

Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. –Ленинград:
Из-во Ленинградского ун-та. –1975. –156 с.

Печатается по постановлению Редакционир-
издательского Совета Ленинградского университета

Учебное пособие по римскому частному праву освещает этот предмет в соответствии с учебной программой, определяющей основные направления его преподавания на юридических факультетах государственных университетов. В нем раскрываются важнейшие институты римского частного права, характеризуются уходящие своими истоками в историю Древнего Рима общие правовые категории, приводятся на латинском и русском языках вошедшие в обиход наиболее распространенные юридические термины, понятия и изречения.

Пособие рассчитано на студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов, а также на всех тех, кто работает над повышением общего уровня своей юридической культуры.

Главы первая, третья и четвертая написаны О. С. *Иоффе*, глава вторая—
В. А. Мусиным.

Глава первая. ВВЕДЕНИЕ В ИЗУЧЕНИЕ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

§ 1 ПРЕДМЕТ, СИСТЕМА И ЗАДАЧИ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА КАК УЧЕБНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ

Предмет и система римского частного права как учебной дисциплины.

Римское право в качестве учебной дисциплины имеет своим предметом право Древнего Рима. Последнее под-разделяется на две составные части: публичное и частное право. В самостоятельной учебной дисциплине освещается частное право, и, чтобы определить ее предмет, нужно отграничить частное право от права публичного.

Сами римляне проводили такое отграничение по-разному. Однако законодательное признание получила формула Ульпия-на: публичное право охраняет общие интересы , государства, а частное—интересы отдельных лиц (*Publicum jus est quod ad rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*). При всей условности этой формулы она приобретает определенное познавательное значение, если учесть, что публичное право имело дело с полномочиями и функционированием органов власти, тогда как частное право обслуживало потребности, возникавшие на почве имущественных отношений—договорных, наследственных и других. И хотя рабовладельческое государство для того и появилось, чтобы охранять собственность и имущественные отношения рабовладельческого общества, его деятельность в этой области строится иначе, чем в сфере властвования.

Властные (публичные) полномочия применялись там, где этого требовали задачи непосредственной охраны коллективных интересов господствующего класса. В случае необходимости государство использовало свои властные возможности по собственной инициативе, независимо от того, обращался ли к нему кто-либо за помощью и о какой конкретной помощи его просили. *Publicum jus pactis privatorum mutari non potest* — частные соглашения не могут изменить предписаний публичного права.

В отличие от этого частноправовые нормы применялись там, где охрана коллективных интересов господствующего класса обеспечивалась лишь посредством охраны интересов отдельных его представителей. Такие нормы вводились в действие по требованию заинтересованного лица — собственника, право которого было ущемлено, кредитора, имущественные притязания которого должником не удовлетворялись. При этом применение частноправовых норм не могло выйти за пределы того, что было обусловлено заявленным требованием.

Из сказанного следует, что римское частное право характеризуется: а) *по предмету регулирования*—как отрасль права, регулировавшая имущественные отношения древнеримского рабовладельческого общества; б) *по методу регулирования*— как такая отрасль права, которая регулировала эти отношения на началах координации, а не субординации; в) *по классовой цели*—как система правовых установлений, обеспечивавших охрану общих интересов класса рабовладельцев посредством защиты индивидуальных интересов каждого из них.

К правовым установлениям такого рода относятся: право собственности и другие права ~на вещь (сервитута, ипотека и т. п.), договоры и другие обязательства (например, возникавшие из причинения имущественного вреда одним лицом другому), наследование по закону и по завещанию, а также нормы семейного права, отражавшие взгляд на семью скорее как на хозяйственную ячейку, нежели чисто личный союз. Вопрос лишь в том, какую систему¹ целесообразно использовать при изучении этих установлений.

История знает две системы расположения частноправовых норм: *пандектную*¹ и *институционную*.

Пандектная система выдвигается в XVI в. немецкими юристами. Она состоит из четырех специальных и одного общего раздела. Ее специальными разделами являются: вещное право, обязательственное право, семейное право, наследственное право. Им предпосылается общий раздел, или общая часть, в которую входят правила, применимые во всех специальных разделах: о субъектах права, объектах и т. п. В образовании общей части, освобождающей от повторений специальные разделы, и состоит основное преимущество пандектной системы расположения частноправовых норм.

Институционная система, разработанная в Древнем Риме, лишена этого преимущества, так как общая часть ей не была известна. Любые правила, которыми мы пользуемся,—говорил в своих Институциях Гай,—относятся к лицам, вещам или искам (*Omne autem jus quo utimur vel ad personam, vel ad rem, vel ad actiones pertinet*). Соответственно и частноправовые нормы группируются по трем одноименным рубрикам. Но так как слово «иски» в современном языке приобрело смысл, существенно отличающийся от того, какой оно имело в Древнем Риме, то вместо него используют другое обозначение—«способо

бы приобретения имущества». Институциональная система складывается, следовательно, из трех разделов: лица, вещи (или имущество) и способы приобретения имущества.

Уступая пандектной системе технически ввиду отсутствия общей части, институциональная система гораздо более прямолинейна в выражении классовой сущности воплощенного в ней права, так как целиком концентрируется вокруг таких главнейших «фигур» эксплуататорского общества, какими являются собственники (лица) и их собственность (имущество и способы его приобретения). К тому же она принадлежала римским юристам, является продуктом времени, к которому действие римского права относится, и применялась к расположению его норм практически, а не в исторической ретроспективе. По этим причинам институциональная система и будет положена в основу настоящего пособия.

Нельзя также проходить мимо того, что римское частное право было не застывшим, окостенелым явлением, а динамичным, постоянно развивавшимся юридическим организмом. В своем развитии этот организм прошел три основных этапа.

Первый этап уходит своими истоками в древнейшие времена и полностью завершается к исходу I в. до н. э. Это период *ооклассического римского права*, рассчитанного на патриархально-натуральное хозяйство и лишь постепенно преобразуемого соответственно усиливавшейся роли товарно-денежных отношений:

Второй этап начинается в I и кончается в III в. н. э. Это¹ период *классического римского права*, приспособленного к развитому торговому обороту при все более расширяющемся рынке в условиях захвата новых¹ земель.

Третий этап охватывает отрезок времени с IV по VI в. Это период *послеклассического римского права*, когда на первый план выступает новизна не столько его содержания, сколько системы, представленной в сложившемся, кодифицированном виде.

Изучить римское право—это и значит познакомиться с содержанием и системой его норм в том динамическом процессе, какой римское право претерпело на протяжении трех основных этапов своего исторического развития.

Задачи изучения римского частного права в советских юридических вузах.

Из числа всех правовых систем исторического прошлого в качестве предмета специального изучения выделяется лишь римское право, и притом не в полном его объеме, а только в границах частного права. Такое своеобразное, едва ли не исключительное явление объясняется тем, что узкими хронологическими рамками его формирования социальная значимость римского частного права далеко не исчерпывается. Своеобразие этого права состоит в его двуединой природе.

С одной стороны, оно является *рабовладельческим* правом, выросшим из потребностей и поставленным на службу интере-

сам класса рабовладельцев. Отмеченная направленность римского частного права сказывается во всех его институтах: и в правосубъектности (лицами признаются только свободные), и в праве собственности (оно распространяется также на рабов), и в договорном праве (раб не может обязать господина).

С другой стороны, оно строилось как *абстрактное частное право*, применимое непосредственно или с определенными модификациями к любым частнособственническим отношениям. Оценивая римское частное право, основоположники марксизма указывали, что оно отличается «непревзойденной по точности разработкой всех существенных правовых отношений простых товаровладельцев (покупатель и продавец, кредитор и должник, договор, обязательство и т. д.)»¹ И дело не только в том, что римляне «впервые разработали *право частной собственности*, абстрактное право, частное право, право абстрактной личности»,² а в том, главным образом, что в установленных ими юридических правилах представлена «совершеннейшая, какую мы только знаем, форма права, имеющего своей основой частную собственность»³.

И если как рабовладельческое право Древнего Рима оно сошло с исторической сцены одновременно с гибелью породившего его государства, то как абстрактное частное право оно сохранило жизнедеятельность на протяжении всей последующей истории развития частнособственнических отношений. Свидетельство тому—*рецепция римского права*, восприятие его государствами феодального и буржуазного типа.

После завоевания Рима варварами действие римского права вначале сохранялось -лишь для римлян, а сами варвары с их отсталым строем "экономических отношений надобности в его использовании не испытывали. В дальнейшем, однако, частнопровым установлениям завоеванного Рима придается общее действие. Эти установления на территории Италии и Византии в продолжение многих веков либо сохраняли свою первоначальную форму (обычно форму Уложения Юстиниана), либо приобретали юридическую силу благодаря определенной переработке исходных источников. Важнейшими из таких переработок были Эклога Льва Исаврийского 740 г., Прохирон Василия Македонского, относящийся к концу IX в., а наиболее поздним из них считается появившееся в XIV в. и продолжавшее действовать на территории Бессарабии вплоть до XX в. Шестикнижье Арменопула.

Влияние римского права на формирование феодальных и буржуазных правовых систем важнейших стран Европы было неодинаковым.

¹ Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 21, с. 311.

² Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 1, с. 347. а Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 20, с. 105.

Менее всего это влияние сказывалось в России. Лишь начиная со Свода законов Сперанского наблюдается определенное соединение самобытных русских юридических построений с римскими частнопровыми конструкциями. В гораздо большей степени такое влияние дает о себе знать в проектах гражданских уложений 1903 и 1905 гг. Но поскольку ни тот, ни другой юридической силы не приобрел, дальше чисто теоретических изысканий дело практически не пошло.

В Англии вместе с норманскими завоеваниями происходит распространение идей глоссаторов — первых средневековых комментаторов римских правовых источников. Эти идеи дают о себе знать и в относящихся уже к X—XI вв. юридических трактатах, таких, например, как принадлежащие Гланвилле или Брэктону. Само прецедентное право Англии внешне напоминает право римлян, строившееся по системе индивидуализированных исков. И все же о масштабном влиянии римских источников на формирование английского права говорить не приходится. Это влияние в значительной мере прошло не по территории Британских островов, а в стороне от них.

Так, во Франции уже в XIII в. северная часть страны, где действовали отечественные правовые обычаи, начинает именоваться страной обычного права, а южная, где правовую силу имели римские источники, — страной писаного права. Такое раздвоение сохранялось вплоть до принятия французского гражданского кодекса 1804 г. Однако и в самом кодексе, комиссия по разработке которого включала в свой состав сторонников как обычного (Порталис), так и писаного права (Тронше), этот дуализм не только сохранился, но и в своих пропорциях был перестроен в пользу рецепированных римских правовых установлений.

Наиболее значительного объема рецепция римского права достигла в Германии. Уже в Швабском зерцале 1275 г. насчитывалось 150 переделок и прямых заимствований из Уложения Юстиниана. В дальнейшем под формальным предлогом избрания германских королей римскими императорами, провозглашения Римской империи империей германской нации римское право объявляется действующим германским правом. Но так как в своем буквальном виде оно зачастую не соответствовало новым историческим условиям, его нормы становятся предметом постепенной обработки и переработки в немецкой юриспруденции. Посвященные этому произведения именовались пандектами, их авторы — пандектистами, а переработанное последними римское право — пандектным или «современным» пандектным правом (*usus modernus pandectarum* или *heutiges römisches Recht*).

В высшей степени показателен и тот факт, что появившийся во второй половине XIX в. первый проект германского гражданского уложения представлял собой не более чем передачу пандектного права в сокращенном виде. И если такое

сплошное копирование удалось устранить в^ууажедия ставшего законом в 1896 г., то многочисленные **правила этого** уложения и ныне воспроизводят правовые идеи **Дрейеримского** происхождения.

Понятно поэтому, что познать сущность, формы выражения и исторические тенденции развития частноправовых систем эксплуататорского общества невозможно без изучения их исторически исходного источника—римского частного права. А так как действующее буржуазное гражданское и торговое право, впитавшее в себя многие правовые идеи Древнего Рима, используется при деловых контактах советских внешнеторговых организаций с иностранными фирмами, то преподавание курса римского частного права приобретает в этом смысле и определенное, практическое значение.

Существенно и другое обстоятельство. Каждая наука, имеет свой технический словарь, по степени овладения которым можно судить о накопленной в соответствующей области знаний профессиональной культуре. Есть технический словарь и в юридической науке, причем исторически положение сложилось таким образом, что значительную его часть составляет латинская терминология, воплощенная в римских источниках. Даже вошедшее в наш язык. слово «юриспруденция» происходит от двух латинских слов: *juris, prae dens*— сведущий в праве. Изучение римского права необходимо и для усвоения юридико-технической терминологии, овладения всеми запасами юридической культуры, накопленными человечеством.

С учетом всех этих задач, а также в целях их разрешения и введено¹ преподавание римского частного права в юридических вузах нашей страны.

Методические советы.

В настоящем пособии содержание римского частного права изложено в кратком, почти конспективном виде. Белее подробно оно освещено в книге И. Б. Новицкого «Основы римского гражданского права», опубликованной издательством «Юридическая литература» в 1972 г.

Из числа учебников, написанных буржуазными авторами, классическими считаются: в русской дореволюционной литературе—«История римского права» И. А. Покровского (СПб., 1913), во французской литературе—«Учебник римского права» Жирара (Girard, Manuel elementaire de droit rotain. Paris, 1906), в немецкой литературе—«Институции» Зома (Sohm. Institutionen, Berlin, 1911). Эти источники представляют значительный интерес по объему фактического материала, его систематизации и правовой интерпретации. Само собою, однако, разумеется, что теоретический анализ зиждется в них на абстрактно-догматическом методе, способном содействовать лишь описанию, но не выявлению подлинной классовой, социальной и исторической сущности изучаемого предмета.

В странах Западной Европы, особенно в Италии, Англии, Франции и ФРГ, учебная литература по римскому частному

праву непрерывно обновляется. В ряду публикаций, заслуживающих внимания, могут быть названы: «История римского права» Арранхио-Руиса (V. Arrungio-Ruiz. *Storia del diritto romano*. Napoli, 1957); «Учебник римского права» Монье (R. Monier. *Manuel elementaire de droit romain*. Paris, t. I, 1947; t. II, 1954); «История римского права» Казера (M. Caser. *Römische Rechtsgeschichte*. Göttingen, 1952); «Классическое римское право» Шульца (Fr. Schultz. *Classical roman law*. Oxford, 1954).

Продолжая догматическую традицию своих предшественников, современные учебники буржуазных авторов отличаются двумя особенностями. Во-первых, в них используется фактический материал, выявленный в результате исторических исследований новейшего времени и оставшийся неизвестным в XIX — начале XX в. Во-вторых, при сопоставлении римского частного права с действующим гражданским и торговым законодательством капиталистических стран акцент переносится на постепенный отход от той преемственности в отношении римских источников, которая наблюдалась в кодификациях, созданных в продолжение XIX столетия на европейском континенте.

Вследствие того, что римское право не является гносеологическим источником советского права, оно не привлекает к себе в нашей правовой литературе такого же широкого внимания, как в литературе буржуазных стран. Написанные в разное время учебники и учебные пособия — главнейшие советские литературные источники ознакомления с римским правом.¹ В процессе их изучения, как и в ходе изучения настоящего пособия, целесообразно пользоваться следующими рекомендациями:

1) при всем его познавательном значении римское частное право относится к исторической области и непосредственного практического применения не находит. Поэтому существенно усвоение не столько его конкретных правил (хотя в охваченных пособием границах и они должны быть известны, студенту), сколько общих юридических категорий, которые за этими правилами скрываются;

2) отдельные разделы римского частного права тесно друг с другом связаны. Так, правила о лицах составляют необходимую предпосылку правил о вещах и способах их приобретения, правовой режим наследования находится в прямой зависимости от правового режима семейных отношений и т. п. В связи

¹ См.: Новицкий И. Б. 1) Римское частное право. М., 1946; 2) Основы римского гражданского права. М., 1956 (изд. 1-е); М., 1960 (изд. 2-е);

-М., 1972 (изд. 3-е); Римское частное право. Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1948. См. также: Перетерский И. С. Дигесты Юстиниана. Очерки по истории составления и общая характеристика. М., 1956; Иоффе О. С. Юриспруденция Древнего Рима.—В кн.: Проблемы гражданского и административного права. Изд. ЛГУ, 1962, с. 314—341.

стмв ад за у^0бн^н частностей составить четкое представление об изучаемом предмете как едином целом и о месте, которое в рамках такого целого занимают отдельные частности;

3) особое внимание должно быть уделено терминологии. Все сколько-нибудь существенные термины приводятся как на латинском языке, так и в русском переводе. Пособие воспроизводит также наиболее известные, в юридическом обиходе широко распространенные изречения римских юристов. Полезно приводимые термины и изречения заучить и запомнить. Они понадобятся не только на экзамене, но и в будущей профессиональной деятельности юриста.

§ 2. ЮРИДИЧЕСКИЕ НОРМЫ И СУБЪЕКТИВНЫЕ ПРАВА В РИМСКОМ ПРАВЕ

Источники римского частного права. Древнейшим источником римского права был закон XII таблиц (*lex duodecim tabularum*), который представлял собой не что иное, как систематизированную запись обычаев (*mores*), действовавших до того в качестве юридически обязательных правил. Частноправовые нормы в доклассический период закреплялись также в законах (*lex*), вотированных народным собранием (*populus romanus*), плебисцитах (*plebiscitum*), принимавшихся уже только плебеями, и сенатусконсультах (*senatusconsulta*), исходивших от римского сената. Впоследствии законы и плебисциты слились, а сенатусконсульты, первоначально имевшие значение инструкций, исходивших от сената и адресованных различным должностным лицам (магистратам), ко времени классического римского права приобрели значение основных законодательных актов.

Нормы закона XII таблиц и перечисленных других источников именуется в одних случаях гражданским правом (*jus civile*), а в других квинитским правом (*jus Quiritium*). При этом гражданскому праву противопоставляется право народов (*jus gentium*), а квинитскому—преторское право (*jus honorarium*). Впрочем, незыблемых терминологических традиций¹ в последнем случае не существовало: квинитское право могло называться гражданским и при его размежевании с преторским правом. Как первое, так и второе противопоставление называют *дуализмом римского права*. Можно поэтому говорить о его *двойном дуализме*, каждый из которых имеет свое собственное объяснение.

Дуализм гражданского права и права народов вызывался тем, что гражданское право могло применяться только к римским гражданам (*cives romani*). Но римляне во всё возрастающих масштабах начинают вступать в отношения с чужестранцами—палестинами (*peregrini*). Эти отношения, также нуждавшиеся в правовом опосредовании, не могли получить его в гражданском

Ю

праве. Такое опосредование обеспечивалось благодаря деятельности специально созданного магистрата — претора peregrinorum, который при вступлении в должность излагал в своем эдикте правила, подлежащие применению к peregrini, а также к римским гражданам в их взаимоотношениях с peregrini. Совокупность таких правил и образовывала право народов. Последнее в сравнении с цивильным правом было шагом вперед, так как ориентировалось не на громоздкую, малоподвижную процедуру, а на предельно упрощенные юридические формы, находящие, по выражению Гая, у всех людей естественное основание (*naturalis ratio*) и признаваемые всеми народами справедливыми (*per aequae custoditur*).

Дуализм цивильного и преторского права был обусловлен другими причинами. Ввиду ориентации норм цивильного права на патриархально-натуральное хозяйство пользоваться ими по мере усложнения экономического оборота становилось все более затруднительно. Если, например, купля-продажа едва ли не чрезвычайное жизненное событие, то для ее заключения можно привлекать весовщика, весы, медь, произносить строго определенные формулы и совершать другие действия, предписанные квинтским правом. Но когда акты обмена начинают приобретать массовый характер, подобная процедура превращается в тяжелое препятствие, стоящее на их пути, не говоря уже о появлении новых видов меновых отношений, которых квинтское право вовсе не знало и которые вообще оказывались вне правового нормирования. Выход из этой затруднительной ситуации был найден в том, чтобы при молчании закона или практической его непригодности применялись правовые формы, введенные такими магистратами, как курульный эдил, под наблюдением которого находились рынки, и в особенности претор (*pretor urbanus*), призванный обеспечивать внутренний порядок в целом. Решающая роль в выполнении указанной задачи принадлежала претору. Поэтому противостоявшее цивильному праву *jus honorarium* (право, созданное магистратами) принято именовать преторским правом.

Последнее нашло свое выражение в эдиктах, издававшихся каждым претором при вступлении в должность, с описанием в них тех способов приобретения прав, которые претор будет защищать, хотя они не предусмотрены законом XII таблиц вовсе или сконструированы им иначе, чем в эдикте претора. При этом каждый вновь вступающий в должность претор не испытывал нужды в такой новизне своего эдикта, которая исключала бы какие-либо совпадения с эдиктами его предшественников. Сохранявшие значение правила прежних эдиктов новый претор воспроизводил в своем эдикте (переходящая часть — *translaticia*), а если в этом имелась необходимость, он сопровождал их некоторыми дополнительными, уже непосредственно от него исходившими правилами (новая часть — *pars nova*).

Так выглядели источники римского права S доклассический период. К этому же времени относится Зарождение римской юриспруденции, сыгравшей в формировании частноправовых институтов Древнего Рима особую роль. Но- в рассматриваемом периоде указанная сторона деятельности **римских** юристов еще не проявила себя в достаточной степени. Характеризуемая же в самом общем виде, эта деятельность выражалась в трех функциях:

а) *cavere* — составление формул различных частноправовых актов, совершаемых отдельными лицами (завещаний, актов продажи и т. п.). Чтобы оценить значение этой функции, нужно принять во внимание строгий формализм римского права, при котором пропуск хотя бы одного слова обессиливал совершенный акт, делал его юридически ничтожным;

б) *agere* — советы относительно предъявления иска и порядка ведения возбужденного дела. И в этом случае помощь юристов была существенна ввиду формализма и ритуальности древнеримского процесса по частноправовым спорам. Но она сводилась[^] одним только советам, потому что римляне не допускали прямого представительства (выступления одного лица от имени другого), и заинтересованный должен был вести дело самостоятельно, лишь полагаясь на советы юриста, но без непосредственного его участия в процессе;

в) *respondere*—ответы на исходившие от частных лиц юридические вопросы. В такой форме юристы давали толкование действующему праву, а в случаях его пробельности или практической непригодности предлагали свои собственные решения. Их ответы юридически обязательной силы не имели. Тем не менее они оказывали на практику влияние, становившееся тем значительней, чем убедительней их обоснованность и чем выше авторитет их автора. Именно эта функция впоследствии сыграла решающую роль в обеспечении активного участия выдающихся римских юристов в общем нормотворческом процессе. С особой силой такое участие проявилось в классический период развития римского частного права.

С формальной стороны источники классического римского права отличаются лишь тем, что господствующее место среди законов занимают теперь сенатусконсульты, вскоре сами ставшие не более чем воплощением речей, произнесенных принцеп-сом в сенате (*orationes principis in senatu*). Важна, однако, не формальная сторона, а то, что по существу представлял собой состав источников римского частного права в классический период его развития. С этой точки зрения на первый план выдвигаются два решающих для их характеристики обстоятельства:

преодоление в основных его чертах дуализма римского права и признание нормотворческой функции за римской юриспруденцией.

Преодоление дуализма формально не затронуло различия между *jus civile* и *jus gentium*. Это и понятно, так как если *jus*

civile специфично для данного государства и является правом, которое народ сам для себя устанавливает (*quod quisque populus ipse sibi jus constituit*), то оно должно сохранять черты отличия от *jus gentium* как права, установленного всеми народами (*inter omnes homines constituit*). Но благодаря тому, что *jus gentium* в гораздо большей степени, чем *jus civile*, приспособлено к потребностям развитого экономического оборота, его установки широко использовались в процессе создания "преторского права. А в этом смысле слияние преторского права с гражданским практически означало также устранение дуализма, связанного с существованием *jus civile* и *jus gentium*. Впрочем, говорить о слиянии—значит допускать неточность, так как на самом деле происходил процесс не слияния, а вытеснения гражданского права преторским, хотя последнее несет на себе некоторые полностью не изгладившиеся следы былых правовых идей и представлений. Важнейшим шагом к такому вытеснению явилась кодификация преторского права, осуществленная юристом Юлианом при императоре Адриане (117—138 гг.) и введенная в действие с санкции специально изданной сенатусконсульты. Кодификация получила наименование постоянного (вечного) ¹ эдикта (*edictum perpetuum*). И с этого времени претор, издавая эдикт при вступлении в должность, уже не имел права ни изменять, ни сопровождать дополнительными новыми правилами эдикт Юлиана. Следование ему привело к тому, что хотя различия между гражданским и преторским правом начисто устраняются лишь в Уложении Юстиниана, к концу III в. это различие если и давало о себе знать, то в очень небольшом числе случаев и в виде сравнительно редкого анахронизма.

В создании классического римского права не меньшая роль, чем претору, принадлежала римским юристам. К общей функции *respondere*, которую они осуществляли и раньше, император Август присоединил предоставленное некоторым юристам *jus respondendi* — право давать в письменном виде по запросам участников спора юридические решения властью императора (*ex auctoritate principis*) с приданием им тем самым качества обязательности. Примененные к конкретному спору, эти решения силою своего авторитета оказывали влияние на судьбу других однородных споров, что и придавало им известное нормативное значение.

По каналам таких решений проводились как новые идеи, так и уже выраженные в различных литературных источниках. Наиболее распространенными видами юридических литературных произведений были: *институции* (*institutiones*)—учебники по праву; *комментарии* (*commentarii*) — толкования действующего, главным образом преторского, права; *дигесты* (*digesta*)— комментарии (нередко в сочетании с критикой) высказываний юристов прежних времен; *"регулы"* (*regulae*)— сборники кратко выраженных юридических правил, афоризмов и поговорок.. Таковы, например, правило *nemo plus juris ad*

alium transferre potest quam ipso habet (никто не может передать другому больше прав, чем сам имеет) или поговорка *beati possidentes* — счастливы владеющие, счастливы потому, что в случае спора о вещи в их пользу говорит сам факт владения.

К классическому периоду относится также образование двух школ или направлений в римской юриспруденции: прокульянцев, которых возглавлял Лабейон, а затем его ученик Прокул, и сабинянцев, во главе которых стоял Капитон, а позже его последователь Сабин. Сколько-нибудь полных данных, достаточных для того, чтобы судить об особенностях каждой из этих школ, не сохранилось. Известны лишь их расхождения по отдельным частным вопросам, например, по вопросу о спецификации, т. е. о судьбе вещи, изготовленной для себя из чужих материалов без злого умысла (вследствие неведения, ошибки и т. п.). Сабиняне решали этот спор в пользу собственника материалов, а прокульяне — в пользу их переработчика (спецификанта). Если судить лишь по изложенным расхождениям между двумя названными школами, то более прогрессивной была позиция прокульянцев. К такому же выводу приводят и некоторые другие дошедшие до нас сведения о разделявших их контроверзах.

Идя в своем творчестве по пути выработки новых правил, римские юристы подвергали критике устаревшие нормы квинтитского права. Основным критерием такой критики служила категория естественного права (*jus naturale*), позволявшая апеллировать к самой «природе вещей» и с помощью подобной аргументации настаивать на замене одних конструкций другими. Из природы вещей, например, выводилось, что простая передача вещи одним лицом другому подтверждает ее отчуждение, и потому незачем для совершения этого акта прибегать еще и к тем сложным ритуалам, которые объявлены обязательными законом XII таблиц. Но иногда категория естественного права не содействовала обоснованию желаемых выводов. На нее невозможно было опереться даже в оправдание рабства — этого центрального института римского общества, ибо, как признавал юрист Флорентин, природе противно обладание другим лицом (*dominio alieno contra naturam subicitur*). И если рабство ни под какое сомнение не ставилось, то по соображениям не естественного права, а справедливости (*aequitas*): поскольку справедливо распоряжение жизнью захваченного в плен, то тем более справедливо распоряжение его свободой. Справедливость и была тем другим критерием, которым пользовались римские юристы в процессе постепенного приспособления устаревших юридических форм к развитию экономических отношений.

С завершением классического периода наступили существенные изменения как в развитии римской юриспруденции, так и в формировании других источников римского частного права. Отличительная черта постклассического права состоит не

в закреплении новых юридических конструкций, а в сведении воедино всего того, что явилось достижением классического права. Систематизаторская деятельность теперь выдвигается на первый план в области не только законодательства, но и творчества римских юристов.

Первым крупным результатом такой деятельности было появление кодекса Грегориана в 295 г., а вскоре после этого кодекса Гермогениана. К первой половине V в. относится создание кодекса Феодосия.

Но самым выдающимся памятником систематизации римского права несомненно является Уложение Юстиниана. Комиссия по его составлению была образована Юстинианом в 528 г. Возглавлял ее Трибониан, а в состав участников вошли Тео-фил и Дорофей. Официально поставленная перед комиссией задача заключалась в том, чтобы свести воедино (с необходимыми сокращениями и изменениями) юридические нормы и юридически значимые суждения юристов, дополнив их теми императорскими конституциями, которые содержали решения по юридически значимым вопросам. В своем законченном виде Уложение состояло из четырех частей: кодекса, новелл (или законов), дигест (или пандектов) и институций (или элементов).

Кодекс Юстиниана (*Codex Justiniani*) появился 7 апреля 529 г. Он включал в себя тематически, а в этих пределах хронологически расположенные императорские конституции. Одновременно с его изданием были запрещены ссылки на другие кодексы. 16 ноября 534 г., после всех других частей Уложения, появляется второе издание Кодекса (*Codex repetitae prae-lectionis*), приведенного в соответствие с прочими частями Уло-¹жения и дополненного новыми императорскими конституциями.

Новеллы (*Novellae* или *Leges*)—последняя по времени издания часть Уложения, по своему содержанию, однако, непосредственно примыкающая к Кодексу, так как ограничивается лишь императорскими конституциями, изданными в 535—565 гг. По этой причине новеллы вообще иногда не считают самостоятельной частью Уложения, а его состав путем объединения новелл с кодексом сводят лишь к трем частям.

Дигесты, или пандекты (*Digesta* или *Pandectae*), датируются 16 декабря 533 г. Они представляют собой сборник выдержек из произведений римских юристов с указанием имен их авторов.¹Здесь представлены 2000 сочинений 39 юристов, начиная от Муция и кончая Гермогенианом. При составлении дигест (пандектов) комиссия производила выбор нужных мест из отдельных сочинений, устраняла противоречия между ними и в целях приспособления к новым условиям подвергала их определенным изменениям. Такого рода переработки исходных текстов, затрудняющие изучение первоисточников, называются интерполяциями, большая часть которых новейшими исследованиями уже устранена. Включенные в дигесты (пандекты) высказывания римских юристов приобретали юридически обяза-

тельную силу, и потому ознакомление с этой частью Уложения в одинаковой степени существенно для изучения как римской юриспруденции, так и римского частного права.¹ Институции, или элементы (*Institutiones* или *Elementa*), изданы 2 ноября 529 г. Они доставлены путем использования выдержек главным образом из институций Гая, а частично также из институций Флорентина, Ульпиана, Марциана. Институциями в Риме назывались учебники по праву, и Юстиниан считал, что включенные в его Уложение институции должны представлять собой учебник о науке права в целом (*tota legitima scientia*). Поэтому хотя они являются составной частью Уложения и в этом смысле средоточием юридически обязательных правил, в них встречаются и чисто дидактические суждения, уместные не в законе, а именно в учебнике. Здесь, например, определяется понятие юриспруденции как учения о делах господних и человеческих, о справедливом и несправедливом (*juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia*). Предельная абстрактность такого понятия, не лишенного к тому же известного налета туманности, дополняется увековечивающим классовое и социальное расслоение общества определением понятия справедливости как постоянного и вечного стремления наделить каждого полагающимся, ему правом (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*). Аналогично расшифровывается и сущность правовых предписаний, требующих жить честно, другому не вредить и признавать за каждым то, что ему полагается (*juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, jus suum cuique tribuere*).

Поскольку в развитии самого права послеклассического периода акцент был перенесен на его систематизацию, то к этому же свелась теперь и деятельность современных рассматриваемому периоду римских юристов. Возвысившиеся в прошлом до положения создателей права (*juris conditores*), они утратили это качество вместе с упразднением *jus respondendi*, ранее принадлежавшего некоторым из них. В 426 г. издается закон о цитировании (*lex allegatoria*), признавший юридическую силу только за сочинениями Павла, Ульпиана, Папиниана, Модестина и Гая. При совпадении их мнений по одному и тому же вопросу (*communis opinio doctorum*) они и должны быть положены в основу принимаемого решения, а в остальных случаях решения определяются мнением большинства и при отсутствии большинства—мнением, к которому присоединился Папиниан. Когда же последовало издание Уложения Юстиниана, юридическая сила не могла уже быть приписана ничему другому, кроме тех фрагментов из произведений римских юристов, которые вошли в состав Уложения.

Называя законы и другие государственные акты, а в известной мере также высказывания юристов источниками права Древнего Рима, мы пользуемся терминологией, которая еще не

была известна самим римлянам и так же, как понятие «нормы», составляет достижение более позднего развития юридической мысли. Иногда, правда, и римляне проводили определенное различие между тем, что скрывается за этими понятиями, говоря в одних случаях *lex* (закон), а в других *regula* (правило). Имеются свидетельства и их смысловой дифференциации. Она выражена, например, в изречении «*Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula*» (не право выводится из правила, а правило из существующего права), хотя здесь под правилом подразумевается скорее не правовая норма, а логическое истолкование действующего права. Суть же приведенного изречения заключается в том, что лишь само право может служить основой суждения о его содержании и оно не должно конкретизироваться соответственно привносимым извне постулатам.

Но наряду с этим можно констатировать размежевание римлянами в построении закона таких составных частей, которые впоследствии были возведены в ранг структурных элементов правовой нормы. В составе закона они выделяли: имя должностного лица (магистрата), от которого законопроект исходил (*praescriptio*), текст самого закона (*rogatio*), а также установленное законом последствие его нарушения (*sanctio*). Оставляя в стороне первую часть, нельзя не признать, что вторая часть—провозвестник диспозиции в нынешнем ее понимании, а третья ни по существу, ни даже терминологически ничем не отличается от того, что именуется санкцией в современном юридическом языке. К сказанному следует добавить, что в зависимости от соотношения с санкцией римляне различали законы *несовершенные* (*lex imperfecta*), если они не сопровождалась санкцией, *совершенные* (*lex perfecta*), если их санкция сводилась к объявлению недействительным противозаконного акта, *менее совершенные* (*lex minus quam perfecta*), если противозаконный акт, сохраняя юридическую силу, влек взыскание штрафа, и *более совершенные* (*lex plus quam perfecta*), если уплата штрафа следовала за недействительностью противозаконного акта.

Какой бы, однако, ни была мера осознания самими римлянами реального состава созданного ими правового организма, его объективная структура—от этого отнюдь не меняется. Охарактеризованные источники права заключали в себе юридические нормы, и задача состоит в том, чтобы выяснить, как на основе этих норм образовывались конкретные субъективные права.

Порядок приобретения субъективных прав. По квинтитскому (цивильному) праву субъективные права могли приобретаться только римлянами и лишь при строжайшем соблюдении установленного порядка их приобретения. Если, например, вещь приобретал не римлянин, а чужестранец, или хотя и римлянин, но вне обязательной для ее приобретения процедуры, то кви-

ритским собственником вещи все равно продолжал оставаться отчуждатель. В распоряжении же приобретателя не было средств защиты ни против отчуждателя, ни против третьих лиц. Он мог фактически владеть и пользоваться вещью, но в случае нарушения этого фактического состояния не имел возможности восстановить его путем предъявления иска. А раз нет иска, нет и права.

Положение, однако, начало существенно меняться со времени внедрения в экономический оборот права народов и -особенно преторского права. Первое предоставляло защиту приобретению имущества чужестранцем, а второе— приобретению его римскими гражданами в упрощенном порядке, например путем простой передачи вещи отчуждателем приобретателю. Эта защита в споре с квинритским собственником выражалась в возражении (*exceptio*). Так, если бы квинритский собственник, используя несоблюдение-при продаже вещи сложной процедуры гражданского права, потребовал ее возврата, приобретатель мог бы против такого требования защищаться возражением о том, что вещь уже фактически продана и передана в его обладание (*exceptio rei venditae et traditae*). В спорах с третьими лицами по поводу той же вещи возможно также предъявление преторских исков (*actiones*). Преторскими исками защищались и такие имущественные приобретения, которых гражданское право вообще не знало и которые свою первоначальную юридическую санкцию получили со стороны претора. А раз есть иск, есть и право.

Своеобразие сложившегося в Древнем Риме подхода к правообразованию в том как раз и состояло, что не субъективное право в его определенном (нарушенном) состоянии признавалось способным породить право на иск, а, наоборот, в самом праве на иск только и могло найти свое воплощение субъективное право. По этой причине в институционной системе расположения римских юридических источников наряду с лицами (субъектами приобретаемых прав) и вещами (правом собственности, а также правами на чужие вещи) особо выделяются иски, соединяющие в себе защиту прав с самим их приобретением. Несмотря, однако, на отмеченное значение исков, сферой их непосредственной реализации является процесс по частноправовым спорам. Он и должен быть изучен прежде, чем приступать к рассмотрению субъективных прав отдельных видов.

Процесс по частноправовым спорам. В истории Древнего Рима последовательно сменялись три типа процесса по частноправовым спорам: легисакционный, формулярный, экстраординарный. Первый относится к древним временам и охватывает едва ли не весь до классический период. Второй вводится законами Эбутия и Юлия, причем если не установлен с необходимой точностью его начальный этап, то конечным этапом без всякого сомнения является 294 г. н. э., а следовательно, в целом

этот тип процесса соответствует классическому периоду. После-классический период — период действия экстраординарного процесса, введенного Диоклетианом в 294 г.

Легисакционный процесс (*legis actio*—иск из закона) строится на началах строжайшего формализма и сложной ритуальности (с применением определенных жестов, слов, словесных формул). Предъявление иска не допускается, если он не предусмотрен законом (*nulla legis actio sine lege*). Сам же процесс распадается на две стадии: *in iure* и *in iudicio*.

Стадия *in iure* имела своей целью выяснить чисто правовую сторону дела — наличие иска и соблюдение связанной с ним процедуры. Протекала эта стадия перед магистратом, обладавшим соответствующей юрисдикцией (*jurisdictio* — от слов *jus dicere*—«говорить право», т. е. применять правовые нормы). В этом качестве сперва выступал консул, затем претор (*praetor* для споров с чужестранцами и *urbanus* для споров между римлянами), а при возникновении споров, связанных с рынком,— курульный эдил. Помимо обращавшегося с иском вызывалась также вторая сторона. Вызов ее вплоть до применения силы производился по правилам *in jus vocatio* (вызов для решения вопроса о праве). Стороны должны были явиться лично, так как представительство не допускалось и никто не мог действовать от имени другого лица (*nemo alieno nomine agere potest*). Завершалась эта стадия тем, что, выявив соответствие предъявленного иска установленному его виду в законе, магистрат назначал судью, и дело переходило во вторую стадию.

Стадия *in iudicio* была уже посвящена решению другой задачи — проверке фактической стороны дела. Эту задачу выполняли постоянная коллегия, специально созданное для дела жюри, единоличный судья или избранный сторонами арбитр. Завершался процесс принятием решения (*sententia*), которое и исчерпывало спор, возникший между сторонами.

Гай, сообщения которого составляют едва ли не единственный источник сведений о легисакционном процессе, утверждал, что имеется пять видов исков, предъявляемых в соответствии с законом (*lege autem agebatur modis quinque*).

Первый вид иска — *legis actio per sacramentum*. В самом общем виде этот иск характеризуется тем, что, предъявляя его, истец вносил определенную денежную сумму (*sacramentum*) и требовал внесения такой же суммы ответчиком. Так как правым может быть лишь одна из спорящих сторон, то ее *sacramentum* справедлив, а внесенный другой стороной несправедлив (*utrius sacramentum justum sit, utrius injustum*). Победителем из процесса выходила та сторона, чей *sacramentum* был признан справедливым, а *sacramentum*, внесенный второй стороной, взыскивался в доход казны.

В описанной форме было возможно разрешение самых разнообразных частнопроводимых споров, кроме тех, для которых имелись непосредственно им посвященные иски. Она использовала-

лась, в частности в споре об изъятии вещи одним лицом у другого (*rei vindicatio*—изъятие или истребование вещи: *res*— вещь, *vim, dicere*— предписывать принуждение). В этом случае спорное имущество доставлялось в магистратуру, а если предметом спора был земельный участок, то доставлялся кусок земли, выполнявший чисто[^] ритуальную функцию. Истец, держа в руках палку, именовавшуюся *vindicta*, произносил строго определенную • формулу: *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo; sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*—я утверждаю, что эта вещь по праву квиритов принадлежит мне и, утверждая это, налагаю виндикту. В ответ следовало *contrvindicatio*—совершение аналогичных действий и произнесение таких же слов ответчиком. Затем претор приказывал обоим оставить вещь (*mittite ambo rem*), и каждая из сторон по требованию другой вносила *sacramentum*, а претор впредь до разрешения спора передавал вещь во временное (провизорное) владение истца (*secundum actorem*) или ответчика (*secundum reum*). Засвидетельствованием присутствовавшими того, что произошло, фиксировалось *litis contestatio*—окончание стадии *in jure* и переход в стадию *in judicio*, в которой с учетом представленных доказательств спор разрешался по существу.

Второй вид иска—*legis actio per manus iniectionem*. Он применялся для взыскания долгов. ..В этих, целях кредитор доставлял к магистрату должника, в установленной словесной форме заявлял о причитающемся ему долге и налагал на должника руку (*manus*),¹откуда и наименование соответствующего иска. Сам- доставленный оспаривать долг не вправе. Это мог сделать за него лишь кто-либо другой—*vindex*, т. е. лицо, фактически ручающееся за должника и рискующее тем, что если оспаривание успешно не увенчается, его обяжут уплатить истцу вдвойне (*in duplum*). При отсутствии *vindex*¹а должник поступал в распоряжение кредитора, обязанного троекратно в течение 60 дней выводить его на рынок, чтобы желающие могли произвести платеж вместо должника. Безрезультатность таких выходов давала кредитору право убить должника или продать его в рабство за пределы Рима—по другую сторону Тибра (*trans Tiberim*)¹. В случае предъявления претензий несколькими кредиторами они, как сказано в источниках, могли «рассечь», должника, и если кто-либо из них «отсечет» себе меньше или больше, то это не должно быть поставлено ему в вину (*si plus minusque secue-runt, se fraude esto*). Как, однако, ни была велика власть кредитора над должником по древнеримскому праву, приведенную формулу вопреки мнению некоторых ученых нельзя понимать буквально ввиду практической бессмысленности такого истолкования. Оправдан, вероятно, лишь переносный ее смысл: разделение между кредиторами имущества должника или денег, вырученных от его [Продажи в рабство, происходит так, что захват каждым из них в пределах причитающегося долга большей или меньшей доли не мог быть поставлен захватившему в вину.

Третий вид иска — *legis actio per pignoris capionem*. Поскольку здесь имеется в виду не обращение к магистрату, а самочинное действие истца (захват какой-либо вещи должника и удержание ее впредь до уплаты долга), сама квалификация такого действия как иска представляет значительную натяжку. Применяться же подобные действия могли при взыскании платы за животное, проданное для жертвоприношения, и истребовании воином от казначея (*tribunus aegarium*) жалованья за несение¹ военной службы.

Четвертый вид иска—*legis actio per iudicis postulationem*. Об этом иске известно лишь, что в стадии *in iure* он сводился к просьбе о назначении судьи без внесения *sacramentum*. Высказываемое иногда предположение, будто применялся он в случаях, когда обе стороны не были уверены в своей правоте и каждая опасалась утратить *sacramentum*, едва ли оправдано. Не говоря уже о казне, которая не согласилась бы нести потери из-за подобных опасений участников спора, сами они для применения такого иска должны были бы вначале прийти к соглашению о том, чтобы не требовать друг от друга уплаты¹ *sacramentum*. А это мыслимо лишь в условиях, когда стороны признают права друг друга, но, не договорившись об их границах, обращаются к суду не более чем как к арбитру в возникших между ними разногласиях. Следует поэтому присоединиться к мнению, что рассматриваемый иск применялся при разделе имущества и в других случаях такого же рода.

Пятый вид иска — *legis actio per condictionem*. Сведения относительно этого иска таковы, что можно составить лишь самое поверхностное представление о его форме: стороны вначале обращались к претору о назначении судьи, а фактическое его назначение происходило через 30 дней, и дело из стадии *in iure* переносилось в стадию *in iudicio*. Для каких целей этот иск вводился и какие конкретные потребности обслуживал— осталось неизвестным и даже предположительно невыясненным. Ни древние, ни современные источники чего-нибудь более определенного о нем не сообщают.

Формулярный процесс, пришедший на смену легисакционному, покончил с его ритуальностью и свойственным ему предельным формализмом. На смену жестам и заранее предопределенным словам приходит преторская формула, от которой этот процесс и берет свое наименование. Как и его предшественник, формулярный процесс складывался из двух стадий. Но если в содержании стадии *in iudicio* никаких изменений не произошло, то стадия *in iure* имела теперь своей единственной целью получение преторской формулы. С момента ее получения считался состоявшимся *litis contestatio*, а тем самым было исключено обращение к претору за защитой того же права по тому же основанию согласно правилу *pop bis in eadem re* (нельзя дважды возбуждать одно и то же дело).

