





ДМИТРИЙ АЗАРЕВИЧЪ

# СИСТЕМА РИМСКАГО ПРАВА

УНИВЕРСИТЕТСКІЙ КУРСЪ

ТОМЪ I



С.-ПЕТЕРБУРГЪ  
Типографія А. С. Суворина. Эртельевъ пер., д. 11—2  
1887



THE CLASSICAL LIBRARY  
CLASSICAL LIBRARIES  
ANTHROPOLOGY 1250

RECEIVED

PRINTED IN U.S.A. BY THE UNIVERSITY OF TORONTO PRESS

1951

## ПРЕДИСЛОВІЕ.

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

ходящіяся съ ними направленія. При этомъ послѣднія излагалъ въ отступлениі и къ болѣе слабымъ относился критически, на дѣйствительно же сильныя указывалъ безъ дальнѣйшихъ разъясненій.

Д. А.

Одесса  
1887 г. 24 апреля.

## ВВЕДЕНИЕ.

---

### Источники римского права.

#### 1) До-юстинианово право въ сборникахъ:

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

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

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

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

#### 2) Юстинианово право:

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

Новое исправленное издание *Corpus juris civilis* принадлежитъ Th. Mommsen и Krueger съ 1877 г. Пандекты изд. Mommsen, Институціи и Кодексъ — Krueger, Новеллы обрабатывается Schoell. Кромъ того, новѣйшее греческое издание Новелль Юстиниана выполнено Zachariae v. Lingenthal.

#### 3) По-юстинианово право:

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

*Ο πρόχειρος νόμος изд. Zachariae. Heidelb. 1837.*

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

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

Объ остальныхъ источникахъ по-юстинианова права см. въ Исторії Византійскаго Права Д. Азаревича. Яросл., 2 т. 1876, 1877.

### Пособія при изученіи римскаго права.

*Savigny.* System des heutigen römischen Rechts 1840—1853.

*Kierulff.* Theorie des gemeinen Civilrechts. B. I, 1839.

*Puchta.* Pandekten. 1876, изд. 12 в. Schirmer.

*Puchta.* Vorlesungen über das heutige röm. Recht, 2 в. 1854, 55 изд. 4.

*Keller.* Pandekten-Vorlesungen 1866 изд. 2 в. Lewis.

*I. A. Seuffert.* Praktische Pandekten 1860—71, изд. 4.

*Sintenis.* Das praktische gemeine Civilrecht, 1869, изд. 3.

*Brinz.* Lehrb. der Pandekten. 3-е изд. начато въ 1884 (1 изд. 1857—71).

*Windscheid.* Lehrb. d. Pandekten. 1882 изд. 5.

*Arndts.* Lehrb. d. Pandekten. 1874 изд. 8.

*Wächter.* Pandekten в. 2, 1880—1881.

*Baron.* Pandekten. 1885 изд. 5.

*Марециолль.* Учебникъ римскаго гражданскаго права. Переводъ съ 8-го изд. 1867.

*Гудсмитъ.* Курсъ Пандектовъ. Перев. ч. 1, 1881.

*Zrodłowski.* Das römische Privatrecht. Bd. I 1877, Bd. II 1880.

*M. E. Schmidt.* Pandekten. Ausg. v. Dethier. B. I 1882.

*H. Dernburg.* Pandekten. B. I 1885.

*E. Hölder.* Pandekten. 1. Lief. 1886.

*E. J. Bekker.* System des heutigen Pandektenrechts. B. I, 1886. Тутъ-же см. и болѣе полный указатель нѣмецкой литературы (р. 41—43).

*Demangeat.* Cours élémentaire de droit romain. v. 2, 1864—66.

*Maynz.* Cours de droit romain, v. 3, 1870—74, изд. 3.

*Accarias.* Précis de droit romain 1871—74.

*Van Wetter.* Cours élémentaire de droit romain, v. 2, 1875—84.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

На русскомъ языкѣ нѣсколько изданныхъ лекцій по римскому праву:

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

*Капустинъ.* Институція римского права, 1880.

*Муромиевъ.* Гражданское право древняго Рима, 1883.

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

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

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

Повременныя изданія:

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

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

Jahrbücher für Dogmatik, нач. Jhering и др.

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

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

Zeitschrift f. Rechtsgeschichte v. Rudorff и др.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (римский отдѣль).

Другие немецкие юридические журналы указаны у *Bekker. Pandekten* p. 43, 44.

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

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

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

Archivio giuridico diretto da Serafini.

Журналъ гражданскаго и уголовнаго права. С.-Петербургъ. Юридический Вѣстникъ. Москва.

## ЗНАЧЕНИЕ РИМСКАГО ПРАВА.

---

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

Итакъ,

### Исторія усвоенія (рецепція) римскаго права.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>2)</sup> *Stobbe* cit 1 р. 611.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Такъ образовалось мало по малу понятіе имперского права (*Kaiserrerecht*), подъ которымъ разумѣлось, какъ юстицианово право, такъ и нѣмецкіе имперскіе законы.

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

Такое воззрѣніе на германскую имперію, а вмѣстѣ и на юстинианово законодательство, значительно подготавляло усвоеніе римского права, но практическіе результаты этого воззрѣнія были незначительны. Говоря о германской имперіи и значеніи въ ней римского законодательства, серьезно не думали еще объ осуществлѣніи этой идеи. Послѣдняя служила главнымъ образомъ тому, чтобы существующій имперскій порядокъ украсить блескомъ римского всемирного владычества и существующее право возвысить и освѣтить высокой римской правовой культурой<sup>1</sup>). Практическое же употребленіе изъ римского права во всѣ средніе вѣка ограничивалось только небольшимъ числомъ правоположеній<sup>2</sup>).

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

Въ римской имперіи правоотношенія церкви и клира опредѣлялись сама собой римскимъ правомъ и это положеніе примѣнялось и позднѣе прежде всего потому, что различная германская права не способны были развить особыхъ нормъ для церковныхъ отношеній, а, кромѣ того, римское право было личнымъ правомъ отдѣльныхъ духовныхъ лицъ, которые, какъ римляне, жили, во времена наводненія римской имперіи германцами, по римскому праву. Это первоначальное положеніе вещей осталось, благодаря идеи единства и универсальности, и позднѣе, когда въ клиръ стали приниматься лица и другихъ національностей. Поэтому уже весьма рано встрѣчаются своды римскихъ положеній для употребленія церковью или пріобщенія къ каноническимъ сборникамъ отдѣльныхъ мѣстъ изъ римскихъ сводовъ и т. п. (см. *Hinschius* въ *Holtzendorff's Encyclop.* 1, p. 146, 147).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>4)</sup> Modermann cit. p. 44.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>2)</sup> Монпелье, Орлеанъ, Тулуса, Ліонъ, Авиньонъ, Гренобль, Саламанка, Лиссабонъ, Коимбра. Въ Англіи, уже въ серединѣ 12-го вѣка, нѣкто Vacarius основалъ школу римского права. Въ Германіи первымъ университетомъ былъ пражскій, основанный въ 1348 г. Затѣмъ, выходитъ изъ Праги основанъ университетъ въ Лейпцигѣ въ 1409 г. Въ 1502 г. основанъ, знаменитый университетъ въ Биттенбергѣ. И. т. д.

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

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

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

<sup>1)</sup> Muther cit. p. 256—259.

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

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

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

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

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

<sup>7)</sup> Изрѣдка встрѣчаемая церковная запрещенія занятій гражданскимъ  
правомъ (*leges*) имѣли цѣлью устремить главный усилія клира на занятія  
теологіей (Muther, cit. p. 5).

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

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

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

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

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

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

<sup>3)</sup> *Schmidt*. Reception, p. 12, 18.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>1)</sup> Muther, cit. p. 138—135.

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

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

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

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

<sup>6)</sup> Cp. Bekker. Pandekten. I p. 5, 6.

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

должны были рано или поздно поддаться примеру высшаго имперскаго суда, чтобы не видѣть уничтоженія своихъ решеній въ аппеляціонной инстанціи и не нарушать единства въ судорѣшеніяхъ.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>2</sup>) Напр., отдѣль обѣ обязательствахъ представляетъ чистое извлече-  
ние изъ различныхъ трактатовъ Потье, известнаго толкователя римского права.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Еще большее значеніе имѣеть римское право, какъ главная основа науки права.

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

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

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

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

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

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

Ирнерий, которого часто называют *primus illuminator scientiae nostrae*, *lucerna iuris* и т. п., упоминается между 1113 и 1118 г. Онъ былъ приро-

<sup>4)</sup> Въ новѣйшее время ученые ревностно трудятся надъ собираниемъ этихъ памятниковъ. См. *Rudorff*. *R. Rechtsg.* § 116; *Fitting*. *Ueber d. sog. Turiner Institutionenglosse u. d. s. Brachylogus* 1870. Въ этомъ трудѣ Фиттингъ полагаетъ что *Brachylogus* составленъ въ Римѣ около 1000 г.; но въ позднѣйшемъ своемъ трудѣ (*Ueber die Heimat und Alter des sogenannten Brachylogus*. Berlin 1880, p. 22), онъ считаетъ его французскаго происхожденія, а именно по всей вѣроятности изъ Орлеана (*Rivier* въ *Nouv. Revue hist. du droit* 1877, p. 1—46). Объ изданіи трудовъ до Иренерія см. у *Landsberg*, p. 69—71. Подробную новѣйшую критику по памятникамъ возврѣнія о первоначальной средневѣковой литературѣ до 12-го вѣка см. *M. Conrat*. *Die Epitome exactis regibus. Studien zur Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. 1884, p. CXVI—CCLVII.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Съ гуманизмомъ начинается новое направленіе въ право-

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

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

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

въдѣніи. Въ кругу гуманистовъ высказывается глубокое пренебрѣженіе къ тогдашней юриспруденції<sup>1)</sup>). А такъ какъ общее направленіе эпохи возрожденія отмѣчалось собираниемъ и изученіемъ памятниковъ классической культуры, то подъ вліяніемъ гуманизма<sup>2)</sup> ученые юристы снова возвращаются къ источникамъ. Начинаютъ раздаваться голоса (напр., Ульриха Цазіуса) противъ непреложности *communis opinio*; теперь сознаютъ, что оно покойится на привычкѣ слѣпо слѣдовать за авторитетомъ, но что на самомъ дѣлѣ оно правильно только въ случаѣ согласія съ источниками<sup>3)</sup>). Но въ отличіе отъ гlossenаторовъ теперь заявляется требованіе подвергнуть ихъ филолого-критической обработкѣ съ помощью исторического метода. Гуманисты указывали (напр., Петrarка)<sup>4)</sup> юристамъ на полное ихъ невѣжество въ исторіи, на варварство ихъ языка<sup>5)</sup>). И вотъ юристы начинаютъ прибѣгать къ изученію исторіи римскаго государственного управления, процесса, вообще римскихъ древностей, литературы, и стараются писать въ болѣе элегантной формѣ. Высказываются (І. Аппель) требованія для юриста изучать исторію, грамматику, знакомиться съ трудами Цицерона, Саллюстія, Ливія и т. п. Это новое вѣяніе сказывается въ открытіяхъ новыхъ источниковъ (какъ напр., вестготскій Гай, *fragmenta Ulpiani, Paullus, Codex Theodosianus*, отрывки Василика), въ критическихъ изданіяхъ уже извѣстныхъ (таковы изданія I. Sichardus, Haloander). Съ итальянца Alciatus<sup>6)</sup> и француза Budens<sup>7)</sup> ведетъ начало элегантная юриспруденція. Въ трудахъ отдѣльныхъ юристовъ замѣчается уже и исторический элементъ. Такъ напр., въ Германіи нѣкто Udalricus Zasius (1461—1535 г.) былъ замѣчательнымъ знатокомъ исторіи римскаго права<sup>8)</sup>). Другіе стараются внести научную систему въ изложеніе права (напр., Французъ Peter Loriot<sup>9)</sup>),

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

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

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

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

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

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

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

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

Кромѣ Куяція и Доннеля, изъ болѣе значительныхъ именъ французской школы были Franciscus Duarenus, учитель Доннеля и по преимуществу систематикъ, и Franciscus Hottonianus, по преимуществу историкъ.

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

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

<sup>2)</sup> Напр., Vigilius, Conianus.

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

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

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

не всегда осмотрительно прилагала его начала къ обычновеннымъ жизненнымъ отношеніямъ.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>4)</sup> Rudorff въ Zeitsch. f. Rechtsg. 2, p. 39.

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

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

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

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

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

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

<sup>1)</sup> Bruns въ Holtzend. Encyclop. I. 313.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Нельзѧ оспаривать факта заимствованій, но отношеніе этого факта къ ідеѣ національности въ правѣ понято Герингомъ не совсѣмъ вѣрно.

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

туземные институты (*Modderman* сіт. р. 11). Мало того, все право *Corpus juris civilis* проникнуто совершенно отличными от германского права воззрениями. Такъ напр., оно основывалось на свободѣ и равенствѣ лицъ, а также на свободѣ собственности; тогда какъ германское право отличалось различиемъ состояній, сословій и несвободой собственности (*Sohm* въ *Grünhut's Zeitsch.* I, р. 248, 249). Такимъ образомъ подъ вліяніемъ первого необходимо должна была измѣниться вся правовая дисциплина нѣмцевъ, какая она тамъ ни была.—Но съ другой стороны, идея национальности не противна заимствованіямъ чужого. Совершенно справедливо, если на право смотрятъ, какъ на нечто национальное, но невѣрно, если национальнымъ считаютъ только собственное произведеніе націи. Кто сомнѣвается, что нѣмецкое искусство и литература национальны, кто отрицааетъ, что Лессингъ, Гёте, Шиллеръ национальные творцы, несмотря на то, что они заимствовали тайну прекраснаго въ мышлении и формѣ отъ грековъ? Чрезъ умственную переработку чужого материала и соединеніе съ первоначально собственнымъ рождается национальное, не менѣе национальное, какъ и сотворенное въ первобытной исключительности (*Muther. Zur Gesch. d. Rechtswiss. u. d. Universit. in Deutschl.*, р. 35). То, что сказано здѣсь объ языке, равно справедливо и для права.

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

Послѣ незначительныхъ проявленій чисто философскаго направлениія, историческій методъ установился окончательно. Но въ одно время съ Савиномъ выступилъ ученый, который предметомъ исторического изслѣдованія избралъ нѣмецкія туzemные права. Ученый этотъ былъ Карль-Фридрихъ Эйхгорнъ

Лекция 17. Германское право

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

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

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

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

<sup>3)</sup> Іерингъ. Значеніе, стр. 4.

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

<sup>5)</sup> Unsere Aufabe въ Jahrбѣcher f. d. Dogmatik B. 1, p. 3, 4.

данныхъ явлений, т. е. того, изъ чего составляется практическое, жизненное значение юридической науки. Савиньи и его строгие последователи ограничивались темъ, что прослеживали историческое проявление и развитие правовыхъ идей<sup>1)</sup>). Поэтому историческую школу справедливо упрекали въ фатализмѣ и квѣтизмѣ<sup>2)</sup>). И вотъ зарождается новое направление въ юриспруденціи, которое выражается въ философскомъ обоснованіи и развитіи результатовъ, добытыхъ исторической школой; исторический методъ соединяется съ спекуляціей<sup>3)</sup>). Въ юриспруденціи теперь стремятся распознать общія понятія и идеи, которые въ отдельныхъ народныхъ правахъ стали конкретными историческими явленіями, въ ихъ общей формѣ и необходимости<sup>4)</sup>).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ласть захватываемаго юриспруденцией научнаго материала изъ другихъ наукъ. Но этимъ мы указываемъ только, изъ какихъ лабораторий получается материалъ для юридическихъ построенийъ, но, конечно, и трудъ этихъ построенийъ, и трудъ отдельныхъ подготовительныхъ вѣтвей для него, и каждый частный приемъ (напр., простая экзегеза римскихъ источниковъ) могутъ составить предметъ особыхъ работъ, одна другую не исключающихъ, такъ какъ всѣ онъ служатъ одной практической наукѣ, наукѣ юридической.

Впервые данное направление юриспруденции было начертано Кирульфомъ (*Kierulff. Theorie des gem. Civilr. Bd. I. Altona. 1839*) и въ новѣйшее время значительно развито учеными изслѣдователями, особенно извѣстнымъ Рудольфомъ ф. Иерингомъ въ его извѣстномъ «Духѣ римскаго права». Въ новомъ же своемъ труде (*Der Zweck im Recht. Leipzig 1877 1884*), Иерингъ предпринимаетъ такое изслѣдование права, которое по приему не будетъ ни философскимъ, какъ лишенное всякого общаго принципа въ основѣ, ни юридическимъ, какъ не дающее ни одной юридической конструкціи (ср. Bd. I, p. 492), ни историческимъ. Приемъ этотъ можно было бы назвать съ Ф. Даномъ *иеринскимъ*, если бы Иерингъ ясно не исходилъ изъ человѣческой природы съ ея соціальными стремлѣніями, т. е. изъ того, что составляетъ исходную точку и приемъ старой школы естественного права (*F. Dahn. Die Vernunft im Recht. Berlin 1879, p. 3, 8*).

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

Справившись теперь: какое же положеніе заняла наука римскаго права въ современномъ направлении правовѣданія?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Содержаніе курса.

Предметомъ курса гражданскаго римского права будетъ доктринальское его представлениe по всему содержанію чисто римскому и въ системѣ, выработанной современной наукой, особенно германскими учеными.

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

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

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

права въ системѣ, выработанной германскими учеными, въ системѣ, прини-  
маемой теперь почти во всѣхъ странахъ, исключая пока Францію, держащейся  
своихъ собственныхъ традиціонныхъ прѣмовъ, въ которыхъ преобладающимъ  
признакомъ служить экзегеза въ порядкѣ юстиніановскихъ Институцій. Къ  
этому вымуждаетъ французскихъ ученыхъ и официальная программа по рим-  
скому праву.

Но прежде чѣмъ приступить къ начертанію системы рим-  
ского права и изложенію ея отдельовъ, необходимо установить  
тѣ философско-правовые основы, которыми будутъ проникнуты  
всѣ ученія данной науки.

### Общее понятіе права.

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

<sup>1)</sup> L. 10 § 2. D. 1, 1.

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

<sup>3)</sup> По выражению Модестина: *Legis virtus haec est imperare, vetare, per-  
mittere, punire* L. 7 D. 1, 3.

<sup>4)</sup> L. 10, § 1, D. 1, 1.

ній этики признакомъ виѣшней принудительности. Право есть дисциплина принужденія<sup>1)</sup>). Но, ограничивая свободу, право вмѣстѣ съ тѣмъ признаетъ ее, санкционируетъ ее въ предѣлахъ своихъ повелѣній. Виѣ права нѣть свободы.

Повелѣнія права виѣшне выражаются въ опредѣленіяхъ, постановленіяхъ, предписаніяхъ, законахъ. Совокупность правовыхъ законовъ составляетъ обективное право (*norma agendi*). Въ противоположность ему, субъективное право (*facultas agendi*), есть та мочь, та власть, которая предоставляется объективнымъ правомъ отдельному человѣку. Изъ этого опредѣленія объективного и субъективного права видно, что основной его элементъ есть воля, на которой и должна быть построена вся теорія права. Дѣйствительно, въ философіи права постепенно выяснялся этотъ основной элементъ права. Сперва обратиль на себя вниманіе признакъ виѣшней принудительности, который, по своей очевидности, и сталъ выдѣляться философами и юристами при опредѣленіи права<sup>2)</sup>). Такъ, Кантъ опредѣлялъ право, какъ совокупность условій, которыя ограничиваютъ свободу отдельныхъ лицъ, чтобы привести ихъ къ согласію<sup>3)</sup>). Нынѣ господствующая конструкція права принадлежить Гегелю. По его взглѣду, сущность права, какъ въ объективномъ, такъ и въ субъективномъ смыслѣ, заключается въ волѣ. Задача, цѣль права состоитъ въ постоянномъ осуществлѣніи; для этого же предполагается извѣстная мочь, органомъ, носителемъ которой есть воля. Только путемъ волеизъявленія законодателя правовая понятія становятся правоположеніями. Отсюда право въ объективномъ смыслѣ можно опредѣлить, какъ общую волю; право же въ субъективномъ смыслѣ,— какъ власть, мочь отдельного лица, т. е. отдельная воля, насколько она опредѣляется общею волею, объективнымъ правомъ<sup>4)</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Кромѣ того, въ разсматриваемомъ опредѣленіи Іеринга материальное право смыывается съ процессуальной его защитой, все юридическое значеніе права перенесено на защиту. Отсюда послѣдовательно сдѣланъ былъ (*Thon* cit.) тотъ выводъ, что право вытекаетъ только изъ нарушения нормы, т. е. субъективная неправда есть источникъ всякаго субъективнаго права, которое состоить въ правѣ отрицать неправду. Это право отрицать неправду называются притязаніемъ. Такимъ образомъ выходитъ, что, напр., субъективнаго права собственности не существуетъ до нарушения, не можетъ оно возродиться и по нарушению, такъ какъ послѣднее рождаетъ лишь право на притязаніе, искъ. Съ другой стороны, притязаніе въ случаяхъ неправды есть только симптомъ права потерпѣвшаго; его можетъ и не доставать, такъ какъ имѣются права, изъ непризнания которыхъ не можетъ родиться притязаніе управомоченнаго (*Binding* въ *Kritisches Vierteljahrsschr.* N. F. B. 2, p. 566, 567, 575). Такие несостоятельные результаты получены отъ неverbального взгляда на защиту какъ на признакъ, опредѣляющій право. Защита не опредѣляетъ право, а лишь сопутствуетъ ему. Смышенія права материальнаго и процессуальнаго не существовало уже въ римскомъ правѣ, и совершило вѣрно признаютъ за римскими юристами величайшую заслугу въ томъ, что они ясно выдѣлили материальное право изъ процессуальнаго.

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

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

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

### Понятіе гражданскаго права.

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

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

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

<sup>1)</sup> § 4 I. 1, 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>2)</sup> Геринъ (Борьба за право, стр. 14) придаетъ борьбѣ противъ нарушения частнаго права значеніе долга, между прочимъ, и передъ самимъ обществомъ. Ср. *Dernburg. Pandekten Bd. I*, р. 47, п. 4.

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

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

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

### Предметъ и система гражданского права.

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

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

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

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

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

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

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

стематизація гражданскаго права, давая слѣдующее, болѣе подробнѣе, обоснованіе.

Гай въ вышеприведеной цитатѣ говоритъ: «*omne ius*», понимая подъ этимъ выраженіемъ какъ публичное, такъ и гражданское право. Но это никакъ не уничтожаетъ правильности выведенаго, на основаніи этихъ словъ Гая, подраздѣленія гражданскаго права, такъ какъ, говоря о гражданскомъ правѣ, мы относимъ къ нему только соответствующія личныхъ и имущественныхъ права.

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

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

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

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

Итакъ, имущественное право состоять изъ вещнаго и обязательственного права.

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

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

Наконецъ, отдельное конечное существование подвергнуто естественной беспомощности чрезъ дѣтство, безуміе и т. п. Въ этихъ случаяхъ человѣкъ ставится въ такое личное положеніе, которое имѣеть аналогию съ семейнымъ положеніемъ. Совокупность нормъ и правъ по данному личному положенію составляетъ *опеку и попечительство*.

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

#### I. Личные права:

- а) права личности,

---

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

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

### III. Имущественные права:

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

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

<i>Господствующая система:</i>	<i>Дигесты:</i>
1) Общія ученія.	Libr. 1—4 Источники права Лица Вещи (процессъ) In integr. restitu- tio.
2) Вещное право.	Libr. 4—11 In rem actiones etc.
3) Обязательственное право.	Libr. 12—19 In personam acti- ones. Libr. 20—22 Добавочные обяза- тельства.
4) Семейное право.	Libr. 23—25 Бракъ и прида- ное. 26, 27 Опека.
5) Наслѣдственное право.	Libr. 28, 29 Завѣщанія. 30—36 Отказы. 37, 38 Bonorum poss. и legitima hereditas.

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

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

Сходство это не должно служить доказательствомъ тождества основныхъ идей системы, которая всесфѣрою принадлежать современной науки, и римскимъ юристамъ не были известны.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

### I. СУБЪЕКТЪ ПРАВА.

#### Общее понятие о субъектѣ правъ.

Подъ правовымъ субъектомъ разумѣется все то, чему при-  
надлежать въ дѣйствительности права. Какъ таковой, правовой  
субъектъ будетъ *личомъ*, *persona*, въ юридическомъ смыслѣ слова.

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

Вопросъ: имѣть ли существо волю, или нѣтъ, есть *quaestio facti*, и такимъ образомъ личность есть реальное, а не идеаль-  
ное явленіе.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Виды правовыхъ субъектовъ.

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

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

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

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

#### Общее понятіе.

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

#### Начало физического лица, рождение.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>3)</sup> L. 9 § 1 D. 35, 2.

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

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

<sup>6)</sup> L. 231 D. 50, 16.

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

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

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

Богословій  
ср 149

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

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

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

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

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

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

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

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

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

нормальной человѣческой организаціи дѣлало родившагося неправоспособнымъ; таковое послѣдствіе имѣло только отклоненіе отъ существенныхъ признаковъ человѣческаго существа (*monstrum, prodigium*)<sup>1</sup>). По взгляду римскихъ юристовъ, рѣшающимъ признакомъ было нормальное образованіе головы, какъ органическое выраженіе человѣческаго существа<sup>2</sup>). Всѣ остальные отклоненія отъ обыкновенной человѣческой организаціи, какъ напр., срошеніе двухъ людей, ненормальное количество членовъ и т. п. (*ostentum*<sup>3</sup>), *portentum*), не служили основаніемъ не признавать за родившимся личности<sup>4</sup>).

### Конецъ физического лица, смерть.

Со смертью прекращается не только физическое, но и юридическое существованіе человѣка. Умершій настолько неправоспособенъ, насколько неправоспособно еще неродившееся. Смерть лица, какъ юридической факты, опредѣляющей разныя права, должна быть доказана тѣмъ, кто производить свои права отъ этого факта. Какихъ либо предположеній смерти римское право не допускало<sup>5</sup>).

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

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

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

<sup>2)</sup> Ср. L. 44 D. 11, 7.

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

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

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

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

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

### Правоспособность физическихъ лицъ.

*Status, caput, capitis deminutio.*

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

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

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

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

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

<sup>3)</sup> L. 9 § 4 D. 34, 5.

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

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

<sup>6)</sup> L. 17 § 7 D. 36, 1.

<sup>7)</sup> L. 9 § 2 D. 34, 5.

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

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

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

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

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

<sup>3)</sup> Pr. § 1—3 J. 1, 16; L. 11 D. 4, 5. Ulpian. XI, 11—18; Gajus 1, 159—163. Boëth. ad. Cic. Topic. c. 4 ed Orelli P. 1, p. 302.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4) Когда лицо, отцовской власти котораго подчинены дру-

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

<sup>2)</sup> L. 8 § 1, 2 D. 28, 1.

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

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

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

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

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

<sup>8)</sup> Gajus I § 162.

гія лица, перемъняетъ семью<sup>1)</sup>, то для подчиненныхъ нас ту-  
паетъ capit. demin, какъ-то для дѣтей patrisfamilias arrogati,  
legitimi или in patria potestate revocati.

То или другое status familae оказываетъ, какъ уже ска-  
зано выше, большое вліяніе на правоспособность лица. Поэту  
и capit. dem. minima должна отражаться на измѣненіяхъ въ  
правоспособности потерпѣвшаго такое уменьшение. Такъ, прежде  
всего capite minutus мѣняетъ свою familiam на новую, а этимъ  
разрушаются всѣ его прежнія права, обусловленныя агнат-  
ствомъ, какъ напр., наследственные права, права на опеку  
(legitima agnatorum tutela). Далѣе, при arrogatio и legitimatio  
все положительное имущество cap. minutus переходитъ въ соб-  
ственность patris familias. Затѣмъ, capite minutus освобождается  
отъ своихъ долговъ, исключая долговъ отъ правонарушений.  
Наконецъ, отношения по товариществу (societas), личные сер-  
витуты (узуфруктъ, узусъ) прекращаются для capite minutus.  
Въ Юстиніановомъ правѣ многія изъ этихъ послѣдствій смяг-  
чены, а другія и вовсе отмѣнены. Такъ, наследственные права,  
обусловленныя агнатствомъ, прекращаются по cap. dem. minima  
только для того, кто принадлежалъ къ семье по усыновленію<sup>2)</sup>,  
а позднѣе выпѣль изъ семьи по emancipatio или по новому  
усыновленію. Затѣмъ, arrogator и усыновитель получали только  
право пользованія имуществомъ capite minutus.<sup>3)</sup> Касательно  
долговъ преторскій эдиктъ разрѣшилъ вчинять иски, какъ бы  
cap. deminutio не было вовсе<sup>4)</sup>, и новый paterfamilias отвѣ-  
чаетъ въ размѣрѣ принесенного capite minuto активнаго иму-  
щества. Наконецъ, capite dem. min. по Юстиніанову праву уже  
не вело за собою прекращенія отношений по товариществу и  
личныхъ сервитутовъ<sup>4)</sup>.

Всѣ эти послѣдствія cap. dem. minima для правоспособно-  
сти cap. minutus, по древнему и новому римскому праву, нахо-  
дятся къ отдѣльнымъ случаямъ въ такомъ отношеніи. Въ ука-  
занныхъ примѣрахъ capitis dem. minimae, status familae или  
вовсе не измѣняется (въ §§ 3 и 4), или если и измѣняется, то  
вліяніе этого измѣненія на правоспособность самое разнообраз-  
ное; въ однихъ случаяхъ (§ 1) измѣненіе status ведеть за  
собою уменьшіе правоспособности, въ другихъ (§ 2)—правосп-

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

<sup>2)</sup> L. 1 § 4 D. 38, 8.

<sup>3)</sup> L. 2 § 1 D. 4, 5.

<sup>4)</sup> L. 16 C. 8, 33.

собность наоборотъ увеличивается. Такимъ образомъ, общій для всѣхъ *capitis demin. minima* признакъ есть только *mutatio familiae*, простая перемѣна въ семействѣ положеній.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Позднѣе въ императорскомъ Римѣ не держались строго этого начала.

По закону Юлія Папія Поппея,<sup>758</sup> лица извѣстнаго высшаго класса (сенаторы и ихъ дѣти) не могли вступать въ бракъ съ вольноотпущенной<sup>6)</sup>.

Вольноотпущеные, какъ обязанные своему прежнему го-

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

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

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

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

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

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

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

Такой вольноотпущеный, по выражению источниковъ, *vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus* (L. 3 pr. D. 38, 2).

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

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

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

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

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

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

<sup>4)</sup> *Fragm. Vatic.* § 226.

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

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

<sup>7)</sup> § 2 I. 1, 3.

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

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

<sup>10)</sup> L. 2 § 2 D. 9, 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>6)</sup> L. 14 § 2, 3. D. 23, 2.

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

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

который имѣть право отклонить отъ себя эту ответственность чрезъ похаже *deditio*. Servus же publicus могъ даже распоряжаться по завѣщанію половиной приобрѣтеннаго имъ имущества<sup>1)</sup>.

### Средній классъ между свободными и рабами.

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

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

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

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

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

<sup>3)</sup> Gajus 1, § 123.

<sup>4)</sup> Gajus 2, § 86.

<sup>5)</sup> Gajus 1, § 123.

<sup>6)</sup> Gajus 1, § 138.

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

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

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

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

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

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

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

3) *Auctorati*. Подъ этимъ именемъ известны были лица, которыя вступали въ гладиаторскій договоръ съ содержателями гладиаторскихъ учрежденій (Ianista). По этому договору гладиаторъ подчинялъ себя волѣ антрепренера настолько, что разсматривался какъ бы предметъ его собственности<sup>10</sup>). Въ случаѣ его похищенія, хозяинъ имѣлъ, подобно какъ и по от-

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

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

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

<sup>4)</sup> L. 43 § 3. D. 30.

<sup>5)</sup> L. 20 § 1. D. 28, 1.

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

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

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

<sup>9)</sup> Künze. Institutionen, § 800.

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

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

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

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

6/185  
Колоны были земледѣльцы, прикрѣпленные къ чужому по-  
земельному участку, обязанные уплачивать за пользованіе соб-  
ственнику подать и находящіеся отъ него въ извѣстной зави-  
симости личной и имущественной.

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

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

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

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

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

<sup>5)</sup> См. Savigny. Ueber den römischen Colonat въ Vermischte Schriften. B. 2, р. 1—67. Родбертусъ. Изслѣдованія въ области національной экономіи классической древности. Вып. 1 Адскрипції, инквилины и колоны. Пер. Ярославль. 1880. Heisterbergk. Die Entstehung des Colonats. 1876.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>3)</sup> L. 23, § 2 C. 11, 47.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ulpian. 5, § 4.

<sup>5)</sup> Ulpian. 19, § 4.

*Римские наименования *peregrini* и *dediticii* да, что первые не являются, никакими, наименованиями, а *colonarii* и *Iuniani* — это же *Latini*, то есть *commerciis* т.е. *testamentis**

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

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

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

#### Указанныя различія по правоспособности въ юстиніановомъ

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

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

<sup>3)</sup> § 1 I. 1, 5.

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

<sup>5)</sup> Fr. Dosith. § 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

Paterfamilias, какъ таковой, имѣлъ полную правоспособность гражданскую, *jus connubii* и *jus commercii*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Особыя юридичекія условія, предположенія право- способности физического лица.

Кромѣ общаго вліянія, которое оказываетъ *status* на право-способность физическихъ лицъ, положительное римское право, при опредѣлении объема право-способности, береть во вниманіе еще слѣдующія предположенія:

#### 1) Поль (sexus).

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

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

<sup>1)</sup> Pr. § 1 I. 1, 8.

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

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

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

Такъ для женщинъ мѣстожительство и компетентность суда опредѣлялись по лицу мужа. Затѣмъ, онъ не имѣли patriam rottestatem, поэтому же не могли усыновлять. Наконецъ, онъ обыкновенно не распоряжались свободно брачнымъ имуществомъ.

Въ классическомъ правѣ правоспособность женщинъ ограничивалась во многихъ другихъ случаяхъ, чemu слѣды сохранились въ Юстин. сводахъ. Такъ, онъ находились или подъ мужней властью (manus), или подъ пожизненной опекой (tutela perpetua Liv. 34. 2. Gaj. 1, 144. См. Азаревичъ. Опека и попечительство, стр. 133 и слѣд.). По закону же Воконія (lex Voconia 169 a. Ch. N. См. Savigny. Ueber die Lex Voconia въ Vermischte Schrift. I, p. 407—446. Giraud. Diss. sur la loi Voconia въ Mémoires de l'Acad. de Sc. mor. et pol., t. 1 p. 559),<sup>5)</sup> женщина не могла быть назначена наслѣдницей тѣми, кого имущество оцѣнивалось во 100 тысячъ сестерцій (Gaj. II, 274; Cic. in Verr. Act. II, L. 1, c. 41), а Voconiana ratio отняло отъ нея право наслѣдовать по закону отъ своихъ агнатовъ иначе какъ въ качествѣ сестры (Paulus Sent. 4, 8 § 22; Gajus III, 29). Были иѣкоторые и другія ограниченія женщинъ въ наслѣдственномъ правѣ. Объ этомъ будеть рѣчь въ своемъ мѣстѣ.

Главнѣйшія преимущества женщинъ выражались въ томъ, что по Sct. Vellejanum (46 г.), онъ не могли обязываться за другихъ<sup>6)</sup>; такъ, онъ не отвѣчали по поручительству за чужие долги, не могли и принимать на себя чужихъ долговъ<sup>6)</sup>; въ извѣстныхъ случаяхъ имѣть извинялось невѣдѣніе закона (egregi juris); legе Iulia de fundo dotali ея приданное охранялось отъ расточенія и отчужденія, и т. д.

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2) Возрастъ (aetas).

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

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

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

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

1) Несовершеннолѣтіе (*imruberes*, *pupilli*) по общему началу рассматривались въ правовой жизни вполнѣ недѣеспособными и если они были *sui iuris*, то къ нимъ назначались опекуны. *Imruberes* признавались неспособными совершить какой либо юридической актъ съ дѣйствительной силой. По значенію ихъ юридической дѣятельности они нерѣдко сопоставля-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>5)</sup> Gajus 3 § 109.

<sup>6)</sup> L. 18 pr. C. 6, 30.

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

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

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

<sup>10)</sup> § 10 I. 3, 19.

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

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

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

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

<sup>2)</sup> См. *Flach* cit. p. 11 и. п. 3.

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

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

<sup>5)</sup> L. 7 § 1 D. 44, 1.

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

<sup>7)</sup> L. 1 § 2, 3 D. 4, 4.

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

§ 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>8)</sup> L. 14 § 1 D. 34, 1.

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

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

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

<sup>12)</sup> L. 15 § 2 D. 1, 7.

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

влияние на юриспруденцию субъекта. Болезнь может быть телесная или душевная.

1) *Болезнь телесная* вообще не оказывает влияния на правовое положение лица. Но иногда право находит необходимым считаться с болезнью. Болезнь может состоять прежде всего в неправильном образовании или в недостатках органов, т. наз. *vitium*, определяемый нашими источниками, какъ *perpetuum corporis impedimentum*<sup>1)</sup>. Къ больнымъ этого рода относятся слѣпые (*caeci*), глухие (*surdi*), нѣмые (*muti*), а также лишенные мужской половой силы, *spadones*<sup>2)</sup>, между которыми слѣдуетъ отличать *castrati*, съ бессиліемъ видимымъ, и *spadones* въ тѣсномъ смыслѣ, съ бессиліемъ скрытымъ<sup>3)</sup>. Кроме того, болезнь можетъ состоять въ нарушении правильной деятельности органовъ, *morbis* въ тѣсномъ смыслѣ<sup>4)</sup>; сюда относятся и упомянутая неспособность къ дѣторожденію, *spadones*. — Влияние телесной болезни на юриспруденцию различно. Такъ, нѣмые и глухие не могли совершать ни одного правового акта, для которого требуется говорить и слушать<sup>5)</sup>; *castrati* (но не *spadones*<sup>6)</sup> не могли вступать въ бракъ<sup>7)</sup> и усыновлять<sup>8)</sup>; послѣднее по той причинѣ, что *adoptio naturam imitatur*<sup>9)</sup>. Просто бессиліе давало право отказаться отъ дѣтей, зачатыхъ женщиной во время бессилія<sup>10)</sup>. *Morbus*, мѣшающій совершить юридический актъ и этой помѣхой причиняющій значительный вредъ, давалъ основаніе къ извиненію въ пропускѣ срока. Такой *morbis* назывался *sonticus*<sup>11)</sup>. Наконецъ, многія *vitia* и болезнь (*personae debiles*) давали право отказываться отъ опеки, муниципальныхъ должностей, а также просить судью назначить для управлѣнія имущество попечителей<sup>12)</sup>, которые однако не ограничивали юридической юриспруденции подопечныхъ.

<sup>1)</sup> L. 101, § 2 D. 50, 16.

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

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

<sup>4)</sup> L. 101, § 2 D. 50, 16.

<sup>5)</sup> § 6 I. 2, 10.

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

<sup>7)</sup> L. 39 § 1 D. 23, 3.

<sup>8)</sup> § 9 I. 1, 11.

<sup>9)</sup> § 4 I. 1, 11.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>3)</sup> § 8 I. 3, 19.

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

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

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

<sup>7)</sup> L. 6 § 19 D. 27, 1.

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

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

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

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

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

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

#### 4) Родство (*cognatio*).

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

*Пособія:* Glück Erlaut. XXIII, § 1208—1216.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>7)</sup> L. 4 § 2 D. 38, 10.

<sup>8)</sup> L. 4 § 1 D. 38, 10.

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

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

Междуди *liberi illegitimi* слѣдуетъ различать слѣдующія категории:

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

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

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

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

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

<sup>3</sup>) L. 11 § 9 D. 48, 5.

<sup>4</sup>) L. 29 § 1 D. 22, 3.

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

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

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

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

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

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

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

Между родственниками естественными различаются слѣдующія категории:

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

<sup>1</sup>) L. 4 D. 38, 8.

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

<sup>3</sup>) § 7 I. 3, 3; § 3 I. 3, 4; L. 2, 8 D. 2, 4.

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

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

<sup>6</sup>) § 13 L. 1. 10.

<sup>7</sup>) Nov. 89 cap. 12 § 4, 6 cap. 13.

<sup>8</sup>) L. 1 pr. § 1 D. 38, 10.

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

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

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

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

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

<sup>1)</sup> § 5 I. 1, 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

Правовые послѣдствія естественного и юридического родства сказываются особенно въ отдельахъ семейного и наследственного права, но также въ обязательствахъ и процессѣ. Родство опредѣляетъ наследование по закону, *законную опеку* (*tutela legitima*), устанавливаетъ обязанность доставлять средства къ содержанию (*alimenta*), служить препятствіемъ къ браку, даетъ право на т. наз. *beneficium competentiae* и освобождаетъ отъ показаній въ судѣ<sup>3)</sup>.

Отъ родства слѣдуетъ отличать связь, известную подъ наименіемъ:

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

<sup>1)</sup> § 4 I, 1, 11.

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

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

<sup>4)</sup> L. 4 § 3 D. 38, 10.

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

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

Свойство имѣло въ извѣстныхъ случаяхъ опредѣленныя юридическая послѣдствія. Такъ, оно устанавливало обязанность давать содержаніе (alimenta<sup>10)</sup>), служило препятствиемъ ко вступлению въ бракъ<sup>11)</sup>, освобождало отъ свидѣтельствованія въ судѣ<sup>12)</sup>.

Наконецъ, остается упомянуть еще о

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

### 5) Гражданская часть.

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

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

<sup>1)</sup> L. 4 § 8 D. 38, 10.

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

<sup>3)</sup> L. 4 § 3 D. 38, 10.

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

<sup>5)</sup> Arg. § 8 I. 1, 10.

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

<sup>7)</sup> L. 4 § 11 D. 38, 10.

<sup>8)</sup> L. 4 § 5 D. 38, 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

- А) ограждать честь отъ внѣшнихъ покушений на нее или
- Б) соединять съ извѣстными поступками лишеніе или уменьшеніе чести.

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

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

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

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

<sup>2)</sup> L. 5 § 1 D. 50, 13.

*timatio consumitur) наступает при каждой capitis deminutio maxima, а также и при cap. dem. media, которая была результатом преступления<sup>1)</sup>.*

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

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

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

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

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

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

<sup>1)</sup> L. 5 § 3 D. 50, 13.

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

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

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

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

<sup>6)</sup> L. 5 § 1 C. 9, 8.

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

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

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

<sup>10)</sup> L. 6 § 2 D. 3, 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>6)</sup> L. 20 C. 2, 12.—L. 41 C. 2.4.—L. 2 C. 7, 49; L. 1 C. 9, 4; L. 8 § 2 C. 9, 8; L. 6 § 1 C. 2. 6.

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

<sup>8)</sup> L. 1 § 10 D. 3, 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>6)</sup> Cp. L. 2 pr. D. 37, 15. L. 39 D. 47, 2.

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

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

т. п. Всѣ эти лица называются personae viles, viliores, objectae въ отличие отъ honestae, integrae personae<sup>1</sup>). На нихъ лежить levis notaes macula.

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

### 6) Религія.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>2)</sup> Константинъ издалъ въ 312 г. єдиктъ о свободѣ богочтитанія. Euseb. hist. eccl 9, 9; 10, 5.

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

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

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

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

<sup>1)</sup> Novell. 115, 3 § 14.

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

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

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

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

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

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

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

## 7) Мѣстожительство (*domicilium*) и происхождение (*origo*).

*Источники:* Dig. 50, 1 ad municipalem et de incolis; Cod. X, 38 de municipibus et originariis; X, 39 de incolis et ubi quis *domicilium habere* videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt.

*Пособія:* Savigny. System VIII §§ 350 и слѣд., p. 67—89.

Подъ мѣстожительствомъ (*domicilium* или просто *domus*) въ юридическомъ смыслѣ разумѣется то мѣсто, которое составляетъ центръ гражданскихъ отношений лица<sup>1)</sup>). Такъ что одинъ фактъ пребыванія (*morari*) въ опредѣленной мѣстности, безъ явнаго желанія основаться въ ней, не опредѣлить мѣстожительства лица, равно какъ и одно заявленіе о своемъ желаніи имѣть такое-то мѣсто своимъ мѣстожительствомъ<sup>2)</sup>).

По мѣстожительству опредѣляются многія правоотношенія, особенно въ процессѣ (*forum domicilii*<sup>3</sup>). По отношению къ коммунальнымъ обязанностямъ, опредѣлившій свое мѣстожительство носитъ название *incolatus, incola*<sup>4)</sup>.

По общему правилу, выборъ мѣстожительства есть дѣло свободной воли частнаго лица, откуда назв. *domicilium voluntarium*<sup>5)</sup>). Даже договоръ оставаться въ извѣстной мѣстности объявлялся за *pactum turpe* и потому былъ недѣйствительнымъ<sup>6)</sup>). По исключению, нѣкоторыя категоріи лицъ имѣютъ предписанное мѣстожительство, какъ-то, *солдаты, служащіе, deportati, жены, дѣти, подчиненные отцовской власти*<sup>7)</sup>). Это такъ наз. *domicilium necessarium*. Лицо, ведущее свою дѣятельность въ различныхъ мѣстахъ, можетъ имѣть нѣсколько мѣстожительствъ<sup>8)</sup>. Въ частности сенаторы имѣли за *domicilium dignitatis* Римъ и въ то же время центромъ своихъ частныхъ дѣлъ могли избрать всакое другое мѣсто. Отсюда раздѣленіе мѣстожительства на *domicilium simplex* и *multiplex*.

<sup>1)</sup> Ubi quisque negotia sua semper agit. L. 27 D. 50, 1; L. 7 C. 10, 39; L. 203 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione.* L. 20 D. 50, 1.

<sup>3)</sup> L. 19 § 4 D. 5, 1; L. 29 § 4 D. 5, 2; L. 1, 2 D. 42, 5.

<sup>4)</sup> L. 7 C. 10, 39.

<sup>5)</sup> L. 27 § 2; L. 31 D. 50, 1.

<sup>6)</sup> L. 71 § 2 D. 35, 1.

<sup>7)</sup> L. 3, 4, 6 § 1; L. 17 § 11; L. 22 § 1; L. 23 § 1; L. 38 § 3 D. 50, 1; L. 5 D. 23, 2; L. 64 D. 5, 1.

<sup>8)</sup> L. 5, 6 § 2; L. 27 § 2 D. 50, 1.

Лицо, пребывающее въ данное время въ мѣстѣ своего жительства, будеть *praeſens*, не пребывающее—*absens*<sup>1</sup>). Лицо, не имѣющее вовсе мѣстожительства<sup>2</sup>), было *vagabundus*, бродяга.

Подъ происхожденіемъ, *origo*, разумѣется то мѣсто, въ которомъ отецъ или мать находились какъ граждане, какъ члены общины въ моментъ рожденія ребенка (если онъ слѣдуетъ состоянію матери), или зачатія (если онъ слѣдуетъ состоянію отца<sup>3</sup>). Названіемъ *cives* опредѣляется принадлежность данного лица къ данной мѣстности по его происхожденію<sup>4</sup>). Въ сферѣ гражданско-правовой происхожденіе играетъ незначительную роль. Имъ опредѣляется только компетентность суда, *forum originis*, въ томъ случаѣ, когда лицо нигдѣ не основываетъ своего мѣстожительства<sup>5</sup>).

### 8) Родъ занятій.

*Пособія.* — *Kuntze. Cursus des römischen Rechts.* Leipzig 1869. Das Ius militum, p. 733—736.

По общему римскому началу, родъ занятій не оказывалъ непосредственного вліянія на гражданскія права. Занятія извѣстными ремеслами, какъ мы видѣли, вели къ большему или меньшему уменьшенію гражданской чести и только такимъ путемъ къ уменьшению и въ гражданскихъ правахъ (актеры, ростовщики, сводники и т. д.). Но въ императорскія времена образуется особое военное сословіе, *milites*, мало по малу выдѣлившееся отъ остального населенія государства, *paganii*, по своимъ гражданскимъ правамъ. Совокупность началь, по которымъ жило это сословіе, въ отличіе отъ другихъ, составляло особое военное право, *jus militum*, въ противоположность къ *jus privatorum* или *paganorum*. Начала этого особаго права обыкновенно считались съ *imperitia*<sup>6</sup>) и *simplicitas*<sup>7</sup>) военного сословія и поэтому солдатамъ извинялся *error juris* для того, чтобы *damnum vitare* на томъ основаніи, что *milites arma magis quam leges scire debent*<sup>8</sup>). Затѣмъ находили возможнымъ освободить

<sup>1</sup>) Въ ученіи о давности эти термины употребляются въ особомъ смыслѣ.

<sup>2</sup>) L. 27 § 2 D. 50, 1.

<sup>3</sup>) L. 1 § 2; L. 6 § 1; L. 9 D. 50, 1; L. 3 C. 10, 38.

<sup>4</sup>) L. 7 C. 10, 39.

<sup>5</sup>) L. 29 D. 50, 1.

<sup>6</sup>) Gaj. 2, 109.

<sup>7</sup>) L. 1 pr. D. 29, 1.

<sup>8</sup>) L. 22 pr. C. 6, 30.

солдатъ, по различнымъ соображеніямъ, отъ многихъ предписаній положительного права и общихъ выводовъ изъ основныхъ римскихъ гражданскихъ институтовъ. Такъ, въ совершение завѣщаній солдаты освобождались отъ нѣкоторыхъ формальныхъ и материальныхъ условій<sup>1)</sup>; солдатъ *filius familias* имѣеть самостоятельное право на *peculium castrense*<sup>2)</sup>; въ обязательствахъ онъ имѣеть *beneficium competentiae*, и т. д.<sup>3)</sup>.

## Б) ЮРИДИЧЕСКІЯ ЛИЦА.

*Источники:* Digest. III, 4. Quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur; Digest. XLVII, 22 de collegiis et corporibus.

*Пособія:* C. v. Savigny. System des heutigen römischen Rechts. B. 2 §§ 85—103; K. Pfeifer. Die Lehre von den jutistischen Personen. Tübingen 1847; Pernice. M. Antistius La-beo. D. röm. Privatr. im ersten Jahrh. d. Kaiserzeit B. 1, p. 254—309; Zitelmann. Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen. Leipzig 1873.

*Определеніе.* — Существуютъ права и обязанности, которыя не имѣютъ своимъ субъектомъ человѣка, но охраняются точно такъ же, какъ права и обязанности физического субъекта. Въ этихъ случаяхъ говорится объ юридическомъ лицѣ. Подъ юридическимъ лицомъ, следовательно, разумѣется все то, что не будучи человѣкомъ, способно состоять правовымъ субъектомъ, т. е. способно имѣть права и обязанности.

Въ источникахъ римского права не имѣется техническаго наименования этого рода субъектовъ, но каждый видъ, или много, классъ обозначается особымъ названіемъ. Болѣе употребительныя выраженія: *corpus habere*, *collegium*, *universitas*. Теперь почти общеупотребительно выраженіе *юридическое лицо*. Прежде весьма распространено было (еще Тибо, въ новое время Lasson. *Völkerrecht*, p. 131, 132) название *моральныхъ лицъ*. Этимъ эпитетомъ обозначали вообще все невидимое, не подлежащее внѣшнему чувствованію. Тотъ же смыслъ и въ названіи *мистического лица*. Но слово *моральный* въ дру-

<sup>1)</sup> Gaj. 2, 109; L. 1 D. 29, 1; Ulp. 20, 10; L. 7 D. 50, 17; L. 1 § 15 D. 37, 6.

<sup>2)</sup> См. въ семейн. правѣ.

<sup>3)</sup> Напр., см. Gaj. 1, 57; L. 8 § 1 D. 2, 8; L. 31 C. 4. 65; L. 26 D. 28, 2.

гомъ его обычномъ смыслѣ наводить на предположеніе о существованіи неприморальныхъ лицъ (*Savigny cit.* p. 240), а съ другой стороны, уже и въ истории Рима нерѣдки были случаи установленія юридическихъ лицъ далеко не съ моральными цѣлями. Другое также распространенное название — *фиктивные лица* (*fictae personae*), хотя и имѣетъ за себя иѣкоторое основаніе въ природѣ данныхъ субъектовъ (см. также L. 1 pr. D. 1, 8), но въ общемъ этотъ эпитетъ наводитъ сомнѣніе на дѣйствительное существованіе ихъ. Правда, и название *юридическое лицо* имѣть свои недостатки. Если слово «юридическое» употреблять въ томъ смыслѣ, что соотвѣтствующая личность признана правомъ, то вѣдь личность, чтобы быть субъектомъ правъ, должна быть признана положительнымъ правомъ. А въ этомъ отношеніи и человѣкъ будетъ «юридическимъ» лицомъ. Поэтому данный эпитетъ долженъ оттѣнять лишь тотъ признакъ, что положительнымъ правомъ возводится въ лицо то, что не имѣетъ необходимыхъ качествъ лица. Болѣе удачны наименованія «нечеловѣческая, нефизическія, въ умѣ представляемыя лица» (*Kuntze* въ Heidelb. Krit. Zeitschr. 1, p. 359) или, — соотвѣтственно дѣленію вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя, — «безтѣлесныя» лица (*Zitelmann cit.* p. 113). Мы не признаемъ этихъ названій только потому, что они не распространены, а выражение «юридическое лицо» пріобрѣло почти техническое значеніе.

*Происхожденіе и теоретическая конструкція юридическихъ лицъ.* — Происхожденіе юридическихъ лицъ объясняется чисто жизненными потребностями. Сама жизнь выставляетъ цѣли, которыя посредственно также служать отдѣльнымъ людямъ, но которыя однако выходятъ за индивидуальные потребности и жизненные интересы отдѣльныхъ людей. Достиженіе этихъ цѣлей требуетъ извѣстныхъ вѣнчанихъ средствъ, имущества. Кто же будетъ субъектомъ правъ и обязанностей по этому имуществу? Признать такимъ субъектомъ определенное физическое лицо, значитъ поставить достиженіе цѣли въ зависимость отъ ограниченныхъ свойствъ отдѣльного физического существованія<sup>1)</sup>). Такимъ образомъ, въ жизни сами собою проявляются случаи, когда совокупность гражданско-правовыхъ отношеній не имѣеть своимъ субъектомъ какое либо физическое лицо<sup>2)</sup>). Съ этими фактами положительное право обращается такъ, что признаетъ для данныхъ правъ и обязанностей особый искусственный субъектъ, т. е. *искусственно*, путемъ *фикаціи*, признаетъ личность, эту необходимую основу правоспособности, тамъ, где ея на самомъ дѣлѣ нѣть, разма-

<sup>1)</sup> Cp. Arndts въ *Kritisches Vierteljahrss. f. Gesetzg. u. Rechtswiss.* B. 1, p. 98.

<sup>2)</sup> См. L. 1 § 22; L. 2 D. 41, 2; L. 97 D. 35, 1; L. 10, § 4. D. 2; 4. L. 1. § 7. D 48, 18.

тряиваетъ волеспособнымъ то, что въ дѣйствительности не можетъ имѣть воли<sup>1</sup>).

Теоретическая конструкція юридическихъ лицъ принадлежитъ вполнѣ наукѣ. Источники римского права не дали никакихъ ясныхъ указаний по вопросу.

Высказанный взглядъ извѣстенъ подъ именемъ *теоріи персонификаціи*, отъ признанія личности. Теорія эта вполнѣ развита Савини (Syst. II, p. 236) и съ тѣхъ порь господствуетъ въ учебникахъ (исключенія составляютъ руководства Виндшейда и Бринца). Исходное положеніе этой теоріи заключается въ томъ, что никакое право не мыслимо безъ субъекта. А такъ какъ существуютъ права и обязанности, которыхъ не служить непосредственно цѣлемъ отдѣльного человѣка, то слѣдуетъ, изъ основнаго положенія, опредѣлить принадлежность этихъ правъ и обязанностей. Одни ученые (*Puchta. Kleine civil. Schriften*, p. 499—501) полагаютъ, что право путемъ положительного определенія создаетъ идеальный субъектъ, чтобы тѣмъ извлечь права и обязанности изъ борьбы отдѣльныхъ интересовъ и заставить ихъ служить общей цѣли, т. е. юридическія лица признаются твореніемъ положительного права. (*Pfeifer*, cit. p. 13—15). Но на самомъ дѣлѣ юридическія лица суть факты, только признанные и устроенные правомъ. Эти факты право пытается привести въ согласіе съ необходимымъ его требованіемъ (нѣть права безъ субъекта) тѣмъ, что по фикціи признается для данныхъ правъ и обязанностей искусственный субъектъ. (*Unger. Krit. Uebersch.* VI, p. 168, 169).

Противъ теоріи персонификаціи въ новѣйшее время высказана масса возражений, что указывается на дѣйствительныя слабыя ея стороны. Всего чаще указываютъ на то, что эта теорія невѣрно ставитъ задачу юридической фикціи. Фикція не измѣняетъ дѣйствительности (Demelius. *Rechtsfiktion*, p. 85 и слѣд.); она только распространяетъ, ради удовлетворенія встрѣтившейся въ правовой жизни потребности, извѣстное фактическое обстоятельство на тѣ случаи, когда въ дѣйствительности этого обстоятельства нѣть, но логически оно возможно. (*Böhla. Rechtssubject u. Personenrolle* 1871, p. 9). Однимъ словомъ, фикція есть только техническая форма обращенія съ фактами, а не факторъ, перерабатывающій дѣйствительность. Поэтому фикціей нельзя создать «искусственного субъекта», гдѣ его въ дѣйствительности нѣть, но можно лишь распространить на такие случаи положенія о правахъ при определенномъ субъектѣ. Изъ этого же вытекаетъ, что фигурируя субъекта при так. наз. юридическихъ лицахъ, мы признаемъ, что въ дѣйствительности тутъ нѣть никакого субъекта. И въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторые послѣдователи теоріи персонификаціи вынуждены допустить логическую возможность существования безсубъектныхъ правъ и объяснять признаніе юридического лица только извѣстными практическими мотивами (см. *Arndts* въ *Krit. Viert. J. Schr.* 1, p. 98). Виндшейдъ ясно опредѣлилъ тѣсную связь теоріи фикціи съ признаніемъ безсубъектныхъ правъ. Онъ говорить (въ *Krit. Ueberschau* VI

<sup>1</sup>) *Unger* въ *Krit. Uebersch.* 6, p. 156—158.

р. 219), что права т. наз. юридического лица въ дѣйствительности не имѣютъ никакого субъекта, но такъ какъ человѣческой природѣ, по ея глубокому влечению къ личности, противна мысль о безсубъектныхъ правахъ, то и представляютъ себѣ эти безсубъектные права принадлежащими какому либо фиктивному лицу и такимъ образомъ подводятъ подъ одну схему оба класса правъ, дѣйствительно принадлежащихъ субъекту и безсубъектныхъ.

Признавая эту слабую сторону теоріи персонификаціи, другіе писатели измѣняютъ содержаніе фикціи. Такъ Белау (Böhlau cit. p. 16, 17. О предшественникахъ Böhlau въ этомъ направлении (см. Zitelmann cit. 21, 22) говорить, что при юридическихъ лицахъ имущество *de facto* безхозяйно, но это фактически безхозяйное имущество рассматривается въ правовомъ отношеніи такъ, какъ бы оно въ дѣйствительности имѣло физического субъекта; такимъ образомъ имущество это не обращается путемъ фикціи въ лицо, а только играть роль лица. Фикція тутъ состоитъ въ слѣдующемъ: права и обязанности, установлены для цѣлей опредѣленного, фактически безхозяйного, имущества, рассматриваются такъ, какъ бы они были установлены для физического лица, которое юридически принимается за хозяина этого имущества.— Это воззрѣніе страдаетъ тѣмъ общимъ недостаткомъ, что поясняетъ только, какъ технически обращаться съ цѣлесообразнымъ имуществомъ, но не даетъ никакого отвѣта на вопросъ, чтѣ на самомъ дѣлѣ это имущество представляетъ, т. е. Белау не касается теоретической конструкціи сущности юридич. лицъ (Zitelmann cit. p. 23, 24). Кроме того, все развитіе данного взгляда такъ неясно и бездоказательно, что рядомъ съ теоріей персонификаціи онъ никоимъ образомъ не выигрываетъ (Wächter. Pandekten 1, p. 238).

Слабыя стороны теоріи персонификаціи навели другихъ писателей на мысль заподозрить основательность господствующаго въ ученіи о правѣ положенія: «нѣть права безъ субъекта». Представители ученія о «безсубъектныхъ правахъ» (см. образованіе и развитіе этого ученія у Zitelmann cit. p. 27—48), въ противность представителямъ теоріи персонификаціи, стараются расширить само понятіе права до того, чтобы можно было подвести подъ него юридическія лица, не прибѣгая къ фикціи. Приложеніе ученія о безсубъектныхъ правахъ къ т. наз. юридическимъ лицамъ дало представление о т. н. «цѣлесообразномъ имуществѣ» (Zweckvermögen). Изобрѣтеніе этого термина и первое полное развитіе соотвѣтствующаго воззрѣнія принадлежитъ Бринцу (Pandekten, p. 979—1150). Исходное его разсужденіе слѣдующее: рядомъ съ имуществомъ, принадлежащимъ опредѣленному лицу, ad aliquid, имѣется цѣлый классъ имущества, которое ad aliquid pertinet. Имущество это, неподчиненное правовому господству частнаго лица, предназначено служить опредѣленной цѣли и въ силу этого своего назначенія не имѣть субъекта, составляетъ цѣлесообразное имущество. Но противъ такого разсужденія основательно возражали, что всякое имущество служить цѣли и что поэтому всякое имущество будетъ цѣлесообразнымъ (Böhlau cit. p. 6, 7). И имущество опредѣленного лица служить также цѣлямъ. Но независимо отъ вопроса о цѣляхъ имущества, стоитъ вопросъ о субъектѣ его. Цѣль имущества не опредѣляетъ правовой натуры его (Zitelmann cit.

р. 42). Теперь спрашивается: возможно ли реализовать это «pertinere ad aliquid» безъ того, чтобы оно не имѣло своего субъекта? Представляя себѣ цѣлесообразное имущество предметомъ гражданского оборота, будетъ логическою невозможностью признавать существование собственности—безъ собственника, требование—безъ кредитора, долга—безъ должника. Цѣль, какъ таковая, не имѣть своего собственного авторитета, его имѣть пре-слѣдующее цѣль или предписывающее ее лицо (*Bolze. Der Begriff d. juristischen Person.* 1879, p. 47). Для насъ немыслимо представить себѣ власть, мочь, составляющую необходимый признакъ права въ гражданскомъ об-ротѣ, чтобы она не принадлежала какому нибудь субъекту. Это противо-рѣчить нашей логикѣ, опирающейся на основное положеніе философіи права. Философско-правовое же мышленіе выработало слѣдующія положенія: какъ правовой субъектъ, не имѣющій права, не будетъ вовсе правовымъ субъек-томъ, а только субъектомъ безъ правъ; далѣе, какъ правовой объектъ, на который не имѣется правъ, не будетъ правовымъ объектомъ, а простымъ предметомъ виѣ всякой правовой сферы,—такъ и право, не принадлежащее никакому субъекту, не будетъ правомъ, будешь ничто (*Zitelmann, cit p. 37*).

Слабы стороны теоріи персонификаціи вызвали попытки и такой теоретической конструкціи юридическихъ лицъ, которая уничтожила бы аномальный характеръ этихъ лицъ, а съ другой стороны, удержала бы положеніе: *нѣть права безъ субъекта*.

Сюда относится попытка писателей т. наз. школы германистовъ. Писа-тели эти, выходя изъ опредѣленія личности государства, какъ естественнаго организма, обладающаго своею волею,—считаютъ всѣ юридическія лица та-кими же естественными, дѣйствительными, а не фиктивными лицами, какъ и отдельные люди. Они, какъ и физическія лица, воле-и дѣеспособны, и власть только признаетъ (*confirmare*, а не *constituere*) эту способность, какъ и у людей, возводимыхъ этимъ признаніемъ въ лица (*Beseler. System d. gemeinen deutsch. Privatrecht*, 2 ed. Berlin. 1867 §§ 67, 69. *Bluntschli. Deutsches Privatrecht* 3 ed. Mюnchen 1864 § 34, и др.). Ближайшее обоснованіе этого общаго воззрѣнія весьма разнообразно и часто касается лишь одного какого нибудь вида юридическихъ лицъ (напр., *Salkowski. Bemerk. v. den juristischen Personen.* Leipzig 1863, говорить только о союзѣ людей). Но все это воззрѣніе грѣ-шитъ въ самомъ основаніи. Юридическія лица на самомъ дѣлѣ не имѣютъ ни органовъ, ни воли, а поэтому они не суть дѣйствительныя реальнаяя суще-ства; они только произведенія людской фантазіи или, иначе говоря, эти лица свидѣтельствуютъ, что право приписываетъ имъ такія функции, которыхъ свой-ственно отправлять только человѣку, физическому лицу. Послѣднее же есть исходное основаніе теоріи персонификаціи, съ которой, теоріей, поэтому въ сущности германисты весьма мало расходятся (*Brinz. Pandekt.*, p. 982—984).

Эта несостоятельность теоріи германистовъ въ самомъ исходномъ ихъ по-ложеніи вызвала новую конструкцію юридическихъ лицъ, но въ томъ же на-правлениі. Понятіе личности, какъ мы знаемъ, опредѣляется способностью имѣть правовую волю. И вотъ некоторые ученые (см. сперва *Bekker* въ *Jahrb. f. Dogm.* XII p. 60—75, 105, 106, затѣмъ особенно рѣзко *Zitelmann* cit

р. 63, 69 и слѣд.) допускаютъ самостоятельное существование воли виѣ тѣлесныхъ оболочекъ. Самое происхожденіе этой воли они объясняютъ тѣмъ, что въ данной совокупности имущества объективируется воля отдельныхъ физическихъ лицъ, воля предполагаемая или ясно выраженная въ самомъ опредѣленіи цѣли данного имущества. Воля эта, объективируясь, приобрѣтаетъ самостоятельное существование и господствуетъ надъ даннымъ имуществомъ. Значитъ, воля и будетъ субъектомъ правъ въ т. п. юридическихъ лицахъ, которымъ Цительманъ (р. 112) даетъ такое опредѣленіе: юридическія лица суть безтелесныя воли. Самостоятельное существование объективированной воли — такое трудно понимаемое искусственное построение, что даже допускная возможность яснаго представленія воли, которая не будетъ волею опредѣленного человѣка, мы не колеблясь станемъ на сторону теоріи персонификаціи, которая не навязываетъ юрид. лицу того, чѣго, по здравому разуму, оно имѣть не можетъ, а лишь распространяетъ на него качества, принадлежащія одному человѣку. (Критику данаго возврѣнія см. у Böhlau. Zur Lehre v. den jurist. Personen въ Archiv f. d. civ. Praxis B. 56, p. 351—360).

На ряду съ попытками конструировать юридич. лица, какъ нормальные субъекты правъ, мы должны упомянуть о возврѣніи Іеринга (Geist des röm. Rechts 3 Th. 1 Abth. 2 ed., p. 218—220; p. 341—346). Не путемъ критического анализа прежнихъ конструкцій доходитъ Іерингъ до своего оригинального возврѣнія на юридическія лица. Нѣтъ, оно составляетъ строгій логическій выводъ изъ его учения о гражданскихъ правахъ вообще. Понятіе интереса, лежащее въ основѣ этого учения, заставляетъ принимать Іеринга положеніе, что только человѣкъ можетъ быть субъектомъ правъ, а слѣдовательно, теорія фингированныхъ лицъ и безсубъектныхъ правъ въ основѣ несостоятельны. Что же такое юридич. лицо по Іерингу? Іерингъ не могъ отвергать того, что т. наз. нами юридическія лица являются въ гражданскомъ оборотѣ, какъ самостоятельные субъекты правъ и обязанностей; но въ то же время его теорія гражданскихъ правъ не могла допустить буквального признанія за ними субъектовъ правовыхъ, т. к. юридическое лицо, какъ такое, вполнѣ неспособно къ пользованію, не можетъ имѣть интересовъ и цѣлей, не можетъ поэтому имѣть и правъ, ибо о правахъ можно говорить лишь тогда, когда они достигаютъ своего назначенія — служить интересамъ управомоченнаго лица (р. 342). Изъ этой дилеммы Іерингъ выходитъ слѣдующимъ образомъ: настоящими правовыми субъектами будутъ тѣ физическія лица, которымъ предназначается пользованіе, т. е. destinati; но такъ какъ не всегда удобно предоставить имъ же и осуществление правъ частично по этому пользованію, то искусственно создается особый механизмъ, называемый юридич. лицомъ. Назначеніе его «фигурировать во виѣ» въ качествѣ субъекта данного имущества, съ единственную цѣлью облегчить гражданскій оборотъ по этому имуществу: вступать въ сдѣлки, совершать приобрѣтенія, принимать на себя долги, прослѣдовать въ судъ и т. п. Но это лишь виѣнное выражение субъективности юридического лица, какъ такового; по внутренней же сущности не оно является истинно управомоченнымъ, а отдельныя физическія лица, которымъ предназначается пользованіе, destinati. Оставляя въ сто-

\* Формальное и т. м. п. въ

ронѣ основные посылки данного воззрѣнія Іеринга, мы обратимъ внимание только на практическую его сторону. Но ясныи и многочисленныи выраженія нашихъ источниковъ (см. ниже), субъектомъ правъ и обязанностей при юридич. лицахъ непосредственно являются эти послѣднія, а не *destinati*, (другое, не?) отдельные заинтересованные люди (см. *Brinz*, Pand., р. 985, 986). Какъ же объяснить, послѣ того, всю массу глубокихъ практическихъ положеній, какъ напр., обь ответственности, обращаемой не на *destinati*, а на юридическое лицо, и т. п. (см. ниже)? Наконецъ, вопросъ пользованія, какъ *quaestio facti*, строго слѣдуетъ отличать отъ вопроса, кто будетъ субъектомъ права. Можно указать случаи, когда часть имущества юридич. лица обращается прямо на него, напр., въ случаяхъ тратъ на управлѣніе <sup>8.</sup> т. п. (*Zitelmann* cit. р. 49, 50).

Наконецъ, въ новое время одинъ писатель (*Bolze* cit.)<sup>1)</sup>, смущаясь, по всей вѣроятности, разнообразiemъ теоретическихъ конструкцій юридическихъ лицъ, вовсе отвергаетъ, какъ заблужденіе, существованіе для насъ таковыхъ. Онъ находитъ возможнымъ для насъ, подобно будто бы римлянамъ, обойтись безъ этого понятія. Но развивая свой взглядъ, Больце самъ, не замѣчая того, высказывается за принадлежность правъ и обязанностей, въ случаяхъ нами опредѣляемыхъ какъ юридич. лица, не отдельнымъ лицамъ какъ таковымъ, а нѣчто особенному отъ нихъ (см. *Krasnopolski* въ *Kritische Vierteljahresschr. f. Gesetzg. u. Rechtswiss.* 1880 В. III, р. 188—194). Существованіе такихъ правъ и обязанностей есть фактъ, а слѣдовательно фактъ и существованіе особаго субъекта ихъ.

Послѣ всего сказанного о различныхъ конструкціяхъ юридическихъ лицъ, мы не можемъ не предпочесть господствующей донынѣ въ учебникахъ теоріи персонификації, тѣмъ болѣе, что сами источники очевидно подтверждаютъ ее. Итакъ, что касается источниковъ, то вопреки увѣренію противниковъ теоріи персонификації (напр., см. *Böhlau* cit. р. 10 и слѣд.), Юстиніаново право многими ясными выраженіями указываетъ на персонификацію (см. ссылки ниже). Правда, понятіе субъекта, созданного юридическою фикцією, весьма абстрактно и не могло сразу выработатьсѧ въ сознаніи римскихъ юристовъ во всей своей полнотѣ. Поэтому въ древнемъ римскомъ правѣ довольствовалась тѣмъ, что рассматривали имущества, не принадлежавшія никакому физическому субъекту такъ, какъ будто они принадлежали таковому. Отъ этого времени такія выраженія для юридическихъ лицъ, какъ «*personae rice fungitur*» (L. 22 D. 46, 1), и многія ограниченія въ правоспособности, указывающія на то, что римская мысль не привыкла еще видѣть въ юридич. лицахъ такихъ же самостоятельныхъ субъектовъ, какъ и физическая лица (см. *Savigny* cit. р. 291, 301; *Arndts* въ *Kritische Viertelj.* В. 1, р. 96—98). Но мало по малу созрѣвшее правовое сознаніе дало путемъ научной абстракціи возможность усматривать юридически настоящихъ лицъ тамъ, где на самомъ дѣлѣ не было физического лица. Этому сознанію обязано наименованіе нашими источниками юридич. лицъ «*persona*» (см. уже *Frontinus* въ *Lachmanns*

<sup>1)</sup> См. по-русски: «Новѣйшая попытка упраздненія юридич. лица» въ Журн. Гражд. и Уголовн. права. 1882 г., кн. 2.

Schriften der römisch. Feldmesser I, p. 54; другія ссылки ниже), а также и отпадение многихъ прежнихъ ограничений правоспособности юридическихъ лицъ (см. ниже).

*Предметъ персонификации.* При юридическихъ лицахъ личность придается идеальному единству, отвлеченному отъ самой основы (субстрата) юридического лица. Это идеальное единство и считается субъектомъ всѣхъ правъ и обязанностей юридического лица.

Между послѣдователями теоріи персонификації долгое время господствовало разногласіе по вопросу: что слѣдуетъ персонифицировать въ случаяхъ т. н. юридическихъ лицъ. Савини (cit II, p. 224 п. в), Пухта (Institut. II, p. 291, 296) и другіе, Scheurl (Beiträge 1, p. 5 и слѣд.), Müller (Institut. § 60) говорили, что «сама цѣль есть нѣкоторымъ образомъ лицо, которому принадлежитъ имущество» юридического лица. Но на это совершенно основательно возразилъ Унгеръ (раньше еще см. Kierulff. Theorie d. gemein. Civilrechts p. 131 п. р. 146), что «цѣль всегда нѣчто объективное, подлежащее достижению, и поэтому поставить ее въ положеніе субъекта нельзѧ, такъ какъ сама цѣль себя не можетъ преслѣдовать» (Unger: System d. österr. Privatrl. I § 42 п. 7 и въ Kritische Uebersch. VI, p. 159). И вотъ, самъ Унгеръ выставилъ положеніе, что персонифицируется идеальное единство, отвлеченное отъ субстрата юридич. лица. И это возвратъ теперь господствующему между послѣдователями теоріи персонификації. Подтверждение его видать и въ самомъ выраженіи источниковъ, какъ напр.: *municipium, societas personae vice fungitur, corpori legatur, collegium hereditatem capere potest*, и т. д. L. 1 D. 3, 4, L. 22 D. 46, 1.

*Виды юридическихъ лицъ.* Юридическими лицами по римскому праву были слѣдующія категории:

1) Соединеніе физическихъ лицъ, образующихъ въ своей совокупности самостоятельный правовой субъектъ. Въ источникахъ эта категорія юридическихъ лицъ обозначается общимъ названіемъ *universitas*<sup>1)</sup> *personarum, hominum.*

2) Учрежденія съ благотворительной цѣлью, *pia* *sororga, piae causa* (благочестивая цѣли), подъ которыми разумѣлось по римскому праву предоставление имущества или само это имущество, предназначаемое преслѣдовать цѣли христіанской церкви, т. е. по римскимъ понятіямъ, христіанско-религіозныя цѣли вспомоществованія нуждающимся и цѣли воспитательныя.

3) Лежачее наслѣдство, *hereditas jacens*, т. е. совокупность наслѣдственного имущества за периодъ отъ открытія наслѣдства до его принятія.

<sup>1)</sup> Rubr. Dig. lib. 3 tit. 4; L. 1 pr. § 1, 3; L. 2; L. 7 § 2 D. 3, 4.

1) Потребность въ такихъ юридическихъ лицахъ опредѣляется цѣлями, желаемое достиженіе которыхъ возможно только при тѣхъ условіяхъ, если субъектомъ правъ и обязанностей даннаго имущества будетъ особое идеальное лицо. Такъ, нерѣдко нѣсколько лицъ преслѣдуютъ одну и ту же цѣль, но въ то же время осуществленіе ея было бы крайне затруднительно, если бы субъектами правъ и обязанностей, служащихъ достижению этой цѣли, были по частямъ (*pro rata*) сами эти физическія лица. Поэтому чувствуется потребность признать, для данныхъ правъ и обязанностей, отвлеченный отъ физическихъ лицъ субъектъ. Имъ и будетъ *universitas personarum*, какъ юридическое лицо<sup>1)</sup>.

2) Далѣе, нерѣдко человѣкъ задается цѣлями общаго блага, которымъ жертвуетъ свое имущество или часть его. Если цѣль эта такого рода, что осуществленіе ея выходитъ за предѣлы жизни жертвователя, то послѣдній можетъ быть гарантированъ въ точномъ и постоянномъ исполненіи своей воли лишь тогда, когда данному имуществу будетъ данъ особый идеальный субъектъ правъ и обязанностей<sup>2)</sup>. Такое юридическое лицо носить название благочестиваго учрежденія, *pia corgora*, *pia causa*.

3) Наконецъ, можетъ случиться, что имущество, предназначаемое служить отдѣльному физическому лицу, известное время не имѣть субъекта. Это бываетъ съ наследственнымъ имуществомъ въ періодъ между открытиемъ и принятиемъ наследства. Потребности оборота дѣлаютъ необходимымъ признать данному имуществу особый субъектъ, которымъ, конечно, не можетъ быть физическое лицо. Вотъ это юридическое лицо и носить название *hereditas jacens*, лежачаго наследства, т. е. право признать за самимъ наследствомъ особую личность и такимъ образомъ само наследство является [субъектомъ] имущественныхъ правъ и обязанностей, составляющихъ его содержаніе.

Въ литературѣ перечисленный кругъ юридическихъ лицъ то съуживаются, то расширяются массой другихъ видовъ.

Такъ, чаще всего изъ числа юридическихъ лицъ исключаютъ *hereditas jacens* (напр., *Savigny. System* 2 p. 363—373, ср. возраженія *Pfeifer* cit. p. 154—158). Такому взгляду весьма способствуетъ полное разногласіе между

<sup>1)</sup> См. *Pfeifer*, cit. p. 2—9.

<sup>2)</sup> Недостаточность всякихъ другихъ мѣръ, которыми могъ бы жертвователь обставить достижениѳ данной цѣли, см. у *Pfeifer* cit. p. 123—125.

написими источниками въ теоретической конструкції лежачаго наслѣдства. Такъ, въ однихъ положеніяхъ такое наслѣдство сравнивается съ корпораціями (L. 22 D. 46, 1), говорится, что *res hereditariae nullius sunt* (L. 1, pr. D. 1, 8), въ другихъ наслѣдство рассматривается представительницей наследодателя (L. 31 § 1 D. 28, 5; L. 33 § 2; L. 34 D. 41, 1 и др.), въ третьихъ вступление въ лежачее наслѣдство относится ко дню смерти наследодателя, т. е. *res hereditariae* рассматриваются имуществомъ будущаго наследника (L. 54 D. 29, 2 и др.). Въ литературѣ масса попытокъ примирить это разногласие. Но для насъ важно не такъ это разногласіе во мнѣніяхъ отдельныхъ римскихъ юристовъ, какъ тотъ фактъ, что положительными началами римскаго права лежачее наслѣдство втягивается въ гражданскій оборотъ какъ самостоятельная правовая единица, что права и обязанности по этому наслѣдству подлежатъ измѣненію (см. *Windscheid. Die ruhende Erbschaft* въ Krit. Ueberschau B. 1, p. 181—207), а слѣдовательно нельзя за нимъ отрицать значеніе самостоятельного субъекта правъ, какъ это прямо и признаютъ некоторые римскіе юристы. См., напр., L. 15 pr. D. 11, 1... *domini loco habetur hereditas*, ср. L. 3 § 6 D. 3, 5; L. 13 § 5 D. 43, 24. L. 61 pr. § 1 D. 41, 1.

Далѣе, и *piae causa* иногда не считаются за особое лицо (см., напр., *Ross-hirt* въ Archiv f. d. civ. Praxis 10, p. 321—325; ср. *Roth* въ Jahrb. f. d. Dogm. 1, 2, p. 189 и слѣд.). Думаютъ, что въ классической юриспруденції имущество учрежденій рассматривалось, какъ составная часть имущества общины, хотя и не сливалось съ нимъ, будучи предназначено служить опредѣленной цѣли. А въ христіанскія времена, думаютъ, *piae causa* образовывали имущественную часть церкви (*bona ecclesiastica* — *Zrodowski. D. römische Privatrecht* B. 1. Prag 1877, p. 275 и 276, 277). Но мѣста, приводимыя въ доказательство этого воззрѣнія, говорятъ только объ участіи общины, церкви въ управлѣніи имуществомъ *pia cum causarum*. На послѣднемъ же основаніи не слѣдовало бы и въ подъопечномъ признавать самостоятельного субъекта правъ (*Puchta. Vorlesung.*, p. 65). Съ другой же стороны, въ нашихъ источникахъ часто учрежденія, какъ-то: госпитали, сиротскіе дома и т. д., представлены особыми правовыми субъектами наряду съ церквами и городами (напр., L. 19 C. 1, 2; L. 35 C. 1, 3; см. *Pfeifer* cit. p. 125, 126).

Другіе ученые, какъ сказано, распространяютъ понятіе юридического лица на многіе другіе случаи, кромѣ перечисленныхъ. Такъ нерѣдко считаются за юридическое лицо:

Поземельные участки, *praedia* (см., напр., *Boecking. Pandekten* 1, § 38). На это подаетъ поводъ форма выраженія источниковъ, изъ которой (формы) слѣдуетъ по первому взгляду, будто участку, какъ таковому, могутъ принадлежать сервитутныя права (L. 12. D. 8, 1: *fundo servitus acquiritur*; L. 31 D. 8, 3: *fundis id jus aquae amisit*. И т. д.). Но это только значитъ, что сервитутъ предназначенъ служить потребности самого участка и что поэтому сервитутное право такъ соединено съ участкомъ, что съ приобрѣтеніемъ послѣдняго всегда приобрѣтается и первое. Но при этомъ собственно управомоченнымъ будетъ не участокъ, но всякий владѣлецъ его, который, поэтому, и

можетъ свободно распоряжаться такими сервитутами, какъ всякою другою частью своего имущества (*Vangerow. Pand.* 1, p. 92, 93). Источники выражаютъ только связь соотвѣтствующаго права съ правомъ собственности на участокъ: приобрѣтеніе первого обусловлено приобрѣтеніемъ послѣдняго (*Zitelmann. cit p. 111*). Самой формѣ выраженія источниковъ не слѣдуетъ придавать слишкомъ большого значенія, такъ какъ въ тѣхъ же источникахъ можно найти и другія подобныя выраженія, какъ-то: *pecori debetur appulsus L. 1 § 18 D. 43, 20*; *ager itineri servit* (L. 13 § 1 D. 8, 3). См. Arndts Pandect., § 41 п. 5.

Нерѣдко государственную власть или должностъ возводятъ въ юридическое лицо (см. *Bluntschli. Deutsch. Privatr.* 1, p. 174—178), т. е., значить, признаютъ возможнымъ, чтобы сама должностъ разматривалась субъектомъ имущественныхъ правъ, предназначенныхъ служить отправлению должностныхъ цѣлей. Но такъ какъ должностъ не имѣть самостоятельного существованія рядомъ съ государствомъ, вызывающимъ ее къ жизни, то государство и будетъ всегда субъектомъ правъ по имуществу, опредѣленному извѣстной должности (*Windscheid. Pand.* 1, § 57 п. 3) и такимъ образомъ видимъ, что выражение «права должносты» неточное.—Другіе писатели (*Boecking. Pand.* 1, § 38; *Windscheid* 1, § 57) принимаютъ за юридическое лицо всѣхъ послѣдовательныхъ представителей опредѣленной должности и одновременныхъ членовъ коллегіальной должности, буде кѣмъ либо предоставлено имущество въ пользованіе представителямъ опредѣленной должности. Въ источникахъ находимъ выраженія, изъ которыхъ можно заключить, что иногда представители извѣстной должности въ ихъ совокупности разматриваются, какъ единое отдельное лицо (L. 25 D. 50, 1... *civis hominis vicem...*; L. 76. D. 5, 1; Nov. 134 с. 6). Но всѣ эти выраженія относятся лишь къ положенію въ публичномъ правѣ и не имѣютъ никакого отношенія къ гражданско-правовому учению о гражданскихъ лицахъ (*Savigny. System* 2, p. 237, 238). Въ тѣхъ же случаяхъ, когда совершаются имущественные отказы въ пользу вообще государства (L. 56 D. II (31) или жрецовъ опредѣленного храма (L. 20 § 1 D. 33, 1) и т. п., то настоящимъ субъектомъ правъ будутъ отдельные физическія лица,—всѣ наличные носители данной власти, представители данной должности,—которые свободно будутъ располагать данными правами; достоинство же должностное будетъ составлять условіе допущенія къ отправлению данныхъ правъ. Намѣреніе лица, отказывающаго такимъ образомъ имущество, заключалось ясно въ томъ, чтобы пользователями были физическія лица, но подъ условіемъ извѣстнаго должностнаго ихъ положенія (*Puchta. Vorlesung*, § 27, p. 66). Но все это не значитъ, чтобы должностныя лица въ своей совокупности не могли образовывать коллегіи, т. е. юридического лица (см. ниже).

Иногда за особый правовой субъектъ принимается т. наз. *peculium* (*Bekker* въ *Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr.* 4, p. 499). Но иѣть надобности въ такомъ особомъ субъектѣ, т. к. права и обязанности по пекуліуму будутъ непосредственно устанавливаться для *filiusfamilias* и *paterfamilias* (*Zitelmann. cit p. 111*). *и это, судя по всему, приводитъ, если смотреть*

✓ Наконецъ, за юридическое лицо принимаютъ nasciturus (*Rudorff zu Puchta*, § 114 в; *Arndts. Pand.* § 25 п. 1). Говорятъ, что съ рожденія начинается существованіе человѣка, но не лица, которое считается субъектомъ имущественныхъ правъ еще до рожденія ребенка (L. 7 D. 1, 5). Но источники вывода на юридическую личность неродившагося не подтверждаютъ. Наоборотъ, всѣ основанія предполагать, что ребенокъ во чревѣ матери не имѣть никакой личности; если онъ родится мертвымъ, то, по источникамъ, онъ не считался лицомъ ни на одно мгновеніе (L. 129 D. 50, 16). Но только въ случаѣ рожденія живымъ принимается, что онъ уже въ періодѣ беременности *in rebus humanis* былъ. Этимъ объясняются и всѣ правила обѣ охраненіи имущественного интереса *nasciturs'a* (*Vangerow. Pand.*, I § 32 ср. *Pernice. Antistius Labeo. Bd. I*, p. 201).

X I. *Universitates*<sup>1)</sup>. Совокупность людей въ формѣ юридическихъ лицъ можетъ представлять изъ себя такие союзы, которые вызываются какъ бы законами необходимости, основаны на естественно-нравственныхъ требованіяхъ человѣческой природы, другіе же союзы вызываются къ жизни свободнымъ опредѣленіемъ ихъ членовъ. Поэтому всѣ юридическая лица, состоящія изъ совокупности физическихъ лицъ, распадаются на а) необходимыя и б) волею людскою устанавливаемыя<sup>2)</sup>. Общее название для всѣхъ видовъ юридическихъ лицъ, основа которыхъ союзъ людей, какъ сказано выше, было universitas<sup>3)</sup>. Въ современной науцѣ принято<sup>4)</sup> обозначать эти юридическія лица другимъ общимъ названіемъ, корпорацией<sup>5)</sup>. Для корпораций, основанныхъ волею лицъ, источники употребляютъ название cogratis<sup>6)</sup>. Одинъ и тотъ же смыслъ съ послѣднимъ имѣеть слово «collegium»<sup>7)</sup>. Наконецъ, корпораціи нерѣдко

<sup>1)</sup> *Gierke. Die Staats- u. Korporationslehre des Alterthums etc.* 1881 §§ 4, 6.

<sup>2)</sup> См. *Savigny* cit. § 86. О другихъ подраздѣленіяхъ см. *Zitelmann* cit. p. 95.

<sup>3)</sup> *Savigny* cit. p. 261, 262. *Cohn* (Z. röm. Vereinsr., p. 8—15) ограничиваетъ смыслъ этого слова союзами, не имѣющими частнаго характера.

<sup>4)</sup> *Windscheid. Pand.* I, p. 148.

<sup>5)</sup> Слово cogratis встрѣчается въ *Nov. Severi. til. II* (a. 465). Название же членовъ cograti нерѣдко, напр., L. 5 D. 4, 63; *Rubr.* и L. un. C. 11, 14.

<sup>6)</sup> L. 1 pr. D. 3, 4; L. 10 § 4 D. 2, 4; L. 17 § 2 D. 27, 1. *Savigny* cit. p. 260, 261. *Cohn* (cit. p. 4—8) придаетъ слову cogratis самое обширное значеніе, обнимающее собой universitas въ его смыслѣ слова и другіе виды корпораций. — Въ тождественномъ смыслѣ со словомъ cogratis употребляется, особенно у неюридическихъ писателей, слово ordo (см. *Dirksen* въ *civil. Abhandl.* B. 2, p. 5, 6).

<sup>7)</sup> L. 1 pr. § 1 D. 3, 4; *Rubr. Dig.* 47, 22; L. 17 § 3; L. 41, § 3 D. 27, 1; L. 20 D. 34, 5. *Savigny* cit. p. 260, 261. *Cohn* (cit. p. 19, 46) видитъ въ коллегии одну категорію cogratis въ его смыслѣ послѣдняго слова.

обозначаются словомъ *societas*<sup>1)</sup>, которымъ, думаютъ, отѣняется болѣе частная цѣль даннаго союза, тогда какъ въ коллегіи выступаетъ болѣе публичная цѣль<sup>2)</sup>.

а) *Необходимые или естественно-нравственные союзы людей.*

Сюда прежде всего относится:

*Община* — самое первоначальное по признанію и точному опредѣленію юридическое лицо<sup>3)</sup>. Идея общаго интереса жителей даннаго округа настолько насыщна и проста, что всѣ народы весьма рано и необходимо должны были сознать ее. Первое выраженіе идея эта получаетъ путемъ персонификаціи общины. Община предшествуетъ государству. Въ источникахъ общины, различныя по объему и формѣ единенія, носятъ различныя названія: *civitas*, *municipes*, *municipium*, *respublica*, *commune*, *communitas*, *vicus*, *colonia* и т. д.<sup>4)</sup>. Для осуществленія своихъ цѣлей община имѣеть свое отдельное имущество, управляемое ея магистратами<sup>5)</sup>.

*Государство*, какъ общеніе людей въ формѣ юридического лица, установленное на естественно-нравственной основѣ, имѣющее цѣлью реализировать всѣ нравственные цѣли этого общенія. Для осуществленія своего назначенія государство нуждается въ частно-гражданской личности<sup>6)</sup>. Съ точки зренія имущественной правоспособности, государство именуется *fiscus*, *aerarium*. Въ гражданскомъ правѣ самостоятельная, юридическая личность государства разсматривается только въ формѣ государственной казны, фиска.

Въ наукѣ нерѣдко говорить о *fiscus*, какъ обѣ особомъ юридическомъ лицѣ (напр., *Kierulff. Theor. d. gem. Civilr.*, p. 129, 153), на что подаетъ поводъ и самый способъ выраженія источниковъ (см. t. D. 49, 14; C. 10, 1: *de jure fisci*). Но *fiscus* есть не что иное, какъ само государство, разсматриваемое съ имущественной стороны (*Vangerow. Pand.* 1 p. 93).

<sup>1)</sup> L. 1 D. 3, 4; L. 22 D. 46, 1; L. 31 § 1 D. 47, 2.

<sup>2)</sup> Таково мнѣніе Пухты (*Kleine Schrift.*, p. 314), хотя провести его по источникамъ иногда весьма трудно. — Кунце (*Krit. Vierteljahrssch.* 6, p. 60, 61) не признаетъ *societates* вообще за юридическихъ лицъ.

<sup>3)</sup> Историческая послѣдовательность въ происхожденіи юридическихъ лицъ весьма спорна. См. *Pfeifer cit. p. 15—18.*

<sup>4)</sup> L. 1 § 1; L. 2, 3, 7 pr., 8, 9, D. 3, 4; L. 6 § 1 D. 1, 8; L. 15 § 1. D. 4, 3; L. 1 § 7 D. 48, 18; L. 30 D. 50, 1; L. 4 C. 11, 29; L. 1, 3 C. 11, 30; L. 1, 2 C. 11, 32, и т. д. См. также перечисленіе въ *lex Rubria de Gallia cispalpina*, cap. XXI, XXX.

<sup>5)</sup> Римскій народъ, какъ правовой субъектъ, см. *Pernice M. A. Labeo Bd. I*, p. 263—277.

<sup>6)</sup> *Zitelmann*, cit. p. 96—101.

Во времена республики было известно название *aerarium populi Romani*. Позднее был учрежденъ *aerarium militare* и рядом съ этими обоими существовалъ *fiscus Caesaris*. Мало по малу вѣс три казны подиали одинаковому вѣдѣнию императора и слились подъ общимъ названіемъ *fiscus* или *aerarium* (§ 13 J. 2, 6; L. 13 pr. §§ 1, 3, 4; L. 15 § 5 D. 49, 14; L. 1 § 9 D. 48 10; L. 3 C. 7, 37), отъ которого отдѣлено частное имущество императоровъ, *res privata principis*.—Слѣдуетъ еще замѣтить, что отдѣльные государственные кассы не составляютъ каждая особаго юридического лица (L. 2 C. 8, 43; L. 1 C. 10, 5; L. 1 C. 4, 31).

(б) *Волею устанавливаемыя ассоціаціи.* Къ этого рода юридическимъ лицамъ принадлежать всѣ тѣ союзы, которые устанавливаются или рѣшеніемъ власти, или свободнымъ опредѣленіемъ своихъ членовъ, если только въ основѣ союза не имѣть характера сожитія, вызываемаго естественно-нравственной природой человѣка, какъ-то напр., община, которая съ укрѣплениемъ государственной идеи часто устанавливается предписаніемъ власти, напр., чрезъ *coloniae deductio*<sup>1)</sup>, и тѣмъ не менѣе относится къ числу союзовъ необходимыхъ.

Сюда же относятся:

*Collegia militum* въ смыслѣ воинскихъ отдѣленій, какъ-то легіонъ<sup>2)</sup> и др.<sup>3)</sup>.

Прежде подраздѣленія народа на трибы, куріи и т. п.

Разные союзы должностныхъ лицъ: *decuriae scribarum*, *decuriae librariorum*, *fiscalium*, *censualium*<sup>4)</sup> и въ особенности муниципальный совѣтъ (городской сенатъ), *ordo decurionum*, *curia*<sup>5)</sup>.

Союзы жрецовъ и жрицъ, — *collegia sacerdotum*, *collegia templorum*<sup>6)</sup>.

Далѣе идутъ разнообразныя ассоціаціи съ ремесленной, промышленной цѣлью, съ религіозною цѣлью, съ цѣлью взаимного пособія.

Преданіе<sup>7)</sup> относить происхожденіе ремесленныхъ ассоціацій къ самымъ древнимъ временамъ<sup>8)</sup>. Говорять, будто Нума

<sup>1)</sup> См. также L. 10 C. Th. 14, 4.

<sup>2)</sup> L. 6 § 7 D. 28, 3; L. 2 C. 6, 62; cp. L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>3)</sup> Cp. Cohn. Z. röm. Vereinsrecht, p. 109—135.

<sup>4)</sup> Festus v. Scribas L. 3 § 4 D. 37, 1; L. 22 D. 46, 1; L. 25 § 1 D. 29, 2; t. C. 11, 13.

<sup>5)</sup> L. 7 § 2 D. 3, 4; L. 2 C. 10, 33; L. 4 C. 6, 62; Nov. 38 c. 1 c. 2.

<sup>6)</sup> L. 38 § 6 D. 3 (32).

<sup>7)</sup> Буасье. Римская религія, стр. 524 и слѣд. Cohn. Z. röm. Ver., p. 21 и слѣд.

<sup>8)</sup> Plutarch. Num. P. c. 17.

Помпилій, желая смѣшать латинянъ съ сабинянами, раздѣлилъ весь народъ на девять ремесленныхъ корпораций. Въ концѣ республики и въ императорскія времена не было почти ни одного ремесла, которое не соединяло всѣхъ занимающихся имъ въ корпорацію. Источники упоминаютъ коллегіи погонщиковъ ословъ и муловъ, мясниковъ, колбасниковъ, сукновальщиковъ и т. д., и т. д. Особенное значение имѣли *collegia pistorum*, *faborum*, *naviculariorum*<sup>1)</sup>, которые пользовались особыми (изобретеніемъ, изысканіемъ) правами.

Изъ корпорацій, основанныхъ для промышленныхъ предпріятій, особенное значение имѣли т. наз. *societates publicanorum*. Въ Римѣ съ древнихъ временъ принято было отдавать частнымъ лицамъ съ торговъ взысканіе извѣстныхъ (косвенныхъ) налоговъ, эксплуатацию извѣстныхъ государственныхъ имуществъ (соленые источники, *salinae*, золотая розыши и т. п.), выполнение извѣстныхъ общественныхъ работъ (постройки). Въ этихъ случаяхъ обыкновенно капитала одного лица не хватало и поэтому естественно образовывалось общество, которое мало по малу получило характеръ корпораціи. Это и были извѣстные *societates vectigalium publicorum*, *aurifodinarum*, *argentifodinarum*, *salinarum*<sup>2)</sup> и т. п.

Далѣе, съ древнѣйшихъ временъ въ Римѣ существовали религіозныя братства, *sodalites*, *sodalicia*, *collegia sodalicia*<sup>3)</sup>. Цѣль ихъ состояла въ отправлении служенія какому нибудь божеству. Для этого всѣ члены собирались въ храмѣ даннаго бога; жрецъ общества (*flamen*) закалывалъ жертву и члены братства садились за общую трапезу<sup>4)</sup>.

*Collegia tenuiorum* или *collegia funeraticia* были ассоціаціями, цѣль которыхъ обеспечивать своимъ членамъ приличное погребеніе. Этими членами обыкновенно были люди низшаго состоянія, вольноотпущенники, рабы съ разрѣшеніемъ господъ и т. д.

Обыкновенно думаютъ, что погребальные ассоціаціи первоначально устанавливались съ цѣлью постройки на совокупныя средства *колумбарievъ* (зданія для сохраненія праха, въ которыхъ каждый членъ получалъ извѣстное

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 3, 4; L. 5 § 3, 12, 13 D. 50, 6; L. 17 § 2 D. 27, 1; L. 5 § 12 D. 50, 6.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 8, 4; L. 59 pr. D. 17, 2. См. *Salkowski* Bemerk. z. Lehre v. d. jurist. Pers. p. 29—44. Cp. *Cohn*. Zum röm. Vereinsrecht, p. 155—185.

<sup>3)</sup> L. 4 D. 47, 22. *Mommsen*. De collegiis et sodaliciis Romanorum. Kiliae 1843.

<sup>4)</sup> *Paulus Diacon.* v. *sodales*; *Cic.* de senect. c. 13; L. 1, D. 47, 22.

число мѣсть (loca). Позднѣ же, начиная съ Нервы, цѣль погребальныхъ ассоціацій сводилась лишь къ тому, чтобы обезпечить покупку мѣста для погребенія своихъ членовъ. Въ послѣднемъ, конечно, всего болѣе были заинтересованы люди низшаго состоянія, которые за малый взносъ (*funeraticium*) при жизни получали право на покупку для нихъ особаго мѣста погребенія. (Буасье. Римская религія. Москва 1878, стр. 541 — 548). Отсюда и самое название коллегій *tenuiorum* (*Mommsen* въ *Zeit. f. gesch. R.* — W. B. 15, p. 359).

Вопреки этому господствующему воззрѣнію, одинъ изъ современныхъ писателей (*Cohn. Zum röm., Vereinsrecht*, p. 100 — 109), путемъ толкованія единственныхъ двухъ мѣсть, упоминающихъ о *collegia tenuiorum* (L. 1 pr.; L. 3 § 2 D. 47, 22), пришелъ къ заключенію, что подъ *tenuiores* слѣдуетъ разумѣть солдатъ и что *collegia ten.* ничего не имѣть общаго съ погребальными ассоціаціями.

*упр108* П. Учрежденія<sup>1)</sup>. — Общаго названія этотъ разрядъ юридическихъ лицъ въ источникахъ не имѣлъ. Иногда они названы тамъ *piae causae*<sup>2)</sup>). Другое обычное наименованіе, *pia сорога*, новѣйшаго происхожденія<sup>3)</sup>). Обоими этими названіями оттѣняется благочестивая цѣль учрежденій. Римское право только и знало благочестивыя учрежденія (см. ниже ссылки).

Къ учрежденіямъ относятся всѣ имущественные пожертвованія отдельнымъ богамъ<sup>4)</sup>, Иисусу Христу, Святымъ Мученикамъ<sup>5)</sup>, т. е. имущество храма или церкви. Если подъ церковью понимать церковную общину, то мы будемъ имѣть дѣло уже не съ учрежденіемъ, а съ корпорацией. Даѣве, подъ *pia сорога* понимаются имущества, пожертвованныя съ опредѣленной благотворительной цѣлью на устройство благотворительнаго заведенія<sup>6)</sup>, какъ-то: воспитательныхъ домовъ (Траяна), богадѣлень, больницъ, домовъ призрѣнія и т. д.

Положеніе юридического лица въ правѣ. Въ вопросѣ о положеніи юридического лица въ правѣ слѣдуетъ отличать I пассивную сторону отношеній юридического лица, способность состоять субъектомъ правъ и обязанностей, II отъ активной — способность на юридическія дѣйствія. При этомъ, конечно, рѣчь будетъ идти объ общихъ для всѣхъ юридич. лицъ началахъ; въ частности же отдельные виды юридическихъ лицъ

<sup>1)</sup> *Roth. Ueber Stiftungen* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* B. 1 H. 2, p. 189—220.

<sup>2)</sup> L. 19 C. 1, 2.

<sup>3)</sup> *Savigny*, cit. p. 262.

<sup>4)</sup> *Ulpian. 22, 6. См. Pernice* cit. p. 254—263.

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

<sup>6)</sup> См. L. 28 C. 1, 2; L. 35, 46 C. 1, 3; Nov. 181 c. 7, 10.

различаются, подобно отдельнымъ физическимъ лицамъ, въ своемъ правовомъ положеніи.

*Право наследования* I. Юридическое лицо, какъ самостоятельный субъектъ правъ и обязанностей, съ одной стороны ограничивается въ своей правоспособности, а съ другой является въ привилегированномъ положеніи. *Ограничение правоспособности лица?*

Многія права по самой природѣ вещей недоступны юридическимъ лицамъ, а именно всѣ тѣ, которыя предполагаютъ въ своемъ субъектѣ качества физического существованія. Поэтому, въ области гражданского права юридическому лицу недоступны семейные права<sup>1)</sup>, какъ личные, такъ и имущественные, а именно: брачное имущественное право, всѣ формы имущественно-правовыхъ отношеній подъ влияниемъ отцовской власти, наслѣдованіе по закону, какъ основывающееся на родствѣ или бракѣ. Далѣе, только особыми императорскими законами предоставлено юридическимъ лицамъ право патроната<sup>2)</sup>. По этому же основанію юридич. лицо не могло бы состоять субъектомъ тѣхъ вещныхъ правъ, которыя по своему свойству предполагаютъ физического субъекта, а именно личные сервитуты; и только для нѣкоторыхъ видовъ личныхъ сервитутовъ римские юристы обошли искусственно это препятствіе.

Такъ пожизненный личный сервитутъ, ususfructus, принадлежа юридическому лицу, напр., муниципії, могъ бы навсегда отде́лить отъ собственности самую существенную ея функцию, пользованіе. Это затрудненіе къ установлению данного сервитута римские юристы обошли тѣмъ, что опредѣлили крайній срокъ отправленія узуфрута сто лѣтъ (L. 56 D. 7, 1; но срав. L. 26 D. 45, 3). Но другой личный сервитутъ, usus, какъ предполагающей личное пользованіе уравомоченного, такъ и остался недоступнымъ юридическому лицу.

Наконецъ, имущество юридического лица не можетъ поддѣлывать наслѣдованію, такъ какъ юридическое лицо не умираетъ.

Вотъ самая существенная общія ограниченія правоспособности юридическихъ лицъ. Но съ другой стороны, какъ сказано, положеніе юридическихъ лицъ въ правѣ было во многомъ привилегированнымъ. Такъ, многіе изъ нихъ, наравнѣ съ миѳорами охранялись особыми средствами (*in integrum restitutio*) отъ убыточныхъ послѣдствій установленныхъ правоотношеній<sup>3)</sup>; въ частности имущества государства пользовались значитель-

<sup>1)</sup> Ср. *Zrodłowski*. D. röm. Privatr. 1, p. 121 n. 2.

<sup>2)</sup> L. 1, 2, 3; D. 40, 3, L. un. D. 38, 3; L. 3 C. 7, 9.

<sup>3)</sup> L. 4 C. 2, 54; L. 9. D. 49, 1.

ными привилегиями, которая частью были распространены и на имущество общинъ<sup>1)</sup>, и т. д.<sup>2)</sup>.

Итакъ, по гражданскому праву юридическому лицу доступны только имущественные права. И въ этой сферѣ правоотношений оно частью ограничено, частью стояло въ привилегированномъ положеніи.

П. Особенность положенія юридическихъ лицъ въ правѣ та, что они по самому существу своему не способны къ какому либо юридическому дѣйствію. Дѣйствія могутъ исходить только отъ человѣческаго существа. Но безъ возможности дѣйствія правовое существованіе юридическихъ лицъ было бы въ высшей степени неполнымъ. Вступление въ правоотношенія совершается въ большинствѣ случаевъ чрезъ дѣйствія. Только съ развитиемъ представительства стало возможнымъ обходить это затрудненіе тѣмъ, что дѣйствіямъ определенныхъ людей придается такое значеніе, какъ бы то были дѣйствія юридического лица<sup>3)</sup>, и въ этомъ отношеніи послѣднее сопоставляется съ физическимъ недѣлѣспособнымъ лицомъ.

Въ юстиніановомъ правѣ сохранилось еще достаточно слѣдовъ первоначального ограниченія дѣлѣспособности юридическихъ лицъ. Такъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, юридическая лица по общему началу не могли владѣть. Юристъ мотивировалъ это начало тѣмъ, что юридическое лицо *consentire non potest*<sup>4)</sup>). Другіе юристы во времена Юстиніана уже допускали возможность для юридическихъ лицъ владѣть чрезъ представителей<sup>5)</sup>.

Затѣмъ, еще въ юстиніановомъ правѣ общимъ правиломъ нельзя было предоставить какого либо имущества юридическому лицу по акту послѣдней воли<sup>6)</sup>). Пріобрѣтеніе наслѣдства возможно было только чрезъ личное дѣйствіе наслѣдника. Представительство тутъ вообще не допускалось<sup>7)</sup>). Поэтому и юридическое лицо, какъ неспособное предпринять само требуемыхъ дѣйствій, не могло и пріобрѣтать никакихъ наслѣдствъ<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 10 D. 50, 1; L. 1 § 3, 4 D. 49, 14; L. 2 C. 11, 32.

<sup>2)</sup> L. 9 § 9 D. 50, 8; L. 37; L. 38 § 1 D. 42, 5; L. 4 C. 11, 35; L. un. C. 11, 38; L. 8 C. 8, 12. *Zrodowski*, cit. p. 122 n. 4.

<sup>3)</sup> *Puchta*. Kleine Schrift., p. 505.

<sup>4)</sup> L. 1 § 22 D. 41, 2, ср. L. un. D. 38, 3.

<sup>5)</sup> L. 2 D. 41, 2; L. 7 § 3; L. 10, 4.

<sup>6)</sup> L. 8, C. 6, 24.

<sup>7)</sup> L. 63, § 3 D. 36, 1; L. 5 C. 6, 30.

<sup>8)</sup> Впрочемъ, въ объясненіи этого начала ученые расходятся во мнѣніяхъ см. *Rosshirt* въ Archiv f. d. civ. Praxis. X, p. 318).

Таково объяснение юриста Ульпіана<sup>1)</sup>). Только съ развитіемъ идей представительства<sup>2)</sup> открылась для юридического лица возможность вступать въ наслѣдство и принимать отказы, такъ что въ юстиніановомъ правѣ уже могли вполнѣ быть назначаемы наслѣдниками казна и общины, какъ свѣтскія, такъ и церковныя, и благотворительныя учрежденія<sup>3)</sup>, и тѣмъ болѣе они могли теперь получать отказы<sup>4)</sup>.

И въ обязательственныхъ отношеніяхъ юридическое лицо могло вступать лишь насколько здѣсь допускалось римскимъ правомъ представительство<sup>5)</sup>.—То же самое и при судебнѣмъ осуществлѣніи правъ<sup>6)</sup>.

Форма представительства юридическихъ лицъ можетъ быть крайне разнообразной. Такъ, управление казной опредѣляется государственнымъ устройствомъ; управление учрежденіями могло быть опредѣлено впередъ волею жертвователя (L. 15. C. 1, 2. См. Roth въ Jahrb. f. d. Dogm. 1, 2, p. 197, 198). Въ другихъ случаяхъ юридическимъ лицамъ могли быть назначаемы отдельные представители подъ самыми различными названіями (см. Dirksen. Civilist. Abhandl. 2, p. 47—61. Объ управлениіи *societates publicanorum* см. у Salkowski. Bemerk., p. 37, 38), для отдельныхъ дѣлъ или цѣлой ихъ совокупности (L. 1 § 1; L. 2, 3; L. 6 § 1, 3 D. 3, 4. Управители учрежденій носили чаще название отъ самого назначеннаго учрежденія: *xenodochi*, *orphanotrophi*, *gerontocomi* и т. п., но также *oecopomi*, *gubernatores*; иногда ріа согрода управлялась самимъ епископомъ (Nov. 131 c. 11). Затѣмъ, представительство можетъ выражаться въ одномъ лицѣ или въ нѣсколькихъ лицахъ, которыя въ своей совокупности могутъ представлять изъ себя коллегію, какъ напр., въ муниципіяхъ (*collegia* или *ordo decurionum*). Наконецъ, въ корпораціи всѣ члены ея въ собраніи могутъ являться представителями юридического лица.—Если представителями будутъ нѣсколько лицъ, или цѣлая коллегія, то для рѣшенія, напр., въ муниципіальныхъ дѣлахъ, требуется наличность не менѣе<sup>2/3</sup> членовъ правленія (L. 2, 3 D. 50, 9; L. 46 C. 10, 31; L. 142 C. Th. 12, 1). А въ состоявшемся собраніи дѣла, по общему началу, рѣшаются большинствомъ голосовъ (L. 19 pr. D. 26, 5; L. 19 D. 50, 1; L. 160 § 1 D. 50, 17; L. 46 C. 10, 31; L. 2, 3 C. 10, 33. Но см. Pfeifer cit. p. 92, 93; Savigny cit. § 97).—Корпорацію съ опредѣленно организованнымъ правленіемъ принято называть *universitas ordinata*, въ отличіе

<sup>1)</sup> Ulpian. 22 § 5. Ср. источники у Dirksen Civilist. Abhandl. 2, p. 130—143.

<sup>2)</sup> См. L. 14 D. 50, 1.

<sup>3)</sup> L. 3 § 4 D. 37, 1; L. un. § 1 D. 38, 3; Ulpian. 22, 6; L. 1 Cod. Th. 5, 2; C. Th. 5, 3; 5, 4; L. 1 C. 1, 2; L. 24; 49 C. 1, 3; L. 8, 12; C. 6, 24; Nov. 131 cap. 11.

<sup>4)</sup> L. 73 § 1; L. 117, 122 D. 30; L. 20 § 1 D. 38, 1; L. 20 D. 34, 5; L. 26, 27 pr. D. 36, 1; L. un. § 1 D. 38, 3.

<sup>5)</sup> L. 5 § 7, 9 D. 13, 5; L. 11 § 1 D. 22, 1.

<sup>6)</sup> L. 1 § 1, L. 6 § 1 D. 3, 4; L. 97 D. 35, 1.

отъ *universitas inordinata*, когда дѣла завѣдуются самими членами корпораций, вѣдь опредѣленной организаціи особаго правления (въ наукѣ, впрочемъ, эти термины принимаются въ различныхъ смыслахъ; см. *Pfeifer*, cit. p. 50, 51).

Искусственно созданная дѣеспособность юридическихъ лицъ, разумѣется, не можетъ распространяться на совершение преступлений (*delicta*).

Вопросъ о способности юридическихъ лицъ совершать преступления (*delicta*) въ наукѣ прежде былъ весьма споренъ. Нѣкоторые писатели, особенно цивилисты, высказывались въ утвердительномъ смыслѣ, но теперь большинство отвергаетъ такую ответственность (см. пр. *Tatianezъ*. Курсъ русскаго уголовнаго права. I. Спб. 1874, стр. 8—13). По принятой нами теоретической конструкціи юридическихъ лицъ, вопросъ решается вполнѣ безспорно. Хотя за юридическимъ лицомъ и признана воля и способность вынужне ее выражать, но, тѣмъ не менѣе, юридическое лицо по своей сущности есть только юридическая фикція и имѣеть собственную личность и волю лишь настолько, насколько распространяется эта фикція<sup>1)</sup>. Но такъ какъ совершение преступлений не можетъ заключаться въ цѣли установленія юридического лица, то это послѣднее и неспособно къ нему (*Vangerow*. Pand. 1, p. 97). Поэтому все то, что называютъ преступлениемъ юридического лица, будетъ всегда преступлениемъ только отдельныхъ его членовъ или представителей, т. е. отдельныхъ физическихъ лицъ; причемъ безразлично—будетъ ли оно совершено по поводу отношений юридического лица, или нѣтъ (*Savigny* cit. II, p. 313). Это воззрѣніе находить подтвержденіе въ нашихъ источникахъ. Такъ, Ульпіанъ, задавшись вопросомъ, можно ли предъявлять *actionem de dolo* противъ муниципій, даетъ отрицательный отвѣтъ: *quid enim municipes dolo facere possunt?* (L. 15, § 1 D. 4, 3 ср. Nov. Major. tit. VII, § 11 ed. Haenel, p. 320). Но совсѣмъ иной вопросъ: насколько юридические лица отвѣчаютъ изъ правонарушений своихъ представителей или членовъ? Юристъ Помпоній въ однѣмъ мѣстѣ (L. 4 D. 43, 16) говоритъ, что если будетъ совершенъ деликтъ отъ имени муниципії, то послѣдняя отвѣтственна, насколько получила прибыль путемъ правонарушения своихъ представителей (*quid ad eum pervenit*). Очевидно, о способности юридическихъ лицъ совершать деликты тутъ и рѣчи нѣтъ. Равно и въ другомъ фрагментѣ (L. 9, § 1 D. 4, 2) говорится лишь о томъ, что нѣсколько лицъ, случайно соединенныхъ въ коллегію, могутъ подобно отдельнымъ лицамъ (*personae singulares*) совершать *delictum*, но обѣ искѣ по деликту противъ самой коллегіи тутъ нѣтъ и рѣчи (*Puchta. Kleine Schriften*, p. 506 п.).

Права и обязанности, устанавливаемыя юридическому лицу, будутъ имѣть непосредственнымъ своимъ субъектомъ само юри-

<sup>1)</sup> Съ точки зрењія германистовъ на юрид. лица (см. выше), нельзя отрицать способности ихъ совершать деликты (см. *Beseler. System* 2 ed., p. 243). а поэтому неответственность за послѣдніе приходится обосновывать совершенно иначе, чѣмъ это дѣлаемъ мы.

дическое лицо. Оно въ правовомъ отношеніи разсматривается за совершенно самостоятельное лицо<sup>1)</sup>). Такъ что, напр., имущество корпораціи не будетъ имуществомъ ея членовъ<sup>2)</sup>, представитель корпораціи не будетъ представитель ея членовъ<sup>3)</sup>. Мало того, отдѣльные члены корпораціи могутъ находиться въ самостоятельныхъ правоотношеніяхъ къ самой корпораціи, напр., приобрѣтать вещныя права на имущество корпораціи и т. п.<sup>4)</sup>. Но при этой самостоятельности личности юридического лица, въ самомъ его назначеніи можетъ заключаться право отдѣльныхъ членовъ пользоваться на счетъ имущества юридического лица, напр., корпораціи.

Прежде обыкновенно думали, что, по самой сущности юридическихъ лицъ, отдѣльные члены ихъ не имѣютъ никакого участія въ имуществѣ корпораціи, на томъ основаніи, что юридическое лицо стоитъ въ такомъ же самостоятельномъ, независимомъ положеніи относительно своихъ членовъ, какъ и относительно всякаго третьаго лица (см. у *Salkowski*. *Bemerk. Z. Lehre v. d. Iur. Pers.*, р. 13—16). Но нѣкоторыя римскія корпораціи, какъ напр., *societates publicanorum* (*vectigalium publicorum*), *aurifodinarum*, *argentifodinarum*, *salinagrum* и т. п. несомнѣнно должны допускать участіе къ пользованію своимъ доходностямъ отдѣльныхъ ихъ членовъ, право на каковое участіе эти послѣдние могли осуществлять даже исками (*pro socio* или *communi dividendo* L. 63, § 8; L. 65, § 15 D. 17, 2). На такое участіе направлена сама цѣль установления подобныхъ обществъ и поэтому каждый отдѣльный членъ ихъ можетъ требовать этого участія соразмѣрно своему вкладу, паю, *pars* (*Cic. pro Rab. Post. c. 2*; L. 9, § 4 D. 39, 4). Эту *pars* можно было даже отчуждать и унаследовывать (*Cic. in Vatin. c. 12*; *Cic. pro Rab. Post. c. 2*; L. 59 pr. D. 17, 2). Все это заставило новѣйшихъ ученыхъ допустить, смотря по существу корпораціи, участіе ея членовъ въ прибыли (*Unger* въ *Krit. Ueber.* 6, р. 172, 174, 175), хотя иногда и отмѣчаютъ этотъ классъ корпорацій особымъ названіемъ, корпорацій не въ собственномъ смыслѣ слова (*uneigentliche Corporationen*, напр., *Gerber* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Process N. F.* Bd. XII, р. 206). Но нѣть необходимости устанавливать какія-то отклоненія отъ правила, такъ какъ цѣли, съ которыми соединяются отдѣльныя лица въ корпорацію, не могутъ вліять на самую конструкцію этого юридического лица. Разъ союзъ людей является во внѣ, какъ самостоятельный правовый субъектъ, то всегда

<sup>1)</sup>) *Salkowski* (cit. p. 11, 17) доказываетъ, что субъектами правъ во всякомъ случаѣ будуть сами члены корпораціи, причемъ не нарушается единство послѣдней. Но см. *Windscheid. Pand.* § 59 п. 3 а. О воззрѣніи Геринга говорено выше.

<sup>2)</sup>) L. 1 § 1 D. 3, 4; L. 10 § 4 D. 2, 4; L. 6 § 1 D. 1, 8; L. 1 § 7 D. 48, 18—L. 7 § 1 D. 3, 4; L. 18 C. Th. 13, 5.

<sup>3)</sup>) L. 2; L. 7 pr.; L. 8, 9 D. 3, 4.

<sup>4)</sup>) См., напр., L. 1 § 15 D. 36, 1 обязательство корпораціи къ ея члену. L. 9 D. 3, 4 процессъ между ними.

будеъ имѣть дѣло съ юридическимъ лицомъ, безъ вниманія къ цѣлямъ, пре-  
слѣдуемымъ отдельными членами его при установлениі этого новаго правового  
субъекта (ср. Salkowski cit. p. 17—19, ср. p. 41).

*Установленіе юридическихъ лицъ.* — Установленіе нѣкото-  
рыхъ видовъ юридическихъ лицъ, какъ-то лежачаго на слѣд-  
ства, объясняется самыемъ ихъ понятіемъ. Установленіе дру-  
гихъ, какъ-то государства, объясняется въ государственномъ  
правѣ. Затѣмъ, учрежденія устанавливаются посвященіемъ опре-  
дѣленнаго имущества опредѣленнымъ цѣлямъ<sup>1)</sup>). Наконецъ, о  
корпораціяхъ мы говоримъ въ случаѣ ясно выраженнаго намѣ-  
ренія нѣсколькихъ лицъ устроить такое сообщество, которое, въ  
качествѣ идеального единства, разматривалось бы какъ осо-  
бый субъектъ правъ<sup>2)</sup>). Число требуемыхъ для корпораціи лицъ  
не опредѣляется общимъ правиломъ.

Въ L. 85 D. 50, 16 читаемъ: *Neratius Priscus tres facere existimat colle-  
gium, et hoc magis sequendum est.* Долго считали (напр., Kierulff. Civilr., p  
132) это положеніе за общее правило объ обязательныхъ трехъ членахъ для  
всякой корпораціи, но теперь остановились на томъ объясненіи, что число  
три даетъ только основаніе для сужденія о данномъ сообществѣ, какъ о кол-  
легии; но и при всякомъ другомъ числѣ участниковъ ихъ сообщество съ опре-  
дѣленной цѣлью можетъ стать юридическимъ лицомъ (Arndts, Pand. § 44  
п. 2).

Состоять членомъ нѣсколькихъ коллегій не дозволялось<sup>3)</sup>.

Вопросъ о томъ, насколько юридическая личность зависѣла  
въ каждомъ случаѣ отъ утвержденія власти, разрѣшается слѣ-  
дующимъ образомъ. Учрежденія не требовали особаго разрѣ-  
шенія; самое ихъ существованіе придавало имъ значеніе юри-  
дического лица. Корпораціи слѣдуетъ подраздѣлить на дозво-  
ленныя и недозволенныя (*collegia licita, collegia illicita*). По-  
слѣдними признавались тѣ союзы, которые, уже съ послѣднихъ  
временъ республики, имѣли стремленіе выродиться въ полити-  
ческие клубы. Поэтому подобные союзы запрещено было откры-  
вать подъ страхомъ наказанія<sup>4)</sup> безъ особаго разрѣшенія импе-  
ратора или сената. Къ числу дозволенныхъ корпорацій при-  
надлежали и такія, которыхъ установленіе даже поощрялось  
со стороны императоровъ разными привилегіями, какъ-то мно-

<sup>1)</sup> Nov. 131 с. 11.

<sup>2)</sup> Windscheid. Pand. 1 § 60.

<sup>3)</sup> L. 1 § 2 D. 47, 22.

<sup>4)</sup> L. 2 D. 47, 22.

гіе виды ремесленыхъ и торговыхъ корпораций<sup>1</sup>). Поэтому для установления дозволенныхъ корпораций едвали требовалось осо-бое какое либо разрѣшеніе власти.

Вообще вопросъ объ участіи государства при установлениі юридическихъ лицъ весьма споренъ. Такъ, по мнѣнію Савини (cit. p. 275—279), для установления всякаго юридического лица безусловно необходимо разрѣшеніе государственной власти. Главное теоретическое основаніе этому воз-зрѣнію то, что юридическое лицо не носить, подобно физическому лицу, въ самомъ себѣ естественныхъ условій правоспособности. На него только путемъ фикціи распространяется правоспособность физического лица, а такое распро-страненіе можетъ исходить только отъ власти (см. другія основанія этого воз-зрѣнія у *Salkowski. Bemerkung*, p. 19—29). Но римское право положительно держится иного начала. Такъ, въ частности учрежденія, по яснымъ выраже-ніямъ источниковъ, могли устанавливаться безъ какого либо участія власти (L. 23 C. 1, 2; L. 35, 46, 49 C. 1, 3. См. прежнюю спорность вопроса у *Rosshirt* въ *Archiv f. d. civilist. Praxis* X, p. 325, 326). Такъ какъ Римъ зналъ только благотворительныя учрежденія (см. выше), то сама похвальная цѣль ихъ установлениія не могла дать повода къ ограничению первоначальной свободы каждого по усмотрѣнію устанавливать ріа сорпора. Теперь большинство романистовъ держатся этого мнѣнія.—По вопросу объ установлениіи кор-пораций высказанное мнѣніе принадлежитъ Пухтѣ (*Kleine civ. Schriften*, p. 512—515). Но многие ученые оспариваютъ это мнѣніе (см. у *Unger* въ *Krit. Uebersch.* 6, p. 148—156; *Windscheid. Pandekt.* 1 § 60 п. 2). Источники же даютъ основаніе думать, что римское законодательство шло путемъ огра-ниченія первоначальной свободы основывать корпораціи (противное доказы-вааетъ *Cohn. Vereinr.*, p. 28—35), запрещая подъ страхомъ наказанія извѣст-ныя ихъ категоріи; откуда и название «недозволенныя коллегіи» (*collegia illicita*). Такъ, во время политическихъ неурядицъ были запрещены клубы съ полити-ческимъ вліяніемъ, sodalitates (*Cic. ad Quint.* 2, 3) и вообще собранія полити-ческія (*coetus factiosorum hominum Asconius in Cornel.*, p. 75 ed. Orelli). Подобныя корпораціи, подразумѣвалось, могли быть установлены только съ разрѣшеніемъ власти (L. 3 pr. § 1 D. 47, 22), тогда какъ всѣ остальные, какъ collegia licita, не требовали подобного разрѣшенія, такъ какъ закона подоб-наго не было. Вотъ смыслъ L. 1, 2, 3 D. 47, 22; L. 1 pr. D. 3, 4. (Ср. *Cohn Vereinr.*, p. 80—100).

Конецъ юридического лица. Конецъ государства и лежа-чаго наслѣдства объясняется изъ самаго ихъ понятія. Осталь-ные юридические лица прекращаютъ свое существованіе, когда отпадаютъ необходимыя предположенія ихъ юридической лич-ности: I) отпадаетъ основа ихъ личности и II) когда правовое

<sup>1</sup>) L. 17 § 2, 3; L. 46 D. 27, 1; L. 6 § 12, 13 D. 50, 6. См. также *Lampridius* c. 33.

предписаніє направлено на прекращеніе за ними характера самостоятельного правового субъекта.

I. Такъ, корпорація прекращаетъ свое существование, когда выходятъ всѣ ея члены смертью или заявлениемъ. Простая перемѣна членовъ, хотя бы всѣхъ, не влечетъ за собой прекращенія корпорації<sup>1)</sup>, такъ какъ корпорація, какъ особое лицо, требуетъ для своего понятія наличности членовъ, но какихъ—настоящихъ, или послѣдующихъ—это безразлично. Поэтому же корпорація продолжаетъ свое существование, если останется хотя бы одинъ членъ<sup>2)</sup>, и прекращается, если не останется на лицо ни одного члена.

Многіе писатели полагаютъ, что и съ выходомъ всѣхъ членовъ возможно еще продолженіе корпорацій, если не прекратилась ея цѣль, осуществлять которую въ непродолжительномъ времени могутъ приступить новые члены (*Savigny Syst. I*, p. 280; *Windscheid* P. 1 § 61; *Arndts* § 45 п. 1; *Zrodowski* I, p. 284). Но другіе писатели основательно не признаютъ существованія корпораціи за то время, когда выходятъ всѣ ея члены, такъ какъ по самому понятію корпораціи, она немыслима безъ личного состава (*Pfeifer* cit. p. 115; *Brinz. Pand.*, p. 1147; см. *Dernburg. Pand.* I, p. 148 п. 2).

II. Прекращается корпорація, когда предписаніемъ власти она лишается характера юридического лица, закрывается<sup>3)</sup>.

Помимо этихъ способовъ прекращенія корпорацій, въ самомъ ихъ установлениіи могутъ заключаться условія ихъ прекращенія, какъ-то наступленіе срока, на который были установлены, достиженіемъ цѣли, на которую были направлены.

Иногда въ числѣ способовъ прекращенія корпорацій выставляютъ постановленіе о томъ членовъ корпораціи (напр., *Windscheid* 1 § 61); но уже давно возражали противъ такого воззрѣнія (особенно см. *Puchta* въ *Kleine civ. Schrift.*, p. 505). Воля членовъ корпораціи имѣеть лишь то значеніе, что придаетъ ей активное бытъе, но нельзя эту волю разсматривать за волю самой корпораціи, направленную на прекращеніе своей личности. Постановленіемъ члены могутъ вызвать только косвенно прекращеніе корпораціи, а именно, соглашаясь выйти изъ состава корпораціи, но это не будетъ уже особый способъ прекращать корпорацію (*Zrodowski*, P. 1, p. 285, 286).

Учрежденія прекращаются<sup>4)</sup>, I когда нѣтъ болѣе имущества.

<sup>1)</sup> Ср. L. 76 D. 5, 1. Принадлежность къ корпораціи переходила нерѣдко *ipso jure* отъ отца къ дѣтямъ, см. L. 16 C. Th. 10, 20; L. 51, 62, 64, 101, 137, 139, 149, 159, 178 C. Th. 12, 1; L. 1, 20 C. Th. 13, 5.

<sup>2)</sup> L. 7 § 2 D. 3, 4.

<sup>3)</sup> См., напр., L. 3 pr. § 1 D. 47, 22.

<sup>4)</sup> *Roth* въ *Jahrb. f. d. Dogm.* 1, 2, p. 218—220.

Аналогіческій вопросъ о продолженії учрежденія при существованіі цѣли (*Brinz P.*, p. 1137, 1138).

ІІ. Когда преслѣдуемая цѣль становится недозволенной или недостижимой.

Помимо этихъ способовъ прекращенія, учрежденіе по общимъ правовымъ началамъ перестаетъ существовать съ наступленіемъ его срока или условія, подъ которымъ было установлено.

*Судьба имущества юридического лица по его прекращеніи.* По вопросу о преемственности въ имуществѣ юридического лица источники римского права не имѣютъ никакихъ данныхъ<sup>1)</sup>. Правильное рѣшеніе состоить въ слѣдующемъ<sup>2)</sup>.

Прежде всего обращается вниманіе, не постановлено ли чего либо въ самомъ актѣ установлениія юридического лица о будущей судьбѣ имущества, или въ частности для корпораціи, - не было ли предъ прекращеніемъ юридического лица постановленіе объ его имуществѣ. Но съ прекращеніемъ юридического лица никоимъ образомъ не прекращаются права отдельныхъ лицъ, въ томъ числѣ и членовъ его, установленные къ имуществу юридического лица (напр., право сервитутовъ, или въ случаяхъ вообще товариществъ на паяхъ). Если не имѣется ни того, ни другого, то имущество юридического лица, какъ выморочное (*bonum vacans*) идетъ въ казну (имущества религіозныхъ учрежденій идутъ специально въ *fiscus ecclesiasticus*).

Нѣкоторые ученые (*Böhlau cit. p. 41—51*) полагаютъ, что и въ послѣднемъ случаѣ имущество корпораціи дѣлится между ея членами. Но, выходя изъ принятой нами теоретической конструкціи юридическихъ лицъ, мы не можемъ признать такого дѣленія. Съ прекращеніемъ корпораціи вѣтъ уже болѣе того субъекта, которому исключительно принадлежало корпораціонное имущество; а такъ какъ юридическая лица не могутъ имѣть ни завѣщательныхъ, ни законныхъ наследниковъ, то остается одно изъ двухъ: или рассматривать данное имущество безхозяйнымъ, обязательства прекратившимися, или же считать его выморочнымъ, *bonum vacans*, и какъ таковое передавать казнѣ. Всѣ юридические предположенія говорятъ за выморочность (*Puchta* въ *Kleine civ. Schriften*, p. 509—511).

<sup>1)</sup> Въ L. 5 C. 1, 11 говорится лишь о конфискації мѣстъ языческаго богослуженія (*Böhlau cit. p. 42*), а въ L. 3 D. 47, 22 рѣчь идетъ о недозволенныхъ сообществахъ (*collegia illicita*), а поэтому имущество не перестаетъ принадлежать отдельнымъ ихъ членамъ (*Savigny cit. p. 257 f. N. o. sp. Cohn Vereinsr.*, p. 94, 95).

<sup>2)</sup> *Arndts. Pandekten* § 45; *Windscheid. Pand. I* § 62. См. предполагаемую волю учредителя L. 16 D. 33, 2; L. 4 (6) D. 50, 8.

