоретических и практических типов совершенно упускается из виду доктриной. Последняя, поскольку она вообще касается этого вопроса, считается исключительно с теоретическими типами. Ср. напр.: Jellinek. Das Recht des modernen Staates. T. I. С. 27 и сл., с. 31 и сл.

*(56) Муромцев. Рецепция римского права на Западе; Modderman. Die Reception des Römischen Rechts / Нем. пер. Schultz'a.

*(57) Название Corpus juris civilis встречается иногда у глоссаторов. Окончательно оно утвердилось со времени издания Дионисием Готофредом Юстиниановских сборников вместе с Новеллами под общим заглавием с. J. с. in IV partes distinctum.

*(58) Ср.: Knyger, Geschichte der Quellen und Litteratur d. Röm. Rechts. С. 332 и сл.

*(59) Надо заметить, что везде, где фрагменты из Дигест или конституции из Кодекса разделены на параграфы, первый параграф цитируется как principium и затем только начинается нумерация: _1, 2 и т. д. То же следует сказать о подразделениях титулов Институций: сначала идет principium, затем _1, 2 и т. д.

*(60) См. подробные указания в пандектных учебниках Арндтса, 2; Вангерова, т. I, 6; Виндшейда. Т. I. 3.

*(61) Ср.: Dernburg. Pandekten. Т. 1. 4.

*(62) Регельсбергер. Pandekten. Т. 1. 6.

*(63) Муромцев. Рецензия. С. 20; Brinz. Lehrbuch der Pandecten. 2 изд. Т. I. С. 30; Regelsberger. Pandecten. Т. I. С. 33 (там же дальнейшие литературные указания).

*(64) Baron. 17; Dernburg. Т. I. 49; Regelsberger. Т. I. _56 и 57; Гримм. К учению о

субъектах прав, в Вестнике права за ноябрь и декабрь 1904 г.

*(65) Baron. 18; Dernburg. Т. I, 50; Regelsberger. Т. I. 58; Wdchter. De partu vivo non vitali.

*(66) Bruns. die Verschollenheit.

*(67) Ср. Baron. Institutionen, с. 13 и сл.

*(68) Подробнее об условиях и пределах ответственности господина за договорные долги рабов говорится в учении о представительстве.

*(69) Baron. Institutionen. С. 29; Regelsberger. Pandecten. Т. I. С. 270.

*(70) Baron. Institutionen. С. 90 и сл.

*(71) Savigny. System des heutigen Römischen Rechts. Т. II. 85 и сл.; Arndts. Pandecten. 41 и сл.; Windscheid. Pandecten. Т. I. 49 и 57-62. Brinz. Pandecten. Т. I. 59-62. Dernburg. Pandecten. 9. Regelsberger. Pandecten. Т. I. _75-93; Суворов. Об юридических лицах по римскому праву (там же дальнейшие литературные указания и критический разбор отдельных теорий).

*(72) Ср. Regelsberger. Pandecten. Т. I. С. 341. - Об юридическом значении будет подробнее говориться в учении об юридических сделках.

*(73) Baron. Institutionen. С. 166 и сл.; Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. Т. II. С. 1-69. Ельяшевич. Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве; Mitteis. Röm. Privatrecht. I. С. 339-416.

*(74) Ср. Карлова. Указ. соч. I- II. С. 64; Leonhard. Institutionen. С. 171, пр. 2.

*(75) Ср. подробности у Карлова. Указ. соч. Т. I. С. 790-794.

*(76) Ср. Regelsberger. Указ. соч. Т. I. С. 310; Dernburg. Pandecten. Т. I. С. 146, пр. 2.

*(77) Ср. указания на судебную практику у Regelsberger'a. Указ. соч. Т. I. С. 311, пр. 25 и с. 312, пр. 26 и 27.

*(78) Ср. Regelsberger. Указ. соч. Т. I. С. 346-351.

*(79) Ср. Windscheid. Pandecten. 7 изд. Т. I. С. 150.

*(80) Ср. Arndts. Pandecten. 48; Unger. System des österreichischen Privatrechts. 4 изд. Т. I. С. 353 и сл.; Regelsberger. Pandecten. Т. I. С. 357 и сл.; Grimm. К учению об объектах прав в Вестнике Права за сентябрь и октябрь 1905 г.

*(81) Другой, конечно, вопрос, не могут ли одни права служить объектом других прав, напр., не может ли право требования служить объектом заложенного права. - Вопрос этот удобнее рассмотреть в связи с изучением залогового права. Там мы увидим, что на него следует дать отрицательный ответ.

*(82) Guppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen.

*(83) Ср. Birkmeyer. über das Vermögen im juristischen Sinne.