Формула состояла из четырех обязательных составных частей: 1) назначение судьи (*judicis nominatio*); 2) изложение основания, из которого возник иск (*demonstratio*), например, указание на то, что иск вытекает из долгового обязательства;

3) формулирование самого искового требования (*intentio*), приводившееся в условной форме («если верно, что Муциус должен уплатить 100 сестерциев» — *si paret Mutio sestertium centum dare oportere*); 4) предписание о присуждении (*condem-natio*), если требование подтвердится/Оно выражалось в виде продолжения той фразы, которая относится к предыдущей части формулы: если то, что там было упомянуто, подтвердится, «судья присуждает, если нет — отказывает в иске» (*judex condemna, si non, absolve*). Когда же спор шел о разделе имущества, последняя часть формулы называлась не *condemnatio*, а *adjudicatio*: столько, сколько полагается отсудить, пусть будет отсужено (*quantum adjudicare oportet, adjudicatio*).

Помимо четырех перечисленных формула могла включать в себя также две вспомогательные части.

Первая из них называлась *exceptio*. Она находила применение в случаях, если ответчик не отвергал иска, но своим возражением парализовал его осуществимость (например, продавец требовал уплаты покупной цены, а покупатель, не отрицая факта заключения договора, ссылаясь на то, что самим продавцом договор еще не исполнен — *exceptio non adimpleti contractu*).

Вторая вспомогательная часть формулы называлась *praescriptio*. Она могла быть использована в различных целях, например для дополнительного освещения основания требования, и тогда это было добавлением к *demonstratio*; для приведения данных в пользу ответчика, и тогда это имело такое же значение, как *exceptio*, или уточнения требования, предъявленного истцом, и тогда это как бы восполняло *intentio*.

В числе составных частей преторской формулы особое место занимает *intentio*. Именно здесь претор наряду с буквальным применением старых исков квинритского права подвергал их более современному толкованию или формулировал новые иски. С течением времени индивидуальные способы защиты, предоставлявшиеся в преторской формуле конкретным лицам по конкретному поводу, подвергались все большей типизации с присвоением им собственных наименований. Таковы, например, иски из проданного или купленного (*actio venditi, actio empti*), иски по договору товарищества (*actio pro socio*), иски об истребовании собственником своего имущества (*rei vindicatio*) и другие. Система таких типизированных исков и представляла собой в Древнем Риме то, что на более позднем юридическом языке можно было бы назвать системой правовых институтов и соответствующей им системой правовых отношений.

В связи с формулярным процессом внедрялась и определенная классификация исков. Они делились на следующие группы:

а) *иски цивильные и преторские*. Первые именовались *actio-nes stricti juris* — иски точного права, так как они предусматривались законом и в описанном законом виде применялись практически. Вторые же носили наименование *actiones bonae fidei*— иски доброй совести, ибо, если, например, по квинритскому праву вещь принадлежала одному, а по преторскому праву другому лицу, то первоначально лишь от добросовестности квинритского собственника зависело, воспользуется ли он своим легальным преимуществом или отнесется с должным уважением к приобретенному преторским собственником. Однако впоследствии при столкновении с квинритскими исками предпочтение отдавалось уже преторским искам, и в приведенном примере реальным становится право преторского собственника, а у квинритского собственника остается лишь номинальное, лишенное практического смысла, ничем не защищенное голое право (*nudum jus*);

б) *иски вещные и личные (actiones in rem, actiones in perso-nam)*. Первые защищали право на вещь, в чьем бы незаконном обладании она ни находилась. Вторые могли быть обращены лишь к определенному лицу, несущему перед истцом ту или иную-обязанность, все равно, выражалась ли эта обязанность в совершении каких-либо действий, уплате долга или даже в возвращении вещи (например, нанимателем наймодателю, хранителем собственнику и т. п.). Если вещные или личные иски предусматривались квинритским правом, их именовали прямыми исками (*actiones directa*). При распространении таких же исков на преторские права они получали наименование полезных исков (*actiones utile*). Так, к изъятию вещи из чужого незаконного владения квинритским собственником применялся прямой иск—*rei vindicatio*. Точно таким же образом сконструированный иск об истребовании вещи из чужого незаконного владения не квинритским собственником, а другим законным владельцем (например, суперфициарием—лицом, построившим здание на чужой земле по договору с ее собственником), получал уже-другое специальное название и относился к разряду *actiones utile*.

Помимо этого особо также выделялись иски: *популярные (actiones populäres)*—их мог предъявить любой и каждый (например, о поставленных и подвешенных вещах, угрожающих безопасности людей или животных); *арбитражные (actiones arbitrarie)*—в этом случае границы удовлетворения иска зависели от усмотрения судьи (например, при определении размера денежной компенсации стоимости вещи, если сама вещь уже невозвратима); *преюдициальные (actiones prejudiciales)*—они предъявлялись для того, чтобы вынесенное судом решение по данному делу приобрело юридически обязательную силу при рассмотрении судом в будущем другого дела (например, возбуждался спор о владении вещью, исход которого затем учитывался при разрешении спора о праве собственности на ту же самую вещь).

Переход от легисакционного процесса к формулярному знаменовал собой не только упрощение судебной процедуры, но, что гораздо более важно, выработку новых, противопоставленных квирическим так называемых *преторских способов защиты* частных имущественных прав. Важнейшими из этих способов были:

1. *Преторские стипуляции* (stipulationes pretoriae). Суть их состояла в том, что если по квирическому праву контракты требовали чрезвычайно осложненной формы, то в случае простого обещания совершить какие-либо действия, данного одним лицом другому перед претором, последний признавал такое бесформальное обещание имеющим обязательную юридическую силу и обеспечивал его исполнение в принудительном порядке. Преторские стипуляции, могли быть использованы и как средство разрешения возникшего между сторонами спора. Так, "если вред причинен на сумму 100 сестерциев и причинитель готов его, возместить, то стороны могли юридически оформить свои взаимоотношения, явившись перед претором и произнеся каждая по одной фразе: потерпевший — centum dare spondes? (обещаешь дать 100?); причинитель—spondeo (обещаю). С момента произнесения указанных фраз обязательство считалось возникшим и получало со стороны претора принудительную защиту;

2. *Ввод во владение* (missio in possessionem). Он мог быть распространен не только на отдельные вещи (in rem), но и на имущество в целом (in bona). Надобность в применении этого способа возникала, например, в случаях, когда лицо, не считавшееся наследником по квирическому праву, приобретало такое качество по преторскому праву. Тогда претор и вводил его во владение наследственным имуществом, обессиливая тем самым права квирических наследников;

3. *Восстановление прежнего положения* (restitutio in integrum). Формализм квирического права проявлялся не только в том, что требовалось строжайшее соблюдение установленной процедуры, но и в том, что если она соблюдена, вытекающие из нее правовые последствия наступали независимо от реальных пороков, скрывавшихся за такой процедурой. Например, продавец пошел на отчуждение имущества, уступая угрозе или насилию со стороны покупателя. Квирическое право не считалось с подобными обстоятельствами. Оно рассуждало по принципу:

• coactus voluit tamen voluit (хотел под принуждением, но все-таки хотел). В отличие от этого претор при несправедливости акта, хотя бы формально надлежаще совершенного, не придавал ему связующей юридической силы и обязывал к восстановлению положения, существовавшего до того, как подобный акт был совершен (стороны¹ возвращали полученное друг от друга имущество, потерпевшему возмещались убытки и т. п.);

4. *Интердикты* (interdicta). Из числа специфически преторских способов защиты частных имущественных прав интердикты

имели наиболее существенное практическое значение[^] Если возникший факт не находил отражения в квинитском праве, но» претор считал его достойным юридического признания, такое признание и обеспечивалось благодаря интердикту, которым претор по просьбе заинтересованного лица предписывал судье при подтверждении названных этим лицом обстоятельств принять соответствующее решение. Благодаря интердиктам был сконструирован такой важный -институт римского права, как защита владения, а также ряд других правоположений, появившихся в условиях формулярного процесса.

Экстраординарный процесс, сменивший процесс формулярный, получил свое наименование вследствие обусловленного им перехода от рассмотрения споров *in ordo* к разрешению их *extra ordinem*.

Рассмотрение споров *in ordo* (в установленном порядке) предполагало распадение процесса на две стадии (*in iure* и *in iudicio*), строгое размежевание стоявших перед каждой из них задач (выяснение правовой и фактической стороны дела), следование определенным правилам в юридической квалификации спора и в принятии основанного на этой квалификации решения.

Разрешение дел *extra ordinem* (вне какого-либо специально установленного порядка) было сопряжено с упразднением двухстадийности процесса: магистрат, к которому обращались спорящие, и юридически квалифицировал возбужденное дело, и решение принимал, и приводил его в исполнение. Устный процесс сменился письменным, а публичный—тайным: только принятое решение провозглашалось, публично. Однажды начатый спор мог теперь длиться бесконечно долго, так как бюрократическая иерархия государственного аппарата позволяла переносить его из одной инстанции в другую вплоть до императорской канцелярии, с тем большим [^]усердием поощрявшей обращение к ней с жалобами, чем сильнее недостаток денежных средств испытывала императорская казна и чем-значительнее их приток могло обеспечить отправление судебных функций. И если послеклассический период развития римского частного права вообще не внес в него чего-либо особенно примечательного, то экстраординарный процесс и вовсе явился шагом назад по сравнению с ранее достигнутым этим правом уровнем. Свойственная ему специфика должна быть, однако, усвоена, так как без этого невозможно познание динамики возникших институтов римского частного права, которые и составят предмет последующего изложения.

Глава вторая. ЛИЦА

§ 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Понятие лица. Термином «лицо» (*persona*) принято именовать субъекта права. Для того чтобы быть субъектом права, нужно обладать способностью иметь права и обязанности, т. е. правоспособностью; Она представляет собой не биологическое, а именно социально-юридическое явление, и рабовладельческое государство подтверждает это самым наглядным образом, признавая правоспособность лишь за свободными и отказывая в ней рабам, которые, будучи людьми, считались тем не менее не субъектами, а объектами права.

Помимо правоспособности субъект права нуждается в дееспособности, т. е. способности приобретать права собственными действиями. Ни того, ни другого понятия в точном его значении римское право не знало. Однако применявшаяся им в отношении индивидов категория состояния (*caput*) практически означала правоспособность, а дифференциация правовой самостоятельности с учетом возраста и некоторых других факторов скрывала за собой дееспособность.

Правовое состояние и его виды. Субъект права в Древнем Риме—это не просто человек, а прежде всего *свободный* человек, обладающий состоянием свободы—*status libertatis*. Но для полноправного субъекта было мало и этого, так как им становился не любой, а только *римский гражданин*—*civis Romanus*. Подданные римского государства, не являвшиеся римскими гражданами, так называемые латины (*latini*), пользовались ограниченной правосубъектностью. Что касается чужестранцев, или, по древнеримской терминологии, *перегринов* (*peregrini*), то первоначально они не пользовались¹ на территории римского государства вовсе никакими правами и даже могли быть обращены в рабство. С развитием торгового оборота возможность приобретения некоторых прав была им предоставлена. И только на последней стадии существования римского государства все подданные Римской империи были объявлены

римскими гражданами. Подавляющий период времени развитие римского государства шло под знаком размежевания правового положения римских граждан и лиц, не имевших римского гражданства. Этому соответствовала зависимость правового положения индивида не только от состояния свободы, но и от состояния гражданства (*status civitatis*).

Существенное значение имело также семейное состояние— *status familiae*. С этой точки зрения различались глава семьи (*paterfamilias*) и подвластные члены семьи. Глава семьи всегда был полноправен. Подвластные члены семьи вначале были вовсе бесправными и всецело подчинялись его власти наподобие рабов. Лишь в последующем, по мере развития товарно-денежных отношений, члены семьи стали постепенно наделяться известными правами, но никогда не достигали того правового положения, в каком находился глава семьи.

Правосубъектность по римскому частному праву определялась, таким образом, тремя состояниями: состоянием свободы (*status libertatis*), состоянием гражданства (*status civitatis*) и семейным состоянием (*status familiae*). По словам Павла:

«*tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam*». С точки зрения *status libertatis* различались свободные и рабы; с точки зрения *status civitatis*— римские граждане и лица, не имевшие римского гражданства; с точки зрения *status familiae*— главы семейств и подвластные им члены семьи.

§ 2. СОСТОЯНИЕ СВОБОДЫ

Деление на свободных и рабов — основное деление римского общества.

Рабство, составляло основу рабовладельческого способа производства, и,¹соответственно, противоречия между свободными и рабами выражали классовую сущность рабовладельческого общества. Римские юристы, будучи, разумеется, далеки от понимания социально-экономических корней рабства, тем не менее признавали деление на свободных и рабов основным делением современного им общества: «*summa... divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*» (высшее правовое деление субъектов состоит в том, что все люди либо свободные, либо рабы).

Свободные были субъектами, а рабы—объектами права «наряду со скотом или как привесок к земле»¹ и по своему правовому положению приравнивались к вещам. По сохранившемуся преданию, древним римлянам приписывается высказывание: *servi res sunt* (рабы суть вещи). Весьма характерна, в этом отношении позиция Варрона (I в. до н. э.), по мнению которого все орудия труда могут быть отнесены к одной из трех групп: 1) неодушевленные; 2) одушевленные и издающие

¹ М а р к с К. Формы, предшествующие капиталистическому производству.—«Вестник древней истории», 1940, № 1(10), с. 20.

нечленораздельные звуки (скот); 3) одушевленные и одаренные речью (рабы). Раб в Древнем Риме—не более чем *instrumentum vocale* (говорящее орудие).

Основания возникновения рабства. Древнейшим способом обращения в рабство был захват в плен воинов враждебной Риму страны. В рабство могли быть обращены и любые вообще оказавшиеся в римском государстве чужестранцы, которые, как уже отмечалось, не пользовались на территории Рима никакими правами, если только Рим не заключил с соответствующим государством особого договора.

Рабом становился также ребенок, рожденный рабыней, даже если отец был свободным человеком. Дело в том, что, как будет видно из дальнейшего, правовой статус отца приобретали лишь дети, рожденные в законном браке. Но вступление в брак с рабыней было исключено, и, следовательно, ее ребенок считался рожденным вне брака, а такие дети воспринимали статус матери. Речь идет о статусе матери в момент родов, ибо предшествующий ее статус во внимание не принимался, и если даже до этого момента женщина была свободной, ребенок тем не менее объявлялся рабом. Лишь в послеклассическую эпоху ребенок рождался свободным, если мать была свободной в период беременности безотносительно к тому, как долго она обладала свободой.

Вместе с тем при известных условиях в рабство мог быть обращен и свободнорожденный подданный римского государства. Так, в древнейшее время глава семьи (*paterfamilias*) мог продать в рабство подвластного члена семьи за непослушание. Заемщик, не возвративший долг, взятый им «под залог» собственной личности, мог быть продан в рабство кредитором. Аналогичное право принадлежало потерпевшему в отношении вора, застигнутого на месте преступления. В перечисленных случаях упомянутые лица продавались в рабство за границу (*trans Tiberim*), так как по древнеримским воззрениям свободный человек не мог быть рабом на территории своего отечества. Политическая основа этой концепции состояла в том, что скопление в пределах римского государства больших масс людей, лишенных свободы, которой они ранее обладали, создавало бы повышенную опасность социальных волнений.

И лишь по мере развития товарно-денежных отношений, когда центр тяжести в долговых обязательствах постепенно перемещался с личности должника на его имущество, «самозаклад» должника сменился залогом вещей, а потому перестал быть источником рабства. Подобным же образом и кража, традиционно считавшаяся частным правонарушением, со временем вместо мер, направленных против личности похитителя, стала влечь за собой штрафные санкции. Личная власть главы семьи над остальными ее членами мало-помалу также уступала место признанию их имущественной самостоятельности, и хотя эта власть, невзирая на сужение ее пределов, оставалась в римском

праве до самого конца, на последних этапах существования римского государства она уже не была столь безграничной. Тем самым отпал и этот способ обращения в рабство.

Далее, лица, совершившие тяжкие преступления и приговоренные к смертной казни или к ¹ пожизненным каторжным работам в рудниках, оказывались рабами государства (*servi roepae*). В рабство обращалась свободная женщина, вступившая в связь с рабом и продолжавшая ее вопреки запрещению рабовладельца. Вольноотпущенник (раб, отпущенный на свободу), если он вел себя неблагодарно по отношению к своему бывшему господину (патрону), мог быть по требованию последнего возвращен в рабское состояние (*revocatio in servitutem*).

Наконец, признавался *рабом*- тот, кто, позволив фиктивно продать себя как раба, в действительности имел в виду получить часть покупной цены (*pretii participandi gratia*) после того, как будет подтверждено его свободное состояние.

Правовое положение рабов. Будучи объектами права, рабы не могли иметь правосубъектности. По Ульпиану «*quod attinet ad jus civile servi pro nullius habentur*» (с точки зрения гражданского права рабы представляют собой ничто). Не могло у них поэтому быть ни своего имущества, ни своих прав, ни своей семьи. Напротив, они сами являлись объектами сделок: купли-продажи, мены, дарения и т. д. Раб, даже брошенный господином на произвол судьбы, сохранял свое рабское состояние, становясь «ничейным», и его, как любую бесхозяйную вещь, мог захватить в собственность каждый желающий.

Эксплуатация рабов, становившаяся по мере роста их количества, а в связи с этим и дешевизны, все более безудержной, оборачивалась многочисленными восстаниями, расшатывавшими экономические устои римского общества. Вот почему государственная власть в интересах господствующего класса в целом начинает принимать и определенные меры, связанные с признанием за рабами некоего подобия правообладания.

Так, место погребения раба с древнейших времен провозглашалось *locus religiosus* (находящимся под охраной религии) наравне с могилой свободного лица. Хотя вообще господину в отношении раба принадлежало право жизни и смерти (*jus vitae ac necis*), в постклассическую эпоху осуществление этого права ставилось уже в известные рамки: 1) неосновательное убийство раба влекло для господина такое же наказание, как и убийство чужого раба; 2) отдать раба в гладиаторы господин мог только с особого разрешения магистрата; 3) раб, беспомощный вследствие старости или болезни, обретал свободу, если был покинут господином; 4) если жестокость господина становилась для раба невыносимой, ему было дозволено искать убежища в храме или у скульптуры императора, и магистрат, убедившись в том, что жестокость действительно чрезмерна, обязывал господина произвести отчуждение раба другому лицу.

Следует вместе с тем подчеркнуть, что упомянутые нормы были обусловлены вовсе не милосердием римских императоров, а потребностями господствующего класса, в целях обеспечения которых государство было вынуждено сдерживать отдельных его представителей¹ своим бесчеловечным обращением с рабами ставивших под угрозу саму безопасность рабовладельческого общественного строя.

Интересами господствующего класса было продиктовано также постепенное предоставление рабам своеобразного суррогата правового статуса и в имущественной сфере. Последовательное проведение в жизнь принципа «*servi pro nullius habentur*» означало, что действия раба вообще лишены какого бы то ни было юридического эффекта. Но это далеко не всегда было выгодно самим рабовладельцам, ибо не позволяло, например, заключать договоры через посредство рабов и тем сужало возможности их эксплуатации. Вот почему упомянутый принцип применялся с рядом исключений.

Прежде всего, через раба как *instrumentum vocale* можно было приобретать имущество путем заключения договоров с тем, разумеется, что все права на имущество в самый момент их¹ приобретения получал непосредственно господин. Однако обязанности, возникшие из заключенного рабом договора, первоначально господина не обременяли, ибо, по древнеримским воззрениям, действия рабов могли приводить лишь к улучшению, но не к ухудшению имущественного положения господина (*melior conditio nostra per servum fieri potest, deterior non potest*). Возложение этих обязанностей на самого раба было тем более невозможно: не обладая право-субъектностью, раб не мог ни принимать на себя обязанностей, ни отвечать за их исполнение, ввиду чего предъявление, к нему исков не допускалось (*cum servo nulla actio est*—в отношениях с рабом нет иска).

В последующем², однако, раб, отпущенный на свободу, стал признаваться носителем и тех обязанностей, которые возникли из договоров, заключенных им еще в рабском состоянии. Правда, предъявление к нему исков о принудительном исполнении таких обязанностей было исключено. Но если он производил исполнение добровольно, то уже не мог требовать исполненного обратно на том основании, что исполненная им обязанность не имела исковой защиты.

Иногда же обязанности, связанные с действиями раба, возникали именно в лице господина и притом обеспечивались исковой защитой. Так, господин нес ответственность за вред, причиненный рабом другому лицу, и по специальному иску потерпевшего (*actio noxalis*, а когда вред причинялся животными—*actio de rauregiae*) должен был компенсировать убытки (*noxiam sacrire*) либо передать потерпевшему самого раба-причинителя (*noxae dudere*). Упомянутая обязанность сохраняла силу при отчуждении раба, переходя вместе с последним

к его приобретателю, а в случае, когда раб получал свободу, соответствующий иск мог быть предъявлен к нему самому.

Развитие товарного производства, а с ним и торгового оборота все более настоятельно побуждало рабовладельцев использовать рабов при заключении договоров. Однако такая возможность практически сводилась на нет из-за того, что господин не отвечал по договорам, заключенным рабом, а третьи лица, не уверенные в реальной осуществимости своих прав по таким договорам, естественно, опасались их заключать. Выходом из этого затруднения послужило предусмотренное для ряда случаев возложение на господина ответственности по договорам, заключенным рабом.

Например, господин мог поставить раба во главе какого-либо предприятия, и тогда полную ответственность по договорам, заключенным этим рабом (он именовался *institor*), нес господин, против которого контрагент раба мог предъявить особый иск (*actio institoria*). Раб мог быть назначен и капитаном торгового судна (*magister navis*). По его договорам также полностью отвечал господин-судовладелец (*exercitor*) по иску *actio exercitoria*. Полная ответственность господина наступала и в случае, когда раб совершал договор согласно предварительной договоренности, достигнутой между господином и контрагентом (например, господин условился с каким-либо лицом о предоставлении рабу займа, если раб попросит об этом). В подобных случаях раб считался действовавшим во исполнение ¹приказа господина (*jussus domini*), к которому и мог быть предъявлен соответствующий иск (*actio quod jussu*). Помимо этого полную ответственность господина влек любой заключенный рабом договор, который приводил к увеличению имущества господина. Последний, однако, отвечал лишь в пределах приращения своего имущества (по иску *actio de in rem verso*).

Со временем широкое распространение начинают получать случаи, когда господин, предоставляя рабу известное имущество (например, земельный участок с инвентарем и т. д.), позволял ему извлекать доходы от эксплуатации этого имущества и обязывал определенную их ¹долю передавать себе. Такое имущество было известно в Древнем Риме под наименованием пекулия— *peculium*. Но эксплуатация пекулия и извлечение доходов были бы неосуществимы без вступления раба в правоотношения с другими лицами. А поскольку пекулий юридически оставался имуществом господина, он в пределах пекулия нес ответственность по связанным с ним договорам. Обеспечению такой ответственности служил иск, именованный *actio de peculio*.

Истории известны факты такого обогащения раба, получившего пекулий, когда он сам становился обладателем рабов (*servi vicarii*). Накопив изрядную ¹сумму денег, он мог купить себе свободу. В этих целях раб обычно вступал в специальное

Деление на граждан и чужестранцев — существенная черта древнеримского государства. Свобода провозглашалась необходимой предпосылкой правосубъектности, но в полном объеме она принадлежала не всем свободным, а лишь римским гражданам. Если свободный не являлся подданным римского государства, то он как чужестранец долгое время не обладал в Риме и правосубъектностью, а в древности даже считался врагом (*hostis*) и в связи с этим мог быть обращен в рабство.

Однако с развитием товарно-денежных отношений такое положение вступило в противоречие с экономическими потребностями господствующего класса, ибо торговля, в том числе и внешняя, осуществима лишь на началах равенства всех ее участников. Не случайно уже с самых древних времен в Риме появился институт клиентеллы (*hospitium privatum*), когда римский гражданин заключал с чужестранцем специальное соглашение, по которому обязывался в качестве патрона защищать правовые интересы своего клиента, совершая для него договоры, выступая вместо него в суде и т. д. Патрон, заменяя собой клиента, не считался его представителем и потому действовал от собственного имени. Сами соглашения подобного рода, не будучи¹ предусмотрены гражданским правом, охранялись Силой религии, угрожавшей недобросовестному патрону божьей карой.

Рост торгового оборота обусловил впоследствии тенденцию не только к предоставлению чужестранцам известного (вначале весьма ограниченного) правового статуса, но и к постепенному сближению его¹ с правовым статусом римских граждан.

Правовое положение граждан, латинов, перегринов. Римские граждане не только обладали наиболее полной частноимущественной правосубъектностью, но и занимали привилегированное положение в публично-правовой сфере. Так, только из

римских граждан комплектовалась регулярная армия Древнего Рима. Они могли участвовать в народных собраниях и имели там право голоса (*jus suffragii*). Им принадлежало также право занимать выборные должности магистратов, а поскольку такие должности считались почетными, и само это право получило название *jus honorum*.

Что касается частноимущественной правосубъектности римских граждан, то ее образовывали в своей совокупности, во-первых, *jus connubii* — право создавать римскую семью путем вступления в брак, при котором дети от рождения становились римскими гражданами, и, во-вторых, *jus commercii* — право совершать договоры и иные юридические действия по приобретению и отчуждению имущества. Имеются в виду различные действия, не образующие договора, например завещание. При этом существенное значение приобретала завещательная правоспособность (*testamenti factio*): активная — *testamenti factio activa* (право составлять свое и засвидетельствовать чужое завещание) и пассивная — *testamenti factio passiva* (право выступать в качестве наследника по завещанию).

Другую категорию лиц в Древнем Риме составляли латины, правовое положение которых не было однородным. Ближе всего к римским гражданам примыкали так называемые *latini veteres*—«древние» латины, т. е. свободное население общин Лациума, некогда составлявших вместе с Римом Латинский союз, который прекратил свое существование в IV в. до н.¹ э. Пользуясь ограниченными правами в публично-правовой сфере (только *jus suffragii*, но не *jus honorum*), *latini veteres* имели такие же *jus commercii* и *jus connubii*, как и римские граждане. Жители иных италийских общин (*latini coloniarii*) обладали лишь *jus commercii*, а *jus connubii*—только в том случае, если оно было специально предоставлено отдельным лицам или населению целой общины. Право на обращение в суд за разрешением имущественных споров, а также порядок судопроизводства были для всех латинов точно такими же, как и для римских граждан.¹

В то же время при известных¹ обстоятельствах римлянин мог сменить свое гражданство на положение латина, например с целью приобретения земельного участка во вновь присоединенных к Риму провинциях, если их земли государство предоставляло латинам на льготных условиях, поощряя тем самым освоение новых территорий. Со своей стороны и латин мог стать при определенных условиях полноправным римским гражданином.

Например, приобретали римское гражданство *latini veteres*, перебравшиеся на постоянное жительство в Рим, а другим латинам римское гражданство присваивалось, если они занимали определенные выборные должности в своих общинах, а также могло быть пожаловано за заслуги перед римским государством. Поскольку, однако, различного ^ода миграции при-

¹ О, С. Иоффе, В. А. Мусин

водили, с одной стороны, к росту населения Рима и, с другой стороны, к сокращению • числа жителей провинций, государство принимало меры к их ограничению. Так, переселение *latini veteres* в Рим стали разрешать при условии оставления латином в месте своего прежнего жительства мужского потомства, а затем описанный способ приобретения римского гражданства был и вовсе отменен.

Возмущение латинов, вообще недовольных своим политическим неравноправием по сравнению с гражданами Рима, который, как они не без основания полагали, во многом был обязан своими военными успехами вспомогательным латинским формированиям, явилось одним из факторов, приведших к так называемой союзнической войне (90—89 гг. до н. э.), после которой римское государство вынуждено было наделить правами римского гражданства все италийское население.

Правосубъектность латинов, ограниченная по сравнению с правосубъектностью римских граждан, была, однако, все же шире, чем у свободного населения присоединенных к Риму территорий, имевшего только *jus commercii* и *jus connubii*, но не обладавшего даже *jus suffragii*, не говоря уже о *jus honorum*. Эти лица так и назывались: *cives sine suffragio* (или *aerarii*).

Лишь закон Каракаллы (212 г.), распространивший права римского гражданства на всех свободных жителей Римской империи, ликвидировал тем самым латинов и эрариев как особые категории лиц, уравнив их с римскими гражданами.

Из числа свободных¹ людей низшую ступеньку социальной лестницы в древнейшее время занимали перегрины, т. е. граждане иностранных государств, оказавшиеся на территории Рима, а также римские подданные, которым не было предоставлено ни римское, ни латинское гражданство, ни даже *civitas sine suffragio*. Речь идет, в частности, о гражданах государства^ воевавшего с Римом и вдавшегося на милость победителя. Граждане такого государства, перешедшего теперь на положение римской колонии, не обращались в рабство, как обычные военнопленные, а сохраняли свободу и именовались *peregrini dedeticii* (дословно—капитулировавшие перегрины).

Как уже отмечалось, первоначально перегрины были в Риме совершенно бесправны. Вместе с тем по мере развития товарно-денежных отношений экономические потребности вынудили римское государство обеспечить правовую охрану и перегри-нам. Такое обеспечение осуществлялось как в частном порядке (*hospitium privatum*), так и на государственном уровне (*hospitium publicum*) в договорах, которые Рим заключал с дружественными ему странами (*civitates foederate*) и которые имели целью взаимно гарантировать частнопроводную защиту интересов граждан одного государства на территории другого. В последующем эта защита стала охватывать и *peregrini dedeticii*.

Правовая охрана Перегринов обеспечивалась, однако, не путем предоставления им отдельных элементов статуса римских граждан, а иным, специфическим образом: с помощью особой, постепенно сложившейся правовой системы—*jus gentium*¹. Только законом Каракаллы все подданные Римской империи были объявлены римскими гражданами, и, следовательно, пере-егринами с тех пор могли считаться лишь пребывающие в Риме иностранцы. Но к этому времени взаимопроникновение *jus gentium* и *jus civile* достигло такого уровня, при котором частнопровое положение римских граждан и чужестранцев стало практически одинаковым.

Правовое положение вольноотпущенников граждан, латинов, перегринов. Выше рассматривалось правовое положение свободных. Но свобода в Древнем Риме приобреталась двумя путями: человек мог *быть свободным* от рождения либо *стать свободным* в результате отпущения из рабства.

Вольноотпущенник (*libertinus*), по общему правилу, приобретал правовой статус лица, даровавшего ему свободу, и в зависимости от того, кем был его прежний собственник—пере-егрином, латином или римским гражданином,—сам получал статус, соответствующий правовому положению пере-егрина, либо латана или римского гражданина.

Это правило знало, впрочем, отдельные изъятия. Прежде всего даже вольноотпущенники римских граждан не приобретали права на занятие должностей (*jus honorum*) и с I в. н. э.—избирательного права (*jus suffragii*), а их право на вступление в брак (*jus connubii*) не распространялось сперва на браки с любыми свободнорожденными, а позднее—только на браки с сенаторами.

Затем, в случае освобождения из рабства вне установленной для этого специальной процедуры, вольноотпущенник вообще не становился свободным с точки зрения *jus civile*. Однако его свобода обеспечивалась претором, и он, таким образом, оказывался в своеобразном состоянии фактической свободы (*in libertate morari*). Лишь в послеклассический период такие лица были поставлены в положение латинов и по названию закона, предоставившего им это положение (*lex Junia Norbana*), стали именоваться *latini Juniani*. В то же время объем их правоспособности был ограничен по сравнению с правами других категорий латинов. Они не только не имели *jus connubii*, но и их *jus commercii* было значительно урезано, так как не охватывало способности к составлению завещания, в связи с чем все их имущество переходило после смерти к бывшему господину. Не случайно к *latini Juniani* относились слова: «*vivunt ut li-beri, moriuntur ut servi*» (живут как свободные, умирают как рабы). Категория *latini Juniani* продолжала существовать и после того, как *latini veteres* и *latini coloniarum* получили права римского гражданства, и была ликвидирована лишь Юстинианом, объявившим римскими гражданами всех вольноотпущен-

ников, если только они были освобождены при пяти свидетелях.

Далее, изъятие касалось рабов, подвергнутых клеймению за совершение тяжких преступлений. Согласно *lex Aelia Sentia* (4 г. н. э.) этим рабам в случае их последующего освобождения присваивался статус *peregrini dedeticii*.

Наконец, волноотпущенники peregrinorum, в отличие от самих peregrinorum, никогда не могли стать гражданами Рима.

Кроме того, не порывались полностью отношения вольноотпущенника с его бывшим господином. Последний выступал теперь как патрон (*patronus*) вольноотпущенника, который был обязан почитать патрона и, в частности, не имел права обращаться к нему с обесчещивающими - (инфамирующими) исками (*actiones famosae*), удовлетворение которых влекло ограничение правоспособности ответчика. Предъявлять к патрону иные иски вольноотпущенник мог не иначе, как с разрешения магистрата. Вольноотпущенник, не соблюдающий *obsequium*—почтения к патрону, рисковал потерять свободу и вновь стать рабом (*revocatio in servitutem propter ingratitude*—возвращение в рабство вследствие неблагодарности).

Вольноотпущенник, далее, обязывался оказывать патрону всякого рода услуги (*operae*), если патрон в них нуждался, а патрон, испытывавший материальные затруднения, имел право на получение от вольноотпущенника содержания (*alimonia*). Имущество вольноотпущенника, не оставившего завещания и не имевшего детей, переходило к патрону в порядке наследования.

Основание «особых отношений» между вольноотпущенником и патроном римские юристы усматривали в том, что патрон давал вольноотпущеннику свободу, подобно тому как отец дает жизнь своему сыну. Вот почему патрон имел над вольноотпущенником некое подобие той власти, которой *paterfamilias* обладал в отношении детей. В действительности, однако, «отцовская» власть патрона над вольноотпущенником позволяла бывшему рабовладельцу продолжать, хотя и в видоизмененной форме, эксплуатацию ранее подвластных ему людей уже после того, как они вышли из рабского состояния.

Что касается способов приобретения свободы, то основным из них было освобождение раба господином (*manumissio*), а сами формы *manumissio*, вначале немногочисленные, постепенно, по мере исторического развития римского общества, стали более разнообразными.

В древнейшую эпоху *manumissio* могло быть выражено в завещании (*manumissio testamento*), когда господин прямо указывал, например: «*servus meus Stichus liber esto*» (да будет раб мой Стих свободным) либо обязывал наследника предоставить рабу свободу, причем освобождение раба иногда ставилось в зависимость от выполнения им определенных условий (чаще всего—передачи наследнику известной денежной суммы).

По-видимому, несколько позже у рабовладельцев появилась возможность отпускать рабов на волю и не дожидаясь собственной смерти — посредством фиктивного судебного процесса (*manumissio vindicta*). Этот процесс «разыгрывался» по правилам *legis actio per sacramentum* и опирался на предварительную договоренность господина с другим лицом о выступлении в качестве истца (*assertor in libertatem*). Они являлись вместе перед магистратом (куда доставлялся также и раб), и там господин в ответ на произнесенную мнимым истцом ¹формулу «*hunc hominem ex jure Quiritium liberum esse aio*» (я утверждаю, что по праву квиритов этот человек свободен) ограничивался молчанием или позитивно признавал иск. По правилам легисакционного процесса иск в таком случае считался для ответчика проигранным, и магистрат провозглашал раба свободным. Существовала и сравнительно простая процедура освобождения из рабства, предполагавшая внесение раба как свободного в цензовую перепись (*in censu*). Но эта возможность появлялась лишь при проведении цензовых переписей, т. е. не чаще чем один раз в 4—5 лет.

Таковы формальные способы освобождения из рабства, предусмотренные гражданским правом. В классическую эпоху получили распространение и иные способы, связанные уже с меньшим формализмом: господину достаточно было объявить о свободе раба перед свидетелями (*manumissio inter amicos*), не прибегая ни к завещанию[^] ни к внесению цензовых записей магистратом. Если же господин вручал рабу специальный документ об освобождении (*manumissio per epistulam*), отпадала надобность даже в присутствии свидетелей. Но, как отмечалось ранее, свобода бывших рабов, отпущенных на волю неформальными способами, охранялась не гражданским, а преторским правом, и только *lex Junia Norbana* предоставил им статус *latini Juniani*.

Постепенно увеличивая число способов предоставления рабам свободы, государство вместе с тем вовсе не собиралось пускать этот процесс «на самотек», ибо бесконтрольное освобождение рабов могло, во-первых, подорвать сам институт рабовладения как основу общественного строя, а во-вторых, наводнить свободное население «возмутителями спокойствия». Вот почему, если в древности, когда отпущение рабов на волю производилось в единичных, исключительных случаях, никаких количественных ограничений на этот счет не существовало, то в послеклассический период, когда в преддверии феодализма, «дыхание» которого ощущалось все более явственно, освобождение рабов приобрело весьма распространенный характер, законодательство стало ограничивать как число одновременно освобождаемых рабов, так и сами условия их освобождения.

Заслуживает внимания в этом отношении *lex Fufia Caninia* (I в. н. э.), разрешавший господину отпускать на волю посредством завещания не всех принадлежавших ему рабов, а только

определенное их число. Так, при наличии до 3 рабов разрешалось отпустить не более 2, при наличии до 10 рабов—не более половины, при наличии до 30 рабов—не более $\frac{1}{3}$, при наличии до 100 рабов—не более $\frac{1}{4}$, при наличии до 500 рабов— не более $\frac{1}{8}$ и максимум—100 рабов. Закон этот был отменен Юстинианом.

Другой закон, также изданный в I в. н. э.,— *lex Aelia Sentia*—ввел в определенные рамки само право господина давать рабам свободу. Господин моложе 20 лет мог сделать это не иначе как с разрешения специальной комиссии, которое было необходимо также для отпущения раба, не достигшего 30 лет, уже независимо от возраста господина, а освобождение рабов «во зло кредиторам», которые могли бы обратиться на этих рабов взыскание по долгам, вообще запрещалось.

До сих пор речь шла об освобождении рабов по воле господина. В императорскую эпоху был установлен ряд правил, предусматривавших обретение рабами свободы *ipso jure*—по указанию самого закона. Так, становился свободным: раб, обнаруживший убийцу своего господина; беспомощный раб, оставленный господином; раб, проживший не менее 20 лет в качестве свободного и добросовестно считавший себя свободным.

§ 4. СЕМЕЙНОЕ СОСТОЯНИЕ

Деление на подвластных и самостоятельных субъектов — важнейшее качество древнеримской семьи. Первичную ячейку римского общества составляла семья— *familia*. Принадлежность к римской семье считалась прерогативой римских граждан, а положение, которое римский гражданин в семье занимал, определяло наряду со свободой и гражданством его правосубъектность.

Семья в Древнем Риме строилась на сугубо патриархальных началах, напоминая автономный мирок, полностью подчиненный власти одного лица— главы семьи (*paterfamilias*) и только им представляемый вовне. Власть *paterfamilias* в семье была непререкаемой и в древнейшее время безграничной. Все остальные члены семьи подчинялись *paterfamilias* в одинаковой степени и были перед ним совершенно бесправны: он мог подвергнуть их любому наказанию, продать в рабство и даже лишить жизни. Это относилось не только, к детям, но и к жене, которая по древнеримским воззрениям занимала *filiae loco* (положение дочери) по отношению к мужу и *sororis loco* (положение сестры) по отношению к собственным детям.

Отмеченная структура римской семьи обусловила деление граждан по их семейному состоянию на самостоятельных и подвластных, или, как говорилось в римских источниках, на лиц своего права (*personae sui juris*) и лиц чужого права (*personae alieni juris*). Самостоятельным (*persona sui juris*) был в семье только один человек—*paterfamilias*—независимо от то-

то, возглавлял ли он семью или как одинокий не подлежал чьей-либо семейной власти. Лишь он считался способным к неограниченному правообладанию и являлся единственным субъектом всех имущественных прав, приобретенных как им самим, так и другими членами семьи.

Другие члены семьи (жена, дети, их супруги и потомство) считались *personae alieni juris*. Будучи субъектами права (*personae*), они могли от своего имени совершать договоры по приобретению имущества, которое, однако, автоматически считалось принадлежащим *paterfamilias*. Даже в случае, когда сам *paterfamilias* наделял имуществом своих подвластных, такое имущество по его правовому режиму приравнивалось к пекунию и, оставаясь собственностью *paterfamilias*, лишь эксплуатировалось соответствующими членами семьи.

Члены семьи, рабы, вещи—над всем этим *paterfamilias* первоначально имел одинаковую абсолютную власть (*manus*). Однако развитие товарного производства, постепенно вытеснявшее натуральное хозяйство, начинает мало-помалу подтачивать и основанные на нем патриархальные устои римской семьи. Это сказывалось и на характере власти *paterfamilias*. Так со временем единство его власти над всеми подчиненными уступает место ее дифференциации.

Термином «*manus*» именуется уже только власть над женой. Для обозначения власти над детьми появляется специальное понятие — *patria potestas*, а власть над рабами называется *dominica potestas*. Приведенные терминологические нововведения заслуживают внимания в том смысле, что они отражают социальные процессы, происходившие внутри римской семьи по мере развития товарного производства и приведшие вначале к появлению отдельных элементов, а затем и к постепенному росту самостоятельности членов семьи, ранее безгранично подчиненных власти *paterfamilias*. Но даже на последних стадиях существования римского государства, когда самостоятельность членов семьи достигла весьма высокого уровня, власть *paterfamilias*, к тому времени утратившая деспотические черты, присущие ей в древности, все же не исчезла целиком. В этом смысле деление на *personae sui juris* и *personae alieni juris* существенно для оценки правового положения римских граждан в целом, а не на каком-либо отдельном историческом этапе.

Правовое положение главы семьи и подвластных. Как уже отмечалось, *paterfamilias* был в семье единственным лицом *sui juris*, а все остальные члены семьи в качестве *personae alieni juris* подлежали его власти. Эта власть распространялась как на жену, так и на детей. Поскольку, однако, взаимоотношения между супругами будут подвергнуты специальному рассмотрению, сейчас следует сосредоточиться на отцовской власти (*patria potestas*).

В древнейшее время власть отца над детьми была настолько безгранична, что дала римлянам повод утверждать: «*fere enim*

nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus» (нет другого народа, который имел бы над детьми власть, подобную нашей).

При этом речь идет именно о власти отца, а не обоих родителей. Мать по отношению к детям вначале совершенно бесправна, будучи в положении их сестры при жизни отца, а после его смерти попадая под власть старшего сына. Правда, в классический период мать наряду с отцом (за которым оставалось окончательное слово) признавалась обязанной воспитывать детей. Кроме того, у матери и детей появились взаимные наследственные права, а в последующем на мать при известных обстоятельствах могли быть возложены функции опекуна по отношению к детям. Но даже и в этих условиях скромные полномочия матери не шли ни в какое сравнение с всевластием отца.

Первоначально отец распоряжался жизнью и смертью своих детей (*jus vitae ac necis*), будучи вправе выбросить новорожденного ребенка (*liberum repudiare*), либо уже вне зависимости от возраста продать в рабство *trans Tiberim*, или лишить жизни. Впрочем, эта «самодержавная» власть очень рано начинает подвергаться ограничениям, со временем все более значительным (будто бы еще Ромул запретил выбрасывать новорожденных). Недолго просуществовало и право отца продавать детей в рабство, причем трехкратная продажа сына и однократная—дочери освобождала их от отцовской власти. Взамен права лишить детей жизни отец признавался обязанным отдать виновного во власть магистрата, а затем убийство сына (дочери) и вовсе было объявлено преступлением. В конце существования Римской империи детям дозволялось даже жаловаться магистрату на чрезмерную строгость отца, и если жалоба подтверждалась, отца обязывали освободить детей от своей власти.

Не менее обширна власть домовладыки над детьми и в имущественной сфере: все приобретенное детьми становилось имуществом отца, однако принятые ими на себя обязанности отца не обременяли, а за вред, причиненный детьми, отец отвечал по *actio noxalis* (уже рассмотренному в связи с правовым положением рабов). Аналогично положению рабов обстояло дело и с постепенным развитием имущественной самостоятельности детей. Как и раб, сын мог быть назначен капитаном судна или поставлен во главе торгового предприятия, и тогда субъектом не только прав, но и обязанностей по договорам, заключенным сыном, являлся отец, отвечавший по искам *actio institoria* и *actio exercitoria*. В соответствующих случаях контрагенты сына могли предъявить отцу *actio quod jussu* и *actio de in rem verso*. Сын, наделенный отцовским пекулием (*peculium profectitium*); мог заключать связанные с ним договоры, ответственность по которым в пределах пекулия нес отец (по иску *actio-de peculio*).

В последующем имущественная самостоятельность детей стала все более прогрессировать. Так, ориентировочно в период правления Августа (I в. до н. э.) имущество, полученное сыном от родственников по случаю поступления в армию, а также приобретенное на этой службе (в виде жалования или военной добычи), уже именовалось *peculium castrense* (военный пекулий) и считалось принадлежащим исключительно сыну, который мог им распоряжаться по собственному усмотрению, в том числе завещать. Практически, таким образом, *peculium castrense* был по сути дела собственностью сына, и единственный рудимент пекулия в строгом смысле слова состоял в том, что при отсутствии завещания имущество умершего сына, составлявшее *peculium castrense*, всегда переходило к *paterfamilias* в том же порядке, что и обычный пекулий. В таком виде *peculium castrense* просуществовал до Юстиниана, полностью распространившего на это имущество нормы о наследовании.