## II. ОБЪЕКТЪ ПРАВА.

### Вещь, какъ предметъ права.

*Пособія:* Unger. System d. oesterr. allgem. Privatr. B. 1 Aufl. 1876, p. 353—488.—Zrodłowski. Das römische Privatrecht B. 2. 1880, p. 1—160.

*Общее понятіе предмета права.* Подъ предметомъ или объектомъ права разумѣется все то, что на основаніи положительного права можетъ быть подчинено власти лица, т. е. иначе, все, что субъектъ права можетъ подчинить своей власти на основаніи закона, есть предметъ права. Общіе виды правовыхъ предметовъ по римскому праву слѣдующіе: 1) Извѣстная категорія лицъ, которая съ одной стороны сами могутъ быть субъектами правъ, а съ другой—состоять объектами извѣстныхъ правъ: это такъ наз. *homines alieni juris*, напр., *filiifamilias*, какъ объекты *patriae potestatis*. 2) Одушевленные и неодушевленные предметы внѣшняго міра, за изъятіемъ лицъ. Сюда относятся: вещи въ тѣсномъ смыслѣ слова, рабы и животныя. Наконецъ, 3) могутъ быть установлены права на опредѣленныя дѣйствія лицъ, неподчиненныхъ другому лицу. Что касается до первого вида, лицъ, то они могутъ быть объектами правъ только тогда, когда находятся въ семейныхъ отношеніяхъ, а поэтому разсмотрѣніе ихъ относится къ отдѣлу семейнаго права. Затѣмъ, третій видъ, дѣйствія лицъ, какъ правовые объекты, имѣютъ также свой опредѣленный отдѣлъ въ системѣ гражданскаго права, а именно, отдѣлъ обязательственного права. Остаются одушевленные и неодушевленные предметы внѣшняго міра; они составляютъ самый главный и общій видъ объектовъ права. Этотъ видъ и составить предметъ послѣдующаго разсмотрѣнія подъ общимъ названіемъ *вещей*, *res*.

### Понятіе вещи.

Подъ словомъ вещь, *res*, въ обширномъ смыслѣ разумѣются всѣ предметы существующіе. Какъ объекты частнаго обладанія лица, совокупность вещей составляетъ имущество этого лица,

его *familia*, по выражению древнихъ источниковъ, а по позднѣйшимъ *bona* или даже *rescipia*<sup>1)</sup>.

Ульпіанъ даетъ такую этимологию слова *bona*: *Bona dicuntur ex eo quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse* (L. 49 D. 50, 16). Въ словахъ этихъ не заключается юридического определенія понятія имущества а, какъ говорить самъ Ульпіанъ, только естественный смыслъ (*naturalis appellatio*) *bona*, какъ всего того *quae prosunt* (ср. также L. 83. D. 1, 5). Въ числѣ вещей, способныхъ приносить человѣку пользу, есть много такихъ, которыхъ въ понятіе имущества входить не могутъ, какъ не состоящія въ частномъ обладаніи лица. Поэтому всякое имущество состоить изъ вещей, но не всѣ вещи входять въ имущество, а только тѣ, которыхъ составляютъ *res singulorum, res privatae* данного лица. *Rei appellatio latior est quam pecuniae, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt* (L. 5. § 1. D. 50, 16).

Бона въ юридическомъ смыслѣ будетъ имущество, которое мы можемъ назвать *nostra*, которое принадлежитъ намъ по праву<sup>2)</sup>.

Подъ вещами, составляющими имущество лица, въ болѣе обширномъ смыслѣ слова разумѣются не только предметы физические, определенные по пространству предметы виція міра, но и дѣйствія и права, т. е. всѣ доставшіеся правовыми путемъ предметы виція міра для удовлетворенія потребностей данного лица<sup>3)</sup>.

*Rei appellatione et causae et jura continentur* L. 23. D. 50, 16.

Сами права несомнѣнно могутъ быть правовыми объектами<sup>4)</sup>. Такъ установленные права подлежать волею ихъ субъекта прекращенію, измѣненію. Въ этомъ выражается правовая власть, объектомъ которой будетъ право. Разсмотрѣніе правъ, какъ правовыхъ объектовъ, умѣстно въ соотвѣтствующихъ имъ отдельахъ особенной части системы<sup>5)</sup>, а потому въ настоящемъ отдельѣ о немъ будетъ упомянуто настолько, насколько этимъ выясняется главный предметъ. Въ той же мѣрѣ будетъ говорено и объ имущественныхъ совокупностяхъ (*universitates juris*), какъ напр., *peculium*, наследство (*hereditas*) и т. д. Полное разсмотрѣніе ихъ, по всей очевидности, относится къ особенной

<sup>1)</sup> L. 222. D. 50, 16.

<sup>2)</sup> Birkmeyer. Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. Erlangen 1879, p. 15—26.

<sup>3)</sup> Birkmeyer. cit. p. 23.

<sup>4)</sup> См. Neuner. Rechtsverh., p. 52, 53; Hartmann въ Jahrb. f. d. Dogmatik 17, p. 86.

<sup>5)</sup> Windscheid. Pandekt. I § 48 a.

части. Изъ этого же слѣдуетъ, что предметомъ дальнѣйшаго изложенія будетъ *res* въ самомъ тѣсномъ смыслѣ слова<sup>1)</sup>), а именно: предметы только физические, за исключеніемъ лицъ, *personae*. Свободный человѣкъ никогда не разсматривался какъ вещь<sup>2)</sup>). Рабы хотя и разсматривались какъ бы вещами еще въ позднѣйшемъ правѣ<sup>3)</sup>), тѣмъ не менѣе, безличие ихъ никогда не было проведено со всей строгой послѣдовательностью; въ новомъ же римскомъ правѣ за рабами весьма широко признается дѣеспособность<sup>4)</sup>) и уже поэтому рабство слѣдуетъ отнести къ отдельу о правахъ личности. Итакъ, подъ вещами мы будемъ разумѣть физические предметы, за исключеніемъ рабовъ.

### Виды вещей<sup>5)</sup>).

Согласно изложенному понятію вещей, ихъ можно раздѣлить на виды по двумъ признакамъ, а именно: А) со стороны ихъ естественныхъ свойствъ, насколько они имѣютъ юридическое значеніе и Б) со стороны правоотношеній на нихъ.

А) По естественнымъ свойствамъ всѣ вещи дѣлятся прежде всего на

#### 1) Вещи тѣлесныя и безтѣлесныя, *res corporales* и *res incorporales*<sup>6)</sup>.

По опредѣленію источниковъ, подъ тѣлесными вещами разумѣются такія вещи, которыя могутъ быть осозаемы, въ отличіе отъ безтѣлесныхъ, которыя могутъ быть восприняты только мыслю.

*Res corporales sunt, quae tangi possunt; res incorporales, quae tangi non possunt* L. 1. § 1 D. 1, 8; § 1, 2. I. 2, 2.

Къ первой категоріи будуть относиться всѣ предметы ограниченного въ пространствѣ материального существованія: земля, камень, рабъ и т. п. Ко второй принадлежать  права, какъ вещныя, такъ и обязательственныя и семейныя. Сюда же относится и право наслѣдства въ смыслѣ права пріобрѣсти, вступ-

<sup>1)</sup> Справ. L. 3 D. 48, 13; L. 4 D. 48, 22.

<sup>2)</sup> L. 6 pr. L. 18, 1; L. 83 § 5 D. 45, 1.

<sup>3)</sup> L. 2 § 2 D. 9, 2, L. 215 D. 50, 16.

<sup>4)</sup> См. выше о физическ. лицахъ, стр. 71, 72.

<sup>5)</sup> Inst. 2, 1 de rerum divisione.—Dig. 1, 8 de divisione rerum et qualitate.

<sup>6)</sup> Inst. 2, 2 de rebus corporalibus et incorporalibus.

леніемъ въ права наслѣдника, имущество умершаго<sup>1)</sup>). Но изъ всѣхъ правъ, право собственности Римляне относили къ тѣлеснымъ вещамъ<sup>2)</sup>; собственность, по ихъ воззрѣнію, въ силу своего объема нѣкоторымъ образомъ сливается съ самою вещью; собственникъ, какъ таковой, есть неограниченный распорядитель вещью.

Противъ такого причисленія права собственности къ тѣлеснымъ вещамъ (см. *Pagenstecher. D. röm. Lehre vom Eigenthum* 1, p. 4) начинаютъ высказываться нѣкоторые новѣйшия писатели. Думаютъ (см. *Randa. Das. Eigenthumsrecht* 1. Leipzig 1884, p. 1 п. 2), что обозначеніе собственности тѣлесной вещью основано на юридически неточномъ отождествленіи самой вещи съ правомъ на нее (но ср. *Wächter. Pand. I.*, p. 257—259).

Подобно тѣлеснымъ, и безтѣлесныя вещи, какъ сказано выше, могутъ быть правовыми объектами, хотя сравнительно въ рѣдкихъ случаяхъ, напр., залога права требованія, *pignus nominis*, права вещного пожизненнаго пользованія, *pignus usus-fructus*, уступки права наслѣдства, *in jure cessio hereditatis*. Поэтому подъ именемъ вещи обыкновенно разумѣютъ вещь тѣлесную.

Вещи тѣлесныя бываютъ двухъ родовъ:

## 2) Вещи недвижимыя и движимыя, *res immobiles* и *res mobiles*.

Нѣкоторые писатели (напр., *Böcking. Pand.* § 74. §§ a, b) распространяютъ это дѣленіе и на права. Но источники наши ясно противополагаютъ *res mobiles* и *immobiles* правамъ (*jura, res incorporales*); L. 7. § 4. D. 15, 1; L. 15. § 2. D. 42, 1; L. 2, 3. C. 7, 37; L. un. § 7. C. 5. 13. Вопросъ о приуроченіи правъ къ одной изъ данныхъ категорій вещей принадлежитъ по-вому времени.

Тѣлесныя вещи бываютъ или недвижимыя, или движимыя, смотря по тому, способны онѣ къ перемѣщенію безъ поврежденія ихъ сущности или измѣненія формы, или неспособны къ такому перемѣщенію.

Нѣкоторые писатели (напр., *Windscheid. Pand.* 1 § 139; *Zrodowski. D. röm Privatr.* 2., p. 87. п. 2) выходятъ лишь изъ одной возможности перемѣщенія, не упоминая о томъ, будеть ли это перемѣщеніе вести за собою поврежденіе или нетъ. Они выходятъ изъ того, что послѣдняя оговорка заста-

<sup>1)</sup> § 2 J. 2, 2.

<sup>2)</sup> L. 8 pr. D. 20, 6; L. 13 § 1 D. 39, 2.

вить признать многие предметы, несомненно движимые, за недвижимые, напр., молоко, портящееся при дальнемъ перемѣщении. Но на это можно возразить, что безъ данной оговорки, наоборотъ, не мало недвижимостей должно быть отнесено къ движимостямъ, напр., многія строенія. Поэтому вѣрнѣе внести въ опредѣленіе признакъ поврежденія, но рассматривать его какъ общее явленіе при перемѣщении извѣстныхъ вещей, а не какъ случайное, возможное при этомъ послѣдствіе.

I Недвижимыми вещами будуть только поземельные участки (*solum, fundus, обширные участки—latifundia, campi, малые—praedia, loci*), т. е. определенные границами части земной поверхности, и все что съ ними естественно или искусственно соединено (*junctio, implicatio*)<sup>1</sup>), такъ что не можетъ быть отдѣлено безъ ущерба сущности или перемѣны формы, напр., растенія, строенія, находящіяся въ связи съ поверхностью участка (*ager* для деревни, *area*—для города<sup>2</sup>).

Общее название для участка вмѣстѣ со всѣмъ находящимся на немъ, т. е. строеніями, было *fundus*. *Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur.* L. 211. D. 50, 16; L. 115. D. 50, 16. Впрочемъ, въ другихъ мѣстахъ дѣлается различіе между *fundus* и *aedes*. Gajus 2, 42; L. 1. §§ 3, 6. D. 43, 16. Поэтому болѣе точное обозначеніе участка со всѣмъ его составомъ имѣеть въ выраженіи *res soli*. Gajus 2 § 53, 54.

Поземельный участокъ становится самостоятельной вещью чрезъ определеніе его границъ. По ограничению въ Римѣ участки дѣлились на *agri limitati*, границы которыхъ установлены публично межевщиками (*agrimensores*), и *agri arcifinii*, участки ограниченные всякимъ другимъ способомъ, напр., рѣкой, публичной дорогой и т. п. Различіе это имѣло то юридическое значение, что только *agri arcifinii* могли подлежать прращенію чрезъ  *примой, alluvio*<sup>3</sup>).

Къ участку принадлежитъ также пространство подъ и надъ нимъ находящееся<sup>4</sup>).

Разъ соединеніе съ участкомъ кончается, то прежняя составная части его теряютъ качество недвижимыхъ вещей, напр., *ruta caesa, eruta et caesa*.

<sup>1)</sup> L. 7 § 5; L. 9 pr. D. 43, 24; L. 30 § 1 D. 41, 3; L. 7 § 10 D. 41, 1; L. 29 § 2 D. 20, 1.

<sup>2)</sup> L. 27 pr.; L. 2, 11 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 16 D. 41, 1; L. 1 § 6 D. 43, 12.

<sup>4)</sup> L. 13 § 1 D. 8, 4; L. 24 § 12; L. 26 inf. D. 39, 2; L. 1 § 12 D. 39, 3; L. 1 pr.; L. 9, 14, 15 D. 8, 2; L. 8 § 5; L. 14 § 1 D. 8, 5; L. 22 § 4 D. 43; 24.

Весьма важное правовое значение имѣть дѣленіе участковъ по ихъ экономическому назначению на городскіе и деревенскіе участки, *praedia urbana* и *praedia rustica*<sup>1)</sup>. Подъ первыми разумѣются недвижимости, предназначенные для жилья (*aedes* — въ городѣ, *villae* — въ деревнѣ<sup>2)</sup>), или вообще для удобства (напр., сады). Сюда же относятся конюшни, магазины и даже незастроенные складочные мѣста<sup>3)</sup>). Подъ вторыми разумѣются участки, служащіе для извлечения естественныхъ плодовъ. Если они лежать внутри или вообще въ окрестности города, то называются *praedia suburbana*<sup>4)</sup>.

Затѣмъ, особенное правовое значение имѣло дѣление участковъ на итальянскія и провинціальныя земли (*fundi italici* и *provinciales*). Первыми назывались земли, расположенные въ Италии, а вторыми земли, находящіяся въ провинціи<sup>5)</sup>.

Вещами движимыми могутъ быть какъ неодушевленные предметы (*res mobiles* въ тѣсномъ смыслѣ, напр., торговые корабли<sup>6)</sup>), такъ и одушевленные предметы, т. е. приходящіе въ движение собственою силою (*res se moventes, moventia*<sup>7)</sup>), какъ-то рабы и животныя. Между послѣдними различаютъ животныхъ дикихъ (*bestiae, ferae bestiae*<sup>8)</sup>), когда они живутъ на свободѣ, прирученныхъ (*mansuetae, mansuetactae*<sup>9)</sup>) и ручныхъ, домашнихъ животныхъ<sup>10)</sup>.

Дѣление вещей на движимыя и недвижимыя имѣть значеніе въ отдельныхъ постановленіяхъ положительного права, дающаго особья начала для одной и другой категоріи вещей, какъ напр., при давности владѣнія (*usucapio*), сервитутахъ, воровствѣ<sup>11)</sup> и некоторыхъ другихъ случаяхъ<sup>12)</sup>.

Въ средѣ тѣлесныхъ же вещей слѣдуетъ далѣе различать:

<sup>1)</sup> L. 198 D. 50, 16; L. 16 C. 5, 71.

<sup>2)</sup> L. 211 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 4 § 1 D. 20, 2.

<sup>4)</sup> Cp. L. 16 C. 5, 71.

<sup>5)</sup> Gajus 1, 120; Ulpian. 19, 1 — Gajus 2, 21.

<sup>6)</sup> L. 20 § 4 D. 43, 24.

<sup>7)</sup> L. 93 D. 50, 16.

<sup>8)</sup> Gajus 2, 67; § 12 J. 2, 1; L. 44 D. 41, 1.

<sup>9)</sup> L. 1 § 6 D. 3, 1.

<sup>10)</sup> Какія животныя относятся къ какому изъ перечисленныхъ видовъ см. у *Böcking*. Pand. I § 74 note.

<sup>11)</sup> L. 38 D. 41, 3.

<sup>12)</sup> Kuntze. Cursus d. Instit. § 438.

3) Вещи простыя, составныя и совокупности вещей (*res unitae, res connexae s. compositae, universitates rerum*<sup>1)</sup>).

Всякая отдельная вещь (*res singula*) будетъ по роду соединенія составныхъ ея частей или вещью простою, или составною<sup>2)</sup>, а именно: если между частями вещи имѣется непосредственная связь (*continuatio*), такъ что граница одной части тотчасъ образуетъ начало другой части, *partes* не имѣютъ собственныхъ *fines*, то вещь такая будетъ простая<sup>3)</sup>, *res unita, corpus unitum, quod uno spiritu continetur*<sup>4)</sup>, какъ напр., человѣкъ, камень, балка. Если же соединеніе частей будетъ только внѣшнее, такъ что не будетъ перехода одной части въ другую, части будутъ только соприкасаться (*contingere*), то вещь называется составною<sup>5)</sup>, *res composita, corpus connexum, quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat*<sup>6)</sup>, какъ напр., домъ, корабль. Болѣе кратко различие между вещами простыми и составными можно опредѣлить такъ: подъ первыми разумѣются вещи, коихъ части соединены органически, а подъ вторыми — вещи, коихъ части соединены механически<sup>7)</sup>. Если соединеніе таково, что образуется новая вещь (напр. корабль), то составная вещь можетъ быть объектомъ правъ сама по себѣ, могутъ быть объектами правъ и отдельные ея составные части, насколько онѣ въ соединеніи не теряютъ своего самостоятельного существованія (напр., *tignum junctum*); только осуществленіе этихъ правъ отлагается до тѣхъ поръ, пока это соединеніе не прекращается<sup>8)</sup>. Наконецъ, существуютъ такие предметы, которые состоятъ изъ совокупности отдельныхъ вещей (*capita*), не соединенныхъ вмѣстѣ ни органически, ни механически, но которыя подъ общимъ названіемъ составляютъ одно цѣлое, къ которому и примѣняются правовые начала, напр., стадо<sup>9)</sup> (*gtex, armentum, equitum*).

<sup>1)</sup> *Göppert.* Ueber einheitliche, zusammengesetzte u. Gesamtsachen. Halle 1871.

<sup>2)</sup> Ср. слова Помпонія L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>3)</sup> *Göppert* cit. p. 41.

<sup>4)</sup> L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>5)</sup> *Ibid.*, p. 44 — 46.

<sup>6)</sup> L. 30 pr. D. 41, 3.

<sup>7)</sup> *Vangerow.* Pand. 1, p. 106, 107.

<sup>8)</sup> L. 23 pr. § 2 D. 41, 3; L. 7 § 11 D. 41, 1.

<sup>9)</sup> L. 1 § 3; L. 2; L. 3 pr.; L. 23 § 5 D. 6, 1; L. 21 § 1 D. 44, 2.

Въ наукѣ весьма спорно: можетъ ли совокупность вещей, какъ таковая, быть объектомъ правъ. Многіе полагаютъ, что объектами всегда будутъ только *res singulae*, составляющія эти совокупности, допуская самое большое возможность востребовать ихъ однимъ искомъ, ради практическаго удобства (см. *Girtanner* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik*. В. 3. Н. 1, р. 95 и слѣд.). Новѣйшія воззрѣнія по вопросу см. у *Windscheid'a Pand.* I § 137 п. 6).

Источники называютъ эти предметы словомъ *universitas*; новѣйшая же наука, для отличія этой совокупности отдельныхъ вещей отъ вещей составныхъ, называемыхъ въ источникахъ также *universitas*<sup>1)</sup> (*коэгенти*), даетъ послѣднимъ название *universitas rerum cohaerentium*, а первымъ — *universitas rerum distantium*. Правовое положеніе той и другой *universitas* во многомъ различно, какъ напр., въ ученіи о владѣніи и давности.

*Universitas rerum dist.* въ наукѣ, начиная со временъ гlosсаторовъ, противополагаютъ подъ названіемъ *universitas facti*, *hominis*, такъ называемому *universitas juris*, подъ которой разумѣется совокупность вещей (какъ тѣлесныхъ, такъ и безтѣлесныхъ, или обоего рода), вмѣстѣ съ принадлежащими къ нимъ долгами, рассматриваемая какъ одно цѣлое, напр. *hereditas*, *dos*, *peculium*<sup>2)</sup>.

По вопросу о признакахъ, по которымъ слѣдуетъ различать *universitates facti* отъ *univers. juris*, писатели расходятся. Такъ, одни писатели видятъ въ *univers. facti* совокупности, которые сами собою ясны, такъ что всякий можетъ ихъ принять за таковыя, тогда какъ *univers. juris* будуть совокупности, признанныя таковыми юридической нормой (см., напр., *Hesser. Personnes morales*, р. 45, 46). Другіе понимаютъ подъ *univers. facti* совокупности, обусловленныя природой своей, тогда какъ *univers. juris* могутъ быть схвачены только мыслю (см., напр., *v. Wetter. Droit romain* I, р. 125, 126). Такъ какъ дѣленіе это не имѣтъ существеннаго юридического значенія, то достаточно условиться лишь въ пониманіи состава совокупности подъ тѣмъ или другимъ названіемъ. Поэтому, согласно уже воззрѣнію Тибо (*System d. Pandectenrechts*, I § 175), Макельдея (*Lehr. d. röm. Rechts* § 150) и др. мы будемъ подъ *univers. facti* разумѣть совокупности лишь предметовъ материальныхъ, а подъ *univers. juris* — совокупности, которыхъ могутъ заключать въ себѣ и *res incorporales*, права и обязательства.

Различие въ правовомъ положеніи между обоими видами *universitates* видѣли обыкновенно въ томъ, что только къ *universitas juris* примѣнялось правило, *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, а также *in rem actio universalis*. Но теперь большинство ученыхъ (см. статью *Hasse* въ *Civ.*

<sup>1)</sup> L. 23 pr. D. 41, 3; L. 7 § 11 D. 41, 1; L. 8 D. 43, 24.

<sup>2)</sup> L. 20 § 10 D. 5, 3; L. 1 § 4 D. 33, 4; L. 1 § 8 D. 15, 2.

Arch. 5 № 1 и *Mühlenbruch ibid.* 17 № 12) признаютъ эти особенности только для *hereditas*. Если же это такъ, то нѣтъ основанія удерживать особыя обозначенія для той и другой *universitates* (*Vangerow. Pand.* 1, p. 109).

#### 4) Вещи дѣлимые и недѣлимые<sup>1)</sup> (*res dividuae et individuae*).

Физически всѣ вещи дѣлимы, но юридически дѣлимы только тѣ вещи, разложеніе которыхъ на части не ведеть за собою разрушенія ихъ сущности или значительного пониженія ихъ стоимости<sup>2)</sup>.

Признакъ такой дѣлимости источники выражаютъ словами: *res quae dividi possunt* (L. 26 § 2 D. 30), въ отличіе отъ *res quae dividi non possunt* (L. 35 § 3 D. 6, 1).

Дѣленіе вещи безъ разрушенія ея стоимости будетъ тогда, когда полученные отъ дѣленія вещи по своей сущности не отличаются отъ цѣлаго, когда дѣленіемъ получаются изъ одной вещи нѣсколько одного и того же рода, но только меньшаго объема<sup>3)</sup>. Поэтому дѣлимы всѣ земли, а изъ движимыхъ *res, quae pondere ac mensura consistunt*. Совсѣмъ иное значеніе имѣть вопросъ о дѣлимости вещей, когда рѣчь идеть объ отдѣльныхъ ея частяхъ, безъ непремѣнного уничтоженія между ними связи. Существенный признакъ дѣленія въ этомъ смыслѣ тотъ, чтобы изъ дѣлимой вещи образовалось нѣсколько предметовъ, изъ которыхъ каждый составилъ бы отдѣльный объектъ самостоятельного правового господства. Подобныя части носятъ название *partes pro diviso*, реальная части. Самый способъ дѣленія опредѣляется природою и свойствами вещи. Недвижимыя вещи могутъ быть лишь разграничены на части. Такое дѣленіе мыслимо не только для недвижимыхъ, но и для движимыхъ вещей<sup>4)</sup>.

Многіе писатели (напр., *Steinlechner. D. Wesen d. juris communio* 1, p. 39—43) не допускаютъ дѣлимости движимыхъ вещей на *partes pro diviso*, но едва ли основательно. Возьмемъ примѣръ: отдѣльные таблицы одного и того же манускрипта въ рукахъ различныхъ лицъ и т. п. (См. *Randa D. Eigenthumsrecht* 1, p. 210 п. 6). Можно допустить оспариваемое воззрѣніе только съ той оговоркой, что движимая вещь недѣлима настолько, насколько

<sup>1)</sup> *Bianchi. La divisibilità e la indivisibilità delle cose corporali* въ Archivio giuridico, v. XXIX fasc. 1 e 2. Pisa 1882.

<sup>2)</sup> L. 26 § 2 D. 30 (1).

<sup>3)</sup> *Zrodłowski. D. rōm. Privatr.* 2, p. 109, 110.

<sup>4)</sup> L. 83 D. 17, 2.

она не допускает разложение на части; въ этихъ случаяхъ господство на *pars pro indiviso* будетъ непремѣнно обнимать всю вещь (L. 8 in fin. D. 6, 1).

Но вещи, недѣлимые въ изложенномъ смыслѣ, дѣлимы умственно, подлежатъ дѣленію на такъ наз. *partes pro indiviso*, переводимыя теперь чаще словами интеллектуальная части.

*Ut intellectu magis partes habent, quam corpore.* L. 5 D. 45, 3.

Такая дѣлимость имѣеть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣсколькимъ лицамъ принадлежитъ сообща вещь, но каждому въ части, реально не опредѣленной, *res plurium communis pro partibus indivisis*<sup>1</sup>).

Понятіе такой дѣлимости спорно. По мнѣнию болѣе правильному, умственные части суть части самой вещи, но не дѣйствительныя, а умственно опредѣленныя или, иначе сказать, части въ стоимости вещи.

Въ наукѣ крайне спорно, какъ понимать *partes pro indiviso* (см. *Steinlechner. Das Wesen der juris communio etc.* Abth. I Innsbruck 1876, p. 72 и слѣд. и II 1878, p. 224 и слѣд.). Многіе ученые (напр. *Arndts. Pand.* § 53; *Unger. Oest. Civ. R.* § 51 и Ann. 27 и др.) видѣть тутъ умственное дѣление права на данную вещь, т. е. дѣленіе содержанія права. По мнѣнию другихъ (напр., *Windscheid. Pand.* I § 142 и п. 11), дѣленіе это относится къ самой вещи. Послѣднее болѣе справедливо, ибо право, т. е. содержаніе права, не можетъ быть дѣлимо; частичное право на осуществленіе воли — ничто. Мыслимо только общее участіе нѣсколькихъ лицъ въ опредѣленномъ правѣ. Сверхъ того, принятое воззрѣніе какъ нельзѧ болѣе соотвѣтствуетъ выраженіямъ источниковъ (L. 5, pr. D. 45, 3; L. 25, D. 7, 4; L. 5. § 15 D. 13, 6; L. 66, § 2, D. 2 (31); L. 64, § 4, D. 21, 2). Но срав. *Randa D. Eigenthumsr.* 1, p. 212 п. 7). Умственное дѣленіе имѣеть значеніе опредѣлить величину участія въ стоимости вещи. Впрочемъ, весь этотъ споръ о *partes pro indiviso* практическаго значенія не имѣеть (*Baron. Pandekt.*, p. 64).

##### 5) Вещи потребляемыя и непотребляемыя (*res consumtibles* и *non consumtibles*).

Подъ первыми разумѣются вещи, которыхъ обыкновенное употребленіе состоить въ уничтоженіи или уменьшеніи ихъ субстанції; вторыя же имѣютъ назначеніемъ служить цѣлому ряду пользованія, хотя бы это пользованіе и могло вести за собою постепенное уничтоженіе самой субстанції.

Такъ какъ обыкновенно пользованіе вещами ведеть за собою постепенное потребленіе ихъ, то нѣкоторые ученые противополагаютъ потребляемымъ

<sup>1</sup>) L. 25 § 1 D. 50, 16; L. 26 D. 41. 2.

вещамъ категорію вещей изнашиваемыхъ (*abnützbare Sachen*, см. *Windscheid. Pand. I § 140*). Нами принятное противоположеніе болѣе рѣзко оттѣняетъ отличительные признаки тѣхъ и другихъ разрядовъ вещей и болѣе отвѣчаетъ словоупотребленію источниковъ, которые для вещей потребляемыхъ употребляютъ выраженія: *res quae usu consumuntur* (§ 2, I. 2, 4, рубрика къ Dig. 7, 5), *res quae in abuso consistunt* (L. 5. § 1, D. 7, 5), *quae usu tolluntur* (L. 1, D. 7, 5) и т. п. Это словоупотребленіе будетъ и противъ тѣхъ учесныхъ (напр., *Dernburg. Pand. I*, р. 170), которые относятъ изнашиваемыя вещи (напр., платья) прямо къ разряду потребляемыхъ вещей (ср. *Ihering. Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 15*, р. 401).

Къ числу вещей потребляемыхъ источники относятъ между прочимъ и деньги, употребленіе которыхъ, хотя и не ведеть къ уничтоженію ихъ, но для употребляющаго собственника оно равно уничтоженію<sup>1)</sup>). По весьма явному признаку потребленія, къ вещамъ потребляемымъ источники иногда относятъ и носильное платье (*vestimenta*)<sup>2)</sup>, хотя правильнѣе считать ихъ въ числѣ *res quae usu minuntur*<sup>3)</sup>.

Дѣленіе вещей на потребляемыя и непотребляемыя не имѣть абсолютнаго значенія; въ каждомъ конкретномъ случаѣ частной волей можетъ быть приданъ характеръ непотребляемости вещамъ потребляемымъ<sup>4)</sup> и наоборотъ<sup>5)</sup>.

Юридическое значеніе разсмотрѣннаго дѣленія состоить въ томъ, что вещи потребляемыя не могутъ составлять объекта такого правового пользованія, которое разсчитано на болѣшую или меньшую продолжительность, напр., не могутъ быть предметомъ ссуды и т. д.

*Б) Вещи со стороны правоотношений на нихъ.* Въ гражданскомъ правѣ вещи разсматриваются лишь какъ предметъ извѣстныхъ правъ и правовыхъ сдѣлокъ. Какъ объекты тѣхъ и другихъ, вещи считаются состоящими въ гражданскомъ оборотѣ. Такія вещи составляютъ общее правило. Но многія категоріи вещей по различнымъ основаніямъ изъяты изъ гражданскаго оборота, т. е. не могутъ быть предметами гражданскихъ правъ, ни гражданскихъ сдѣлокъ. Такъ, рядомъ съ вещами, названными въ наукѣ *res quae in commercio sunt*, имѣется цѣлый разрядъ вещей, *res quae extra commercium sunt*.

<sup>1)</sup> § 2 J. 2, 4; L. 11 § 2; L. 13 D. 12, 1.

<sup>2)</sup> § 2 J. 2, 4.

<sup>3)</sup> L. 1. D. 7, 5.

<sup>4)</sup> См. L. 3 § 6; L. 4 D. 13, 6.

<sup>5)</sup> L. 15 § 4 D. 7, 1. См. *Zrodowski D. röm. Privatr. 2*, р. 123 н. д.

Источники для обозначения этихъ вещей употребляютъ выражения: *res quarum commercium non est; res quae haberri non possunt* или *quarum alienatio non est*. См. § 4 I. 2, 20; § 2 I. 3, 19; L. 39 § 9 D. 30 (1); L. 83 § 5 D. 45, 1.

### 1) Вещи изъятые изъ оборота, *res extra commercium*<sup>1)</sup>.

Между вещами, изъятыми изъ оборота, слѣдуетъ различать<sup>2)</sup>: I. Вещи, вполнѣ изъятые изъ оборота и II. Вещи, частично изъятые изъ оборота. Частичное изъятие выражается или въ томъ, что а) всѣ правовые субъекты устраниены отъ извѣстныхъ правъ на вещи, или б) только отдѣльнымъ правовымъ субъектамъ закрыты всѣ права на вещи, или в) отдѣльные лица устраниены отъ извѣстныхъ правъ на вещи. Рядомъ съ вещами, вполнѣ или частично изъятыми изъ оборота, имѣется цѣлый классъ III. вещей, на которыхъ всѣмъ частнымъ лицамъ доступны всѣ вещныя права, но по которымъ не могутъ быть совершены извѣстныя сдѣлки съ дѣйствительной обязательной силой; это будутъ *res extra commercium* не въ собственномъ смыслѣ слова. Разсмотримъ каждый видъ изъятыхъ изъ оборота вещей въ отдѣльности.

1. Вполнѣ изъятые изъ оборота вещи. Сюда прежде всего относятъ обыкновенно т. наз.

#### a) *Res omnium communes*, вещи общія всѣмъ.

Подъ ними разумѣются такие предметы, которые по естественнымъ своимъ свойствамъ какъ бы предназначены природой на пользованіе всѣхъ людей. Въ строгомъ смыслѣ о вѣщахъ этихъ нельзя сказать, что онѣ не подлежатъ гражданскому обороту; они вообще изъяты ото всякой человѣческой власти. Къ числу *res omn. communes* римляне относили: воздухъ<sup>3)</sup> (*aer*), море съ берегами, которыхъ граница опредѣлялась высшей чертой прилива<sup>4)</sup> (*mare et per hoc litora maris*), и протечная вода<sup>5)</sup> (*aqua profluens*).

<sup>1)</sup> Wappäus. Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. Göttingen 1867.

<sup>2)</sup> Wappäus cit. p. 6—8.

<sup>3)</sup> § 1, 5 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> § 3 J. 2, 1; L. 96 pr.; L. 112 D. 50, 16.

<sup>5)</sup> § 1 J. 2, 1.

Относительно моря источники нѣсколько противорѣчивы. Съ одной стороны, называютъ его абсолютно безхозяйной вещью (L. 14 pr. D. 41, 1), а съ другой, признаютъ верховное на него право государства (см. *Windscheid. Pand. I.*, § 146 п. 4).

Но всѣ эти предметы въ извѣстномъ смыслѣ могутъ состоять на исключительномъ правѣ частнаго лица. Такъ, воздушное пространство (а не воздухъ) надъ поверхностью частной недвижимой собственности будетъ на исключительномъ правѣ хозяина послѣдней<sup>1)</sup>; протечная вода, запруженная въ границахъ даннаго участка, становится собственностью хозяина послѣдняго, но при этомъ теряетъ характеръ протечной воды; часть поверхности моря (а не самаго моря), а также берега, могутъ съ разрѣшеніемъ власти<sup>2)</sup> быть застроены частнымъ лицомъ и сдѣлаться предметомъ его частнаго обладанія<sup>3)</sup>.

Распространеніе права собственности на воздушное пространство, находящееся надъ данною поверхностью, признается теперь почти всѣми писателями. Кромѣ учебниковъ, см. *Jhering* въ *Jahrb. f. Dogmat.* VI, р. 89. 90; *Bekker* въ *Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts.* V, р. 166. Противъ этого высказывалось такое мнѣніе, что воздухъ никоимъ образомъ не можетъ составлять предмета собственности, какъ *res omnia communis* (см. *Werenberg* въ *Jahrb. f. Dogm.* VI, р. 12 и слѣд.). Послѣднее вполнѣ вѣрно, но вопросъ идетъ только о воздушномъ пространствѣ, а не о воздухѣ, какъ замѣтилъ уже *Jhering* cit. p. 86.

3) *Res divini juris*, вещи божескаго права.

Въ понятіи правомочій римляне дѣлали различіе между *jus humanum* и *jus divinum*, т. е. совокупности человѣческихъ, а съ другой стороны, божескихъ правомочій, человѣческаго и божескаго права. Соответственно этому различію, подъ *res juris humani* разумѣлись вещи, способныя состоять объектомъ человѣческаго права, а подъ *res divini juris*—вещи, состоящія въ области чисто божескаго правомочія, на которыхъ человѣкъ не можетъ пріобрѣсти никакого права.

Въ основѣ этого воззрѣнія лежитъ представленіе древней языческой религіей божества, какъ человѣкоподобнаго существа, имѣющаго свои потребности, которымъ человѣкъ стремился удовлетворить посвященіемъ, имѣя цѣлью заручиться небесными благоволеніемъ въ своимъ жизненныхъ дѣлахъ (*Wappaus* cit. p. 9).

<sup>1)</sup> L. 8 § 5; L. 14 § 1 D. 8, 5; L. 22 § 4 D. 43, 24.

<sup>2)</sup> L. 50 D. 41, 1; L. 3 § 1 D. 43, 8.

<sup>3)</sup> § 1 J. 2, 1; L. 4 pr. D. 1, 8; L. 5 § 1; L. 6 pr.; L. 10 D. eod.; L. 14 pr.; L. 30 § 4 D. 41, 1.

Къ числу этихъ предметовъ принадлежать прежде всего: *Res sacrae*, вещи публично, отъ имени римского народа, посвященные *diis superis*, высшимъ богамъ<sup>1)</sup>. Посвященіе (*consecratio, dedicatio*) должно было совершаться публично (*publice, non privatim*) отъ имени римского народа (*auctoritate populi Romani*) и поэтому требовалось предварительное согласіе народного собрания или сената. Сама церемонія посвященія совершалась высшими представителями римского культа, понтификами, позднѣе императорами<sup>2)</sup>. Посвящаемы могли быть всевозможные предметы.

Фестъ (*v. sacer mons*) перечисляетъ всего чаще посвящаемые предметы: *sive aedes, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud.* Въ Дигестахъ (1, 8) упоминается по преимуществу *locus sacer*, напр., мѣсто, предназначаемое для жертвоприношеній отъ имени государства.

Представленныя посвященіемъ непосредственному господству высшихъ боговъ, *res sacrae* не могли составлять предмета частнаго права, они *in nullius bonis sunt*<sup>3)</sup>.

*Res religiosae*<sup>4)</sup> разумѣлись почти<sup>5)</sup> исключительно предметы, посвященные *diis manibus*<sup>6)</sup>, богамъ аида, т. е. иначе мѣста погребенія (*sepulcra, busta*). Для того, чтобы *locus* сдѣлался *religiosus*, требуется, чтобы 1) въ дѣйствительности произошло *illatio mortui*, быль внесенъ прахъ умершаго въ назначенное для погребенія мѣсто<sup>7)</sup>. При этомъ безразлично, будетъ-ли это общее, публичное мѣсто погребенія или частное, для отдельного лица или семьи предназначеннное. Ни мѣсто, отведенное для погребенія, ни гробница не считались за *res religiosa*, пока въ дѣйствительности не произошло погребенія<sup>8)</sup>. 2) *Illatio* должно быть совершено лицомъ на то имѣющимъ право, какъ-то наслѣдниками умершаго, или другими лицами, получившими на то разрѣшеніе собственника земли<sup>9)</sup> (т. наз. *jus sepulcri et monumenti*).

<sup>1)</sup> Gaius 2, 4, 5; § 8 J. 2, 1; L. 6 § 3; L. 9 pr. D. 1, 8; Cod. de sacro-sanct. eccles. 1, 2.

<sup>2)</sup> Pernice. Labeo 1, p. 256 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 6 § 2 D. 1, 8.

<sup>4)</sup> Dig. 11, 7; Cod. 3, 44 de religiosis.

<sup>5)</sup> Къ *res religiosae* причислялись также мѣста, пораженные молнией (*fulguritum*). См. Rein Privat., p. 183.

<sup>6)</sup> Gaius 2, 4; L. 4 D. 11, 7; L. 4 init. C. 9, 19.

<sup>7)</sup> § 9 J. 2, 1.

<sup>8)</sup> L. 6 § 5; L. 7 D. 1, 8; L. 2 § 5 D. 11, 7.

<sup>9)</sup> § 9 J. 2, 1.

Только мѣсто, занятое прахомъ, считалось за *locus religiosus*, а не все пространство, предназначенное къ погребенію<sup>1)</sup>.

Какъ предметы непосредственного господства мановъ умершаго, *loca religiosa* были вполнѣ изъяты изъ области гражданскаго оборота<sup>2)</sup>.

Только *res sacrae* и *res religiosae* считались за *res divini juris*<sup>3)</sup> и противополагались *res humani juris* или *res profanae*<sup>4)</sup>. Какъ таковыя, они находились подъ охраной священныхъ законовъ, были *res sanctae*<sup>5)</sup>, ограждались отъ профанаціи суроными наказаніями (*sancire poenas*). Послѣдній признакъ былъ имъ общій съ цѣльнымъ разрядомъ предметовъ, которые назывались также *res sanctae*, но въ особомъ, тѣсномъ смыслѣ слова. Это были предметы, также поставленные подъ защиту священныхъ законовъ<sup>6)</sup>, но которые не были собственно *res divini juris*<sup>7)</sup>, ни *res extra commercium*, какъ таковыя<sup>8)</sup>. Таковы были городскія стѣны, ворота<sup>9)</sup> и т. п.

Къ вещамъ, вполнѣ изъятымъ изъ гражданскаго оборота, принадлежать еще слѣдующія<sup>10)</sup>:

а) Яды, *venena*, но не лекарственные (*venena bona*), а только вредны еяды (*venena mala*), служащіе средствомъ къ убийству<sup>11)</sup>. Помимо того, что всѣ сдѣлки на эти яды были ничтожны<sup>12)</sup>, запрещалось подъ страхомъ суроныхъ наказаній даже имѣть ихъ у себя<sup>13)</sup>.

б) Запрещенные книги, *libri prohibiti*, какъ-то *libri magiae artis, mathematicorum et vaticinatorum*<sup>14)</sup>

II. Частью изъятыхъ изъ оборота вещи, т. е. предметы, на которые отдельныя права частнаго лица допускаются только съ ограниченіями. Сюда относятся: а) вещи, по которымъ известныя права не доступны никому изъ правовыхъ субъект-

<sup>1)</sup> L. 2 § 5 D. 11, 7.

<sup>2)</sup> § 2 J. 3, 19; L. 6 § 2 D. 1, 8.

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

<sup>4)</sup> L. 6 § 3 D. 1, 8.

<sup>5)</sup> Festus v. *Sanctum*; L. 8 pr. D. 1, 8.

<sup>6)</sup> Gajus 2, 8; L. 11 D. 1, 8.

<sup>7)</sup> Источники выражаются; *quodammodo divini juris* § 10 J. 2, 1.

<sup>8)</sup> *Wappäus*, cit. p. 16.

<sup>9)</sup> § 10 J. 2, 1; L. 8 § 2; L. 9 § 3, 4 D. 1, 8.

<sup>10)</sup> *Wappäus*, cit. p. 17.

<sup>11)</sup> L. 2, 36 pr. D. 50, 16.

<sup>12)</sup> L. 35 § 2 D. 18, 1.

<sup>13)</sup> L. 3 pr. § 3 D. 48, 8.

<sup>14)</sup> L. 4 § 1 D. 10, 2 ep. Paulus R. S. V. 23 § 18; 21 § 3, 4.

товъ. Таковы будуть т. наз. res publicae, подъ которыми въ тѣсномъ, первоначальномъ смыслѣ разумѣлись только вещи, принадлежащія римскому народу<sup>1)</sup>), но въ болѣе обширномъ смыслѣ подъ ними разумѣются всѣ res, quaes in publico usu sunt, т. е. предназначенные къ общему употребленію или только удобству.

Считать ли эти предметы состоящими въ собственности государства или общины, въ наукѣ спорно. Одни даютъ утвердительный отвѣтъ (см. *Baron* въ *Krit. Vierteljahrs.* 19, p. 393), другие (*Windscheid. Pand.* 1, § 146, п. 11) признаютъ только верховное право (см. *Arndts. Pand.* § 49, п. 3). Первое мнѣніе вѣрнѣе, какъ прямо подтверждаемое источниками (L. 1 pr. D. 43, 1, см. *Pernice. Labeo* 1, p. 273).

Въ силу самаго назначенія этихъ вещей, отправленіе всѣхъ тѣхъ правъ на нихъ, которыхъ были бы противны такому ихъ назначенію, не допускается, иначе говоря, въ данной мѣрѣ наступаетъ изъятіе этихъ предметовъ изъ оборота; всѣ же права, не препятствующія общему употребленію, остаются въ полной силѣ. Къ даннымъ предметамъ относятся: публичные рѣки, flumina publica, публичные дороги, viæ publicæ, публичные мѣста, loca publica, публичные зданія и т. д.

*Рѣка и публичная рѣка въ частности*<sup>2)</sup>. — Отъ рѣки, flumen, отличается ручей, rivus, по величинѣ и по тому значенію, какое послѣднему придаются окрестные жители<sup>3)</sup>.

Слово rivus въ источникахъ имѣть и другой смыслъ, а именно искусственныхъ канавъ съ водопроводомъ (L. 1 § 2 D. 43, 21; L. 6 D. 10, 1). Поэтому придавать точный смыслъ приведенному различенію не слѣдуетъ. См. *Wappäus*, cit. p. 19, 10.

Засимъ, flumina дѣлятся на flumen publicum и flumen privatum<sup>4)</sup>. По опредѣленію Кассія, къ первой категоріи принадлежать рѣки съ постоянно текущей водой<sup>5)</sup>, т. е. flumina perennialia, въ отличие отъ второй категоріи, т. наз. flumina temporaria.

<sup>1)</sup> L. 15 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> Dig. 43, 12 de fluminibus etc. Dig. 43, 13 nequid in flum. publ. fiat. etc. Dig. 43, 14 ut in flumine publico navigare licet. *Kappeler. Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach röm. Rechte 1867. Baron.* Begriff u. Bedeutung d. öffentlichen u. privaten Wasserlaufs nach alten u. neuen Gesetzen въ Zeitsch. für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. I, p. 261 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 1 § 1 D. 43, 12.

<sup>4)</sup> L. 1 § 4 D. 43, 12.

<sup>5)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 12.

rentia, т. е. временныхъ потоковъ воды<sup>1</sup>). По этому опредѣлению, почти всѣ flumina будутъ publica<sup>2</sup>).

Какъ постоянно измѣняющаяся, неопределенная вещь, flumen не можетъ составлять предмета частной собственности. Она по естественнымъ свойствамъ должна быть относима собственно къ res communes, вещамъ, открытымъ пользованію всѣхъ людей, но римское право ограничило пользованіе ею, признавая только publicus usus римскихъ гражданъ<sup>3</sup>); почему и слѣдуетъ подобныя рѣки считать за res publica. Поэтому каждому гражданину предоставляется свободное право пользоваться публичной рѣкой для движенія своихъ кораблей и плотовъ<sup>4</sup>), для рыбной ловли (jus piscandi<sup>5</sup>), для собиранія раковинъ, камней, растеній въ рѣкѣ или на берегу ея, для купанія, мытья, водопоя и т. далѣе.

Какъ изъятая изъ частной собственности, flumina принадлежать къ числу res extra commercium. Но съ другой стороны, это изъятіе изъ частнаго гражданскаго оборота только частичное; ибо частному лицу могли принадлежать частные права пользованія публичными рѣками<sup>6</sup>), насколько только эти частные права не нарушили или не затруднили usus publicus<sup>7</sup>) обставленный защитой особыми исками<sup>8</sup>). Flumina privata состоять въ собственности частныхъ лицъ, собствениковъ прибрежныхъ земель, до средины рѣки<sup>9</sup>).

Наравнѣ съ flumina publica подлежать публичному пользованію portus publici, lacus, fossæ, stagna publica<sup>10</sup>). Послѣдніе три водоема становятся публичными по преимуществу тогда, когда они соединены съ публичной рѣкой въ томъ смыслѣ, что она протекаетъ ихъ, или двѣ публичныя рѣки соединены каналомъ (fossa).

Наконецъ, берега судоходныхъ рѣкъ (гдѣ fluminum navigabilem) также подлежать публичному пользованію; собственникъ ихъ лишается права такихъ распоряженій, которыхъ пре-

<sup>1</sup>) L. 1 § 2 D. 43, 12.

<sup>2</sup>) § 2 J. 2, 1; L. 4 § 1 D. 1, 8.

<sup>3</sup>) L. 1 pr. D. 43, 1; L. 24 init. D. 39, 2. См. *Wappaus*, cit. p. 25.

<sup>4</sup>) L. 1 pr. § 19 D. 43, 12.

<sup>5</sup>) § 2 J. 2, 1; L. 13 § 7 D. 47, 10.

<sup>6</sup>) L. 1 § 41, 42; L. 3 § 4 D. 43, 20; L. 17 D. 8, 3.

<sup>7</sup>) L. 1 § 12; L. 2 D. 43, 12; L. 17 in fin. D. 8. 3.

<sup>8</sup>) Dig. 43, 12; 43, 13; 43, 14 cit.

<sup>9</sup>) L. 1 § 4 D. 43, 12.

<sup>10</sup>) § 2 J. 2, 1; L. 1 pr. § 3—6 D. 43, 14; L. 1 § 8 D. 43, 12.

пятствовали бы свободному пользованию данной полосой земли<sup>1)</sup> и, наоборот, въ остальномъ допускалось отправление правъ частной собственности<sup>2)</sup>.

2) Подъ публичными дорогами, *viæ publicæ*, разумѣются такие пути и улицы, по которымъ каждый имѣеть право идти, бѣхать верхомъ или въ повозкѣ; тогда какъ на частныя дороги, *viæ privatæ*, право пользованія принадлежитъ одному только собственнику<sup>3)</sup>.

Между публичными дорогами различали главныя дороги,—*viæ consulares* или *militares*,— и общиныя дороги, *viæ vicinales* (L. 3 I D. de locis et itineribus publicis 43, 7. L. 2 § 22 D. 43, 8). Первая служили соединенію между городами или городовъ съ моремъ, съ публичными рѣками; вторая были путями сообщенія въ общинѣ и между отдельными общинами.

На публичныя дороги не исключается въ общемъ право частной собственности. Онѣ могутъ принадлежать въ собственность государству<sup>4)</sup> общинѣ<sup>5)</sup> или даже частному лицу, когда, напр., дорога шла черезъ частное владѣніе, ведя отъ большой дороги къ селеніямъ<sup>6)</sup>. Но отправление частнаго права собственности допускается лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно не препятствуетъ публичному движению. Поэтому, напр., на римскихъ большихъ дорогахъ и улицахъ была построена масса т. наз. *tabernae*, за которыхъ государству платилась подать (*solarium*)<sup>7)</sup>. Общее пользованіе публичными дорогами защищалось особыми исками<sup>8)</sup>.

3) Частично изъяты ихъ оборота были т. наз. *loca publica*<sup>9)</sup>, т. е. государству или общинѣ принадлежащія площади, а также мѣста и зданія, предназначенные для торга, ярмарокъ и вообще для общаго удобства, публичныхъ зрелищъ. Сюда принадлежать<sup>10)</sup>: *forum*, *basilicæ* (городскія думы и судебныя мѣста), *theatra*, *stadia*, *campus Martius* и *balneae publicae*, какъ въ Римѣ, такъ и въ муниципіяхъ. Составляя государственную или общинную собственность, всѣ эти мѣста и учрежденія были въ то же время открыты пользованію каждого (*quavis ex populo*,

<sup>1)</sup> § 4 J. 2, 1; L. 30 § 1 D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 5 pr. D. 1, 8.

<sup>3)</sup> Festus v. *Viae*; L. 2 § 21, 22 D. 43, 8.

<sup>4)</sup> L. 2 § 21 D. 43, 8;

<sup>5)</sup> L. 3 § 4; L. 5 § 4 D. 43, 24; L. 1 § 5 D. 50, 4.

<sup>6)</sup> L. 2 § 23 D. 43, 8; L. 3 pr. D. 43, 7.

<sup>7)</sup> L. 2 § 17 D. 43, 8.

<sup>8)</sup> L. 2 pr. §§ 35, 45 D. ne quid in loco publico 43, 8.

<sup>9)</sup> L. 2 § 2, 3 D. 43, 8.

<sup>10)</sup> § 6 J. 2, 1; L. 6 § 1 D. 1, 8.

ех civitate), насколько только это пользованіе не препятствовало ихъ публичному назначению.

б) Вещи, всѣ права по которымъ недоступны только отдельнымъ лицамъ. Сюда относятся владѣнія императора, не только какъ частная его собственность, но и какъ состоящія въ распоряженіи императорской казны (*praedia in patrimonio Caesaris*). Для всякаго посторонняго лица вещи эти были *extra commercium*; ни купли, ни другого какого акта на эти владѣнія частное лицо совершать не могло<sup>1)</sup>.

в) Вещи, по которымъ отдельные лица не могли имѣть извѣстныхъ правъ. Такъ напр., иудеи<sup>2)</sup>, а позднѣе и язычники и еретики<sup>3)</sup>, не могли имѣть права собственности на христіанскихъ рабовъ.

III. Отъ разсмотрѣнныхъ категорій вещей, вполнѣ или отчасти изъятыхъ изъ оборота, слѣдуетъ отличать такой разрядъ предметовъ, на которые частному лицу могли быть установлены всевозможныя гражданскія права, но на которыхъ положительнымъ правомъ запрещалось совершать опредѣленныя сдѣлки. Такъ напр., не подлежали отчужденію приданыя недвижимости, *fundus dotalis*, и вообще предметы въ судебнѣмъ спорѣ находящіеся, *res litigiosae*<sup>4)</sup>. Подобные предметы можно называть *res extra commercium* только въ несобственномъ смыслѣ слова.

## *den. 1151* 2) Res in patrimonio и res extra patrimonium.

Съ дѣленіемъ вещей на подлежащія гражданскому обороту и неподлежащія ему не слѣдуетъ смѣшивать другого, нерѣдко упоминаемаго дѣленія на *res in patrimonio* и *res extra patrimonium*<sup>5)</sup>, т. е. вещи, составляющія объектъ дѣйствительнаго господства частного лица или нѣть<sup>6)</sup>. Послѣдней категоріи вещи нерѣдко называются еще *res nullius*. Такими вещами будутъ, напримѣръ: *res communes*, дикіе звѣри, *insula in*

<sup>1)</sup> L. 39 § 8, 10 D. 30 (1); cp. L. 40 eod.

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

<sup>3)</sup> L. 2 C. 1, 10.

<sup>4)</sup> L. 1 § 2 D. 20; 3; Dig. 44, 6 de Litigiosis; L. 4 C. 8, 37; Dig. 23, 5 de fundo dotali. Сюда же можно отнести и предметы промышленной и торговой монополіи государства (*Cod. quas res venire non possunt* 4, 40), а также запрещенные къ вызову (*Cod. quas res exportari non debeant* 4, 41).

<sup>5)</sup> См. *Wappaus*, cit. p. 6.

<sup>6)</sup> Pr. J. 2, 1.

mare nata, островъ, образовавшійся въ морѣ, res derelictæ, покинутыя вещи, непріятели и ихъ имущество, thesaurus, кладъ<sup>1</sup>). Разница этого дѣленія отъ предыдущаго въ томъ, что res in commercio будетъ та вещь, которая можетъ быть объектомъ частной собственности, а res in patrimonio та, которая уже состоитъ въ частной собственности. Только res communes, если считать ихъ за res extra commercium, будутъ въ одно и то же время и res extra patrimonium. Другая же res extra patrim., какъ напр., дикие звѣри, будутъ res in commercio. Наоборотъ, имущество государства, предоставленное въ пользованіе его членовъ, будетъ res extra com., но въ то же время — res in patrimonio.

Понятно, что правовое положеніе вещей in patrimonio весьма отлично отъ положенія вещей extra patrimonium.

### 3) Главныя вещи, придаточныя вещи и принадлежности, res principales, res accessoriæ, pertinentia.

Вещи могутъ находиться между собою въ такомъ отношеніи, что одна будетъ въ отношеніяхъ зависимости отъ другой, а именно: или самое существованіе ея немыслимо безъ второй<sup>2</sup>), или она служить дополненіемъ<sup>3</sup>), украшеніемъ<sup>4</sup>) ея, или только облегчаетъ пользованіе ею<sup>5</sup>). Послѣдняя носить название главной вещи, res principalis, а первая — вещи придаточной, res accessoria. Особый видъ придаточныхъ вещей составляютъ принадлежности, pertinentia, т. е. такія вещи, которыя, не будучи составными частями другой вещи<sup>6</sup>), находятся къ ней въ такомъ отношеніи, что въ оборотѣ разматриваются<sup>7</sup>) какъ бы входящими въ нее, составляющими съ нею одну вещь, quasi pars rei<sup>8</sup>).

Въ прежнее время не выдѣляли принадлежностей изъ числа остальныхъ придаточныхъ вещей (см., напр., Sintenis. D. gem. Civilrecht I § 41, p. 427 и

<sup>1</sup>) § 12... 16, 18, 47 J. 2, 1; L. 2 D. 1, 8.

<sup>2</sup>) § 29, 30, 31 J. 2, 1.

<sup>3</sup>) L. 23 § 2 D. 6, 1.

<sup>4</sup>) L. 19 § 13, 16 D. 34, 2.

<sup>5</sup>) L. 18 § 31; L. 14 D. 19, I.

<sup>6</sup>) Boecking. Pand. 1 § 81 c.

<sup>7</sup>) Windscheid. Pand. 1 § 143 n. 3.

<sup>8</sup>) L. 13 § 31 D. 19, 1; L. 49 D. 18, 1; L. 3 § 1 D. 33, 6; L. 12 § 23, 24 D. 33, 7.

слѣд.). Теперь же считаютъ необходимымъ такое выдѣленіе (см. *Göppert. Ueber die organische Erzeugnisse*, p. 58—80), ибо къ придаточнымъ вещамъ, кроме принадлежностей, относятся и составные части вещи, которая по своимъ признакамъ (несамостоятельное бытъ) и по правовому положенію (вполнѣ охватываются правомъ цѣлага) представляютъ нечто совсѣмъ иное, чѣмъ принадлежности.

Юридическое начало зависимости всѣхъ придаточныхъ вещей выражается въ томъ, что всякий юридический актъ по главной вещи распространяется и на нихъ. Источники говорятъ, что придаточные вещи следуютъ за главною вещью: *accesorium semper cedit principali*<sup>1)</sup>.

Скажемъ сначала о частномъ видѣ придаточныхъ вещей, *pertinentia*, а затѣмъ обѣ остальныхъ *accessoriis*.

*Pertinentia.* Для понятія принадлежности необходимо, чтобы вещь опредѣлена была на постоянную службу (*perpetuus usus*) другой<sup>2)</sup>. Поэтому, напр., сосуды, въ которыхъ содержать вино и т. п., не будутъ принадлежностями сохраняемаго<sup>3)</sup>; статуи будутъ принадлежностями дома лишь тогда, когда они входятъ въ планъ постройки дома<sup>4)</sup> и т. п. Далѣе требуется, чтобы это назначеніе вещи въ дѣйствительности было осуществлено<sup>5)</sup>. Принадлежность можетъ быть соединена съ главной вещью (*vincita fixa*, напр., колыа въ виноградникѣ), но для самаго понятія принадлежности этого соединенія не только не требуется, но, наоборотъ, оно даже не можетъ считаться и признакомъ принадлежности<sup>6)</sup>. Напр., предметы инвентаря, хотя бы и прикрепленные къ участку, по взгляду римлянъ никогда не считались за принадлежность<sup>7)</sup>). Принадлежности могутъ имѣть какъ недвижимыя вещи, такъ и движимыя, и въ первомъ случаѣ могутъ быть, какъ движимыя, такъ и недвижимыя<sup>8)</sup>). Примѣры принадлежности недвижимыхъ вещей: приобретенные участки земли, склады соломы, зерна, не предназначенаго къ продажѣ. Но скотъ, земледѣльческія орудія, *instrumentum domus*, по взгляду римлянъ на инвентарь, не будутъ составлять принад-

<sup>1)</sup> L. 19 § 13 D. 34, 2.

<sup>2)</sup> L. 17 § 7 D. 19, 1; L. 26 pr. D. 33, 7; L. 242 § 4 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 3 § 1 D. 33, 6.

<sup>4)</sup> L. 245 pr. D. 50, 16; L. 12 § 23 D. 33, 7,

<sup>5)</sup> L. 17 § 10, 11; L. 18 § 1 D. 19, 1; L. 83 § 5 D. 45, 1 пр. L. 3 § 1 D. 33, 6.

<sup>6)</sup> L. 17 pr. § 10, 11; L. 18 § 1 D. 19, 1; L. 12 § 25 D. 33, 7.

<sup>7)</sup> L. 1 pr.; L. 2 § 1 D. 33, 7; L. 14 D. 33, 10.

<sup>8)</sup> L. 20 § 1 D. 8, 5; L. 91 § 4, 5 D. 32 (3).

лежности. Примѣръ принадлежности движимыхъ вещей: ключъ къ замку, и т. п.

Нѣкоторые писатели (напр., *Böcking. Pand. I. § 81 п. 4*) не признаютъ принадлежностей движимыхъ вещей.

*Остальная res accessoriae.* Сюда относятся прежде всего:

а) Вещи, соединенные съ другими, такъ что вмѣстѣ образуютъ одно цѣлое.

При вопросѣ о томъ, какую изъ соединенныхъ вещей считать главною, а какую—придаточною, слѣдуетъ обращать вниманіе на то, которая изъ этихъ вещей имѣть опредѣляющее значеніе для другой, даетъ название, устанавливаетъ сущность цѣлаго. Признакъ цѣнности при этомъ не играетъ никакой роли. Такъ, пурпуръ на одѣждѣ будетъ придаточною вещью. Обыкновенный признакъ придаточности тотъ, что вещь не можетъ существовать безъ другой: *necessus est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.* Если каждая изъ соединенныхъ вещей можетъ имѣть самостоятельное существованіе, то придаточною будетъ та изъ нихъ, которая служить достижению цѣли другой, напр., ея украшенію<sup>1)</sup>. По этому назначенію одна и та же вещь можетъ быть и главною, и придаточною, напр., бриллантъ. Если назначеніе вещи не можетъ решить вопроса объ ея придаточности, то берутся во вниманіе другіе признаки соединенныхъ вещей, какъ-то величина и даже стоимость. Наконецъ, самъ судья решаетъ вопросъ о придаточности, бера во вниманіе обычное усмотрѣніе и употребленіе *boni patrisfamilias*.

Примѣръ  
Установленіе  
Бытъ  
3. Право  
17

б) Затѣмъ, къ *res accessoriae* относятся такія случайныя прибавленія къ вещи, какъ примой, *alluvio*, прибой, *avulsio*, оставленное водою русло рѣки, *alveus derelictus*, островъ, выросшій въ рѣкѣ, *insula in flumine nata*, дѣти рабыни, *partus ancillæ*, которыхъ изъ уваженія къ человѣческому достоинству римляне не помѣщали среди плодовъ, подобно приплоду отъ животныхъ<sup>2)</sup>), въ извѣстномъ смыслѣ кладъ, *thesaurus*, опредѣляемый источниками такъ: *thesaurus est vetus quaedam depositio pecunia, cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat*<sup>3)</sup>). Каждая изъ этихъ придаточныхъ вещей, помимо общихъ началь, прилагаемымъ ко всѣмъ имъ, имѣть свое особое правовое положеніе въ ученіяхъ обѣ отдельныхъ институтахъ, въ особенности о правѣ собственности.

<sup>1)</sup> L. 19 § 13, 16 D. 34, 2.

<sup>2)</sup> § 37 in f. J. 2, 1; L. 68 pr. D. 7, 1.

<sup>3)</sup> L. 31 § 1 D. 41, 1.

III  
Далъе, къ *res access.* можно отнести:

в) *Издержки, impensae, sumtus*<sup>1)</sup>). Подъ издержками разумѣются траты на вещь или совокупность вещей, которых дѣлаетъ не собственникъ, имѣя эти вещи въ рукахъ. Итакъ, необходимый признакъ издержекъ тотъ, чтобы траты были сдѣланы постороннимъ лицомъ на чужую вещь.

Римляне дѣлять всѣ *impensae* на три разряда: *imp. necessariae*, *utiles* и *voluptariae*, издержки необходимыя, полезныя и прихотливыя.

1) Подъ необходимыми издержками римляне понимали траты, предназначенные предохранять вещь или совокупность вещей отъ гибели или порчи: *impensae necessariae sunt, quae si factae non sint res aut peritura aut deterior futura sit*<sup>2)</sup>). Сюда принадлежать траты: на возстановленіе попорченныхъ предметовъ, особенно поправка зданій<sup>3)</sup>), на постройку новыхъ необходимыхъ зданій и сооруженій<sup>4)</sup>), на работы по обработкѣ земли<sup>5)</sup>), на лечение рабовъ<sup>6)</sup>), на пропитаніе рабовъ и животныхъ<sup>7)</sup> и т. д.<sup>8)</sup>.

2) Подъ полезными издержками разумѣются такія траты, которые улучшаютъ вещь, иначе — дѣлаютъ собственника боячее: *utiles impensas esse*, Fulcinius ait, *quae meliorem dotem faciant*<sup>9)</sup>). Сюда относятся, напр., всѣ улучшенія по обработкѣ земли<sup>10)</sup>), размноженіе скота для удобренія полей<sup>11)</sup>), обученіе рабовъ разнымъ *artes*<sup>12)</sup> и т. д.<sup>13)</sup>.

3) Подъ прихотливыми издержками (*imp. voluptariae*) разумѣются траты на удовлетвореніе лишь личнаго вкуса даннаго лица, а слѣдовательно только для личнаго его удовольствія сдѣланныя; таковы, напр., прежде всего *траты на украшенія*, каковыя траты главнымъ образомъ имѣли въ виду римскіе юристы,

<sup>1)</sup> Dig. 25, 1 de *impensis in res dot. factis*. — Leist. Die Impensen въ его Civilistische Studien H. II, p. 1—61.

<sup>2)</sup> L. 79 pr. D. 50, 16; Ulpian. fragm. 6 § 15; L. 1 § 1 D. 25, 1.

<sup>3)</sup> L. 1 § 3 D. 25, 1.

<sup>4)</sup> L. 1 § 3; L. 12 D. 25, 1.

<sup>5)</sup> L. 1 § 3; L. 3, 12, 14 D. 25, 1.

<sup>6)</sup> L. 2, 12 D. 25, 1.

<sup>7)</sup> L. 45 D. 7, 1.

<sup>8)</sup> Leist. cit. p. 23—25.

<sup>9)</sup> L. 79 § 1 D. 50, 16; Ulpian. Frag. 6, 16; L. § 3 D. 25, 1.

<sup>10)</sup> Ulpian. 6, 16; L. 6 D. 25, 1.

<sup>11)</sup> L. 14 § 1 D. 25, 1.

<sup>12)</sup> L. 6 D. 25, 1.

<sup>13)</sup> Leist. cit. p. 28—30.

определенія данный родъ издержекъ, какъ траты, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent<sup>1)</sup>), какъ, напр., украшеніе мраморомъ, рисунками и т. п.<sup>2)</sup>.

Различеніе издержекъ по этимъ тремъ видамъ имѣть важное правовое значеніе, а именно при разнообразныхъ случаяхъ, возбуждающихъ вопросъ объ обязанности возмѣстить ихъ.

Наконецъ, самый важный видъ res accessoriæ

г) *Плоды* (*fructus*)<sup>3)</sup>. Слово *fructus* въ римскихъ источникахъ употребляется въ различныхъ значеніяхъ. Различно потому и правовое ихъ положеніе. 1) Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ подъ плодами разумѣются естественные произведенія другой вещи (*res frugifera*), полученные безъ уменія послѣдней и въ силу ея хозяйственного назначенія. Въ этомъ смыслѣ понятіе плода опредѣляется прежде всего тѣмъ признакомъ, что онъ составляетъ естественное произведеніе другой вещи. Поэтому кладъ (*thesaurus*) не считается плодомъ<sup>4)</sup>, какъ не будутъ плодами: *alluvio*, *alveus*, *derelictus*, *insula in flumine nata*. Затѣмъ, это произведеніе должно непосредственно пристекать изъ опредѣленной вещи. Поэтому не считаются плодами *fructuum fructus*<sup>5)</sup>. Далѣе, получка плода не должна умалять субстанціи вещи. Поэтому нельзя рассматривать за плоды: шкуру и мясо животныхъ<sup>6)</sup>, буреломъ<sup>7)</sup>, парковые деревья<sup>8)</sup> и т. п. Наконецъ, плодъ въ тѣсномъ смыслѣ есть произведеніе, полученное отъ вещи въ силу ея хозяйственного назначенія<sup>9)</sup>. Поэтому римское право не причисляетъ къ плодамъ дѣтей рабыни<sup>10)</sup>.

По всѣмъ этимъ признакамъ источники причисляютъ къ

<sup>1)</sup> L. 79 § 2 D. 50, 17; L. 13 § 7 D. 7, 1. Cp. Ulpian 6, 17.

<sup>2)</sup> L. 39 § 1 D. 5, 3; L. 7 § 3; L. 13 § 7 D. 7, 1.

<sup>3)</sup> Dig. 22, 1 de usuris et fructibus; Cod. 7, 51 de fructibus et litium ex. pensis.—Heimbach. Die Lehre von der Frucht. Leipzig 1843.

H. Кремлевъ. Сепарациія, какъ способъ приобрѣтенія собственности и т. д. Глава I. Понятіе плода (*fructus*). Казань 1868.

Göppert. Ueber die organische Erzeugnisse. Halle 1869.

<sup>4)</sup> L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>5)</sup> L. 8 D. 22, 1; L. 40 § 1 D. 5, 3.

<sup>6)</sup> L. 30 D. 7, 4.

<sup>7)</sup> L. 12 pr. D. 7, 1; L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>8)</sup> L. 10, 11, 18 D. 7, 1.

<sup>9)</sup> L. 77 D. 50, 16.

<sup>10)</sup> Quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant L. 27 pr. D. 5, 3; L. 28 § 1 D. 22, 1; L. 68 pr. D. 7, 1. Cp. Böcking. Pand. I § 79 n. 5, а также Göppert cit. p. 29, 30 и п. 32. Но плодами считались услуги работъ L. 31; L. 79 D. 6, 1.

плодамъ въ тѣсномъ смыслѣ: дѣтенышѣ отъ животныхъ (овецъ, козъ, коровъ, лошадей и свиней), молоко, волосъ, шерсть, произведенія виноградныхъ, масличныхъ, яблочныхъ и другихъ фруктовыхъ садовъ, овощи, зерновый хлѣбъ, солому, сѣно, иву, тростникъ, деревья, назначенные для рубки и отопленія (*arbores caeduae et cremeniales*), прутья и вѣти, употребляемыя для подпоры виноградной лозы и другихъ деревьевъ<sup>1</sup>).

2) Подъ словомъ плоды разумѣются не только естественныя произведенія вещи, но и всякия другія естественныя произведенія, т. е. вообще предметы, образуемые дѣйствіемъ природы. Въ этомъ смыслѣ плодами будуть: золото, серебро, мѣдь, желѣзо, мраморъ, камень, сѣра, песокъ, мѣль и другія минеральныя произведенія<sup>2</sup>).

Только упомянутыми двумя категоріями ограничивается понятіе плода въ собственномъ смыслѣ слова, какъ естественныхъ произведеній, *fructus naturales*.

Особенно точно такое ограниченіе понятія *fructus* установлено г. Кремлевымъ (cit). Изъ новѣйшихъ писателей нѣкоторые идутъ еще далѣе, ограничивая понятіе *fructus naturalis* только одной первой категоріей плодовъ (напр., *Baron. Pand.* § 41).

*Fructus naturales* подраздѣляются на *fructus mere naturales* и *industriales*<sup>3</sup>), смотря по тому, произведены они одною силой природы безъ участія человѣка или при участіи его труда.

Указанныхъ признаковъ недостаточно для того, чтобы могло установиться особое правоотношеніе на плодъ, какъ на самостоятельный предметъ. Пока произведеніе соединено съ главной вещью, оно составляетъ часть послѣдней<sup>4</sup>) и какъ таковая не можетъ составлять особаго предмета собственности или другого какого либо вещнаго права<sup>5</sup>). Только по отдѣленію, *separatio*, оно становится плодомъ въ юридическомъ смыслѣ, какъ самостоятельный предметъ правоотношеній.

Многіе писатели держатся того взгляда, что и отдѣленный плодъ продолжаетъ оставаться частью плодоприносящей вещи, что отдѣленіе плода такое же явленіе, какъ если собственникъ разрѣзаетъ кусокъ хлѣба на части.

<sup>1)</sup> Кремлевъ, cit. стр. 12, 13.

<sup>2)</sup> L. 9 §§ 2, 3; L. 13 § 5 D. 7, 1; L. 7 § 13, 14; L. 8 pr. D. 24, 3; L. 77 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 45 D. 22, 1; L. 48 pr. D. 41, 1.

<sup>4)</sup> L. 44 D. 6, 1; L. 40 D. 19, 1; L. 25 § 6 D. 42, 8; L. 12 § 11 D. 33, 7  
См. *Lenel. Edictum perpetuum*, p. 399.

<sup>5)</sup> L. 40 D. 19, 1. *Pand. Bd.* 1 § 144 n. 4.

Но это невѣрно; отдѣленный плодъ имѣеть самостоятельную форму, особое наименіе, представляетъ самостоятельную вещь (ср. Brinz. Pand. Bd. I, p. 546; Göppert cit. p. 176 съ Windscheid. Pand. Bd. I, § 144 n. 4.

Способъ отдѣленія безразличен<sup>1)</sup>). Но хотя неотдѣлившееся произведеніе и не считается плодомъ, тѣмъ не менѣе возможность будущаго его значенія, какъ плода, ведетъ къ тому, что на него совершаются уже теперь юридическія сдѣлки, насколько этимъ не придается ему значеніе самостоятельного объекта, не разрывается его зависимость отъ судьбы главной вещи<sup>2)</sup>. Сдѣлка (напр., купля, залогъ) считаются заключенными на будущую вещь, *res futura*<sup>3)</sup>. Отсюда раздѣленіе плодовъ на *fructus pendentes s. stantes*, пока они соединены съ главной вещью, и на *fructus separati*, отдѣленные плоды. Тѣ изъ отдѣленныхъ плодовъ, которые кѣмъ либо собраны, поступили во владѣніе, носятъ название *fructus percepti s. apprehensi*. Плоды, которые могли и должны были быть получены, *fructus qui percipi potuerunt*, носятъ теперь название *fructus percipiendi*. Плоды, находящіеся у извлекшаго ихъ, будутъ *fructus extantes*, наличные плоды, въ отличіе отъ *fructus consumti*, потребленныхъ плодовъ, т. е. не только потребленныхъ въ буквальномъ смыслѣ, но и отчужденныхъ и т. д.<sup>4)</sup>. Всѣ эти различія играютъ большую роль при случаяхъ отвѣтственности за плоды.

Подраздѣленіе *fructus* на *fr. ordinarii* и *extraordinarii* теперь оставлено (см. Böcking Pand. § 79. § 9).

3) Только въ обширномъ смыслѣ подъ словомъ *fructus* разумѣются тѣ пріобрѣтенія, которыя получаются отъ вещи не чрезъ естественное производство, а чрезъ правоотношеніе и притомъ также безъ потери или уменьшенія экономического значенія вещи. Плоды такие принято теперь называть *fructus civiles*. Юридическое ихъ положеніе совсѣмъ иное, чѣмъ положеніе *fructus naturales*. Къ этого рода плодамъ въ особенности относится вознагражденіе, получаемое за предоставление другому пользованія вещью, какъ арендная наемная плата<sup>5)</sup> и т. п.<sup>6)</sup>. Сюда же относятся и проценты, *usurae*<sup>7)</sup>, на которыхъ

*Fructus  
civiles*

<sup>1)</sup> L. 48 § 1 D. 7. 1; L. 42 D. 33, 2.

<sup>2)</sup> См. Кремлевъ, стр. 15—20.

<sup>3)</sup> L. 8 D. 18, 1; Göppert. cit. p. 166.

<sup>4)</sup> По поводу этихъ различій см. Zrodowski. D. röm. Privart. II p. 145 f.

<sup>5)</sup> L. 36 D. 22, 1; L. 29 D. 5, 3; L. 62 pr. D. 6, 1.

<sup>6)</sup> L. 29 init. D. 30 (1); L. 7 § 1 D. 24, 3.

<sup>7)</sup> L. 34 D. 22, 1; L. 29 § 2 D. 21, I.

↑ Касающийся такихъ вещей

Генералъ

следует остановиться подробнѣе и по особому правовому ихъ значенію, и по обширной ихъ примѣнимости во многихъ отда-лахъ права.

Многіе современные писатели (напр., см. *Göppert* cit. p. 46—49) находятъ неудачнымъ распространеніе выраженія *fructus* на послѣднюю категорію приобрѣтений отъ вещи, <sup>такъ какъ</sup> *правовое положеніе послѣднихъ совсѣмъ особенное, а общее название даетъ основаніе предполагать и общія начала, а этимъ мѣшаетъ раскрытию индивидуальныхъ особенностей той и другой категоріи прибытка.* Въ источникахъ есть одно мѣсто Помпонія, которое говоритъ, что: *usura res ipsiae, quam percipimus, in fructu non est* (L. 121 D. 50, 16. См. *Кремлевъ* cit. стр. 9—11).

*Проценты*<sup>1)</sup>, *usurae*, есть плата на извѣстное количество замѣнимыхъ вещей, капиталъ (*sors, caput*), извѣстнымъ количествомъ однородныхъ вещей. Итакъ, проценты всегда предполагаютъ наличность капитала<sup>2)</sup>). Но наличность капитала сама собою не предполагаетъ процентовъ; послѣдніе устанавливаются по особому основанію<sup>3)</sup>). Такихъ основаній для пescенія процентовъ могутъ быть два: правовая сдѣлка и предписаніе закона. Первый видъ процентовъ, *usurae ex obligatione*, можетъ вытекать какъ изъ двусторонней сдѣлки, такъ и изъ односторонняго акта, напр. *pollicitatio*<sup>4)</sup>, *legatum*<sup>5)</sup>). Проценты эти могутъ составлять особый, самостоятельный отъ капитала, предметъ искового требованія<sup>6)</sup>). Второй видъ процентовъ, *usurae quae officio judicis praestantur*, устанавливается закономъ по самымъ разнообразнымъ поводамъ, главнѣйшие изъ которыхъ слѣдующіе: просрочка по уплатѣ денежнаго долга, вытекающаго изъ bona fidei negotium<sup>7)</sup>). Если кредиторами будутъ казна или *minor*, то теченіе процентовъ начинается уже съ момента возможнаго осуществленія обязательственнаго требованія<sup>8)</sup>). Обратившіе безъ всякаго права чужія деньги на собственную пользу, или оставившіе ихъ вопреки своей обязанности безъ выгоднаго помѣщенія, напр., опекуны, управители и т. д., не сдѣлавшіе изъ порученныхъ имъ капиталовъ ни-

<sup>1)</sup> Dig. 22, 1 de usuris et fructibus; Cod. 4, 32 de usuris.

<sup>2)</sup> L. 121 D. 50, 16; L. 23; L. 26 § 1 C. 4, 32.

<sup>3)</sup> L. 121 D. 50, 16.

<sup>4)</sup> L. 10 D. 50, 12.

<sup>5)</sup> L. 3 § 6 D. 33, 1.

<sup>6)</sup> L. 75 § 9 D. 45 1; L. 1 C. 3, 1.

<sup>7)</sup> L. 32 § 2 D. 22, 1.

<sup>8)</sup> L. 17 § 5, 6; L. 43 D. 22, 1; L. 3 C. 2, 41.

какого употреблениія, отвѣчаютъ за проценты<sup>1)</sup>). Далѣе, лица, заправлявшія чужимъ имуществомъ и сдѣлавшія по немъ затраты изъ собственныхъ средствъ, имѣютъ право на возмѣщение этихъ затратъ съ процентами<sup>2)</sup>). И т. д. Проценты по предписанію закона, въ противоположность процентамъ по сдѣлкамъ, никогда не могутъ быть самостоятельнымъ предметомъ искового требованія; послѣднее всегда должно быть соединено съ требованіемъ капитала<sup>3)</sup>.

Въ прежнее время многіе писатели, опираясь на L. 6 pr. D. 22, 1, признавали давность за особое основаніе для несенія процентовъ, такъ что если долгое время будуть уплачиваться проценты безъ всякаго основанія, то самая эта уплата будетъ служить основаніемъ для обязанности дальнѣйшей уплаты ихъ. Но теперь общепринято такое толкованіе источниковъ: долгая неосновательная уплата процентовъ служитъ только доказательствомъ существованія главнаго долга и обязанности нести по нему проценты; но это предположеніе можно всегда обезсилить доказательствомъ противнаго (см. подробно у *Sintenis*. D. Civilrecht B. 2, p. 91 п. 4).

Процентные платежи подлежали разнымъ ограниченіямъ. Такъ, прежде всего касательно величины процентовъ. Римляне съ древнѣйшихъ временъ принимали мѣры къ ограниченію процентовъ опредѣленнымъ максимумомъ<sup>4)</sup>). При Юстиніанѣ<sup>5)</sup> такой общей нормой (*usurae legitimaes, maximaes*) были 6 процентовъ (*dimidia centesimaes*), но для нѣкоторыхъ случаевъ эта норма уменьшалась, а для другихъ увеличивалась. Такъ, сенаторы могли брать по сдѣлкамъ только 4%<sup>6)</sup>), равно какъ отъ крестьянъ нельзя было требовать болѣе 4%. Съ другой стороны, по займамъ другимъ кромѣ денежнаго можно было получать до 12%<sup>7)</sup>), а по торговымъ сдѣлкамъ 8%. *Usurae rei iudicatae* и проценты по тратамъ на поправку зданія опредѣлялись закономъ въ размѣрѣ 12%<sup>8)</sup>); въ другихъ же случаяхъ законъ указывалъ на норму 4, какъ-то при уплатѣ и возвращеніи приданаго<sup>9)</sup>). И т. д.

<sup>1)</sup> L. 17 § 7 D. 22, 1; L. 19 § 4 D. 3, 5; L. 7 § 3; L. 15 D. 26, 7; L. 1 § 1 D. 22, 1; L. 10 § 3 D. 17, 1; L. 7 § 10—12 D. 26, 7.

<sup>2)</sup> L. 12 § 9 D. 17, 1; L. 19 § 4 D. 3, 5.

<sup>3)</sup> L. 49 § 1 D. 19, 1; L. 4 C. 4, 34; L. 13 C. 4, 32.

<sup>4)</sup> См. *Streuber. Der Zinsfuss bei den Römern.* Basel 1857.

<sup>5)</sup> L. 26 § 1 C. 4, 32; Nov. 34; L. ult. C. 10, 8.

<sup>6)</sup> Cp. L. 4 C. Th. 2, 33.

<sup>7)</sup> Cp. L. 1 C. Th. 2, 33; Nov. 32, 1; Nov. 106; Nov. 110.

<sup>8)</sup> L. 2 C. 7. 54; L. 4 C. 8, 54.

<sup>9)</sup> L. 31 § 2 C. 5, 12.

Въ періодъ классической юриспруденціи высшими дозволенными процентами были т. наз. usurae centesimae, т. е. 12<sup>0</sup>/o. Название это объясняется тѣмъ, что въ это время данные проценты выплачивались помѣсячно, 1 со ста. Затѣмъ, при обозначеніи меньшихъ процентовъ эти usurae centesimae брались какъ единица подъ именемъ асса и затѣмъ указывалась часть этого асса, имѣвшаго 12 унцій. Такимъ образомъ 4<sup>0</sup>/o назывались usurae trientes (*triens=tertia assis=4/12*), 6<sup>0</sup>/o—usur. semisses (*semis=semiassis=6/12*), 8<sup>0</sup>/o—usur. besses (*bis=bis triens=8/12*) и т. д. См. *Danz Gesch. d. röm. Rechts.* 2 Aufl. Leipzig 1873. Theil 2, p. 65 и 67.

Кромѣ опредѣленія высшихъ дозволенныхъ процентовъ, источники даютъ еще нѣкоторыя другія положенія, направленные на ограниченіе процентныхъ платежей. Такъ, накопившіеся проценты не должны превышать капиталъ; разъ они сравняются съ послѣднимъ, то дальнѣйшій счетъ процентовъ останавливается. Проценты не нарстаютъ ultra alterum tantum, ultra duplum<sup>1)</sup>.

Затѣмъ, римскимъ правомъ запрещалось взимать проценты на проценты<sup>2)</sup>, т. наз. anatocismus, который могъ выражаться въ двухъ видахъ, а именно: можно было неуплаченные проценты причислять къ капиталу (т. наз. anatocismus conjunctus), или обращать ихъ въ отдельный капиталъ, несущій проценты (т. наз. anatocismus disjunctus s. separatus).

Наконецъ, запрещалось удерживать при выдачѣ занимаемаго слѣдуемыхъ по нему процентовъ; въ противномъ случаѣ только дѣйствительно выданное изъ имущества кредитора считается занятымъ на проценты<sup>3)</sup>. Но этимъ не запрещалось выплачивать проценты впередъ, но только позднѣе, когда заемъ уже вполнѣ осуществился<sup>4)</sup>.

Нарушеніе указанныхъ законоположеній считалось за ростовщичество, usuragia pravitas. Выговорившій себѣ недозволенные проценты не имѣлъ по нимъ иска<sup>5)</sup>, а произведенная уплата ихъ уменьшала самый капиталъ<sup>6)</sup>; если же капиталъ исчерпанъ, то остальная уплата могла быть востребована sodicitione ob injustum causam<sup>7)</sup>. Тѣмъ болѣе можно было востребовать обратно, уплаченные проценты по недолжному капиталу,

<sup>1)</sup> L. 26 § 1 D. 12, 6; L. 10; L. 27 § 1 C. 4, 32.

<sup>2)</sup> L. 28 C. 4, 32; L. 3 pr. C. 7, 54.

<sup>3)</sup> L. 26 § 1 C. 4, 32: interd. licentia etc.

<sup>4)</sup> L. 57 pr. D. 2, 14; L. 2 § 6 D. 44, 4.

<sup>5)</sup> L. 26 § 1 D. 12, 6; L. 26 § 1; L. 27 § 1 C. 4, 32.

<sup>6)</sup> L. 26 pr. D. 12, 6; L. 18 C. 4, 32.

<sup>7)</sup> Paulus R. S. 2, 14 § 2, 4.

если платившій находился въ извинительномъ заблужденії<sup>1)</sup>; наоборотъ, уплата процентовъ недолжныхъ, usurae indebitae, по капиталу (напр., при безпроцентномъ зайдѣ) идетъ въ пользу кредитора<sup>2)</sup>, ибо такая уплата считается за выражение благодарности со стороны должника<sup>3)</sup>.

4) Вещи замѣнимыя, или родовымъ образомъ опредѣленныя, и вещи незамѣнимыя, или индивидуально опредѣленныя, res fungibles и res non fungibles.

При сдѣлкахъ на вещь, послѣдняя можетъ быть опредѣлена или индивидуально (напр., fundus Tusculanus, homo Stichus)<sup>4)</sup>, или указаниемъ на родъ, къ которому она принадлежитъ (fundus sine propria appellatione, homo generaliter sine proprio nomine)<sup>5)</sup>. При опредѣленіяхъ первого рода источники употребляютъ выражение species, certum corpus, corpus, вещь индивидуально опредѣленная, а при опредѣленіяхъ второго рода говорить о genus (incertum corpus, quantitas), родъ, вещь родовымъ образомъ опредѣляемая<sup>6)</sup>. Послѣднія могутъ быть двухъ видовъ, а именно; отдельные представители данного рода могутъ различаться по качествамъ и цѣнѣ (лошадь), могутъ быть и вполнѣ равны въ этихъ признакахъ всѣмъ остальнымъ представителямъ рода. Таковыми будутъ по своей природѣ вещи, которые въ сдѣлкахъ опредѣляются только по измѣренію (вѣсомъ, счетомъ, мѣрой, res, quae pondere, numero, mensura consistunt)<sup>7)</sup> на томъ основаніи, что не индивидуальность ихъ, а лишь количество и качество опредѣляютъ ихъ стоимость и при равномъ количествѣ и качествѣ стоимость въ обращеніи будетъ одна и та же, почему онѣ и могутъ быть замѣнямы одна другой<sup>8)</sup>. Таковы въ особенности деньги (pecunia, nummi, назыв. aes signatum)<sup>9)</sup>. Римляне выражались о такихъ вещахъ,

<sup>1)</sup> L. 26 § 2 D. 12, 6.

<sup>2)</sup> L. 26 pr. D. 12, 6.

<sup>3)</sup> См. Vangerow. Pand. 1, § 76 Anm. 2.

<sup>4)</sup> L. 74 D. 45, 1.

<sup>5)</sup> L. 75 § 1 D. 45, 1.

<sup>6)</sup> L. 54 pr.; L. 85 § 3 D. 45, 1; L. 30 pr.; L. 34 § 3, 4; L. 51 D. 30 (1); L. 6 pr. D. 6, 1; L. 1 § 7; D. 35, 2; L. 2 pr. D. 12, 1; L. 87 pr. D. 31; L. 94 § 1 D. 46, 3.

<sup>7)</sup> Gajus 3 § 90 L. 1 § 7 D. 35, 2; L. 30 pr.; L. 34 § 6 D. 30 (1); L. 42 D. 23, 3; L. 1 § 2 D. 44, 7.

<sup>8)</sup> L. 34 § 3 D. 30 (1); L. 7 pr. D. 44, 2.

<sup>9)</sup> L. 159 D. 50, 16.

какъ о *res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie<sup>1)</sup>*). Отсюда съ 16-го вѣка<sup>2)</sup> создали терминъ *res fungibles*, теперь въ большинствѣ<sup>3)</sup> учебниковъ переводимый словами: замѣнимыя вещи. Конечно, понятіе замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ вещей относительное. Въ частномъ случаѣ незамѣнимая вещь можетъ быть разматриваема какъ замѣнимая (напр., поставка 20 лошадей подъ обозъ) и, наоборотъ, замѣнимая вещь можетъ составлять объектъ сдѣлки, какъ вещь незамѣнимая<sup>4)</sup> (напр., стипуляція о *vinum, oleum, tritum, quod in horre est*).

Юридическое значеніе разсмотрѣннаго дѣленія то, что извѣстныя права могутъ быть устанавливаемы только на незамѣнимыя вещи, какъ-то: владѣніе и вещныя права, другія — только на замѣнимыя, какъ напр., земль<sup>5)</sup>). Кромѣ обязательственныхъ правъ, замѣнимыя вещи могутъ составлять объектъ отказовъ<sup>6)</sup>, а до Юстиніана — и семейно-имущественныхъ отношеній<sup>7)</sup>. Далѣе, только притязанія на замѣнимыя вещи могутъ сопровождаться процентами. Юридическое положеніе вещей замѣнимыхъ выражается правиломъ: *genus perire non potest*, т. е. родовымъ образомъ опредѣленная вещь не подлежитъ юридическимъ послѣдствіямъ уничтоженія данныхъ представителей рода.

Въ заключеніе слѣдуетъ упомянуть еще объ одномъ дѣленіи вещей, упоминаемомъ уже XII таблицами<sup>8)</sup> и извѣстномъ еще Юстиніанову праву, хотя въ это время оно и потеряло уже свое положительное значеніе, а именно дѣленіе на

5) *Res mancipi* и *res nec mancipi<sup>9)</sup>*). Раздѣленіе это обнимаетъ не только вещи, но вообще всѣ правовые объекты<sup>10)</sup> и основывается на способахъ ихъ приобрѣтенія<sup>11)</sup>). Подъ *res man-*

<sup>1)</sup> L. 2 § 1 D. 12, 1.

<sup>2)</sup> Savigny Syst. 6, § 268 n. a p. 123.

<sup>3)</sup> Справ. Savigny. Syst. 6 § 268 n. b.

D. 16, 3; L. 30 § 6; L. 31 § 4 D. 30 (1); L. 37 D. 45, 1.

<sup>4)</sup> Pr. J. 3, 14.

<sup>5)</sup> Gajus 3, 175.

<sup>6)</sup> Ulpian. 6, 8.

<sup>7)</sup> Gajus 2, 47; Fragm. Vatic. 50.

<sup>8)</sup> Болѣе новая литература по различію *res mancipi* и *res nec mancipi* у Munderloh. Aus der Zeit d. Quiriten, p. 59—65 и Montanari въ Archivio giuridico X, p. 351 и слѣд.

<sup>9)</sup> Zrodowski. Röm. Privatr. 2, p. 21.

<sup>10)</sup> Азаревичъ. Патриціи и Плебеи т. 2, стр. 155, прим. 2.

сірі разумѣлись предметы, на которыхъ права устанавливались по mancipatio<sup>1)</sup>, а подъ res nec mancipi—всѣ прочіе предметы. На послѣдніе могло быть установлено полное право собственности по простой traditio<sup>2)</sup>. Къ res mancipi источники причисляютъ слѣдующіе роды предметовъ: а) рабы, mancipia<sup>3)</sup>; б) quadrupedes quae collo dorsoe domantur, т. е. четвероногія рабочія и вьючныя животныя, но только если они не принадлежать къ числу bestiae. Поэтому boves, equi, asini, muli будуть res mancipi и не будутъ ими верблюды, слоны, хотя они и употреблялись какъ вьючныя и рабочія животныя, но считались въ числѣ bestiae<sup>4)</sup>. в) Всѣ praedia in italico solo<sup>5)</sup> и г) нѣкоторыя права, какъ то: jura praediorum rusticorum, т. е. деревенскіе сервитуты, какъ напр., сервитутъ прохода, водопровода и т. п.<sup>6)</sup>; три вида семейныхъ властей, potestas, manus, mancipium, familia, т. е. имущество гражданина, какъ предметъ его завѣщательного распоряженія<sup>7)</sup>.

Различіе между res mancipi и res nec mancipi было окончательно уничтожено Юстиніаномъ 531 г.)<sup>8)</sup>.

### III. О ПРАВѢ, КАКЪ ГОСПОДСТВѢ СУБЪЕКТА НАДЪ ОБЪЕКТОМЪ.

Пособія: *Savigny. System d. heut. röm. Rechts. Bd. 3, §§ 104, 105; Unger. Oester. Privatr. Bd. 2, §§ 71—77; Windscheid. Pandekten Bd. I, §§ 63—68; Zrodowski. Das römische Privatrecht II, §§ 56—67.*

Всякое субъективное право, кромѣ субъекта и объекта, предполагаетъ власть, связывающую субъектъ съ объектомъ.

Съ понятіемъ права неразрывно связано представление объ обязанности; обязанность—обратная сторона права. Если подъ субъективнымъ правомъ разумѣть власть, мочь признанную объ-

<sup>1)</sup> Ulpian. 19, 3.

<sup>2)</sup> Gajus. 2, 19.

<sup>3)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 15; 1, 120.

<sup>4)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 16; L. 2 § 2 D. 9, 2.

<sup>5)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 27.

<sup>6)</sup> Ulpian. 19, 1; Gajus 2, 17.

<sup>7)</sup> Gajus 2, 102, 104; Ulpian. 20, 2.

<sup>8)</sup> L. un. in f. C. 7, 1.

ективнымъ правомъ, то подъ обязанностью слѣдуетъ представлять требование, которое ставить объективное же право, какъ условие правового порядка. Немыслимо право безъ обязанности, ни обязанность безъ права. Если говорять объ обязанности лица совершивъ что либо другому лицу, то тѣмъ самымъ для того другого создается основаніе права. Затѣмъ лицо, приобрѣвшее извѣстное право, въ свою очередь можетъ являться обязаннѣмъ по отношенію къ другому, третьему, иначе говоря, быть виновникомъ права другихъ лицъ. Наконецъ, противополагая отдельное лицо обществу, отличаемъ право и обязанности лица къ обществу, и наоборотъ.—Привести эти взаимно обусловливающіе факторы въ равновѣсіе есть дѣло права объективнаго.

Итакъ, въ субъективномъ правѣ слѣдуетъ различать его активную сторону, т. е. мочь, власть субъекта, и пассивную, опредѣляемую понятіемъ объ обязанности.

Иногда говорятъ о положительной и отрицательной сторонѣ права, но подъ этимъ не слѣдуетъ разумѣть чтонибудь отличное отъ только что указанного различія: права съ одной стороны и обязанности—съ другой.

Всякое субъективное право имѣть свою исторію<sup>1)</sup>, т. е. всякое право проходить извѣстный, отмѣчаемый тѣми или другими послѣдствіями, путь. Прежде всего право зарождается, затѣмъ живетъ и, наконецъ, погибаетъ, прекращается. Отсюда слѣдующіе исторические моменты права: установлѣніе и окончаніе права, приобрѣтеніе и потеря, измѣненіе, выполненіе и нарушеніе, охраненіе и осуществленіе права.

L. 41 D. 1, 3 (Ulpianus): *Totum autem jus consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo; aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.*

Но не слѣдуетъ смѣшивать установлѣніе и окончаніе права съ приобрѣтеніемъ и потерей права. Подъ приобрѣтеніемъ права разумѣется соединеніе права съ опредѣленнымъ субъектомъ, говоря-же объ установлѣніи права, мы разумѣемъ тотъ моментъ, когда право возникаетъ, зарождается безотносительно къ самому субъекту права. Затѣмъ, потеря права—это есть разрывъ права съ прежнимъ субъектомъ; но подъ разрывомъ вовсе не разумѣется полнаго прекращенія права: прекращеніе права есть

<sup>1)</sup> Schey. Ueber Rechtsverwandlungen въ Zeitschr. f. d. Privat-u. öff. R. Bd. 7, n. 15; Bd. 8, n. 3.

вмѣстѣ съ тѣмъ уничтоженіе всевозможныхъ соединеній права съ субъектомъ. Слѣдовательно, нельзя отождествлять потерю съ окончаніемъ права, какъ нельзя понимать установленіе за приобрѣтеніе права.

Что касается измѣненія права, то этотъ моментъ предполагаетъ тѣ случаи, когда право остается, но получаетъ другой видъ. Такимъ образомъ, измѣненіе можетъ касаться правового субъекта (примѣръ, когда право, не умаляясь въ силѣ и значеніи, переходитъ къ новому лицу, въ силу ли воли прежняго субъекта, объективной нормы, либо случая), содержанія права (въ смыслѣ расширенія и сокращенія границъ права) и даже полной перемѣны объекта права, напр., обязательство на выдачу определенной вещи съ преднарѣзаннымъ уничтоженіемъ ея имѣеть своимъ объектомъ вознагражденіе.

Всякое измѣненіе права требуетъ какого-либо основанія. Эти основанія можно назвать юридическими фактами<sup>1)</sup>—правооснованіями. Подъ юридическимъ фактомъ, правооснованіемъ, можно разумѣть всякое обстоятельство, которому въ положительномъ правѣ приписывается такое юридическое значеніе, въ силу которого совершаются измѣненія въ сферѣ конкретныхъ правъ<sup>2)</sup>. Эти факты весьма различны для отдѣльныхъ правъ. Факты могутъ быть простые и сложные. При сложномъ правооснованіи можетъ случиться, что известныя части состава правооснованія будутъ на лицо, а другія еще неизвестны; въ этомъ случаѣ вызываемыя правооснованіемъ права для послѣдствія считаются въ состояніи *pendens*. Иногда не существующій юридический фактъ признается существующимъ ради того, чтобы вызвать известныя правовые послѣдствія: это такъ называемая *юридическая фикція*.

Напр., *Jus postliminii* въ силу которого вновь возникаетъ право на вещь, взятую непрѣятелемъ, но обратно отъ него приобрѣтеннуу (*recipiuntur postliminio*); *fictio legis Corneliae*, по которой если лицо умираетъ въ плѣну, то, чтобы сохранить известныя правовые послѣдствія за его наследниками, оно считается умершимъ въ моментъ плѣненія.

Наоборотъ, бываютъ случаи, когда на лицо полный составъ правооснованія, но вызываемыя имъ правоотношенія лишаются всякого правового значенія, случай, такъ называемый, *in inter-*

<sup>1)</sup> Savigny, cit. Bd. 3, p. 3.

<sup>2)</sup> Windscheid. Pand. Bd. 1, p. 63.

grum restitutio, возстановление въ прежнее юридическое состояніе.

Юридические факты крайне разнообразны. Теорія старается свести эти факты къ известнымъ категоріямъ; такъ, по содержанию различаются факты положительные и отрицательные. По своему происхождению факты получаютъ значение а) дѣйствій и б) случаевъ.

Подъ дѣйствіемъ разумѣется такой юридический фактъ, правооснованіе которое вызвано волей людской. Эти дѣйствія могутъ быть положительными (*facta commissiva*) и отрицательными (*facta ammissiva*). По характеру своему дѣйствія различаются, какъ 1) дозволенные и 2) недозволенные (*delicta*)<sup>1)</sup>. Между дозволенными дѣйствіями особенное значение получаютъ *negotia*, *acta*, т. е. юридическая сдѣлки, акты, т. е. дѣйствія, непосредственно направленные на юридическая послѣдствія.

Случаями называются независимые отъ воли людской факты, какъ напр.: рождение, смерть, перемѣна русла рѣки и т. д. Изъ числа случаевъ особенное значение имѣть время, вліяющее на уничтоженіе всякихъ отношеній, возникающихъ между субъектомъ и объектомъ.

Вопросъ о томъ, вызываетъ ли данное обстоятельство правовая послѣдствія и если вызываетъ, то какія именно, есть вопросъ соответствующаго права. Общее положеніе, что всѣ обстоятельства вліяютъ на судьбу права только въ будущемъ, и лишь по исключенію правооснованіе можетъ касаться предыдущаго времени.

Факты, какъ причины измѣнений въ правахъ, носятъ название титуловъ. Если они основаны на договорахъ, то называются договорными титулами, если же они независимы отъ воли сторонъ, то говорятъ о законныхъ титулахъ.

### Установленіе правъ.

Способовъ установленія правъ много, но прежде всего должно разсмотрѣть тѣ изъ нихъ, которые устанавливаютъ связь субъекта съ объектомъ. Такъ, сперва будетъ сказано о способахъ пріобрѣтенія права.

Въ римскомъ правѣ различаютъ два способа пріобрѣтенія:

<sup>1)</sup> См. Schlossmann. D. Vertrag, p. 129.

1) *acquisitio civilis* и 2) *acquisitio naturalis*, смотря по тому, приобрѣтается ли право на основаніи *jus civile* или *jus gentium*.

Общій способъ пріобрѣтенія права можетъ быть или первоначальный (*acquisitio originaria*), или производный (*acquisitio derivativa*). Въ первомъ случаѣ пріобрѣтеніе права совершаются известнымъ лицомъ совершенно независимо отъ права другого лица, т. е. безъ посредства другого лица. Во второмъ случаѣ пріобрѣтатель права производить свое право отъ права другого лица (*auctor*) <sup>1)</sup>. Это послѣднее право служить источникомъ первого. Сила такого пріобрѣтенного права обусловливается силой права того лица, которое отчуждаетъ это право; такъ, для производныхъ способовъ пріобрѣтенія права существуетъ слѣдующее юридическое положеніе: *Nemo plus juris ad alterum transferre potest, quam ipse haberet* <sup>2)</sup>, т. е.: никто не можетъ переносить на другого большаго права, чѣмъ самъ имѣеть. Но изъ этого положенія имѣлись исключенія; такъ, *fiscus* (казна) могла удѣлить известнымъ лицамъ такія права, которыхъ сама не имѣла, что могло имѣть мѣсто, напр., при аукціонѣ. — Производное пріобрѣтеніе возможно въ различныхъ видахъ: (1) на основаніи одного права пріобрѣтается другое, напр., собственникъ предоставляетъ сервитутъ или право залога; (2) или существующее право, какъ оно есть, во всемъ объемѣ или части переходить на другого, т. е. происходит простая перемѣна въ субъектѣ права.

Нѣкоторые ученые не признаютъ, чтобы при *successio* на преемника переходило то же самое право *auctoris*, но что на основѣ этого послѣдняго создается преемнику новое право. Однако это воззрѣніе несправедливо уже потому, что право можетъ существовать и безъ субъекта и какъ таковое несомнѣнно переходить, напр., по наслѣдству (см. *Unger. Oest. Privatr.* 2, § 74. п. 4; *Windscheid. Pand I*, § 64 п. 6).

Въ послѣднемъ случаѣ имѣеть дѣло съ преемственностью въ правахъ *successio*, пріобрѣтатель (*succesor*), т. е. вступающей въ права другого, заступаетъ мѣсто <sup>3)</sup> прежняго субъекта (*auctor*) данныхъ правъ.

Всѣ права допускаютъ *successio* даже права семейныя; такъ передавалась отцовская власть, уступалась въ классическомъ

<sup>1)</sup> L. 175 § 1 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 54; L. 175 § 1; L. 177 pr. D. 50, 17.

<sup>3)</sup> In locum alicuius succedere L. 42; L. 156 § 2 D. 50, 17; L. 1 § 13 D. 43, 3; L. 3 § 2 D. 43, 19; L. 4 § 29, 31 D. 44, 4.

правъ и опека (*tutela cessitia*). Только въ высшей степени личные права составляли исключение, не допуская *successio*. Это такъ называемы *jura personalissima*, напр., личные сервитуты (*servitutes personarum*), брачное право.

*Successio* въ имущественныхъ правахъ распадается на два рода, на: *successio singularis* и *successio universalis*, частная и общая преемственность.

1. *Successio singularis* (*succ. in rem, in singulas res, in singularum rerum dominium*<sup>1</sup>) бываетъ въ томъ случаѣ, если лицо преемствуетъ въ одномъ имущественномъ правѣ или даже во многихъ, но каждое изъ нихъ переходитъ на него по отдельному акту<sup>2</sup>). Всѣ вещныя права подлежатъ этому роду преемственности. Обязательственные права не подлежатъ по общему правилу древняго римского права *successio singularis*. Позднѣе это начало было обойдено.

2. Въ *successio universalis* (*successio per univesitatem*) различается два вида:

a) *Acquisitio per universitatem*, т. е. преемственность во всѣхъ активахъ данного лица. Въ древнемъ римскомъ правѣ подобная *successio universalis* имѣлась во многихъ случаяхъ, но позднѣе значение такой преемственности ограничились тѣмъ положениемъ, что лицо, наслѣдующее *activa* данного лица, отвѣчало и по *passiva*, но только въ размѣрѣ *activa*. Всѣ *capitis deminutiones*, особенно *minima*, сопровождались такимъ *acquisitio per universitatem*<sup>3</sup>). Если лицо самостоятельное поступаетъ подъ отцовскую власть по усыновлению, то все его положительное имущество поступало *parti arogatori*<sup>4</sup>), который однако не отвѣчаетъ по долгамъ усыновляемаго, и должникъ не имѣть права обращаться со взысканіемъ ни къ усыновленному, ни къ его отцу *arogator*'у, такъ какъ сынъ, лицо подчиненное отцовской власти, могъ только приобрѣтать для отца, но не обязывать его.

Преторскій эдиктъ и позднѣйшее юстинианово право для всѣхъ случаевъ подобной *acquisitio per universitatem* установ-

<sup>1</sup>) L. 3 § 1 D. 21, 3; L. 1 § 13 D. 43, 3; L. 24 § 1 D. 39, 2; L. 37 D. 29, 2.

<sup>2</sup>) Напр., по римскому праву нельзя было подарить всего своего имущества въ одномъ актѣ, а для каждого отдельного состава требовался особый актъ переноса. *Fragm. Vatic.* §§ 263, 287.

<sup>3</sup>) *Gajus*, 3 § 83.

<sup>4</sup>) *Gajus* 3 § 83; § 1 J. 3, 10.

вили общимъ началомъ, что successor отвѣчаетъ и по долгамъ, но только въ размѣрѣ активнаго имущества должника<sup>1)</sup>.

б) Successio in omne jus, in universa bona — преемственность во всю имущественную личность auctoris. Тутъ въ одномъ актѣ совершается successio во всю совокупность актива и пассива данного лица, причемъ если нѣсколько лицъ преемствуютъ данному лицу, то активъ и пассивъ падаютъ по соразмѣрности на каждого участника. Такая преемственность имѣеть мѣсто въ особенности при наслѣдованіи<sup>2)</sup>. Напр., отъ данного лица наслѣдуютъ трое его сыновей; каждый, наслѣдуя одну треть имущества, соотвѣтственно съ этимъ отвѣчаетъ въ одной трети по долгамъ наслѣдниковъ. При этомъ если пассивъ превышаетъ активъ, то каждый наслѣдникъ отвѣчаетъ по долгамъ въ одной ихъ трети и своимъ собственнымъ имуществомъ, тогда какъ въ acquisitio per universitatem каждый отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ полученнаго актива.

Въ до-юстиниановомъ правѣ successio universalis встрѣчалось еще и въ другихъ случаяхъ, какъ-то: bonorum venditio, продажа съ аукціона, вела за собою подобную successio<sup>3)</sup>, но въ юстиниановомъ правѣ вместо такой преемственности имѣется distractio singularum gerum.

### Прекращеніе правъ.

Каждое изъ отдѣльныхъ правъ прекращается по основаниямъ, соотвѣтствующимъ его содержанію, и притомъ тѣми же способами, какими оно устанавливается. Это — основное начало римского права: ...isdem modis res desinunt esse nostraes, quibus adquiruntur<sup>4)</sup>). Но имѣются нѣкоторые такие способы прекращенія, которые общи всѣмъ или большинству отдѣльныхъ правъ. Таково отчужденіе, alienatio, и видъ его — отказъ, renuntiatio.

Отчужденіе въ разныхъ правахъ имѣеть свои особые признаки; здѣсь же рѣчь будетъ только объ общемъ его смыслѣ.

Подъ отчужденіемъ въ тѣсномъ смыслѣ разумѣется такая юридическая сдѣлка, которой кто либо переносить принадлежащее ему право на другое лицо или устанавливаетъ какое либо право, которымъ ограничиваетъ свое собственное.

<sup>1)</sup> Gajus, 3 § 84; § 3 J. 3, 10.

<sup>2)</sup> L. 37 D. 29, 2.

<sup>3)</sup> Gajus 3 § 77.

<sup>4)</sup> L. 1 D. 41, 7.

Въ болѣе обширномъ смыслѣ подъ отчужденіемъ разумѣется также и отказъ, *genuntiatio*<sup>1)</sup>. Отказъ есть такое выраженіе воли упраомоченнаго, которымъ онъ желаетъ достичнуть прекращенія ему принадлежащаго права безъ переноса его на другое лицо. Этотъ актъ въ большинствѣ случаевъ не одностороннее заявленіе воли; обыкновенно для правовыхъ его послѣдствій требуется принятіе отказа, какъ напр., при отказѣ отъ обязательства, отъ закладного права<sup>2)</sup>). Отказываться можно, какъ отъ настоящаго,— напр., *derelictio*<sup>3)</sup>,— такъ и отъ будущаго права, напр., отъ открывшагося наслѣдства, отъ легата. Но въ послѣднемъ случаѣ нельзя говорить объ отчужденіи<sup>4)</sup>, которое всегда предполагаетъ уже приобрѣтенное право<sup>5)</sup>. Отказъ отъ наслѣдства при жизни наследодателя, по римскому праву, недѣйствителенъ<sup>6)</sup>.

Иногда подъ отчужденіемъ въ обширномъ смыслѣ источники разумѣютъ и такое прекращеніе права, которое происходитъ не по волѣ даннаго субъекта, но и не въ противность его воли, какъ-то: допущеніе къ выполнению давности владѣнія (L. 28 pr. D. 50, 16). Если выходить изъ принятыхъ выше общихъ необходимыхъ признаковъ всякого отчужденія, то, конечно, признать въ подобныхъ случаяхъ отчужденіе въ тѣсномъ смыслѣ слова нельзя (*Dernburg Pandect. 1, p. 187*).

Отчужденіе и его форма — отказъ — прилагаются почти ко всѣмъ правамъ, за исключеніемъ тѣхъ, которыя носятъ специальный характеръ публичности. Поэтому въ числѣ гражданскихъ правъ нельзя отказаться отъ правъ состоянія (*jura status*), отъ семейныхъ правъ.

<sup>1)</sup> См. *Leopold Bacher. Revision des Verzichtsbergriffs* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 5, p. 222 — 262. Тутъ разсмотрѣны всевозможныи возврѣпія на отказъ.

<sup>2)</sup> L. 2 C. 8, 25. См. *Wächter. Pandecten* 1, p. 336, 337.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 41, 7. См. *Bacher cit. p. 224, 225.*

<sup>4)</sup> См. *Wächter. Pandecten* 1, p. 332, 333.

<sup>5)</sup> L. 28 pr. D. 50, 16. L. 6 pr. § 1—3 D. 42, 8.

<sup>6)</sup> L. 3 C. 6, 20; L. 16 D. 38, 16.

## ЮРИДИЧЕСКАЯ СДЕЛКА.

*Пособія: Savigny. System Bd. 3, §§ 104, 140, 141; Unger. Oester. Privatr. Bd. 2, §§ 75, 78, 79; Karlowa. Das Rechtsgeschäft u. seine Wirkung. 1877.*

*Понятіе.* При установлениі правъ особенное значение имѣютъ тѣ юридическія дѣйствія, которыя извѣстны подъ именемъ юридическихъ сдѣлокъ.

Латинскіе термины «*negotium*», «*actus legitimus*», «*actum*» (§ 8 J. 3, 19; L. 77 D. 50, 17), переводимые на пѣмецкій языкъ словомъ «*Geschäft*», точно передать на русскомъ языкѣ нельзя. «Сдѣлка» предполагаетъ всегда соглашеніе воли, а подъ словомъ «актъ» разумѣется вообще всякое юридическое дѣйствіе, но то, что мы называемъ сдѣлкой, отождествлять съ юрид. дѣйствіемъ нельзя, подъ понятіе которого подходитъ и деликтъ (см. *Unger* cit. § 78 п. 1). Поэтому останавливаемся на словѣ «сдѣлка», оговаривая не строго техническій его смыслъ. Подобною нетехничностью, впрочемъ, отмѣчается и словоупотребленіе источниковъ (см. у *Dernburg*. Pand. 1, § 91 п. 3).

Подъ юридической сдѣлкой разумѣется дозволенное выражение воли лица, производящее извѣстное измѣненіе въ сферѣ конкретныхъ правъ: установление, прекращеніе или другое какое либо измѣненіе этихъ правъ<sup>1)</sup>.

Каждая изъ многочисленныхъ юрид. сдѣлокъ, извѣстныхъ положительному праву, опредѣляется особыми правилами согласно ея свойствамъ. Въ общей части будутъ указаны лишь общіе признаки всякой сдѣлки, согласно данному общему ея определенію.

Всякая юрид. сдѣлка имѣетъ слѣдующіе

*Признаки:* 1) Выраженіе воли. При этомъ или только одно выраженіе воли будетъ тѣмъ основаніемъ, которое производить данное измѣненіе (напр., консенсуальные договоры), или такимъ основаніемъ будетъ выраженіе воли, соединенное съ обращеніемъ съ вещью (напр., заемная сдѣлка, принятие наследства).

2) Выраженіе воли должно быть дозволенное. Недозволенное выраженіе воли, *delictum*, не будетъ *negotium*. При юри-

<sup>1)</sup> Разнообразныя определенія юрид. сдѣлокъ см. у *Windscheid*. Pandect 1, § 69 п. 1.

дической сдѣлкѣ опредѣленныя послѣдствія зависятъ отъ воли; при деликтахъ — отъ закона.

3) Выраженіе воли должно исходить отъ стороны, т. е. отъ заинтересованного лица. Поэтому постановленіе судьей приговора не будетъ юридическая сдѣлка.

4) Выраженіе воли должно имѣть своимъ послѣдствіемъ измѣненіе въ сферѣ конкретныхъ правъ. При этомъ слѣдуетъ отличать цѣль, достигаемую данной юридич. сдѣлкой.

*Виды юрид. сдѣлокъ.* Данное опредѣленіе юрид. сдѣлокъ указываетъ на возможно крайнее разнообразіе ихъ. Наука классифицируетъ ихъ по слѣдующимъ общимъ видамъ:

1) Сдѣлки одностороння (*negotia unilateralia*) и сдѣлки дву-или многостороння (*n. bilateralia*). Подъ первыми разумѣются сдѣлки, которыхъ существование и содержаніе вытекаютъ изъ единой воли (ex uno latere sunt). Таковы будутъ, напр., завѣщаніе, овладѣніе предметами, никому не принадлежащими (*occupatio*), обѣтъ (*votum, pollicitatio*) и т. д. Дву-или многостороння сдѣлки вытекаютъ изъ соглашенія двухъ или многихъ самостоятельныхъ воль. Всякое соглашеніе, договоръ, *conventio, pactio*, будетъ *n. bilaterale*.

Общее опредѣленіе соглашения: *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.* L. 1 § 2 D. 2, 14; L. 1 § 3 eod.; L. 3 pr. D. 50, 12.

2) Сдѣлки на случай смерти (*negotia mortis causa*) и между живыми (*n. inter vivos*). Подъ первыми разумѣются сдѣлки, правовые послѣдствія которыхъ поставлены въ зависимость отъ смерти *auctoris*, какъ напр., завѣщаніе, отказъ, дареніе на случай смерти. Всѣ остальные сдѣлки будутъ *n. inter vivos*.

3) Сдѣлки возмездныя (*negotia onerosa*) и безвозмездныя (*n. lucrativa*). Подъ первыми разумѣются сдѣлки на известное дѣйствіе за обратное дѣйствіе, напр., купля-продажа; а подъ вторыми — сдѣлки, по которымъ предоставляется выгода безъ обратного дѣйствія, безъ предоставления эквивалента, напр., дареніе.

Въ до-юстиниановомъ правѣ было известно еще дѣленіе сдѣлокъ на *negotia juris civilis* и *juris gentium*, на *negotia stricti juris* и *bonae fidei*. Въ юстиниановомъ правѣ сохранились уже незначительныя послѣдствія этихъ дѣленій.

## ОБЩІЯ УСЛОВІЯ ЮРИДИЧЕСКИХЪ СДѢЛОКЪ.

Юридическая сдѣлка есть одна изъ формъ выраженія юридического дѣйствія; юридическое же дѣйствіе есть выраженіе воли лица, имѣюще опредѣленныя правовыя послѣдствія. Слѣдовательно, юридическая сдѣлка должна непремѣнно отмѣтиться выраженіемъ воли. Этимъ признакомъ данные юридические факты отличаются отъ т. наз. юридическихъ случаевъ.

Но не всякое выраженіе воли будетъ юридической сдѣлкой. Для того, чтобы воля произвела извѣстныя правовыя послѣдствія, она должна быть признана объективнымъ правомъ. Воля, признанная объективнымъ правомъ, способною производить извѣстное измѣненіе въ сферѣ конкретныхъ правъ, носитъ название дѣеспособной воли. Самое качество, по которому воля можетъ произвести правовыя послѣдствія, носитъ название дѣеспособности (*facultas agendi* въ тѣсномъ смыслѣ). Итакъ, первое условіе юридической сдѣлки есть

### I Дѣеспособность лица.

За многими лицами, въ силу различныхъ условій, или во-  
все не признается дѣеспособности, или признается только огра-  
ниченная дѣеспособность. Такъ, выраженіе воли дѣтей, безум-  
ныхъ или дѣйствующихъ въ состояніи аффекта, не имѣть, по  
общему началу, никакихъ правовыхъ послѣдствій<sup>1</sup>). Дѣеспо-  
собность же *infantia maiores*, женщинъ и др. ограниченная<sup>2</sup>).

Кромѣ дѣеспособности, для сдѣлки необходима сама налич-  
ность воли.

### II Наличность воли.

Пособія: *Savigny. System Bd. 3, §§ 130 — 134; Röver. Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung. 1874; Schall. Der Parteiwille im Rechtsgeschäft 1877; Windscheid. Wille und Willenserklärung. 1878.*

По общему началу, безъ воли не можетъ быть дѣйстви-

<sup>1)</sup> L. 1 §§ 12, 13 D. 44, 7; L. 5 D. 50, 17; L. 48 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> См. выше.

тельной сдѣлки<sup>1</sup>). Воля должна быть выражена; невыраженная воля (т. наз. reservatio mentalis) не будетъ имѣть никакихъ юридическихъ послѣдствій.

Воля, выраженная въ данной сдѣлкѣ, вызываетъ соотвѣтствующія послѣдствія до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано, что данная воля была только кажущаяся, что данная сдѣлка не выражаетъ настоящей воли лица. Разъ имѣется юридическая сдѣлка, то предполагается и наличность настоящей воли; только доказательство противнаго, по объективной обстановкѣ сдѣлки, обезсиливаетъ данное предположеніе.

Въ юридической сдѣлкѣ можетъ быть выражена, иногда преднамѣренно или непреднамѣренно, не истинная воля лица (ъ).

Изъ случаевъ преднамѣренного выраженія не истинной воли обращаетъ особое вниманіе т. наз. симуляція, притворная сдѣлка, negotium simulatum<sup>2</sup>). Подъ симуляціей разумѣется такая неподлинная воля, которая изъявляется съ тѣмъ, чтобы только повидимому совершить данную сдѣлку. Сюда относятся прежде всего тѣ случаи, когда совершается какая либо сдѣлка ради шутки (per jocum), чтобы показать остроуміе и т. п.<sup>3</sup>). Тутъ не имѣется въ виду вызвать дѣйствительныя правовыя послѣдствія данной сдѣлки<sup>4</sup>). Такой притворный актъ недѣйствителенъ. Разъ заинтересованная сторона докажетъ симуляцію, то сдѣлка падаетъ, какъ ничтожная.

Особенное значеніе это имѣеть въ случаяхъ притворнаго отчужденія должникомъ своего имущества третьимъ лицамъ. Кредиторъ, доказавшій такое притворство, можетъ наложить руку на отчужденные предметы.

Но нерѣдко въ формѣ притворнаго акта имѣется въ виду осуществленіе другой воли<sup>5</sup>), напр., въ формѣ продажи осуществить дареніе. Самъ притворный актъ, какъ лишенный истинной воли сторонъ, не можетъ имѣть дѣйствительности, но такую дѣйствительность можетъ имѣть negotium dissimulatum, сдѣлка скрытая, какъ сдѣлка желаемая и только облеченнная въ форму притворнаго акта. Послѣднее можетъ имѣть мѣсто

<sup>1</sup>) L. 3 D. 34, 5; L. 10 C. 8, 54. См. ограниченіе этого начала у *Röver*. cit.

<sup>2</sup>) См. *Kohler*. Mentalreservation u. Simulation въ *Jahrb. f. d. Dogmatik*. Bd. 16 п. 2 и п. 7.

<sup>3</sup>) L. 3 § 2 D. 44, 7.

<sup>4</sup>) См. примѣры. L. 54 D. 44, 7; L. 55 D. 18, 1; L. 4 § 5 D. 18, 2; L. 30, 32, 2; L. 1 C. 5, 3; L. 20 C. 5, 16; L. 3 C. 5, 17.

<sup>5</sup>) См. L. 36, 38 D. 18, 1; L. 14 pr. D. 18, 2; L. 46 D. 19, 2; L. 5 § 5; L. 7 § 6 D. 24, 1; L. 3 C. 4, 22; L. 3 C. 4, 38.

лишь тогда, когда на лицо все требуемыя закономъ условія для дѣйствительности скрытой воли.

Примѣръ. Мужъ, желая сдѣлать даръ женѣ, облекаетъ свою волю въ форму купли-продажи за сравнительно ничтожную цѣну. Сдѣлка, какъ купля-продажа, ничтожна, ибо ни мужъ не желалъ въ дѣйствительности продать, ни жена — купить. Не можетъ имѣть дѣйствительной силы и дареніе, ибо по римскому праву оно запрещено между супругами; значитъ, для дѣйствительности скрытаго акта здѣсь не имѣется условій, требуемыхъ положительнымъ закономъ. (См. L. 5 § 5; L. 7 § 6 D. 24, 1; L. 36; L. 38; D. 18, 1, ср. L. 4 § 5 D. 18, 2). Другое дѣло, если, напр., по одному предразсудку цѣнная колющая вещь продаётся за безцѣнокъ. Какъ купля-продажа сдѣлка ничтожна, какъ дареніе — она дѣйствительна.

Общее правило для притворныхъ сдѣлокъ гласить: plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur<sup>1)</sup>), т. е.: значение имѣть скрытая сдѣлка, а не притворно выраженная.

Отъ симуляціи слѣдуетъ отличать символическое дѣйствие, подъ которымъ разумѣется предписанная положительнымъ правомъ форма сдѣлки, не соответствующая дѣйствительному ея содержанию<sup>2</sup>), таковы, напр., venditio nummo ipso, въ древности — mancipatio, in jure cession, и др.<sup>3</sup>).

Непреднамѣренное выраженіе не истинной воли происходитъ или подъ вліяніемъ заблужденія, или принужденія, или обмана.

### Вліяніе на волю: заблужденія, принужденія и обмана.

#### Заблужденіе (*error*).

*Источники:* Dig. 22, 6; Cod. 1, 18 de juris et facti ignorantia.

*Пособія:* Savigny. System d. heut röm. Rechts Bd. 3 §§ 134—139. Carathéodory. De l'erreur en matière civile d'après le droit romain et le Code Napoleon 1860; Zitelmann. Irrthum u. Rechtsgeschäft 1879.

Подъ заблужденіемъ или ошибкой (*error*) разумѣется пред-

<sup>1)</sup> L. 3 C. 4, 98; L. 2; L. 4 C. plus valere quod agitur, quam q. sim. concipitur 4, 22.

<sup>2)</sup> См. Thering. Geist Bd. 2 § 46; Bd. 3 § 58.

<sup>3)</sup> Gajus 2 § 103, 252; 4 § 93, 94; L. 66 D. 23, 3.

ставлениe о предметѣ, несоответствующее истинѣ. Въ гражданскомъ правѣ вопросъ о заблужденіи рассматривается вмѣстѣ съ вопросомъ о невѣдѣніи (*ignorantia*), т. е. отсутствіи всякаго представленія о предметѣ, такъ какъ считается безразличнымъ: находится ли лицо въполномъ невѣдѣніи, или будетъ имѣть только мнимое знаніе (*falsa existimatio*)<sup>1)</sup>.

Что касается вліянія заблужденія на дѣйствительность юридической сдѣлки со стороны его отношенія къ волѣ лица, то прежде всего принимается за общее правило, что мотивы, которыми руководствуется лицо, заключающее юридическую сдѣлку, вліять на дѣйствительность ея не могутъ, ибо каковъ бы ни былъ мотивъ — мы имѣемъ дѣло съ волей, воплотившейся въ сдѣлкѣ. Поэтому заблужденіе, какъ мотивъ къ совершенню акта, не имѣть вліянія на дѣйствительность этого акта, если въ него вложена и выражена въ дѣйствіи воля лица<sup>2)</sup>.

Напр., неправильно опредѣляя стоимость данной вещи въ 100, когда на самомъ дѣлѣ она стоитъ 60, я рѣшаюсь ее купить. Тутъ ошибка, но сдѣлка тѣмъ не менѣе дѣйствительна, ибо въ нее вложена моя воля, направленная на совершение именно данной сдѣлки купли-продажи.

Другое дѣло, когда лицо дѣйствуетъ при заблужденіи, касающемся содержанія воли; въ этихъ случаяхъ не имѣется настоящей воли и потому юридическій актъ недѣйствителенъ<sup>3)</sup>. Такое заблужденіе называютъ существеннымъ (*error essentia-lis*) и оно касается существенныхъ сторонъ сдѣлки. Что считать существеннымъ, что не существеннымъ въ сдѣлкѣ — это римское право старалось определить вѣнчальными признаками. Такъ, существенно заблужденіе въ характерѣ сдѣлки, *error in negotio*.

Я думаю, что вступаю въ сдѣлку даренія, мой же контрагентъ имѣетъ въ виду сдѣлку займа. L. 36. D. 41, 1; L. 18 pr. D. 12, 1.

Одно неправильное обозначеніе сдѣлки на ея дѣйствительность вліянія не имѣеть<sup>4)</sup>.

Затѣмъ, существенно заблужденіе въ самомъ предметѣ сдѣлки, *error in corpore*.

Я желаю купить fundum Cornelianum, а покупаю fundum Sempronianum. L. 9 pr. D. 18, 1; L. 34 pr. D. 41, 2; L. 2 § 6. D. 41, 4.

<sup>1)</sup> Savigny cit. p. 326; но срв. Dernburg. Preuss. Privat. R. § 108 п. 2.

<sup>2)</sup> Zitelmann cit. p. 414 и слѣд.

<sup>3)</sup> Vangerow. Pand. I. § 83, p. 118.

<sup>4)</sup> L. 9 § 1 D. 18, 1; L. 32 D. 45, 1.

Существенно заблуждение и въ качествахъ предмета, если оно таково, что въ оборотѣ данный предметъ будеть относиться къ вещамъ совсѣмъ другого рода<sup>1)</sup>, *error in substantia*, *error in materia*, напр., вмѣсто вина покупаютъ уксусъ<sup>2)</sup>). Но понятно, заблуждение и во всѣхъ другихъ свойствахъ предмета, которыя при заключеніи сдѣлки будуть обозначены существенными, считается также существеннымъ заблужденіемъ<sup>3)</sup>.

Существенно заблуждение въ лицѣ контрагента<sup>4)</sup>, или вообще въ лицѣ, на которое направлена воля<sup>5)</sup>), т. наз. *error in persona*.

Напр., я желаю нанять въ услуженіе рекомендованное мнѣ лицо, а вмѣсто него является другой, котораго я принимаю за первого и нанимаю его. Или вмѣсто А. наследникомъ назначаю въ завѣщаніи Б.

Конечно, если тождество лица не имѣетъ значенія для определенія воли, то заблуждение несущественно, напр., покупка въ лавкѣ у одного приказчика вмѣсто другого. Ошибка въ качествѣ лица, если нѣтъ ошибки въ его тождествѣ, значенія для дѣйствительности сдѣлки не имѣетъ<sup>6)</sup>).

Юридические акты, совершенные при существенномъ заблужденіи, недѣйствительны, ибо нельзя сказать, чтобы въ нихъ вложена была воля лица. Только къ подобного рода случаямъ прилагается правило: *errantis nulla est voluntas*<sup>7)</sup>), у заблуждающагося нѣть воли.

Въ подобныхъ случаяхъ собственно нельзя говорить о дѣйствіи заблужденія; тутъ имѣется отсутствіе воли, почему Савиньи (System. Bd. 3, p. 264, 444, но ср. Dernburg. Pand. I, § 101) и прозвалъ такое заблуждение заблужденіемъ не въ собственномъ смыслѣ слова, не настоящимъ заблужденіемъ (*unechter Irrthum*). Въ прежнее же время *error* въ мотивахъ и *error*, касающейся существенного содержанія сдѣлки, обыкновенно не различали (см., напр. Glück. Erläuter. d. Pandecten. Bd. 22, p. 262—374).

Итакъ, заблуждение только въ существенномъ содержаніи

<sup>1)</sup> Savigny cit. §§ 137, 138; Windscheid. Pand. I. § 76 n. 9.

<sup>2)</sup> L. 9 § 2; L. 11 pr. § 1; L. 10; L. 14, L. 45 D. 18, 1; L. 21 § 2 D. 19, 1. Впрочемъ, такое заблуждение не всегда будетъ вести къ недѣйствительности акта, какъ напр., закладъ бронзовой вещи вмѣсто золотой не обезсиливаетъ закладного права. L. 1 § 2 D. 13, 7. См. Pfersche. Z. Lehre vom sog. *error in substantia*. Graz. 1880 отъ p. 8.

<sup>3)</sup> L. 58 D. 18, 1. Подробнѣе см. въ обязательствѣ правъ. *Муфф Годен* 1879.

<sup>4)</sup> D. 32 D. 12, 1.

<sup>5)</sup> L. 9 pr. D. 28, 5.

<sup>6)</sup> L. 14 § 3 D. 18, 2.

<sup>7)</sup> L. 20 D. 39, 3; L. 116 § 2 D. 50, 17.