*(84) Wappaeus. Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen; Eisele. über das Rechtsverhältniss der respublicae in publico usu.; Regelsberger. Pandecten. Т. I. С. 405-435.

*(85) Ср. Voigt. Römische Rechtsgeschichte. Т. I. С. 146.

*(86) Позднее претор в таких случаях стал признавать за приобретателем преторскую собственность, так назыв. in bonis esse.

*(87) Ср. обзор разных теорий у Danz. Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. Изд. 2. Т. I. С. 207 и сл.; Ср. также Voigt. Указ. соч. С. 428 и сл.

*(88) См. Дербург. Указ. соч. Т. I. С. 158, прим. 5.

*(89) См. мой "Курс римского права". Вып. I. С. 77 и сл.

*(90) См. выше 20.

*(91) Подробности см. в моем "Курсе римского права". Т. I. 13.

*(92) Fitting. Der Begriff der Rückziehung.

*(93) Grimm Д. Основы учения о юридической сделке. С. 93 и сл.

*(94) Savigny. System des heutigen Römischen Rechts. Т. III. Приложение VIII. С. 325 и сл.; Zitelmann. Irrthum und Rechtsgeschdft. С. 319 и сл.; Regelsberger. Pandecten. Т. I. С. 468 и сл.

*(95) Karlowa. Das Rechtsgeschdft und seine Wirkung; Zitelmann. Irrthum und Rechtsgeschdft. Enneccerus. Rechtsgeschdft, Bedingung und Anfangstermin.

*(96) Савиньи. System. Т. III, 116-124; Regelsberger. Pandecten. Т. I. 151. С. 556 и сл.

*(97) См. ниже, 54.

- *(98) Ср. Dernburg. Pandecten. Т. I. 108.
- *(99) Ср. Windscheid. Pandecten. Т. I. 91; Dernburg. Т. I. 111 и 112; Regelsberger. Pandecten. Т. I. 156.
- *(100) Ср. подробности у Дернбурга. Pandekta. Т. I. 114. С. 624.
- *(101) Ср. Regelsberger. Pandecten. Т. I. 159-164; Schlossmann. Die Lehre von der Stellvertretung. 2 тома.
- *(102) Ср. Regelsberger. Pandecten. Т. I. 174-176.
- *(103) Hasse. Die Culpa des Rцmisch. Rechts. 2 изд. 1878. Jhering. Das Schuldmoment im Rцmisch. Privat Recht. Pernice, M. A. Labeo. Т. II; Mitteis. Rцmisches Privatrecht. Т. I. 17.
- *(104) О некоторых исключениях из этого правила будет сказано ниже в учении об обязательственных правах.
- *(105) Regelsberger. Pandecten. Т. I. 191 и сл., С. 678 и сл.
- *(106) Ср. Windscheid. Pandecten. Т. I. 45; Regelsberger. Pandecten. Т. I. 191.
- *(107) Ср. Dernburg. Pandecten. Т. I. 138; Windscheid. Pandecten. Т. I, 47.
- *(108) См. Дернбург. Pandecten. Т. I. 144 и 145.
- *(109) Дернбург. Указ. соч. Т. I. 146-149.
- *(110) О некоторых особых случаях см. Regelsberger. Указ. соч. 183. С. 659 и сл.
- *(111) Дернбург. Указ. соч. Т. I. 150.
- *(112) Дернбург. Указ. соч. Т. I. 151-164.
- *(113) Такое утверждение, конечно, могло быть и ложное, напр., если оно исходило от вора.
- *(114) Юридическое владение таких лиц принято называть производным.
- *(115) Подробнее о possessio juris будет говорено в учении о сервитутах. Там же будет указано на распространение этого понятия на обладателей реальных сервитутов.
- *(116) Ср. также выше 95.
- *(117) Ср. подробности у Пининского. Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. Т. I. С. 188 и сл., 274, 276 и сл.
- *(118) Ср. любопытные рассуждения об этом у Пининского. Указ. соч. Т. I. С. 195 и сл.
- *(119) Bruns. Die Besitzklagen.
- *(120) Иначе Дернбург. Указ. соч. Т. I. 188.
- *(121) Windscheid. Pandekten. Т. I. 167 и сл.; Dernburg. Pandekten. Т. I. 192 и сл.; Graf Pininski. Begriff u. Grenzen d. Eig.-Rechts nach. Rцm. R.
- *(122) Dernburg. Pandekten. Т. I. 195 сл.; v. Seeler. Lehre v. Miteigentum.
- *(123) Dernburg. Pandekten. Т. I. 211 и сл.; Windscheid. Lehrbuch d. R. R. Т. I. 171 и сл.
- *(124) См. подробности у Петражицкого. Права добросовестного владельца на доходы.
- *(125) Sokolowski. Philosophie im Privatrecht. Т. I. 4. С. 69 и сл.
- *(126) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 219 и сл.
- *(127) Bruns. Die Wesen der bona fides bei der Ersitzung.
- *(128) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 224 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 193 и сл.
- *(129) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 256. Windscheid. Указ. соч. Т. I. 198.
- *(130) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 228. Windscheid. Указ. соч. Т. I. 199.
- *(131) Ввиду того, что эти иски могут быть предъявлены не только собственником, но и некоторыми другими лицами, многие ученые исключают их из числа средств защиты права собственности. Однако на практике они чаще всего служат именно средствами защиты собственника, а посему представляется вполне естественным рассматривать их именно в связи с защитой собственности вообще. Ср. Dernburg. Указ. соч. Т. I. 229-234.
- *(132) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 235 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 200 и сл.
- *(133) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 246 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 203 и сл.
- *(134) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 249; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 206.
- *(135) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 250; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 207.
- *(136) Dernburg. Указ. соч. 238 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 290 и сл.
- *(137) Dernburg. Указ. соч. 251-253; Windscheid. Указ. соч. 212 и сл.
- *(138) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 254; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 215-216.