Со временем к *peculium castrense* было приравнено имущество, заработанное сыном на любой службе вообще (государственной, духовной и т. п.), а также полученное в виде вознаграждения за адвокатские услуги. Все это, считаясь *peculium quasi castrense*, находилось в полном распоряжении сына.

Несколько позже дети объявляются собственниками имущества, наследуемого ими после смерти матери (*bona materna*) и родственников по материнской линии (*bona materni generis*) либо полученного в дар от матери и ее родственников, а при Юстиниане было установлено правило, согласно которому сыну принадлежало уже все приобретенное им имущество, за исключением купленного на средства отца. Последнее становится собственностью *paterfamilias*, а в отношении имущества детей он имел лишь право пользования.

Основанием возникновения *patria potestas* были рождение детей в римском браке, узаконение детей, рожденных вне брака, либо усыновление чужих детей. Прекращалась *patria potestas* со смертью отца, утратой им свободы или римского гражданства. Ни достижение сыном совершеннолетия, ни поступление его на военную, государственную, церковную службу, ни даже занятие им ответственных должностей вначале не освобождали его от отцовской власти.

Однако отец мог освободить детей от *patria potestas* по своей воле посредством эмансипации (*emancipatio*). Форма *emancipatio* на протяжении исторического развития римского государства претерпела существенную эволюцию. Вначале она выражалась в фиктивной троекратной продаже сына или однократной продаже дочери покупателю, который тотчас освобождал подвластного. В результате последний становился *persona sui juris* и отец утрачивал над ним *patria potestas*, будучи вправе пользоваться половиной его имущества.

В последующем эта сложная процедура была значительно упрощена: эмансипация стала совершаться особым рескриптом.

императора, а при Юстиниане отцу уже было достаточно объявить об эмансипации перед судом.

В период империи освобождение от *patria potestas* иногда наступало в силу факта выдвижения сына на некоторые государственные и духовные должности. Отец мог быть также лишен своей власти над детьми, если он обращался с ними незаслуженно жестоко (например, подвергая их чрезмерно суровым наказаниям), либо бесчеловечно (например, отказывая нуждающимся детям в средствах к существованию), или аморально (например, потворствуя сводничеству дочерей).

Родство. Понятием «родство» в Древнем Риме принято было обозначать близость лиц, принадлежащих к одной семье. Но римская семья строилась на сугубо патриархальной основе, в качестве которой выступала вначале безграничная власть *paterfamilias*. Поэтому и родственниками считались все, кто подлежал этой власти, вне зависимости от наличия или отсутствия между ними кровных уз. Родство, основанное на подчинении власти одного и того же *paterfamilias*, именовалось агнатским, а родственники—агнатами. Ими становились даже чужие (с точки зрения кровных связей) лица, попадавшие под эту власть (например, жены сыновей), и, с другой стороны, из их числа исключались даже собственные дети главы семьи, перешедшие туда власть другого *paterfamilias* (например, дочери, вышедшие замуж либо подвергнутые эмансипации). Выход из-под власти *paterfamilias* прекращал все правовые связи соответствующего лица с его (теперь уже бывшей) семьей, поскольку факт кровного происхождения в древнейшую эпоху никакого юридического значения не имел, если не сочетался с *patria potestas*.

Развитие товарно-денежных отношений, являясь фактором, определявшим все основные социальные процессы в римском обществе, постепенно подтачивало и патриархальные устои римской семьи. Это выразилось как в сужении власти *paterfamilias* над членами семьи, сопровождаемом ростом их личной и имущественной самостоятельности, так и в том, что на смену основанному на «административных» началах агнатско-му родству со временем пришло так называемое когнатское, т. е. кровное родство, базирующееся уже на общности происхождения.

Применительно к когнатскому родству следует различать линии и степени. Линии в свою очередь бывают двух видов:

прямая (связывающая лиц, происходящих одно от другого, например, отец, сын, внук, правнук) и боковая (объединяющая лиц, имеющих общего предка, например: брат и сестра, дядя и племянник). Прямая линия именуется восходящей или нисходящей в зависимости от того, «проводится» ли она от потомства к предку либо от предка к потомству. Для определения родственной близости недостаточно, однако, установить линию, связывающую данных лиц. Необходимо, кроме того, указать

степень родства, исчисляемую количеством рождений, на которое сопоставляемые лица отстоят одно от другого. Отсчет рождений ведется по прямой линии—непосредственно между этими лицами, а по боковой—от общего предка. Например, брат и сестра состоят во второй степени родства. В то же время среди братьев и сестер различаются полнородные (происходящие от общих родителей) и неполнородные, т. е. имеющие только общую мать (единоутробные) или только общего отца (единокровные).

От родства следует отличать свойство как отношение между мужем и родственниками жены и, наоборот, между женой и родственниками мужа, а также между родственниками обоих супругов. Свойство, как и родство, дифференцируется по степеням, соответствующим степени родства между супругом и тем из его родственников, применительно к которому необходимо выявить степень свойства, связывающего его с другим супругом. Например, сестра жены находится во второй степени свойства с ее мужем. Степени родства имели значение при наследовании и при вступлении в брак, ибо заключение брака между близкими родственниками не допускалось. Этот запрет распространялся и на близкие степени свойства.

Брак. По словам Модестина, брак представлял собой «*coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*» (союз мужа и жены, объединение всей жизни, общность божественного и человеческого права). В действительности, однако, эта явно идеалистическая формулировка маскировала полнейшее подчинение жены власти мужа, лишь с течением времени мало-помалу уступившее место признанию личной и имущественной самостоятельности жены.

Уже отмечалось, что в древнейшую эпоху правосубъектность жены всецело поглощалась правосубъектностью мужа, а жена, находясь в положении дочери, была совершенно бесправной. Это бесправие в равной степени касалось как личного, так и имущественного статуса жены. В личном смысле от мужа зависела сама судьба жены, в отношении которой ему принадлежало *jus vitae ac necis*. Он мог продать жену в рабство, а если она без его ведома покидала дом—истребовать ее от любого лица по такому же иску, как обеспечивающий возврат имущества, оказавшегося в чужом незаконном владении. Требование о возврате жены могло быть предъявлено даже к ее родителям, поскольку выход замуж сопровождался разрывом агнатских связей женщины с ее кровными родственниками и возникновением агнатского родства между нею и семьей мужа.

Идея безграничной мужней власти пронизывала и имущественные отношения супругов. Современного нам понятия общесупружеского имущества римское право не знало. В семье был один субъект имущественных прав — муж, которому принадлежало имущество, не только нажитое в браке, но и ранее со-

ставлявшее собственность жены, если до заключения брака она была *persona sui juris*, а также подаренное ей отцом по случаю выхода замуж.

Причиной имущественного бесправия жены служило то обстоятельство, что со вступлением в брак она становилась *reg-sona-otieni juris* и в этом качестве своего имущества иметь не могла. Даже если муж выделял ей что-либо для практически самостоятельного распоряжения, это считалось всего лишь пекулием. Только после смерти мужа его имущество переходило к жене (и детям) в порядке наследования. Описанная власть¹ мужа над женой называлась *manus*, в связи с чем и сам брак, при котором жена подчинялась этой власти, известен под наименованием брака с мужней властью (*cum manu mariti*). д

Брак *cum manu mariti* был, однако, характерен лишь для | древнейшего периода римской истории. Развитие товарно-денежных отношений, постепенно расшатывавшее патриархальные устои римской семьи и, как уже отмечалось, со временем обусловившее личную и имущественную самостоятельность детей, таким же образом отразилось и на отношениях между супругами. Брак *cum manu mariti* начал вытесняться браком¹ *sine manu* — без мужней власти,¹_i

По своим основным принципам этот брак являл собой пол-^ ную противоположность браку *cum manu mariti*. Вступление| в такой брак не влекло изменения правосубъектности женщины-| ны. Она сохраняла статус *persona sui juris* (если имела его¹ раньше) либо продолжала подчиняться отцовской власти. При этом кровные родственные связи с ее прежней семьей не порывались, как не возникало и агнатского родства между женой | и семьей мужа. Мужу теперь никакая власть над женой уже не" принадлежала: супруги в личном отношении считались юриди-| чески равными субъектами. Муж, в частности, не вправе был¹ . обязать жену, покинувшую его дом, вернуться против ее воли. И хотя именно он окончательно решал ряд вопросов семейной| жизни, какого бы то ни было подобия *manus* у него больше не¹ . было.

Начало юридического равенства супругов при браке *sine -manu* проявлялось и в их имущественных отношениях. Муж не | имел никаких прав на имущество жены, не только принадлежавшее ей до брака, но и приобретенное в период семейной жизни (в порядке наследования, дарения и т. д.). Во избежание узурпации одним супругом прав на имущество другого дарение между супругами (*donationes inter uxorem*) было запрещено. За отмеченным изъятием мужу и жене дозволялось заключать между собой любые договоры, а в случае возникновения имущественных споров—предъявлять друг другу иски (кроме бесчестящих).

Цели создания известных гарантий имущественных интере--^ сов жены отчетливо прослеживаются в развитии правового ре-^ жима приданого (*dos*). Речь идет об имуществе, предоставляет

мом мужу отцом жены (*dos profectitia*) либо самой женой (*dos adventitia*), если к моменту вступления в брак она не подчинялась *patria potestas*, и предназначенном для участия в покрытии общесемейных расходов, вообще говоря, возлагавшихся на мужа.

При браке *cum manu mariti* приданое «бесповоротно» переходило в собственность мужа и не подлежало возврату ни при каких условиях. На первых порах так же обстояло дело и при браке *sine manu*. Однако эта форма брака была сопряжена со значительным упрощением процедуры развода, что в сочетании с деградацией моральных устоев римского общества нередко оборачивалось вопиющей недобросовестностью мужа, который мог развестись сразу же после получения приданого, оставив его за собой.

Для предотвращения подобной ситуации жена или ее *pater-familias* при передаче мужу приданого заручались обещанием мужа (*cautio rei uxoriae*), что приданое будет возвращено при расторжении брака либо в случае смерти мужа. Выполнение мужем данного обещания обеспечивалось иском *ex stipulatu*. Иногда муж обязывался вернуть не само имущество в натуре, а его цену, заранее определяемую при заключении брака. Со временем это правило настолько распространилось, что даже при отсутствии специального соглашения жене давался иск *actio rei uxoriae* о возврате приданого ввиду неосновательного развода по инициативе мужа.

В итоге сложилась целая система норм, определявших судьбу приданого (так называемое детальное право). Возврат приданого или, наоборот, сохранение его за мужем зависели, во-первых, от причины прекращения брака и, во-вторых, от того, кто предоставил приданое.

Брак прекращался смертью одного из супругов либо разводом. В первом случае для судьбы приданого имело значение, кого из супругов постигла смерть: мужа, получившего *dos*, или жену, которой (или за которую) *dos* было передано мужу. Смерть мужа влекла возврат приданого при всех обстоятельствах, а смерть жены—только при одном условии: возврату подлежало лишь *dos profecticia*, если предоставивший его отец жены находился в живых. В остальных случаях муж, переживший жену, вправе был сохранить приданое за собой. При Юстиниане это право мужа было отменено, и на него возлагалась обязанность вернуть приданое наследникам жены. В случае развода все зависело от того, по чьей вине расторгнут брак—жены (*dos* сохраняется за мужем) или мужа (*dos* возвращается), а при отсутствии вины с обеих сторон — от того, по чьей инициативе был совершен развод.

Теперь, таким образом, приданое переходило к мужу уже не «бесповоротно», ибо в известных ситуациях должно было быть возвращено. Тем не менее собственником приданого считался муж, который мог его израсходовать за время семейной жизни или даже намеренно реализовать в предвидении разво-

да, а иск жены о компенсации стоимости приданого не всегда приводил к достижению этой цели (например, при отсутствии у мужа имущества, на которое можно было бы обратить взыскание).

Имея в виду создать для жены реальное обеспечение ее интересов, связанных с *dos*, закон, изданный Августом в 18 г. до н. э., запретил мужу без согласия жены отчуждать недвижимое имущество, полученное в качестве приданого. Вскоре это запрещение было распространено и на случаи залога, а при Юстиниане отчуждение упомянутых (детальных) недвижимостей (хотя бы и с согласия жены) вообще не допускалось.

Нельзя, следовательно, не заметить, что права мужа на приданое, формально поступавшее в его собственность, со временем подверглись существенным ограничениям. Не случайно римляне говорили: «*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*» (хотя приданое находится в имуществе мужа, оно принадлежит жене). Тем самым приданое играло роль имущественной гарантии для жены на случай развода по инициативе (или вине) мужа либо его смерти. Если же инициатором или виновницей расторжения брака оказывалась жена, то в виде имущественной санкции за свое ненадлежащее поведение она утрачивала право требовать возврата приданого.

Своеобразным «противовесом» приданому служило так называемое *donatio propter nuptias*. Буквально это выражение означает послебрачное дарение, совершавшееся мужем или его *paterfamilias* и по своей величине равное размеру предоставленного мужу приданого. Появился этот термин при Юстиниане, когда в указанных целях дар мог быть выделен и после вступления в брак. Ранее же допускалось только *donatio ante nuptias* — предбрачное дарение, поскольку запрет, вообще установленный для дарственных актов между супругами, исключал и такие дары со стороны мужа, которые предоставлялись в тех же целях, что и приданое со стороны жены. Но, независимо от того, когда был совершен связанный с браком дарственный акт, обусловленное им имущество переходило в собственность жены бесповоротно лишь тогда, когда развод был вызван инициативой мужа или его виной.

Итак, если зачинщиком или виновником расторжения брака являлся муж, к жене переходило не только *dos*, но и *donatio propter nuptias*. Если же в расторжении брака виновна была жена либо развод совершался по ее требованию, *dos* и *donatio propter nuptias* оставались за мужем.

Стало быть, социально-экономическое назначение *dos* и *donatio propter nuptias* заключалось в создании для супругов имущественных гарантий на случай прекращения брака, а сама модификация его форм служила отражением поступательного развития товарного производства, оказывавшего растущее влияние на все стороны жизни римского общества.

В то же время брак *cum manu mariti* и брак *sine manu* раз-

личались не только по характеру взаимоотношений между супругами, но и по порядку заключения. С другой стороны, заключение брака в любой форме предварялось наличием определенных условий. Таково, в первую очередь, достижение брачного возраста (для мужчин—14, для женщин—12 лет). Необходимо было, далее, согласие *paterfamilias* жениха и невесты, если они состояли под *patria potestas*. При вступлении в брак семейно самостоятельных лиц жених ни в чьем разрешении не нуждался, а невеста должна была получить согласие опекуна, так как в течение длительного периода римской истории женщины подлежали пожизненной опеке.

Однако со временем, по мере постепенного признания личной и имущественной самостоятельности детей, для заключения брака наряду с согласием *paterfamilias* стали требовать и согласия самих (подвластных) брачащихся, причем в последую-, щем именно этому согласию придается уже основное значение, с тем, что согласие *paterfamilias*, если последний не дает его добровольно, могло быть получено при посредстве магистрата, • а в ряде случаев жених и невеста вовсе обходились без такого согласия (когда его получение было объективно невозможным ввиду безвестного отсутствия *paterfamilias* или нахождения его в плену).

Кроме того, брачащиеся не должны были состоять между собой в близких степенях родства или свойства и должны были обладать *jus connubii*. При отсутствии у одной из сторон *jus connubii* заключение брака не допускалось. Но если они вступали в фактические брачные отношения с намерением создать семью, то возникал так называемый конкубинат, занимавший промежуточное положение между браком и внебрачным сожителем. Так, дети, рожденные в конкубинате (*liberi naturales*), приобретали статус матери, а не отца, хотя не становились для него юридически посторонними, как внебрачные дети ¹ (*spurii*). Последние считались вовсе не имевшими отца, поскольку согласно древнеримским воззрениям «*pater vero is est, quem nuptia demonstrant*» (отец— тот, на кого указывает факт брака). Между тем *liberi naturales* при известных условиях имели право на получение от отца содержания и могли наследовать часть его имущества, а будучи узаконены отцом, полностью попадали под его *patria potestas*.

Узаконение детей от конкубины (*legitimatio*) осуществлялось одним из трех способов: 1) *legitimatio per subsequens matrimonium* — последующее заключение брака с матерью детей. Этот способ мог быть применен в случае отпадения ранее существовавших препятствий к браку; 2) если упомянутые препятствия не поддавались устранению и брак с конкубиной" оставался невозможным, отец мог прибегнуть к *legitimatio per obligationem curiae*— узаконению путем выдвигания сына, предварительно наделенного известным имуществом, в сословие местных декурионов. Дело в том, что в обязанности декурионов

входил?, помимо прочего, погашение из своих средств недоимок ЛЮ налогам, причитавшимся казне с населения соответствующей административно-территориальной единицы. Не удивительно, что желающих добровольно вступать в сословие декурионов наводилось немного, и государство всячески стремилось стимулировать пополнение этого сословия. Одной из таких мер и служило *legitimatio per obligationem curiae*; 3) узаконение детей, рожденных в конкубинате, могло быть оформлено рескриптом императора — *legitimatio per rescriptum principis*.

До заключения брака было принято устраивать помолвку (*sponsalia*), разрыв которой без уважительных причин влек для виновного бесчестие (*infamia*), а другой стороне давал
-право на взыскание понесенных в связи с помолвкой убытков (например, расходов на подарки и т. п.).

Способы заключения брака зависели от того, о каком браке—*cum manu mariti* или *sine manu*—шла речь. Брак *aim manu mariti* мог быть заключен одним из следующих способов:

1) *confarreatio* — строго формализованный сложный ритуал, имевший ярко выраженную религиозную окраску, выполнявшийся при участии жрецов, 10 свидетелей и сопровождаемый жертвоприношением; 2) *coemptio* — мнимая покупка мужем жены у ее *paterfamilias*, совершаемая по правилам, установленным для приобретения ценных вещей и предусматривавшим обряд манципации. Не исключено, что в древнейшее время такая покупка производилась на самом деле, а в последующем ют нее сохранилась лишь формальная оболочка как дань исторической традиции. Между прочим, сходство *coemptio* с куплей-продажей имело и чисто терминологическое проявление: купля-продажа по латыни — *emptio-venditio*; 3) *usus*, который в отличие от описанных способов ни с какими особыми формальностями сопряжен¹ не был и при котором брак *cum manu mariti* считался заключенным по истечении года фактической

• семейной жизни. Возможно, *usus* был «отголоском» той поры, когда жен. похищали из других племен и когда, следовательно,

• соблюдение всей сложной процедуры, оформлявшей установление брачных отношений, практически исключалось.

Вместе с тем *usus* оказался исторически первым способом заключения брака *sine manu*. Уже закон XII таблиц преду-

-сматривал, что жена, отсутствовавшая в доме мужа три ночи подряд (*usurpatio trinoctii*), прерывает течение годового срока, необходимого для установления *manus*. Ежегодно повторяя *iisurpatio trinoctii*, жена предотвращала возникновение над нею мужней власти, хотя брачные отношения между супругами считались юридически возникшими и, в частности, дети приобретали права римского гражданства. В последующем, по мере распространения брака *sine manu*, для его заключения оказывалось достаточно обычного соглашения.

От порядка заключения брака зависел и порядок его расторжения. При браке *cum manu mariti* развода мог требовать

только муж, а жена как подвластное лицо никакой инициативой в этом отношении не пользовалась. Но и усмотрение мужа ставится в определенные рамки вначале обычаем, а затем законом. Уже Ромулу приписывается ограничение права мужа расторгнуть брак лишь случаями, когда жена нарушает супружескую верность, прибегает к колдовству над детьми либо сокрытием ключей от помещения, где хранятся запасы вина, затрудняет мужу доступ к спиртному.

Процедура расторжения брака обратна процедуре его заключения и состоит соответственно в *diffarreatio* (при заключении брака в форме *confarreatio*) или в *remancipatio* (при заключении брака в форме *coemptio*, т. е. с помощью манципации). При браке *sine manu* развод осуществлялся без особых формальностей по обоюдному заявлению супругов (*divortium mutuo discendi*) либо по требованию любого из них (*repudium*), причем это требование ни в каком обосновании не нуждалось и могло даже быть вовсе безмотивным.

Предельное упрощение порядка развода в условиях снижения уровня нравственности в конце классической эпохи известным образом содействовало перерождению взглядов на брак как на постоянный, в принципе—пожизненный союз мужчины и женщины. Браки сплошь и рядом расторгались после самого непродолжительного супружества, что в конечном счете привело к резкому падению рождаемости. Но связанное с этим общее сокращение количества населения в государстве соответственно сказывалось и на уменьшении численности армии, а значит, ослабляло ее боеспособность. Тем самым под серьезную угрозу ставились политические интересы государства. Вот почему государственная власть не могла равнодушно взирать на расшатывание основ семейных отношений и вынуждена была принимать специальные меры к их охране.

В частности, с именем императора Августа связано несколько законов, направленных на стабилизацию и укрепление семьи. Первый из них (*lex Julia de adulteriis* 18 г. до н. э.) не только карал за прелюбодеяние его участников, но и возлагал на мужа и *paterfamilias* неверной жены обязанность добиваться ее наказания. В противном случае наказание налагалось и на них самих. Кроме того, супруг, виновный в прелюбодеянии, даже после развода не мог вступить в брак со своим партнером.

Изданные спустя несколько лет законы, объединяемые под общим наименованием *lex Julia et Papia Poppaea*, прямо обязали состоять в браке и иметь детей всех мужчин в возрасте от 25 до 60 лет и женщин от 20 до 50 лет. Тот, кто не состоит в браке, лишается возможности быть наследником по завещанию, а бездетным супругам причитается половина того, что им завещано. Критерии бездетности были, однако, различными применительно к мужчинам и женщинам. Ограничения наследственной правоспособности мужчины отпадали при наличии у него хотя бы одного ребенка, между тем как женщина должна была иметь

не менее трех детей. Особо строгие требования предъявлялись по этой линии к вольноотпущеннице: у нее должно было быть как минимум четверо детей.

Но даже применяя самые решительные меры по укреплению семьи, римское государство воздерживалось от ограничения свободы расторжения брака. Согласно *lex Julia de adulteriis* заявление о разводе должно быть сделано перед семью свидетелями, но никаких оснований для отказа в расторжении брака не устанавливалось. Впрочем, и сами *lex Julia de adulteriis* и *lex Julia et Papia Poppaea*, не сыграв сколько-нибудь заметной роли в правовом регулировании семейных отношений, были отменены--в IV в.

Усыновление. Усыновление представляет собой способ установления *patria potestas* над чужими детьми, а сами его формы различались в зависимости от того, шла ли речь об усыновлении *persona sui juris* или *persona alieni juris*.

Усыновление *persona sui juris* называлось *arrogatio* и первоначально производилось публично в народном собрании, куда, как известно, имели доступ только мужчины, в связи с чем усыновление женщиной или женщины либо лица, не достигшего совершеннолетия, было исключено. Поскольку, далее, «*adoptionem naturam imitatur*» (усыновление подражает природе), между усыновителем и усыновляемым обязательна по меньшей мере восемнадцатилетняя разница в возрасте. Наконец, усыновить вправе лишь тот, кто сам является *persona sui juris*, ибо *patria potestas* могла принадлежать только <му. *Arrogatio*, утвержденное законодательным органом — народным собранием, тем самым приобретало публично-правовую окраску.

В последующем необходимость в санкционировании *arrogatio* народным собранием отпала. Усыновление разрешалось производить частным образом. Важно лишь, чтобы об этом было публично объявлено. В императорский период был отменен запрет на усыновление детей, не достигших совершеннолетия, а само усыновление оформлялось императорским рескриптом.

Усыновление *persona alieni juris* называлось *adoptio* и означало по сути дела смену *paterfamilias*, которому подчинялся подвластный. Оно, следовательно, - влекло разрыв кровных связей с прежней семьей и возникновение родства с семьей усыновителя. Соответственно такому ее назначению и сама процедура *adoptio* слагалась из двух этапов: на первом происходило освобождение подвластного от *patria potestas*, под которой он находился до сих пор, а на втором—его вступление под *patria potestas* усыновителя.

Для освобождения подвластного сына от *patria potestas* необходима была, как уже отмечалось, его трехкратная фиктивная продажа с последующим освобождением мнимым покупателем. В данном случае цель состояла, однако, в том, чтобы подвластный лишь выходил из-под *patria potestas*, не становясь

в то же время *persona sui juris*. Поэтому после того, как «продажа» сына совершалась в третий раз, «покупатель» не отпускал его «на свободу», а в качестве ответчика по иску *vindictio in patriam potestatem*, который к нему согласно достигнутой заранее договоренности предъявлял усыновитель, являлся вместе с подвластным к претору и там позитивно или путем молчания признавал иск, после чего претор объявлял подвластного состоящим под *patria potestas* усыновителя.

Adoptio, будучи в отличие от *arrogatio* частноправовым актом с самого начала, не содержало ограничений для усыновления совершеннолетних и женщин, тем более, что освобождение женщины от *patria potestas* наступало уже после ее однократной «продажи». При Юстиниане двухстадийный процесс *adoptio* был заменен заявлением перед судом. Кроме того, усыновленный продолжал состоять под *patria potestas* родного отца, становясь лишь законным наследником усыновителя.

§ 5. ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВОВОГО СОСТОЯНИЯ

Виды ограничений правового состояния. Ограничение правового состояния (*capitis deminutio*) выражалось в утрате одного из статусов, характеризовавших частную правосубъектность (*status libertatis, status civitatis, status familiae*), и по своей степени могло быть наибольшим (*maxima*), средним (*media*) или наименьшим (*minima*).

Наибольшая степень ограничения правового состояния — *capitis deminutio maxima* наступала вследствие утраты статуса свободы. Но только свободный человек мог быть римским гражданином и членом римской семьи. Значит, расставаясь со свободой, римлянин лишался и своего положения гражданина, и своих семейных связей. Иными словами, утрата статуса свободы приводила к утрате также гражданского и семейного статусов. Вот почему она считалась *capitis deminutio maxima*.

Потерять свободу—значило стать рабом. Следовательно, *capitis deminutio maxima* наступала, когда римлянин попадал в рабство. Это происходило, например, вследствие пленения римского воина. Став рабом за границей, он утрачивал правосубъектность и у себя на родине. Такая утрата не была, однако, безусловной, ибо в случае возвращения он вновь обретал правосубъектность. Эта «реанимация» правового состояния римлянина, вырвавшегося из военного плена и вновь оказавшегося на территории Рима, называлась *jus postliminii*.

Суть постлиминия состояла в том, что вернувшийся из плена римлянин фингировался (фиктивно подразумевался) никогда не находившимся в рабстве и потому в его лице возрождались все права рожденного свободным римского гражданина, без каких-либо ограничений, обусловленных переходом из состояния рабства в состояние свободы.

Уже отмечалось, что римлянин мог оказаться рабом за границей не только при попадании в плен, но и при продаже в раб-

ство *trans Tiberim*. Такая участь в древности постигала должника, не вернувшего денег, вора, пойманного с поличным, и т.д. Во всех подобных случаях продажа в рабство носила характер кары за противоправное поведение, в связи с чем *jus post-liminii* на упомянутых лиц не распространялось.

Иногда римский гражданин мог превратиться в раба и в пределах своей страны. Это касалось женщины, продолжавшей поддерживать связь с рабом, невзирая на запрет господина;

вольнотпущенника, подвергнутого *revocatio in servitatem propter ingratitude*; лиц, осужденных за тяжкие преступления (*servi poenae*), и т. д.

Все перечисленные лица после обращения в рабство не могли оставаться субъектами ранее принадлежавших им прав, и потому возникал вопрос о судьбе последних. Она зависела во-первых, от природы прав и, во-вторых, от оснований утраты свободы.

Некоторые права (например, отцовская власть) неотторжимы от личности их носителя, в связи с чем непередаваемы, и следовательно, с утратой их носителем правосубъектности они прекращались. Другие права могли переходить к иным лицам с передачей им соответствующего имущества. Такой переход имел место и при утрате обладателем имущественных прав своей правосубъектности в результате *capitis deminutio maxima* а лица, к которым переходили имущественные права *capite minutus*, определялись с учетом оснований обращения в рабство.

Так, при захвате римского гражданина в плен не исключено было его возвращение, а стало быть, и восстановление правосубъектности благодаря *jus postliminii*. Ввиду этой возможности имущество римлянина, находившегося в плену, никому не передавалось, а вверялось опекуну, обязанному следить за его сохранностью и вернуть его собственнику, как только тот вновь обретет свободу.

Если же пленный римлянин умирал/оставаясь рабом, то его имущество переходило к наследникам. Поскольку, однако, раб» строго говоря, не мог ни иметь своих прав, ни, соответственно» передавать их по наследству,- в подобных случаях было принято исходить из фиктивного предположения о том, что, расставаясь со свободой, воин одновременно расстался и с жизнью— «*quasi tunc decessive videtur, cum capitus est*» (считается как бы умершим тот, кто пленен). С помощью этой фикции смерть» фактически наступившая, быть может, долгое время спустя» искусственно приурочивалась к моменту, когда римлянин был еще свободным человеком, после которого, возможно наследование.

Имущество лица, проданного в рабство за долги, переходило к кредитору; имущество женщины, обращенной в рабство за связь с рабом, становилось собственностью рабовладельца и т.д.

Однако гражданин, подвергнутый *capitis deminutio maxima*,

имел обыкновенно не только права, но и обязанности. Согласно *jus civile* обязанности прекращались, ибо сам их носитель переставал существовать. Но таким путем должник освобождался от выполнения долга, а это уже противоречило интересам кредиторов, для обеспечения которых преторская практика допускала предъявление иска к правопреемникам *capite minutus*.

Средняя степень ограничения правового состояния—*capitis deminutio media*—выражалась при сохранении свободы в лишении статуса гражданства, а одновременно и семейного статуса, поскольку лишь римский гражданин мог быть членом римской семьи. Она имела место в случаях изгнания из пределов римского государства или ссылки.

Лицо, подвергнутое *capitis deminutio media*, переставало быть субъектом *jus civile*,¹ но «гражданской смерти», как при *capitis deminutio maxima*, здесь не наступало: человек оказывался в положении peregrina и на него распространялось *jus gentium*.

Capitis deminutio media применялось в виде наказания, налагаемого государственной властью. Поэтому имущество *capite minutus* переходило к казне, а относительно обязанностей действовали правила, уже рассмотренные применительно к *capitis deminutio maxima*.

Наименьшая степень ограничения правового состояния— *capitis deminutio minima* — сопровождалась изменением лишь семейного положения, не затрагивая ни свободы, ни гражданства соответствующего лица. Так бывало в случаях, когда самостоятельное лицо становилось подвластным, например при вступлении женщины, свободной от *patria potestas*, в брак *cum manu mariti* или при *argratio*.

В качестве *capitis deminutio minima* рассматривались также переход подвластного из одной семьи в другую, например при вступлении в брак *cum manu mariti* женщины, бывшей *persona alieni juris*, или при *adoptio*, когда усыновлялось лицо, состоявшее под *patria potestas*. Вообще говоря, в подобных ситуациях никакого дополнительного ограничения правосубъектности не происходило, но-поскольку соответствующие акты оформлялись процедурой, по внешности напоминавшей продажу в рабство, они объявлялись *capitis deminutio*.

По изложенным причинам под понятие *capitis deminutio minima* подводили¹ и прекращение *patria potestas* по воле *paterfamilias* путем эмансипации, хотя в действительности здесь наблюдалось расширение правосубъектности. Имущественные права самостоятельного лица, сделавшегося подвластным, становились правами *paterfamilias*. Что же касается обязанностей, то претор в угоду кредиторам исходил из того, как если бы ограничения правосубъектности вовсе не было (*ac si capite deminutus pop esset*), и на основании этой фикции позволял им предъявлять иск к подвластному, а *paterfamilias*

был ¹вынужден рассчитаться с долгами. В противном случае претор обязывал его предоставить кредиторам полученное от подвластного имущество в натуре для реализации в целях погашения долгов.

Ограничение правосубъектности не всегда, однако, выражалось в утрате одного из образующих ее статусов. Если, например, лицо, засвидетельствовавшее заключение договора, отказывалось подтвердить его на суде, то оно подвергалось *intesta-bilitas*, т. е. лишалось права выступать в качестве свидетеля в дальнейшем, и, кроме того, ему запрещалось обращаться к другим лицам с просьбой быть свидетелями договоров, совершаемых им лично. Тем самым *jus commercii* данного лица практически сводилось на нет в условиях, когда присутствие свидетелей объявлялось необходимой предпосылкой заключения сколько-нибудь существенных договоров.

Ограничение правосубъектности было, далее, связано с *in-famia* (бесчестьем), наступавшим в случаях: 1) увольнения из армии с [^]озером, 2) заключения второго брака при расторгнутом первом, 3) проигрыша судебного процесса, связанного с обвинением в недобросовестности (привлечение к ответственности за воровство, нечестность при выполнении договоров поручения, хранения и т. п.). Таким лицам запрещалось принимать на себя обязанности опекуна и некоторые другие обязанности.

Наконец, негативным образом влияли на гражданское состояние и безнравственные промыслы (проституция, сводни-чество). Те, кто ими занимался, провозглашались *turpitude* (покрытыми позором) и, в частности, ограничивались в наследственных правах.

Правовое положение детей, душевнобольных, расточителей, женщин. Как уже отмечалось, частная правосубъектность римских граждан охватывала *jus connubi* (дававшее возможность вступать в римский брак) и *jus commercii* (позволявшее заключать договоры). Но самостоятельное заключение договоров требовало зрелой воли и трезвого рассудка, а это приходит лишь со временем. Соответственно, если способность *иметь* » права и обязанности (именуемая сейчас правоспособностью) возникает с момента рождения, то способность *самостоятельно приобретать и осуществлять* права и обязанности наступает с достижением известного возраста. Сейчас такая способность именуется дееспособностью. Римское право не знало различных понятий, обозначающих право- и дееспособность, но определенно связывало способность к самостоятельному заключению договоров с возрастными критериями. С этой точки зрения все лица подразделялись на совершеннолетних (*puberes*) и несовершеннолетних (*impuberes*). Каждая из этих групп в свою очередь подвергалась дальнейшему делению.

Так, дети до 7 лет (*infantes*) не могли заключать вообще никаких договоров,¹ т. е., пользуясь современной терминологией,

их можно было бы назвать недееспособными. Необходимые юридические акты за них совершал *paterfamilias* или, при его отсутствии, опекун. Мальчики в возрасте от 7 до 14 и девочки от 7 до 12 лет (*infantiae maiores*) вправе были заключать договоры, направленные только на увеличение их имущества, и для этих сделок не нуждались ни в чьем согласии. Иные договоры (например, связанные с отчуждением имущества, принадлежащего *infantiae maiores*) заключались ими не иначе как с одобрения *paterfamilias* или опекуна (*auctoritas tutoris*). По нынешним понятиям такие лица считались бы частично дееспособными.

В 14 лет для мужчин и в 12 для женщин наступало совершеннолетие, и они могли самостоятельно заключать любые договоры и вступать в брак. Однако, принимая во внимание неопытность таких лиц, претор по их просьбе мог прибегнуть к *restitutio in integrum*, если договор был заключен на явно невыгодных для юного гражданина условиях либо если последний был обманут или введен в заблуждение своим контрагентом. Но такая практика вносила элемент неопределенности в отношения с участием подобных лиц, ибо их контрагенты не получали твердой уверенности в том, что исполненный договор не будет впоследствии расторгнут. Многие поэтому остерегались заключать договоры с гражданами, едва достигшими совершеннолетия, и, следовательно, практическая реализация последними *jus commercii* существенно затруднялась. Для того чтобы, с одной стороны, гарантировать свои интересы, а с другой — устранить возможные сомнения контрагентов в устойчивости правоотношений, возникавших из заключенных с ними договоров, упомянутые лица стали обращаться к помощи попечителей (*curatores*), которые, апробировав договор, придавали ему тем самым «бесповоротный» характер. Поскольку, однако, речь идет о лицах, достигших совершеннолетия, попечители им назначались только по их просьбе. Со временем такое попечительство настолько распространилось, что приобрело характер обычая, а указанные лица получили наименование *puberes minores*.

Попечительство, о котором только что говорилось, действовало до достижения подопечным 25-летнего возраста, после чего прекращалось. Следовательно, по сути дела лишь в 25 лет отпадали последние ограничения дееспособности, и лицо становилось *puberes* в полном смысле слова.

В то же время дефекты воли и рассудка, исключающие самостоятельное заключение договоров, подчас бывают обусловлены не только возрастом, но и состоянием здоровья. Лица, страдавшие психическими заболеваниями, никаких договоров заключать не могли, ввиду чего над ними устанавливалось попечительство. Если же в ходе душевной болезни приступы ее перемежались со «светлыми промежутками» (*lucida intervalla*), когда лицо вполне понимает значение своих действий и в со-

стоянии руководить ими, то в этот период душевнобольной был вправе заключать договоры самостоятельно.

Неспособными рассудительно вести свои дела вследствие слабоволия признавались, далее, расточители, т. е. лица, которые неразумным расходом своего имущества ставили себя и семью под угрозу разорения. Над ними также устанавливалось попечительство, а им самим запрещалось без разрешения curator¹а отчуждать имущество (вначале—унаследованное расточителем, а затем—любое, вне зависимости от источника его приобретения). Только договоры, влекущие увеличение имущества, расточитель мог заключать самостоятельно.

Кроме того, в течение длительного периода римской истории возможности самостоятельно заключать договоры были лишены женщины, состоявшие в связи с этим под опекой. Объяснение такой позиции римского права кроется главным образом в ряде исторических факторов. В глубокой древности, когда осуществление и защита права считались сугубо частным делом его обладателя, споры о праве нередко решались силой оружия, и, соответственно, лишь тот, кто был способен действовать оружием, признавался способным к приобретению прав. Вот почему женщина, по древнейшим воззрениям, нуждалась в опеке со стороны лица, могущего обеспечить ей вооруженную защиту.

Но уже в классический период функции опекуна исчерпываются согласием на заключение некоторых договоров (связанных с отчуждением имущества или с принятием женщиной обязанности), причем отказ опекуна может быть обжалован магистрату, а все остальные договоры женщина заключает вполне самостоятельно.

Затем, якобы свойственное женщине от природы легкомыслие (*levitas animi*) облегчает введение ее в заблуждение. Вследствие этого женщина объявлялась неспособной: 1) принимать на себя ответственность за чужой долг, 2) быть опекуном (исключение делалось только для матери по отношению к детям и для бабки по отношению к внукам), 3) составлять завещание. Последнее объяснялось, помимо всего прочего, тем, что в древнейшее время завещания оформлялись в народном собрании, куда доступ женщинам был закрыт, а в последующем, **когда** порядок составления -завещания был изменен, запрещение это сохранялось уже просто в силу традиции.

С другой стороны, женщинам, так же как воинам и лицам, не достигшим 25 лет, в изъятие из общего правила о том, что никто не может оправдываться незнанием закона, дозволялось при известных условиях воспользоваться ссылкой на незнание закона как на обстоятельство, освобождающее от ответственности.

Опека и попечительство. Под опекой и попечительством понималось восполнение отсутствующей у данного лица способности к самостоятельному приобретению и осуществлению прав и обязанностей (выражаясь современным языком—дееспособ-

ности) с помощью других, специально назначаемых лиц.

-В настоящее время критерием разграничения опеки и попечительства служит объем подлежащей восполнению дееспособности: над полностью недееспособными учреждается опека, над частично дееспособными — попечительство. Римскому праву этот критерий известен, по-видимому, не был, ибо там некоторые типичные (с точки зрения современного правосознания) случаи полной недееспособности (например, психическое заболевание) влекли попечительство, как и наоборот—при частичной дееспособности иногда назначалась опека (например, над женщинами).

В основу разграничения опеки (*tutela*) и попечительства (*cura*) римские юристы скорее всего закладывали возрастные признаки. Опека устанавливалась над женщинами (*tutela mulierum*), которые приравнивались к детям, и над несовершеннолетними детьми (*tutela impuberum*).

Следует подчеркнуть, что дети, состоявшие под отцовской властью, будучи *personae alieni* «*juris*, ни своим имуществом, ни своими правами располагать не могли (все принадлежало *pater-familias*), а не имея имущественных прав, они не испытывали и потребности в их защите. В тех же случаях, когда возникала необходимость в защите их интересов, это делал *paterfamilias*, в лице которого дети, таким образом, имели «естественного» опекуна и в специальном учреждении над ними опеки не нуждались. Опека, следовательно, назначалась только над малолетними *personae sui juris*, т. е. детьми, не подлежащими *pat-ria potestas* вследствие смерти отца.

В отношении лиц, достигших совершеннолетия, во всех необходимых случаях применялось попечительство. Таково попечительство над юношами в возрасте от 14 до 25 лет (*cura minorum*), над душевнобольными (*cura furiosi*), над расточителями (*cura prodigi*).

В современном праве опекун и попечитель различаются также по характеру выполняемых ими функций: опекун заключает договоры за подопечного, а попечитель санкционирует или запрещает договоры, заключаемые самим подопечным.

Римляне различали волю на заключение договора со стороны опекуна (*auctoritas tutoris*), которая должна быть выражена непосредственно при заключении договора и притом в определенной форме-, и согласие попечителя (*consensus cura-toris*) на заключение договора подопечным, которое могло быть получено как заранее, так и «задним числом» и никакой особой формы не требовало. Это различие, однако, в значительной мере стиралось, поскольку иногда попечитель был по существу опекуном (при *cura furiosi*) и, напротив, опекун выполнял -чисто попечительские функции (при *tutela mulierum*).

В древнейшее время опекун мог распоряжаться имуществом подопечного совершенно свободно и привлекался к ответственности лишь за недобросовестность или растрату вверенного

ему имущества. Однако доказать недобросовестность опекуна было не всегда просто, а иск о возмещении стоимости растраченного имущества носил строго личный характер, был направлен только против опекуна и в случае его смерти к наследнику не предъявлялся.

Ввиду этого преторская практика разработала специальные иски (*actiones tutelae*). Одни из них (*actio tutelae directa*) давался против опекуна и был направлен на возмещение убытков, причиненных подопечному ненадлежащим исполнением опекунских функций. Управомоченными на предъявление этого иска были новый опекун, сменивший прежнего, и после прекращения опеки сам бывший подопечный, а в качестве ответчиков могли теперь фигурировать и наследники опекуна. Другой иск— *actio tutela contraria*—предназначался уже для охраны интересов опекуна, который, выполняя свои обязанности безвозмездно, имел право на компенсацию из имущества подопечного связанных с опекой затрат.

Кроме того, с течением времени ранее неограниченная свобода опекуна в распоряжении имуществом подопечного стала вводиться в известные рамки. Заключение некоторых договоров опекуну не дозволялось вовсе (он, например, не мог дарить имущество подопечного), а для других (например, для отчуждения земельных угодий подопечного, расположенных в сельской местности) необходима была предварительная санкция государственных органов.

Развитие института опеки и попечительства под знаком тенденции — от полного усмотрения опекуна к постепенному, но все более радикальному обеспечению интересов подопечного— получило свое выражение и в модификации порядка назначения опекунов и попечителей.

Первоначально под влиянием пережитков родового строя опека считалась чисто внутрисемейным делом и была направлена на охрану родового имущества от его возможного перехода в «чужие» руки. В этом смысле опека устанавливалась в интересах не столько самого подопечного, сколько его будущих наследников.

Данное обстоятельство служит ключом к пониманию характерной для раннего периода римской истории процедуры назначения опекунов.

Опекуном становится тот, к кому должно перейти по наследству имущество подопечного. Но круг и очередность наследников в древности определялись императивными нормами закона. Одновременно упомянутые нормы регламентировали и порядок назначения опекунов. Такая опека, при которой личность опекуна выявлялась в соответствии с прямыми указаниями закона, носила название *tutela legitima*.

Когда со временем *paterfamilias* был управомочен завещать имущество лицам, даже не указанным в законе, он получил тем самым право назначать по своему усмотрению и опекуна

своим несовершеннолетним детям. Опекa, при которой личность опекуна определялась волей наследодателя, выраженной в завещании, получила наименование *tutela testamentaria*.

Подобно праву наследника на принятие наследства опека первоначально также представляла собой право, от которого можно отказаться или передать его другому лицу.

В последующем, однако, опека начинает рассматриваться уже как обязанность, возлагаемая на опекуна в интересах подопечного, отказаться от которой можно только в особых случаях. Выполнение этой обязанности ставится под контроль государства, причем если у лица, нуждающегося в опеке, отсутствуют родственники, опекун назначается в административном порядке. Такая опека по назначению (*tutela dativa*) появилась в последний период существования римского государства.

§ 6. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Виды юридических лиц. Субъектами права являются не только отдельные индивиды (*singulae personae*), но и определенные организации, по современной терминологии—юридические лица. В широких масштабах юридические лица возникают, когда главная роль в экономике начинает переходить от индивидуальных к коллективным товаровладельцам, а для этого необходимо, чтобы товарное производство достигло достаточно высокой стадии развития. Такой стадии оно достигает в условиях капиталистической формации. В рабовладельческом обществе товарное производство, только что пришедшее на смену натуральному хозяйству, находится на первоначальном этапе и потому воплощается преимущественно в отношениях индивидуальных товаровладельцев.