сдѣлки ведеть за собою недѣйствительность ея; тогда какъ заблужденіе въ мотивахъ, по общему правилу, никакого вліянія на сдѣлку не оказываетъ. Только по исключению еггогъ въ мотивахъ берется во вниманіе, и съ этой точки зрења различаются заблужденіе извинительное и неизвинительное, error probabilis и error non probabilis. Только о первомъ говорилось еггогъ поп посет, еггогъ prodest; заблужденіе охраняло отъ убытка, шло въ пользу лица заблуждающагося. Извиняемость же и неизвиняемость заблужденія въ мотивахъ близко опредѣляется дѣленіемъ на error facti и error juris — заблужденіе въ фактическихъ обстоятельствахъ и заблужденіе въ нормахъ положительного права. По общему правилу, заблужденіе въ законахъ было во вредъ заблуждающемуся; заблужденіе же въ фактахъ не вредило.

*Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* L. 9 pr. D. 22, 6; L. 2 D. eod.

Положительное право считается определеннымъ и твердо установленнымъ; поэтому заблужденіе въ немъ не допускается<sup>1)</sup>.

Итакъ, убыточный актъ, совершенный по незнанію законовъ, остается въ полной силѣ; ошибка же въ фактическихъ обстоятельствахъ даетъ право на устраненіе убыточныхъ послѣдствій юридического акта. Это начало, однако, проведено въ источникахъ не безъ исключений.

Съ одной стороны, еггогъ juris было извинительно для некоторыхъ лицъ, а именно: 1) Для minores и притомъ не только въ случаяхъ положительного убытка, de damno vitando, но и въ случаяхъ упущеной прибыли, de lucro captando<sup>2)</sup>. 2) Для воиновъ, которые, какъ говорилось, должны были знать больше употребленіе оружія, чѣмъ законы, milites qui magis arma quam iura scire debent<sup>3)</sup>. 3) Для женщинъ, впрочемъ только въ некоторыхъ случаяхъ, in quibusdam causis propter sexus infirmitatem<sup>4)</sup>. 4) Для такъ наз. rustici, людей простоватыхъ, деревенщицы, вообще не привыкшихъ обращаться съ законами.

*Ita demum non nocere si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem jus suum possit.* L. 2 § 7 D. 49, 14; L. 1 § 5 D. 2, 19; L. 8 C. 6, 9.

<sup>1)</sup> L. 2 D. 22, 6. *\* Ignorantia juris non excusat*

<sup>2)</sup> L. 9 pr. D. 22, 6.

<sup>3)</sup> L. 22 pr. C. 6, 30; L. 9 § 1 D. 22, 6.

<sup>4)</sup> L. 7, 8; L. 9 pr. D. 22, 6; L. 9 C. 4, 29; L. 3, 11, 13 C. 1, 18. Это исключение понимается различно. См. *Vangerow. Pand. I.*, p. 183 n. 1.

5) Кромъ того, для лицъ, не принадлежащихъ къ одной изъ перечисленныхъ категорий, но доказавшихъ невозможность ознакомленія съ нормами положительного права (напр., въ данной мѣстности не было ни одного юриста), *error juris* считался извинительнымъ<sup>1)</sup>.

Извинительность при заблужденіи въ правѣ открывала возможность къ устраниенію невыгодныхъ послѣдствій юридического акта, но не къ приобрѣтенію выгоды<sup>2)</sup>.

Съ другой стороны, и *error facti* не всегда считается извинительнымъ. Такъ, заблужденіе лица, *qui id non intelligit, quod omnes intelligent*, которое не замѣчаетъ того, что всѣмъ извѣстно, нельзя ничѣмъ оправдать.

Sed facti ignorantiam ita demum cuique non nocet, si non ei summo negligenter objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat. Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis, accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit (L. 9 § 2 D. 22, 6), т. е. заблужденіе въ фактическихъ обстоятельствахъ никому не вредить, если только заблуждающагося нельзя обвинить въ крайней небрежности и въ незнаніи того, что извѣстно всякому лицу внимательному ко всему его окружающему.

Оправданіе всякаго заблужденія въ фактѣ поставило бы, по выражению римскихъ юристовъ, людей невнимательныхъ и небрежныхъ въ лучшее положеніе по сравненію съ людьми внимательными и заботливыми<sup>3)</sup>.

Каждое изъ разсмотрѣнныхъ исключений изъ общаго правила о вліяніи заблужденія въ мотивахъ на юридическую сдѣлку должно быть доказано въ требуемыхъ для нихъ условіяхъ лицомъ, ссылающимся на исключение<sup>4)</sup>.

Что касается *error essentialis*, то извинительность или неизвинительность заблужденія при немъ безразлична, ибо, какъ выше сказано, въ случаяхъ этого рода рѣчь идетъ собственно не о дѣйствіи заблужденія, а объ отсутствіи воли.

<sup>1)</sup> L. 9 § 3 D. 22, 6.

<sup>2)</sup> L. 7, 8 D. 22, 6; L. 31 pr. D. 41, 3. См. *Dernburg. Pandekt.* I, p. 199 n. 10.

<sup>3)</sup> L. 4 D. 43, 24; L. 6 D. 22, 6.

<sup>4)</sup> См. *Savigny* cit. p. 335, 336.

## 2) Принуждение (vis et metus).

*Источники:* Dig. 4, 2 quod metus causa gestum erit; Cod. 2, 20 de his, quae vi metusve causa gesta sunt.

*Пособия:* Savigny. System d. heut röm. R. Bd. 3 §§ 114, 115, Beilage 8; Schliemann. Die Lehre vom Zwange 1861; Schlossmann. Zur Lehre vom Zwange 1874; Czyhlarz. Der Einfluss des Zwanges въ Jahrb. f. d. Dogmat. Bd. 13, n. 1.

По вліянню на дѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ слѣдуетъ различать принужденіе физическое, насилие, *vis*, и принужденіе психическое, нравственное, *metus*.

Подъ физическимъ принужденіемъ разумѣется тотъ случай воздѣйствія на волю лица, когда физическимъ преодолѣніемъ оно принуждается къ совершенію юридического акта. Такое физическое воздѣйствие, уничтожающее наличность воли лица дѣйствующаго, называется *vis*, или *vis absoluta*, и въ источникахъ опредѣляется слѣдующимъ образомъ: *Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest*<sup>1)</sup>, т. е. насилие есть воздѣйствие высшей силы, которую отразить нельзя.

Само собою разумѣется, что актъ, совершенный при насилии, недѣйствителенъ за отсутствиемъ въ немъ признака воли.

Подъ психическимъ принужденіемъ, *metus*, *metus illatus*, *vis compulsiva*, разумѣется такое воздѣйствие на волю дѣйствующаго лица, по которому оно побуждается къ совершенію юридического акта чрезъ намѣренно возбужденный страхъ, опасеніе; воздѣйствие, выражющееся въ угрозѣ зломъ. Опредѣленіе источниковъ такое: *metus est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*<sup>2)</sup>, т. е. *metus* есть нравственное опасеніе настоящаго или будущаго зла, оно есть насилие надъ волею, *vis voluntati imposita*.

Что касается вліяння психического принужденія на юридическую сдѣлку, то прежде всего въ правовой сферѣ свобода имѣть лишь виѣшнее значеніе и выражается въ способности произвести выборъ между нѣсколькими рѣшеніями. Свобода же во виѣшности психическимъ принужденіемъ не нарушается. Лицо угрожаемое можетъ произвести выборъ между тремя рѣшеніями: 1) принять предлагаемыя условія; 2) испытать вы-

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

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

× 12<sup>м</sup> *изъяснена въ той мѣрѣ*

полнение угрозъ; 3) противодействовать этимъ угрозамъ. Если угрожаемое лицо останавливается на первомъ рѣшении, то въ данный актъ оно вкладываетъ свою дѣйствительную волю и поэтому актъ этотъ вполнѣ дѣйствителенъ. Римскіе юристы выражаются такъ: *si liber essem, noluisse, tamen coactus volunti<sup>1</sup>*), т. е.: не желая безъ принужденія, я желаю хотя бы по принужденію или *maluisse hoc videtur<sup>2</sup>*), изъ нѣсколькихъ рѣшеній я останавливаю свою волю на данномъ рѣшении. Разъ имѣется виѣшне выраженная воля, то юридический актъ имѣть всю свою дѣйствительность.

Въ немногихъ только случаяхъ римское право признавало вынужденную сдѣлку недѣйствительной, какъ-то вынужденное вступленіе въ бракъ (L. 22 D. 23, 2), вынужденное отпущеніе на волю (L. 9 pr.; L. 17 pr. D. 40, 9).

Но съ другой стороны, общее назначеніе положительного права—ограждать свободное развитіе каждого лица въ живомъ, безпрепятственномъ общеніи съ другими людьми. Всякое дѣйствіе, противное этому назначенію, будетъ безнравственно. Поэтому безнравственно съ точки зреінія правового порядка всякое психическое принужденіе, а слѣдовательно задача положительного права—устранить послѣдствія, вызванныя принужденіемъ. И вотъ, если лицо укажетъ, что при заключеніи данной сдѣлки оно дѣйствовало подъ вліяніемъ принужденія, то ему предоставляются положительныя правомъ различныя средства избѣгнуть невыгодныхъ послѣдствій этой сдѣлки.

Средства эти слѣдующія. Если лицо, вынудившее заключеніе извѣстной сдѣлки, предьявитъ искъ на ея выполненіе, то дѣйствовавшій подъ принужденіемъ можетъ противоставить возраженіе о принужденіи, *exceptio metus<sup>3</sup>*). Въ тѣхъ случаяхъ, когда сдѣлка уже выполнена, потерпѣвшему принужденіе предоставляется<sup>4)</sup> искъ на возвращеніе выполненного, *actio quod metus causa<sup>5</sup>*). Наконецъ, послѣдствія вынужденной сдѣлки могли быть уничтожены, по преторскому эдикту, путемъ восстановленія въ прежнее правоотношеніе въ силу принужденія, *in integrum restitutio propter metum<sup>6</sup>*). Помимо того, лицо, со-

\* но не венчано

<sup>1</sup>) L. 21 § 5 D. 4, 2.

<sup>2</sup>) L. 22 D. 23, 2.

<sup>3</sup>) Dig. 44, 4 de doli mali et metus exceptione.

<sup>4</sup>) Время появленія см. *Lenel. Edictum perpetuum*, p. 94.

<sup>5</sup>) Cicero in Verrem, 2, 3 Cap. 65 § 152; ad Quintum fratr. 1, 17 § 21.

<sup>6</sup>) L. 1 D. 4, 2. См. ниже.

вершившее принуждение, отвѣчало за весь причиненный этимъ вредъ<sup>1)</sup>.

Всѣ указанныя средства дѣйствуютъ in gen<sup>2)</sup>, а не только in personam, т. е. ихъ можно осуществить противъ всякаго лица, къ которому перейдутъ послѣдствія сдѣлки, совершенной по принужденію<sup>3)</sup>.

Но для примѣненія всѣхъ средствъ требуются слѣдующіе признаки принужденія. Прежде всего опасеніе должно быть одновременное съ выражениемъ воли: metum praeſentem non suspicionem inferendi ejus<sup>4)</sup>. При этомъ безразлично, будеть ли угроза настоящимъ или будущимъ зломъ: instantis vel futuri periculi<sup>5)</sup>. Затѣмъ, metus долженъ быть injustus ex parte inferentis, т. е. чтобы опасеніе было возбуждено средствами противозаконными или противунравственными<sup>6)</sup>. Поэтому нельзя говорить о принужденіи, когда, напр., кредиторъ вынуждаетъ выполненіе своего требованія угрозой судебнаго взысканія<sup>7)</sup>. Далѣе, metus долженъ быть majoris malitatis<sup>8)</sup>, т. е. принужденіе должно заключать угрозу зломъ значительнымъ по сравненію съ ущербомъ, которому подвергается сторона отъ заключенія сдѣлки. Таковой считается угроза жизни, тѣлу (истязаніе), свободѣ угрожаемаго лица и ему близкихъ, но не угроза имуществу<sup>9)</sup>. Угроза клеветой, несправедливымъ доносомъ и т. п. не имѣть значенія, если только съ этимъ не соединены дѣйствительные вредъ и опасность<sup>10)</sup>. Наконецъ, metus долженъ быть non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadit<sup>11)</sup>, т. е. принужденіе должно быть таково, чтобы было способно возбудить опасеніе даже въ самомъ неустрешимомъ человѣкѣ. Слабохарактерному человѣку или пугливому воображенію защиты не оказывается<sup>12)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 14 §§ 3, 5 D. 4, 2.

<sup>2)</sup> L. 4 § 33 D. 44, 3; L. 14 §§ 3, 5 D. 4, 2.

<sup>3)</sup> См. ниже въ отдѣлѣ обѣ искахъ.

<sup>4)</sup> L. 9 pr. D. 4, 2.

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

<sup>6)</sup> *Accerimus vim, quae adversus bonos mores fiat.* L. 3 § 1 D. 4, 2.

<sup>7)</sup> L. 12 § 2; L. 23 § 1 D. 4, 2.

<sup>8)</sup> L. 5 D. 4, 2.

<sup>9)</sup> L. 3 § 1; L. 4; L. 7 pr.; L. 8 § 3 D. 4, 2; L. 3 D. 4, 6; L. 13 C. 2, 4; L. 4; L. 7—10 C. 2, 20.

<sup>10)</sup> L. 7 pr. D. 4, 2; L. 10 C. 2, 19.

<sup>11)</sup> L. 6; L. 9 D. 4, 2; L. 184 D. 50, 17.

<sup>12)</sup> *Schliemann* cit. p. 27.

### 3) Обманъ (dolus).

*Источники:* Dig. 4, 3; Cod. 2, 21 de dolo malo.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. Rechts. Bd. 3 § 115, p. 115—120; Chardon. Traité du dol et de la fraude. 1838, vol. 3; Bédarride. Traité du dol et de la fraude, éd. 3, 1879, t. 4.

Обманъ собственно не составляет особаго порока воли, а только средство возбудить въ другомъ заблужденіе или опасеніе. При этомъ обь обманъ можетъ быть рѣчъ только съ точки зрењія мотива къ заключенію сдѣлки, ибо въ остальныхъ случаяхъ обмана сдѣлка не дѣйствительна по отсутствію воли. Подъ обманомъ, dolus (чаще dolus malus)<sup>1)</sup>, разумѣется умышленное вовлеченіе одного лица другимъ въ заблужденіе относительно какого либо обстоятельства съ тѣмъ, чтобы побудить первого къ заключенію извѣстной юридической сдѣлки и съ цѣлью нанести ему тѣмъ имущественный ущербъ. Определеніе источниковъ: dolum malum est omne calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitat<sup>2)</sup>). Выражаться обманъ можетъ и въ формѣ умолчанія, когда лицо обязано говорить<sup>3)</sup>, напр., намѣренное умолчаніе о недостаткахъ вещи при ея продажѣ<sup>4)</sup>.

Общее вліяніе обмана на сдѣлку то же, что и заблужденія. Въ этихъ случаяхъ имѣется воля на лицо, но съ другой стороны нельзя допустить, чтобы такое изъявленіе воли доставляло выгоду обманувшему, причиняя въ то же время убытокъ обманутому. Тутъ имѣется нарушение довѣрія<sup>5)</sup>, слѣдовательно явленіе безнравственное, къ которому, въ интересѣ общежитія, право положительное не можетъ отнести равнодушно<sup>6)</sup>. И вотъ обманутому предоставляется нѣсколько средствъ избѣгнуть убыточныхъ послѣдствій заключенной имъ сдѣлки, а именно: exceptio doli<sup>7)</sup>), возраженіе обь обманѣ на искъ о выполненіи сдѣлки, pactio doli, искъ на возвращеніе выполненного по сдѣлкѣ

<sup>1)</sup> Римляне различали dolus bonus и dolus malus. Первый имѣлъ мѣсто, напр., противъ враговъ или разбойниковъ L. 1 § 3 D. 4, 3.

<sup>2)</sup> L. 1 § 2 D. 4, 3; L. 7 § 9 D. 2, 14. См. Bédarride cit. t. 1 p. 11, 12.

<sup>3)</sup> L. 43 § 2 D. 18, 1.

<sup>4)</sup> L. 11 § 5 D. 19, 1; L. 35 § 8 D. 18, 1.

<sup>5)</sup> L. 5 C. 4, 44.

<sup>6)</sup> Ср. Bédarride cit. t. 1 p. 17, 18; p. 252 и слѣд.

<sup>7)</sup> Dig. 44, 4 de doli mali et m. exceptione.

обманной, и in integrum restitutio propter dolum, возстановление въ прежнее правоотношение въ силу обмана<sup>1)</sup>.

Но эти средства дѣйствуютъ уже только in personam, т. е. только противъ лица обманувшаго<sup>2)</sup> и противъ его наследниковъ, если послѣдніе чѣмъ либо обогатились изъ обманной сдѣлки<sup>3)</sup>. Такое болѣе ограниченное дѣйствие данныхъ средствъ защиты, по сравненію съ защитой противъ принужденія, можно объяснить тѣмъ, что въ обманѣ заключается меньшее насилие противъ воли, чѣмъ при принужденіи, а потому легче оберечься отъ первого, чѣмъ отъ второго.

Прежніе писатели различали dolus causam dans, обманъ, безъ наличности которого сдѣлка не была бы заключена, — и dolus incidens, обманъ, касающійся только частностей сдѣлки. Въ первомъ случаѣ признавалась ничтожность сдѣлки, во второмъ — только право ее обезсилить указанными средствами. Теперь это дѣленіе и соединенную съ нимъ разницу въ послѣдствіяхъ покинули (см. *Dernburg. Pandekt. Bd. I.* p. 240 n. 8).

### Выраженіе воли.

Досихъ поръ излагалось ученіе о внутреннихъ условіяхъ воли, необходимыхъ для того, чтобы волеизъявление могло произвести извѣстныя измѣненія въ конкретныхъ правахъ. Но для послѣдняго недостаточно одной наличности воли: необходимо еще, чтобы она была такъ или иначе выражена, ибо воля не выраженная никакихъ послѣдствій имѣть не можетъ.

...nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit (L. 53 § 2, in f. D. 50, 16). — Cogitationis poenam nemo patitur (L. 18 D. 48, 19).

Иногда проявленіе воли въ положительномъ правѣ обставлялось требованіемъ извѣстныхъ формальностей. Такъ, въ древнемъ римскомъ правѣ извѣстные юридические акты могли проявлять правовыя послѣдствія только будучи облечены въ предписанную положительнымъ правомъ форму, какъ напр., mancipatio, in jure cessio. Въ юстиніановомъ правѣ уже не встрѣчается какихъ либо опредѣленныхъ формъ для виѣшняго проявленія воли, но зато тутъ предписываются для многихъ актовъ другія формальныя требования. Такъ, при negotia мог-

<sup>1)</sup> См. *Vangerow. Pand. Bd. I.* § 185 n. 1.

<sup>2)</sup> L. 4 § 33 D. 44, 4.

<sup>3)</sup> L. 17 § 1; L. 29; L. 30 D. 4, 3.

\* *hunc ergo bonum est in libro uno non esse nisi, quod  
meli sumptus est in hoc aere leviorque libro.*

tis causa требовалась наличие известного числа свидетелей; иногда то же требование распространялось и на neg. inter vivos, какъ напр., при поручительствѣ женщинъ на основаніи Sct. Vellejanum. Свидѣтелями могли быть только совершеннолѣтніе римскіе граждане (ruberes cives Romani) и притомъ мужского пола. Женщины въ качествѣ свидѣтелей при совершеніи сдѣлокъ не допускались. Затѣмъ, въ юстиниановомъ правѣ для известныхъ актовъ требовалась письменная форма, предъявленіе въ присутственное мѣсто (insinuatio), занесеніе въ офиціальныя книги (referre ad acta); нѣкоторыя сдѣлки получали силу только per rescriptum principis. Помимо всего сказанного, стороны могутъ согласиться облечь сдѣлку въ опредѣленную форму<sup>1)</sup>.

Опущение формальностей, предписанныхъ закономъ или соглашеніемъ, имѣть своимъ обыкновеннымъ послѣдствиемъ ничтожность сдѣлки.

*Способы выражения воли.* — Воля можетъ проявиться въ самомъ юридическомъ актѣ; она также считается проявившейся, когда по постороннимъ фактамъ можно судить объ ея наличности. Отсюда, по способу своего выраженія, воля можетъ подраздѣляться на voluntas expressa, явно выраженная воля, и на voluntas tacita (voluntas tacite patetfacta, tacite declarata), молчаливо выраженная воля.

Voluntas expressa есть воля, выраженная въ самомъ желаемомъ актѣ, который совершается именно съ цѣлью изъявленія воли. Такая воля обыкновенно облекается въ слова, но можетъ быть объявлена иначе, чрезъ знаки, напр., кивкомъ головы (punctu) въ знакъ согласія<sup>2)</sup>, указаниемъ руки, опредѣляющимъ предметъ соглашенія<sup>3)</sup>, и т. п. Нѣкоторыя лица главнымъ образомъ только знаками могутъ выражать свою волю, какъ напр., нѣмы<sup>4)</sup>.

Въ случаяхъ voluntas tacita<sup>5)</sup> акта, направленного на непосредственное выражение воли, не имѣется; о наличности воли тутъ дѣлается заключеніе по другимъ постороннимъ фактамъ.

<sup>1)</sup> Pr. J. 3, 23; L. 17 C. 4, 21.

<sup>2)</sup> L. 21 pr. D. 3 (32 un); L. 1 § 3 D. 38, 4; L. 52 § 10 D. 44, 7; L. 17 D. 46, 2.

<sup>3)</sup> L. 6 D. 12, 1; L. 58 pr. D. 28, 5.

<sup>4)</sup> L. 17 D. 46, 2.

<sup>5)</sup> См. *Stössel. Die stillschweigende Willenserklärung nach. röm. Recht.* Zurich. 1859.

Отсюда и самое название этихъ фактовъ, facta concludentia. Вопросъ о томъ, какие факты могутъ служить для подобного заключенія о наличии воли, не можетъ быть разрѣшены общимъ началомъ, все зависитъ отъ обстоятельствъ данного случая<sup>1)</sup>). Такъ напр., принятие по истечениіи срока займа процентовъ на слѣдующій срокъ можетъ представиться factum concludens того, что имѣется согласіе на возобновленіе договора займа<sup>2)</sup>). Другой примѣръ: если по открывшемуся наслѣдству наследникъ, не изъявляя согласія на принятие наследства, начинаетъ управлять наследственнымъ имуществомъ (напр., платить долги, продаетъ вещи), то такое вмѣшательство (pro herede gestio) можетъ быть рассматриваемо какъ factum concludens о принятіи наследства<sup>3)</sup>). Имѣются и другие примѣры<sup>4)</sup>), но особенное вниманіе слѣдуетъ остановить на вопросѣ: можетъ ли считаться молчаніе за такой factum concludens, по которому слѣдовало бы заключать о томъ или другомъ выраженіи воли лица? Общимъ правиломъ слѣдуетъ признать, что молчаніе есть невыраженіе воли, не заключаетъ въ себѣ ни согласія, ни противорѣчія.

Въ прежнее время было распространено воззрѣніе, опирающееся на положеніе канонического права, что молчаніе есть знакъ согласія; *qui tacet consentire videtur* (cap. 43, X, 5, 12 regula Bonifacii). Но это явно противорѣчить выражению римскихъ источниковъ: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* (L. 142 D. 50, 17).

Только при слѣдующихъ двухъ условіяхъ молчаніе принимается за factum concludens: 1) Tacens долженъ знать о тѣхъ обстоятельствахъ, при которыхъ его молчаніе принимается за знакъ согласія. 2) Tacens долженъ имѣть побудительную причину для выраженія своей воли по даннымъ обстоятельствамъ. Для обоихъ этихъ условій сочинена формула: *qui tacet, quum loqui potuit ac debuit, consentire videtur*. Второе изъ этихъ условій можетъ быть болѣе точно опредѣлено такъ: молчаніе должно имѣть мѣсто при такихъ обстоятельствахъ, изъ которыхъ иначе разумна вывода, какъ о согласіи, сдѣлать нельзя; или же положительный законъ для опредѣленныхъ случаевъ молчанія выставляетъ предположеніе о согласіи<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Unger. Oesterr. Privat. R. Bd. I, p. 105, 106.

<sup>2)</sup> L. 57 pr. D. 2, 14.

<sup>3)</sup> L. 20 pr. § 1 D. 29, 2 § 7 J. 2, 19.

<sup>4)</sup> См. Savigny. System. Bd. 3 p. 246—248.

<sup>5)</sup> Glück. Erlauter. Bd. 4 § 290; Unger. Oest. Privat. R. Bd. 2 p. 111, 112.

Примѣры. Молчаніе отца при sponsalia дочери, или молчаніе дочери при ея обрученіи отцомъ разсматривается какъ согласіе<sup>1)</sup>). Молчаливое оставленіе у наемщика пользованіе венцю по истечениіи срока выражаетъ согласіе на продолженіе договора найма<sup>2)</sup>). И друг.<sup>3)</sup>.

Принятое возврѣніе разрѣшаетъ вопросъ общимъ теоретическимъ начальствомъ, а потому должно быть предпочтено тому возврѣнію, которое сводить все къ отдѣльнымъ случаямъ, упомянутымъ въ источникахъ (*Savigny. System. Bd. 3 § 132*).

Особенный видъ выраженія воли составляетъ такъ наз. consensus, признаніе, согласіе. Согласіе можетъ быть направлено на собственное и на чужое дѣйствіе. Въ обоихъ случаяхъ оно можетъ выражаться въ формѣ особаго обязательственнаго отношенія<sup>4)</sup>). По вѣнчальному своему выражению, consensus можетъ быть expressus или tacitus. Примѣръ cons. tacitus, направленного на чужое дѣйствіе. А. отдаетъ деньги, принадлежащиа Б., и безъ его полномочія, въ займы; если затѣмъ Б. приметъ по этому займу проценты, то этимъ самимъ онъ выражаетъ согласіе на заключенную чужимъ лицомъ сдѣлку. Примѣръ consens. tacitus, направленного на собственное дѣйствіе. Minor сдѣлалъ заемъ, недѣйствительный въ силу его возраста, но затѣмъ, по достижениіи совершеннолѣтія, начинаетъ уплату процентовъ по заемной суммѣ. Такая уплата считается за признаніе сдѣлки дѣйствительною.—Въ нѣкоторыхъ случаяхъ consensus долженъ быть обязательно expressus. Такъ, изъявленіе опекуномъ своего согласія на заключенную подъопечнымъ ему лицомъ сдѣлку (*tutoris auctoritas*) должно быть неизменно выражено въ формѣ cons. expressus.

Согласіе могло быть выражено передъ заключеніемъ сдѣлки или послѣ заключенія ея. Такое послѣдующее согласіе называлось ratihabitio<sup>5)</sup>). Въ ratih. выражалось рѣшеніе воли въ томъ смыслѣ, что прежде заключенная сдѣлка должна быть сдѣлкой дающаго на нее согласіе. Примѣръ ratihabitio. А. заключаетъ отъ имени Б., и безъ его полномочія, сдѣлку (т. наз. *negotiorum gestio*); позднѣе Б. признаетъ эту сдѣлку. Въ по-

<sup>1)</sup> L. 7 § 1; L. 12 pr. D. 23, 1.

<sup>2)</sup> L. 13 § 11 D. 19, 2.

<sup>3)</sup> См. *Savigny. System. Bd. 3 § 132*.

<sup>4)</sup> См. въ отдѣльѣ обязат. права.

<sup>5)</sup> Dig. 46, 8 ratam rem haberi, et de ratihabitione.

Seuffert. Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868.

добномъ выражениі воли вмѣстѣ съ тѣмъ заключается намѣреніе отнести ея дѣйствительность къ моменту заключенія сдѣлки, т. е. всякое *ratihabitio* имѣть обратное дѣйствіе.

Въ юстиніановомъ правѣ послѣднее начало установлено твердо: *omnis (sc. vera) ratihabitio retrotrahitur et confirmat ea ab initio, qua subsecuta sunt L. 7 pr. i. f. C. 4, 28;—ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt L. 25 i. f. C. 5, 16.* (См. *Zimmermann. Die Lehre v. d. stellvertretenden negot. gestio* p. 211 и слѣд.).—Въ до-юстиніановомъ правѣ среди юристовъ подымался вопросъ: можно ли допустить *ratihabitio* въ томъ случаѣ, когда наступить какое либо измѣненіе въ промежуточное время или нѣтъ? Одни юристы рѣшали вопросъ утвердительно (*Celsus L. 71 § 1 D. 46, 3*), другіе отрицательно (*Africanus L. 25 § 1 D. 46, 8*). Современная наука отказалась отъ примиренія этого разногласія, находя окончательное его разрѣшеніе въ конституціи Юстиніана *L. 25 C. 5, 16* (см. *Karlowa. Das Rechtsgeschäft* p. 61—64).

Для нѣкоторыхъ случаевъ послѣдующее согласіе не допускалось. Такъ, опекунъ долженъ быть всегда давать свое *actoritas in continenti*, т. е. при самомъ совершеніи сдѣлки<sup>1)</sup>.

### Содержаніе юридической сдѣлки.

Подробно о содержаніи юридическихъ сдѣлокъ говорится въ соответствующихъ институтахъ гражданскаго права; въ общей же части можно коснуться только общихъ элементовъ сдѣлки.

Наука<sup>2)</sup> различаетъ въ сдѣлкѣ: существенное содержаніе, *substantialia s. essentialia negotii*, естественное, обыкновенное содержаніе, *naturalia negotii*, и случайное содержаніе, *accidentalia negotii*.

Подъ существеннымъ содержаніемъ сдѣлки разумѣется такой ея составъ, безъ которого немыслимо самое ея существованіе. Для различныхъ юридическихъ сдѣлокъ устанавливается положительнымъ правомъ свое существенное содержаніе. Такъ, для договора купли-продажи существенно соглашеніе двухъ сторонъ о продаваемой вещи и покупной цѣнѣ<sup>3)</sup>; существеннымъ содержаніемъ заявленія будетъ назначеніе наслѣдника<sup>4)</sup>, и т. д.

Подъ естественнымъ содержаніемъ сдѣлки разумѣется такой

<sup>1)</sup> См. въ отдельѣ объ опекѣ.

<sup>2)</sup> См. уже *Glück. Erläuter. d. Pand. Bd. 4*, p. 216 и слѣд.

<sup>3)</sup> § 1 J. 3, 23; L. 72 pr. D. 18, 1.

<sup>4)</sup> § 34 J. 2, 20.

ея составъ, наличность котораго не обуславливаетъ ея существование, но который обыкновенно имѣть мѣсто въ юридической сдѣлкѣ. Поэтому, если naturalia не оговорены въ сдѣлкѣ, то положительное право предполагаетъ ихъ наличность; съ другой стороны, такъ какъ они не опредѣляютъ самое существование сдѣлки, то дѣйствующія лица всегда могутъ особой оговоркой отмѣнить ихъ<sup>1)</sup>. Послѣднимъ naturalia п. отличаются отъ substantialia п. Такъ, при куплѣ-продажѣ предполагается, что при передачѣ вещи выплачивается и цѣна; но стороны могутъ условиться о продажѣ и въ кредитъ. И т. д.

*Accidentia* Подъ случайнымъ содержаніемъ сдѣлки разумѣется такой ея составъ, который не только не опредѣляетъ ея существование, но и не предполагается наличностью. Поэтому accidentalia п. всегда опредѣляются волею одной или обѣихъ сторонъ и этимъ они отличаются отъ naturalia п. Напр., закладное право не предполагаетъ пользованія залогопринимателемъ заложеною вещью (т. наз. antichresis), но стороны могли установить такое пользованіе по соглашенію.

Изъ числа разнообразнѣйшихъ accidentalia negotii особенное значеніе имѣютъ conditio, условіе, dies, срокъ, и modus, предположеніе.

## I Условія (conditiones).

*Источники:* Dig. XXVIII, 7 de conditionibus institutionum; XXXV, 1 de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. Cod. VI, 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis; VI, 46 de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus; VIII, 55 de donationibus quae sub modo vel certo tempore conficiuntur.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. Rechts. B. III, p. 120 — 204; A. v. Scheurl. Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1871; O. Wendt. Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. Erlangen 1872; F. Adickes. Zur Lehre von den Bedingungen nach römischen u. heut. Recht. Berlin. 1876.

*Понятіе условія.* — Подъ условіемъ (conditio<sup>2)</sup>) въ тѣсномъ

<sup>1)</sup> L. 11 § 1 D. 19, 1.

<sup>2)</sup> Отъ «conditum», супинумъ отъ condo.

смыслъ слова разумѣется такое самоограниченіе<sup>1)</sup>) при волеизъявленіи, которымъ желаемая правовая послѣдствія этого волеизъявленія ставятся свободно въ зависимость отъ сомнительного наступленія или ненаступленія будущаго извѣстнаго обстоятельства. И самое это будущее сомнительное въ проявленіи обстоятельство носить название условія. Акть, заключенный при такомъ ограничениіи, называется условнымъ (*conditionale negotium, въ отличие отъ negotium rigum*). Условіе въ этомъ его смыслъ дѣлаетъ существованіе и дѣйствительность акта сомнительными, а следовательно оказываетъ извѣстная правовая послѣдствія. Вотъ по отношению къ послѣднему вопросу условія имѣютъ свое особое ученіе, по которому ихъ строго слѣдуетъ отличать отъ всякаго другого обстоятельства, отъ которого находится въ зависимости существованіе или дѣйствительность акта и которое въ источникахъ также обозначается словомъ *conditio*. Послѣднія обстоятельства не даютъ акту отпечатокъ неизвѣстности, сомнительности. Они тотчасъ опредѣляютъ всѣ правовые послѣдствія акта. Поэтому ихъ можно назвать условіями въ обширномъ смыслѣ слова, *quae figuram tantum, non autem vim habent conditionum*<sup>2)</sup>.

Послѣ Савинъ на условія смотрѣть какъ на самоограниченіе воли (Keller, Windscheid, Arndts и др.). Этотъ совершенно справедливый взглядъ однако слѣдуетъ оговорить: самоограниченіе не касается объема воли, какъ полагаетъ Савинъ (цит. р. 99, 120), а только существованія воли (*Fitting. Ueber den Begriff der Bedingung въ civ. Archiv* 39 § 3, р. 307, 308).

Расходятся въ наукѣ и въ томъ, что считать за условіе въ настоящемъ смыслѣ слова. Такъ, по воззрѣнію Фиттинга (въ *Archiv f. d. civ. Praxis* 39, р. 314—329) всякое *conditio in futuro concepta*, т. е. всякое условіе, по самой формѣ выраженія относимое къ будущему, будетъ настоящимъ условіемъ. Затѣмъ, по мнѣнію Унгера (*Oesterr. Privatr.* 2 § 82), подъ условіемъ должно разумѣть всякое субъективно неизвѣстное обстоятельство, отъ осуществленія котораго ставится въ зависимость требуемая для сдѣлки воля.—Выводы изъ подобныхъ воззрѣній и критической по нимъ анализъ цѣлаго опредѣленія см. ниже. Тутъ пока можно только сказать, что факты подлежать юридической квалификаціи по ихъ объективной природѣ, а не по субъективному отношенію къ нимъ человѣка.

Итакъ, подъ условіями въ обширномъ смыслѣ слова разумѣется такая оговорка при волеизъявленіи, которой оговоркой ставится въ зависимость та или другая дѣйствительность акта

<sup>1)</sup> См. L. 6 § 2 D. 18, 1 и L. 10 § 1 D. 14, 2; L. 39 D. 17, 1.

<sup>2)</sup> L. 69 D. 28, 5; L. 120 D. 45, 1.

отъ какого бы то ни было обстоятельства. Равно и сами эти обстоятельства называются условіями въ обширномъ смыслѣ. Сюда относятся:

Conditiones in praeteritum vel praesens collatae, relatae или conceptae. Если обстоятельство, отъ котораго поставляются въ зависимость извѣстная правовая послѣдствія акта, уже осуществилось въ прошедшемъ или осуществляется въ настоящемъ, то оно не можетъ разматриваться какъ настоящее условіе, такъ какъ объективно вопросъ о желаемомъ правовомъ послѣдствіи акта уже решенъ, уже въ моментъ совершенія акта юридическое положеніе его объективно не представляетъ никакой неопределенности: актъ или осуществился уже въ своихъ послѣдствіяхъ, или не осуществится вовсе<sup>1)</sup>. Будутъ ли субъективно неизвѣстны такие результаты, это безразлично<sup>2)</sup>. Поэтому все равно: опредѣляютъ ли стороны данное обстоятельство прямо, какъ прошедшее или настоящее (si Titius consul fuit, si Maevius vivit), или, не зная его осуществленія, опредѣляютъ его какъ будущее обстоятельство<sup>3)</sup>.

Нѣкоторые писатели (*Unger. Syst. d. öst. allg. Privatr. § 82 п. 15*) думаютъ, что *condit. in praeter. vel praes. collatae* будутъ настоящими условіями, если только устанавливающій ихъ не знать о проявленіи данного обстоятельства, въ какомъ случаѣ сдѣлка будетъ лишь видимо условной. Но источники выражаются слишкомъ категорично, L. 39 D. 12, 1:—itaque tunc potestatem conditionis obtinet, quum in futurum confertur; L. 3 § 13 D. 38, 2:—Si tamen in praeteritum collata sit conditio vel ad praesens, non videtur sub conditione institutus: aut enim impleta est et pure institutus est etc.; L. 120 D. 45, 1... non facit conditionem haec adjectio... nec placuit instar habere conditionis sermonem. Всѣ эти приведенные мѣста ясно отвѣгаютъ за *conditiones in pr. vel praes. coll.* характеръ условій по тому основанію, что они не даютъ никакой сомнительности правоотношению (*Ellenberger. Ueber Begriff und Wirkung d. Suspensivbed. 93, 94, 97*). Для понятія условія требуется такая сомнительность въ проявленіи условнаго обстоятельства, которая объяснялась бы самой природой этого обстоятельства, т. е. требуется объективная, а не субъективная неизвѣстность: quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint (*§ 6 J. 3, 15; L. 37, 38 D. 12, 1*).

<sup>1)</sup> Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt. § 6 J. 3, 15; § 11 J. 3, 19; L. 37—39 D. 12, 1; L. 8; L. 100, 120 D. 45, 1.—L. 16 D. 28, 3; L. 10 § 1 D. 28, 7; L. 3 § 13 D. 38, 2.

<sup>2)</sup> § 6 I. 3, 15; L. 37, 38 D. 12, 1.

<sup>3)</sup> L. 10 § 1 D. 35, 1.

XX приговоръ постановленъ: *Планъ ученыхъ конференций, а въ нейшемъ времени, и въ будущемъ, будутъ конференции, и въ: альбо ученыхъ конференций,*

по Закону

2) Conditiones, quae tacite negotio insunt, extrinsecus veniunt, sive juris conditiones. Если въ качествѣ условія будетъ выставлено обстоятельство, которое и безъ того составляеть необходимое предположеніе дѣйствительности даннаго акта<sup>1)</sup>, то нельзя говорить объ условномъ актѣ. Напр., если будетъ сдѣлано распоряженіе о легатѣ подъ условiemъ принятія наследникомъ наследства, если будетъ сдѣлано дареніе свыше 500 золотыхъ подъ условiemъ явки акта въ присутственномъ мѣстѣ (insinuatio) и т. п. Подобныя оговорки будуть совсѣмъ излишними (supervacua conditio<sup>2)</sup>; frustra adduntur<sup>3)</sup>), такъ какъ дѣйствительность акта и безъ того сама собою разумѣется не иначе, какъ при наличности данныхъ обстоятельствъ (tacite negotio insunt). Поэтому въ подобныхъ случаяхъ не примѣняются особыя начала для условныхъ сдѣлокъ; сдѣлки не считаются условными<sup>4)</sup>). Такъ какъ наличность этихъ обстоятельствъ необходима для дѣйствительности акта и предписывается правомъ, то ихъ называютъ также conditiones necessariae или juris.

Въ наукѣ иногда признаютъ для некоторыхъ случаевъ conditiones juris характеръ настоящихъ условій (*Fitting* въ civ. Archiv 49 § 7; *Unger. Oesterr. Privatr.* § 82, р. 58—60). Что касается источниковъ, то они едва ли оставляютъ мѣсто сомнѣнию, напр., L. 99 D. 35, I: Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. Въ L. 6 § 1 D. 36, 2 о такомъ условіи говорится: magis enim mora quam conditio legato injecta videtur. Въ другихъ фрагментахъ сдѣлка, заключенная подъ такимъ условиемъ, называется purum; L. 43 § 10 D. 21, 1—puro venditio; L. 107 D. 35, 1—legatum purum, и т. д. (Толкованіе L. 19 § 1 D. 35, 1, на каковой фрагментъ ссылаются противники принятаго нами воззрѣнія, см. у *Arndts. Pand.* § 66 п. 10). Обращаясь къ самой волѣ устанавливающаго conditionem juris, нельзя не отличить послѣдняго отъ настоящаго условія. Въ первомъ случаѣ правовое дѣйствіе несомнѣнно желаемо, но только препятствуетъ ему правоположеніе; тогда какъ при условіи правовое дѣйствіе желаютъ вызвать лишь въ томъ случаѣ, если условіе осуществится (см. *Enneccerus. Ueber Begriff u. Wirkung d. Suspensivbeding.* § 18).

3) Conditiones necessariae, необходимыя условія въ широкомъ смыслѣ. Если въ качествѣ условія будетъ выставлено такое обстоятельство, выполненіе котораго наступитъ необходимо, то

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 35, 1; L. 25 § 1 D. 36, 2; L. 68 D. 23, 3.

<sup>2)</sup> L. 22 § 1 D. 36, 2.

<sup>3)</sup> L. 12 D. 28, 7.

<sup>4)</sup> L. 47, 99, 107; D. 35, 1; L. 21 § 1; L. 22 § 1; L. 25 § 1 D. 36, 2.

такое условие принять называть необходимымъ. Необходимость проявления условного обстоятельства может зависеть какъ отъ естественныхъ законовъ, — напр., если въ день моей смерти взойдетъ солнце, если Титъ не достанетъ въ мѣсяцъ неба пальцемъ<sup>1)</sup>, — такъ равно и отъ правовыхъ нормъ, напр., если Титъ, мой единственный наследникъ, не будетъ требовать послѣ моей смерти моего ему долга<sup>2)</sup> (сюда относятся и всѣ необходимыя предположенія дѣйствительности акта, выставленный въ качествѣ условія; см. выше). Актъ, при такихъ обстоятельствахъ, не будетъ условнымъ<sup>3)</sup>, такъ какъ вопросъ о дѣйствительности его не будетъ подъ какимъ либо сомнѣніемъ.

Подобно condit. in praet. vel in pr. coll., и за необходимыми условіями признается нѣкоторыми писателями характеръ настоящихъ условій, которыхъ отличіе лишь въ томъ, что они сразу опредѣляютъ ту или другую судьбу волеизъявленія (*Unger. Oesterr. Privatr. § 82 п. 14.; Fitting въ Archiv f. d. civ. Prax. 39 § 16.* Тѣ же возраженія см. у *Ennecerus cit.*).

Невозможные условія (conditiones impossibiles). Подъ невозможными условіями разумѣются такія обстоятельства, о которыхъ при самомъ ихъ установлѣніи въ качествѣ условій несомнѣнно извѣстно, что они не могутъ осуществиться. Невозможность такая обусловливается или законами природы, т. н. физически невозможная условія (conditio, quae natura impossibilis est<sup>4)</sup>), — напр., si digito coelum attingero, — или положеніями права, т. наз. юридически невозможная условія (conditio, quae ius*re* impleti non potest), т. е. когда въ качествѣ условія выставлено обстоятельство, касающееся правовой сферы, но въ ней не могущее осуществиться, напр., «если Титъ приобрѣтъ собственность надъ *res extra commercium*»; «если Сей заключить дѣйствительный бракъ со своей сестрой», и т. п.

Оба вида невозможныхъ условій разсматриваются совершенно одинаково<sup>5)</sup>. Вліяніе ихъ на правоотношеніе таково:

Невозможные условія при negotia mortis causa (завѣщањахъ, отказахъ) pro non scriptis habentur<sup>6)</sup>, т. е. разсматриваются какъ бы вовсе неустановленными, и самый актъ какъ

<sup>1)</sup> § 11 J. 3, 19.

<sup>2)</sup> L. 20 pr. D. 28, 7.

<sup>3)</sup> L. 9 § 1 D. 46, 2; L. 7, 8 D. 45, 1; L. 17, 18 D. 12, 6; L. 50 § 1 D. 28, 5.

<sup>4)</sup> Paulus. Rec. sent. III, 4 B. § 1.

<sup>5)</sup> Vangerow. Pand. 1, p. 136.

<sup>6)</sup> Между школами былъ споръ Gajus III § 98. Юстиніанъ принялъ мнѣніе Собиніанцевъ § 10 L. 2, 14; L. 3: L. 6 § 1 D. 35, 1; L. 1, 6, 20 pr. D. 28, 7; L. 16 D. 28, 3; L. 104 § 1 D. 30; L. 5 § 4 D. 36, 2.

Если же — ~~зато~~ <sup>зато</sup> ~~заключающий~~ <sup>заключающий</sup> обстоятельство не условный. Если условие частью возможно, частью невозможна, то возможная часть считается за настоящее условие, а невозможная игнорируется<sup>1)</sup>.

При negotia же inter vivos невозможное условие или обращаеть сдѣлку съ самаго начала въ ничто, если такое условие отлагаетъ ея действительность<sup>2)</sup>, или съ самаго же начала сдѣлка будетъ безусловно действительна, если такое условие отмѣняетъ ея действительность.

Такое вліяніе этихъ условій на negotia inter vivos вытекаетъ изъ самой сущности, съ самаго начала не оставляющей сомнѣнія въ томъ, что условные обстоятельства не проявятся въ жизни. Отступленіе отъ этихъ выводовъ при negotia mortis causa можно объяснить тѣмъ, что всегда предполагается серьезное намѣреніе наслѣдодателя установить извѣстную преемственность въ его имуществѣ, хотя бы и обусловленную появленіемъ того или другого обстоятельства. Поэтому положительное право считать необходимымъ удержать за актомъ действительную силу, а для этого необходимо условное невозможное обстоятельство разматривать, какъ неписанное.

Вопроѣ о томъ, къ какой категоріи условій въ тѣсномъ смыслѣ слова или условіямъ не въ собственномъ смыслѣ слова, относятся условія невозможныя, въ наукѣ далеко не безспоренъ. Многіе писатели считаютъ conditio-nes impossibles за настоящія условія (напр., Fitting въ civ. Archiv 39 § 16; Scheurl cit. p. 109). Хотя въ доказательство принятого нами взгляда нельзя указать на ясныя выраженія источниковъ (*Ennecerus* cit. p. 98 и п. 167), но внутреннія основанія отвергать за невозможными условіями характеръ настоящихъ условій будуть тѣ же, чтѣ и для предыдущихъ видовъ условій.

Невозможность условнаго обстоятельства должна быть признакомъ, присущимъ ему въ моментѣ установленія акта, а не зависимымъ отъ времени и перемѣнъ обстоятельствъ. Поэтому, если возможное въ проявленіи обстоятельство сдѣлается позднѣе невозможнымъ, то оно не разматривается какъ невозможное условіе. Наоборотъ, если невозможность въ моментѣ установленія акта не была присущимъ условному обстоятельству признакомъ, то имѣемъ дѣло съ настоящимъ действительнымъ условиемъ, напр., если будетъ обѣщано приданое несовершен-

<sup>1)</sup> L. 45 D. 28, 5; L. 6 § 1 D. 35, 1.

<sup>2)</sup> Gajus III § 98; L. 7; L. 137 § 6 D. 45, 1; L. 9 § 6 D. 12, 1. Если заключающій условный актъ зналъ невозможность условія, то это можно разматривать, какъ шутку съ его стороны L. 31 D. 44, 7; L. 1 § 11 eod.; L. 29 D. 46, 1; § 11 I. 3, 19.

заключающее условіе было обѣщано

*хакона по имена винна заработка.*

нолѣтней дочери Тита на случай выхода ея замужъ, будеть оставленъ легать рабыни подъ условіемъ выхода ея замужъ<sup>1)</sup>); и т. п.—Если же невозможное обстоятельство сдѣлается позднѣе возможнымъ въ силу чрезвычайного какого либо событія,—напр., перемѣны закона, то послѣднее не дѣлаетъ его дѣйствительнымъ условіемъ<sup>2)</sup>.

Однаково съ невозможными разсматриваются тѣ условія, которыхъ осуществленіе хотя и возможно, но не иначе какъ по преодолѣніи чрезвычайныхъ затрудненій. Эти условія можно назвать неудобовыполнимыми<sup>3)</sup>). Сюда будеть относиться, напр., назначеніе наслѣдникомъ подъ условіемъ соорудить наслѣдователю памятникъ впродолженіе трехъ дней по его смерти<sup>4)</sup>, и т. п.

Невозможнымъ условіямъ въ собственномъ смыслѣ упомянуты  
т.е. *нечестивы*  
дѣблются по вліянію на правоотношенія такія условія, которыми приобрѣтеніе права или прекращеніе его становится въ зависимости отъ совершенія противозаконного или безнравственного дѣйствія, или отъ упущенія дѣйствія, закономъ или моралью предписанного. Такія условія, въ отличие отъ невозможныхъ, можно назвать недозволенными условіями<sup>5)</sup>.

Часто этого рода условія называли юридически или морально невозможными условіями (напр., *Sell. Die Lehre v. d. unmögl. Bedingungen*, p. 20). Но это название невѣрно. Фактически наступленіе такихъ условій вполнѣ возможно, но не должно, и самое это наступленіе находится въ неизвѣстности. Воровство, нарушеніе супружеской вѣрности—дѣйствія возможныя, тогда какъ вступленіе въ дѣйствительный бракъ съ сестрой, совершение несовершеннолѣтнимъ завѣщанія—дѣйствія юридически невозможныя. Да и самъ Юстиніанъ дѣлаетъ различіе между *impossibilita* и *legibus interdicta* vel alias probrosa (§ 36 I. 2, 20; L. ш. C. 6, 41). Поэтому вѣрнѣе назвать эти условія недозволенными (*Sintenis. Prakt. Civilrecht* I, p. 174; *Vangerow. Pand.* I, p. 136.—*Savigny* (cit. p. 171) даетъ имъ название безнравственныхъ условій, но вульгарный смыслъ этого эпитета не всегда подойдетъ къ запрещенному положительнымъ правомъ).

Такія условія сами по себѣ носятъ всѣ признаки настоящихъ условій, какъ будущія, неизвѣстныя обстоятельства,

<sup>1)</sup> L. 58, D. 35, 1.

<sup>2)</sup> L. 137 § 6 D. 45, 1; L. 35 § 1 D. eod.; L. 83 § 5 D. eod.; L. 34 § 1 D. 18, 1. См. *Savigny* cit. p. 167—169.

<sup>3)</sup> Unerschwingliche (*Savigny* cit. p. 165).

<sup>4)</sup> L. 6 D. 28, 7 ep. L. 4 § 1 D. 40, 7.

<sup>5)</sup> См. *Fitting. Ueber d. Begriff d. unsittlichen Bedingung* въ *Archiv f. d. civil. Praxis.* Bd. 56, p. 399—424.

возможныя въ своемъ осуществлениі, но такъ какъ эти условія имѣютъ въ виду достиженіе цѣли, неодобряемой закономъ, то они уподобляются въ своемъ дѣйствіи невозможнымъ условіямъ, т. е. при актахъ послѣдней воли они рgo non scriptis habentur<sup>1</sup>), при negotia inter vivos они ведутъ къ полной ничтожности акта<sup>2</sup>), если условность была отлагательная; если же условность была отмѣнительная, то актъ остается безусловно дѣйствительнымъ и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ объявляется также ничтожнымъ.

Для такихъ послѣдствій недозволенныхъ условій при отлагательно условныхъ актахъ, понятно, требуется, чтобы приобрѣтеніе права ставилось въ зависимости отъ недозволенного дѣйствія или опущенія лица приобрѣтающаго, promissarius<sup>a</sup> (L. 123 D. 45, 1). Если же кто-либо обѣщаетъ подъ условіемъ, если онъ, promittens, (или также третье лицо) совершить недозволенное дѣяніе, то актъ вполнѣ дѣйствителенъ (L. 1, 2 C. 4, 56; L. 121 § 1 D. 45, 1), такъ какъ актъ этотъ направленъ на противодѣйствіе недозволенному дѣянію (*Savigny cit.*, p. 174, 175). Полную ничтожность акта при отмѣнительныхъ недозволенныхъ условіяхъ различные ученые допускаютъ въ различномъ примѣненіи. Правильнѣе, по нашему мнѣнію, смотрѣть тѣ писатели, которые объявляютъ такие акты ничтожными во всѣхъ случаяхъ, когда недозволенное условіе есть результатъ общаго, обѣихъ сторонъ, дѣла, предосудительно для обѣихъ сторонъ. Такъ напр., А., притязая на владѣемую Б. вещь, вступаетъ съ послѣднимъ въ такое соглашеніе: я оставлю тебѣ вещь, но если я заставлю Б. по фальшивому документу тебѣ уплатить такую-то сумму, то вещь должна ко мнѣ возвратиться (*Wächter. Pand. I*, p. 373, 374; ср. Vangerow Pand. I, p. 137, 138).

Къ недозволеннымъ условіямъ принадлежать слѣдующія двѣ категоріи:

1) Дѣйствія или опущенія, которыя уже сами по себѣ, объективно, противоправны или безнравственны, напр.: «если Титъ совершилъ кражу, нарушилъ супружескую вѣрность, не выкупить своего отца изъ плѣна» и т. п.<sup>3</sup>).

2) Дѣйствія или опущенія сами по себѣ дозволенныя и не безнравственныя, но которыя получаютъ предосудительный характеръ, если будутъ выставлены въ качествѣ условій, если ими обусловлено будетъ приобрѣтеніе имущественной выгоды или устраниенъ имущественный ущербъ, напр., отказъ по завѣщанію подъ условіемъ безбрачія даннаго лица или брака по

<sup>1)</sup> L. 9, 15, 27 pr. D. 28, 7; L. 5 C. 6, 26. Но ср. § 36 I. 2, 20; L. un. C. 6, 41.

<sup>2)</sup> L. 123, 137 D. 45, 1.

<sup>3)</sup> L. 15 D. 28, 7; L. 8 § 1 D. 7, 8; L. 123 D. 45, 1.

чужому выбору<sup>1</sup>), уговоръ объ уплатѣ опредѣленной суммы въ случаѣ невступленія въ опредѣленный бракъ<sup>2</sup>), разводъ, выставленный въ качествѣ условія<sup>3</sup>) и т. д.<sup>4</sup>). Къ этой же категоріи должны быть отнесены и тѣ случаи, когда въ качествѣ условія выставляется обязанность не совершать правонарушенія или исполнять свой долгъ<sup>5</sup>). Эти послѣднія явленія, сами по себѣ желаемыя, объявляются недозволенными условіями, въ силу безнравственного отношенія воли къ предписаніямъ закона и морали. *нар. если ты не убейте, я тебе дамъ чай*  
*уничтожение Закона и нормы недозволенны услов*

*Conditiones perplexae*, т. е. спутанныя, непонятныя или неразрѣшимыя по законамъ логики условія, напр.: Титъ да будетъ наслѣдникомъ, если будетъ наслѣдникомъ Сей<sup>6</sup>). Въ этихъ случаяхъ ничего не будетъ сомнительного или неизвѣстнаго, такъ какъ такія условія сразу уничтожаютъ то, что ими обусловливаются<sup>7</sup>).

*Различные виды условій.* — Вліяніе условія на правоотношеніе можетъ выражаться въ томъ, что или отлагается установление, начало правоотношенія до наступленія условнаго обстоятельства, или отмѣняется, прекращается установленніе съ наступленіемъ условнаго обстоятельства. По этому двоякому вліянію на правоотношеніе всѣ условія дѣлятся на отлагательныя, супензивныя (*conditiones suspensivae*) и отмѣнительныя, резолютивныя (*conditiones resolutivae*).

Названія супензивныя и резолютивныя условія изобрѣтены новѣйшей наукой. Въ источникахъ этихъ терминовъ нѣть, а употребляются выраженія: для первой категоріи условій — *negotium conditionale* или *sub conditione initum* (L. 10, § 4, 5 D. 23, 3; § 4 I, 3, 15) въ отличие отъ *negotium purum*; а для второй — *sub conditione resolvi potest* (L. 2 pr. D. 18, 2; L. 1 D. 18, 3; L. 2 § 4 D. 41, 4). О другихъ признакахъ, по которымъ различали тѣ и другія условія, см. у *Appleton. De la condition resolutoire dans la stipulation*. 1879, p. 2—4.

Оба вида условій по формѣ выраженія могутъ быть или положительныя (*conditiones affirmativaes*), или отрицательныя (*conditiones negativaes*). О первыхъ говорится въ тѣхъ случа-

<sup>1</sup>) L. 22, 28 pr.; L. 72 § 4, 5; L. 79 § 4 D. 28, 7.

<sup>2</sup>) L. 71 § 1 D. 28, 7; L. 134 D. 45, 1.

<sup>3</sup>) L. 2 C. 8, 39; L. 8 § 1 D. 7, 8.

<sup>4</sup>) См. у *Arndts. Pandek.* § 72 п. 5.

<sup>5</sup>) L. 7 § 3 D. 2, 14; L. 2 pr. § 1, 2; L. 4 § 2; L. 9 pr. § 1, 2 D. 12 5<sup>o</sup>; L. 6, 7 C. 4, 7.

<sup>6</sup>) L. 16 D. 28, 7; см. также L. 39 D. 40, 4; L. 88 pr. D. 35, 2.

<sup>7</sup>) *Wächter. Pand.* 1, p. 373.

чаяхъ, когда та или другая дѣйствительность акта обусловливается проявлениемъ извѣстнаго обстоятельства или совершеніемъ опредѣленнаго положительного дѣйствія; о вторыхъ — когда та или другая дѣйствительность акта становится въ зависимость отъ непроявленія извѣстнаго обстоятельства или несовершеннія опредѣленнаго дѣйствія<sup>1)</sup>.

Наконецъ, наступленіе какъ супензивнаго, такъ и резолютивнаго условія можетъ или зависѣть отъ человѣческой воли, — совершеніе или несовершеніе опредѣленнаго дѣйствія, — или нѣтъ, — проявленіе и непроявленіе случайнаго, отъ человѣческой воли независимаго события. Въ первомъ случаѣ говорятъ о *conditiones potestativae*, во второмъ — о *conditiones casuales*<sup>2)</sup>. Если проявленіе условія зависитъ совмѣстно отъ человѣческой дѣятельности и отъ обстоятельствъ, вѣтъ его воли лежащихъ, то такое условіе называютъ смѣшаннымъ, *conditio mixta*, напр., если А. женится на Б., получитъ должностъ, родить сына.

Опредѣленіе свойства условія въ каждомъ случаѣ должно исходить отъ лица упраомоченнаго по условному правоотношению. Условіе будетъ потестативное, или казуальное, или смѣшанное, смотря какимъ оно будетъ по лицу упраомоченнаго. L. un. § 7 C. 6, 51. *Arndts. Pand.* § 67 п. 1.

Если та или другая дѣйствительность правоотношенія будетъ поставлена въ зависимость отъ простого согласія на него, отъ воли лица обязанныаго, то вся сдѣлка недѣйствительна, нѣтъ никакого правоотношенія, таѣкъ промиссор ни къ чemu не обязывается: *sub hac conditione si volam nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis, nam nec heres promissoris ejus, qui nunquam dare voluerit, tenetur, quia haec conditio in ipsum promissorem nunquam exstitit.* L. 8. D. 44, 7; L. 17, 46 § 3; L. 108, § 1 D. 45, 1; L. 7 pr. D. 18, 1; L. 13 C. 4, 38; — L. 43 § 2 D. 30 un. — Но сдѣлка будетъ условной, если условіемъ будетъ выставлено вѣтшее какое-либо дѣйствіе обязанныаго, хотя бы это дѣйствіе вполнѣ зависѣло отъ его воли, напр., А. обѣщаетъ Б. 100 р., если онъ, А., два года не подымется на Капитолій (L. 3 D. 31; L. 27 § 1; L. 115 § 1 D. 45, 1). Впрочемъ, объ отношеніи послѣднихъ условій къ первымъ въ наукѣ разногласіе (см. *Windscheid. Pand.* 1, § 93 п. 5, *Wächter. Pandekt.* 1, p. 377, 378).

*Допустимость условій.* — Нѣкоторыя правовые сдѣлки, заключенные подъ условіемъ, будутъ недѣйствительны. Основаніе этому частью въ особой формѣ этихъ сдѣлокъ, недопускаю-

<sup>1)</sup> L. 7 pr.; L. 67 D. 35, 1.

<sup>2)</sup> L. 60 pr. D. 35, 1; L. un. § 7 C. 6, 51. См. *Savigny* cit. p. 128 и п. а. *Maassen. Civ. Erörterungen I. Potestativbedingungen.*

щей условія, частю въ томъ, что по самому существу сдѣлки она нерѣдко не допускаеть какого либо обусловливанія<sup>1)</sup>). Это одинаково относится какъ къ условіямъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, такъ и къ условіямъ не въ собственномъ смыслѣ слова<sup>2)</sup>.

Съ другой стороны, только извѣстный видъ условій не допускается и вызываетъ недѣйствительность сдѣлки<sup>3)</sup>). О вліяніи всякого другого рода обусловливаній на дѣйствительность сдѣлки сказано уже выше.

Вліяніе условій на юридический актъ.—По вопросу о вліяніи условій слѣдуетъ различать отдельные состоянія, въ которыхъ они могутъ находиться. Такихъ состояній три: 1) conditio pendens, 2) c. existens и 3) c. deficiens.

1) Conditio pendens.—Пока неизвѣстно, осуществится ли обстоятельство, выставленное въ качествѣ условія, ожидаемымъ образомъ (affirm. или negativ.), говорять, что conditio pendet (conditio pendens).

Значеніе этого состоянія условія:

При супензивно-условномъ актѣ за періодъ conditionis pendentis правоотношеніе не считается еще вовсе установленнымъ, право на выговоренное въ актѣ еще не приобрѣтено<sup>4)</sup>). Такъ что если будетъ передана вещь подъ супензивнымъ условіемъ, то право собственности еще не будетъ перенесено традентомъ на получателя. Право собственности остается за традентомъ, а вмѣстѣ и прежнее право распоряженія вещью. При условныхъ обязательствахъ не будетъ еще установлено право требованія и иска<sup>5)</sup>). Поэтому если условный долгъ будетъ по заблужденію выполненъ, то искъ о недолжномъ (condicione indebiti) можно вытребовать выполненное назадъ<sup>6)</sup>). Но съ другой стороны, уже при самомъ заключеніи условнаго акта устанавливается извѣстная связанность волей сторонъ (vinculum necessitatis) въ виду будущей возможности пріобрѣ-

<sup>1)</sup> См. т. н. actus legitimi L. 77 D. 50, 17. Cp. Fragm. Vatic. § 329; L. 52 D. 35, 1; L. 68 D. 28, 5. См. Enneccerus. Ueber. Begriff u. Wirkung d. Suspensivbedingung, p. 9—84.

<sup>2)</sup> L. 51 § 2 D. 29, 2. См. Fitting, въ Civil. Archiv. 39, 13, p. 316 и слѣд.

<sup>3)</sup> Напр., L. 70, 71 D. 28, 5; L. 15 D. 28, 7; L. 4 C. 6, 25.

<sup>4)</sup> L. 218 pr. D. 50, 16.

<sup>5)</sup> L. 9 pr.; L. 36 D. 12, 1; L. 13 § 5 D. 20, 1: nihil interim debetur L. 54 D. 50, 16.—Поэтому предъявленный искъ по условному легату pendente conditione не ведеть за собой исковой консумпціи: arg. L. 35 D. 5, 1; L. 11 § 4 и 5 D. 44, 2.

<sup>6)</sup> L. 16, 18 D. 12, 6.

сти право. Управомоченный по акту уже теперь кредиторъ, хотя и условный только (*creditor sub conditione, conditionalis*), обладающій положительной надеждой (*spes*) на будущее приобрѣтеніе права<sup>1</sup>); обязанное лицо уже теперь состоить должникомъ, хотя и условнымъ<sup>2</sup>); однимъ словомъ, сдѣлка уже теперь существуетъ, хотя бы только условная (*conditionalis venditio*<sup>3</sup>). Поэтому ни одна сторона не можетъ отступить произвольно отъ сдѣлки, а обязана выжидать исхода условнаго обстоятельства, и всякия такія дѣйствія на сторонѣ обязанной, которая положительно препятствовали бы будущему осуществленію сдѣлки (напр., отпущеніе раба на волю, конкурсъ въ имуществѣ должника), даютъ право условно управомоченному принимать мѣры, ограждающія его будущія права<sup>4</sup>), какъ напр., требовать *cautionem*, и т. п. Далѣе, условныя права и обязанности могутъ быть переносимы на другихъ путемъ отчужденія<sup>5</sup> или наслѣдованія<sup>6</sup>), но только не права изъ послѣдней воли<sup>7</sup>), такъ какъ *negotia mortis causa* въ высшей степени личного свойства<sup>8</sup>): ихъ центръ тяжести находится не столько въ томъ, чтобы установить вообще преемственность въ данномъ имуществѣ, сколько въ томъ, чтобы послѣднее досталось именно опредѣленному лицу.

Всѣ эти послѣдствія, вытекающія изъ связности волей въ періодъ сопositionis pendentis, дали нѣкоторымъ писателямъ основаніе утверждать, что супензивно-условный актъ устанавливаетъ тотчасъ готовое правоотношеніе, хотя и не съ полными послѣдствіями акта (см. *Wendt* cit. p. 65, 125; ср. также *Eisele. Wirkung der Suspensiv-Bedingung* въ *Archiv f. d. Civilist. Praxis* B. 50, p. 262). Но вышеприведенные данные, кажется, несомнѣнно говорять противъ установления изъ условной сдѣлки правоотношенія.

Резолютивное условіе въ состоянії *pendentis* не оказываетъ никакого вліянія на существованіе и дѣйствительность сдѣлки. Съ самаго ея заключенія она вступаетъ въ полную силу и под-

<sup>1)</sup> L. 54 D. 50, 16; § 4 I. 3, 15.

<sup>2)</sup> L. 4 pr. D. 42, 6; L. 10 pr. D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 10 § 5 D. 23, 3; L. 14 pr. D. 46, 2.

<sup>4)</sup> L. 27 D. 17, 2; L. 13 § 5 D. 20, 1; L. 6 pr. 42, 4; L. 4 pr. D. 42, 6; L. 1 § 3, 14, 20; L. 5 pr. § 2; L. 10; L. 14 D. 36, 3.—L. 41 D. 5, 1; L. 16 pr. D. 5, 3.

<sup>5)</sup> L. 17, 19 D. 18, 4.

<sup>6)</sup> L. 57 D. 45, 1; L. 8 pr. D. 18, 6; L. 2 § 5 D. 39, 5; § 4 I. 3, 15; § 25 I. 3, 19.

<sup>7)</sup> L. un. § 7, 13 C. 6, 51; L. 59 pr. D. 35, 1.

<sup>8)</sup> *Savigny* cit. p. 136.

лежить исполнению съ обѣихъ сторонъ<sup>1)</sup>). Только остается сомнительнымъ вопросъ о будущемъ прекращеніи ея, и съ этимъ признакомъ правоотношеніе переходитъ къ преемникамъ стороны.

2) *Conditio existens*. Осуществленіе условій.—Условіе считается выполнившимся, когда обстоятельство, выставленное въ качествѣ условія, точно и вполнѣ осуществилось<sup>2)</sup>). При этомъ слѣдуетъ обращать вниманіе болѣе на настоящее намѣреніе установившаго условіе, чѣмъ на вѣнчаную форму установления, на слова<sup>3)</sup>.

Затѣмъ, выполненіе условія не можетъ быть вынуждаемо никакими правовыми средствами<sup>4)</sup>, такъ какъ условіе никогда не возвлажаетъ обязанности выполнить условное обстоятельство.

Въ частности *conditio negativa* считается выполнившимся, когда обстоятельство, не существующее выполняться, не осуществилось въ продолженіе впередъ опредѣленного срока, или осуществленіе его сдѣжалось невозможнымъ<sup>5)</sup>), напр., умеръ рабъ, неотпущеніе на волю которого было выставлено въ качествѣ условія сдѣлки. Если *conditio negativa* будетъ *potestatiya* (напр., если ты не взойдешь на Капитолій), то весьма часто исполненіе условія несомнѣнно наступить только въ моментъ смерти самаго управомоченнаго<sup>6)</sup>). При этомъ если такое условіе было присоединено къ *negotia inter vivos*, то извлечь пользу изъ послѣднихъ могутъ еще наследники управомоченнаго, но изъ *negotia mortis causa* не можетъ быть и такого осуществленія сдѣлки (см. выше). И вотъ, въ случаяхъ наследованія и отказъ подъ такимъ условиемъ, римское право допускаетъ управомоченнаго тотчасъ къ пользованію правомъ, если только имъ будетъ доставлено обеспеченіе (въ формѣ поручительства или т. п.) въ томъ, что онъ не совершить данного дѣйствія, въ противномъ же случаѣ возвратить полученное изъ сдѣлки. Такое обеспеченіе носить название *cautio Muciana*<sup>7)</sup>.

Въ некоторыхъ случаяхъ условія, на самомъ дѣлѣ не выполнившихся, принимаются за выполнившихся. Въ наукѣ при-

хуже наше право или право?

<sup>1)</sup> L. 2, 3; L. 4 § 3 D. 18, 2; L. 29 D. 39, 6.

<sup>2)</sup> L. 99 § 1; L. 129 D. 45, 1.

<sup>3)</sup> L. 19 pr., L. 101 pr. D. 35, 1.

<sup>4)</sup> L. 41 pr. D. 18, 1.

<sup>5)</sup> L. 115 pr. § 1 D. 45, 1.

<sup>6)</sup> § 4 J. 3, 15; L. 73 D. 35, 1.

<sup>7)</sup> L. 7, L. 73 D. 35, 1.

нято это называть фікцієй выполненія условій<sup>1)</sup>). Но источники по поводу этихъ случаевъ чаще выражаются такъ, что сама правовая сдѣлка дѣйствительна, какъ бы условіе выполнилось (*ac si impleta conditio esset,—quasi impleta conditione*<sup>2</sup>). А это нѣчто иное, чѣмъ фікція выполнившагося условія, т. е. римскіе юристы исходятъ не изъ предположенія выполнившагося условія и слѣдовательно осуществленія извѣстныхъ правовыхъ послѣдствій, но прямо допускаютъ изъ особыхъ основаній такія послѣдствія, которыхъ правильнѣ были бы вызваны наступленіемъ условія<sup>3</sup>). При такомъ толкованіи условнаго акта приходится, конечно, выходить изъ воли сторонъ, опредѣлявшихъ актъ. И вотъ, определенныя основанія даютъ право предполагать, что волеизъявитель при условной сдѣлкѣ желаетъ наступленія определенныхъ правовыхъ послѣдствій своего волеизъявленія, хотя бы условіе и не наступило. Такое предположеніе можетъ имѣть мѣсто: *m.e. таини определенными основаніями*

*можутъ бывти:* 1) Когда условно обязанное лицо препятствуетъ выполнению условія. Это особенно ясно и часто могло выступать при условныхъ актахъ послѣдней воли<sup>4</sup>), напр., въ случаяхъ условныхъ вольноотпущеній по завѣщанію. Наслѣдникъ, препятствующій выполненню условія, становился въ противорѣчие съ волей завѣщателя, изъ чего можно предполагать, что завѣщатель въ виду этихъ обстоятельствъ желалъ бы наступленія правовыхъ послѣдствій вольноотпущеній, хотя условія ихъ и не выполнились<sup>5</sup>). Но для такого предположенія необходимо, чтобы обязанное лицо преднамѣренно (злонамѣренно, *dolo*, и т. п.) предприняло такія дѣйствія, которыхъ сдѣлали бы выполнение условія невозможнымъ, напр., наслѣдникъ препятствуетъ рабу выполнить условіе, отъ которого поставлено завѣщателемъ въ зависимость его вольноотпущеніе<sup>6</sup>) (отнимаетъ у него *peculium*, изъ которого онъ могъ бы уплатить условную сумму, заточаетъ его и тѣмъ лишаетъ возможности совершить условное дѣйствіе, напр., выполнить работу, и т. п.). Когда же выполненіе условія вполнѣ или отчасти зависитъ отъ личной дѣятельности обя-

<sup>1)</sup> Savigny, cit. § 119.

<sup>2)</sup> L. 161 D. 50, 17. L. 3 § 11; L. 28 D. 40, 7.

<sup>3)</sup> Scheurl cit. p. 160.

<sup>4)</sup> Jhering, Geist d. R. R. Bd. II, Abth. 1 § 32 и Abth. 2 § 39.

<sup>5)</sup> Tit. D. de statuliberis 40, 7; L. 161 D. 50, 17; L. 85 § 7 D. 45, 1. При договорахъ см. L. 50 D. 18, 1.

<sup>6)</sup> L. 3 § 3, 4; 7, 8, 11, 13, 16, 17; L. 4 § 4. L. 23 § 1; L. 34 § 1. L. 38 D. 40, 7; L. 3 § 9 D. 12, 4; L. 66, 110 D. 35, 1.

занного, то бездѣятельность его не можетъ служить основаниемъ фикції о выполненіи условія<sup>1)</sup>.

Многіе ученые (*Puchta Pand.* § 60 note g; *Wendt.* cit., p. 143—147) принимаютъ положеніе — «когда условно обязанное лицо препятствуетъ выполнению условія, то условіе признается выполненнымъ» — безъ всякихъ оговорокъ. Они опираются въ этомъ на выраженія источниковъ, какъ: *tunc deum pro impleta habetur conditio, quum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat* (L. 81 § 1 D. 35, 1. Так же L. 85 § 7 D. 35, 1). Но принятая положеніе въ такой общей формѣ, придется допустить выводы, явно противорѣчащіе намѣренію сторонъ. Такъ, если выполненіе условія будетъ зависѣть отъ дѣйствія обязанного лица, то несовершеніе имъ этого дѣйствія не даетъ права допускать наступленіе правовыхъ послѣдствій акта, какъ бы условіе исполнилось. Напр., А. обѣщаетъ Б. столько-то денегъ, если только онъ не поѣдетъ будущій годъ путешествовать. По данной формулы, путешествіе А. должно разсматриваться какъ обстоятельство, дающее основаніе установить его обязанность выплатить Б. обѣщанную сумму, тогда какъ настоящеѣе намѣреніе сторонъ было то, что А. обязанъ уплатить Б. въ томъ только случаѣ, если онъ не поѣдетъ путешествовать (*Wächter. Pand.* I, p. 381 п. 2). Поэтому уже съ Савини (cit. III, p. 141) въ наукѣ ограничиваютъ разными оговорками данную формулу тѣмъ, что препятствіе со стороны обязанного должно выражаться въ преднамѣренномъ дѣйствіи (*dolus*), дѣлающимъ выполненіе условія невозможнымъ (*Scheurl* cit., § 41, p. 163—165). За такое ограниченіе формулы и многія выраженія источниковъ, болѣе точно опредѣляющія смыслъ конкретныхъ случаевъ, какъ напр., L. 161 D. 50, 17: *jure civili receptum est, quoties per eum cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset... quum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret.* L. 24 D. 35, 1. Ср. L. 38 D. 40, 7; L. 110 D. 35, 1.

2) Когда для исполненія условія требуется содѣйстіе третьаго лица и это послѣднее отказываетъ въ своемъ участіи. Въ этихъ случаяхъ наступаютъ правовые послѣдствія акта, какъ бы условіе выполненіось<sup>2)</sup>. Такъ, если приобрѣтеніе права поставлено въ зависимость отъ брака приобрѣтающаго съ опредѣленной женщиной и со стороны первого будуть сдѣланы попытки выполнить условіе, но онъ получить отказъ, то право считается приобрѣтымъ за нимъ<sup>3)</sup>). Другой примѣръ: условіемъ выставлено усыновленіе приобрѣтающаго со стороны опредѣлен-

<sup>1)</sup> *Wächter. Pand.* I, p. 381 п. 2.

<sup>2)</sup> Примѣры: L. 3 D. 28, 7; L. 112 § 1 D. 35, 1; L. 20 § 3 D. 40, 7; — L. 101 pr. 35, I.—L. 84 D. 35, 1; L. 30 § 5 D. 33 (3).—L. 101 § 4 D. 35, 1 L. 13 D. 33, 1—L. 23 § 2 D. 9, 2; D. 8 § 7 D. 28, 7; L. 54 § 2; D. 30 (1). И др.

<sup>3)</sup> L. 23 D. 28, 7; L. 31 D. 35, 1; L. 1 C. 6, 45.

ee

наго лица и этотъ послѣдній отказывается усыновлять, то право считается приобрѣтенымъ<sup>1)</sup>). Основаніе — въ предполагаемой волѣ опредѣлившаго условный актъ, а именно допустить правовыя послѣдствія этого акта, буде условно управомоченныи сдѣлаетъ отъ него зависящее для исполненія желанія своего контрагента, но причиной неудачи будетъ воля третьаго лица. Поэтому, если по смыслу акта та или другая его дѣйствительность обусловливается непремѣнно фактъмъ наступленія данного обстоятельства, напр., женитьбой условно управомоченаго на данной особѣ, то данному положенію нѣть мѣста<sup>2)</sup>.

Нѣкоторые ученые по Савини (cit. 3, § 119) ограничиваютъ приведенное правило такъ: условіе считается выполненнымъ, если лицо, въ интересѣ котораго разсчитано выполненіе условія (*si decem dederis*), добровольно отъ этого отказывается (*Puchta Pand. § 60; Arndts Pand. § 69* и др.). Но источники выражаются слишкомъ обще, чтобы условіе о содѣйствіи третьихъ лицъ ограничивать въ данномъ положеніи случаями ихъ интереса. Такъ, напр., L. 5 § 5 D. 36, 2: *Item si qua conditio sit, quae per legatarium non stat quo minus impleatur, sed aut per heredem, aut per ejus personam, in cuius persona jussus est parere conditioni dies legati cedit; quoniam pro impleta habetur.* (См. *Windscheid. Pand. § 92*, п. 6; *Wendt* cit. p. 147—149).

3) Наконецъ, специально при отпущеніи раба на волю по завѣщанію (все равно въ какой формѣ), но подъ условіемъ, исполненіе котораго будетъ со стороны самого раба вполнѣ подготовлено и только внѣшняя причина препятствуетъ этому исполненію, въ такихъ случаяхъ воля завѣщателя основательно (*ex favore libertatis*) можетъ быть истолкована въ смыслѣ наступившаго условія<sup>3)</sup>), т. е. что завѣщатель желалъ свободы раба при подобныхъ препятствіяхъ къ выполненію условія. Такъ напр., отпущеніе раба на волю обусловливается уплатой рабомъ определенному лицу извѣстной суммы денегъ. У раба эти деньги готовы, но онъ не успѣваетъ вручить ихъ за смертью этого лица<sup>4)</sup>). Въ подобныхъ случаяхъ, несмотря на невыполненіе условія, можно предполагать, что завѣщатель тѣмъ не менѣе желалъ рабу свободы.

*Вліяніе осуществляющагося условія.* — Наступленіе условія (*conditio existit, impleta, expleta*) для настоящаго и будущаго

<sup>1)</sup> L. 11 D. 28, 7.

<sup>2)</sup> *Wächter. Pand. I* p. 381 п. 1.

<sup>3)</sup> L. 20 § 3, 4; L. 19; L. 3 pr. § 8, 10, 11; L. 4 § 2, 5; L. 5 pr.; L. 28 D. 40, 7; L. 55 pr. § 1, 2. D. 40, 4; L. 94 pr. § 1 D. 35, 1; *Ulpian. 2* § 6.

<sup>4)</sup> L. 39 § 4 D. 40, 7.

условного акта оказываетъ то вліяніе, что при супензивно условномъ актѣ съ этого момента наступаетъ его дѣйствительность, съ этого момента условно выговоренное считается приобрѣтымъ безусловнымъ правомъ<sup>1)</sup> (*dies cessit*) и по нему можно тотчасъ требовать выполненія (*dies venit*), при резолютивно-условномъ актѣ, съ момента наступленія условія, правоотношеніе прекращается, какъ бы правоотношенія вовсе не было установлено<sup>2)</sup>.

Спрашивается теперь: какое вліяніе оказываетъ наступленіе условія на предшествующее состояніе акта въ промежуткѣ между его заключеніемъ и выполненіемъ условія? По самому распространенному до сихъ поръ возврѣнію, общимъ правиломъ выполнившееся условіе имѣть обратную силу, *conditio impleta retrotrahitur ad initium negotii*<sup>3)</sup>. Источники римскаго права не даютъ принципіального решения вопроса, а въ отдельныхъ постановленіяхъ онъ разрѣшается далеко не одинаково. Въ однихъ случаяхъ несомнѣнно признается обратное дѣйствіе выполнившагося условія, въ другихъ — не признается такого дѣйствія. Общее правило господствующаго возврѣнія обосновывается предполагаемымъ содержаніемъ воли лицъ, совершившихъ условный актъ.

Такъ, въ супензивно-условныхъ актахъ предполагается изъ самаго смысла условного выраженія воли, что выразившій послѣднюю желаетъ установленія правоотношенія по наступленіи условія въ самый моментъ совершеннія акта<sup>4)</sup>. Только потому, что онъ сомнѣвается въ наступленіи когда либо условія, онъ не желаетъ, чтобы теперь уже при совершенніи акта установилось правоотношеніе. Выполненіе условія не рождаетъ акта, но только устраниетъ неизвѣстность, сомнительность, которой онъ окружены въ самый моментъ его совершеннія. Такимъ образомъ, право, по наступленіи условія, считается приобрѣтымъ съ момента совершеннія акта<sup>5)</sup>. Поэтому долгъ, установ-

*Обрати  
дѣйствіе  
условія*

*NB*

<sup>1)</sup> L. 26 D. 287.. conditione expleta pro eo est, quasi ei hereditas vel legatum relictum sit.

<sup>2)</sup> Pura conventio, quae resolvitur sub conditione: L. 3 D. 18, I; L. 2 D. 18, 2; L. 1 D. 18, 3; L. 4 C. 4, 54.

<sup>3)</sup> Savigny cit. p. 150 и слѣд.

<sup>4)</sup> Намѣреніе лица, совершающаго актъ подъ супензивнымъ условиемъ, можно выразить въ такой формулѣ: я желаю теперь же (продать, и т. п.) стъ тѣмъ, чтобы мое желаніе осуществилось тогдѣ, когда (*Scheurl* cit. p. 193). 19

<sup>5)</sup> Римскіе источники высказываютъ нерѣдко въ смыслѣ этого положенія, хотя полнаго согласія въ нихъ искать нельзѧ. Такъ, см., напр., L. 8 pr.

ленный подъ условиемъ и уплаченный *pendente conditione*, съ наступлениемъ условія считается погашеннымъ въ прошедшемъ, уплата эта не даетъ уже права на *condictio indebiti*<sup>1</sup>). Это — правило, которое допускаетъ само собою понятныя изъятія<sup>2</sup>). Такъ, правило обѣ обратной силѣ наступившаго условія выводится изъ предполагаемой воли совершающихъ актъ, а потому противное опредѣленіе сторонъ отмѣняетъ правило<sup>3</sup>). Далѣе, чтобы право могло быть приобрѣтено въ данный моментъ, требуется наличность всѣхъ требованій для приобрѣтенія права; будеть недоставать одного изъ нихъ въ моментъ совершеннія акта, то наступленіе условія не въ состояніи создать заднимъ числомъ несуществующій фактъ<sup>4</sup>); напр., обѣ установлениіи права собственности въ моментъ соглашенія можно говорить лишь въ томъ случаѣ, когда за соглашеніемъ совершена была и передача, *traditio*. Но съ другой стороны, римское право опредѣляетъ дѣйствительность условнаго волеизъявленія и по наличности ея требованій въ моментъ осуществленія условія<sup>5</sup>). Наконецъ, всѣ такія измѣненія въ отношеніяхъ, которыхъ безъ вины сторонъ наступаютъ въ промежуточное время до наступленія условія и препятствуютъ, по объективнымъ основаніямъ, существованію правоотношенія, конечно, препятствуютъ обратной силѣ исполнившагося условія<sup>6</sup>), напр., предметъ соглашенія *pendente conditione* уничтожится случайно. Но съ другой стороны, въ силу обратнаго дѣйствія всѣ отчужденія и обремененія новыми правами, сдѣланныя по предмету условной сдѣлки до момента выполненія условія, съ этого момента обезсиливаются<sup>7</sup>). Что касается прибыли, напр., плодовъ, полученной отъ вещи до наступленія условія, то по общему правилу она

D. 18, 6; L. 9 § 1; L. 11 § 1, D. 20, 4; L. 16 D. 46, 3; L. 8 D. 12, 1; L. 78 pr. D. 45, 4; L. 40 D. 45, 3; L. 72 D. 46, 1 (ср. *Scheurl* cit. p. 204—209). Но ср. L. 16 § 7 D. 20, 1; L. 4 D. 20, 3; L. 9 § 1; L. 11 pr. § 2 D. 20, 4; L. 7 § 3; L. 9 D. 23, 3; L. 2 D. 39, 6. При условныхъ легатахъ обратное дѣйствіе положительно не допускается: L. 28 D. 20, 1; L. 14 D. 36, 2; L. 2 § 3 D. 37, 6; L. 40 D. 45, 3; L. 18 D. 50, 17; L. 5 C. 6, 46.

<sup>1</sup>) L. 16 D. 46, 3.—Другіе частные выводы см. у *Scheurl* cit. § 51 и слѣд.

<sup>2</sup>) *Wächter. Pandekten* I. § 78.

<sup>3</sup>) Ср. *Unger. Oesterr. Privat.* 2. p. 75 и п. 71.

<sup>4</sup>) См. L. 16 § 7 D. 20, 1; L. 7 § 3; L. 9 D. 23, 3; L. 8 D. 12, 1; L. 2 § 5 D. 39, 5.

<sup>5</sup>) L. 14 pr.; L. 31 pr. D. 46, 2; L. 8 pr. D. 18, 6; L. 3, 4 D. 34, 7; L. 41 § 2 D. 30; L. 31, 98 pr. D. 45, 1.

<sup>6</sup>) L. 8 pr. in f. D. 18, 6.—L. 2 § 1 D. 18, 2.—L. 14 pr. D. 46, 2.

<sup>7</sup>) L. 11 § 1 D. 8, 6; L. 105 D. 35, 1; L. 3 § 3 C. 6, 43.

не подлежитъ выдачѣ управомоченному. По самому смыслу супензивной условности, обратное дѣйствіе можетъ касаться лишь существованія (*dies cedit*) права, а не его осуществленія (*dies venit*).

Обратное дѣйствіе теперь признается (см. *Windscheid*. Pand. § 91 п. 1) только для существованія правоотношенія, а не его осуществленія (*quo ad exercitium*). Прежние ученые не дѣлали этого различія (см., напр., *Glück Erläut.* 50, p. 50; *Savigny* cit. 120) и поэтому допускали, напр., право требовать по выполненіи супензивного условія плоды за все предыдущее время, собранные должникомъ. Теперь несомнѣнно признано (*Vangerow*. Pand. ed. 7, § 97, p. 143, 144), что право на плоды получается лишь при этомъ уговорѣ о нихъ (L. 40 D. 12, 1. L. 64, 126 pr. D. 45, 1. Для случаевъ установления легатовъ подъ условіемъ источники категорично высказывались за это начали: L. 15, § 6; L. 24, § 1; L. 88, § 3 D. 35, 2; L. 18 pr.; L. 33; L. 57 pr. D. 36, 1), или если до наступленія условія будетъ выполнено соглашеніе, напр., переданъ предметъ этого соглашенія, то полученные изъ этого плоды остаются за управомоченнымъ и послѣ наступленія условія (см. *Scheurl* cit. p. 213).

При резолютивно-условныхъ актахъ наступленіе условія равнымъ образомъ уничтожаетъ послѣдствія акта въ прошедшемъ. Воля совершившаго актъ подъ резолютивнымъ условіемъ можетъ истолковываться только въ томъ смыслѣ, что съ наступленіемъ условія желали уничтожить правовое дѣйствіе акта такъ, какъ бы его вовсе не существовало, т. е. съ момента его совершеннія<sup>1)</sup>, *resolutio ex tunc*<sup>2)</sup>. Появленіе условія прекращаетъ только сомнительность, но не рождаетъ новаго юридического положенія. Конечно, и тутъ стороны могутъ опредѣлить иначе влияніе наступившаго условія<sup>3)</sup>. Какъ общее же правило принимается обратное дѣйствіе выполнившагося условія<sup>4)</sup>, хотя въ источникахъ мы и не находимъ прямого подтвержденія этого начала. Отсюда вытекаютъ такие выводы. Если ни одна изъ сторонъ не дала хода соглашенію, заключенному подъ резолютивнымъ условіемъ, то по наступленіи послѣдняго нельзя требовать какого либо исполненія соглашенія. Затѣмъ лицо, теряющее чрезъ выполненіе условія, обязывается

<sup>1)</sup> *Windscheid* Pand. 1 § 91.

<sup>2)</sup> Намѣреніе лица, совершающаго актъ подъ резолютивнымъ условіемъ, можетъ быть выражено въ такой формулѣ: я желаю, если не осуществится известное обстоятельство, или иначе: я не желаю, если это обстоятельство осуществится. *Unger*. Oester. Privatr. 2, p. 77.

<sup>3)</sup> См. *Scheurl*. cit. § 66.

<sup>4)</sup> *Ibid.*, p. 238.

личнымъ образомъ возстановить противную сторону въ то со-  
стояніе, въ которомъ она бы находилась, если бы для нея не  
наступило никогда правовыхъ послѣствій, теперь отмѣненныхъ.  
Такъ, она можетъ требовать возвращенія данаго по соглаше-  
нію въ томъ же видѣ<sup>1)</sup>, возмѣщенія всякой прибыли (напр.,  
плоды), полученной въ промежуточное время<sup>2)</sup>, если только  
стороны не постановили противнаго. Кромѣ такого *обязатель-  
ственаго послѣствія обратнаго дѣйствія*, многіе ученые<sup>3)</sup> при-  
знаютъ еще *вещнага, прямага послѣствія*, т. е. право собствен-  
ности считается съ наступленіемъ условія какъ бы никогда не  
отходившимъ отъ даннаго лица; всѣ распоряженія вещью со  
стороны пріобрѣвшаго ее подъ резолютивнымъ условіемъ, если  
эти распоряженія идутъ въ ущербъ противной стороны, съ мо-  
мента наступленія условія сами собой обезсиливаются<sup>4)</sup>. Впрочемъ,  
послѣдній выводъ изъ обратнаго дѣйствія весьма споренъ<sup>5)</sup>.

Вопросъ объ обратномъ дѣйствіи выполнившагося условія въ наукѣ  
крайне споренъ. Самый полный сводъ всевозможныхъ воззрѣній см. у *Adic-  
kes* cit., p. 91—122. Но до сихъ порь господствующее въ учебникахъ воз-  
зрѣніе есть вышеизложенное (см., напр., *Savigny* cit., § 120. *Puchta*. In-  
stit. § 204. *Unger*. System d. österr. allgem. Privatr. B. 2, p. 71—76;  
*Wächter*. Pand. I, § 78 и др.). Исходное основаніе этому воззрѣнію, какъ  
сказано, предполагаемое намѣреніе лица, совершающаго актъ подъ условіемъ.  
Какъ для актовъ супензивно-условныхъ, такъ и для резолютивно-условныхъ  
предполагается, что устанавливающій ихъ желаетъ такъ или иначе опредѣ-  
лить ихъ бытъ въ самый моментъ ихъ совершеннія, если только въ будущемъ  
проявится (не проявится) такое-то обстоятельство (*Scheurl* cit. p. 193,  
194). Выхода изъ толкованія той же воли, Виндшейль (*Wirk. d. erf. Beding.*  
и *Pandekt.* I, § 91) не допускаетъ обратнаго дѣйствія для выполнившагося  
супензивного условія (см. его опроверженіе источниковъ, приводимыхъ за гос-  
подствующее мнѣніе *Wirk.* p. 13—23), оставляетъ ретракцію только за резо-  
лютивными условіями. Въ супензивномъ условіи Виндшейль видѣтъ срокъ, съ  
которого устанавливающій актъ желаетъ наступленія его бытія (*тогда,  
когда*). Но дѣлать различіе между супензивными и резолютивными условіями  
едва ли основательно: въ обоихъ случаяхъ ставится подъ сомнѣніе существова-

<sup>1)</sup> L. 6 § 1 D. 18, 1; L. 4 pr. D. 18, 3.

<sup>2)</sup> *Fragm. Vatic.* § 14; L. 4 § 4; L. 6 pr.; L. 16 D. 18, 2; L. 4 pr.;—L. 5  
D. 18, 3; L. 38 § 2, 3. D. 22, 1; L. 11 § 10. D. 43, 24.

<sup>3)</sup> Напр., *Savigny*. cit. p. 15, *Wächter* Pand. I, p. 387, 388.

<sup>4)</sup> См. приводимыя доказательства: L. 41 pr. D. 6, 1; L. 4 § 3 D. 18, 2;  
L. 3 D. 20, 6.

<sup>5)</sup> Не признаетъ такого послѣствія, напр., *Windscheid*. Pand. I p. 253 и  
п. 3. См. *Scheurl*, cit. §§ 68, 69.

ваніє тепер выраженої волі, тепер определенного правоотношения, а следовательно одинаково при всѣхъ условіяхъ къ будущему относится лишь разрешение сомній о теперешнемъ существованіи или несуществованіи акта (*Unger. System II, § 82; Brinz. Pand.*, p. 1446 и слѣд.).

Другіе ученые (*Vangerow. Pandekten 7 ed.*, § 95. Впрочемъ, Вангеровъ мнѣялъ не сколько разъ свои воззрѣнія) дѣлаютъ по данному вопросу различие между вещными и обязательственными правами. Для первыхъ по общему праву ими не допускается ретракція выполнившагося условія, для вторыхъ — допускается. Это мнѣніе можно признать вѣрнымъ настолько, насколько условнымъ актомъ устанавливается лишь право требовать вещь въ собственность, въ вещное пользованіе и т. п. Въ этихъ случаяхъ не можетъ быть обратного дѣйствія исполнившагося условія для установления вещного права, такъ какъ въ моментъ совершеннія акта не было необходимыхъ требованій, при наличии которыхъ только и устанавливается вещное право. Если же эти требования были на лицо, напр., при самомъ соглашеніи вещь передана, то ничего не препятствуетъ обратному дѣйствію наступившаго условія для установления вещного права. Наконецъ, это воззрѣніе относится лишь къ супензивнымъ условіямъ.

Другіе писатели (см. у *Windscheid. Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851, p. 4, Апп. 4*) вовсе отвергаютъ обратное дѣйствіе выполнившагося условія, выставляя положеніе *omni conditioni inest dies*. Противъ этого воззрѣнія можно только повторить высказанное въ текстѣ.

*Ненаступленіе условія* (*conditio deficit, conditio defecta*). Когда наступаетъ увѣренность, что условіе не наступитъ, то говорится *conditio deficit*. Для *conditio affirmativa* это бываетъ тогда, когда рѣшительно извѣстно, что условное положительное обстоятельство не наступитъ, а для *conditio negativa* — когда условное отрицательное обстоятельство на самомъ дѣлѣ проявилось. Если *defecta* будетъ супензивное условіе, то правовая сдѣлка должна разсматриваться какъ бы вовсе не заключенной<sup>1)</sup>). Если *defecta* будетъ условіе резолютивное, то въ установленномъ уже правоотношениі ничего не измѣняется, но только прекращается на будущее время сомнительность въ его существованіи, въ возможности прекратить его существованіе<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 8 pr. D. 18, 6: *quodsi defecerit conditio, nulla est emtio sicuti nec stipulatio.* L. 37 D. 18, 1; L. 19 D. 18, 4; cp. § 1 J. 3, 23.

<sup>2)</sup> L. 15 pr. D. 18, 2.

## II Срокъ (dies).

*Пособія:* Savigny. System III p. 204 — 226; Lenz. Zur Lehre vom dies. Tübingen 1858; v. Scheurl. Zur Lehre v. d Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, p. 22—69.

Подъ dies (срокомъ) въ тѣсномъ смыслѣ слова разумѣется такое добавленіе при волеизъявленіи въ юридическомъ актѣ, каковымъ добавленіемъ желаемое правовое дѣйствіе акта отнесено къ опредѣленному моменту времени<sup>1)</sup>). Но подъ этимъ терминомъ разумѣется и самый этотъ пунктъ времени<sup>2)</sup>). Цѣль опредѣленія срока можетъ заключаться или въ томъ, чтобы извѣстное отношеніе начало свое бытье съ опредѣленного пункта времени (т. наз. срокъ начальный, отлагательный, *dies a quo*, ex quo terminus, a quo<sup>3)</sup>), напр., А. нанимаетъ домъ отъ будущаго первого марта, — или чтобы оно прекратилось съ этого момента времени (конечный, отмѣнительный срокъ, *dies ad quem*, terminus ad quem<sup>4)</sup>), напр., А. нанимаетъ до будущаго первого марта.

Характерные признаки срока. Назначеніе срока должно быть актомъ свободной воли совершающихъ сдѣлку. Если дѣйствительность ея отнесена къ опредѣленному пункту времени самимъ закономъ, то къ этимъ случаямъ не примѣняются начала diei<sup>5)</sup>), подобно какъ при conditiones juris не примѣняются начала условій. Далѣе, всякое опредѣленіе срокомъ, какъ и опредѣленіе условіемъ можетъ относиться только къ будущему<sup>6)</sup>). Но въ отличіе отъ условія, наступленіе срока всегда несомнѣнно, поэтому и вліяніе его на юридический актъ совершенно иное.

Признакъ несомнѣнного наступленія срока даетъ поводъ отождествлять его съ *conditio necessaria*. Но правовыя послѣдствія того и другого различны. При условіяхъ намѣреніе установителя заключается въ томъ, чтобы поставить правовыя послѣдствія акта въ зависимость отъ извѣстнаго предположе-

<sup>1)</sup> Windscheid. Pand. I § 96.

<sup>2)</sup> Lenz. cit. p. 8.

<sup>3)</sup> Выраженіе источниковъ: ex die, in diem. L. 44 § 1; L. 22. D. 44, 7. L. 213 D. 50, 16; L. 22 D. 28, 7; L. 56 D. 12, 6; L. 34 D. 28, 5; L. 3, 15, 46 pr. D. 45, 1. § 2 J. 3, 15.

<sup>4)</sup> Ad diem, usque in diem. L. 56 § 4 D. 45, 1; L. 34 D. 28. 5; L. 44 § 1 D. 44, 7.

<sup>5)</sup> L. 18 § 1, 2 D. 40, 4.

<sup>6)</sup> Lenz cit. p. 8.

нія, выставленного въ качествѣ условия; почему negotium подъ условiemъ не-  
обходимымъ считается *совершеннymъ*, какъ п. rigum (см. выше). При назна-  
ченіи же срока, очевидно, имѣется намѣреніе установить для данныхъ пра-  
вовыхъ послѣдствій акта *обязательное выжиданіе определенного пункта време-  
ни*; L. 79 pr. D. 35, 1; «Heres meus, quum morietur Titius centum ei dato»  
rigum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur.

Прибавленіе срока не накладываетъ на право и правоотношеніе тѣни сомнительности, такъ какъ срокъ непремѣнно на-  
ступить<sup>1)</sup>). Поэтому при срокѣ право устанавливается немед-  
ленно какъ право безусловное, но только осуществлѣніе его и  
продолжительность правоотношенія становятся въ зависимость  
отъ наступленія известнаго момента времени. Такъ какъ dies  
a quo не оставляетъ сомнѣнія въ приобрѣтеніи права, а dies ad  
quem—въ прекращеніи правоотношенія, то цѣль уговора о срокѣ  
можетъ заключаться лишь въ томъ, чтобы опредѣлить время  
исполненія сдѣлки или продолжительность правоотношенія, его  
конецъ.

Если А. обѣщаетъ Б. 100 р. съ 1-го марта, то соглашеніе  
считается тотчасъ же установленвшимся безусловно, право на  
эту сумму считается приобрѣтеннымъ теперь же (dies cessit—  
statim debetur), но требовать выполненія его можно лишь съ  
наступленія срока (dies venit); искъ еще не рожденъ<sup>2)</sup>, не по-  
лучаетъ права управомоченный и на возраженіе изъ срочнаго  
требованія<sup>3)</sup>). Однако, по срочному требованію до наступленія  
можно, какъ и при супензивныхъ условіяхъ, принимать мѣры  
къ обеспеченію будущаго осуществлѣнія права, напр., чрезъ  
cautio, и т. п.<sup>4)</sup>.

Римское право говорить въ этихъ случаяхъ, что praesens obligatio, sed in  
diem dilata solutio (§ 2 I. 3, 15; L. 45; L. 46 pr. D. 45, 1.—L. 7 pr. D. 16,  
2; L. 9 D. 36, 2; L. 223 pr. D. 50, 16).—Поэтому большинство ученыхъ (см.,  
напр., Lenz. cit. p. 22—34; Unger. Oesterr. Privatr. 2, p. 89—91) дума-  
ютъ, что при dies a quo къ наступленію срока относится лишь осуществлѣніе,  
а не существование права. Но Виндшейдъ (Pandekt. I § 95 п. 5) относитъ и  
самое существование права къ наступленію срока, выходя при этомъ изъ  
предполагаемой воли устанавливающаго срочно какое либо право, а именно  
если А. говоритъ, что Б. долженъ стать собственникомъ съ такого-то числа,

<sup>1)</sup> См. по поводу dies a quo: Gajus 3, 124; L. 9 § 2 D. 7, 9; L. 1 § 1 D. 35, 1; L. 73 § 4 D. 35, 2.

<sup>2)</sup> § 2 I. 3, 15. См. послѣдствія несвоевременнаго предъявленія иска:  
L. 1 C. 3, 10. § 10 J. 4, 13.

<sup>3)</sup> L. 7 pr. D. 16, 2.

<sup>4)</sup> L. 41 D. 5, 1;—Gaj IV § 44; L. 40 D. 9, 2.

то этимъ онъ явно выражаетъ свое нежеланіе, чтобы Б. сдѣлался бы тотчасъ собственникомъ. Но вѣрѣ будетъ опредѣлить волю А. согласно несомнѣнности, при заключеніи сдѣлки, о наступленіи срока. А., приступая при этихъ данныхыхъ къ заключенію сдѣлки, можетъ имѣть въ виду отнести лишь ея исполненіе къ будущему. Такъ смотрятъ и наши источники говоря: *Id autem quod in diem stipulamus, statim quidem debetur, sed peti, prius quam dies veniat, non potest, § 2 J. 3, 15 ср:.... purum legatum est L. 79 pr. D. 35, 1.* Этотъ взглядъ подтверждается приведенными отдѣльными выводами (о другихъ см. ниже). Да и въ общемъ было бы весьма странно отрицать за заемодавцемъ, давшимъ въ займы на 10 лѣтъ, существованіе имущественного права съ момента совершеннія договора. Но, конечно, чтобы отнести существованіе опредѣленного права къ моменту установления акта необходимо, чтобы въ этомъ моментѣ совпали всѣ реквизиты данного права, напр., для существованія права собственности (не права на собственность) необходима *traditio*, то же и для сервитутовъ, и т. д. Если поэтому этихъ реквизитовъ установленія данного права не будетъ на лицо при совершенніи акта *in diem*, то упра-вомоченный получаетъ лишь право на установление себѣ даннаго права по наступленіи срока L. 1 § 2 D. 7, 4; L. 9 § 2 D. 7, 9; L. 72 § 5 D. 35, 1 (*Scheurl cit. p. 32, 33. p. 48—40*).

Далѣе, если будетъ уплачено, хотя бы по заблужденію, обѣщанное *ex die* до наступленія срока, то востребовать назадъ уже нельзя, такъ какъ погашенъ былъ установившійся долгъ<sup>1)</sup>). Кромѣ того, срочное право, какъ уже существующее, переходитъ по преемственности<sup>2)</sup>). Залогъ, обеспечивающій срочный долгъ, рождаетъ *actio hypothecaria*<sup>3)</sup>). Срочное право подлежитъ обновленію (*novatio*)<sup>4)</sup>. Dies ad quem не оставляетъ сомнѣнія въ прекращеніи настоящаго правоотношенія<sup>5)</sup>), а потому и права на возвращеніе, напр., переданного въ собственность до опредѣленного срока съ наступленіемъ этого срока, уже теперь установлены твердо и безусловно, равно какъ и обязательства противной стороны<sup>6)</sup>). Прекращается правоотношеніе лишь на будущее время (*ex nunc*).

Вопросъ, насколько наступленіе срока *ad quem* имѣть обратную силу, долженъ разрешаться безспорно. Дѣйствительно, въ наукѣ отвергаютъ такое дѣйствие (*Lenz cit. p. 51—54; Windscheid Pand. I § 96 п. 6*) наступив-

<sup>1)</sup> L. 37 § 2 D. 45, 1; L. 70 D. 46, 3 ср. L. 10; L. 16 § 1; L. 17 D. 12 6; arg. L. 173 § 3 D. 50, 17.—Но навязана уплата до срока не можетъ быть L. 1 § 3 D. 18, 6.

<sup>2)</sup> L. 5 pr. § 1, 7; L. 14 § 3 D. 36, 2; L. 18 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> L. 14 pr. D. 20, 1 ср. L. 13 § 5 D. eod.

<sup>4)</sup> L. 5 D. 46, 2.

<sup>5)</sup> L. 26 C. 6, 37; L. 2 C. 8, 55.

<sup>6)</sup> См. *Scheurl cit. p. 66—69*.

шаго конечного срока. — Отождествляющее сопоставление *dies ad quem* съ резолютивнымъ условиемъ будетъ неправильно. Наступлениe резолютивнаго условия есть проявление того предположенія, при которомъ совершающій актъ не желаетъ вовсе проявлять въ немъ своей воли (я не хочу теперь же, если будеть то-то); тогда какъ, ставя конечный срокъ, совершающій актъ желаетъ установить правоотношеніе до впередъ определенного момента времени (я не хочу, когда наступитъ такое-то число, событие. См. *Unger. Oesterr. Privatr.* 2, p. 94, 95 и п. 16).

*Определение срока.* Срокъ можетъ быть определенъ или непосредственно по календарю, указаніемъ на такой-то моментъ времени<sup>1)</sup>, или такимъ-то пространствомъ времени отъ известнаго события<sup>2)</sup>, напр., завѣщательное распоряженіе: «годъ послѣ моей смерти». Кромѣ того, срокъ можетъ быть определенъ посредственно, появленіемъ какого либо будущаго обстоятельства, напр., «когда умретъ (cum morietur) такое-то лицо»<sup>3)</sup>. Въ тѣхъ случаяхъ, когда при совершенніи акта дѣлается указаніе на будущее обстоятельство, отъ появленія котораго ставится въ зависимость известная правовая послѣдствія акта, то это указаніе можетъ имѣть значеніе определенія срока, если появленіе этого обстоятельства не подлежитъ сомнѣнію; въ другихъ же случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ условиемъ. Поэтому, когда срокъ опредѣляется будущимъ обстоятельствомъ, то подымается вопросъ: появится ли оно несомнѣнно или появленіе его подлежитъ сомнѣнію; это т. н. *quaestio an*, а затѣмъ: если оно появится, то когда появится, т. наз. *quaestio quando*.

Такимъ образомъ, при добавленіяхъ къ акту, ограничивающихъ его правовыя послѣдствія определеніями времени, могутъ представиться слѣдующія четыре комбинаціи.

1) *Dies certus an et quando*, когда самое наступленіе срока и время его наступленія точно известны. Это бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда срокъ опредѣляется указаніемъ на точный календарный моментъ времени (1 декабря 1882 года).

2) *Dies certus an, incertus quando*, когда наступленіе срока несомнѣнно, но неизвѣстно, когда оно наступить. Напр., А. обѣщаетъ Б. 100 р., когда умретъ В.

3) *Dies incertus an, certus quando*, когда неизвѣстно самое наступленіе срока, но если оно будеть, то это произойдетъ въ

<sup>1)</sup> Cp. L. 41 pr. § 2 D. 45, 1.

<sup>2)</sup> Cp. § 9 J. 2, 14.

<sup>3)</sup> L. 17 D. 12, 6; L. 18 § 1; L. 61 pr. D. 40, 4; L. 107 § 1 D. 30; L. 4 § 1 D. 36, 2; Gajus 2 § 282; 3 § 100.

известный моментъ времени. Напр., А. обещаетъ Б. 100 р., когда ему исполнится 40 лѣтъ.

*Dies incertus an et quando*, когда неизвестно ни наступление, ни время наступленія срока. Напр., А. обещаетъ Б. 100 р., когда у него родится сынъ.

Въ первыхъ двухъ случаяхъ по общему правилу имѣемъ дѣло со срокомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, котораго признакъ есть несомнѣнное наступленіе времени, хотя бы и нельзя было впередъ разсчитать послѣдняго, т. е. *dies certus an* будетъ срокомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Когда въ источникахъ употребляется одно слово *dies*, то они разумѣютъ подъ нимъ всегда *dies certus* со стороны вопроса *an* и противополагаютъ, какъ настоящій срокъ условію. См. § 2 J. 3, 15; L. 10 D. 12, 6; L. 44 pr. D. 44, 7; L. 41 § 1 D. 45, 1.

Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло по общему правилу съ условіями, т. к. при установлѣніи акта неизвестно наступить ли такое время, когда выполнится данное обстоятельство. Въ этихъ случаяхъ говорить о срокѣ, *dies*, въ общирномъ, нетехническомъ смыслѣ этого слова.

По мнѣнію некоторыхъ ученыхъ (напр. *Wächter*. Würtemberg. Privatr. § 97. Его же. Pandekt. I, p. 399), *dies certus* будетъ во всѣхъ случаяхъ чистымъ срокомъ, а *dies incertus* — всегда чистымъ условіемъ. Но большинство не признаетъ такой рѣзкой квалификаціи (см. *Savigny* cit. p. 208—210; *Lenz*. cit. p. 13, 22—27, 68—81). Чаще во второй и третьей комбинаціяхъ усматриваютъ соединеніе условія со срокомъ, какъ напр., при актахъ послѣдней воли опредѣленіе срока несомнѣннымъ событиемъ, напр., смертью опредѣленного лица, можетъ быть истолковано по намѣренію наследодателя въ смыслѣ установлѣнія условія, если назначенное лицо не доживетъ до данного события (*Dies incertus conditionem in testamento facit* L. 75, 79 § 1 D. 35, 1; L. 4 D. 36, 2; L. 104 § 6 D. 30 и др.). Далѣе, при установлѣніи легата съ момента совершеннолѣтія легатарія (L. 21 pr. D. 36, 2; L. 36 § 1 D. 35, 1; L. 49 § 2, 3 D. 30), послѣднее добавленіе можетъ имѣть значеніе условія, когда является неизвестность доживетъ ли данное лицо до совершеннолѣтія. Поэтому источники о такомъ опредѣленіи временемъ выражаются: *non solum conditionem sed et diem in se continet* (L. 22 pr. D. 36, 2). Но если опредѣленіе временемъ не имѣло въ виду ограниченіе самого права, т. е. не касается приобрѣтенія права, а только его осуществленія, относимаго къ опредѣленному пункту времени, то и *dies incertus an* имѣть значеніе чистаго срока, какъ напр., при назначеніи завѣщателемъ своему ребенку отказа, который онъ могъ востребовать по достижени извѣстнаго возраста. Тутъ понятно, воля наследодателя направлена на установлѣніе срока пользованія, а не приобрѣтенія права; почему и по смерти ребенка до указаннаго возраста ле-

т.е. когда на него не имел попутного права?

гать остается въ силѣ (L. 46 D. 36, 1; L. 26 § 2 D. 36, 2; L. 18 § 2 D. 34, 1; L. 5 C. 6, 53).

Какихъ либо внѣшнихъ признаковъ, различающихъ срокъ отъ условія, не имѣется, а поэтому должно распознавать всегда настоящее намѣреніе устанавливающаго актъ при добавочномъ опредѣленіи.

Римляне употребляли для обозначенія условія и срока различныхъ частицы; для первого *si*, а для второго *cum*. Но сами римскіе юристы признали крайнюю шаткость такого различенія (L. 45 § 3 D. 45, 1).

*Допустимость назначенія срока.* Не всѣ юридические акты допускаютъ прибавленіе срока. По общему правилу срокъ не допускался при всѣхъ тѣхъ актахъ, при которыхъ не допускалось и условіе<sup>1)</sup>, но въ иныхъ случаяхъ послѣднее допускалось, а первый нѣть. Такъ, назначеніе наследниковъ съ опредѣленіемъ какого либо срока не допускалось, тогда какъ *institutio sub conditione* допускалось<sup>2)</sup>. Если къ сдѣлкѣ, недопускающей срочнаго опредѣленія, тѣмъ не менѣе будетъ присоединенъ *dies*, то въ однихъ случаяхъ сама сдѣлка становилась недѣйствительной<sup>3)</sup>, а въ другихъ *dies* считался pro non scripto и сдѣлка разсматривалась какъ бы вовсе несрочной<sup>4)</sup>.

### III Предположеніе (modus).

*Источники:* Dig. XXXV, 1 de conditionibus et modis eorum, quae in testamento scribuntur. Cod. VI, 45 de his, quae sub modo legata vel fidei commissa relinquentur. Cod. VIII, 55 de donatiobus, quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur.

*Пособія:* Savigny. System III, p. 226; Windscheid. Die Lehre d. röm. Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf. 1850; Scheurl. z. Lehre v. d. Nebenbestimmung bei Rechtsgesch., p. 245—262.

Условіе и срокъ составляютъ предположенія (modus) юридического акта<sup>5)</sup>. Но въ другихъ случаяхъ предположеніе

<sup>1)</sup> L. 77 D. 50, 17.—L. 4 D. 8, 1.

<sup>2)</sup> § 9 I. 2, 14; L. 34; L. 88 D. 28, 5; L. 3 § 2 D. 28, 2; L. 3 § 10 D. 4, 4.

<sup>3)</sup> L. 5 D. 46, 4 и др.

<sup>4)</sup> L. 34 D. 1, 7; L. 12 pr. D. 43, 26 и др.

<sup>5)</sup> L. 44 § 3 D. 44, 7. См. также L. 4 § 1 D. 8, 1.

(modus) имѣть техническое значение<sup>1)</sup>). При безвозмездныхъ актахъ, направленныхъ на перенесеніе имущественныхъ выгодъ (dare), лицо, оказывающее liberalitas, можетъ возложить на принимающее лицо обязанность затратить полученное, или часть его, определеннымъ образомъ (на определенную цѣль) или вообще исполнить что либо (дѣлать или недѣлать) по поводу данной выгоды. Вотъ эта вложенная обязанность и носитъ название modus'a (предположеніе, цѣль) въ тѣсномъ смыслѣ слова. Напр.: ut monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret vel ex eo partem alii restitueret или ut alicui nubat. И т. д.<sup>2)</sup>.

Слово modus признано весьма труднымъ передать соотвѣтствующимъ словомъ на современныхъ языкахъ и тѣмъ болѣе на русскомъ. Въ немецкихъ учебникахъ его нерѣдко переводятъ словомъ цѣль (Zweck<sup>3</sup>). Но цѣлью сдѣлки sub modo будетъ намѣреніе передать имущество определенному лицу, а не сооруженіе, напр., изъ него памятника. По тѣмъ же соображеніямъ отвергаемъ мы и слово «назначеніе», употребленное официальными переводчиками остзейскихъ гражданскихъ законовъ. — Ничего не говорить и слово «вложение» (Auflage). Даѣте, предлагали и слово «затрата» (Verwendung), но т. к. оно слишкомъ общаго смысла, то и отъ него отказались. Теперь обыкновенно сохраняютъ латинское название modus (Savigny cit. p. 229, 230). Мы переводимъ его по Виндшейду (cit.) словомъ «предположеніе», выражающимъ сущность modus'a, хотя и не ограничивающимъ тѣсными рамками послѣдняго (см. ниже).

По мнѣнію Scheurl'я (cit. p. 246, 247, также Dernburg. Pand. I p. 262, 263) имущественная затрата составляетъ дѣйствительный признакъ modus'a только въ классической юриспруденціи; во времена же Юстиніана въ формѣ modus'a можно было возлагать и всякая другая обязанности. Но въ послѣднихъ случаяхъ нѣть тѣхъ признаковъ, изъ которыхъ выводятся особыя начала для сдѣлокъ sub modo (см. ниже), а поэтому должно признавать лишь вульгарный смыслъ слова modus въ примѣрахъ, приводимыхъ Шейрломъ.

Modus мыслить только при безвозмездныхъ сдѣлкахъ, какъ-то дареніи, предоставленіяхъ по послѣдней волѣ (назначеніе наследникомъ, легать, фидеикомиссъ<sup>4</sup>). Если что либо выговарено при negotia onerosa, то оно образуетъ только часть обратнаго дѣйствія и поэтому не составляетъ чего либо особеннаго, подпадающаго особымъ правовымъ началамъ.

<sup>1)</sup> Кромѣ tit. cit. см. L. 17 § 4 D. 35, 1.

<sup>2)</sup> L. 17 § 4; L. 92 D. 35, 1; L. 17 § 2 D. 40, 4.

<sup>3)</sup> Scheurl (cit p. 245) переводить словомъ Massgabe.

<sup>4)</sup> L. 17 § 4 D. 35, 1; L. 1 § 6 D. 3 (32 un); L. 9 C. 6, 42. Rubric. Cod. Greg. 13, 3 и Cod. I. 8, 55.

Въ прежнее время допускали *modus* и при *negotia onerosa* (напр., *Glück. Erläut.* 4, p. 461) и въ новое время некоторые ученые (*Adickes. Von d. Beding.*, p. 65, 66, 73, 74) не видятъ внутренняго основанія отвергать возможность добавочнаго уговора, напр., при куплѣ и мнѣ, которымъ уменьшалась бы цѣнность доставляемаго по этимъ договорамъ. Они полагаютъ, что въ наукѣ *modus* ограничивается безмвоздѣнными актами только потому, что римское право упоминаетъ обѣ немъ лишь по поводу этихъ актовъ. Но это едва ли справедливо. Если при продажѣ дома покупателя обязуютъ, напр., оставить пожизненно даннаго жильца, то это будетъ условіемъ договора и можетъ быть осуществлено искомъ изъ договора купли-продажи (*actio venditi*). Особеностей *modus*'а тутъ не будетъ (*Dernburg. Pand. I*, p. 262 п. 3).

Нѣкоторые ученые (напр., *Böcking, Institut.* § 115) ограничиваютъ примененіе *modus*'а только дареніями и легатами. Правда, нѣть прямого выраженія источниковъ обѣ *hereditis institutio sub modo*, но нельзя сомнѣваться, чтобы римляне не допускали такихъ назначеній рядомъ съ отказами *sub modo* (ср. *Scheurl cit. p. 248, 249*).

Правда, *modus* является уменьшеніемъ цѣнности самаго дара, но для понятія *modus*'а необходимо, чтобы обязанность, возлагаемая имъ, не была вознагражденіемъ за получаемую выгоду. *Modus* состоить въ самоограниченіи воли, выражающейся въ дареніи.

Въ чёмъ состоить вліяніе *modus*'а на правоотношеніе въ отличіе отъ вліянія условій и срока? Содержаніе *modi* одинаково можетъ быть достигнуто и условіемъ. Но *modus*, какъ вложеніе обязанности, не отлагаетъ приобрѣтенія права, какъ это дѣлаетъ условіе<sup>1)</sup>. Актъ, сопровождаемый *modus*'омъ, тотчасъ устанавливаетъ извѣстное правоотношеніе, тогда какъ условіе дѣлаетъ это установление сомнительнымъ, отлагаетъ его до наступленія будущаго неизвѣстнаго событія. Мало того, *modus* не препятствуетъ и самому осуществленію права, хотя и затрудняетъ его, а именно, не выполняя уговореннаго дѣйствія, лицо, приобрѣтающее выгоду *sub modo* (отказъ), можетъ пользоваться приобрѣтеннымъ правомъ, если доставить *cautio* въ выполненіи *modus*'а<sup>2)</sup>. Въ послѣднемъ состоить отличие *modus*'а отъ *dies*, который, не откладывая приобрѣтеніе права, всегда откладываетъ самое пользованіе имъ. Извъ этого основного различія *modus*'а отъ другихъ условій вытекаютъ и другіе отличительные его признаки, а именно:

<sup>1)</sup> *Savigny cit. p. 231.*

<sup>2)</sup> L. 40 § 5; L. 71 pr. § 1, 2; L. 80 D. 35, 1; L. 48 D. 40, 5; L. 19 D 30. Cp. *Adickes cit. p. 66.*

Условіе не принуждаєть къ выполненію уговоренаго дѣйствія, тогда какъ modus даетъ право на принужденіе. Даритель, а по его смерти наследники, имѣютъ право требовать, чтобы одаренный sub modo выполнилъ возложенную на него обязанность. Если modus не будетъ выполненъ, то даритель имѣеть право иска на выполнение modus'a (actione praescriptis verbis) или можетъ личнымъ искомъ (conditione causa data non secuta) требовать возвращеніе дара, или вознагражденія его стоимостью (въ случаѣ если вещь по винѣ одаренного погибла или испортилась<sup>1</sup>). При отказахъ (легатахъ и фидеикомисахъ) sub modo, наблюденіе за выполненіемъ послѣдняго предоставляетъся наследнику<sup>2</sup>). Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ, равно какъ въ случаѣ же назначенія наследникомъ sub modo, выполнение modus'a вынуждается самою властью<sup>3</sup>). Если будетъ нѣсколько наследниковъ, то каждый изъ нихъ имѣеть право требовать (actione familiae herciscundae) выполнение modus'a<sup>4</sup>). Если modus установленъ въ интересѣ третьихъ лицъ, то эти послѣднія имѣютъ право требовать и выполнение его. Здѣсь замѣчается изъятіе изъ того правила, что трети лица, не участвующія въ договорѣ, не могутъ требовать его выполненія<sup>5</sup>).

Далѣе, такъ какъ modus возлагаетъ на приобрѣтающаго изъ сдѣлки выгоду личную обязанность<sup>6</sup>) совершить то или другое дѣйствіе, то если modus будетъ состоять въ совершеніи невозможного или безнравственнаго дѣйствія, то исполненіе его необязательно<sup>7</sup>); оно разсматривается pro non scripto въ силу основного правила, что impossibilium и turpium non est obligatio. Если же выполнение modus'a невозможно только отчасти, то остается обязанность выполнить возможную часть<sup>8</sup>). Conditione же impossibilis vel turpis, какъ сказано выше, уничтожаетъ самый negotium inter vivos и только при negotia mortis causa pro non scripta habetur.

Такое различіе modus'a отъ условій дѣлаетъ весьма важ-

<sup>1)</sup> L. 2, 3, 6, 8 C. 4, 6; L. 9, § 2 C. 8, 53; L. 10 C. 8, 56.

<sup>2)</sup> L. 21 § 3 D. 33, 1; L. 17 D. 33, 2; L. 25 C. 6, 37.

<sup>3)</sup> L. 50 § 1 D. 5, 3.

<sup>4)</sup> L. 92 D. 35, 1; L. 44 D. 40, 4. — L. 7 D. 33, 1; L. 50 § 1 D. 5, 3; L. 8 § 6 D. 28, 7; L. 1 § 3 D. 27, 2.

<sup>5)</sup> L. 3 C. 8, 54.

<sup>6)</sup> L. 9 C. 8, 54.

<sup>7)</sup> L. 7 D. 33, 1; L. 113 § 5 D. 1 (30 un.); L. 16 D. 33, 2; L. 8 §§ 6, 7 D. 28, 7; L. 1 C. 6, 45; L. 8 C. 4, 6.

<sup>8)</sup> L. 6 pr. L. 27; L. 37 D. 35, 1; L. 16 D. 33, 2.

нымъ распознаваніе въ каждомъ частномъ случаѣ: будетъ ли добавочный уговоръ условіе или modus. То и другое выражается одними и тѣми же словами. Если представляется сомнѣніе въ смыслѣ фразы, то слѣдуетъ толковать ее по намѣренію стороны, разсмотрѣвъ всѣ обстоятельства дѣла<sup>1)</sup>.

Нѣкоторые римскіе юристы пытались различить условіе и modus, употребляя для первого частицу si, а для втораго ut (L. 80 D. 35, 1). Но обыденное употребленіе этихъ частичекъ могло возбуждать въ каждомъ случаѣ сомнѣніе: имѣемъ ли дѣло съ условіемъ или modusомъ. Въ источникахъ же нерѣдко употребляется слово «conditio» тамъ, где дѣло идетъ о modus (L. 71 § 1, D. 35, 1; L. 2 § 7 D. 39, 5; L. 44 D. 40, 4).

Если нельзя распознать воли сторонъ, то принимается prae sumptio modi, какъ менѣшее ограниченіе акта<sup>2)</sup>, какъ поддерживавшее правовую дѣйствительность акта<sup>3)</sup>.

Но съ modusомъ не слѣдуетъ смѣшивать такихъ заявлений дарителя, которыми онъ не желаетъ собственно возложить обязанность на одаряемаго, а выражаетъ только простое свое пожеланіе или совѣтъ, или поворъ къ даренію, не имѣющіе въ своихъ результатахъ для него никакого интереса, какъ, напр., А. дарить Б. 100 р., прибавивъ, чтобы Б. купилъ себѣ на эти деньги какую нибудь вещицу. Подобныя заявленія не обязательны для одаряемаго<sup>4)</sup>.

Отъ modus'a существенно отличаются такие уговоры при волеизъявленіи, которыми существование правоотношенія становится въ зависимости отъ наличности извѣстныхъ обстоятельствъ или достиженія опредѣленной цѣли; въ случаѣ же измѣненія этихъ обстоятельствъ или недостиженія данной цѣли, одна изъ сторонъ имѣть право искомъ или возраженіемъ о неправильномъ обогащеніи уничтожить установленвшееся правоотношеніе. Эти оговорки часто называются также предположеніями<sup>5)</sup>. Ихъ слѣдуетъ отличать и отъ условій, и отъ modus'a; отъ первыхъ тѣмъ, что при этихъ оговоркахъ актъ не только устанавливаетъ правоотношеніе, но и подлежитъ выполненію, не оставляя сомнѣнія въ его дѣйствительности и приобрѣтеніи права; только сторонамъ предоставлено право въ извѣстныхъ

<sup>1)</sup> L. 44 D. 40, 4.

<sup>2)</sup> L. 9 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> См. Pfeiffer. Praktische Ausf黨rungen Bd. 1 Abth. 4. Von dem wesentlichen Unterschiede u. den Kennzeichen des modus u. der conditio p. 30.

<sup>4)</sup> L. 13 § 2 D. 24, 1; L. 71 pr. D. 35, 1; L. 2 § 7 D. 39, 5.

<sup>5)</sup> См. Windscheid cit. и критику Adickes cit. § 7.

случаахъ прекращать правоотношение. Отъ modus'a данных предположений отличаются тѣмъ, что не возлагаются никакой обязанности выполнять ихъ.

Сюда относятся, напр., такие случаи:

Отецъ дарить дочери землю съ оговоркой, чтобы она удовлетворила кредиторовъ, иначе дареніе должно быть уничтожено.

А. дѣлаеть уплату Б. съ оговоркой, что въ случаѣ принципіалъ не дастъ ratihabitionem этой уплаты, то ее можно вытребовать назадъ, и т. п. <sup>1)</sup>).

### Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.

*Источники:* Dig. 34,5 de rebus dubiis.

Когда по самой формѣ выраженія юридической сдѣлки не остается никакого сомнѣнія въ ея содержаніи, то слѣдуетъ держаться буквального смысла, выраженного въ сдѣлкѣ. Римское положеніе: quoniam in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio <sup>2)</sup>). Только въ томъ случаѣ, когда воля выражена въ сдѣлкѣ настолько не ясно, что даетъ мѣсто сомнѣнію въ ея содержаніи, примѣняются правила толкованія сдѣлокъ.

Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem L. 69 pr. D. de leg. III ep. L. 125 D. 50, 16.

Правила эти весьма схожи съ правилами толкованія законовъ. Такъ, прежде всего слѣдуетъ обратиться къ аутентическому толкованію сдѣлки, т. е. къ толкованію, исходящему отъ лица, совершившаго сдѣлку.

In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset L. 96 D. 50, 17.

Если вопросъ идетъ объ односторонней сдѣлкѣ, то аутентическое толкованіе исходить отъ лица, ее совершившаго, напр., завѣщаніе толкуется прежде всего самимъ завѣщателемъ <sup>3)</sup>). При двусторонней сдѣлкѣ аутентическое толкованіе исходить отъ обѣихъ сторонъ по взаимному ихъ соглашенію <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> См. L. 41 pr. D. 18, 1; L. 58 § 2 D. 19, 2.

<sup>2)</sup> L. 25 § 1 D. de leg. III (32).

<sup>3)</sup> L. 21 § 1 D. 28, 1; L. 50 § 3 D. I (30).

<sup>4)</sup> L. 12 D. 2, 15.

При невозможности примѣнить къ данному случаю аутентическое толкованіе, наступаетъ толкованіе судебное, толкованіе суды, который при этомъ руководствуется такими правилами. Словамъ сдѣлки долженъ быть приданъ тотъ смыслъ, въ которомъ они обыкновенно употребляются въ мѣстѣ совершенія, если только не будетъ доказано, что совершившіе сдѣлку уклонялись отъ этого обычновеннааго смысла<sup>1)</sup>). Если при всей ясности выражений изъ другихъ обстоятельствъ будетъ слѣдоватъ, что содержаніе воли въ данномъ случаѣ не соотвѣтствуетъ вѣнчальному ея выраженню, то сдѣлка толкуется согласно настоящему содержанію воли.

In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. L. 219 D. 50, 16; L. 12 D. 50, 17; L. 3 D. 12, 1; L. 3; L. 24 D. 34, 5; L. 3 C. 6, 28; L. 23 § 1 in f. C. 6, 37.

Если слова сдѣлки допускаютъ нѣсколько толкованій, то судья обязанъ прежде всего искать въ ней самой объясненія сомнительныхъ или темныхъ выражений; иначе говоря, они толкуются съ помощью другихъ частей сдѣлки. Затѣмъ, судья обязанъ придать сдѣлкѣ тотъ смыслъ, который скорѣе всего поддерживаетъ дѣйствительную ея силу, а не тотъ смыслъ, который ведетъ къ ея недѣйствительности; должно предполагать, что стороны хотѣли совершить дѣйствительную сдѣлку, а не бесполезное какое либо дѣйствие.

Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerenda aptior est. L. 67 D. 50, 17; L. 80 D. 45, 1; L. 12 D. 34, 5; L. 31 D. 21, 2.

При нѣсколькихъ возможныхъ смыслахъ слѣдуетъ принять тотъ изъ нихъ, который наиболѣе соотвѣтствуетъ природѣ сдѣлки и ведетъ къ самымъ обычновеннымъ послѣдствіямъ даннаго рода сдѣлокъ; основывается это на томъ, что исключенія сами собою не предполагаются и подлежатъ строгому толкованію.

Если приложеніе всѣхъ изложенныхъ правилъ не выясняетъ сомнѣнія, то слѣдуетъ принять тотъ смыслъ сомнительной сдѣлки, который представляетъ наименѣе ущерба для лицъ, являющихся второстепенными при совершенніи сдѣлки. Въ сомнѣніи слѣдуетъ высказываться за менѣшую обязанность, ибо всякую обязанность слѣдуетъ признавать лишь при ея доказательности. Поэтому, при сдѣлкахъ одностороннихъ сомнительное мѣсто тол-

<sup>1)</sup>) L. 96 § 1 D. 50, 17; L. 69 § 1 D. III (32). См. Wachter въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 19 p. 114.

куется въ пользу лица обязанного и противъ лица, опредѣляющаго своюю волею сущность данной сдѣлки, ибо, по выражению источниковъ, одному послѣднему можетъ быть вмѣнена неясность, съ которой онъ опредѣлилъ свою выгоду.