- *(139) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 255, 257; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 217, 163-164.
- *(140) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 258 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 218 и сл.
- *(141) Dernburg. Das Pfandrecht nach Grundsätzen des heutigen R. R. 2 т. 1860-1864; Windscheid. Указ. соч. Т. I. 224 и сл.
- *(142) Дернбург. Указ. соч. Т. I. 292.
- *(143) Sohm. Die Lehre v. Subpignus. 1864.
- *(144) Виндшейд. Т. I. 239. Прим. 16.
- *(145) Brinz. Lehrbuch d. Pandekten, 112, 206-207.
- *(146) Сюда относятся, напр. охрана собственника против чрезмерного шума, творимого соседом, иск узурпатора по поводу вырубки аллеи из *arbores non frugiferae*; далее, из области семейственного права - *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*, *int. de liberis exhibendis et ducendis*, *a. de servo corrupto utilis*; из области права наследования - допущение принуждения (*extraordinaria cognitione* при помощи арбитражных штрафов) к выполнению таких завещательных распоряжений, как назначение наследника с возложением на него обязанности эманципировать своих детей, возносит периодически молитвы у гробницы наследодателя, и т. д.
- *(147) Ср. Windscheid. Указ. соч. Т. II. 250. Прим. 3; Пассек. Неимущественный интерес в обязательстве.
- *(148) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 44-45; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 257-258.
- *(149) Windscheid. Указ. соч. Т. II. 290 и сл.
- *(150) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 69-75; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 292-300.
- *(151) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 4; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 287 и сл.
- *(152) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 6-11; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 305 и сл.
- *(153) Ср. статью Иеринга "Culpa in contrahendo" в *Jahrbücher für Dogmatik*. Т. IV.
- *(154) Windscheid. Указ. соч. Т. II. 314-317; Dernburg. Указ. соч. Т. II. 18.
- *(155) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 20, 21; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 321.
- *(156) Windscheid. Указ. соч. Т. II. 324, 325.
- *(157) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 48-52; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 329-337.
- *(158) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 55; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 342 и сл.
- *(159) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 62 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 348 и сл.
- *(160) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 65-66; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 357-358.
- *(161) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 59-60; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 353 и сл.
- *(162) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 109; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 413-414.
- *(163) Dernburg. Указ. соч. Т. I. 165; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 415 и сл.
- *(164) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 85-89; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 370-373.
- *(165) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 90; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 374 и сл.
- *(166) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 92-93; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 377 и сл.
- *(167) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 115 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 409 и сл.
- *(168) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 94 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 385 и сл.
- *(169) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 110 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 399 и сл.
- *(170) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 124 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 405 и сл.
- *(171) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 138-143; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 412-429.
- *(172) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 76 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 476 и сл.
- *(173) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 5 сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 489-490.
- *(174) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 13-23; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 492-506.
- *(175) Dernburg. Указ. соч. Т. II. 28 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 513 и сл.
- *(176) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 39 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. II. 432 и сл.
- *(177) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 54-65; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 527 и сл.
- *(178) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 66 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 538 и сл.
- *(179) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 76 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 546 и сл.
- *(180) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 93 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 563 и сл.
- *(181) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 128-141; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 569 и сл.
- *(182) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 142-156; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 575 и сл.

- *(183) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 160 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 594.
- *(184) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 167 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 605 и сл.
- *(185) Dernburg. Указ. соч. Т. III. 98 и сл.; Windscheid. Указ. соч. Т. III. 623 и сл.