Что же* касается юридических лиц, то они хотя и появляются уже в то время, но играют еще второстепенную роль. Это обстоятельство отражается и на степени урегулированности правового положения тех и других субъектов. Правовое положение индивидов в Древнем Риме было регламентировано самым детальным образом. Римское право знало также и отдельные нормы относительно юридических лиц, однако о подробной разработке этого института римскими юристами говорить не приходится, причем и сам термин «юридическое лицо» не был им известен.

Так, особым средоточием имущества издавна считалась государственная казна (*aerarium populi romani*). Но отношения, связанные с казной, регулировались не частным, а публичным правом. Даже когда государственное имущество (например, государственная земля — *ager publicus*) сдавалось в аренду частным лицам, соответствующий акт не считался частноправовым договором, и исполнение порожденных им обязанности обеспечивалось не судом, а магистратами (например, платежи, причи-

тавшие государству с частного лица, магистрат взыскивал собственной властью).

Однако в классическую эпоху наряду с республиканской казной (*aerarium*) появляется императорская казна (*fiscus*). Последняя первоначально считалась частным имуществом принцепса, а потому на нее распространялось и частное право. По мере укрепления императорской власти *fiscus* постепенно вытеснил *aerarium*, сохранив в то же время свой частноправовой режим. Тем самым *fiscus* по существу сделался обособленным субъектом гражданского права наподобие частного лица, от которого отличался рядом привилегий (*privilegia fisci*): государственное имущество не могло перейти в собственность частных лиц по давности владения; обязательственные требования государства удовлетворялись преимущественно перед требованиями иных кредиторов и т. д.

^ [частноимущественная правосубъектность издавна признавалась также за муниципиями (*municipii*). Так именовались городские общины, некогда бывшие самостоятельными государствами (*civitates liberae*), а в последующем вошедшие в состав римского государства в качестве автономных (самоуправляющихся) единиц. Их имущественные отношения с другими лицами регулировались нормами частного права, а в силу преторского эдикта они получили возможность выступать в суде в качестве истцов и ответчиков через посредство специальных представителей, как постоянных (муниципальные магистраты), так и «разовых» (*actores*, от слова «*actio*»—иск), назначавшихся муниципальным сенатом в каждом отдельном случае. Эти же представители действовали от имени муниципий и при заключении договоров.

В Риме с древнейших времен существовали и сугубо частные объединения, обозначаемые общим наименованием *universitas*. Таковы, например, союзы, предназначенные для удовлетворения религиозных потребностей (*collegia sodalicia*), а также объединяющие лиц одной профессии, например корпорации хлебопечков (*collegia pistorum*), мастеровых (*collegia fabrorum*), мореплавателей (*collegia naviculariorum*) и др. В последующем число таких объединений возросло. Появились похоронные общества (*collegia funeraticia*), имевшие целью предоставление денежных средств для погребения своих членов, союзы откупщиков (*collegia publicanorum*), которые брали на откуп налоги, причитавшиеся казне, и т. д.

Правовое положение юридических лиц. Первоначально общее имущество *universitas* (в частности, общая касса—*area communis*) считалось принадлежащим (в соответствующей доле) каждому из членов либо казначею, выделяемому для ведения общих дел. С течением времени право самостоятельного выступления в суде, присвоенное муниципиям, было по аналогии с ними распространено и на частные корпорации, а в римском праве классического периода имущество *universitas* считалось

уже обособленным от имущества входивших в ее состав индивидов. Так, раб, находившийся в собственности корпорации, принадлежал именно ей, а не ее членам (поп *servus plurium, sed corporis*). Долг, причитавшийся корпорации, не причитался отдельным ее членам, как и, наоборот, обязанность корпорации не могла рассматриваться в качестве обязанности ее членов.

Но по объему гражданской правоспособности частные корпорации¹ несколько уступали муниципиям. Так, начиная с классического периода, муниципии могли быть наследниками по завещанию, а корпорации даже по Уложению Юстиниана приобретали такую возможность не иначе как в виде особой льготы; корпорации не имели предоставленного муниципиям права, отпуская рабов на волю, становиться патронами вольноотпущенников, и др.

Порядок образования корпораций не был одинаков на всем протяжении истории Древнего Рима. По закону XII таблиц союзы, создаваемые частными лицами по своему усмотрению, не нуждались в предварительном разрешении или хотя бы последующей санкции со стороны органов государственной власти. Важно лишь, чтобы цели коллегии не противоречили нормам публичного права, а для ее создания достаточно было трех человек (*tres faciunt collegium*—три человека образуют коллегия). Такой порядок действовал в доклассический период. В последующем по мере постепенной концентрации власти в руках принцепса и затем императора государство начинает все более настойчиво " ставить возникновение- частных союзов под свой контроль, и в конечном счете по закону о коллегиях (*lex Julia de collegiis*), изданному императором Августом (I в. до н. э.), для образования корпорации требовалось уже специальное разрешение сената.

Прекращение корпорации могло быть добровольным (по решению ее членов) или принудительным (при сокращении числа членов ниже минимально допустимого их количества либо при запрещении государством корпораций¹ соответствующего вида или данной конкретной корпорации).

Вместе с тем как правовое регулирование, так и доктринальная разработка института юридического лица в Древнем Риме находились в зачаточном состоянии. Как уже было отмечено, римское право и римская юриспруденция не знали ни термина «юридическое лицо», ни соответствующего ему обобщающего понятия.

Не проводилось различие между представителями юридического лица, специально уполномоченными на ведение его дел, и органами, т. е. должностными лицами, которые ведут его дела в силу своего служебного положения и потому в специальном полномочии не нуждаются. Правонарушение представителя, действовавшего от имени объединения, влекло ответственность лишь самого представителя, но не объединения.

Неполнота и непоследовательность конструирования института юридического лица в Древнем Риме объясняются вполне определенными социально-экономическими причинами- в ту историческую эпоху они играли неизмеримо меньшую роль нежели индивидуальные субъекты. Поэтому не им, а индивидуальным субъектам как центральной фигуре древнего общества и было уделено главное внимание в нормах и доктрине римского частного права.

Глава третья. ВЕЩИ

§ 1. ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ ВЕЩЕЙ

Понятие вещи. При натуралистическом подходе к социальным явлениям, неотделимом от мировоззрения древних времен, право в смысле субъективного права невозможно представить иначе, кроме как в овеществленном виде. Поэтому проблема вещей занимала одно из центральных мест и в самом римском частном праве, и в посвященной ему древнеримской юриспруденции. Но римляне проявляли гораздо большее мастерство в сфере казуистики, чем в области формирования общих понятий. Не было у них и общего понятия вещи. И только отталкиваясь от того перечня вещей, который содержится в римских источниках вместе с сопровождающей его классификацией, можно обрисовать общее представление о вещах, из которого римляне исходили фактически, в каких бы пределах это представление ни осознавалось ими самими.

Вещь с их точки зрения—это, несомненно, в первую очередь определенная часть природы—все равно, неживой или живой (включая скот и рабов), изолированной физически и пространственно или неотделимой от других частей природы (как, например, земля). Реально складывавшиеся правовые явления не всегда, однако, гармонировали с фетишизацией права на основе подобного понимания вещи. Если, например, при необычайно наивном¹ примитивизме право собственности еще можно отождествить с вещью как материальным его объектом, то право кредитора на совершение должником каких-либо действий начисто исключало такое отождествление. Чтобы и права этого рода уложить в казавшуюся им незыблемой вещную концепцию, римляне, наряду с телесными, в буквальном смысле этого слова, изобрели бестелесные вещи. И хотя последние— не часть природы, а нечто выходящее за ее пределы, это их мало волновало. Важно было отыскать способ подведения необычного под обыденное. А поскольку такой способ найден, проблема считалась решенной, независимо от степени согласо-

ванности достигнутого решения с укоренившимися общими представлениями.

Не удивительно поэтому, что вещь как определенная общая категория на базе более поздних правовых систем подвергалась самостоятельному освещению. Но разработанная римлянами классификация вещей в значительной своей части пережила ее создателей и потому должна привлечь к себе особое внимание.

Классификация вещей. Можно назвать лишь одну классификацию вещей, введенную в Риме и так и оставшуюся сугубо римской: деление вещей на *манципируемые* (*res mancipi*) и *неманципируемые* (*res nec mancipi*). Для самих же римлян эта классификация имела существенное, если не решающее значение.

Дело в том, что наиболее важными средствами производства, а соответственно этому и наиболее ценными благами в Риме считались рабы, крупный скот, итальянская земля. Нужно было поэтому принять особые меры по охране интересов их обладателей. Одна из таких мер состояла в том, что все эти вещи могли отчуждаться путем не простой передачи новому приобретателю, а в особой, чрезвычайно сложной форме, именуемой *манципацией* (*mancipatio*) и еще подлежащей рассмотрению. Отсюда и их терминологическое обозначение как вещей манципируемых. Прочие вещи, наоборот, отчуждались не при помощи манципации, а посредством простого вручения приобретателю, т. е. в порядке *традиции* (*tradere*—передать, *traditio*—передача). Они поэтому и обозначались как вещи неманципируемые.

Существовала еще одна римская классификация вещей, следы которой хотя и сохранялись в последующие исторические эпохи, но настолько, превращенные и преобразованные, что можно констатировать не рецепцию этой классификации, а в лучшем случае ее отдаленное родство с правовыми явлениями более позднего периода. Имеется в виду деление вещей на *телесные* (*res corporales*) и *бестелесные* (*res incorporates*).

О причинах, из-за которых к такому делению прибегали сами римляне, уже говорилось. Телесными они объявляли осязаемые предметы (*quae tangi possunt*,— к которым можно прикоснуться) и относили к их числу землю, людей, одежду, золото, серебро и многочисленные иные вещи (*aliae res innumera-biles*). Бестелесными признавались вещи, не просто неосязаемые (*quae fangi non possunt*), а такие, которые состоят в каком-либо праве (*quae in jure consistunt*), как-то: право наследования или право, возникшее из договора, и т. п.

В отличие от римского ни феодальное, ни буржуазное право различия между телесными и бестелесными вещами не проводит. Но по мере все более широкого распространения ценных бумаг, особенно когда появились акции, представляющие собой, с одной стороны, объект собственности акционера, а с другой

стороны, документы, фиксирующие его право требования к акционерной компании, в буржуазной цивилистической доктрине начали развиваться идеи двойного рода. Согласно одной из них» всякая вещь с юридической точки зрения—не вещь, а определенное право. Согласно другой концепции, вещь—не только часть природы, но и искусственное (юридическое) образование, например документ, удостоверяющий имущественные права. Последний ход рассуждений и составляет известную аналогию той римской классификации вещей, которая выделяла в их составе вещи телесные и бестелесные.

Все остальные примененные к вещам классификационные подразделения, хотя и появились в Древнем Риме, вследствие своей предельной абстрактности обнаружили такую жизнеспособность, что в самом общем виде и поныне не утратили практического значения. Речь идет о делении вещей по следующим рубрикам:

вещи, находящиеся в обороте и изъятые из оборота (res in commercio, res extra commercium). -Находящимися в обороте признаются такие вещи, которые могут принадлежать любому и каждому. Если же вещи вовсе неспособны быть объектом чьей-либо собственности или, будучи таким объектом, объявлены по закону неотчуждаемыми, непередаваемыми в собственность других лиц, они считаются изъятыми из-оборота. В Риме к изъятым из оборота относились: общие вещи (res communes), например воздух; имущество, закрепленное исключительно за государством (res publicae), например государственная земля или государственные рабы; священное имущество (res sacrae)> составлявшее собственность религиозного культа;

движимое и недвижимое имущество (res mobiles, res immobiles) . К движимым относились любые пространственно перемещаемые, в том числе самостоятельно передвигающиеся вещи (res se moventes), как, например, скот. Недвижимые вещи—это прежде всего земля и все связанное с землей, ввиду чего их иногда именовали res soli. Однако в римском праве эта классификация решающего значения не имела, ибо, хотя для недвижимых вещей вводились специфические способы отчуждения, важнейшая их часть подпадала под действие этих способов • как равнозначная манципируемым вещам. В феодальном и особенно в буржуазном обществе, которое не знает манципируемых вещей, но где земля обрела достаточную оборотоспособность, ее противопоставление прочим вещам в качестве недвижимого имущества существенно как предпосылка особого правового режима, установленного для отчуждения и приобретения - земельных участков (поземельные книги и др.). И только когда земля перестала быть объектом частной собственности и, став исключительной собственностью социалистического государства, оказалась изъятой из оборота, отпала юридическая надобность как в выделении недвижимого имущества, так и в противопоставлении его движимым вещам;

вещи, индивидуально определенные и определенные родовыми признаками (species и genera). Данная классификация основана на замеченном римлянами своеобразном явлении, когда юридические правила приходится строить по-разному в зависимости от того, как определена та или иная вещь в конкретных условиях оборота. Эти условия могут строиться так, что связанная с ними вещь будет тем или иным способом выделена из числа себе подобных (например, приобретается приплод точно обозначенного животного). Такая вещь называется индивидуально определенной. Но если по условиям оборота вещь особо не выделяется, а характеризуется лишь самым общим образом (например, приобретается столько-то животных или займы предоставляется такая-то сумма денег), ее рассматривают уже как определенную родовыми признаками (res quae pondere, numero mesurave constat—вещи, определяемые весом, числом или мерой). Из охарактеризованной классификации могут быть сделаны важные практические выводы. Римляне, например, исходили из того, что род не может погибнуть (genus perire поп сеп-сетур). Поэтому если погибала проданная индивидуально определенная вещь, договор прекращался. Но если договор заключен относительно вещей, определенных родовыми признаками, то, сколько бы их у продавца ни погибло, договор сохраняет силу, ибо в природе однопорядковые вещи остаются, так как гибель всего рода исключена;

вещи потребляемые и непотребляемые (res quae usu non consumatur, res quae usu consumatur). В этом случае было обращено внимание на то, что одни вещи (земля, строения и др.) в процессе использования не потребляются, а другие (вино, мясо, зерно и т. п.) только и могут быть использованы путем потребления. С отмеченными особенностями вещей также невозможно не считаться при выработке соприкасающихся с ними юридических правил. Так, внаем сдаются лишь непотребляемые вещи, а займы предоставляются вещи потребляемые. Потребляемыми вещами признавали и деньги, поскольку воспользоваться ими можно не иначе, как путем израсходования. Основной денежной единицей в Риме был ас (327 граммов меди, позднее замененной серебром). 10 асов составляли динарий, 5—квинарий, а 2,5—сестерций;

вещи неделимые и делимые. Классификация этого порядка основана на том, что одни вещи (например, раб) при разделении на части утрачивали свои былые свойства, а другие (например, земля) сохраняли их, несмотря на разделение. Приведенная классификация, как и предыдущие, служила основанием для целого ряда выводов. Предположим, например, что два лица обладают в равных долях на праве общей собственности в одном случае рабом, а в другом закромами зерна. Раб не делим, и потому они обладают рабом не в реальных, но лишь в идеальных, не выделяемых в натуре долях (partes pro indiviso). Чтобы разделить раба, нужно его продать и подвергнуть раз-

делу вырученные деньги. Напротив, зерно делимо, и потому до раздела собственники обладают зерном в делимых долях (*partes pro diviso*), а после раздела они получают точно фиксированные части (*certae partes*);

вещи простые и сложные (составные). Простыми объявляются вещи, созданные из единого материала (ценные камни, раб и т. п.). Сложные (составные) вещи в свою очередь подразделяются на два вида: *искусственно сложенные* (*universitates rerum cohaerentiūm*), например здание или корабль, и *образованные из самостоятельных вещей* (*universitates rerum distantium*), например стадо скота. Выделение сложных вещей, существенно потому, что юридически каждая из них считается единой вещью. При этом понятие искусственно сложенной вещи обязывает при продаже передать ее покупателю со всеми *со*¹-ставными частями, а понятие вещи, образованной из самостоятельных предметов, обязывает рассматривать ее как вещь, определенную не родовыми, а индивидуальными признаками;

плоды естественные и цивильные (*fructus naturales, fructus civiles*). Как естественные плоды расценивается все то, что в силу природных свойств приносит сама вещь (плоды деревьев, приплод животных и т. д.). Цивильные— это такие плоды, которые извлекаются в результате циркулирования вещи в обороте (например, проценты, начисляемые на предоставленную займы денежную сумму). В связи с выделением как естественных, так и цивильных плодов "вводилось правило о том, что они принадлежат собственнику плодоприносящей вещи, если иное не предусмотрено договором.

Права на вещи. Поскольку римляне не из права выводили иск, а из наличия иска делали вывод о существовании права, они выделяли вещные иски (*actiones in rem*), противопоставляя их ¹искам личным (*actiones in personam*). В послеримской цивилистике и особенно в пандектной литературе, поменявшей право и иск местами, объявившей иск производным от права, вместо вещных и личных исков появляются вещные и личные права. К личным были отнесены права, возникающие из договоров и других обязательств, а к вещным — право собственности, право залога и некоторые другие права на вещь. При этом для признания права вещным мало одной только его связи с вещью. Оно должно обладать, кроме того, еще такими двумя признаками, как:

а) *право следования*, означающее, что при переходе вещи из одних рук в другие принадлежащее третьему лицу вещное право на нее все равно сохраняется. Так, залогодержатель сохраняет право залога на вещь, хотя бы она была продана и передана кому-либо залогодателем;

б) *преимущественное право*, обладающее большей силой, чем связанные с той же вещью личные права. Так, если у должника имеется несколько кредиторов, то в какой бы хронологической последовательности их права ни возникли, все они

препятствовали, однако, признанию права собственности правом *полного* или, говоря точнее, *наиболее полного* господства над вещью, так как при этом имелась в виду не безграничность, а такая полнота власти, которая доступна только собственнику, но не носителю иных вещных прав.

В силу принадлежавшего ему права собственник обладал в отношении вещи такими возможностями, как *uti* — *пользование*, т. е. извлечение из вещи ее полезных естественных свойств, *frui* — *собираение плодов*, включая плоды не только, естественные, но и цивильные (приносимые вещью доходы), и *abuti*— *распоряжение* (буквально — злоупотребление), т. е. право продать вещь, подарить ее, потребить, уничтожить и т. п. Пользуясь неизвестным римлянам современным юридическим языком, следовало бы называть перечисленные возможности *правомочиями* собственника—составными или дробными частями признанного за ним права собственности. Но при подобной их обрисовке в легальном перечне образуется весьма существенный пробел, так как отсутствует упоминание о таком важнейшем правомочии собственника, каким является *владение*—фактическое обладание вещью в смысле пребывания ее в сфере физического или хозяйственного господства собственника. И этот пробел образовался отнюдь не беспричинно, так как если все другие возможности, упоминаемые в источниках римского права, мыслимы лишь в качестве юридических, то владение зачастую появляется в виде чисто фактического состояния. Ему посвящаются поэтому специальные правила, учитывающие возможную его как фактическую, так и юридическую сторону, в том числе и неотделимую от права собственности.

Право собственности, владение и держание. Наряду с собственностью (*proprietfs*) римское право говорит о владении (*possessio*) и держании вещи (*detentio*).

Владение вещью—это обладание ею. Оно может основываться на праве, причем не только собственника, но и другого управомоченного (например, уже ранее упоминавшегося супер-фициария). Возможно также владение, лишенное всякого правового основания, являющееся фактом, а не правом (например, владение лица, приобретшего вещь от того, кто не имел права ее отчуждать). Но для того, чтобы признать определенное фактическое или юридическое состояние владением, оно должно соединять в себе два элемента:

а) *corpus possidendi*—сам факт обладания вещью. Он считается наступившим, если позиция обладателя такова, что позволяет ему в любой момент оказать на вещь нужное воздействие. Это бывает, когда вещь находится у самого обладателя или подвластных ему лиц. Владение может быть установлено и через, лиц, никому не подвластных, если такова специальная направленность совершенного акта. Например» после приобре¹тения вещи покупатель оставляет ее по договору найма у продавца. Теперь уже бывший собственник владеет вещью не для

себя, а для нового собственника, который поэтому и признается ее подлинным владельцем;

б) *animus possidendi* - ^намерение владеть вещью, причем намерение владеть ею для себя, а не для другого. По этой причине владения нет как в случае, если вещь положили кому-то в карман и обладатель об этом не знает, так и тогда, когда, подобно обладанию нанимателя, оно носит срочный характер, предполагая необходимость к установленному сроку возвратить вещь собственнику или другому управомоченному субъекту. Но если *animus possidendi* налицо, то уже не имеет значения, сопряжено ли это с каким-либо правом (например, правом собственности), либо при отсутствии права основывается на добросовестности владельца (*possessor bona fides*), или даже осуществляется недобросовестным владельцем (*possessor mala fides*), например похитителем вещи.

Владение ¹утрачивается при отпадении любого из двух названных элементов: в результате как выбытия вещи из обладания данного лица (в связи, например, с ее утерей или похищением), так и отказа от намерения владеть ею для себя (в связи, например, с продажей вещи, временно оставляемой у продавца). Если же *corpus possidendi* имеется, а *animus possidendi* отсутствует, тогда речь должна идти не о владении, а о держании.

Держание, а не владение налицо во всех тех случаях, в которых оно ограничено определенным сроком (например, при сдаче вещи ¹внаем или в ссуду, т. е. в срочное бесплатное пользование). И такой ход рассуждений вполне логичен, так как если установлен срок возврата вещи, обладание не может быть связано с намерением владеть ею для себя. Но дальше появляются уже ничего общего с логикой не имеющие столь характерные для римлян искусственные построения. Вот некоторые из них: раз *animus possidendi* отпадает при срочном владении, то оно имеется при владении бессрочном, когда вещь передается кому-либо в пользование на началах прекария, т. е. до востребования; или поскольку эмпитевзис означает предоставление земли в пользование на столь длительный срок, как 100 лет, то это уже находится на грани бессрочности и потому также предполагает *animus possidendi*.

Следует лишь иметь в виду, что приведенные и другие искусственные построения, используемые для обоснования владения там, где на самом деле есть лишь держание, устремлены к достижению вполне определенной практической цели: допустить, когда это необходимо, применение специальных способов защиты, рассчитанных не на держание, а единственно на владение. Но чтобы усвоить суть таких специальных способов, нужно вначале ознакомиться с теми средствами защиты, которые установлены для права собственности, а также с видами этого права и способами его приобретения.

Виды права собственности. Древнейшим правом собствен-

ности в Риме была *квиритская собственность* (*dominium ex jure quiritium*). Она основывалась на нормах гражданского (кви-ритского) права и характеризовалась обязательным соединением в ней следующих специфических признаков:

а) ее *субъектами* могли быть только римские граждане. Исключение из этого строжайшего правила допускалось лишь для латинов, наделенных *jus commercii* (т. е. признававшихся полноправными лицами в области имущественных отношений);

б) в качестве ее *материальных объектов* выступали манци-пируемые вещи (*res mancipi*). Так, итальянская земля была, а земля, расположенная в провинциях, не могла стать материальным объектом квиритской собственности;

в) единственно возможным *способом ее приобретения* являлась такая сложная процедура, как манципация. Приобретение вещи путем простой передачи не создавало квиритской собственности.

Однако, чем больше развивались товарно-денежные отношения, тем труднее становилось обходиться этим видом собственности, ограниченным по сфере своего применения и осложненным в способах своего возникновения. Подобно тому **как** в доклассическом периоде вообще обнаруживается дуализм римского права, так в то же самое время он начинает сказываться на институте права собственности. Квиритской собственности противопоставляется собственность *преторская* или *бо-нитарная* (*res in bonis*—вещи, входящие в имущество). Она возникала при отсутствии хотя бы одного из признаков, свойственных квиритской собственности, т. е. если ее приобретатель не был римским гражданином, или хотя и относился к числу римских граждан, но приобретал неманципируемые вещи (*res nec mancipi*), или даже приобретал манципируемые вещи, но посредством не манципации, а простой традиции. Что же касается наименования преторской собственности, то это обуславливалось предоставлением ей защиты со стороны преторского эдикта при абсолютном непризнании со стороны норм гражданского права.

Как, однако, могла быть построена преторская защита имущественных приобретений, которые не находили прямого подтверждения в законе? Здесь, как и во многих других случаях, для создания ¹ преторских конструкций использовали закон, но использовали своеобразно, опираясь на такой специфический юридический прием, каким является *фикция*.

В правовом смысле слова фикция—это определенное юридическое предположение, и в этом состоит ее сходство с *презумпцией*. Но если презумпция — предположение, с большой степенью вероятности соответствующее реальной действительности, то фикция заведомо ей не соответствует и тем не менее должна соблюдаться так, как будто она безупречна в своей истинности. Претор и пользовался тем, что гражданское право

знало приобретательную давность (*usucapio*)—институт, согласно которому вещь, даже приобретенная с какими-либо юридическими дефектами (например, вне манципации), становилась собственностью приобретателя, провладевшего ею в течение определенного времени. И во всех случаях, когда претор сталкивался с реальным приобретением имущества, отступавшим от некоторых строгих требований квинритского права, он применял к такому приобретению фикцию истечения срока приобретательной давности, что и позволяло ему признать приобретателя собственником.

Это признание означало¹ что если бы квинритский собственник попытался истребовать вещь у собственника бонитарного, последний был бы защищен возражением о том, что в его пользу истекла приобретательная давность. При выбытии же вещи из обладания бонитарного собственника он мог бы восстановить утраченное владение посредством специально созданного для этой цели публициановского иска (*Publiciana in rem actio*—по имени¹ введшего его претора). И чем более упрочивалось преторское право, тем очевиднее становилось юридическое обессиление квинритского собственника перед собственником бонитарным. В дальнейшем раздвоение собственности по поводу одного и того же имущества на квинритскую и бонитарную превращается в чисто номинальное, а Уложение Юстиниана и вовсе его упраздняет, придав всеобщее значение тому правовому режиму, который сформировался¹ под эгидой преторского права.

Способы приобретения права собственности. Число этих способов достаточно велико, причем с течением времени одни полностью сходили со сцены, другие образовывались заново, а третьи, сохраняясь в целом, менялись в своем конкретном содержании. Некоторые из них так и остались не более чем современниками римского государства. Многие способы, однако, в преобразованном и измененном виде перешли в частноправовые системы последующих исторических эпох.

Специфически римским способом приобретения права собственности была¹ прежде всего *манципация*. Она сохранялась на протяжении почти всего времени существования римского государства и исчезла лишь при Юстиниане.

Манципация применялась как способ приобретения квинритской собственности. К ней, поэтому прибегали только римляне и лишь в случаях приобретения манципируемых вещей. Сама связанная с нею процедура состояла в том, что продавец (*venditor*) и покупатель (*emptor*) доставляли вещь (например, раба) или ее символ (например, кусок земли при продаже земельного участка) к месту, где находились 5 свидетелей и весовщик (*libripens*) с весами и медью: Покупатель, держа вещь рукою, произносил строго определенную формулу: «*Hunc ego hominem ex jure quiritium meus esse ajo isque mihi emptus esto hoc aere aeneque libra*» (Итак, я утверждаю, что этот человек

по праву квиритов принадлежит мне, так как куплен мною при помощи этой меди и этих весов). Затем он ударял медью по весам и передавал ее продавцу как символ вручения покупной цены. С того же момента сделка считалась состоявшейся и право собственности переходило к покупателю.

Ввиду сложности этой процедуры вместо нее можно было прибегнуть к другому, тоже достаточно осложненному, но все же менее затруднительному способу приобретения права собственности — так называемой *уступке права* (in jure cessio).

Последняя осуществлялась в форме мнимого судебного спора о праве собственности на вещь. Покупатель предъявлял иск об истребовании вещи как якобы принадлежащей ему, а продавец молчал в ответ на обращенное требование и тем самым уступал свое право покупателю. Как «облегченный» заменитель манципации уступка права тоже должна¹ расцениваться в качестве специфически римского способа приобретения права собственности. Разумеется, и в условиях буржуазного процесса с его началом диспозитивности, — обязывающим суд удовлетворить иск, как только он признан ответчиком, нет препятствий к использованию этого приема в целях отчуждения имущества. Но поскольку практическая надобность в подобном применении судебной процедуры здесь едва ли может возникнуть, той буржуазное право не упоминает ее в перечне оснований, на которые право собственности опирается.

Иная судьба была уготована тому разработанному римлянами способу приобретения права собственности, который именуется *традицией* (traditio — передача).[^] Этот способ сохранил свое значение и в современных условиях, выступая в одних законодательных системах (например, германской) как всеобщее правило, знающее отдельные исключения, а в других (например, французской) — как правило, рассчитанное лишь на отчуждение вещей, определенных родовыми признаками.

В Риме традиция поначалу применялась к неманципируемым вещам или к вещам, приобретатели которых не обладали римским гражданством. В дальнейшем ее действие было распространено на манципируемые вещи, хотя бы они отчуждались в отношениях между римскими гражданами. Начиная же с Уложения Юстиниана, традиция полностью вытесняет как манципацию, так и уступку права, превратившись в способ приобретения собственности, решающий для экономического оборота. Действие этого способа предполагало, однако, соединение двух условий.

Во-первых, требовалась сама *передача вещи*. Одного только соглашения сторон для переноса права собственности недостаточно: traditionibus dominio rerum, поп ractis transferruntur (собственность переносится передачей, а не соглашением). Передачей же считалось как фактическое вручение вещи приобретателю, так и соответствующее символическое действие (например, вручение ключей от проданного дома). Если отчуждалась

вещь, уже находившаяся у приобретателя (потому, например, что он ранее получил ее внаем), передача признавалась состоявшейся в момент заключения договора (*traditio brevi manu* — передача короткой рукой). Напротив, когда отчужденная вещь оставалась во владении отчуждателя, но уже не по праву собственности, а по иному основанию (например, в порядке бессрочного пользования), она считалась в момент заключения договора купли-продажи переданной покупателю и одновременно, в силу заключения второго договора, возвращенной продавцу, переставшему уже. быть собственником (*traditio longa manu* — передача длинной рукой). Те же действия, в результате которых продавец, утрачивая право собственности, становился не владельцем, а держателем вещи (например, как получивший ее в срочное пользование), также означали передачу, но в виде не *longa manu*, а *constitutum possessorium* (установление владения в лице покупателя¹ путем превращения продавца в простого держателя вещи).

Во-вторых, было необходимо, чтобы передача вещи опиралась на достаточно *справедливое основание* (*justa causa*). Таким основанием мог быть договор купли-продажи, дарения, мены или иной акт, совершенный с целью отчуждения имущества. Если при передаче вещи допускалась ошибка (например, подаренная вещь передавалась не тому, кого хотел одарить собственник), можно было потребовать ее возвращения как недолжно полученного (*condictio indebiti*). В случае же передачи вещи по безнравственному основанию отчуждатель приобретал право на ее возвращение лишь при условии, что сам не заслуживал какого-либо этического упрека. При этической ущербности также его собственного поведения (например, дарение совершено под условием расторжения брака одаряемым) вещь ему не возвращалась согласно правилу: *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* (никто не будет слушать ссылки на свое бесстыдство).

И только когда соединялись оба названных условия, а тем самым фактическая передача опиралась на юридически оправданное основание, она приводила к переходу права собственности от отчуждателя к приобретателю.

В отличие от традиции как наиболее массовой, повседневно применяемой в условиях развитого оборота формы реализации имущества, другие способы его приобретения, хотя и пережили века, свое практическое действие обнаруживают лишь в особых, зачастую чрезвычайных обстоятельствах. К таким способам относятся:

а) *завладение* (*occipatio*)—захват вещи.¹ Он допускался в отношении никому не принадлежавшего имущества, к которому относились не только вещи, не имеющие собственника (*res nullius*), но и такие, от права на которые собственник отказался (*res derelictae*). Юридически в тождественном положении оказывались и *res hostiles* — имущество военного про-

тивника, принадлежало ли оно государству или населению захваченной территории. Вещи, относившиеся к имуществу любого из указанных видов, становились собственностью того, кто первым завладел ими (*res nullius cedit primo occupanti*). И только в отношении клада (*thesaurus*), т. е. крупной ценности, скрытой в земле, действовало правило о том, что половина его стоимости переходила к обнаружившему клад, а вторая половина — к собственнику земельного участка, на территории которого клад был обнаружен;

б) *переработка* (*specificatio*)—создание из чужих материалов новой вещи для себя, например изготовление вина из чужого винограда, вазы из чужого металла и т. п. Спецификация признавалась состоявшейся, если материал приобретал новую форму (*nova species*), позволяющую констатировать появление новой вещи. Вызывая споры у сторонников разных направлений римской юриспруденции, этот случай был разрешен Уложением Юстиниана в том смысле, что если спецификант действовал не по злостному умыслу и невозможно вернуть переработанные материалы в Прежнее состояние, вещь становилась собственностью спецификанта, обязывавшегося в свою очередь возместить стоимость материалов их собственнику;

в) *соединение вещей* (*accessio*)—оно способно воплотиться как в движимом, так и в недвижимом имуществе. В качестве примеров соединения недвижимых вещей в источниках упоминаются *aluvio* (наслоение, увеличившее берег) и *insula in fluminae nata* (образовавшийся в реке остров). Соединение движимых вещей подразделялось на *commixtio* (смешение сыпучих предметов, например зерна) и *confusio* (смешение несипучих предметов, например стад скота различных собственников при невозможности выделить экземпляры, принадлежащие каждому из них). Не исключалось также соединение с недвижимыми вещами движимых: урожая с землей, строения с земельным участком и т. п. Общее правило, применявшееся к рассматриваемым случаям, гласило: подчиненная вещь следует за главной (*accessoria cedit principali*). Поэтому к собственнику берега переходила намытая его часть, к собственнику реки—появившийся остров, к собственнику более дорогих из числа смешавшихся вещей — новый предмет, появившийся в результате смешения, и т. п. Однако в последнем случае тот, «то стал собственником вновь образовавшейся вещи, обязывался к возмещению стоимости вошедших в ее состав менее дорогих предметов, а при обработке чужого земельного участка или строительстве дома на чужой земле компенсация стоимости этих объектов производилась в пользу того, кто, совершая подобные действия, находился в состоянии извинительного заблуждения, т. е. был добросовестен;

г) *приобретательная давность* (*usucapio*)—приобретение права собственности в результате длительного владения имуществом, не принадлежащим его обладателю. Первоначально она

применялась лишь к римским гражданам в отношении манци-пируемых вещей, а ее продолжительность составляла один год для движимого и два года для недвижимого имущества. Претор расширил ее действие, установив, что по истечении 10 лет право собственности возникает и у peregrinus, а по истечении 40 лет даже у вора. Уложение Юстиниана закрепило для движимого имущества трехгодичную и для недвижимого десятилетнюю приобретательную давность с увеличением ее до 20 лет, если отсутствует собственник, имущество которого переходит в собственность другого лица по давности владения.

При этом указанные сроки вызывали необходимый правовой эффект в случае соединения их со следующими условиями:

Justus titulus—переход имущества в обладание владельца по определенному правовому основанию—в результате покупки, в виде дара, приданого и т. п. Достаточен при этом не только реальный, но и мнимый титул (*titulus putativus*), например завладение чужим имуществом, которое по ошибке было расценено как никому не принадлежащее. Несущественно также наличие в титуле тех или иных дефектов в виде, например, несоблюдения всех связанных с манципацией ритуалов, так как если титул лишен всяких дефектов, то он сам, а не приобретательная давность обосновывает переход права собственности к владельцу;

Bona fides—добросовестность владельца, который, приобретая вещь, не знал, что она не принадлежит отчуждателю и не может быть им реализована. Добросовестность необходима только на момент приобретения. Последующие сведения о дефектности совершенного акта не исключают права собственности по давности владения;

непрерывность владения в пределах установленного времени—осуществление его в рамках указанных сроков одним лицом или хотя и разными лицами, но в условиях, когда допускается суммирование времени, в продолжение которого вещь находилась у каждого из них (например, при переходе ее от владельца-наследодателя к владельцу-наследнику). Если вещь утеряна одним и найдена другим лицом, то сколько бы времени ни провладел ею первый, для приобретения права собственности вторым установленный срок должен истечь полностью.

Уложение Юстиниана ввело также *экстраординарную приобретательную давность* продолжительностью 30 лет. Ее истечение порождало право собственности, и при отсутствии *Justus titulus*, а иногда даже в отношении недобросовестного приобретателя.

Будучи одним из способов приобретения права собственности, приобретательная давность практически весьма существенна и в двух других отношениях: во-первых, она погашала те пороки приобретения имущества, на которые стороны нередко шли вполне сознательно во избежание многочисленных осложнений, порождавшихся ритуальностью и формализмом древне-

римского права; во-вторых, после ее истечения один только этот факт с бесспорностью свидетельствовал о наличии права собственности у владельца, освобождавшегося в случае спора от представления каких бы то ни было других доказательств.

Прекращение права собственности. Наиболее естественным способом прекращения права собственности римляне считали *уничтожение вещи*, произошло ли это вследствие ее гибели, потребления или по иным причинам.

Но уничтожение — не единственный случай, когда право собственности, прекращаясь для одного субъекта, не возникает в чьем-либо другом лице. То же самое происходит и при *дереликции* — отказе собственника от права на принадлежащую ему вещь. Правда, поскольку в результате дереликции вещь не уничтожается, а становится никому не принадлежащей, она может оказаться объектом завладения и благодаря этому перейти в собственность оккупанта. Однако дереликция отнюдь не требует последующего завладения и прекращает право собственности сама по себе независимо от того, будет ли оно впоследствии приобретено другим лицом. ,

В этом смысле дереликция, как и уничтожение, отличается от *отчуждения*, которое также прекращает право собственности на вещь, причем в самых различных формах, в таких, как купля-продажа, дарение, мена, предоставление приданого и т.п. Но как бы перечисленные формы ни рознились, свойственная им общая черта состоит в том, что одновременно с прекращением права собственности у отчуждателя такое же право возникает у приобретателя. Римляне констатировали здесь поэтому не просто прекращение, а *переход* права собственности. Переход же возможен лишь при строжайшем соблюдении требования *nemo plus juris* (никто не может передать другому больше прав) и т. д. И, следовательно, прекращенное для его прежнего носителя, право собственности появляется у нового обладателя с теми же обременениями (залоговыми и другими), какие на нем лежали в момент совершения отчуждательного акта.

Еще одним способом прекращения права собственности, введенным с древнеримских времен, было изъятие вещи из оборота, например включение частной земли в состав государственной (*ager publicus*) или признание государственными (*servi publici*) частных рабов. Специфика этого способа заключалась в том, что если отчуждение вещи вызывало как свое следствие приобретение ее другим лицом, то изъятие вещи из оборота являлось причиной прекращения прав прежнего собственника. Здесь, таким образом, не было перехода права, а потому не могло применяться и правило *nemo plus juris* и т.д. Перейдя из области *in commercio* в сферу *extra commercium*, вещь подчинялась установленному для этой сферы правовому режиму, каким бы ни было ее предыдущее правовое состояние.

Защита права собственности. "В нормах римского права закреплены три способа защиты права собственности: виндикаци-

онный, негаторный и прогибиторный иски. Под указанными наименованиями перечисленные иски первоначально применялись лишь к защите квинритской собственности.

Важнейшим среди них был, несомненно, *виндикационный иск* (*rei vindicatio*). Он предъявлялся в случаях, когда одно лицо утверждало, что является собственником вещи, находящейся во владении другого лица, и по этому основанию требовало, чтобы вещь была ему возвращена. При этом на истце лежало бремя доказывания (*onus probandi*) того обстоятельства, что вещь действительно принадлежит ему на праве собственности, а ответчик от обязанности представления каких-либо доказательств освобождался, ибо в его пользу говорил сам факт владения вещью.

Если истцу не удавалось доказать принадлежность ему права собственности, иск отклонялся. При доказанности этого факта иск в легисакционном процессе подлежал удовлетворению. В формулярном процессе праву собственности истца можно было противопоставить возражения о праве залога или о других правах, которые на ту же вещь имел ответчик и которые позволяли ему удерживать вещь у себя. Кроме того, бонитарный собственник против виндикационного иска квинритского собственника имел такое обеспеченное претором мощное средство защиты, как возражение о вещи проданной и переданной (*exser-tio rei venditae et traditae*). Но при отсутствии поводов для" возражений вещь изымалась в пользу истца, право собственности которого получило в судебном процессе свое обоснование.

Помимо утраты вещи ответчик нес в таких случаях и некоторые иные потери. В легисакционном процессе он утрачивал внесенное *sacramentum*. При рассмотрении спора в условиях формулярного процесса было принято различать добросовестных и недобросовестных владельцев. Хотя у тех и других владение страдало юридическими дефектами, первые находились, однако, в извинительном заблуждении по поводу его подлинной сущности (получив, например, чужое имущество в составе наследства), а вторые вовсе на этот счет не заблуждались или не могли сослаться на извиняющие их заблуждение обстоятельства (приобретая, например, беглого раба в условиях, несовместимых с приобретением такого рода). Недобросовестный владелец, помимо самой вещи, обязывался также вернуть плоды, которые вещь принесла за все время неправомерного обладания ею, тогда как добросовестный владелец возвращал плоды, полученные лишь со времени предъявления к нему виндикационного иска. Приведенные правила подверглись, однако, изменениям при Юстиниане, Уложение которого установило, что добросовестный владелец возвращает *fructus extantes*—плоды полученные, но не потребленные, к какому бы времени их получение ни относилось. Что же касается недобросовестного владельца, то он теперь обязывался к возвращению или компенсации как полученных плодов (*fructus percepti*), так и плодов,

которые можно и должно было получить (*fructus percipiendi*¹).

Следует лишь иметь в виду, что добросовестность принималась во внимание в решении вопроса о плодах, но не о судьбе самой вещи. Вещь же возвращалась собственнику независимо от добросовестности владельца, так как римское право стояло на позициях неограниченной виндикации, провозгласив правило: *ubi rem meam invenio, ibi vindico* (где бы я ни нашел свою вещь, там ее и виндицирую). Отход от этого правила в интересах добросовестных участников оборота, которые, приобретая вещь, не знали и не могли знать о неуправомоченности отчуждателя на совершение отчуждательного акта,—дело гораздо более позднего времени. Понадобилось порожденное капитализмом всеобщее господство товарного производства и товарного обращения, чтобы была осознана реальная необходимость не только всемерной защиты частной собственности (этому продолжал служить виндикационный иск), но и разностороннего обеспечения потребностей экономического оборота (этому, в частности, содействовало ограничение в интересах его участников виндикационной защиты собственнических правомочий).

Виндикационный иск есть иск о праве собственности. Случается, однако, что принадлежащее собственнику право никем под сомнение не ставится и вещь продолжает оставаться в его обладании, но кто-либо обращается с ней так, как если бы ему принадлежали определенные права на ту же самую вещь. В Риме так, например, происходило, когда через земельный участок одного субъекта прогонялся к водопою скот его соседа, ссылавшегося на якобы закрепленное за ним право такого прогона. Тогда уже появлялись основания для предъявления не виндикационного, а *негаторного иска* (*actio negatoria* — иск об отрицании, от слова *negare*—отрицать). Его удовлетворение и означало не что иное, как судебную констатацию того факта, что имущество, составляющее собственность истца, свободно от тех правовых обременений в пользу третьих лиц, на которые они претендуют,

Третьи лица могли, наконец, не притязать на чужое имущество ни целиком, ни в рамках строго ограниченного права, но в то же время мешать своим поведением собственнику нормально использовать его. Таковы, например, часто встречавшиеся в условиях городской скученности Древнего Рима попытки возвести стену, которая, отгородив собственный дом, препятствовала доступу света в окна соседского дома. Это давало уже повод для предъявления *прогибиторного иска* (*actio prohibitoria* — иск о воспрепятствовании от слова *prohibere* — препятствовать). Признав его обоснованным, суд обязывал нарушителя устранить последствия совершенных действий и не совершать действия такого же рода в¹ будущем.

Расчлененные между тремя перечисленными исками способы защиты квинтской собственности по отношению к собствен-

ности бонитарной были объединены уже упоминавшимся пуб-лицеиановским иском. Кроме того, как ранее говорилось, в споре с квинитским собственником для защиты бонитарной собственности использовалось возражение о вещи проданной и переданной. А когда дуализм права собственности был преодолен» то виндикационный, негаторный и прогибиторный иски нашли признание в Уложении Юстиниана как всеобщие по своей значимости способы защиты этого права, дифференцируемые в зависимости лишь от того, какому конкретному нарушению последнее подверглось.

Защита владения. Поскольку владение является одним из правомочий собственника, то защита права собственности обеспечивала также защиту владения. Ясно, например, что когда предъявляется виндикационное требование, его цель в том как раз и состоит, чтобы изъять вещь из незаконного обладания ответчика и вернуть ее в правомерное владение истца. Но для удовлетворения этого требования должно быть доказано, что у истца имеется право собственности на спорную вещь. Здесь возникал, следовательно, спор не о факте, а о праве, не о владении как определенном фактическом состоянии, а о праве собственности, на которое это фактическое состояние опирается. И так как иск о праве собственности или любом ином вещном праве назывался *actio petitoria*, то обеспечиваемая им защита владения получила наименование- *петиторной защиты*.

Наряду с этим со времени преторского права появляется другая форма защиты владения. Она прямо и называется *ела¹ дельческой* или *поссессорной защитой*. Суть ее состояла в том, что защитой обеспечивался сам факт владения, без необходимости доказывания его правовых оснований и даже независимо от того, существовали ли такие основания вообще. При этом конкретное содержание поссессорной защиты разнообразилось соответственно двум несовпадающим ситуациям ее практического применения.