Secundum promissorem interpretatum, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere L. 97 pr. D. 45, 1; L. 39 D. 2, 14; L. 26 D. 34, 5; L. 38 § 18 D. 45, 1; L. 21, 33 D. 18, 1.

Такъ напр., сомнѣніе въ величинѣ долга толкуется въ пользу менышаго.

Semper in obscuris, quod minimum est sequimur L. 9, 34 D. 50, 17; L. 39 § 6 D. I (30); L. 99 pr. D. 45, 1.

Отъ примѣненія указанного правила исключаются, подъ именемъ causae favorabiles, тѣ случаи, когда закономъ устанавливалось толковать сомнѣніе въ ущербъ лица обязанного, какъ напр., dotis dictio<sup>1</sup>), отпущеніе на волю<sup>2</sup>), завѣщательныя распоряженія<sup>3</sup>).

Въ соглашеніяхъ двустороннихъ слѣдуетъ обращать вниманіе на сторону, которая обыкновенно предписываетъ условія договора<sup>4</sup>), напр., при заемѣ, противъ заимодавца.

Наконецъ, если приложеніе всѣхъ изложенныхъ правилъ не въ состояніи разсѣять сомнѣніе, то сдѣлка объявляется недѣйствительной.

### Недѣйствительность юридическихъ актовъ, сдѣлокъ.

*Пособія:* Savigny. System Bd. 4 p. 536 и слѣд.; Unger. Oesterr. Privatr. 2 § 91.

Выраженіе «недѣйствительная» сдѣлки, ungliltige Geschäfte, установлено Савини (Syst. Bd. 4, p. 536); другіе ученые предлагаютъ выраженіе «порочная» сдѣлки, fehlerhafte Geschäfte, чтѣ болѣе соотвѣтствуетъ источникамъ, institutio vitiosa (L. 29; L. 201; L. 210 D. 50, 17).

Юридическая сдѣлка считается недѣйствительной, если не наступаютъ тѣ правовыя послѣдствія, которыя имѣлись въ виду при ея совершенніи. Недѣйствительность можетъ быть полная

<sup>1)</sup> L. 85 pr. D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 179 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> L. 12 D. 50, 17; L. 24 D. 34, 5.

<sup>4)</sup> L. 9; L. 34 D. 50, 17; L. 39 D. 2, 14; L. 21; L. 33 D. 18, 1; L. 99 D. 45, 1.

и неполная. Уже средневѣковая наука употребляла выражение для первой nullum negotium (nullitas negotii), а для второй — negotium rescissum. Въ источникахъ о полной недѣйствительности говорятъ: negotium nullum est, nullius est momenti, nihil actum videtur, а о неполной недѣйствительности — negotium rescinditur<sup>1)</sup>. Правильно полную недѣйствительность называть ничтожностью (Nichtigkeit), а неполную — опороченностью (Anfechtbarkeit)<sup>2)</sup>.

Подъ полной недѣйствительностью, ничтожностью сдѣлки разумѣется тотъ случай, когда сдѣлка ipso jure недѣйствительна, безъ какого либо посредства воли лица. Сдѣлка такая не имѣеть вовсе правового существованія. Если ничтожность будеъ слѣдоватъ изъ обстоятельствъ дѣла, то ее обязанъ признать самъ судья, *ex officio*, не ожидая, чтобы стороны привели основанія ничтожности.

Нѣкоторые ученые (напр., *Schlossman. Zwang* p. 25) придерживаются иного мнѣнія, но едва ли справедливо; ибо судья, взвѣшивая обязательства, приводимыя истцомъ, обязанъ самъ рѣшить какое они имѣютъ значение съ точки зрења объективнаго права.—Точно также по ничтожному акту немыслимъ искъ обѣго его ничтожности, *querella nullitatis*, какъ это долго думали; нельзя особымъ, специальнымъ дѣйствиемъ объявить ничтожнымъ то, что само по себѣ и безъ того не существуетъ (*Brandis* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* Bd. 7, p. 123).

Ничтожность издавна дѣлили на абсолютную и относительную (релятивную). Подъ первой разумѣли тѣ случаи, когда ничтожность наступала безусловно и поэтому на нее могло ссылаться всякое заинтересованное лицо; вторая же наступала только по волѣ определенного лица, на которую только оно и могло ссылаться. Впрочемъ, эти термины понимались неодинаково (см. у *Brandis. Ueber absolute u. relative Nichtigkeit* I. c. p. 121, 122). Что касается римского права, то тамъ нельзя указать ни на одинъ случай относительной ничтожности въ упомянутомъ смыслѣ (см. *Brandis* cit. p. 127—202). Въ настоящее время большинство ученыхъ отвергаетъ и самое дѣленіе ничтожности. Дѣйствительно, ничтожность выражаетъ понятіе полного несуществованія, не допускающее какой либо относительности (см. *Unger* cit. p. 150 п. 42).

Примѣромъ полной недѣйствительности можетъ служить тотъ случай, когда недостаетъ essentialia negotii, напр., субъектъ сдѣлки недѣеспособенъ, объектъ сдѣлки принадлежитъ къ числу *res extra commercium*.

<sup>1)</sup> Впрочемъ, твердаго техническаго обозначенія полной и неполной недѣйствительности въ источникахъ не было (*Seuffert. Ratihabition*, p. 119 п. 8).

<sup>2)</sup> *Savigny* cit. p. 587.

B)

Недѣйствительность будетъ неполною, когда она наступаетъ по волѣ лицъ, заинтересованныхъ въ сдѣлкѣ. Недѣйствительность этого рода наступаетъ при тѣхъ условіяхъ, когда сдѣлка имѣть недостатокъ, хотя и не касающійся его законнаго существованія, но по *ratio aequitatis* дающій право заинтересованному лицу требовать уничтоженія этой сдѣлки. Поэтому *negotium rescissum* есть дѣйствительная сдѣлка; она основываетъ желаемое правоотношеніе и судья обязанъ дать присужденіе по ней. Но въ то же время сдѣлка эта носить въ себѣ условія опороченности. Недостатки, дающіе право на опороченіе, могутъ быть самые разнообразные, напр., обманъ, угроза и т. д. Также и лица, управомоченные къ опороченію и средства къ нему, могутъ быть также различныя. Такъ, въ однихъ случаяхъ опорочить сдѣлку можетъ только одинъ изъ контрагентовъ, въ случаяхъ, напр., обмана; въ другихъ случаяхъ это можетъ сдѣлать даже третье лицо, напр., по *actio Pauliana* сдѣлки должника съ посторонними опорачиваются кредиторами. Средствами къ опорочиванію могутъ служить искъ, возраженіе, *in integrum restitutio* и т. д.

Какъ полная, такъ и не полная недѣйствительность можетъ быть первоначальной и послѣдующей<sup>1</sup>). Для послѣдующей недѣйствительности употребляютъ выраженіе *ruptio s. infirmatio negotii*. Примѣръ: вещь, на которую заключается сдѣлка, въ моментъ ея совершенія принадлежала къ числу *res in commercio*, а затѣмъ становится *res extra commercium*.

Общими началами для всякой недѣйствительности будутъ слѣдующія:

Однажды недѣйствительный актъ не получаетъ впослѣдствіи дѣйствительной силы, если позднѣе отпадутъ основанія его недѣйствительности. Это выражалось римлянами въ слѣдующемъ положеніи: *quod (ab) initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*<sup>2</sup>). Только для отдельныхъ случаевъ положительное право отступало отъ этого начала, какъ напр., дареніе между супругами, недѣйствительное по закону, получало силу, когда даритель умиралъ раньше одареннаго<sup>3</sup>). И др.<sup>4</sup>).

Наоборотъ, дѣйствительный актъ могъ оставаться въ силѣ,

<sup>1)</sup> См. *Karlowa. Das Rechtsgeschäft* p. 121 и д.

<sup>2)</sup> L. 29; L. 201 D. 50, 17.—L. 1 § 4 D. 13, 5.

<sup>3)</sup> E. 32 D. 24, 1.

<sup>4)</sup> L. 42 D. 41, 3.—*Savigny* cit. p. 559 ср. p. 556, 557.

когда современемъ наступятъ условія, при которыхъ онъ первоначально не могъ быть установленъ.

Однако, общимъ правиломъ этого признать нельзя<sup>1)</sup>). Такъ, завѣщаніе остается въ силѣ, когда завѣщатель позднѣе сходить съ ума, и наоборотъ оно будетъ недѣйствительнымъ, когда завѣщатель потеряетъ право гражданства или свободу. То или другое послѣдствіе позднѣйшаго факта, дѣлающаго сдѣлку недѣйствительною при ея установленіи, опредѣляется въ каждомъ частномъ случаѣ свойствомъ даннаго правоотношенія<sup>2)</sup>.

Сказаннымъ объясняется разногласіе въ источникахъ. Съ одной стороны, см. L. 3 § 2 D. 34, 8: «Nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur (L. 3 D. 34, 8; L. 98 pr. D. 45, 1), а съ другой, см. L. 85 § 1 D. 50, 17: «Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt (L. 140 § 2 D. 45, 1; § 14 J. 2, 20).

Ничтожность и опороченость сдѣлки касаются только тѣхъ ея частей, которыя имѣютъ тотъ или другой недостатокъ, не касаясь другихъ ея частей. Utile per inutile non vitiatur<sup>3)</sup>). Но если недѣйствительность касается главнаго содержанія сдѣлки, то она распространяется на весь ея составъ.

Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent L. 178 D. 50, 17.

Утвержденіе, confirmatio. — Опороченность сдѣлки можетъ быть устранина утвержденіемъ, confirmatio, дающимъ сдѣлкѣ полную дѣйствительность. Подъ утвержденіемъ разумѣется актъ согласія сторонъ на недѣйствительную сдѣлку при условіяхъ ея дѣйствительнаго заключенія. Confirmatio не можетъ касаться ничтожной сдѣлки. Нельзя давать утвержденіе и по negotium rescissum въ томъ ея періодѣ, когда она еще носить признаки опороченности, такъ какъ утвержденіе подобной сдѣлки будетъ подлежать тому же опороченію. Confirmatio можетъ быть expressa и tacita. Наконецъ, она всегда имѣть обратную силу, т. е. сдѣлка послѣ утвержденія считается дѣйствительною за все время своего существованія<sup>4)</sup>.

Послѣднее начало въ наукѣ принято не единогласно. Спорятъ, какъ о самомъ общемъ началѣ, такъ и о мѣрѣ его приложенія. См. Vangerow. Pand. I, 88 и выше излож. ученіе о ratihabitio.

<sup>1)</sup> См. Karlowa cit. p. 131, 132.

<sup>2)</sup> Savigny cit. p. 552—554.

<sup>3)</sup> L. 1 § 5 D. 45, 1; L. 17 pr. D. 13, 6; L. 1 § 7 D. 16, 3; L. 42 C. 2, 4

<sup>4)</sup> L. 25 C. 5, 16; L. 7 pr. C. 4, 28.

чертежъ  
140



## СОУЧАСТИЕ И ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО.

*Пософія: Savigny. System d. heutigen römischen Rechts III § 113; Савиній. Обязательственное право. Москва 1876, стр. 369; Buchka. Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852; Ihering. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte въ Gesammelte Aufsätze. 1881 p. 122—290; Fr. Hellmann. Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften 1882; Mitteis. Die Lehre von d. Stellvertretung nach römischem Recht 1885; Нерсесовъ. Понятіе добровольного представительства въ гражданскомъ правѣ. Москва 1878.*

Обыкновенно лицо, вкладывающее свою волю въ установление права, становится и правовымъ субъектомъ по немъ. Но I., въ иныхъ случаяхъ участія нѣсколькихъ лицъ при установлении права, правовая послѣдствія послѣдняго обращаются не ко всѣмъ участвующимъ. Дѣятельность остальныхъ мы называемъ *соучастіемъ*, а самихъ лицъ—*соучастниками*. II. Въ другихъ случаяхъ юридическая сдѣлка, заключаемая однимъ лицомъ, въ правовыхъ послѣдствіяхъ вся обращается на лицо, не принимавшее участіе при ея заключеніи, такъ что контрагентомъ и правовымъ субъектомъ по сдѣлкѣ являются не одни и тѣ же лица. Въ этихъ случаяхъ мы говоримъ о *представительствѣ*, представителяхъ.

### I. Соучастіе.

Въ соучастії слѣдуетъ различать двѣ категоріи случаевъ:

а) Подъ юридическимъ *соучастіемъ* разумѣется выполненіе однимъ лицомъ, при заключеніи другимъ сдѣлки, такихъ юридическихъ дѣйствій, которыя по положительному праву признаются необходимыми для дѣйствительности сдѣлки. Итакъ, характерные признаки этого соучастія слѣдующіе: дѣйствія соучастника являются дополнющими къ дѣйствію контрагента и, какъ признанныя необходимыми для дѣйствительности сдѣлки, они обусловливаютъ эту дѣйствительность вмѣстѣ съ дѣйствиемъ контрагента, такъ что ни дѣйствіе контрагента, ни дѣйствіе соучастника сами по себѣ не въ состояніи вызвать акта къ жизни. Затѣмъ, послѣдствія акта не касаются соучастника. Наконецъ, соучастіе выражается въ совершеніи

юридическихъ дѣйствій, а поэтому отъ соучастника требуется извѣстная дѣеспособность<sup>1</sup>). Къ случаямъ такого рода соучастія относится предписываемое закономъ присутствіе нѣкоторыхъ лицъ при совершенніи сдѣлки, какъ необходимое условіе ея дѣйствительности, какъ напр., *solemnitatis testes*; затѣмъ, согласіе нѣкоторыхъ лицъ при заключеніи сдѣлки, какъ-то: согласіе опекуна, попечителя, отца (напр., при заемѣ сына) и т. д.

б) Въ отличие отъ такого соучастія, которое можно назвать необходимымъ, какъ закономъ предписанного, соучастіе, не обуславливающее юридическую дѣйствительность сдѣлки, а служащее только доказательству ея совершеннія (напр., свидѣтельство ради доказательства, *Beweiszeugen*), можно назвать добровольнымъ или свободнымъ соучастіемъ. Отъ соучастниковъ этой категоріи не требуется особенной дѣеспособности.

## II. Общее понятіе представительства.

Подъ представительствомъ въ техническомъ смыслѣ разумѣется такой правовой институтъ, который характеризуется фактомъ совершеннія однимъ лицомъ юридического акта отъ имени другого такъ, что всѣ права и обязанности непосредственно устанавливаются въ лицѣ послѣдняго. Первое лицо называется представителемъ, второе—принципаломъ.

Итакъ, главные общіе признаки представительства слѣдующіе два: а) въ представительствѣ юридической актъ совершаются однимъ лицомъ, а правовымъ субъектомъ по немъ является другое лицо, т. е. по сдѣлкѣ, заключенной чрезъ представителя, контрагентомъ и правовымъ субъектомъ являются не одни и тѣ же лица; б) послѣдствія акта устанавливаются непосредственно принципалу, не останавливаясь въ лицѣ представителя.

а) Въ представительствѣ самое существованіе акта опредѣляется волею не того лица, которое будетъ субъектомъ правъ и обязанностей по нему, а волею другого лица, представителя. Совершеніе юридической сдѣлки есть актъ рѣшенія воли представителя, его личное дѣло. Если онъ и руководится въ большинствѣ случаевъ, приступая къ совершеннію акта, инструкціей

<sup>1)</sup> Нерсесовъ, cit. стр. 21—23.

принциала, то тѣмъ не менѣе въ данную сдѣлку онъ вкладываетъ свою свободную волю; инструкція же выражаетъ только намѣреніе принципала вступить въ сдѣлку, а не самое вступленіе, которое есть дѣло представителя; почему болѣе или менѣе общая или специальная форма инструкціи не имѣть никакого значенія для дѣйствительности сдѣлки. Этимъ признакомъ представительство отличается отъ тѣхъ случаевъ, когда существованіе сдѣлки опредѣляется волею самого принципала, но объявление этой воли предоставляется другому лицу, которое является простымъ органомъ объявленія чужого рѣшенія. Такое представительство можно назвать фактическимъ въ отличие отъ определенного выше, юридического представительства. Самый обыкновенный видъ фактическаго представителя есть т. н. нунцій, посолъ, котораго иногда весьма трудно отличить отъ представителя. Въ основу различенія слѣдуетъ брать признакъ воли, опредѣляющей бытъ сдѣлки. Если это будетъ воля принципала, то онъ же является и контрагентомъ, а посредникъ нунціемъ, хотя бы послѣдній и участвовалъ своей волей въ определеніи отдѣльныхъ условій сдѣлки. Наоборотъ, посредникъ, опредѣляющій своею волею бытъ сдѣлки, хотя бы всѣ ея условія были предписаны инструкціей принципала, — будетъ представителемъ.

По вопросу о различіи нунція отъ представителя въ наукѣ большое разногласіе (болѣе толковое изложеніе воззрѣній имѣеть въ нашей литературѣ у Нерсесова, сіт. стр. 8—21), которое однако въ послѣднее время склонно разрѣшиться въ пользу одного общаго положенія. Въ римскихъ источникахъ значеніе нунція нерѣдко отождествляется съ значеніемъ простого письма (L. 2 § 2 D. 44, 7: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: *veluti per epistolam, vel per nuntium*). То же въ L. 1 § 1 D. 17, 1; L. 1 § 2 D. 18, 1; L. 2 pr. D. 2, 14). И вотъ одинъ повѣйший писатель (*Ihering, op. c.*), опираясь на источники, различаетъ нунція отъ представителя по характеру его дѣятельности при совершенніи юридического дѣйствія. Въ каждомъ такомъ юридическомъ дѣйствіи онъ различаетъ чисто юридический элементъ отъ фактическаго. Первый — необходимое предположеніе юридической сдѣлки, какъ производящій правовыя послѣдствія, второй — безразличенъ для ея существа. Лицо, выполняющее за другого юридический элементъ сдѣлки, будетъ представителемъ, а выполняющій фактический элементъ — нунціемъ. Противъ этого воззрѣнія вполнѣ правильно возражали (*Unger. System d. westerr. Privatr. II § 90, № 3; Laband. Die Stellvertretung nach D. H. G. B. въ Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht Bd. X, p. 189 sq.*), говоря, что значеніе того и другого элемента въ юридическомъ дѣйствіи весьма различно въ отдѣльныхъ случаяхъ: иногда фактическая сторона является съ характеромъ

необходимого элемента для данного юридического акта (напр., дѣятельность писца при составлении духовного завѣщанія) и наоборотъ, юридический элементъ иногда имѣть только фактическое значение (напр., воля, не выраженная въ требуемой формѣ). Держась необходимаго предположенія всякой юридической сдѣлки, воли, мы легко объясняемъ себѣ представление римскихъ юристовъ о пунціѣ. Изъ сопоставленія его съ письмомъ слѣдуетъ, что пунцій является простымъ органомъ чужой воли, направленной на одно изъ измѣнений въ сфере конкретныхъ правъ, т. е. главнымъ образомъ на установление и прекращеніе правъ, тогда какъ представитель опредѣляетъ эти измѣненія своею собственнouю волею. Теперь можно считать это основное различіе за господствующее. (Изъ спец. труд. см. *Laband* cit. p. 189—193; *Zimmermann. Die stellvertretende Negotiorum gestio*, p. 24; *Curtius* въ *Archiv f. civil. Praxis* 58, p. 71—75).

Споръ идетъ только о признакахъ, по которымъ въ каждомъ случаѣ можно распознать пунція въ отличіе отъ представителя. Старая доктрина, глоссаторовъ, полагала, что если принципаломъ не предоставлено было посреднику ничего на личное его усмотрѣніе при заключеніи сдѣлки, то мы имѣемъ дѣло съ пунціемъ, въ противномъ случаѣ — съ представителемъ (см. *Buchka* cit. p. 122, 123, 135). Очевидно, мы имѣемъ тутъ строгое приложеніе вышеприведенныхъ выражений источниковъ, которые ясно опредѣляютъ роль пунція въ томъ, чтобы онъ довѣль волю принципала до свѣдѣнія противной стороны, каковую роль можетъ принципал предоставить и письму, рупору и всякому другому средству сообщенія. Воззрѣніе это, принятое некоторыми и новѣйшими писателями (см., напр., кроме *Ihering'a* op. c. еще *Platner* въ *Archiv f. civil. Praxis* Bd. 50 p. 235; *Canstein* въ *Zeitschr. f. d. privat u. offentl. Recht. d. Gegenw.* Bd. III, p. 678), въ своемъ практическомъ приложении нерѣдко можетъ поставить въ затрудненіе, указанное уже Савини (Обязательственное право, стр. 372). Между такими случаями, когда посредникъ передаетъ, какъ простой органъ, волю принципала и тѣми случаями, когда посредникъ заключаетъ самъ сдѣлку, лежитъ масса переходныхъ ступеней, на которыхъ весьма трудно, не вооружась предварительно теоретическимъ началомъ, отмѣтить характеръ посредника. Такъ, если принципал опредѣлилъ самъ объекты купли-продажи, опредѣлилъ приблизительно и цѣну ихъ и затѣмъ отправилъ третье лицо за этими вещами, предоставивъ на его усмотрѣніе выборъ ихъ и ближайшее опредѣленіе цѣнъ, то никто не скажетъ, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ представителемъ, такъ какъ сдѣлка въ своемъ существованіи опредѣлена волею самого принципала, а не посредника. Савини самъ, выходя изъ подобныхъ случаевъ, пришелъ къ заключенію, что контрагентомъ сдѣлки будетъ всегда самъ принципалъ, а поэтому между пунціемъ и представителемъ по признаку воли неѣть никакого различія. Оба они только переносятъ волю принципала, т. к. и воля представителя имѣть лишь настолько значенія, насколько она согласна съ волею принципала. Значитъ, источникъ правовыхъ послѣдствій будетъ всегда воля представляемаго. (Обязат. право § 57). Мнѣніе Савини для современныхъ правъ поддерживаетъ и другие учёные (напр., *Ruhstrat. Ueber Savigny's Lehre von*

der Stellvertretung p. 21, 42 и Fr. Hellmann. cit. p. 9, 18, 19, 21, 24). Въ подтверждение указывают на выражения источниковъ, изъ которыхъ слѣдуетъ, что дѣйствія какъ посла, такъ и представителя рассматриваются какъ дѣйствія самого принципала: *per alium renuntiare, administrare, vendere, emere, petere, postulare, contrahere* и т. д. Но при этомъ приходится стать въ затрудненіе предъ такъ наз. законнымъ представительствомъ (напр., опекуна), при которомъ о волѣ принципала не можетъ быть и рѣчи. Остается поэтому прибѣгать къ такому объясненію этого случая, будто на основаніи предписанія закона устанавливается *факція*, что законный представитель дѣйствуетъ какъ бы на основаніи воли представляемаго (*Hellmann* cit. p. 25). Оттого, не допуская въ свободномъ представительствѣ смышенія намѣренія заключать сдѣлку и самое заключеніе ея, мы по поводу послѣдняго различаемъ случаи, когда принципалъ самъ заключаетъ сдѣлку непосредственно, своею волею, отъ тѣхъ случаевъ, когда ее заключаетъ посредникъ свою волею. Въ первой категоріи случаевъ посредникъ можетъ быть только *органомъ воли принципала*. Этого характера онъ не лишается, какъ мы видѣли, и тогда, когда ему предоставлено на усмотрѣніе опредѣлить нѣкоторыя статьи совершаемаго акта. Однимъ словомъ, большая или меньшая свобода по порученію не опредѣляетъ различія нунція отъ представителя (см. также Ulpian. L. 1 § 1 D. 3, 3). Но практическіе примѣры даютъ намъ и вѣрный признакъ для различія характера посредника. Какъ бы много ни было предоставлено на усмотрѣніе послѣдняго при совершенніи сдѣлки, но если не онъ опредѣлить своею волею существование сдѣлки, то мы имѣемъ дѣло съ нунціемъ, въ противномъ случаѣ — съ представителемъ, хотя бы порученіе въ послѣднемъ случаѣ было самое специальное.

б) Необходимый признакъ представительства тотъ, чтобы послѣдствія сдѣлки *непосредственно* относились къ лицу принципала, т. е. чтобы дѣйствіе и послѣдствія рождались въ субъективномъ отношеніи тотчасъ же при самомъ совершенніи акта. Поэтому не будетъ собственно представительствомъ тотъ случай, когда въ лицѣ контрагента устанавливаются всѣ правовыя послѣдствія, которыя онъ затѣмъ *особымъ актомъ* переносить на другое лицо<sup>1)</sup>). Здѣсь дѣйствія и послѣдствія не расходятся, но только въ силу особаго правоотношенія послѣдня переносятся не къ тому лицу, которое установило ихъ по акту въ своемъ лицѣ. Тутъ нѣть разницы съ тѣми случаями, когда вообще переносятся уже приобрѣтенныя права. Предварительное соглашеніе на такой переносъ не можетъ имѣть вліянія на самый смыслъ сдѣлки въ субъективномъ отношеніи.

<sup>1)</sup> L. 135 § 2 D. 45, 1; L. 59 D. 41, 1; L. 13 § 2 D. 41, 3; L. 7 § 2 D. 41, 4; L. 8 C. 7, 10.—L. 8 § 10 D. 17, 1 *ср.* L. 45 pr. D. 17, 1.

Въ наукѣ нерѣдко дѣлаютъ различіе между непосредственнымъ или прямымъ представительствомъ (*unmittelbare, directe Stellvertretung*) и посредственнымъ или косвеннымъ представительствомъ (*mittelbare, indirekte Stellv.*). Въ первомъ случаѣ сдѣлка заключается отъ имени принципала, во второмъ представитель совершає юридическое дѣйствіе отъ своего имени, и въ обоихъ случаяхъ, думаютъ, мы имѣемъ дѣло съ представительствомъ. Въ нашей литературѣ этотъ взглядъ отстаиваетъ г. Гордонъ (Представительство въ гражданскомъ правѣ. Спб. 1879 стр. 19—35), который видѣтъ въ такъ названномъ имъ одностороннемъ представителѣ настоящаго представителя. Въ новѣйшей литературѣ см. Schlossmann. Der Besitzervertrag durch Dritte. 1881 §§ 2—6. Но масса другихъ писателей не признаютъ въ этихъ посредникахъ (Zwischenperson, Ersatzmann, Interessenvertreter и т. п.; по римск. источникамъ они подходили подъ понятіе посредниковъ, *persona interposita* (L. 18 D. 23, 1; L. 5 § 2 D. 24, 1; L. 4 D. 39, 5) въ обширномъ смыслѣ слова) представителей въ собственномъ смыслѣ слова (напр., Unger Oesterr. Priv. R. § 90; Brinz Pand. § 368, 2 и § 371, 4; Laband p. 208 и др.). Дѣйствительно, такой посредникъ со стороны формального дѣйствія права никакимъ образомъ не будетъ представителемъ. Изъ того, что въ дальнѣйшемъ движениіи установившагося правоотношенія экономические результаты его перейдутъ на другое лицо, нельзя въ первоначальномъ дѣйствіи посредника видѣть актъ представительства (Gareis. Die Verträge zu Gunsten Dritter, p. 14 и 17), тѣмъ болѣе, что юридически невозможно различать дѣйствія такого посредника по предварительному соглашенію съ принципаломъ (т. наз. *procurator, mandatarius* L. 1 pr. § 1 D. 3, 3) отъ дѣйствій всякаго другого лица, которое позднѣе рѣшается перенести приобрѣтенное имъ право кому либо другому.

Рассматриваемый признакъ обязываетъ насъ также строго отличать представительство отъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ<sup>1)</sup>). Въ послѣднихъ случаяхъ ни одинъ изъ контрагентовъ не заступаетъ какого либо третьяго лица; но только въ самомъ соглашеніи на имя самихъ контрагентовъ высказывается одинъ изъ нихъ воля, чтобы третье лицо пріобрѣло изъ него опредѣленное право. Такимъ образомъ, различіе отъ представительства сводится къ тому, что представитель ведетъ чужое дѣло, заключаетъ сдѣлку отъ имени принципала; совершающій же договоръ въ пользу третьяго ведетъ свое собственное дѣло и отъ собственного имени. Поэтому въ первомъ случаѣ юридическая послѣдствія сдѣлки осуществляются только между двумя лицами, тогда какъ договоръ въ пользу третьяго лица осуществляется всегда при участіи трехъ лицъ. Затѣмъ, при представительствѣ дѣйствительность сдѣлки для принципала опредѣ-

<sup>1)</sup> Gareis. Die Verträge zu Gunsten Dritter. 1873.

ляется его волею (полномочиемъ), тогда какъ дѣйствительность договора въ пользу третьаго опредѣляется лишь волею самихъ контрагентовъ, согласие же третьаго лица не имѣеть тутъ никакого значенія<sup>1)</sup>.

### Теоретическое обоснованіе представительства.

Нормально всякое юридическое дѣйствіе проявляетъ правовыя послѣдствія въ лицѣ самаго контрагента. Поэтому свободное представительство является въ правовой сферѣ явленіемъ аномальнымъ, требующимъ своего обоснованія. Выходя изъ установленного выше различенія контрагента, каковымъ будетъ представитель, и правового субъекта, каковымъ будетъ принципіалъ, мы представляемъ себѣ дѣло такъ. Представитель опредѣляетъ своею волею существование сдѣлки, но юридическая послѣдствія этой сдѣлки относятся къ лицу принципала такъ, какъ будто они опредѣлились его волею. Такимъ образомъ, существование и составъ сдѣлки обсуждаются по лицу представителя, а права и обязанности изъ нея по лицу принципала. Однимъ словомъ, въ представительствѣ мы имѣемъ одно изъ приложений юридической фикціи.

Вопросъ объ основаніи представительства весьма споренъ въ науцѣ (см. Нерсесовъ cit. стр. 81 — 87; Казанцевъ. Ученіе о представительствѣ въ гражд. правѣ. 1879 стр. 102 — 113; Mitteis cit. p. 82 и слѣд.). Писатели, держащіеся тождества представителя съ нунціемъ (см. выше), вовсе избѣгаютъ этого вопроса, такъ какъ по ихъ взгляду контрагентомъ и правовымъ субъектомъ будетъ одно и то же лицо, принципіалъ. Такое же отношение къ вопросу и у писателей, которые допускаютъ различіе между нунціемъ и представителемъ, но контрагентомъ считаютъ представляемаго, а потому, напр., отъ представителя не требуютъ дѣеспособности (*Hellmann* cit. с. X). То же находимъ и въ новѣйшей попыткѣ установить такое воззрѣніе, что въ представительствѣ допускается совокупное дѣйствіе волей какъ представителя, такъ и принципала (*Mitteis* cit. p. 109 — 128). Господствующее же ученіе держится теоріей юридической фикціи (*Buchka* cit. §§ 19 и 21; *Landau* cit. p. 225; *Gareis* cit. § 5 р. 15, и учебники Уигера, Виндшейда и т. д.), хотя въ развитіи этой теоріи отдѣльные писатели нерѣдко расходятся. Но и противъ самой основы этого воззрѣнія, фикціи, раздается немало голосовъ (у насъ г. Нерсесовъ cit. стр. 84—86); въ замѣну же фикціи единственной основой данной аномалии выставляютъ санкцію положительного права.

<sup>1)</sup> Нерсесовъ, cit. стр. 64, 65.

Намъ казалось (Временникъ Демидов. Юрид. Лицея 1878, стр. 6, 7), что такая санкція въ свою очередь выражаетъ извѣстную конструкцію правовыхъ отношеній по извѣстному исходному логическому основанію. Послѣднее же будетъ одно и то же, что и при конструкціи юридическихъ лицъ, а именно — фикція. Положительное право относить правовыя послѣдствія сдѣлки къ лицу, не участвовавшему въ ея заключеніи такъ, какъ будто оно принимало въ послѣднемъ прямое и исключительное участіе, т. е. распространяетъ положенія права, установленные для определенной категоріи обстоятельствъ, на обстоятельства, первоначально ими непредусмотрѣнныя. Такое же распространение и имѣть въ своей основѣ фикцію.

### Допустимость представительства въ римскомъ правѣ.

Представительство, какъ мы видѣли, основано на такомъ тонкомъ правовомъ мышленіи, что трудно представить знакомство съ нимъ въ болѣе или менѣе раннюю эпоху быта. Дѣйствительно, основнымъ общимъ правиломъ римского права еще въ юстиніановыхъ сводахъ было то, что только самъ контрагентъ могъ быть и правовымъ субъектомъ изъ сдѣлки.

Gajus 2 § 95. Ex his appareat, per liberos homines... nulla ex causa adquiri posse, et hoc est, quod dicitur: per extraneam personam nihil adquiri posse § 5 I. 2, 9. — Paulus Rec. Sent. 5, 2 § 2: Per liberas personas... acquiri nobis nihil potest. — L. 1 C. 4, 27: Per liberam personam... nihil acquiri posse, indubitati juris est. — Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest (L. 73 § 4 D. 50, 17). И это правило мотивировалось такимъ образомъ: tibi non vis nec illi potes (L. 6 C. 4, 50; L. 26 C. 5, 12). L. 11 D. 44, 7; L. 5 § 6 D. 13, 5, и мног. друг. См. Казанцевъ. Свободное представительство въ рим. гражд. правѣ. Киевъ 1884, отъ стр. 9. Различная воззрѣнія на основанія недопустимости прямого представительства въ рим. правѣ сведены у Mitteis cit. p. 9—25.

Поэтому въ Римѣ воспользоваться изъ сдѣлки посторонняго свободного лица по правилу можно было только косвеннымъ путемъ: procurator устанавливаль въ своемъ лицѣ права и обязанности изъ сдѣлки съ третьимъ лицомъ, т. е. быть не только контрагентомъ, но и правовымъ субъектомъ; затѣмъ уже онъ обязанъ быть въ силу мандата передать принципалу приобрѣтенное отъ сдѣлки съ третьимъ или уступить противъ послѣдняго свой искъ на выполненіе сдѣлки; принципаль же возмѣщалъ прокуратору принятая имъ на себя обязанности и всѣ

понесенные убытки<sup>1</sup>). Кроме того, каждому римскому гражданину открыта была возможность вступать въ правоотношения съ третьими лицами чрезъ посредство подчиненныхъ его власти, рабовъ и сыновей (см. ниже).— Но рано или поздно, пути эти должны были оказаться недостаточными. Развившійся и усложнившійся гражданскій оборотъ давалъ чувствовать необходимость въ установлениі непосредственныхъ отношений между представляемымъ и третьимъ лицомъ. Къ этому вызывалъ интерес прежде всего самого представляемаго, который часто долженъ былъ сознавать непрочность устанавливаемыхъ правоотношений, когда между нимъ и третьимъ лицомъ стоялъ посторонній человѣкъ. Но еще болѣе сознавать эту непрочность должно было третье лицо, заключавшее сдѣлку съ прокураторомъ, который весьма часто могъ быть безъ всякихъ средствъ или даже просто завѣдомо несостоятельнымъ. Къ тому же, не всякий гражданинъ могъ располагать услугами рабовъ или *filii familias*. И вотъ, подъ давленiemъ жизненныхъ потребностей начинаютъ смягчать строгія послѣдствія основного начала, а для отдѣльныхъ видовъ правъ допускать и полное изъятіе изъ правила<sup>2</sup>).

Прежде всего преторскій эдиктъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предоставилъ контрагенту прокуратора право иска не только противъ послѣдняго, но и противъ самого принципала. Это было въ слѣдующихъ случаяхъ: а) Третье лицо, вступившее въ какую либо сдѣлку съ управителемъ корабля (*magister navis*) по поводу довѣреннаго ему снарядившимъ корабль (*exercitor navis*) дѣла (напр., по поводу починки корабля, прокормленія экипажа и т. д.), имѣть право иска не только противъ управителя, но и противъ самого принципала (т. наз. *actio exercitoria*)<sup>3</sup>). б) То же самое было въ тѣхъ случаяхъ, когда поручалось кѣмъ либо (*graeropens*) постороннему лицу, рабу или сыну завѣдывать какою либо отраслью промышленности<sup>4</sup>) (*institutor*) и этотъ послѣдній вступалъ съ третьимъ лицомъ въ сдѣлку въ кругѣ порученнаго ему дѣла. Третье лицо приобрѣтало право иска не только противъ инститора, но и противъ самого принципала (т. наз. *actio institoria*)<sup>5</sup>). Это начало рим-

<sup>1)</sup> L. 8 § 10; L. 10 § 2; L. 43; L. 45 pr. § 5 D. 17, 1; L. 1 § 18. D. 14, 1  
<sup>2)</sup> См. Hellmann cit. p. 43.

<sup>3)</sup> L. 1 pr. § 1—3, § 6—12, 15, 17, 24 D. 14, 1; § 2 J. 4, 7.

<sup>4)</sup> L. 3, 4, 5 pr. § 1—10; L. 18 D. 14, 3.

<sup>5)</sup> § 2 J. 4, 7; L. 5 § 11—16; L. 17 pr. D. 14, 3; L. 1 C. 4, 25.

ское правовѣдѣніе мало по малу распространило на всѣ тѣ случаи, когда довѣренное лицо вступало въ сдѣлку съ третьимъ, согласно порученію. Искъ по всякой такой сдѣлкѣ третье лицо могло вчинить и противъ принципала, какъ *actio utilis* или *quasi-institoria*, т. е. *ad exemplum institoriae actionis*<sup>1)</sup>. Съ другой стороны, права, которые устанавливались прокуратору, принципаль могъ осуществить только по уступкѣ этимъ послѣднимъ иска противъ третьаго лица, т. е. *actione cessa*. Но въ крайнемъ случаѣ, напр., если прокураторъ отказывался уступить искъ или отсутствовалъ, принципалу предоставлено было право прямого обращенія къ третьему лицу съ *actio utilis*<sup>2)</sup>.

Но все это еще не было представительствомъ въ собственномъ смыслѣ слова. Такъ, третье лицо, имѣя право предъявлять искъ прямо къ принципалу, не лишалось возможности обратиться съ искомъ попрежнему къ прокуратору<sup>3)</sup>. Что же касается *actio utilis* принципала, то въ немъ слѣдуетъ видѣть средство осуществленія не собственнаго требованія принципала, а чужого требованія<sup>4)</sup>, такъ какъ по общему началу римское право не допускало сингулярнаго преемства. Итакъ, права и обязанности, которые въ разсмотрѣнныхъ случаяхъ могли осуществляться противъ принципала и принципаломъ противъ третьаго лица, устанавливались въ лицѣ прокуратора. Поэтому же на искъ принципала третье лицо могло предъявить возраженія по лицу прокуратора<sup>5)</sup>. Итакъ, прямого представительства въ данныхъ случаяхъ видѣть еще нельзѧ, хотя въ результатахъ, достигаемыхъ этими исками, легко должно было зародиться сознаніе о непосредственныхъ прямыхъ отношеніяхъ между третьимъ лицомъ и принципаломъ. И дѣйствительно, на разсмотрѣнныхъ смягченіяхъ основного начала римское право не остановилось; а именно, для цѣлыхъ категорій правъ было допущено настоящее прямое представительство. Прежде всего римское право признало представительство въ тѣхъ чисто фактическихъ отношеніяхъ, которые по своей природѣ легко могли быть устанавливаемы за насть другими лицами, а между тѣмъ имѣли юридическія послѣдствія<sup>6)</sup>. Путемъ же распространенія

<sup>1)</sup> L. 19 pr.; L. 16 D. 14, 3; L. 13 § 25 D. 19, 1; L. 5, 6 C. 4, 25.

<sup>2)</sup> L. 1, 2 D. 14, 3; L. 1 § 18 D. 14, 1; L. 13 § 25 D. 19, 1; L. 5 D. 46, 5.

<sup>3)</sup> L. 1 § 17; L. 5 § 1 D. 14 1; L. 7 § 1; L. 13 pr. D. 14, 3.

<sup>4)</sup> См. *Vangerow. Pand. 2 § 574 p. 114.*

<sup>5)</sup> L. 5 pr. D. 14, 4; L. 51 § 1 D. 21, 1.

<sup>6)</sup> *Wächter. Pandekt, 1 p. 418 n. 6.*

отъ этихъ случаевъ были допущены и нѣкоторыя другія изъятія. Итакъ,

а) Допускалось представительство при пріобрѣтеніи владѣнія<sup>1)</sup>, а именно: коль скоро представитель, какъ таковой, получалъ господство надъ вещью, принципалу непосредственно устанавливалось владѣніе надъ нею.

б) Въ тѣхъ случаяхъ, когда собственность пріобрѣталась черезъ посредство владѣнія (напр., по traditio), необходимо примѣнялось предыдущее изъятіе<sup>2)</sup>.

в) При обязательствахъ, которыя устанавливаются черезъ перенесеніе владѣнія и собственности, напр., при заемѣ<sup>3)</sup>. Это необходимое распространеніе предыдущихъ изъятій изъ общаго правила, ибо заемъ заключается передачей извѣстнаго количества замѣнныхъ вещей въ собственность, а ужъ изъ этой передачи возникало обязательство на возвращеніе полученного. Такъ представительство въ предоставленіи владѣнія и собственности необходимо вело и къ представительству въ сопровождающихъ эти акты лично обязательственныхъ отношеніяхъ.

Нѣкоторые писатели (*Hering op. c. p. 275*), выходя изъ общаго основанія только что приведенного изъятія, распространяютъ его и на другія правоотношенія, которыя устанавливаются на основаніи dare съ обязанностью возвратить полученное. Такимъ образомъ допускается представительство при ссудѣ (commodatum), поклажѣ (depositum), залогѣ (pignus L. 11 § 6 D. 13, 7; L. 21 D. 20, 1; L. 2 C. 4. 27), при такъ наз. dationes ob causam (L. 14 D. 12, 4; L. 47 D. 12, 6), приданомъ (dos) и брачномъ дареніи (donatio propter nuptias L. 9 C. 5, 14). Весьма вѣроятно, что такое распространеніе имѣло мѣсто, но пряммыми свидѣтельствами источниковъ оно не подтверждается; а нѣкоторыя мѣста (напр., по поводу pignus L. 11 § 6 D. 13, 7<sup>4)</sup> и depositum L. 6 C. 5, 16) могутъ быть истолкованы даже въ обратномъ смыслѣ (см. Казанцевъ. Своб. Представ., стр. 95—99). Къ данному же изъятію должно отнести уплату по чужому долгѣ<sup>5)</sup>, откуда недалеко было до признанія дѣйствительности и суррогата уплаты, какъ-то expromissio<sup>6)</sup>.

г) При пріобрѣтеніи наслѣдства. Несомнѣнно, что т. наз. bonorum possessio, наслѣдство по преторскому праву, должно

<sup>1)</sup> L. 11 § 6 D. 13, 7; pr. § 5 J. 2, 9; L. 13 D. 41, 1; L. 41 D. 41, 3; L. 1 C. 7, 32.

<sup>2)</sup> L. 20 § 2 D. 41, 1; L. 8 C. 7, 32.

<sup>3)</sup> L. 2 § 4; L. 9 § 8 D. 12, 1; L. 126 § 2 D. 45, 1; L. 2 C. 4, 27.

<sup>4)</sup> L. 2 C. 4, 27 думаютъ относится къ закладному праву только при договорѣ найма.

<sup>5)</sup> L. 6 C. 4, 5 ep. L. 39 D. 3, 5.

<sup>6)</sup> L. 5 C. 8, 43.

было допускать представительство<sup>1)</sup>, такъ какъ пріобрѣтеніе его совершалось чрезъ посредство владѣнія оставленнымъ имуществоомъ. Можно предполагать<sup>2)</sup>, что позднѣе это изъятіе было распространено и на пріобрѣтеніе цивильнаго наслѣдства, hereditas<sup>3)</sup>.

Вотъ всѣ тѣ отклоненія отъ древняго начала, которыя можно признать въ позднѣйшемъ юстиніановомъ правѣ.

Не составляетъ исключенія изъ правила такъ назыв. необходимое представительство (*Puchta Pand. § 274*), т. е. представительство filii familias и рабовъ (*Inst. 2, 9 per quas personas nobis acquiritur; Inst. 3, 28 per quas personas nobis obligatio acquiritur; Inst. 4, 7 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur. L. 45 pr. D. 45, 1*). Пріобрѣтеніе правъ чрезъ этихъ лицъ обусловливается той основной организаціей римской семьи, по которой личность подчиненныхъ домочадцевъ и несвободныхъ настолько поглощается домовладыкой (*unitas personarum*), что первые разсматриваются простыми имущественными орудіями послѣдняго, такъ что желаніе подобныхъ представителей не имѣло для юридическихъ послѣдствій сдѣлки никакого значенія (*Нерсесовъ* сіт. стр. 40—42); всякое установленное ими право безъ вниманія къ ихъ волѣ (*§ 1 J. 3, 17*) въ силу законной необходимости (*ex lege*) становилось правомъ домовладыки (*Gaj. II. §§ 86—96, 163—167; Ulpian. XIX § 18—21 Paul. Rec. Sent. V. 8; L. 10, 53 D. 41, 1; L. 79 D. 29, 2; § 4 J. 3, 19*); имѣль ли въ свою очередь послѣдній какое либо представленіе (*§ 3 J. 2, 9*) о такомъ пріобрѣтеніи или вообще желаніе пріобрѣсти (*L. 62 D. 45, 1*)—было безразлично. Поэтому большинство современныхъ цивилистовъ отрицаютъ за данными актами характеръ представительства (см. литературу у *Казаницева*. Ученіе о представ., стр. 69 — 71). Здѣсь остается только указать на различное положеніе подчиненныхъ дѣтей и рабовъ къ юридическимъ признакамъ сдѣлки. Подчиненные сыновья опредѣляли дѣйствительность сдѣлки своею личною дѣспособностью; что касается рабовъ, то, какъ существа по общему началу неправоспособны, они опредѣляли дѣйствительность сдѣлки способностью ихъ господѣ (servus ex persona domini jus stipulandi habet pr. J. 3, 17 и L. 31 pr. D. 28, 5), но уже рано для нѣкоторыхъ условий сдѣлокъ была сознана необходимость признать въ извѣстной степени личность и самого раба, напр., *dolus, scientia* во всякомъ случаѣ должны были обсуждаться по лицу раба (*L. 4 § 17 D. 44, 4; L. 51 D. 21, 1*). Мало того, за рабомъ постепенно была вообще признана сознательная воля и дѣспособность, которыми опредѣлялась дѣйствительность актовъ въ пользу господина. (См. выше, стр. 71, 72).

Пока вопросъ шелъ только о пріобрѣтеніи правъ чрезъ подвластныхъ лицъ; обязываться же третьимъ лицамъ чрезъ рабовъ и сыновей по основному рим-

<sup>1)</sup> L. 3 § 7; L. 15; L. 16 D. 37, 1; L. 48 D. 29, 2.

<sup>2)</sup> *Windscheid. Pand. 3 § 596 n. 2.*

<sup>3)</sup> L. 4 C. 6, 30 ср. L. 90 D. 29, 2; L. 54 pr. D. 41, 1.

скому праву было нельзя (L. 57 D. 5, 1; L. 8 § 4 D. 46, 4; L. 133 D. 50, 17). Но позднее интересъ самихъ домовладыкъ и чувство справедливости къ третьимъ лицамъ заставили преторовъ признать въ эдиктѣ право контрагентовъ обращаться съ искомъ по сдѣлкамъ съ подвластными къ ихъ домовладыкамъ. Признано это было не общимъ правиломъ, а только при извѣстныхъ условіяхъ заключенія сдѣлки. Такъ находимъ въ эдиктѣ слѣдующіе иски третьихъ лицъ къ домовладыкамъ изъ сдѣлокъ подвластныхъ лицъ: *actio de peculio*, *actio tributoria*, *actio de in rem verso*, *actio quod jussu*, *actio exercitoria* и *actio institoria* (*Baron. Abhandlung, II. Die adjeticischen Klagen 1882*). Первый изъ нихъ, *actio de peculio*, вчинялся въ тѣхъ случаяхъ, когда подвластное лицо обязывалось изъ сдѣлки по пекуліуму. Этимъ искомъ третье лицо могло принудить отца къ выполненію изъ пекуліума обязательства (L. 21 § 3 D. 15, 1. См. *Mandry. Begriff u. Wesen des Peculiums 1872*). *Actio tributoria* былъ одинъ изъ видовъ *actionis de peculio*; онъ примѣнялся въ тѣхъ случаяхъ, когда подвластному лицу отдѣлялось имущество на веденіе какого либо промышленного или торгового предпріятія и подвластный вступалъ согласно этому назначенію въ обязательство (L. 1 pr. D. 14, 4). *Actio de in rem verso* былъ искъ противъ домовладыки, который обогащался изъ сдѣлокъ подвластнаго съ третьимъ лицомъ (L. 1 pr. D. 15, 3. См. *Löwenfeld. Die selbstständige actio de in rem verso. 1873*). *Actio quod jussu* — искъ противъ господина или отца по обязательству, въ которое вступалъ подвластный согласно волѣ домовладыки (L. 1 pr. D. 15, 4). *Actiones exercitoria* и *institoria* мы уже знаемъ; здѣсь только рѣчь идетъ о первоначальномъ ихъ примѣненіи, когда капитанами кораблей и завѣдующими промышленнымъ предпріятіемъ были исключительно подвластныя лица. — Спрашивается: не будетъ ли подобное установление иска противъ домовладыки признакомъ прямого и свободнаго представительства? Въ общемъ отвѣтъ долженъ быть отрицательный (напротивъ *Buchka* cit. p. 28—38), такъ какъ данныхъ обязательства устанавливаются не на имя господъ и иски по нимъ предоставляются прежде всего противъ контрагентовъ, подвластныхъ лицъ, и только къ этимъ искамъ присоединяются иски и противъ домовладыкъ, отчего сами иски эти носятъ название исковъ приданочнаго свойства, *actiones adjectitiae qualitatis*. Но съ другой стороны, разъ эти иски имѣли мѣсто въ практикѣ, то третьи лица, вступая съ подвластными въ сдѣлку, могли уже имѣть въ виду главнымъ образомъ ихъ принципаловъ, особенно при сдѣлкахъ съ капитаномъ корабля или завѣдующимъ промышленнымъ дѣломъ (см. L. 1 § 9; L. 2, L. 7 D. 14, 1). Поэтому вполнѣ справедливо видѣть въ этихъ искахъ признакъ, хотя бы только неполнаго, представительства, т. е. такого представительства, когда вѣнчаний актъ заключается на имя самаго контрагента, а въ виду имѣется исковое притязаніе на другое лицо (*Zimmermann. Die Lehre von der stellvertretenen Negotiorum Gestio*, p. 105 и слѣд.).

На основаніи главнымъ образомъ одного мѣста, приписываемаго Модестину, Савинъ (Обязат. право стр. 382—389; System 3 p. 95 и слѣд.) заключилъ, что будто въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ свободное представительство допускалось общимъ правиломъ при всѣхъ неформальныхъ сдѣлкахъ.

Порядокъ  
номеръ 83  
6. 83  
н. 82

Вотъ это мѣсто: *Modestinus lib. XIV ad. Q. Mucium.* Ea quae *civiliter acquiruntur*, per eos, qui in potestate nostra sunt, *adquirimus, veluti stipulationem:* *quod naturaliter, sicuti est possessio,* per quemlibet, *volentibus nobis possidere, adquirimus* (L. 53 D. 41, 1). Въ словахъ этихъ Савинъ видѣть противоположеніе правъ, приобрѣтаемыхъ *формальными*, *цивильными* способами, правамъ, приобрѣтаемымъ *неформальными*, *естественнymi* способами. Первые, въ примѣръ которыхъ приведена стипуляція, не могли быть приобрѣтаемы чрезъ представителей; а вторые, примѣръ — владѣніе, могли быть приобрѣтаемы чрезъ представителя. Но разсуждаешь далѣе Савинъ, такъ какъ при Юстинианѣ, за исключеніемъ стипуляцій, почти всѣ способы приобрѣтенія были неформальные, то допустимость представительства въ это время была общимъ правиломъ. — Не останавливаясь на разнообразнѣйшихъ выраженіяхъ этому толкованію (см. *Нерсесовъ*, сіт. стр. 145 — 150), укажемъ на главнѣйшее недоразумѣніе, вызываемое имъ. Если таковъ смыслъ приведеннаго мѣста, то какъ объяснить рядомъ съ нимъ массу выражений, поддерживающихъ древнее начало и принятыхъ при Юстинианѣ въ Пандекты, а еще важнѣе, какъ объяснить мѣста, рѣзко проводящія это начало въ Юстиниановомъ Кодексѣ и Институціяхъ? (*Wächter. Pand. I § 83* р. 418). Поэтому большинство ученыхъ толкуютъ данное мѣсто въ иномъ смыслѣ. Самое распространенное толкованіе принадлежитъ Шухтѣ (*Institut. II § 203* р. 309 п.), по мнѣнію которого владѣніе *principia* приведено въ данномъ мѣстѣ не въ видѣ примѣра, а въ качествѣ единственного исключенія изъ начала недопустимости прямого представительства; слова же: «*veluti stipulationem*» вставлены позднѣе комментаторами въ мѣсто слова «*mancipationem*» (см. *Vangerow Pand § 108*). — Почти общая оппозиція противъ воззрѣнія Савинъ не остановила попытокъ поддержать его. Взгляда Савинъ держатся въ новѣйшее время и другіе писатели (напр., *Hellmann. D. Stellvertretung*, р. 49), доказывающіе массой другихъ выражений источниковъ, что римляне знали настоящее прямое представительство, какъ при одностороннихъ, такъ и двустороннихъ сдѣлкахъ. Послѣ вышеприведенного можно только сказать, что мѣста въ родѣ L. 64 D. 17, 2; L. 63 D. 8, 1 и друг. легко получаются совсѣмъ иное толкованіе и поэтому никоимъ образомъ не могутъ быть приводимы въ доказательство прямого представительства (см. *Baron* въ *Kritische. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswiss. N. F. B. 5* р. 42 — 48; *Czyhlarz* въ *Zeitschr. f. d. Privat. u. öffentl. Recht. B. 9* Н. IV р. 778, 779).

Въ числѣ юридическихъ сдѣлокъ имѣется одна сдѣлка такой общей природы, стоящая въ связи съ такой массой различныхъ отдельныхъ правовыхъ институтовъ, что настоящее мѣсто ея изложенія въ общей части. Это — дареніе.

## Дареніе (donatio).

*Источники:* Inst. 2, 7 de donationibus; Dig. 39, 5 de donationibus; Cod. 8, 54 de donationibus.

*Пособія:* Meyerfeld. Die Lehre von den Schenkungen nach röm. Recht. Marburg 1835—1837 (неоконченное); Savigny. System des heutigen römischen Rechts Bd. IV; Michaux. Traité pratique des donations. Paris 1873; Умовъ. Дареніе, его понятіе, характеристическая черты и мѣсто въ системѣ права. Москва 1876.

*Понятіе даренія.*— Подъ словомъ дареніе, donatio, слѣдуетъ понимать двѣ категоріи случаевъ, носящихъ одинъ общий характеръ благодѣянія, liberalitas и munificentia. Въ наукѣ обыкновенно различаются по признакамъ этой liberalitas: а) дареніе въ обширномъ смыслѣ слова и б) дареніе въ тѣсномъ, техническомъ смыслѣ его.

а) Подъ дареніемъ въ обширномъ смыслѣ разумѣется всякое свободное и безвозмездное предоставлѣніе другому имущественной выгода. Такъ отказъ (legatum) и назначеніе наследникомъ (institutio heredis) будуть дареніемъ въ обширномъ смыслѣ<sup>1)</sup>). Такое дареніе не имѣетъ самостоятельной правовой теоріи, ибо юридическая отношенія въ данныхъ случаяхъ не зависятъ отъ самаго даренія, а отъ той сдѣлки (легата, назначеніе наследникомъ), въ которой оно выражается.

б) Подъ дареніемъ въ тѣсномъ смыслѣ разумѣется такое намѣреніе и безвозмездное предоставлѣніе имущественной выгода, такая имущественная liberalitas, которая сопровождается уменьшениемъ имущества лица, ее предоставляющаго (даритель — donator) — съ одной стороны и увеличенiemъ имущества лица, ее получающаго (одаренный — is cui donatum est) — съ другой стороны. Дареніе въ этомъ смыслѣ имѣтъ свою правовую теорію, обусловливаетъ какъ такое самостоятельно отъ сдѣлокъ, служащихъ ему титуломъ (causa), юридическая послѣдствія. — Поэтому въ послѣднемъ смыслѣ и будемъ рассматривать ученіе о даренії.

*Признаки даренія.* Изъ даннаго опредѣленія видно, что признаками всякаго даренія будутъ: а) намѣреніе одарить, б) свободное къ тому опредѣленіе воли, в) безвозмездность,

<sup>1)</sup> L. 5 § 13, 14 D. 24, 1; L. 36 D. 31 (II).

г) уменьшение имущества дарителя и д) увеличение имущества одаряемого.

Иерингъ въ блестящемъ своемъ труде «Цѣль въ правѣ» (т. I глав. 4 и 7), выводя понятіе даренія изъ общественно-этическихъ цѣлей, различаетъ въ немъ слѣдующіе два признака: а) цѣль принести жертву безъ принужденія (Zwang) и награды (Lohn), и б) наличность имущественной жертвы, переходъ имущества отъ одного лица къ другому.—Тутъ заключаются всѣ нами перечисленные признаки, только послѣдніе мы выводимъ не изъ общественнаго значенія права, а изъ анализа установленного уже института.

**б) Намѣреніе одарить, animus donandi.** Для понятія даренія необходимо, чтобы предоставление имущественной выгода другому совершалось непремѣнно съ намѣреніемъ облагодѣтельствовать послѣднію: *dat aliquis... propter nullam aliam causam ut munificentiam et liberalitatem exerceat, haec donatio appellatur*<sup>1)</sup>). Поэтому не будетъ дареніемъ, напр., соглашеніе съ цѣлью избѣжать процесса, продажа вещи по необходимости или по незнанію, за цѣну низшую ея стоимости, оставленіе на произволъ (*derelictio*) вещи, которою потомъ овладѣваетъ кто либо и т. п.<sup>2)</sup>.

б) *Намѣреніе одарить должно быть результатомъ свободного къ тому опредѣленія воли. Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*<sup>3)</sup>). Не будетъ дареніемъ, если предоставляемый имущественную выгода обязуется къ тому правомъ, напр., дѣлаетъ арендатору обязательную скидку съ арендной платы (*remissio mercedis*) или уплачиваетъ по естественному обязательству, и т. п. Но будетъ настоящимъ дареніемъ по разнымъ нравственнымъ обязанностямъ, напр.: по родству, дружбѣ, а также дареніе изъ чувства благодарности, т. наз. *donatio remuneratoria*<sup>4)</sup>). Коль скоро безвозмездное предоставление имущественной выгода съ цѣлью оказать *liberalitas* совершается добровольно, хотя бы и по нравственному побужденію, но безъ принудительной связи между дѣяніемъ дарителя и услугой одаряемаго, то мы имѣемъ настоящее дареніе<sup>5)</sup>. Другое дѣло, если предоставление имущественной выгода совершается не *animo donandi*, а *animo solvendi*, съ намѣреніемъ

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 39, 5.

<sup>2)</sup> *Savigny* cit. § 152.

<sup>3)</sup> L. 29 pr. D. 39, 5; L. 82 D. 50, 17.

<sup>4)</sup> L. 10 § 13; L. 12 D. 17, 1; L. 25 § 11 D. 5, 3. *Harburger. D. remuner. Schenkung.* 1875.

<sup>5)</sup> См. L. 65 § 2 D. 12, 6 ер. L. 3 § 7 D. 12, 4.

простого расчета за оказанную услугу<sup>1)</sup>). Поэтому же и такъ называемое donatio reciproca будетъ также настоящимъ дареніемъ, когда оно совершается изъ благодарности за раньше полученный даръ, но безъ всякой принудительной связи<sup>2)</sup>. Тутъ будемъ имѣть два совершенно самостоятельныхъ даренія.

По поводу donatio remuneratoria въ наукѣ до новѣйшаго времени не пришли къ согласию. По господствующему воззрѣнію (*Meyerfeld.* cit. I § 19; *Savigny* cit. § 153; *Unger.* Oesterr. Privatr. § 99) въ немъ видятъ настоящее дареніе. Другие же ученые вовсе не признаютъ въ немъ даренія. Наконецъ, трети только въ нѣкоторыхъ случаяхъ видятъ настоящее дареніе, а въ другихъ—простую возмездную сдѣлку (напр., *Michaux* cit. p. 379 и слѣд.; *Molitor. Obligat.* p. 348). Первое мнѣніе слѣдуетъ признать уже потому, что оно, по всѣмъ вѣроятіямъ, было мнѣніемъ и римскихъ юристовъ, прилагавшихъ къ donatio remuner. общія начала о дареніи. Толкованіе спорныхъ мѣстъ см. у Савинъ I. с.—Кромѣ того, такой мотивъ, какъ благодарность, въ каждомъ отдельномъ случаѣ можетъ быть и вовсе неуловимымъ (*Molitor. Obligations* II p. 350).

в) Предоставленіе имущественной выгоды должно быть безвозмезднымъ. Не будетъ дареніемъ *dare ob causam, ob rem, ut aliam obliget.* Для даренія необходимо, чтобы имущественное приобрѣтеніе совершалось *ex lucrativa causa.* Полученіе же эквивалента исключаетъ понятіе благодѣянія. Не будутъ дареніями *dationes* какъ по поводу causa praesens (купля, мѣна и др.), такъ и causa futura (заемъ, приданое и др.). Но иногда для даренія избирается только форма negotii onerosi, какъ, напр., уплата завѣдомо недолжнаго, и тогда, разумѣется, имѣемъ дѣло съ настоящимъ дареніемъ (значеніе negotii simulati)<sup>3)</sup>. Кромѣ того, могутъ быть сдѣлки, смѣшанныя съ дареніемъ (*negotium mixtum cum donatione*), какъ, напр., продажа вещи за низкую цѣну съ цѣлью предоставить покупателю выгоду<sup>4)</sup>. Сюда же относится и такъ наз. donatio sub modo<sup>5</sup>), т. е. дареніе съ уговоромъ произвести изъ даннаго имущества определенные затраты<sup>6)</sup>. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ имѣемъ дѣло съ дареніемъ<sup>7)</sup>, но, конечно, на ту только часть предо-

<sup>1)</sup> *Unger.* Syst. d. oesterr. allg. Privatrechts § 99 п. 14.

<sup>2)</sup> *Unger.* cit. § 99 п. 21; *Meyerfeld.* cit. p. 371.

<sup>3)</sup> L. 32 § 25 D. 24, 1; L. 36, 38 D 18, 1; L. 3, 9 C. 4, 38.

<sup>4)</sup> L. 5 § 5; L. 32 § 26 D. 24. 1.

<sup>5)</sup> *Cod. de donationibus quae sub modo conficiuntur* 8, 55.

<sup>6)</sup> L. 1 § 2, 3, 9, 22 C. 8, 55; L. 3 C. 4, 38; L. 8 C. 4, 64. L. 2 § 7 D. 39, 5; L. 71 pr. D. 35, 1. L. 13 § 2; L. 14 D. 24, 1; L. 36 § 2 C. 8, 54.

<sup>7)</sup> L. 5 § 2 D. 24, 1.

ставляемаго имущества, которая останется отъ разницы между платой и стоимостью, отъ выполнения modus'a. Будетъ выполнение modus'a исчерпывать все имущество, то о дареніи не можетъ быть рѣчи.

2) Уменьшеніе имущества дарителя. Необходимымъ признакомъ всяаго даренія будетъ уменьшеніе имущества дарителя: non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur<sup>1)</sup>). Это уменьшеніе слѣдуетъ понимать не только въ смыслѣ выдѣленія одаряемому части наличнаго имущества дарителя, но и въ смыслѣ всякаго отказа отъ имущественной прибыли въ пользу одаряемаго<sup>2)</sup>). Такъ, дарственными сдѣлками будутъ, между прочимъ, сдѣлки, которыми предоставляется безвозмездное пользованіе домомъ (*habitatio*), договоръ ссуды, безпроцентный заемъ, прекаріумъ, безвозмездное совершение услугъ, извѣстныхъ подъ именемъ ореаге *fabriles* и т. д. Однимъ словомъ, во всѣхъ случаяхъ, когда лицо добровольно теряетъ возможную выгоду въ пользу другого, хотя бы и не уменьшая наличнаго своего имущества, мы имѣемъ дѣло съ дареніемъ. Но простое опущеніе сдѣлать своему имуществу приращеніе, хотя бы это опущеніе послужило въ пользу другого, по римскому праву не считалось за дареніе: qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare<sup>3)</sup>). Поэтому, напр., не будетъ дареніемъ отказъ отъ наслѣдства, или легата, вслѣдствіе какового отказа наслѣдство или легатъ получаетъ другое лицо<sup>4)</sup>). № порту гр. порт. animus donandi (?)

Въ литературѣ далеко не согласны въ томъ, какъ понимать признакъ уменьшения имущества даренія. Есть мнѣніе (напр., см. *Unger. Oesterr. Privatgr. 2 § 95 п. 12*), что уменьшеніе всегда должно касаться объема наличнаго имущества дарителя. Но такое ограниченіе невѣрно уже потому, что сами римскіе юристы признавали дареніе въ случаяхъ т. наз. *habitatio* (L. 9 pr. D. 39, 5). Савини (*System 4 p. 35, 49*) объясняетъ это исключительное постановленіе тѣмъ, что тутъ сама вещь содержитъ въ себѣ продуктивную силу, подготавлиющую ея владѣльцу новую прибыль, которой онъ и лишается безвозмѣднымъ предоставлениемъ пользованія. Но поэтому-же другіе ученыe (напр., *Heimbach* въ *Rechtslex. 9 p. 647 п. 25*) совершенно логично выводили такое общее начало: всякое дѣйствіе или отдача вещи въ пользованіе, которыхъ могутъ служить по своей природѣ къ пріобрѣтенію денегъ, при без-

<sup>1)</sup> L. 31 § 7 D. 24, 1.

<sup>2)</sup> См. Умовъ cit. стр. 55—72; Азаревичъ. Прекаріумъ 1877, стр. 39—48.

<sup>3)</sup> L. 28 pr. D. 50, 16; L. 5 § 18 D. 24, 1.

<sup>4)</sup> L. 5 §§ 13, 14 D. 24, 1.

возмездности должны рассматриваться какъ дареніе. Объектомъ такого даренія будетъ возможный имущественно-производительный результатъ дѣйствія или пользованія вещью, насколько то опредѣляется экономическимъ отношеніемъ спроса и предложенія. Дѣйствительно, источники нерѣдко говорять, напр., о дареніи пользованія: L. 22, 28 D. 23, 5; L. 9 pr. D. 39, 5 и особенно L. 9 § 1 D. 39, 5... non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem... О выраженныхъ, съ первого взгляда противорѣчащихъ этому (въ особенности L. 1 § 2 D. 43, 26), см. мой трудъ: Прекаріумъ стр. 44—48.

*Бы*  
д) Увеличеніе имущества одаряемаго. Необходимымъ признакомъ даренія будетъ увеличеніе имущества одаряемаго, чтобы онъ сдѣлался locupletior<sup>1)</sup>. Поэтому не будутъ дареніемъ такие акты, которые хотя и выражаютъ въ извѣстной степени имущественное самопожертвованіе, но не ведутъ къ обогащенію другого лица<sup>2)</sup>). Такъ, не будетъ дареніемъ предоставленіе поручительства или залога за чужой долгъ<sup>3)</sup>. Не будетъ тутъ даренія по отношению къ кредитору. Хотя объемъ имущества поручителя измѣняется,— онъ принимаетъ на себя обязанность,— но объемъ имущества кредитора остается прежній, у него не является двухъ требованій, онъ не можетъ получить и съ должника, и съ поручителя, а только съ одного изъ нихъ. При залогѣ кредиторъ получаетъ право, въ случаѣ неуплаты должникомъ, обратить взысканіе на заложенную вещь, но размѣръ этого взысканія опредѣляется величиною долга; значитъ залогъ не увеличиваетъ самаго требованія. Дѣло не измѣняется и при несостоятельности должника, такъ какъ уплата долга со стороны поручителя лишаетъ кредитора права требованія къ должнику. Не будетъ поручительство и залогъ по чужому долгу дареніемъ по отношению къ самому должнику, такъ какъ поручитель и залогодатель въ моментъ уплаты чужого долга получаютъ право требованія къ должнику, становятся его кредиторами и остаются ими даже при несостоятельности должника, котораго имущество, значитъ, отъ поручительства и /з/алога не увеличивается. Нельзя видѣть даренія и въ отказѣ кредитора отъ поручительства и залога, такъ какъ подобный отказъ не производить никакого измѣненія въ имуществѣ кредитора, поручителя и залогодателя. Не будетъ даренія и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лицу предоставляется имущество для передачи его другому; имущество такого лица нисколько

<sup>1)</sup> L. 5, § 8 D. 24, 1.

<sup>2)</sup> См. *Savigny* cit. § 149; *Molitor. Obligations* 2 p. 306.

<sup>3)</sup> L. 1 § 19 D. 38, 5; L. 18 D. 42, 8.

не увеличивается; къ тому же, дающій вещь для передачи и не имѣть намѣренія одарить его, хотя можетъ имѣть намѣреніе одарить кого нибудь другого (*donatio per interpositam personam*).

Мы разсмотрѣли всѣ необходимые признаки даренія. Иногда къ нимъ прибавляютъ еще

е) *Cогласie одаряемаго.* Въ понятіе даренія по римскому праву не входило однимъ изъ необходимыхъ его признаковъ согласіе лица одаряемаго. Поэтому будетъ вполнѣ дѣйствительно дареніе, напримѣръ, въ формѣ принятія на себя чужого долга<sup>1)</sup> или уплаты чужого долга<sup>2)</sup> безъ согласія и вѣдѣнія должника. Изъ этого слѣдуетъ, что дареніе можетъ быть и не договоромъ; дареніе не требуетъ необходимаго соглашенія воль.

Нами принято воззрѣніе, котораго первыми и главными представителями были Мейерфельдъ (cit. p. 37 и слѣд.) и Савинъ (cit. § 160). Но весьма многіе писатели (напр., *Puchta Inst.* II § 205 р.; *Windscheid Pand.* § 365 и 5) держатся того воззрѣнія, что дареніе для своей дѣйствительности требуетъ согласія одаряемаго. Въ источникахъ дѣйствительно имѣются такія выраженія, изъ которыхъ съ первого взгляда можно сдѣлать тотъ выводъ (см. *Умова* cit. стр. 119), что дареніе немыслимо безъ акцепта (*Cic. Top. c. 8 in f.*). Но по вѣрному замѣчанію Савинъ, такія выраженія имѣютъ лишь тотъ смыслъ, что дареніе не можетъ получить силы только *противъ* воли одаряемаго, какъ это ясно слѣдуетъ изъ такихъ словъ: *non potest liberalitas nolenti acquiri* (L. 19 § 2 D. 39, 5); *invito beneficium non datur* (L. 69 D. 50, 17, L. 16 C. 6, 30). Съ другой же стороны, устраниеніе примѣровъ дѣйствительного даренія безъ акцепта со стороны одаряемаго основано на весьма неубѣдительныхъ разсужденіяхъ (см. у *Умова* cit. стр. 121, 122).

Разсмотрѣвъ признаки даренія, скажемъ объ его предметѣ.

*Предметъ даренія* можетъ быть самый разнообразный, такъ какъ дареніемъ можно произвести измѣненіе во всѣхъ родахъ имущественныхъ правъ. Различие предметовъ обусловливаетъ различие и способовъ обогащенія чрезъ посредство даренія. Выходя изъ послѣднихъ, дареніе можно свести къ слѣдующимъ тремъ разрядамъ: а) дареніе, состоящее *in dando*<sup>3)</sup>; б) дареніе, состоящее *in promittendo* или *obligando*<sup>4)</sup> и в) дареніе, состоящее *in liberando*<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 8 D. 46, 2; L. 91 D. 46, 3.

<sup>2)</sup> L. 23 D. 46, 3.

<sup>3)</sup> § 40 I. 2, 1; L. 4, 6, 9, 10, 27 D. 39, 5; L. 12 § 2; L. 38, 40 D. 7, 1.

<sup>4)</sup> § 2 J. 2, 7; L. 35 § 5 C. 8, 54. L. 12, 22, 23 D. 39, 5. — L. 2 § 1; L. 21 § 4; L. 33 § 3 D. 39, 5; L. 2, 3, 11 C. 8, 54.

<sup>5)</sup> L. 17, 21 pr. L. 33 § 3 D. 39, 5; L. 1 D. 2, 15; — L. 7 § 7; L. 50 pr. D. 24, 1; L. 12 C. 2, 19.

О первомъ говорится тогда, когда одаряемому непосредственно самимъ актомъ даренія устанавливается известное право на вещь, напр., переносится право собственности, владѣнія, пользованія, сервитутное право и т. д.

Второй случай даренія имѣется тогда, когда даритель обогащаетъ одаряемаго тѣмъ, что предоставляетъ ему право требованія съ него, дарителя, принявъ на себя обязательство. Это такъ наз. обѣщаніе подарить. Въ *donatio in obligando* дареніе составляетъ самое обѣщаніе, а не исполненіе его, такъ какъ только оно и увеличиваетъ имущество одаренного и уменьшаетъ имущество дарителя, предоставляя одному право требованія и возлагая на другого обязанность его исполнить; исполненіе же обѣщанія не болѣе, какъ простое исполненіе долга.

Третій случай даренія имѣеть тогда, когда даритель обогащаетъ одаряемаго тѣмъ, что освобождаетъ его отъ известного обязательства къ себѣ или отъ известныхъ ограничений его правъ, установленныхъ въ интересѣ дарителя. Такъ, даритель можетъ обогатить своего должника по долговому обязательству, отказавшись симъ *animi donandi* отъ своего права требованія. Отказъ съ тою же цѣлью отъ безвозмездного сервитутного права будетъ также дареніемъ собственнику обремененной сервитутомъ вещи<sup>1)</sup>). И т. д.

Дареніе можетъ имѣть своимъ объектомъ не только определенные вещи или определенные права, но и все имущество или часть его (напр., *dimidia pars*). Это такъ наз. *donatio universalis*. *Donatio universalis*, если оно даже будетъ *donatio omnium bonorum*, не устанавливаетъ общаго преемства въ правахъ, *successio per universitatem*<sup>2)</sup>). Здѣсь каждая вещь, каждое право составляетъ самостоятельный предметъ даренія<sup>3)</sup>, почему при *d. univ.* непремѣнно должно было переименовать всѣ предметы даренія. Даритель нынѣшнему остается ответственнымъ передъ кредиторами по старымъ своимъ обязательствамъ.

На основаніи разсмотрѣнныхъ признаковъ и предмета даренія можно теперь опредѣлить:

*Юридическую сущность даренія и место его въ системѣ права.* Разъ, какъ мы видѣли, дареніе можетъ выражаться и

<sup>1)</sup>) *Unger. Syst. oesterr. Privatr.* II § 95 n. 36.

<sup>2)</sup>) *Meyerfeld cit.* II p. 1.

<sup>3)</sup>) См. L. 11, 22, 34, § 4 C. 8, 54; L. 8 C. 8, 56; L. 28 D. 39, 5; L. 37 § 3 D. 30; L. 17 § 1 D. 42, 8; *Fragm. Vat.* § 263.

не въ формѣ соглашения воль, каковымъ соглашениемъ характеризуется понятіе договора, то нельзя считать дареніе за договоръ и отводить ему мѣсто между договорами. Кромѣ того, по даренію, какъ показано, могутъ устанавливаться самыя разнообразныя права (вещныя и обязательственныя, какъ, напримѣръ, при обѣщаніи подарить) и притомъ безъ явной, опредѣленной связи съ какимъ либо институтомъ гражданскаго права, подобно, напр., приданому, куплѣ-продажѣ. Поэтому правильно видѣть въ дареніи такую сдѣлку общаго характера, которая можетъ принимать въ себя признаки самыхъ разнообразныхъ сдѣлокъ и устанавливать самыя разнообразныя правоотношенія. Этимъ опредѣляется и мѣсто даренія въ системѣ гражданскаго права, а именно въ общей его части, въ раздѣлѣ о приобрѣтеніи гражданскихъ правъ.

Вопросъ объ юридической сущности даренія и его мѣстѣ въ системѣ гражданскаго права одинъ изъ самыхъ спорныхъ въ наукѣ. Большинство современныхъ ученыхъ дѣлятся на два лагеря. Тѣ, которые держатся признака соглашенія въ каждомъ дареніи, видѣть въ немъ договоръ и потому помѣщаютъ его въ обязательственномъ правѣ, въ отдѣлѣ о договорахъ. Другие высказываютъ взглядъ, принятый въ текстѣ <sup>3</sup> Въ прежнее же время многіе держались взгляда Юстиніана, помѣстившаго дареніе между способами приобрѣтенія права собственности (*Inst. de donat.* 2, 7); въ дареніи видѣли только способъ безвозмезднаго приобрѣтенія права собственности и отводили ему мѣсто среди вещныхъ правъ. Правда, по даренію, весьма часто переносится право собственности, но даже и въ этихъ случаяхъ оно служить только *justa causa* для традиціи, подобно куплѣ-продажѣ и множеству другихъ сдѣлокъ (*Savigny cit.* § 142). Но кромѣ того, по даренію могутъ быть переносимы, помимо собственности, и многія другія права (напр., право на чужую вещь), можетъ производиться освобожденіе отъ долга (*liberatio*); значитъ donatio не будетъ всегда datio (*Unger. Syst. d. österr. allg. Privatr.* p. 201). — Съ другой стороны, нельзя относить даренія и къ обязательствамъ (см., напр., *Windscheid. Pandekt* 2, p. 348 n. 18. За нимъ и *Умовъ cit.* стр. 132, 133) прежде всего уже потому, что признакъ соглашенія не существенъ, какъ указано выше, а кромѣ того, отношеніе, устанавливаемое дареніемъ, во многихъ случаяхъ не будетъ носить обязательственного характера. Необходимо обязательственное отношеніе устанавливается только въ дареніи, совершенномъ чрезъ обѣщаніе подарить. Но изъ даренія, переносящаго, напр., право собственности, обязательственного отношения никоимъ образомъ не получится. — Оба упомянутыя взорѣнія слишкомъ односторонни и исключительны (*Meyerfeld. cit.* p. 86, 87). Поэтому правильно видѣть въ дареніи negotium такого общаго характера, который можетъ выражаться въ самыхъ разнообразныхъ формахъ юридическихъ сдѣлокъ (въ формѣ традиціи, въ видѣ установлениія и уступки обязательства, уплаты долга и т. п.) и устанавливать самого разно-

образного характера права; а поэтому и место даренію можно отнести только въ общей части. Со временем Пухты (Institut. p. 29; System § 68), такой взглядъ можно считать господствующимъ въ литературѣ (его держатся: Савинъ, Келлеръ, Синтенисъ, Арндсъ, Вангеровъ, Унгеръ и др.). Довольно сильное возраженіе противъ этого воззрѣнія находимъ въ слѣдующихъ разсужденіяхъ Виндшейда (Pandekt. 2 § 117 п. 18). По поводу общаго характера даренія оно указываетъ на институтъ такого же общаго характера, а именно приданое, которое можетъ устанавливаться въ самыхъ разнообразныхъ сдѣлкахъ, а тѣмъ не менѣе никто не думаетъ выносить его изъ семейнаго права въ общую часть. Затѣмъ еще купля-продажа — несомнѣнно обязательственная сдѣлка, а между тѣмъ послѣдствіемъ ея можетъ быть установление самыхъ разнообразныхъ правъ, такъ какъ можно продавать не только вещи, но и права на чужую вещь, обязательственные права и т. п.—На это можно отвѣтить слѣдующее. Приданое по своимъ специальнымъ цѣлямъ,—какъ бы разнообразны ни были сдѣлки, которыми эти цѣли осуществляются,—тѣсно связано съ опредѣленнымъ отдельомъ гражданскаго права, тогда какъ дареніе не имѣеть такого специального признака, по которому его можно было бы пріурочить къ опредѣленному отдельу права. Затѣмъ, если купля-продажа и можетъ вести къ установлению разнообразныхъ правъ, то лишь посредственno; непосредственно же она устанавливается только обязательство. Дареніемъ же въ одномъ случаѣ можетъ непосредственно установиться обязательственное отношеніе (обѣщаніе подарить), въ другомъ—прямо вещное право (передача вещи cum animo donandi).—Мы не упоминаемъ о многихъ другихъ попыткахъ прежняго времени болѣе или менѣе своеобразно опредѣлить сущность даренія (см. у Meyerfeld. cit. p. 87—89), а также и тѣхъ послѣднихъ попыткахъ конструировать дареніе, которые выходили изъ переработки всей принятой теперь системы гражданскаго права. Къ числу послѣднихъ относятся, напр., попытки Мейерфельда (cit. p. 89—92) и особенно надѣлавшаго шумъ Нейнера (Neuner. Wesen und Arten der Privatrechtsverhaltn. § 14, p. 101—104).

Установленіе даренія. Изъ сказаннаго объ юридической сущности даренія и его предметѣ слѣдуетъ, что устанавливаться дареніе можетъ сдѣлками самого разнообразнаго рода. Такъ, для дарственного установленія права собственности на вещь необходимо traditio, для обѣщанія подарить—формальное (stipulatio) или неформальное (ractum)<sup>1</sup>), соглашеніе, для дарственного освобожденія отъ долга—формальное признаніе долга погашеннымъ (acceptilatio) или принятие на себя чужаго долга (expromissio). Это только примѣры сдѣлокъ, съ очевидностью обусловленныхъ предметомъ даренія; но дареніе, согласно предмету, можетъ быть установлено и всякими другими юридиче-

<sup>1)</sup> L. 35 § 5 С. 8, 54; § 2 J. § 2, 7.

скими путями<sup>1)</sup>, лишь бы только все необходимые признаки его были на лицо и даритель имѣть право на безвозмездное отчуждение своего имущества<sup>2)</sup>). Поэтому настоящимъ дареніемъ будетъ лишь дареніе, установленное сдѣлкой *inter vivos*, *donatio inter vivos*, и не будетъ имъ т. н. дареніе на случай смерти, *mortis causa donatio*<sup>3)</sup>, т. е. дареніе, котораго выполнение поставлено въ зависимость отъ смерти дарителя, такъ что если даритель переживеть одаряемаго, то даръ считается не осуществившимся. По сходству признаковъ такого даренія съ отказами, разсмотрѣніе его чаще всего относить къ наследственному праву. Отъ *donationes mortis causa* слѣдуетъ строго отличать тѣ случаи чистаго даренія *inter vivos*, когда прибавленное къ нему условіе (сuspensivное или резолютивное) выполняется по смерти дарителя<sup>4)</sup>.

Считать ли *donatio mortis causa* за дареніе или за одну изъ формъ отказа,— вопросъ въ литературѣ весьма спорный. Разсмотрѣніе его мы относимъ къ отдѣлу о легатахъ.

Въ римскомъ учениіи о дареніи были нѣкоторыя запрещенія и предписаніе формъ, несоблюденіе которыхъ дѣлало установление даренія недѣйствительнымъ. Къ первымъ относится дареніе между супругами, ко вторымъ—требованіе т. наз. *insinuatio*.

Даренія между супругами<sup>5)</sup>). Дареніе между лицами, состоявшими въ бракѣ дѣйствительномъ, по римскимъ законамъ<sup>6)</sup>, запрещалось въ томъ смыслѣ, что супругъ-даритель имѣть право востребовать (*vindicatione*) подаренную вещь или (*sodicitione sine causa, ex iusta causa*) ее стоимость (когда вещь отчуждена, а цѣна полученная на лицо), или (*utili vindicatione*) предметъ, купленный на подаренные деньги; могъ, наконецъ, произвести зачетъ полученного дара. Запрещеніе это касалось супружества только на время существованія брака и не примѣнялось къ дареніямъ, совершааемымъ до и послѣ брака. Такъ, римское право знало цѣлый институтъ добрачнаго даренія,

<sup>1)</sup> См., напр., L. 10 D. 39, 5; L. 6, 28 C. 8, 54.

<sup>2)</sup> Arg. L. 35 § 2 D. 39, 5; L. 16 C. 8, 54.

<sup>3)</sup> Pr. § 1 J. 2, 7; Dig. 39, 6 de mortis causa donationibus et capionibus Cod. 8, 57 de mortis causa donationibus.

<sup>4)</sup> L. 27; L. 35 § 2 D. 39, 6.

<sup>5)</sup> Dig. 24, 1 de donationibus inter virum et uxorem; Cod. 5, 16 de donationibus inter virum et uxorem etc.

<sup>6)</sup> L. 3 § 1 D. 24, 1.

donatio ante nuptias, позднѣе donatio propter nuptias<sup>1)</sup>). При этомъ однако дареніе, совершенное до брака, но осуществимое уже во время брака, подпадало данному запрещенію. Наоборотъ, дареніе, совершенное во время брака, но осуществляющееся уже послѣ брака, было вполнѣ дозволено, какъ-то donatio mortis causa. Со времени сенатусконсультата 206 года по Р. X. (предложеніе сдѣлано было импер. Северомъ и Каракаллой, отчего носить название oratio Severi, oratio Antonini<sup>2)</sup>) послѣ смерти супруга-дарителя, — раньше или одновременно съ супругомъ одареннымъ, — не потребовавшаго при жизни возвращенія дара, послѣдній разсматривался какъ donatio mortis causa и поэтому считался съ самаго установленія<sup>3)</sup> въ полной действительности<sup>4)</sup>. — Основаніемъ къ такому запрещенію дареній между супругами, по словамъ источниковъ<sup>5)</sup>, служило намѣреніе предупредить взаимное обираніе супруговъ во имя любви. Свободный римскій разводъ могъ послужить къ такому постановленію однимъ изъ сильнейшихъ поводовъ, что доказывается исключеніемъ, сдѣланнымъ для donatio mortis causa<sup>6)</sup>. — По этому-же основанию запрещалось дареніе не только между супругами, но и даренія одного супруга родственникамъ другого, а именно patrifamilias послѣдняго, всѣмъ находящимся подъ одною отцовскою властью съ нимъ, не могла дарить мать своему сыну<sup>7)</sup>), т. к. косвенно это вело бы къ одаренію мужа въ формѣ узуфрукта<sup>8)</sup>.

Изъ запрещенія чистыхъ дареній между супругами допускались слѣдующія исключенія:

- 1) Дареніе между императоромъ и императрицей<sup>9)</sup>.
- 2) Дареніе на поправку зданій<sup>10)</sup> (ne urbs ruinis deformetur).
- 3) Дареніе въ случаѣ присужденія одного изъ супруговъ къ deportatio<sup>11)</sup>.

<sup>1)</sup> Cod. 5, 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis.

<sup>2)</sup> L. 23; L. 32 pr. D. 24, 1. См. объ этомъ sc̄-тум у Savigny cit. § 163.

<sup>3)</sup> L. 32 §§ 1, 8. D. 24, 1; L. 25. C. 5, 16.

<sup>4)</sup> L. 32 §§ 2—4, 5, 14, 15. D. 24, 1; L. 8. D. 34, 5; L. 26. D. 39, 6; L. 12; L. 15; L. 18, C. 5, 16.

<sup>5)</sup> L. 1; L. 3 pr. D. 24, 1.

<sup>6)</sup> Michaux cit. p. 340.

<sup>7)</sup> L. 3 § 2—8; L. 26 § 1; L. 32 § 16—21; L. 53 pr.; L. 60 pr. D. 24, 1; L. 4, 5. C. 5, 16.

<sup>8)</sup> Savigny cit. § 162 n. o.

<sup>9)</sup> L. 26 C. 5, 16.

<sup>10)</sup> L. 14. D. 24, 1.

<sup>11)</sup> L. 13 § 1 D. 24, 1.

4) Дареніе раба manumissionis causa — съ обязанностью отпустить его на волю<sup>1)</sup>.

5) Дареніе жены мужу съ цѣлью доставить ему возможность получить почетное званіе<sup>2)</sup>, напр., сенатора и всадника.

6) Дареніе жены мужу для устройства общественныхъ увеселений<sup>3)</sup>, которыя лежали на обязанности нѣкоторыхъ высшихъ магистратовъ.

7) Дареніе мужемъ женѣ необходимыхъ средствъ къ жизни<sup>4)</sup> или вообще такія даренія, которыя состояли въ предоставлениі однимъ супругомъ другому пользованія его вещами (наприм., одеждой, рабами) или его личными услугами<sup>5)</sup>.

8) Наконецъ, были дѣйствительны даренія небольшой стоимости, которыя дѣлали одинъ супругъ другому по поводу различныхъ торжественныхъ случаевъ, напр., дня рожденія<sup>6)</sup>.

*Insinuatio.* Въ юстиніановомъ правѣ для всѣхъ крупныхъ дареній предписана была т. наз. инсінуація (*insinuatio*), состоящая въ заявленіи и занесеніи въ протоколь предъ определеннымъ должностнымъ лицомъ (въ столицѣ такимъ былъ *magister census*, въ остальныхъ мѣстахъ — другое магистры). Крупными дареніями, требующими инсінуаціи, сперва (съ 529 г.) считались даренія<sup>7)</sup>, превышающія 300, а позднѣе (съ 531 г.) 500 солидовъ<sup>8)</sup>. Если дарились не деньги, то производилась оцѣнка даримому въ судебнѣмъ мѣстѣ. При вычисленіи суммы даренія въ разсчетъ принимается только одно настоящее дареніе; нѣсколько дареній, сдѣланныхъ одному лицу въ разное время<sup>9)</sup>, тѣмъ болѣе нѣсколько дареній нѣсколькимъ лицамъ<sup>10)</sup> никогда не слагаются. При дареніи плодоприносящей венци въ оцѣнку не входятъ будущіе плоды и доходы съ нея<sup>11)</sup>. При пожизненнемъ вещномъ пользованіи чужою вещью (узуфруктъ) стоимость даренія опредѣляется вѣроятною продолжительностью жизни пользователя<sup>12)</sup>. При обѣщаніи производить срочные пла-

<sup>1)</sup> L. 7 § 9 D. 24, 1.

<sup>2)</sup> L. 40—42 D. 24, 1; L. 21 C. 5, 16.

<sup>3)</sup> L. 42 D. 24, 1.

<sup>4)</sup> L. 21 pr. D. 24, 1.

<sup>5)</sup> L. 18; L. 28 § 2; L. 31 § 1 D. 24, 1.

<sup>6)</sup> L. 31 § 8 D. 24, 1.

<sup>7)</sup> L. 30—35; L. 36 § 3 C. 8, 54; § 2 I. 2, 7.

<sup>8)</sup> Около 2000 рублей по теперешнему курсу.

<sup>9)</sup> L. 34 § 3 C. 8, 54.

<sup>10)</sup> *Seuffert's Archiv.* I 342.

<sup>11)</sup> L. 9 § 1; L. 11 D. 39, 5.

<sup>12)</sup> См. *Savigny* cit. § 166 п. м. сп. *Michaux* cit. p. 63.

также нужно различать: назначенъ ли срокъ продолжительности такихъ платежей или ить. Въ первомъ случаѣ всѣ платежи складываются<sup>1)</sup> и если сумма превышаетъ 500 солидовъ, то дареніе подлежитъ инсинуаціи. Когда же сумму невозможнно определить<sup>2)</sup>, то платежъ 1), существующій окончиться со смертью одной какой либо стороны, при каждомъ осуществлении разсматривается какъ отдельное дареніе, 2) существующій же перейти къ наследникамъ обѣихъ сторонъ, всегда подлежитъ инсинуаціи<sup>3)</sup>.—Несоблюдение правильнъ инсинуаціи ведетъ за собою недѣйствительность даренія съ самаго начала и притомъ настолько, насколько общая сумма даренія превышаетъ 500 солидовъ<sup>4)</sup>. Въ послѣднемъ случаѣ устанавливается общая собственность съ предоставлениемъ тому, кто имѣть большую часть вещи, купить у другого остальную; но если это лицо отказывается отъ такой покупки, то приступаютъ къ дѣйствительному раздѣлу вещи. Если даритель уже передалъ вещь, то онъ можетъ требовать, на основаніи несоблюденія правильнъ инсинуаціи, возвращенія того, чѣмъ одаренный неправильно обогатился (*vindicatio* и *condictio*<sup>5)</sup>).—По исключенію не требуется инсинуаціи для дареній: а) дѣлаемыхъ императоромъ или въ пользу его<sup>6)</sup>; б) дѣлаемыхъ съ цѣлью поправки разрушенного зданія<sup>7)</sup>; в) дѣлаемыхъ *riissima causa*, т. е. для выкупа плѣнныхъ<sup>8)</sup>; г) дареніе движимыхъ вещей *magister militum* для вознагражденія солдатъ<sup>9)</sup>; д) дареніе съ цѣлью установить приданное и *donatio ante nuptias*<sup>10)</sup>; е) до 531 г. дареніе для *riæ causæ*<sup>11)</sup>.

Въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ дареніе не знало никакихъ другихъ ограничений и формальностей кромѣ тѣхъ, которыя требовались для приобрѣтенія по даренію соответствующаго права (см. L. 9 § 3. D. 39, 5; Fragm. Vatic. § 263, 293). Впервые формальные требования для даренія, какъ такого, мы находимъ въ плебисцитѣ M. Cincii Alimenti de donis et muneribus,

<sup>1)</sup> Arg. L. 35 § 7 D. 39, 6; L. 16 § 1 D. 45, 1.

<sup>2)</sup> L. 34 § 4 in f. C. 8, 54.

<sup>3)</sup> Cp. *Savigny* cit. § 166 п. р. съ *Windscheid. Pandekt.* § 119 п. 6.

<sup>4)</sup> L. 34 pr.; L. 35 § 3 in f. C. 8, 54.

<sup>5)</sup> *Savigny* cit. § 167; *Molitor. Oblig.* § 913.

<sup>6)</sup> L. 34 pr. C. 8, 54; Nov. 52 c. 2.

<sup>7)</sup> L. 36 § 2 C. 8, 54.

<sup>8)</sup> L. 34 pr.; L. 36 pr. C. 8, 54.

<sup>9)</sup> L. 36 § 1 C. 8, 54.

<sup>10)</sup> L. 31 pr. C. 5, 12; Nov. 119 c. 1; Nov. 127 c. 2.

<sup>11)</sup> См. L. 34 pr. in f. C. 8, 54 cp.; L. 35 § 5; L. 36 pr. C. 8, 54; L. 19 C. 1, 2.

т. наз. *lex Cincia* 548 а. и. с. Источники не дают ясного представления о содержании этого закона и въ наукѣ поэтому крайне разногласіе (см. *Danz. Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts* 2, Aufl. Th. 2, p. 72—74). Савильи (*Vermischte Schriften* Bd. I, p. 384, 385), а за нимъ и большинство новѣйшихъ писателей полагаетъ, что законъ Цинція прежде всего запретилъ даренія свыше извѣстной мѣры (*modus legitimus*, см. *Ulp. pr.* 1), которую по разнымъ соображеніямъ онъ опредѣляетъ въ 20000 сестерцій. Другіе же ученые (напр., *Liebe. Die Stipulation u. das einfache Versprechen*, p. 107 и слѣд.) полагаютъ, что этотъ законъ имѣлъ цѣлью предупредить, чтобы разныя одаренія, установленные нравами по поводу различныхъ жизненныхъ отношений (т. наз. *munus*), не выразились въ форму безвозмездного обогащенія одаряемаго (*donations*); однимъ словомъ, законъ хотѣлъ запретить вообще *immodicum munus*. Затѣмъ, законъ Цинція принадлежалъ къ числу *leges imperfectae* (*Ulp. pr.* 1), поэтому дареніе свыше мѣры не было само по себѣ недѣйствительно, а давало право дарителю на *rescissio* въ размѣрѣ, превышающей *legitimus modus*. Но выполненная давность владѣнія на подаренную вещь и смерть дарителя останавливали дѣйствіе закона Цинція (*Frag. Vat.* § 293); наследники дарителя не могли прибѣгать къ его защитѣ (*Frag. Vatic.* § 312). Кромѣ того, несомнѣнно отъ дѣйствія закона Цинція были изъяты лица въ извѣстныхъ степеняхъ родства (*cognati*) до пятой степени включительно, свойственники до 2-ой степени, мужъ и жена, женихъ и невѣста (*Frag. Vat.* § 299, 302), лица, находящіяся въ извѣстныхъ отношеніяхъ признательности (вольноотпущенникъ и патронъ, спасшій жизнь другому и т. п. *Paulus* 5, 11, § 6), всѣ когнаты безъ различія степеней по поводу установленія въ формѣ даренія приданаго. Лица эти были *personae exceptae* (т. е. отъ дѣйствія закона Цинція) въ отличіе отъ всѣхъ остальныхъ, какъ *personae non exceptae*. Писатели, не признающіе въ законѣ максимума даренія, рассматриваютъ положеніе *personarum exceptarum* иначе (см. *Liebe cit. Vangerow Pand* § 122, Anm. 1). Современемъ положенія закона Цинція мало по малу перестаютъ примѣняться въ жизни и замѣняются новыми. Съ Констанція Хлора находимъ судебную инсинуацію, которая по разнымъ конституціямъ сопровождалась разными другими формальностями, обставлялась разными условіями и вела къ разнымъ послѣдствіямъ, пока Юстиніанъ не далъ ей изложенныхъ формъ и значенія (см. различные конституціи обѣ инсинуацій до Юстиніана у *Даница. Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rechts* p. 75).

Послѣ вопроса объ установлѣніи даренія остается разсмотрѣть вопросъ объ его прекращеніи. Тутъ мыслимъ только одинъ способъ прекращенія, а именно:

*Возвращеніе дара.* — По общему правилу, дѣйствительный даръ не подлежалъ востребованію назадъ<sup>1)</sup>. По особымъ только основаніямъ даръ могъ быть ревоцированъ 1) третьими лицами или 2) даже самимъ дарителемъ.

<sup>1)</sup> L. 2—5 C. 8, 56.

1) Трети лица могли уничтожить силу даренія, когда щедростью дарителя нарушались ихъ права. Сюда относится тотъ случай, когда дареніемъ нарушается законная часть (*portio legitima*) наслѣдниковъ. Особымъ, чисто личнымъ искомъ *querela in officiosae donationis*<sup>1)</sup>, послѣдніе имѣли право обезсилить дареніе въ томъ размѣрѣ, въ какомъ возстановлялась вполнѣ ихъ законная часть. Кромѣ того, кредиторы могутъ требовать уничтоженія дареній, сдѣланныхъ должникомъ *in fraudem creditorum*, хотя бы одаренный и не зналъ объ этой *fraus*<sup>2)</sup>.

2) Самъ даритель могъ востребовать даръ назадъ въ слѣдующихъ случаяхъ<sup>3)</sup>:

а) *Propter ingratitudinem*, въ случаяхъ неблагодарности одаренного<sup>4)</sup>. Ревокациія по этой причинѣ сперва предоставлялась только патрону, позднѣе восходящимъ родственникамъ<sup>5)</sup>, а съ Юстиніана — всѣмъ дарителямъ. Но тутъ же въ законѣ перечислены роды неблагодарности, дающіе право на ревокацию, а именно<sup>6)</sup>: *injuria atrox*, нанесеніе тяжкой обиды, преимущественно словомъ; *impia dextra*, оскорблѣніе дѣйствіемъ; *damnum*, умышленное причиненіе значительного имущественнаго вреда; *fides fracta*, нарушеніе довѣрія по исполненію возложенныхъ дарителемъ на одаренного обязанностей; *periculum necis*, причиненіе одареннымъ дарителю смертной опасности. Въ перечисленныхъ случаяхъ неблагодарности всякий даритель получалъ право требовать даръ обратно; этого права онъ не могъ быть лишенъ самимъ соглашеніемъ: такое соглашеніе считалось противнымъ доброй нравственности. Только по исключенію права на ревокацию лишалась дарительница-мать, ведущая предосудительный образъ жизни<sup>7)</sup>, а по древнему праву и мать, вступившая во второй бракъ (*mater binuba*). Но по юстиніанову праву эта послѣдняя уже имѣла право на ревокацию, хотя только въ трехъ случаяхъ неблагодарности: *impia dextra*, *damnum*, дѣйствіе, направленное на уничтоженіе всего имущества, и *periculum necis*<sup>8)</sup>. Осуществлялось право ревокациіи особымъ *actio revocatoria* — *condictio ex lege*. Искъ этотъ направленъ на возвращеніе пода-

<sup>1)</sup> Cod. 3, 29 de inofficiosis donationibus.

<sup>2)</sup> Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

<sup>3)</sup> Cod. 8, 56 de revocandis donationibus.

<sup>4)</sup> Savigny cit. § 169; Michaux cit. §§ 1159—1162.

<sup>5)</sup> L. 1, 7, 9 C. 8, 56.

<sup>6)</sup> L. 10 C. 8, 56.

<sup>7)</sup> L. 7 in f. C. 8, 56.

<sup>8)</sup> L. 7 C. 8, 56; Nov. 22 cap. 35.

ренной вещи или ея стоимости<sup>1)</sup>; противъ третьихъ онъ не могъ быть вчиненъ на выдачу вещи<sup>2)</sup>; наконецъ, это былъ чисто личный искъ и не могъ быть осуществленъ ни наследниками дарителя, ни противъ наследниковъ одаренного<sup>3)</sup>.

б) Propter prolem subvenientem, въ случаяхъ нарожденія дѣтей, т. е. когда у дарителя рождаются дѣти, которыхъ не было во время даренія и по обстоятельствамъ даренія можно заключить, что дареніе не имѣло бы мѣста, еслибы даритель зналъ о будущемъ появленіи дѣтей. Этотъ поводъ къ ревокациіи въ римскомъ правѣ признавался только въ случаяхъ даренія патрона своему вольноотпущенному<sup>4)</sup>.

Нѣкоторые писатели ошибочно распространяютъ этотъ поводъ къ ревокациіи на всѣ случаи дареній. См. *Michaux. Traité prat. des donat.* § 1259.

## X

### ПРОТИВОПРАВНЫЯ ДѢЙСТВІЯ.

*Пособія:* *Hasse. Die Culpa des röm. Rechts.* Ausg. 1838; *Unger. Oesterr. Privatr.* 2 §§ 100—103; *Mommsen. Beiträge zur Lehre von der Culpa* (въ *Beitrag. z. Obligat.* — R. Bd. III 1855); *Binding. Die Normen u. ihre Uebertretung.* Bd. 2 1877 p. 269 — 390; *Pernice. Marcus Antistius Labeo.* Bd. 2 1878 p. 231 — 255; p. 330 — 428.

*Понятіе.* Подъ противоправнымъ дѣйствіемъ (или актомъ, negotium injustum) въ частно-гражданскомъ смыслѣ разумѣется такое дѣйствіе, которымъ законопротивно нарушаются права другихъ лицъ, положительнымъ дѣяніемъ или упущеніемъ, и тѣмъ порождается гражданская ответственность. — Дѣйствія противоправны или сами по себѣ, какъ самостоятельный дѣянія (delicta), порождающія извѣстныя обязательственные отношения между нарушителемъ и потерпѣвшимъ (obligatio ex delicto), — или же будутъ таковыми въ силу особыхъ, уже существующихъ правоотношеній (напр., договорныхъ) и своимъ послѣдствіемъ имѣютъ извѣстныя изменения въ этихъ правоотношеніяхъ или даже ихъ прекращеніе.

<sup>1)</sup> L. 7 C. 8, 56.

<sup>2)</sup> Ibid.

<sup>3)</sup> L. 7, 10 C. 8, 56.

<sup>4)</sup> L. 8 C. 8, 56.

Всякое противоправное действие предполагает два момента: объективный — самое правонарушение, и субъективный, по которому содеянное лицом вмѣняется ему въ вину, моментъ вины (*Schuldmoment*).

По господствующему воззрѣнію (см., напр., *Unger*. cit. p. 230—233), въ каждомъ гражданскомъ правонарушеніи долженъ заключаться признакъ вины. Но некоторые писатели (напр., *Heyssler*. Das Civilunrecht u. seine Formen. 1870, p. 10—22) ограничиваютъ понятіе гражд. правонарушенія однимъ объективнымъ признакомъ, считая вину признакомъ только одной изъ его формъ, де ликта. Іерингъ (Das Schuldmoment im röm. Privatr. 1867, p. 5 и слѣд.) разумѣеть подъ объективной неправдой правонарушеніе безъ вины правонарушителя; правонарушеніе же съ признакомъ вины онъ называетъ субъективнымъ неправомъ. Но срав. *Binding*. cit. Bd. 1, p. 135 и слѣд.

Итакъ, признаками противоправного действия будуть:

1) Действительное нарушеніе права. Одна попытка совершить вредящій актъ не рассматривается въ гражданскомъ правѣ какъ противоправное действие<sup>1)</sup>.

Вредъ, причиняемый противоправнымъ действіемъ, состоитъ большою частью въ уменьшениі имущества (въ убыткѣ), но часто онъ выражается въ нарушеніи и другихъ достояній человѣка, какъ напр., при оскорбленияхъ и т. п. Имущественный ущербъ можетъ выражаться самымъ разнообразнымъ образомъ: въ лишеніи владѣнія, въ поврежденіи или уничтоженіи чужой вещи, въ неоказаніи слѣдуемыхъ услугъ, и т. д. Общія выраженія для потерянной выгоды: *id quod interest, commodum, dampnum* и т. д.

2) Нарушеніе права должно быть законопротивнымъ<sup>2)</sup>. Не всякое нарушеніе будетъ таковымъ. Такъ, не считается противозаконнымъ действие, когда лицо, не переступая границъ своего правомочія, наносить ущербъ другому лицу.

*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet* L. 151. D. 50, 17.—*Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* L. 55. D. 50, 17.

Равнымъ образомъ нанесеніе вреда въ состояніи необходимой обороны лишаетъ действие характера противоправности<sup>3)</sup>; точно также когда имѣется на данное действие согласіе потерпѣвшаго: *volenti non fit injuria*<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 36 § 1 D. 6, 1; L. 21 § 7 D. 47, 2.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 47, 10; L. 5 § 1 D. 9, 2.

<sup>3)</sup> L. 3 § 7 D. 47, 9; L. 45 § 4; L. 52 § 1 D. 9, 2.

<sup>4)</sup> L. 7 § 4 D. 9, 2.

3) Нарушеніе права должно влечь вмѣненіе его виновнику<sup>1)</sup> (*imputatio juris*). Для вмѣненія же требуется наличность воли. Поэтому не будуть считаться противоправными дѣйствія, совершенныя лицами, которыхъ положительное право не признаетъ волеспособными, какъ напр., дѣтей, безумныхъ<sup>2)</sup>). Но лицо, и признанное волеспособнымъ, однако проявившее свою волю при такихъ обстоятельствахъ, которыхъ вполнѣ отрицаютъ ея свободу, напр., при физическомъ принужденіи, не совершаеть противоправного дѣйствія. Наконецъ<sup>3)</sup>), для вмѣненія необходимо, чтобы виновникъ дѣйствія находился въ такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ онъ могъ бы избѣжать причиненія вреда, принявъ предсторожность<sup>4)</sup>.

*Вина и ея степени.* Всѣ изложенные признаки противоправного дѣйствія даютъ представленіе вины (*culpa*) совершившаго его. По указанному уже выше основанию, вину подраздѣляютъ на т. наз. *culpa Aquiliana* и *culpa extra Aquiliana*, смотря по тому, совершено ли данное противоправное дѣйствіе въ связи съ даннымъ правоотношеніемъ между сторонами или помимо всякаго такого отношенія.

Положительное право не обязываетъ никого совершать определенныхъ дѣйствій для охраны чужого интереса, если только лицо не обязалось особо охранять этотъ интерес. При существованіи такого обязательства, вина можетъ выражаться въ формѣ опущенія, *culpa in non faciendo s. in omittendo*<sup>5)</sup>). Но право запрещаетъ, помимо всякаго правоотношенія между лицами, причинять другъ другу ущербъ положительнымъ дѣяніемъ. Вина, выраженная въ послѣдней формѣ, будетъ *culpa in faciendo*. Противоправные дѣйствія, направленные на причиненіе ущерба другому лицу, были регулированы закономъ Аквилія, почему *culpa in faciendo* называется *culpa Aquiliana*<sup>6)</sup>. *Culpa же in non faciendo* названа по аналогии *culpa extra Aquiliana*<sup>7)</sup>.

Вина со стороны ея отношенія къ волѣ лица дѣлится на

<sup>1)</sup> L. 1 § 5 D. 47, 10.

<sup>2)</sup> L. 5 § 2 D. 9, 2; L. 61 in f. D. 26, 7.

<sup>3)</sup> L. 16 § 1 D. 40, 12.

<sup>4)</sup> Qui non divinat culpam non admittit arg. L. 31 in f. D. 9, 2; § 3—7 J. 4, 3; L. 29 § 2 D. 17, 1.

<sup>5)</sup> L. 91 pr. D. 45, 1; L. 1 pr. D. 27, 3.

<sup>6)</sup> См. *Hasse* cit. §§ 4—13.

<sup>7)</sup> *Chironi. La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale (Aquiliana).* Vol. 1 1886.

1) преднамѣренную, желаемую, сознательную и 2) непреднамѣренную, нежелаемую, несознательную.

Преднамѣренная вина имѣть мѣсто тогда, когда совершаются дѣяніе или опущеніе<sup>1)</sup> съ намѣреніемъ, съ сознаніемъ, что этимъ производится правонарушеніе, наносится ущербъ. Такая вина съ субъективной стороны носитъ название dolus malus<sup>2)</sup>.

Подъ dolus въ тѣсномъ смыслѣ разумѣется обманъ; въ обширномъ же смыслѣ—всякое преднамѣренное и противоправное нарушеніе черезъ посредство обмана или другимъ какимъ либо путемъ. См. L. 1 § 2. D. 4, 3. Dolus malus въ смыслѣ противоправного дѣянія тождественно съ fraus, подъ которымъ разумѣется также вицѣнное нарушеніе правъ. См. *Binding* cit. Bd. 2, p. 273, 274.

Для наличности dolus требуется только сознаніе противоправности, мотивъ не имѣть значенія<sup>3)</sup> (напр., вражда); равно не имѣть значенія и то, что правонарушеніе составляло главную цѣль дѣянія или служило средствомъ для достижения другой какой либо цѣли. Только заблужденіе въ противоправности дѣянія устраняетъ dolus<sup>4)</sup>.

Когда противоправное дѣйствіе не находится въ непосредственной связи съ волею лица, когда правонарушеніе бываетъ слѣдствиемъ небрежности, невнимательности,—то говорится о culpa въ тѣсномъ смыслѣ слова<sup>5)</sup>. Въ обширномъ же смыслѣ culpa обнимаетъ собою и dolus. Только между culpa въ тѣсномъ смыслѣ дѣлается различие по степенямъ. При dolus нельзя отличать степеней, ибо въ гражданскомъ правѣ рѣшимость воли не имѣть значенія; здѣсь важенъ только фактъ сознанія послѣдствій. Въ непреднамѣренной же винѣ возможно различать степени виновности по двумъ мѣрамъ: 1) общей, абстрактной, такъ наз. culpa in abstracto и 2) конкретной, culpa in concreto. Въ первомъ видѣ вины можно различать такие два случая:

а) Когда лицо, совершившее противоправное дѣйствіе, не соблюло той внимательности, diligentia, осторожности, которая характеризуетъ каждого обыкновенного человѣка. Такая culpa граничитъ съ предумышленной виной, dolus. Поэтому эта culpa

<sup>1)</sup> Hasse cit. § 19.

<sup>2)</sup> L. 15 § 1 D. 5, 1; L. 1 § 43; L. 13 D. 16, 3; L. 61 § 5 D. 47, 2; L. 3 § 6 D. 43, 29.

<sup>3)</sup> L. 55 § 1 D. 47, 2.

<sup>4)</sup> L. 3 § 4 D. 47, 10; L. 46 § 7 D. 47, 2; L. 2 § 5 D. 44, 4.

<sup>5)</sup> L. 61 § 5 D. 47, 2.

считается тяжкой, грубой, иначе — culpa lata. Источники говорятъ, что она dolo comparatur, prope dolum esse и т. п., а виновному лицу приписывается negligentia dissoluta, crassa, lata<sup>1)</sup>.

Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt. L. 213 § 2; L. 223 pr. D. 50, 16. | JB

6) Въ противоправномъ дѣйствіи можетъ недоставать осторожности, свойственной обыкновенному внимательному къ своимъ дѣламъ человѣку или отцу семейства, paterfamilias. Источники говорять о homines frungi, diligentes<sup>2)</sup>, представителемъ которыхъ позднѣе обыкновенно выставлялся<sup>3)</sup> paterfamilias, studiosus, diligens<sup>4)</sup> и т. п. Виновность противъ подобной diligentia будетъ уже слабѣе, ибо это diligentia не простого человѣка, а такого лица, на котораго возложенъ долгъ особенной осмотрительности. Поэтому и вина въ этихъ случаяхъ будетъ легкая, culpa levis. Такая вина вмѣняется, между прочимъ, и тѣмъ лицамъ, которые оказались неопытными въ принятомъ на себя дѣлѣ, напр., въ дѣлахъ искусства, медицины и т. п.<sup>5)</sup>. Осторожный человѣкъ не приметъ на себя дѣла ему незнакомаго<sup>6)</sup>.

Итакъ, по абстрактной мѣрѣ culpa будетъ или lata, или levis; первая выражается въ несоблюдении осмотрительности обыкновенного человѣка, вторая — въ несоблюдении осмотрительности отца семейства. По конкретной мѣрѣ положительное право требуетъ отъ лица той осторожности въ дѣлахъ другихъ лицъ, съ какой относятся къ своимъ собственнымъ дѣламъ, diligentia quam suis rebus adhibere solet<sup>7)</sup>. Culpa in concreto будетъ всегда culpa levis<sup>8)</sup>. | 3

Многіе прежніе ученые допускали еще одну степень вины подъ названіемъ culpa levissima. Правда, въ одномъ мѣстѣ (о приводимыхъ другихъ мѣстахъ см. у Vangerow. Pand. 1, § 107) источники употребляютъ это выражение (L. 44 pr. D. 9, 2), но тѣмъ не менѣе, нельзя видѣть тутъ особаго

<sup>1)</sup> L. 32 D. 16, 3; L. 29 pr. D. 17, 1; L. 1 § 5 D. 44, 7; L. 11 § 11 D. 11, 1; L. 22 § 3 D. 36, 1. См. Pernice cit. 2 p. 377 и слѣд.

<sup>2)</sup> L. 11 D. 18, 6.

<sup>3)</sup> См. Pernice cit. 2 p. 330 и слѣд.

<sup>4)</sup> L. 65 D. 7, 1. L. 18 pr. D. 13, 5; L. 14 D. 13, 7; L. 137 § 2 D. 45, 1; § 5 J. 3, 24.

<sup>5)</sup> L. 9 § 5 D. 19, 2.

<sup>6)</sup> См. Pernice cit. 2, p. 236.

<sup>7)</sup> L. 72 D. 17, 2; L. 17 pr. D. 23, 3; L. 1 pr. D. 27, 3.

<sup>8)</sup> L. 72 D. 17, 2. Но иначе L. 32 D. 16, 3. Попытки къ примиренію см. Binding. cit. 2 p. 355.

вида culpa. Положительное право не можетъ возлагать на лицо какой либо чрезвычайной осмотрительности и поэтому вмѣнять въ вину невыполненіе ея. Теперь ученіе о culpa levissima покинуто всѣми. См. *Unger. Oesterr. Privat.* 2, р. 237—240.

Помимо отвѣтственности по винѣ,— въ формѣ ли предна-  
мѣренной или не преднамѣренной (*culpa*),— вмѣнять чужой  
ущербъ, причиненный фактъмъ, лежащимъ внѣ воли лица,  
нельзя. Положительное право не налагаетъ отвѣтственности за  
ущербъ, причиненный случаемъ: *casus non praestantur*<sup>1)</sup>. Подъ  
случаемъ, *casus* (*casus fortuitus, datum fatale, fortuna*) разу-  
мѣется событие, проявленіе котораго лежало внѣ воли данного  
лица, не было вызвано его содѣйствиемъ<sup>2)</sup>. Сюда относятся,  
напр., явленія природы (*vis naturalis*), вторженіе непріятеля,  
смерть и т. д.<sup>3)</sup>.

Въ литературѣ нерѣдко ставятъ рѣзкое различіе между простымъ слу-  
чаемъ и такъ наз. *vis major* (L. 3 § 1 D. 4, 9; L. 13 § 1 D. 13, 7), непре-  
одолимой силой, причемъ чаще всего признакомъ послѣдняго выставляютъ  
неизбѣжность, *casus qui resisti non potest* (L. 18 pr. D. 13, 6. См., напр.,  
*Glück. Erlauter.* Bd. 6, p. 120; *Sintenis. Civilr.* Bd. 2, p. 698). Другіе же  
писатели и прежніаго, и новѣйшаго времени, не признаютъ никакого различія  
*vis major* отъ всякаго другого случая (напр., *Mackeldey. Lehrb. d. Inst.*  
§ 341; *Arndts. Pandekt.* § 289). Послѣднее воззрѣніе имѣть за себя то,  
что ближайшая и болѣе точная установка различающихъ признаковъ въ уче-  
ніи о случаяхъ и попытка вывести изъ нихъ извѣстныя послѣдствія должны  
быть признаны неудачными (см. *Exner. Der Begriff der hõheren Gewalt*  
(*vis major*). 1883, р. 1—17 и слѣд.). Такъ напр., неизбѣжность, какъ  
всегдашний признакъ для *vis major*, проведена всегда не можетъ быть, ибо  
вполнѣ неизбѣжныхъ случаевъ нѣтъ. Вотъ почему и въ новѣйшей литературѣ  
различіе между случаями чаще и чаще покидаютъ (*Exner cit.* p. 13, 14).

Иногда возможна отвѣтственность и за *casus*. Такъ, прежде  
всего, когда лицо прямо обязывается отвѣтчицать за случай, напр.,  
принимаетъ на себя полную сохранность (*custodia*) чужой вещи<sup>4)</sup>.  
Затѣмъ, возможна отвѣтственность за случай, когда ущербъ при-  
чиненъ *casu fortuito* въ связи съ извѣстнымъ дѣяніемъ дан-  
наго лица: это такъ наз. *casus mixtus*, смѣшанный случай. Такъ,  
если предметъ, не возвращенный въ срокъ, погибаетъ по насту-  
пленію его отъ какого либо случая, то просрочившій отвѣтчицаетъ

<sup>1)</sup> § 3 J. 4, 3; L. 30 § 3; L. 52 § 4 D. 9, 2; L. 23 D. 50. 17.

<sup>2)</sup> *MommSEN. Beiträge* cit. I, p. 241 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 30 pr. D. 35, 2; L. 18 pr. D. 13, 6; L. 25 § 6 D. 19, 2; L. 23 in f. D. 50, 17.

<sup>4)</sup> § 3 J. 3, 23.

за этот casus въ предположеніи, что только по причинѣ пророчки предметъ застигнуть быль даннымъ случаемъ<sup>1)</sup>). Тутъ отвѣтственность обосновывается тѣмъ, что лицо вызвало такое положеніе, при которомъ случай могъ произвести ущербъ<sup>2)</sup>.

## ЮРИДИЧЕСКИЕ СЛУЧАИ.

### Время.

Изъ крайняго разнообразія юридическихъ случаевъ здѣсь слѣдуетъ выдѣлить тѣ, которые имѣютъ особенное значеніе во всѣхъ отдельахъ права: таково время, *tempus*, какъ юридической случай.

Время играетъ громадную роль въ измѣненіяхъ среди конкретныхъ правъ.

Время, какъ срокъ, *dies*, устанавливаемый сторонами при сдѣлкахъ, уже разсмотрѣнъ выше. Но кромѣ того,

извѣстныя права могутъ быть приобрѣтаемы, извѣстное дѣйствие можетъ быть выполнено, извѣстное объявление воли можетъ быть сдѣлано только въ теченіе времени, опредѣленного соглашеніемъ сторонъ, судьей или закономъ.

Напр., по преторскому праву, притязаніе на *bонorum possessio* можетъ быть предъявлено только въ теченіе 100 дней. — Срокъ апелляціи быль десятидневный, и т. д.

Право можетъ подлежать зависимости отъ продолжительности извѣстнаго состоянія вещей въ теченіе извѣстнаго времени. Это — институтъ давности, общее ученіе о которой слѣдующее.

### Давность.

*Пособія:* *Savigny.* System d. h. r. R. Bd. 4 §§ 177, 178, 195—198; *Unterholzner.* Ausf\u00fchrlliche Entwicklung der gesammten Verj\u00e4hrungslehre 2 Aufl. v. Schirmer. 1858; *Grawein.* Verj\u00e4hrung u. gesetzliche Befristung. 1880.

*Понятіе и виды.* — Давность есть узаконеніе фактическаго состоянія отправленія или неотправленія извѣстныхъ правъ съ истечениемъ опредѣленного закономъ времени.

<sup>1)</sup> L. 1 § 4 D. 44, 7; L. 11 § 2 D. 19, 2; L. 30 D. 13, 7; L. 36 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> Pernice. Antist. Lab. 2, p. 374.

Одного общаго института давности, одинаково влияющаго на конкретныя права, не существуетъ. Противное мнѣніе было общераспространеннымъ начиная съ среднихъ вѣковъ и вплоть до новѣйшаго времени<sup>1)</sup>). Можно отличать только отдельные виды давности, въ основѣ которыхъ лежать самыя разнообразныя идеи<sup>2)</sup>). Въ «Общей части» курса придется высказать немнога общихъ соображеній.

Изъ опредѣленія давности, какъ узаконенія фактическаго состоянія отправленія или неотправленія извѣстнаго права чрезъ истеченіе опредѣленнаго периода времени, слѣдуетъ, что давность имѣть своимъ назначеніемъ возводить въ правовое состояніе извѣстное фактическое состояніе и притомъ такъ, что если это фактическое состояніе выражалось въ осуществлѣніи права, то давность узаконяетъ дальнѣйшее его существованіе; если же данное фактическое состояніе выражалось въ неосуществлѣніи права, то давность погашаетъ его. Отсюда получаются два вида давности: давность приобрѣтательная и давность погасительная. Изъ институтовъ, относящихся къ первому виду давности, будетъ такъ наз. ususаріо давностное владѣніе, т. е. приобрѣтеніе собственности чрезъ продолжительное добросовѣстное владѣніе, установленное на законномъ титулѣ<sup>3)</sup>.

Въ этихъ случаяхъ приобрѣтенію соотвѣтствуетъ потеря права для прежняго собственника. Въ другихъ случаяхъ приобрѣтенія права по давности, какъ-то сервитута, суперфиція и эмфитевиза, — не имѣется соотвѣтствующей потери, а получается только ограниченіе права собственности. Примѣромъ для второго вида давности можетъ служить непользованіе (*non usus*) сервитутомъ, напр., правомъ прохода чрезъ чужой участокъ земли. Если это непользованіе продолжается опредѣленное для давности время, то само право прекращается; причемъ погашеніе не ведеть за собою соотвѣтствующаго приобрѣтенія какого либо права. Особый характеръ имѣть такъ наз. исковая давность, т. е. погашеніе искового права въ силу непредъявленія иска въ продолженіе опредѣленнаго срока времени. Тутъ должникъ приобрѣтаетъ право на возраженіе противъ иска, а не самостоятельное какое либо правомочіе.

Въ наукѣ, начиная съ среднихъ вѣковъ, для давности при-

<sup>1)</sup> См. *Unger. Oesterr. Privatr.* 2 § 104 р. 257—259.

<sup>2)</sup> *Savigny. System.* 4 § 178.

<sup>3)</sup> L. 3 D. 41, 3.

нято общее название — *praescriptio*<sup>1</sup>). Но словомъ *praescriptio* въ римскомъ его смыслѣ можно назвать развѣ только одинъ видъ давности, а именно исковую погасительную давность, между тѣмъ какъ давность въ обширномъ смыслѣ есть совокупность многихъ институтовъ, которые всѣ имѣютъ только тотъ общій признакъ, что данное фактическое состояніе узаконяется по истеченіи извѣстнаго периода времени.

*Praescriptio* въ сущности есть лишь одинъ изъ видовъ возраженія (*exscriptio*) на искъ (*Gajus* 4 §§ 130—137). Если возраженіе на искъ выписывалось во главѣ исковой формулы (*praescribatur*), то оно называлось *praescriptio* (*Gajus* 4 § 132). Въ числѣ такихъ возраженій однимъ изъ наиболѣе дѣйствительныхъ было возраженіе обѣ исковой погасительной давности. Поэтому название *praescriptio* собственно можетъ быть отнесено только къ исковой давности, а не ко всякой давности.

Однако такое несоответствующее название давности пріобрѣло въ наукѣ твердое положеніе, почему и слѣдуетъ его считать обязательнымъ въ современномъ юридическомъ языке для обозначенія давности.

По послѣдствіямъ, оказываемымъ въ сферѣ конкретныхъ правъ, *praescriptio*, какъ уже сказано, можетъ быть или *acquisitiva* или *extinctiva*<sup>2</sup>). Но пріобрѣтенію правъ можетъ соотвѣтствовать потеря ихъ. Поэтому когда говорится о пріобрѣтательной или погасительной давности, то всегда тотъ или другой характеръ ея опредѣляется по цѣли, которую имѣютъ въ виду при данномъ случаѣ, ссылаясь на истеченіе давностнаго срока. Иначе говоря, тотъ или другой видъ давности опредѣляется не по послѣдствіямъ ея для той или другой стороны, а по цѣли, которую желаютъ достичь ссылкой на истеченіе законнаго срока.

Пріобрѣтательная и погасительная давность имѣютъ одинъ общій признакъ, заключающійся въ томъ, что періодъ времени всегда точно опредѣленъ. Другими словами, всякая *praescriptio*, какъ *acquisitiva*, такъ и *extinctiva*, есть *praescriptio definita*. Но рядомъ съ этимъ говорятъ еще о *praescriptio indefinita*, *immemorialis*, иначе *vetustas*<sup>3</sup>), незапамятная давность. Прилагается она къ такимъ явленіямъ, когда извѣстное фактическое состояніе продолжается такъ долго, что ни современное,

<sup>1)</sup> См. *Unterholzner*, cit. Bd. 1 § 3.

<sup>2)</sup> Эпитеты также не римскіе.

<sup>3)</sup> L. 2 pr.; L. 26 D. 39, 3.

ни непосредственно предшествующее поколѣніе не помнить его начала<sup>1)</sup>). Въ случаяхъ такого фактическаго состоянія, котораго origo excedit memoriam<sup>2)</sup> (*cujs memoria non exstat*<sup>3)</sup>), положительное право выставляетъ предположеніе, что оно установилось вслѣдствіе когда-то существовавшаго правооснованія, почему и должно разсматриваться въ настоящее время какъ правовое состояніе. Въ римскомъ правѣ подобная ссылка встрѣчается въ трехъ примѣрахъ<sup>4)</sup>). Такъ viae vicinales, общинныя дороги, проложенные на землѣ въ частной собственности, признавались публичными дорогами, viae publicae, если они съ незапамятныхъ временъ служили путями сообщенія<sup>5)</sup>). Во вторыхъ, всѣ работы по стоку дождевой воды, нарушавшія соѣдское право, получаютъ отъ vetustas право на дальнѣйшее безпрепятственное существование<sup>6)</sup>). Наконецъ, по незапамятной давности приобрѣтается и право водопровода (aquaeductus)<sup>7)</sup>.

Обоснованіе давности. Оправдать давность общей юридической логикой нельзя. Право приобрѣтается только по определенному юридическому факту, въ силу юридического же факта оно можетъ быть потеряно. Осуществленіе или неосуществленіе права не есть правооснованіе, способное произвести измѣненіе въ конкретныхъ правахъ. Обосновать давность можно только публичными интересами<sup>8)</sup>, интересами правового мира, столь необходимаго для правильного гражданскаго оборота. Правовой порядокъ не можетъ допустить продолжительной неувѣренности въ правахъ и поэтому требуетъ, чтобы права своевременно проявлялись въ жизни и охранялись отъ нарушеній. Отсюда практическое неосуществленіе права въ продолженіе долгаго времени считается какъ бы уничтожившимъ его. Послѣднее оправдывается въ достаточной мѣрѣ и тѣмъ, что притязаніе по давнишнимъ правамъ часто можетъ поставить въ затрудненіе противную сторону въ представлениі данныхъ, по которымъ установленіе данныхъ правъ могло имѣть недостатки, или вполнѣ

<sup>1)</sup> L. 2 § 8 D. 39, 3; L. 28 D. 22, 3. О чтеніи послѣдняго мѣста и крайне спорномъ его смыслѣ см. *Glück. Erläuter. d. Pandekt. Bd. 21*, p. 405—422.

<sup>2)</sup> L. 3 § 4 D. 43, 20.

<sup>3)</sup> L. 3 pr. D. 43, 7.

<sup>4)</sup> См. *Savigny. System 4 §§ 196, 197.*

<sup>5)</sup> L. 3 pr. D. 43, 7.

<sup>6)</sup> L. 1 § 23; L. 2 pr. D. 39, 3.

<sup>7)</sup> L. 3 § 4 D. 43, 20; L. 26 D. 39, 3.

<sup>8)</sup> Папиньянъ называетъ давность *publica tutela* L. 2 D. 40, 15.

правильно установленные права впослѣдствіи были погашены извѣстнымъ юридическимъ фактамъ<sup>1)</sup>.

Многіе писатели считаютъ еще давность наказаніемъ за нерадѣніе къ своимъ правамъ. Но это несправедливо. Цѣль давности — только предоставить средство защиты отъ устарѣлыхъ притязаній; замедленіе въ осуществленіи ихъ не можетъ служить поводомъ къ наказанію съ точки зренія публичного интереса (см. *Grawein. Verjhrung*, p. 209, 210).

Такимъ образомъ, давность имѣеть прежде всего цѣлью охранить настоящее противъ прошедшаго<sup>2)</sup>. Съ другой стороны, правовой порядокъ пользуется институтомъ давности и въ такихъ случаяхъ, когда въ основу данного состоянія положено было прежде извѣстное правооснованіе, по доказательствъ тому въ данное время не имѣется. Въ такихъ случаяхъ положительное право укрѣпляетъ по давности дѣйствительныя права.

Итакъ, значеніе института давности заключается, во 1-хъ, въ томъ, что давность укрѣпляетъ данное фактическое состояніе въ виду истечения продолжительного періода времени съ момента его установлениія и, во 2-хъ, въ томъ, что давность укрѣпляетъ дѣйствительныя права, по которымъ почему либо не могутъ быть приведены въ настоящее время правооснованія.

Изъ того, что сказано о вліяніи времени на измѣненія въ сферѣ конкретныхъ правъ, становится необходимымъ разсматривать вопросъ о счетѣ времени.

#### Счетъ времени.

*Пособія: Savigny. System d. heut. r. R. Bd. 4 §§ 177—188. Unger. Oesterr. Privatr. Bd. 2 §§ 105, 106. Hölder. Die Theorie der Zeitberechnung nach rm. Recht. 1873.*

*Дѣленіе времени.* — При томъ многообразномъ вліяніи, которое имѣеть время на измѣненіе правоотношеній, имѣеть осо-бое значеніе установлѣніе точной и опредѣленной мѣры времени. Въ правовой сферѣ время измѣряется только по годамъ, мѣсяцамъ и днямъ. Эти дѣленія могутъ разсматриваться или какъ неподвижные календарные періоды, или какъ подвижные отдылы времени, когда подъ ними разумѣются періоды, имѣющіе перемѣнчивое начало и конецъ, которые опредѣляются

<sup>1)</sup> *Grawein. Verjhrung*, p. 208, 209.

<sup>2)</sup> *Dernburg. Pandekt. I. § 144*, p. 328.

известнымъ юридическимъ фактомъ независимо отъ календарныхъ дѣлений. Въ послѣднемъ случаѣ годъ и мѣсяцъ опредѣляются только числомъ дней.

Римляне считали годъ обыкновенно отъ 1-го февраля. Числа же мѣсяца они опредѣляли по тремъ неподвижнымъ днямъ, находившимся въ известныхъ промежуткахъ, причемъ числа считались отъ этихъ дней въ обратномъ порядке. Дни эти слѣдующіе: 1) *Calendae* — первый день каждого мѣсяца; 2) *Nonae* (девятый день, если считать отъ идь обратно) — обыкновенно пятый день и седьмой въ марта, маѣ, йюль и октябрѣ; 3) *Idus* — обыкновенно тринадцатый и пятнадцатый въ сейчасъ перечисленныхъ мѣсяцахъ. — Число мѣсяца обозначалось числомъ дней, недостающихъ до слѣдующаго неподвижнаго дня, т. е. календъ, nonа, идь. Поэтому, напр., 22-ое февраля обозначалось такъ: *dies octavus ante Calendas Martias*; 3-е февраля — *dies tertius ante Nonas Februariois*; 10-е февраля — *dies quartus ante Idus Februariois*; etc.