Первая ситуация характеризовалась тем, что, хотя вещь фактически находилась в обладании одного субъекта, на владение ею притязало также другое лицо. В этом случае в защиту владельца мог быть применен преторский интердикт *retinendae possessionis* (об удержании владения). Согласно указанному интердикту, владение должно оставаться неприкосновенным, если не доказано, что оно возникло вследствие насилия, тайным образом либо получения вещи в пользование с обязанностью вернуть ее по первому требованию другой стороны (*пес vi, ne clam, пес граесарго*). Напротив, при доказанности любого из перечисленных обстоятельств у другой стороны появлялись основания для возражения о порочности владения (*exceptio vifiosae possessionis*) и требования о передаче вещи в ее собственное обладание.

Вторая ситуация отличалась от первой тем, что субъект, во владении которого вещь находилась раньше, к моменту спора

уже не владел ею, так как лишился владения вследствие насилия или иных противоправных действий другой стороны, в обладание которой вещь затем перешла. В таком случае в защиту владельца мог быть применен преторский интердикт *resc-pegandae possessionis* (о восстановлении владения). Согласно указанному интердикту, владение должно быть восстановлено, если удалось доказать, что оно существовало в прошлом и подверглось нарушению каким-либо из упомянутых в интердикте недозволенных способов. Напротив, при недоказанности любого из названных обстоятельств владение сохранялось за тем, кто осуществлял его фактически к моменту рассмотрения спора.

Какой бы, однако, интердикт ни применялся, спор не должен был выходить за чисто фактические границы. Перенесение его из сферы факта в область права не допускалось. Не исключено, например, что вещь насильственно отобрана у владельца ее собственником, который хотя не отрицает факта¹ насилия, но возражает против возвращения вещи владельцу, ссылаясь на принадлежащее ему право собственности. Это возражение не могло приниматься во внимание и не оказывало никакого воздействия на ход владельческого (поссессорного)-процесса. Последний завершался в пользу владельца. А если такой исход владельческого спора не соответствовал правовой позиции его участников, заинтересованная сторона (в приведенном примере—сторона, считающая себя собственником) могла затем возбудить другой, петиторный процесс и, доказав принадлежность ей права на¹ спорную вещь, получить ее в свое владение уже по этому правовому, а не чисто фактическому основанию.

Возникает вопрос: имел ли вообще поссессорный процесс какой-либо практический смысл, раз он не исключал последующего петиторного процесса с вытекающей из него возможностью прямо противоположного разрешения спора между сторонами?

Во-первых, петиторный процесс—это спор о праве, бремя доказывания которого лежит на том, кто не владеет вещью, но лишь притязает на нее. Владеющий же от представления каких-либо доказательств освобождается, так как в его пользу говорит сам факт владения. Но отмеченная расстановка участников петиторного процесса зависела от исхода процесса поссессорного: его завершение в пользу одной стороны переносило бремя доказывания целиком на другую сторону, пытавшуюся факту владения вещи противопоставить свое право на нее. Практический смысл поссессорного процесса и состоял прежде всего в том, что благодаря ему происходило соответствующее распределение бремени доказывания между участниками будущего петиторного процесса.

Во-вторых, хотя поссессорный процесс не исключал петиторного, зачастую спор между сторонами дальше поссессорного процесса не шел. И это вполне объяснимо. Ведь в петиторном процессе факту владения вещью нужно противопоставить пра-

во на нее. Между тем в подавляющем большинстве случаев даже собственник не может подтвердить свое право никакими другими доказательствами, кроме ссылки на владение. А благодаря тому, что владение обеспечено защитой, такой ссылки при возникновении спора оказывалось, вполне достаточно, чтобы было также защищено и право собственности. Решающее практическое назначение поссessorного процесса в том и состояло, что, устремленный к обеспечению факта, он охранял стоящее за этим фактом право, и то, что называется защитой владения, по существу своему есть не что иное, как защита самого права собственности.

Недаром поэтому римляне обеспечивали специальной защитой владение (*possessio*), но не держание (*detentio*): первое означало обладание вещью-для себя и, стало быть, как правило, именно и сопутствовало праву собственности; второе являлось обладанием для другого, и, значит, сопряженность его с правом собственности обладателя была исключена с самого начала. Не случайно также эта защита воспринималась как весьма эффективная частноправовыми системами последующих исторических эпох. Сообразующаяся с формализмом древне-римского процесса по имущественным спорам, она необходима и в любом другом обществе, строящем этот процесс так, что победа в нем зависит не от выявления объективной истины, а от распределения бремени доказывания между сторонами и различных законодательных предположений (презумпций), установленных в пользу каждой из них. И если советское право не знает института поссessorной защиты, то не потому, что оно пошло по пути ослабления охраны права собственности, а потому, что, лишенное формализма, способно обеспечить такую охрану без искусственного противопоставления поссessorных и петиторных исков, на основе неразрывного единства самого права собственности с законодательно закрепленными средствами его юридической-охраны.

§ 3. ПРАВА НА ЧУЖИЕ ВЕЩИ

Понятие прав на чужие вещи. Подобно праву собственности, права на чужие вещи (*jura in re aliena*) являются вещными правами. Им свойственны поэтому такие характерные для вещных прав общие качества, как следование за вещью и удовлетворение преимущественно перед связанными с той же вещью личными правами. Но если право собственности есть право на свою вещь, то от него не может не отличаться такое вещное право, которое распространяется на чужую вещь. Это различие усматривалось в том, что право на чужую вещь не порождает полного господства над нею. На основе такого права могло возникнуть господство лишь в относительно ограниченных масштабах, приобретающих в каждом конкретном случае свою специфическую обрисовку.

При этом выделялись пять типов прав на чужие вещи: сервитуты, суперфиций, эмфитевзис, залог, ипотека. Но залог и ипотеку как содействующие исполнению договоров способы их обеспечения целесообразно рассмотреть в следующем разделе настоящего пособия в связи с изучением самих договоров.

.Сервитуты. Представляя собой во всех случаях права на чужие вещи, сервитуты в свою очередь строятся как *вещные* или *личные*.

Вещные или предиальные сервитуты (*servitutes praediorum*) могут быть проиллюстрированы на следующем примере. В связи с наследованием земельного участка его приходится делить между двумя наследниками, причем за одним закрепляется та часть земли, которая примыкает к дороге, а оставшаяся часть, не имеющая к дороге самостоятельного доступа, предоставляется другому. Понятно, что вторым участком было бы невозможно пользоваться, если бы у его обладателя отсутствовало право прохода через первый участок. Такое право и будет не чем иным, как вещным (предиальным) сервитутом. Сервитутом потому, что оно порождает господство над чужим земельным участком в границах, необходимых для обслуживания собственной земли. Вещным же потому, что, как бы ни изменился персональный состав собственников обоих земельных участков, первый всегда будет подчиненным, а второй господствующим, и у собственника второго во всех случаях будет существовать соответствующее право в отношении первого участка.

Из сказанного, конечно, не следует, что вещные сервитуты представляют собой отношения не между людьми, а между вещами, как думали сами римляне и как с неослабевающей настойчивостью продолжают утверждать те буржуазные юристы, для которых рассматриваемый институт—лакомый кусок на пути фетишизации общественно-правовых явлений. Что дело не в естественных связях вещей, а в общественных отношениях людей,— это легко устанавливается благодаря самому элементарному эксперименту: достаточно соединения права собственности на оба земельных участка в одних руках, чтобы отпала какая бы то ни была почва для сохранения вещного сервитута. И если, используя древнеримскую терминологию, в соответствующих случаях и сейчас говорят о господствующих и подчиненных земельных участках, то на самом деле надо иметь в виду отношение не между участками, а между стоящими за ними людьми как носителями определенных социально значимых интересов.

Такие интересы могут получить самое разнообразное конкретное выражение. Соответственно этому приходилось дифференцировать и отдельные виды вещных сервитутов, выделяя среди них такие, как *via*—право проложить на подчиненном участке дорогу определенной ширины, *iter*—право прохода через подчиненный участок пешком или проезда на лошади, *actus*—право прогона скота, *aqueductus*—право провода воды.

Поскольку перечисленные сервитуты связаны с возможностью совершения управомоченным разных юридически значимых действий, каждый из них подчинялся своему особому правовому режиму. Этот режим менялся также в зависимости от того, шла ли речь об установлении сервитута в городе или деревне (*servi-tutes rusticorum et urbanorum*—сельские и городские сервитуты). Но при всем их разнообразии вещные сервитуты обладали двумя общими юридическими свойствами: *бессрочностью*, так как в противном случае господствующий участок утратил бы экономическую ценность по истечении установленного для сервитута срока, и *неделимостью*, ^ибо, если бы, например, подчиненный участок был разделен между несколькими собственниками, он все равно как единое целое продолжал бы обременяться сервитутом в пользу собственника господствующего участка.

Иной характер носили *личные сервитуты* (*servitutes perso-narum*),, которые также могут быть проиллюстрированы на конкретном примере. Так, если имущество завещалось сыну с возложением на него обязанности предоставить жилой дом в пожизненное пользование жены завещателя, то последняя и приобретала личный сервитут в отношении объекта, перешедшего в собственность сына. По сравнению с вещными, личные сервитуты обладали той особенностью, что приурочивались к определенному субъекту и сохранялись не бессрочно, а во всяком случае не дольше жизни управомоченного. Но,, будучи личными сервитутами, они по своему юридическому содержанию относились к разряду вещных прав, ибо, во-первых, следовали за вещью (в приведенном примере жена сохраняла бы право проживания и после продажи дома третьему лицу), а, во-вторых, удовлетворялись преимущественно перед личными правами на ту же вещь (например, преимущественно перед правами коммодатария, тоже получившего возможность бесплатного проживания в доме умершего, но по договору ссуды, а не на основе установленного в его пользу личного сервитута).

Первоначально различались два вида личных сервитутов:

узуфрукт (*usus fructus*)—право пользования вещью, включая присвоение приносимых ею плодов. Если вспомнить, что право собственности слагалось в Риме из возможностей совершения с вещью таких действий, как *uti, frui, abuti*, то это должно означать, что в случае установления узуфрукта у собственника оставалось только *abuti*, в то время как *uti* и *frui* переходили к узуфруктуарию. Ясно поэтому, что объектом узуфрукта могли быть только непотребляемые вещи (скот, плодовые деревья и т. п.). Чтобы распространить его также на потребляемые вещи, конструируется квазиузуфрукт (как-бы-узуфрукт): например, помимо дома, жене по завещанию передается оставшаяся провизия, но с предоставлением права сыну получить компенсацию ее стоимости;

узус (usus) — право пользования вещью, но не приносимыми ею плодами. Так, если в силу личного сервитута управомоченный сам мог пользоваться вещью и извлекать из нее доходы путем сдачи внаем, то он обладал правами узуфруктуария. Если же сдача внаем и все другие способы извлечения доходов исключались, то его право не выходило за рамки узуса, т. е. пользования самой вещью, но не ее плодами.

Впоследствии от узуса отпочковались в качестве самостоятельных юридических образований два новых личных сервитута: *habitatio*—пользование жилым помещением и *operae*— пользование рабом или животным. Их юридическая специфика заключалась в том, что если обычно в результате длительного неиспользования (non-usus) сервитут прекращался, то в данном случае это обстоятельство вовсе не принималось во внимание. Отмечаются и некоторые другие свойственные им правовые признаки (вроде, например, возможности перехода по наследству). Но соответствующие высказывания настолько бездоказательны, что могут быть восприняты не более чем в качестве трудно поддающейся проверке - гипотезы.

Наряду с делением сервитутов на две группы (вещные и личные) и дифференциацией отдельных их разновидностей внутри каждой из названных групп римляне провозгласили также для сервитутов в целом некоторые правила общего порядка.

Во-первых, утверждалось, что, поскольку сервитут—это право на вещь, он не способен создать для управомоченного возможности предъявления требования о совершении какого-либо действия (*servitus in faciendo consistere non potest* — сервитут не может состоять из действия). С точки зрения противостоящего сервитуарию обязанного лица, содержание сервитута всегда выражается не в делании, а в претерпевании (*non in faciendo, sed in patiendo*—обязанный должен не менять течение воды, не препятствовать черпанию ее и т. п.). Единственным изъятием из этого общего правила был *servitus oneris ferendi* (сервитут, связанный с необходимостью нести обременения). Так, если строение сервитуария опиралось на принадлежащую обязанному стену, он должен был ее ремонтировать не только в своих собственных интересах, но и в интересах сервитуария.

Во-вторых, отмечалось, что раз сервитут —это право на чужую вещь, то своя собственная вещь никому по праву сервитута служить не может (*nemini res sua servit jure servitutis*). Поэтому хотя существовали такие сервитуты, как узус и узуфрукт, но когда вещью пользовался и извлекал из нее плоды собственник, действия такого рода совершались им по праву собственности, а не по праву сервитута. Отсюда¹ также следовало, что сервитут прекращался, как только обремененная им вещь переходила в собственность сервитуария.

В-третьих, указывалось, что, ввиду самой природы сервитута как ограниченного права на чужую вещь, он не мог быть в свою

очередь обременен собственным сервитутом (*servitus servitutis esse* по *potest*). В частности, если сервитут являлся вещным, то он всегда оставался в пределах тех двух вещей, которые связаны друг с другом господством и подчинением. За указанные вещные пределы сервитут непередается. При личном характере сервитута он неотделим от своего носителя и только в лице этого носителя сохраняет способность к существованию.

Таковы общие правила, которым сервитута подчинялись в своем действии. Вместе с тем существовал определенный порядок их установления, прекращения и защиты.

Установление сервитутов по гражданскому праву допускалось как между живыми (*inter vivos*), так и по случаю смерти (*mortis causa*). По случаю смерти сервитут устанавливался в завещании. Между живыми он вводился путем использования таких же юридических средств, как и применявшиеся к приобретению права собственности, т. е. маниципации (*mancipatio*), и уступки права (*in jure cessio*). Разница заключалась только в том, что при провозглашении маниципационной формулы и предъявлении судебного иска речь шла именно о сервитуте, а не о праве собственности. Гражданское право распространяло на сервитуты те же ограничения, что и на квинтскую собственность. Они не могли устанавливаться в пользу peregrinorum, в отношении неманиципируемых вещей (например, провинциальной земли), посредством простой передачи (традиции). Поскольку сервитут—бестелесная вещь, исключалось и его приобретение по давности владения.

Изложенные установки подверглись коренным изменениям со стороны претора, предоставившего защиту также сервитутам, которые устанавливались на провинциальных землях, в пользу peregrinorum или в форме традиции. Последняя форма как главенствующая закрепляется в Уложении Юстиниана. Наряду с ней Уложение предусматривало еще один способ, служивший той же цели: *judicium* —установление сервитута судом, признавшим, что без этого нормальное использование земельного участка было бы невозможно. Вместе с тем, сконструировав для сервитутов квазивладение (*quasi-possessio*), юстиниановское законодательство распространило на них приобретательную давность: в результате 10-летнего, а если дело касалось имущества отсутствующего собственника, то 20-летнего пользования сервитут приобретался по давности владения.

Прекращение сервитутов наступало вследствие смерти сервитутария, если он был носителем личного сервитута, либо гибели господствующего или подчиненного земельного участка, если сервитут носил вещный (предельный) характер. Те же последствия вызывались соединением в одном лице права собственности на господствующий и подчиненный участки, отказом сервитутария от своего права и *non-usus*—длительным неиспользованием сервитута. В гражданском праве неиспользование признавалось длительным, если оно продолжалось год в отношении

нии движимого и два года в отношении недвижимого имущества, а начиная с классического права эти сроки увеличиваются соответственно до трех и десяти лет.

Защита сервитутов обеспечивалась так называемым кон-фессорным иском (*actio confessoria*), когда нарушение испытывали те из них, которые образовывались на почве гражданского права. В конфессорном иске могли быть объединены все те требования, для реализации которых в отношении права собственности пришлось бы предъявлять виндикационный, негаторный или прогибиторный иски. Он служил как истребованию объекта сервитута из чужого незаконного владения (например, истребованию жилого дома по праву пожизненного пользования), так и устранению мешавших использованию сервитута препятствий (например, тех, которые исходили от собственника подчиненного земельного участка), а также отражению притязаний на чужой сервитут (например, когда с сервитутным правом одного сталкивались личные права на ту же самую вещь другого—нанимателя, коммодатария и т. п.).

Если рассмотренный иск как непосредственно основанный на нормах гражданского права был прямым, то претор для защиты своих сервитутов ввел такой же по содержанию иск, именованный уже не прямым, а полезным (*actio confessoria utilis*). Последний имел для преторских сервитутов такое же значение, как публициановский иск для преторской собственности. Кроме того, каждый в отдельности из сконструированных претором сервитутов защищался его интердиктами с направленностью, аналогичной той, которой характеризовались преторские интердикты о защите владения.

Отмеченные несовпадения между разными сервитутами по их юридической основе полностью устраняются лишь в Уложении Юстиниана. Там же иск, подобный конфессорному, приобретает всеобщее значение и распространяется на защиту сервитутов любых видов.

Суперфиций и эмфитевзис. Суперфиций (*superficies* — находящееся на поверхности земли)—это вещное право, возникавшее в результате возведения дома или иной постройки на чужой земле. Юридически между землей и возведенной на ней постройкой существовало такое же соотношение, как между главной и подчиненной вещью. А из правила о том, что подчиненная вещь следует за главной, вытекал и соответствующий частный вывод: суперфиций следует за земельным участком (*superficies cedit solo*). Тем самым, кто бы ни возвел строение, *его* собственником может быть признан лишь тот, кому принадлежит на праве собственности использованный для строительства земельный участок. И поначалу отношения с земельным собственником оформлялись договором имущественного найма, с тем чтобы за ежегодно вносимую плату (*solarium*) возведший строение приобретал возможность длительного его использования. В результате у застройщика возникало не вещное, а толь-

ко личное право на возведенное строение и связанный с ним земельный участок. Впоследствии, однако,¹ претор предоставил правам застройщика более широкую защиту: помимо отчуждаемости, бессрочности и перехода по наследству, эти права защищались также против любого и каждого, включая собственника, при помощи исков и интердиктов, аналогичных по своему содержанию виндикационным, негаторным и прогибиторным искам, а также владельческим интердиктам. Благодаря указанным реформам суперфиций и был превращен из личного в вещное право.

Аналогичный систорический процесс претерпел и эмфитев-зис. Этот вошедший в римский юридический словарь термин греческого происхождения имел в латинском языке чисто описательное обозначение. Там соответствующее явление именовалось *conductio agri vectigalis*—наем платных земель. Первоначально земля для ее сельскохозяйственной обработки действительно сдавалась за определенную "плату внаем. Но затем срок пользования ею был удлиннен до 100 и более лет либо это пользование вообще становилось наследственным и бессрочным (вечным). Оно обеспечивалось преторской защитой, столь же широкой, как и предоставленная суперфицию. Поэтому и эмфи-тевзис, подобно суперфицию, утрачивает черты личного и становится вещным правом.

Суперфиций и эмфитевзис, в основных своих чертах сконструированные, претором, затем уже в очищенном от следов юридического дуализма виде вошли в Уложение Юстиниана. Некоторые связанные с последним нововведения затронули лишь эмфитевзис: возможность его продажи эмфитевтой ограничивалась предоставлением права преимущественной покупки собственнику земли, а в случае, если три года подряд не вносилась установленная за эмфитевзис плата (*canon*), дальнейшее его действие вовсе прекращалось.

Как суперфиций, так и эмфитевзис имеют то общее с серви-тутами, что и они носят вещный характер, будучи ограниченными правами на чужую вещь. Однако от личных сервитутов суперфиций и эмфитевзис отличались тем, что были отчуждаемы и передаваемы по наследству, а от вещных—соотношением не между господствующим и подчиненным участками, но между правами, которые на один и тот же объект (земельный участок или также возведенное на нем строение) принадлежали разным субъектам—собственнику и суперфициарию или эм-фитевте.

Последнему обстоятельству было суждено сыграть в истории цивилистической доктрины весьма заметную роль. Ранее уже упоминались глоссаторы — эти первые средневековые комментаторы римских юридических источников. На смену им пришли постглоссаторы,² комментировавшие источники римского права уже с учетом обработки, которой они подверглись в результате глоссирования. Одной из центральных проблем, сто

явших перед постгlossаторами, была проблема отношений земельной собственности, сложившихся в условиях феодального сюзеренитета-вассалитета.

Сложность указанной проблемы заключалась в том, что если собственность—это полное господство над вещью (*plena in re" potestas*), то в отношении земли такого господства не было ни у вассала, ни у сюзерена. Вассал его не имел, так как сам получал землю от сюзерена и нес в связи с этим определенные повинности, ¹а сюзерен тоже не был в своем господстве неограничен, так как земля находилась в юридически защищенном пользовании вассала.

Как ближайший аналог указанных явлений постгlossаторы привлекают взятые из римского права институты суперфиция и особенно эмфитевзиса. Они обратили внимание на то, что и в указанных случаях полное правовое господство над вещью не сосредоточивается в руках ни земельного собственника, ни суперфициария или эмфитевты.¹ Это послужило основанием для вывода, что право собственности обособленно не принадлежит ни тому, ни другому, как не являются его обособленными носителями ни вассал, ни сюзерен. Собственность поделена или расщеплена (разделена) между всеми участниками указанных процессов. Она выступает здесь в виде не единой, а ¹*разделенной собственности*.

Так родилась теория разделенной собственности, вначале примененная в отношении феодальной, а впоследствии иногда привлекавшаяся также к анализу других исторических видов собственности. Степень ее соответствия природе конкретных собственнических отношений должна быть проверена в каждом отдельном случае. Сейчас же важно подчеркнуть, что ее питательной¹средой явились права на чужие вещи как один из центральных институтов древнего римского права.

Глава четвертая. СПОСОБЫ ПРИОБРЕТЕНИЯ

.ИМУЩЕСТВА

I ОБЯЗАТЕЛЬСТВА § 1. ОБЩИЕ ПОНЯТИЯ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

Определение обязательства. Если право собственности закрепляет принадлежность имущества определенному лицу, то -обязательство используется в случаях перехода имущества от одного лица к другому. Главная область действия обязательств—сфера обращения. Именно в этой сфере происходит перемещение имущества вследствие его продажи, обмена, предоставления займы. Но обязательства применимы и за пределами указанной сферы, когда, например, тот, кто причинил имущественный вред другому, обязывается к его возмещению, или тот, кто без достаточных оснований приобрел имущество за счет другого, обязывается к его возврату.

Многие обязательства направлены на приобретение имущества в собственность. Таковы, в частности, обязательства, возникающие из договора купли-продажи, если их рассматривать с позиций покупателя, или из договора мены, если иметь в виду получаемый в порядке обмена объект. Не всегда, однако, обязательства устремляются лишь к отмеченной цели. Их результатом может явиться получение имущества не в собственность, а в пользование, как при имущественном найме, или даже не в пользование, а только во владение, как при сдаче имущества в залог. Конкретные цели, достижимые посредством того или иного обязательства, бывают самыми разнообразными. Свойственную им общность римляне усматривали в том, что обязательства всегда приводят к приобретению прав на имущество обоими своими участниками либо по крайней мере одним из них. Тем самым было предопределено и место обязательств в созданной римскими юристами институционной системе расположения частноправовых норм. Они оказались размещенными в заключительном разделе этой системы, следующем за вещами и закрепляющем отдельные способы их приобретения.

Обязательство расценивается в римских источниках как определенная правовая связь (*juris vinculum*), устанавливаемая

•90

в отношениях между двумя лицами. Одно из них именуется *кредитором*, поскольку обязательство связывает его правом требования (*reus credendi*), а другое должником, связанным не правом, а обязанностью, не требованием, а долгом (*reus debendi*). При этом, как подчеркивал Павел, сущность обязательства (*obligationum substantia*) состоит в вытекающей из него обязанности что-либо дать, сделать или предоставить (*obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*). Дать (*dare*)—значит передать вещь, например проданную или сданную внаем. Сделать (*facere*)—обнимает собой также обязанность чего-либо не делать (поп *facere*) и что-либо терпеть (*pati*), например выполнить поручение (делать), не мешать нанимателю нормально пользоваться имуществом (не делать) и переносить все связанные с таким пользованием неудобства, для наймодателя (терпеть). Предоставить (*praestare*)—оттеняет специфику таких обязательств, в силу которых должник обязывается изготовить вещь и передать ее либо возместить или вернуть то, что было им повреждено или неосновательно получено.

Будучи правовой связью, обязательство в случае, если бы: не последовало добровольное его исполнение, способно к реализации в принудительном порядке путем предъявления кредитором соответствующего иска к должнику. Там же, где отсутствует исковая защита, нет и самого обязательства. Так, формализм и ритуальность римского права требовали, чтобы договоры заключались в точно установленной форме, нередко сопровождавшейся сложной, насыщенной символическими жестами процедурой. При нарушении любого из названных условий право на исковую защиту не приобреталось, и, значит, обязательство не возникало.

Вместе с тем наблюдались и некоторые специфические правовые образования, не вызывавшие со стороны римских источников ни признания их обязательствами, ни полного отказа в таком признании. Например, раб или лицо, подвластное *paterfamilias*, по общему правилу, не были способны к установлению обязательства от имени своего господина. Подобное обязательство во всяком случае не обеспечивалось исковой защитой, если не считать пекулия, в рамках которого необходимая защита предоставлялась. Но при добровольном исполнении обязательства самим господином он не имел права потребовать возврата исполненного в принудительном порядке. А раз право на возврат исполненного исключалось, то и обосновывающее такое последствие обязательство нельзя считать юридически безразличным. Лишенное исковой защиты, оно не могло быть отнесено к обязательствам в точном смысле этого слова. И потому, опираясь на общий критерий естественного права, римские юристы вывели из него частное понятие естественного обязательства (*obligatio naturalis*). Это понятие приобрело собирательное значение как для обязательств господина, установ-

ленных его работ или подвластным, так и для всех других обязательств, не снабженных искомой защитой, но юридически защищенных в пределах их добровольного исполнения.

Система обязательств. Круг обязательств, известных Древнему Риму, весьма обширен, причем сами римляне свели их в определенную, достаточно стройную систему. Эта система сложилась не сразу, о чем свидетельствуют следы различных классификаций, встречающихся не только в разных, но иногда в одних и тех же источниках.

Гай, например, обнаруживает к рассматриваемому вопросу тройкий подход. Вначале он обращается к «высшему делению» (*summa divisio*) и сводит все обязательства к двум видам — возникающим либо из договоров, либо из деликтов (*vel ex contractu nascuntur vel ex delicto*). Но приведенное деление потому что называлось высшим, что ориентировало лишь на главнейшие классификационные рубрики, не исчерпывая всего разнообразия обязательственных связей. В другом¹ месте Гай сопровождал его оговоркой о возникновении обязательств и из различных других оснований (*ex variis causis figuris*). Там же, где он обращается к всеобъемлющей классификации, «различные иные основания» уступают место вполне определенным рубрикам, и к обязательствам, порожденным договорами или деликтами, присоединяются обязательства, вытекающие как бы из договоров или как бы из деликтов (*quasi ex contractu, quasi ex delicto*). Последняя классификация, охватывающая все без исключения обязательства древнеримского общества, была закреплена в Уложении Юстиниана и получила, таким образом, прямое законодательное закрепление.

Итак, римское частное право различало четыре группы обязательств: договорные, деликтные, как бы договорные и как бы деликтные. Каждая из этих групп требует специального рассмотрения.

§ 2. ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Понятие договора. Для обозначения договора римляне использовали слово «контракт» (*contractus*), в отличие от «пакта» (*pactum*) как термина более широкой значимости, рассчитанного не только на договоры, но и на любые соглашения вообще. Когда товарный оборот достиг размаха, явившегося следствием зарождения и развития капиталистического способа производства, который нуждается в предельно упрощенных юридических формах циркуляции товаров, силу договора приобрело и простое соглашение, совершенное с юридически направленными целями. Экономика Древнего Рима даже на самом восходящем этапе своего движения надобности в этом не испытывала. Соответственно и римские источники относили к договорам не всякие, а лишь определенным образом выраженные соглашения, заключение которых сопровождалось традиционной символикой в одних случаях и иными действиями или заранее предустанов-

ленными словами в других. Там, где подобные условия не соблюдались, состоявшиеся соглашения объявляли не договорами (контрактами), а юридически не защищенными, по выражению римских юристов, голыми, пактами (*pacta nuda*). Но, как говорил Ульпиан и как считалось в Древнем Риме общепризнанным, голые пакты обязательств не создают (*nuda pactio obligationem non parit*).

Изложенное правило, первоначально проводившееся со строжайшей неукоснительностью, впоследствии ¹ подверглось некоторому смягчению. Выделяется целая группа контрактов, заключаемых путем простого, бесформального соглашения. Появляются также отдельные пакты, снабженные юридической защитой и названные «одетыми пактами» (*pacta vestita*) в противоположность голым пактам (*pacta nuda*), которые такой защитой не пользовались. Несмотря, однако, на известные коррективы, водораздел между пактами и контрактами так и не был устранен полностью, навсегда оставив неизгладимый след в нормах римского права.

В тех же случаях, когда состоявшееся соглашение как контракт или юридически защищенный пакт приобретало силу договора, его действие могло носить либо *односторонний*, либо *взаимный* („синналагматический) характер.

Односторонний договор управомочивает одного и обязывает другого контрагента, а вследствие этого первый выступает в качестве лишь должника и второй в качестве только кредитора. Подобным образом отношения между сторонами складывались, например, при так называемой стипуляции, когда заключение договора проявлялось *Нетом*, что одно лицо в установленной форме спрашивало, обязуется ли второе лицо совершить определенные действия, на что последнее также в установленной форме отвечало утвердительно. В результате задававший стипуляцион-ный вопрос становился кредитором, а отвечавший на - него — должником.

Иные последствия вызывались договором синналагматическим, каждый участник которого, приобретая как права, так и обязанности, выступал одновременно в качестве и кредитора, и должника. При этом нужно различать *совершенную* и *несо-вершенную* синналагму. Совершенная синналагма присуща договорам, приобретающим двустороннее действие уже с момента их заключения. Таков, например, договор купли-продажи, с самого начала обязывающий продавца передать вещь, но управомочивающий его на получение покупной цены, как и, с другой стороны, обязывающий покупателя уплатить покупную цену, но управомочивающий его требовать передачи вещи. Несовершенная синналагма свойственна договорам, сперва проявляющимся лишь в одностороннем действии, а затем приобретающим взаимную направленность. Она наблюдается, например, в договоре поручения, по которому вначале поверенный лишь обязывается совершить порученные ему действия, а доверитель

.вправе требовать их совершения, но если это связано с какими-либо расходами, то после того, как они будут произведены, поверенный приобретает право на компенсацию расходов, а доверитель оказывается обязанным к их возмещению.

Нетрудно заметить, что синналагматические договоры, опосредствующие встречные действия своих контрагентов, пригодны в большей степени к обслуживанию товарно-денежного оборота, чем договоры односторонние,- в процессе исполнения которых встречность совершаемых действий не наблюдается. В этом и находит свое объяснение тот факт, что древнейшие договоры римского рабовладельческого общества все без исключения были договорами односторонними. Формирование синналагматических договоров относится к более позднему времени, когда серьезные сдвиги, происшедшие в экономике Рима, вывели ее из натурально-патриархального состояния, а на смену единичным товарным сделкам пришло массовое их распространение. Если в новых исторических условиях и конструируются некоторые ранее не встречавшиеся односторонние договоры, то только в виде редчайшего исключения и лишь в меру их приспособленности к тем же потребностям, которые вызвали к жизни договоры синналагматические. /

Структура договора. Договор состоит из определенных элементов, в своей совокупности образующих его структуру. Римляне подразделяли их на две группы: элементы существенные и случайные.

Существенные (essentialia)—это такие элементы, без которых нет и самого договора. Источники римского права к числу существенных элементов относят соглашение сторон, объект договора и его ¹основание.

Соглашение-.-предполагает участие в его выработке нескольких, но во всяком случае не менее двух лиц. Оно достижимо, лишь когда вырабатывающие его лица приходят к договоренности по поводу совпадающих (идентичных) условий. Римские юристы поэтому определяли его как принятое двумя или несколькими лицами соглашение по поводу одного и того же (duorum pluriumve in idem placitum consensu). Понятно, что изъявление воли одним лицом (pollicitatio) не образовывало соглашения, а потому и не было способно породить обязательство. Отступления от этого правила допускались лишь в трех случаях: первый из них—votum, т. е. обещание перед богом, применявшееся с древнейших времен; второй — обещание перед государством, особенно широко распространенное в императорском Риме; третий, практически наиболее существенный,— публичное обещание награды, т. е. обещание выдать ее любому, кто откликнется на призыв совершить определенное действие {найдет утерянную вещь, задержит беглого раба и т. п.).

Соглашение считалось состоявшимся, если предложение заключить договор, исходившее от одного лица, принималось другим. Но переговоры о заключении договора могли вестись

их участниками как в непосредственном общении друг с другом, так и через посланца или письмами (*per nuntium vel epi-stulam*). При непосредственном общении только немедленное-принятие предложения делало соглашение состоявшимся. Когда же переговоры велись вне непосредственного общения между их участниками, юридической силы не приобретало лишь. такое принятие предложения, которое было совершено после того, как лицо, сделавшее предложение, отозвало его.

Для придания соглашению правовой значимости требовалось, чтобы оно было связано с серьезными намерениями его участников, а не совершалось для вида, шутки ради (*jocandi causa*) и т. п. Исходя из свойственного рабовладельческому мировоззрению высокомерного взгляда на труд Варрон, например, утверждал, что соглашение, по которому свободный человек обяжется выступить как артист в театре, могло заключаться только в шутку и потому не способно было вызвать какие-либо юридические последствия. Напротив, когда исходное соглашение (например, о продаже) заключалось всерьез, то, хотя бы по тем или иным мотивам оно и было прикрыто другим, чисто маскировочным соглашением (например, о дарении), на юридическую силу действительно состоявшейся договоренности это обстоятельство никакого влияния не оказывало.

В то же время нельзя упускать из виду, что, рассматривая соглашение как существенный элемент договора, римское право обычно не допускало создания обязательств при помощи одних только голых соглашений. Поэтому каждый раз, когда в связи с договором говорят о соглашении, молчаливо предполагается, что оно либо облечено в требуемую форму, либо входит в число юридически признанных бесформальных соглашений.

Помимо недостатков формы, соглашение могло страдать и некоторыми другими пороками, сказывавшимися на его юридической силе. Имеются в виду пороки, относящиеся к субъектам и к формированию соглашения.

По *субъектному признаку* недействительными объявлялись соглашения рабов, а когда их заключал раб, наделенный пекулием, то участником таких соглашений считался не раб, а его господин. Вплоть до принятия Уложения Юстиниана на юридической силе соглашений перегринов отражался дуализм римского права: оставаясь ничтожными в рамках *jus civile*, они получали защиту со стороны *jus gentium*. Ничтожными были все без изъятия соглашения, заключенные с душевнобольными и с детьми в возрасте до 7 лет. Дети старше 7 лет и лица, объявленные расточителями, по общему правилу могли заключать лишь соглашения, в результате которых они становились кредиторами, но не должниками. Аналогичное правило действовало в отношении женщин, пока не был упразднен институт опеки, устанавливавшейся над лицами женского пола.

По характеру их *формирования* недействительными могли быть признаны соглашения, заключенные под влиянием заблуждения, угрозы, обмана.

Заблуждение (*error*) делало соглашение юридически порочным, если оно было существенным. Такой квалификации по римскому праву заслуживало лишь заблуждение, возникавшее вследствие того, что неправильно воспринимались: а) тип договора (*error in negotio*), когда, например, предложение о продаже ошибочно принято за намерение совершить дарственный акт; б) участник договора (*error in persona*), когда, например, заключение договора состоялось только потому, что один из контрагентов имел неправильные представления о личности второго контрагента; в) предмет договора (*error in corpore*), когда, например, предполагалось наличие в приобретаемой по договору вещи таких свойств, которыми на самом деле она не обладала.

Угроза (*metus*) в начальной стадии развития римского частного права вовсе не принималась во внимание и действительности заключенного соглашения ни в какой мере не затрагивала. Считалось, что даже вынужденная воля тем не менее является волей (*coactus voluntas tamen voluntas est*) ,и контрагент, который, пусть под воздействием угрозы, заключил соглашение, хотел этого в гораздо большей степени, чем реализации самой угрозы. Очевидно, однако, что сколько-нибудь развитые правовые воззрения мириться с таким примитивным взглядом не могли. А когда он" вступил в явную коллизию с потребностями экономического оборота, отношение к угрозе изменилось коренным образом. Действовавший под влиянием угрозы должник получил со СтОроНгі претора два защитительных средства. Первое представляло собой возражение об угрозе (*e.xceptio metus*) и применялось в-случаях, когда исполнения договора, заключенного под влиянием угрозы, требовал кредитор. Второе защитительное средство носило исковой характер. Это был иск, который в связи с угрозой должник мог предъявить кредитору (*actio quod metus causa*). Удовлетворение такого иска означало, что заключенный договор утрачивал силу, а исполненное стороны возвращали друг другу в целях восстановления прежнего состояния (*restitutio in integrum*).

Обман (*dolus* или *dolus gr. alus*) первоначально вызывал к себе со стороны норм римского частного права такое же безразличное отношение, как и угроза. В отличие от угрозы обман, исходивший не от договорного контрагента, а от третьих лиц, не встречал отрицательной реакции и со стороны претора. Но кредитор, обманутый должником, получал от претора исковую защиту, а когда жертвой обмана, исходившей от кредитора, становился должник, он мог противопоставить кредиторскому • требованию об исполнении договора возражение, основанное на том, что договор заключен под влиянием обмана. Каждая из сторон имела также право, сославшись на обманные действия

другой стороны, потребовать полного восстановления прежнего состояния (возврата всего исполненного и т. п.).

Помимо соглашения существенным элементом договора является его *предмет*. Поскольку, с точки зрения римлян, всякое обязательство "дает кредитору право требовать от должника что-либо дать, сделать или предоставить (*dare, facere, prae-stare*), те же действия расценивались нормами римского права как возможный предмет договора. Но чтобы договор получил юридическое признание, этот предмет должен был соответствовать трем требованиям.

Во-первых, не допускалось заключение договоров по поводу действий, которые встречали моральное осуждение. Так обстояло, например, с договорами, возлагавшими на должника обязанность совершить убийство или какое-либо иное правонарушение. Они признавались недействительными с самого начала (*nullius momenti sunt*) как противные добрым нравам (*contra bonos mores*) и потому заслуживавшие этического порицания.

Во-вторых, важное значение имела осуществимость действий, принятых на себя по договору должником. Договор объявлялся недействительным независимо от того, становились ли указанные в нем действия неосуществимыми физически (как, например, при продаже фактически умершего раба) или юридически (как, например, при продаже вещей, изъятых из оборота). Однако на более позднем этапе развития римского частного права было установлено, что если должник, вступая в договор, знал о невозможности исполнения, он обязывался к возмещению убытков, понесенных кредитором вследствие недействительности договора.

В-третьих, важная роль отводилась интересу кредитора, воплощенному в предмете договорного обязательства. Если этот интерес отсутствовал или хотя и не отсутствовал, но ставился под угрозу, заключенный договор не мог приобрести юридической силы. Такие последствия наступали, например, в случаях, когда продавец обязывался передать вещь, уже принадлежавшую покупателю и находившуюся в его обладании, или когда определение цены отчужденной вещи целиком предоставлялось усмотрению покупателя. В полном соответствии с частнособственнической природой римского права находилось также отрицание кредиторского интереса там, где предмет договора не мог получить денежного выражения.

Юридическое действие предмета договора распространялось только на лиц, его заключивших. Римляне в продолжение длительного времени придерживались того взгляда, что договор не может ни обязывать третьих лиц, ни выговаривать совершение каких-либо действий в их пользу. Впоследствии, однако, в известных пределах была признана как та, так и другая возможность. С одной стороны, допускалось принятие должником договорных обязанностей в отношении не только самого себя, но и своих наследников (*pro herede*). Это и понятно, так как если

наследник по прямому указанию закона обязывался к погашению долгов наследодателя, трудно усмотреть какие-либо препятствия к тому, чтобы уже в момент заключения договора наследодатель, помимо самого себя, назвал в качестве обязанных лиц своих будущих наследников. С другой стороны, не исключались случаи совершения договора как в свою пользу, так и в пользу третьих лиц. По тем же мотивам, что и возложение на наследников долга, становилось возможным приобретение ими определенных прав благодаря действиям наследодателя, заключившего договор для себя и для своих наследников (*mihi et heredes meo*). Можно было также, предоставив приданое мужу, обязать его в случае развода вернуть приданое жене. Наконец, появился такой договор хранения, который обязывал хранителя выдать имущество не только сдавшему его на хранение, но и указанному последним третьему лицу.

Наряду с соглашением и предметом роль существенного элемента выполняло также *основание* договора (*causa*). Но если соглашение и предмет имели общее действие как неотделимые от договора его составные части, то основание подобной значимостью не обладало, да и не могло обладать, учитывая юридический смысл самого этого понятия.

Действительно,¹ вступая в договор, его участники делают это по каким-то причинам, многие из которых, известные одному, остаются неизвестны второму контрагенту. Приобретается ли раб для целей личного обслуживания или для целей продажи—знает лишь покупатель, но не продавец. Причины такого рода — не более чем мотивы, побуждающие к заключению договора. Не принимаемые в обоюдный расчет во время установления договорных отношений, они не должны и в дальнейшем влиять на юридическую силу последних. Поэтому договор о покупке раба сохранял действие, хотя бы впоследствии отпали те конкретные потребности, ради удовлетворения которых раб фактически приобретался.

Есть, однако, такие причины, которые образуют непосредственное содержание заключаемого договора и потому в одинаковой степени известны каждому из его участников. Так, если продавец обязуется передать вещь покупателю, то он делает это только для того, чтобы покупатель со своей стороны обязался уплатить покупную цену продавцу. Вне действия причины такого рода либо вовсе не будет договора, либо вместо купли-продажи, носящей возмездный характер, произойдет совершение дарственного акта, лишенного каких бы то ни было элементов возмездности. Основанием и признается такая причина, в которой воплощается юридическая цель договора, придающая ему определенные типические свойства и делающая его таким, каков он есть, а не договором какого-либо иного типа. Понятно, что каждый в отдельности договор обладает своими специфическими основаниями. Если же рассматривать названное явление в самом общем его выражении, то оно мо-

жет быть сведено к одному из трех вариантов: *causa credendi*— принятие на себя обязанности в целях приобретения прав (как, например, при купле-продаже), *causa donandi*—принятие на себя обязанности в целях наделения правом другого (как, например, при дарении), *causa solvendi*—сложение обязанностей с другой стороны в целях освобождения от обязанностей самого себя (как, например, при прекращении договора с согласия обоих его участников).

Когда договор совершался в заранее предустановленной строго ритуальной или иной четко predeterminedенной форме, связующее действие приобретала сама эта форма, и стороны обязывались к исполнению договора, даже если бы он не имел под собой каких-либо оснований. Такое значение придавалось, например, стипуляции, обязывавшей своих участников не тем или иным основанием, а силою произнесенных слов. Но в пределах, в каких допускалось совершение бесформальных контрактов, они могли быть оспорены любым из контрагентов по мотивам отсутствия необходимых оснований, например ввиду того, что, хотя соглашение о займе состоялось, фактического предоставления заемной суммы не последовало, и потому нельзя обязывать должника к уплате кредитору денег, указанных в договоре. Оспариванию безосновательного, но еще не исполненного договора служило требование, именовавшееся *condictio sine causa* (кондикция, ссылающаяся на отсутствие основания). Если ко времени возникновения спора такой договор был уже исполнен, интересы потерпевшей стороны защищались требованием, которое называлось *condictio indebiti* (кондикция, направленная на возврат недолжно полученного). -

Таковы существенные элементы договора, оценка и само наличие которых находились в тесной связи с его действительностью.

Случайные элементы (*accidentalia*) в отличие от существенных не относятся к числу необходимых, и если появляются в договоре, то лишь по желанию заключивших его контрагентов. Разнохарактерные варианты использования случайных элементов были обобщены римскими юристами, подвергшими их определенной классификации. Павел, например, выделял четыре группы элементов такого рода. В произведениях других юристов встречалось иногда упоминание об элементах, не фигурировавших у Павла. В целом же можно говорить о шести видах условий; нередко включавшихся в договор не потому, что это требовалось для его действительности, а потому, что нуждаемость в них испытывали сами участники договора.

1. *Срок* (*dies*) применялся для того, чтобы определить момент, к которому приурочено начало или прекращение действия договора. Если договор начинал действовать немедленно, но наступление установленного срока это действие прекращало, такой срок назывался *отменительным* (*dies ad quem* — «срок, до которого»). Такова, например, природа срока, на который

имущество сдается внаем. Когда же нужно было отсрочить вступление в действие заключенного договора, прибегали к *отлагательному* сроку (*dies a quo*—«срок, начиная с которого»). Так происходило, например, в случаях заключения договора найма с условием фактической передачи имущества¹ нанимателю по истечении определенного времени.