Римскій годъ въ различныя эпохи представлялся въ различномъ видѣ. Такъ, въ древнѣйшія времена онъ имѣлъ только 304 дня. Нума Помпилий установилъ годъ въ 12 мѣсяцевъ съ 355-ю днями. Все, что недоставало въ этомъ году до тропического (солнечнаго) года, вносилось черезъ годъ между 23 и 24 числами февраля (по нашему счету). Въ это время былъ праздникъ бѣгства царей (*regifugium*) и между этими числами вносились, подъ названіемъ *mensis intercalaris*, всѣ недостававшіе до полнаго солнечнаго года дни. Этотъ вставной мѣсяцъ имѣлъ 27 или 28 дней<sup>1)</sup> и въ правовомъ отношеніи разматривался, какъ одинъ моментъ времени<sup>2)</sup>. Наконецъ, по юліанскому календарю годъ считается въ 365 дней<sup>3)</sup>, причемъ для уравненія его съ тропическими годомъ вносился въ опредѣленные періоды между 23 и 24 февралемъ<sup>4)</sup> одинъ лишній день, *dies intercalaris*. Юридическое положеніе этого вставного дня выражалось такъ: *id biduum (s. bissextus) pro uno die habetur*, т. е. онъ разматривался съ 23-мъ февралемъ какъ одинъ день<sup>5)</sup>. Впрочемъ, въ счетѣ по днямъ *dies intercalaris* принимался иногда за особый день<sup>6)</sup>.

Мѣсяцъ по юліанскому календарю имѣлъ различное число дней и есть основаніе думать, что въ правовой жизни у рим-

<sup>1)</sup> Mommisen. Römische Chronologie vor Cäsar 2 Ausg. p. 18 и слѣд. См. еще въ L. 98 §§ 1, 2 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> L. 98 § 1 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 134 D. 50, 16; L. 51 § 2 D. 9, 2; L. 4 § 5 D. 40, 7.

<sup>4)</sup> Ср. Mommisen. Röm. Chron., p. 279 и слѣд.

<sup>5)</sup> L. 3 § 3 D. 4, 4; L. 98 pr. D. 50, 16.

<sup>6)</sup> L. 2 D. 44, 3.

лять считались и дни лишние противъ 30, если такие представлялись<sup>1)</sup>; такъ что мѣсяцъ (цы) считался отъ календарного дня начала срока до возвращенія соотвѣтствующаго дня въ слѣдующемъ (ихъ) мѣсяцѣ (ex nominatione dierum)<sup>2)</sup>.

По мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ (см. Hölder cit. p. 41—44), римляне въ правовой жизни всегда считали мѣсяцъ въ 30 дней, въ подтвержденіе чего ссылались на L. 40, D. 12, 1; L. 11 § 6; L. 29 § 5. D. 48, 5; L. 1 § 10 D. 48, 16; L. 22 §§ 2, 2a; L. 11 C. 6, 30; Nov. 115, 2. Но всѣ эти мѣста положительно не указываютъ, чтобы римляне при счетѣ по мѣсяцамъ установили всегда одно число дней въ каждомъ (см. Bachofen въ Zeitschr. f. Civ. u. P. 18 p. 362 и слѣд.).

День (сутки) при перемѣнчивомъ счетѣ имѣлъ 24 часа, причемъ различались *horae diei s. lucis* и *horae noctis*<sup>3)</sup>.

12 часовъ дня считались отъ восхода солнца до его заката, 12 часовъ ночи—отъ захода солнца до его восхода. Поэтому полночь выпадала на выполнившійся *hora sexta noctis*, а полдень—на выполнившійся *hora sexta diei*.

*Счетъ времени.*—Въ правовой жизни самой менѣшей единицей времени принимался обыкновенно день; часы не брались во вниманіе. День, считая отъ полночи до полночи<sup>4)</sup>, разсматривался какъ одно цѣлое; менѣшія мѣры времени въ немъ не различались. Такой счетъ времени, когда наименьшимъ его періодомъ принимался день, называется *computatio temporis civilis*, гражданскимъ счетомъ<sup>5)</sup>, въ отличие отъ тѣхъ случаевъ, когда счетъ шелъ а *momento ad momentum*, *computatio naturalis*, естественный счетъ. Въ римскомъ правѣ общимъ правиломъ принималось *computatio temp. civilis*<sup>6)</sup> по тому основанію, что часто невозможно съ точностью опредѣлить моментъ, когда совершился данный юридический фактъ, да кроме того, такая точность въ большинствѣ случаевъ не имѣеть особынаго значенія, а наоборотъ, однообразіе счета имѣетъ общий интересъ. *Computatio naturalis* допускалось только въ рѣдкихъ случаяхъ<sup>7)</sup>, какъ-то въ случаѣ заявленія несовершеннолѣтнимъ

<sup>1)</sup> См. L. 2 Th. C. I2, 1; L. 101 D. 50, 17. Cp. Vangerow. Pand. I, § 194.

<sup>2)</sup> Bachofen въ Zeitschr. f. Civ. u. P. 18 p. 364 и слѣд.

<sup>3)</sup> L. 7 D. 44, 7.

<sup>4)</sup> L. 8 D. 2, 12.

<sup>5)</sup> L. 134 D. 50, 16.

<sup>6)</sup> L. 8 D. 2, 12.

<sup>7)</sup> Bachofen. Zur Lehre v. d. civilen Berechnung d. Zeit (въ Zeitschr. f. Civ. u. P. 18, p. 38—80; p. 335—375). Cp. Unger. Oest. Priv. II § 106.

своихъ правъ<sup>1)</sup> и при вычислениі апелляционнаго срока (240 часовъ)<sup>2)</sup>.

Нѣкоторые ученые признаютъ еще другіе случаи естественаго счета, но едва ли основательно (см. *Vangerow.* Pand. I, p. 340).

При гражданскомъ счетѣ слѣдуетъ решить два вопроса: считать ли въ данный срокъ день установленія юридического отнoшenія, хотя бы это произошло при его концѣ, или начинать счетъ со слѣдующаго дня; а затѣмъ, считать ли осуществившимся юридическое отnошение въ началѣ послѣдняго дня или по окончаніи его?<sup>3)</sup>.

На первый вопросъ большинство ученыхъ<sup>4)</sup> отвѣчаетъ такъ: разъ имѣется *computatio civ.*, по какому день принимается за менѣшую единицу времени, то въ счетъ непремѣнно принимается и день даннаго юридического факта, съ какимъ бы моментомъ этого дня (отъ полночи до полночи) онъ ни сопалъ.

По второму вопросу въ источникахъ для однихъ случаевъ принимается конечнымъ срокомъ начало послѣдняго дня, для другихъ—его полное истеченіе. Такъ, когда дѣло идетъ о пріобрѣтеніи права,—напр., о выполненіи пріобрѣтательной давности,—то оно осуществляется въ первый моментъ послѣдняго дня; для потери же права требуется полное истеченіе послѣдняго дня.

Въ источникахъ по поводу пріобрѣтательной давности говорится: *ultimus dies coepit pro jam completo habetur* (L. 7 D. 41, 3; L. 15 pr. D. 44, 3); для погасительной же: *in omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus dies compleatur, non finit obligationem* (L. 6 D. 44, 7; L. 1 § 9 D. 38, 9).

Относительно того, какой день считать за *ultimus dies*,—напр., родившійся 1 января будетъ ли *anniculus* въ полночь съ 30 по 31 декабря или съ 31 дек. на 1 января,—въ наукѣ разногласіе (см. *Hölder* cit. §§ 2—11). Источники по различнымъ случаямъ даютъ основаніе решать вопросъ различно. Съ одной стороны, см. L. 134 D. 50, 16; L. 5 D. 28, 1; L. 1 D. 40, 1; L. 49 D. 35, 1; L. 15 pr. D. 44, 3. Съ другой стороны, см. L. 6, 7 D. 41, 3; L. 101 D. 50, 17; L. 30 § 1 D. 48, 5; L. 1 § 9 D. 38, 9; L. 1 § 5, 6 D. 49, 4 (см. у *Vagnerow.* Pand. I, § 196). Намъ кажется, что второе воз-

<sup>1)</sup> L. 3 § 3 D. 4, 4.

<sup>2)</sup> Nov. 23, 1.

<sup>3)</sup> Разнообразныя возврѣнія по этимъ вопросамъ сведены у *Hölder*, cit., p. 1—41.

<sup>4)</sup> См. *Windscheid.* Pand. I § 103. *Unger.* Oesterr. Privatr. 2 § 106 p. 295—299.

зрѣніе болѣе правильно; по comput. civilis послѣднимъ днемъ изъ 365 въ году должно считать 31-е дек., а не 30-е дек. и не 1-ое января.

Далѣе, счетъ времени можетъ идти по началамъ *temporis continuo* и *temporis utilis*. Первый имѣется тогда, когда всѣ дни данного периода времени идутъ въ счетъ. При второмъ нѣкоторые дни въ счетъ не принимаются<sup>1)</sup>, для чего, конечно, требуется особое, признанное правомъ, основаніе, *justa causa*. Изъ этого слѣдуетъ, что счетъ времени по началамъ *tempus utile* допускается только какъ изъятіе. Изъятія эти перечислены въ положительномъ правѣ (преторскомъ эдиктѣ, *jus civile*)<sup>2)</sup> и имѣютъ общимъ основаніемъ извѣстное препятствіе для совершенія въ опредѣленный срокъ опредѣленнаго дѣйствія. При этомъ всегда требовалось, чтобы причина изъятія нѣкоторыхъ дней была не постоянной, а чрезвычайной и времененной, какъ напр., отсутствіе суды на форумѣ по случаю *dies nefasti* или внезапная болѣзнь, *absentia reipublicae causa*, или не имѣется на мѣстѣ лица, къ которому должно было относиться данное дѣйствіе<sup>3)</sup>. Если же причина, по которой не выполняется извѣстное юридическое дѣйствіе, долговременная или постоянная, то счетъ времени происходитъ по началамъ *temporis continuo* и только особыми средствами потерпѣвшіе защищались отъ невыгодныхъ послѣдствій. Такъ напр., если причина, по которой не подается искъ, заключается въ безуміи или малолѣтствѣ лицъ, не имѣющихъ попечителя, или если и самъ попечитель пропустить срокъ, то противъ невыгодныхъ отсюда послѣдствій преторомъ предоставлялось право на т. наз. *in integrum restitutio*.

## ОТПРАВЛЕНИЕ ПРАВА.

Подъ отправлениемъ права разумѣется прежде всего осуществленіе на дѣлѣ предоставляемой имъ выгоды, а затѣмъ въ болѣе обширномъ смыслѣ подъ отправлениемъ права понимается и судебная его охрана. Пока будетъ рѣчь объ осуществлѣніи права въ первомъ, тѣсномъ смыслѣ.

Нѣкоторыя права по своей природѣ доступны безпрерывному отправлению; другія съ единичнымъ актомъ отправлениія

<sup>1)</sup> L. 2 pr. D. 38, 15; L. 1 D. 44, 3.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 44, 3; L. 12 § 5; L. 30 § 5 D. 48, 5.

<sup>3)</sup> L. 1 D. 44, 3.

прекращаются; такъ, solutio по обязательствамъ ведеть къ прекращеню ихъ.

Субъектъ права можетъ выполнить свое право вполнѣ или отчасти; можетъ его и не отправлять вовсе.

При отправлениі права общимъ началомъ никто не обязывается обращать вниманіе на интересъ другихъ лицъ, разъ онъ не выходитъ изъ границъ своего правомочія, будеть ли этимъ другой лишень выгоды<sup>1)</sup> или даже потерпить ущербъ.

*Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur* (L. 55 D. 50, 17; L. 3 § 2 D. 43, 29). *Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet* (L. 151 D. 50, 17).

Но въ интересахъ общежитія отправленіе правъ можетъ быть ограничено. Подробное изложеніе этого относится къ особной части; по общему началу не допускается отправленіе, не представляющее интереса для субъекта права и предпринятое имъ съ цѣлью причинить ущербъ другому<sup>2)</sup>, peque malitiis indulgendum est<sup>3)</sup>. Иногда же прямо предписывается при отправленіи правъ щадить чужой интересъ, civiliter uti<sup>4)</sup>.

Кто имѣть право, тотъ можетъ пользоваться и всѣми средствами необходимыми для осуществленія его. Но если нѣсколько лицъ имѣютъ каждое самостоятельное право на одинъ и тотъ же предметъ или самостоятельное же личное право требованія къ одному и тому же лицу, то можетъ случиться, что всѣхъ данныхъ правъ осуществить будетъ невозможно. Сюда относится вопросъ о

### Коллизіи правъ.

Нерѣдко самостоятельное право не можетъ быть осуществлено безъ того, чтобы осуществленіе другихъ правъ не подверглось опасности. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о *коллизіи* (конфликтѣ) правъ.

Вступающія въ коллизію права могутъ быть равными (напр., нѣсколько закладныхъ правъ) или не равными (напр., право собственности и сервитуты). Они могутъ быть имущественными правами или даже семейными (напр., отцовская власть надъ замужней дочерью и мужская власть надъ нею же).

<sup>1)</sup> L. 26 D. 39, 2.

<sup>2)</sup> См. примѣръ L. 1 § 12 D. 39, 3.

<sup>3)</sup> L. 38 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> См. въ ученіи о сервитутахъ.

Нѣкоторые ученые (*Kierulff. Civilr.* p. 235; *Arndts. Pand.* § 92 п. 3 з. д.) не допускаютъ коллизію между правами неодинаковой силы, напр., между привилегированными и непривилегированными обязательствами по взысканію съ имущества несостоятельного должника. Другое же ученые (*Wächter. Pand.* Bd. I § 96. Beil. II; *Dernburg. Pand.* I, p. 91) допускаютъ такую коллизію на томъ основаніи, что оба вида обязательствъ имѣютъ право на удовлетвореніе изъ конкурсной массы; только привилегированная требованія оттесняютъ непривилегированные требованія назадъ.

Общихъ правиль, по которымъ разрѣшается коллизія правъ, установить нельзя. Все зависитъ отъ свойства и силы даннаго права; поэтому о разрѣшеніи коллизій можно говорить только въ особомъ ученіи о каждомъ разрядѣ правъ. Въ общей части можно сдѣлать лишь нѣкоторая болѣе или менѣе общія замѣчанія.

Такъ, вещныя права иногда (права на чужія вещи) въ случаѣ коллизіи осуществляются по началу старшинства установленія: *qui prior est tempore, potior est iure*, какъ напр., нѣсколько закладныхъ правъ. При правахъ одинаковой силы дѣйствуетъ правило: *in pari causa est potior causa possidentis*<sup>1)</sup>, т. е. преимущество имѣть то право, которое сопровождается обладаніемъ предмета.

Въ обязательственныхъ правахъ старшинство по времени не даетъ никакого преимущества; поэтому если собственникъ продастъ одну и ту же вещь въ разное время разнымъ лицамъ, то купившій первымъ не имѣть никакого преимущества передъ другими покупателями.

Для всякой же коллизіи руководящимъ должно быть признано то начало, что пріобрѣтающій выгоду долженъ уступить мѣсто тому, кто осуществлениемъ своего права стремится избѣгнуть убытка, напр., получившій отказъ можетъ осуществить свое право только по удовлетворенію кредиторовъ наслѣдства.

При отправлении права могутъ представиться нарушенія его. Право, осуществляемое вполнѣ или отчасти, можетъ быть нарушаемо, чтѣ вызывается на защиту. Какъ самыя нарушенія, такъ и средства защиты, различны. Подробное изложеніе средствъ защиты противъ нарушеній частно-гражданскихъ будетъ имѣть мѣсто при развитіи отдѣльныхъ институтовъ права. Тутъ будетъ указано только на общія средства защиты гражданскихъ правъ подъ слѣдующими тремя рубриками: 1) Въ

<sup>1)</sup> L. 10 D. 20 1.

виду возможного нарушения правъ могут быть приняты мѣры къ обеспечению ихъ осуществленія. 2) Послѣ совершенного нарушения опредѣленными средствами уничтожаются послѣдствія такого нарушения. 3) Существуютъ чрезвычайныя мѣры защиты правъ.

### I. Обеспеченіе правъ.

*Источники:* Inst. 3, 18 de divisione stipulationum; Inst. 4, 11 de satisdationibus; Dig. 46, 5 de stipulationibus praetoriis; Dig. 46, 6—8; Dig. 2, 8 qui satisdare cogantur vel jurato promittant vel suae promissioni committantur; Cod. 2, 57 de satisdando.

*Пособія:* Schirmer. Die Prætor. Iudicialstipulationen. 1853. Muther. Sequestration u. Arrest 1856. Nicolas. Etude sur le droit de rétention légal. 1872. Schläger. Von den Kautioen im Civilprozesse въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 9, p. 1, 7, 10.

#### a) *Protestatio и reservatio.*

Подъ протестомъ, *protestatio*, разумѣется такое объявление воли по поводу извѣстнаго юридического дѣйствія, которымъ, объявленіемъ, останавливается опредѣленное послѣдствіе даннаго юридического дѣйствія<sup>1)</sup>). Это объявление воли можетъ касаться какъ собственнаго дѣйствія протестанта, такъ и дѣйствія посторонняго лица.

Напр., если наследникъ, не желая принимать наследство, вмѣшиваются въ наследственное имущество съ цѣлью хотя бы познакомиться съ активомъ его, то, чтобы его дѣйствія не были приняты за *pro herede gestio*, онъ долженъ сдѣлать протестъ.—Но чаще всего протестъ касается дѣйствія другого лица, напр., протестъ съ цѣлью прервать давность владѣнія.

Но если извѣстное дѣйствіе или происшествіе имѣть законныя, независящія отъ воли протестующаго послѣдствія, то они не могутъ быть отмѣняемы протестомъ.

Особый видъ протesta есть *reservatio*<sup>2)</sup>). Это такое объявление воли, которымъ выражается желаніе сохранить опредѣленное право, считающееся безъ такого объявленія прекращеннымъ.

<sup>1)</sup> См., напр., L. 1 §§ 3, 4 D. 25, 8; L. 10 § 3 D. 42, 8; L. 2 C. 7, 40.

<sup>2)</sup> L. 20 § 1 D. 29, 2.

Напр., чтобы сохранить право пользования (*ususfructus*) продаваемою вещью, продавецъ долженъ это оговорить при продажѣ.

б) *Cautiones*.

Подъ *cautiones* въ общемъ смыслѣ разумѣются разнообразные средства обезпеченія уже установленныхъ правъ. Главнымъ и обыкновеннымъ средствомъ обезпеченія правъ были въ Римѣ т. наз. *stipulationes praetoriae*, на которыхъ вынуждали сами преторы. Стипуляціи, имѣвшія такую цѣль, носили название *cautiones*.

У римскихъ юристовъ встрѣчаются самыя различныя подраздѣленія этихъ средствъ обезпеченія на виды <sup>1)</sup>). Въ современной наукѣ ихъ классифицируютъ такъ: *Cautiones* по происхожденію могутъ быть: *c. legales*, если они устанавливаются по требованію самого закона; *c. judiciales*, *vel ex officio judicis*, вынуждаемыя судьею; *c. testamentariae*, устанавливаляемыя по духовному завѣщанію, и *c. conventionales*, устанавливаляемыя по соглашенію сторонъ.—*Cautiones legales et judiciales* подходятъ подъ категорію *cautiones necessariae*, устанавливаемыхъ помимо воли сторонъ; *cautiones* же *testamentariae* и *conventionales* будуть *caut. voluntariae* <sup>2)</sup>).

Съ точки зрењія средствъ обезпеченія, *cautiones* бываютъ *reales* и *verbales*. Подъ *cautio realis* подходитъ обезпеченіе залогомъ, *hypotheca* <sup>3)</sup>, и поручительствомъ, *fidejussio* <sup>4)</sup>, а подъ *cautio verbalis* <sup>5)</sup> обезпеченіе обѣщаніемъ выполненія, *terpromissio*, *nuda promissio*, или обѣщательной клятвою, *juratamentum promissorium* <sup>6)</sup>). Устанавливается *cautio realis* съ цѣлью обезпечить материальное выполнение права; *cautio verbalis*—съ цѣлью облегчить судебное притязаніе по данному праву.

Сомнѣваюсь въ томъ, что должникъ будетъ способенъ къ уплатѣ въ срокъ осуществленія права, послѣднее обезпечиваются залогомъ; когда же имѣется сомнѣніе не въ способности должника къ платежамъ, а въ самомъ правѣ искового притязанія, то въ обезпеченіе послѣдняго прибегаютъ къ *cautio verbalis*.

<sup>1)</sup> Съ одной стороны, см. *Inst.* 3, 18 de divisione stipulationum и *Pomponius* L. 5 pr. D. 45, 1. Съ другой стороны, см. *Ulpianus* L. 1 pr. D. 46, 5.

<sup>2)</sup> L. 7 § 1 D. 2, 8.

<sup>3)</sup> L. 4 § 8 D. 40, 5; L. 1 § 9 D. 37, 6.

<sup>4)</sup> L. 7 D. 46, 5; L. 1 D. 2, 8.

<sup>5)</sup> L. 1 §§ 4–8 D. 46, 5; L. 2 § 3 D. 43, 3.

<sup>6)</sup> § 2 J. 4, 11.

Cautio verbalis исходило отъ лица, противъ котораго имѣлось притязаніе, и въ чистомъ видѣ примѣнялось рѣдко; чаще же оно сопровождалось поручительствомъ, чтобъ называлось satisfactio<sup>1)</sup>.

в) Sequestratio.

Подъ секвестромъ разумѣется тотъ случай обезпеченія выполненія права, когда на время выясненія искового притязанія вещь передается третьему лицу (sequester). Sequestratio можетъ быть обязательна для сторонъ по самому закону; въ другихъ случаяхъ она устанавливается по соглашенію. Отсюда дѣленіе на sequestratio necessaria и seq. voluntaria. Примѣръ первого вида секвестра было достаточно въ римскомъ правѣ; такъ, по закону отдавались въ секвестръ: приданое безумной жены въ случаѣ расточительности мужа<sup>2)</sup>, спорная движимая вещь въ случаѣ апелляціи на приговоръ<sup>3)</sup>; и т. п.

г) Missio in possessionem<sup>4)</sup>.

Какъ средство обезпечить выполненіе права въ римскомъ правѣ былъ извѣстенъ вводъ во владѣніе, въ обладаніе отдѣльными вещами, или всей совокупностью имущества, missio in bona, in possessionem.

Подобный вводъ имѣеть мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ:

Съ цѣлью принудить отвѣтчика принять вызовъ, совершалось missio in possessionem contumaciae coercendae gratia.

3) Missio rei servandae causa, вводъ для охраны имущества въ виду будущаго осуществленія на него права: 1) Вводъ для выполненія судебнаго рѣшенія (executio rei judicatae). 2) При несостоятельности должника кредиторы вводятся въ обладаніе его имуществомъ. 3) Вводъ съ цѣлью осуществить будущее право на оставленное наследство, напр., при hereditas jacens. 4) Вводъ въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, обязанное по закону или ex officio judicis представить cautio по осуществленію права, не исполняетъ этой обязанности. 5) Missio in bona, какъ

<sup>1)</sup> L. 1 § 5 D. 46, 5.

<sup>2)</sup> L. 22 § 8 D. 24, 3.

<sup>3)</sup> L. 5 C. 7, 65.

<sup>4)</sup> Dig. 42, 4 quibus ex causis in possessionem eatur; 42, 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Cod. 7, 72 de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venundandis et de separationibus bonorum.

предварительное выполнение известного права, напр., беременная женщина вводится въ обладание имуществомъ ventris nomine, въ виду возможнаго въ будущемъ права на это имущество теперь еще не родившагося<sup>1)</sup>.

Missio in possessionem по общему началу не устанавливается для missus юридического владѣнія, а даетъ только detentio rei, простое обладаніе вещью<sup>2)</sup>. | В

Только въ одномъ случаѣ missio влекло за собою, по первому акту, юридическое владѣніе, а по второму акту — и самое право собственности. Такъ, въ случаѣ недоставленія обеспеченія въ нанесеніи ущерба чужому имуществу, т. наз. cautio damni infecti<sup>3)</sup>, но missio ex primo decreto предоставляетъ юридическое владѣніе; если же и послѣ этого не будетъ дано cautio, то ex secundo decreto для missus устанавливается право собственности. | В

По общему опять началу missus не имѣть и права пользованія, jus fruendi; собранные имъ плоды уменьшаютъ самое право требованія. Только въ исключительныхъ случаяхъ, какъ напр., при missio in possessionem ventris nomine предоставляетъ и право пользованія.

#### д) Retentio<sup>4)</sup>.

Подъ jus retinendi разумѣется право удерживать вещь, не удовлетворяя требованію выдать лицу, имѣющему на нее право, пока это лицо не удовлетворить обратнаго требованія, связаннаго съ его притязаніемъ. Удержанітель вещи можетъ быть юридическимъ ея владѣльцемъ и даже собственникомъ. Такъ, право на retainio имѣютъ залогоприниматель,<sup>2</sup> принявший вещь въ ссуду (commodatarius),<sup>3</sup> добросовѣстный владѣлецъ, пока не будутъ удовлетворены ихъ требованія по поводу затратъ, которыя они совершили на данную вещь<sup>5)</sup>.

#### е) Составленіе инвентаря (inventarium, repertorium).

Однимъ изъ способовъ обеспеченія правъ было составленіе письменнаго реестра имущественныхъ предметовъ въ тѣхъ слу-

<sup>1)</sup> Dig. 37, 9 de ventre in possessionem mittendo etc.

<sup>2)</sup> L. 10 § 1 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> Dig. 39, 2, de damno infecto.

<sup>4)</sup> Grosskopf. Z. Lehre v. Retentionsrecht 1860; Mazelié. Etude sur le droit de rétention en dr. rom. 1869.

<sup>5)</sup> L. 1. pr. D. 20, 6.—L. 15 § 2 D. 47, 2.—L. 48 D. 6, 1.

чаяхъ, когда определенные лица являются обязанными къ выдаче даннаго имущества или отвѣтственными за общее или частичное управлениe имъ, какъ-то опекуны<sup>1)</sup>, представители юридическихъ лицъ<sup>2)</sup>). Другія лица обязаны составлять инвентарь какъ такое обезпеченіе, которымъ они избѣгаютъ извѣстнаго правового убытка; такъ напр., наследникъ, не желая отвѣтить во всемъ размѣрѣ долговъ наследодателя, превышающихъ оставленное имущество, можетъ избѣгнуть такой отвѣтственности путемъ составленія инвентаря наследственному имуществу и тогда уже онъ отвѣтаетъ въ размѣрѣ только даннаго инвентаря<sup>3)</sup> (такъ наз. beneficium inventarii).

XX

## II. Активные способы защиты правъ.

Прежде всего слѣдуетъ разсмотрѣть такие способы защиты, которые занимаютъ средину между фактической и юридической защитой правъ, а именно:

### Самооборона и самопомощь.

*Пособія: J. Schmitt. Die Selbsthilfe im Römischen Privatrecht 1868; Wendt. Das Faustrecht 1883.*

Самооборона, inculpata tutela, есть отраженіе противузаконнаго посягательства. Въ римскомъ правѣ она допускалась общимъ началомъ и въ формѣ даже отраженія силы силою, vim vi repellere licet<sup>4)</sup>). Болѣе подробное развитіе этого вопроса принадлежитъ уголовному праву.

Самопомощь, sibi jus dicere, есть осуществленіе дѣйствительнаго или мнимаго права со стороны извѣстнаго лица путемъ нападенія на лицо или имущество другого лица. Вызванное самопомощью состояніе могло быть уже по преторскому праву устранено правовыми средствами. Въ концѣ республики для случаевъ самопомощи существовали interdictum quod vi и lex Julia de vi. По послѣднему самопомощь разматривалась какъ crimen vis и наказывалась уголовнымъ порядкомъ<sup>5)</sup>. Но

<sup>1)</sup> L. 7 pr. D. 26, 7; L. 24 C. 5, 37.

<sup>2)</sup> L. 32 C. 1, 3; Nov. 131, 15.

<sup>3)</sup> § 6 J. 2, 19; L. 22 C. 6, 30.

<sup>4)</sup> L. 1 C. unde vi 8, 4 cp. L. 3 D. 1, 1; L. 4 D. 9, 2; L. 1 § 27 D. 43, 16.

<sup>5)</sup> L. 5; L. 8 D. 48, 7.

только въ императорскія времена появляются общія гражданско-правовыя мѣры противъ самопомощи. Такъ по decretem divi Martii, кредиторъ, который съ цѣлью удовлетворить себя, самовольно, безъ посредства суда и противъ воли должника, захватываетъ вещь послѣдняго или принуждаетъ его къ выдачѣ, обязывается возвратить данную вещь и въ наказаніе теряетъ право требования<sup>1)</sup>). Затѣмъ, въ массѣ узаконеній устанавливалось наказаніе за самовольно взятая въ залогъ вещи, за удержаніе дѣтей должника въ качествѣ заложниковъ или чтобы заставить ихъ работать въ удовлетвореніе долга, и т. д.<sup>2)</sup>). Но особенное значеніе имѣетъ законъ Валентиніана III, Феодосія II и Аркадія 389 г., по которому лицо, захватившее вещь, дѣйствительно или мнимо ему принадлежащую, обязуется возвратить вещь и теряетъ на нее право собственности, если оно имѣло это право, въ противномъ же случаѣ, кромѣ возвращенія вещи, потерпѣвшему уплачивается еще стоимость ея<sup>3)</sup>). Дозволяется самопомощь только въ тѣхъ случаяхъ, когда обращеніе къ суду могло бы повести къ неисправимому ущербу<sup>4)</sup>), напр., должникъ бѣжитъ и уносить съ собою вещь. Допускалась самопомощь и въ тѣхъ случаяхъ, когда на нее было соглашеніе сторонъ и притомъ въ размѣрѣ этого соглашенія, напр., кредитору, не получившему въ срокъ уплату долга, предоставляется по предварительному соглашенію вступить во владѣніе опредѣленнымъ имуществомъ должника<sup>5)</sup>.

#### Право въ судебнѣмъ его осуществлѣніи.

*Пособія:* *Windscheid.* Die Actio des Röm. Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts 1856. *Muther.* Zur Lehre von der Röm. Actio 1857; *Windscheid.* Die Actio (возраженіе противъ Мутера) 1857; *Plósz.* Beiträge zur Theorie des Klage-rechts. 1880.

Разматривая право въ судебнѣмъ его осуществлѣніи, слѣдуетъ прежде всего разграничить предметъ изслѣдований гражданскаго права и предметъ изслѣдований гражданскаго про-

<sup>1)</sup> L. 7 D. 48, 7 ер. L. 13 D. 4, 2.

<sup>2)</sup> См. *Wendt* cit. § 3.

<sup>3)</sup> L. 7 C. 8, 4. См. еще болѣе раннѣе постановленіе Константина L. 3 C. Th. 9, 10.

<sup>4)</sup> L. 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42, 8.

<sup>5)</sup> L. 3 C. 8, 18.

цесса<sup>1)</sup>). Первое рассматривает право въ судебномъ его осуществлениі, второй— судебное осуществление права. Такъ

1) Съ выражениемъ искъ (actio) соединяется двойной смыслъ. Съ точки зре́нія гражданского процесса, подъ нимъ разумѣется процессуальное дѣйствіе, которымъ одно лицо (истецъ, actor, petitor) призываетъ въ защиту судь противъ определенного противника (отвѣтчика, reus possessor, unde petitur), чтобы заставить послѣдняго признать право, на которое притязаетъ истецъ, и понудить отвѣтчика на соответствующее отношение къ истцу. Съ точки же зре́нія материального права, подъ actio разумѣется право призвать въ известныхъ случаяхъ защиту суда для осуществления правового притязанія<sup>2)</sup>, т. е. право на искъ въ процессуальномъ отношеніи, исковое право<sup>3)</sup>. Въ этомъ смыслѣ говорятъ: собственникъ, кредиторъ имѣть искъ. (исковые права)

2) И возраженіями (exceptiones) материальное право занимается только въ смыслѣ права стороны, какъ возможность осуществить свое право путемъ обороны.

3) Доказательства рассматриваются материальнымъ правомъ въ смыслѣ совокупности основаній, говорящихъ въ пользу данного заявленія, безотносительно къ роли суда.

4) Наконецъ, судебное рѣшеніе рассматривается въ материальномъ правѣ какъ актъ, признающій или не признающій возможность непосредственного осуществления права, какъ решительный моментъ въ судьбѣ права, однимъ словомъ, изучается его значеніе для осуществляемаго права.

*отношение иска къ материальному праву*.—Искъ, по го-  
сподствующему въ наукѣ возврѣнію<sup>4)</sup>, рождается и сущес-  
твуетъ вмѣстѣ съ материальнымъ правомъ; искъ составляетъ  
силу, мочь этого права. Каждое право имѣть то качество, что  
въ случаѣ фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ его содер-  
жанію, быть осуществленнымъ со стороны его субъекта путь-  
емъ процесса. Если фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ  
материальному праву, то измѣняется лишь природа искового

<sup>1)</sup> См. Schultze. Privatrecht u. Process in ihrer Wechselbeziehung. 1884; Гольмстенъ. Объ отношеніи гражданского судопроизводства къ гражд. праву въ Журн. Гражд. и Уголов. пр. 1879, кн. 4, стр. 77 и слѣд.

<sup>2)</sup> Conveniendi judicis facultas (L. 5 § 14 D. 3. 5); agendi facultas (L. 1 D. 13, 4).

<sup>3)</sup> Unger. Oesterr. Privatr. 2, p. 350, 351.

<sup>4)</sup> Напр., Puchta. Pand. § 81; Arndts. Pand. § 96; Unger. Oest Priv. 2 § 113.

права: къ основанию иска присоединяется поводъ къ иску и |  
только въ этомъ смыслѣ говорится, что *actio nata est*, искъ  
родился. Этотъ смыслъ иска и выражаетъ опредѣленіе источ-  
никовъ: *nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debetur judicio persequendi*<sup>1)</sup>, т. е. искъ есть право преслѣдованія судомъ  
того, что считаемъ себѣ должнымъ.

Противъ высказанного воззрѣнія на значеніе иска, какъ атрибута мате-  
риального права, сливающагося съ нимъ неразрывно, нерѣдко возражаютъ,  
доказывая, что искъ есть нечто при附加ное къ праву, вытекающее изъ ка-  
кого либо особаго юридического факта. Такъ, по мнѣнію Савинъ (System 5  
§ 204, 205, также *Wetzel. Syst. § 5*), *actio* есть новое право, родившееся  
изъ нарушения права. По мнѣнію другихъ писателей, исковое право незави-  
симо отъ существованія материальнаго права, которое всегда до приговора  
сомнительно (*Plossz. Theorie d. Klagerechts*, р. 14, 32); другіе, наконецъ,  
самостоятельность искового права отъ материальнаго права доводятъ до того,  
что не замѣчаютъ между ними связи даже въ притязаніи истца на опредѣ-  
ленное право (*Muther. Actio* § 12, ср. *Windscheid. Die Actio d. röm. Civil-  
rechts.* 1856).

Въ исторіи, особенно римскаго, права наблюдаются явленія,  
когда исковое право не совпадаетъ съ материальнымъ правомъ.  
Такъ съ одной стороны, римское право знало цѣлый разрядъ  
исковъ, которые по самому ихъ происхожденію не были сое-  
динены съ материальнымъ правомъ, которымъ не отвѣчали су-  
ществующія въ дѣйствительности материальные права, при-  
знанныя положительнымъ правомъ. Такъ напр., интердиктами  
первоначально защищались отношения, не признанныя правами  
въ субъективномъ смыслѣ. Но эти и подобные другіе примѣры  
только формально представляютъ иски безъ правъ, по суще-  
ству же самой защитой они указываютъ на признаніе, хотя  
и не органами цивильнаго права<sup>2)</sup>, въ защищаемыхъ отноше-  
ніяхъ правовой характеръ<sup>3)</sup>.

Съ другой стороны, многія права не имѣли искового права;  
осуществленіе ихъ не могло быть преслѣдуемо искомъ, напр.,  
т. наз. естественные обязательства. Разсматривая внимательно  
подобныя явленія, нельзя не замѣтить, что данныя права ли-  
шены иска по специальному предписанію положительного права;  
откуда слѣдуетъ, что исковое право въ каждомъ материальномъ

История  
права

Богдан. 158

<sup>1)</sup> L. 51 D. 44, 7; pr. J. 4, 6.

<sup>2)</sup> Praetor jus facere non potest.

<sup>3)</sup> См. въ учени о владѣніи.

правъ разумѣется само собою<sup>1)</sup> и въ сомнѣніи даже должно быть предполагаемо<sup>2)</sup>.

Итакъ, исковое право есть тоже материальное право, но только въ особомъ его проявленіи.

### Иски, actiones.

*Источники:* Inst. 4, 6 de actionibus; Dig. 44, 7; Cod. 4, 10 de obligationibus et actionibus.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. R. 5 § 205—226; Bonjean. Traité der actions etc. 3 éd. 1864; E. I. Bekker. Die Aktionen des röm. Privatrechts Bd. I 1871, Bd. II 1873.

Въ обширномъ смыслѣ подъ actio разумѣется всякое правовое средство судебной защиты. Въ этомъ смыслѣ сюда подойдутъ, напр., и возраженія (L. 1 D. 44, 1). Въ тѣсномъ смыслѣ actionis verbo non continetur exceptio (L. 8 § 1 D. 50, 16), см. Savigny cit. p. 7 и слѣд.

### Дѣление исковъ:

I  
5. 103  
1) По правамъ, лежащимъ въ ихъ основаніи. По отношенію къ правамъ, которыя служать основаніемъ исковъ, всѣ иски дѣлятся на личные и не-личные, иначе вещные иски<sup>3)</sup>. Intentio при личныхъ искахъ было направлено in personam; intentio же при не-личныхъ искахъ in rem; откуда и самое название actiones in personam и actiones in rem. Первые носятъ еще название condictiones, а вторые—vindicationes.

Actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio et in personam, quae conductio appellatur. L. 25 pr. D. 44, 7.

Въ основѣ этого дѣленія лежатъ права, которыя защищаются тѣмъ или другимъ искомъ.

Actiones in rem суть тѣ иски, которые вытекаютъ изъ права абсолютного, притязанію по которому соответствуетъ обязанность всѣхъ и каждого; такъ что отвѣтчикомъ по данному иску будетъ всякое лицо, которое нарушило право. Такимъ образомъ, лицо отвѣтчика опредѣляется лишь съ момента наруше-

<sup>1)</sup> Unger. Oest. Priv. 2. p. 352, 353.

<sup>2)</sup> Wächter. Pand. I, p. 538. Ср. Bekker въ Zeitschr. f. vergleich. R. W. I, p. 110 и слѣд.

<sup>3)</sup> Gajus 4 § 1; § 1 J. 4, 6.

нія права. Абсолютными правами считаются права вещных<sup>1)</sup> и права личности<sup>2)</sup>.

Actiones in personam суть иски, вытекающие изъ права, по которому определенное лицо обязуется по отношению къ другому дѣлать что либо или не дѣлать, иначе—это иски по обязательствамъ<sup>3)</sup>. Тутъ лицо, противъ которого можетъ быть вчинено искъ, уже впередъ определено и известно съ момента рождения права.

Но имѣются и такие иски, по которымъ, несмотря на то, что въ основѣ ихъ лежитъ личное право, ответчикомъ можетъ быть всякое лицо, а именно обладающее въ данное время вещью, по поводу которой предъявляется искъ. Такъ, по actio quod metus causa отвѣчаетъ всякое лицо, у которого находится вещь, составляющая предметъ иска. Въ сущности это есть искъ личный; по нему отвѣчаетъ только данное лицо, которое признакомъ detentio rei лишь опредѣляется. Такие иски называются actiones in rem scriptae<sup>4)</sup>. Къ иску ихъ принадлежить еще, напр., actio Pauliana: если in fraudem кредиторовъ отчуждена должникомъ<sup>Pauliana</sup> вещь, то они имѣютъ право обратиться съ искомъ ко всѣкому лицу, пріобрѣвшему эту вещь<sup>5)</sup>. Другой подобный искъ будетъ actio ad exhibendum<sup>6)</sup>.

Отъ разсмотрѣнныхъ исковъ слѣдуетъ строго отличать тѣ иски, которые въ источникахъ называются actiones quae mixtam causam habent, т. е. смѣшанными исками.

Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam. § 20 J. 4, 6.

Но допустить особый разрядъ исковъ смѣшанныхъ изъ признаковъ личныхъ и вещныхъ исковъ нельзя, ибо въ основѣ тѣхъ и другихъ лежать права несовмѣстимы: въ первыхъ—относительные, во вторыхъ—абсолютны. Поэтому иски, называемые смѣшанными, слѣдуетъ размѣстить по главнымъ двумъ разрядамъ. Такъ, источники говорятъ, что искъ по наследству (petitio hereditatis) и иски на раздѣлъ (judiciae divisoriae: actiones familiae erciscundae, communi dividendo, finium regundorum)

<sup>1)</sup> L. 25 pr. D. 44, 7; §§ 1, 2 J. 4, 6.

<sup>2)</sup> § 13 J. 4, 6.

<sup>3)</sup> Gajus 4 § 2; § 1 J. 4, 6.

<sup>4)</sup> L. 9 § 8 D. 4, 2.

<sup>5)</sup> L. 1 pr.; L. 6 § 8; L. 9, 10 § 2—5; L. 25 § 1 D. 42, 8.

<sup>6)</sup> L. 5. § 4 D. 10, 4.

mixtam causam obtinere videntur<sup>1</sup>). Но такъ можно сказать только объ отдельныхъ правовыхъ послѣдствіяхъ данныхъ исковъ, а не о сущности ихъ. По сущности petitio hereditatis всегда actio in rem, ибо отвѣтственнымъ по нему будетъ всякое лицо, которое нарушить права наследника. Иски же на раздѣлъ по сущности будутъ actiones in personam, ибо отвѣтственнымъ по нимъ можетъ быть только опредѣленное лицо.

*actions in rem* Къ числу actiones in rem относятся такъ наз. actiones praejudiciales или praejudicia<sup>2</sup>), установительные иски<sup>3</sup>), т. е. иски, направленные не на присужденіе отвѣтчика къ совершенію извѣстнаго дѣйствія, а на установление, признаніе какого нибудь правового или фактическаго отношенія. Споръ о такомъ отношеніи часто могъ быть поднятъ въ другомъ процессѣ и требовалъ предварительного разрѣшенія; откуда и самое название данныхъ исковъ. Противники въ praejudicia впредь не опредѣлены; ими будутъ всѣ и каждый, кто отказывается въ признаніи данного спорнаго отношенія. Поэтому эти иски и относятся къ actiones in rem. Примѣры act. praejud.: иски, направленные на разрѣшеніе вопроса о томъ, будетъ ли лицо свободнымъ или вольноотпущенными, или вопроса о признаніи данного родившагося, или имѣющаго родиться за ребенка даннаго лица<sup>4</sup>.

Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit vel de partu agnoscendo. § 13 J. 4, 6; Gajus 4 § 44; L. 12 pr. D. 10, 4; L. 40 § 1 D. 29, 1; L. 32 D. 40, 12.

II 2) Дѣленіе исковъ по объектамъ. Подъ объектомъ иска разумѣется то, чего истецъ старается достичнуть путемъ посредничества суда. По объекту всѣ иски дѣлятся прежде всего на actiones rei persecundae causa, poenae persecundae causa, mixtae<sup>5</sup>).

1) Actiones rei pers. causa, иначе act. rei persecutoriae, служатъ къ возстановленію нарушеннаго правового состоянія; таковы обыкновенно иски изъ вещнаго права и договоровъ<sup>6</sup>).

2) Actiones poenae persecundae causa, или actiones poenales,

<sup>1</sup>) § 20 J. 4, 6; L. 7 C. 3, 31.

<sup>2</sup>) Cp. Vangerow. Pand. I § 113, p. 168.

<sup>3</sup>) См. Weismann. Die Feststellungsklage 1879; Löning. Die Widerklage 1881, p. 182—190.

<sup>4</sup>) См. Bekker. Aktionen Bd. I, p. 283.

<sup>5</sup>) Gajus 4 §§ 6—9; §§ 16—27 J. 4, 6.

<sup>6</sup>) L. 35 D. 44, 7; § 17 J. 4, 6.

служать для нанесения известного имущественного убытка правонарушителю и соответственного обогащения потерпевшего лица. Вытекали эти иски изъ деликта<sup>1)</sup>). Состав имущества, отнимаемого у правонарушителя въ пользу потерпевшего, носятъ название роена, штрафа (частнаго). Къ числу данныхъ исковъ принадлежитъ, напр., actio furti, направленный на взысканіе двойной или даже четверной стоимости украденного; само же украденное имущество могло быть востребовано по reivindicatio или condictio furtiva.

Подъ actiones mixtae, исками смѣшанными, разумѣются иски, которые служатъ какъ возстановленію нарушенного имущественного права, такъ и увеличенію, въ наказаніе правонарушителю, имущества потерпевшаго, tam rei quam poenae persecundae causa comparatae et ob id mixtae sunt<sup>2)</sup>). Таковы, напр., actio vi bonorum raptorum и actio Aquiliana. По этимъ искамъ взыскивалась, кромѣ самой вещи или ея стоимости, еще въ качествѣ штрафа известная сумма, соотвѣтствующая цѣнѣ вещи<sup>3)</sup>.

Actiones rei perseq. c. могутъ быть вчинены и противъ наследниковъ отвѣтчика; actiones же poenaes perseq. c. heres non succedit.

По объекту иски дѣлятся еще на actiones directae или principales и actiones contrariae. Первые, иски прямые, направлены на требование того, что было уговорено между сторонами, т. е. они вытекали непосредственно изъ цѣли данной сдѣлки, напр., actio depositi directa, искъ о возвращеніи отданного на сохраненіе. Вторые, иски обратные, направлены на обратное требование добавочныхъ сторонъ сдѣлки, которая прямо предусмотрѣны не были, а вытекаютъ изъ добавочныхъ обстоятельствъ, чаще всего случайныхъ, напр., по поводу затратъ по вещи, отданной на сохраненіе, actio depositi contraria.

3) Дѣление исковъ съ точки зренія спорящихъ сторонъ. По <sup>по спорящимъ</sup> <sup>полигонамъ, на которыхъ</sup> спорящимъ лицамъ и ихъ взаимнымъ отношеніямъ иски дѣлятся на actiones privatae и actiones populares<sup>4)</sup>). Подъ первыми разумѣются иски, служащіе къ возстановленію частнаго имущественного интереса, подъ вторыми же—иски, служащіе

<sup>1)</sup> Gajus 4 § 8; § 18 J. 4, 6.

<sup>2)</sup> § 18. J. 4, 6.

<sup>3)</sup> § 21, 23 J. 4, 6.

<sup>4)</sup> Dig. 47, 23 de popularibus actionibus.—Bruns въ Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 3, p. 341 и слѣд.

къ возстановленію общественнаго интереса. Eam popularem actionem dicimus, qua suum jus populi tuetur<sup>1)</sup>). Послѣдніе иски могутъ быть осуществлямы каждымъ римскимъ гражданиномъ<sup>2)</sup>). Если истцами являются нѣсколько лицъ, то преторъ избираеть одного изъ нихъ, какъ болѣе способнаго къ преслѣдованію или лично заинтересованнаго<sup>3)</sup>). Результатъ взысканія, по преторскому праву, могъ идти въ пользу истца, а по общему закону — въ пользу общины, казны. Къ числу act. populares принадлежать, напр., actiones de effusis et dejectis, de albo corrupto.

Въ источникахъ упоминаются еще actiones quasi populares, quasi publicae. Vatic. frag. 266; § 3 I. 1, 26.

Въ этомъ же раздѣлѣ слѣдуетъ сказать о т. наз. actiones vindictam spirantes, искахъ по личнымъ оскорблениямъ. По выражению источниковъ, эти иски vindictam continent, ad ultionem pertinent. Они могутъ быть осуществлены только противъ определенныхъ лицъ и не переходять по общему правилу на наследниковъ<sup>4)</sup>), за исключеніемъ того случая, когда потерпѣвшее лицо умерло уже послѣ вчиненія иска и дѣло допшло до litis contestatio<sup>5)</sup>). Къ числу этихъ исковъ принадлежать: actio injuriarum, querella inofficiosi testamenti, actio calumniae, a se puleri violati и др.

Actiones simplices, duplices<sup>6)</sup>). Обыкновенно исковое притязаніе направлено на присужденіе отвѣтчика или на установление для истца одного правового состоянія, а для отвѣтчика — другого состоянія. Поэтому исковая формула обыкновенно направлялась или на присужденіе отвѣтчика, или на отказъ истцу: si paret condemnna, si non paret absolve<sup>7)</sup>). Но иногда такой роли между сторонами распределить нельзя; каждая изъ сторонъ является, напр., въ искахъ о раздѣлѣ общаго имущества<sup>8)</sup> (actio finium regundorum, actio familae erciscundae, actio communi dividendo), въ положеніи той и другой судебной сто-

<sup>1)</sup> L. 1 D. 47, 23.

<sup>2)</sup> L. 4 D. 47, 23.

<sup>3)</sup> L. 2; L. 3 § 1 D. 47, 23; L. 5 § 5 D. 9, 3; L. 3 § 12 D. 43, 29; L. 3 pr. § 9; L. 6 D. 47, 12.

<sup>4)</sup> § 1 J. 4, 12; L. 2 § 4 D. 37, 6.

<sup>5)</sup> L. 139 D. 50, 17.

<sup>6)</sup> Eck. Die sogenannten doppelseitigen Klagen d. Röm. u. Gemein. Deutsch. Rechts 1870.

<sup>7)</sup> Gajus 4 § 43.

<sup>8)</sup> L. 10 D. 10, 1; L. 44 § 4 D. 10, 2.

роны. Тутъ искъ направленъ на регулированіе даннаго фактическаго состоянія, поэтому и присужденіе можетъ быть въ ту и другую сторону. Послѣдніе иски называются *actiones duplicates*, обоядные иски, въ отличие отъ первыхъ, *actiones simplices*, простыхъ исковъ<sup>1)</sup>.

*Историческія формы исковъ.*—Въ юстиніановъ правѣ имѣють еще значеніе нѣкоторыя историческія формы исковъ. Такъ, по своимъ источникамъ иски дѣлились на *actiones civiles* или *legitimaе* и *actiones honorariae*<sup>2)</sup>, *praetoriae*<sup>3)</sup>, *aediliciae*<sup>4)</sup>, смотря по тому, вытекаютъ ли они изъ *jus civile*, или изъ эдиктовъ магистратскихъ.

*Actiones directae* или *vulgares, actiones utiles, in factum*.—Подъ *actiones directae* разумѣлись тѣ иски, которые примѣнялись въ сферѣ прямого ихъ назначенія, т. е. къ случаямъ, по поводу которыхъ они первоначально установлены по *jus civile* или преторомъ. Этимъ признакомъ они отличаются отъ тѣхъ исковъ, которые были созданы позднѣе, частью по аналогіи съ первыми, *actiones utiles*<sup>5)</sup> (напр., иски эмфитеуты по аналогіи съ исками собственника), частью отдельно отъ нихъ, по фактическимъ обстоятельствамъ даннаго дѣла, *actiones in factum*<sup>6)</sup> (напр., *actio Serviana, actio doli*). При распространеніи иска по аналогіи можно было придать ему основанія фиктивныя; такой *actio utilis* носить название *actio fictitia*<sup>7)</sup>. Разъ созданъ *actio utilis*, то нѣтъ препятствія распространить его основу и на другіе случаи, создать по аналогіи отъ него новый *actio utilis*. Примѣръ *actio Publiciana in rem*, который самъ былъ а. *utilis* и затѣмъ распространенъ на аналогичные случаи<sup>8)</sup>. Особеннымъ же видомъ *actio in factum* былъ т. наз. *actio praescriptis verbis*, искъ по безъимянному договору, установленный по *jus civile* на основаніи известныхъ фактическихъ данныхъ<sup>9)</sup>.

Затѣмъ еще въ юстиніановъ слѣдуетъ отличать *actio* отъ

<sup>1)</sup> Gajus, 4 §§ 156—160; § 7 J. 4, 15.

<sup>2)</sup> Omnes autem actiones aut civiles dicuntur, aut honorariae L. 25 § 2 D 44, 7; § 3 J. 4, 6.

<sup>3)</sup> L. 63 § 9 D. 36, 1.

<sup>4)</sup> Cod. 4, 58 de aediliciis actionibus.

<sup>5)</sup> § 16 J. 4, 3; L. 21 D. 19, 5. Слово *utilis* иногда производятъ отъ *uti* (см. Hugo. Gesch. d. Röm. R., p. 657 (11 изд.).

<sup>6)</sup> Gajus 4, 45, 46, 107; L. 1 pr.; L. 3 § 1 D. 4, 9; L. 25 § 1 D. 44, 7. См. Bekker. D. Aktionen II, p. 130—153.

<sup>7)</sup> Ulpianus 28, 12.

<sup>8)</sup> Quasi Publiciana actio L. 70 D. 6, 1.

<sup>9)</sup> См. Alb. Desjardins. De l'action praescriptis verbis, 1866.

*interdicta*. Иски вытекали изъ *jus civile* и проводились въ порядке *ordo judiciorum privatorum*; *interdicta* же вытекали изъ магистратской *imperium* и производство по нимъ начиналось съ личного повелѣнія претора, обращенного къ сторонамъ<sup>1)</sup>. Согласно *содержанію* повелѣнія, *interdicta* были или *prohibitoria*, запретительные, или *restitutoria*, возстановительные, вынуждавшіе выдачу вещи, или *exhibitoria*, вынуждавшіе представить спорный предметъ. Формула первыхъ была: *uim fieri veto*; вторыхъ — *restituas*; третьихъ — *exhibeas*. По *объекту* интердикты дѣлились на *interdicta de divinis rebus* и *int. de rebus humanis*<sup>2)</sup>. Послѣдніе интердикты бываютъ или *publicae utilitatis causa* (*int. de liberis exhibendis*), или *officii causa* (*de libero homine exhibendo*), или, наконецъ, *interdicta rei familiaris causa constituta*, т. е. интердикты на защиту имущественныхъ отношеній; таковы интердикты на установление владѣнія, *interd. adipiscenda possessionis*, и на защиту уже существующаго права владѣнія, *interdicta retinenda possessionis*, *int. recuperanda possessionis*.

Въ юстиніановомъ правѣ еще проводится различіе между *interdicta* и *actiones*, хотя уже задолго до того интердикты, занесенные въ преторскій эдиктъ, ничѣмъ не отличались въ представленіи общества отъ исковъ<sup>3)</sup>, ибо всегда, когда имѣлось основаніе, въ эдиктѣ предоставлялся и интердиктъ. Съ другой стороны, послѣ Діоклетіана общая форма процесса была *extraordinaria cognitio*, т. е. судебная дѣла рѣшались вполнѣ однѣмъ магистратомъ или его замѣстителемъ<sup>4)</sup>. Поэтому и процессуальной разницы между *actiones* и *interdicta* въ юстиніановомъ правѣ уже не было.

На это сглаженіе указываетъ юстиніаново право, говоря въ одномъ мѣстѣ, что искъ предоставляетъ *ex causa interdicti*. § 8 I. 4, 15. См. Азаревичъ. Прекаріумъ по римскому праву, 1877, стр. 229, 230. Въ другихъ же мѣстахъ выраженія еще болѣе опредѣленны: *interdicta quoque actionis verbo continentur* (L. 37 pr. D. 44, 7; L. 35 pr. D. eod.)

До юстиніаново права знало еще различіе *actiones ordinariae* отъ *actiones arbitriae*. *Actiones ordinariae* имѣли цѣлью при-  
сужденіе на денежную сумму, такъ какъ по процессуальному положенію римскаго права всякая *condemnatio* должна быть

<sup>1)</sup> См. *Lenel. D. Edictum perpet.*, p. 356 и слѣд.

<sup>2)</sup> L. 1 pr.; L. 2 §§ 1, 2 D. 43, 1.

<sup>3)</sup> Ср. *Bekker. Aktionen II*, p. 58.

<sup>4)</sup> L. 2 C. 3, 3.

pecuniaria<sup>1</sup>). Поэтому всякое не-денежное притязание обращалось въ денежную сумму чрезъ судебную оцѣнку, litis aestimatio. Только въ исключительныхъ случаяхъ, когда дѣло рѣшалось повелѣниемъ магистрата или онъ extra ordinem cognoscebat (напр., по exhibitio завѣщанія, vindicatio раба), отвѣтчикъ присуждался къ самому предмету спора<sup>2</sup>). Для обыкновенныхъ же случаевъ actiones arbitrariae<sup>3</sup>) давали судьѣ возможность косвеннымъ путемъ заставить отвѣтчика возстановить нарушенное право въ настоящемъ его видѣ, исполнить самый предметъ искового притязанія. Достигалось это слѣдующимъ образомъ. Преторъ дѣлалъ въ формулу такое объявление (pronuntiatio):  nisi arbitratu tuo restituatur, или exhibeatur, когда по разсмотрѣніи дѣла судья найдетъ претензію истца дѣйствительной, то онъ присудить отвѣтчика къ денежной суммѣ, если только этотъ не вернетъ самого предмета спора или не выполнитъ опредѣленного дѣйствія<sup>4</sup>). Но въ послѣднемъ случаѣ опредѣленіе денежного интереса предоставлялось усмотрѣнію истца по т. наз. jusjurandum in item<sup>5</sup>). Отъ приказанія судьи (arbitratus, jussus judicis) выполнить самый предметъ спора подъ страхомъ такой денежной оцѣнки, иски при подобной формулы носили название actiones arbitrariae<sup>6</sup>). Только чрезмѣрно большая оцѣнка подвергалась уменьшенію со стороны судьи. Но во всякомъ случаѣ, опасеніе, что оцѣнка будетъ выше стоимости вещи, косвенно вынуждало отвѣтчика выдать самый предметъ спора или выполнить опредѣленное дѣйствіе. Кромѣ того, неповиновеніе arbitratus судьи вело иногда къ infamia (напр., по actio doli), а иногда, какъ при actio quod metus causa, къ присужденію на четверной интересъ истца, впрочемъ, опредѣляемый тутъ самимъ судьею<sup>7</sup>). Въ Ди-

114 Г.

<sup>1</sup>) Gajus 4 § 48—52.

<sup>2</sup>) L. 3 pr. D. 43, 4; L. 5 § 27 D. 36, 4.

<sup>3</sup>) Gajus 4 § 141; § 31 J. 4, 6.

<sup>4</sup>) Gajus 4 § 47.

<sup>5</sup>) Dig. 12, 3; Cod. 5, 53 de in item jurando. См. v. Schröter. Ueber d. jusjurandum in item въ Zeitschr. f. Civ. u. Proz. 7, p. 356.

<sup>6</sup>) § 1 J. 4, 6.

<sup>7</sup>) L. 14 §§ 1, 3, 4, 7, 14 D. 4, 2.—По L. 68 D. 6, 1 слѣдуетъ, что въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ истецъ имѣлъ возможность осуществить arbitratus судьи противъ воли отвѣтчика, т. е., напр., силой взять самую вещь. Но это мѣсто такъ противорѣчитъ всѣмъ остальнымъ источникамъ, что по господствующему возврѣнію въ L. 68 cit. видѣть интерполяцію компилиаторъ Дигестъ, сдѣланную въ виду современного имъ положенія вещей (см. Savigny 5, p. 123 и слѣд.).

гестахъ встречаются еще слѣды этихъ древнихъ началь<sup>1)</sup>). Но въ юстиніановомъ правѣ уже не требовалось непремѣнно денежного присуждѣнія, хотя и тутъ, по мѣрѣ возможности, присуждѣніе выражалось или въ опредѣленной денежной суммѣ, или въ опредѣленномъ предметѣ<sup>2)</sup>). *Jusjurandum in litem* допускалось лишь тогда, когда отвѣтчикъ *dolo* дѣлалъ невозможнымъ восстановленіе самого предмета спора<sup>3)</sup>.

Въ юстиніановыхъ сводахъ упоминается еще дѣление исковъ на *actiones stricti juris* и *actiones bonaे fidei*<sup>4)</sup>). Въ *actiones stricti juris*<sup>5)</sup> должно было строго придерживаться правовой нормы; тутъ нельзя было разсматривать дѣла съ точки зрењія общей справедливости, тогда какъ въ *actiones bonaе fidei* принимались во вниманіе рядомъ съ строгой буквой закона самый характеръ правоотношенія, рядомъ съ буквальнымъ смысломъ соглашенія его настоящее значеніе. Вообще при *act. bon f.* усмотрѣнію суды предоставлялся обширный просторъ, тогда какъ въ *act. str. juris* онъ былъ строго связанъ буквальнымъ смысломъ формулы, поставленного притязанія со стороны истца и выраженій со стороны отвѣтчика. Къ числу *act. bonaе fidei* принадлежали личные иски изъ двустороннихъ договоровъ (купли, найма и т. д.), изъ договоровъ заклада, поклажи, ссуды, иски по приданому, по раздѣлу общаго имущества. Обыкновенная формула этихъ исковъ была такая: *quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere paret oportere ex fide bona*<sup>6)</sup>. Отъ послѣднихъ словъ и самое название исковъ, *act. bonaе fidei*.

Въ юстиніановомъ правѣ почти всѣ *judicia* были *bonaе fidei*. Къ числу *act. stricti juris* тутъ причислялись еще т. наз. *condicione*<sup>7)</sup>. Самое название этихъ исковъ происходитъ отъ той *legis actio*, которой основная форма состояла изъ предложенія истца отвѣтчику явиться черезъ 30 дней къ претору для назначенія судьи. Эта форма процесса примѣнялась по *lex Silia* къ искамъ на опредѣленную денежную сумму, а по *lex Cal-*

<sup>1)</sup> Напр., L. 4 § 3; L. 13 § 1; L. 59 § 1 D. 42, 1; L. 5 § 1 D. 13, 6. См. *Wächter. Erörterungen* 2, p. 14—16; 3, p. 25 и слѣд.

<sup>2)</sup> § 32 J. 4, 6; § 2 J. 4, 17; L. 17 C. 7, 4; L. 14 C. 7, 45.

<sup>3)</sup> L. 2 § 1; L. 4 § 4; L. 5 § 3 D. 12, 3 cp. L. 2 C. 5, 53.

<sup>4)</sup> §§ 28—31 J. 4, 6.

<sup>5)</sup> L. 5 § 4 D. 12, 3; L. un. § 2 C. 5, 13. Cp. *Windscheid. Pand. I* § 46 п. 4.

<sup>6)</sup> См. *Bekker. Aktionen* 1, p. 160—169.

<sup>7)</sup> См. *Baron. Abhandlungen aus dem röm. Civilrecht I. Die Condictio-*nen. 1881.

purnia къ искамъ на всякую другую опредѣленную вещь<sup>1)</sup>). Позднѣе это название осталось для обязательственныхъ исковъ на опредѣленный предметъ. При condictiones не указывалось основаніе иска, его causa, напр., опредѣленный договоръ и т. п. Общая ихъ формула была такая: *si paret eum dare oportere*<sup>2)</sup>). Но *jus civile* и юристы постепенно установили <sup>зарубеж</sup> основанія, по которымъ можно было вчинять кондикціи, какъ-то: стипуляція, *contractus litterarum, legatum, lex, соглашеніе о заемѣ*, а въ остальныхъ случаяхъ *cond.* была *sine causa*.

Condictiones дѣлятся на condictiones certi или *certae recipiariae*, когда дѣло идетъ о предоставлѣніи опредѣленной суммы денегъ<sup>3)</sup>, condictiones triticariae<sup>4)</sup> или *de certa re*, когда дѣло идетъ о предоставлѣніи всякого другого опредѣленного предмета, образцомъ которого въ преторской формулѣ взять *triticum*, быть можетъ потому, что зерновой хлѣбъ былъ однимъ изъ самыхъ обыкновенныхъ предметовъ взысканія по этимъ искамъ. Затѣмъ, въ императорскія времена рядомъ съ этими condictiones начинаютъ упоминаться еще condictiones incerti<sup>5)</sup>, подъ которыми разумѣлись строгіе иски на *incertum* (формула: *dare facere*)<sup>6)</sup>. Отсюда было уже недалеко до того, чтобы подъ condictiones стали разумѣть вообще *actiones in personam*<sup>6)</sup> и такимъ образомъ отнять у нихъ въ дѣйствительности особенное ихъ значеніе.

### Прекращеніе искового права.

Исковое право прекращается независимо отъ прекращенія самого права, служащаго основаніемъ иска, въ слѣдующихъ случаяхъ:

- 1) Смертью сторонъ,
- 2) Стечениемъ нѣсколькихъ исковъ,
- 3) Исковой давностью.

<sup>1)</sup> Gajus 4 §§ 18, 19.

<sup>2)</sup> См. *Lenel. Edictum perpetuum*, p. 187.

<sup>3)</sup> Gajus 4 §§ 41, 50.

<sup>4)</sup> Dig. 18, 3 de condictione triticaria.

<sup>5)</sup> L. 12 D. 46, 2.

<sup>6)</sup> L. 25 pr. D. 44, 7.

## 1.

Со смертью одной или обеихъ сторонъ<sup>1)</sup>, рожденные иски по общему правилу переходятъ на преемниковъ и противъ преемниковъ; heredibus et in heredes dantur<sup>2)</sup> (т. наз. translatio actionis). Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ исковое право прекращается со смертью управомоченного или отвѣтчика. Такъ, иски, направленные на личное удовлетвореніе (actiones vindictam spirantes), напр., actio injuriagum, прекращаются со смертью оскорбленнаго<sup>3)</sup>). Не переходить на наследниковъ и искъ на возвращеніе дара propter ingratitudinem<sup>4)</sup>. Съ другой стороны, прекращаются со смертью отвѣтчика штрафные иски<sup>5)</sup>. Наслѣдники отвѣчаютъ по нимъ имущественно только въ размѣрѣ оставленнаго правонарушителемъ состоянія<sup>6)</sup>, in quantum locupletiores facti sunt<sup>7)</sup>. Но во всѣхъ указанныхъ случаяхъ, если искъ уже дошелъ до момента litis contestatio, то онъ продолжаетъ существовать для преемниковъ той и другой стороны<sup>8)</sup>.

Omnis actiones, quae morte..... pereunt, semel inclusu judicio salvae permanent. L. 139 pr. D. 50, 17.

## 2.

Иски прекращаются стечениемъ нѣсколькихъ исковъ, cursus actionum<sup>9)</sup>. Для понятія стеченія исковъ недостаточно, чтобы данное лицо имѣло право на нѣсколько исковъ; необходимо, чтобы эти иски имѣли между собою точку соприкосновенія, чтобы они сливались и составляли одно. Такой точкой соприкосновенія будетъ единство юридического притязанія, которое можетъ быть осуществлено этими исками. Стченіе исковъ можетъ имѣть различныя основанія. Оно можетъ заключаться въ томъ, что обязанной стороной является нѣсколько

<sup>1)</sup> Inst. 4, 12 de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes transeunt. Cod. 4, 17 ex delictis defunctorum in quantum heredes convenientur.

<sup>2)</sup> § 1 J. 4, 12; L. 57 D. 5, 1; L. 15 D. 9, 4.

<sup>3)</sup> L. 2 § 4 D. 37, 6. Еще примѣръ actio sepulchri violati L. 6, 8, 10 D. 47, 12 и др.; L. 9 D. 11, 7; L. 24 D. 2, 4; L. 4 D. 3, 6.

<sup>4)</sup> L. 10 § 2 C. 8, 55.

<sup>5)</sup> L. 1 pr. D. 47. 1.

<sup>6)</sup> L. 22 D. 39, 1 ... in poenam heres non succedit.

<sup>7)</sup> L. 38, 44, 127 D. 50, 17.

<sup>8)</sup> L. 58 D. 44, 7; L. 29 D. 46, 2; L. 13 pr. D. 47, 10; L. un. C. 4, 17.

<sup>9)</sup> Savigny. System 5 §§ 231—236; Merkel. Ueber d. Concours d. Actionen 1877.

субъектовъ, какъ, напр., при солидарныхъ обязательствахъ; здѣсь будетъ столько исковъ, сколько лицъ, но притязаніе — одно, такъ что всѣ иски сливаются въ одно притязаніе. Стеченіе исковъ еще встрѣчается въ томъ случаѣ, когда въ одномъ дѣйствіи нарушаются различныя права одного и того же лица. Кто повреждаетъ чужую, ссуженную ему вещь, тотъ отвѣчаетъ какъ по actio commodati (искъ изъ договора ссуды), такъ и по actio Aquiliana (искъ изъ поврежденія чужой собственности). Наконецъ, конкуренція исковъ можетъ основываться и на томъ явленіи, вытекающемъ изъ исторического развитія процессуальныхъ формъ римского права, что рядомъ съ исками, установленными ex jure civili, зарождаются и другіе иски по одному и тому же материальному основанію; напр., conductio furtiva рядомъ съ rei vindicatio. Въ этихъ случаяхъ одно и то же притязаніе могло быть осуществлено тѣмъ или другимъ искомъ.

Основное положеніе, разрѣшающее конкуренцію исковъ, гласить: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, если по данному юридическому притязанію будетъ предъявленъ и осуществленъ одинъ искъ, то второй искъ предъявленъ быть не можетъ: онъ погашается осуществлениемъ первого.

Напр., если вещь, отданная въ ссуду, будетъ похищена, то собственникъ можетъ вчинить искъ о воровствѣ (conductio furtiva) и искъ о ссудѣ (actio commodati). Вчиненіе одного изъ этихъ исковъ погашаетъ другой. L. 71 pr. D. 47, 2; L. 34 § 1, 2 D. 44, 7.—Другіе примѣры: L. 14 § 13 D. 4, 2; L. 3 § ult.; L. 6 § 4 D. 4, 9; L. 38 § 1; L. 43, 47 D. 17, 2; L. 35 § 1 D. 19, 2; L. 1 § 21; L. 2 § 1 D. 27, 3; L. 55 § 1 in f. D. 26, 7; L. 134 § 2 D. 44, 7; L. 9 § 1 D. 47, 2; L. 1 § 3 D. 47, 5.

Но если иски по одному и тому же притязанію ведутъ къ различному взысканію, то искъ, осуществленный на меньшее, не лишаетъ права на искъ для осуществленія добавочнаго къ полученному удовлетворенію<sup>2)</sup>.

### 3. Исковая погасительная давность.

*Пособія см. выше къ общему учению о давности.* \* 256 стр.

*Понятіе.*—Когда исковое право теряетъ свою дѣйствительность по той причинѣ, что лицо, способное его осуществить,

<sup>1)</sup> L. 57 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 41 § 1 D. 44, 7; L. 7 § 1 D. 13, 6; L. 43, 47 pr. D. 17, 2; L. 28 D. 19, 1; L. 2 § 3 D. 47, 1. См. Savigny cit. § 233.

пренебрегло этимъ въ срокъ, определенный положительнымъ правомъ, то это погашение называется исковою погасительною давностью. Съ исковою давностью не слѣдуетъ смѣшивать того случая, когда право теряется по той причинѣ, что былое пропущено закономъ предписанный для его осуществлениія срокъ. Различіе между ними заключается въ томъ, что въ послѣднемъ случаѣ съ самаго начала существуетъ срокъ, право установлено только на определенный срокъ времени; прошелъ онъ — и право уничтожается само собою. При исковой же давности право не ограничено въ своей продолжительности; только продолжительная бездѣятельность со стороны субъекта права влечетъ за собой погашение исковой претензіи; предоставляемъ определеннымъ отвѣтчикамъ право возраженія о давности<sup>1</sup>). Поэтому не всегда съ исполнившеюся исковою давностью погашается и само материальное право (см. ниже); если же осуществленію права поставленъ срокъ, то истеченіе его ведеть за собою всегда погашеніе и самого материальнаго права.

Исковая давность основывается исключительно на бездѣятельности, на пассивномъ отношеніи правового субъекта къ своему праву (*juge silentium, diuturnum silentium, jugis taciturnitas*)<sup>2</sup>). Оправдывается она частью пренебреженіемъ субъекта къ своимъ правамъ, частью справедливымъ стремленіемъ покровительствовать отвѣтчику противъ устарѣлыхъ притязаній, которыя, быть можетъ, уже и не существуютъ, но за истечениемъ долгаго времени весьма трудно, если не невозможно, доказать — когда и какимъ образомъ они погашены<sup>3</sup>). Вообще же въ основѣ установленія исковой давности лежитъ потребность публичнаго мира, humano generi patrona praescriptio<sup>4</sup>). Въ силу публичнаго характера, послѣдствія давности не могутъ быть уничтожены соглашеніемъ частныхъ лицъ<sup>5</sup>), ибо *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>6</sup>).

Пріобрѣтая право, нельзя вступить съ противной стороной въ соглашеніе такого рода: «если будетъ пропущенъ срокъ исковой погасительной давности, то тѣмъ не менѣе не будуть имѣть мѣсто ея послѣдствія».

<sup>1)</sup> См. *Schwalbach* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 20 п. 6.

<sup>2)</sup> См. *Savigny. System* Bd. 5 p. 267.

<sup>3)</sup> L. 2 C. 7, 40.

<sup>4)</sup> Cassiodor. var. V, 37. *Finis sollicitudinis ac periculi litium* Cic. pro Caecina cap. 26.

<sup>5)</sup> *Savigny. Syst.* Bd. 5. p. 411.

<sup>6)</sup> L. 38; L. 61 D. 2, 14; L. 45 § 1 D. 50. 17.

*Исторія*<sup>1)</sup>. — Исковая погасительная давность первоначально была неизвестна римлянамъ. Всѣ иски, за немногими исключе-  
ніями<sup>2)</sup>, были вѣчными, *actiones perpetuae*<sup>3)</sup>. Римляне твердо держались за сохраненіе разъ приобрѣтеннаго права. Но съ другой стороны, иски, устанавливаемые преторомъ (также эдиломъ), имѣли обыкновенно силу только въ теченіе года<sup>4)</sup> — были *ac-  
tiones annales*<sup>5)</sup>. Такой краткой срочности требовалъ самый смыслъ данныхъ исковъ; такъ, напр., было бы странно допускать предъявление преторскаго пенального иска, если онъ не вчинялся вскорѣ послѣ совершенного правонарушенія<sup>6)</sup>. Современемъ, когда юриспруденція предоставила отвѣтчику *exceptio-  
nem temporis*, срочность этихъ исковъ сдѣлалась ихъ давностью. Затѣмъ преторъ распространилъ давность на *actiones reales  
juris civilis* (за исключеніемъ *hereditatis petitio*), если истекло имъ 10 лѣтъ *inter praesentes* и 20 лѣтъ *inter absentes*. Эта давность называлась *praescriptio longi temporis* и позднѣе сдѣлалась пріобрѣтательною давностью<sup>7)</sup>.

Такъ, добросовѣстный владѣлецъ, основывавшій свое владѣніе на *justus titulus*, могъ обезсилить вещный искъ *praescrip-  
tione longi temporis*.

Были подвергнуты давности и другіе отдѣльные иски, какъ, напр., установлена *пятилѣтняя* давность для исковъ на отрицаніе свободы; счетъ срока шелъ съ момента смерти лица<sup>8)</sup>; той же пятилѣтней давности подвергнута была *querela inofficio-  
ciosi testamenti*<sup>9)</sup> и др. Наконецъ, по конституціи 424 года императоровъ Гонорія и Феодосія II, всѣ иски, бывши до тѣхъ поръ вѣчными, стали по общему началу подлежать погасительной давности<sup>10)</sup>. Съ этихъ поръ подъ именемъ *actiones regre-  
tuae* разумѣлись иски, погашаемые 30-ти-лѣтнюю давностью. Болѣе краткая давность, признанная прежде, осталась нетронутую.

<sup>1)</sup> См. у *Demelius. Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht I*, 1856.

<sup>2)</sup> Такъ, по *lex Furia* поручители, *sponsores* и *fidepromissores*, освобождались отъ поручительства съ истечениемъ двухъ лѣтъ (*Gajus 3, 121*).

<sup>3)</sup> *Gajus 4, 110; pr. J. 4, 12.*

<sup>4)</sup> *L. 30 § 5 D. 15, 1; L. 15 § 5 D. 43, 24.*

<sup>5)</sup> *pr. J. 4, 12.*

<sup>6)</sup> Поэтому въ преторской формулѣ говорилось: *in anno judicium dabo*.

<sup>7)</sup> См. въ *ученіи обѣ usucapio*.

<sup>8)</sup> *L. 4 D. 40, 15.*

<sup>9)</sup> *L. 8 § 17; L. 9 D. 5, 2.*

<sup>10)</sup> *L. 3 C. 7, 39* ер. *L. un. C. Theod. de actionibus certo tempore fi-  
niendis 4, 14.*

*с. б. виновни*? Но и въ юстиниановомъ правѣ нѣкоторые иски по исключению не подлежали исковой давности. Это были:

1) *Vindicationes in libertatem*, иски, направленные на утверждение свободного состоянія<sup>1)</sup>). 2) *Actiones communis dividendo*, иски о раздѣлѣ общаго имущества, и *actiones finium regundorum*, иски на возстановленіе настоящихъ межей<sup>2)</sup>). 3) *Vindicatio*, требование колона собственникомъ земли<sup>3)</sup>). 4) Иски по налогамъ, *functiones publicae*<sup>4)</sup>). 5) Иски города противъ лицъ, отказывающихся отъ обязательствъ ихъ класса<sup>5)</sup>.

*Предположения исковой погасительной давности.*—Для исковой погасительной давности требуется: а) рождение иска — *actio debet esse nata*; б) истеченіе определенного срока времени; в) непрерывность.

*1) исходя изъ* а) *Actio nata*, рождение иска.—Начало римского права о рождении иска выражено въ наукѣ такъ: *actioni nondum natae non praescribitur*<sup>6)</sup>), иску не возникшій не можетъ быть погашенъ давностью, т. е. иначе, давность начинается съ того момента, когда можетъ быть вчиненъ съ успѣхомъ иску.

Исковое право устанавливается вмѣстѣ съ материальнымъ правомъ. Искъ — то же право, но только въ его направленіи подчинить людскую волю, вынудить признаніе данного права другимъ лицомъ. Съ какого же момента право принимаетъ такое направленіе? По этому вопросу различаютъ вещныя и обязательственныя права<sup>7)</sup>.

*I* Пока вещное право не нарушено, до тѣхъ поръ претензія, вытекающая изъ этого права, удовлетворена. Вещный иску направляется на то, чтобы никто не нарушилъ предоставляемаго вещнымъ правомъ господства надъ вещью. Пока нарушенія нѣтъ, до тѣхъ поръ правовой субъектъ имѣеть все, чего онъ въ силу своего вещнаго притязанія могъ желать. Поэтому начало давности въ вещныхъ искахъ считается съ момента нарушения права. Такъ, иску о собственности, *reivindicatio*, считается *nata* съ того момента, какъ третье лицо овладеетъ на-

<sup>1)</sup> L. 3 C. 7, 22.

<sup>2)</sup> L. 5 C. 3, 37.

<sup>3)</sup> L. 23 pr. C. 11, 47.

<sup>4)</sup> L. 6 C. 7, 39.

<sup>5)</sup> L. 5 C. 7, 39.

<sup>6)</sup> См. L. 3 § 1; L. 7 § 1 C. 7, 39; L. 1 § 1 C. 7, 40; L. 30 C. 5, 12.

<sup>7)</sup> См. R. Leonhard. Ein Beitrag zur Lehre vom Beginn der Verjähnung въ Jahrb. f. d. Dogmatik B. 17.

шею вещью; искъ по сервитутамъ, *actio confessoria*, — съ момента нарушения отправленія сервитутнаго пользованія и т. д.

II Въ личныхъ или обязательственныхъ правахъ иски по содержанию распадаются на двѣ категории: 1) иски, направленные на совершение отвѣтчикомъ опредѣленнаго дѣйствія, и 2) иски, направленные на несовершение отвѣтчикомъ опредѣленнаго дѣйствія. Обязательственное право состоить или *in faciendo* или *in non faciendo*. Если обязательство будетъ состоять *in non faciendo*, то *actio nata est* съ момента нарушения этого обязательства. Пока лицо обязанное не совершаетъ опредѣленнаго дѣйствія, до тѣхъ порь притязаніе кредитора удовлетворено. Онъ не имѣеть права вчинять искъ, пока обязанное лицо выполняетъ свое обязательство не совершасть опредѣленнаго дѣйствія. При обязательствѣ *in faciendo*, по общему началу, исковое притязаніе на выполнение даннаго дѣйствія устанавливается въ самый моментъ установления обязательства. Слѣдовательно, въ этихъ случаяхъ *actio nata est* съ момента exordium obligationis, такъ какъ съ этого уже момента фактическія отношенія начинаютъ несоответствовать содержанию даннаго права. А. даль Б. деньги въ заемы безъ опредѣленія срока. Спрашивается, къ какого момента А. имѣеть право требовать деньги обратно? Такъ какъ деньги отданы безъ срока, то по первому же требованію А. отвѣтчикъ Б. обязанъ возвратить деньги. Значитъ, *actio nata est* въ самый моментъ установленія заемнаго обязательства. То же слѣдуетъ сказать и о другихъ подобныхъ же случаяхъ, какъ, напр., о безсрочной поклажѣ и т. д.

Съ высказаннымъ мнѣніемъ теперь согласны многие ученые (см., напр., *Unger. Oesterr. Privatr. Bd. I p. 377; Windscheid. Pandekt. Bd. I § 108 n. 4; Dernburg. Pandekt. Bd. I § 146*), но другіе ученые, особенно прежняго времени, не раздѣляютъ его (см. *Kierulff. Civilr. p. 192; Savigny. System. Bd. 5 p. 291 и слѣд.*). Послѣдніе полагаютъ, что во всѣхъ обязательствахъ исковая давность начинается съ нарушенія ихъ. Такое нарушение въ обязательствахъ *in faciendo* они допускаютъ только съ момента предъявленія кредиторомъ должнику требованія на удовлетвореніе. Согласно съ этимъ, и при безсрочномъ заемѣ моментъ *actionis natae* будетъ моментъ предъявленія заемодавцемъ требованія и отказа со стороны должника удовлетворить его. Ранѣе этого не признаютъ нарушенія права. Но едва ли правильно такъ понимать нарушеніе. Для наличности нарушенія достаточно, если только притязаніе, подлежащее выполненію, не встрѣчаетъ соответствующаго удовлетворенія, хотя бы должникъ и кредиторъ этого даже и не сознавали. Затѣмъ, съ практической стороны оспариваемое нами воззрѣніе можетъ вести къ та-

кимъ выводамъ. А. даль Б. въ безсрочный заемъ 100 р. и, не требуя удовлетворенія, черезъ нѣкоторое время умираетъ. Затѣмъ проходить, положимъ, 100 лѣтъ, смѣняется нѣсколько поколѣній, и наконецъ одинъ изъ преемниковъ А. требуетъ отъ одного изъ преемниковъ Б. возврата 100 р. Отвѣтчикъ отказывается удовлетворить требованіе, а кредиторъ не даетъ хода иску, который теперь будетъ погашенъ только еще черезъ 30 лѣтъ. Такой послѣдовательный выводъ изъ рассматриваемаго возврѣнія прямо противорѣчитъ самому основанію исковой погасительной давности, установленной для того, чтобы внести миръ и увѣренность въ непоколебимой устойчивости правового порядка. Итакъ, теченіе исковой давности начинается съ момента установленія обязательства *in faciendo*, въ частности — съ момента заключенія договора безсрочнаго займа (см. *Vangerow. Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjähzung der Darlehensklage?* въ *Archiv für civ. Praxis.* Bd. 33 п. 12). Съ этимъ возврѣніемъ согласно и чтеніе источниковъ: L. 94 § 1 D. 46, 3; L. 1 § 22 D. 16, 3. За оспариваемое же мнѣніе будетъ только одно логическое основаніе, а именно: при безсрочныхъ займахъ, въ особенности, имѣется въ виду оставить заемную сумму въ рукахъ должника на болѣе или менѣе продолжительное время.

Когда обязательство, напр., заемъ, установлено съ оговоркой «по предъявленію къ уплатѣ», то между этими случаями и тѣми, когда обязательство установлено безъ всякой оговорки обѣ обратной уплатѣ, нѣть никакого различія<sup>1)</sup>; а поэтому теченіе исковой давности и тутъ начинается съ момента установленія обязательства.

Нѣкоторые писатели (см. *Thon. Ueber die Verjähzung einer auf Kündigung stehenden Forderung* въ *Linde's Zeitschr.* Bd. 8 п. 8) специально для этихъ случаевъ ведутъ начало давности съ момента предъявленія къ уплатѣ. На это можно повторить уже вышесказанное, а именно, что этимъ возврѣніемъ открывается возможность вчинять иску *черезъ сотни лѣтъ*, еслиъ за это время не совершено было предъявленіе къ уплатѣ.

При обязательствахъ до предъявленія съ обозначеніемъ срока уплаты отъ предъявленія,— напр., возвратить заемную сумму по предъявленію черезъ три мѣсяца,— должно считать начало исковой давности точно также съ момента установленія обязательства.

Писателямъ, которые въ этихъ случаяхъ относить моментъ *actionis natae* къ моменту предъявленія и истечения срока, слѣдуетъ сдѣлать вышеприведенное возраженіе о несомнѣмости этого возврѣнія съ общимъ назначеніемъ исковой давности (см. *Unger. Oesterr. Privatr.* 2 р. 410 п. 6; *Windscheid. Pandekt* § 107 п. 9).

<sup>1)</sup> См. L. 48 D. 45, 1.

Иногда давность начинается раньше самого искового притязания, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда возникновение его зависитъ отъ воли управомоченного. Тутъ бездѣятельность субъекта ничѣмъ не отличается отъ бездѣятельности по возникшему уже притязанию. Поэтому, если, напр., покупатель выговариваетъ право расторгнуть куплю-продажу, возвративъ купленное (такъ наз. *actum displicentiae*), то теченіе давности по этому притязанію начинается съ момента самого уговора, а не съ момента заявленія о возвратѣ.

Такъ понимается обыкновенно правило гlosсаторовъ: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas ejus est in potestate creditoris* (*Windscheid. Pand. I § 107 п. 9*, ср. *Zrodowski. Ueber Nativitt der Klage* въ *Archiv f. civ. Praxis Bd. 52*. Отвергаетъ это правило, напр., *Thon cit. въ Linde's Zeitschr. Bd. 8 п. 1*).

Если обязательственное право условно или срочно, то, понятно, теченіе исковой давности начинается не иначе какъ съ того момента, когда исполнилось условіе или истекъ срокъ<sup>1)</sup>. Когда исковая претензія имѣеть своимъ предметомъ периодическая уплаты, напр., арендную плату, проценты, то давность начинается для каждой уплаты съ наступлениемъ ея срока<sup>2)</sup>.

Начало исковой давности не зависитъ отъ права отвѣтчика на возраженія, *exceptiones*, ибо въ виду постоянныхъ возраженій (*exc. regemptoriae*) было бы непрактично откладывать моментъ *actionis natae*, а временныя возраженія (*except. dilatoriae*) такого свойства, что въ большинствѣ случаевъ отъ кредитора зависить ихъ обезсилить (напр., возраженіе о правѣ *retentionis*), а поэтому опять нѣтъ основанія откладывать моментъ *actionis natae*<sup>3)</sup>. Другое дѣло, если кредиторъ, по соглашенію съ отвѣтчикомъ, отказался вчинять искъ въ продолженіе опредѣленного времени, что даетъ право послѣднему на *exceptio pacti de non petendo*<sup>4)</sup>. Въ этихъ случаяхъ давность можетъ начинаться только съ истечениемъ выговоренного срока.

*2. Истечениe определенного срока времени.* — Всѣ иски распадались, какъ сказано выше, на *actiones perpetuae* и *actiones temporales*. Первые погашались въ 30 лѣть<sup>5)</sup>, вторые были

<sup>1)</sup> L. 7 § 4 C. 7, 39; L. 4 pr. D. 27, 3; L. 30 C. 5, 12; L. 8 in f. D. 7, 71.

<sup>2)</sup> L. 7 § 6 C. 7, 39.

<sup>3)</sup> См. *Schwalbach* въ *Jahrb. f. d. Dogm.* Bd. 19 p. 49 и слѣд.

<sup>4)</sup> L. 8 § 7 C. 7, 71.

<sup>5)</sup> L. 3. C. 7, 39.

обыкновенно<sup>1)</sup> actiones annales. Кроме того, для отдельныхъ видовъ исковъ установлены были особые сроки давности, частью болѣе продолжительные, частью болѣе краткие. Такъ, всѣ иски, имѣющіе давность 10, 20 или 30 лѣтъ, по юсти-  
ніанову праву для церквей погашаются только въ 40 лѣтъ<sup>2)</sup>.  
Также и закладной искъ (actio hypothecaria) имѣеть въ иныхъ  
случахъ 40-лѣтнюю давность<sup>3)</sup> и др.

Въ давностный срокъ зачитывается преемникамъ (successores singulares и universales) время, выполненное ихъ предшественниками, auctores<sup>4)</sup>. Счетъ давностнаго срока для actiones perpetuae шелъ по началамъ tempus continuum; а для большей части actiones temporales—по началамъ tempus utile. При этомъ всегда примѣнялось computatio civilis. Наконецъ, обыкновенно дѣйствовало начало, что давность не выполняется, nisi totus ultimus dies completus sit<sup>5)</sup>.

**в) Непрерывность.**— Послѣ момента actionis natae могутъ появиться обстоятельства, которые или 1) вполнѣ прерываютъ давность, или 2) только приостанавливаютъ ее.

1) Подъ полнымъ перерывомъ давности (interrupcio temporis, interruptum silentium, usurratio) разумѣется такое ея нарушение, когда истекшее время уже болѣе не считается и слѣдуетъ начинать вновь весь давностный срокъ. Такой перерывъ происходитъ: а) чрезъ вчинаніе иска передъ компетентнымъ судьей и сообщеніе искового прошенія (libellum conventionis) отвѣтчику<sup>6)</sup>, или избраниемъ обѣими сторонами третейского судьи<sup>7)</sup>.

Нѣкоторые писатели полагаютъ, что перерывъ давности имѣеть мѣсто и тогда, какъ искъ будетъ вчиненъ предъ некомпетентнымъ судьей (напр., Dernburg. Pand. I p. 340 п. 1).

Съ момента вчинанія иска давность прерывается и можетъ вновь начаться съ того момента, когда этому иску больше не

<sup>1)</sup> Были и болѣе короткіе сроки: такъ, actio redhibitoria погашалась шестимѣсячною давностью.

<sup>2)</sup> Nov. 111; Nov. 131 cap. 6, срав. L. 23 C. 1, 2 и Nov. 9.

<sup>3)</sup> L. 7 §§ 2, 3 C. 7, 39.

<sup>4)</sup> L. 7 § 2; L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>5)</sup> L. 6 D. 44, 7.

<sup>6)</sup> L. 3 § 1; L. 7 pr. C. 7, 39; L. 3 C. 7, 40. Въ классическомъ правѣ перерывъ совершался въ моментъ litis contestatio (L. 8 § 1 D. 27, 7; L. 9 § 3 D. 12, 2).

<sup>7)</sup> L. 5 § 1 C. 2, 56.

даютъ хода, т. е. съ момента послѣдняго процессуального дѣйствія по нему 40 лѣтъ<sup>1)</sup>.

б) Когда иска вчинить нельзя, напр., за отсутствіемъ отвѣтчика, или по другому какому либо препятствію со стороны послѣдняго, то перерывъ исковой давности можно выполнить черезъ протестъ (*protestatio*)<sup>2)</sup> передъ судьбою, за отсутствіемъ его передъ епископомъ, а наконецъ, достаточно 3 письменного протеста, подписаннаго тремя свидѣтелями.

в) Всякое признаніе со стороны будущаго судебнаго отвѣтчика правового притязанія будущаго истца прерываетъ исковую давность. При этомъ безразлично, будетъ ли это признаніе выражено явно (*expresse*) или молчаливо (*tacite*), напр., возобновленіемъ долгового документа, представлениемъ залога, уплатой процентовъ<sup>3)</sup>, и т. д.

2) Вслѣдствіе нѣкоторыхъ обстоятельствъ, исковая давность только приостанавливается и послѣ отпаденія ихъ продолжается съ причисленіемъ прежняго времени ея теченія. Приостановившуюся давность называютъ *praescriptio dormiens seu quiescens*.— Причины, вызывающія приостановку, слѣдующія: а) *Impubertas*, малолѣтство лица, имѣющаго право на искъ, хотя бы это лицо имѣло опекуна<sup>4)</sup>. б) *Minoritas*, несовершеннолѣтіе такого лица, но не для 30 и 40 лѣтней давности<sup>5)</sup>. в) *Impedimenta juris*, извѣстныя правовыя препятствія для предъявленія иска. Въ этихъ случаяхъ дѣйствуетъ правило: *agere non valenti non currit praescriptio*<sup>6)</sup>. Напр., собственникъ материала, застроенного въ чужое зданіе, не могъ, по римскому праву, вчинять иска, *actio de tigno juncto*, до тѣхъ поръ, пока стояло зданіе. г) Нѣкоторыя фактическія препятствія вчинанію иска, какъ-то военные события, напр., непріятель вторгся въ предѣлы римскаго государства и это помѣщало вчинить искъ<sup>7)</sup>.

Невѣдѣніе лица обѣ его правъ на искъ не останавливаетъ теченія давности<sup>8)</sup>. NB

<sup>1)</sup> L. 9 C. 7, 39; L. 1 § 1 C. 7, 40. Таково начало юстиніанова права, въ прежнее же время дѣйствовало правило: *omnes actiones semel inclusae judicio, salvae permanent* L. 139 pr. D. 50, 17.

<sup>2)</sup> L. 2 C. 7, 40.

<sup>3)</sup> L. 7 § 5; L. 8 § 4 C. 7, 39; L. 19 C. 4, 21.

<sup>4)</sup> L. 3 C. 7, 39; Nov. 22 cap. 24 in. fin.

<sup>5)</sup> L. 5 § 1 C. 2, 40.

<sup>6)</sup> Примѣры: L. 1 § 2 C. 7, 40; L. 30 § 2 C. 5, 12; L. 22 § 11 C. 6, 30.

<sup>7)</sup> См. *Marecoll* въ *Linde's Zeitschr. Bd. 7* n. 8.

<sup>8)</sup> L. 12 C. 7, 38.

Изложивъ предположенія исковой погасительной давности, слѣдуетъ прибавить, что по римскому учению, въ отличіе отъ западнаго канонического, въ числѣ ея условій не требовалась добросовѣтность, bona fides<sup>1)</sup>). Знаніе лицомъ своей обязанности не препятствовало началу и выполненію давности въ его пользу<sup>2)</sup>.

Послѣдствія выполнившейся исковой давности. — По вопросу о послѣдствіяхъ слѣдуетъ дѣлать различіе между правами вещными и правами обязательственными или личными.

Вещное право выражается въ непосредственномъ господствѣ субъекта надъ предметомъ вицѣшняго міра. Поэтому погашеніе искового права не влечетъ за собою погашеніе самаго материального права. Исковая давность погашаетъ въ этихъ случаяхъ только право предъявить претензію противъ опредѣленного лица и его наследниковъ. Отсюда слѣдуетъ, что если А. по вещному праву не предъявляетъ иска въ продолженіе 30 лѣтъ противъ Б., нарушившаго это право, то въ случаѣ затѣмъ А. вчинить искъ, отвѣтить на него exceptione triginta annorum имѣютъ право только Б. и его наследники. Если же предметъ вещнаго права А. попадеть въ руки третьего лица или къ самому А., то въ первомъ случаѣ онъ можетъ отыскивать свое право отъ новаго владѣльца въ теченіе новыхъ 30 лѣтъ<sup>3)</sup>, а во второмъ — не возвращать никому вещи.

Другое дѣло обязательственное право. Оно выражается въ томъ, что субъектъ его имѣть право предъявлять исковую претензію на совершеніе извѣстнаго дѣйствія только противъ опредѣленного лица, т. е. иначе, обязательственное требование въ полномъ составѣ выражается въ исковой претензіи, въ правѣ иска; поэтому разъ погашено исковое право, вмѣстѣ погашается вполнѣ и обязательство<sup>4)</sup>.

Источники подтверждаютъ такое полное погашеніе. Такъ они говорятъ, если кто либо выполнилъ по заблужденію обязательство, по которому исковое право погашено давностью, то condicione indebiti можно вытребовать назадъ выполненное, какъ недолжное<sup>5)</sup>). Далѣе, поручительство (*fidejussio* и *consti-*

<sup>1)</sup> L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>2)</sup> Срав. cap. 20 X 2, 26. *Reich. Entwicklung der kanonischen Verjhrungslehre* 1880.

<sup>3)</sup> L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>4)</sup> См. *Vangerow.* Pand. I § 151; *Windscheid.* Pand. I § 112 n. 3.

<sup>5)</sup> L. 25 § 1 D. 46, 8.

tutum), установленное по поводу прекращенного исковою давностью обязательства, должно считаться недействительным<sup>1</sup>). Итакъ, обязательство съ выполнениемъ исковой давности считается погашеннымъ вполнѣ; оно не существуетъ даже какъ естественное обязательство, *obligatio naturalis*. Правда, нельзя считать дареніемъ, когда должникъ выполняетъ, послѣ истечения исковой давности, обязательство. Но здѣсь имѣется результатъ только нравственной оцѣнки данного дѣйствія, а не установление обязательныхъ правовыхъ его послѣдствій.

Савини (System 5 § 248—251) и за нимъ другіе писатели (напр., *Puchta. Pandekt. § 92; Гудсмитъ. Пандекты стр. 311—313; Dernburg. Pand. I § 150*), выходя изъ разсужденія, что всякій порядочный человѣкъ и по истечениіи исковой давности будетъ считать себя обязаннымъ по отношенію къ своему кредитору, — держатся того взгляда, что сть уничтоженіемъ искового права само обязательство не погашалось вполнѣ, а продолжало существовать, какъ естественное обязательство. — Повторяемъ, не всякое естественное правовое чувство находитъ признаніе въ положительномъ правѣ. См. *Windscheid. Pand. I § 112 п. 5.*

Погашеніе давностью главного притязанія распространяется и на добавочныя требованія, но не наоборотъ.

Первая половина положенія ясно выражена въ такихъ словахъ источника: *principali actione non subsistente, satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere* (L. 26 pr. C. 4, 32). Но относительно того вопроса, погашается ли главный долгъ давностью, когда не выполняется подобное обязательство, напр., по капиталу не платятся проценты, — въ наукѣ разногласіе. Такъ, Савини (System 5 р. 306) полагаетъ, что невыполненіе подобного обязательства есть нарушеніе главного права требованія, а поэтому такое невыполненіе служитъ побужденіемъ кредитору предъявить свою претензію, т. е. иначе говоря, съ момента невыполненія побочного обязательства начинается давность и для главного требованія. Но вѣрнѣе считать оба обязательства имѣющими различное назначеніе и предполагать, какъ это подтверждается сама жизнь, намѣреніе кредитора отказаться, напр., отъ процентовъ, но не терять права на капиталъ. На такое рѣшеніе уполномочиваетъ и смыслъ источниковъ L. 7 § 6 C. 7, 39; L. 46 § 9 C. 1, 3.

### Возраженія, exceptiones.

Источники: Inst. 4, 13 de exceptionibus; Dig. 44, 1 de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis. Cod. 8, 36 de exceptionibus seu praescriptionibus.

<sup>1</sup>) L. 37 D. 46, 1; L. 18 § 1 D. 13, 5.

*Пособія: Savigny. System d. h. r. Rechts Bd. 5 §§ 226—228; Eisele. Die materielle Grundlage der Exceptio 1871; Lenel. Ueber Ursprung u. Wirkung der Exceptionen 1876.*

*Понятіе.* — Возраженіе не есть средство нападенія, какъ искъ, а средство только защиты. Для болѣе яснаго представлениія exceptio въ техническомъ смыслѣ не лишнимъ будетъ разсмотрѣть тѣ средства, которыми осуществляются права путемъ защиты.

Защита противъ иска можетъ быть тройкая: 1) Можно отвергать право истца, отрицая факты, приводимые имъ для подтвержденія своего искового притязанія. Такая защита называется *litis contestatio negativa* или *denegatio absoluta*, полное отрицаніе. 2) Можно признавать факты, приводимые истцомъ, но въ то же время противуставлять имъ другіе факты, изъ которыхъ слѣдовало бы, что утверждаемое истцомъ право не установилось или, если и установилось, то позднѣе было погашено. Такъ, напр., отвѣтчикъ не отрицає существованія заемнаго обязательства, но объявляетъ его ничтожнымъ, какъ заключенное въ состояніи безумія или несовершеннолѣтія, или же ссылается на произведенную уже уплату по немъ. Такого рода защита носить название *litis contestatio relativa* или *denegatio relativa*, отрицаніе относительное. 3) Отвѣтчикъ можетъ отрицать искъ, ссылаясь на независимое право, которое ему принадлежить и въ силу котораго право истца, хотя само по себѣ и основательное, останавливается или уничтожается въ своихъ выводахъ. Это и есть возраженіе, *exceptio*, въ собственномъ смыслѣ слова. Напр., на требование истца о выдачѣ ему принадлежащей вещи отвѣтчикъ можетъ ссыльаться на право ее удержать по причинѣ произведенныхъ имъ затратъ и до возмѣщенія ихъ истцомъ т. наз. *exceptio impensatum*.

Опредѣляется источниками экспепція такъ: *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei soleat ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum est*<sup>1)</sup>. Отсюда видно, что отличие экспепціи въ собственномъ смыслѣ слова отъ предыдущихъ двухъ способовъ защиты состоить въ томъ, что эти послѣдніе выражаются въ отрицаніи права истца, тогда какъ exceptio имѣеть цѣлью

<sup>1)</sup> L. 2 pr. D. 44, 1. Другое опредѣленіе: *exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* L. 22 pr. D. 44, 1; Gajus 4, 119.

только парализовать действительность этого права, не нападая на его основания, такъ что право истца остается въ основѣ нетронутымъ.

Самое название этого рода защиты, exceptio, объясняется порядкомъ составленія исковой формулы. Въ нее вносились, вмѣстѣ съ притязаніемъ истца, и возраженія отвѣтчика въ видѣ исключений, оговорокъ, si non, ac si non, extra quam si, praeterquam si и т. д., откуда и самое название exceptio.

Образецъ формулы съ экспепціей: Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio HS decem milia dare oportere, Numerium Aulo, si non inter eos convenit, ne ea pecunia intra quinquennium peteretur, condemnata, si non paret, absolve. См. Gajus 4, 119.

Особый видъ экспепціи представляетъ т. наз. praescriptio, 6. 121 названная такъ оттого, что praescribatur formulae. Имѣя особенно рѣшительное влияние на исковое притязаніе истца, она помѣщается въ началѣ исковой формулы.

*Виды возражений.*—Главнѣйшее значение имѣть дѣленіе возраженій на exceptiones dilatoriae, или temporales, и exceptiones r ematoriae, или perpetuae<sup>1)</sup>), возраженія отлагательныя или временные, и возраженія разрушительныя, постоянныя<sup>2)</sup>.

Exceptiones dilatoriae—такія возраженія quae ad tempus non cent; они заключаются въ ссылкѣ на такие факты, которые лишь отклоняютъ на некоторое время требование истца<sup>3)</sup>. Къ нимъ принадлежать, напр., exceptio pacti ne intra certum tempus petatur, exceptio quod praejudicium non fiat, а также ссылка на jus retentionis.

Первый примѣръ заключается въ слѣдующемъ. Лица, состоящія въ извѣстномъ правоотношеніи, вступаютъ въ соглашеніе (pactum), что въ теченіе опредѣленного времени не будетъ предъявлено требованіе на выполненіе. На искъ, предъявленный вопреки этому соглашенію, противная сторона имѣть право противостоять exceptio pacti ne intra certum tempus petatur. — Второй примѣръ заключается въ томъ, что разрѣшеніе уже вчиненного процесса зависитъ отъ разрѣшенія побочного вопроса, составляющаго предметъ особыго судебнаго разбирательства. И вотъ, путемъ exceptio quod praejudicium non fiat отвѣтчикъ заявляетъ о побочномъ процессѣ, являющимся praejudicium главнаго. Напр., въ случаѣ иска о раздѣлѣ или сервитутѣ отвѣтчикъ возбу-

<sup>1)</sup> Gajus 4, 120; § 8 J. 4, 13; L. 2 § 4; L. 3 D. 44, 1.

<sup>2)</sup> См. объ этомъ дѣленіи Schwalbach въ Jahrb. f. d. Dogmatik d. heut. röm. Privatr. Bd. 19 p. 30—34.

<sup>3)</sup> § 10 J. 4, 13; L. 1 C. 3, 10. Ср. для классическаго периода Gajus 4 §§ 122, 123.

ждаетъ вопросъ о самомъ правѣ собственности истца.—Третій примѣръ пред-  
ставляетъ ссылку на встрѣчное притязаніе отвѣтчика къ истцу, въ силу ко-  
тораго первый, путемъ exceptio doli, удерживаетъ выполненіе притязанія истца  
до покрытия притязанія отвѣтчика.

Exceptiones peremptoriae суть возраженія, которыя парализуютъ навсегда исковое право истца (perpetuo valent<sup>1</sup>), не по-  
ражая однако материальнаго его содержанія. Къ нимъ принад-  
лежать, напр., except. metus, doli, rei judicatae, pacti de non  
petendo in perpetuum и т. д.

Заключена сдѣлка подъ вліяніемъ психического принужденія; искъ изъ  
этой дѣйствительной сдѣлки навсегда парализуется чрезъ exceptio metus,  
которое однако не касается самой основы права. То же и въ случаѣ обмана.  
И. т. д.

Возраженія дѣлятся еще на exceptiones personae cohaerentes и except. rei cohaerentes<sup>2</sup>). Подъ первыми разумѣются та-  
кія возраженія, которыя могли быть употребляемы только тѣми  
лицами, которымъ право на нихъ было первоначально установлено; вторыя же могли быть предъявлены и всѣми тѣми, къ  
кому обращентъ искъ вместо данныхъ лицъ, какъ-то: преемни-  
ками, поручителями, т. е. каждымъ, противъ кого предъявлено  
притязаніе изъ данного правоотношенія. Количествою второй  
разрядъ возраженій превосходитъ первый. Къ числу exc. personae cohaerentes принадлежать, напр., except. beneficij competen-  
tiae, pacti de non petendo in personam.

Beneficium competentiae состоить въ томъ, что опредѣленныя лица могутъ  
парализовать, въ силу своихъ отношеній къ истцу, осуществленіе ихъ исково-  
го притязанія сверхъ той мѣры, которая не заставила бы отвѣтчика нуж-  
даться въ необходимыхъ средствахъ къ жизни.— Exc. pacti de non petendo in  
personam есть возраженіе изъ соглашенія о невостребованіи выполненія отъ  
опредѣленного только лица.

Слѣдующее дѣленіе возраженій на exceptiones in rem и in  
personam<sup>3</sup>). Первые могли быть предъявлены противъ каждого  
истца по данному правоотношенію; вторыя же имѣютъ силу  
только противъ опредѣленного лица. Except. in rem многочи-  
сленѣе, чѣмъ except. in personam. Къ числу послѣднихъ при-  
надлежать, напр., excep. beneficij competentiae, отчасти ex-  
cept. doli.

<sup>1)</sup> Gajus 4, 121.

<sup>2)</sup> § 4 J. 4, 14; L. 7 pr. § 1; L. 19 D. 44, 1.

<sup>3)</sup> L. 4 §§ 27—29; 31, 33 D. 44, 4.

Наконецъ, въ юстиніановомъ правѣ упоминаются еще нѣкоторыя историческія формы возраженій, какъ-то except. utiles, in factum<sup>1</sup>). Значеніе ихъ аналогичное съ actiones utiles, in factum. Къ числу except. in factum принадлежать, напр., exceptio S. C. Macedoniani, rei judicatae и т. д.

Въ числѣ отдельныхъ возраженій особенное значеніе, по своему широкому примѣненію, имѣть т. наз. exceptio doli<sup>2</sup>). Except. doli бываетъ или except. doli specialis, или except. doli generalis<sup>3</sup>). Except. doli specialis состоить въ ссылкѣ на обманъ со стороны истца при установлении права. Поэтому такое возраженіе будетъ except. doli praeteriti. Отвѣтчикъ доказываетъ, что истецъ поступилъ dolose при самомъ заключеніи данной сдѣлки, обвиняетъ его въ dolus malus, относящемся ко времени совершеннія даннаго акта.—При exceptio же doli generalis (или praesentis) доказывается, что хотя правоотношеніе, предъявленное къ разбирательству въ судѣ, и не было установлено при обманѣ, но что въ настоящемъ обжалованіи права заключается dolus: etsi inter initia nihil fecit dolose, attamen nunc petendo facit dolose<sup>4</sup>). Напр., виндицирующему собственнику можно противоставить exceptio doli, если онъ до предъявленія иска не возвратилъ отвѣтчику сдѣланныхъ послѣднимъ затратъ. Судя по этому примѣру, легко можно было всякую exceptio рассматривать, какъ exceptio doli, разъ будетъ доказано, что право на возраженіе было извѣстно истцу. Дѣйствительно, уже во времена формуллярного процесса except. doli generalis часто играла роль общей формы возраженія, ибо dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit<sup>5</sup>). Въ этомъ ея значеніи exceptio doli имѣло весьма важное и широкое значеніе для развитія римскаго права.

Уничтоженіе возраженій.—Возраженія уничтожаются или вслѣдствіе уничтоженія ихъ оснований, или же не пользованія ими. Тутъ возбуждается весьма важный въ практическомъ отношеніи и спорный вопросъ: подлежать ли возраженія погасительной давности?<sup>6</sup>) Въ прежнее время обыкно-

<sup>1</sup>) § 1 J. 4, 13; L. 4 § 32 D. 44, 4; L. 21 D. 19, 5.

<sup>2</sup>) Dig. 44, 4 de doli mali exceptione. — Hänel въ Archiv. f. civil. Praxis. Bd. 12 p. 422 и слѣд. Milone. La exceptio doli 1882.

<sup>3</sup>) L. 4 § 33 D. 44, 4.

<sup>4</sup>) L. 2 § 5 D. 44, 4.

<sup>5</sup>) L. 2 § 5 D. 44, 4; L. 8; L. 12 D. eod.

<sup>6</sup>) См. Wildhagen. Ueber d. Verjährung der Einreden im heut. r m. Rechte въ Jahrb. f. d. Dogmatik d. hent. r m. u. deut. Privatr. Bd. 21 p. 1—55.

венно признавали общимъ началомъ, что exceptiones не подлежатъ давности<sup>1)</sup>). Говорили: quae ad agendum sunt tempora-  
lia, ad excipendum perpetua. Теперь же по этому вопросу различаютъ слѣдующіе случаи:

По опредѣленному праву возможно только одно возраженіе, напр., exceptio pacti de non petendo, exceptio rei judicatae. Въ этихъ случаяхъ возраженія не погашаются давностью, ибо осуществление ихъ зависитъ отъ предъявленія иска и, слѣдовательно, нельзя поставить въ вину непредъявленіе экспенціи лицу, когда оно къ этому не имѣть повода.

L. 5 § 6 D. 44, 4: — «cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur». Поэтому, напр., владелецъ участка, выигравшій дѣло по виндиції другого и тѣмъ пріобрѣвшій противъ послѣдняго exceptio rei judicatae (но не искъ)<sup>2)</sup>, можетъ осуществлять это возраженіе, хотя бы прежняя виндиція была предъявлена болѣе чѣмъ черезъ 30 лѣтъ. *послѣдній пріобрѣтатель не можетъ искать иска*

Другой разрядъ случаевъ, когда изъ одного и того же права устанавливается, какъ возраженіе, такъ и искъ, напр., actio emti и exceptio non adimpteti contractus; actio de dolo и exceptio doli<sup>3)</sup>). Тутъ слѣдуетъ признать, что съ погашеніемъ по давности иска погашается и возраженіе, ибо нельзѧ опирать послѣдняго на погашенное давностью притязаніе.

Послѣднее воззрѣніе принято теперь въ большинствѣ учебниковъ (напр., Windscheid. Pand. 1 § 112; Brinz. Pand. 1 Auf. 2 p. 398; Wächter. Pand. 1 § 109), но многие отвергаютъ распространеніе давности на возраженія и въ данныхъ случаяхъ (Savigny. cit. § 254; Гудсмитъ. Пандекты стр. 313—315, и др.). Источники<sup>4)</sup> точного и опредѣленного рѣшенія вопроса не даютъ и тѣмъ оставляютъ свободу разногласіямъ (см. Wildhagen cit. p. 2—25). Остановимся на одномъ изъ примѣровъ. Купленная лошадь умираетъ отъ скрытаго недостатка вскорѣ послѣ совершеннія сдѣлки и до уплаты цѣны. Въ этомъ случаѣ покупатель имѣеть право на освобожденіе отъ своего долга, что можетъ осуществить или путемъ actio redhibitoria, погашаемый давностью шести мѣсяцевъ, или путемъ возраженія на искъ продавца обѣ уплатѣ цѣны. (L. 59 pr. § 1 D. 21, 1). Спрашивается: можетъ ли покупатель предъявить данное возраженіе и тогда, когда actio venditi будетъ вчиненъ противъ него спустя шесть мѣсяцевъ? Не можетъ, ибо такое возраженіе будетъ основы-

<sup>1)</sup> См. еще Savigny. System 5 §§ 253—255.

<sup>2)</sup> L. 15 § 6 D. 44, 2.

<sup>3)</sup> Другіе примѣры см. у Savigny cit. § 254.

<sup>4)</sup> Вотъ тѣ мѣста, которыя толкуются въ самомъ противорѣчивомъ смыслѣ: L. 9 § 4 D. 12, 2; L. 8 § 13 D. 5, 2; L. 30 § 6 D. 15, 1; L. 5 § 6 D. 44, 4; L. 5; L. 6 C. 8, 36.

ваться на утерянномъ уже правѣ восстановить прежнее состояніе, т. е. уничтожить куплю-продажу.

*Replicatio, duplicatio*<sup>1)</sup>.— Какъ отвѣтчикъ можетъ защищаться противъ иска, такъ можетъ и истецъ защищаться противъ exceptiones, выставляя возраженіе на возраженіе. Такое exceptio exceptionis носитъ название *replicatio*<sup>2)</sup>. Возраженіе отвѣтчика на *replicatio* будеть *duplicatio*.

Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ возраженіе отвѣтчика на возраженіе истца называется *triplicatio* вмѣсто *duplicatio*. L. 2 § 3 D. 44, 1; L. 7 § 1, 2 D. 27, 10.

Затѣмъ идеть *triplicatio, quadruplicatio* и т. д.<sup>3)</sup>.

### Начало процесса и его вліяніе на материальное право сторонъ (*Litis contestatio*).

*Пособія:* *Savigny*. System d. heut. röm. Rechts Bd. 6 §§ 256—279. *Keller*. Ueber Litiscontestation u. Urtheil nach classischem Römischem Recht. 1827; *Buchka*. Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss 2 Bd. 1846, 1847; *Bekker*. Die processualische Consumption im classischen Römischen Recht 1853; *Krüger*. Die processualische Consumtion u. die Rechtskraft des Erkenntnisses 1864.

С началомъ процесса соединяются многочисленныя правовыя послѣдствія для материального права сторонъ, потому прежде всего необходимо опредѣлить моментъ начала процесса и затѣмъ уже указать на послѣдствія, какія въ материальномъ правѣ связываются съ этимъ моментомъ.

*Начало процесса*.— Въ римскомъ правѣ общее обозначеніе начала процесса было *litis contestatio*, отъ формы засвидѣтельствованія (*cum testari*) въ древнѣйшемъ процессѣ производства въ первой стадіи его<sup>4)</sup>). Въ различныхъ послѣдовательныхъ системахъ римского процесса моментъ *litis cont.* опредѣлялся различно<sup>5)</sup>). Такъ, при процессѣ *per legis actiones* моментомъ *litis cont.* было окончаніе производства передъ маги-

<sup>1)</sup> Inst. 4, 14 de replicationibus.

<sup>2)</sup> Pr. J. 4, 14; L. 2 § 1, 2; L. 22 D. 44, 1; L. 27 § 2 D. 2, 14; L. 154 D. 50, 17.

<sup>3)</sup> Gajus 4, 127; §§ 1, 2 J. 4, 14; Theophilus ad. h. t.

<sup>4)</sup> Festus v. *contestari*.

<sup>5)</sup> См. *Baron*. Civilprozess 1884 §§ 196, 210, 220.

стратомъ (*in jure*), отмѣчавшееся воззваниемъ къ окружавшимъ трибуну быть свидѣтелями того, что происходило, и на основаніи чего въ слѣдующей стадіи (*in judicio*) будеть положенъ приговоръ.— Съ проявленіемъ въ жизни процесса *per formulas* уже не представлялось больше надобности въ такомъ засвидѣтельствованіи. Тутъ моментомъ *litis contestatio* считалось окончательное дѣйствіе магистрата (*in jure*) по составленіи формулы для судей. Когда со временъ имп. Діоклестіана всѣ гражданскіе процессы стали производиться въ формѣ *extraordinariae cognitiones*, то моментъ *litis cont.* стала опредѣляться моментомъ, когда оканчивалось предъявленіе требованій истца и возраженій отвѣтчика: *post narrationem actoris propositam et post contradictionem rei objectam*<sup>1</sup>).

Общее послѣдствіе *litis cont.*— По основному значенію, моментъ *litis cont.* связывалъ волю сторонъ новымъ обязательствомъ, похожимъ на договорное, и направленнымъ на выжиданіе рѣшенія суда<sup>2</sup>).

*Apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere Gajus 3, 180.*

Прежнее правоотношеніе, вызвавшее процессъ, какъ бы исчезаетъ и замѣняется новымъ отношениемъ.

....*obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri litis contestatione.* Gajus 3 § 100; 3 § 181; 4 §§ 106, 107.

Прежнее правоотношеніе составляетъ лишь основаніе для новаго правоотношенія.

Такимъ образомъ, моментъ *litis cont.*, замѣняя прежнее правоотношеніе новымъ, состоящимъ въ обязательствѣ выжидать рѣшеніе суда, производить такъ наз. обновленіе, novatio.

....*interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit.* Fragm. Vaticana § 263; Gajus 3 § 180; L. 29 D. de novat. 46, 2; L. 2 § 8 D. 18, 4.

Прекращеніе при *litis cont.* прежняго права по замѣнѣ его другимъ дѣлаетъ уже болѣе невозможнымъ его возрожденіе; однимъ словомъ, тутъ наблюдается явленіе известное на теперешнемъ языкѣ гражданскаго процесса подъ именемъ процессуальной консумціи<sup>3</sup>). Отсюда вытекаетъ и правило: *de*

<sup>1</sup>) L. 14 § 4 C. 3, 1; L. un. C. 3, 9.

<sup>2</sup>) L. 3 § 11 D. 15, 1 *judicio contrahi..... L. 22 D. 27, 3.*

<sup>3</sup>) См. *Bekker*, cit. § 3, 4; *Krüger* cit. § 1.

eadem ge ne bis sit actio, т. е. какой бы ни был исходъ процесса, отвѣтчикъ можетъ защищаться противъ новаго вчина-  
нія иска по тому же дѣлу возраженіемъ, что оно уже разъ  
было предъявлено въ судъ, exceptio rei in judicium deductae<sup>1</sup>).

Но въ Юстиніановомъ правѣ строгія послѣдствія консумціи  
были значительно сглажены<sup>2</sup>). Такъ, въ древнемъ процессѣ pluris petitio (преждевременное предъявление иска или иска на  
большее) разъ навсегда уничтожало право истца вторично  
предъявлять искъ въ правильномъ видѣ<sup>3</sup>), а вмѣстѣ выстав-  
ляло его на отказъ въ данномъ видѣ. Въ Юстиніановомъ правѣ  
pluris petitio уже не уничтожаетъ самаго права и не мѣшаетъ  
предъявленію новаго иска въ надлежащей срокъ и въ пра-  
вильномъ видѣ.

На основаніи сказанного многіе ученые полагаютъ, что въ Юстиніано-  
вомъ правѣ начало процесса не оказывало уже болѣе консумирующаго влія-  
нія, хотя и признаютъ, что въ сводахъ остались нѣкоторые слѣды такогдѣ  
вліянія (см. *Windscheid. Pand. I § 124 п. 1*). Нѣкоторые же писатели отри-  
цаютъ вовсе существованіе особой exceptio rei in iudicium deductae (*Lenel. Edictum perpetuum* p. 404 ср. *Keller. Litis cont.* p. 209).

*Отдельныя послѣдствія litis contestatio.* — Право, на ко-  
торомъ основанъ искъ, должно существовать въ моментъ *litis contestatio*. Если это право устанавливается послѣ *litis cont.*,  
въ продолженіе процесса (causa superveniens), то истцу еще въ  
Юстиніановомъ правѣ отказывается, хотя и предоставляетъ теперь  
возможность прослѣдовать свои притязанія въ новомъ  
процессѣ<sup>4</sup>).

Что касается вопроса, какое вліяніе оказываетъ потеря  
основанія иска послѣ момента *litis cont.*<sup>5</sup>), то римскіе юристы  
расходились въ возврѣніяхъ<sup>6</sup>). Касательно *judicia stricti juris*  
и Прокуліанцы, и Сабиніанцы строго держатся того начала,  
что моментомъ *litis cont.* опредѣляются права судебныхъ сто-  
ронъ, и что поэтому потеря основанія иска послѣ *litis cont.*  
сама по себѣ не предотвращаетъ присужденіе отвѣтчика; даже

<sup>1</sup>) Gajus 3 §§ 180, 181; 4 §§ 106—108.

<sup>2</sup>) См. L. 13 § 2, 5 C. 3, 1; L. 1 pr. C. 3, 10; § 10 J. 4, 13.

<sup>3</sup>) Gajus 4 §§ 53, 60, 68; § 83 J. 4, 6; Fragm. Vat. § 53. См. *Keller* cit. § 56.

<sup>4</sup>) L. 23; L. 35 D. 5, 1. 1. Cp. L. 17 D. 17, 1; L. 9 § 5 D. 13, 7;—L. 27 § 1 D. 6, 1; L. 7 § 4 D. 10, 4; L. 30 pr. D. 15, 1 и *Dernburg. Pand. I* p. 353, 354.

<sup>5</sup>) См. *Römer. Das Erlöschen des klägerischen Rechtes nach der Einleitung des Prozesses* 1852.

<sup>6</sup>) Gajus 4 § 112.

добровольная уплата отвѣтчикомъ долга послѣ этого момента не освобождаетъ его отъ притязанія истца. Того же мнѣнія держались Прокуліанцы и по отношенію къ *judicia bonaes fidei*. Но въ послѣднемъ съ ними расходились Сабиніанцы, державшіеся въ этихъ случаяхъ того возврѣнія, что потеря основанія иска въ періодъ между *litis cont.* и постановленіемъ приговора, какъ и всякое приобрѣтеніе отвѣтчикомъ права на возраженіе, ведеть къ обезсиленію притязаній истца и къ рѣшенію въ пользу отвѣтчика; *omnia iudicia esse absolutoria*.—Юстиніанъ рѣшилъ споръ, постановивъ, что во всѣхъ *judicia* потеря права истцомъ или приобрѣтеніе отвѣтчикомъ въ періодъ между *litis cont.* и приговоромъ принимается во вниманіе и идетъ въ пользу отвѣтчика<sup>1)</sup>.

На предметъ взысканія *litis cont.* имѣть то вліяніе, что отвѣтчикъ обязывается предоставить истцу (конечно, при условіи присужденія послѣднему) все, что этотъ получиль бы, если бы при самомъ началѣ процесса ему было возстановлено его право (*causa rei*)<sup>2)</sup>: *omne quod habiturus esset actor, si statim judicij accepti tempore res ei redita (exhibita) fuisset*. Отвѣтчикъ долженъ возстановить право истца въ томъ видѣ, какъ оно было въ моментъ *litis cont.*: *causa ejus temporis quo litis contestabatur representari debet actori*<sup>3)</sup>). Продолжительность процессуальныхъ дѣйствій не должна падать своею тяжестью на истца.

По обладанію спорною вещью съ момента *litis cont.* отвѣтчикъ считается недобросовѣстнымъ владѣльцемъ (*mala fide possessor*) и, какъ таковой, несетъ отвѣтственность за вещь<sup>4)</sup>.

Post litem contestatam omnes incipiunt malaes fidei possessores esse... L. 25 § 7 D. 5, 3 cp. L. 40 D. 5, 3; L. 20 § 11; L. 31 § 3 D. 5, 3; L. 2 C. 7, 51; L. 10 C. 7, 22. Cp. *Windscheid. Pand. I* § 124 п. 5.

Кромѣ главной вещи, отвѣтчикъ обязанъ представить истцу *omnis causa*, всю прибыль (напр., плоды<sup>5</sup>), полученную съ момента *litis contestatio*<sup>6)</sup>. Въ частности, если къ отвѣтчику

<sup>1)</sup> § 2 J. 4, 12; L. 63 § 1 D. 36, 1; cp. также L. 50 § 2 D. 15, 1; L. 8 § 3 D. 46, 1.

<sup>2)</sup> § 3 J. 4, 17; L. 40 pr. D. 5, 3; L. 17 § 1; L. 20 D. 6, 1; L. 31 pr. D. 12, 1; L. 91 § 7 D. I (30); L. 35, 75 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 91 § 7 D. I (30).

<sup>4)</sup> Подробнѣе въ особенной части.

<sup>5)</sup> § 2 J. 4, 17; L. 17 § 1; L. 20; L. 35 § 1 D. 6, 1; L. 9 § 6, 7 D. 10, 4; L. 5 § 5 D. 7, 6; L. 16 § 4 D. 20, 1; L. 28 § 7 D. 22, 1.

<sup>6)</sup> L. 2 D. 22, 1.

предъявлено притязание на известную сумму замынныхъ вещей, то онъ обязуется уплатить истцу за время отъ litis cont. процессуальные проценты: lite contestata usurae curreunt<sup>1)</sup>.

Затмъ отвѣтчикъ обязывается вознаградить истца за убытки, причиненные ему впродолженіе процесса, если только ему можетъ быть вмѣненъ dolus или culpa.

Прежде думали, что отвѣтчикъ послѣ litis cont. всегда находится въ просрочкѣ (mora); но просрочка предполагаетъ вину, а отвѣтчикъ можетъ принять вызовъ къ суду добросовѣтно, не признавая притязаніе истца основательнымъ: qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere L. 63 D. 50, 17 ср. L. 24 pr. D. 22, 1. Только при недобросовѣтномъ спорѣ можно признать отвѣтчика in mora L. 3 pr. D. 22, 1; L. 82 § 2 D. 45, 1.

Спорный предметъ (res litigiosa) изъемляется изъ гражданскаго оборота. Это относится не только къ спорнымъ вещамъ, но и къ самимъ спорнымъ притязаніямъ.

Уже Августъ запретилъ истцу продажу отыскиваемаго итальянского участка земли впродолженіе хода процесса. Продажа объявлялась ничтожной<sup>2)</sup> и вела за собою уголовное наказаніе (fragmentum de jure fisci § 8). Позднѣйшія постановленія Юстиніана запрещали отчужденіе вчиненныхъ вещныхъ и личныхъ исковъ, actiones litigiosae (Gajus 4 § 47; L. 1, 2 D. 44, 6; L. 1 § 2 D. 20, 3; L. 3, 4 C. 8, 36). Затмъ, общимъ началомъ было объявлено ничтожнымъ и подлежащимъ наказанію отчужденіе владѣльцемъ-отвѣтчикомъ вещи, отыскиваемой другимъ въ собственность (L. 4 C. 8, 37; L. 5 C. 8, 36; Nov. 112 cap. 1).

Изъ другихъ послѣдствій litis contestatio отмѣтимъ перерывъ, по классическому праву, не только исковой, но и всякой другой давности<sup>3)</sup> (usucapio non usus). Позднѣе давность прерывалась уже черезъ простой односторонній актъ сообщенія отвѣтчику искового прошенія<sup>4)</sup>. Послѣ этого давность можетъ быть выполнена только впродолженіе сорока лѣтъ.

Наконецъ, если процессъ доведенъ до момента litis contestatio, то даже личныя права переходятъ къ преемникамъ той или другой стороны<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 35 D. 22, 1; L. 1 § 1 C. 4, 5. См. Wächter. Erörterungen 3 p. 23, 24.

<sup>2)</sup> См. Zimmermann въ Arch. f. civ. Praxis Bd. 25 p. 440; p. 36, p. 54 и слѣд. Но другіе писатели не видятъ прямого подтвержденія ничтожности въ источникахъ, а потому допускаютъ только право истца на оспаривание само по себѣ дѣйствительного отчужденія (Wächter. Pand. I p. 559 нр. III).

<sup>3)</sup> L. 9 § 3 D. 12, 2; L. 8 § 1 D. 27, 7; L. 139 pr. D. 50, 17; § 3 J. 4, 17; L. 18; L. 20; L. 21 D. 6, 1; L. 35 D. 50, 16; L. 8 § 4 D. 8, 5.

<sup>4)</sup> L. 7 pr. § 1 C. 7, 39; L. 3 § 3 D. 7, 40.

<sup>5)</sup> § 1 J. 4, 12; L. 8 § 1 D. 27, 7; L. 26; L. 58 D. 44, 7; L. 29 D. 46, 2; L. 87; L. 139 pr.; L. 164 D. 50, 17; L. 1 C. 5, 54.

## Доказываніе и доказательства.

*Источники:* Dig. 22, 3 de probationibus et praesumptionibus; Cod. 4, 19 de probationibus.

*Пособія:* Gerber. Beiträge zur Lehre vom Klagegrund u. der Beweislast 1858; Langenbeck. Beweisführung 1869; Maxen. Ueber Beweislast 1861; Brinckmann. Die Begründung der Klagen des Reichsrechtes u. gemeinen Rechtes 1883; De Fresquet. De la preuve en droit romain. 1862.

Когда процессъ начался, то рѣшеніе его зависить отъ того, убѣждается ли судья въ истинности утвержденій, которыхъ приводятся сторонами въ оправданіе своего притязанія и своихъ возраженій.

Доказательствами называются средства, которыя употребляютъ стороны съ цѣлью опредѣлить убѣженіе суды въ ихъ правахъ, а доказывать значитъ предъявлять судьѣ основанія для поддержанія выставленныхъ судьѣ утвержденій.

Ученіе о судебныхъ доказательствахъ можетъ быть рассматриваемо въ материальномъ правѣ съ двухъ сторонъ: 1) со стороны положеній, требующихъ доказыванія, *thema probandum*, и 2) со стороны обязанности доказывать, *onus probandi*.

1) *Thema probandum*. — Доказыванію подлежать только факты; постановленія положительного права въ немъ не нуждаются, *jura novit curia* (законъ знаетъ судьѣ). Только факты спорные подлежатъ доказыванію; факты безспорные и общезвестные (*notoria*) не доказываются, точно такъ же какъ и факты, выставленные истцомъ и признанные отвѣтчикомъ. Сюда же относится ученіе и о такъ называемыхъ

*Praesumptiones*, *предположенія*<sup>1</sup>). — Подъ *prae*s*umptio*, предположеніемъ, разумѣется заключеніе отъ доказанного или признанного факта на существованіе факта доказываемаго.

Въ извѣстныхъ случаяхъ такое заключеніе предписывается самимъ положительнымъ правомъ и тогда предположенія носятъ название правовыхъ, законныхъ, *prae*s*umptiones juris, legis*.

Нерѣдко съ правовыми предположеніями смѣшиваются многіе такие случаи, которые ничего общаго съ предположеніями въ тѣсномъ смыслѣ не имѣютъ. Объ отличіи см. у *Unger* cit. 2 p. 595—601.

<sup>1</sup>) См. *Unger*. Oesterr. Privatr. Bd. 2 § 130. *Burckhard*. Die civilistischen Präsumtionen. 1866.

Межу правовыми предположеніями слѣдуетъ различать два вида:

а) Praesumptiones juris et de jure, правовыя предположенія неопровергимыя, т. е. такія, которыя не могутъ быть обезсилены доказательствомъ противнаго, contrarii probationem non admittunt. Такъ, противъ предположенія, что ребенокъ, родившійся 10 мѣсяцевъ послѣ прекращенія брака, рожденъ въ брака, никакія возраженія противнаго не принимаются<sup>1</sup>).

Эти неопровергимыя предположенія не слѣдуетъ смѣшивать съ фикціями. При первыхъ законъ выходитъ изъ того, что дѣло было дѣйствительно такъ, и только изъ особыхъ основаній исключаетъ доказательство противнаго. При фикціи же законъ признаетъ существующимъ фактъ, о которомъ извѣстно, что его на самомъ дѣлѣ не было (*Wächter. Pand. I* p. 523).

б) Praesumptiones juris, правовыя предположенія опровергимыя, т. е. допускающія доказательство противнаго. Такъ предположеніе, что ребенокъ, родившійся въ бракѣ, рожденъ мужемъ родительницы<sup>2</sup>) (*pater est, quem nuptiae demonstrant*), можетъ быть опровергаемо доказательствомъ противнаго.

Отъ правовыхъ предположеній слѣдуетъ отличать такъ наз. prae*s*umptiones hominis seu facti, предположенія о вѣроятніи фактовъ положительно неизвѣстныхъ на основаніи фактовъ извѣстныхъ. Тутъ имѣмъ дѣло съ простыми indicia<sup>3</sup>), не имѣющими обязательнаго правового значенія. Напр., если въ подтвержденіе требованія на основаніи договора займа (*mutuum*) истецъ предъявляетъ росписку, выданную ему отвѣтчикомъ, то эта росписка дѣлаетъ вѣроятнымъ тотъ фактъ, что отвѣтчикъ долженъ ехъ *mutuo*, но въ дѣйствительности онъ можетъ быть должностнымъ и по другому основанію, такъ что данное предположеніе никакого правового значенія не имѣть.

2) *Onus probandi*.—Каждая сторона должна доказать факты, которые образуютъ основаніе нападенія, *denegatio relativa*, или независимой защиты, противопоставленной нападенію. Такъ, прежде всего истецъ долженъ доказать оспариваемые факты, составляющіе основу его права.

Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. L. 21 D. 22, 3; L. 8, 20 C. 4, 19.

Не доказываетъ истецъ, то нѣтъ и присужденія.

<sup>1)</sup> L. 3 § 11 D. 38, 16.

<sup>2)</sup> L. 5 D. 2, 4; L. 12 D. 1, 5; L. 1 § 4 D. 25, 3; L. 11 C. 5, 27.

<sup>3)</sup> L. 19 C. 3, 32; L. 10; L. 17; L. 22 C. 4, 19.

Actore non probante reus absolvitur. L. 4 C. 2, 1; L. 23 C. 4, 19; L. 2 C. 3, 32.

Отвѣтчикъ долженъ доказать оспариваемые факты его возраженій, или, какъ говорятьъ, отвѣтчикъ, возражая, становится въ положеніе истца.

Reus in exceptione actor est L. 1 D. 44, 1; L. 19 pr.; L. 25 § 2 D. 22, 3.

Затѣмъ истецъ долженъ доказать основанія для своего replicatio. И т. д. Однимъ словомъ, та сторона, которая выставляетъ утвержденіе, требующее доказательствъ, обязана и доказать его; affirmandi incumbit probatio.

Правовыя предположенія не освобождаютъ отъ обязанности доказывать, какъ это думали прежде (см. *Unger. Oest. Privatrl.* 2 р. 586 и слѣд.), хотя несомнѣнно облегчаютъ ее. Лицо, которое должно доказать фактъ, служащій основаніемъ его иска или возраженія, можетъ, въ случаѣ правового предположенія, только ограничиться доказательствомъ того факта, отъ котораго должно быть сдѣлано заключеніе о данномъ основномъ фактѣ. Напр., лицо, претендующее на извѣстныя права на основаніи смерти двухъ лицъ, отца и сына въ общемъ несчастіи, должно доказать этотъ послѣдній фактъ; послѣдовательность же смерти можетъ быть доказана установкой возраста (L. 9 § 4 D. 34, 5; § 26 pr. I. 23, 3. См. выше стр. 63).

Доказывать должно лицо, утверждающее, а не отрицающее, *qui dicit, non qui negat*<sup>1)</sup>. Negativa non sunt probanda, отрицаніе не ведетъ за собой обязанности доказывать<sup>2)</sup>. Напр., наймодатель при отказѣ нанимателю не долженъ доказывать неплатежъ цаемной суммы. Но отрицательные факты, составляющіе основаніе для утвержденія, должны быть доказаны. Напр., истецъ по иску о недолжномъ (*condictio indebiti*) долженъ доказать несуществованіе уплаченного долга<sup>3)</sup>.

Въ прежнее время было распространено воззрѣніе, что отрицательные факты вообще не подлежать доказыванію. Въ этомъ смыслѣ толковали правило: *affirmans probat, negantis nulla probatio* (см. *Toullier. Le droit civil fran ais* liv. 3 tit. 3 chap. 6 п. 16 и слѣд.).

<sup>1)</sup> L. 2 D. 22, 3.

<sup>2)</sup> L. 23 C. 4, 19; L. 10 C. 4, 30.

<sup>3)</sup> L. 25 pr. D. 22, 3.

## Приговоръ.

*Источники:* Dig. 42, 1 de re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus; Cod. 7, 52 de re judicata; Cod. 7, 45 de sententiis et interlocutionibus.

*Пособія:* Rümelin. Zur Lehre v. d. excep. rei judicatae 1875; Klöppel. Die Einrede der Rechtskraft. 1882.

Процессъ заканчивается постановленіемъ приговора (condemnatio или absolutio) Приговоръ составляетъ конечную цѣль всякого процесса.

Если приговоръ не можетъ быть обезсиленъ никакими правовыми средствами<sup>1)</sup>, то онъ считается вошедшимъ въ законную силу, онъ будетъ *res judicata* и имѣть окончательную формальную и материальную силу правды между сторонами.

*Res judicata pro veritate accipitur.* L. 25 D. 1, 5; L. 1 § 16; L. 3 pr. D. 25, 3; L. 65 § 2 D. 36, 1; L. 12 § 3 D. 38, 2; L. 6 D. 44, 2. См. Klöppel cit. p. 61.

Приговоръ становится непреложной основой правоотношения между истцомъ и отвѣтчикомъ; правоотношеніе между сторонами признается такимъ, какимъ установилъ его приговоръ<sup>2)</sup>. Никто изъ участвующихъ въ процессѣ не можетъ ссылаться на неправильность приговора. Какъ бы неправильно ни примѣнилъ судья существующее право и тѣмъ постановилъ материально неправильный приговоръ, тѣмъ не менѣе послѣдній образуетъ формальную правду между сторонами и ихъ преемниками: *jus facit inter partes*.

Общее вліяніе приговора на материальное право выражалось въ положеніи: *bis de eadem re ne sit actio*<sup>3)</sup>, т. е. дважды по одному и тому же дѣлу предъявлять иска нельзѧ. Приговоръ поглощалъ, консумировалъ данное правовое притязаніе<sup>4)</sup> и вмѣстѣ служилъ основаніемъ обновленія правоотношения между сторонами. Материальное содержаніе этого нового правоотношения выражается въ *obligatio, quae ex causa judicati descendit*<sup>5)</sup>. Это обязательство имѣть своимъ предметомъ *judicatum*

<sup>1)</sup> *Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest.* L. 23 § 1 in f. D. 12, 6.

<sup>2)</sup> L. 207 D. 50, 17; L. 29 § 5 D. 17, 1; L. 65 § 2 D. 36, 1; L. 24 D. 44, 2.

<sup>3)</sup> C. Julius Victor c. 3 § 10; c. 4 § 8. См. Krüger. Process. Consumtion p. 3, 4.

<sup>4)</sup> См. Gajus 3 § 180; 4 § 106.

<sup>5)</sup> L. 4 § 7 D. 42, 1.

solvī, право требовать исполнения приговора и обязанность его выполнить<sup>1)</sup>.

Многие современные писатели, не признавая болѣе процессуальной консумціи въ новѣйшемъ римскомъ правѣ (*Krüger. Process. Consumptio* p. 202—216), тѣмъ не менѣе держатся за обновляющее послѣдствіе судебнаго приговора (напр., *Vangerow. Pandekt.* I § 160 (7 Ausg. p. 248). Но некоторые ученые высказываются и противъ самаго обновленія (см., напр. *Wächter. Erörterungen* III p. 47 и слѣд.).

*Приговоръ, вошедшій въ законную силу, можетъ осуществляться двоякимъ образомъ: посредствомъ actio judicati и exceptio rei judicatae.*

Съ момента приговора наступаетъ выполнимость спорнаго дѣла согласно рѣшенію. Въ случаѣ *condemnatio* истецъ можетъ требовать выполненія (*executio*) приговора, предъявляя при возраженіяхъ искъ на выполнение (*actio judicati*<sup>2)</sup>), направленный на выполненіе обязательства по *judicatum solvi*. По денежнѣмъ уплатамъ такой искъ въ юстиціановомъ правѣ могъ быть предъявленъ не ранѣе 4 мѣсяцевъ послѣ приговора (*in tempus judicati*).

*Exceptio rei judicatae*<sup>3)</sup> имѣеть въ римскомъ правѣ единственно отрицательную функцию<sup>4)</sup>; оно состоитъ въ ссылкѣ на прежде состоявшееся рѣшеніе по данному дѣлу съ цѣлью отклонить возобновленіе судебнаго спора. Какъ въ случаяхъ *condemnatio*, такъ и въ случаяхъ *absolutio*, дѣйствуетъ общее правило: дважды между одними и тѣми же лицами по одному и тому же дѣлу не можетъ быть постановленъ судебный приговоръ. И это процессуальное начало осуществляется путемъ *exceptio rei judicatae*.

*Exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur* (L. 3; L. 7 § 4 D. 44, 2).

Итакъ, условіями для *exceptio rei jud.* будуть: 1) тождество притязанія (*eadem res, eadem quaestio*) и 2) тождество процессуальныхъ сторонъ (*eaedem personae*)<sup>5)</sup>.

1) Тождество притязанія зависитъ а) отъ предмета, отыскиваемаго судомъ; б) отъ права, которое желаютъ осуществить

<sup>1)</sup> Gajns 3 § 180.

<sup>2)</sup> L. 4 § 2 D. 42, 1.

<sup>3)</sup> Dig. 44, 2 de exceptione rei judicatae.

<sup>4)</sup> Ср., напр., *Keller. Litis cont.* § 28 и *Bekker. Prozess. Consumptio* 1853. См. у *Rümelin* cit.

<sup>5)</sup> См. *Гольмстенъ*. Принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ. Спб. 1884.

на данный предметъ; и в) отъ основанія, на которое опирается данное право.

а) Если въ новомъ процессѣ отыскивается не прежній предметъ, то притязаніе считается другимъ<sup>1)</sup>). Но притязаніе будетъ прежнимъ, если сперва искалось цѣлое, а затѣмъ часть<sup>2)</sup>). Наоборотъ, если сперва искали часть, а затѣмъ ищутъ цѣлое, то предметъ, не подлежащій разсмотрѣнію въ первомъ процессѣ, будетъ составлять уже новое quaestio<sup>3)</sup>). Принимается за одинъ и тотъ же предметъ, если два притязанія находятся въ такомъ взаимномъ отношеніи, что одно составляетъ предположеніе другого и по первому было отказано въ процессѣ; напр., требованіе капитала, а затѣмъ — процентовъ<sup>4)</sup>). Наоборотъ, предметъ считается новымъ, если сначала отвергнуто притязаніе, составляющее послѣдствіе другого права, и затѣмъ это послѣднее будетъ представлено къ разбирательству; напр., сначала требованіе процентовъ, а затѣмъ — капитала<sup>5)</sup>.

б) Не тождественно притязаніе, если въ прежнемъ процессѣ дѣло шло о правѣ собственности, а въ позднѣйшемъ — о вла-дѣніи или обязательствѣ по поводу той же вещи<sup>6)</sup>.

в) Относительно основаній, на которыхъ опираются права, слѣдуетъ отличать права обязательственныхъ и вещныхъ.— Обязательственныхъ права получаютъ всегда свою опредѣленность по ихъ causa<sup>7)</sup>). Притязаніе по нимъ можетъ быть только изъ опредѣленного основанія (*ex commodato, ex mutuo* и т. д.), такъ что въ каждомъ личномъ искѣ указывается и causa искаемаго права. Поэтому обязательственное притязаніе по новой causa считается за новое quaestio<sup>8)</sup>.—Что касается вещнаго права, то оно не стоитъ въ такой зависимости отъ основанія; оно опредѣляется только мѣрой господства надъ данной вещью. Поэтому притязаніе по вещному праву по самымъ разнообразнымъ основаніямъ будетъ однимъ и тѣмъ же quaestio<sup>9)</sup>. Въ древнемъ про-

Метод

Право  
на землю

<sup>1)</sup> L. 12; L. 13 D. 44, 2.

<sup>2)</sup> L. 7 pr. D. 44, 2; L. 3; L. 7 §§ 4, 5; L. 21 §§ 1, 3 D. 44, 2; L. 22. § 8 D. 46, 8.

<sup>3)</sup> L. 23 in f. D. 44, 2; L. 1 C. 3, 1.

<sup>4)</sup> L. 13 D. 20, 6; L. 8; L. 11 § 3 D. 44, 2; L. 1 § 1; L. 25 § 8 D. 10, 2.

И друг.

<sup>5)</sup> L. 1 C. 3, 8; L. 3 C. 3, 1; L. 17 D. 44, 1; L. 23 D. 44, 2. И друг.

<sup>6)</sup> L. 14 § 3; L. 31 D. 44, 2.

<sup>7)</sup> L. 14 § 2 D. 44, 2.

<sup>8)</sup> L. 18 D. 44, 7; L. 93 § 1 D. 3 (32).

<sup>9)</sup> L. 11 pr. § 1, 5 D. 44, 2; L. 30 pr. D. 44, 2. Ср. Гольмстенъ. Принципъ тождества стр. 57—60.

цессъ и не требовалось указанія *causa* вещнаго права. Только въ классическомъ періодѣ стали допускать указываніе въ искѣ способовъ приобрѣтенія вещныхъ правъ, *causa expressa agere*, и съ этихъ поръ стало возможнымъ разсмотрѣніе притязанія изъ вещнаго права только по новому основанію<sup>1)</sup>.

2) *Inter easdem personas*<sup>2)</sup>, тождество сторонъ. Судебное рѣшеніе не касается лицъ, не участвовавшихъ въ процессѣ, *res inter alios judicata aliis nec nocet, nec prodest*. За тождественные процессуальные стороны принимаются не только лица, непосредственно принимавшія участіе въ процессѣ, но и ихъ преемники, какъ successores universales<sup>3)</sup>, такъ и singulares<sup>4)</sup>. Но преемники имѣютъ право на *except. rei judicatae* только въ объемѣ полученного по преемству<sup>5)</sup>.

Кромѣ нормального рѣшенія спора о правѣ путемъ судебнаго приговора, споръ можетъ быть рѣшенъ и другими способами, которые разсматриваются какъ бы судебными приговорами.

### Суррогаты судебнаго приговора.

*Судебное признаніе (confessio)*<sup>6)</sup>.—Признаніе дѣеспособнымъ отвѣтчикомъ въ судѣ требованія истца имѣть дѣйствіе тождественное съ судебнѣмъ приговоромъ. *Confessio* утверждаетъ право истца противъ отвѣтчика подобно приговору<sup>7)</sup> и обеспечиваетъ истцу выполненіе (*executio*) права такъ, какъ бы

<sup>1)</sup> L. 14 § 2, L. 11 § 2 D. 44, 2. Впрочемъ, въ толкованіи этихъ мѣстъ ученые расходятся. См. *Savigny. System*. Bd. 6. Beilage 17. По мнѣнію нѣкоторыхъ (*Puchta* въ *Rhein. Museum* 2 р. 251; 3 р. 487) римляне не знали *actiones in rem «expressa causa»*.

<sup>2)</sup> L. 12 D. 12, 2; L. 16 D. 20, 4; L. 63 D. 42, 1; L. 10 D. 44, 1; L. 1, 3; 7 § 4; L. 22, 29, 63 D. 44, 2.—*Tit. Gr. C. quibus res judicata noceat* 10, 1. Cod. 7, 56 *quibus res judicata non noceat*; Cod. 7, 60 *inter alios acta vel judicata aliis non nocere*. L. 2 C. 8, 36.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 44, 1. L. 11 § 8 D. 44, 2; L. 2 C. 8, 36.

<sup>4)</sup> L. 25 § 8 D. 10, 2; L. 3 § 1 D. 20, 1; L. 7 § 1 D. 44, 1; L. 9 § 2; L. 11 § 3 D. 9, 10; L. 28, 29 § 1 D. 44, 2; L. 16 § 1 D. 46, 8.

<sup>5)</sup> О прямыхъ исключеніяхъ изъ правила см. *Krüger. Consumtion.* p. 199, 200.

<sup>6)</sup> *Dig. 42. 2; Cod. 7, 59 de confessis.—Savigny. System* Bd. 7 §§ 303—308. *Demelius. Die confessio im römischen Civil-Prozess u. das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung.* 1880.

<sup>7)</sup> L. 1; L. 6 § 2 D. 42, 2; L. un. C. 7, 59; *Paulus* 5, 5a, 2.

имѣлся приговоръ<sup>1)</sup>). Поэтому отвѣтчикъ, давшій признаніе, можетъ быть разсматриваемъ какъ бы присудившимъ самого себя<sup>2)</sup>.

*Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* L. 1 D. 4<sup>2</sup>, 2.

Еще въ классическомъ правѣ такое дѣйствіе имѣло только признаніе *in jure*; позднѣе же *confessio* во всякой стадіи процесса (*confessio in judicio*) разсматривалось какъ суррогатъ приговора<sup>3)</sup>.

*Клятва, jusjurandum*<sup>4)</sup>.— *Jusjurandum* состоитъ въ томъ, что въ удостовѣреніе истинности какого либо утвержденія ссылаются на какой либо высокій, священный предметъ (у христианъ всегда клянутся именемъ Бога)<sup>5)</sup>.

Cicero de officiis 3, 29: *Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est.*

Клятвенное утвержденіе можетъ имѣть своимъ назначеніемъ прежде всего укрѣпленіе обѣщанія, т. наз. обѣщательная клятва, *jusjurandum promissorium*. Въ римскомъ правѣ обѣщательная клятва только въ исключительныхъ случаяхъ имѣла юридическое значеніе; во всѣхъ остальныхъ она давала только нравственный импульсъ къ выполнению обѣщанія<sup>6)</sup>. Разсмотрѣніе этого вида клятвы не относится къ данному вопросу, а относится къ ученію о судебныхъ доказательствахъ. Здѣсь же будетъ рѣчь о такъ наз. *jusjurandum assertorium*, клятвѣ подтвердительной, на которую вызывается одна судебная сторона другою, т. наз. *jusjurandum delatum*. Считалось излишнимъ постановлять приговоръ, когда отвѣтчикъ, по требованію дѣспособнаго истца, отвергаетъ клятвенно притязаніе послѣдняго, или когда истецъ клятвенно подтверждаетъ свое исковое притязаніе, по требованію дѣспособнаго отвѣтчика<sup>6)</sup>. Лицо, вызванное на клятву, *relatus*, обязано было принести ее<sup>7)</sup>, откуда и самое

<sup>1)</sup> О различіи *confessio* отъ признанія въ современномъ процессѣ см. *Demelius* cit. p. 229—245.

<sup>2)</sup> *Bethmann-Hollweg. Röm. Civilpr.* I p. 117.

<sup>3)</sup> *Savigny* cit. p. 39. Cp. *Demelius* cit. p. 10 и слѣд.

<sup>4)</sup> *Dig.* 12, 2 de *jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali.* Cod. 4, 1 (de *rebus creditis et*) *jurejurando*.— *Savigny. System.* Bd. 7 §§ 309—314; *Strippelmann. Der Gerichtseid* 3 Abth. 1855—57.

<sup>5)</sup> Cp. L. 5 pr. § 1, 3 D. 12, 2.

<sup>6)</sup> См. *Vangerow. Pand.* 1 § 170.

<sup>7)</sup> Cp. *Paulus* 2, 1 § 2.

<sup>8)</sup> L. 34 § 6; L. 38 D. 12, 2.

звание этой клятвы jusjurandum necessarium. Въ случаѣ отказа принести клятву, отвѣтчики считался присужденными, истецъ потерявшимъ искъ, и, наоборотъ, принесенная клятва служила формальной правдой между сторонами<sup>1)</sup>). Клятва могла быть приносима и внѣ суда, по соглашенію сторонъ<sup>2)</sup>; называлась она jusjurandum voluntarium. Послѣдствія ея были тѣ же, что и jusj. necessarium.

*Рѣшеніе третейскаго суда<sup>3)</sup>.*— Для рѣшенія дѣла третейскимъ судомъ требуется установление двухъ правоотношений. Прежде всего стороны должны вступить въ соглашеніе о томъ, чтобы подвергнуть данное дѣло на разсмотрѣніе и рѣшеніе третейского суда. Соглашеніе это носитъ название compromissum. Во-вторыхъ, требовалось соглашеніе между сторонами и избранными судьями (*arbitri*), соглашеніе, по которому данное лицо или нѣсколько лицъ принимаютъ на себя рѣшеніе дѣла въ качествѣ третейскихъ судей. Это соглашеніе называется receptum scil. arbitrium<sup>4)</sup>.

Въ до-юстиніановомъ правѣ третейскій договоръ устанавливается неформальнымъ соглашеніемъ (*ractum*), которое, по общему правилу, не предоставляло иска на выполненіе. Поэтому, чтобы связать стороны, оно сопровождалось торжественнымъ выговоромъ, въ формѣ стипуляціи, пени на случай, если одна изъ сторонъ отпадеть отъ данного соглашенія, т. е. откажется отъ разсмотрѣнія дѣла третейскимъ судомъ или не подчинится его приговору. Такая пеня называлась roepa compromissa<sup>5)</sup>. Первый Юстиніанъ предоставилъ искъ по третейскому приговору, но только при нѣкоторыхъ условіяхъ, а именно, когда соглашеніе составлено письменно или клятвенно утверждено<sup>6)</sup>.

Третейское соглашеніе могло имѣть своимъ предметомъ разрешеніе всѣхъ спорныхъ между сторонами дѣлъ, такъ наз.  
compromissum plenum<sup>7)</sup>, или только опредѣленного дѣла. Оно

<sup>1)</sup> L. 5 § 2; L. 9 § 1; L. 28 § 10; L. 29; L. 30 pr. D. 12, 2; L. 1 C. 4, 1.

<sup>2)</sup> L. 5 § 4; L. 7 sqq. D. 12, 2.

<sup>3)</sup> Dig. 4, 8 de receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant; Cod. 2, 55 de receptis arbitris. — Andre. *Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte* 1860: *Weizsäcker*. Das römische Schiedsrichteramt 1879.

<sup>4)</sup> L. 13 § 2 D. 4, 8.

<sup>5)</sup> L. 3 § 2; L. 27 §§ 1, 4, 6; L. 23 § 2; L. 52 D. 4, 8.

<sup>6)</sup> L. 4; L. 5 C. 2, 56.

<sup>7)</sup> L. 21 § 6 D. 4, 8.

не могло касаться будущаго спора<sup>1)</sup>). Но всегда предметъ соглашенія долженъ быть находиться въ свободномъ распоряженіи сторонъ<sup>2)</sup>; поэтому, напр., брачныя дѣла не могли быть подвергнуты третейскому разбирательству.

Что касается receptum, то никто не былъ обязанъ принимать на себя разсмотрѣніе дѣла третейскимъ судомъ; но разъ кто либо принялъ на себя такое разсмотрѣніе, то уклониться отъ него уже не могъ<sup>3)</sup> подъ страхомъ взысканія штрафа, multa<sup>4)</sup>). Только по точно опредѣленнымъ причинамъ, какъ то: старости, тяжкой болѣзни, установившихся враждебныхъ отношеніяхъ къ спорящей сторонѣ и т. д., arbitre могъ сложить съ себя обязанность третейского судьи<sup>5)</sup>). Кромѣ того, все третейское соглашеніе обезсиливалось тѣмъ, что одна изъ сторонъ умирала, впадала въ безуміе, одинъ изъ судей оказывалъ явное пристрастіе<sup>6)</sup>.

Рѣшеніе третейского судьи было мнѣніемъ или единоличнаго судьи, или большинства.

Если при четномъ числѣ судей голоса раздѣлялись поровну, то сами arbitri избирали еще одно лицо, которое и давало своимъ голосомъ перевѣсъ<sup>7)</sup>.

*Соглашеніе, уступка, transactio<sup>8)</sup>.* — Подъ соглашеніемъ въ тѣскомъ смыслѣ слова разумѣется договоръ, которымъ двѣ стороны устраниются путемъ обоюдныхъ уступокъ неизвѣстность касательно опредѣленнаго права. Оно можетъ касаться правъ вещныхъ, обязательственныхъ, семейныхъ<sup>9)</sup>.

Въ наукѣ долгое время утверждали, что нельзя вступать въ соглашеніе о правахъ изъ невскрытаго еще завѣщанія (см. Glück. Erläuter. d. Pandecten. Th. 5 § 349). Но въ источникахъ прямого запрещенія такого соглашенія не имѣется. Тамъ говорится только, что, не читавши завѣщанія, трудно вступать въ соглашеніе о правахъ изъ него. См. L. 1 § 1 D. 29, 3; L. 6. D. 2, 15.

<sup>1)</sup> L. 46 D. 4, 8.

<sup>2)</sup> L. 32 §§ 6, 7 D. 4, 8.

<sup>3)</sup> L. 3 § 2; L. 15 D. 4, 8.

<sup>4)</sup> L. 32 § 12 D. 4, 8.

<sup>5)</sup> L. 9 §§ 4, 5; L. 10; L. 11 pr.; L. 15; L. 16; L. 17 pr. D. 4, 8.

<sup>6)</sup> L. 21 § 7 D. 4, 8; L. 3 C. 2, 56.

<sup>7)</sup> L. 17 §§ 5, 7; L. 18; L. 27 § 3 D. 4, 8.

<sup>8)</sup> Dig. 2, 15; Cod. 2, 4 de transactionibus. — Risch. Die Lehre vom Vergleich nach Gemeinem Recht 1856. Accarias. Etude sur la transaction en droit romain etc. 1863.

<sup>9)</sup> L. 1—4 C. 2, 4; L. 14 D. 2, 15.

Необходимое условіе соглашенія то, чтобы данное право было сомнительнымъ, т. е. въ большинствѣ случаевъ, спорнымъ между сторонами<sup>1</sup>). Уступка по безспорному праву, напр., вытекающему изъ дѣйствительнаго судебнаго приговора, бу-  
деть дареніемъ<sup>2</sup>).

Соглашеніемъ устраниется споръ, какъ бы по судебному рѣшенію<sup>3</sup>), и въ этомъ значеніи оно составляетъ суррогатъ судебнаго приговора.

Уступка должна быть обоюдою; уступка только съ одной стороны будетъ дареніемъ<sup>4</sup>). Содержаніе ея можетъ быть самое разнообразное: то отказываются отъ части права и признается остальное<sup>5</sup>), то отказываются ото всего права за вознагражденіе, то признается все право и выговаривается вознагражденіе признающему<sup>6</sup>).

Дѣйствіе соглашенія ограничивается всегда почти одними участвующими въ немъ лицами<sup>7</sup>).

Въ заключеніе данного отдѣла остается изложить ученіе объ одномъ чрезвычайномъ средствѣ охраны правъ, не имѣю-  
щемъ ничего общаго съ искомъ, ни съ возраженіемъ: это такъ называемое

### Возстановленіе прежняго правоотношенія или со- стоянія, In integrum restitutio<sup>8</sup>).

*Источники:* Dig. 4, 1 de in integrum restitutionibus. Th. C. de integri restitutione; Cod. 2, 20 — 55.

*Пособія:* Savigny. System d. heut. röm. Rechts Bd. 7 p. 90 — 209. Burchardi. Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den

<sup>1)</sup> L. 1 D. 2, 15; L. 2; L. 12; L. 17 C. 2, 4.

<sup>2)</sup> Paulus. S. R. I, 1 § 5.

<sup>3)</sup> L. 20; L. 28 C. 2, 4.

<sup>4)</sup> L. 38 C. 2, 4.

<sup>5)</sup> L. 6 C. 2, 4.

<sup>6)</sup> L. 9 D. 2, 15.

<sup>7)</sup> L. 14 D. 2, 15.

<sup>8)</sup> Источники обыкновенно употребляютъ выражение «in integrum restitu-  
tio» или «integri ristitutio» и весьма рѣдко «restitutio in integrum». Savigny  
сит. § 315 а.

vorigen Stand 1831. *Spaltenstein.* Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1873.

*Понятie.*—Подъ *in integrum restitutio* въ обширномъ смыслѣ этого выраженія можно разумѣть прежде всего всякое удовлетвореніе правового притязанія, какъ-то уплату по обязательству, и т. д.—Также не въ техническомъ смыслѣ подъ *in int. rest.*<sup>1)</sup> будутъ подходить случаи, когда возстановляется потерянное право, но не непосредственно, а путемъ косвеннымъ при участіи противной стороны, чрезъ посредство ея юридического дѣйствія, на которое вызываетъ притязаніе потерявшей стороны. Напр., путемъ обмана заключенъ договоръ купли-продажи и въ то же время проданная вещь передана въ кредитъ. Этой передачей вещь становится собственностью купившаго. Затѣмъ продавецъ вчинаетъ искъ о продажѣ, которымъ купившій вынуждается обратной передачей вновь установить собственность на вещь прежнему ея хозяину. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ нѣтъ прямого возстановленія потерянного права, а имѣются лишь извѣстныя обязательственные отношения между сторонами, которые косвенно могутъ вести къ такому возстановленію<sup>2).</sup>

Эти и многие другіе случаи подобнаго возстановленія долго смысливали (напр., еще *Burchardi* cit.) съ *in integr. rest.* въ тѣсномъ его смыслѣ (см. *Savigny*. cit. p. 99—106).

Въ тѣсномъ смыслѣ подъ *in integrum restitutio* разумѣется чрезвычайное юридическое средство возстановленія права, потерянного на основаніи *strictum jus* (*in integrum restitutio est redintegranda rei vel causae actio*<sup>3</sup>), чрезъ судебную власть, особенно чрезъ непосредственное проявленіе *imperium* претора (*magis imperii, quam jurisdictionis est*<sup>4</sup>) и на основаніи причинъ, впередъ опредѣленныхъ. Итакъ, въ отличіе отъ предыдущихъ случаевъ возстановленія правъ, *in int. rest.* представляетъ то чрезвычайное средство, по которому непосредственно судебнымъ приговоромъ или магистратскимъ повелѣніемъ возстанавливается право, потерянное на основаніи юридического факта, возстанавливается такъ, какъ бы потерявшій никогда не терялъ его.

*Условія:*—1) Юридический фактъ долженъ проявиться въ

<sup>1)</sup> L. 3 § 4 D. 4, 7; L. 23 § 7 D. 21, 1; L. 10 C. 4, 44.

<sup>2)</sup> *Windscheid.* Pand. I § 114.

<sup>3)</sup> Paulus 1, 7 § 1.

<sup>4)</sup> L. 26 pr. D. 50, 1.

юридическихъ послѣдствіяхъ; если онъ не проявился, то требовать возстановленія нельзѧ.

2) Не всякий юридический фактъ, проявившійся въ юридическихъ послѣдствіяхъ, даетъ право на возстановленіе. Если имѣются другія нормальные средства защиты противъ данныхъ правовыхъ послѣдствій, то по общему началу *in integrum restitutio непримѣнно*.

*Nam si communi auxilio ex mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* L. 16 pr. D. 4, 4.

Въ нѣкоторыхъ только особыхъ случаяхъ дозволялось прибѣгать къ *in integr. restitutio*, если обыкновенные средства представляли какія либо неудобства въ достижениіи цѣли<sup>1)</sup>.

3) Для осуществленія *in int. rest.* необходима наличность какого либо ущерба, — *laesio, damnum, captio*<sup>2)</sup>, — отъ опредѣленного правового состоянія, установленного по предшествующему юридическому факту. Поэтому, по ничтожному факту нельзѧ требовать возстановленія, ибо онъ не имѣть никакого правового значенія, а слѣдовательно и ущерба какого либо причинить не можетъ<sup>3)</sup>. Тѣмъ болѣе не дается *in int. rest.* по ущербу, причиненному не вслѣдствіе даннаго юридического факта, а вслѣдствіе позднѣйшаго случая<sup>4)</sup>.

Свойство ущерба могло быть самое разнообразное. Чаще всего онъ могъ состоять въ имущественной потерѣ<sup>5)</sup>. При этомъ безразлично: выражался ли ущербъ въ потерѣ пріобрѣтенного имущества или въ опущеніи пріобрѣсти таковое<sup>6)</sup>. Но для возстановленія не требовалось непремѣнно материального свойства ущерба; можно было требовать *in int. rest.* и противъ семейно-правовыхъ сдѣлокъ, напр., если по усыновленію лица *sui juris* (такъ наз. *aggrogatio*) оно становится въ худшее семейное положеніе, чѣмъ то, въ какомъ оно стояло прежде<sup>7)</sup>. Возстановленіе по опущенной прибыли допускалось лишь при томъ условіи,

<sup>1)</sup> Такъ въ особенности о минорахъ источники говорятъ: *Minoribus XXV annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.* L. 6 D. 4, 4.

<sup>2)</sup> L. 1 D. 4, 1 cp. L. 9 § 1 D. 4, 4, L. 1 C. 2, 29. *Windscheid. Pand. I* § 115.

<sup>3)</sup> L. 4 C. 2, 41; L. 11 C. 5, 71; L. 16 pr. § 3 D. 4, 4.

<sup>4)</sup> L. 11 §§ 4, 5 D. 4, 4.

<sup>5)</sup> L. 6; L. 35 D. 4, 4; L. 41 D. 4, 8; L. 2 C. 2, 27; L. 8 C. 7, 64.

<sup>6)</sup> L. 27 D. 4, 6; L. 7 § 6; L. 44 D. 4, 4.

<sup>7)</sup> L. 3 § 6 D. 4, 4; L. 2 C. 2, 27.

если противная сторона, не получившая прибыли отъ данного юридического факта, не потерпить отъ возстановленія какого либо ущерба<sup>1</sup>). Поэтому реституція не допускается по пропущенному предъявленію штрафного иска (*actiones poenales*)<sup>2</sup>), а также противъ 30-ти лѣтней и болѣе погасительной давности. Ущербъ не долженъ быть незначительнымъ самъ по себѣ.

Таково господствующее воззрѣніе (см. *Vangerow. Pand. I § 176*), подтверждаемое и источниками (L. 49 D. 4, 4; L. 9 pr. D. 4, 1), но нѣкоторые ученые не признаютъ такого ограниченія (напр., *Burchardi cit. § 8*).

Во всякомъ случаѣ, *laesio* должно быть всегда значительнымъ сравнительно съ ущербомъ, который потерпить противная сторона отъ возстановленія<sup>3</sup>). Кромѣ того, *in int. restitutio* не допускалось, когда ущербъ навлечень по винѣ (*dolus*) самого потерпѣвшаго<sup>4</sup>), или когда пришлось бы возстановлять нисходящихъ противъ восходящихъ родственниковъ<sup>5</sup>). Наконецъ, не допускалось возстановленіе по сдѣлкамъ, заключеннымъ казною по имуществу своего должника съ цѣлью удовлетворить свои претензіи<sup>6</sup>).

4) Какъ средство чрезвычайное<sup>7</sup>), *in int. restitutio* примѣнялось не во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имѣлись на лицо всѣ до сихъ поръ изложенные условия, а лишь по особымъ причинамъ, *justae causae*.

*Justae causae* были перечислены въ преторскомъ эдиктѣ: *Praetor hominiibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem.* L. 1; L. 2 D. 4, 1; *Paulus sentent. I, 7 § 2*,

Чрезвычайность этой мѣры состоить въ томъ, что судья при подобныхъ случаяхъ не примѣняетъ положительного права; онъ выходитъ изъ общей справедливости и своимъ приговоромъ создаетъ конкретное право. Тутъ имѣется отклоненіе отъ правовыхъ нормъ во имя идеи справедливости, не нашедшей еще выраженія въ правовой системѣ и проводимой путемъ судебнаго приговора. Поэтому же и причины, по которымъ допускалось такое отклоненіе, должно было строго опредѣлить. Онѣ были слѣдующія:

<sup>1)</sup> L. 3 C. 7, 39; *Savigny cit. p. 121—124* ср. *Burchardi cit. p. 135* и сл.

<sup>2)</sup> L. 37 pr. § 1 D. 4, 4; L. 18 D. 4, 6.

<sup>3)</sup> L. 4 D. 4, 1; L. 9 pr.; L. 49 D. 4, 4; L. 1 C. 2, 28.

<sup>4)</sup> L. 9 §§ 2, 5 D. 4, 4; L. 26 § 6 D. 4, 6; L. 1—3 C. 2, 42.

<sup>5)</sup> L. 2 C. 2, 42. См. *Spaltenstein cit. p. 37—42*.

<sup>6)</sup> L. 5 C. 10, 3.

<sup>7)</sup> Ср. L. 16 pr. D. 4, 4.

а) Самое основное возстановление, послужившее прототипомъ для всѣхъ другихъ, было in integrum restitutio propter minorem aetatem<sup>1)</sup>). Всѣ лица, не имѣвшія 25 лѣтъ, имѣютъ право на возстановленіе по всѣмъ ущербамъ<sup>2)</sup>, которымъ они подвергаются отъ собственныхъ сдѣлокъ съ третьими лицами<sup>3)</sup>, одностороннихъ объявленій, хотя бы они дѣйствовали съ согласіемъ попечителя и даже родителя<sup>4)</sup>). Мало того, право на реституцію миноры имѣютъ и въ случаяхъ ущерба отъ дѣйствія ихъ замѣстителей, опекуновъ, попечителей<sup>5)</sup>, хотя бы даже имѣлось согласіе высшей опекунской власти<sup>6)</sup>). Но при этомъ отъ опекуновъ требуется dolus или, по крайней мѣрѣ, culpa lata<sup>7)</sup>.

Такую защиту римскіе юристы мотивировали легкомысліемъ и неопытностью даннаго возраста, ведущими ко всякому ущербу въ развитой правовой жизни<sup>8)</sup>). Поэтому общимъ началомъ миноры не получали защиты по поводу ущерба, причиненнаго случаемъ (casus fortuitus)<sup>9)</sup>). Но если они терпѣли ущербъ отъ рискованнаго предпріятія только потому, что не осуществляли его своевременно, по неопытности, то они не лишались права на реституцію<sup>10)</sup>). Кромѣ этого, не допускалось in integr. restitutio propter minorem aetatem<sup>11)</sup>: если по достижениіи 25 лѣтъ миноръ клятвенно подтвердить данный юридическій актъ, если реституція была бы противна нравственности, напр., подарки невѣстѣ, требуемые назадъ послѣ разстроившагося брака. Миноръ противъ минора не возстановляется, если этимъ будетъ причиненъ отвѣтчику ущербъ, выражавшійся въ уменьшеніи его наличнаго имущества<sup>12)</sup>). Въ этихъ случаяхъ примѣняется правило beati possidentes. Затѣмъ, полученное venia aetatis прекращаетъ право на возстановленіе по актамъ, совершеннымъ

<sup>1)</sup> См. Bonjean. *De la restitutio in integrum accordée aux mineurs de XXV ans en droit romain.* Paris. 1883.

<sup>2)</sup> Оpuщеніе выгody L. 8 C. 2, 21.

<sup>3)</sup> L. 1 § 1 D. 4, 4; Praetor edicit: quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur; uti quaeque res erit, animadvertisam. L. 7 pr. и слѣд. D. 4, 4; L. 9; L. 11 D. 4, 4.

<sup>4)</sup> L. 3 §§ 4 и слѣд. D. 4, 4.

<sup>5)</sup> L. 47 pr.; L. 7 § 8; L. 49 D. 4, 4; L. 2, 3, 5 C. 2, 24.

<sup>6)</sup> L. 11 C. 5, 71.

<sup>7)</sup> Arg. L. 24 § 1 D. 4, 4.

<sup>8)</sup> L. 1 pr. § 7 D. 4, 4; L. 5 pr. C. 2, 21.

<sup>9)</sup> L. 11 § 4 D. 4, 4.

<sup>10)</sup> L. 11 § 5 D. 4, 4.

<sup>11)</sup> См. у Vangerow. Pand. I § 83 п. 2; Arndts. Pand. § 119.

<sup>12)</sup> L. 11 § 6; L. 34 pr. D. 4, 4; L. 128 pr. D. 50, 17.

послѣ объявленія совереннолѣтія<sup>1)</sup>). Но противъ самой *venia aetatis* можно было просить возстановленія въ прежнее состояніе.

Начала *in integrum restitutio propter minorem aetatem* были распространены на городскія общины<sup>2)</sup>, и, наоборотъ, не были распространены, какъ это можно было ожидать, на съумасшедшихъ и расточителей, находящихся подъ попечительствомъ. Только въ случаѣ если совереннолѣтнему съумасшедшему будеть упущенено назначить опекуна, то по ущербу, проистекшему отъ такого упущенія, предоставлялось право на реституцію. Но и тутъ съумасшедший не разсматривался какъ бы несовершеннолѣтнимъ, а считался какъ бы отсутствующимъ<sup>3)</sup>.

6) *In integrum restitutio propter metum*, возстановленіе по сдѣлкамъ, заключеннымъ подъ вліяніемъ психического принужденія. Возстановленіе по этой причинѣ примѣнялось рѣдко, ибо въ большинствѣ случаевъ достаточно было обыкновенныхъ средствъ защиты, какъ-то: *actio quod metus causa, exceptio metus*<sup>4)</sup>.

в) *In integrum restitutio propter dolum*<sup>5)</sup>, возстановленіе по актамъ, совершеннымъ подъ вліяніемъ обмана. И подобная реституція примѣнялась рѣдко, ибо въ большинствѣ случаевъ обмана достаточно было обыкновенныхъ способовъ защиты: *actio doli* и *exceptio doli*<sup>6)</sup>. Примѣнялось возстановленіе только въ отдельныхъ случаяхъ, точно определенныхъ положительнымъ правомъ, а именно, прежде всего въ случаяхъ, относящихся къ процессу<sup>7)</sup>; затѣмъ, при вступлении въ bona fidei negotium подъ вліяніемъ обмана<sup>8)</sup>, и частный случай продажи *dolo* однимъ изъ содолжниковъ вещи, отвѣтственной по общему долгу<sup>9)</sup>.

Таковъ кругъ примѣнимости *in integr. rest. propter dolum* по воззрѣнію большинства ученыхъ. Но многие другие ограничиваютъ этотъ кругъ, а другие, наоборотъ, расширяютъ его. Такъ, нерѣдко допускаютъ данную реституцію только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, относящихся къ процессу (напр., *Windscheid. Pand. I § 118* и п. 6; *Wächter. Pand. I p. 579 art. IV*). Друг-

<sup>1)</sup> L. 1 C. 2, 44.

<sup>2)</sup> L. 4 C. 2, 53.

<sup>3)</sup> L. 124 § 1 D. 50, 17.

<sup>4)</sup> См. выше стр. 175.

<sup>5)</sup> L. 1 D. 4, 1; *Paulus Sentent. I 7 § 2.*

<sup>6)</sup> См. выше стр. 177.

<sup>7)</sup> L. 33 D 42, 1; L. 7 § 1 D. 4, 1; L. 18 D. 11, 1.

<sup>8)</sup> L. 3 C. 2, 54; L. 5; L. 10 C. 4, 44. См. *Spaltenstein* cit. p. 154 — 162

<sup>9)</sup> § 6 J. 4, 6.

гіє присоединяютъ сюда, на основанії позднійшихъ императорскихъ конституцій, случаи обмана при вступлениі въ bona fidei contractus (*Vangerow. Pand.* § 178 п. 1 нр. 4; § 185 п. 1 нр. 3, 5). Наконецъ, третьи предоставляютъ право на возстановленіе противъ всякаго третьаго лица, которое будетъ владѣть вещью, уступленною по обману другому лицу, или вступить въ сдѣлку, не зная, что его контрагентъ былъ вызванъ на нее обманомъ. (*Savigny cit. p. 200, 208, 209*). Послѣднее распространеніе нельзя никоимъ образомъ признать. Третье лицо, невиновное въ обманѣ, не обязано отвѣтить по претензіи обманутаго; послѣдній можетъ обратиться съ таковою только къ обманувшему (см. выше стр. 178 и *Vangerow. Pand.* III § 605 п. 1 нр. 6).

172. 97. 91  
г) In integrum restitutio propter errorem<sup>1)</sup>, возстановленіе по актамъ, совершеннымъ при заблужденіи. Главное значение, конечно, имѣть ergo facti<sup>2)</sup>. Поводы же могутъ быть самые разнообразные<sup>3)</sup>. Источники говорятъ въ особенности о заблужденіи относительно процессуальныхъ дѣйствій<sup>4)</sup>, какъ напр., если будетъ предъявленъ искъ въ формѣ pluris petitio при заблужденіи, которое ut constantissimus quisque labi potest, то предоставляется право на возстановленіе.—Въ материальномъ правѣ допускалась rest. propter errorem только въ отдѣльныхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ, случаяхъ. Такъ напр., если въ силу заблужденія кто либо становился въ состояніе недостойнаго наслѣдника (*heres indignus*), то у него отнималось унаслѣдованное имущество, формально же онъ оставался наслѣдникомъ и, какъ таковой, не имѣлъ права осуществить своего прежняго права требованія къ наслѣдодателю. Противъ такого послѣдствія онъ имѣлъ право на реституцію<sup>5)</sup>. Другой примѣръ: если кредиторы къ наслѣдству, по извинительному заблужденію, совершили себѣ въ ущербъ separatio bonorum, то имѣли право на возстановленіе<sup>6)</sup>. Подобные частные случаи реституціи на другіе случаи распространять нельзя<sup>7)</sup>.

д) Въ до-юстиниановомъ правѣ допускалось in integrum restitutio въ случаяхъ такъ наз. alienatio judicij mutandi causa<sup>8)</sup>,

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

<sup>2)</sup> См. выше стр. 172.

<sup>3)</sup> Напр. L. 1 D. 27, 6. Затѣмъ см. *Vangerow. Pand.* I § 186.

<sup>4)</sup> Gajus 4, 35—37, 55, 125; § 33 J. 4, 6; L. 8 § 2 D. 2, 8; L. 7 pr. D. 4, 1; L. 11 § 8, 10 D. 11, 1; L. 13 pr. D. 14, 3; L. 2 pr. D. 38, 15; L. 2 D. 42, 2; L. 2; L. 11 pr. D. 44, 2; L. 15 § 5 D. 43, 24.

<sup>5)</sup> L. 17 D. 34, 9; L. 21 § 1 D. 29, 5.

<sup>6)</sup> L. 1 § 17 D. 42, 6.—См. также L. 1 § 1, 6 D. 27, 6.

<sup>7)</sup> *Savigny cit. p. 196* и слѣд.

<sup>8)</sup> Dig. 4, 7 de alienatione judicij mutandi causa. См. *Lenel. Edictum perpet.* p. 101.

когда владелец чужой вещи, во избежание взыскания, отчуждал ее другому, то продолжал отвечать по ней какъ бы она была у него въ рукахъ. Но въ юстиановомъ правѣ отчуждившій съ такою цѣлью вещь отвѣчалъ по фактическому владѣнію, согласно началу: *pro possessione dolus est*<sup>1)</sup>.

Въ новѣйшихъ трудахъ вовсе не признаютъ *alienatio jud. mutandi causa*, какъ особое основаніе для *in integr. restit.* Приводимые за него источники толкуютъ въ смыслѣ лишь права на вознагражденіе за убытки (*Spaltenstein* cit. p. 18 и слѣд.).

е) *In integrum restitutio* въ случаяхъ status mutatio, измѣненія семейнаго положенія. Если лицо *suoi juris* поступало подъ власть другого, то вслѣдствіе *capitis deminutio minima* все активное его имущество переходило къ его семейному владыку, а долги его падали сами собою, такъ что кредиторы лишались дальнѣйшаго къ нему права требованія. Противъ этихъ послѣдствій преторъ предоставилъ восстановленіе правъ кредиторовъ къ имуществу въ томъ видѣ, въ какомъ оно было до поступленія ея хозяина подъ чужую семейную власть<sup>2)</sup>). Позднѣе же кредиторамъ предоставленъ былъ общій искъ, которымъ прямо устранилось освобожденіе отъ долговъ по *status mutatio*<sup>3)</sup>.

ж) *In integrum restitutio* по случаю justa absentia<sup>4)</sup>, т. е. отсутствію, оправдываемому необходимостью или инымъ какимъ либо основаніемъ<sup>5)</sup>.

Въ источникахъ различаютъ отсутствіе ex necessitate, ex voluntate, de causa probabili или по иному какому либо основанію (L. 28 pr.; L. 26 § 9; L. 2 § 1; L. 3 D. 4, 6). Отсюда въ прежнее время устанавливали различные виды основаній, по которымъ судья могъ признать отсутствіе уважительнымъ или нѣть, и, согласно этому, предоставить *in int. rest.* или отказать въ немъ (см. *Glück. Erläut. d. Pand.* 6 p. 30—34). Наоборотъ, другіе учёные (*Savigny* cit. p. 174—176) полагаютъ, что при вопросѣ о восстановленіи причины отсутствія не должны быть рассматриваемы вовсе.— То и другое возрѣніе противорѣчитъ источникамъ, которые, не устанавливая точныхъ основаній для признания отсутствія уважительнымъ, тѣмъ не менѣе, не по всякому отсутствію допускаютъ *in integr. rest.* (см., напр., L. 14 D. 4, 6).

Такъ, если лицо, отсутствующее по государственной службѣ,

<sup>1)</sup> L. un. C. 2, 55. См. *Savigny* cit. p. 103—105; 212, 213.

<sup>2)</sup> Gajus 4, 38; 3, 84.

<sup>3)</sup> L. 2 § 1 D. de capite minutis 4, 5; L. 2 pr. D. 14, 5. Cp. *Spaltenstein* cit. p. 189—192.

<sup>4)</sup> L. 1 § 1; L. 16 D. 4, 6. См. *Lenel. Edictum perpet.* p. 96.

<sup>5)</sup> *Windscheid. Pand.* I § 119 Nr. 1.

по собственнымъ дѣламъ, по нахожденію въ плѣну, въ темницѣ<sup>1)</sup>, въ рабствѣ, и т. п., или же по отсутствію отъ мѣстожительства противной стороны, не предъявить иска или возраженія, не осуществить своего права (напр., сервитута), и вслѣдствіе этого понесетъ ущербъ, то оно имѣло право на возстановленіе. При этомъ только положительный ущербъ, напр., потеря вещи по давности даетъ право на *in int. rest. propter absentiam*; упущенное пріобрѣтеніе во вниманіе не берется<sup>2)</sup>.

Назначеніе отсутствующимъ представителя не лишаетъ его права на возстановленіе, за исключеніемъ случаевъ состоявшагося противъ него приговора, вспѣшаго въ законную силу<sup>3)</sup>.

Въ источникахъ встрѣчаются мѣста какъ будто противорѣчащія другъ другу. Такъ, съ одной стороны, L. 26 § 9 D. 4, 6... «et saepissime constitutum est, adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non» (ср. L. 15 pr. D. 4, 6; L. 8 D. 4, 1). Съ другой стороны, L. 39 D. 4, 6: *Is, qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restituи non auditur* (ср. L. 1 C. 2. 53). Попытки къ примиренію см. у *Fritz* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Pr.* N. F. 17, 3 р. 68 и слѣд., и у *Wächter. Pand.* I р. 583. Если видѣть въ L. 39 представителя для судебнай защиты, то этотъ случай составить изъятіе изъ общаго правила L. 26 § 9 (*Windscheid. Pand.* I § 119 п. 8), въ основѣ которого лежитъ та мысль, что если бы представляемый былъ на лицо, то ущерба отъ небрежности другого онъ не понесъ бы.

Если отсутствующій не оставилъ представителя, то права на *in int. rest.* онъ лишается только въ случаяхъ неизвинительной небрежности по этому поводу<sup>4)</sup>.

При отсутствіи противной стороны, *in int. restit.* предоставляетъся только при неимѣніи отсутствующимъ представителя. Но въ большинствѣ этихъ случаевъ реституція предоставляется только тогда, когда отъ отсутствія произошелъ непредвидѣнnyy ущербъ и отсутствующему нельзя вмѣнить въ вину того, что онъ не оставилъ представителя<sup>5)</sup>.

3) Въ заключеніи преторскаго эдикта о возстановленіи говорится: «etiam si qua alia causa esse mihi videbitur, in integrum restituam»<sup>6)</sup>, т. е.: если мнѣ покажется уважительнымъ и

<sup>1)</sup> L. 9, 10; L. 23 pr. D. 4, 6.

<sup>2)</sup> L. 18—20; L. 22 § 1 D. 4, 6.

<sup>3)</sup> *Spaltenstein* cit. p. 55—68.

<sup>4)</sup> L. 20 pr. D. 4, 4; L. 26 § 1; L. 28 pr. D. 4, 6.

<sup>5)</sup> Cp. L. 28 pr. D. 4, 6.

<sup>6)</sup> L. 1 § 1; L. 26 § 9; L. 28 § 2 D. 4, 1.

другое какое либо основание, то я совершу возстановление. Прибавка эта называется generalis clausula, общая оговорка, а самое возстановление на основании ея—restitutio ex clausula generali<sup>1)</sup>.

Въ прежнее время этой оговоркѣ давали тотъ смыслъ, что преторъ съхранилъ за собою право предоставить in integr. restit. во всѣхъ случаяхъ, кромѣ перечисленныхъ въ эдиктѣ, когда это ему покажется необходимымъ (напр., *Thibaut. Pand. 8 Ausg. 1834 § 695*). Теперь же большинство ученыхъ относитъ данную оговорку специально къ различнымъ случаямъ отсутствія. Дѣйствительно, предоставить судѣ право возстановлять по своему усмотрѣнію во всѣхъ случаяхъ, кромѣ точно опредѣленныхъ,— было бы и опасно, и противорѣчило бы строгому обозначенію въ источникахъ основаній для реституціи. Но съ другой стороны, слишкомъ общая форма, въ которой выражена clausula generalis, не говоритъ и за господствующее воззрѣніе.

Данное возстановление совершаются въ случаяхъ аналогичныхъ упомянутыхъ въ источникахъ<sup>2)</sup>. Сюда будуть относиться главнымъ образомъ случаи отсутствія, не упомянутые въ *edictum de absentia*<sup>3)</sup>, затѣмъ случаи внѣшнихъ препятствій (напр., въ силу явленій природы) къ отправленію права, которое отъ этого теряется, и, наконецъ, всякие другие случаи, распространенные толкованіемъ по аналогіи отъ случаевъ, упомянутыхъ въ эдиктѣ.

Осуществление in int. rest.—Право предоставлять in integr. restit. имѣли высшіе магистраты<sup>4)</sup>, преторъ, намѣстникъ провинціи, а позднѣе и другія высшія власти (*praefectus urbi, praefectus praetorio* и самъ императоръ).

Рѣшеніе происходило extra ordinem (cognitio extraordinaria).

Въ самомъ производствѣ первоначально отличали процессъ обѣ in int. restitutio, т. наз. judicium rescindens, и процессъ обѣ осуществленіи возстановленного права, такъ наз. judicium rescissorium или restitutorium. Такъ, напр., отсутствующій потерялъ вещь по давности владѣнія; желая получить ее отъ владѣльца, онъ прежде всего просить о возстановленіи прежняго правоотношенія, доказывая при этомъ *justam causam restituendi*, и затѣмъ, признаніи возстановленія, онъ вчинаетъ искъ о собственности къ владѣльцу. При формулярномъ процессѣ только первое происходило передъ магистратомъ, а затѣмъ уже (*praetor rescissa alienatione, usucapione etc. actionem dat*) за

<sup>1)</sup> L. 20 § 1; L. 33 D. 4, 1.

<sup>2)</sup> *Wächter. Pand. I p. 584, 585.*

<sup>3)</sup> *Arndts. Pandekt. § 120 п. 2.*

<sup>4)</sup> L. 26 § 1 D. 50, 1.

осуществлениемъ возстановленного права обращались въ judicium ordinarium (Gajus 3, 84; 4, 38; L. 2 § 1 D. 4, 5). Были случаи, которые по самому своему свойству оканчивались предъ магистратомъ, напр., возстановление процессуального срока, другіе по исключению находили окончательное рѣшеніе въ judicium extraordinarium (См. *Burchardi* cit. p. 467 и слѣд.). Съ прекращеніемъ же формуллярнаго процесса исчезло основаніе дѣлить производство по *in int. restitutio* на двѣ стадіи.

Срокъ подачи просьбы объ *in integ. restitutio* былъ первоначально *annus utilis*, согласно должностному году; но когда должностные лица стали назначаться на неопределенный срокъ и преторскій эдиктъ получилъ значеніе источника положительного права, тогда *annus utilis* для прошеній о возстановленіи долженъ былъ потерять свой прежній смыслъ. И вотъ, сначала имп. Константинъ устанавливаетъ<sup>1)</sup> для *in integr. restitutio* propter minorem aetatem срокъ пятилѣтній въ Римѣ, четырехлѣтній въ Италии и трехлѣтній въ провинціи, а имп. Юстиніанъ опредѣляетъ общимъ срокомъ для осуществления всѣхъ *in integr. restitut. quadriennium continuum*<sup>2)</sup>, четыре года, считаемые по началамъ *tempus continuum*. Теченіе давности въ различныхъ случаяхъ возстановленія начинается въ различные моменты<sup>3)</sup>. Такъ, для *in integr. restitutio* propter minorem aetatem теченіе давности начинается съ момента достиженія 25 лѣтъ<sup>4)</sup> или полученной *venia aetatis*. Для *in int. rest. propter absentiam* — съ момента, когда данное лицо уже *prae sens*<sup>5)</sup>. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ — съ момента наступленія *laesio*. Незнаніе объ ущербѣ не останавливаетъ теченіе срока.

Послѣднее начало можно косвенно вывести изъ того, что по L. 7 C. 2, 52 простоянка теченія срока относится только ко времени несовершеннолѣтія и отсутствія. Впрочемъ, вопросъ этотъ въ наукѣ споренъ. Ср. *Keil* въ *Archiv für civ. Praxis* Bd. 38 п. 16 и *Vermehren* *ibid.* Bd. 39 п. 11.

Право на *in integr. rest.* переходитъ къ универсальнымъ и сингуллярнымъ преемникамъ и противъ универсальныхъ преемниковъ<sup>6)</sup>, но противъ сингуллярныхъ преемниковъ — лишь тогда, когда при переходѣ на нихъ правъ они знали и о претензіи на *in int. restitutio*, и тогда, когда безъ осуществленія рести-

<sup>1)</sup> L. 2 C. Th. 2, 16.

<sup>2)</sup> L. 7 C. de temporibus in integrum restitutionis 2, 52.

<sup>3)</sup> См. *Savigny* cit. p. 245—248.

<sup>4)</sup> L. 5 pr. C. 2, 52.

<sup>5)</sup> L. 7 § 1 C. 2, 53.

<sup>6)</sup> L. 24 pr.; L. 13 § 1; L. 14 D. 4, 4.

тутіі нельзя было бы предотвратить значительного ущерба, напр., когда по вещи, определенной *in specie*, возстановление ея цѣны не предотвращаетъ убытка. Въ частности *in integr. restitutio* прор-  
тер metum осуществлялось противъ всякаго владѣльца данной  
вещи (*in rem scripta*)<sup>1</sup>.

*Послѣдствія возстановленія*.— Возстановленіе должно быть обюджное<sup>2</sup>), т. е. возстанавливаются какъ выгодныя, такъ и не-выгодныя послѣдствія; возстанавливается право въ прежнемъ видѣ, какимъ оно было до факта, причинившаго ущербъ, и не только для потерпѣвшаго, но, по мѣрѣ возможности, и для другой стороны. Такъ, если миноръ потерпѣть ущербъ отъ невыгодной продажи и получаетъ реституцію, то купившій обязывается возвратить ему вещь съ прибылью промежуточнаго времени, а миноръ съ своей стороны обязанъ возвратить ему полученную сумму съ процентами за то же время<sup>3</sup>).

Осуществленная реституція имѣеть дѣйствіе только для сторонъ, принимавшихъ участіе въ процессѣ о реституції, и не отражается на третьихъ лицахъ, ни къ ихъ выгода, ни къ ихъ вреду<sup>4</sup>), если только эта выгода, этотъ ущербъ не будуть составлять неустранимаго послѣдствія возстановленія<sup>5</sup>), напр., въ силу недѣлимости сервитутовъ.

<sup>1)</sup> L. 3 C. 2, 20. См. Schliemann. Die Lehre v. Zwang. p. 56.

<sup>2)</sup> L. 24 § 4; L. 27 § 1; L. 40 § 1; L. 47 § 1 D. 4, 4; L. un. § 2 C. 2, L. 1, 2 C. 2, 32; L. 6 C. 2, 51.

<sup>3)</sup> См. Savigny cit. p. 266 и слѣд.

<sup>4)</sup> L. 48 pr. D. 4, 4; L. 61 D. 29, 2; L. un. C. 2, 26. См. Burchardi cit. p 566—569.

<sup>5)</sup> L. 10 pr. D. 8, 6; L. 27 § 2 D. 4, 4.

## ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

### А) ВЕЩНОЕ ПРАВО.

*Понятие.* — Подъ вещнымъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ разумѣется непосредственное господство лица надъ вещью, опредѣляемое правомъ объективнымъ.

Непосредственная связь лица съ вещью, какъ характерный признакъ вещныхъ правъ, выражается у римлянъ въ словахъ: «res mea est», «ubi rem meam invenio, ibi vindico» и т. п.

Но въ сущности права мыслимы только по отношенію къ лицамъ, и съ этой точки зрѣнія вещнымъ правомъ будетъ то право, по которому управомоченный имѣть притязаніе на уваженіе всѣхъ и каждого<sup>1)</sup>). Вещное право независимо отъ особенной обязанности определенного другого лица и потому можетъ быть осуществлено вещнымъ искомъ.

*Виды вещныхъ правъ.* — Если субъектъ господствуетъ надъ вещью неограничено и во всей совокупности ея отношеній, то имѣется самое полное неограниченное вещное право, право собственности.

Это обширное право можетъ быть ограничено, безъ устраненія его, предоставленіемъ по акту частной воли постороннему лицу отправленія одной изъ сторонъ господства на самую вещь. Тутъ имѣются такъ наз. права на чужую вещь, iura in re aliena. Права эти, по содержанію господства лица надъ вещью, распадаются на такъ наз. сервитуты (servitutes), эмфи-

<sup>1)</sup> Thon. Rechtsnorm u. subj. Recht p. 161 и слѣд.; Bierling. Kritik d. R. Begr. 2 p. 169 и слѣд.

*T. 197*  
тевзисъ (emphyteusis), суперфицій (superficies) и закладное право.

Кромѣ того, лицо можетъ стоять по вещи въ такомъ право-отношениі, которое отъ права собственности и правъ на чужую вещь будетъ отличаться своей фактической природой. Это такъ наз. *владѣніе, possessio*, изложеніемъ котораго и должно начинать отдѣль вещныхъ правъ.

Итакъ, система вещныхъ правъ:

- 1) Владѣніе.
- 2) Право собственности.
- 3) Права на чужую вещь:
  - а) Сервитуты.
  - б) Эмфитеувисъ.
  - в) Суперфицій.
  - г) Закладное право.

## ВЛАДѢНИЕ.

*Источники:* Dig. 41, 2 de acquirenda vel amittenda possessione; Cod. 7, 32 de adquirenda at retinenda possessione.

*Пособія:* Savigny. Das Recht des Besitzes 7 Aufl. v. Rudorff 1865; Bruns. Das Recht des Besitzes im Mittelalter u. in der Gegenwart. 1848; Randa. Der Besitz nach österreichischem Rechte 3 Aufl. 1879; Bekker. Das Recht des Besitzes bei den Römern 1880; Molitor. La possession et la révendication en droit romain 2 ed. 1874; van Wetter. Traité de la possession en droit romain 1868.

### Понятіе владѣнія (possessio).

Владѣть въ обширномъ смыслѣ слова значить фактически имѣть вещь въ своей власти.

L. 1 pr. D. 41, 2: Possessio appellata est ut Labeo ait, a sedibus (pedibus?) quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴ dicunt. Cp. L. 3 § 5 D. eod.

Если къ этому фактическому отношенію присоединяется намѣреніе (воля) относиться къ предмету на правъ собствен-

*хъ заслугъ*

ности или иномъ вещномъ правъ, то получается владѣніе въ тѣскомъ смыслѣ слова.

Простое фактическое господство, не предполагающее непремѣнно<sup>1)</sup> сознанія<sup>2)</sup> или воли на исключительность этого господства, называется удержаніемъ (detentio, possessio naturalis, possessio corporalis).

Таково господствующее возврѣніе на detentio, по которому сюда будутъ относиться и тѣ случаи, когда захватъ совершенъ лицомъ вполнѣ неволе-способнымъ (см. *Randa* cit p. 11). По другому мнѣнию (*Bruns* cit. p. 466; *Zielonacki*. Der Besitz nach d. röm. Rechte 1854 р. 4 н.), detentio, какъ вѣнчайший фактъ господства надъ вещью, исключающаго отъ него всякаго третьяго, логически требуетъ необходимо наличности сознанія и воли.

Итакъ, владѣніе отмѣчается двумя признаками: фактическимъ господствомъ надъ вещью и волею, направленную на право по этой вещи. При этомъ господство должно быть разсчитано на будущее<sup>1)</sup>; вещь должна быть подчинена лицу на болѣе или менѣе продолжительное время, а не находится только во временномъ къ нему отношеніи.

Такое фактическое господство рассматривается въ правовой системѣ ради тѣхъ правовыхъ послѣдствій, которыхъ положительное право съ ними связываетъ. Эти правовые послѣдствія образуютъ право владѣнія, jus possessionis<sup>2)</sup>, которое слѣдуетъ отличать отъ права владѣть, jus possidendi; владѣніе можетъ быть правомочнымъ или неправомочнымъ. Jus possidendi для понятія владѣнія значенія не имѣть; лицо, которое не имѣть никакого права на владѣніе, будетъ тѣмъ не менѣе владѣльцемъ, если оно господствуетъ надъ вещью<sup>3)</sup>.

In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat L. 3 § 5 D. 41, 2; — qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet L. 2 D. 43, 17.

По содержанию господства владѣніе можетъ касаться вещи во всѣхъ ея отношеніяхъ съ намѣреніемъ быть ея собственникомъ, или же выражаться въ отправлении одного какого либо права на вещь съ намѣреніемъ отправлять это право для себя. Въ послѣднемъ случаѣ источники говорять о quasi possessio,

<sup>1)</sup> L. 3 § 13 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> Это выражение см. въ L. 44 pr. D. 41, 2; L. 2 § 38 D. 43, 8.

<sup>3)</sup> L. 11 D. 5, 3; L. 12 D. 41, 2: qui interrogatus, cur possideat responsurus sit «quia possideo» nec contendet se heredem vel per mendacium.

juris possessio, juris quasi possessio<sup>1</sup>). Германские ученые первый видъ владѣнія называютъ владѣніемъ вещью (Sachbesitz), а второй — владѣніемъ правомъ (Rechtsbesitz).

Послѣ сказанного выясняется то мѣсто, которое должно быть отведено владѣнію въ системѣ гражданскаго права. Владѣніе относится несомнѣнно къ вещнымъ правамъ, такъ какъ оно состоить въ непосредственномъ отношеніи лица къ вещи и только тѣмъ отличается отъ другихъ вещныхъ отношеній, что оно чисто фактическаго, а не правового характера. При этомъ владѣніе по содержанию своему соотвѣтствуетъ, какъ фактическое господство, нѣсколькоимъ видамъ вещныхъ правъ; поэтому всего удобнѣе излагать его во главѣ вещныхъ правъ.

Вопросъ о мѣстѣ владѣнія въ системѣ гражданскаго права весьма споренъ. Римскіе источники его не разрѣшаютъ; оставляя же прежнихъ юристовъ (Savigny cit. p. 52, 53), получаемъ слѣдующія главнѣйшія воззрѣнія. Многіе систематики помѣщаютъ владѣніе въ общей части науки (Puchta, Böcking, Brinz и др.). Но уже Савинъ (cit. p. 54) вполнѣ правильно замѣтилъ, что за владѣніемъ можно признать общий характеръ съ такою же основательностью, какъ и за собственностью и всякимъ другимъ правомъ. Затѣмъ, самъ Савинъ (§ 6) считаетъ владѣніе за обязательственное право, а именно относитъ его къ *obligationes ex maleficiis* на томъ основаніи, что владѣльческие иски, интердикты, суть личные, деликтные иски. Совершенно вѣрно, что интердикты — личные иски, но нельзя классифицировать отношеніе по послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ него (Kierulff. Civilr. p. 344 Апр.); природа отношенія опредѣляетъ мѣсто его въ системѣ, а природа владѣнія, какъ уже установлено, вещного характера. Поэтому большинство современныхъ ученыхъ отводятъ владѣнію мѣсто въ вещномъ правѣ; причемъ одни излагаютъ все учение о немъ въ одномъ мѣстѣ, во главѣ вещныхъ правъ (Windscheid, Baron, Maynz и др.), другіе же считаютъ болѣе правильнымъ раздѣлять это изложеніе по особымъ отдѣламъ вещныхъ правъ, которымъ по фактическому содержанию будетъ соотвѣтствовать владѣніе (Bruns cit. p. 487; Randa cit. p. 53 п. 17). Но по общимъ признакамъ владѣніе какъ вещами, такъ и правами, представляеть самостоятельное цѣлое, проникнутое одною общую основную идеей, а потому существующее имѣть свое особое мѣсто въ системѣ и, какъ относящееся къ нѣсколькоимъ отдѣламъ вещного права, всего правильнѣе помѣстить его во главѣ вещныхъ правъ.

Въ интересахъ лишь учебнаго изложенія дальше будеть рѣчь главнымъ образомъ о владѣніи вещью, а въ концѣ будеть сказано о владѣніи правомъ<sup>2</sup>).

<sup>1</sup>) Pr. J. 4, 15; L. 10 pr. D. 8, 5; L. 2 § 3 D. 43, 26; L. 2 D. 8, 4; L. 7 D. 43, 19; L. 23 § 2 D. 4, 6. Cp. L. 3 pr. D. 41, 2; L. 4 § 27 D. 41, 3; L. 1 § 8 D. 43, 3; L. 32 § 1 D. 8, 2.

<sup>2</sup>) См. Windscheid. Pand. 1 § 151.

## Правовая природа владѣнія.

На основаніи до сихъ порть сказаннаго, владѣніе вещами представляется отношеніемъ господства лица, устанавливаемаго вѣйшимъ актомъ; владѣніе же правомъ — отправленіемъ права, устанавливаемаго по начальному акту. Природа этого господства чисто фактическая. Владѣніе есть фактъ. Въ правовой системѣ этотъ фактъ получаетъ мѣсто въ силу правовыхъ послѣдствій, съ нимъ соединяемыхъ. Поэтому, съ одной стороны владѣніе есть фактъ, а съ другой — оно ведеть къ установлению правоотношения.

...plurimum ex jure possessio mutuatur L. 49 pr. D. 41, 2; ...possessio non tantum corporis, sed etiam juris est L. 49 § 1 D. 41, 2.

Что владѣніе — фактъ, слѣдуетъ прежде всего изъ того, что приобрѣтеніе владѣнія не основывается собственно на правовомъ титулѣ, тогда какъ всякое право имѣть объективныя основанія, независимыя отъ воли единичнаго лица. Затѣмъ, право собственности чрезъ владѣніе ничего не теряетъ, оно остается dominium illimitatum. И самое погашеніе владѣнія происходитъ безъ всякаго правового погасительного титула, тогда какъ право не можетъ прекратиться sine justa causa. Защищается владѣніе только противъ опредѣленныхъ нарушений; оно не пользуется постоянной защитой, подобно правамъ<sup>1)</sup>). Наконецъ, и сами источники выражаются о владѣніи, какъ о res facti, non juris<sup>2)</sup> и т. п.<sup>3)</sup>.

Взглядъ на владѣніе, какъ на фактъ, послѣ Савини (cit. §§ 5, 6) должно считать господствующимъ (см., напр., *Randa* cit. § 3). Но многіе писатели, и прежде (см. *Rudorff* къ Савини Num. 19), и теперь считаютъ владѣніе за право (для новѣйшаго времени см. *Bekker* cit. § 5 и въ *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, roman. Abtheil. Bd. 5 р. 154). Такъ напр., громкою извѣстностью пользовалось возрѣніе Ганса (*Gans. System d. röm. Civilr.* р. 202 и слѣд. *Grundlage des Besitzes* р. 53), по которому слѣдовало, что воля лица, какъ та-ковая, можетъ притязать на полное признаніе со стороны всѣхъ другихъ, безъ вниманія къ тому, опирается ли она на какое либо правооснованіе или нѣтъ. Выходя изъ этого положенія, Гансъ послѣдовательно приходитъ къ результату, что владѣніе есть видъ собственности, который и называетъ собствен-

<sup>1)</sup> См. подробнѣе *Zielonacki. Besitz* p. 31—34.

<sup>2)</sup> L. 1 § 3, 4 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> ...possessio autem plurimum facti habet (L. 19 D. 4, 6); ...quod naturaliter adquiritur sicut est possessio... (L. 53 D. 8, 4).

ностю со стороны особой субъективной воли. Эта теория Ганса, очевидно, отрицает всякую объективную основу права, придерживаясь лишь субстанциональности воли. Но это верно только для вѣрь-правовой жизни; въ благоустроенныхъ же государствахъ воля сама по себѣ, односторонне, рождается право только на вещи, никому не принадлежащія.

Пухта (Pand. § 122; Inst. 2 § 24) основываетъ правовой характеръ владѣнія на правѣ личности, но изъ этого уже слѣдуетъ, что само по себѣ владѣніе не есть право, если оно защищается настолько, насколько въ немъ нарушена личность, т. е. выраженная въ немъ воля (Randa cit. p. 41 п.).

Изъ новѣйшихъ писателей иѣкоторые видятъ во владѣніи право потому, что во владѣльческихъ искахъ признаютъ само право въ его судебнѣмъ преслѣдованіи (Canstein въ Grünhut's Zeitschr. V p. 719 и слѣд.). Но исковое притязаніе не всегда-то-же что право и не всякое право предоставляетъ притязаніе (см. выше стр. 46).

Брунсь (въ Holtendorf's Encyclop. 1 р. 293) признаетъ весь данный споръ бесплоднымъ.

М Владѣніе, будучи фактомъ, имѣть правовыя послѣдствія, выражаются въ правовой защитѣ. Владѣніе рождаетъ притязаніе на то, чтобы его не нарушили. Нарушеніе владѣнія вызываетъ правоотношеніе между сторонами, которое осуществляется интердиктами, владѣльческими исками. Въ этомъ только смыслъ владѣніе имѣть правовой характеръ.

Савинъ (cit. p. 44), признавая владѣніе за фактъ, видѣть въ немъ въ то же время и право со стороны правовыхъ послѣдствій. Но понятія неправа, т. е. факта, и права взаимно исключающія другъ друга. Поэтому правильнѣе сказать, что владѣніе ведеть къ установлению правоотношенія, въ основѣ которого лежитъ фактъ, а не право (Windscheid. Pand. I § 150). Изъ этихъ же основаній нельзя признать и того мнѣнія, по которому владѣніе будетъ частью фактомъ, частью правомъ (Kindel. D. Grundlagen d. röm. Besitzrechts 1883 § 4).

### Признаки владѣнія.

Подъ владѣніемъ разумѣется фактическая власть лица надъ вещью, соединенная съ намѣреніемъ, волею, рассматривать вещь какъ собственную. Слѣдовательно, для понятія владѣнія требуется прежде всего фактическая власть лица надъ вещью, corpus possessionis, т. е. физическое обладаніе вещью. Но одно такое обладаніе не будетъ possessio, а только простымъ detentio, удержаніемъ вещи. Римскіе юристы строго различали possessio, юридическое владѣніе, и in possessione esse, простое обладаніе вещью, detentio.

...aliud est possidere, longe aliud in possessione esse L. 10 § 1 D. 41, 2.

Только первое защищается интердиктами, второе же не есть. Нарушеніе детенциі не даетъ права на защиту самому детентору, напр., нанимателю; право это принадлежитъ владѣльцу, напр., купившему не у собственника вещь и отдавшему ее въ наймы. Detentio отмѣчается лишь однимъ признакомъ захвата вещи, не сопровождающимся волею или возможностью удержать это физическое господство. Напр., схватываетъ вещь безумный, спящему кладутъ вещь въ руки<sup>1)</sup>). Послѣднія отношенія лишены всякаго правового характера. Имѣть простой захватъ, правовое значеніе, когда на такое господство направлена воля обладателя, какъ напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда кто либо держитъ вещь для кого либо другого, *alieno nomine possidere* (оперкуны, довѣренныя лица, принявшия на храненіе вещи и т. д.)<sup>2)</sup>. Представитель всегда будетъ только детенторомъ, владѣльцемъ же будетъ представляемый, который имѣть власть надъ вещью чрезъ представителя, а кромѣ того, и волю разсматривать ее, какъ собственную<sup>3)</sup>.

Второй необходимый признакъ владѣнія состоить въ *animus sibi possidendi*, т. е. въ намѣреніи исключительного для себя фактическаго обладанія вещью, въ *animus rem sibi habendi*, въ желаніи имѣть вещь въ качествѣ хозяина, въ *animus rem habendi suo proprio nomine*, т. е. въ желаніи обладать вещью не отъ имени другого, но отъ собственного имени, быть самостоятельнымъ обладателемъ вещи. Цѣль даннаго желанія всегда одна — разсматривать вещь, какъ свою собственность. Юридическое владѣніе будетъ всегда такимъ господствомъ надъ вещью, которое сопровождается *animus domini*.

Таково теперь господствующее воззрѣніе, впервые установленное Савини (cit. § 9; Puchta. Pand. § 125. Bruns. Besitz § 2, и др.). Источники говорятъ объ *animus possidentis* (L. 1 § 20 D. 41, 2), *animus possidendi* (L. 41 P. 12, 1), *affectio tenendi* (L. 1 § 3 D. 41, 2), *affectio possidendi* (L. 3 § 3 D. 41, 2), но никогда объ *animus dominii*. Выраженіе Феофила: «*τὸ φυχῆ δεσπόζοντος κατέχειν*» буквально значить: имѣть у себя съ намѣреніемъ господствовать, съ *animo dominantis*, а не съ *animo domini*. Поэтому другіе ученые понимаютъ *animus* въ смыслѣ намѣренія исключительного фактическаго господства надъ вещью при самыхъ разнообразныхъ цѣляхъ.

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> L. 1 § 20; L. 10 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> § 5 J. 4, 15.

ляхъ, напр., владѣніе прекариста, залогопринимателя (см., напр., *Dernburg. Pand. I § 172 р. 393*). X

Animus domini не слѣдуетъ смѣшивать съ убѣжденіемъ о правѣ собственности, съ cogitatio, opinio domini. Подъ первымъ разумѣется желаніе лица отправлять права собственника, подъ вторымъ — мнѣніе лица о томъ, будто онъ собственникъ.

### Правовыя послѣдствія владѣнія.

Если владѣніе есть фактическое отношеніе лица къ вещи, то спрашивается: почему правовая система имѣеть дѣло съ владѣніемъ? Если бы владѣніе было только фактомъ, то оно не должно было бы рассматриваться въ учени о правѣ. Но дѣло въ томъ, что это фактическое отношеніе имѣеть извѣстныя правовыя послѣдствія, и благодаря этимъ-то послѣдствіямъ, владѣніе рассматривается въ правовой системѣ. На юридическомъ языке эти послѣдствія выражаются словами jus possessionis, право владѣнія. Какая же это правовыя послѣдствія? Теперь обыкновенно признается одно правовое послѣдствіе владѣнія: защита его владѣльческими исками, интердиктами. JB

Въ прежнее время такихъ послѣдствій насчитывали до 72. Но современная наука выяснила, что многія изъ послѣдствій, приписываемыхъ владѣнію, отъ него не зависятъ, а для другихъ владѣніе служить лишь поводомъ, а не основой (см. *Savigny cit. § 3 Anh. 8, 9*). Такъ, напр., говорять, что одно изъ послѣдствій владѣнія есть приобрѣтеніе права собственности на вещь, никому не принадлежащую (res nullius); но владѣніе въ этомъ случаѣ не будетъ основой (causa) собственности, такъ какъ моментъ приобрѣтенія владѣнія совпадаетъ съ моментомъ приобрѣтенія собственности, слѣдовательно собственность не вытекаетъ изъ владѣнія, не составляетъ его послѣдствія. — Савинъ (*cit. § 2*) признаетъ два послѣдствія владѣнія: кромѣ интердиктовъ, еще возможность приобрѣтенія права собственности по давности, usucapio. Но давностное владѣніе само по себѣ не вытекаетъ изъ владѣнія, какъ такового; давность, какъ способъ приобрѣтенія собственности, основывается на владѣніи bona fide и justo titulo и на истечениіи извѣстнаго срока, а не на одномъ владѣніи: separata est causa possessionis et usucaptionis (см. *Randa cit. § 6*). passad int  
for adiur

### Виды владѣнія.

Выше доказано, что для установленія владѣнія безразлично, будетъ ли оно основано на убѣжденіи въ томъ, что имъ не нарушаются ничье право собственности или нѣть, опирается

ли оно на законное основание или не быть; один факт обладания вещью, соединенный с намерением иметь ее как свою, достаточен для того, чтобы обладатель считался владельцем. Но так как особые условия, которых могут сопровождать установление владения, оказывают известные юридические последствия для данного владения, то по ним римское право различает следующие виды владения:

*Possessio bona et mala fidei*, добросовестное и недобросовестное владение.—Под *bonae fidei possessio* разумеется такое владение, когда владелец имеет убеждение в своем праве собственности на вещь. В большинстве случаев основа такого убеждения должна заключаться в *justus titulus*, в правоосновании, т. е. в таком юридическом факте, который способен устанавливать право собственности, но при данных обстоятельствах не ведет к этому результату. Под *mala fidei possessio* разумеется такое владение, когда владелец знает или должен знать, что оно не соответствует праву, что им нарушается чужое право, напр., владелец знает, что он не собственник данной вещи, но тем не менее держивает ее у себя. Деление это имеет весьма важное значение по многим особым правовым последствиям, как-то: при приобретении плодов, при возвращении плодов, при переработке материала (*specificatio*, при приобретательной давности (*usucapio*)<sup>1</sup>).

*Possessio justa et injusta*, титуированное и нетитуированное владение. *Possessio* будет *justa*, когда оно приобретено каким-нибудь законным способом<sup>2</sup>), напр., по овладению вещами, никому не принадлежащими (*occupatio*), по передаче (*traditio*) и т. п. *Possessio injusta* — владение, приобретенное без всякого правового основания или приобретенное недозволенным способом<sup>3</sup>). Выше установлено, что владение есть факт и поэтому приобретается путем простого факта; из этого же следует, что под *justa causa possessionis* не следует разуметь действительного правового титула, так как при наличии его устанавливается не владение, а собственность. Под титулированным владением разумеется такое владение, приобретение которого основывается на таких фактах, из которых могла бы установиться собственность, если бы приобретению ея

<sup>1</sup>) См. въ учени о собственности.

<sup>2</sup>) L. 24 D. 41, 2; L. 7 § 3 D. 10, 3; L. 31 § 2 D. 5, 3.

<sup>3</sup>) L. 1 § 9; L. 2 D. 43, 17; L. 19 pr. D. 43, 26.

не препятствовали известные обстоятельства, о которыхъ владѣлецъ не зналъ.— Данное дѣлѣніе отличается отъ предыдущаго дѣлѣнія тѣмъ, что оно основывается на объективномъ признакѣ (есть законное основаніе владѣнія или нѣтъ), тогда какъ дѣлѣніе на possessio bonaе и malaе fidei построено на субъективномъ признакѣ (лицо владѣющее сознаетъ или не сознаетъ о нарушеніи права другого)<sup>1)</sup>.

*3) Possessio vitiosa и non vitiosa.* — Владѣніе, основанное на одномъ изъ tria vitia possessionis,— насилии, тайномъ похищении, отдачѣ до востребованія (*vis, clandestinas, precarium*),— но сить название possessio vitiosa, тогда какъ всякое другое владѣніе будетъ possessio non vitiosa. Дѣлѣніе это не тождественно съ предыдущимъ дѣлѣніемъ<sup>2)</sup>, такъ какъ къ possessio vitiosa относится владѣніе, приобрѣтенное (*precario*), хотя это владѣніе есть possessio justa<sup>3)</sup>). Практическое значеніе этого дѣлѣнія состоитъ въ томъ, что интердиктную защиту своего владѣнія possessor vitiosus не можетъ осуществить противъ тѣхъ лицъ, которыхъ онъ лишилъ владѣнія *vi, clam, preclaro*. *но противъ вселеныхъ*

Въ этихъ случаяхъ къ владѣнію примѣняется мѣрка относительного правомочія.

*4) Possessio ad interdicta и possessio ad usucaptionem.* — Подъ первымъ разумѣется владѣніе, дающее право на интердиктную защиту; такимъ будетъ всякое юридическое владѣніе. Подъ вторымъ— владѣніе, способное по давности вести къ установленію права собственности. Poss. ad usucaptionem заключаетъ въ себѣ poss. ad interdicta, но не наоборотъ.

*5) Possessio civilis и naturalis.* — Подъ possessio civilis всего вѣроятнѣе разумѣть юридическое владѣніе *cum animo domini* и основанное на *causa*, признанной въ *jus civile*. Подъ possessio naturalis разумѣется такое обладаніе вещью, по которому или не имѣется *animus domini*, или его не можетъ быть, напр., данная вещь изъ числа *res extra commercium* или обладатель не способенъ имѣть собственности вообще (напр., *рабъ*)<sup>4)</sup>, или на данную только вещь (залогоприниматель)<sup>5)</sup>, или владѣніе основано на сдѣлкѣ, ничтожной по *jus civile*. Въ силу послѣдняго

<sup>1)</sup> Zielonacki. Besitz p. 53.

<sup>2)</sup> Противнаго мнѣнія, напр., Arndts. Pand. § 172; v. Wetter. Possession p. 42.

<sup>3)</sup> L. 13 § 1 D. 6, 2.

<sup>4)</sup> L. 24 D. 41, 2; L. 38 § 7 D. 45, 1.

<sup>5)</sup> L. 3 § 15 D. 10, 4.

будеть possessor naturalis, напр., супругъ, получившій вещь по даренію отъ другого супруга<sup>1</sup>). Впрочемъ, дѣленіе это на possessio civilis и naturalis не имѣть никакого практическаго значенія и не служить лучшему выясненію самой природы владѣнія<sup>2</sup>).

Римскіе юристы не опредѣляютъ смысла этихъ выражений; въ наукѣ же въ пониманіи ихъ крайнее разногласіе уже со временемъ гlosсаторовъ. Принятое нами возврѣніе впервые было высказано Бурхарди (*Archiv f. civ. Prax.* Bd. 20, 2), затѣмъ признано съ нѣкоторыми оговорками Вангеровымъ (*Pandect. I § 199 Anm.*), Брунсомъ (*Besitz. p. 25*) и др. Савинъ (*cit. § 7*) считалъ possessio civilis за possessio ad usucaptionem, а подъ possessio naturalis онъ разумѣлъ прежде всего poss. ad interdicta, а во-вторыхъ — простое detentio. Изъ новѣйшихъ возврѣній см. Дернбурга (*Pand. I § 175*).

### Субъектъ владѣнія.

\* \* \* 330 Такъ какъ владѣніе состоить изъ двухъ элементовъ — фактическаго господства надъ вещью и воли собственника, то всѣ лица, за которыми не признавалось воли, animus, вполнѣ или отчасти, не могли пріобрѣтать владѣнія, владѣть, или были ограничены въ этой возможности. Поэтому не могли бы, по общему правилу, владѣть юридическія лица<sup>3</sup>), безумные<sup>4</sup>), дѣти моложе семи лѣтъ<sup>5</sup>). Но положительное право предоставляетъ пріобрѣтать владѣніе и владѣть за лицъ, неспособныхъ имѣть волю, ихъ представителямъ<sup>6</sup>).

Помимо сказанного, для дѣтей было признано, въ ихъ интересѣ, важное исключение изъ правила, а именно: въ случаѣ передачи вещи ребенку, онъ получаетъ ее во владѣніе (*L. 3 C. 7, 32* ср. *L. 32 § 2 D. 41, 2*), хотя сознательной воли на владѣніе въ немъ и не признано (см. Азаревичъ. Опека и попечительство, стр. 40—43). Но, конечно, захватъ ребенкомъ чужой вещи не имѣть юридического значенія, а разсматривается какъ игра.

Несовершеннолѣтніе, вышедшіе изъ дѣтства, могли пріобрѣтать и отправлять владѣніе при участіи опекуна<sup>7</sup>).

<sup>1)</sup> L. 26 pr. D. 24, 1.

<sup>2)</sup> *Meischeider. Besitz* p. 77.

<sup>3)</sup> L. 1 § 15 D. 47, 4; L. 1 § 22 D. 41, 2.

<sup>4)</sup> L. 1 § 3; L. 18 § 1 D. 41, 2.

<sup>5)</sup> L. 32 § 2 D. 41, 2.

<sup>6)</sup> L. 1 § 22; L. 2; L. 1 § 3; L. 18 § 1 D. 41, 2; L. 26 C. 8, 54; L. 1 § 20 D. 41, 2.

<sup>7)</sup> L. 1 § 3 D. 41, 2.

Владѣніе принадлежитъ къ области имущественного права, а слѣдовательно только тѣ лица могли владѣть, кто способенъ имѣть частное имущество<sup>1</sup>). Въ противномъ случаѣ физическое подчиненіе вещи будетъ простымъ detentio. Поэтому всѣ лица, подчиненные чужой власти, не могли самостоятельно владѣть.

*Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis, sed et juris est.* L. 49 § 1 D. 41, 2; L. 24; L. 30 § 3 eod.; L. 93 D. 50, 17.

Такъ по древнему римскому праву общимъ правиломъ не могли владѣть filii familias. Позднѣе сдѣлано извѣятіе для приобрѣтеннаго на военной службѣ, ~~reputum castrense~~, а въ Юстиніановомъ правѣ только относящимся къ peculium profectitium владѣль отецъ, а всякимъ остальнымъ имуществомъ владѣль самъ filius fam. Не могли приобрѣтать для себя владѣнія и рабы, такъ какъ не могли отправлять для себя господства надъ вещью тѣ лица, которымъ сами обрѣтались подъ полнымъ господствомъ другого лица.

*...neque enim possunt videri aliquid possidere, quum ipsi ab alio possidentur* L. 23 § 1 D. 41, 2; ...nam quum possideatur, possidere non videtur L. 118 D. 50, 17.

### Объектъ владѣнія.

Объектомъ владѣнія можетъ быть все то, что способно подлежать праву собственности и другимъ вещнымъ правамъ, т. е. прежде всего всѣ предметы гражданского оборота (res, quae in commercio sunt), а затѣмъ главнымъ образомъ предметы тѣлесные (res corporales). Res extra commercium не могутъ быть объектами владѣнія<sup>2</sup>), насколько, по извѣятію, не допускается исключительное господство надъ ними<sup>3</sup>). Не могутъ быть объектами владѣнія, по общему правилу, res incorporales, безтѣлесныя вещи.

*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia; nec possideri intelligitur jus incorporale* L. 3 pr. D. 41, 2; L. 4 § 27 D. 41, 3.

Но, какъ сказано выше, понятіе владѣнія распространено

330

<sup>1)</sup> Randa cit. p. 295. Справ. Kindel. D. Grundlag. d. röm. Besitzrechts p. 297—302.

<sup>2)</sup> L. 30 § 1 D. 41, 2; L. 13 § 7 D. 47, 10.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 140—144.

подъ названиемъ quasi possessio и на фактическое отправление нѣкоторыхъ правъ. Какъ предметъ безълесный, не можетъ быть объектомъ владѣнія universitas regum<sup>1</sup>). Точно также не могутъ быть объектомъ владѣнія и составные части другой вещи, пока продолжается соединеніе<sup>2</sup>), и части неопределенные, partes incertae, вещи<sup>3</sup>). Наконецъ, не можетъ быть объектомъ владѣнія свободное лицо<sup>4</sup>); даже filius familias не составляетъ предмета владѣнія отца<sup>5</sup>).

Выходя изъ того признака владѣнія, по которому оно выражается въ полной фактической власти надъ вещью съ волею собственника, приходится признать за нимъ характеръ исключительности, иначе говоря, не мыслимо одновременное владѣніе нѣсколькихъ лицъ одною и тою же вещью каждымъ во всей полнотѣ владѣльческаго господства, composessio plurium in solidum.

*N.D.I* Celsus filius ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse L. 5 § 15 D. 13. 6: — plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris... Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris L. 3 § 5 D. 41, 2.

Изъ невозможности одновременного владѣнія многихъ одною и тою же вещью in solidum выходитъ, что владѣніе одного прекращается въ тотъ моментъ, въ который приобрѣтаетъ владѣніе другой.

Такой взглядъ на composessio plurium in solidum можно считать послѣ Савини (cit. § 11) господствующимъ. Но какъ въ прежнее время (см., напр., Christiansen. Institut p. 4, 24), такъ и теперь (см. Baron. Gesamtrechtsverhltnisse I §§ 3, 4) нѣкоторые писатели допускаютъ compos. plur. in solidum. Поводъ къ этому подаютъ слѣдующія мѣста источниковъ:

1) Въ L. 16 D. 41, 3 Явленъ приписываетъ владѣніе одною и тою же вещью залогодателю и залогопринимателю; первому — possessio ad usucapionem, а второму — ad reliquas omnes causas (см. также L. 1 § 15; L. 36 D. 41, 2). Нѣкоторые ученые склонны видѣть тутъ признаніе compos. duorum in solidum (напр., Keller. Pandektenvorles. p. 221). Большинство же писателей, съ Савини во главѣ (cit. p. 294—300), полагаетъ, что единствен-

<sup>1)</sup> L. 30 § 2 D. 41, 3.

<sup>2)</sup> L. 7 § 1 D. 10, 4; L. 23 pr. D. 41, 3; L. 23 § 7 D. 6, 1; L. 30 pr. D. 41, 2. См. ниже.

<sup>3)</sup> L. 32 § 2 D. 41, 3.

<sup>4)</sup> L. 23 § 2 D. 41, 2. Cp. Bekker. Besitz § 9.

<sup>5)</sup> L. 1 § 8 D. 41, 2.

нымъ владѣльцемъ будетъ залогоприниматель, которому принадлежитъ право на интердикты, а въ пользу залогодателя не прерывается только теченіе давности (см. *Dernburg. Pfandrecht.* Bd. II § 86). Но такъ какъ приобрѣтательная давность немыслима безъ владѣнія (*sine possessione usucapio contingere non potest.* См. ниже), то я не признаю правильнымъ и возврѣніе Савинъ. Поэтому же едва ли можно признать (какъ думаетъ *Meischeider. Besitz* p. 84—86), что римскіе юристы, не затрагивая вопроса о самомъ владѣніи, дѣлили только *causae* его между двумя лицами. Эти *causae* могутъ быть раздѣлены, но совсѣмъ въ особомъ смыслѣ, а именно: *usucapio* всегда предполагаетъ владѣніе, а интердикты могутъ быть отправляемы другимъ за владѣльца. Такъ оно и было въ настоящемъ случаѣ: владѣльцемъ остался залогодатель, какъ это говорять нѣкоторыя другія мѣста источниковъ (L. I § 15; L. 36 D. 41, 2; L. 16; L. 33 § 4 D. 41, 3), а залогоприниматель отправлялъ только защиту въ интересѣ залогодателя, который, передавая вещь въ залогъ, самъ не могъ ее охранять отъ третьихъ лицъ (см. *Азаревичъ. Прекаріумъ*, стр. 51—55).—2) Въ L. 3 § 5 D. 41, 2 и L. 15 § 4 D. 43, 26 приведены возврѣнія нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, по которымъ слѣдуетъ, что при прекаріумѣ одновременно владѣютъ и *precario dans*, и *prec. accipiens*, первый — *ad usucapionem*, второй — *ad interdicta*. Сказанное о предыдущемъ примѣрѣ относится и сюда (см. *Азаревичъ. Прекаріумъ*, стр. 55, 56).—3) Въ L. 3 § 5 D. 41, 2 и L. 3 pr. D. 43, 17 высказывается такой общиі взглядъ, что два лица могутъ одновременно владѣть одною и тою же вещью, но такъ, что одинъ будетъ владѣть *juste*, а другой *injuste*, но двое владѣть *juste* или *injuste* не могутъ (L. 19 pr. D. 43, 26). Но уже сами римскіе юристы отвергали такой взглядъ (см. тотъ же L. 3 § 5 D. 41, 2), который должно разсматривать, какъ попытку объяснить то явленіе, что бывшій *justus possessor* не перестаетъ быть владѣльцемъ, между тѣмъ какъ *injustus possessor* отправляетъ интердиктную защиту. По нашему возврѣнію, единственнымъ владѣльцемъ остается прежній обладатель вещи, а *injuste* получивший ее отправляетъ интердиктную защиту противъ третьихъ лицъ только за и въ интересѣ первого.

Правило *compossessio plurium in solidum esse non potest* не исключаетъ возможности *compossessio plurium pro partibus*, т. е. владѣніе нѣсколькихъ одною и тою же вещью, но по частямъ. При этомъ, конечно, требуется, чтобы часть каждого была опредѣлена<sup>1)</sup> (*incertam partem possidere nemo potest*<sup>2)</sup>), такъ какъ и самое направленіе воли будетъ лишено требуемой опредѣленности. Части совладѣльцевъ могутъ быть идеальная (*pro indiviso*), — напр., при наслѣдованіи нѣсколькими лицами отъ владѣльца — или реальная (*pro diviso*), когда каждый вла-

<sup>1)</sup> L. 26 D. 41, 2; L. 3 § 2 D. eod.

<sup>2)</sup> L. 32 § 2 D. 41, 3.

дѣлецъ обладаетъ реальною частью вещи, напр. поле, раздѣленное межами. Въ обоихъ случаяхъ нѣть ничего общаго съ *composs. plurium in solidum*; въ обоихъ случаяхъ воля каждого владѣльца ограничивается господствомъ надъ частью (идеальною или реальною) вещи, какъ надъ особымъ предметомъ, которымъ другой владѣлецъ распоряжаться не можетъ<sup>1)</sup>.

Касательно владѣнія составною вещью весьма важенъ въ практическомъ отношеніи такой вопросъ: возможно ли одновременное владѣніе третьихъ лицъ на части этой вещи и на сколько владѣлецъ этой вещи будетъ въ то же время владѣльцемъ отдельныхъ составныхъ ея частей? Подъ составною вещью (*res composita*) разумѣется вещь, составленная изъ нѣсколькихъ частей такъ, что каждая часть не теряетъ своего обособленного физического существованія, а прекращается лишь юридически обособленность въ понятіи цѣлаго<sup>2)</sup>. Выходя изъ этого опредѣленія, слѣдуетъ признать, что владѣніе вещью, какъ однимъ цѣлымъ, исключаетъ владѣніе третьего на часть, если только владѣлецъ цѣлымъ не признаетъ владѣнія другого на часть, удерживая ее отъ имени этого послѣдняго. Такое *detentio alieno nomine* части возможно при особенной самостоятельности части по отношенію къ цѣлому, напр., руль къ кораблю<sup>3)</sup>). Далѣе, вопросъ, насколько владѣлецъ составною вещью будетъ владѣльцемъ въ то же время части ея, разрѣшается<sup>4)</sup> въ томъ смыслѣ, что владѣющій цѣлымъ (не) владѣть въ то же время частями, такъ какъ послѣднія поглощаются цѣлымъ. *Animus possidendi* направлено на понятіе цѣлаго. Изъ этого слѣдуетъ, что если А. владѣеть повозкой, одно колесо которой краденное, то, несмотря на запрещеніе пріобрѣтать по давности краденныя вещи, вмѣстѣ съ повозкой пріобрѣтается по давностному владѣнію и колесо. Если же А. владѣеть отдельно частями повозки, то на каждую изъ этихъ частей онъ долженъ особо выполнить давностное владѣніе и тогда, конечно, краденное колесо имъ не пріобрѣтается. Если цѣлое будетъ *краженное*, а отдельные части нѣть, напр., колесо *куплено*, а повозка *украдена*, то такъ какъ вопросъ идетъ о цѣлой повозкѣ и она не подлежитъ давностному владѣнію, то и части ея не могутъ быть пріобрѣтены по давности. Если повозка до выпол-

<sup>1)</sup> См. *Randa* cit. § 17.

<sup>2)</sup> См. выше, стр. 132.

<sup>3)</sup> *Randa* cit. p. 422, 423.

<sup>4)</sup> *Savigny* cit. § 22.

ненія давности распадется на части, то начинается течеіе новой давности. Наступить это по выполненіи давности, то хотя на части начинается новое владѣніе, но новой давности не требуется.

Разсмотренный вопросъ крайне споренъ въ наукѣ (см. у *Vangerow*. Pand. I § 204 п. 2; *Meischeider*. Besitz. §§ 18, 19). Мы выходили изъ воззрѣнія, ясно выраженнаго въ нѣсколькихъ мѣстахъ источниковъ. Такъ: *Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligitur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit: accedit eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, dicat, possessione superficie temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum ampliori: quod absurdum et juri civili minime conveniens, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta quum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie...* L. 23 pr. D. 41, 3.—*Qui universas aedes possedit singulas res, quae in aedificio sunt non videtur possedisse: idem dici debet et de nave et de armario* L. 30 pr. D. 41, 2. Специально о соединеніи движимой вещи съ движимой см. L. 6; L. 7 §§ 1, 2 D. 10, 4 (но ср. L. 30 § 1 D. 41, 3).

### Пріобрѣтеніе владѣнія.

Владѣніе составляется изъ двухъ элементовъ — обладанія вещью и воли собственника, поэтому и пріобрѣтеніе владѣнія предполагаетъ физическое дѣйствіе, направленное на установление господства надъ вещью и сопровождаемое определенною волею. Эти два элемента владѣнія римскіе источники, какъ сказано выше, называютъ *corpus* и *animus*.

*Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore aut per se animo* L. 3 § 1 D. 41, 2.—*Possessionem adquirimus et animo et corpore...* Paulus 5, 2 § 1. L. 8 D. 41, 2; L. 153 D. 50, 17.

*Corpus*. — Въ понятіи владѣнія заключается элементъ физического господства лица надъ вещью. Поэтому для пріобрѣтенія владѣнія необходимо такое дѣйствіе, которымъ бы устанавливалась эта власть надъ вещью. Дѣйствіе такое называется *apprehensio*. Оно всегда состоитъ въ установлении такого отношенія къ предмету владѣнія, которое даетъ возможность непосредственного и исключительного воздействиа на этотъ предметъ. Существуетъ *apprehensio* всегда состоитъ въ установлении возможности непосредственного и исключительного господства надъ вещью<sup>1)</sup>), но способы, которыми это достигается, различны,

<sup>1)</sup> L. 22 D. 41, 2.

Схема  
Установленіе а/п  
Виды а/п

смотря по различию предметов и отношений<sup>1</sup>). Такъ, въ иныхъ случаяхъ необходимый признакъ apprehensio будетъ заключаться въ физическомъ захватѣ вещи, въ приобрѣтеніи ея согрое<sup>2</sup>), напр., для овладѣнія вещами, никому не принадлежащими (дикія животныя, кладь), требуется подобный захватъ; иногда такой актъ непосредственного воздействиа требуется для овладѣнія движимыми и недвижимыми вещами, принадлежащими другому, напр., для установленія владѣнія вора, грабителя, при dejectio для захвата недвижимаго имущества и т. д. Но во многихъ случаяхъ, когда владѣніе устанавливается по передачѣ, нѣть необходимости въ такихъ непосредственныхъ физическихъ актахъ, чтобы получилось исключительное господство надъ вещью. Достаточно, напр., если передающій владѣніе оставляетъ вещи въ домѣ пріобрѣтающаго его<sup>3</sup>), если передаетъ ключи отъ помѣщенія, въ которомъ находятся передаваемыя вещи<sup>4</sup>), если указываетъ съ башни участокъ, объявляя намѣреніе передать владѣніе имъ присутствующему лицу<sup>5</sup>), или съ тѣмъ же намѣреніемъ представлять ее предъ глазами пріобрѣтающаго, и т. д. Въ послѣднихъ случаяхъ передачу называютъ traditio longa manu<sup>6</sup>). Тутъ всегда должно въ чемъ либо выразиться желаніе лица пріобрѣсти исключительную власть надъ вещью, ибо обстановка такой традиціи сама по себѣ не даетъ признаковъ къ такому заключенію. При этомъ понятно, что если пріобрѣтающій по уступкѣ владѣніе уже обладаетъ вещью, то особаго акта передачи не требуется; такое установленіе владѣнія носить теперь название brevi manu traditio<sup>7</sup>).

Мы изложили учение Савинъ (cit. §§ 13—20) на apprehensio. До него обыкновенно подъ этимъ фактомъ разумѣлось непосредственное тѣлесное прикосновеніе къ вещи, а именно: для движимой вещи — захватъ руками, для недвижимой — наступленіе ногами. Но такъ какъ въ римскомъ правѣ упоминаются многие случаи, когда владѣніе пріобрѣтается физическими дѣйствіями, но безъ непосредственного прикосновенія, то въ послѣднихъ видѣли такія символическая дѣйствія, которая по юридической фикціи представляли на-

<sup>1</sup>) Randa cit. p. 323.

<sup>2</sup>) L. 51; L. 1 § 21; L. 3 §§ 13, 14 D. 41, 2; L. 79 D. 46, 3.

<sup>3</sup>) L. 18 § 2 D. 41, 2; L. 9 § 3 D. 23, 3.

<sup>4</sup>) L. 1 § 21 D. 41, 2 ep. L. 74 D. 18, 1.

<sup>5</sup>) L. 18 § 2 D. 41, 2.

<sup>6</sup>) L. 79 D. 46, 3.

<sup>7</sup>) L. 9 § 5 D. 41, 1; L. 62 pr. D. 21, 2; L. 9 § 9 D. 12, 1; L. 9 § 2 D. 6, 2.

стоящий захватъ владѣнія (*actus adscititii, apprehensio facta.* См. *Exner.* Tradition p. 153 и слѣд.). Но въ источникахъ не только не требуется общимъ правиломъ непосредственного прикосновенія для приобрѣтенія владѣнія, но, наоборотъ, высказывается совсѣмъ обратное начало: *Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* (L. 1 § 21 D. 41, 2),

Большинство современныхъ писателей держится воззрѣнія Савини на *apprehensio*, хотя многіе изъ нихъ формулируютъ это воззрѣніе по своему (см., напр., *Windscheid.* Pand. 1 § 153; *Meischeider.* Besitz § 46). Противъ этого воззрѣнія высказался Іерингъ (Объ основаніи защиты владѣнія, стр. 129 и сл.), а за нимъ и другие писатели (напр., *Baron Pandekt.* §§ 116, 118; *Dernburg.* Preuss. Privat. R. §§ 152, 153). По мнѣнію Іеринга, непосредственная и постоянная возможность воздѣйствовать по произволу на вещь, исключая всѣхъ другихъ отъ такого воздѣйствія, не соотвѣтствуетъ рѣшеніямъ источниковъ, которые, съ одной стороны, не признаютъ такой возможности достаточна для установленія владѣнія (напр. не приобрѣтается владѣніе на ичелиній рой и медь въ дуплѣ моего дерева L. 5 §§ 2, 3 D. 41, 1), а съ другой стороны, такая возможность и не требуется вовсе для установленія владѣнія (напр., признается за мной владѣніе на дичь, которая попала въ силки, поставленные на моей лиземль или въ общественномъ лѣсу L. 55 D. 41, 1). Самъ Іерингъ выставляетъ такое положеніе: способъ, какимъ собственникъ фактически осуществлять свою собственность, долженъ служить масштабомъ при опредѣленіи существованія владѣнія: *omnia ut dominum gessisse oportet* (L. 2 C. 7, 32). Нельзя не признать, что критика Іеринга сильно поколебала достовѣрность тѣхъ признаковъ, которые выставляетъ Савини для каждой *apprehensio*, а именно: «непосредственное присутствіе» владѣльца при вещи какъ движимой, такъ и недвижимой, но за симъ основное воззрѣніе Савини о физической возможности воздѣйствовать на вещь, исключая всякое чуждое воздѣйствіе, должно быть оставлено въ полной силѣ *Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit etc.* (L. 55 D. 41, 1). Противъ положенія самого Іеринга, вытекающаго изъ всего его представленія о владѣніи, можно возразить такъ: почему для владѣнія требуется Іерингомъ непремѣнно такой способъ, какимъ собственникъ фактически осуществляетъ свою собственность; почему не сказать о способѣ вообще присвоенія вещи? (*Windscheid* Pand. 1 § 153 п. 8).

*Animus.* — Для понятія владѣнія необходимо, чтобы фактическое господство надъ вещью сопровождалось желаніемъ, намѣреніемъ, считать ее своею собственностью, т. наз. *animus domini.* *Animus domini* вытекаетъ изъ *causa (possessionis)*<sup>1)</sup>, при которой совершаются *apprehensio*. Такъ, если кто устанавливаетъ господство надъ вещью въ качествѣ собственника, то онъ бу-

<sup>1)</sup> L. 3 §§ 21, 23 D. 41, 2.

деть юридическимъ владѣльцемъ, если же въ качествѣ нанимателя, то не будетъ владѣльцемъ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ римскіе источники приписываютъ владѣніе и такимъ лицамъ, которыхъ не могутъ имѣть *animus domini*, т. е. не могутъ имѣть сознательного намѣренія относиться къ данной вещи, какъ къ своей собственности, такъ какъ они признаютъ права собственности за другими лицами, отъ которыхъ получили владѣніе. Но, не имѣя *animus domini*, они имѣютъ *animus possidendi*, направленный на отправление переносимаго имъ права владѣнія, *jus possessionis*<sup>1</sup>).

По другому воззрѣнію эти случаи объясняются такъ: положительное право признаетъ иногда, по извѣстнымъ причинамъ, наличность требуемаго условія всякаго владѣнія и тамъ, где на самомъ дѣлѣ его нѣтъ (см. *Windscheid. Pand. I § 149 n. 7*).

Какъ владѣльцы, данныя лица отправляютъ защиту интердиктами. Такъ какъ это владѣніе безъ *animus domini* всегда производится отъ другого владѣльца, т. е. всегда послѣднимъ переносится на физического обладателя вещи, то Савинъ далъ ему название производнаго владѣнія (*abgeleiteter Besitz, possesio derivata*)<sup>2</sup>), каковое название и принято всѣми послѣдователями этого ученія<sup>3</sup>). Въ отличіе отъ производнаго владѣнія, владѣніе *cum animo sibi habendi* называется юридическимъ владѣніемъ. Это аномальное владѣніе обыкновенно ограничиваются слѣдующими тремя случаями: а) владѣніе залогопринимателя<sup>4</sup>), б) владѣніе *precario accipientis*<sup>5</sup>), т. е. лица, получившаго въ пользованіе чужую вещь до востребованія, и в) владѣніе *sequester*<sup>6</sup>), т. е. лица, которому будетъ переданъ отъ судебныхъ сторонъ спорный предметъ до рѣшенія спора. Во всѣхъ этихъ случаяхъ получившіе вещь не могутъ имѣть *animus domini*, но въ то же время отправляютъ интердиктную защиту по обладанію ею.

Какъ самое ученіе о производномъ владѣніи, созданное Савинъ, такъ и случаи, которые, въ случаѣ признанія этого ученія, должны быть отнесены сюда, — вызываютъ въ литературѣ большое разногласіе.

<sup>1)</sup> *Savigny cit. § 20.*

<sup>2)</sup> *Savigny cit. §§ 9, 23—25.*

<sup>3)</sup> См., напр., *Brunns. D. Recht d. Besitzes* § 2; *Arndts. Pand.* § 135; *Brinz. Pand.* p. 64—66.

<sup>4)</sup> L. 35 § 1; L. 37 D. 13, 7; L. 1 § 15; L. 3 § 23; L. 10 § 1; L. 36, 40 pr. D. 41, 2; L. 16 D. 41, 3; L. 3 § 8 D. 43, 17.

<sup>5)</sup> L. 4 § 1 D. 43, 26.

<sup>6)</sup> L. 39 D. 41, 2.

Большинство возражений противъ даннаго ученія (см. *Rudorff* къ *Savigny* Num. 39 р. 606 и слѣд.; *Vangerow*. Pand. I § 200) заключается въ томъ, что въ случаяхъ т. наз. производнаго владѣнія не признаютъ ничего аномальнаго по сравненію со всякимъ другимъ юридическимъ владѣніемъ. При этомъ указывалось, что источники ничего не знаютъ объ аномалии такого владѣнія, для устраненія каковой аномалии признавалось необходимымъ толковать болѣе широкимъ образомъ признакъ владѣнія, *animus*, т. е. не въ смыслѣ *animus domini*, а въ смыслѣ болѣе общаго намѣренія обладать вещью (см. *Theoph.* 3, 29 § 2). При такомъ толкованіи случаи наз. производнаго владѣнія подойдутъ подъ общее явленіе (см. *Dernburg*. Pand. I р. 393, 394). Я также высказывался противъ ученія о производствѣ владѣнія, но въ томъ смыслѣ, что юрид. владѣльцемъ въ упомянутыхъ случаяхъ я признаю лицъ, передавшихъ обладаніе вещью (закладчика, *precario dans* и т. д.), а за получившими (залогоприниматель рг. *acciriens* и т. д.) признаю отпра-  
вленіе интердиктовъ только въ интересѣ и за настоящихъ владѣльцевъ (*Азаревичъ*. Прекаріумъ 1877, стр. 51—56).

Что касается случаевъ производнаго владѣнія, то многіе писатели рас-  
ширяютъ ихъ кругъ сравнительно съ принятymъ въ текстѣ. Чаще всего сюда причисляютъ владѣніе эмфитеуты и суперфиціарія, тогда какъ другіе ученые видятъ въ этихъ случаяхъ *possessio juris* (см. *Vangerow*. Pand. I § 200 р. 355, 356). Другіе идутъ дальше, признавая возможнымъ перенесеніе владѣнія во всѣхъ случаяхъ передачи вещи, напр., по имущественному найму, по договору поклажи и т. д., если на то состоится между сторонами согла-  
щеніе (см. *Molitor*. Possession p. 53 и слѣд.). Но теперь признано большин-  
ствомъ, что отклоненіе отъ нормальныхъ условій владѣнія слѣдуетъ допускать только въ случаяхъ, ясно опредѣленныхъ закономъ (*Brunn*. D. R. d. Besitz. р. 10 и слѣд.).

Послѣ всего сказанного ясно, что для понятія владѣнія, а слѣдовательно и защиты его достаточно одного физического господства надъ вещью <sup>съ</sup> *cum animo habendi*. При этомъ безразлично будетъ ли такое обладаніе законное, справедливое, или незаконное, несправедливое. Владѣніе можетъ установиться не только при отсутствіи всякаго правооснованія, но даже въ силу такого основанія, которое само по себѣ карается правомъ. Такъ, напр., если А. овладѣлъ вещью совершенно незаконно, положимъ, укралъ ее, затѣмъ Б. отниметъ ее у А., то А. можетъ отыскывать эту вещь у Б., можетъ требовать, чтобы Б. не тревожилъ его въ обладаніи украденной вещью. Чрезъ дѣй-  
ствительный титулъ пріобрѣтается право на владѣніе, а не самое владѣніе. Титулъ не есть условіе для пріобрѣтенія владѣнія, но наличностью его владѣніе пріобрѣтаетъ только извѣстную квали-  
фикацію, извѣстныя особенные послѣдствія.

Наличность или неналичность правовыхъ послѣдствій вла-

дѣнія не зависитъ отъ воли владѣльца, а зависитъ отъ юридическихъ фактовъ, сопровождающихъ установление владѣнія. Отсюда начало: nemo sibi causam possessionis mutare potest<sup>1)</sup>). Арендаторъ не будетъ владѣть на правахъ собственника оттого, что приметъ рѣшеніе впредь владѣть арендуемымъ имуществомъ такъ, какъ бы оно ему принадлежало. Иначе говоря, нельзя изменять характеръ владѣнія одною рѣшимостью воли<sup>2)</sup>). Измѣнившееся намѣреніе детентора имѣеть значение лишь при томъ условіи, что оно выразится въ дѣйствіи, направленномъ противъ владѣльца вещи<sup>3)</sup>), или будетъ основано на новой сдѣлкѣ съ владѣльцемъ<sup>4)</sup>.

### Пріобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя.

Пособія: Hauser. Stellvertretung im Besitz 1871; Schlossmann. Der Besitzerwerb durch Dritte 1881.

Владѣніе по общему началу могло быть приобрѣтаемо черезъ представителей: possessionem per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus<sup>5)</sup>). Римскіе юристы говорили, что для приобрѣтенія владѣнія нѣть необходимости, чтобы оба его элемента, animus и corpus, совпадали въ лицѣ приобрѣтателя; corpus можно осуществить и черезъ третье лицо.

Possessionem acquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Paulus Sent. 5, 2 § 1 — animo nostro, corpore etiam alieno possidemus L. 3 § 12 D. 41, 2.

Всякое представительство имѣеть въ своей основѣ известное отношение между представителемъ и представляемымъ и выражается въ совершении первымъ юридическихъ дѣйствій съ явнымъ намѣреніемъ, чтобы эти дѣйствія разсматривались дѣйствіями второго. Поэтому, для приобрѣтенія владѣнія чрезъ представителя необходимы слѣдующія условія: 1) известное отношение между лицами, которое вызвало бы представительство одного изъ нихъ для другаго; 2) представляемый долженъ имѣть animus possidendi; 3) представитель долженъ выполнить актъ

<sup>1)</sup> L. 3 § 19; L. 19 § 1 D. 41, 2; L. 33 § 1 D. 41, 3. О послѣднемъ см. Baron въ Jahrb. f. d. Dogmat. 7 Nr. 3 § 13 p. 155—162.

<sup>2)</sup> См. Schirmer въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 11 p. 433.

<sup>3)</sup> L. 12; L. 18 D. 43, 16.

<sup>4)</sup> L. 18 pr.; L. 19 § 1 D. 41, 2 сп. L. 23 C. 4, 65.

<sup>5)</sup> L. 53 D. 41, 1.

apprehensionis; 4) представитель долженъ имѣть *animus* пріобрѣсти владѣніе для представляемаго.

1) Представительство при пріобрѣтеніи владѣнія можетъ основываться на а) законѣ или б) соглашениіи. а) Рабы по самому закону пріобрѣтали владѣніе для господъ (не только собственниковъ, но и добросовѣстныхъ владѣльцевъ и пожизненныхъ пользователей, *fructuarij*)<sup>1</sup>). Если рабъ находится въ чужомъ владѣніи или ни въ чьемъ владѣніи, то собственникъ, какъ таковой, не пріобрѣтаетъ черезъ него владѣнія<sup>2</sup>). Дѣти также, по общему положенію права, пріобрѣтали владѣніе для семейныхъ главарей. Основа такого пріобрѣтенія въ отцовской власти<sup>3</sup>). б) Соглашеніе на представительство выражалось въ порученіи, mandatum, специальномъ или общемъ. Какъ уже сказано въ «Общей части», для владѣнія римское право дѣлало одно изъ изъятій изъ правила о недопустимости свободнаго представительства<sup>4</sup>.

2) Представляемый пріобрѣтаетъ владѣніе чрезъ представителя только при томъ условіи, если онъ желаетъ пріобрѣсти владѣніе, имѣть *animus possidendi*; поэтому нельзя пріобрѣсти владѣніе при невѣдѣніи о такомъ пріобрѣтеніи: *ignoranti non acquiritur possessio*<sup>5</sup>). Но *animus possidendi* представляемаго должно признать въ наличности въ тѣхъ случаяхъ, когда представитель пріобрѣтаетъ владѣніе, дѣйствуя по порученію, и представляемый находится еще въ невѣдѣніи о совершившемся фактѣ. Будетъ ли порученіе специальное на пріобрѣтеніе владѣнія определеною вещью, или общее, направленное на управление всѣми дѣлами довѣрителя, въ немъ уже заключается предварительное согласие (*in animo*) представляемаго на всѣ тѣ дѣйствія, какія представитель совершилъ въ границахъ порученія, въ томъ числѣ и на пріобрѣтеніе владѣнія. Въ этихъ случаяхъ *etiam ignoranti adquiritur possessio*<sup>6</sup>); тутъ владѣніе пріобрѣтается хотя и для *ignorantes*, но не *sine animo*<sup>7</sup>). Прямое исключеніе изъ правила *«ignorantibus possessio non adquiritur»* составляютъ тѣ случаи, когда владѣніе пріобрѣтается

<sup>1</sup>) L. 1 § 6 D. 41, 2.

<sup>2</sup>) L. 21 pr.; L. 54 § 4 D. 41, 1.

<sup>3</sup>) L. 50 pr. D. 41, 2.

<sup>4</sup>) L. 20 § 2; L. 53 D. 41, 1. Cp. Schlossmann. cit. §§ 6—9.

<sup>5</sup>) L. 42 § 1 D. 41, 1.

<sup>6</sup>) L. 1 C. 7, 32; L. 13 pr. D. 41, 1.

<sup>7</sup>) См. особенно L. 1 § 5 D. 41, 2.

для лицъ, не имѣющихъ воли, какъ-то: для малолѣтнихъ, безумныхъ, юридическихъ лицъ<sup>1)</sup>.

Высказанное мнѣніе можно считать теперь господствующимъ въ наукѣ (см., напр., *Molitor. Possession.* p. 93; *Randa* cit. p. 442). Но въ прежнее время разногласіе источниковъ давало поводъ къ самыи разнообразнымъ толкованіямъ. Если не будетъ порученія, то владѣніе приобрѣтается чрезъ третье лицо, напр., черезъ negotiorum gestor, только по *ratihabitio* (L. 24 D. 3, 5; L. 42 § 1 D. 41, 2). При порученіи же въ такомъ послѣдующемъ утвержденіи вѣтъ надобности, подобно тому какъ не требуется *ratihabitio* для приобрѣтенія владѣнія чрезъ дѣтей и рабовъ по пекуліуму, знали ли о томъ ихъ владѣки или нѣтъ (L. 1 § 5; L. 3 § 12; L. 44 § 1 D. 41, 2). Въ этихъ случаяхъ нельзѧ видѣть исключенія изъ требованія *animus possidendi* представляемаго, ибо въ порученіи, какъ и въ предоставленіи пекуліума уже заключается предварительная ратификація дѣйствій представителя по приобрѣтенію владѣнія (см. *Arndts Pand.* § 140 n. 2; *Windscheid Pand.* 1 § 155 n. 9. Ср. *Schlossmann* cit. §§ 14, 15).

3) Представитель долженъ выполнить актъ *apprehensionis*, т. е. приобрѣсти физическую возможность располагать вещью, но

4) Не *suo nomine*, а *nomine alieno*, т. е. для представляемаго, иначе представитель приобрѣтаетъ владѣніе для себя. Владѣлецъ *suo nomine*, принимая рѣшеніе владѣть *alieno nomine*, становится по этому владѣнію представителемъ другого<sup>2)</sup>. Тутъ имѣемъ дѣло съ такъ называемымъ въ современной наукѣ *constitutum possessorum*<sup>3)</sup>. Рѣшеніе перестать владѣть отъ собственного имени и начать владѣть отъ чужаго имени должно выразиться въ положительной формѣ, но все равно *expresse* или *tacite*.

Напр., купившій домъ заключаетъ съ продавцемъ, прежнимъ владѣльцемъ, договоръ имущественного найма L. 77 D. 6, 1. Другой примѣръ см. L. 28; L. 35 § 5 C. 8, 53. Ср. *Kneip. Vacua possessio* 1886 § 52. Вопросъ о томъ, достаточно ли для *constitutum possessorum* одного простого объявленія воли или же требуется опредѣленная *causa*, т. е. сдѣлка, на основаніи которой *detentio* переданной вещи остается у *tradens'a*, — въ наукѣ спорно (см. *Exner. Tradition* p. 143; *Harburger*. cit. p. 58 и слѣд.).

Положеніе, что третье лицо должно имѣть намѣреніе пріобрѣсти владѣніе для представляемаго, терпитъ въ нѣкоторыхъ

<sup>1)</sup> L. 1 §§ 20, 22; L. 2 D. 41, 2; L. 13 § 1 D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 18 pr. D. 41, 2.

<sup>3)</sup> *Ruhstrat. Ueber das constitutum possessorum* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 14 п. 7; *Harburger. Das constitutum possessorum* 1881.—Самое название происходит отъ того, что прежний владѣлецъ принимаетъ рѣшеніе, *constituit*, впредь отправлять владѣніе отъ чужаго имени.

случаяхъ изъятіе. Такъ, лица, находящіяся подъ господской и отцовской властью, приобрѣтаютъ владѣніе своимъ господамъ вопреки самому ихъ намѣренію<sup>1)</sup>, если только въ то же время они внѣшне не выражаютъ намѣренія пріобрѣсти данное владѣніе опредѣленному третьему лицу.

Если ты прикажешь рабу пріобрѣсти тебѣ такое-то владѣніе и рабъ вступить въ обладаніе вещью, съ намѣреніемъ пріобрѣсти ее не для тебя, а для Тита, то ты не пріобрѣтаешь владѣнія (L. 1 § 19 D. 41, 2). Но спрашивается, пріобрѣтаетъ ли это владѣніе Титъ? Пріобрѣтаетъ, но лишь въ томъ случаѣ, когда данный рабъ былъ въ его или ни въ чьемъ владѣніи (L. 34 § 2 D. 41, 2).

Если владѣніе устанавливается по передачѣ (traditio), то воля традента опредѣляетъ лицо, которому поступаетъ это владѣніе, если только представитель не объявилъ другой сторонѣ, до передачи или во время передачи, о намѣреніи пріобрѣсти вещь для себя или для другого лица. При послѣднемъ условіи владѣніе по традиції не пріобрѣтаетъ ни принципіалъ, ни третья лицо, ни самъ представитель<sup>2)</sup>.

По послѣднему вопросу въ источникахъ имѣются самые разногласныя рѣшенія. Такъ съ одной стороны, см. L. 13 D. 39, 5: *nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisitus accepit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit;* съ другой же стороны, см. L. 37 § 6 D. 41, 1: *si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is has mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur.* Попытки примирить эти мѣста см. у *Windscheid. Pand 1 § 155 n. 7.*

### Защита владѣнія.

#### Основанія защиты владѣнія.

Общая задача права состоитъ въ томъ, чтобы оградить свободное осуществленіе индивидуальной воли отъ самоволья всякаго другого лица. Поэтому человѣческая воля, выражающаяся во владѣніи, хотя бы она и не устанавливала право, а только простой фактъ, должна быть защищена, какъ таковая, противъ всякаго давленія, производимаго не въ правовой формѣ. Съ точки зрѣнія правового порядка каждая воля имѣть столько же значенія, какъ всякая другая воля, которая могла бы подчинить

<sup>1)</sup> L. 15; L. 40 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> Hauser cit. § 3.

себѣ вещь. Если бы эта другая воля пожелала одолѣть первую, то она должна призвать для этого органы правового порядка; всякое же воздействіе въ иной формѣ должно вызывать охрану первой воли, вложенной во владѣніе<sup>1)</sup>.

*аннотация*

Римскіе юристы не даютъ отвѣта на вопросъ объ основаніяхъ защиты владѣнія, въ наукѣ же со временемъ Савинъ идетъ объ этомъ оживленный споръ. Герингъ («Объ основаніи защиты владѣнія» пер. 1883, стр. 4, 5), а за нимъ и другие ученые (напр., *Randa* cit. § 8) сводятъ всѣ возврѣнія на данный вопросъ къ двумъ теоріямъ: относительной и абсолютной. По первой теоріи основаніе защиты владѣнія ищутъ въ его, по второй же — въ сущности самаго владѣнія.

*I* **a**

*аннотация*

Относительная теорія. — Сюда прежде всего относится возврѣніе Савинъ (Besitz §§ 5, 6), который обосновываетъ защиту владѣнія запрещеніемъ насилия, деликтнымъ свойствомъ нарушенія владѣнія. По его мнѣнію, владѣніе защищается не ради самого себя, но по причинѣ посягательства на лицо владѣльца, насилия надъ нимъ, всегда сопровождающаго нарушеніе владѣнія. Нарушеніе владѣнія будетъ всегда формальной (а не материальной) неправдой, которая основываетъ обязательство между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ. Интердикты, вытекающіе изъ этого обязательства, суть иски деликтные. Въ существенномъ возврѣніе Савинъ раздѣляется и другими учеными, какъ напр., Кирульфомъ (Civilr. p. 350, 351), Рудорфомъ (въ Zeitschr. f. gesch. R. W. 7 р. 90 и слѣд.). — Въ числѣ многихъ возраженій на эту теорію особенно выскажены слѣдующія (см. Герингъ. Объ основаніи защиты владѣнія отъ стр. 8 и слѣд.; *Randa* cit. p. 274—276). Если насилие надъ лицомъ есть основаніе защиты владѣнія, то спрашивается: почему не защищается и простое detentio rei? Съ другой стороны, нельзя признать насилия въ тѣхъ случаяхъ, когда воръ лишаетъ кого либо владѣнія тайкомъ (*clam*), или получившій вещь по прекаріуму отказывается возвратить ее. Между тѣмъ, въ этихъ случаяхъ владѣніе защищается интердиктами. Наконецъ, ни за однимъ интердиктомъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ не открывается признаковъ деликтнаго характера (см. Bruns. Besitzklagen § 7 и § 24). — Изложенія возраженій примѣнимы къ возврѣнію, по которому защита владѣнія объясняется цѣлями общественнаго порядка и покоя (v. Wetter. Traité d.l. possession p. 64). — Возврѣніе самого Геринга на основаніе защиты владѣнія выражено имъ кратко въ такомъ положеніи (cit. стр. 35): «защита владѣнія, какъ реальности собственности, есть необходимое дополненіе защиты собственности, — облегченіе доказыванія, предназначеннѣе для собственника, но по необходимости служащее на пользу и несобственнику». Со стороны защиты владѣніе имѣть значеніе только позиціи, передового укрѣпленія собственности. При спорѣ во владѣльцѣ всегда слѣдуетъ предполагать собственника, и поэтому достаточно ограничивать доказательство одной фактической стороной собственности, т. е.

<sup>1)</sup> Bruns. Recht d. Besitzes § 58; Windscheid. Pand. 1 § 148 n. 6; Randa. cit. § 8 p. 284—287.