При отлагательном сроке, так же как и при отменительном, обязательство возникает уже в момент заключения договора, однако исполнение его откладывается на определенный период (*praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio*). Юридическое действие наступившего отлагательного¹ срока начинается с момента его наступления (*ex nunc*), а не с обратной силой— не со времени, когда договор был фактически заключен (*ex tunc*). Отсюда следует, например, что если предметом исполнения является плодоприносящая вещь, то к наступлению отлагательного срока должник обязан передать кредитору только саму вещь, но не плоды, принесенные ею со времени "заключения договора.

Срок мог быть обозначен точным календарным днем (*dies certus*—определенный срок) или каким-либо событием (*dies incertus*—неопределенный срок), например окончанием сбора урожая, или наступлением поры осенних дождей. От календарного дня событие отличается тем, что заранее нельзя предсказать точное время его наступления. Если, однако, природа события такова, что оно рано или поздно, но все же должно наступить, ссылка на него в договоре определяет именно срок, а не что-либо иное.

2. *Условие* (*conditio*) подобно сроку вводилось для того, чтобы к нему приурочить прекращение действия договора (отменительное условие) или вступление его в действие (отлагательное условие). Например, продается раб с тем, что продажа будет признана несостоявшейся, если он обнаружит, неспособность к обучению гладиаторскому искусству, или даритель обязуется передать имущество в собственность одаряемого при условии, что предпринимаемое им морское путешествие завершится благополучно. В то же время условие существенно отличается от срока. Если срок определим как календарной датой, так и событием, то значение условия может быть придано только событию, и притом такому, наступление которого лишь вероятно, но отнюдь не обязательно. Вполне осуществимо поэтому выражение условия посредством как положительного события (например, «если судно прибудет из Азии»—*si navis ex Asia venerit*), так и события отрицательного (например, «если судно из Азии не прибудет»—*si navis ex Asia non venerit*). Важно лишь, чтобы событие, избранное в качестве условного, соединяло в себе обязательные для него нравственные, правовые и фактические качества.

Не допускалось включение в договор противонравственного условия, такого., например, как *si divertit*—«если расторгнет

брак». Не могло также выполнять роли условия неосуществимое событие, независимо от того, страдало ли оно невозможностью физической (например, *si Titius caelum digito tetigerit*— если Тит достанет пальцем небо) или юридической (например, *si Titius nupserit ante pubertatem*—если Тит вступит в¹ брак до совершеннолетия). Кроме того, условное событие должно относиться к будущему, а не к прошедшему времени. Если оно относится к прошедшему времени и, следовательно, уже состоялось, то при отлагательном условии договор становится безусловным, а при отменительном — недействительным.

3. *Место* (*locus*) определяло тот конкретный пункт, в котором должно было последовать исполнение заключенного договора. Зачастую оно с очевидностью явствовало из обстановки, в условиях которой совершался договор, или предопределялось ритуалом, сопутствовавшим его совершению. Если, например, договор заключался посредством меди и весов (*per aes et libram*), то одновременно с необходимыми ритуальными действиями и в том же самом месте производилось его исполнение. В остальных случаях стороны могли определить это место в заключенном договоре по собственному усмотрению, приурочив его к месту расположения хозяйства должника или кредитора, пункту прибытия груза на морском судне и т. п. А поскольку кредитор вправе требовать доставки предусмотренного договором исполнения к указанному месту, то все связанные с такой доставкой затраты считались оплаченными внесенной им денежной суммой и относились поэтому на счет должника.

4. *Способ* (*modus*) специально привлекался в условиях, когда обычно принятый порядок исполнения договорного обязательства нужно было подвергнуть определенным изменениям.

Первое из таких изменений связано с *альтернативным исполнением*. К нему прибегали в обязательствах, установленных по поводу двух или нескольких предметов, но впоследствии¹ исполнявшихся только одним из них, выбранным должником или наделенным правом выбора кредитором. Например, по соглашению о продаже одного из двух рабов ограниченное определенным сроком право выбора было предоставлено покупателю. Если к наступлению этого срока были живы оба раба, покупатель мог выбрать любого из них. В случае гибели одного, но сохранения в живых другого покупатель вправе был остановить свой выбор на первом, и тогда договор прекращался ввиду его неисполнимости, либо на втором, и тогда договор подлежал исполнению, несмотря на гибель одного из его предметов.

Второе возможное изменение порядка реализации договора воплощено в *факультативном исполнении* (*facultas solutionis*). Здесь уже обязательство связано с одним, а не с двумя или несколькими предметами, но должнику предоставляется право заменить его каким-либо другим предметом, например вместо указанного в договоре раба выплатить его стоимость в обусловленной сумме. Если единственный предмет договора погиб-

нет, то, несмотря на возможность замены, обязательство прекратится. При сохранении же этого предмета должник может исполнить договор также путем передачи кредитору его заместителя.

5. *Дополнение* (*accessio*) применялось сравнительно редко, так как смысл его состоял в том, чтобы обязать должника исполнить заключенный договор не непосредственно кредитору-, а указанному им третьему лицу. Иногда, однако, надобность в использовании дополнения возникала. Так происходило, например, в случаях, когда продавец, обязанный доставить приобретенные предметы покупателю, поручал их доставку судовладельцу по заключенному с ним в этих целях специальному договору. Но и при таких обстоятельствах участниками договора оставались должник и кредитор, а не привлеченные ими третьи лица. Поэтому и все возникавшие из договора правовые вопросы должник и кредитор решали друг с другом, а не с указанными лицами.

6. *Штрафная стипуляция* (*stipulatio poenae*) имела своей целью установить размер денежной суммы, которую должник обязывался уплатить кредитору в" случае неисполнения договора. Как будет видно из дальнейшего, сторона, нарушившая договор, обязана возместить убытки, понесенные вследствие этого другой стороной. ^Но подобная мера не всегда оказывалась осуществимой фактически, так как убытки могли не возникнуть, а если возникали, то зачастую трудно было исчислить их действительную величину. И если контрагенты хотели уже при заключении договора укрепить свои позиции на случай будущей неисправности одного из них, это можно было сделать при помощи "штрафной стипуляции. Благодаря ей сумма возможного ущерба определялась еще до того, как один"из контрагентов допускал нарушение своих договорных обязанностей. Оформлялась же штрафная стипуляция, как-и всякая стипуляция вообще, посредством вопроса,, заданного одной стороной, и-утвердительного ответа, последовавшего, от другой стороны (например, *si Pamphilum pop dederis, centum dare spondes? Spondeo*: если не передашь Памфила, обещаешь дать сто сестерциев? Обещаю).

При всей жизненной значимости рассмотренных договорных элементов без них могли вполне обходиться разнообразные конкретные договоры. Поэтому, лишь обусловленные, самими сторонами, они приобретали качества юридической обязательности. Что же касается правовой силы договора, то она не находилась в какой-либо зависимости от случайных договорных элементов и, несмотря на их отсутствие в данном конкретном обязательстве, проявляла себя в полной мере, опираясь на совокупность неотделимых от договора существенных его элементов.

Субъекты договора. Тот, кто заключал договор, становился его субъектом. Римское право относилось к договору как к сугубо личной связи, и заключение его при содействии третьих

лиц, по общему правилу, не допускалось. Лишь для подопечных договоры могли заключаться их опекунами и попечителями. В определенных условиях юридическую силу приобретали договоры, заключенные рабом для своего господина или подвластным сыном для *paterfamilias*. Это происходило, когда они опирались на выделенный им пекулий, а в таком случае второй контрагент уполномочивался во исполнение договора предъявить иск *de peculio* (из пекулия), либо когда соответствующие действия совершались по специальному поручению, и интересам второго контрагента служил иск *quod jussu* («о чем распорядился» господин или *paterfamilias*). Им могло быть также поручено ведение морской или обычной торговли, и в распоряжение лиц, вступавших через их посредство в договорные обязательства, предоставлялись иски, соответственно именовавшиеся *actio exercitoria* и *actio institoria*.

Обычно на стороне как кредитора, так и должника выступало одно лицо, становившееся субъектом договора. Не исключалось, однако, участие на каждой из них либо даже одновременно на обеих сторонах двух или нескольких-лиц (*duo aut plures rei credendi, duo aut plures¹ rei debendi*). В таком случае обязательство, связанное с делимой вещью (например, с деньгами), исполнялось в равных долях каждым из должников каждому кредитору. Так, если предмет долга составляли 90 сестерциев, то каждый из трех кредиторов мог получить и каждый из трех должников был обязав выплатить 30 сестерциев. При неделимости предмета долга или с общего согласия всех участников договора возникшее обязательство становилось неделимым и в свою очередь строилось как *корреальное* или *солидарное*.

Корреальное обязательство при нескольких кредиторах и одном должнике позволяло любому из кредиторов требовать исполнения в полном объеме, а при нескольких должниках и одном кредиторе исполнения в полном объеме можно было требовать от любого из должников. Оно прекращалось не только исполнением, но также и сложением долга хотя бы одним кредитором даже с одного из должников или предъявлением к любому должнику иска, хотя бы это привело не к полному, а только к частичному исполнению, например к уплате всего лишь половины причитающейся по договору денежной суммы.

Солидарные обязательства могли возникнуть только по отношению к содолжникам, а не к сокредиторам. Каждый кредитор и здесь приобретал право требовать исполнения в полном объеме от любого из должников. Но прекращалось солидарное обязательство лишь в результате исполнения, а не каким-либо иным способом, и при условии, что исполнение произведено целиком, а не в какой-либо части долга. Поэтому сложение долга с одного из должников не освобождало от обязательства других должников, как и обращение к одному из них с иском, приведшее к уплате части долга, не исключало после-

дующего предъявления к прочим обязанным новым исков до тех пор, пока не удавалось добиться погашения долга в полном объеме.

Появление нескольких лиц на стороне кредитора или должника вызывалось различными обстоятельствами и могло быть оформлено разнообразными способами. В числе последних особо выделяются *adstipulatio* и *adpromissio*.

Adstipulatio—это способ присоединения новых лиц к кредитору. В старом гражданском праве адстипуляция оформлялась путем заключения с тем же должником относительно того же самого предмета такого договора, как и заключенный первоначальным кредитором. Претор упростил эту процедуру, сведя ее к бесформальному акту, совершенному в дополнение к исходному договору. В результате выполнения указанных требований адстипулятор приобретал точно такие же права, как и кредитор, к которому он присоединялся.

Adpromissio—это способ присоединения новых лиц к должнику. Сперва он выражался в форме *sponsio* (обещания), суть которого сводилась к тому, что на вопрос кредитора — *idem spondesne?* (обещаешь то же самое?) присоединившийся должник отвечал — *spondeo* (обещаю). Но подобный способ дрпу- • скался лишь в отношении строго формальных контрактов и только в момент заключения исходного договора. Претор выработал иную процедуру, служившую той же цели и именовавшуюся *fidejussio* (распоряжение или заявление, опирающееся на доверие). Она также основывалась на заданном в установленной словесной форме вопросе и утвердительном ответе на этот вопрос, но могла быть применена к любым договорам даже после того, как состоялось их заключение.

Наряду с присоединением новых могли быть заменены первоначальные участники договора. Юридическим средством такой замены являлась новация (*novatio*). Для своего осуществления новация требовала определенных условий. К их числу относились:

а) действительность новимуемого договора в смысле соблюдения формы, когда речь шла о формальном контракте, и всех других требований, которые к действительности договора предъявлялись. Если исходный договор недействителен, то-он непригоден к юридическому оживлению и посредством новации;

б) намерение произвести новацию (*animus novandi*). Участвующие в договоре стороны, заключая новое соглашение, могли отнюдь не стремиться к тому, чтобы прекратить действие прежнего договора. Тогда произошла бы не новация, а установление нового обязательства параллельно со старым;

в) тождество долга (*idem debetur*). Обязательство, возникшее в результате новации, должно обязывать к тому же самому действию, которое вытекало из первоначального обязательства. В противном случае происходила не новация, а за-

ключение нового договора независимо от старого;

г) появление чего-то нового (*aliquid novi*). В связи с этим требованием римляне различали два вида новации.

Первый вид—новация между теми же самыми субъектами (*novatio inter easdem personas*). Она заключалась в том, что кредитором и должником продолжали оставаться заключившие договор лица, но посредством новации они присоединяли к договору какие-то из ранее отсутствовавших в нем элементов, например условие или срок. Могло быть произведено и более существенное изменение, связанное с переходом от одного типа договора к другому. Так обстояло, например, в случаях, когда по соглашению продавца с покупателем, получившим вещь, но еще не оплатившим ее, купля-продажа объявлялась прекращенной, а сумма долга оформлялась при помощи *sponsio* в предмет новой обязанности.

Второй вид — новация между новыми субъектами (*novatio inter novas personas*). Именно этот вид новации приводил к перемене участников договора, которая выражалась в замене должника или кредитора.

Замена должника носила наименование *expromissio*. Она про-производилась по соглашению между -кредитором и новым должником. Поскольку прежний должник из обязательства выбывал и тем самым освобождался от связанного с этим бремени, римляне считали, что его согласия для привлечения нового должника не требуется.

Замена кредитора носила наименование *delegatio*. Она производилась по соглашению кредитора и должника между собой и с новым кредитором. Допускалась уступка не только прав по договору, но и права на иск, служащего их принудительному осуществлению. Ввиду недопустимости судебного представительства эта юридическая форма зачастую использовалась в Древнем Риме, чтобы таким путем поручить ведение судебного дела избранному заинтересованным лицом представителю. Замена кредитора могла быть также проведена путем использования упоминавшейся ранее адстипуляции. Ее прямое назначение состояло в том, чтобы привлечь другое лицо на сторону кредитора. Но так как это лицо вследствие адстипуляции тоже становилось кредитором, то, воздерживаясь от осуществления своих собственных правомочий, первоначальный кредитор фактически уступал их адстипулятору. Каким бы, однако, способом ни произошло выбытие из обязательства первоначального кредитора, он отвечал перед новым кредитором лишь за действительность уступленного права, но не за его исполнимость.

Действие договора. Договор заключается для того, чтобы быть исполненным. В исполнении договора и состоит его действие. Если он не исполняется добровольно, можно добиваться исполнения в принудительном порядке, поскольку обеспечено санкцией возникшее из договора обязательство. При отсутст-

вии такого обеспечения, характерном для натуральных обязательств, осуществимо лишь добровольное, но не принудительное исполнение. И только когда наступает *невозможность исполнения*, исключаются как принудительные, так и добровольные способы его реализации.

Решение вопроса о том, стало ли исполнение обязательства невозможным, римляне ставили в зависимость от связи обязательства с индивидуально определенными вещами (*species*) или с вещами, определенными родовыми признаками (*genus*).

В обязательствах, связанных с индивидуально определенными вещами, невозможность исполнения наступала вследствие их гибели. Так, если сданное внаем, но еще не переданное нанимателю имущество погибло, наймодатель уже не сможет выполнить свою обязанность по его передаче, и обязательство прекратится ввиду наступившей невозможности исполнения. Понятно, что при определении последствий этого факта учитывалась степень причастности к нему договорных контрагентов. Когда невозможность исполнения возникала по вине одной из сторон или в результате допущенной ею просрочки, она обязывалась возместить убытки, образовавшиеся по этой причине у другой стороны. Но независимо от того, есть ли основания возлагать обязанность по возмещению убытков на одну из сторон или такие основания отсутствуют, раз индивидуально определенная вещь, по поводу которой установлено обязательство, погибла, исполнение его становилось невозможным.

В обязательствах относительно вещей, определенных родовыми признаками, невозможность исполнения с точки зрения норм римского права вообще исключалась. Этот вывод вытекал из общепризнанного в Древнем Риме положения о том, что род погибнуть не способен (*genus perire non censetur*). И если, например, свою обязанность передать во временное пользование контрагента 5 рабов должник имел в виду выполнить за счет тех, которые возвращались из операции по заморской торговле и погибли вследствие кораблекрушения, то это не исключало исполнения той же обязанности силой других рабов, принадлежавших должнику, а при их отсутствии — силой рабов, всегда с избытком предлагавшихся на рынках работорговли. С еще большей определенностью изложенный вывод был сделан в отношении денежных обязательств, исполнение которых могло для данного конкретного должника стать сколь угодно затруднительным, но ввиду постоянного наличия денег в экономическом обороте никогда не становилось невозможным.

Рассматривая исполнение как важнейшую, форму действия договоров, римские источники исходили из того, что оно должно производиться в точном соответствии с договорными условиями. Особое внимание при этом уделялось условию о сроке исполнения. Его ¹нарушение, именуемое *просрочкой*, обозначалось такими терминами, как *тога* (задержка), *cessatio* (бездействие), *frustratio* (тщетное ожидание). Но чаще всего просрочка назы-

васаль тога. Она могла проявиться как просрочка должника, не выполнившего своевременно своей обязанности что-либо дать, сделать или предоставить, и как просрочка кредитора, который вследствие своего отсутствия или несовершения необходимых встречных действий лишил должника возможности своевременно вручить ему причитающееся по договору исполнение.

Просрочка должника (mora debitoris) признавалась наступившей лишь при условии, что кредитор к установленному сроку потребовал от него исполнения. Если такое требование (*interpellatio*) со стороны кредитора не последовало, сам факт истечения указанного в договоре срока не означал, что, не исполнив своей обязанности к этому времени, должник допустил просрочку. Как говорили римские юристы, *dies non interpellat pro homine* (срок не напоминает вместо человека). Оказавшись же в состоянии просрочки, должник отвечал как за наступившую в это время невозможность исполнения, так и за убытки, возникшие вследствие просрочки кредитора. В обязательствах по поводу вещей, определенных родовыми признаками, и особенно в денежных обязательствах он обязывался за время просрочки уплатить кредитору проценты в установленном размере (мораторные проценты).

Просрочка кредитора (mora creditoris) управомочивала должника по нормам старого гражданского права бросить вещь, подлежащую передаче во исполнение договорного обязательства. Претор существенно смягчил это последствие, обязав должника не бросать вещь, а доставить туда, где ее мог бы взять кредитор, с отнесением на счет последнего всех связанных с такой доставкой расходов. На допустившего просрочку кредитора переносился также риск любых случайностей, происшедших во время просрочки в сфере его договорных отношений с должником.

Помимо срока, могли быть нарушены и различные иные условия, определенные договором/ Тогда наступали последствия, установленные на случай нарушения договорного обязательства.

Последствия нарушения договора. В древнейшие времена нарушение договора влекло за собой санкции, применявшиеся против личности должника, вплоть до его убийства или продажи в рабство. Со временем эти жестокие меры во все возрастающих масштабах уступали место различным способам имущественного воздействия, начиная с изъятия в принудительном порядке вещей, которые должник был обязан передать кредитору, и кончая возмещением убытков, понесенных кредитором вследствие неисправности должника.

Убытки подразделялись на различные виды с учетом их характера и обусловленности фактом нарушения договора.

По характеру убытков было принято различать *damnum emergens* (реальный ущерб) и *lucrum cessans* («прекращенная» или «упущенная» выгода). Так, если по вине нанимателя раб погибал до истечения срока договора, то стоимость погибшего

раба составляла *damnum emergens*, а наемная плата, которая могла бы быть наймодателем получена за оставшуюся часть договорного срока,— *lucrum cessans*.

По характеру обусловленности убытков фактом нарушения договора они подразделялись на убытки прямые (*circa rem*) и косвенные (*extra rem*). Ясно, что в приведенном примере с гибелью раба «упущенная» выгода состояла не только ¹ в наемной плате, которую наймодатель мог получить по нарушенному нанимателем договору, но и в доходах, которые эксплуатация раба приносила бы в последующее время. Первая часть «упущенной» выгоды и составляет прямые, а вторая — косвенные убытки. Точного критерия их размежевания римские источники не формулировали, а обращавшиеся к этому критерию юристы Древнего Рима определяли его настолько индивидуально, что он не переставал быть предметом постоянных споров и контrovers.

Что же касается практических последствий изложенной классификации, то они заключены в том, что возмещению подлежали как реальный, ущерб, так и «упущенная» выгода, однако в пределах прямых, но не косвенных убытков. По некоторым искам возмещение убытков не должно было превышать однократной, а со времен Уложения Юстиниана двойной стоимости поврежденного или уничтоженного имущества. В спорных случаях размер убытков, подлежащих компенсации, определялся истцом под присягой (*iuramentum ad litem*) или по усмотрению судьи, назначенного в этих целях по требованию спорящих сторон.

Для того, однако, чтобы обязать сторону, нарушившую договор, к возмещению убытков, было недостаточно одного только факта их обусловленности допущенным нарушением. Требовалась также вина нарушителя. Ни нормы римского права, ни римская юриспруденция общего понятия вины не знали. Но в них уделено значительное внимание отдельным видам виновности, причем главный водораздел лежал между умыслом и неосторожностью.

Умысел (*dolus*) имелся во всех случаях, когда нарушение договора являлось следствием недобросовестности неисправной стороны. Иными словами, все, что противоречило добросовестности (*fides*), приобретало значение умысла (*dolus*). В обязательствах по договорам, закрепленным в гражданском праве и именовавшимся договорами *stricti iuris* (точного права), юридическое значение придавалось только умыслу. Нарушение их по неосторожности не порождало права на компенсацию убытков у потерпевшей стороны.

Неосторожность (*culpa*) рассматривалась как «оборотная сторона» той осмотрительности (*diligentia*), которую должен проявлять участник договора, чтобы обеспечить надлежащее его исполнение. Когда необходимые требования внимательности и осмотрительности не соблюдались, следствием этого станови-

лась неосторожность. Неосторожность имела значение для договоров, не закрепленных в гражданском праве, а получивших признание со стороны претора и потому названных договорами *bona fidei* (доброй совести). Для ответственности за убытки, вызванные нарушением таких договоров, если они носили воз-мездный характер, достаточно было неосторожности. К участникам безвозмездных договоров предъявлялись пониженные требования: они, как правило, могли быть обязаны к возмещению убытков не при неосторожности, а только при умысле.

Неосторожность в свою очередь подразделялась на грубую и легкую.

Грубая неосторожность (*culpa lata*) выражалась в непринятии необходимых для исполнения договора мер, которые принял бы каждый, будь он участником этого договора. Она, как говорил Ульпиан, есть следствие непонимания того, что понимают все (*pop intellegre quod omnes intelleguntur*). Будучи видом неосторожности, грубая неосторожность учитывалась лишь в договорах *bona fidei*. Но здесь она приобретала такое же значение, как и умысел, т. е. влекла за собой обязанность возместить убытки при нарушении как возмездных, так и безвозмездных договоров.

Легкая неосторожность (*culpa levis*) определялась по-разному при конструировании ее на основе абстрактного и конкретного критерия оценки поведения обязанного лица. *Абстрактный критерий* (*culpa levis in abstracto*) предполагал соблюдение таких требований, которым следовал самый осмотрительный глава семейства (*diligentissimus paterfamilias*). *Конкретный критерий* не шел дальше тех требований осмотрительности, которые данное лицо обычно соблюдало в своем собственном деле (*diligentia quam in suis rebus*). По общему правилу, там, где для ответственности за убытки было достаточно простой неосторожности, во внимание принималась такая простая неосторожность, которую можно вывести из абстрактного критерия. К конкретному критерию прибегали лишь в некоторых, обычно безвозмездных, договорах. Так, лицо, принявшее на себя чье-либо поручение, обязывалось выполнить его не хуже, чем оно вело свои собственные дела. При одинаково беззаботном обращении как со своими, так и с чужими делами оно несло ответственность за убытки, возникшие вследствие такой беззаботности, если последняя не достигала грубой неосторожности, влекшей такие же последствия, как и умысел.

По соглашению, достигнутому между договорными контрагентами, ответственность могла быть сужена или расширена сравнительно с ее рамками, закрепленными в правовых нормах. Но эта возможность также ставилась в определенные границы. Стороны имели право сузить основания своей ответственности, исключив из их числа неосторожность. Однако такое соглашение не имело бы силы, если бы оно распространялось на умысел. Стороны управомочивались также расширить осно-

вания своей ответственности, включив в их число и невиновное поведение. Достигнутая между ними по этому поводу договоренность означала введение ответственности за случай. Вместе с тем римляне различали простой случай (casus), означавший всего лишь невиновность, и чрезвычайный случай— непреодолимую силу (vis major), воплощавшуюся в наводнении, землетрясении и других непредотвратимых стихийных явлениях. Расширение ответственности могло быть распространено только на простой случай. Непреодолимая сила исключала ответственность, хотя бы стороны и пришли к противоположному соглашению.

Наряду с ответственностью за собственные действия, римское право знало также *ответственность за действия третьих лиц и за вредоносные проявления вещей*¹ (например, животных). Для возложения такой ответственности считалось необходимым, чтобы вещи, вызвавшие вредные последствия, принадлежали субъекту, привлеченному к ответственности, а третьи лица были ему подвластны или совершали какие-либо действия по его поручению. При таких обстоятельствах этот субъект обязывался осуществлять надлежащий надзор (custodia) за своими людьми и вещами. В случае невыполнения названной обязанности констатировалась так называемая вина в надзоре (culpa in custo-diendo). Она и служила основанием возложения обязанности возместить убытки, возникшие по этой причине.

Обеспечение договоров. Хртя заключенный договор охранялся в Древнем Риме такой мерой, как обязанность возместить вызванные его нарушением убытки, сама по себе возможность возникновения этой обязанности не всегда создавала у кредитора полную уверенность в надлежащем и своевременном исполнении обязательства должником. Несмотря на нарушение договора, убытки могли и не возникнуть, а если бы они возникли, то при недостаточности имущества должника отсутствовал бы источник не только для компенсации убытков, но и для взыскания основной суммы договорного долга. Нормы римского права разрешали поэтому в процессе заключения договора снабдить его дополнительными обеспечительными мерами. Такие меры, вводимые по соглашению сторон, и охватываются понятием обеспечения договора.

Обеспечительный характер носили, например, упоминавшиеся ранее штрафные стипуляции, которые позволяли потерпевшей стороне взыскать обусловленный штраф, если даже неисправность, допущенная другим контрагентом, никаких убытков ей не причинила. Обеспечительное действие имело также оформленное адпромиссией привлечение на сторону должника одного или нескольких содолжников, которые вместе с ним отвечали перед кредитором за погашение долга и тем самым упрочивали исполнимость заключенного договора.

Но адпромиссия страдала тем недостатком, что сопровождалась произнесением предустановленных словесных формул

и требовала личного присутствия как кредитора, обращавшегося к адпромиссору с соответствующим вопросом, так и самого ад-промиссора, от которого на заданный вопрос должен был последовать утвердительный ответ. Ввиду появления в условиях развитого экономического оборота необходимости устранить эти недостатки вырабатываются два других служивших той же цели обеспечительных средства.

Первое из них получило название *acceptum argentarium* (принятие платежа) и сводилось к тому, что после заключения договора, обязавшего должника к платежу, третье лицо уславливалось с кредитором о ¹принятии возникшего долга на себя, если он не будет своевременно погашен основным должником. Второе обеспечительное средство фигурировало под наименованием *mandatum rescipiendae* (поручение выдать заем) и отличалось той особенностью, что третье лицо поручало будущему кредитору .предоставить заем будущему должнику с принятием на себя всей полноты ответственности за своевременное погашение выданного займа. Третье лицо выполняло, таким образом, функции поручителя, и в обоих случаях возложенная на него обеспечительная обязанность возникала в силу простого соглашения, заключенного с кредитором либо в непосредственном общении, либо посредством писем или через посланца.

Рассмотренные способы обеспечения договоров являлись *личными* в том смысле, что они либо порождали дополнительные обязанности у основного должника (штрафные стипуляции), либо, помимо него, обязывали перед кредитором иных лиц (адпромиссия и др.). Им противостояли *вещные* обеспечительные средства, действие которых проявлялось не в увеличении численности обязанностей или обязанных лиц, а в специальном выделении определенных вещей как возможных объектов взыскания долга, не погашенного добровольно должником. К числу таких средств в Древнем Риме относились фидуциарная продажа, залог и ипотека.

Фидуциарная продажа (от слова *fiducia*—доверие) состояла в том, что в обеспечение принятой на себя обязанности должник передавал кредитору какое-либо имущество, оформляя такую передачу как продажу. Это и позволяло кредитору в случае неисправности должника удовлетворить свои претензии путем реализации полученного имущества на правах его собственника. Но совершавшийся акт был не просто продажей, а доверительной (фидуциарной) продажей, основанной на предположении, что кредитор не злоупотребит своим правом и возвратит вещь должнику в обмен на надлежащее исполнение последним своей обязанности. Отмеченное качество фидуциарной продажи, вызывая значительную неопределенность в положении должника, оказывало на ее использование сдерживающее воздействие.

Залог (*pignus*) как раз и имел перед фидуциарной прода-

жен то преимущество, что обуславливал переход заложенной¹ вещи не в собственность, а лишь во владение кредитора. Только неисправность должника давала кредитору право в целях удовлетворения своих требований совершить в отношении этой вещи необходимые распорядительные действия. До тех пор, пока такая необходимость не возникала, кредитор пользовался лишь поссessorной защитой. Петиторная защита ему не предоставлялась, и он не мог предъявить виндикационный иск об отобрании заложенной вещи, если бы она оказалась в чужом незаконном владении. Таким образом, упорочивая по сравнению с фидуциарной продажей позиции должника, залог существенно ослаблял позиции кредитора.

Ипотека (hypotheca), так же как и залог, сопряжена с выделением определенного имущества в целях обеспечения надлежащего исполнения договора. Но предмет ипотеки, в¹ отличие от предмета залога» кредитору не передавался, а продолжал оставаться у должника. В результате, несмотря на ипотеку, должник сохранял возможность пользоваться имуществом, что было особенно существенно для таких объектов, как земля, чаще всего выполнявшая обеспечительные функции. Вместе с тем достаточную защиту получали интересы кредитора, так как в случае неисправности должника он управомочивался на истребование вещи, а с момента истребования приобретал ровно такие же возможности, как и создаваемые правом залога.[^]

Если, однако, отвлечься от того, что предмет залога передавался кредитору, а предмет ипотеки оставался у должника, то в остальном названные способы обеспечения договора тождественны по их юридическому содержанию. Оба они носили вещный характер и обладали акцессорной природой как зависимые в своей юридической силе от силы обеспеченного ими основного обязательства. Тот и другой чаще всего основывались на соглашении сторон, но иногда создавались судом для обеспечения исполнимости принятого им решения, а при определенных обстоятельствах возникали в силу прямого указания закона. Закон предоставлял, например, залоговое (ипотечное) право собственнику земли в отношении урожая и имущества арендатора, фиску в отношении всего имущества должника и т. п. Но что бы ни служило основанием этого права, оно прекращалось вследствие реализации его предмета, прекращения обеспеченного им обязательства либо отказа самого управомоченного.

Правовое действие залога и ипотеки проявлялось в двух важнейших формах:

а) *jus possidendi* (право удержания). Это право возникало при залоге в момент его установления, а при ипотеке—в момент истребования ее предмета, обусловленного нарушением основного обязательства;

б) *jus distrahendi* (право распоряжения). Поначалу креди-

тор при неисправности должника имел только право удержания вещи. Право продажи возникало лишь, когда оно специально оговаривалось в соглашении о залоге или ипотеке. Римские юристы классического периода истолковали приведенное правило в том смысле, что оно предполагает (презюмирует) наличие подобной оговорки в любом фактически состоявшемся соглашении. Вследствие такого толкования право продажи признавалось уже возникшим всякий раз, когда не оговаривалось прямое его запрещение. Но и запрещение не устраняло продажи в случае, если договор оставался неисполненным, несмотря на обращенные к должнику троекратные требования кредитора.

Прекращение договора. Нормальным способом прекращения договора являлось его *исполнение* (solutio). Договор признавался исполненным, если предоставлялось то, что было должно (praestatio rei debitaе). Должное (надлежащее) исполнение включало в себя следующие элементы:

совершение указанных в договоре действий. Если, например, должник, получивший денежный заем, погашал его деньгами, обязательство считалось исполненным. Предоставление вместо денег в том же примере земли или иного имущества допускалось лишь с согласия кредитора и имело силу не исполнения, а так называемой дачи для исполнения (datio in solutum). При таких обстоятельствах признание договора исполненным требовало, чтобы кредитор либо оставил полученное имущество за собой, либо смог продать его по цене, равной предоставленной займы денежной сумме. Не разрешалось также исполнять обязательство по частям, если такое исполнение не вытекало из договорных условий или если оно не производилось с согласия кредитора;

исполнение самим должником. Указанное требование обуславливалось долгое время господствовавшим взглядом на обязательство как на сугубо личную связь. По мере преодоления этого взгляда сужалась сфера действия требования о личном исполнении, а в Уложении Юстиниана оно распространяется уже только на договоры, тесно связанные с личностью должника (например, принявшего имущество для безвозмездного хранения и потому обязанного заботиться о нем как о своем собственном имуществе). В остальных случаях должник имел право как исполнить договор лично, так и поручить его исполнение третьим лицам;

исполнение лично кредитору. Если кредитор состоял под опекой или попечительством, исполнение должно было вручаться опекуну или попечителю. И лишь при наличии в самом договоре или последующем присоединении к нему условия, именовавшегося *adjectus solutionis causa* (дословно—дополнение ради исполнения), исполнение производилось указанным кредитором третьим лицам;

оформление исполнения. Нормы римского права признавали

договор исполненным, лишь когда это удостоверялось в такой же форме, как и его заключение (*contrarius actus* — буквально «противоположное действие»). В результате строго формальные контракты становились для их участников вдвойне осложненными, а не связанные с особой формой обходились без нее и на стадии исполнения обязательства.

К тому же эффекту, что и исполнение, приводил *зачет* (*con-pensatio*). Если, например, обязанный уплатить по договору займа 50 сестерциев вправе получить от своего контрагента такую же сумму по договору купли-продажи, то вследствие встречности обоих требований можно было объявить погашенными каждое из них. Это и составляло зачет, определенный Модестинум как взаимное погашение должного и причитающегося (*debiti et crediti inter se contributio*). Упрощая процедуру исполнения договора, зачет создавал также определенные преимущества тем его участникам, контрагенты которых ввиду несостоятельности могли рассчитаться по долгам не полностью, а лишь в определенной пропорции (например, за каждый сестерций долга уплатить только $\frac{1}{3}$ сестерция). Поскольку в совпадающих суммах встречных требований зачет производился полностью, благодаря ему от действия подобной пропорции уходил кредитор, получавший исполнение в форме зачета.

Договор мог быть также прекращен при помощи рассмотренной ранее *новации* или посредством *сложения долга*. Но если новация на базе прекращенного создавала новый договор, то сложение долга полностью порывало обязательственные связи между договорными контрагентами. В древнейшие времена сложение долга оформлялось способом, противоположным сти-пуляции: не кредитор, а должник задавал вопрос о том, освобождается ли он от ранее обещанного (*quod ego tibi promissi, habesne acceptum?*), и последовавший за этим положительный ответ кредитора (*habeo*) означал, что обязательство прекращено. Позже аналогичный результат мог уже быть достигнут путем торжественно произнесенного кредитором одностороннего заявления (*acceptillatio*), если должник освобождался от обязательства безоговорочно и безусловно, не частично, а полностью, включая не только основные, но и дополнительные обязанности (например, как сумму первоначального долга, так и начисленные на нее проценты). Претор для тех же целей ввел *actum de pop petendo* (соглашение о том, чтобы не требовать), который представлял собой бесформальное соглашение, достаточное для сложения долга полностью или частично, безусловно или под определенным условием. Это соглашение могло быть личным или вещным. В первом случае от долга освобождался лишь сам должник, но не его наследники. Во втором случае долговое обязательство прекращалось для отношений с любыми лицами.

Когда договор заключался под *отменительным условием*, он прекращал свое действие, если это условие наступало. Прекра-

шение договора вызывалось, кроме того, *слиянием* кредитора и должника в одном лице (*confusio*), *смертью* или *ограничением правового* состояния (*capitis deminutio*) любого из них, когда это влекло за собой утрату *jus commercii* кредитором или должником. Слияние кредитора с должником могло явиться лишь результатом смерти одного из них и перехода его имущества к другому по праву наследования. Смерть кредитора или должника, не становившихся наследниками один после другого, имела прекращающее действие для обязательства до тех пор, пока оно рассматривалось как сугубо личная связь. Отказ от этого взгляда повлек за собой передачу по наследству также таких имущественных прав и обязанностей, которые носили договорный характер. Ограничение кредитора или должника в правовом состоянии лишало обязательство принудительной, но не исключало добровольной исполнимости и, таким образом, превращало его в натуральное обязательство.

Давность. В связи с рассмотрением права собственности уже затрагивался вопрос о давности. Но там речь шла о приобрета-тельной давности, с истечением которой лицо, владевшее чужим имуществом, становилось его собственником. Договорные, как, впрочем, и иные обязательства, действию приобрета-тельной давности не подвержены, так как нельзя стать чьим-либо кредитором вследствие одного только факта истечения определенного отрезка времени. Нет, однако, препятствий к тому, чтобы придать этому факту иной юридический смысл, признав, что он вызывает утрату права, не осуществленного своевременно. Но это уже будет не приобрета-тельная, а *погасительная давность*. Она и находит применение в любых обязательствах, включая те, которые возникают из договора.

Римское право доклассического периода исходило из того, что всякое обязательство вечно и не может быть погашено истечением какого угодно времени. И только когда владевший чужим имуществом по договору в силу приобрета-тельной давности становился его собственником, предыдущий собственник одновременно утрачивал и право собственности, и имевшиеся у него относительно этого имущества договорные права. Претор, сохранив старую норму для обязательств одной группы, ввел для обязательств другой группы погасительную давность продолжительностью в один год. А Уложение Юстиниана установило, что после того, как истекло 30 лет, погашенными считаются любые обязательства.

Последствия истечения погасительной давности заключались в том, что теперь уже нельзя было требовать совершения должником возложенных на него действий в принудительном порядке. Но, произведя исполнение добровольно, должник не мог требовать возврата исполненного. Поэтому и обязательства, погашенные давностью, римляне относили к разряду натуральных обязательств.

Классификация **договоров**. Из самых древнейших времен до более поздних эпох дошли отзвуки лишь одного известного римлянам договора — *nexum*. Посредством этого договора, совершавшегося в строго ритуальной форме с привлечением меди и весовщика, устанавливалось долговое обязательство. Если по истечении 30 дней долг не был погашен, кредитор мог применить *legis actio per manus injectionem* со всеми вытекающими из этого и описанными ранее последствиями. Сперва применение мер, основанных на указанном иске и вызванных нарушением данного договора, могло последовать без обращения в суд, по собственному почину самого кредитора. В дальнейшем требовалось пройти через судебную процедуру, а затем этот договор и вовсе вышел из употребления.

Договоры римского права, надолго сохранившие достаточную практическую значимость, первоначально подразделялись на две группы: *вербальные*, к которым относились контракты, требовавшие для своего заключения, чтобы в установленной последовательности были произнесены строго определенные слова (*verbum*—слово), *литеральные*, заключающиеся посредством записи в специальных книгах или в соответствующих иных актах (*littera*— буква). С точки зрения экономических потребностей развитого товарооборота они страдали тем недостатком, что обуславливали громоздкую процедуру на стадии заключения, подчиняясь безоговорочному господству формы, когда, с одной стороны, пропуск даже одного слова или изменение порядка слов делали договор несостоявшимся, а с другой стороны, при соблюдении формы он объявлялся заключенным, хотя бы это произошло под влиянием насилия, - угрозы и т. п.

. Отмеченные недостатки в конце доклассического и в начале классического периодов развития римского права стали ощутимыми в такой мере, что для их преодоления потребовалась разработка новых договорных типов. В результате появляются еще две группы договоров: *реальные*, которые считались заключенными по соглашению между контрагентами в момент, когда один из них передал другому определенную вещь (*res*); *консенсуальные*, которые для своего заключения не требовали даже передачи вещи и опирались единственно на состоявшееся между сторонами соглашение (*consensus*).

Проводя классификацию договорных обязательств, римляне в первую очередь и подразделяли их на четыре только что перечисленные группы. Гай, например, говорил, что среди контрактов различаются четыре рода (*quattuor genera*)—те, которые порождают обязательство вещью (*re contrahitur obligatio*), либо словом (*verbis*), либо буквой (*litteris*), либо соглашением (*consensu*). После того, как приведенная классификация прочно вошла в юридическую традицию, начали появляться но-

вые договоры, не укладывавшиеся ни в одну из ее рубрик. Римские юристы, верные своему консервативному преклонению перед всем, что освящено веками, оставили эту классификацию нетронутой, а вновь образованные договоры подвели под понятие *безымянных контрактов* (*contractus innominati*). Безымянными последние назывались отнюдь не потому, что у них не было своих наименований. Как будет видно из дальнейшего, собственные наименования присваивались каждому из этих договоров. Слово «безымянный» имело в данном случае совершенно иной смысл: оно тоже являлось своеобразным наименованием, ориентированным на такую договорную группу, которая выходила за пределы четырехчленной классификации. Если к приведенному перечню добавить юридически защищенные соглашения (*pacta vestita*), то в целом известные римскому праву обязательства договорного типа могут быть сведены к шести группам: вербальные, литеральные, реальные, консенсуальные, безымянные контракты и юридически защищенные пакты.

Вербальные контракты. Среди договоров этой группы на первое место должна быть поставлена стипуляция (*stipulatio*). Под таким названием соответствующий договор фигурировал, когда он рассматривался со стороны кредитора. Взятый же со стороны должника, он выступал под наименованием *sponsio* (обещание). Тождественный смысл имели также термины *promissio* и *fidepromissio*.

Процедура заключения стипуляции состояла в том, что будущий кредитор задавал вопрос. Он спрашивал, например, *spondesne* (или *promittisne*, *fidepromittisne*) *decem?* («обещаешь дать десять сестерциев?»). И если тут же следовал ответ— *spondeo* (или *promitto*, *fidepromitto*), то это означало, что договор заключен. По каким причинам или, выражаясь юридическим языком, в силу какого основания будущий должник принимал на себя соответствующее обязательство,—это для действительности стипуляции не имело ровно никакого значения. Связующее действие ей придавало соблюдение строго установленной формы, а основание (*causa*) в расчет вовсе не принималось. Специфическое качество стипуляции в том именно и состояло, что она была абстрактным договором, действительность которого зависела не от основания, а от соблюдения установленной формы. Следовательно, основание не входило в состав не только существенных, но и случайных- элементов стипуляции, что отличало ее от подавляющего большинства других договоров римского права, которые при отсутствии основания не приобретали юридической силы и потому могли бы быть названы каузальными договорами.

Как абстрактный и вместе с тем строго формальный договор стипуляция явилась юридической предтечей будущего векселя. В этом смысле она оказалась исторически весьма перспективной. Но и в Древнем Риме ее значение было огромным. Стипуляция использовалась там в самых разнообразных целях, да-

леко не исчерпывавшихся ее ролью первоначального источника установления обязательственных связей, например, установления долгового обязательства. Как уже было показано, она применялась в виде адстипуляции для привлечения третьих лиц на сторону кредитора и в виде адпромиссии для увеличения¹ численности субъектов, выступающих на стороне должника. При ее помощи могло быть также подвергнуто новации любое из уже возникших обязательств, которые благодаря этому приобретали, вместо своего особого содержания, характер абстрактного долгового обязательства. Так обстояло, например, в случае замены стипуляционным долгом обязанности денежного платежа, возникшей из купли-продажи или какого-либо иного договора.

Но стипуляция не была единственным закрепленным в нормах римского права вербальным контрактом. В ту же группу входили по крайней мере еще два договора:

а) *dotis dictio* (обещание предоставить приданое). Этот договор обязывал выдать приданое вступающему в брак мужчине, причем соответствующие обязательства могли на себя принять будущая жена, любой из ее должников или кто-либо из ее восходящих родственников;

б) *jusjurandum liberti* (клятвенное обещание вольноотпущенника). Отпущенный на волю раб продолжал оставаться обязанным перед своим патроном определенными повинностями, о чем давалось клятвенное обещание до освобождения из рабства. Но поскольку в этот момент раб еще не становился субъектом права, его клятва порождала не более чем натуральное обязательство. После освобождения он принимал на себя соответствующее обязательство уже в виде клятвенного обещания, оформленного вербальным контрактом, и потому такое обязательство обеспечивалось принудительной охраной.

Литеральные контракты. Сферой их применения служили возникавшие между римлянами торговые связи, когда товары одного контрагента более или менее систематически направлялись другому, либо двигались также в обратном направлении, либо выражали в своем движении замкнутую цепь отношений между тремя и более лицами (если, например, первый продавал что-либо второму, второй третьему, а третий первому). Каждая из таких операций записывалась ее участниками в специальной книге доходов и расходов (*codex asserti et expensi*). Разумеется, то, что значилось в виде доходов у одного контрагента, фиксировалось как расход у другого. Так, получивший товар записывал его в доход, а отправивший—в расход. Такие записи не порождали договорных обязательств, а удостоверяли лишь то, что поступало или отправлялось во исполнение заключенных договоров. Но к концу определенного, например, месячного, периода в книгах доходов и расходов подводились итоги их обладателями. Эти итоги уже отрывались от приведших к ним конкретных операций. И если отраженные

в книгах разных субъектов окончательные данные были одинаковы по величине (например, 300 сестерциев), но противоположны по направленности (сумма долга для одного и сумма требования для другого), то обязательство произвести платеж возникало в силу самих этих записей. Последние и представляли собой литеральные контракты, не связанные с каким-либо основанием, а подобно контрактам вербальным носившие сугубо абстрактный характер.