владѣнія, не входя въ вопросъ о правѣ. Защита владѣльца въ дѣйствительности будетъ обыкновенно защитой собственника. Конечно, иногда и несобственникъ можетъ воспользоваться такой защитой, но съ этимъ неизбѣжнымъ послѣдствіемъ слѣдуетъ примириться въ виду той большой выгода, которую защита владѣнія представляетъ защитѣ собственности. — Воззрѣніе Іеринга нашло сравнительно немногихъ послѣдователей (Hauser, Reuling, у насъ г. Муромцевъ въ Жур. Гражд. и Уголовн. права IV 1876), но большинство корифеевъ науки отнеслось къ нему отрицательно (напр., см. *Windscheid. Pand.* I § 148; *Arndts Pand.* § 135 п. 2. Покойный *Brunn* написалъ особый трудъ (*Die Besitzklagen d. röm. u. heut. Rechts* 1874), въ которомъ специально доказывалъ несостоительность воззрѣнія Іеринга (см. §§ 26, 27). У насъ въ томъ же отрицательномъ направлѣніи высказался покойный проф. Митюковъ въ статьѣ, написанной по поводу развитія іеринговской теоріи г. Муромцевымъ (въ Киевск. Университ. Извѣстіяхъ 1877 № 2, 3). — Главныя возраженія противъ Іеринга состоятъ въ слѣдующемъ. Если владѣніе защищается ради собственности, то оно не можетъ защищаться противъ собственности; однако мы знаемъ, что въ *possessorium* исключаются петиторныя возраженія. Затѣмъ, въ источникахъ не только не намекается на то, чтобы владѣніе защищалось, какъ позиція собственности, но наоборотъ, вопросъ о собственности строго отдѣляется отъ вопроса о владѣніи. Такъ, Ульпіанъ говоритъ: «*Nihil commune habet proprietas cum possessione*» (L. 12 § 1 D. 41, 2), а въ другомъ мѣстѣ: «*separata esse debet possessio a proprietate*» (L. 1 § 2 D. 43, 17). См. также L. 52 pr. D. 41, 2; L. 4 § 26 D. 41, 3. Переходъ отъ относительной теоріи къ абсолютной представляетъ воззрѣніе Стала (*Stahl. Philosophie des Rechtes* Bd. 2 Abth. 1 p. 304 и слѣд. Aufl. 5. См. также *Dernburg. Pand.* I § 171). Онъ становится на почву экономического интереса, представляемаго владѣніемъ. Одно изъ условій устроенного общежитія — охрана данного имущественного положенія, служащаго удовлетворенію потребностей лица; во владѣніи и защищается эта сторона. — Но если владѣльческая защита имѣть своимъ основаніемъ экономический интерес лица, то почему же не получаетъ защиты простое *detentio*; ведь интересъ арендатора важенъ не менѣе интереса вора. Кромѣ того, эта точка зрѣнія не выясняетъ почему исключается изъ вопроса о владѣніи вопросъ о правѣ собственности (Іерингъ cit. стр. 37; *Randa* cit. p. 284).

Принятая нами теорія воли вызываетъ также сильные возраженія (см. особенно *Іерингъ* cit. стр. 24 — 35). Такъ, по этой теоріи въ спорѣ о владѣніи одна воля стоитъ противъ другой. Почему же, спрашивается, воля того лица, которое утверждаетъ за собою владѣніе, имѣть преимущество передъ волею другого? Почему фактъ владѣнія возносить волю одного надъ волею другаго? (Stahl cit. p. 305). На эти вопросы теорія воли вѣскихъ объяснений не даетъ (см. *Randa* cit. p. 289 — 291).

\* Въ новѣйшее время проявляется направлѣніе, отрицающее вовсе философское обоснованіе защиты владѣнія, а только признающее эту защиту какъ фактъ (*Bekker. D. Recht d. Besitzes* § 3).

### Средства защиты владѣнія.

*Пособія:* Bruns. Die Besitzklagen d. röm. u. heut. Rechts 1874; Duncker. Die Besitzklage u. d. Besitz 1884; Machelard. Théorie générale des interdits en droit romain 1864 p. 153—303.

Обыкновенные средства защиты владѣнія суть интердикты. Но кромѣ того, владѣніе можетъ быть защищаемо исками, особенно т. наз. кондикціями (condictiones).

Restituendo possessionis ordo, aut interdicto expeditur, aut per actionem. L. 2 pr. D. 43, 2. Въ прежнее время, говоря о защитѣ владѣнія, приводили только интердикты (напр., см. въ книгѣ Савинъ). Первый Брунсъ (*Recht d. Besitzes* § 5 p. 27—33; *Besitzklag.* p. 185) обратилъ внимание на иски, какъ на средства защиты владѣнія.

### Интердикты, *interdicta possessoria*.

*Inst. 4, 15 de interdictis. Dig. 43, 1 de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.*

Нарушить владѣніе можно двоякимъ образомъ: или препятствуя отправлению физической власти надъ вещью, или во-все лишая этой власти. Соответственно этимъ двумъ способамъ нарушенія владѣнія имѣются два вида интердиктовъ: 1) interdicta retinenda possessionis, направленные на сохраненіе ненарушимаго владѣнія, и 2) interdicta recuperandae possessionis, направленные на возстановленіе потеряннаго владѣнія<sup>1)</sup>.

Въ источникахъ упоминается еще одинъ видъ интердиктовъ, относящихся къ владѣнію, interdicta adipiscendae possessionis (*Gajus* 4, 143; § 2 J. 4, 15; L. 2 § 3 D. 43, 1). Но эти интердикты не принадлежать къ тѣмъ юридическимъ средствамъ, которые служатъ для защиты владѣнія. Они направлены на получение владѣнія, котораго лицо до того не имѣло. Таковы, напр., interdictum quorum bonorum, искъ наслѣдника на получение тѣлесныхъ вещей наслѣдства, interdictum Salyianum, искъ на получение владѣнія хозяиномъ собственности, отданной въ аренду, надъ внесеннымъ въ нее арендаторомъ инвентаремъ. Подобные интердикты не принадлежать къ тѣмъ interdicta possessoria, которыми защищается владѣніе, которые даются по поводу спора о владѣніи, *controversia de possessione*. Interd. adipiscendae possessionis основываются не на владѣніи настоящемъ или прошедшемъ, а на определенномъ правѣ вещномъ или обязательственномъ. Таково, послѣ Савинъ (*cit. § 35*), господ-

<sup>1)</sup> Не надо смѣшивать съ интердиктами, упоминаемыми у Ulpian, fragm. 2. 6.

ствующее воззрение на эти интердикты. Но ср. Тернингъ. Объ основаниі защиты владѣнія, стр. 54 и слѣд.

Оба вида интердиктовъ предполагаютъ, что истецъ былъ владѣльцемъ въ моментъ нарушенія, и вчиняются только противъ лицъ виновныхъ въ этомъ нарушеніи; владѣльческие иски принадлежать къ числу исковъ *in personam*.

Общее назначеніе интердиктовъ состоитъ въ томъ, чтобы регулировать владѣніе. Споръ о владѣніи отдѣленъ отъ вопроса о правѣ<sup>1)</sup>. Поэтому противъ владѣльческихъ исковъ отвѣтчикъ не можетъ противопоставить возраженіе о правѣ собственности. Можно было вчинять оба иска одновременно, хотя отдѣльно, и выигрышъ дѣла въ *petitorium* до рѣшенія вопроса о владѣніи оканчиваетъ и этотъ послѣдній, ибо *petitorium absorbet possessorium*. Проигрышъ по владѣльческому иску не препятствуетъ вчиненію иска о правѣ<sup>2)</sup>.

1) *Interdicta retinenda possessionis*<sup>3)</sup>.— Между interd. retinenda possessionis первоначально различали два вида: а) интердикты, направленные на защиту владѣнія недвижимымъ имуществомъ, *interdicta uti possidetis*, и б) интердикты, защищающіе владѣніе движимымъ имуществомъ, *interdicta utrubi*.

Название этихъ интердиктовъ происходитъ отъ начальныхъ словъ преторскаго эдикта. См. Festus v. Possessio; Gajus 4, 160; L. 1 pr. D. 43, 31.

По *interdicta uti possidetis*, владѣніе вещью присуждалось тому, кто во время вчинанія спора владѣлъ вещью, но не по какому либо изъ трехъ пороковъ по отношенію къ другой сторонѣ, nec *vi*, nec *clam*, nec *precario ab adversario*<sup>4)</sup>.

По *interdicta utrubi*, владѣніе вещью присуждалось тому, кто владѣлъ ею большую часть послѣдняго года (*majore parte huiusc anni*) и притомъ также не по одному изъ *tria vitia possessionis* по отношенію къ противнику<sup>5)</sup>.

По этимъ признакамъ Савинъ заключилъ, что *interdict. retin. possessionis* суть деликтные иски (cit. § 37). Но назначеніе этихъ интердиктовъ не со-

<sup>1)</sup> L. 12 § 1 D. 41, 2; L. 18 § 1 D. 43, 16; L. 28. D. 44, 7; L. 178 § 2 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur L. 14 § 3 D. 44, 2.

<sup>3)</sup> Dig. 43, 17 *uti possidetis*; 43, 31 *utrubi*; Th. C. 4, 2 3 *utrubi*; Cod. 8, 6. *uti possidetis*—Albert. Ueber das interdictum *uti possidetis* der Römer 1824. Witte. Das interdictum *uti possidetis* 1863.

<sup>4)</sup> L. 1 pr. D. 43, 17.

<sup>5)</sup> L. un. pr. D. 43, 31; Gajus 4 §§ 150, 160. *Lend. Edictum perpet.* p. 392.

стояло исключительно въ охраненіи отъ преступнаго лишенія владѣнія, но ими также опредѣлялись роли въ будущемъ процессѣ о самомъ правѣ (см. Gajus. 4 § 148; L. 1 § 3 D. 43, 17). Поэтому большинство современныхъ ученыхъ отвергаетъ воззрѣніе Савини (см. Witte cit. p. 40).

Въ юстиніановомъ правѣ оба вида интердиктовъ *retin. possessionis* слились въ одинъ видъ на условіяхъ прежняго *interdictum uti possidetis*, т. е. вопросъ о владѣніи какъ движимыемъ, такъ и недвижимыемъ имуществомъ рѣшался въ пользу того, кто владѣль пис vi, nec clam, nec precario ab adversario при вчинаніи интердикта<sup>1)</sup>.

*Условія interd. retinendae possessionis.* — Истцомъ по этимъ интердиктамъ можетъ быть только юридический владѣлецъ<sup>2)</sup>, котораго владѣніе оспаривается или даже *vitiose* отнято. Простой *detentor* не можетъ прибѣгать къ *interdictum uti possidetis*. Въ случаяхъ нарушенія его обладанія онъ долженъ отнестиць къ тому лицу, отъ имени котораго держалъ вещь, и тѣмъ вызвать настоящаго владѣльца на осуществленіе интердиктовъ. При этомъ не требуется, чтобы истецъ былъ непремѣнно *justus possessor*: и *possessor injustus* можетъ прибѣгать къ интердиктной защитѣ<sup>3)</sup>.

Владѣніе истца должно быть нарушено въ формѣ оспариванія права владѣльца, или даже въ формѣ лишенія vi, clam или *precario*. Въ первомъ случаѣ оспариваніе можетъ выражаться въ дѣйствіяхъ, словахъ, вообще во всякомъ препятствованіи мирному отправленію владѣнія<sup>4)</sup>). При этомъ не требуется, чтобы нарушеніе основывалось на притязаніи собственнаго владѣнія<sup>5)</sup>). Но требуется только, чтобы оспаривалось само право владѣльца; когда такого оспариванія нѣтъ, то нарушеніе владѣнія не даетъ права на *интердикты*, но рождастъ *иски*, напр., о кражѣ (*actio furti*), объ оскорблѣніи (*actio injuriae*), о нанесеніи ущерба (*actio Aquiliana*) и т. п.<sup>6)</sup>.

Отвѣтчикомъ по *interdictum retin. possessionis* будетъ только самъ нарушитель владѣнія; на наслѣдниковъ его, какъ такихъ, дѣйствие интердикта не распространяется<sup>7)</sup>. Въ случаѣ

<sup>1)</sup> § 4 J. 4, 15; L. 1 § 1 D. 43, 31.

<sup>2)</sup> § 5 J. 4, 15.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 43, 17; L. 53 D. 41, 2; L. 17 D. 43, 26.

<sup>4)</sup> L. 3 § 2; L. 3 § 7 D. 43, 17.

<sup>5)</sup> L. 3 § 3 D. 43, 17.

<sup>6)</sup> L. 25 § 5 D. 19, 2; L. 7 § 4; L. 9, 11, 22 pr. D. 43, 24; L. 13 § 7 D. 47, 10.

<sup>7)</sup> L. 35 D. 44, 7.

Оспариваніе  
(испорченіе)  
нарушителя  
(иехъ)

нарушение сопровождалось лишением владения, то для осуществления interdictum ret. poss. требуется, чтобы лишивший владения находился еще в обладании предметом, иначе вчинается уже интердиктъ gesciperanda possessionis.

Ответчикъ при судебномъ разбирательствѣ по интердикту не можетъ противополагать возраженіе, основанное на вещномъ или обязательственномъ правѣ. Онъ можетъ только или 1) отрицать владеніе истца и утверждать свое владеніе<sup>1)</sup>; или 2) приводить exceptio vitiosae possessionis, т. е. доказывать, что истецъ лишилъ ответчика владенія vi, clam или precario<sup>2)</sup>; или 3) отрицать самый фактъ нарушения (litis contestatio negativa); или 4) ссылаться на погасительную исковую давность.

11296

Письмо

Int retin. poss.

роль в будущем

процессе

согласия

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

X

Interdicta retin. possessionis имѣютъ своимъ назначениемъ прежде всего 1) уничтожить судебнымъ порядкомъ оспаривание владенія, т. е. привести къ решению вопроса о томъ, кто долженъ считаться владѣльцемъ, ответчикъ или истецъ, въ будущемъ процессѣ о самомъ правѣ (petitorium)<sup>3)</sup>. 2) Запретить судебнымъ порядкомъ дальнѣйшее нарушение<sup>4)</sup> и обязать неправильно оспаривающаго владеніе другой стороны предоставить этой послѣдней материальное обеспеченіе въ томъ, что онъ не повторить этого оспаривания, cautio de non amplius turbando. 3) Обязать присужденного къ устраниенію всякихъ нарушающихъ причинъ<sup>5)</sup> и вообще къ полному вознагражденію признанного владѣльцемъ за всѣ убытки, причиненные ему оспариваниемъ владенія<sup>6)</sup>.

Всѣ эти послѣдствія интердиктовъ retinendae poss. признаны большинствомъ современныхъ ученыхъ. Но многие не признаютъ некоторыхъ изъ этихъ послѣдствій (см. Wächter. Pand. II р. 87, 88). Такъ, чаще всего говорять, что единственное назначеніе этихъ интердиктовъ — определить роли въ будущемъ процессѣ о правѣ; потому, напр., о вознагражденіи убытковъ по nimъ не можетъ быть и рѣчи (Лерингъ. Объ основаніи защиты владенія, стр. 59—78). Когда интердикты были чрезвычайными мѣрами, вытекавшими изъмагистратской imperium и выражавшимися въ простомъ запрещеніи совершать известныя нарушенія, тогда весьмаѣроятно они и не могли распространяться на вознагражденіе. Въ позднѣйшемъ же правѣ было ясно признано это по-

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 17.<sup>2)</sup> L. 1 pr. § 5, 9; L. 2; L. 3 pr. § 10 D. 43, 17.<sup>3)</sup> Gajus 4, 148; § 4 J. 4, 15; L. 1 § 3 D. 43, 17; L. 35 D. 41, 2.<sup>4)</sup> L. un. C. 8, 6; L. 1 pr. § 4; L. 3 § 11 D. 43, 17.<sup>5)</sup> L. 3 § 9 D. 43, 17.<sup>6)</sup> L. 3 § 11 D. 43, 17; L. 3 D. 43, 1.

слѣдствіе интердиктовъ (см. L. 1 pr.; L. 3 § 11 D. 43, 17. Cp. Bruns. Besitzklagen p. 56—58).

Оуществить защиту владѣнія интердиктами *retin. possessoris* можно только впродолженіи *annus utilis*. Но по истечении этого срока остается впродолженіи 30 лѣть отвѣтственность по обогащению изъ неправильного владѣнія <sup>1)</sup>.

Интердикты эти принадлежать къ числу *actiones duplices*<sup>2)</sup>, т. е. по нимъ каждая сторона можетъ очутиться въ роли какъ истца, такъ и отвѣтчика. Если судья признавалъ, что владѣеть отвѣтчикъ, то не ограничивался однимъ отказомъ истцу, но признавалъ отвѣтчика владѣльцемъ. Такъ, если истецъ владѣлъ *vitiouse* по отношению къ отвѣтчику, то *exceptio vitiosae possessionis* послѣдняго вело не только къ отказу истцу <sup>3)</sup>, но и къ признанію владѣнія за отвѣтчикомъ <sup>4)</sup>. Изъ такой двойственности интердиктовъ *retin. poss.* вытекалъ рекуператорный ихъ характеръ. Но въ этомъ значеніи слѣдуетъ строго отличать ихъ отъ

*Interdicta recuperandae possessionis.* — Интердикты *recuper. posses.* прямо направлены на возстановленіе лишенаго владѣнія, тогда какъ интердикты *ret. poss.* непосредственно такой цѣли не имѣли.

Древнее римское право знало три вида интердиктовъ *re recuper. posses.*, — два для защиты владѣнія недвижимымъ: 1) *interdictum unde vi* и (2) *interdictum de clandestina possessione*, — и одинъ по преимуществу для защиты владѣнія движимымъ, 3) *interdictum de precario*. Позднѣе проявляется взглядъ, что владѣніе недвижимымъ потерять по тайному захвату нельзя и такимъ образомъ *interdictum de clandestina possessione* исчезаетъ изъ практики.

Послѣднее составляетъ господствующее теперь воззрѣніе (см. особенно Герингъ. Основа защ. влад., стр. 82); но некоторые новѣйшия писатели находятъ въ источникахъ свидѣтельство за обратное (см. Kniep. Vacua possessio 1886 p. 453, 454).

*Interdictum unde vi* или *de vi*<sup>5)</sup> есть тотъ интердиктъ, который предоставляетъ владѣльцу недвижимаго имущества съ цѣлью получить обратно владѣніе, котораго онъ былъ лишенъ

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 43, 17; L. 4 D. 43, 1.

<sup>2)</sup> Gajus 4, 160; § 7 J. 4, 15; L. 2 pr. D. 43, 1; L. 3 § 1 D. 43, 17.

<sup>3)</sup> Cp. Schmidt. Interdiktenverfahren p. 112, 183.

<sup>4)</sup> § 7 J. 4 15; L. 2 § 1 D. 10, 3.

<sup>5)</sup> Cod. 8, 4 unde vi; C. Th. 4, 22; Dig. 43, 16 de vi, et de vi armata.

насильно. Интердиктъ этотъ примѣнялся къ защищѣ владѣнія исключительно недвижимымъ имуществомъ<sup>1)</sup>). Владѣніе же вещами движимыми въ этихъ случаяхъ могло быть защищено разнообразными исками (actio furti, actio vi bonorum raptorum, actio ad exhibendum)<sup>2)</sup>). Послѣ конституціи 389 г. о самопомощи<sup>3)</sup>, interdictum de vi долженъ былъ примѣняться не особенно часто.

Въ древнемъ римскомъ правѣ различали два вида этого интердикта, смотря по тому, будетъ ли насилие вооруженное, vis armata, или всякое другое, vis quotidiana<sup>4)</sup>). Первый былъ interdictum perpetuum, другой примѣнялся только въ продолженіе annus utilis; кромѣ того, первый никогда не допускаль exservationem vitiosae possessionis<sup>5)</sup> со стороны отвѣтчика и не требовалъ юридического владѣнія въ лицѣ истца. Позднѣе это различеніе двухъ видовъ данного интердикта исчезло<sup>6)</sup>.

Истцомъ по данному интердикту могъ быть только юридический владѣлецъ (и его наследники titulo universali), лишенный владѣнія насильно и безправно<sup>7)</sup>). При этомъ безразлично, будетъ владѣлецъ правомочнымъ или неправомочнымъ<sup>8)</sup>.

Простой detentor, напр., арендаторъ или нанимателъ, не могъ винить самъ этого интердикта, а въ случаѣ dejectio долженъ былъ обращаться къ тѣмъ, отъ имени кого держалъ вещь.

Нѣкоторые ученые (напр., Thibaut въ Archiv f. civil. Prax. 18) были противаго мнѣнія; но ссылки на L. 1 § 9 D. 43, 16 и L. 1 C. 8, 5 признаны теперь вполнѣ неосновательными (см. Molitor. Possession p. 138; Arndts. Pand. § 136 Ann. 2).

Истецъ долженъ потерпѣть такое насилие, которое дѣлало бы продолженіе его владѣнія невозможнымъ. Насилие это можетъ состоять въ непосредственномъ примѣненіи физической силы (vi corporali dejectio) къ лишенню владѣнія<sup>9)</sup>, или въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя законъ отождествляетъ съ dejectio,

<sup>1)</sup> Paulus 5, 6, 5; L. 1 §§ 3—8; L. 3 § 15 D. 43, 16.—См. Windscheid. Pand. § 160 n. 4.

<sup>2)</sup> L. 1 § 6 D. 43, 16. См. Bruns. R. d. Besitzes § 7.

<sup>3)</sup> L. 7 C. 8, 4.

<sup>4)</sup> См. tit. Dig. 43, 16; Cicero pro Caecina 31; Gajus 4, 155; § 6 J. 4, 15.

<sup>5)</sup> Lex (Thorius) agraria c. 7 lin. 18; Gajus 4, 154; Paulus 5, 6, 7.

<sup>6)</sup> § 6 J. 4, 15.

<sup>7)</sup> L. 1 §§ 9, 23 D. 43, 16.

<sup>8)</sup> L. 4 §§ 23, 24 D. 41, 3.

<sup>9)</sup> L. 1 pr. §§ 1—3, 28 D. 43, 16.

какъ-то: если владѣлецъ покидаетъ свой участокъ изъ основательного страха и внушившій страхъ занимаетъ его мѣсто<sup>1)</sup>; если владѣлецъ не осмѣливается изъ страха насилия войти самъ или чрезъ представителя на участокъ, въ его отсутствіе занятый другимъ<sup>2)</sup>; если владѣлецъ насилино заключенъ на своемъ участкѣ<sup>3)</sup>). Насиліе должно быть *vis atrocis*<sup>4)</sup>; простого дѣйствія вопреки запрещенію недостаточно<sup>5)</sup>). Сюда не относится также тотъ случай насилия, которымъ вынуждается передача<sup>6)</sup>. Равнымъ образомъ, данный интердиктъ не примѣняется при такихъ насилистенныхъ дѣйствіяхъ, которыми только нарушаются владѣнія<sup>7)</sup>.

Отвѣтчикомъ по *interd. unde vi* будетъ только виновный въ *dejectio*<sup>8)</sup>, будь онъ самъ правомочнымъ лицомъ<sup>9)</sup>, но не третье лицо, владѣющее насилино отнятымъ и не принимавшее участія въ насилии<sup>10)</sup>). Отвѣтчиками могутъ быть и наследники *dejicientis*, насколько они обогатились отъ насилия<sup>11)</sup>). На *interd. unde vi* отвѣтчикъ могъ противопоставить въ классическомъ правѣ 2 возраженія: *exceptio vitiosae possessionis*<sup>12)</sup> и возраженіе объ истечениіи исковой давности. Первое изъ нихъ, послѣ конституціи, запретившей собственнику оказывать себѣ право- судіе<sup>13)</sup>, отпало. Сюда, конечно, не относится тотъ случай, когда *dejectus* немедленно же (*in ipso congressu*) возстановить себя во владѣніи.

Срокъ давности интердикта *de vi* былъ *annus utilis*<sup>14)</sup>. Теченіе этого срока при насилии надъ представителемъ начиналось съ момента возвращенія владѣльца.

Что касается отвѣтственности по этому интердикту, то виновный въ насилии присуждается возстановить вещь и всѣ плоды съ момента dejectio, и не только *fructus percepti*, но и

<sup>1)</sup> L. 1 § 29 D. 43, 16.

<sup>2)</sup> L. 11 C. 8, 4; L. 12, 18 D. 43, 16.

<sup>3)</sup> Paulus. Sent. 5, 6, 6: *Vi dejectus videtur et qui in praedio vi retinetur.*

<sup>4)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 16.

<sup>5)</sup> L. 73 § 2 D. 50, 17.

<sup>6)</sup> ... non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere. L. 5 D. 43, 16.

<sup>7)</sup> Cp. L. 11 D. 43, 16.

<sup>8)</sup> L. 1 § 42 D. 43, 16.

<sup>9)</sup> L. 4 § 25 D. 41, 3. См. *Kniep. Vacua possessio* p. 457, 458.

<sup>10)</sup> L. 7 D. 43, 16.

<sup>11)</sup> L. 1 § 48 D. 43, 16; L. 2 C. 8, 4.

<sup>12)</sup> Gajus 4 §§ 154, 155; Paulus. Sent. 5, 6, 7.

<sup>13)</sup> L. 1 pr. § 39 D. 43, 16.

151 стр.

fr. percipiendi<sup>1)</sup>, вознаградить всякий вредъ (omnis causa), причиненный dejectio<sup>2)</sup>, даже по casus fortuitus<sup>3)</sup>. Мало того, имп. Зенонъ предложилъ истцу право определить клятвеннымъ утверждениемъ (juramentum Zenonianum) утерянную по причинѣ dejectio движимость, на стоимость которой и приговаривался виновный<sup>4)</sup>). Если homo alieni juris (сынь, рабъ) или вообще постороннее лицо совершилъ отъ имени третьего, но безъ его порученія и согласія, dejectio, то послѣдній отвѣчаетъ только въ размѣрѣ полученного имъ отъ этого акта. Въ случаѣ же порученія или даннаго согласія представляемый отвѣчаетъ такъ, какъ бы самъ совершилъ dejectio<sup>5)</sup>). По истеченіи года отвѣтственность по dejectio опредѣляется всегда только объемомъ обогащенія отвѣтчика<sup>6)</sup>.

Въ новѣйшее время начинаютъ довольно рѣзко доказывать, что interd. de vi не есть владѣльческій искъ, что единственное его основаніе заключается въ dejectio, т. е. въ томъ, что истецъ насильно вытѣсненъ изъ своего участка. Только насиліе, а не прежнее владѣніе, побуждаетъ претора къ защитѣ потерпѣвшаго. Преторъ восстановляетъ detentio rei, а не владѣніе (см. Dunker. Besitzklage p. 103 и слѣд.). Это возрѣніе основано на тѣхъ же данныхъ, что и упомянутое уже болѣе тѣсное возрѣніе Тибо.

*Interdictum de precario*<sup>7)</sup>. — Уступившій вещь (или право) въ безвозмездное пользованіе до востребованія (precarium), въ случаѣ отказа пользователя возвратить вещь по востребованію, имѣть право на особый интердиктъ, которымъ восстанавливается себѣ владѣніе вещью, interdictum de precario<sup>8)</sup>. Истцами по этому интердикту могутъ быть precario dantes и ихъ наследники<sup>9)</sup>. Отвѣтчиками будутъ precario accipientes, а также ихъ наследники, но послѣдние только in id quod ad eos pergevit<sup>10)</sup>. Отвѣтственность опредѣляется или самимъ предметомъ, или стоимостью его со всѣми убытками, если вещь утеряна по винѣ (dolus malus, или culpa lata) отвѣтчика<sup>11)</sup>. Противъ данного

<sup>1)</sup> L. 4 C. 8, 4; L. 1 § 40 D. 43, 16.

<sup>2)</sup> L. 1 § 41 D. 43, 16.

<sup>3)</sup> L. 1 §§ 35, 36 D. 43, 16.

<sup>4)</sup> L. 9 C. 8, 4.

<sup>5)</sup> L. 1 §§ 11 и слѣд. D. 43, 16.

<sup>6)</sup> L. 1 pr. D. 43, 16.

<sup>7)</sup> Dig. 43, 26 de precario; Cod. 8, 9 de precario et Salviano interdicto.

<sup>8)</sup> Paulus 5, 6, 10; L. 2 pr. §§ 1, 2 D. 43, 26.

<sup>9)</sup> L. 2 § 2; L. 8 pr.; L. 12 § 1 D. 43, 26.

<sup>10)</sup> L. 4 § 2; L. 6 § 1; L. 8 §§ 1, 8 D. 43, 26; L. 2 C. 8, 9.

<sup>11)</sup> L. 2 pr. § 1; L. 8 §§ 3—6 D. 43, 26.

интердикта не допускается возражений<sup>1)</sup>, кроме praescriptio triginta annorum<sup>2)</sup>.

Господствующее воззрение вмѣстѣ съ Савини (cit. § 42) относить interd. de precario къ числу interdicta recuperanda possessionis (см., напр., *Randa* cit. p. 131). Но Иерингъ (cit. стр. 78 — 82) и Брунсь (Besitzklag. p. 180 и слѣд.), а за ними и другие новѣйшие писатели (*Duncker. Besitzklage* p. 95 и слѣд.; *Dernburg. Pand.* 1 p. 419 п. 2) отвергаютъ за этимъ интердиктомъ посессорный характеръ. Это воззрение основываются на тѣхъ особыхъ особенностиахъ даннаго интердикта, изъ которыхъ будто слѣдуетъ, что ему недостаетъ существенныхъ чертъ, характеризующихъ настоящій владѣльческій искъ. Не останавливалась на повѣркѣ этихъ особенностей, въ общемъ нельзя не признать, что назначение interd. de precario состоить въ возстановлениіи прежняго владѣнія («interdictum restitutorium» L. 2 § 1 D. 43, 26), т. е. слѣдовательно въ охраненіи его въ извѣстныхъ случаяхъ лишенія (Wind-scheid. Pand. § 160 п. 17).

Разсмотрѣнными интердиктами ограничиваются, по господствующему воззрѣнію, владѣльческіе иски, изъ которыхъ каждый основанъ на опредѣленной формѣ нарушенія владѣнія.

Уже Куюцій (*Observat. I*, 20, XIX, 16), а въ новѣйшее время Иерингъ (cit. стр. 85—101) думаютъ, что въ конституціяхъ было установлено общее средство на получение потерянаго владѣнія, въ какой бы формѣ ни было нарушено оно. Средство это упоминается въ источникахъ подъ именемъ interdictum momentariae possessionis (L. 8 C. 8, 4; L. 8 C. Th. 2, 1), actio momenti (L. 6 C. Th. 2, 1) или momentaneae possessionis actio (L. 3 C. 3, 6). Прогнанный владѣлецъ имѣетъ facultas ad repetendum momentum (L. 4 C. Th. 2, 1). При этомъ безразлично, при какихъ обстоятельствахъ присвоить себѣ отвѣтчикъ владѣніе, было ли при этомъ насилие, заблужденіе, *dolus* или *culpa* и т. п., — все это не вліяло на осуществленіе даннаго иска. Истецъ долженъ былъ только доказать свое прежнєе владѣніе и какимъ образомъ оно перешло къ отвѣтчику. Судья же долженъ возстановить истца въ momentaria possessio (L. 1 C. Th. 2, 1). Понятно, что такой искъ долженъ быть сдѣлать прежніе интердикты лишними. Противъ такого воззрѣнія высказался уже Савини (cit. § 43), но окончательно доказана его несостоятельность Брунсомъ (Besitzklag. p. 84—134. См. также *Pernice* въ *Zeitschr. f. N. Recht Bd.* 20 p. 618). Теперь общепринято, что прежніе интердикты и въ позднѣйшемъ юстиніановомъ правѣ имѣли все свое практическое значеніе, что замѣнившаго ихъ общаго иска установлено не было. Это доказывается уже тѣмъ, что Юстиніанъ принялъ эти интердикты, и даже съ тѣхъ своими измѣненіями, въ Пандекты, Институціи. Только одно новое примѣненіе интердиктной защиты слѣдуетъ признать въ позднѣйшее императорское время, а именно:

<sup>1)</sup> L. 12 pr.; L. 15 § 5 D. 43, 26.

<sup>2)</sup> L. 8 § 7 D. 43, 26.

когда владелец терялъ владѣніе по отсутствію или небрежности и другой занималъ *possessio vacans*, то ни одинъ изъ упомянутыхъ поссесорныхъ исковъ не примѣнялся по особенностямъ данныхъ признаковъ. И вотъ, Юстинианъ къ подобнымъ случаямъ приложилъ *int. unde vi* (L. 11 C. 8, 4). См. *Meischeider. Besitz.* p. 463—467.

### Condictiones. *То. III*

Общая основа кондикціи заключается въ томъ, что какая либо имущественная цѣнность перешла къ другому лицу безъ достаточного основанія<sup>1)</sup>). Если рассматривать владѣніе, какъ имущественную выгоду, то легко было распространить на защиту его кондикції<sup>2)</sup>). И вотъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда кто либо лишался владѣнія противъ или помимо воли, и теперь владѣній владѣлецъ не имѣлъ достаточныхъ основаній утверждать на своеъ владѣніи, могли быть примѣнены потерявшимъ владѣніе кондикціи. Такъ, *condictiones*, примѣнялись при насильственномъ и тайномъ лишеніи владѣнія<sup>3)</sup>; при лишеніи владѣнія получившимъ по прекаріуму или вообще всякимъ другимъ датенторомъ (напр., депозитаремъ, коммодатаремъ и т. п.)<sup>4)</sup>; при заблужденіи, имѣвшемъ своимъ послѣдствиемъ уплату недолжнаго<sup>5)</sup>). Въ послѣднемъ случаѣ отвѣтчикъ приговаривается къ вознагражденію всѣхъ убытковъ, если онъ сознательно принималъ недолжнное; въ противномъ случаѣ онъ только возвращалъ полученное<sup>6)</sup>). Наконецъ, возможна кондикція при потерѣ владѣнія по давности, если имѣется основаніе къ *in integrum restitutio*<sup>7)</sup>.

### Потеря владѣнія.

Разъ установившееся владѣніе продолжаетъ существовать до тѣхъ поръ, пока имѣется возможность отправлять лично или черезъ представителя соответствующую власть надъ вещью при

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. 12, 7; L. 6 D. 12, 5.

<sup>2)</sup> См. *Rudorff* въ Anhang n. 161 къ Sav. Besitz. p. 708.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 13, 3; L. 25 pr. § 1 D. 47, 2.

<sup>4)</sup> L. 19 § 2 D. 43, 26; L. 13 § 1 D. 16, 3; L. 4 § 1 D. 12, 1.

<sup>5)</sup> L. 15 § 1 D. 12, 6.

<sup>6)</sup> L. 3 D. 13, 1; L. 7 § 2; L. 8 pr. § 1; L. 10 pr. in f. D. 13, 1; L. 1 § 1; L. 2 D. 13, 3; L. 25 § 1 D. 47, 2.

<sup>7)</sup> L. 23 § 2 D. 4, 6.

1. Смерть чл.

2. Учред. отъ

3. Одна изъ

4. Смерт. з. дени

5. Анили и сар

6. Solo con

7. Solo ани

8. Членъ приобретающ. въ

*animus domini.* Поэтому для продолжения владения не требуется, чтобы владелец постоянно сознавал волю господствовать над вещью и непрерывно отправлять акты этого господства. Достаточно, если онъ не перемѣнилъ воли и имѣть возможность исключительного воздействиа на вещь<sup>1)</sup>). Изъ этого слѣдуетъ, что владѣніе вещью не теряется оттого, что владелецъ забылъ о ней или что владелецъ сопелъ съума<sup>2)</sup>. Съ другой стороны, не теряется владѣніе и въ томъ случаѣ, когда, напр., владелецъ дома и всей движимости въ немъ уѣзжаетъ изъ него на время; тутъ, говорятъ источники, animo или solo animo retinetur possessio<sup>3)</sup>). Всѣмъ тѣмъ выясняется то, что владѣніе теряется только тогда, когда владелецъ а) измѣняетъ свой *animus* на *animus non possidendi*, или на *animus alieno nomine possidendi*<sup>4)</sup>, и б) когда онъ теряетъ всякую возможность физического воздействиа на вещь<sup>5)</sup>). И то, и другое юристъ Павель выразилъ въ такомъ положеніи: *Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*<sup>6)</sup>), т. е. владѣніе теряется, когда для одного изъ условій владѣнія, *animus* или *corpore*, или для обоихъ наступить обратное<sup>7)</sup>.

*Animo et corpore* владѣніе теряется при отчужденіи владѣемої вещи въ формѣ передачи ее другому<sup>8)</sup>), а также при покинутіи вещи, *derelictio rei*.

*Solo corpore* владѣніе теряется при болѣе или менѣе продолжительномъ лишеніи господства надъ вещью, а не временномъ только нарушеніи. Такъ, а) владѣніе движимыми вещами теряется тогда, когда кто либо посторонний лишить насъ вещи, напр., украдеть, отниметъ ее и т. д.<sup>9)</sup>. б) Когда вещь потерпается<sup>10)</sup>; но если владелецъ только запречетъ ее въ своемъ ли помѣщеніи, или даже на чужой землѣ, и на время забудетъ мѣсто поклажи, то это не ведеть къ потерѣ владѣнія<sup>11)</sup>, пока

<sup>1)</sup> Randa cit. p. 485.

<sup>2)</sup> L. 27 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> L. 3 § 7 D. 41, 2.

<sup>4)</sup> L. 3 § 6 D. 41, 2.

<sup>5)</sup> L. 3 § 9; L. 44 § 2 D. 41, 2.

<sup>6)</sup> L. 8 D. 41, 2 и L. 153 D. 50, 17.

<sup>7)</sup> См. Savigny cit. § 30.

<sup>8)</sup> L. 3 § 9; L. 17 § 1 D. 41, 2.

<sup>9)</sup> L. 15 D. 41, 2.

<sup>10)</sup> L. 25 pr. D. 41, 2.

<sup>11)</sup> L. 3 § 13; L. 44 pr. D. 41, 2.

кто либо не овладѣть положеною вещью. Полной потерей вещи будетъ тотъ случай, когда владѣлецъ знаетъ, гдѣ ее искать, но не можетъ ее легко и тотчасъ достать, напр., кольцо упало въ рѣку<sup>1)</sup>. Специально надъ животными владѣніе теряется тѣмъ, что дикия уйдутъ отъ владѣльца<sup>2)</sup>, а ручныя и прирученныя потеряютъ привычку возвращаться (*animus revertendi*)<sup>3)</sup>. в) Надъ недвижимыми владѣніе теряется тогда, когда кто либо вытѣсняетъ владѣльца, или въ его отсутствіе произойдетъ занятіе (*occupatio*)<sup>4)</sup>. Но въ послѣднемъ случаѣ владѣніе теряется только съ того момента, когда владѣлецъ узнаетъ о фактѣ его лишенія<sup>5)</sup> и не будетъ въ состояніи тотчасъ же изгнать нарушителя<sup>6)</sup>. Ведеть къ потерѣ владѣнія землею и всякая другая невозможность вступить на нее, напр., при постоянномъ наводненіи<sup>7)</sup>.

3 Solo animo теряется владѣніе, когда владѣлецъ положительно выражаетъ намѣреніе не владѣть<sup>8)</sup>. Такъ, потерять владѣніе можетъ только волеспособное лицо<sup>9)</sup>. По римскимъ источникамъ, solo animo теряется владѣніе землею, когда владѣлецъ весьма долго не показывается на ней, запускаетъ ее и не заботится о ней<sup>10)</sup>.

Потеря владѣнія чрезъ представителя.—Пока владѣлецъ не оставляетъ *animus possidendi* и представитель отправляетъ его именемъ *corpus*, то владѣніе сохраняется по принадлежности<sup>11)</sup>. Владѣніе не теряется въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ будетъ лишенъ *corpus*, но за него будутъ отправлять господство другіе<sup>12)</sup>. Но какъ только представитель лишается противъ своей воли (*vi* или *clam*) обладанія вещью, то принципіальъ лишается владѣнія<sup>13)</sup>, хотя бы онъ и не зналъ о такомъ происшествіи.

<sup>1)</sup> L. 13 pr. D. 41, 2.

<sup>2)</sup> L. 3 § 14 D. 41, 2; L. 3 § 2; L. 5 pr. D. 41, 1; § 12 J. 2, 1.

<sup>3)</sup> L. 3 §§ 13, 15, 16 D. 41, 2; L. 5 § 5 D. 41, 1; § 15 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 11 C. 8, 4.

<sup>5)</sup> L. 3 §§ 7, 8; L. 44; L. 46 D. 41, 2. См. *Vangerow Pand. 1* § 207 Anm. 1.

<sup>6)</sup> Ср. *Knep. Vacua possessio* 1886 § 75.

<sup>7)</sup> L. 3 § 17; L. 30 § 3 D. 41, 2.

<sup>8)</sup> L. 3 § 6; L. 18 § 1 D. 41, 2.

<sup>9)</sup> L. 27; L. 29 D. 41, 2.

<sup>10)</sup> L. 37 § 1 D. 41, 3; *Sueton. Vesp.* 8; L. 4 C. 11, 30; L. 8 C. 11, 59. См. *Knep. Vacua possessio* §§ 73—77.

<sup>11)</sup> L. 9 D. 41, 2.

<sup>12)</sup> Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit... per eos retineo possessio-nem, qui dejecti non sunt. L. 1 § 45 D. 43, 16.

<sup>13)</sup> L. 44 § 2 D. 41, 2; L. 1 § 22 D. 43, 16.

Вопросъ этотъ рѣшаются въ источникахъ различно (см. L. 40 § 1; L. 25 § 1; L. 31 D. 41, 2, а съ другой стороны—L. 31 D. 4, 3; L. 3 § 8 D. 41, 2), поэтому и въ наукѣ разногласіе. Мы держимся мнѣнія, высказанного между прочимъ Виндштейдомъ (Pand. § 157); другіе ученые (напр., Kierulff. Civilr. p. 397) допускаютъ потерю владѣнія съ потерей corpus представителемъ, когда вмѣстѣ съ тѣмъ представляемому закрывается возможность воздействиія на вещь. Послѣдняя оговорка излишня, такъ какъ при наличности двухъ элементовъ владѣніе всегда будетъ на лицо.

Но смерть, сумасшествіе представителя<sup>1)</sup> или простое оставленіе имъ вещи<sup>2)</sup> не ведетъ за собою прекращеніе владѣнія для принципала; въ этихъ случаяхъ владѣлецъ не теряетъ возможности господствовать надъ вещью.—Если представитель пожелаетъ самъ завладѣть вещью или предоставить владѣніе его третьему лицу, то такое намѣреніе должно выражаться въ признакахъ, не оставляющихъ сомнѣнія, что принципаль потерялъ возможность господствовать надъ вещью<sup>3)</sup>, напр., представитель тайно ее убралъ, передалъ detentio третьему лицу и т. п. Для потери владѣнія недвижимыи требовалось еще, чтобы принципаль узналь о такомъ дѣяніи представителя.

Послѣдний вопросъ въ наукѣ споренъ. См. толкованіе L. 12 C. 7, 32 у Vangerow Pand. 1 § 209 Апп.

Кромѣ сказанного, всякое владѣніе прекращается смертью владѣльца. Владѣніе не переходить къ наслѣдникамъ; эти послѣдніе приобрѣтаютъ его путемъ новой apprehensio<sup>4)</sup>. Владѣніе есть фактъ; физическое господство подчинено материальнymъ условіямъ, которыхъ законъ не можетъ приписать лицамъ, не находящимся въ этихъ условіяхъ<sup>5)</sup>. Равнымъ образомъ, и capitis d. minutio maxima ведетъ за собой прекращеніе владѣнія, такъ какъ рабъ не можетъ владѣть. Взятый въ пленъ и возвратившійся не получаетъ владѣнія обратно, ибо владѣніе—фактъ. Затѣмъ, понятно, владѣніе теряется съ уничтоженіемъ его объекта<sup>6)</sup>, или когда владѣемая вещь становится res extra commercium<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 25 § 1; L. 4 § 1 D. 41, 2.

<sup>2)</sup> L. 3 § 8; L. 44 § 2 D. 41, 2; L. 31 D. 4, 3; L. 12 C. 7, 32.

<sup>3)</sup> L. 3 § 18 D. 41, 2.

<sup>4)</sup> L. 30 pr. D. 41, 2: Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. L. 30 § 5 D. eod.

<sup>5)</sup> См. Cosak. Der Besitz des Erben. 1877.

<sup>6)</sup> L. 30 § 1 D. 41, 2.

<sup>7)</sup> L. 30 § 4 D. 41, 2.

а въправданіиъ незаконнаго правъ въ практикѣ

## Владѣніе правомъ.<sup>1)</sup>

Подъ владѣніемъ правомъ, quasi juris possessio, разумѣется фактическая возможность отправленія содержанія опредѣленного права. Какъ сказано выше, владѣніе правомъ выработалось въ Римѣ не вдругъ<sup>2)</sup>, и полная разработка его принадлежитъ уже средневѣковой и современной юриспруденціи. По общему началу, римское право зналъ только такое фактическое господство надъ вещью, которое соотвѣтствовало по содержанію праву собственности<sup>3)</sup>; затѣмъ постепенно признали возможнымъ и справедливымъ распространить защиту и на такое фактическое господство надъ вещью, которое имѣло иное содержаніе, чѣмъ право собственности. Во второмъ вѣкѣ послѣ Р. Х. появляется въ римской юриспруденціи понятіе владѣнія правомъ (possessio juris<sup>4)</sup>, jus possidere<sup>5)</sup>, juris quasi possessio<sup>6)</sup>) рядомъ съ владѣніемъ вещью (soporis possessio<sup>7)</sup>).

По объекту, владѣніе правомъ въ Римѣ ограничивалось главнымъ образомъ сервитутами<sup>8)</sup>. На другія jura in re его не распространили. Къ обязательственнымъ же правамъ примѣнить его было немыслимо въ силу того, что отправленіе ихъ въ большинствѣ случаевъ есть вмѣстъ съ тѣмъ погашеніе. Но права личности могутъ быть объектомъ владѣнія; въ источникахъ нерѣдко говорять о possessio ingenuitatis, libertatis, libertinatis, servitutis<sup>9)</sup>, т. е. о фактическомъ состояніи свободы, несвободы.

Въ науцѣ крайнее разногласіе въ пониманіи possessio libertatis; многие отвергаютъ тутъ владѣніе правомъ. См. *Brunns. Besitz* p. 484 и слѣд.

Пріобрѣтается владѣніе правомъ при наличности тѣхъ двухъ условій, которые были указаны для пріобрѣтенія владѣнія вещью.

Corpus.—Требуется дѣйствительное отправленіе существен-

<sup>1)</sup> См. *Rosser. Das Wesen des Servitutenbesitzes* 1883.

<sup>2)</sup> *Dernburg. Pand.* I p. 432.

<sup>3)</sup> L. 1 § 8 D. 43, 3; L. 4 § 27 D. 41, 3; L. 32 § 1 D. 8, 2, сп. L. 3 § 2 D. 19, 1.

<sup>4)</sup> L. 2 § 3 D. 43, 26.

<sup>5)</sup> L. 7 D. 43, 19; L. 2 D. 8, 4.

<sup>6)</sup> L. 23 § 2 D. 4, 6; L. 10 pr. D. 8, 5; L. 3 § 17 D. 43, 16; *Gajus* 4, 139.

<sup>7)</sup> L. 2 § 3 D. 43, 26.

<sup>8)</sup> Ср. *Randa cit. § 24; Pothier. Traité de la possession*, n° 38.

<sup>9)</sup> L. 14 D. 22, 3; L. 1 pr.; L. 10, 28 D. 40, 12; L. 3 § 10 D. 41, 2.

наго содержанія того права, на которое имѣеть быть приобрѣтено владѣніе. Въ однихъ случаяхъ (напр., при узуфруктѣ) оно соединено съ detentio rei, въ другихъ оно состоить въ совершенніи соотвѣтствующихъ содержанію права дѣйствій.

Ego autem puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipendum esse L. 20 D. 8, 1.

Одной возможности отправленія права безъ дѣйствительнаго отправленія недостаточно. Отправление должно касаться самаго содержанія права. Всякія другія распоряженія правомъ (напр., его отчужденіе) не ведутъ къ приобрѣтенію владѣнія имъ.

Нѣтъ необходимости, чтобы отправленіе повторялось нѣсколько разъ; одного акта осуществленія содержанія права достаточно для приобрѣтенія владѣнія<sup>1)</sup>.

*II. Animus.* — Для приобрѣтенія владѣнія правомъ требуется, чтобы отправляющій его содержаніе дѣлалъ это для себя<sup>2)</sup>.

Добросовѣтность, bona fides, не требуется для приобрѣтенія владѣнія правомъ, какъ не требуется она и для владѣнія вещью. Bona fides отмѣчается собою только владѣніе добросовѣтное.

Благодаря неточному выражению источниковъ (L. 25 D. 8, 6: *Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure se creditit.* См. также L. 1 § 19 D. 43, 20); послѣдній вопросъ въ наукѣ споренъ. Теперь большинство ученыхъ держится того взгляда, что bona fides для владѣнія правомъ не требуется (*Savigny* cit. § 46; *Puchta*. Vorlesung. 1 p. 273; и др.).

Приобрѣтается „владѣніе правомъ“ чрезъ представителя и опять при тѣхъ же условіяхъ, что были изложены при владѣніи вещью. И тутъ требуется соответствующая воля представляемаго и представителя, отправление права послѣднимъ для первого, порученіе или послѣдующее согласіе представляемаго, безъ чего владѣніе правомъ приобрѣтено имъ чрезъ представителя не можетъ быть<sup>3)</sup>.

*Зашита владѣнія правомъ.* — Въ однихъ случаяхъ нарушение владѣнія правомъ будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и нарушениемъ владѣнія вещью, почему и примѣняются тутъ начала о защите владѣнія, выше изложенные. Такъ, если владѣніе правомъ будетъ соединено съ детенціей вещи, какъ напр., практическое отправление узуфрукта; или если владѣніе правомъ выразится въ какомъ либо распоряженіи вещью, какъ напр.,

<sup>1)</sup> L. 20 D. 8, 1. См. *Randa* cit. p. 584 n. 5.

<sup>2)</sup> L. 7 D. 43, 19; L. 25 D. 8, 6 (*suo jure*).

<sup>3)</sup> См. L. 3 § 4 D. 43, 19.

если на владѣемомъ нами домѣ будеть сдѣлана пристройка, выдвинутая надъ участкомъ сосѣда, — то въ этихъ случаяхъ всякое нарушеніе будеть касаться владѣнія самою вещью<sup>1)</sup>.

Въ другихъ случаяхъ владѣніе правомъ, какъ таковое, защищается особыми интердиктами. Таковы интердикты, защищающіе отправление права прохода, права пользованія водою, интердикты по очисткѣ клоаковъ<sup>2)</sup>.

Прекращеніе владѣнія правомъ. — Прежде всего прекращается владѣніе правомъ тѣмъ, что покидается воля на дальнѣйшее отправленіе права.

Затѣмъ, невозможность дальнѣйшаго отправленія права. Одинъ перерывъ въ отправлѣніи не ведетъ къ прекращенію владѣнія<sup>3)</sup>.

Всякое другое рѣшительное оставленіе отправленія права<sup>4)</sup>.

Прекращеніе права, напр., по наступленіи резолютивнаго условія, срока, не ведетъ само собою къ прекращенію владѣнія<sup>5)</sup>. Что согрѣ остановъ.

<sup>1)</sup> См. L. 3 § 13—17; L. 9 § 1; L. 10 D. 43, 16; L. 60 pr. D. 7, 1; L. 27 D. 39, 5; L. 4 D. 43, 17; L. 3 § 5, 6 D. 43, 17; L. 8 § 5 D. 8, 5.

<sup>2)</sup> См. ниже въ отдѣлѣ о защитѣ сервитутовъ.

<sup>3)</sup> Ср. *Randa* cit. § 34 п. 1 и *Savigny* cit. p. 577, 586.

<sup>4)</sup> Ср. L. 37 § 1 D. 41, 3.

<sup>5)</sup> *Randa* cit. p. 644, 645.

## ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ.

*Источники:* Inst. 2, 1 de rerum divisione § 11—47; Dig. 41, 1 de acquirendo rerum dominio.

*Пособия:* Sell. Römische Lehre des Eigenthums. 1852 2 ed. Pella. Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété etc. 1853 2 éd. Pagenstecher. Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Abth. 1, 2, 3. 1857... 59. Hastron. De la propriété en droit romain. 1866. Randa. Das Eigenthumsrecht. 1 Hälfte. 1884.

### Понятие права собственности.

Подъ правомъ собственности (*proprietas, rei dominium* или *dominium proprietatis*<sup>1</sup>), а въ древности еще *mancipium*) разумѣется полное и исключительное правовое господство лица надъ тѣлесною вещью<sup>2</sup>).

Въ литературѣ крайнее разнообразіе въ опредѣленіяхъ права собственности, но при этомъ общий смыслъ ихъ одинъ и тотъ же. См. у Boecking. Pand. II § 134, п. 15, Windscheid. Pand. I § 167 п. 5 и Randa cit. p. 2 п. 3.

Собственность есть понятие полноты права на вещь. *Dominium est plena in re potestas*<sup>3</sup>). Она настолько обнимаетъ самую вещь, что какъ бы сливается съ нею. У римлянъ, какъ и у новѣйшихъ народовъ, право собственности выражается признакомъ принадлежности вещи опредѣленному лицу<sup>4</sup>).

<sup>1)</sup> *Dominium id est proprietas* (L. 13 pr. D. 41, 1).

<sup>2)</sup> Savigny. System I p. 367; Puchta Pand. § 144.

<sup>3)</sup> § 4 J. 2, 4.

<sup>4)</sup> § 1 in f. J. 4, 6.

Формула исковая гласила: *hunc fundum meum esse ajo* (см. L. 25 pr. D. 44, 7).

Эта полнота права имѣетъ два общихъ выраженія: положительное и отрицательное<sup>1)</sup>). Въ первомъ заключается признакъ абсолютности права, а во второмъ—его исключительности. Въ силу первого, собственникъ можетъ распоряжаться вещью по своему усмотрѣнію; въ силу втораго — устранить всякаго третьяго отъ какого либо пользованія ею, помимо его воли<sup>2)</sup>). Послѣднее составляетъ необходимое послѣдствіе первого; безъ исключительности немыслима абсолютность права<sup>3)</sup>). Но неограниченность права собственности не должна быть понимаема въ смыслѣ естественной неограниченной свободы функций. Въ правовой жизни собственность является всегда ограниченна, въ виду извѣстныхъ интересовъ, самимъ закономъ или определенными правами постороннихъ лицъ, напр., правомъ по жизненнаго пользованія; но это не будетъ такими ограничениями, которыя лишали бы собственность характера полнаго неограниченного права на вещь. Что касается первыхъ ограничений, то они составляютъ лишь признаки созданныхъ правовымъ порядкомъ институтовъ. Право собственности существуетъ настолько, насколько его признаетъ правовой порядокъ; а при этомъ признаніи очерчивается и самое содержание права. Разъ же въ этомъ признаніи берется во вниманіе наличность извѣстныхъ интересовъ, обусловливающихъ такое, а не иное, содержаніе права собственности, то нельзя говорить о какой либо другой, болѣе полной собственности, которая будетъ стоять вѣкъ правового порядка, а следовательно, не будетъ и правовымъ понятіемъ. Потому такъ наз. ограничения права собственности по закону будутъ лишь его признаки, обусловленные правовымъ порядкомъ<sup>4)</sup>). Не лишаютъ права собственности его признака полноты и отдельныя права постороннихъ лицъ на предметъ собственности, ибо существование собственности состоять не изъ суммы отдельныхъ проявлений господства лица надъ вещью, а въ принадлежности вещи лицу, что выражается въ правовой возможности отправлять по вещи всякое господство, если тому въ данное время нѣть какого

<sup>1)</sup>) *Windscheid. Pand.* I p. 513; *Arndts. Pand.* § 125.

<sup>2)</sup>) L. 11 D. 50, 17.

<sup>3)</sup>) *Hastron* cit. p. 79.

<sup>4)</sup>) *Freund. Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums im röm. Recht.* 1883 p. 12—15.

либо препятствія<sup>1)</sup>). Говоря о собственности, мы представляемъ себѣ не отдельные стороны господства лица надъ вещью, а особое цѣльное правомочіе<sup>2)</sup>). Поэтому выдѣленіе одной изъ сторонъ господства надъ вещью въ пользу посторонняго лица (напр., установлѣніе ему сервитута) не будетъ выдѣленіемъ части права собственности, какъ бы обширно данное правомочіе ни было<sup>3)</sup>.

Paulus L. 25 pr. D. 50, 16: *Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis est, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse...*

Поэтому же и прежнее дѣленіе собственности на dominium directum и utile должно быть отвергнуто<sup>4)</sup>.

Подъ dominium utile уже гlosсаторы разумѣли такое отношеніе къ вещи, которое защищалось vindicatione utili. Сюда относятся прежде всего тѣ случаи, когда опредѣленныя лица не могутъ по строгому праву быть собственниками вещи, но изъ оснований справедливости имъ предоставляется положительнымъ правомъ vindicatio по этой вещи, напр., женѣ, по прекращеніи брака на возвращеніе ей приданыхъ вещей, и т. п. Далѣе, къ dominium utile причислялись права эмфитеуты, суперфиціарія (см. *Landsberg. Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum.* 1883 р. 97, 98). Название dominium utile для первой категоріи случаевъ можно еще объяснить тѣмъ, что тутъ мы имѣемъ дѣло съ отношеніями фактически вполнѣ равной стоимости съ правомъ собственности. О второй же категоріи и этого уже нельзя сказать (см. ниже въ ученіи объ *Emphyteusis* и *Superficies*). Поводъ къ оспориваемому воззрѣнію подали нѣкоторыя выраженія источниковъ, называющихъ эмфитеуту dominus (напр., L. 12 C. 11, 61).

Итакъ, право собственности по общему своему понятію есть полнѣйшее, неограниченное господство лица надъ вещью. Поэтому дѣленіе собственности на dominium limitatum или minus plenum, и dominium illimitatum или plenum, слѣдуетъ понимать только со стороны ограниченій въ отправлѣніи той или другой функции права правами другихъ лицъ (сервитуты и т. д.), сумма же функций не опредѣляетъ самой сущности собственности.

Въ новое время нѣрѣдко высказываются противъ опредѣленія права собственности, какъ неограниченного господства надъ вещью (*Thon. Rechtsnorm*

<sup>1)</sup> *Vangerow. Pand. I § 295 п. 1.*

<sup>2)</sup> *Randa cit. p. 6.*

<sup>3)</sup> См. ниже въ ученіи о сервитутномъ правѣ.

<sup>4)</sup> Но см. еще *Brinz. Zum Rechte d. bona fidei possessio* 1875 § 1 и слѣд.

u. subject. Recht p. 288 и слѣд.; многие экономисты, какъ напр., *A. Wagner* и *E. Nasse*. У насъ это раньше высказывалъ *Мейеръ*. Граждан. право, стр. 248, 249). Замѣчаютъ, что въ дѣйствительности собственность представляется болѣе или менѣе ограниченною объективнымъ правомъ, а слѣдовательно, не точно опредѣленіе ея, какъ полнаго правового господства надъ вещью. Въ этомъ нельзѧ не видѣть, вмѣстѣ съ проф. *Пахманомъ* (О современнѣмъ движениѣ въ наукѣ права. Спб. 1882, стр. 57, прим. 1) одного лишь надоразумѣнія. Признакъ неограниченности относится лишь къ произволу третьихъ лицъ и никогда не понимался въ томъ смыслѣ, что собственность не могла быть ограничена по закону. Обобщая возраженія противъ неограниченности права собственности, слѣдовало бы отвергать и самое понятіе свободы, понимаемой при правовомъ порядкѣ такъ: *libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur* L. 4 pr. D. 1, 5.

Прежде чѣмъ приступить къ догматическому изложению ученія о правѣ собственности, необходимо остановиться на историческихъ ея формахъ, которая хотя и не встрѣчаются уже болѣе въ законодательствѣ Юстиніана, но правильное пониманіе которыхъ считается на столько важнымъ для надлежащей постановки всего ученія объ этомъ институтѣ, что во всѣхъ догматическихъ курсахъ римского права находимъ болѣе или менѣе подробное изложеніе этого вопроса<sup>1)</sup>. Итакъ

### Историческая формы римской собственности<sup>2)</sup>.

По свидѣтельству Гайя, въ Римѣ первоначально былъ только одинъ видъ собственности, *dominium ex jure Quiritium*. Предположенія ея были слѣдующія: а) Только римскій гражданинъ могъ быть субъектомъ такой собственности. Чужестранцы, перегріны, не могли имѣть квиритской собственности<sup>3)</sup>. б) Не всѣ предметы могли быть объектами собственности. Такъ, провинциальная земля, *praedia provincialia*, не могла состоять на правѣ частной собственности<sup>4)</sup>. в) Устанавливалась эта собственность только по одному изъ признанныхъ *jure civili* способовъ, *acquisitiones civiles*<sup>5)</sup>, а именно: *in jure cessio, mancipatio* и *usucapio*. г) Защищалась она искаами, установленными

<sup>1)</sup> *Vangerow*. Pandect. I § 295 Anm. 2.

<sup>2)</sup> *Giraud*. Droit de propriété chez les Romains. 1888.—*Rib reau*. Théorie de l'in bonis habere. 1867.

<sup>3)</sup> Cp. Ulpian. 19, 4.

<sup>4)</sup> Gajus 2, 7.

<sup>5)</sup> Gajus 2 § 22, 41; Ulpian. 19, 3.

jure civili, actionibus civilibus<sup>1)</sup>), въ особенности rei vindicatione.

Позднѣе было сдѣлано<sup>2)</sup> только одно отклоненіе отъ этихъ условій, а именно: т. наз. res nec mancipi могли быть приобрѣтаемы въ собственность по простой traditio, передачѣ<sup>3)</sup>.

Если совершенна будетъ сдѣлка на переносъ собственности вопреки одному изъ перечисленныхъ условій, то dominium Quiritarium остается за прежнимъ собственникомъ, и только въ случаяхъ отчужденія res <sup>nec</sup> mancipi по traditio приобрѣтатель получалъ добросовѣтное владѣніе, которое могло вести къ установлению собственности путемъ usucapio.

Со временемъ затруднительность въ примѣненіи формальныx способовъ приобрѣтения собственности, затѣмъ также, быть можетъ, и большое развитіе оборота многочисленными провинціальными землями, а, наконецъ, развившіяся имущественные сношенія съ перегринами, которымъ недоступна была квиритская собственность, — принудили преторовъ, этихъ проводниковъ общенародныхъ правовыхъ положеній, признать за лицомъ, приобрѣвшимъ res mancipi по одному изъ acquisitiones naturales, или купившимъ провинціальную землю, нечто въ родѣ собственности. Римскіе юристы описываютъ ее словами in bonis esse habere<sup>4)</sup>, откуда современная наука, опираясь на выражение Феофила<sup>5)</sup>, сдѣлала терминъ dominium bonitarium. Такъ появилось въ римскомъ правѣ duplex dominium<sup>6)</sup>: dominium quiritarium и dominium bonitarium.

Большинство современныхъ писателей считаютъ въ числѣ причинъ происхожденія бонитарной собственности потребность въ вещныхъ сдѣлкахъ съ перегринами, полагая, что этой формой была открыта иностранцамъ въ Римѣ возможность имѣть собственность; видѣть поэтому въ in bonis esse перегринскую собственность, выработанную на *jus gentium* (напр., Vangerow. Pand. I § 295 п. 2). Но другіе ученыe (напр., Ribéreau cit. p. 17 и слѣд.) указываютъ, что источники прямо выставляютъ условіемъ для приобрѣтенія данной собственности право гражданства на обѣихъ сторонахъ (Ulpian. I, 16), что главнѣйшая ея выгода состоять въ публиціановомъ искѣ, основанномъ на

<sup>1)</sup> L. 25 § 2 D. 44, 7.

<sup>2)</sup> Ненизѣтнѣмъ lex отъ послѣдняго вѣка республики. Schmidt. Pandekt. p. 46, 47.

<sup>3)</sup> Gajus 2, 19; Ulpian. 19, 7.

<sup>4)</sup> Gajus 1, 54; 2, 40.

<sup>5)</sup> Ο δεσπότης βονιτάριος у Theoph. ad § 3. Inst. De libert. (1, 5).

<sup>6)</sup> Gajus I § 54.

фикації исполнившейся изискаріо, института чисто римского; наконецъ, что Гай (2, 40) прямо признаетъ особую dominium apud peregrinos.

Бонитарную собственность не слѣдуетъ отождествлять съ добросовѣтнымъ владѣніемъ, bona fidei possessio, какъ это дѣлаютъ многіе ученые (см., напр., Pagenstecher cit. p. 108, Brinz. Pandekt. Abth. I p. 199 и особенно Janke. Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers. 1862 p. 22—33; 131, 132; Brinz. Zum Rechte d. bona fidei possessio въ Festgabe z. Jubiläum d. Arndts 1875 p. 73 — 138). Они полагаютъ, что въ особомъ понятіи добросовѣтного владѣнія явилась необходимость лишь съ образованіемъ единой собственности. Но вопреки увѣреніямъ, напр., Циммерна (Rhein. Museum III п. 19), будто въ источникахъ нѣтъ выражений для *in bonis esse*, указывающихъ на принадлежность вещи въ собственность, въ литературѣ было указано (см. Vangerow. Pand. I § 295 Anm. 2) на много мѣсть, въ которыхъ для данного отношенія употребляются выражения: dominus, dominium (Gajus I § 54; Cod. 7, 25; L. 26 § 6 D. 9, 4; L. 1 D. 37, 1; L. 7 § 1 D. 7, 1; L. 15 § 16, 17, 33 D. 39, 2 и особенно Theophil.), meum, tuum, nostrum (Gaj. I § 167; 241; Ulrian. 22 § 8); изъ чего слѣдуетъ, что римляне видѣли въ *in bonis esse* настоящую собственность.

При установлениі второго рода собственности преторъ не могъ лишить квиритскаго права того, кто былъ до того dominus quiritarius; онъ только защищалъ новаго собственника слѣдующими средствами. Если res mancipi была продана и передана по простой traditio, то противъ rei vindicatio продавца и его наследниковъ купившій могъ защищаться exceptione doli; или, подобно какъ и противъ rei vindicatio тѣхъ лицъ, которыхъ позднѣе приобрѣли у продавца вещь формальнымъ способомъ, dominus bonitarius имѣлъ exceptio rei venditae et traditae<sup>1</sup>). Наконецъ, въ случаѣ потери владѣнія, преторъ создалъ особый искъ, названный по имени введенаго его претора, actio Publiciana in rem, противъ всякаго detentor'a на выдачу вещи. Искъ этотъ былъ изъ числа actiones fictitiae. Онъ основывался на фикації выполнившейся давности владѣнія, если только изискаріо началась<sup>2</sup>). Изъ этой фикації слѣдуетъ, что данный искъ примѣнялся къ domin. bonit., какъ къ добросовѣтному владѣнію.

Такая развитая система защиты данной собственности материально сводила права прежняго господина вещи почти къ ничему. И вотъ, уже классические юристы говорятъ о nudum jus Quiritium<sup>3</sup>), называя такъ право собственности прежняго хозяина вещи.

<sup>1)</sup> Dig. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3.

<sup>2)</sup> Gajus 4, 36; § 4 I. 4, 6; L. 7 § 6 D. 6, 2.

<sup>3)</sup> Gajus 1, 54 in fin.

При вступлении Юстиниана на престолъ положеніе вопроса было такое. In iure cessio уже со временъ Константина вышло изъ употребленія. Mancipatio хотя еще и примѣнялось, но, какъ сдѣлка чисто итальянскаго происхожденія, была чужда нравамъ восточной имперіи. Fundus italicus потерялъ уже давно свои преимущества передъ fundus provincialis<sup>1)</sup>, который въ восточной имперіи былъ единственной формой поземельной собственности<sup>2)</sup>. И вотъ, Юстинианъ уничтожаетъ различие между res mancipi и res mancipari, а вмѣстѣ съ тѣмъ, значитъ, отмѣняетъ и mancipatio. Въ то же время онъ отмѣняетъ и nudum jus Quiritium<sup>3)</sup>. Такимъ образомъ изъ duplex dominium образуется dominium simplex, который приобрѣтался по naturales acquisitiones и по usucapio изъ числа acquisit. civiles и защищался actione civilis, а именно rei vindicatione.

Actio же Publiciana съ исчезновенiemъ бонитарной собственности ограничивался защитой добросовѣстнаго владѣнія, какъ такового.

### Предположенія права собственности.

Субъектъ права собственности. По древнему римскому праву неспособными состоять субъектами права собственности признавались, кроме иностраницъ, еще рабы и filiifamilias<sup>4)</sup>. Въ Юстиниановомъ правѣ только рабы были устраниены отъ собственности. Но кромѣ этого общаго изъятія, въ Юстиниановомъ и позднѣйшемъ византійскомъ правѣ имѣются еще нѣкоторыя частныя изъятія. Такъ напр., иудеи и послѣдователи извѣстныхъ религіозныхъ сектъ не могли имѣть въ собственности христіанскихъ рабовъ<sup>5)</sup>, затѣмъ ограничены были въ правахъ собственности монахи<sup>6)</sup>, и т. д.

Объектомъ права собственности могутъ быть только тѣлесные вещи, res corporales. Права, res incorporeales, не могутъ составлять предмета собственности; принадлежность ихъ выражаетъ связь съ извѣстнымъ субъектомъ, а не собственность

<sup>1)</sup> См. Паделетти. Учебникъ истории рим. права, гл. 60.

<sup>2)</sup> Ср. L. iur. pr. C. 7, 31.

<sup>3)</sup> L. iur. C. de nudo iure Quiritium tollendo 7, 25.

<sup>4)</sup> См. выше стр. 70, 79.

<sup>5)</sup> См. выше стр. 144.

<sup>6)</sup> Nov. 5 cap. 5; Nov. 123 c. 38.

его на нихъ. О собственности на права нельзя говорить и потому, что къ первой примѣняется совсѣмъ иная начала, чѣмъ къ послѣднимъ<sup>1)</sup>.

Не только отдельные тѣлесные вещи, но и совокупности ихъ, universitas rerum distantium, могутъ быть объектами собственности, какъ напр., стадо<sup>2)</sup>.

Многіе писатели отвергаютъ право собственности на совокупности, напр., на стадо. Въ данномъ примѣрѣ предметомъ собственности они считаютъ отдельные головы, составляющія стадо, а не это послѣднее, которое только на обыденномъ языкѣ обозначается самимъ предметомъ собственности. Но въ виду ясныхъ выражений источниковъ, теперь большинство ученыхъ считаетъ это обыденное словоупотребленіе за юридическое (см. *Girtanner. Die Rechtsstellung der Sache u. der Eigenthumsbegriff* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* B. 3. N. 1 p. 95 и слѣд.).

Право собственности на поземельные участки распространяется на воздушное пространство, надъ нимъ находящееся, и на нѣдра, подъ нимъ лежащія. Въ томъ и другомъ направлѣніи границы собственности опредѣляются практическою потребностью собственника<sup>3)</sup>.

Общій признакъ права собственности, какъ абсолютного, исключительного господства лица надъ вещью, имѣть своимъ непосредственнымъ послѣдствіемъ то, что нѣсколькимъ лицамъ въ одно и то же время не можетъ принадлежать собственность на одну и ту же вещь каждому въ полномъ ея составѣ.

Duorum ejusdem rei dominium in solidum esse nequit. L. 5 § 15 D. 13, 6.

Вещь, которая принадлежитъ мнѣ, не можетъ быть собственностью другого. Поэтому приобрѣтеніе у кого либо вещи будетъ въ то же время потерей для него права собственности на нее. Признаніе судьей права собственности за истцомъ есть въ то же время отказъ въ немъ для отвѣтчика<sup>4)</sup> и т. п. Другое дѣло, когда нѣсколько лицъ будутъ собственниками вещи pro divisio<sup>5)</sup> или indiviso<sup>6)</sup>, т. е. каждый въ части вещи, физически опредѣленной или идеальной. Въ этихъ случаяхъ собственность каждого участника имѣть свой объектъ: а) Въ случаѣ права собственности каждого имѣть своимъ предме-

<sup>1)</sup> См. *Windscheid. Pand. I* § 168 и п. 1.

<sup>2)</sup> L. 1 § 3 D. 6, 1.

<sup>3)</sup> *Jhering* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* B. 6 p. 90—92.

<sup>4)</sup> L. 30 § 1 med. D. 44, 2.

<sup>5)</sup> L. 25 § 1 D. 50, 16.

<sup>6)</sup> L. 5 D. 45, 3.

тому определенную физически часть вещи, то не может быть и речи об общности права<sup>1</sup>). При разделении на реальные части между последними мыслится такая естественная или юридическая связь, в силу которой вся она в совокупности представляются какъ бы однимъ цѣлымъ; но разъ части имѣютъ реальную самостоятельность, то со стороны правовыхъ отношеній между собственниками не можетъ быть никакой общности<sup>2</sup>). б) Другое дѣло при собственности на идеальные части. Къ послѣдней только и относится выражение

### Общая собственность, *condominium*<sup>3</sup>.

*Condominium*—выраженіе не римское. Въ источникахъ для данныхъ случаевъ собственности употребляются выраженія: *communis*, *socius* и т. п. Подъ общей собственностью разумѣются тѣ случаи, когда вещь принадлежитъ въ собственность несколькимъ лицамъ, но притомъ каждому на идеальную ея часть, *pars indivisa*.

Слѣдуетъ строго отличать отъ собственности юридического лица, ибо въ послѣднемъ случаѣ имѣется единий собственникъ (§ 6 I. 2, 1; L. 6 § 1 D. 1, 8).

Настоятельность такой собственности заключается въ тѣхъ юридическихъ актахъ, которыми несколькико лицъ становятся собственниками одной и той же вещи, но, конечно, въ части, напр., несколькико лицъ приобрѣли домъ, и т. п. Но чаще всего общая собственность устанавливается по поводу наследованія. А. умираетъ и оставляетъ законными наследниками трехъ сыновей. Всѣ они становятся общими собственниками имущества наследодателя, но притомъ каждый въ размѣрѣ  $\frac{1}{3}$  части.

Общая собственность не составляетъ особаго какого либо вида собственности<sup>4</sup>). Юридическая его конструкція такова. Каждому участнику въ ней принадлежитъ право собственности на всю вещь, но только въ размѣрѣ *его части*; иначе, въ каждой малайшей физической части вещи онъ имѣеть право собственности на величину своей части ( $\frac{1}{2}$ ,  $\frac{1}{3}$ ,  $\frac{1}{4}$ ).

<sup>1)</sup> L. 25 § 1 D. 50, 16.

<sup>2)</sup> *Randa. Eigenthums.* p. 210.

<sup>3)</sup> *Steinlechner. Das Wesen der juris communio.* Abth. I 1876 и Abth. II 1878.

<sup>4)</sup> Ср., напр., *Vangerow. Pand.* § 303 и § 304.

L. 5 § 15 D. 13, 6: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. — Въ поўѣшее время нѣкоторые писатели начинаютъ находить такую конструкцію неудовлетворительной и весь т. наз. *solidum* противнымъ общимъ началамъ права (см. *Girtanner* въ *Jahrbüch.* f. d. *Dogmat.* 3 p. 261).

Такое идеальное дѣленіе собственности не есть дѣленіе самаго права (оно недѣлимо), но выражается въ дѣленіи между участниками экономического пользованія вещью, т. е. выгоды отъ нея<sup>1)</sup>.

Данная конструкція общей собственности ведетъ къ слѣдующимъ послѣдствіямъ въ отношеніяхъ отдѣльныхъ участниковъ къ общей вещи:

1) Отдѣльный участникъ не имѣеть права предпринимать какихъ либо юридическихъ распоряженій по цѣлой вещи безъ согласія всѣхъ остальныхъ участниковъ, т. е. не можетъ, напр., ее продать, заложить, обременить сервитутами и т. п.<sup>2)</sup>). Но своею идеальною частью каждый участникъ можетъ распоряжаться свободно, т. е. продать, заложить и т. д.<sup>3)</sup>), лишь бы только устанавливаемыя права не нарушали права участія другихъ собственниковъ<sup>4)</sup>.

2) Отдѣльный участникъ не имѣеть права произвести какого либо физического воздействиія или измѣненія въ малѣйшей физической части вещи безъ согласія остальныхъ участниковъ, напр., не можетъ заложить для себя поля, занять въ общемъ домъ себѣ комнату или измѣнить родъ пользованія<sup>5)</sup>). Каждая материальная часть вещи принадлежитъ каждому участнику въ размѣрѣ его доли; поэтому общее правило гласить: *in re communis potior est conditio prohibentis*<sup>6)</sup>). Исключеніе изъ этого правила составляетъ поправка вещи: колѣ скоро она необходима для поддержанія общаго имущества или должностнаго имъ пользованія, то каждый участникъ можетъ произвести ее безъ согласія другихъ. Особенно широко проведено это исключение для исправленія общей стѣны, раздѣляющей два зданія<sup>7)</sup>.

3) Такое единогласіе въ распоряженіи вещью дѣлаетъ всѣ

<sup>1)</sup> L. 4 § 3; L. 6 pr. § 2 D. 10, 3; L. 38 § 1 D. 17, 2.

<sup>2)</sup> L. 2 C. 8, 37; L. 1, 4, 5 C. 4, 51; L. un. C. 8, 21; L. 68 pr. D. 17, 2; L. 2 D. 8, 1; L. 18 D. 8, 4.

<sup>3)</sup> L. 6 § 13 D. 10, 3; L. 1 C. 3, 37; L. 3 C. 4, 52; L. un. C. 8, 21.

<sup>4)</sup> L. 2 D. 8, 1.

<sup>5)</sup> L. 11 D. 8, 5; L. 8, 27 § 1 D. 8, 2.

<sup>6)</sup> L. 28 D. 10, 3.

<sup>7)</sup> L. 18 § 1; L. 19, 8, 2; L. 35—37 D. 39, 2.

отношения въ communitate чрезвычайно тягостными, подвергая отдельного участника произволу каждого другого. Поэтому положительное право предоставляетъ каждому участнику во всякое время требовать раздѣла общности (*actionem communis dividendo*<sup>1</sup>). Мало того, самый отказъ навсегда отъ права требовать раздѣль признанъ недѣйствительнымъ<sup>2</sup>).

Обязательственные правоотношения, которые могутъ вытекать изъ communitate между участниками въ общей собственности, должны быть рассматриваемы въ обязательственномъ правѣ (срав. *Arndts. Pand.* § 133).

4) Признакъ общности выражается въ томъ, что отказъ одного изъ участниковъ отъ своей части ведеть de jure къ присоединенію ея остальнымъ участникамъ<sup>3</sup>).

### Пріобрѣтеніе собственности.

Связь между лицомъ и вещью по праву собственности устанавливается обыкновенно безъ посредства какихъ либо третьихъ лицъ. Таково было и общее начало римского права. Но въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ собственность могла быть пріобрѣтена и черезъ представителей. Въ классической же юриспруденціи общимъ началомъ было: *per liberam vel extraneam personam proprietas acquiri non potest*<sup>4</sup>). Начало это повторено еще въ Институціяхъ Юстиніана<sup>5</sup>). Но такъ какъ пріобрѣтеніе владѣнія чрезъ представителей уже ко времени Юстиніана допускалось общимъ правиломъ, то легко было распространить представительство и на пріобрѣтеніе собственности, въ большинствѣ основанное на пріобрѣтеніи владѣнія<sup>6</sup>).

Что касается условій, которыми можетъ быть сопровождаемо пріобрѣтеніе собственности, то собственность можетъ быть установлена подъ <sup>оговорками</sup> резолютивнымъ условиемъ<sup>7</sup>), но не на определенный срокъ, *dies ad quem*<sup>8</sup>). Если будетъ указанъ такой срокъ, то *resolutio ex tunc* наступаетъ не *ipso jure*, а представляется перенесшему личное право требованія на обратный

<sup>1</sup>) L. 5 C. 3, 37; L. 8 pr. D. 10, 3.

<sup>2</sup>) L. 14 § 2 D. 10, 3.

<sup>3</sup>) Ulpian. Fragm. 1, 18; L. 8 C. 3, 38; § 4 I. 2, 7.

<sup>4</sup>) Gajus 2, 95.

<sup>5</sup>) § 5 J. 2, 9.

<sup>6</sup>) См. выше стр. 230.

<sup>7</sup>) Vatic. Fragm. § 283.

<sup>8</sup>) L. 41 D. 6, 1; Vatic. Fragm. §§ 14, 15.

переносъ собственности. Объясняется<sup>1)</sup> это изъ самой сущности права собственности, какъ самого полнаго господства, обнимающаго всю вещь до самого сліянія понятія принадлежности вещи съ самой вещью. Такому праву въ его понятіи будетъ противорѣчить все то, что способствуетъ увѣренности во временності, провизорности его; такую же увѣренность даетъ срокъ ad quem, тогда какъ резолютивное условіе, наоборотъ, не исключаетъ возможности предполагать постоянство данного права, а въ случаѣ выполненія условія, съ точки зрења правовой, собственность считается никогда и вовсе не установленной. На послѣднихъ случаяхъ основывается дѣленіе собственности на *dominium revocabile* и *irrevocabile*. При этомъ по общему правилу собственность будетъ *revocabile* только *ex pinc*, а не *ex tunc*, т. е. сохраняются всѣ распоряженія прежняго собственника<sup>2)</sup>.

### Способы пріобрѣтенія собственности.

Подъ способами пріобрѣтенія собственности разумѣется фактъ или совокупность фактовъ, съ которыми положительное право связываетъ установлѣніе въ данномъ лицѣ (лицахъ) права собственности на вещь (вещи). Эти способы можно классифицировать по различнымъ признакамъ, общимъ для отдельныхъ ихъ классовъ. Такъ всего чаще въ гражданскомъ оборотѣ находятся вещи, уже принадлежащія кому либо на правѣ собственности, почему пріобрѣтеніе ихъ мыслимо только по преемственности, *successio*, отъ другого лица. Такой способъ пріобрѣтенія собственности по *successio* носитъ название производнаго способа, *acquisitio derivativa*, въ отличіе отъ способа безъ признака преемственности, когда право пріобрѣтается независимо отъ собственности другого; это способъ первоначальный, *acquisitio originaria*. Затѣмъ, сама преемственность можетъ быть или *successio singularis*, или *successio universalis*, почему *acquisit. derivativa* могутъ быть или *acquisitiones singulares*, когда наступаетъ преемственность въ отдельныхъ вѣщахъ порознь, или *acquisitiones universales*, когда наступаетъ

<sup>1)</sup> См. *Girtanner*. Die Rechtsstellung d. Sache u. d. Eigenthumsbegriff etc. въ Jahrb. f. d. Dogmatik B. 3 p. 90—95.

<sup>2)</sup> *Wächter*. Pand. 1 p. 321, 322.

преемственность въ имущественную личность другого лица. Преемственность можетъ быть вызвана доброй волей прежняго собственника или совершившись вопреки его волѣ, по судебному приговору, или по постановлению закона, напр., въ случаѣ пріобрѣтенія собственности по давности владѣнія. Съ другой стороны, преемственность можетъ наступить, какъ чрезъ посредство воли новаго собственника, такъ и помимо его воли, напр., при приращеніяхъ. Кромѣ того, для многихъ способовъ пріобрѣтенія собственности необходимымъ признакомъ является владѣніе; только черезъ владѣніе мыслимо пріобрѣтеніе собственности, напр., при traditio, при другихъ же способахъ владѣніе безразлично. Наконецъ, въ древнемъ римскомъ правѣ для многихъ случаевъ установленія собственности требовались строгія формальности juris civilis, для другихъ — этого не требовалось; отсюда дѣленіе на acquisitiones civiles и naturales.

Въ изложенномъ мы старались соединить признаки всевозможныхъ классификацій способовъ пріобрѣтенія собственности, какія только встрѣчаются въ учебникахъ (см. *Böcking. Pand.* II р. 55; *Pagenstecher cit.* II р. 1 — 57). Обыкновенно же въ литературѣ за основаніе дѣленія способовъ брали одинъ изъ перечисленныхъ признаковъ (см. *Randa cit.* p. 243 — 245). Но такъ какъ въ одномъ изъ извѣстныхъ признаковъ не укладывалось дѣленіе всѣхъ способовъ, то нѣкоторые ученые вовсе оставили какую либо классификацію и излагали способы пріобрѣтенія собственности безъ предварительного определенія взаимнаго ихъ отношенія и послѣдовательности (см. *Brinz. Pand.* § 53); другие же ученые стали классифицировать способы пріобрѣтенія собственности по нѣсколькимъ признакамъ (см., напр., *Windscheid. Pand.* § 170; *Wächter. Pand.* II § 130).

Отъ классической юриспруденціи дошло нѣсколько фрагментовъ, которые одно время брали въ основаніе дѣленія всѣхъ способовъ пріобрѣтенія собственности на acquisitiones civiles и naturales (см., напр., I. 1 pr.; I. 3 pr. L. 3 § 2; L. 14 pr.; L. 30 § 4 D. 41, 1); но при этомъ въ литературѣ сильно расходились въ установкѣ признаковъ и юридическихъ послѣдствій тѣхъ и другихъ способовъ (см. *Stern. Der Unterschied zwischen civilen u. naturalen Eigenthumserwerbsarten im klassischen römischen Rechte.* 1882). Несомнѣнно только, что по мѣрѣ того, какъ императорская конституція сглаживали цивильные особенности *juris Romanorum*, вопросъ о происхожденіи способа пріобрѣтенія терялъ свое значеніе, ибо всякое пріобрѣтеніе собственности вело теперь къ одному и тому же послѣдствіямъ.

**A) Пріобрѣтеніе права собственности по преемственности.**

**1) Преемственность согласно волѣ прежняго собственика.**

*Traditio, передача<sup>1)</sup>.*

*Понятie traditionis.* Какъ способъ пріобрѣтенія собственности, traditio состоитъ въ переносѣ кому либо юридического владѣнія вещью съ намѣреніемъ установить этому другому на нее право собственности. По основному началу римскаго права, *dominia rerum non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur*<sup>2)</sup>, т. е. одно обязательственное соглашеніе, напр., купля-продажа, не могло переносить права собственности на вещь; оно устанавливало только личное право требованія на переносъ собственности. Для осуществленія же этого перехода требовалось, чтобы за даннымъ соглашеніемъ послѣдовала передача вещи во владѣніе пріобрѣтателю, т. е. совершена была т. наз. traditio. Такое требование передачи объясняется стремлениемъ за свидѣтельствовать передъ всѣми видимымъ внѣшнимъ актомъ переходъ такого обширнаго реальнаго права, какъ право собственности.

Такъ обыкновенно объясняютъ эту особенность римскаго права передъ тѣми современными законодательствами, которые признаютъ одно простое соглашеніе достаточнымъ для перехода права собственности (*Schmidt. Pandekten* p. 53).

Итакъ, пріобрѣтеніе собственности по traditio происходитъ чрезъ посредство владѣнія.

*Условія traditionis, какъ способа пріобрѣтенія собственности.*

**A) Субъективныя.** *Tradens* долженъ быть собственникомъ вещи, ибо *nemo in alium plus juris transferre potest quam ipse habet*<sup>3)</sup>, нельзя переносить другому права, котораго самъ не имѣешь. Если tradens не будетъ собственникомъ, то accipiens получаетъ только владѣніе вещью, которую въ случаѣ добра-

I

<sup>1)</sup> *Scheurl. Sachenerwerb durch Tradition* въ *Beitr. z. Bearb. d. röm. Rechts I* p. 190—232. *Leist. Mancipation u. Eigenthumstradition* 1865. *Exner. Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach gemeinem u. österreich. Recht.* 1867.

<sup>2)</sup> L. 20 C. 2, 3; L. 8 C. 4, 49.

<sup>3)</sup> L. 54 D. 50, 17; L. 20 pr. § 1 D. 41, 1.

совѣтнаго владѣнія пріобрѣтаетъ въ собственность по давности, а не по передачѣ.

Но по исключенію и несобственникъ могъ переносить собственность по traditio, а именно: казна и государь могли отчуждать въ собственность чужія вещи<sup>1)</sup>; затѣмъ залогоприниматель могъ отчуждать заложенную вещь съ цѣлью получить удовлетвореніе по своему требованію<sup>2)</sup>; переносилъ собственность по traditio представитель собственника по порученію его или по послѣдующему его согласію<sup>3)</sup>, а также представитель по закону, напр., чопекунъ.

Позднѣйшее пріобрѣтеніе традентомъ собственности на перенесенную вещь само по себѣ не устанавливаетъ accipienti собственности; но послѣдній имѣеть средства защищать свое владѣніе противъ традента и всякаго третьаго лица.

Средствами этими было прежде всего exceptio doli или болѣе тѣсно exc. rei venditae et traditae противъ иска о собственности (L. 1 pr.; L. 2, 3 D. 21, 3; L. 72 D. 6, 1; L. 17 D. 21, 2; L. 4 § 32 D. 44, 4). Кромѣ того, accipiens могъ выступать и съ положительнымъ искомъ на защиту своего владѣнія (тутъ примѣнялись начала т. наз. actio Publiciana); возраженіе о собственности парализировалось replicatione rei vend. et trad. (L. 72 D. 6, 1; L. 2 D. 21, 3; L. 4 § 32 D. 44, 4).

Право такой защиты переходитъ къ преемникамъ accipientis и можетъ быть осуществлено противъ преемниковъ традента<sup>4)</sup>. Частное примѣненіе сказанного имѣеть въ томъ случаѣ, когда дѣйствительный собственникъ вещи унаследуетъ траденту<sup>5)</sup>.

Tradens долженъ быть не только собственникомъ вещи, но и способнымъ къ отчужденію ея<sup>6)</sup>.

Что касается accipientis, пріобрѣтателя по traditio, то требуется прежде всего, чтобы это было определенное лицо<sup>7)</sup>.

Многіе ученые (напр., Pagenstecher. Eigenth. 2 p. 198, 199) признаютъ missilia (jactus missilium) за traditio personæ incertæ (L. 9 § 7 D. 41, 1; § 46 J. 2, 1). Но правильнѣе видѣть тутъ актъ derelictio, за которымъ можетъ слѣдоватъ овладѣніе, occupatio (Scheurl cit. p. 206, 207).

<sup>1)</sup> Ult. J. 2, 6; L. 2, 3 C. 7, 37.

<sup>2)</sup> § 1 J. 2, 8; L. 46 D. 41, 1.

<sup>3)</sup> L. 9 § 4 D. 41, 1; § 42, 43 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 72 D. 6, 1; L. 2 D. 21, 3.

<sup>5)</sup> L. 73 D. 21, 2; L. 1 § 1 D. 21, 3; L. 14 C. 3, 32; L. 14 C. 8, 45.

<sup>6)</sup> L. 26 D. 18, 1; § 2 J. 2, 8.

<sup>7)</sup> L. 13 D. 39, 5; L. 43 § 1 D. 47, 2.

Затѣмъ въ лицѣ assir. требуется, чтобы онъ имѣлъ имущественную правоспособность.

Иногда законъ запрещаетъ отчужденіе между опредѣленными лицами въ силу извѣстныхъ личныхъ ихъ отношеній, какъ, напр., *donatio inter virum et uxorem*.

Б) *Объективная условія*. Предметъ *traditionis* не долженъ быть изъ числа вещей, отчужденіе которыхъ запрещено<sup>1)</sup>, какъ напр., *fundus dotalis*, *peculium adventitium*, *res litigiosa*. Сюда же относятся запрещенія служащимъ въ провинціи пріобрѣтать въ собственность недвижимости<sup>2)</sup>.

В) Должна быть произведена *дѣйствительная передача юридического владѣнія*<sup>3)</sup>, т. е. при наличии всѣхъ необходимыхъ признаковъ такой передачи. Поэтому требуется, чтобы *tradens* еще владѣлъ вещью. Если онъ потерялъ владѣніе, напр., вещь у него украдена, то онъ не можетъ совершать *traditio*, а только уступку притязаній и исковъ къ владѣльцу вещи<sup>4)</sup>, и лишь въ силу осуществленія этихъ уступленныхъ исковъ получается переходъ собственности на контрагента.

Передача владѣнія можетъ быть произведена представителю пріобрѣтателя собственности<sup>5)</sup>. Иногда представительство по закону предполагается въ лицѣ принимающаго владѣніе, какъ-то, если *опекунъ* покупаетъ на свое имя вещи деньгами опекаемаго, то передача владѣнія относится къ лицу послѣдняго<sup>6)</sup>, то же и по отношенію пріобрѣтеній *управителемъ* на деньги солдата<sup>7)</sup>, супругомъ на деньги, подаренные другимъ супругомъ<sup>8)</sup>.

Нѣкоторые ученые полагаютъ, что юридическія лица пріобрѣтаютъ собственность безъ передачи владѣнія ихъ представителямъ. Но мнѣніе это, какъ не основанное на ясныхъ положительныхъ выраженіяхъ источниковъ, должно быть признано неосновательнымъ (*Wächter. Pand. 2 р. 108 и п. 8*).

Если вещь уже находилась въ юридическомъ владѣніи *asscientis*, то особаго акта передачи владѣнія не требовалось (случаи т. наз. *brevi manu traditionis*<sup>9)</sup>).

<sup>1)</sup> Pr. J. 2, 8.

<sup>2)</sup> L. 62 pr. D. 18, 1.

<sup>3)</sup> L. 21 § 1 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> L. 18 C. 8, 28; L. 41, 46, 47 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 8 C. 7, 32.

<sup>6)</sup> L. 2 D. 26, 9; L. 3 C. 5, 51.

<sup>7)</sup> L. 8 C. 3, 32; L. 2 C. 5, 16.

<sup>8)</sup> L. 55 D. 24, 1.

<sup>9)</sup> § 44 J. 2, 1; L. 9 § 5; L. 21 § 1 D. 41, 1; L. 56 D. 6, 1.

Г) Traditio переносить на accipiens только владѣніе. Передача есть простой фактъ и какъ таковой имѣть только фактическое значеніе. Для того, чтобы она вела за собою установление права собственности, требуется еще наличность *justus titulus, justa causa* (или просто *titulus, causa*) *traditionis*, т. е. такого правового основанія, по которому передача владѣнія вела бы за собой и установление собственности<sup>1)</sup>). Такое основаніе лежитъ въ намѣреніи tradentis перенести собственность на accipiens, *animus transferendi dominii*, и въ желаніи accipientis пріобрѣсти собственность, *animus accipendi dominii*. Это согласие, *consensus*, обѣихъ сторонъ и будетъ *titulus traditionis*. Этотъ *titulus* выражается въ сдѣлкѣ, направленной на отчужденіе вещи въ собственность, а именно въ куплѣ-продажѣ, мѣнѣ, дареніи, заемѣ, уплатѣ долга (*solutio*)<sup>2)</sup>. Сдѣлка эта обыкновенно предшествуетъ традиціи, *causa praecedens*, но можетъ и слѣдовать за ней<sup>3)</sup>.

Затѣмъ, *titulus traditionis* можетъ быть выраженъ *expresse*, можетъ и предполагаться. Если изъ обстоятельствъ передачи владѣнія можно заключить о состоявшемся согласіи волей на переходъ собственности, то признается наличность такого *titulus traditionis*, напр., посылка и принятіе подарка ко дню рожденія, подача нищему милостыни, и т. д. Въ силу естественного предположенія въ массѣ случаевъ передачи владѣнія о состоявшемся согласіи на переходъ и права собственности, и самый способъ разсматриваемаго пріобрѣтенія получилъ название отъ этого видимаго необходимаго его признака, *traditio*<sup>4)</sup>.

Такое пониманіе *traditio* и *justa causa* во взаимномъ ихъ отношеніи многими учеными оспаривается. Такъ, думаютъ, что въ *traditio* выражается вся та сдѣлка, по которой переносится въ действительности право собственности, словами же *justa causa* выражается вся сумма тѣхъ субъективныхъ и объективныхъ условій, которые послужили поводомъ къ данному акту переноса, какъ-то воля сторонъ, способность вещей къ переходу въ собственность, и т. п. (см. *Exner* cit. p. 10 и слѣд.; p. 50 и слѣд.; p. 317 и слѣд. Съ нимъ въ существенномъ согласенъ и *Hofmann*. Die Lehre vom *titulus u. modus acquirendi u. von der justa causa traditionis*. 1873 p. 80 и слѣд.). Но источники въ цѣломъ рядъ выражений (сведены у *Stremper*. Ueber die *justa*

<sup>1)</sup> L. 31 pr. D. 41, 1; § 40 I. 2, 1.

<sup>2)</sup> L. 55 D. 44, 7; L. 65 § 4 D. 36, 1.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 39, 5; L. 7 § 3 D. 23, 3; L. 2 pr. § 2—4 D. 12, 1. Dig. de cond. causa data 12, 4.

<sup>4)</sup> *Windscheid*. Pand. I p. 534.

*causa bei der Tradition.* 1856 p. 4 — 9) *tradere* противополагаютъ *dare*, какъ переносъ владѣнія предоставленію права на вещь. Поэтому вѣрнѣе подъ *traditio* разумѣть менѣшее, а именно простой фактъ передачи, подъ *justa же causa* обыкновенно — сдѣлку, сопровождающую эту передачу (*Scheurl* cit. p. 190, 191). Но не всегда необходима наличность именно сдѣлки для перехода права собственности по *traditio*, хотя въ прежнее время почти всѣ ученые были иного мнѣнія. Такъ, со временемъ гlosсаторовъ до половины настоящаго столѣтія, т. е. до Савинъ, подъ *justus titulus traditionis* разумѣли ту сдѣлку, изъ которой слѣдовало заключить обѣ *animus transferendi* и *ac-  
cipiendi dominii*, и такимъ образомъ для каждого перехода права собственности по традиціи требовали наличности сдѣлки; одного *consensus*, какъ бы ясно оно ни было выражено, считалось недостаточнымъ (см. *Landsberg. Die Glosse d. Accursius u. ihre Lehre v. Eigenthum* p. 106, 107).

Впрочемъ, все учение самихъ гlosсаторовъ обѣ *causa trad.* было весьма не-определено поставлено и мало развито. Со временемъ Савинъ (*Oblig.* 2 § 78) господствующее воззрѣніе то, что подъ *just. tit. trad.* разумѣется всякое вѣ-щнее происшествіе или фактъ, изъ котораго слѣдуетъ желаніе перенести право собственности съ одной стороны и желаніе пріобрѣсти его — съ другой сто-роны.

При наличии *consensus* на переходъ собственности, по-слѣдній имѣть мѣсто и тогда, когда, напр., *animus* каждой изъ сторонъ основывается на различныхъ сдѣлкахъ. Такъ, если А. передаетъ Б. съ намѣреніемъ сдѣлать ему подарокъ, а Б. принимаетъ эту сумму за *заемъ*. Въ этомъ случаѣ не будутъ дѣйствительны ни дареніе, ни заемъ, такъ какъ требуемаго согласія по даннымъ сдѣлкамъ не состоялось; но тѣмъ не менѣе, собственность переходить на Б., такъ какъ согласие на такой переходъ выражено несомнѣнно, имѣется и *animus do-  
minii transferendi* и *an. dom. acquirendi*.

По данному вопросу имѣются въ источникахъ два различныхъ рѣшенія, Юліана (L. 36 D, 41, 1) и Ульпіана (L. 18 pr. D. 12, 1). Первый выражаетъ начало, высказанное въ текстѣ; второй же полагаетъ, что если при *traditio* денегъ имѣлась въ виду одной стороной сдѣлка даренія, а другой *заемъ*, то деньги не поступали въ собственность принявшаго ихъ. Послѣ безконечныхъ попытокъ примирить эти два мѣста (изъ послѣднихъ см. *Pagenstecher* cit. 2 p. 218 и слѣд.; *Exner* cit. p. 76 и слѣд.), многіе ученые пришли къ заклю-ченію, что мы имѣемъ дѣло съ дѣйствительными разногласіемъ двухъ юри-стовъ (см. *Scheurl* cit. p. 191 и слѣд.; *Stremper* cit. p. 39); причемъ мнѣніе Юліана болѣе соотвѣтствуетъ теоретической конструкціи передачи, какъ спо-сoba пріобрѣтенія собственности.

Поэтому же не будетъ перехода собственности, когда сто-роны ошибаются въ вещи, т. е. если произошла передача не

той вещи, которую имѣли въ виду стороны<sup>1)</sup>). Въ этомъ случаѣ tradens не желалъ отчуждать переданной вещи. То же будетъ и тогда, когда tradens заблуждался относительно лица accipientis<sup>2)</sup>). Здѣсь нѣтъ желанія отчудить въ пользу accipientis. Не будетъ перехода собственности и въ томъ случаѣ, когда представитель tradentis передаетъ собственную вещь въ убѣжденіи, что она принадлежитъ принципалу<sup>3)</sup>). Во всѣхъ этихъ случаяхъ не будетъ въ наличности consensus, т. е. дѣйствительнаго титула передачи.

Поэтому же не всегда передача вещи при внѣшнемъ jus-tus titulus traditionis переносить собственность на accipiens. Такъ, при куплѣ-продажѣ собственность на купленную вещь устанавливается покупателю только съ момента уплаты покупной цѣны<sup>4)</sup>). До этого же момента нельзя предполагать намѣренія продавца установить на переданную вещь право собственности покупателя.

## 2) Преемство помимо воли прежняго собственника.

Судебный приговоръ, adjudicatio.

Пріобрѣтеніе собственности непосредственно чрезъ судебній приговоръ бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ:—Adjudicatio при т. наз. judicia divisoria, приговоръ по раздѣлу общей вещи<sup>5)</sup>). Этимъ приговоромъ судья можетъ предоставить одной изъ сторонъ собственность въ общей вещи или спорной межѣ<sup>6)</sup>). Тутъ собственность пріобрѣталась непосредственно по приговору<sup>7)</sup>). Эти случаи должно строго отличать отъ тѣхъ, когда приговоромъ только признается собственность въ резулѣтѣ судебнаго о ней спора<sup>8)</sup>). Въ упомянутыхъ случаяхъ обѣ стороны должны быть собственниками данной вещи<sup>9)</sup>).—Когда на заложенную вещь не находится покупателя, то по dominii im-

<sup>1)</sup> L. 34 pr. D. 41, 2; L. 2 § 6 D. 41, 4.

<sup>2)</sup> L. 32 D. 12, 1.

<sup>3)</sup> L. 35 D. 41, 1 cp. L. 49 D. 17, 1. *Vangerow Pand. I § 311 Anm. 3.*

<sup>4)</sup> L. 19 D. 18, 1.

<sup>5)</sup> § 7 I. 4, 17; L. 6 § 3 D. 40, 7; L. 17 D. 41, 3.

<sup>6)</sup> § 4—6 I. 4, 17; L. 12 § 2; L. 16 § 1; L. 36; L. 44 § 1; L. 47 pr.; L. 55 D. 10, 2.

<sup>7)</sup> L. 45 D. 2, 14.

<sup>8)</sup> Cp. L. 8 § 4 D. 8, 5.

<sup>9)</sup> Arg. L. 17 D. 41, 3; L. 7 pr. D. 6, 2.

petratio, она могла быть приговорена въ собственность залого-принимателю<sup>1</sup>). — Съ этими примѣрами имѣютъ много общаго тѣ случаи, когда собственность переносилась судебною властью чрезъ посредство владѣнія. Такъ, сюда относятся: — *Missio in possessionem ex secundo decreto*, когда собственникъ имущества, угрожающаго другому вредомъ, не даетъ *cautionem de danmo infecto*<sup>2</sup>). — Когда судья, во исполненіе своего приговора на непреношность собственности, отнимаетъ вещь у непослушнаго отвѣтчика и передаетъ ее истцу<sup>3</sup>).

Сюда же относится и аукціонная продажа чужого имущества магистратами (*auctio, subhastatio, bonorum sectio, emtio sub corona*). Въ юстиніановомъ правѣ такая продажа магистратомъ вещей, доставшихся казнѣ, переносила собственность только *titulo universalis*<sup>4</sup>).

#### Законъ, lex.

Непосредственно по закону, безъ волеизъявленія собственника или рѣшенія судьи, собственность переходитъ на вещи, подлежащія пошлины и не оплаченныя таковыми, къ лицу, имѣющему право на эту пошлину<sup>5</sup>). Затѣмъ, принадлежащее къ брачному имуществу переходитъ къ дѣтямъ первого брака въ случаѣ вторичнаго вступленія въ бракъ оставшагося родителя. Зданія, въ общей собственности находящіяся, переходятъ къ участнику, которому будетъ отказано остальными участниками пособіе въ поправкѣ. Покинутый участокъ, обложенный податью, переходитъ въ собственность обработывателя, буде собственникъ не окажется въ продолженіи 2 лѣтъ и не вознаградить сдѣланныхъ издержекъ<sup>6</sup>). Наконецъ, нѣсколько случаевъ, когда устанавливается собственность на вещи собственнику денегъ, уплаченныхъ за нихъ другимъ лицомъ отъ своего имени (см. ниже).

<sup>1)</sup> L. 15 § 3 D. 42, 1; L. 3 C. 7, 53; L. 3 C. 8, 23; Cod. 8, 34 de jure dominii impetrando.

<sup>2)</sup> L. 7 pr. L. 15 § 21, 23, 26, 27, 33 D. 39, 2.

<sup>3)</sup> Windscheid. Pand. I § 173.

<sup>4)</sup> L. 54 pr. D. 5, 3.

<sup>5)</sup> Dig. de publicanis et vectigalibus et comissis 39, 4; Cod. 4, 61.

<sup>6)</sup> L. 8 C. 11, 58.

### Usucapio, давностное владѣніе<sup>1)</sup>.

Считать ли usucapio за первоначальный или производный способъ пріобрѣтенія—въ наукѣ разногласіе. За первое большинство ученыхъ, за второе, напр., Brinz (Pand. Bd. I p. 245, 563, 595).

Подъ usucapio разумѣется такой способъ пріобрѣтенія собственности, который основывается на владѣніи чужою вещью въ продолженіе извѣстнаго срока, justo titulo et bona fide. Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti<sup>2)</sup>.

Въ различныя времена давностное владѣніе имѣло различные предположенія.

Давностное владѣніе знали уже XII таблицъ подъ именемъ usus et auctoritas<sup>3)</sup>, каковыми словами обозначалось, что jus civile защищаетъ фактъ владѣнія и пользованія вещью (usus<sup>4</sup>), по истечениіи опредѣленнаго времени, своимъ правовымъ признаніемъ (auctoritas<sup>5</sup>). Позднѣе вошло въ употребленіе другое слово, usucapio (ususcapiо). Пріобрѣтательная давность древняго jus civile вела къ установлению права квиритской собственности на чужую вещь чрезъ владѣніе justo titulo et bona fide въ продолженіе двухъ лѣтъ для fundus italicus (также для aedes) и одного года для движимыхъ предметовъ<sup>6)</sup>: usus auctoritas fundi biennium, ceteragum gregum annus esto. Институтъ этотъ былъ весьма ограниченный въ своихъ условіяхъ. Такъ, только предметы, способные состоять въ квиритской собственности, могли подлежать переходу по давности въ собственность. Не могли быть объектами давности, напр., fundi provinciales<sup>7)</sup>, изъ которыхъ позднѣе главнымъ образомъ состояла поземельная собственность. Не могли пріобрѣтать по usucapio перегрины, какъ неспособные имѣть квиритской собственности<sup>8)</sup>: adversus hostes

<sup>1)</sup> Inst. de usucaptionibus et longi temporis possessionibus 2, 6; Dig. de usurpationibus et usucaptionibus 41, 3; Cod. de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum 7, 33.—Unterholzner. Ausf黨rliche Entwicklung d. gesammten Verj鋜hrungslehre 2 B. ed. 2 1858. Schirmer. Die Grundidee der Usucaption im römischen Recht 1855; Scheurl. Zur Usucapionslehre въ Beiträge zur Bearbeitung d. Röm. Rechts B. 2 H. 1 p. 29—86.

<sup>2)</sup> L. 3 D. 41, 3.

<sup>3)</sup> Cic. Topica 4; pro Caecina 19.

<sup>4)</sup> Cp. L. 115 D. 50, 16.

<sup>5)</sup> Cp. Cic. de off. 1, 12.

<sup>6)</sup> Gaj. 2 § 42, 43.

<sup>7)</sup> L. un. pr. in medio C. 7, 31.

<sup>8)</sup> Cp. Puchta. Adversus hostem aeterna auctoritas въ ero Kleine civilistische Schriften p. 24—71.

aeterna auctoritas esto<sup>1)</sup>). Съ расширенiemъ коммерческаго оборо-  
това съ перегринами и постояннымъ увеличенiemъ числа про-  
винций почувствовалась настоятельная необходимость создать  
особую форму давности въ области примѣненія usus capionis. И  
вотъ появляется въ преторскомъ правѣ т. наз. *longi temporis*  
*praescriptio* или *possessio*. Примѣнялась эта давность безъ раз-  
личія ко всѣмъ движимымъ<sup>2)</sup> и недвижимымъ предметамъ и  
между всѣми свободными жителями римскаго государства; но  
первоначально она не имѣла послѣдствіемъ превращать владѣ-  
ніе въ собственность, а только предоставляла владѣльцу *reg*  
*longum tempus* противъ *rei vindicatio* собственника *exscriptio* или  
*praescriptio longi temporis* или *longae possessionis*<sup>3)</sup>. Такимъ  
образомъ, въ случаѣ потери владѣнія третьему лицу собствен-  
никъ немедленно могъ осуществить свое *rei vindicatio*, а быв-  
шій владѣлецъ не имѣлъ никакихъ средствъ возвратить себѣ  
владѣніе. Позднѣе императорскія конституціи дали этой дав-  
ности значение пріобрѣтательной давности. Условиемъ ея было  
владѣніе, какъ движимою, такъ и недвижимою вещью *bona fide*  
и *justo titulo* въ продолженіе 10 лѣтъ *inter praesentes* или 20-ти  
*inter absentes*<sup>4)</sup>. Давность эта вела къ установлению *dominium*  
*bonitarium* и предоставляла владѣльцу *rei vindicatio utilis* про-  
тивъ всякаго третьяго лица<sup>5)</sup>. — Рядомъ съ этими двумя видами  
давностнаго владѣнія въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ  
извѣстно было еще т. наз. *longissimi temporis* *praescriptio* для  
тѣхъ случаевъ, когда по самому свойству предмета нельзя было  
примѣнить двухъ предыдущихъ видовъ давности, напр., пред-  
метомъ владѣнія была *res furtiva*, или когда владѣлецъ не могъ  
привести *justum titulum* своего владѣнія. Въ этихъ случаяхъ  
чрезъ 30 лѣтъ (для нѣкоторыхъ предметовъ 40 лѣтъ) владѣнія  
противъ *rei vindicatio* собственника представлялось *exscriptio*  
*temporis*<sup>6)</sup>. Значитъ и эта давность первоначально была иско-  
вой погасительной давностью.

Въ это учение о давностномъ владѣніи были внесены Юсти-  
ніаномъ существенные измѣненія.

Съ распространенiemъ правъ римскаго гражданства (осо-

<sup>1)</sup> Cic. de off. 1, 12.

<sup>2)</sup> L. 9 D. 44, 3.

<sup>3)</sup> L. 12 D. 44, 3.

<sup>4)</sup> Paulus 5, 2 § 3.

<sup>5)</sup> L. 8 pr. i. f. C. 7, 39.

<sup>6)</sup> L. 3, 4 C. 7, 39.

бенно по закону Каракаллы), съ административнымъ раздѣлениемъ римской имперіи при Константинѣ, съ уничтоженiemъ при Юстиніанѣ *libertas latina* и *dediticia*, различія *res mancipi* и *pecunia mancipi* и, наконецъ, различія *dominium Quiritarium* и *dominium bonitarium*,—было бы анахронизмомъ дальше удерживать различие между древней *usucapio* и *longi temporis prae scriptio*. И вотъ, въ конституції *de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et pecunia mancipi*,<sup>1)</sup> Юстиніанъ сліль подъ общимъ названiemъ *usucapio* древнее *usucapio* и *longi temporis prae scriptio* преторскаго права, установивъ общія для нихъ предположенія. Что же касается *longissimi temporis prae scriptio*, то ей приданъ было Юстиніаномъ характеръ пріобрѣтательной, но чрезвычайной, давности<sup>2)</sup>. Такимъ образомъ, съ Юстиніана мы должны различать: 1) обыкновенную пріобрѣтательную давность владѣнія (*usucapio*) и 2) чрезвычайную пріобрѣтательную давность владѣнія (*prae scriptio longissimi temporis*).

#### 1. Обыкновенная давность, *usucapio (ordinaria)*.

Общія условія этой давности были слѣдующія:— Требовалось, чтобы вещь, ей подлежащая, не была изъята особымъ законоположеніемъ отъ дѣйствія давности, т. е., чтобы она была изъ числа т. наз. *res habiles*; чтобы на эту вещь установлено было юридическое владѣніе, *possessio*; чтобы это владѣніе основывалось не только на *justus titulus*, но сопровождалось еще *bona fides*; чтобы такое владѣніе непрерывно продолжалось закономъ указанный для давности срокъ, *tempus*.

Всѣ эти условія въ средніе вѣка свели въ одинъ памятный стихъ: *Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.*

*Possessio*. Первымъ условiemъ *usucapionis* есть установление юридического владѣнія надъ вещью<sup>3)</sup>, и притомъ съ намѣреніемъ пріобрѣсти на нее право собственности<sup>4)</sup>. При такъ наз. производномъ владѣніи залогопринимателя и прекариста настоящимъ владѣльцемъ *ad usucapionem* остается передавшій вещь залогодатель и *precario dans*<sup>5)</sup>; принявший же ее разматривается владѣльцемъ со стороны осуществленія интердиктовъ.

<sup>1)</sup> Cod. 7, 31; pr. I, 2, 6.

<sup>2)</sup> L. 8 pr. § 1 D. 7, 39.

<sup>3)</sup> L. 25 D. 41, 3.

<sup>4)</sup> Cp. L. 13 pr. D. 41, 3.

<sup>5)</sup> L. 16 D. 41, 3; L. 1 § 15; L. 36 D. 41, 2; L. 15 § 4 D. 43, 26.

Изъ двухъ мѣстъ источниковъ, а именно L. 14 § 3 D. 44, 3 и L. 13 § 7 D. 41, 2, можно было бы заключить, что настоящими владѣльцами будуть залогоприниматель и прекаристъ, которыхъ владѣніе только зачитывается въ давностный срокъ залогодателю и *precario dans*. Но эти мѣста не относятся къ usucario, а къ *interd. utrubi* въ до-юстиніановой его формѣ, и вошли въ сводъ по недосмотру (см. *Arndts. Pand.* § 161 п. 2). — Но не всякое производное владѣніе имѣть указанное послѣдствіе; секвестръ служить препятствіемъ для usucario какой либо изъ сторонъ (L. 39 D. 41, 2).

Понятно, что юридическое владѣніе при usucario должно соединять въ себѣ всѣ общія условія такового владѣнія, напр., о субъективныхъ условіяхъ владѣльца, о способности вещи состоять въ юрид. владѣніи, и т. д.

*Res habilis*, т. е. вещь должна быть изъ числа такихъ, которые могли быть приобрѣтаемы въ собственность по давности. По общему правилу таковыми были всѣ вещи, способные состоять на правѣ собственности. Только по исключенію изъяты были изъ дѣйствія давностнаго владѣнія нѣкоторые разряды вещей, а именно по двумъ основаніямъ: а) въ силу особой привилегіи собственника, вещи, ему принадлежащія, не могли быть узаконированы: это, такъ сказать, *vitia ex persona*; и б) въ силу признаковъ самихъ вещей, *vitia ex re*, онѣ не могли подлежать давности, были *res vitiosae*.

А) По *vitia ex persona* неспособны подлежать дѣйствію usucaptionis слѣдующіе разряды вещей: — 1) *Res dominicæ*,<sup>1)</sup> вещи государя; 2) *res fiscales*<sup>2)</sup>, вещи казны, какъ юридического лица (*pecunia populi, patrimonium fisci*), а не *res publicæ*, которая сама по себѣ была изъ числа *res extra commercium*; 3) *res civitatum*<sup>3)</sup>, вещи городскихъ общинъ, но не такія, какъ театры и т. д., т. е. вообще изъятыя изъ оборота; 4) недвижимости церквей и благотворительныхъ учрежденій<sup>4)</sup>; 5) вещи отсутствующихъ на войнѣ<sup>5)</sup>, военноплѣнныхъ и лицъ моложе 25 лѣтъ, *minores*. Относительно послѣднихъ до Юстиніана возможно было выполнение usucaptionis<sup>6)</sup>, противъ которой они

<sup>1)</sup> Tit. Cod. ne rei dominicæ vindic. temp. praescript. submov. 7, 38; L. 6 C. 11, 61.

<sup>2)</sup> § 9 J. 2, 6; L. 18; L. 24 § 1 D. 41, 3.

<sup>3)</sup> L. 9 D. 41, 3 ер. L. 15 § 27 D. 34, 2; Paul. Sent. Recept. 5, 2 § 4. Vangerow. Pand. 1 § 317 п. А. 4.

<sup>4)</sup> Nov. 111, 1; Nov. 131, 6.

<sup>5)</sup> L. 4 C. 7, 35.

<sup>6)</sup> L. 2 D. 27, 5.

могли защищаться *in integrum restituzione*<sup>1)</sup>). Но Юстиніанъ постановилъ<sup>2)</sup>, что по вопросу о давности владѣнія къ минорамъ прилагаются правила, установленныя для нихъ по вопросу о погасительной давности иска, а именно, что теченіе ея останавливается на все время несовершеннолѣтія<sup>3)</sup>.

Таково господствующее возврѣніе по вопросу о давностномъ владѣніи вещами несовершеннолѣтнихъ (см., напр., *Unterholzner* cit. I § 35; *Pagenstecher* cit. 2 р. 280 и слѣд.). По мнѣнію же другихъ писателей (напр. *Vangerow*. Pand. 1 § 317 п. А. 5) и по Юстиніанову праву возможно было выполнение давностнаго владѣнія по вещамъ несовершеннолѣтнихъ, но что только послѣдніе имѣли противъ убыточныхъ послѣдствій этой давности право просить *in integr. restitutio*. Треты (напр., *Puchta*. Lehrbuch § 158 п. f.) приимирили эти два возврѣнія, дѣлая различіе между движимыми и недвижимыми вещами.

Б) Въ силу *vitium rei inhærens* были изъяты изъ дѣйствія давностнаго владѣнія: 1) *Res furtivæ*<sup>4)</sup> (уже по XII таблицамъ, а позднѣе по *lex Atinia* около 200 г. до Р. Х.<sup>5)</sup>), т. е. не только украденныя вещи, но также и добытыя грабежомъ. На эти вещи не допускалось выполненіе давности не только самому *fur*, но и третьему лицу, которое приобрѣтаетъ отъ послѣднаго вещи *justo titulo* и *bona fide*<sup>6)</sup>. Но плоды украденной вещи сами по себѣ могли подлежать узакапії<sup>7)</sup>.

Послѣднее въ наукѣ еще далеко не установлено, благодаря различію мнѣній самихъ римскихъ юристовъ. См. *Beer*. Ueber die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen nach röm. Recht. 1884.

Только по очищеніи похищенныхъ вещей отъ даннаго недостатка (*purgatio vitii*) онѣ получали способность подлежать дѣйствію давности. Очищеніе нормально совершалось тѣмъ, что *res furtivæ* поступали вновь во власть (*potestas*) ихъ собственника<sup>8)</sup> или его представителя<sup>9)</sup>. Украденная вещь считалась возвращеною подъ власть собственника, когда онѣ получаль-

<sup>1)</sup> L. un. C. 2, 36; L. 4 § 24 D. 44, 4.

<sup>2)</sup> L. 5 C. 2, 41.

<sup>3)</sup> L. 3 C. 7, 35.

<sup>4)</sup> Gajus 2, 45, 49; § 2, 3 J. 2, 6; L. 4 § 6; L. 33 pr. D. 41, 3; L. 215 D. 50, 6; L. 1 C. 6, 1.

<sup>5)</sup> *Unterholzner*. Verjährl. § 59.

<sup>6)</sup> Gajus 2, 49.

<sup>7)</sup> L. 4 § 19; L. 10 § 2; L. 33 pr. D. 41, 3; L. 11 § 4 D. 6, 2; L. 26 D. 50, 16.

<sup>8)</sup> § 8 J. 2, 6; § 12 J. 4, 1; L. 4 § 6, 12, 21; L. 49 D. 41, 3; L. 7 § 3, 7 D. 41, 4; L. 84 D. 47, 2; L. 215 D. 50, 16.

<sup>9)</sup> L. 4 § 8—11 D. 41, 3. См. *Vangerow* Pand. 1 § 317 п. А. 4.

владѣніе надъ нею, притомъ такое, которое не могло быть отнято у него правовыми средствами, и при сознаніи, что возвращенная вещь именно его собственная, у него до того похищенная<sup>1)</sup>; или когда представлялась возможность путемъ иска получить вещь обратно<sup>2)</sup>.

Весьма спорно въ наукѣ, совершается ли очищеніе возвращеніемъ вещи подъ власть такого обокраденаго лица, которое не было собственникомъ вещи, напр. залогопринимателя, узуфруктуарія (ср. L. 4 § 6 D. 41, 3 и L. 49 D. 41, 3. *Arndts. Pand.* § 162 п. 3).

Но позднѣе съ указаннымъ очищениемъ сравнены были тѣ случаи, когда res furtiva переходитъ къ третьему лицу съ согласія собственника<sup>3)</sup>, когда воръ приобрѣтаетъ на нее собственность<sup>4)</sup>, и т. п.

2) Res vi possessae, т. е. поземельные участки, захваченные кѣмъ либо силою во владѣніе (по lex Julia et Plautia отъ конца республики<sup>5)</sup>). Подлежатъ очищению, какъ res furtivae:<sup>6)</sup>.

3) По постановленію Юстиніана<sup>7)</sup>, поземельные участки, отчужденные недобросовѣстнымъ владѣльцемъ, до того времени, пока собственникъ не узнаетъ объ этомъ отчужденіи и о своемъ правѣ на вещь и не будетъ въ состояніи осуществить по-слѣдняго.

4) Tignum junctum, матеріаль, застроенный въ чужое зданіе, пока не прекратится эта связь.

5) Всѣ вещи, которыхъ запрещено отчуждать, ибо alienationis verbum etiam usucaptionem continet<sup>8)</sup>. Такъ, назначенные по легату вещи и отчужденные наследникомъ<sup>9)</sup>. Далѣе, по постановленію Юстиніана сюда относится fundus dotalis<sup>10)</sup>, пока жена не можетъ предъявить иска на возвращеніе<sup>11)</sup>. По постановленію Константина bona adventitia regularia, пока продолжается отцовская власть<sup>12)</sup>. Затѣмъ, вещи опекаемыхъ, которыхъ

<sup>1)</sup> L. 4 § 12 D. 41, 3; L. 22 D. 41, 2; L. 86 D. 47, 2.

<sup>2)</sup> L. 215 D. 50, 16.

<sup>3)</sup> L. 4 § 13, 14; L. 32 pr. D. 41, 3.

<sup>4)</sup> L. 42 in f. D. 41, 3.

<sup>5)</sup> Gajus 2, 45; § 2 J. 2, 6; L. 4 § 22—26, 28; L. 33 § 2 D. 41, 3.

<sup>6)</sup> § 8 J. 2, 6; L. 33 § 2 D. 41, 3; L. 86 D. 47, 2; L. ult. D. 47, 8; L. 5 C. 7, 26.

<sup>7)</sup> Novell. 119, 7.

<sup>8)</sup> L. 28 pr. D. 50, 16 ср. L. 12 § 4 D. 6, 2.

<sup>9)</sup> L. 3 § 3 C. 6, 43.

<sup>10)</sup> L. 16 D. 28, 5.

<sup>11)</sup> L. 30 C. 5, 12.

<sup>12)</sup> L. 1 in f. C. 6, 60; L. 4 in f. C. 6, 61; L. 1 § 2 C. 7, 40.

не могутъ быть отчуждены безъ декрета высшей опекунской власти<sup>1)</sup>). По lex Julia repetundarum, вещи, которыхъ подъ какимъ либо титуломъ переходили contra legem repetund. къ про-консуламъ, преторамъ, намѣстникамъ провинціи<sup>2)</sup>. Спорныя межи<sup>3)</sup>.

Justus titulus<sup>4)</sup>.—Для приобрѣтенія права собственности по давностному владѣнію необходимо, чтобы это владѣніе основывалось на такомъ обстоятельствѣ, которое само по себѣ, in abstracto, способно вести къ установлѣнію права собственности, но въ данномъ случаѣ, in concreto, не ведеть къ такому послѣдствію по какимъ либо недостаткамъ. Напр.: А. покупаетъ у Б. вещь и получаетъ ее путемъ передачи. Купля-продажа, сопровождаемая передачей, способна устанавливать право собственности на вещь. Но если Б., продавецъ, не будетъ собственникомъ, а только владѣльцемъ вещи, то онъ не можетъ перенести по куплѣ-продажѣ собственность, а только владѣніе. Вотъ этотъ недостатокъ и восполняется давностью.

Если имѣемъ дѣло съ такимъ титуломъ, который никогда не будетъ имѣть своимъ слѣдствіемъ установлѣніе права собственности, а можетъ вести только къ detentio rei,—то на такомъ титулѣ не можетъ основываться давностное владѣніе, какъ напр., на договорѣ ссуды (commodatum), на поклажѣ (depositum) и т. д.

Иногда давностное владѣніе выполняется, когда оно въ основѣ не имѣть никакого титула, или имѣть такой титулъ, который неспособенъ устанавливать право собственности. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о titulus putativus<sup>5)</sup>:—а) Если въ основѣ владѣнія не имѣется вовсе титула, тогда какъ владѣлецъ представляетъ себѣ наличность какого нибудь титула (напр., думаетъ, что владѣть вещью по отказу, котораго не было), то usucapio не можетъ имѣть мѣста<sup>6)</sup>. Но въ иныхъ случаяхъ, когда такое представленіе о титулѣ основано на весьма уважительномъ фактическомъ заблужденіи, положительнымъ правомъ допускается usucapio, какъ бы титуль (pro suo) былъ на лицо<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 3 § 5 D. 27, 9.

<sup>2)</sup> L. 8 D. 48, 11; L. 48 pr. D. 41, 1.

<sup>3)</sup> L. 6 C. 3, 39.

<sup>4)</sup> Stintzing. Das Wesen von bona fides und titulus 1852.

<sup>5)</sup> См. Wächter. Pandekt. 2 p. 154, 155.

<sup>6)</sup> L. 27 D. 41, 3; L. 2 pr. D. 41, 4; L. 2 D. 41, 8; § 11 J. 2, 6.

<sup>7)</sup> L. 4 § 2; L. 5 § 1 D. 41, 10; L. 11 D. 41, 4.

б) Въ другихъ случаяхъ владѣніе основывается на титулѣ, но который выражается въ ничтожномъ актѣ (напр., совершена купля-продажа съ слабоумнымъ); тутъ также фактическое заблужденіе дѣлаетъ изъ мнимаго титула *titulus justus*<sup>1)</sup>.

Титуловъ давностнаго владѣнія столько, сколько существуетъ актовъ приобрѣтенія собственности: *genera posessionum tot sunt, quot et causae adquirendi ejus, quod nostrum non sit.* Титуль поэтому обыкновенно обозначается наименованіемъ самой юридической сдѣлки при предлогѣ *pro: possidere pro emtore*<sup>2)</sup>, *pro donato*<sup>3)</sup>, *pro legato, pro dote*<sup>4)</sup>, *pro herede*<sup>5)</sup>, *pro noxae dedito*, и т. д. Особенное вниманіе слѣдуетъ обратить на *titulus*, обозначаемый словами *pro suo*. Такъ обозначается прежде всего мнимый титулъ (см. выше подъ а), затѣмъ владѣніе, къ которому нельзя приложить какого нибудь специально выставленнаго титула (напр., владѣніе родившимся отъ рабыни ребенкомъ), или титулъ, не имѣющій въ источникахъ особаго наименованія (напр., владѣніе по *iusjurandum extrajudiciale*), а наконецъ, *pro suo* было общимъ обозначеніемъ всякаго *justus titulus*, имъ выражалось, что владѣютъ вещью, считая ее приналежащею себѣ<sup>6)</sup>.

*Bona fides*<sup>7)</sup>. Для выполненія давностнаго владѣнія требуется, чтобы владѣлецъ находился въ убѣждениіи, что онъ собственникъ владѣемой вещи. Подъ *bona fides* разумѣется убѣженіе лица въ томъ, что, обладаніемъ вещи на правахъ хозяина, оно не нарушаетъ ничьихъ правъ, напр., если оно купило эту вещь въ убѣждении, что продавецъ былъ дѣйствительнымъ собственникомъ ея. Итакъ, давностное владѣніе основывается всегда на заблужденіи, *errog*<sup>8)</sup>.

Насколько къ *usucario* примѣняются общія правила объ *errog*, въ наукѣ споръ. Большинство (*Arndts. Pand. § 160 note n* и въ *Anm. 4*) полагаетъ, что *bona fides*, основанная на *errog juris*, никогда не ведетъ *am usucaptionem*; NB

<sup>1)</sup> L. 2 § 15, 16 D. 41, 4; L. 9 D. 41, 8.

<sup>2)</sup> Dig. 41, 4 *pro emtore*; Cod. 7, 26.

<sup>3)</sup> Dig. 41, 6 *pro donato*; Cod. 7, 27.

<sup>4)</sup> Dig. 41, 9 *pro dote*; Cod. 7, 28.

<sup>5)</sup> Dig. 41, 5 *pro herede*; Cod. 7, 29.

<sup>6)</sup> L. 1 pr.; L. 4 § 2; L. 5 § 1 D. 41, 10.

<sup>7)</sup> *Wächter. Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums.* 1871; *Brunns. Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung* 1872; *Ejusd. Zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung* въ *Archiv. f. d. civil. Praxis N. F.* Bd. 7 Heidelberg 1874 p. 275—305.

<sup>8)</sup> L. 109 D. 50, 16. Но см. *Brunns. D. Wesen d. bona f. p. 77, 78.*

error facti извиняется, когда онъ будетъ probabilis. Другіе ученые (*Wächter. Pandekt.* 2 р. 156, 157), выходя изъ общаго смысла bona fidei, считаютъ для usucapio безразличнымъ самый родъ заблужденія; они не находятъ ни одного мѣста источниковъ, которое отрицало бы bona fides при error juris, а наоборотъ, выводятъ изъ источниковъ такое положеніе, что bona fides будетъ на лицо и тогда, когда кто либо по error juris считаетъ себя дѣйствительно управомоченнымъ.

Нѣкоторые ученые (напр., *Brunns. D. Wesen der bona fides bei d. Ersitzung* р. 78—80; 89—92) отрицаютъ всякую связь bona fides съ заблужденіемъ, опредѣляя fides не убѣженіемъ, вѣрой, а честностью, добросовѣтностью.

Bona fides требуется только въ началѣ владѣнія<sup>1)</sup>: mala fides superveniens non nocet.

Добросовѣтность или недобросовѣтность владѣнія можетъ опредѣляться только тѣми признаками, которые имѣются на лицо въ моментъ приобрѣтенія его; что за симъ происходитъ въ душѣ владѣльца—то вліять на характеръ установившагося уже отношенія не можетъ.

Въ наукѣ существуютъ самыя разнообразныя объясненія разматривае-мого начала (см. *Brinz. Zum Rechte der bonae fidei possessio § V*). Нами принятное мнѣніе впервые высказано у *Scheurl. Beiträge* 1 р. 220.

При купѣ-продажѣ римское право специаль но требовало наличность bona fidei не только при traditio, но уже и при самомъ заключеніи сдѣлки<sup>2)</sup>. При приобрѣтеніи владѣнія чрезъ представителя требуется bona fides въ лицѣ представляемаго, но если представительство происходитъ помимо воли представляемаго, то bona fides должна быть въ лицѣ и представителя, и представляемаго<sup>3)</sup>.

Въ до-юстиниановомъ правѣ для цѣлаго ряда случаевъ mala fides не считалась препятствиемъ къ usucapio. Это такъ наз. usucapiones lucrativae<sup>4)</sup>. Сюда относились: а) Usucapio pro herede<sup>5)</sup>. Если наследникъ замедлилъ принять наследство, то всякое постороннее лицо могло пріобрѣсти по годовой давности владѣнія право собственности на него<sup>6)</sup>. Имп. Адріанъ предо-ставилъ наследнику и по выполненію давности hereditatis re-titio противъ овладѣвшаго mala fides наследствомъ<sup>7)</sup>. Затѣмъ

<sup>1)</sup> L. 4 § 18 D. 41, 3 ер. L. 2 pr. D. 41, 4.

<sup>2)</sup> L. 2 pr. i. f. D. 41, 4.

<sup>3)</sup> L. 2 § 10—13 D. 41, 4.