Литеральные контракты могли заключаться лишь римскими гражданами. В отношениях, участниками которых становились перегрины, также зачастую применялась письменная форма. В одних случаях это был акт, составленный обоими договорными контрагентами. Он именовался *syngrapha*. В других случаях дело ограничивалось исходившим от должника односторонним документом. Последний именовался *chirographum*. Были ли это договоры, которые, как и литеральные контракты гражданского права, порождали обязательства самой своей формой безотносительно к их основанию или они имели всего лишь доказательственное значение,— остается неясным. Но что они явились прообразом будущих двусторонне составляемых или односторонне удостоверяемых договоров,— не подлежит сомнению.

Вместе с тем и литеральные контракты гражданского права если не сводятся в Уложении Юстиниана на нет, то уже во всяком случае приобретают свойства, весьма отдаленные от их первоначального характера. Вместо книг доходов и расходов эти контракты оформляются теперь простой распиской. Более того, лицо, от имени которого расписка составлена, имело право заявить спор о ее подложности или о том, что ее выдаче не сопутствовало получение денег (*querela non numeratae pecuniae*). Но раз допускается оспаривание действительности расписки по мотивам отсутствия основания, нельзя говорить о ее абстрактности, столь характерной для литеральных контрактов. Известный элемент абстрактности сохранялся здесь лишь из-за правила, согласно которому оспаривавший расписку должен был доказать ее подложность или безосновательность в пределах двухлетнего срока. По истечении этого срока расписка обязывала к платежу сама по себе, а в виде санкции за необоснованное оспаривание указанный в ней долг взыскивался *in duplum*— в двойном размере. И только благодаря тому, что при изложенных обстоятельствах расписка начинала действовать независимо от каких-либо оснований, выделение литеральных контрактов в особую группу сохраняется и при Юстиниане, хотя контракты такого рода в собственном смысле его Уложению фактически уже неизвестны.

Реальные контракты. Эта группа договоров отличается от рассмотренных прежде всего простотой порядка своего совершения. Чтобы заключить их, никаких формальностей не требовалось: достаточно соглашения и сопутствующей ему передачи вещи одним контрагентом другому. А при отсутствии строгой

формы исключено и создание только на нее опирающегося обязательства. Отсюда вторая отличительная особенность реальных контрактов: они не могут быть абстрактными и действительны лишь как имеющие под собою определенное основание.

В составе реальных контрактов римского права самостоятельное значение имели три договора—заем, ссуда, хранение.

1. *Заем* (*mutuum*) представлял собой договор, который заключался путем вручения заемщику заимодавцем денег или иных вещей, определенных родовыми признаками. Последний момент специально отмечался римскими юристами как неотъемлемое качество договора займа. Гай подчеркивал, например, что дача займы состоит в таких вещах (*mutui datio consistit in his rebus*), ¹которые определяются весом, мерой или числом (*quae pondere numero mesurave constat*). И это вполне объяснимо. Ведь предоставленные займы вещи переходили в собственность заемщика, который обязывался к возврату не тех же самых, а того же количества таких же вещей. Заменяемыми же являются только вещи, определенные родовыми, но не индивидуальными признаками.

А поскольку заем — реальный договор, то уже в момент заключения этого договора заимодавец, передавая заемщику деньги или определенные родовыми признаками иные вещи, делал все, что от него требовалось. И после того, как заключение займа состоялось, можно ожидать определенных действий не от заимодавца, а только от заемщика. Тем самым заем должен быть также охарактеризован как односторонний договор: у заимодавца нет обязанностей и имеется только право требовать погашения долга; у заемщика нет прав, и он обязан лишь погасить взятую займы.

В виде общего правила заем конструировался как договор беспроцентный. Чтобы стать процентным (*fenus*), он требовал специального на этот счет соглашения, оформленного посредством стипуляции (*stipulatio usurarum*— стипуляция о процентах). А поскольку раздельное заключение двух договоров лишалось практического смысла, то процентный заем обычно облекался в стипуляционную форму, обнимавшую как проценты, так и капитальную сумму долга (*stipulatio sortis et usurarum*— стипуляция займа и процентов). К тому же, несмотря на обусловленность процентных операций развитием товарно-денежных отношений, этим операциям так и не удалось освободиться от оценки в качестве чего-то противоестественного с точки зрения рабовладельческих, в том числе древнеримских, взглядов на экономические процессы. Римляне поэтому подвергали взимание процентов различным ограничениям. Предельный их размер во времена Цицерона не мог превышать 12%, а при Юстиниане— 6%. Получив сверх этого предела, заимодавец обязывался возвратить заемщику двойную сумму излишне полученного по доюстинианову праву и однократную сумму по Уложению Юстиниана. Запрещался также анатоцизм—взимание сложных про-

центов (начисление процентов на проценты), причём если в прошлом этот запрет не действовал в случаях, когда начисленные проценты путем новации присоединялись к основной сумме долга, то Юстиниан запретил анатоцизм и в таком его варианте.

Нужно сказать, что заем был известен римлянам и до появления соответствующего реального контракта. В древнейшие времена этим целям служил ранее рассмотренный *pecunia*, позднее они опосредовались стипуляцией. Когда появился *mutuum*, то на первых порах ввиду его бесформального характера он как таковой вовсе не получал юридической защиты. И если заемщик мог быть обязан к возврату предоставленного займа, то по требованию займодавца, основанному не на договоре займа, а на факте получения недолжного. Лишь в классическом праве *mutuum* находит окончательное признание вполне самостоятельного договора, обретая такие защитительные правовые средства, которые отвечали степени его жизненной распространенности.

2. *Ссуда (commodatum)*—это договор о предоставлении имущества в безвозмездное пользование. Таков первоначальный смысл русского слова «ссуда», которое впоследствии начало также употребляться как синоним займа. Таково же единственное значение латинского слова *commodatum*, который нужно поэтому отграничивать как от займа, так и от некоторых других смежных понятий.

В отношении ссуды участвовали два субъекта — коммодант, которому принадлежало передаваемое имущество, и коммодатарий, которому это имущество передавалось. Ссуда приводила к передаче имущества в пользование, а не в собственность, чем она отличалась от займа. Но так как предмет, полученный в пользование, подлежал возврату, то в этом качестве могли выступать лишь вещи, индивидуально определенные, а значит, незаменимые и в то же время непотребляемые, т. е. сохраняющие свою целостность, несмотря на их использование. Коммодатарий получал имущество в пользование на определенный срок. Если срок не установлен и вещь должна быть возвращена по первому требованию передавшего ее контрагента, налицо другой договор, именуемый прекарием и относящийся к разряду не реальных, а безыманных контрактов. Основанное на ссуде пользование безвозмездно, и именно по этой причине ссуда строилась как реальный договор, признаваемый заключенным лишь с момента передачи коммодантом вещи коммодатарию. Возмездное пользование порождалось не ссудой, а имущественным наймом, который вступал в силу уже с момента достижения сторонами соответствующего соглашения и управомочивал нанимателя принудительно истребовать вещь от получавшего наемную плату наймодателя.

По характеру распределения прав и обязанностей между ее участниками ссуда являлась одним из конкретных случаев несовершенной синналагмы.

Вначале на стороне коммоданта возникали лишь права, а все обязанности сосредоточивались на стороне коммодатария. Он был обязан пользоваться вещью по назначению, ибо в противном случае его действия расценивались как кража и влекли за собой установленные для кражи последствия. На нем лежало, далее, обеспечение сохранности полученной вещи с возложением ответственности за любую собственную вину, а также за обусловленные ненадлежащим надзором вредоносные действия подвластных ему лиц, и только случай терпел. собственник (*casum sentit dominus*). Наконец, к установленному сроку вещь нужно было возвратить коммоданту в том виде, в каком ее ранее получил коммодатарий, с учетом лишь вызванного дозволенным¹ использованием нормального износа вещи.

Но при определенных обстоятельствах некоторые обязанности появлялись на стороне коммоданта и соответствующие им права возникали на стороне коммодатария. Если в процессе пользования возникала надобность произвести для поддержания вещи какие-либо экстраординарные расходы, то коммодатарий, после того как он сделал все необходимое, имел право взыскать возмещение этих расходов, а¹ коммодант обязывался к полной их компенсации.

3. *Хранение* (*depositum*) связывало договорным обязательством депозитанта, т. е. лицо, сохранность имущества которого этим договором обеспечивалась, и депозитария, т. е. субъекта, который обеспечение сохранности принимал на себя. Как и ссуда, хранение строилось по образцу реального и безвозмездного договора. Но если безвозмездность ссуды служила интересам получающего (*accipiens*), то безвозмездность хранения шла на пользу дающему (*tradens*). Это обстоятельство сказалось на различном урегулировании в двух названных договорах некоторых совпадающих вопросов.

Из реальности хранения вытекало, что этот договор мог быть заключен лишь в момент передачи вещи, поступавшей не в пользование, а только в обладание (держание) депозитария. Использование полученного на хранение имущества квалифицировалось как кража со всеми вызываемыми ею правовыми последствиями. А так как возвратить депозитанту нужно было ту же самую вещь, она определялась не родовыми, а индивидуальными признаками. Существовала, однако, специальная разновидность рассматриваемого договора — иррегулярное хранение (*depositum irregulare*), при котором¹ сданные депозитантом предметы смешивались с однородными вещами депозитария и, обезличиваясь таким образом, превращались из индивидуально определенных в определенные родовыми признаками. Так зачастую обстояло, например, при хранении зерна, плодов деревьев и т. п. В подобных случаях по требованию депозитанта ему возвращались не те же самые вещи, а такое же количество однородных вещей.

Из установленной в интересах депозитанта безвозмездности

хранения следовало, что депозитарий отвечал не за любую вину, а лишь за умысел и грубую неосторожность либо за менее заботливое обращение с хранимыми чужими вещами, чем со своими собственными. Но из этого общего правила было сделано изъятие для так называемого вынужденного хранения (*depositum necessaria*), когда вследствие пожара или иных стихийных бедствий собственник оказывался перед необходимостью для обеспечения сохранности своего имущества как можно скорее вручить его кому-либо из оказавшихся рядом лиц, будучи лишенным возможности выбора и проверки добросовестности привлеченного депозитария. При таких обстоятельствах последний отвечал за любую вину и, в случае гибели или повреждения вещи, обязывался к компенсации ее стоимости в двойном размере.

Обеспечивая сохранность имущества, депозитарий был обязан возвратить его по требованию депозитанта. Выполнение этой обязанности подкреплялось предоставленным депозитанту «прямым иском из хранения» (*actio depositi directa*), не говоря уже о бесчестии (*infamia*), которым" покрывал себя депозитарий, уклонявшийся от возврата хранимого имущества. Но если хранение вызывало расходы или какой-либо ущерб у депозитария, он имел право посредством «обратного иска из хранения» (*actio depositi contraria*) взыскать соответствующую компенсацию с депозитанта.

Помимо охарактеризованных вполне самостоятельных договоров были и такие реальные контракты, которые выполняли придаточную функцию или служебную роль по отношению к другим договорным обязательствам.

Ранее уже освещался залог как способ обеспечения договора. Выполнение им относительно обеспеченного обязательства придаточной функции очевидно. Но заложенное имущество передавалось залогодержателю, и только с этого момента договор о залоге можно было признать заключенным. Такой договор имел, следовательно, реальный характер.

Обеспечительное действие имела также упоминавшаяся выше фидуциарная продажа, когда она совершалась в подкрепление заемного обязательства и выступала под наименованием *fiducia cum creditore* (кредиторская фидуция). Если же к ней прибегали при передаче имущества на хранение или в пользование, чтобы таким путем усилить позиции депозитария или коммодатария в спорах с третьими лицами, она выполняла по отношению к правам перечисленных лиц служебную роль и именовалась *fiducia cum amico* (дружеская фидуция). Но при любом ее целевом назначении она приобретала силу только в момент передачи вещи второму договорному контрагенту и закреплялась, следовательно, реальным договором.

Консенсуальные контракты. По порядку заключения они обладали еще большей простотой, чем контракты реальные. Здесь

дело исчерпывалось одним только достигнутым сторонами соглашением, а передача вещи если и производилась, то не в целях заключения, а во исполнение уже заключенного договора. Тем самым консенсуальные контракты, как и реальные, не могли быть абстрактными и в своей действительности зависели от определенных оснований. Все они обладали также качеством синналагмы — совершенной или иногда несовершенной, а потому при их изучении нужно выявить реальные или возможные обязанности каждой из сторон, которым соответствуют возникшие или могущие возникнуть права другой стороны.

Римское право различало четыре вида консенсуальных контрактов: куплю-продажу, наем, поручение, товарищество.

{*Купля-продажа* (emptio—venditio)—договор, характеризующийся тем, что в нем участвуют покупатель (emptor) и продавец (venditor), что первый уплачивает второму покупную цену (pretium) и что второй передает первому вещь (res) или товар (merx). Если договор связан с неманципируемыми вещами (res pes mancipi), их передача вызывала приобретение покупателем права собственности. Манципируемые вещи (res mancipi) для наступления таких же последствий -требовали особой ранее рассмотренной процедуры в виде манципации. В противном случае квинтским собственником оставался продавец, а покупатель становился бонитарным (преторским) собственником. Лишь по мере преодоления дуализма римского права постепенно сглаживался - и порожденный указанными обстоятельствами дуализм квинтской и бонитарной собственности.

Как консенсуальный договор купля-продажа заключалась посредством простого соглашения. Но само соглашение вступало в силу, если сторонам удавалось договориться по поводу продаваемой вещи и уплачиваемой за нее покупной цены.

Вещь, отчужденная по договору купли-продажи, могла относиться как к уже существующим предметам, так и к тем, появление которых ожидается в будущем (например, при продаже предстоящего урожая). Не имело также значения, была ли эта вещь телесной или бестелесной (например, при продаже права на наследство). Важно лишь, чтобы она не входила в состав изъятых из оборота и приобрела в соглашении сторон либо индивидуальную характеристику, либо общее предметное обозначение, уточненное мерой, весом или числом.

Цена признавалась согласованной, если она была определенной (certum), реальной (verum) и выраженной в деньгах (in pecunia numerata). Определенность цены не отменялась, даже когда стороны поручали установить ее какому-либо третьему лицу, приняв на себя обязанность подчиниться решению последнего. Но нельзя управомочивать на такое решение одну из сторон, ибо тогда цена утратила бы свою определенность. Реальность цены требовалась для того, чтобы под видом мнимой продажи не совершалось дарение в обход установленной для него формы, а также отдельных ограничений и запретов.

Выражение в деньгах отличало куплю-продажу от мены, при которой вещь обменивалась не на деньги, а на другую вещь. Кроме перечисленных, Уложение Юстиниана ввело еще одно обязательное условие—справедливость цены (*justum pretium*). И если цена не достигала половины стоимости вещи, продавец управомочивался ввиду понесенного им значительного ущерба (*laesio enormis*) потребовать восстановления прежнего положения, т. е. возврата обеими сторонами друг другу всего полученного по договору. Но даже при этих обстоятельствах продавец мог произвести доплату до уровня справедливой цены и сохранить таким способом действие договора.

Как только соглашение по поводу перечисленных условий достигалось, договор считался заключенным,¹ и ни одна из сторон не имела права уклониться от его исполнения. Это общее правило знало, лишь два изъятия.

Во-первых, заключая куплю-продажу, стороны могли условиться о том, чтобы облечь ее в определенную форму, например в форму стипуляции. Тогда договор вступал в силу лишь после выполнения этого условия. В Уложении Юстиниана различается письменная и устная купля-продажа (*venditio cum scripta et sine scripta*), которая признавалась заключенной, по общему правилу, в момент достижения между сторонами соглашения, а при соответствующей их договоренности—со времени соблюдения письменной формы.

Во-вторых, законодательство Юстиниана ввело задаток (*arra*), при использовании которого покупатель в счет оплаты купленной вещи вносил продавцу определенную денежную сумму, и если он затем уклонялся от исполнения договора, задаток возврату не подлежал, а если аналогичное нарушение совершал продавец, он обязывался возвратить покупателю двойную сумму задатка-. Состоявшаяся между сторонами договоренность о задатке приводила к тому, что к моменту уплаты задатка приурочивалось и заключение самой купли-продажи.

Обязанности покупателя обеспечивались предоставленным продавцу иском по поводу проданного (*actio venditi*); Они сводились почти исключительно к уплате покупной цены (*dare pretium*). Для выполнения этих действий мог быть установлен определенный срок, а при его отсутствии предполагалась встречность исполнения: уплата денег покупателем в обмен на передачу вещи продавцом. В случае просрочки платежа покупатель обязывался к возмещению понесенных продавцом убытков.

Обязанности продавца обеспечивались предоставленным покупателю иском по поводу купленного (*actio empti*). Они предполагали совершение следующих конкретных действий:

передача вещи. Если продавец от этого уклонялся, покупатель имел право изъять вещь в принудительном порядке. Передача делала покупателя собственником неманципируемых вещей. В отношении вещей манципируемых он становился квинтитским собственником лишь по истечении срока приобретатель-

ной давности. Но и до этого момента в случае недобросовестности оставшегося квинтитским собственником продавца на стороне покупателя имелось такое достаточно сильное орудие преторской защиты, как возражение о вещи проданной и переданной (*exceptio rei venditae et traditae*);

обеспечение сохранности вещи до ее передачи. Ввиду возмездности купли-продажи продавец обязывался проявить о проданной вещи такую меру заботливости, какая свойственна заботливому главе семейства, и, следовательно, он нес ответственность даже за легкую неосторожность, определенную сообразно с абстрактным критерием. Но риск случайной гибели нес покупатель (*periculum est emptoris*), и если такая гибель наступала, то продавец сохранял право на оплату покупной цены, а все, что оставалось от самой вещи, мог получить покупатель;

гарантирование отсутствия недостатков в проданной вещи. Ответственность за недостатки возлагалась на продавца, лишь когда он прямо отрицал или умышленно скрывал их наличие. Обычно такая ответственность не выходила за рамки фактического размера возникшего вследствие этого ущерба. Но в некоторых случаях (например, при продаже раба) возмещение ущерба взыскивалось в двойном размере;

защита покупателя от эвикции. *Evictio*—значит отсуждение. Если третье лицо пыталось отсудить от покупателя переданную вещь, ссылаясь на свое право относительно этой вещи, продавец должен был защитить покупателя от подобных попыток. В противном случае он обязывался по доюстинианову праву к уплате двойной стоимости осужденного имущества, а по Уложению Юстиниана — к возмещению понесенных покупателем убытков, поскольку купля-продажа не была сопровождена *stipulatio in duplum* (стипуляция об ответственности за эвикцию в размере двойной стоимости проданной вещи).

По специальному соглашению (*pactum displicentiae*) покупателю предоставлялось право в пределах обусловленного срока расторгнуть договор с возвратом сторонами всего исполненного друг другу, если приобретенная вещь ему почему-либо не подходила. Допускалось также включение в договор дополнительного условия, которое получило название *additio in diem* и упрямочивало продавца до истечения установленного срока расторгнуть договор с восстановлением прежнего положения, если ему удалось найти более выгодного покупателя.

2. *Наем (locatio-conductio)* порождал обязательство, в котором, участвовали наймодатель (*locator*), обязываемый к передаче имущества в пользование или к обеспечению определенной работы, и наниматель (*conductor*), принимающий на себя обязанность оплатить предоставленное пользование или оказанные услуги.

Римляне различали два вида найма: а) наем вещи (*locatio rei*) с тем, что когда предметом найма был дом, наниматель назывался *inquillinus* (жилец), а когда внаем сдавалась земля,

он выступал под именем *colonus* (колон); б) наем работы (услуг), который в свою очередь конструировался в двух различных вариантах—как *locatio operum* или как *locatio operis ferendi*. В первом случае происходило то, что в далеком историческом будущем трансформировалось в наем рабочей силы: контрагент обязывался за обусловленную плату предоставить соответствующую способность к труду для использования в определенных целях. Во втором случае выкристаллизовывался прототип договора, который в последующие исторические эпохи обрел правовую самостоятельность под наименованием договора подряда: контрагент за обусловленную плату обязывался не просто к какой-либо работе, а к выполнению полученного им заказа, к достижению заранее оговоренного заказчиком результата. Когда заказ выполнялся лицом свободной профессии (поэтом, художником и т. п.), то, поскольку платный труд в рабовладельческом обществе унижал достоинство человека, речь шла уже не о *locatio-conductio*, а не более чем о поощрении сделанного почетным вознаграждением—гонораром (*honorarium*). Таковы исторические истоки этого термина, и ныне применяемого к оплате труда определенных видов, но уже без того специфического оттенка, который сообщался ему особенностями древнеримского мировоззрения.

Будучи консенсуальным, рассматриваемый договор опирался исключительно на само соглашение о найме. Чтобы обрести юридическую силу, это соглашение, помимо предмета найма, должно было установить наемную плату (*merces*). При этом требовалось, чтобы наемная плата выступала как определенная (*certa*), а не зависящая от усмотрения одного из контрагентов, действительная (*vera*), а не мнимая во избежание смешения с ссудой, и выраженная в деньгах, а не в натуре, кроме случаев сдачи внаем сельскохозяйственных угодий, когда наемная плата вносилась в виде обусловленной части от полученного урожая (*colonia partiaria*).

Наймодатель обязывался передать в пользование вещь либо обеспечить выполнение определенной работы или достижение обусловленного результата. Нарушение этих обязанностей могло быть вменено наймодателю в ответственность при любой тяжести вины, не исключая и легкой неосторожности, очерченной в соответствии с абстрактным критерием. При наличии этого условия он должен был возместить убытки, возникшие у нанимателя, интересы которого обеспечивались иском по поводу нанятого (*actio conducti*).

Наниматель также нес определенные обязанности, исполнение которых обеспечивалось предоставленным наймодателю иском по поводу сданного внаем (*actio locati*). Он был обязан принять сданную внаем вещь или произведенную работу и уплатить наемную плату, обеспечить сохранность полученного в пользование имущества и вернуть его в обусловленное время наймодателю. На счет нанимателя относился ущерб, причинен-

ный наемному имуществу как по его собственной вине, так и действиями подвластных лиц, вызванными недостаточным надзором с его стороны. Но риск случайной гибели сданного внаем имущества возлагался на наймодателя. Исключение из этого правила в отношениях по морским перевозкам, также опиравшихся у римлян на договор найма, вводил лишь родос-ский закон о выброшенном (*lex Rhodia de jactu*). Суть его состояла в том, что если для снятия судна с мели нужно выбросить часть груза, возникшие потери пропорционально стоимости судна и груза распределялись между судо- и грузовладельцем. Это ¹правило положило начало формированию того института, который в своем сложившемся виде называется общей аварией и занимает видное место в современном морском праве.

¹Пока не истек установленный сторонами срок, договор найма сохранял свое действие, хотя бы вследствие продажи, смерти наймодателя или по иным причинам находящееся у нанимателя имущество перешло в собственность другого лица. Обычно наем прекращался с истечением срока, если его действие не продлевалось на неопределенный срок путем молчаливого возобновления (*tacita reconductia*), когда наниматель продолжал пользоваться имуществом, а наймодатель— принимать поступающую наемную плату. Если обстоятельства складывались так, что вещь не приносила обусловленного эффекта" (например, заболевший раб лишался работоспособности), наниматель управо-мочивался на одностороннее расторжение договора. Такое же право приобретал наймодатель, когда он испытывал настоятельную нужду в сданном внаем имуществе или когда наниматель уклонялся от внесения наемной платы два года подряд.

3. *Поручение* (*mandatum*) — договор, в силу которого одно лицо, доверитель (*mandans*), поручал сделать что-либо в своих интересах другому лицу, поверенному (*mandator*). При этом само поручение и было тем единственным элементом, согласование которого требовалось для заключения договора. В отличие от купли-продажи и найма, он строился как безвозмездный договор. И если за оказанные услуги поверенный получал вознаграждение, то лишь в виде гонорара, выплаченного доверителем по собственному почину, а не во исполнение заранее включенного в договор условия. Только в период экстраординарного процесса допускалось принудительное истребование вознаграждения по иску поверенного в размере, определенном решением магистрата по возникшему спору.

Возложенное на поверенного поручение могло быть связано с совершением любого непротивоправного действия—как фактического (например, получить купленную доверителем вещь), так и юридического (например, совершить для доверителя какую-либо сделку). Но поскольку прямое представительство ¹исключалось, то, поручая осуществление своих прав, доверитель предварительно уступал их поверенному, а возлагая на него приобретение для себя новых прав, допускал первоначаль-

ное их возникновение в лице поверенного с последующим переносом на доверителя. Зачастую поручение выражалось в каких-либо единичных действиях (*procuratio unius rei*): покупка или продажа раба, получение груза по месту его доставки морским путем и т. п. Бывали, однако, и такие случаи, когда поверенному поручалось управление целым имуществом доверителя (*procuratio omnium bonorum*): управление полученным наследством, торговым заведением и т. п.

Обязанности поверенного состояли в том, чтобы, выполняя поручение, следовать указаниям доверителя относительно цены и других условий, а после того, как состоялось выполнение возложенных на него функций, передать доверителю приобретенные права. Если указания доверителя нарушались, он мог от принятия всего для него приобретенного отказаться. В то же время уклонение поверенного от передачи приобретенного давало доверителю право предъявить к нему иск, именованный прямым иском из поручения (*actio mandati directa*).

Обязанности доверителя сводились к принятию результата, достигнутого поверенным в порядке исполнения поручения, а также к компенсации произведенных в связи с этим расходов. Если доверитель от компенсации расходов уклонялся, поверенный приобретал право предъявить к нему иск, именованный обратным иском из поручения (*actio mandati contraria*).

Помимо исполнения, рассматриваемый договор мог быть прекращен по одностороннему требованию доверителя, заявленному до-того, как исполнение уже состоялось, либо по одностороннему требованию поверенного, обязанного под страхом ответственности за убытки продолжать вести порученное дело, пока доверитель не сможет обеспечить свои интересы иным способом. Прекращение договора вызывалось также смертью доверителя или поверенного. Однако наследники умершего доверителя были обязаны, признать все действия, совершенные поверенным до того, как он узнал о смерти своего контрагента, а наследникам умершего поверенного предписывалось продолжать ведение неотложных дел до момента, пока доверитель не сможет принять их на себя или поручить заботам другого лица.

4. *Товарищество* (*societas*) отличается от всех иных договоров тем, что в нем может участвовать сколько угодно лиц, объединивших свои имущественные вклады для достижения какой-либо общей цели—построить дом, вести сообща торговлю и т. п. Римское право знало четыре вида товарищества:

1) *societas omnium bonorum* (дословно—товарищество всех имуществ). Оно возникало в отношениях между членами семьи, которые сообща получили наследство и согласились сохранять семейную общность, распространив ее как на наличное имущество, так и на возможные в будущем имущественные приобретения;

2) *societas quaestus* (дословно—доходное товарищество). Заключавшие такой договор лица объединяли уже не все свое

имущество, а лишь то, которое состояло из первоначальных вкладов и будущих приобретений, основанных на возмездных договорах;

3) *societas alicujus negotiationis* (дословно—товарищество какого-нибудь дела). Используемый для совместной деятельности определенного вида (например, торговли), этот договор ограничивался объединением имущества, необходимого для такой деятельности и получаемого в процессе ее осуществления;

4) *societas unius rei* (дословно—товарищество одной вещи или одного дела). К этому виду товарищества прибегали, когда нужно было объединиться для эксплуатации какой-либо единичной вещи (например, земли, раба) или для проведения какого-либо единичного мероприятия (например, морского торгового рейса).

Для признания заключенным любого из перечисленных видов договора товарищества его участники должны были достичь соглашения об общей непротивоправной цели, ради которой они объединились, а также о размере вкладов каждого из них. Вклады могли быть равными или неравными, воплощаясь в имуществе либо в услугах вкладчика (например, по управлению общими делами товарищества).

После того как договор вступил в силу, все его участники приобретали равные права и равные обязанности с предоставлением каждому из них в необходимых случаях права на иск из товарищества (*actio pro socio*). Отсюда вытекало, что они на равных основаниях управляли общими делами, если такое управление не было поручено с их общего согласия одному из товарищей, и в равных долях участвовали в компенсации расходов, а также в распределении приносимых товариществом доходов. Впрочем, последнее правило могло быть по соглашению сторон изменено с тем, чтобы доходы и расходы распределялись не в равных долях, а, например, пропорционально размерам внесенных вкладов.

Каждый из товарищей обязывался проявлять об общих делах такую же степень заботливости, как о делах собственных, неся ответственность за отрицательные последствия, вызванные любой его виной, в том числе и определенной по конкретному критерию легкой неосторожностью. Нужно, однако, иметь в виду, что товарищество—совокупность лиц, а не единое лицо. Поэтому, вступая во внешние отношения даже в интересах товарищества, ответственность за исполнение принятого на себя обязательства нес данный конкретный товарищ, но не товарищество в целом. И лишь во взаимоотношениях между самими товарищами эта ответственность могла быть разделена, поскольку она принималась в общих интересах товарищества.

Действие договора товарищества прекращалось: а) *ex re-sonis* («из лица») — в результате смерти любого из товарищей, если оставшиеся участники договора не заключили специального соглашения о продлении его действия; б) *ex rebus* («из

дела», «из вещи») — вследствие достижения поставленной общей цели, выявившейся невозможности ее достижения или гибели общего имущества; в) *ex voluntatae* («из воли») — по требованию любого из товарищей, обязываемого, однако, к возмещению убытков прочим товарищам, если его отказ безмртивен или, тем более, недобросовестен; г) *ex actione* («из иска») — по иску любого из товарищей, если требование о прекращении договора вызвало сопротивление со стороны прочих контрагентов.

Безымянные контракты. Они появились уже после того, как процесс формирования ранее рассмотренных договоров был завершен. Долгое время эти контракты вовсе не находили юридического признания, а потому сторона, их исполнившая (например, передавшая вещь), если она не получала встречного удовлетворения, могла требовать лишь возврата исполненного посредством *condictio ad re-m dati* (требование по поводу переданной вещи), или, как иначе именовали ту же кондикцию, *causa data causa поп secuta* (смысловой перевод: вещь передана, но встречное удовлетворение не получено). Впоследствии, однако, контракты такого рода начинают защищаться претором, а римские юристы классифицируют возможные их варианты при помощи следующих словесных формул: *do ut des* (даю, чтобы ты дал, например передаю вещь в обмен на другую вещь); *do ut facias* (даю, чтобы ты сделал, например даю вещь за исполнение определенной работы твоим рабом); *facio ut des* (делаю, чтобы ты дал, например отпускаю раба на волю, чтобы получить за это от тебя определенную денежную сумму); *facio ut facias* (делаю, чтобы ты сделал, например отпускаю на волю раба, чтобы ты освободил своего раба). Эти формулы использовались для выработки направленного на защиту безымянных контрактов иска, получившего наименование *actio praescriptis verbis* (дословно: иск из предписанных слов). Охватываемые ими договоры встретили полное и окончательное признание в Уложении Юстиниана. Но и здесь они фигурируют под рубрикой безымянных контрактов.

Объясняется это не только традицией, с которой безымянные контракты столкнулись, появившись на свет после формирования контрактов вербальных, литеральных, реальных и кон-сенсуальных. Наряду с традицией действовали и другие причины, из-за которых присоединение безымянных контрактов к одной из сложившихся классификационных рубрик становилось логически неосуществимым. Действительно, с вербальными и литеральными контрактами у них не было даже внешнего сходства. От консенсуальных контрактов они отличались тем, что, помимо соглашения сторон, требовали для признания их заключенными передачи вещи или иного предоставления одним контрагентом другому. Тем самым как будто бы имелись основания включить их в состав реальных контрактов. Но реальные контракты строились как односторонние или несовершенно синналагматические. Между тем безымянные контракты синна-

лагматичны во всех без изъятия случаях, поскольку один из их участников делал или давал что-либо другому именно для того, чтобы приобрести право на встречное удовлетворение.

Образовав по изложенным причинам самостоятельную группу договоров, безымянные контракты применялись в разнообразных конкретных ситуациях. Наиболее существенны три их типа: мена, прекарий и так называемый оценочный договор.

1^ *Мена* (permutatio)—договор, опосредовавший обмен вещи не на деньги, а на другую вещь. Он подпадал, следовательно, под формулу *do ut des* (даю, чтобы ты дал). Римские юристы предпринимали попытки объединить его с договором купли-продажи. Но этому препятствовал реальный характер мены, которая признавалась заключенной лишь с момента передачи хотя бы одного из обмениваемых предметов. К тому же и ряд конкретных правил, рассчитанных на куплю-продажу, не мог быть применен к договору мены. Исключалось, например, возбуждение спора о том, что, ввиду неэквивалентности обмена, он причинил одному из контрагентов значительный ущерб (*laesio enormis*). В свою очередь многие правила, введенные для мены, не относились к купле-продаже. Так обстояло, в частности, с правом одного из участников мены потребовать возврата исполненного, а не причитающегося ему встречного удовлетворения. Мена осталась поэтому в составе безымянных контрактов, занимая в силу своего хозяйственного значения ведущее место среди них.

2. *Прекарий* (precarium) юридически закреплял, передачу вещи одним лицом в бесплатное пользование другого, обязанного возвратить ее по первому требованию передавшего. Римляне подводили этот договор под формулу *facio ut facias* (делаю, чтобы ты сделал), считая, что один контрагент для того и передавал вещь в пользование, чтобы по первому его требованию она была возвращена вторым контрагентом. На этом достаточно искусственном основании делался вывод о синналагматическом характере прекария. А так как его заключение приурочивалось к моменту передачи вещи прекарису, у римлян были все основания с точки зрения выработанных ими критериев классификации отнести прекарий к числу безымянных контрактов..

3. *Оценочный договор* (aestimatum) применялся в отношениях крупного торговца с мелким. Первый передавал второму вещь с обозначением ее цены. Если второму продать вещь по указанной цене не удавалось, она подлежала возврату; если продажа состоялась по точно обусловленной цене, собственнику передавались все вырученные от продажи деньги; если реализация вещи производилась по более высокой цене, продавец оставлял себе разницу, передавая собственнику проданной вещи денежную сумму, равную определенной им цене.

В выборе одной из словесных формул, под которую следовало подвести оценочный договор, испытывали затруднения са-

ми римляне. Но поскольку этот договор вступал в силу со времени передачи вещи и порождал синналагматическое обязательство, его без каких бы то ни было колебаний включали в состав безымянных контрактов.

Защищенные пакты (*pacta vestita*). По общему правилу, так полностью и не упраздненному в Древнем Риме, голое соглашение обязательства не создавало. Учитывая, однако, настоятельные потребности экономического оборота, римляне со временем предоставили исковую защиту отдельным соглашениям, хотя они не охватывались признанным перечнем консенсуальных контрактов. Такие соглашения, получив наименование защищенных («одетых?»—*vestita*) пактов, приобрели юридическую силу одного из оснований возникновения обязательств договорного характера.

Принято различать три вида защищенных пактов — дополнительные, преторские и законные.

1: *Дополнительные пакты*, (*pacta adjuncta*) представляли собой соглашения, при помощи которых к уже заключенному между сторонами договору присоединялось какое-то новое условие. В такой форме, например, должник наделялся правом исполнить обязательство по частям или по истечении более значительного времени, чем первоначально обусловленное. Но если непосредственно в договор можно было подобным образом включить какие угодно условия, то заключенный впоследствии отдельно от договора пакт опирался на юридическую защиту, лишь когда он облегчал положение должника, сокращая объем лежащих на последнем обязанностей (*pacta ad minuendum obligationem*—соглашения об уменьшении обязательства). Примером пакта такого рода может служить соглашение о том, что на должника возлагается ответственность не в двойном, а в однократном размере стоимости вещи.

2. *Преторские пакты* (*pacta praetoria*) получили подобное наименование вследствие того, что первоначальная защита была им предоставлена претором. К числу этих пактов относились:

клятвенное соглашение (*pactum de jurejurando*), по которому, например, в ответ на требование кредитора о производстве платежа лицо, ответственное по этому требованию, но не считающее себя должником, заявляло: «Поклянись, что я тебе должен, и я поверю». Если кредитор приносил клятву, обязательство признавалось неоспоримым и могло быть осуществлено в принудительном порядке уже на основании одного только клятвенного соглашения;

соглашение об установлении денежного долга (*pactum de pecunia constituta*) применялось в случаях, когда ответчик признавал предъявленный к нему иск об уплате долга, но просил об отсрочке платежа, и истец на отсрочку соглашался. Если бы впоследствии должник уклонился от платежа, соответствующая сумма могла быть взыскана в силу состоявшегося со-

глашения с увеличением ее размера от $\frac{1}{3}$ до $\frac{1}{2}$ по усмотрению претора;

принятие (*receptum*) выражалось в трех различных формах, сходных не по, существу, а лишь вследствие примененного к ним общего наименования. Первая форма называлась принятием платежа (*receptum argentarium*) и находила применение в случаях, когда банкир обязывался уплатить чужой долг (прообраз будущего учета векселей банками, которые за соответствующее вознаграждение производят досрочный платеж по векселям). Вторая форма фигурировала под названием принятия имущества судами, постоянными дворами, конюшнями (*receptum nautorum, cauponum, stabulariorum*) и означала, что хозяева перечисленных объектов брали на себя ответственность за принятое от их клиентов имущество независимо от того, будет ли ущерб вызван виной или случаем. Третья форма именовалась принятием арбитражирования (*receptum arbitrii*) и состояла в том, что по соглашению со спорящими сторонами разрешение спора принимал на себя избранный ими арбитр, и его решение, не исполненное сторонами добровольно, приводилось в исполнение по приказу претора.

3. *Законные пакты* (*pacta legitima*)—это такие соглашения, защита которых была закреплена в правовых нормах, исходивших от императора. В частности, конституция Феодосия обеспечила юридическую защиту пакту о предоставлении приданого. Юстиниан своими конституциями юридически закрепил соглашения о предоставлении дара, а также об арбитражировании, если стороны подтвердили свое согласие письменно или не возразили против него в пределах 10 дней с момента, когда между ними состоялось соответствующее устное соглашение.

§ 4. ДЕЛИКТНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Понятие деликтных обязательств. По латыни деликт (*delictum*) означает погрешность, проступок, правонарушение. Специфика деликтных обязательств в сравнении с договорными в том и состоит, что они вызываются к жизни не правомерными, а наоборот, противоправными действиями одного из участников, наносящими урон другому. Соответственно строится распределение прав и обязанностей между субъектами деликтного обязательства: потерпевший управомочен на компенсацию причиненного ему урона, а нарушитель обязан к предоставлению определенной компенсации. После того как право кровной мести отошло в область исторического прошлого и целиком сменилось правом на компенсацию, последняя определялась римскими источниками в одних случаях в виде штрафа, в других в виде возмещения фактически причиненного ущерба, а в третьих соединяла уплату штрафа с возмещением вреда.

Следует лишь учитывать, что римляне различали деликты публичные (*delicta publica*) и частные (*delicta privata*); К пер-

аим относились те, которые посягали на публичные интересы. Таково, например, *laesio majestatis* — ущемление достоинства императора. Правонарушения этого рода влекли за собой санкции, обращенные против личности нарушителя, а если применялись имущественные санкции, то в пользу фиска, но не какого-либо конкретного лица, понесшего урон от правонарушения. В качестве частных расценивались деликты, наносившие ущерб интересам отдельных лиц. Они и служили основанием для применения соответствующих имущественных санкций, взыскивавшихся непосредственно в пользу потерпевшего. В курсе римского частного права изучаются лишь деликты этой последней группы.

Отдельные виды деликтов. Общим понятием деликта обнимаются различные конкретные виды правонарушений, причем для каждого из них устанавливались специфические правовые последствия.

1. *Injuria* (буквально—несправедливость) объединяла лю-быв. правонарушения, обращенные против личности. Поскольку такие правонарушения имущественного урона не причиняли, денежная компенсация, вытеснившая кровную месть, в случае ее взыскания выполняла не компенсационную, а сугубо штрафную функцию. При этом закон XII таблиц за членовредительство (*membrum ruptum*) и перелом кости (*os fractum*) вводил штраф в размере 300 асов, а за прочие виды *injuria* (побои, иные виды насилия)—25 асов. Но подобная «твердая такса» со временем выявила свою неэффективность, исключая какую бы то ни было дифференциацию штрафов сообразно с конкретными особенностями каждого случая. Претор заменил ее поэтому оценочным иеком (*actio aestimatoria*), в силу которого размер штрафа определялся уже по усмотрению разрешавшего спор магистрата. Дальнейший процесс, начиная со времен Суллы, характеризуется переключением ряда деликтов рассматриваемого вида из частной в публичную сферу. Завершился этот процесс предоставлением потерпевшему права выбора между взысканием с нарушителя штрафа и привлечением его к личной ответственности перёд государством.

2. *Furtum* (кража) трактовалась в римском праве гораздо более широко, чем в последующие исторические эпохи. К ней относилось любое умышленно совершенное недобросовестное присвоение чужого права, выразилось ли это в похищении имущества целиком, краже пользования (например, со стороны хранителя, которому право пользования не предоставлялось) или краже владения (например, со стороны собственника, незаконно изымавшего вещь из обладания залогодержателя). Ущерб, причиненный потерпевшему самой кражей, устранялся путем истребования похищенного имущества на основе виндикационно-го иска и компенсацией иных потерь на основе *actio furti* (иск из украденного). Наряду с этим нарушитель привлекался также к штрафной ответственности. По закону XII таблиц она состав-

ляла: двойную сумму причиненного ущерба при тайном похищении (*furtum manifestum*), тройную при обнаружении вещи у вора в присутствии свидетелей, а при открытом похищении (*furtum manifestum*) злоумышленник подвергался разнообразным личным ущемлениям вплоть до убийства или продажи в рабство. Претор заменил личные санкции в случаях открытого похищения взысканием компенсации причиненного ущерба в четырехкратном размере. Впоследствии уплата троекратной компенсации полностью выходит из употребления, поскольку в период империи частные обыски производить запрещалось, и ответственность начинает строиться *in duplum* (вдвойне) при тайном и *in quadruplum* (четверенно) при открытом похищении.

3. *Damnum injuria datum* (дословно—несправедливо причиненный ущерб)— деликт, имевший своим последствием повреждение или уничтожение имущества. Не доставляя каких-либо доходов причинителю, этот деликт отличался от кражи, а не нанося потерпевшему личного урона, он выходил также за рамки *injuria*. Если в законе XII таблиц фигурировали лишь разрозненные случаи причинения ущерба, то в законе Аквилія, предположительно относящемся к III в. до н. э., предприняты попытки их систематизации. Там различаются уничтожение раба или крупного скота и их повреждение. При любой степени вины нарушителя с него взыскивали в первом случае высшую стоимость вещи в течение последнего года и во втором — в течение последнего месяца. Благодаря усилиям римских юристов правила закона Аквилія были затем распространены на все без изъятия факты причинения имущественного ущерба, хотя объем компенсации определялся по-разному для повреждения или уничтожения вещи, с одной стороны, и ее утраты, с другой. Утрата, не связанная с уничтожением, давала право требовать лишь возмещения ущерба, но не высшей цены утраченного имущества в пределах какого-то заранее установленного периода.

4. *Rapina* (грабеж) выделяется из состава кражи и становится самостоятельным деликтом в I в. до н. э. в силу пре-торского эдикта, изданного в целях усиления борьбы с такими кражами, которые сопровождались насилием либо совершались группой нарушителей. Ответственность в этих случаях повышалась до четырехкратной стоимости похищенного и лишь по истечении года с момента правонарушения не могла уже выходить за рамки действительно причиненного ущерба.

5. *Metus* (угроза) на ранних этапах развития римского права вообще не принималась во внимание: был ли заключен договор по доброй воле или под влиянием угрозы, он все равно подлежал исполнению. И только в I в. до н. э. претор объявил угрозу деликтом, введя за нее такую же ответственность, как и за грабеж,—в четырехкратном размере имущественных предоставлений, полученных в результате угрозы. Однако в случае добровольной выдачи неправомерно полученного до принятия решения судьей или даже после его принятия только этим дело

и ограничивалось, и ответственность, учетверенная в своих размерах, уже не могла быть[^] применена.

6. *Dolus malus* (обман) не вызывал отрицательной реакции в древние времена в такой же мере, как и угроза. Правовое реагирование на это правонарушение также впервые обнаруживается в I в. до н. э. и обязано своим формированием деятельности претора. Как и за угрозу, санкция за обман имела обесценивающее (инфамирующее) действие для нарушителя. Однако возмещение, к уплате которого он обязывался, равнялось не четырехкратной, а всего лишь однократной величине фактически причиненного ущерба.

7. *Fraus creditorum* («обман кредиторов» или «в ущерб кредиторам») — один из важнейших деликтов, неизвестных цивильному праву и сконструированных правом преторским. Надобность в этой конструкции возникла из-за того, что, когда меры против неисправного должника начали выражаться не в личных ущемлениях, а в обращении взыскания на имущество, появилась опасность совершения должником дарственных, кредитных и иных /подобных актов со специальной целью уменьшить объем принудительных платежей, доступных его первоначальным кредиторам. Чтобы ликвидировать последствия таких действий, кредиторы получили возможность оспаривать имущественные акты должника, наносящие урон их интересам. Связанный - с совершением этих актов иск они могли предъявить лишь после того, как ввод во владение имуществом должника (*missio in possessionem*) выявлял несостоятельность последнего. Иск предъявлялся одновременно к должнику и к тем его контрагентам, с которыми он заключил договоры *in fraudem creditorum*. Если контрагенты действовали недобросовестно, они обязывались к возмещению всего понесенного кредиторами ущерба. Добросовестные, а по истечении года любые контрагенты несли перед кредитором ответственность лишь в пределах полученных ими от должника безэквивалентных предоставлений.

§ 5. КАК-БЫ-ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА .

Понятие как-бы-договорных обязательств. Это понятие не обладает такой же четкостью, какая наблюдается в понятиях договорных и деликтных обязательств. Обязательства, включенные в состав квазидоговорных, обуславливаются не соглашением сторон, а либо событиями, либо односторонними действиями, носящими иногда неправомерный характер, как при неосновательном обогащении. Поэтому, казалось бы, естественнее их сближение не с договорами, а с деликтами. Но такие квазидоговорные обязательства, как возникающие из ведения чужих дел без поручения, вполне правомерны по характеру породивших их оснований. Кроме того, в каждом из них римляне обнаруживали, нередко благодаря в высшей степени искусственным приемам, сходство с одним из ранее рассмотренных

договоров. Все это и послужило поводом для объединения достаточно разнородных явлений под общим названием как-бы-договорных обязательств.

Отдельные виды как-бы-договорных обязательств. Среди квазидоговорных обязательств особый интерес представляют два их конкретных вида.

1. *Неосновательное обогащение* (*condictio sine causa*). Приобретение одним лицом имущества другого при отсутствии необходимого для этого основания обязывало того, на чьей стороне такое приобретение образовалось, компенсировать его тому, за чей счет произошло его образование. Не формулируя общих правил относительно обязательств такого рода, римляне особо выделяли их отдельные разновидности. В числе последних безусловно недоговорными (или квазидоговорными) были:

получение недолжного (*condictio indebiti*). Имелись в виду случаи, когда производился платеж либо вовсе не существующего, либо такого долга, который причитался не с плательщика, а с иного лица, или в пользу не получателя, а другого субъекта. Обусловленный этим размер обогащения мог быть равным понесенному потерпевшим ущербу, а мог и не достичь его величины, если, например, часть полученного имущества обогатившийся подарил или продал по заниженной цене. Когда обогащение вызывалось недобросовестными действиями обогатившегося, он обязывался к полному возмещению ущерба, а при добросовестности дело ограничивалось лишь возвратом самого обогащения;

получение по безнравственному или противоправному основанию (*condictiones ab turpem vel injustam causam*). Примером первого основания может служить имущественное предоставление, выданное за обещание воздержаться от совершения деликта, а второго—взимание процентов в большем размере, чем введенная законом их предельная норма. В этих случаях обогатившийся обязывался к полному возмещению понесенного потерпевшим ущерба, хотя бы его величина превысила сумму обогащения.

Condictio sine causa применялась и в многочисленных иных отношениях. Особое значение римляне придавали факту ее использования на известном историческом этапе заимодавцем в отношениях по договору займа для взыскания долга, от добровольной уплаты которого должник уклонялся. Именно этого и оказалось достаточным, чтобы обнаружить в названной кондикции нечто аналогичное договору, а вызываемый ею правовой эффект объявить квазидоговорным обязательством.

2. *Ведение чужих дел без поручения* (*negotiorum gestio*) окончательно откристиаллизовывается лишь в позднем классическом праве. Не имея поручения со стороны закона (например, как опекун) или заинтересованного лица (например, как поверенный), вести чужие дела можно было лишь при условии, что это вызывалось потребностью устранения нависшей над

ними угрозы, когда сам заинтересованный устранить такую угрозу не мог и когда с его стороны не последовал прямой запрет какого бы то ни было вмешательства извне. В процессе ведения чужих дел разрешалось совершать действия как материальные (ремонт дома для предотвращения угрозы его обвала), так и правовые (уплата чужого долга во избежание применения личных санкций к должнику). По прямому иску заинтересованного лица тот, кто вел чужие дела (*negotiorum gestor*), обязывался к компенсации убытков, вызванных неправильным их ведением, а по обратному иску последнего заинтересованное лицо возмещало произведенные истцом целесообразные затраты. Сходство отношений между этими лицами с обязательством по договору поручения предопределило признание их квазидоговорными обязательствами.

§ 6. КАК-БЫ-ДЕЛИКТНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Понятие как-бы-деликтных обязательств. Идея объединения в особую группу обязательств, получивших наименование квазиделиктных, остается неясной. Каких-либо прямых объяснений на этот счет не дают и дошедшие до нас римские источники. Можно лишь предположить, что римляне не усматривали тождества с деликтами таких правонарушений, которые вызывали не сам ущерб, а угрозу его причинения, или которые приводили к возложению ответственности не за собственные, а за чужие действия. Но и это предположение не выдерживает критической проверки, поскольку в рассматриваемой группе встречаются также обязательства, порожденные собственными противоправно-виновными действиями субъекта ответственности и служившие основанием компенсации не вероятного, а вполне реального ущерба. Приходится поэтому отказаться от попытки выработать общее определение и ограничиться лишь перечнем конкретных обязательств, которые самими римлянами относились к числу квазиделиктных.

Отдельные виды как-бы-деликтных обязательств. В составе достаточно обширной группы квазиделиктных обязательств особый интерес представляют созданные претором четыре их конкретных вида.

1. *Ответственность судьи за ненадлежащее осуществление судопроизводства.* Этой общей формулой охватывалась ответственность за ущерб, вызванный не только принятием по небрежности или недобросовестности неправильного решения, но и ненадлежащим выполнением всех других возложенных на судью функций, например отсутствием судьи в день, когда должно было последовать разрешение возникшего спора. При любом из указанных оснований судья отвечал в полном объеме причиненного ущерба.

2. *Ответственность за вылитое и выброшенное* (*actio de effusis et dejectis*) нес независимо от своей вины хозяин помещения,

если совершенные действия причиняли вред объектам, находившимся на улицах и площадях. Ущерб, причиненный рабу, животному или какой-либо вещи, компенсировался их собственнику в двойном размере. Увечье, понесенное свободным, возмещалось в размере, который по иску потерпевшего определял магистрат при¹ разрешении спора. Смерть свободного порождала право на популярный иск (*actio popularis*), который мог быть предъявлен любым и каждым для взыскания штрафа в размере 50 тыс. сестерциев.

3. Ответственность за ¹*поставленное и подвешенное* (*actio de positis et suspensis*) выражалась в уплате штрафа в размере 10 тыс. сестерциев. Штраф мог быть взыскан путем[^] предъявления популярного иска любым лицом к хозяину помещения, если поставленные или подвешенные в этом помещении предметы возможным своим падением угрожали ущербом находившимся на улице вещам, скоту, рабам или свободным.

4. *Ответственность владельцев судов, постоянных дворов и конюшен за вредоносные действия слуг этих заведений* наступала в случаях, когда они совершали кражу (*furtum*) или умышленно вызывали имущественный вред (*damnum injuria datum*). Размер ответственности определялся в двойной сумме причиненного ущерба.

II. НАСЛЕДОВАНИЕ § 1. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ НАСЛЕДОВАНИЯ

Понятие наследования¹. В условиях эксплуататорского общества социальная значимость наследования состоит в том, что оно выступает как один из способов увековечения частной собственности, обеспечивая переход ее к другим лицам в связи со смертью собственника. Поскольку этими лицами имущество посредством наследования приобретает, при распределении частноправовых норм по институционной системе нормы наследственного права включают вместе с обязательствами в последний раздел, специально посвященный имущественным приобретениям. Соответственно устанавливается место наследования и в процессе изучения римского частного права.

С точки зрения римских правовых установлении наследование отличается единством двух признаков. Прежде всего оно возникает только в результате *смерти* собственника имущества. Но смерть не всегда обуславливает одно лишь наследование. Можно было, например, подарить имущество на случай смерти дарителя, и тогда факт смерти вызывал не наследование, а реализацию дарения. Чтобы переход имущества ввиду смерти собственника считался наследованием, необходимо преемство не в каком-либо единичном правомочии, а во всех ранее принадлежавших умершему правах и обязанностях, будут ли они унаследованы одним или несколькими лицами (универсаль-

ное правопреемство). Римский юрист Юлиан говорил в связи с этим, что *hereditas nihil aliud est, quam successio in Universum jus quod defunctus habuit* (наследование есть не что иное, как преемство во всех правах, которыми обладал умерший). Как будет видно из дальнейшего, в состав наследства входили не только права, но и обязанности, весь принадлежавший наследодателю имущественный актив и пассив. Поэтому в качестве особого юридического института наследование определяло порядок перехода как прав, так и обязанностей, пределы покрытия долгов умершего и распределения между наследниками наличного имущества.

С наследованием (*successio*) связаны три важнейших понятия" *наследство*, т. е. переходящее ввиду смерти собственника имущество (*hereditas*); *наследодатель*, т. е. лицо, смерть которого обуславливает наследование (в римских источниках оно не имело специального обозначения и именовалось *defunctus* — умерший); *наследник*, т. е. лицо, приобретающее наследственное имущество в результате смерти собственника (*heres*). Другие существенные для усвоения рассматриваемого института термины будут приводиться в процессе дальнейшего изложения.

Виды наследования. Основное значение в Древнем Риме имело *наследование по завещанию* (*secundum tabulas testamenti*). Отсюда такие термины, как завещательное наследство (*hereditas testamentaria*) или наследник по завещанию (*heres ex testamento*). Первостепенная роль наследования по завещанию сказывалась также на обозначении, которым пользовались, когда речь шла о втором ¹ виде наследования: оно именовалось *seccessio ab intestato*— наследование при отсутствии завещания. Впрочем, римские источники послужили основой появления и другого термина—*наследования по закону*, поскольку в них встречается такое словоупотребление, как *hereditas legitima* (законное наследство) или *heres legitimus* (законный наследник). Несмотря, однако, на преимущественную практическую значимость наследования по завещанию, для его усвоения необходимо вначале познакомиться с другим видом наследования по римскому праву—наследованием по закону.

§ 2. НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАКОНУ

Понятие наследования по закону. Если собственник не оставил завещания, которым определена судьба принадлежащего ему имущества на случай его смерти, то это имущество переходило к лицам, указанным в законе XII таблиц. Такое наследование с равным основанием можно было называть осуществляемым не только ввиду отсутствия завещания (*ab intestato*), но и в соответствии с условиями, закрепленными не в завещании, а в самом законе. Правда, при появлении преторского права, которое прямого выражения в законе не находило, наследственную ситуацию, создававшуюся отсутствием завещания, труд-

но было с необходимой степенью точности именовать наследованием по закону. Но, во-первых, с принятием Уложения Юстиниана законодательно оформляются и преторские правила о наследовании, выдержавшие испытание временем, а во-вторых, термин «наследование по закону» нужно воспринимать не в буквальном, а в понятийном его смысле. Тогда станет ясно, что наследование по закону происходит всякий раз, когда из-за отсутствия завещания оно всецело предопределяется порядком, закрепленным в нормах действующего права.

В этом порядке центральное *место* занимали два вида правил: о круге законных наследников и о размере доли каждого из них.

Круг наследников по закону. Наследниками по закону в римском праве признавались лица, состоявшие в родстве с наследодателем. Но римляне различали агнатское родство, основанное на общей подвластности, и когнатское родство, основанное на общности по кровному происхождению. При этом если в древние времена, в условиях господства патриархальной семьи, на первый план выдвигалось агнатское родство, то по мере разрушения патриархальных связей оно все более вытесняется родством когнатским, а впоследствии и вовсе выходит из употребления. Указанное обстоятельство сыграло решающую роль и в определении круга законных наследников на различных этапах развития римского частного права.

Гражданское право подразделяло законных наследников на *три очереди*.

Первую очередь составляли *свои наследники* (*sui heredes*), именовавшиеся так потому, что они до того входили в семью¹ умершего, а получив наследство, продолжали обладать имуществом, которое и раньше пребывало в сфере данной семьи. Своими считались наследники, становившиеся в результате смерти наследодателя юридически самостоятельными лицами (*personae sui juris*). В таком положении оказывался, например, сын наследодателя, который из подвластного превращался в *paterfamilias*, но не жена, переходившая отныне под власть сына. Внуки наследодателя, хотя бы и с них снималось бремя подвластности, получали наследство только при условии, что к тому времени умер или подвергся эмансипации их отец, который в противном случае сам был бы призван к наследованию. Они как бы представляли в сфере наследственных правоотношений своего ранее выбывшего отца и, стало быть, наследовали не на общих, а на тех особых основаниях, которые принято именовать *правом представления* (*jus repraesentationis*).

Во вторую очередь законных наследников входили *агнаты*, т. е. лица, которые были в прошлом связаны с наследодателем отношениями подвластности и состояли бы в подобной связи» если бы не происшедшая ранее смерть их общего *paterfamilias* или если бы по крайней мере один из них не превратился в результате эмансипации в *persona sui juris*. Например, после смер-

ти *paterfamilias* агнатскими родственниками оставались братья, несмотря на то, что каждый из них стал теперь *persona sui juris*. В то же время, если имелось несколько агнатов, то к наследованию призывался *agnatus proximus*— ближайший агнат, т. е. такой, который в кровном отношении стоял к умершему ближе, чем прочие агнаты (сын вытеснял внука и т. п.).

К третьей очереди законных наследников относились *когнаты*, т. е. кровные родственники умершего (*gentiles*), а также бывший собственник вольноотпущенника в качестве его патрона. Степень кровнородственной близости во внимание не принималась. При характерной для древних времен ничтожной мобильности населения оставались достаточно тесными и потому учитывались законом даже самые отдаленные родственные связи. Но аналогично тому, как во второй очереди ближайший агнат вытеснял более отдаленного, так в третьей очереди более отдаленный когнат вытеснялся ближайшим. И если когнат, призванный к наследованию в порядке родственной близости, от своих прав отказывался, его не мог заменить другой когнат, представлявший очередную степень родства. В таком случае наследство считалось вовсе никем не принятым и подпадало уже под действие установленных на этот счет специальных правил.

Что касается юридического смысла разбивки законных наследников по трем указанным очередям, то он разъяснен в самом законе XII таблиц. Там говорилось: *Si intestato moritur, cuius suus heres non escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus non escit, gentiles familiam habento* (если умер тот, у кого нет своего наследника, имущество получает ближайший агнат; если нет агната, имущество получают кровные родственники). Рассуждая более общим образом, это означает, что каждая следующая очередь может быть призвана к наследованию лишь при отсутствии всех наследников предыдущих очередей.

Очередность известна, однако, не только закону XII таблиц. Аналогичных начал придерживалось и преторское право, хотя соотношение между агнатским и когнатским родством благодаря ему меняется в пользу родства когнатского.

Претор различал уже не три, а *четыре очереди* законных наследников.

Первая очередь называлась *unde liberi*. Сюда по-прежнему входили те, кого цивильное право называло своими наследниками. Но к ним добавились теперь дети наследодателя, даже вышедшие из-под его власти как эмансипированные или в установленном порядке кем-либо усыновленные, если ко времени смерти наследодателя они стали юридически самостоятельными. Тем самым когнатские родственники указанного состава были поставлены в • такое же привилегированное положение, как и наиболее близкие наследодателю агнатские родственники.¹

Вторая очередь называлась *unde legitimi*. Помимо патрона умершего вольноотпущенника, к ней относились все агнаты с вы-

теснением ближайшим из них более отдаленных. Важно, однако, подчеркнуть, что за исключение[^] sui heredes прочие агнаты уже уступили свое преимущество самым близким кровным родственникам, хотя и продолжали опережать в очередности наследования тех из них, которые находились на сравнительно отдаленных степенях родства.

Третья очередь носила наименование *unde cognati*. Ею охватывались все кровные родственники наследодателя. Но юридическое значение придавалось не всякому кровному родству, как . в гражданском праве, а лишь такому, отдаленность которого не выходила за пределы шестой степени.

Четвертая очередь — *unde vir et uxor* — ограничивалась лишь пережившим супругом: мужем после смерти жены и женой после смерти мужа. В случае заключения с женой брака *cum manu* она становилась подвластной мужу, и тогда проблемы наследования решались исходя из начала подвластности. Но когда заключался брак *sine manu*, отношения подвластности не устанавливались, и в этом случае один супруг наследовал после другого в самую последнюю" очередь—если отсутствовали все до единого наследники трех предыдущих очередей. Такое решение обуславливалось тем, что при указанных обстоятельствах наследование, осуществленное супругом, выключало имущество -из семейно-родственной ячейки, в состав которой входил умерший. Поэтому оно и допускалось лишь на крайний случай, когда все иные наследственные каналы оказывались закрытыми. .

Как видно, своим перечнем законных наследников и распределением их в порядке очередности цеторсделал значительный шаг в оттеснении агнатского родства в пользу когнатского. Не прекращаясь на протяжении длительного времени, этот процесс завершился в Уложении Юстиниана, которое уже вовсе не упоминает об агнатских и говорит только о когнатских родственниках. Выделяются *пять очередей* законных наследников:

первая очередь—все *нисходящие родственники* умершего с тем, что каждое поколение после первого, т. е. внуки, правнуки и т. п., наследует по праву представления;

вторая очередь—все *восходящие родственники*, а также *родные братья и сестры* с тем, что близкие родственники устраняют от наследования родственников отдаленных (например, дед устраняет прадеда);

третья очередь—*неполнородные братья и сестры* умершего, т. е. имевшие с ним общего отца при разных матерях или общую мать при разных отцах, с тем, что могло наследовать и потомство указанных лиц, но лишь по праву представления;

четвертая " очередь — все *прочие кровные родственники* без каких бы то ни было ограничений с тем, что более отдаленная степень родства устраняется более близкой;

пятая очередь—*переживший супруг*, т. е. жена .после умершего мужа или муж после умершей жены.

Размер наследственной доли. Римское частное право на всех этапах его исторического развития исходило из того, что между законными наследниками, относящимися к одной очереди и потому призываемыми к наследованию одновременно, наследственное имущество должно делиться в равных долях. Но это общее правило само приобретало в различных ситуациях неодинаковое выражение. В одних случаях оно действовало как норма о *поголовном равенстве* (in capite), а в других как норма о *равенстве поколенном* (in stirpes).

Поголовное равенство предполагало признание за каждым из наследников права на долю одного и того же размера. Поэтому, если к наследованию одновременно призывались четыре наследника, каждый из них приобретал право на $\frac{1}{4}$ наследственного имущества, если пять, то на $\frac{1}{5}$ и т. п. Лишь некоторые особые обстоятельства иногда вызывали необходимость сопровождения указанного правила отдельными коррективами. Так, по преторскому праву в составе первой очереди к наследованию призывался и эмансипированный сын. Но в таком случае его дети, хотя бы они оставались в семье наследодателя, не могли получить наследства даже по праву представления, признанному за ними законом XII таблиц. Чтобы они не оказались совсем отстраненными от наследования, претор обязывал эмансипированного сына половину полученного наследственного имущества предоставлять для раздела на началах равенства своим собственным сыновьям.

Поколенное равенство применялось в условиях, когда одни наследники приобретали наследственные права на общих основаниях, а другие в силу права представления. Так, по Уложению Юстиниана первую очередь законных наследников составляли нисходящие родственники умершего, но дети наследовали на общих основаниях, а внуки по праву представления. Тогда всему «колелу» внуков выделялась такая же наследственная доля, как и каждому из детей, а затем уже между самими внуками эта доля делилась на равных началах. Если, например, наследуют трое сыновей и шесть внуков, оставшихся после умершего ранее наследодателя его четвертого сына, то каждый из сыновей получает $\frac{1}{4}$ наследственного имущества, и такая же доля выделяется шести внукам для раздела в равных частях. Это обстоятельство давало дополнительное обоснование самому термину «право представления», ибо пользовавшиеся названным правом лица «представляли» выбывшего наследника в смысле не только возможности получения наследства, но и наследственной доли, которую они фактически могли получить.

§ 3. НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАВЕЩАНИЮ

Понятие наследования по завещанию. Собственник имущества имел право сам определять, к кому и в каком объеме после его смерти должны перейти входящие в это имущество права

и обязанности. Волевой акт собственника, посвященный вопросам такого рода, называется завещанием. Завещание, как определял его римский юрист Модестин,—это «справедливое решение нашей воли о том, что должно быть сделано после нашей смерти» (*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*). Но чтобы такое решение приобрело юридическую силу, оно нуждалось в определенном оформлении.

Гражданское право допускало три различных способа составления завещаний: *testamentum comitiis calatis*—провозглашение завещателем своей предсмертной воли в куриатных комициях (в народном собрании, созываемом по куриям); *testamentum in procinctu*—завещание воина, объявлявшееся в строю перед военным сражением; *testamentum per aes et libram*—завещание посредством меди и весов, иначе именовавшееся завещанием в виде манципации (*testamentum per mancipationem*).

Последнее имело наиболее широкое распространение и заключалось в том, что наследодатель подыскивал особое доверенное лицо, готовое принять на себя функции мнимого покупателя наследственного имущества (*familiae emptor*). Такому покупателю посредством обычной манципации продавалось на-следодателем имущество, но в произносимую при покупке словесную формулу вносились добавления, из которых с очевидностью явствовало, что совершенная продажа имела своей целью передачу имущества через мнимого покупателя наследникам мнимого продавца. Указанный вывод еще более усиливался благодаря тому, что после «покупателя» выступал «продавец», делавший к формуле о покупке определенное дополнение — *nuncupatio*. Оно как раз и представляло собой собственно завещание, поскольку именно здесь определялась судьба имущества на случай смерти собственника. Со временем из простого добавления к мнимой продаже нункупация превратилась в решающий, а мнимая продажа в чисто формальный акт. С переходом же от устной к письменной форме ее изложения она меняет и свое название, именуясь "теперь не нункупацией, а *testamentum*—завещанием.

Этим обстоятельством и воспользовался претор, который вовсе отказался от мнимой продажи, оставив одну лишь нункупацию. Составленная в присутствии семи свидетелей преторская нункупация приобретала силу завещания. В результате не только упрощалась завещательная процедура, но указанные в завещании лица становились наследниками с самого начала, а *familiae emptor* либо вовсе отсутствовал, либо выступал не в мнимом, а в подлинном своем качестве исполнителя предсмертной воли завещателя.

В праве постклассического периода было принято различать *частные* и *публичные* завещания. Они впоследствии и были закреплены Уложением Юстиниана.

Частные завещания составлялись в присутствии семи сви-

детелей. Если завещание провозглашалось устно, его называли *nuncupatio*. При письменном оформлении применялось наименование *testamentum tripatrium*. Публичные завещания совершались перед магистратом, судом или императором. Совершенное перед магистратом или судом, завещание заносилось в протокол и получало название *testamentum apud acta conditum*, Когда же письменно оформленное завещание вручалось императору, оно фигурировало под наименованием *testamentum prin-cipi oblatum*.

Содержание завещания. В завещании прежде всего *определялись наследники, назначенные его составителем.*

Для назначения наследников необходимо было обладать *активной завещательной способностью* (*factio testamenti activa*). Такой способности не было у умалишенных, несовершеннолетних и расточителей, а также у всех подвластных (*personae alieni juris*), кроме воинов, за которым[^] признавалось право завещательного распоряжения военным пекулием (*peculium castrensae*).

С другой стороны, назначить наследниками можно было лишь кого-нибудь из числа тех, кто обладал *пассивной завещательной способностью* (*factio testamenti passiva*). Такая способность не признавалась ни за peregrинами, ни за объединениями (*universitas*). Понятно также, что ее не было у рабов. Но если завещание освобождало из рабства, то разрешалось здесь же назначить отпускаемого на свободу наследником по завещанию. Более того, сам факт выделения хотя бы части наследства рабу превращал его в вольноотпущенника даже при отсутствии в завещании соответствующих прямых указаний.

Одновременно с назначением допускалось и *подназначение наследников*—так, называемая *субституция* (*substitutio*). Последняя сама выступала в трех различных вариантах:

а) *обычная субституция* (*substitutio vulgaris*)—на случай отпадения назначенного наследника вследствие смерти или по-иным причинам в завещании указывался какой-либо другой наследник («Если наследником не станет Тит, пусть наследником будет Стих»);

[^]*субституция для несовершеннолетнего* (*substitutio pupillaris*)—имущество завещалось несовершеннолетнему, - однако в завещании указывался другой наследник на случай его смерти после принятия наследства до достижения совершеннолетия («Пусть наследником будет Тит; если Тит умрет ранее достижения совершеннолетия, то пусть наследником будет Стих»);

в) *субституция как бы для несовершеннолетних* (*substitutio quasi-pupillaris*)—она применялась к душевнобольным, если бы, приняв наследство, они умерли до выздоровления.

Наряду с назначением и в необходимых случаях подназначением наследников завещатель определял *наследственную долю*, выделяемую каждому из них. Размер выделенной доли зависел от усмотрения завещателя. Однако некоторые из числа

законных наследников не могли быть лишены наследства полностью. Круг таких наследников с переходом от одной эпохи к другой меняется. В-самые поздние времена-к их числу относились восходящие и нисходящие родственники, а /также родные братья и сестры наследодателя. Меняется и размер той части наследственного имущества, которая переходила к ним в обязательном порядке. На позднем этапе послеклассического периода он составлял ¹Л законной доли (*quarta legitimaе partis*). Так, если у умершего было два законных наследника и каждому из них обеспечивалось право на наследство в указанном размере, то при отсутствии завещания они-получили бы по ¹/г наследственного имущества, а оставленное наследником завещание в пользу посторонних лиц не могло бы лишить их ¹А этой доли, и каждый все равно получил бы ¹/g наследственного имущества.

Помимо перечисленных в завещании нередко решались и различные иные вопросы: о назначении исполнителя воли наследодателя, об отпущении на свободу рабов, о лицах, которым поручалась опека над детьми умершего, и т. п. Для того, " однако, чтобы совершенный акт имел юридическую силу завещания, он •во всяком случае должен был определить наследников с указанием либо на передачу всего наследственного имущества одному наследнику, либо о выделении определенных долей каждому из них.

Легат, фидеикомисс и дарение на случай смерти. Завещание могло строиться так, что имущество завещалось определенному наследнику, но он обязывался указанную в завещании вещь или ¹ обозначенную часть наследства передать другому лицу. Такое завещательное распоряжение называлось *легатом* (*legatum*). Лицо, в ¹пользу которого вводился легат (легатарий), не становилось наследником, а приобретало право требовать выдела" легата от наследника, им обремененного. Но чтобы легат не причинил урона кредиторам умершего, он выдавался лишь после погашения всех долгов, обременявших наследство. С другой стороны, во избежание поглощения легатом всего наследственного имущества принятый в I в. до н. э. закон Фальцидия (*lex Falcidia*) установил, что ¹А этого имущества (*quarta Fal-cidia*) при всех обстоятельствах должна быть свободна от легата. Следовательно, распоряжение о легате не могло по своему объему выйти за пределы ³/^ наследственной массы.

Условие о легате включалось в завещание, а впоследствии допускалось его отдельное оформление в так называемом *коди-цилле*. Тем самым обременить легатом можно только завещательного, но не законного наследника. Если легатарий от легата отказывался, соответствующее имущество оставалось у наследника, обремененного легатом. В случае же, когда от обремененного легатом наследства отказывался наследник, легатарий **все** равно мог получить причитавшееся ему предоставление за счет наследственного имущества.

От легата отличался *фидеикомисс* (fideicomissum—доверительное поручение). Он тоже был сопряжен для наследника с имущественными обременениями, установленными наследодателем в пользу определенного лица. Но такие обременения вводились кодициллом лишь для наследников по закону, а не по завещанию. К тому же их выполнение не обеспечивалось иском и зависело от добросовестности обязанного лица.

Но уже в I в. до н. э. фидеикомисс приобрел юридически обязательную силу, а при Юстиниане слился с легатом.

У легата (включая поглощенный им фидеикомисс) есть несомненные черты сходства с дарением. Сами римляне определяли его как завещательное дарение (legatum est donatio testamento relicto). Необходимо при этом учитывать, что римское право различало два вида дарения: между живыми и на случай смерти.

Дарение между живыми (donatio inter vivos) основывалось на договоре с одаряемым и исполнялось самим дарителем. Ввиду безвозмездности этого акта римляне не усматривали в нем достаточного смысла, и подвергали его различным ограничениям. В доклассический и классический периоды действовала система *сincia*, вводившая определенный лимит возможных дарственных актов, который не распространялся лишь на отношения между близкими¹ родственниками. С переходом к преемственному периоду устанавливается система *insinuatio*, требовавшая регистрации дарственных актов в магистрате. Дарение не могло быть также совершено одним супругом в пользу другого, кроме послебрачного дарения (donatio propter nuptias) со стороны мужа, предоставлявшегося как противовес приданому (dos), которое вносилось со стороны жены. Не исключалось и обратное истребование врученного дара (revocatio), если одаряемый проявлял в отношении дарителя неблагодарность или если дарение было совершено под фактически не наступившим условием (sub modo), например под условием вступления в брак, на самом деле не состоявшийся.

Дарение на случай смерти (donatio mortis causa) также имело своим основанием, заключенный с одаряемым¹ договор, но исполнялось лишь после смерти дарителя. Оно более всего приближается к легату, было способно обеспечить достижение аналогичных целей и не подвергалось никаким другим ограничениям, кроме того, которое вводилось для легата (например, по закону Фальцидия, который из числа возможных объектов дарения на случай смерти исключал¹ имущество, оставшегося после смерти собственника). Но и такое дарение было все же договором, а не односторонним актом завещателя. Поскольку одаряемый становился кредитором непосредственно наследодателя, нужно было принять особые меры, чтобы путем использования дарения на случай смерти не наносился ущерб другим кредиторам наследодателя (in fraudem creditorum). Эти

меры состояли в признании такого дарения недействительным. Кроме того, легат воплощался либо в определенной вещи, либо в точно обозначенной части наследственного имущества. Что же касается дарения, даже и заключенного на случай смерти дарителя, то оно могло состоять в dare (например, дать какую-либо вещь), obligare (например, принять на себя перед одаряемым денежное обязательство) или liberare (например, освободить одаряемого от долга, который с него причитался в пользу дарителя).

Отмена и недействительность завещания. Завещатель не был связан составленным завещанием и мог отменить его в любое время. В период действия доклассического и классического права для этого необходимо было совершить акт такой же по форме, как и ранее составленное завещание, но с противоположным содержанием (contrarius actus), например объявить о новом решении в куриатных комициях, перед строем и т. п. В после-классический период положение существенно упростилось. На-следодатель мог теперь составить новое завещание, и это автоматически приводило к утрате юридической силы ранее составленного завещания по правилу: testamentum posterior derogat testamenti priori (позднее завещание отменяет предыдущее).

Но если отмена завещания зависела от составителя, то признание его недействительным предопределялось обстоятельствами, указанными в законе. К числу таких обстоятельств относились:

несоблюдение формы. При этом имеется в виду не только необходимая для составления завещания процедура, но и все другие формальные требования, касающиеся отдельных его указаний, словесных оборотов и т. п. Так, в древнеримские времена при назначении завещательными наследниками лиц, не относившихся к так называемым своим наследникам (sui heredes), - нужно было прямо указать, что последние лишены наследства (exheres esto). Иначе завещание считалось недействительным;

нарушение права на обязательную долю. Ранее уже говорилось о наследниках, которые не могли быть лишены наследства полностью и за которыми при всех условиях признавалось право на обязательную долю, исчисленную в виде определенной части от законной доли. Доюстиниановское право допускало возможность полного лишения их наследства по справедливым основаниям (например, ввиду неблагодарности по отношению к наследодателю), а Юстиниан свел эту возможность к 22 основаниям, прямо им перечисленным. Но при отсутствии достаточных оснований завещание, вторгавшееся в обязательную долю, объявлялось недействительным, и только при Юстиниане вместо недействительности оно приводилось в соответствие с правилами об обязательной доле;

отсутствие завещательной способности. Это относится в равной мере как к активной, так и к пассивной способности, т. е. к способности не только составить завещание, но и быть в нем

указанным в качестве наследника. Однако активная способ-¹ ность должна сохраняться на протяжении всего времени от составления завещания до смерти завещателя. Ее утрата в какой угодно момент указанного периода делала завещание недействительным. Напротив, пассивная способность необходима лишь на моменты составления завещания и принятия наследства. Все, что происходило в промежутке между этими моментами, не могло нанести вреда юридической силе завещания (*media tem-pora pop nocent*).

§ 4. ОТКРЫТИЕ И ПРИНЯТИЕ НАСЛЕДСТВА. ЗАЩИТА НАСЛЕДСТВЕННЫХ ПРАВ

Открытие и способы принятия наследства. Под открытием наследства понимается наступление фактов, ввиду которых принадлежавшее собственнику имущество становится наследственным и может быть принято лицами, для которых оно в этом качестве предназначено. Нормы римского права связывали открытие наследства со смертью наследодателя. До тех пор, пока наследодатель оставался в живых, его имущество не могло быть унаследовано, и ни законные, ни указанные в завещании наследники никаких прав на это имущество не приобретали.

С точки зрения принятия наследства все наследники подразделялись на две категории.

К первой категории относились те, которые как в гражданском, так и в преторском праве назывались *heredes sui* (свои наследники). В аналогичной ситуации при действии Уложения Юстиниана оказывались наследники, которые, входя в состав первой очереди, проживали совместно с наследодателем до момента его смерти. Поскольку переход имущества к указанным наследникам означал оставление его в той же семье, в какой оно находилось до момента смерти наследодателя, закон обязывал перечисленных лиц к принятию наследства и исключал возможность отказа от него. Их называли поэтому *обязательными наследниками* (*heredes necessarii*).

Вторую категорию составляли все прочие наследники. В отличие от своих они именовались внешними или посторонними наследниками (*heredes extranei*), так как находились вне подвластности наследодателя и не образовывали совместно с ним единой семьи. Поскольку переход к наследникам этой категории выводил имущество за пределы данной семьи, закон не обязывал их к принятию наследства. Все зависело от собственного усмотрения таких наследников, в связи с чем они именовались добровольными наследниками (*heredes voluntarii*).

Добровольные наследники могли принять наследство разными способами. Гражданское право знало два способа принятия наследства: *cretio*— торжественное заявление, сделанное в присутствии свидетелей, и *pro herede gestio* — конклюдентные дей-

ствия (*concludere*—заключать, умозаключать), т. е. такие, на основании которых мог бы быть сделан безошибочный вывод о том, что оставшееся после смерти наследодателя имущество принято наследником (например, продажа некоторых вещей наследодателя или обращение с иском о погашении задолженности его должниками). Претор признавал наследников принявшими наследство, если они обращались с просьбой о *вводе их во владение* наследственным имуществом. Уложение Юстиниана для принятия наследства считало достаточным *простое изъявление воли* (*nuda voluntas*), совершенное путем подачи магистрату соответствующего письменного заявления.

Срок для принятия наследства нормами гражданского права не устанавливался. Претор ограничивал его 100 днями для нисходящих и восходящих, а также одним годом для прочих наследников. В промежутке между моментами открытия и принятия наследство оказывалось в юридически неопределенном («подвешенном») состоянии (*hereditas jacens*). Поначалу оно рассматривалось в этот период как имущество, не имеющее собственника (*sine domino*), никому не принадлежащее (*res nullius*). Оно могло быть поэтому приобретено в собственность любым лицом посредством завладения (оккупации), и по истечении срока приобретательной давности оккупант становился его собственником. В дальнейшем оккупация допускалась уже в отношении не всего наследственного имущества, а только тех конкретных вещей, которыми оккупант фактически владел, с тем что до истечения срока приобретательной давности они могли быть истребованы по иску наследника. Право послеклассического периода вовсе отказалось от приравнивания *hereditas jacens* к бесхозяйному имуществу и одновременно ввело ответственность за его расхищение. Отныне наследство могло либо поступить к наследникам, либо оказаться в особом правовом положении в связи с отказом наследников от его принятия.

Последствия принятия наследства. Эти последствия имели как духовное, так и материальное выражение. Их духовным выражением было *sacra* — возложение на наследника обязанности по поддержанию и сохранению, культа самого умершего и его предков. Материальный результат принятия наследства состоял в том, что все имущественные права наследодателя — не только вещные, но и личные — переходили к наследнику. Исключение делалось лишь для таких имущественных прав, которые, подобно личным сервитутам, не могли принадлежать никому другому, кроме как самому наследодателю, и прекращались одновременно с его смертью.

Универсальность перехода имущественных прав в порядке наследования вызвала к жизни особое юридическое установление—так называемую *наследственную трансмиссию* (*transmissio delationis*). Суть ее состояла в том, что если наследник умер, не успев принять наследство в установленный срок, наследственное право, уже возникшее в его лице, переходило к его собственным

наследникам и могло быть осуществлено на тех же самых условиях, что и первоначальным обладателем этого права (наследование наследственных прав).

В то же время дело не ограничивалось приобретением одних только имущественных прав. К наследнику переходили также обременявшие наследодателя имущественные обязанности. При этом наследник обязывался к погашению всех долгов умершего, хотя бы своими размерами они превосходили актив перешедшего к нему имущества (ответственность *ultra vires hereditatis*). В результате принятия наследства происходило смешение имущества наследника с имуществом наследодателя, и в качестве единого целого оно становилось объектом возможных взысканий со стороны кредиторов как наследника, так и наследодателя. •

Изложенные правила в случае их применения без каких бы то ни было оговорок могли причинить урон либо кредиторам наследодателя, либо самому наследнику.

Урон для кредиторов оказывался неизбежным, если в пределах наследственной массы актив был бы достаточным для погашения задолженности, но в результате смешения с имуществом наследника, обремененным собственными долгами, пассив превышал величину актива. Чтобы этого не произошло, кредиторы умершего были вправе потребовать *размежевания* имущества наследника и наследодателя (*separatio bonorum*), подав магистрату соответствующее заявление. Тогда их притязания удовлетворялись лишь за счет наследственного имущества, "причем до полного удовлетворения наследство не могло стать объектом взыскания со стороны кредиторов наследника.

Не кредитору, а сам наследник нес урон в случаях, когда сумма актива не достигала обременявших наследство долгов, и потому в определенной части их приходилось погашать за счет собственного имущества наследника. Во избежание такой невыгодной для себя ситуации наследник имел право потребовать *инвентаризации* наследственного имущества. Тогда возлагаемая на него ответственность по долгам наследодателя не могла уже превысить пределы входившего в наследство актива (ответственность *intra vires hereditatis*).

Если имущество в порядке наследования приобреталось несколькими лицами, раздел производился сообразно с наследственными долями каждого из них, а неделимые вещи в тех же долях становились общей собственностью наследников. Пропорционально наследственным долям между наследниками распределялись и долги наследодателя, а в указанных пределах на основе изложенных выше общих правил строилась их ответственность по долгам.

Последствия отказа от наследства. Наследник считался отказавшимся от наследства, если он сделал об этом прямое заявление, а когда был введен срок для принятия наследства, то и в случае, если не последовало его принятие надлежащим спо-

собом в пределах установленного срока.

Отказ от наследства в несовпадающих конкретных условиях вызывал различные юридические последствия.

Во-первых, отказ мог последовать со стороны наследника, которому в завещании был подназначен другой наследник в порядке обычной субституции. При таких обстоятельствах субститут становился на место наследника, как только тот отказывался от наследства.

Во-вторых, от принятия наследства мог отказаться наследник, не имевший субститута и призванный к наследованию по закону или по завещанию вместе с другими лицами. Такой отказ порождал у прочих наследников *jus adcrescendi* — право на приращение доли отпавшего наследника к их собственным долям. Если, например, всего к наследованию призывались четыре наследника, но один из них от наследства отказался, то оставшиеся наследники получали не 1/4, а 1/3 наследственного имущества каждый. При наследовании по закону право приращения возникало у прочих законных наследников, а при наследовании по завещанию—у иных наследников, указанных в завещании. Передача доли отпавшего завещательного наследника законным наследникам не допускалась,¹ поскольку римское право исключало возможность одновременного наследования после смерти одного и того же лица как по закону, так и по завещанию.

В-третьих, по мере развития римского частного права все более проникало в его нормы и становилось все шире распространенным неизвестное древним временам *successio ordinum et graduum*. На примере норм Уложения Юстиниана этот принцип можно было бы проиллюстрировать следующим образом. К первой очереди законных наследников Уложение относило нисходящих, а ко второй восходящих родственников умершего. Если от наследства отказывались все нисходящие, к наследованию призывались восходящие родственники, что и называлось *successio ordinum*. Кроме того, в составе второй очереди близкие родственники вытесняли более отдаленных. Но если близкий родственник (например, отец) от наследства отказывался, к наследованию призывали более отдаленного родственника (например, деда), что и называлось *successio graduum*. При внедрении такой системы отказ от наследства со стороны одного законного наследника открывал возможность его принятия другими законными наследниками в порядке очередности, а в пределах данной очереди—соответственно степени родственной близости к наследодателю.

В-четвертых, не исключалось такое положение, когда наследодатель распоряжался своим имуществом при помощи завещания, но все без исключения назначенные им наследники от принятия наследства отказывались. Тогда наступали такие же последствия, как если бы завещания не было, и наследственное имущество целиком переходило к законным наследникам.

В-пятых, если до введения системы *successio ordinum et graduum* от наследства отказывались фактически призванные к наследованию относительно более близкие родственники наследодателя, это вызывало отпадение наследственных прав и у других, более отдаленных родственников. Когда же *successio ordinum et graduum* появилось и было внедрено в полном объеме, то аналогичная ситуация складывалась при условии, что от наследства отказывались все до единого как законные, так и завещательные наследники. В результате наследство становилось выморочным (*bonum vacans*). Долгое время оно рассматривалось как никому не принадлежащее имущество (*res nullius*), собственником которого становился тот, кто первым его оккупировал. Только в конце I в. до н. э. — начале I в. н. э. закон Юлия и Папия Пупия установил, что выморочное наследство должно передаваться фиску с погашением обременявших его долгов в общеустановленном порядке.

Защита наследственных прав. Когда наследование осуществлялось на основе норм гражданского права, его защита обеспечивалась гражданскими исками. Значение общего (генерального) иска имело *petitio hereditatis* — требование о наследстве. Это требование предъявлялось по поводу как вещей, так и правомочий, входивших в состав наследственного имущества.

Лица, отнесенные к разряду наследников благодаря деятельности претора, защищались при помощи преторского интердикта, который назывался *quorum bonorum*. Опираясь на этот интердикт, преторский наследник мог потребовать от претора, чтобы тот ввел его во владение наследственным имуществом (*missio in possessionem*). Хотя подобный акт формально не лишал наследственных прав квинтитского наследника, он делал его права практически неосуществимыми. А после истечения срока приобретательной давности преторский наследник становился собственником наследственного имущества и с точки зрения квинтитского права.

К охарактеризованному интердикту впоследствии было присоединено предоставленное преторскому наследнику по-сессорное требование о наследстве—*hereditatis petitio possessoria*. По своему содержанию оно ничем не отличалось от *petitio hereditatis*, которым пользовался квинтитский наследник. И если интердикт *quorum bonorum* позволял преторскому наследнику вступить во владение наследственным имуществом, то в соответствии с *hereditatis petitio possessoria* он мог истребовать вещи наследодателя из чужого незаконного владения и осуществить все прочие имущественные права, перешедшие к нему по наследству.

Хотя в Уложении Юстиниана следы различия между квинтитскими и преторскими наследниками начисто исчезают, защита наследственных прав строится там на основе таких же правил, как закрепленные в *petitio hereditatis* и интердикте *quorum bonorum*.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Глава первая. Введение в изучение римского частного права . .	3	
§ 1. Предмет, система и задачи римского частного права как учебной дисциплины	—	
§ 2. Юридические нормы и субъективные права в римском праве	10	
Глава вторая. Лица	26	
§ 1. Общие положения	—	
§ 2. Состояние свободы	27	
§ 3. Состояние гражданства	32	
§ 4. Семейное состояние	38	
§ 5. Ограничения правового состояния	51	
		§ 6. Юридические лица 59
Глава третья. Вещи	63	
§ 1. Понятие и классификация вещей	—	
§ 2. Право собственности	68	
		§ 3. Права на чужие вещи
		82
Глава четвертая. Способы приобретения имущества	90	
I. Обязательства:—	—	
§ 1. Общие понятия об обязательствах	—	
§ 2. Договорные обязательства. Общие положения	92	
§ 3. Договорные обязательства. Отдельные виды	116	
§ 4. Деликтные обязательства	134	
§ 5. Как-бы-договорные обязательства	137	
		§ 6. Как-бы-деликтные обязательства
		139
II. Наследование	140	
§ 1. Понятие и виды наследования	—	
§ 2. Наследование по закону	141	
§ 3. Наследование по завещанию	145	
		§ 4. Открытие и принятие наследства. Защита наследственных прав
		151 ¹

Иоффе Олимпиад Соломонович, Мусин Валерий Абрамович **Основы римского гражданского права**

Редактор *Г. Я- Панова* Техн. редактор *Е. Г. Учаева* Корректоры *Р. Л. Савина. И. П. Губерер*

М-33460. Сдано в набор 4-III 1974 г. Подписанок печати 10 IX 1974г. Формат бум. 60X90Via. "Бумага тип. № 3. Уч.-изд. л. 10,35. Печ. л. 9,75. Бум. л. 4,9. Тираж 25750 экз. Заказ 259. Цена 36 к. Издательство ЛГУ имени А. А. Жданова. 199164. Ленинград, Университетская наб., 7/9.

Сортавальская книжная типография Управления по делам издательств, полиграфии и книжной торговли Совета Министров Карельской АССР. Сортавала, Карельская, 42.