<sup>4)</sup> Gaj. 2, 52—61.

<sup>5)</sup> Scheurl. Usucapio pro herede въ Beitr. I р. 94—102.

<sup>6)</sup> Gajus 2, 52—56.

<sup>7)</sup> Gaj. 2, 57.

Маркъ Аврелій положилъ уголовное преслѣдованіе противъ узурпаторовъ чужого наслѣдства<sup>1)</sup>). Съ этихъ поръ usucario pro herede потеряло свое практическое значеніе. При Юстиніанѣ же оно подводилось уже подъ общія правила всякаго давностнаго владѣнія. б) Usureceptio ex fiducia<sup>2)</sup>, т. е. годовая давность въ пользу собственника вещи, заложенной въ формѣ fiducia и попавшей въ руки залогодателю ни по сдѣлкѣ найма съ залогопринимателемъ, ни по прекаріуму. Въ юстиніановомъ правѣ этой формы залога уже не существовало<sup>3)</sup>. в) Usureceptio ex praediatura<sup>4)</sup>, давность въ пользу собственника вещи, обязанной государству и имъ проданной, а затѣмъ извѣстный срокъ (для земли 2 года) оставленной покупщикомъ (praedicator, qui mercatur a populo) во владѣніи ея собственника. Въ юстиніановомъ правѣ болѣе не упоминается<sup>5)</sup>. г) Usucario ex Rutiliana constitutione, давность въ пользу того, кто купилъ у женщины, безъ участія опекуна, res mancipi и въ продолженіе 1 или 2 лѣтъ не получилъ обратно уплаченной суммы<sup>6)</sup>. Съ уничтоженіемъ пожизненной опеки женщинъ исчезла само сою и эта давность.

*Tempus*, срокъ. Срокъ давностнаго владѣнія былъ 3 года для движимыхъ вещей, а для недвижимыхъ 10 или 20 лѣтъ; первое *inter praesentes*, второе—*inter absentes*<sup>7)</sup>, т. е. смотря по тому, будуть ли собственникъ и владѣлецъ по давности имѣть свой *domicilium* въ одной и той же провинціи или нѣтъ<sup>8)</sup>. Мѣстонахожденіе приобрѣтаемой по давности вещи безразлично. Если часть давностнаго срока приобрѣтающей и собственникъ были *praesentes*, а другую часть—*absentes*, то въ послѣднемъ случаѣ остальные года 10-ти-лѣтняго срока должны быть удвоены<sup>9)</sup>. Затѣмъ, всѣ дни данного срока принимаются въ разсчетъ (*tempus continuum*), за исключеніемъ случаевъ *prae scriptio dormiens* (*quiescens*). Такъ, приостанавливается давность, когда вещь поступаетъ въ собственность лица, противъ которого не допускается давности (напр., несовершеннолѣтняго), или когда

<sup>1)</sup> L. 1 D. 47, 19.

<sup>2)</sup> Gajus 2 § 59, 60.

<sup>3)</sup> O L. 16 D. 44 7 см. *Machelard. Interdits en dr. rom.* p. 101, 103.

<sup>4)</sup> Gajus 2, 61.

<sup>5)</sup> O L. 9 D. 18, 5 см. *Machelard. Interdits en dr. rom.* p. 106.

<sup>6)</sup> Fragm. Vatic. § 1.

<sup>7)</sup> Pr. J. 2, 6.

<sup>8)</sup> L. 12 C. 7, 33.

<sup>9)</sup> Nov. 119, 8.

предъявлению иска со стороны собственника имѣются правовые препятствия (*agere non valenti non currit praescriptio*<sup>1</sup>). Вычи-  
161 сление происходит по началамъ *comptatio civilis*, т. е. не а  
 momento ad momentum, но а die ad diem. При этомъ прила-  
 гается правило: *dies ultimus coeptus pro jam completo habetur*,  
 т. е. давность считается выполнившою съ началомъ послѣд-  
 няго дня данного срока<sup>2</sup>).

Владѣніе въ продолженіе данного срока должно отправляться непрерывно. Перерывъ (*usurpatio*<sup>3</sup>) лишаетъ предшествующее владѣніе всякаго значенія. Перерывъ можетъ выражаться или въ томъ, что *usucapiens* лишается владѣнія (*naturalis usurpatio*<sup>4</sup>), или вещь становится *non habilis* (напр., поступать въ собственность казны), или самъ владѣлецъ дѣлается неспособнымъ приобрѣтать по давностному владѣнію (напр., по древнему праву если *civis* становился позднѣе *servus* или *reregrinus*).

Предъявліе собственникомъ иска противъ владѣльца не прерываетъ давности, но можетъ имѣть послѣдствія, подобныя перерыву. Такъ напр., собственникъ предъявляетъ искъ въ теченіе давности и дѣло доходитъ до *litis contestatio*. Если отъ этого момента до постановленія приговора выполняется давностный срокъ, то владѣлецъ приобрѣтаетъ по *usucario* собственность на вещь. Но если затѣмъ приговоръ будетъ въ пользу истца, то отвѣтчикъ лишается выгоды выполнившейся давности, обязуется выдать вещь. *Fragm. Vat.* § 12; L. 17—21 D. 6, 1. Приложеніе этого начала въ юстиниановомъ правѣ спорно (см. *Arndts. Pand.* § 163 п. 2).

Изъ правила о непрерывности владѣнія римское право допускало изъятія въ видѣ зачета новому владѣльцу въ давностный срокъ времени владѣнія *auctoris*, т. наз. *accessio possessio- nis*<sup>5</sup>). Зачетъ этотъ допускается какъ а) при *successio singularis*, такъ и б) при *successio universalis*.

а) Въ первомъ случаѣ требуется прежде всего, чтобы владѣніе, переходящее отъ *auctor'a* на *successor'a*, было непрерывное<sup>6</sup>); затѣмъ, чтобы преемникъ самъ лично находился *in conditione usucapiendi*, т. е. приобрѣлъ владѣніе *justo titulo* и *bona fide*<sup>7</sup>). При этихъ только условіяхъ совершается въ давностный срокъ зачетъ владѣнія *auctoris*. Римскіе юристы ясно со-

<sup>1)</sup> § 29 J. 2, 1; L. 30 C. 5, 12; L. 1 § 2 C. 7, 40.

<sup>2)</sup> L. 15 pr. D. 44, 3; L. 6, 7 D. 41, 3.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 41, 3.

<sup>4)</sup> L. 5 D. 41, 3.

<sup>5)</sup> *Dig. de divers. tempor. praescript., et de accessionibus possessionum* 44, 3.

<sup>6)</sup> L. 15 § 1 D. 44, 3; L. 13 § 4 D. 41, 2.

<sup>7)</sup> L. 13 § 13 D. 41, 2; L. un. § 3 C. 7, 31.

знавали отклонение въ этихъ случаяхъ отъ начала непрерывности,—ибо давностное владѣніе преемника было новымъ владѣніемъ,— и поэтому только постепенно допускали зачетъ.

б) Во второй категоріи случаевъ зачета имѣеть дѣло съ такъ наз. теперь *successio in conditionem usucapiendi*, а именно, со смертью владѣльца *ad usucaptionem* теченіе давностнаго владѣнія не останавливается<sup>1)</sup>). Для выполненія *usucaptionis* не требуется даже, чтобы наследникъ вступилъ во владѣніе: *usucaptionis* можетъ выполниться и въ состояніи такъ наз. *hereditas jacens*<sup>2)</sup>). Но требуется только, чтобы въ промежутокъ отъ смерти наследодателя до выполненія *usucaptionis* не имѣлось владѣнія третьяго лица<sup>3)</sup>). И въ этихъ случаяхъ нельзя не видѣть отклоненія<sup>4)</sup> отъ начала непрерывности, ибо со смертью наследодателя несомнѣнно прерывается владѣніе, а вмѣсть и *usucaptionis*. Основаніе же этого изъятія заключается въ понятіи наследованія, какъ вступленія во всѣ имущественные права наследодателя<sup>5)</sup>, а въ томъ числѣ и въ права *usucaptionis*.

## 2. Чрезвычайная давность владѣнія (*præscriptio longissimi temporis*).

Чрезвычайная давность имѣеть приложеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда нельзя сослаться на обыкновенную давность. Признаки ея слѣдующіе: она прилагается и къ владѣнію всѣми тѣми вещами, которые изъяты изъ дѣйствія обыкновенной давности<sup>6)</sup>). Такъ, воровствомъ и грабежомъ добытая вещь подлежали чрезвычайной давности, равно какъ вещи, которыхъ отчужденіе запрещено, какъ-то: *res impuerum, furiosi, prodigi, bona adventitia, fundus dotalis*.

Требуется *bona fides* при началѣ владѣнія<sup>7)</sup>; *justus* же *titulus* не требовался. Но такъ какъ *bona fides* должно же на чемъ либо основываться, то и въ данномъ случаѣ будетъ *titulus*, который можетъ быть *tit. putativus*<sup>8)</sup>.

Наличность всѣхъ условій такъ назыв. исковой давности,

<sup>1)</sup> § 12 J. 2, 6; L. 2 § 18, 19 D. 41, 4.

<sup>2)</sup> L. 31 § 5; L. 40 D. 41, 3; L. 6 § 2 D. 41, 4.

<sup>3)</sup> L. 20 D. 41, 3; L. 6 § 2 in f. D. 41, 4.

<sup>4)</sup> L. 44 § 3 D. 41, 3.

<sup>5)</sup> Cp. L. 22 D. 41, 3; L. 30 pr. D. 4, 6.

<sup>6)</sup> *Windscheid. Pand. 1* § 183.

<sup>7)</sup> L. 8 pr. § 1 C. 7, 39.

<sup>8)</sup> См. *Unterholzner cit. 1* § 104; 2 § 185. *Brinz. Pand. 1* § 62 cp. *Arndts. Pand. § 164* и п. 2. Справ. *Brunns. D. Wesen d. bona fides p. 99, 100.*

? т. е. чтобы: а) *Rei vindicatio* была *nata*. б) Собственникъ не предъявлять иска. в) Истечеиe 30 лѣтъ. Этотъ срокъ иногда увеличивался на 40 лѣтъ, а именно для *res litigiosae*, отчужденныхъ одною изъ судебныхъ сторонъ, для имущества государства, правителя, церквей и благотворительныхъ учреждений. Теченіе этого срока должно быть непрерывно по началамъ исковой давности. Но при счетѣ допускается и при чрезвычайной давности *accessio possessionis*.

### Б) Пріобрѣтеніе безъ преемственности.

#### 1) Захватъ никому не принадлежащихъ вещей, *occupatio*.

Вещь безхозяйная, никому не принадлежащая (*res nullius*), поступаетъ въ собственность тому, кто первый ею овладѣть *animi sibi habendi: res nullius cedit occupanti*<sup>1)</sup>). Основывается это положеніе на естественномъ заключеніи разума. Итакъ, *occupatio* есть овладѣніе вещью, никому не принадлежащею, съ намѣреніемъ сдѣлаться ея собственникомъ. Изъ этого опредѣленія вытекаютъ слѣдующія условія *occupationis*:

А) *Субъективныя*. *Occupans* можетъ быть всякой, кто своею волею въ состояніи пріобрѣсти владѣніе и собственность.

Б) *Объективныя*. Предметомъ *occupat.* могутъ быть только вещи, никому не принадлежащія, *res nullius*, съ которыми не слѣдуетъ смѣшивать *res, quae nullius in bonis sunt* (т. е. *res extra commercium*). Поэтому находка чужихъ потерянныхъ вещей не устанавливала права собственности нашедшему, ибо потеря не прекращала права собственности прежнаго хозяина<sup>2)</sup>. Къ *res nullius* относятся:

1) Вещи, никому не принадлежащія въ собственность, какъ-то: камни, раковины, и т. п., выброшенныя моремъ<sup>3)</sup>, *insula, quae in mari nata est*, вновь открытая земли. Сюда же относятся и дикия животныя, *ferae bestiae*, которыхъ поступаютъ въ собственность къ первому овладѣвшему ими, безъ вниманія къ тому, на чьей землѣ производилась охота. Римское право

<sup>1)</sup> L. 3 pr. D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 67 D. 6, 1. См. *Delbrück. Vom Finden verlorener Sachen* въ Jahrb. f. d. Dogmat. B. 3 p. 6—9.

<sup>3)</sup> § 18 J. 2, 1.

отдѣляло вопросъ о правѣ охоты (*jus venandi*) отъ права собственности овладѣвшаго животнымъ<sup>1)</sup>.

2) Вещи, прежде принадлежавшія кому либо въ собственность. Сюда относятся:

а) Вещи, принадлежавшія непріятелю, *praeda*, добыча. На непріятельскія земли квиритарную собственность приобрѣтало occupatione римское государство; земли эти становились *ager publicus populi Romani*. Понятіе *praedae* относилось только къ движимымъ вещамъ, принадлежавшимъ гражданамъ чужого государства и на войнѣ захваченнымъ римскими воинами. Вещи эти, признававшіяся до того за *res nullius*, путемъ оккупации становились квиритскою собственностью<sup>2)</sup>.

Въ наукѣ встрѣчаемъ оживленный споръ о природѣ *bellica occupatio*: считать ли ее за частный способъ приобрѣтенія собственности или нѣтъ (см. Stern. D. Unterschied zwisch. civil. u. natur. Eigenthumserwerbsarten p. 24—36).

б) Вещи, оставленные собственникомъ съ намѣреніемъ отказаться отъ права собственности на нихъ, *res derelictae* (см. ниже).

в) Дикія животныя, вернувшіяся на свободу изъ неволи, и прирученные животныя (*animalia mansuetata*), потерявшия *consuetudinem revertendi*<sup>3)</sup>.

г) Кладъ, *thesaurus*. Подъ кладомъ разумѣются цѣнныя движимыя вещи, издавна спрятанныя въ другой вещи, землѣ, или движимой же вещи, такъ что нельзя узнать ихъ собственника: *thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat*<sup>4)</sup>). Отъ потерянной вещи, которая можетъ быть также цѣнной и спрятанной вещью<sup>5)</sup>), кладъ отличается тѣмъ, что онъ представляетъ вещи, положенные издавна и не оставляющія возможность опредѣлить ихъ собственника; тогда какъ потерянными вещами будутъ тѣ вещи, которые утеряны недавно, и существуетъ еще предположеніе о возможности отыскать ихъ собственника<sup>6)</sup>.

Многіе ученые не признаютъ кладъ за *res nullius* на томъ основаніи, что тутъ нельзя видѣть *derelictio* со стороны собственника, а поэтому, съ другой

<sup>1)</sup> Wächter. Das Jagdrecht u. die Jagdvergehen. 1868, 1869.

<sup>2)</sup> § 17 J. 2, 1; L. 5 § 7; L. 51 § 1 D. 41, 1; L. 1 § 1 D. 41, 2.

<sup>3)</sup> § 12—16 J. 2, 1; L. 1 § 1; L. 5; L. 55 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> L. 31 § 1 D. 41, 1.

<sup>5)</sup> L. 67 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> Delbrück. Vom Finden verlor. Sachen cit. p. 20, 21.

стороны, тутъ явно выражено желаніе положившаго кладъ перенести собственность въ немъ на своихъ наследниковъ, эти же въ свою очередь предполагаются переносящими собственность на своихъ наследниковъ и т. д. (см. Schmidt. Pandecten. B. I p. 70). Воззрѣніе это едва ли справедливо уже потому, что сознаніе собственности при кладѣ исчезаетъ вовсе, а затѣмъ и потому, что распределеніе клада въ собственность не носитъ на себѣ и признаковъ принадлежности его къ чьему либо имуществу.

### Послѣдствія *inventionis thesauri* слѣдующія<sup>1)</sup>:

1) Будетъ найденъ кладъ на ~~собственной~~ землѣ, то онъ весь поступаетъ въ собственность нашедшаго.

2) Будетъ найденъ кладъ на ~~чужой~~ землѣ, то дѣлается различие: была ли находка случайная или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ кладъ дѣлится пополамъ между нашедшимъ и собственникомъ земли. Если же нашедшій кладъ искалъ его, то весь кладъ поступаетъ собственнику земли. Послѣднія правила прилагаются и къ случаямъ находки клада на собственности государства, какъ-то: публичныхъ дорогахъ, публичныхъ рѣкахъ, а также и на *locus sacer* и *religiosus*.

Касательно послѣднихъ случаевъ въ источникахъ имѣются два мѣста, несогласныхъ другъ другу: L. 3 § 10 D. 49, 14 и § 39 J. 2, 1. Изъ первого слѣдуетъ, что половина найденнаго въ *locus relig.* клада поступаетъ въ казну, а изъ второго, что онъ весь идетъ нашедшему. Дѣло, конечно, идетъ только о случайной находкѣ, ибо намѣренное исканіе въ *locus sacer* и *religiosus* считалось за преступленіе (Th. C. IX, 17 *De sepulcro violato*; Cod. 9, 19; L. 9 § 1 D. 48, 13) и вело за собою отображеніе найденнаго клада въ казну (L. 5 pr. D. 3, 6; L. 134 D. 50, 17). См. *Sell. D. Eigenthum* p. 88—90).

### 2) *Accessio*, приращеніе<sup>2)</sup>.

Подъ *accessio* разумѣется такой способъ приобрѣтенія собственности, когда вещь, принадлежащая одному лицу, соединяется съ вещью, принадлежащею другому, такъ что одна изъ нихъ принимаетъ характеръ принадлежности другой и въ силу этого поступаетъ въ собственность господина главной вещи по началу: *res accessoria semper sequitur rem principalem*. Итакъ, для *accessio* необходимо, чтобы 1) соединяющіеся предметы принадлежали различнымъ собственникамъ; поэтому приобрѣтеніе собственности надъ плодами (*fructuum perceptio*) наши ис-

<sup>1)</sup> § 39 J. 2, 1; L. 31 § 1; L. 63 D. 41, 1; Cod. 10, 15 *de thesauris*.

<sup>2)</sup> См. Bechmann. Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession u. v. d. Sachgesammtheiten. 1867.

точники нерѣдко считаютъ за самостоятельный отъ accessio способъ приобрѣтенія собственности. 2) Соединеніе должно быть такое, чтобы соединившіяся вещи не потеряли своей индивидуальности, иначе будемъ имѣть дѣло съ specificatio или confusio.

Нѣкоторые писатели не считаютъ accessio въ изложенныхъ признакахъ за особый способъ приобрѣтенія собственности (напр., *Hastron. De la propr.* p. 116, 117). Они признаютъ, что тутъ мы имѣемъ дѣло съ такими случаями, когда дѣйствительно право собственности на вещь теряется для одного лица и приобрѣтается собственность на нее другимъ лицомъ. Но въ послѣднемъ они видятъ дѣйствие не accessionis, а occupationis.

Приращеніе можетъ быть вызвано естественными силами природы или дѣйствіемъ человѣка. Согласно съ этимъ, подраздѣляемъ accessio на а) естественное и б) искусственное.

а) *Естественное приращеніе* — сюда относятся:

а) *Alluvio*, примой, есть приращеніе къ прибрежной землѣ путемъ медленного (paulatim, sensim) и незамѣтнаго (increp-  
tum latens) дѣйствія текучей воды<sup>1)</sup>). Такъ, объ alluvio говорится, когда земля опредѣленного собственника увеличивается наносомъ или отступлениемъ водъ къ противному берегу, но притомъ такъ, что нельзя узнать, насколько и въ какой моментъ увеличился данный участокъ. Это приращеніе должно быть дѣйствіемъ текучей воды, а не озера, пруда или моря. Приращенная такимъ образомъ земля становится собственностью владѣльца увеличенного участка.

б) *Avulsio*, прибой, есть приращеніе къ прибрежной землѣ, производимое стремительнымъ дѣйствіемъ водъ (vi fluminis), когда, напр., глыба земли или деревья сносятся къ нижележащему участку и съ нимъ сростаются. Признакъ срошенія тотъ, что деревья пустили въ этотъ участокъ корни<sup>2)</sup>). Приращенное такимъ образомъ становится собственностью владѣльца участка.

в) *Alveus derelictus*, оставленное рѣкою русло, есть приращеніе земли отъ перемѣнъ русла публичной рѣки, а именно: когда публичная рѣка оставляетъ свое прежнее русло, то прибрежные владѣльцы становятся собственниками русла до его средины и на протяженіе берега своей земли (pro latitudine fundi); новое же русло отходить отъ прежняго владѣльца въ собственность государства<sup>3)</sup>). Но съ этими явленіями не слѣ-

<sup>1)</sup> § 20 J. 2, 1. *Chardon. Traité du droit d'alluvion* 1840.

<sup>2)</sup> § 21 J. 2, 1; L. 7 § 2 D. 41, 1.

<sup>3)</sup> § 23 J. 2, 1.

дуется смѣшивать наводненія (*inundatio*), которое ничего не измѣняетъ въ правахъ на поземельный участокъ<sup>1)</sup>.

г) *Insula in flumine nata*, островъ выросшій въ рѣкѣ, есть тотъ случай приращенія, который происходитъ отъ возвышенія дна въ публичной рѣкѣ<sup>2)</sup>. Образованный такимъ возвышениемъ островъ поступаетъ въ собственность прибрежныхъ владѣльцевъ каждому на ту часть, которая находится противъ его участка до половины рѣки<sup>3)</sup>. Плавучие острова изъяты изъ дѣйствія этого правила: они считаются собственностью государства.

3) *Искусственная accessio*. Сюда относятся:

а) *Inaedificatio*, застройка. Выстроенное собственникомъ земли изъ чужого материала или самимъ хозяиномъ материала на чужой землѣ поступаетъ по приращенію въ собственность хозяина земли: *solo cedit, quod solo inaedificatur; superficies solo cedit*<sup>4)</sup>. Но для приобрѣтенія собственности требуется, чтобы выстроенное при такихъ условіяхъ зданіе не было легко перемѣщаемо, сносимо, какъ напр., шалашъ.—Тѣ же правила относятся и къ случаямъ застройки отдельного чужого материала въ зданіе, напр.: при надстройкахъ, сдѣланныхъ на чужомъ зданіи, собственникъ нижележащаго становится собственникомъ надстройки<sup>5)</sup>. Также если наемщикъ сдѣлаетъ въ наемномъ домѣ двери, окна и т. д., то все это поступаетъ въ собственность хозяина дома.

Прежній хозяинъ застроенного материала не имѣть права, пока стоитъ зданіе, требовать *actione ad exhibendum* выдачи ему материала; такое требованіе было бы противно полицейско-строительному правилу *ne urbs ruinis deformetur*, а также могло бы быть несправедливымъ по отношенію къ хозяину зданія, еслиъ онъ обязанъ былъ разорвать его изъ за самыхъ ничтожныхъ частей чужого материала. Но хозяинъ материала можетъ *reivindicatione* требовать выдачи материала, когда зданіе разрушится, а если не желаетъ выжидать послѣдняго, то имѣть возможность при разныхъ условіяхъ, сопровождавшихъ застрой-

1) § 24 J. 2. 1.

2) См. *Zirndorfer. Zur Lehre v. d. insula in flumine nata* въ *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung* Bd. 4 H. 2 Roman. Abtheil. отъ p. 233.

3) § 22 J. 2, 1; L. 7 §§ 3, 4; L. 29, 30 pr.; L. 65 § 1 D. 41, 1; L. 1 § 6 D. 43, 12. Объ L. 65 § 4 D. 41, 1 см. *Zirndorfer* cit. p. 234, 235.

4) § 29, 30 J. 2, 1; L. 7 § 10, 12 D. 41, 1.

5) L. 2 C. 3, 32.

ку, получить то или другое вознаграждение отъ хозяина зданія. Такъ 1), если застройка сдѣлана собственникомъ земли изъ чужого материала.

а) bona fide, то хозяинъ материала имѣть право *actione de tigno juncto* на вознаграждение двойной рыночной цѣнной, если хозяинъ зданія добровольно не возвратитъ материала<sup>1</sup>),

б) mala fide, то хозяинъ материала имѣть право на вознаграждение понесенныхъ убытковъ *condictione furtiva* или же *vindicatione*, опредѣляя въ послѣднемъ случаѣ величину убытковъ *juramento in litem*, а кромѣ того, *actione de tigno juncto* онъ можетъ требовать двойной стоимости материала<sup>2</sup>).

2) Если застройку сдѣлалъ самъ хозяинъ материала, то пока а) онъ еще владѣеть чужой землей, онъ на *reivind.* собственника земли можетъ *exceptione doli* удержать за собой владѣніе, пока не получитъ вознагражденія за свой материалъ; б) если онъ не владѣеть уже болѣе, то не имѣть средствъ требовать вознагражденія, но можетъ вернуть себѣ материалъ по разрушенню зданія<sup>3</sup>), если только застройкой онъ явно не выразилъ намѣренія сдѣлать хозяину земли даръ<sup>4</sup>).

б) *Implantatio*, насажденіе. Когда чужое растеніе будетъ посажено на чужую землю и пустить въ нее корни, то собственникъ земли приобрѣтаетъ на него право собственности<sup>5</sup>). Не прекращается это право и тогда, когда позднѣе растеніе потеряетъ связь съ почвой, напр., дерево упадетъ или будетъ вынутъ<sup>6</sup>). Основаніе такому безповоротному праву собственности въ томъ, что растеніе, пустивъ корни въ чужую землю, получало изъ нея свою пищу, а вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ органическое тѣло, приобрѣтало и новый видъ, становилось въ нѣкоторомъ родѣ *nova species*. Поэтому хозяинъ растенія никакимъ образомъ не имѣть такъ назыв. *jus tollendi*. Но, спрашивается, имѣть ли онъ право на вознагражденіе отъ собственника земли? По вопросу о вознагражденіи нужно различать случаи, когда хозяинъ земли сажаетъ чужое растеніе, когда собственникъ растенія сажаетъ его на чужой земли и, наконецъ, когда третье лицо сажаетъ чужое растеніе на чу-

<sup>1)</sup> § 29 J. 2, 1; L. 7 § 10 D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. in f. D. 47, 3.

<sup>3)</sup> § 30 J. 2, 1; L. 7 § 12 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> L. 2 C. 3, 32.

<sup>5)</sup> § 31 J. 2, 1; L. 7 § 13; L. 26 § 2 D. 41, 1; L. 11 C. 3, 32.

<sup>6)</sup> L. 26 § 2 D. 41, 1.

жой землѣ. Кромѣ того, на отвѣтственность вліяетъ еще признакъ добросовѣтности или недобросовѣтности садившихъ растеніе. Но всѣ эти различія отгѣняютъ только чисто личныя отношенія между сторонами по посадкѣ; въ общемъ же тутъ примѣняется правило, что никто безъ правового основанія не долженъ обогащаться насчетъ другого; а потому собственникъ растенія имѣеть право требовать (*condictione*) отъ хозяина земли уплаты за пріобрѣтенную послѣднимъ посадкой цѣнность.

Изложенные начала пріобрѣтенія права собственности чрезъ посадку прилагаются и къ тѣмъ случаямъ, когда растеніе, посаженное на границѣ чужого участка, пустить часть корней въ этотъ послѣдній. Тутъ наступаетъ общая для хозяевъ обоихъ участковъ собственность въ растеніи.

Таково было воззрѣніе Гайя и Юстиніана (L. 7 § 13 D. 41, 1; § 31 J. 2, 1). Но Помпоній оставлялъ полное право собственности за хозяиномъ участка, изъ котораго шель стволъ, *in cuius fundo origo arboris fuerit* (L. 6 § 2 D. 47, 7), предоставляя собственнику другого участка право требовать вознагражденіе отъ первого. Попытки примирить это разногласіе источниковъ см. у *Vangerow*. Pandekt. I § 329 Anm. 2 Nr. 1.

в) *Satio*, посѣвъ. Правила обѣ *implantatio* примѣняются и къ тѣмъ случаямъ, когда на чужомъ полѣ будетъ засѣяно зерно, принадлежащее другому лицу<sup>1)</sup>). Только въ данномъ случаѣ уже съ самаго момента посѣва зерно становится собственностью хозяина поля, ибо нѣть возможности выбирать каждое зерно и затѣмъ опредѣлять, которое пустило уже ростокъ, а которое нѣть.

г) Многочисленные случаи такъ наз. *adjunctio*, соединенія, т. е. когда двѣ движимыя вещи, принадлежащиа двумъ различнымъ собственникамъ, соединяются одна съ другой такъ, что образуютъ одно цѣлое. Въ этихъ случаяхъ хозяинъ главной вещи становится собственникомъ и придаточной<sup>2)</sup> по правилу: *res accessoria sequitur rem principalem*. Если нельзѧ определить, которая вещь будетъ главною, которая — придаточною, то на соединенную вещь устанавливается общая собственность для хозяевъ соединенныхъ вещей.

Но не всякое соединеніе ведетъ къ установленію права собственности, а только такое соединеніе, которое не можетъ

<sup>1)</sup> § 32 J. 2, 1; L. 9 pr. D. 41, 1.

<sup>2)</sup> L. 23 § 2, 4 D. 6, 1.

быть разрешено безъ повреждения вещи<sup>1)</sup>). Въ противномъ случаѣ, никакой перемѣны въ правѣ собственности не происходитъ. Такъ, римляне различали въ соединеніи металловъ случаи, когда это дѣлается черезъ посредство другого металла, такъ наз. adplumbatio, и когда это дѣлается при посредствѣ того же металла, такъ наз. ad ferruminatio<sup>2)</sup>). При первомъ каждый сохраняетъ свое прежнее право собственности. Напр., къ бронзовой статуѣ А. будетъ оловомъ припаяна бронзовая рука В. Послѣдній можетъ, послѣ предварительного actione ad exhibendum, виндицировать свою собственность. Другое дѣло, если будутъ скованы двѣ полосы желѣза различныхъ хозяевъ; тутъ на соединеніе устанавливается право собственности хозяина главной полосы, а хозяинъ придаточной теряетъ на нее собственность<sup>3)</sup>). Изъ другихъ случаевъ подобного соединенія источники упоминаютъ: втканье чужихъ нитей въ матерію<sup>4)</sup>), окраску матеріи чужой краской. Къ послѣднему случаю примыкаютъ: письмо, scriptura, на чужихъ таблицахъ и рисование, pictura, на чужомъ полотнѣ, чужой доскѣ. Если на чужой таблицѣ будетъ написано, хотя бы золотыми литерами, исторія, рѣчь, стихи и т. д., то хозяинъ таблицы будетъ собственникомъ и манускрипта на томъ основаніи, что письмо немыслимо безъ таблицы<sup>5)</sup>). Но при этомъ рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи собственности на одни каллиграфические знаки, а не на литературное произведеніе. Римляне не знали литературной собственности въ нашемъ смыслѣ. То же начало прилагали классическіе юристы и къ живописи, т. е. хозяинъ полотна, доски становился собственникомъ нарисованнаго на нихъ постороннимъ лицомъ. Юстиніанъ измѣнилъ это, постановивъ (in honorem artis), что живописецъ сохранялъ право собственности на картину<sup>6)</sup>), т. е. теперь полотно, доска стали придаточными вещами къ краскѣ.

Относительно вознагражденія при соединеніи дѣйствуютъ въ общемъ тѣ же правила, что и при implantatio.

<sup>1)</sup> См. *Göppert. Ueber einheitliche, zusammengesetzte u. Gesammt-Sachen* p. 84, 85.

<sup>2)</sup> См. *Göppert. Ueber die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten* (въ *Zeitschr. f. R. Gesch. IX*).

<sup>3)</sup> L. 23 § 5 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> § 26 J. 2, 1.

<sup>5)</sup> § 33, 34 J. 2, 1; L. 9 § 1, 2 D. 41, 1; L. 23 § 3 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> § 34 J. 2, 1.

3) Приобрѣтеніе собственности на плоды<sup>1)</sup>.

Съ отдѣленіемъ плода отъ плодоприносящей вещи получается самостоятельный предметъ, который обыкновенно и поступаетъ по сепарациі въ собственность хозяина главной вещи<sup>2)</sup>.

Начиная съ Савиньи, многіе ученые не считаютъ *separatio* за особый способъ приобрѣтенія собственникомъ права собственности на плоды (см., напр., *Leist. Civilist. Studien* II. 3 р. 152—154; *Hastron. De la propriété* р. 114—117). Они хотя и признаютъ, что съ отдѣленіемъ плода становится самостоятельной вещью, но нѣтъ основанія прекращать прежняго отношенія права собственности, какъ не было основанія признавать особой собственности на плоды не отдѣленные, или на части, полученные отъ раздѣленія цѣлаго. Но противъ такого воззрѣнія большинство современныхъ пандектистовъ (см., напр., *Scheurl. Beiträge* XI р. 288 и слѣд.; *Vangerow Pand.* I § 326 Anm. 1). Поплѣдніе выходятъ изъ того, что актъ отдѣленія плода создаетъ совсѣмъ новый объектъ собственности именно потому, что плодоприносящая вещь остается прежней имущественной цѣнностью, а съ другой стороны, правоотношенія на отдѣленные плоды опредѣляются вполнѣ самостоятельно отъ вещи главной (см. *Кремлевъ*. О правѣ добросовѣстнаго владѣльца на плоды, стр. 5—9), какъ напр., они могутъ поступать совсѣмъ постороннему лицу, узуфруктуарію, а потому нельзѧ не видѣть въ сепарациі особаго способа приобрѣтенія собственности на плоды.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда право на извлеченіе плодовъ отдѣлено отъ права собственности на вещь, т. е. принадлежитъ постороннему лицу, то по общему правилу приобрѣтаются плоды въ собственность только по полученіи ихъ во владѣніе, *receptio*, собственнымъ ли захватомъ (узуфруктуарій<sup>3)</sup>), или по передачѣ отъ собственника (при личномъ обязательствѣ собственника выдать плоды<sup>4)</sup>). Объяснить это можно тѣмъ, что тутъ нѣтъ той связи съ правомъ на главную вещь, которая заставляла ее *ipso* считать собственника по одной сепарациі хозяиномъ и плодовъ. Поэтому, гдѣ имѣется такая связь, тамъ и постороннее лицо приобрѣтаетъ плоды по простой сепарациі, какъ, напр., эмфитевта<sup>5)</sup>, а за симъ добросовѣстный владѣлецъ<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> *Scheurl. Erzeugung als Erwerbsgrund* въ *Beiträge zur Bearb. d. Röm. Rechts* B. 1 р. 280—300; *Göppert. Ueber die organische Erzeugnisse*. 1869. *Кремлевъ*. Сепарациі какъ способъ приобрѣтенія собственности. Казань 1868.

<sup>2)</sup> § 19 J. 2, 1; L. 2, 6 D. 41, 1; L. 5 § 2 D. 6, 1; L. 25 pr. § 1 D. 22, 1.

<sup>3)</sup> Но см. L. 28 pr. D. 22, 1; § 37 J. 2, 1 и толкованіе у *Göppert* cit. p. 282 и слѣд.

<sup>4)</sup> *Windscheid. Pand.* I § 186 и п. 6.

<sup>5)</sup> L. 25 § 1 in f. D. 22, 1; L. 12 § 5 D. 7, 1; L. 13 D. 7, 4.

<sup>6)</sup> См. *Köppen. Der Fruchterwerb des bonaе fidei possessor*. 1872.

Добросовѣстный владѣлецъ, какъ таковой, приобрѣтаетъ право собственности на отдѣленные плоды (*fructus separati*<sup>1</sup>), но съ момента предъявленія къ нему иска о собственности (*reivindicatio*) онъ присуждается (*officio judicis*) къ выдачѣ еще наличныхъ у него плодовъ (*fructus extantes*<sup>2</sup>), сохраняя безповоротное право на потребленные плоды (*fructus consumti*).

Рядомъ съ источниками, удостовѣряющими безповоротное право добросовѣстного владѣльца на потребленные плоды (L. 4 § 2 D. 10, 1), по другимъ— онъ обязывается возвратить собственнику полученное имъ за эти плоды (L. 1 § 1 C. 3, 31), *in quantum locupletior factus est*. Примирить это разногласіе можно только тѣмъ, если признать первое положеніе лишь для физически потребленныхъ плодовъ (см. *Janke. D. Frucherwerb d. redlichen Besitzers etc.* 1862 р. 113 — 118), а во второмъ — какъ бы еще наличность плодовъ въ видѣ полученного за нихъ. Но ср. *Waldeck* cit. p. 331 — 337; *Ihering* въ *Gesammelte Aufsätze* Bd. 3 1886 p. 1—86 (особенно отъ р. 26—34).

Основаніе такого начала — материальная связь плодовъ съ плодоприносящею вещью, распространяющая право собственности отъ послѣдней и на первые<sup>3</sup>). Поэтому собственникъ, какъ таковой, имѣеть право требовать выдачи всѣхъ наличныхъ плодовъ; не можетъ онъ требовать вознагражденія за потребленные только въ силу естественного признанія правъ добросовѣстного владѣнія<sup>4</sup>), ставившаго его субъекта въ положеніе собственника<sup>5</sup>).

Таковъ господствующій теперь взглядъ на приобрѣтеніе добросовѣстнымъ владѣльцемъ плодовъ черезъ сепарацию. См., напр., *Puchta. Cursus d. Instit.* II § 242; *Pagenstecher* cit. Abth. II р. 301 и слѣд.; *Arndts. Pand.* § 156, и др. Кроме нѣкоторыхъ западныхъ писателей, болѣе или менѣе расходящихся во взглядахъ съ представителями этого господствующаго воззрѣнія, особенно рѣзко выступилъ противъ него русскій проф. *H. Кремлевъ* въ своемъ изслѣдованіи: «Къ учению о правѣ добросовѣстного владѣльца на плоды, по римскому праву». Казань, 1866. По его взгляду, основное римское право вы-

<sup>1</sup>) L. 13 D. 7, 4; L. 25 § 1; L. 28 D. 22, 1; L. 1 § 2 D. 20 1; § 35 J. 2, 1; Иногда эту собственность называютъ *dominium revocabile ex tunc*. См. у *Waldeck* въ *Archiv f. d. civil. Praxis* Bd. 57 1874 р. 307—337. Ср. *Windscheid. Pand.* I § 186 п. 12.

<sup>2</sup>) L. 22 C. 3, 32.

<sup>3</sup>) *Nostrum est quod ex re nostra fit* L. 25 § 1 D. 22, 1.

<sup>4</sup>) *Quia quod ad fructus attinet loco domini paene est.* L. 48 D. 41, 1; L. 13 in f. D. 7, 4; L. 25 § 1 D. 22, 1; L. 4 § 19 D. 41, 3; L. 48 § 6 D. 47, 2. § 35 J. 2, 1.

<sup>5</sup>) Ср. *K ppen* cit. p. 14, 46 и слѣд. съ *G ppert* cit. p. 331 и слѣд., р. 401 и слѣд.

ставляло то начало, что добросовѣстный владѣльцъ, пока продолжается его добросовѣстность, пріобрѣтаетъ на всѣ плоды съ момента сепараціи безповоротную собственность, т. е. не обязывается по виндикаціи собственника не только вознаградить его за потребленные плоды, но не обязывается выдавать и *fructus extantes* (стр. 19). Правда, г. Кремлевъ долженъ былъ признать, что въ юстиніановыхъ сводахъ проявляется явное стремлѣніе ограничить безповоротное право собственности добросовѣстного владѣльца только потребленными плодами (*si consumti sint L. 4 § 19 D. 41, 3; si eos consumsunt L. 4 § 2 D. 10, 1; L. 40 D. 41, 1; L. 1 § 2 D. 20, 1; § 35 J. 2, 1; L. 22 C. 3, 32; L. 4 C. 9, 32.* Но г. Кремлевъ полагаетъ, «что обязательство добросовѣстного владѣльца выдать плоды *extantes* по иску собственника вещи, давшей плоды, есть одно изъ неудачныхъ, жалкихъ византійскихъ нововведеній, лишенное внутреннюю основанія и въ практикѣ ведущее къ немънѣмъ результатамъ»; что приписать это начало слѣдуетъ компиляторамъ Пандектъ, считать за ихъ интерполяцію (стр. 22—64). Я не стану слѣдить за подробнымъ толкованіемъ г. Кремлевымъ данныхъ положеній источниковъ, а также за подробнѣмъ доказательствомъ того, что право добросовѣстного владѣльца на плоды, по учению классическихъ юристовъ, не подчинялось праву собственника главной вещи (Кремлевъ. Сепарація какъ способъ пріобрѣтенія собственности добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Казань 1868, стр. 45—80),—но скажу только нѣсколько словъ противъ квалификаціи г. Кремлевымъ хотя бы только позднѣшаго начала римскаго права. Вопрощ о возвращеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ собственнику плодовъ во всѣ времена имѣлъ громадное практическое значеніе. Разъ онъ былъ поставленъ на рѣшеніе практиковъ-юристовъ, они по чисто естественной справедливости всѣ разрѣшили добросовѣстного владѣльца отъ вознагражденія за *fruct. consumpti*; касательно же *fruct. extantes* взгляды могли разойтись, такъ какъ исходныя ихъ основанія могли быть разныя. Одни, подобно г. Кремлеву, посмотрѣли на дѣло съ точки зреянія послѣдствій, такъ сказать, чисто формальныхъ, опредѣляемыхъ моментомъ *litis contestatio*, раздѣляющаго правоотношенія на два рѣзко отдѣленные моменты, не отражающіе другъ на друга никакихъ вліяній; другіе же посмотрѣли на т. наз. Лейстомъ (Civilist. Studien III р. 158) субстанціональный принципъ, по которому считалось справедливымъ возвратить собственнику, вмѣстѣ съ вещью, все непотребленное еще произведеніе ея. Въ большинствѣ современной судебной практики прилагается послѣднее воззрѣніе, а иногда считается справедливымъ обязательство добросовѣстного владѣльца вознаграждагь и за потребленные плоды (можно привести цѣлую категорію случаевъ изъ нашей судебной практики). Поэтому можно говорить о выдержанности того или другого воззрѣнія въ римскихъ источникахъ, но едва ли можно отказывать компиляторамъ Пандектъ во всякой основательности ихъ положеній.

4) *Specificatio*, обработка<sup>1)</sup>.

Процессъ превращенія вещества въ новый предметъ, *nova species*, носить название *specificatio*. Когда вещество принадлежало *specifikator'yu*, то, понятно, онъ же остается и собственникомъ этого нового предмета. Но спрашивается: кому принадлежитъ по праву собственности вещь, выработанная спецификаторомъ для себя изъ чужого материала, *cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit*, напр., будетъ приготовленъ напитокъ *mulsus* изъ чужого вина и меда? До Юстиніана были три мнѣнія по данному вопросу<sup>2)</sup>.

1) Школа прокуліанцевъ предоставляла во всѣхъ случаяхъ право собственности на выработанную вещь спецификатору. По ихъ воззрѣнію, индивидуальность вещи опредѣляется не веществомъ, а формой; *nova species* — всегда новый предметъ, никому не принадлежащий, а потому и поступающій въ собственность къ спецификатору, какъ первому оккупанту, *quia quod factum est, antea nullius fuerat*<sup>3)</sup>. Здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ особыеннымъ какимъ либо способомъ приобрѣтенія собственности, а съ простымъ овладѣніемъ, occupatio.

2) Школа сабиніанцевъ, наоборотъ, предоставляла право собственности на *nova species* всегда собственнику материала. Она признавала существеннымъ не форму, а материалъ, *sine materia nulla species effici possit*<sup>4)</sup>. Здѣсь нѣтъ уже никакого приобрѣтенія собственности.

3) По среднему воззрѣнію (*media sententia*) въ однихъ случаяхъ вопросъ о собственности решалъ материалъ, въ другихъ — форма, а именно: если *nova species* могла быть возвращена къ прежней формѣ, *ad materiam, ad rudem massam*, то собственность на него принадлежала хозяину материала; въ противномъ случаѣ выработанная вещь принадлежала спецификатору<sup>5)</sup>.

Юстиніанъ принялъ это послѣднее воззрѣніе, съ тою только прибавкою, что вещь, сдѣланная частью изъ чужого материала,

<sup>1)</sup> См. Meykow. Die Lehre d. röm. Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Spezifikation (въ Osenbrüggen's. Dorpat. jurist. Studien p. 149 и слѣд.). Sulzer Der Eigenthumserwerb durch Specification. 1884.

<sup>2)</sup> § 25 J. 2, 1.

<sup>3)</sup> L. 7 § 7; L. 26 D. 41, 1.

<sup>4)</sup> Gajus II § 79; L. 14 § 3 D. 13, 1; L. 61 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 12 § 1; L. 24 D. 41, 1; L. 5 § 1 D. 6, 1.

частью изъ материала спецификатора, всегда принадлежитъ послѣднему<sup>1)</sup>, безъ вниманія къ тому, можетъ она быть возвращена къ прежней формѣ, или нѣть<sup>2)</sup>. Такимъ образомъ, по Юстинианову законодательству, ваза, сдѣланная изъ чужого серебра, принадлежитъ хозяину серебра, вино же, сдѣланное изъ чужого винограда — винодѣлу, а мѣдный сосудъ, вылитый частью изъ чужой мѣди, частью изъ мѣди мѣдника — этому послѣднему.

Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ *specificatio*, какъ особымъ способомъ пріобрѣтенія собственности, который можно опредѣлить такъ:

*Specificatio* есть выработка изъ чужого (вполнѣ или частью) материала новой вещи съ намѣреніемъ сдѣлаться ея собственникомъ, какъ новымъ безхозяйнымъ предметомъ, и потому поступающимъ въ собственность первому оккупанту, т. е. спецификатору, если только она не можетъ быть возвращена въ прежній видъ или заключаетъ въ себѣ часть материала обработывателя.

Изъ этого опредѣленія очевидно, что добросовѣтность и недобросовѣтность спецификатора не имѣть вліянія на переходъ собственности, ибо *nova species* считается за *res nullius*<sup>3)</sup>. Эти признаки могутъ имѣть значение только при вопросѣ о вознагражденіи.

Многіе ученые отвергаютъ точку зреїння оккупанції при спецификації и замѣняютъ ее признакомъ производства (см., напр., Scheurl. *Beiträge zur Bearbeit. des röm. Rechts* 1 р. 285), считая настоящей основой пріобрѣтенія органа изготовителя. Но источники положительно признаютъ за эту основу то, что переработкой получилась новая, до того несуществовавшая, вещь, которая и подлежитъ захвату.

Разъ же будетъ признана точка зреїння оккупанції, то *bona* или *mala fides* спецификатора не можетъ имѣть вліянія на пріобрѣтеніе собственности. Мѣста, приводимыя (напр., Arndts. *Pandekt.* § 156 п. 3) въ доказательство противнаго (L. 12 § 3 D. 10, 4; L. 4 § 20 D. 41, 3; L. 52 § 14 D. 47, 2), легко поддаются толкованію, не противорѣчающему принятому нами воззрѣнію (*Vangerow. Pand.* 1 § 310).

Спецификаторъ, пріобрѣтающій новую вещь, всегда обязанъ вознаградить хозяина материала<sup>4)</sup>, ибо никто не можетъ безъ

<sup>1)</sup> § 25 J. 2, 1.

<sup>2)</sup> См. *Fitting* въ Civ. Archiv 48 р. 316—327.

<sup>3)</sup> L. 7 § 7 D. 41, 1: *Quia, quod factum est, antea nullius fuerat;* op. L. 9 3 D. 10, 4.

<sup>4)</sup> Arg. L. 23 § 4 D. 6, 1; L. 23 D. 12, 1.

правового основания обогащаться на счетъ другого<sup>1</sup>). Въ случаѣ *bona fides*, спецификаторъ уплачиваетъ только стоимость материала; при *mala fides* обязывается вознаградить и за всякий другой убытокъ, причиненный хозяину материала. Въ первомъ случаѣ осуществляется *condictio sine causa*, во второмъ—*condictio furtiva*. Если вещь остается за хозяиномъ материала, то спецификаторъ имѣеть право на вознагражденіе за свою работу, но только при условіи *bona fides* съ его стороны. Это право осуществляется путемъ *exceptio doli* на *reivindicatio* хозяина материала.

### 5) *Confusio* и *commixtio*, смѣщеніе.

Какъ особый способъ пріобрѣтенія собственности, подъ смѣщеніемъ разумѣются тѣ случаи, когда сухія или жидкія вещи различныхъ хозяевъ смѣшиваются случайно или дѣйствіемъ одного изъ собственниковъ такъ, что нельзя ихъ раздѣлить. Изъ этого слѣдуетъ, что если смѣшаны предметы одного и того же собственника, то перемѣны въ правѣ собственности не наступаетъ, если только смѣщеніе не произведено третьимъ лицомъ и имъ не вызваны всѣ признаки *specificationis*.

*Confusio* (*confundere*) есть смѣщеніе веществъ жидкихъ или такихъ, которые могутъ быть сдѣланы жидкими, какъ напр., золото, серебро. Какъ особый способъ пріобрѣтенія собственности, *confusio* должно имѣть слѣдующіе признаки:

1) Оно должно быть произведено не по общему согласію собственниковъ, а случайно, или однимъ собственникомъ безъ согласія другого, или третьимъ лицомъ безъ согласія собственниковъ. Въ случаѣ же смѣщенія, по согласію этихъ послѣднихъ, наступаетъ общая собственность по *traditio ex justa causa*<sup>2</sup>).

2) *Confusio* должно быть такое, чтобы нельзя было вновь отдѣлить соединенные вещества. Если такое отдѣленіе возможно, напр., при соединеніи серебра съ оловомъ<sup>3</sup>), то никакой перемѣны въ правѣ собственности не наступаетъ; каждый остается собственникомъ своего материала и можетъ требовать у вла-

<sup>1)</sup> L. 206 D. 50, 17.

<sup>2)</sup> § 27 J. 2, 1; L. 7 § 8 D. 41, 1.

<sup>3)</sup> Возможность или невозможность отдѣленія обуславливалась состояніемъ химическихъ свѣдѣній. Поэтому, напр., наши источники считаютъ соединеніе мѣди и золота окончательнымъ.

дѣльца смѣси выдѣла (*actione ad exhibendum*) и выдачи (*rei vindicatione*) его<sup>1)</sup>.

3) *Confusio* не должно производить novam speciem; иначе прилагаются начала пріобрѣтенія собственности по *specificatio*. А это наступаетъ при нераздѣльности соединенныхъ веществъ почти всегда, когда эти послѣднія будутъ различной сущности или различного качества.

Поэтому *confusio*, какъ способъ пріобрѣтенія собственности, имѣется всегда въ тѣхъ случаяхъ, когда соединяется вещество «*quod ejusdem materiæ*» или «*ejusdem naturæ est*», напр., серебро съ серебромъ. Въ этомъ случаѣ наступаетъ общая собственность, причемъ каждый участникъ пріобрѣтаетъ право собственности по *confusio* на входящее въ смѣсь вещество другого въ опредѣленной долѣ, *pro rata*.

*Commixtio* (слово новѣйшее; римскія выраженія: *confundere*, *commiscere* *promiscue*) есть смѣшеніе твѣрдыхъ веществъ при тѣхъ же условіяхъ, при какихъ происходитъ *confusio*<sup>2)</sup>.

Такъ какъ при данномъ смѣшеніи, напр., зернъ различныхъ хозяевъ, *singula cõgrora in sua substantia durant*, т. е. соединенные вещества не терпятъ никакого измѣненія въ своемъ существѣ, то нельзя допустить и какой либо перемѣны въ правѣ собственности на нихъ, а следовательно, каждый можетъ виндицировать свои зерна у каждого владѣльца. Но въ случаяхъ затруднительности распознать въ смѣси вещества, принадлежащія каждому изъ данныхъ лицъ, судья приговариваетъ каждому, согласно стоимости его вещества, долю въ смѣси. Такимъ образомъ, не *commixtio* устанавливаетъ общую собственность, а *adjudicatio*.

Нѣкоторые писатели (напр., *Schmidt. Pandekten* p. 69) идутъ еще далѣе, признавая въ судебнѣмъ приговорѣ только косвенный источникъ данной общей собственности; прямымъ же ея основаніемъ они считаютъ взаимное *traditio* собственности въ дoli, на какое *traditio* направленъ приговоръ.

Только въ одномъ случаѣ римское право придаетъ *commixtio* значение способа пріобрѣтенія собственности, а именно при смѣшеніи *bona fide* съ собственными деньгами чужихъ, такъ что послѣднихъ нельзя уже различить (*si mixti essent ita ut discerni non possent*). Тутъ фактъ смѣшенія чужія деньги

<sup>1)</sup> L. 12 § 1 D. 41, 1; L. 5 § 1 D. 6, 1.

<sup>2)</sup> § 28 J. 2, 1; L. 78 D. 46, 3.

поступаютъ въ собственность смѣшавшаго<sup>1)</sup>). Такъ напр., А. получаетъ по извѣстному правовому основанию (*solvendi, credendi, или donandi causa*) 100 sester. отъ Б., укрывшаго эти деньги отъ В. Если А. не зналъ послѣдняго обстоятельства, т. е. bona fide считалъ себя собственникомъ полученныхъ денегъ, то по смѣшениіи ихъ со своими онъ получалъ дѣйствительную на нихъ собственность и В. имѣлъ право искать только къ вору Б. Это *jus singulare* можно объяснить тѣмъ, что при быстромъ оборотѣ денегъ была бы чрезвычайно тяжела неувѣренность въ правѣ собственности на нихъ.

Сказавъ о способахъ пріобрѣтенія собственности, приступаемъ къ вопросу

### Содержаніе права собственности.

Выше было сказано, что сущность права собственности не заключается въ суммѣ отдельныхъ правомочій на вещь. Поэтому собственность остается таковою и тогда, когда право отправлять одну изъ сторонъ господства на вещь принадлежитъ постороннему лицу, напр., въ формѣ *ususfructus*<sup>2)</sup> и т. п. Но съ другой стороны, право собственности есть *jus summum*, т. е. высшее право лица надъ вещью; въ его понятіи заключаются всевозможныя права лица надъ вещью; оно есть общее основаніе всѣхъ отдельныхъ правомочій на вещь. *Res sua nemini servit sed prodest jure dominii*<sup>3)</sup>.

Это положеніе въ новѣйшей литературѣ подвергнуто сомнѣнію. Хотя съ большими оговорками и весьма осторожнно, но теперь нерѣдко доказывается возможность самостоятельныхъ вещныхъ правъ (напр., залога) на собственную вещь. См. Hartmann. Rechte an eigener Sache въ Jahrh. f. d. Dogmatik. B. 17 p. 69—144).

Выходя изъ этого понятія, невозможно исчерпать перечисленіемъ всѣхъ заключающихся въ собственности правъ<sup>4)</sup>; ибо собственникъ можетъ предпринимать надъ вещью всевозможныя воздействиа. Но путемъ обобщенія можно разпознать въ правахъ собственника слѣдующіе три класса: 1) право употреб-

<sup>1)</sup> L. 78 D. 46 3.

<sup>2)</sup> См. L. 25 pr. D. 50, 16; L. 5 pr. D. 7, 6.

<sup>3)</sup> См. ниже въ ученіи о сервитутномъ правѣ.

<sup>4)</sup> Randa cit. p. 6 и п. 8.

лять вещь въ пользованіи, доступномъ повтореню (*uti, usus*);  
 2) право пользованія съ извлечениемъ плодовъ (*frui, fructus*);  
 3) право распоряженія, право измѣнять, уничтожать и т. п.  
 и, наконецъ, abuti, т. е. дѣлать изъ вещи окончательное употребленіе, которое никогда не можетъ уже болѣе повториться для настоящаго собственника. Слово *abuti* не означаетъ употребленія порицаемаго, но такое высшее окончательное пользованіе вещью, какъ напр., *alienatio*, отчужденіе.

При отправлении этихъ правъ собственникъ можетъ не обращать вниманія на выгоды другихъ собственниковъ<sup>1)</sup>), насколько только это отправление не вторгается положительно въ чужую собственность. Такъ, собственникъ поземельного участка можетъ употребить въ свою пользу всю воду, источникъ которой находится въ его владѣніи, воду, которая безъ такого употребленія протекала бы въ сосѣднее имѣніе и тѣмъ доставила бы его хозяину выгоду<sup>2)</sup> и т. д. Но владѣлецъ земли вдоль текущей воды не имѣть права предпринимать такія работы, которыми бы измѣнялось естественное теченіе воды или произведено было усиленное ея теченіе и тѣмъ причиненъ быль нижележащему владѣльцю убытокъ и т. д. Правовой порядокъ допускаетъ только такое отправление правъ, которымъ не причиняется положительного вреда лицамъ, равно упра-вомоченнымъ: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*. Кромѣ того, общежитіе вырабатываетъ извѣстные самостоятельные интересы, которые также отправлениемъ частныхъ правъ не должны терпѣть изъяна. Только въ подобныхъ границахъ и мыслимо понятіе и отправление собственности при правовомъ порядкѣ: *dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re, quatenus juris ratio patitur*.

### Ограничение собственности по закону<sup>3)</sup>.

Право собственности, неограниченное по своему понятію, можетъ быть ограничено тѣмъ, что другое лицо приобрѣтаетъ на данную вещь определенное право, или же имѣется норма положительного права, которая общимъ правиломъ налагаетъ

<sup>1)</sup> L. 55; L. 151 D. 50, 17; L. 9 D. 8, 2.

<sup>2)</sup> L. 21 D. 89, 3.

<sup>3)</sup> См. *Bekker*. Die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen въ *Bekker's u. Muther's Jahrb. des gem. deutsch. Rechts* V. p. 154 и слѣд. *Freund*. Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums im römisch. Recht. 1883.

границы действительности права собственности. Въ первомъ случаѣ ограниченій рѣчь идетъ о сервитутахъ, учение о которыхъ относится къ особому отдѣлу науки. Второй родъ ограниченій вытекаетъ изъ стремленія привести право собственности въ отдѣльныхъ его проявленіяхъ въ гармонію, какъ съ интересами публичными, такъ и съ интересами частныхъ лицъ. Право собственности, какъ произведеніе правового порядка, должно быть ограничено въ тѣхъ его проявленіяхъ, которыми нарушаются другіе интересы, признанные тѣмъ же правовымъ порядкомъ. Такихъ общихъ интересовъ, которые могутъ потерпѣть отъ неограниченного осуществленія права собственности, двѣ категоріи: интересы публичные, какъ-то безопасность, здравія и т. п., и интересы владѣльцевъ сосѣднихъ недвижимостей. Юридический принципъ тѣхъ и другихъ ограниченій различный. Поэтому слѣдуетъ отличать: 1) ограниченія, вызванныя публичнымъ интересомъ, и 2) легальные сервитуты; совокупность правовыхъ началь обѣихъ составляеть такъ назыв. сосѣдское право.

Первый Беккеръ (въ цит. статьѣ) ясно различилъ эти два вида ограничений и старался отыскать руководящія ими начала; прежде же обыкновенно только перечисляли отдѣльные ихъ случаи безъ всякаго различенія и порядка (см., напр., *Boecking. Pandekt.* II р. 44 и слѣд.).

1) *Ограничения, вызванныя публичнымъ интересомъ*. Въ силу опредѣленныхъ публичныхъ интересовъ, собственникъ ограниченъ въ своемъ правѣ съ положительной стороны, въ извѣстныхъ распоряженіяхъ своимъ участкомъ, и въ томъ, что обязывается терпѣть воздействиѣ на свой участокъ всякаго третьего лица въ виду извѣстныхъ основаній публично-правового характера. Сюда относятся слѣдующіе случаи<sup>1)</sup>:

- а) Запрещеніе (уже по XII таблицамъ) погребенія и сожженія труповъ въ чертѣ города<sup>2)</sup>.
- б) Владѣлецъ земли по берегамъ публичной рѣки обязанъ допускать пользованіе прибрежной полосой въ интересахъ судоходства<sup>3)</sup>.
- в) Собственникъ обязанъ допускать всякаго къ добыванію минераловъ на своей землѣ, причемъ однако имѣть право на  $\frac{1}{10}$  часть добытаго<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> *Freund* cit. p. 16, 17.

<sup>2)</sup> L. 3 § 5 D. 47, 12.

<sup>3)</sup> § 4 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 3, 6 C. 11, 7.

г) Между домами должно было (уже по постановлению XII табл.)<sup>1)</sup> оставаться известное пространство незастроеннымъ, spatium legitimum<sup>2)</sup>.

д) Не строить домовъ сверхъ определенной высоты<sup>3).</sup>

е) Собственникъ не можетъ требовать выдачи застроенного въ чужое зданіе его материала и виноградныхъ кольевъ, пока зданіе стоитъ (ne urbs ruinis deformetur)<sup>4)</sup> и колья въ употребленіи<sup>4).</sup> Онъ можетъ только при известныхъ условіяхъ требовать вознагражденія до двойной стоимости его материала<sup>5).</sup>

Иногда къ ограничіямъ даннаго рода причисляютъ еще экспроприацію (напр., *Bekker* cit. p. 160; *Hastron. De la propriété* p. 80—85). Въ настоящее время въ наукѣ не сомнѣваются, что римлянамъ была знакома экспроприація частной собственности въ интересѣ публичномъ (см. *Piccinelli. Della espropriazione per causa di pubblica utilità consider. nel diritto romano.* 1882). Но считать такое полное лишеніе собственности за ограничіе ея—едва ли основательно (см. *Freund* cit. p. 18, 19).

2) *Ограничія собственности въ интересѣ сосѣда, такъ наз. сосѣское право*<sup>6)</sup>. Правовой порядокъ не можетъ допускать такихъ от правленій права собственности, которыя въ то же время воздѣйствуютъ на чужую собственность. Отсюда вытекаютъ ограничія права собственности въ интересѣ сосѣдей. А) Общее начало ограничій собственности въ интересѣ сосѣдей заключается въ томъ, что собственникъ не долженъ предпринимать такихъ дѣйствій или производить такихъ работъ на собственной землѣ, которыя бы убыточно воздѣйствовали на сосѣдній участокъ<sup>7)</sup>, т. е. положительно ему вредили или препятствовали свободному имъ пользованію. При этомъ опредѣлить дѣйствительное значение такого воздѣйствія есть дѣло каждого частнаго случая. Б) Собственникъ обязанъ допустить известное воздѣйствіе сосѣда на свое имущество, которое представило бы сосѣду возможность отправлять съ известныхъ сторонъ свое право, въ то же время не нарушая существенно права другого лица.

<sup>1)</sup> Tabul. VII у *Brunns. Fontes jur. Rom.* p. 23.

<sup>2)</sup> L. 14 D. 8, 2; L. 9, 11, 12 § 2 C. 8, 10.

<sup>3)</sup> Tacitus. *Annal.* XV c. 43; L. 1 § 17 D. 39, 1.

<sup>4)</sup> Dig. 47, 3 de tigno juncto; L. 23 § 7 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 23 § 6 D. 6, 1; L. 6 D. 10, 4; L. 7 § 10 D. 41, 1.

<sup>6)</sup> *Hesse. Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstcksnachbarn.* 2 Bd. 1859 1862; *Schelhass. Das Nachbarrecht.* 1863.

<sup>7)</sup> L. 26 D. 39, 2; L. 8 § 5 D. 8, 5; L. 1 § 4 D. 39, 3.

Найти общее начало ограниченій права собственности въ интересѣ сосѣдей чрезвычайно трудно (*Ihering. Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers* въ Jahrb. f. Dogmat. 6 p. 97), трудно потому, что интересъ, во имя котораго налагаются данныя ограниченія, весьма неопределенный и не можетъ имѣть одинакового съ государственнымъ интересомъ всегда обязательного значенія. Въ наукѣ масса попытокъ найти это общее начало сосѣдскаго права (см. *Freund.* cit. p. 26—29).

А) Случаи, относимые къ первого рода ограниченіямъ:

Собственникъ участка не имѣть права: а) закладывать у стѣны сосѣда такихъ водопроводныхъ сооруженій, или вообще ямъ, которыхъ подвергали бы эту стѣну серьезной порчѣ<sup>1)</sup>;

б) копать у сосѣдской стѣны ямы, которая могла бы повести за собой паденіе стѣны<sup>2)</sup>;

в) мѣшатьсосѣду зловреднымъ дымомъ (*fumus gravis*, напр., *ex taberna casearia*) и паромъ (*vapores balinei*<sup>3)</sup>;

г) отнимать постройками или надстройками воздухъ, свѣтъ, видъ для сосѣдняго собственника<sup>4)</sup>;

д) выдвигать крышу, балконы въ воздушное пространство сосѣда, а также дозволять вѣтвямъ своихъ растеній распространяться на чужое пространство или зданіе (однако только до 15 футовъ отъ земли<sup>5)</sup>);

е) измѣнять естественное теченіе дождевой воды или совсѣмъ останавливать это теченіе въ ущербъ сосѣдняго участка<sup>6)</sup>.

Б) Случаи, относимые ко втораго рода ограниченіямъ:

а) Поземельный собственникъ обязанъ предоставить въ случаѣ необходимости (напр., публичная дорога подверглась наводненію) сосѣду проходить черезъ свой участокъ<sup>7)</sup>.

б) Собственникъ обязанъ допускать сосѣда каждый третій день на свой участокъ для сбора упавшихъ плодовъ<sup>8)</sup>.

в) Собственникъ долженъ терпѣть выступъ на его землю сосѣдей стѣны до  $1/2$  фута<sup>9)</sup>.

г) Собственникъ долженъ терпѣть отъ сосѣда дымъ, паръ,

<sup>1)</sup> L. 18; L. 19 pr. D. 8, 2; L. 24 § 12 D. 39, 2.

<sup>2)</sup> L. 17 § 2 D. 8, 5; L. 24 § 12 D. 39, 2.

<sup>3)</sup> L. 8 § 5—7 D. 8, 5.

<sup>4)</sup> L. 14 § 1 C. 8, 34.

<sup>5)</sup> Dig. de arboribus caedendis 43, 27; L. 1 C. 8, 1.

<sup>6)</sup> Dig. 39, 3 de aqua et aquae pluviae arcendae. См. *Hugo Burckhard. Die Actio aquae pluviae arcendae.* 1881.

<sup>7)</sup> L. 14 § 1 D. 8, 6; L. 12 pr. D. 11, 7.

<sup>8)</sup> Dig. 43, 27 de glande legenda.

<sup>9)</sup> L. 17 pr. D. 8, 5.

пыль, насколько это есть обыкновенное слѣдствіе пользованія даннымъ имуществомъ<sup>1)</sup>.

Нѣкоторые писатели къ числу ограниченій собственности, въ виду интересовъ сосѣда, относили и тѣ случаи, когда собственникъ обязывается исправить строеніе, грозящеесосѣду вредомъ, или доставить ему обезпеченіе въ возмѣщеніи этого будущаго вреда, такъ наз. *cautio damni infecti* (L. 7; L. 24 § 2; L. 43 D. 39, 2). Но совершенно основательно видѣть тутъ не ограничение собственности, а личное обязательство собственника на основаніи закона (преторскаго эдикта). См. *Schellhass* cit. p. 7 п. 1.

---

По разсмотрѣніи содержанія права собственности и его ограниченія необходимый переходъ къ вопросу объ охранѣ собственности.

### Охрана собственности.

Нарушеніе собственности можетъ быть или въ пѣломъ, или въ части. Первое виѣшне выражается въ лишеніи владѣнія, безъ котораго немыслимо отправленіе какихъ либо функцій права собственности; второе же касается только отдельныхъ сторонъ этого права. Соответственно этимъ двумъ видамъ нарушенія, иски по собственности двухъ родовъ: 1) *Rei vindicatio* и 2) *Actio negatoria*.

Понятно, что данные иски нельзя считать единственными средствами защиты собственности. Какъ при лишеніи владѣнія, такъ и при частичномъ нарушеніи собственности, собственникъ можетъ защищаться чисто личными исками, какъ-то: интердиктами, договорными, деликтными исками; и только если на лицо не имѣется условій для личныхъ исковъ, то остаются только данные *actiones in rem*.

*Rei vindicatio*<sup>2)</sup> есть такой цивильный вещный искъ (*in rem actio*), которымъ не владѣющій собственникъ вещи вынуждаетъ владѣющаго ею или только удерживающаго ее несобственника признать его право собственности и выдать ему вещь. Искъ этотъ принадлежитъ къ числу *actiones arbitrariae*.

1) *Истцомъ* по *rei vindicatio* можетъ быть лишь то лицо,

<sup>1)</sup> L. 8 § 5—7 D. 8, 5.

<sup>2)</sup> Dig. 6, 1 de rei vindicatione; Cod. 3, 32.—*Heimbach* въ Weiske's Rechtslex. B. 13. *Molitor*. La possession... la revendication... en droit romain. 1851 p. 283—284. *Ihering*. *Rei vindicatio* въ Gesammelte Aufsätze Bd. 1.

которое претендуетъ на право собственности<sup>1)</sup>, причемъ справедливость даннаго притязанія подлежитъ будущему разъясненію. При этомъ истецъ не долженъ имѣть владѣнія вещью<sup>2)</sup>; безразлично—лишь онъ былъ этого владѣнія или никогда его не имѣлъ. Право на данный искъ *utiliter* имѣли эмфитеута и суперфициарій. Кроме того, *rei vindicatio utilis* могли вчинять еще и другія лица, которыхъ по строгимъ правовымъ консеквенціямъ не могли рассматриваться собственниками. Такъ,

а) Если опекунъ приобрѣтетъ себѣ вещь деньгами опекаемаго, то этотъ послѣдній имѣть противъ него не только личный искъ на возвращеніе денегъ, но и *rei vindicatio utilis* на выдачу самой приобрѣтенной вещи<sup>3)</sup>.

б) Такое же право было предоставлено и солдату на вещь, купленную его деньгами<sup>4)</sup>.

в) Супругъ, подарившій деньги супругу, имѣлъ право *rei vindicatione utili* требовать выдачи купленной на нихъ вещи въ случаѣ несостоятельности одареннаго<sup>5)</sup>.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ истцы не могутъ быть рассматриваемы по строгому праву собственниками, ибо вещи, приобрѣтенные чужими деньгами, не принадлежать собственнику денегъ, а лицу, себѣ ихъ приобрѣвшему<sup>6)</sup>. Но тѣмъ не менѣе, римское право выходитъ изъ предположенія, что послѣдній дѣйствовалъ какъ бы въ качествѣ представителя первыхъ и тѣмъ устанавливалъ имъ собственность.

Нѣкоторые ученые (особенно *Jhering* въ *Jahrb. f. d. Dogmat.* I p. 158 и слѣд.) видятъ въ данной *rei vindic. utilis* не вещный искъ, а личный искъ противъ опекуна и др. на передачу вещи въ собственность, и что, слѣдовательно, къ третьимъ владѣльцамъ данной вещи этотъ искъ предъявленъ быть не можетъ. Но, какъ было замѣчено въ литературѣ (см., напр., *Wächter. Pand.* II p. 178), такое чисто личное притязаніе не могло по римскому праву осуществляться вещнымъ искомъ, *in rem actione*. Кроме того, оставалось бы вполнѣ непонятнымъ, въ силу чего бывшій собственникъ вещи могъ при несостоятельности отвѣтчика предъявлять *rei vindicat.* на вещь и тѣмъ получать преимущество передъ другими кредиторами (см. а. в. и *Jhering* cit. p. 173).

<sup>1)</sup> L. 23 pr. D. 6, 1.

<sup>2)</sup> § 2 J. 4, 6.

<sup>3)</sup> L. 2 D. 26, 9.

<sup>4)</sup> L. 8 C. 3, 32.

<sup>5)</sup> L. 55 D. 24, 1. Другой аналогичный примѣръ см. L. 29 § 1; L. 30 D. 24, 1.

<sup>6)</sup> См., напр., L. 8 C. 4, 50.

2) *Отвѣтчикомъ по rei vindicatio будеть всякий possessor или даже просто detentor спорной вещи*<sup>1)</sup>. Въ случаѣ если отвѣтчикъ удерживаетъ вещь отъ имени собственника, напр., по найму, по поклажѣ, то съ прекращенiemъ даннаго отношенія собственникъ можетъ вытребовать вещь не только искомъ о собственности<sup>2)</sup>, но и личнымъ искомъ (см. въ обязат. правѣ). Если отвѣтчикъ удерживаетъ вещь отъ имени третьаго лица, то онъ имѣетъ т. наз. beneficium laudationis (или nominationis) auctoris, т. е. право, указавъ на лицо, отъ имени котораго онъ имѣть detentio rei, отклонить отъ себя отвѣтъ по иску и тѣмъ принудить истца обратиться съ нимъ къ auctor'у.

Этотъ beneficium былъ предоставленъ имп. Константиномъ только при спорахъ о земляхъ L. 2 C. 3, 19.

По общему правилу не можетъ быть предъявленъ rei vindicat. къ лицу, которое не имѣть вещи въ рукахъ; равнымъ образомъ освобождается отъ отвѣтственности по иску и тотъ, кто въ теченіе процесса безъ своей вины лишился обладанія вещью<sup>3)</sup>. Но по исключенію нѣкоторыя лица разсматриваются какъ ficti possessores, какъ бы владѣющими данной вещью и поэтому отвѣтственными по rei vindicat., на самомъ же дѣлѣ не имѣя вещи въ рукахъ. Такими фингированными владѣльцами будуть:

a) *Is qui dolo desiit possidere*, т. е. лицо, преднамѣренно лишившееся владѣнія вещью<sup>4)</sup>, напр., ее отчудившее, уничтожившее и т. п. Признакъ *dolus'a* вызываетъ правовой порядокъ на борьбу и так. образ. владѣвшій остается отвѣтчикомъ. Поэтому, если владѣлецъ вещи теряетъ владѣніе *sine dolo*, то онъ и не подлежитъ отвѣту по rei vindicatio<sup>5)</sup>.

b) *Is qui liti se obtulit*, т. е. лицо, можно выдававшее себя за владѣльца вещи съ злымъ намѣреніемъ причинить истцу безполезнымъ процессомъ ущербъ<sup>6)</sup>.

Въ обоихъ этихъ случаяхъ reivindicat. имѣть своимъ назначенiemъ вознаградить истца стоимостью вещи.

3) *Предметомъ rei vindicationis могутъ быть только вещи, способныя состоять на правѣ частной собственности, какъ дви-*

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

<sup>2)</sup> L. 9 D. 6, 1; L. 7 pr.; L. 12 D. 7, 9.

<sup>3)</sup> L. 27 § 1; L. 42, 52, 55 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> L. 27 § 3; L. 36 pr. D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 27 § 1 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> L. 25—27 pr. D. 6, 1.

жимыя, такъ и недвижимыя, какъ одушевленныя, такъ и неодушевленныя<sup>1</sup>); притомъ не только цѣлая вещь<sup>2</sup>), но и часть ея интеллектуальная<sup>3</sup>) или (при поземельныхъ участкахъ) реальная<sup>4</sup>). Не могутъ быть предметами иска: а) права, напр. право наслѣдованія, сервитуты; б) universitas juris<sup>5</sup>), напр., peculium, dos, hereditas. Но universitas rerum cohaerentium, <sup>какъ</sup> и universitas rerum distantium (стадо, библіотека) можно было отыскивать reivindicatione<sup>6</sup>). в) Нельзя было вчинять иска на вещь индивидуально неопределенную, genus, напр., просто лошадь или количество замѣнныхъ вещей, напр., столько-то денегъ. г) Нельзя было вчинять reivindicat. на вещь, составляющую accessoria другой, напр., на проданныя и уплаченная деревья на корню, на бриллантъ въ чужомъ кольцѣ и т. п. Тутъ предварительно особыми средствами (actio ad exhibendum) должно произвести выдѣленіе данныхъ вещей изъ главной<sup>7</sup>), а уже за симъ можно ихъ виндицировать. Пока же онъ соединены, онъ составляютъ собственность хозяина главной вещи.

4) *Доказательства.* Истецъ долженъ доказать основаніе своего иска, т. е. а) свое право собственности на вещь и б) нахожденіе этой вещи у отвѣтчика въ качествѣ владѣльца или простого *detentor'a*, или что данное лицо подлежить отвѣтственности какъ *fictus possessor*.

а) Доказать право собственности значитъ указать на законный способъ приобрѣтенія собственности<sup>8</sup>). Если этотъ способъ будетъ первоначальный, напр., specificatio, accessio, usucapio, то на доказательствѣ его и останавливается истецъ, ибо изъ него безусловно вытекаетъ право собственности. Въ случаѣ производного способа, напр., traditio, недостаточно доказать актъ преемственности; необходимо еще доказать право собственности auctoris<sup>9</sup>), и если этотъ послѣдній приобрѣлъ вещь также производнымъ способомъ,—то право собственности дальнѣйшаго auctoris и т. д. пока, наконецъ, не будетъ указанъ первоначальный способъ приобрѣтенія въ лицѣ одного изъ предшест-

<sup>1)</sup> L. 1 § 1 D. 6, 1.

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

<sup>3)</sup> L. 3 § 2; L. 5 pr.; L. 6; L. 76 § 1 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> L. 8 D. 6, 1.

<sup>5)</sup> L. 56 D. 6, 1.

<sup>6)</sup> L. 1 § 3; L. 2, 3 D. 6, 1.

<sup>7)</sup> L. 23 § 5 D. 6, 1; L. 6 D. 10, 4.

<sup>8)</sup> L. 23 pr. D. 6, 1.

<sup>9)</sup> L. 20 pr. D. 41, 1.

вовавшихъ *auctores*<sup>1)</sup>). Внѣ такого доказательства нельзя предполагать право собственности въ лицѣ истца въ силу правила: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

Такое, иногда крайне затруднительное, доказываніе средневѣковые писатели прозвали *probatio diabolica*. Но это затруднительное доказываніе въ большинствѣ практическихъ случаевъ можетъ быть устранимо, а именно, при ссылкѣ на выполнившуюся давность, вчинаніемъ *actionis Publicianaæ in rem* и *interdicta possessoria* (см. *Vangerow. Pand. I* § 332 п. 1. Тутъ же изложены и всѣ воззрѣнія, отступающія отъ принятаго нами).

Согласно строгой правовой логикѣ, недостаточно доказательства со стороны истца способа приобрѣтенія собственности въ его лицѣ: необходимо еще доказать, что въ моментъ предъявленія *rei vindicationis* онъ продолжаетъ оставаться собственникомъ. Но такъ какъ доказываніе такого отрицательного факта, какъ ненаступленіе законнаго основанія къ прекращенію собственности крайне затруднительно, а часто и невозможно, то положительное право выставляетъ *prae sumptio juris* въ пользу истца, такъ что на обязанности отвѣтчика лежитъ доказать, что приобрѣтенная истцомъ собственность была позднѣе имъ утеряна.

Если истецъ не докажетъ своего права собственности, то дѣло выигрываетъ отвѣтчикъ, хотя бы онъ и не былъ собственникомъ вещи, не могъ бы привести никакого титула своему владѣнію<sup>2)</sup>.

б) Касательно доказательства о нахожденіи вещи у отвѣтчика<sup>3)</sup> дѣйствовало правило, что если послѣдній отвергаетъ это и разъ истецъ докажетъ фактъ этого нахожденія, то отвѣтчикъ безъ дальнѣйшаго обязанъ выдать вещь истцу<sup>4)</sup> и уже засимъ можетъ выступать противъ истца съ предъявленіемъ на вещь своего собственнаго права. Изъ этого слѣдуетъ, что истцу по *rei vindicatio* выгоднѣе начинать съ доказательства нахожденія вещи у отвѣтчика.

5) *Присужденіе* по *rei vindicatio* состоить въ судебнѣмъ объявленіи, что собственность на данную вещь принадлежитъ истцу и поэтому отвѣтчикъ приговаривается *in rem cum omni causa*, т. е. къ выдачѣ вещи со всѣми добавочными принадлежностями ея, или къ вознагражденію истца (*id quod ejus interest*); если отвѣтчикъ не можетъ возвратить вещь, но остается от-

<sup>1)</sup> *Pellat cit. p. 147* и слѣд.

<sup>2)</sup> L. 28 C. 3, 32.

<sup>3)</sup> L. 36 pr. D. 6, 1.

<sup>4)</sup> L. 80 D. 6, 1.

вѣтственнымъ по ней (напр., qui liti se obtulit). Со стороны выдачи самой вещи rei vind. принадлежить къ числу actiones arbitriae, т. е. при извѣстныхъ условіяхъ можетъ вести къ litis aestimatio по iugementum in item<sup>1)</sup>). Но и помимо этого, стороны могутъ согласиться (expresse или даже tacite) въ томъ, чтобы присуждение было направлено не на самую вещь, а на ея стоимость; тутъ будетъ продажа вещи истцомъ отвѣтчику за определенную цѣну подъ условiemъ, чтобы послѣдній былъ приужденъ.

Касательно отвѣтственности за субстанцію вещи и ея accessoria, а именно плоды, слѣдуетъ различать недобросовѣстное владѣніе отъ добросовѣстнаго:

a) Possessor mala fidei отвѣчаетъ

а) за самую вещь съ самаго начала владѣнія до вчинанія иска (до litis contestatio), какъ бы за вещь ему довѣренную, ибо mala fides заставляетъ его смотрѣть на владѣемую вещь, какъ на вещь чужую, другому принадлежащую. Поэтому, въ случаѣ онъ самъ прекращаетъ владѣніе, напр., отчуждаетъ вещь, онъ подлежитъ отвѣтственности, какъ fictus possessor<sup>2)</sup>). Равно и въ случаѣ потери владѣнія по culpa отвѣчаетъ стоимостью вещи<sup>3)</sup>). Только за casus fortuitus недобросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ.

Многіе ученые распространяли отвѣтственность m. f. poss. съ самаго начала на casus (см. Glück Erläuter. d. Pand. 8 p. 243), но источники ничего подобнаго не говорятъ, а другихъ основаній такому распространенію найти нельзя.

Съ момента litis contestatio недобросовѣстный владѣлецъ считается въ состояніи просрочки, in mora, и поэтому отвѣчаетъ по самой вещи даже за casus fortuitus, если только не докажетъ, что вещь, возвращенная истцу въ моментъ litis contest. во всякомъ случаѣ погибла бы casu fortuito.<sup>4)</sup>). Но, конечно, эта отвѣтственность остается, если истецъ возразить, что, имѣя своевременно вещь въ рукахъ, онъ немедленно бы ее отчудиль и такимъ образомъ сохранилъ ея стоимость.

3) За плоды possessor mal fid. отвѣчаетъ какъ до, такъ и послѣ litis contest. въ полномъ ихъ составѣ<sup>5)</sup>) слѣдующимъ об-

<sup>1)</sup> L. 68 D. 6, 1.

<sup>2)</sup> L. 27 § 3 D. 6, 1.

<sup>3)</sup> L. 25 § 2; L. 31 § 3 D. 5, 3; L. 45 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> L. 20 § 21; L. 40 pr. D. 5, 3.

<sup>5)</sup> L. 22 C. 3, 32.

разомъ. *Fructus extantes* онъ обязуется выдать истцу, а за *fructus consumti* дать вознаграждение<sup>1</sup>). На требование первых и второго истецъ имѣеть право и въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ уже болѣе не владѣеть самою вещью<sup>2</sup>). Мало того, poss. m. f. до *litis contestatio* отвѣчаетъ и за тѣ плоды, которые онъ, какъ *bonus pater familias*, могъ бы извлечь изъ вещи<sup>3</sup> (*fructus percipiendi*). Послѣдняя отвѣтственность не прекращается и тогда, когда сама вещь погибла по винѣ отвѣтчика<sup>4</sup>). Послѣ *litis cont.* недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ и за тѣ *fructus percipiendi*, которые могъ бы извлечь самъ собственникъ вещи<sup>4</sup>).

Вопроſъ обѣ отвѣтственности недобросовѣстного владѣльца за *fructus percipiendi* весьма споренъ; разногласіе касается момента, съ котораго начинается эта отвѣтственность, и самаго характера этихъ плодовъ по данной отвѣтственности (см. *Vangerow. Pand. I § 333 Апн. II*). Мы остановились на воззрѣніяхъ, всего ближе отвѣчающихъ источникамъ (*Wächter. Pand. 2 § 143 Beil. II*).

Сказанное относится къ отвѣтственности и за *fructus civiles*, напр., за полученную арендную плату или должностную быть полученной; въ случаѣ же личнаго пользованія *possessor m. fid.* обязанъ уплатить за свой счетъ эту плату<sup>5</sup>). Исключение составляютъ деньги, которыя не предполагаются къ выдаче на проценты<sup>6</sup>).

Если недобросовѣстное владѣніе основано было на какомъ либо деликтѣ, напр., *насилии*, *воровствѣ* и т. п., то отвѣтственность съ самаго начала владѣнія опредѣляется правилами болѣе тяжкой отвѣтственности *possessoris mal. fid.* послѣ момента *litis contestatio*<sup>7</sup>).

б) *Possessor bona fidei* <sup>α)</sup> за самую вещь до *litis contest.* не отвѣчаетъ вовсе, буде онъ отчудить, уничтожить, попортить вещь<sup>8</sup>), и самую выгоду, приобрѣтенную отъ отчужденія вещи

<sup>1</sup>) L. 3 C. 4, 9; L. 4 C. 9, 32; L. 22 § 2 D. 13, 7.

<sup>2</sup>) L. 17 § 1 D. 6, 1; L. 4 § 2 D. 10, 1.

<sup>3</sup>) L. 33 D. 6, 1; L. 25 § 4, 9 D. 5, 3.

<sup>4</sup>) L. 4 C. 8, 4; L. 62 § 1 D. 6, 1; L. 19 pr. D. 22, 1.

<sup>5</sup>) L. 62 pr.; L. 64 D. 6, 1.

<sup>6</sup>) L. 62 pr. D. 6, 1.

<sup>7</sup>) L. 4 C. 8, 4; L. 9 C. 6, 2; L. 19 D. 43, 16.

<sup>8</sup>) L. 31 § 3; L. 25 § 11 D. 5, 3.—См. *Ihering. Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben?* въ *Gesammelte Aufsätze Bd. 3 1886 p. 1—87.*

онъ обязывается возвратить истцу только въ исключительномъ случаѣ, а именно при погибели вещи, лишающей истца возможности вчинить *rei vindicat.*<sup>1)</sup>). Послѣ litis contest. добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ уже какъ недобросовѣстный<sup>2)</sup>), ибо предъявленіе иска лишало его увѣренности въ правѣ собственности на вещь.

Послѣднее положеніе въ наукѣ оспаривается. Соглашаясь съ тѣмъ, что источники (см. п. 4) весьма ясно уподобляютъ b. f. posses. послѣ litis contest. недобросовѣстному владѣльцу, многие ученые тѣмъ не менѣе не считаютъ себя въ правѣ признать такое всегдашнее превращеніе и подтвержденіе своего мнѣнія видѣть въ томъ, что въ частныхъ примѣненіяхъ отвѣтственности такое тождество не проведено строго (см. *Vangerow. Pand. I* § 333 A. I). Дѣйствительно, искъ, вчиненный противъ добросовѣстного владѣльца, не можетъ всегда дѣлать его недобросовѣстнымъ уже потому, что онъ можетъ оставаться по прежнему увѣжденнымъ въ свою праву; одно же сомнѣніе въ правѣ во всякомъ случаѣ не есть недобросовѣстность (*Wächter. Pand. II* p. 185).

β) За плоды до litis contest. добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ только въ размѣрѣ еще наличныхъ въ моментъ предъявленія иска и не отвѣчаетъ за потребленные и за *fruct. recipiendi.* Послѣ litis contestat. отвѣтственность распространяется и на послѣднія двѣ категоріи плодовъ<sup>3)</sup>.

По решенію нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, *mala fides superveniens*,— напр., купившій вещь узнаетъ позднѣе, что продавецъ не былъ собственникомъ,— лишаетъ права владѣльца на всѣ плоды и помимо вчиненного иска (напр., L. 25 § 2 D. 22, 1; L. 48 § 1 D. 41, 1). См. *Brinz. Zum Rechte d. bon. fid. poss.* въ *Festgabe* p. 105—111.

6) Защита отвѣтчика противъ *rei vindicatio*, кромѣ общихъ мѣръ защиты противъ исковъ, какъ напр., ссылки на исковую погасительную давность, на *beneficium cessionis actionis* и т. п., выражается особенно въ правѣ на два *exceptiones doli generalis*, а именно:

a) *Exceptio rei venditae et traditae*<sup>4)</sup>). Возраженіе это предполагаетъ, что самъ истецъ, или его наследодатель, передалъ отвѣтчику владѣніе вещью съ намѣреніемъ вмѣстѣ съ тѣмъ перенести и право собственности; но при всемъ томъ, это послѣд-

<sup>1)</sup> L. 23 § 5 D. 6, 1; L. 49 D. 3, 5; L. 23 D. 12, 1; L. 30 pr. D. 19, 1.

<sup>2)</sup> L. 20 § 11; L. 25 § 7 D. 5, 3.

<sup>3)</sup> § 2 J. 4, 2; L. 2 C. 7, 51.

<sup>4)</sup> Dig. 21, 3 de exceptione rei venditae et traditae.

нее право остается за истцомъ или позднѣе имъ приобрѣтается, и вотъ на основаніи этого предъявляется *rei vindicatio*. Въ этихъ случаяхъ хотя отвѣтчикъ и не приобрѣтаетъ по *traditio* права собственности, но, тѣмъ не менѣе, можетъ противъ истца-собственника предъявить возраженіе о совершившейся продажѣ и передачѣ вещи, ибо истецъ не можетъ, въ противность собственной сдѣлкѣ, требовать вещи у отвѣтчика. Въ древнее время таковъ былъ случай неформальной продажи и передачи *rei mancipi*. Въ позднѣйшемъ времени сюда относились, напр., такие случаи: несобственникъ продаетъ и передаетъ вещь и получаетъ продажную цѣну, позднѣе же, приобрѣвъ право собственности, предъявляетъ противъ покупщика *rei vindicatio* <sup>1)</sup>; или: несобственникъ отчуждаетъ вещь, а позднѣе ему наслѣдуется собственникъ вещи, который и предъявляетъ противъ купившаго *rei vindicatio* <sup>2)</sup>. И друг. <sup>3)</sup>. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ въ предъявленіи иска заключается *dolus*, противъ которого отвѣтчикъ имѣть *exceptio (doli)*, называемое *except. rei venditae et traditae*. *Exceptio* это — изъ числа *exservationes peremptoriae*.

*17298*  
б) *Exceptio* по поводу затратъ. Если отвѣтчикъ сдѣлаетъ по спорной вещи затраты, *impensae*, то при извѣстныхъ условіяхъ онъ имѣть противъ *rei vind.* право на *exceptio doli*, которымъ осуществляется *jus retentionis* до тѣхъ поръ, пока ему не будутъ возмѣщены эти затраты. Такъ, добросовѣстный владѣлецъ имѣть право требовать вознагражденія за *impensae necessariae* и *utiles*, за послѣднія въ размѣрѣ дѣйствительно повышенной стоимости вещи. По *impensae voluptuosae* онъ имѣть *jus tollendi*. Недобросовѣстный владѣлецъ имѣть право на вознагражденіе только за *impensae necessariae*, ибо эти затраты долженъ быть бы во всякое время сдѣлать самъ собственникъ <sup>4)</sup>; по остальнымъ же онъ можетъ осуществить только *jus tollendi* <sup>5)</sup>. Владѣлецъ по деликту (ворью) <sup>6)</sup> не имѣть права на вознагражденіе ни по какимъ затратамъ, а могъ только взять внесенное имъ. Но *jus tollendi* во всѣхъ случаяхъ было подчинено многимъ условіямъ. Такъ, осуществленіе его не должно было вре-

<sup>1)</sup> L. 1 pr. L. 2 D. 21, 3; L. 17 D. 21, 2; L. 72 D. 6, 1.

<sup>2)</sup> L. 1 § 1 D. 21, 3; L. 73 D. 21, 2; L. 14 C. 3, 32; L. 14 C. 8, 45.

<sup>3)</sup> См. у *Arndts. Pandekt.* § 168 Anm.

<sup>4)</sup> *Leist.* въ *Civilist. Studien.* H. 2 p. 20, 21.

<sup>5)</sup> L. 27 § 5; L. 30; L. 37, 38 D. 6, 1; L. 5, 16 C. 3, 32; § 30—34 J. 2, 1.

<sup>6)</sup> L. 13 D. 13, 1; L. 1 C. 8, 52.

дить главной вещи<sup>1)</sup>, отвѣтчикъ долженъ бытъ имѣть въ немъ интересъ<sup>2)</sup>, наконецъ, собственникъ могъ остановить его, уплативъ стоимость подлежащаго выносу<sup>3)</sup>.

Цѣну, уплаченную отвѣтчикомъ за вещь, онъ, по общему началу<sup>4)</sup>, не можетъ требовать отъ истца<sup>5)</sup>.

*Actio negatoria*<sup>6)</sup> (*vel negativa*) былъ такой вещный искъ, которымъ собственникъ защищался въ мирномъ отправлениіи своего права противъ частичнаго нарушенія его со стороны третьаго лица. Искъ этотъ выражается въ формѣ отрицанія права отвѣтчика, откуда и самое его название<sup>7)</sup>). Нарушеніе это можетъ состоять или въ томъ, что третье лицо присваиваетъ себѣ какое либо право на вещь, ограничивающее собственность, напр., какой либо сервитутъ<sup>8)</sup>, или вообще какимъ либо фактическимъ воздействиемъ препятствуетъ свободному распоряженію и пользованію вещью<sup>9)</sup>, напр., не убираетъ упавшее на съедній участокъ дерево. Этотъ же искъ примѣняется и въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ участниковъ общей собственности предпринимаетъ самовольно какія либо мѣры по общей вещи<sup>10)</sup>.

Многіе ученые, особенно въ прежнее время (см., напр., *Du Roi* въ *Archiv für civ. Pr.* VI p. 298), не считали *actio negatoria* за искъ, вытекающій изъ права собственности, а за искъ сервитутный; поэтому въ учебникахъ его нерѣдко излагаются въ отдѣлѣ о сервитутахъ, а не о собственности (напр., *Vangerow. Pand.* I § 353). На это мнѣніе подавало поводъ одно мѣсто, помѣщенное во главѣ титула о сервитутныхъ искахъ, гдѣ говорилось, что сервитутными искаами будутъ *actio confessoria*, а за тѣмъ *act. negatoria* (L. 2 pr. D. si servit. 8, 5); по вѣду несомнѣнно ясныхъ выражений другихъ мѣстъ источниковъ, по которымъ *actio negatoria* предоставляется и въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ рѣчи о притязаніи отвѣтчика на сервитутъ (L. 14 § 1 D. 8, 5 ср. съ L. 26 D. 8, 2), вышеприведенное мѣсто нельзя толковать такъ исключительно.

<sup>1)</sup> L. 38 in med. D. 6, 1.

<sup>2)</sup> L. 38 D. 6, 1: neque malitiis... officias.

<sup>3)</sup> L. 38 D. 6, 1: Constituimus vero... potestas.

<sup>4)</sup> Cp. L. 14, 16 C. 5, 71.

<sup>5)</sup> L. 3, 23 C. 3, 32; L. 2 C. 6, 2.

<sup>6)</sup> Dig.: 7, 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur; 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.—*Puchta. Ueber die Negatorienklage* въ *Kleine civilistische Schriften* p. 148 — 166; *Seitz. Zur Kritik der heut. Negatorien u. Confessorienklage* 1873.

<sup>7)</sup> § 2 J. 4, 6.

<sup>8)</sup> L. 5 § 6 D. 7, 6; L. 2 pr. D. 8, 5.

<sup>9)</sup> L. 8 § 5 D. 8, 5.

<sup>10)</sup> L. 9 D. 8, 5.

Actio negatoria in rem могли осуществлять utiliter эмфитеута<sup>1</sup>), суперфициарий<sup>2</sup>) и залогоприниматель<sup>3</sup>).

Если нарушение произошло при отправлении чужого права, то ответчикъ могъ auctorem nominare.

Истецъ долженъ доказать свое право собственности<sup>4</sup>) и фактъ его нарушенія ответчикомъ. Ответчикъ, ссылаясь путемъ возраженія, на принадлежащее ему право, напр., сервитутъ, ограничивающее собственность истца, долженъ доказать приобрѣтеніе этого права<sup>5</sup>). Въ случаѣ право это уже погашено въ моментъ предъявленія иска, то на истцѣ лежитъ доказательство этого погашенія путемъ replicatio.

Многіе ученые полагаютъ, что истецъ по negat. actio обязанъ доказать несуществование присвоимаго ответчикомъ права (напр., Pape въ Linde's Zeitschr. 16, 6; Demangeat Droit том. p. 495—497). Нѣкоторые писатели допускаютъ это воззрѣніе съ разными оговорками (см. Glück. Erlaut. 10 р. 254 и слѣд.; Brinz. Pand. I p. 238). Но едва ли подобное воззрѣніе основательно. Основаніе даннаго иска есть право собственности; въ немъ и заключается понятіе неограниченности. Поэтому достаточно доказать наличность этого права, чтобы и всѣ общія предположенія, въ немъ заключающіяся, были признаны. Претендующій на право, отмѣняющій данныя общія предположенія, долженъ и доказать его установление. Мѣста, приводимыя въ защиту противнаго, а именно L. 5 pr. D. 7, 6; L. 8 § 3 D. 8, 5; L. 15 D. 39, 1, какъ доказано теперь тщательнымъ толкованіемъ, служить доказательствомъ ему не могутъ (см. Windscheid. Pand. I § 198 п. 16).—Далѣе, со временемъ гlosсаторовъ было весьма распространено воззрѣніе (см. Landsberg. Die Glosse d. Accursius p. 321), что владѣющій собственникъ при нарушеніяхъ, ведущихъ къ act. negat., обязанъ доказать лишь свое владѣніе, въ силу которого presupponiertur самая собственность. Источники ничего подобного не говорятъ и нѣтъ никакихъ оснований облегчать собственнику доказываніе своего права (см. Puchta cit. p. 155—161).

Цѣль предъявленія негаторнаго иска состояла въ томъ, чтобы судья призналъ за собственникомъ свободное отъ притязаній ответчика право собственности, приговорилъ къ возстановленію соотвѣтствующаго состоянія<sup>6</sup>), уплатѣ убытокъ<sup>7</sup>) и предоставленію cautio de non amplius turbando, обезпече-

<sup>1</sup>) L. 16 in f. D. 8, 1.

<sup>2</sup>) L. 3 § 3 in f. D. 39, 1.

<sup>3</sup>) L. 16 init. D. 8, 1.

<sup>4</sup>) L. 5 pr. in f. D. 7, 6.

<sup>5</sup>) Pagenstecher cit. p. 181; Arndts. Pand. § 169 п. 4. И др.

<sup>6</sup>) L. 8 C. 3, 34.

<sup>7</sup>) L. 5 § 6 D. 7, 6; L. 4 § 2; L. 9 pr. D. 8, 5.

нія въ томъ, что не будетъ повторено данное нарушение права<sup>1)</sup>.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ не можетъ доказать своего права собственности, но докажетъ, что пріобрѣлъ вещь *justo titulo*, то къ *negatoria actio* примѣняются начала *Publiciana in rem actionis*, а именно: противъ отвѣтчика, не могущаго доказать установление присвоенаго права *justo titulo*, или если ему будетъ доказана *mala fides* при притязаніи на данное право, осуществляется *negatoria Publiciana actio*.

Такъ полагаетъ теперь большинство ученыхъ (см. *Vangerow. Pand.* p. 354); но Пухта (cit.) не находилъ ни одного мѣста въ источникахъ, которое оправдывало бы такое распространеніе *Publiciana actionis*.

При полномъ нарушеніи права собственности истецъ, чтобы вернуть владѣніе вещью, долженъ доказать свое право собственности на нее, хотя бы отвѣтчикъ былъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Затруднительность во многихъ случаяхъ такого доказыванія и въ то же время чувство справедливости вынудили претора отыскать средство въ защиту лица, имѣвшаго болѣе правъ на владѣніе вещью, чѣмъ отвѣтчикъ. Такимъ средствомъ и было

*Actio Publiciana in rem*<sup>2)</sup>.—Выше мы видѣли, что по преторскому праву лицо, владѣвшее вещью *ad usucapionem* и потерявшее владѣніе, могло вчинить искъ противъ всякаго третьяго владѣвшаго ею, но не по титулу давности, искъ на выдачу ему вещи. Искъ этотъ былъ *actio Publiciana in rem*. Онъ основывался на той фикції, что начавшаяся давность въ моментъ потери владѣнія истцомъ уже выполнилась<sup>3)</sup>. Искомъ этимъ естественно могъ воспользоваться и настоящій собственникъ вещи<sup>4)</sup>, когда ему, съ одной стороны, трудно было доказать собственность, а съ другой, отвѣтчикъ не могъ сослаться на *possessio ad usucapionem*<sup>5)</sup>.

Многіе писатели думали, что въ основѣ Публиціанова иска слѣдуетъ предполагать особый видъ собственности, а именно фиктивную собственность, dominium fictum seu putativum, или преторскую собственность (см. *Glück*).

<sup>1)</sup> L. 12 D. 8, 5.

<sup>2)</sup> Dig. 6, 2 de *Publiciana in rem actione*.—Литература весьма обширная. Изъ новѣйшихъ трудовъ: *Schulin. Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio* 1873; *Huschke. Das Recht der Publicianischen Klage* 1874.

<sup>3)</sup> Gajus 4, 36; § 4 J. 4, 6; L. 7 § 6 D. 6, 2.

<sup>4)</sup> L. 7 § 7 D. 6, 2.

<sup>5)</sup> Ср. *Huschke* cit. p. 76, 77.

Erläuter. d. Pand. 8 p. 356 и слѣд.). Но основаниемъ этого иска была не собственность, а простое владѣніе ad usucapionem, на защиту которого преторъ Публиций распространилъ исковую формулу для защиты собственности тѣмъ, что ввелъ фикцію выполнившейся давности. Такъ и сами римляне никогда не называли собственностью право, лежавшее въ основѣ этого иска (см. *Böcking*. Pand. 2 § 137) — Если искъ этотъ рассматривается здѣсь въ числѣ средствъ защиты собственности, то потому, что онъ образованъ по образцу исковъ о собственности, какъ то указываютъ его предположенія, и, кроме того, онъ ведеть къ однѣмъ и тѣмъ же материальнымъ цѣлямъ (см. *Paganstecher*. cit. 3 p. 3, 4).

Условія этого иска: I. a) Истецъ долженъ быть пріобрѣсти вещь justo titulo и затѣмъ потерять владѣніе<sup>1)</sup>). Но позднѣе этой искъ можно было предъявить и въ тѣхъ случаяхъ, когда собственность пріобрѣталась не черезъ владѣніе<sup>2)</sup>, а по т. наз. transitus legalis, напр., по легату, по наслѣдованію. Въ послѣднихъ случаяхъ для предъявленія action. Public. не требовалось предварительного владѣнія вещью.

б) Пріобрѣтенная истцомъ вещь должна быть изъ числа ges habiles, т. е. способныхъ перейти въ собственность по usucario, давностному владѣнію<sup>3)</sup>). Поэтому, напр., искъ этотъ не можетъ быть направленъ на ворованную вещь.

б) Bona fides истца<sup>4)</sup>, но только въ моментъ пріобрѣтенія вещи<sup>5)</sup>.

При этомъ истецъ обязанъ доказать только первый пунктъ, а именно, что онъ пріобрѣлъ вещь justo titulo. Способность же вещи къ usucario и bona fides предполагаются сами собою и поэтому доказывать противное лежитъ на отвѣтчикѣ.

II. Предъявляется этотъ искъ противъ лицъ, которыхъ владѣютъ rejore modo, по низшему праву, а именно sine titulo, или и по титулу, по низшему, чѣмъ титулъ истца. Такъ его можно вчинить противъ владѣльца vi et clam или владѣльца mala e fidei. Но нельзя вчинять action. Publician. противъ владѣльца съ высшимъ титуломъ, а именно противъ собственника, который въ возраженіи на данный искъ докажетъ свое право собственности<sup>6)</sup>. Нельзя вчинять actionem Public. и противъ владѣльца съ рав-

<sup>1)</sup> L. 1 pr. L. 5; L. 7 pr. § 1—5, 16; L. 13 D. 6, 2.

<sup>2)</sup> L. 1 § 2; L. 7 pr.; L. 11 § 2; L. 12 § 1; L. 15 D. 6, 2.

<sup>3)</sup> L. 9 § 5; L. 12 § 4 D. 6, 2.

<sup>4)</sup> L. 7 § 7—17 D. 6, 2.

<sup>5)</sup> См. *Vangerow*. Pand. 1 § 335 A. II, 1, d.

<sup>6)</sup> L. 16, 17 D. 6, 2.

нымъ титуломъ; такъ, если истецъ и отвѣтчикъ пріобрѣли bona fide отъ разныхъ auctores владѣніе спорною вещью, то дѣйствуетъ правило: *in pari causa potior est possessor*. Только если оба пріобрѣли bona fide отъ одного и того же auctor'a, то преимущество имѣть тотъ, кому первому была передана вещь<sup>1)</sup>.

Въ случаѣ истецъ побѣдить, то приговоръ не заключаетъ въ себѣ признанія за нимъ лучшаго права собственности, а лишь признаніе за нимъ лучшаго права на владѣніе вещью и, соответственно съ этимъ, отвѣтчикъ обязывается выдать вещь cum omni causa. Относительно выдачи вещи, отвѣтственности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца, вознагражденія за impensae — къ Publiciana actio прилагаются начала rei vindicationis<sup>2)</sup>.

Послѣ вопроса объ охранѣ собственности остается разсмотрѣть послѣдній моментъ въ ея бытии, а именно

### Прекращеніе права собственности.

Право собственности прекращается прежде всего во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ его переходитъ по одному изъ признанныхъ положительныхъ правомъ способу въ собственность другого лица. Но помимо пріобрѣтенія другимъ, собственность теряется еще въ слѣдующихъ случаяхъ: I. По волѣ самого собственника, а именно при derelictio<sup>3)</sup>). Оставленіе должно сопровождаться намѣреніемъ собственника отказаться отъ вещи; поэтому, если оставленіе было вынужденное, напр., будуть выброшены за бортъ корабля вещи во время бури<sup>4)</sup> или просто потеряны<sup>5)</sup>, то право собственности не прекращается. Въ случаѣ сомнѣнія, была ли вещь потеряна или оставлена, дѣйствовало правило, что намѣреніе произвести derelictio никогда не предполагается; за него должны говорить положительные факты<sup>6)</sup>. Особый случай прекращенія собственности по derelictio представляеть оставленіе собственникомъ безъ обработки участка, обложенного налогами. Участокъ этотъ поступаетъ въ собствен-

<sup>1)</sup> L. 9 § 4 D. 6, 2 cp. L. 31 § 2 D. 19, 1.

<sup>2)</sup> L. 7 § 8 D. 6, 2.

<sup>3)</sup> § 47 J. 2, 1; L. 17 § 1 D. 41, 2; Dig. 41, 7 pro derelicto.

<sup>4)</sup> § 48 J. 2, 1; L. 9 § 8 D. 41, 1 cp. L. 18 C. 6, 2.

<sup>5)</sup> L. 43 § 7, 8 D. 47, 2.

<sup>6)</sup> Arg. § 48 J. 2, 1 и L. 25 pr. D. 22, 3.

ность тому, кто приступить къ его обработкѣ и не получить въ продолженіе двухъ лѣтъ вознагражденія отъ собственника за сдѣланныя затраты и выплаты<sup>1</sup>). II. Помимо воли собственника: а) Когда онъ потерпить *capitis deminutio maxima*. Рабъ, какъ таковой, не способенъ имѣть ничего на правѣ собственности. *Capit. deminut. media* и *minima* въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ уже почти не имѣли вліянія на измѣненія въ имущественномъ положеніи. б) Уничтоженіе вещи или превращеніе ея въ *res extra commercium*. в) Убѣгъ дикаго животнаго, или когда прирученное животное теряетъ *consuetudinem revertendi*. г) Когда публичная рѣка измѣнить свое теченіе, то поземельные собственники теряютъ право собственности на полосу земли, подъ новымъ русломъ находящуюся<sup>2</sup>). Но простое наводненіе, *inundatio*, не прекращаетъ права собственности даже временно<sup>3</sup>).

Многіе писатели полагали, что на время наводненія отмѣняется право собственности на участки покрытые водой (напр. *Gesterding. Lehre v. Eigenthum* p. 215), каковое возврѣніе находитъ себѣ подтвержденіе въ двухъ мѣстахъ Помпонія (L. 23 D. 7, 4; L. 30 § 3 D. 41, 1). Но теперь больше склоняются къ принятому нами мнѣнію, высказанному въ другихъ мѣстахъ источниковъ и внесенному Юстиніаномъ въ Институціи (см. *Frank. Wird durch eine Fluss-Ueberschwemmung das Eigenthumsrecht an den überschwemmten Grundstücken suspendirt?* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik d. heut. röm. u. deutsch. Privatr.* N. F. B. 9 p. 423—429).

д) *Oscupatio bellica*. Общій взглядъ римлянъ на полное безправіе воюющихъ государствъ они строго, послѣдовательно прилагали и къ самимъ себѣ. Поэтому вещи, попавшія къ непріятелю, они считали вышедшими изъ собственности римского гражданина<sup>4</sup>). Если эти вещи вновь отвоевывались римскимъ войскомъ, то, какъ добыча, онѣ поступали въ собственность римского государства и не возстановлялись прежнему собственнику<sup>5</sup>). Но послѣднее правило смягчалось такъ наз. jure postlimii<sup>6</sup>). Определенная категорія вещей пользовалась той привилегіей, что если онѣ вновь отвоевывались отъ непріятеля и поступали *intra praesidia Romana*, т. е. подъ охрану римского

<sup>1)</sup> L. 8 C. 11, 58.

<sup>2)</sup> L. 1 § 7; D. 43, 12; L. 7 § 5 D. 41, 1; § 23 J. 2, 1.

<sup>3)</sup> L. 1 § 9 D. 43, 12; L. 7 § 6 D. 41, 1; § 24 J. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 36 D. 11, 7.

<sup>5)</sup> L. 3 D. 49, 15.

<sup>6)</sup> L. 5 § 1 D. 49, 15.

государства, то предполагалось, что онъ никогда не находились въ непріятельской добычѣ. Такими предметами были: по-земельные участки<sup>1)</sup>; транспортныя суда частныхъ лицъ, употреблявшіяся на военный цѣли<sup>2)</sup>; животныя (напр., лошади, мулы)<sup>3)</sup> и рабы<sup>4)</sup>, принадлежавшіе офицерамъ или солдатамъ и находившіеся при войскѣ. Оружіе не было въ числѣ этихъ предметовъ, ибо считалось позорнымъ для солдата терять его на войнѣ<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 36 D. 11, 7.

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

<sup>3)</sup> L. 2 § 1 D. 49, 15.

<sup>4)</sup> L. 19 § 10 D. 49, 15.

<sup>5)</sup> L. 2 § 2 D. 49, 15.

## СЕРВИТУТНОЕ ПРАВО (SERVITUTES).

*Источники:* I. 2, 3 de servitutibus; Dig. 8, 1 de servitutibus; Cod. 3, 34 de servitutibus et aqua.

*Пособія:* K. Luden. Die Lehre von den Servituten. Gotha 1837; E. Hoffmann. Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte B. I. u. II Darmstadt 1838; Elvers. Die römische Servitutenlehre. Marburg. 1854—1856; Schönemann. Die Servituten. Leipzig. 1866; I. P. Molitor. La possession et les servitudes en droit romain 2 éd. Paris 1874.

### Понятіе сервитутовъ<sup>1)</sup>.

Подъ сервитутомъ (servitus) разумѣется такое право на чужую вещь, въ силу какового права опредѣленное лицо или всякий собственникъ опредѣленного недвижимаго имущества можетъ съ извѣстныхъ сторонъ отправлять на чужую вещь непосредственное господство, выражющееся или въ положительномъ, опредѣленномъ пользованіи ею, или въ ограниченіи другихъ (даже самого собственника) въ опредѣленномъ же пользованіи.—По своему содержанію, сервิตуты являются какъ бы составными частями собственности, самостоятельно установленными опредѣленнымъ правовымъ субъектамъ. На самомъ дѣлѣ, при такомъ установлении не будетъ полнаго выдѣленія изъ собственности извѣстныхъ ея функций въ пользу несобственниковъ; при сервитутахъ собственникъ можетъ отправлять

<sup>1)</sup> См. перечисление бывшихъ опредѣленій сервитута у Schönemann cit. p. 2—11, а затѣмъ O'ner. Der Servitutenbegriff nach römischem u. österreichischem Recht. 1884.—Римские источники не дали опредѣленія сервитута.

попрежнему всѣ тѣ функции, которыя составляютъ содержание сервитутовъ, насколько только это отправление совмѣстимо съ правами управомоченного сервитутами<sup>1)</sup>. Сервитутъ можетъ только ограничивать собственника въ отправлении определенныхъ функций его права<sup>2)</sup>.

Название *servitus* выражаетъ прежде всего мысль о служебномъ положеніи вещи, а затѣмъ и самое право, которое устанавливаетъ такое положеніе вещи. Въ древнемъ римскомъ правѣ сервитуты были единственными правами на чужую вещь, поэтому за ними осталось это наименованіе и въ позднѣйшія времена, когда появились другія *jura in re aliena*, ставящія вещь въ служебное положеніе. Въ одномъ, впрочемъ, мѣстѣ сервитутомъ названъ *superficies* (L. 88 § 4 D. 30(1), а въ другомъ—ограниченіе собственности по закону (L. 1 § 23 D. 39, 3).

Общее понятіе сервитутнаго права въ наукѣ крайне спорно (см., напр., *Vangerow. Pand.* § 338 Anm. 1; *Windscheid. Pand.* I § 200 Anm. 3). Иногда даже отказываются найти цѣлостное представление всѣхъ тѣхъ правъ, которыхъ извѣстны подъ названіемъ сервитутовъ (см. *Ofner. D. Servitutenbegriff* 1884). Чаще всего въ сервитутѣ видятъ выдѣленную изъ собственности какую-либо составную ея часть, что ведетъ за собою интензивно къ уменьшенію собственности на эту ея функцию. Въ источникахъ иногда о сервитутахъ говорится, какъ о *pars dominii* (L. 4 D. 7, 1; L. 76 § 2 D. 30(2), о *deminutio dominii* (L. 5 § 9 D. 39, 1), но также часто отрицается въ нихъ значеніе частей собственности (L. 25 pr. D. 50, 16; L. 66 § 6 D. 31(2); L. 33 § 1 D. 7, 1).— Несомнѣнно, что по содержанию сервитутъ представляетъ отправление одной изъ функций, лежащей въ правѣ собственности, но это не значитъ, чтобы сервитутъ самъ по себѣ былъ одною изъ составныхъ частей собственности. Онъ есть право на чужую вещь, въ своемъ отправлениіи болѣе или менѣе только ограничивающее собственность въ ея функцияхъ. Въ однихъ случаяхъ эти ограниченія могутъ доходить до полнаго лишенія собственника опредѣленной функции его права (напр., *ususfructus*; въ этихъ случаяхъ источники выражаются о *dominiis*, какъ о собственности «*detracto usufructu*», называютъ ее *proprietas «nuda»* и т. п. L. 36 § 1; L. 46 pr.; L. 72 D. 7, 1; L. 35 pr. D. 6, 1), въ другихъ собственникъ наряду съ управомоченнымъ сервитутомъ отправляетъ свои функции въ полномъ ихъ составѣ (право прохода). Таково господствующее теперь воззрѣніе на природу сервитутовъ. Оно выходитъ изъ предполагаемаго права собственности на предметъ сервитута (см., напр., *Arndts. Pand.* § 175; *Kuntze. Cursus* § 524; *Laurent. Dr. civ.* 6 p. 441). Но некоторые новѣйшия ученые устраниютъ всякое отношеніе сервитутовъ къ собственности. На ограниченіе собственности сервитутами они смотрятъ, какъ на возможное ихъ послѣдствіе, но не какъ на сущность ихъ.

<sup>1)</sup> *Elvers* cit. p. 81.

<sup>2)</sup> См. *Puchta. Von dem Verhältniss des Eigenthums zu den Servituten* въ *Rhein. Mnseum für Jurisprudenz* Jahrg. 1 Heft. 4.

По определению Виндшейда (Pand. I § 200 Art. 3 in. f.), сервитуты суть права несобственника — и больше ничего. Но такое самостоятельное понятие сервитутовъ, отрѣшенное отъ представлениія о правѣ собственности, можно было бы считать доказаннымъ, если бы пришлось признать сервитуты на безхозяйныя вещи (см. Elvers cit. p. 29, 30; 752—757). Доказывая послѣднее, иногда доходятъ до утвержденія, что въ историческомъ развитіи правовыхъ институтовъ сервитуты появились ранѣе собственности (Schönemann cit. p. 17—23). Намъ кажется, что тутъ недоразумѣніе. До собственности мыслимо только фактическое отправленіе того пользованія, которое позднѣе составляло содержаніе сервитута; какъ правовой же институтъ, сервитутъ могъ появиться только въ періодъ рѣзко очерченной собственности; ибо право, а не голый фактъ, пользованія вещью можетъ только относиться къ другому высшему праву. О теоріи Шенеманна подробнѣе см. у Дорна Объ узуфруктѣ по римскому праву 1871, стр. 27 и слѣд.

Сервитуты, представляющіе управомоченному положительное определенное пользованіе чужою вещью, принято называть servitutes affirmativaes. Сервитуты, дающіе только право извѣстнымъ образомъ ограничивать собственника въ его пользованіи вещью, называются servitutes negativaes<sup>1</sup>).

По отправленію сервитутнаго права теперь принято всѣ сервитуты дѣлить на servitutes continuae и discontinuae. Подъ первыми разумѣются сервитуты, которыхъ отправленіе непрерывно, подъ вторыми — которыхъ отправленіе періодично<sup>2</sup>).

### Общія начала сервитутнаго права.

Для всѣхъ сервитутовъ дѣйствуютъ слѣдующія общія начала:

Servitus in faciendo consistere non potest, т. е. сервитутъ не можетъ состоять въ правѣ требовать определенныхъ положительныхъ дѣйствій. Это начало необходимо вытекаетъ уже изъ вещнаго характера сервитутовъ. Непосредственное содержаніе всякаго вещнаго права состоить въ правѣ совершать что либо, а не въ правѣ на дѣйствія другихъ. Поэтому сервитутъ не можетъ состоять in faciendo, такъ какъ въ этомъ случаѣ положительнымъ элементомъ, въ которомъ выразилась бы воля управомоченного, было бы дѣйствіе другого, а не вещь. Это же слѣдуетъ и изъ особенного свойства всѣхъ jura in re aliena,

<sup>1</sup>) См. L. 15 § 1 D. 8, 1.

<sup>2</sup>) См. L. 14 pr. D. 8, 1; L. 6 D. 8, 2.

заключающихъ въ себѣ ограничение собственности. Собственность же вмѣщаетъ два класса правъ: предпринимать дѣйствія по вещи и запрещать воздействиѣ на нее третьимъ лицомъ<sup>1)</sup>. Поэтому сервитутъ, какъ право на чужую вещь, можетъ ограничивать собственника въ томъ, чтобы онъ воздерживался отъ извѣстныхъ распоряженій по своей вещи, или допускалъ то или другое воздействиѣ на свою собственность упраомоченнаго сервитутомъ, т. е. ограниченія для собственника могутъ по сервитуту состоять или in non faciendo, или in patiendo<sup>2)</sup>, и никогда in faciendo.

*Servitus servitutis esse non potest*<sup>3)</sup>; это начало можно понимать двоякимъ образомъ: 1) сервитутъ не можетъ быть предметомъ сервитутнаго права, на сервитутъ нельзя установить сервитута, или 2) на вещь, обремененную уже сервитутомъ, нельзя установить третьему такого сервитута, который ограничивалъ бы первый. Первое немыслимо потому, что сервитутъ на сервитутъ нельзя отличить отъ сервитута на самую вещь. Лицо, желающее установить сервитутъ на сервитутъ, тѣмъ необходимо устанавливаетъ сервитутъ на самую вещь, чего не имѣлось непосредственно въ намѣреніи этого лица<sup>4)</sup>. Нельзя установить сервитута и прямо на вещь, уже обремененную сервитутомъ, если тѣмъ уменьшается право прежде упраомоченнаго имъ. Но если на это воспослѣдуетъ согласіе сторонъ или новый сервитутъ третьяго лица не ограничиваетъ прежняго, то нѣтъ основанія воспрещать установление новыхъ сервитутовъ (напр., уступленъ А. узуfrуктъ; по тому же участку можно въ пользу хозяевъ сосѣдняго участка установить *servitus altius non tollendi*).

Въ прежнее время нѣкоторые писатели допускали возможность установленія сервитута на сервитутъ въ первомъ смыслѣ (см. у *Hoffmann* cit. р. 12—15); въ новое же время многіе допускаютъ сервитутъ на сервитутъ во второмъ смыслѣ, причемъ одни безъ всякихъ оговорокъ считаютъ прежній принципъ сорваннымъ (см. у *Vangerow*. Pand. I § 338 Anm. 2, 3); другіе—съ оговоркой сдѣланной нами, но нѣкоторые не допускаютъ такого установленія, которое ограничивало бы права прежде установленнаго сервитута, хотя

<sup>1)</sup> См. *Vangerow*. Pand I § 338 Anm. 2.

<sup>2)</sup> L. 15 § 1 D. 8, 1: *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

<sup>3)</sup> L. 1 D. 33, 2 cp. L. 33 § 1 D. 8, 3.

<sup>4)</sup> См. *Hoffmann* cit. p. 9, 10.

бы съ согласія управомоченного (см. *Wächter. Pandekt.* II р. 217). Основаниемъ послѣднему возврѣнію служить совсѣмъ непонятное положеніе Ульшана (L. 15 § 7 in fin. D. 7, 1), что собственникъ не можетъ установить сервитута даже съ согласія прежде управомоченного сервитутомъ (узуфруктуарія), коль скоро этимъ ограничивается право послѣдняго (L. 16 eod.). Была масса попытокъ объяснить это мѣсто источниковъ (см. *Arndts. Pand.* § 179 п. 5).

*Nemini res propria servit*, т. е. никто не можетъ имѣть сервитута на собственную вещь<sup>1</sup>). Сервитуты суть права на чужую вещь, и все функции ихъ уже заключаются въ понятіи собственности; поэтому нельзя говорить объ особомъ сервитутномъ правѣ на вещь на ряду съ правомъ собственности на нее. Но спрашивается: можно ли приобрѣсти сервитутъ на недвижимое имущество, по которому намъ принадлежитъ только участіе въ общей собственности pro indiviso? По вѣрному решенію установить такого сервитута нельзя, такъ какъ это значило бы установить сервитутъ въ части, а сервитуты по общему началу недѣлимы, какъ это гласитъ слѣдующее за симъ общее положеніе.

Поставленный вопросъ въ литературѣ былъ спорнымъ. По мнѣнію однихъ ученыхъ (напр., *Luden* cit. p. 16, 17), condominus'у могъ быть установленъ сервитутъ въ общей вещи (L. 10 D. 7, 9; L. 40 D. 8, 2); причемъ эта будетъ служить собственнику насколько онъ не будетъ ея собственникомъ. Но такое мнѣніе явно противорѣчитъ общему началу недѣлимости сервитутовъ (L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 26 D. 8, 2; L. 6 § 1 D. 8, 4). Поэтому другіе ученые (напр., *Molitor* cit. p. 301, 302) вполнѣ основательно не допускаютъ такого установления сервитута на общую собственность, допуская лишь сохраненіе уже до установления общей собственности состоявшихъ сервитутовъ (L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 140 § 2 D. 45, 1).

Сервитуты, за исключеніемъ т. наз. *ususfructus*, недѣлимы<sup>2</sup>: *servitutes dividendi non possunt*<sup>3</sup>), т. е. часть сервитута не можетъ имѣть самостоятельного правового существованія. Начало это коренится въ самой природѣ вещей: нельзя себѣ представить части сервитута, напр., прохода, и въ части его осуществлять. Равнымъ образомъ нельзя приобрѣсти сервитутъ для интеллектуальной части какого либо участка<sup>4</sup>) и отъ интеллектуальной

<sup>1)</sup> L. 5 § 1 D. 7, 6; L. 33 § 1 D. 8, 3; L. 26 D. 8, 2.... nulli.... res sua servit. Cp. *Hartmann* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 17 p. 91, 92.

<sup>2)</sup> L. 1 § 9 D. 35, 2. См. *Heinzelmann* D. Untheilbarkeit d. Servituten. Nördlingen 1852.

<sup>3)</sup> *Fragm. S. Pomponii* въ *Бонскомъ Corpus juris* p. 168

<sup>4)</sup> *Servitus per partes adquiri non potest.* L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 6 § 1 D. 8, 4;

части другого участка, ибо юридическое дѣленіе этихъ участковъ будетъ касаться всякой ихъ частицы, поэтому невозможно отправлять, напр., сервитутъ прохода на интеллектуальную часть участка и въ пользу части другого. Отсюда вытекаетъ, напр. <sup>1)</sup>, слѣдующіе выводы <sup>2)</sup>. Если участокъ, въ пользу которого былъ установленъ сервитутъ, напр., прохода, поступить по наслѣдству въ собственность нѣсколькихъ лицъ, то всѣ они до раздѣла имѣютъ полное нераздѣльное право этого сервитута <sup>3)</sup>. Участникъ въ общей собственности не можетъ безъ согласія остальныхъ condominii ни приобрѣсти, ни установить сервитута <sup>4)</sup>. Равнымъ образомъ и отказъ одного изъ участниковъ не влечетъ за собой прекращеніе сервитута <sup>5)</sup>. При раздѣлѣ же общей собственности прежній сервитутъ нераздѣльно переходитъ на каждую часть <sup>6)</sup>.

*Sine utilitate servitus consistere nequit*, т. е. сервитутъ долженъ доставлять интересъ (*utilis esse*) управомоченному имъ субъекту.— Сервитутъ не можетъ состоять въ томъ, чтобы собственникъ отказывалъ себѣ въ чёмъ либо, не имѣющемъ для другого лица никакого интереса <sup>7)</sup>). Такъ напр., будетъ недѣйствителенъ сервитутъ, по которому выговаривается, чтобы собственникъ не имѣлъ права проходить по своему участку. Свойство интереса безразлично; онъ можетъ представлять имущественное значеніе, можетъ и не представлять его; такъ, можно приобрѣсть сервитуты только съ цѣлями удобства, удовольствія, напр., *servitus ne prospectui officiatum*, которымъ устанавливается обязанность сосѣда не закрывать постройками вида; и т. п. <sup>8)</sup>.

### Виды сервитутовъ.

Прежде всего сервитуты подраздѣляются на личные сервитуты (*personarum s. hominum s. personales servitutes, serv. in personam constitutae*) и вещные сервитуты (*rerum s. praediorum*

<sup>1)</sup> Полное перечисление см. у *Vangerow. Pand. I § 340 Anm. 2.*

<sup>2)</sup> См. *Wächter. Pand. II § 151.*

<sup>3)</sup> L. 17 D. 8, 1.

<sup>4)</sup> L. 2 D. 8, 1; L. 11, 19, 31 D. 8, 8; L. 5; L. 6 § 1, 3; L. 18 D. 8, 4; L. 4 § 3 D. 8, 5; L. 3 D. 33, 3; L. 140 § 2 D. 45, 1.

<sup>5)</sup> *Servitus per partem retinetur* L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 30 § 1 D. 8, 2; L. 34 pr. D. 8, 3.

<sup>6)</sup> L. 23 D. 8; L. 25 D. 8, 3; L. 6 § 1 D. 8, 6.

<sup>7)</sup> L. 15 pr. D. 8, 1: *quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vincinorum interest, non valet* cf. L. 19 eod.

<sup>8)</sup> L. 3, 15, 16 D. 8, 2; L. 8 § 1 D. 8, 5; L. 3 D. 43, 20.

servitutes, serv. in rem constitutae, jura praediorum). Дѣленіе это основывается на различіи цѣлей тѣхъ и другихъ сервитутовъ. Первыми имѣется въ виду установить опредѣленному лицу, физическому или юридическому, на время его существованія то или другое пользованіе данными имуществомъ, т. е. это имущество предназначается служить личнымъ интересамъ несобственника. Вторые предназначаются служить интересамъ опредѣленного недвижимаго имущества. Сосѣднія недвижимости (земли или дома) могутъ для удовлетворенія своихъ нуждъ имѣть необходимость во взаимномъ пользованіи выгодами другъ отъ друга (проходъ, проведение воды, спускъ дождевой воды съ крыши и т. д.). Такое пользованіе и устанавливается путемъ сервитутовъ, которые такъ же, какъ и первые, имѣютъ своимъ субъектомъ собственниковъ недвижимостей, но не данныхъ опредѣленныхъ собственниковъ, а каждого собственника данныхъ имуществъ, что по связи съ выгодами послѣднихъ выражается въ принадлежности сервитутовъ какъ бы самимъ граedia<sup>1</sup>).—Но, конечно, права, которыя обыкновенно составляютъ содержание вещныхъ сервитутовъ, могутъ быть установлены въ качествѣ личныхъ сервитутовъ, коль скоро они разсчитаны на доставленіе выгоды лицу, какъ таковому, безъ связи съ правомъ собственности на опредѣленный участокъ.

Въ прежнее время (см., напр., *Hoffmann* cit. I p. 197—200), рядомъ съ вещными и личными сервитутами создавали еще категорію т. наз. *servitutes irregulares*, подъ которыми чаще всего разумѣлись сервитуты обыкновенно поземельные по фактическому своему содержанию въ роли личныхъ сервитутовъ, какъ напр., usus aquae L. 37 D. 8, 3, usus transendi L. 6 D. 33, 3 (см. о нихъ *Zachariae v. Lingenthal*: Ueber die sog. irregulären Personal-servituten въ Archiv. f. civil. Praxis 27 Nr. 1 p. 1—56; *Cohnfeldt*: Die sog. irregulären Servituten nach Röm. Recht Leipzig. 1862). Но теперь большинство ученыхъ (*Cohnfeldt* cit. p. 47; *Arndts*. Pand. § 177; *Windscheid* Pand. I, § 202 a. 2) отвергаютъ эту новую категорію сервитутовъ, хотя въ объясненіи ихъ и расходятся. Чаще всего въ сервитутахъ, которые по содержанию обыкновенно относятся къ вещнымъ, но въ данномъ случаѣ отвѣчаютъ лишь интересамъ данного лица, видятъ настоящіе личные сервитуты. Дѣйствительно, коль скоро они личные сервитуты, то они не могутъ подпадать правиламъ вещныхъ сервитутовъ, такъ какъ мѣра ихъ отправленія опредѣляется тогда только интересомъ уполномоченного лица (ср. *Vangerow*. Pand. I § 339 Anm. 1).

<sup>1</sup>) См. *Puchta*. Vorlesung. § 27; *Savigny*. System § 103.

Рассмотримъ каждый разрядъ сервитутовъ въ отдельности. Начинаемъ съ сервитутовъ вещныхъ, какъ болѣе древней, а потому и основной формѣ сервитутнаго права<sup>1)</sup>). И самое слово servitus долго примѣнялось только къ этому классу сервитутовъ, а другіе обозначались по признакамъ предоставляемыхъ ими правъ пользованія<sup>2)</sup>.

*Общія начала.* — *Вещные сервитуты, servitutes praediorum*, суть сервитуты, предназначенные служить интересамъ участка, *praedium*, тѣми или другими свойствами другого участка. Участокъ, въ пользу которого устанавливается сервитутъ, называется *praedium dominans, cui servitus debetur*<sup>3)</sup>, а служащей ему свойствами — *praedium serviens* или *servum*<sup>4)</sup>. Сервитуты эти, какъ видно изъ опредѣленія, тѣсно связаны съ данными участками. Отсюда выходитъ, что вещный сервитутъ не можетъ быть отдѣленъ отъ участка; собственникъ послѣдняго не можетъ переносить его съ одной вещи на другую или предоставлять отправление сервитута третьему лицу<sup>5)</sup>, ибо вещный сервитутъ долженъ служить цѣлимы только даннаго участка<sup>6)</sup>. Поэтому же сервитуты эти переходятъ на каждого новаго пріобрѣтателя участка и прекращаются, кромѣ соглашенія о томъ и давности, только съ уничтоженіемъ господствующаго и служащаго участковъ. Они по правилу не могутъ быть установлены на срокъ, или подъ револютивнымъ условиемъ. Наступленіе того или другого не ведетъ къ прекращенію сервитута *ipso iure*<sup>7)</sup>. Слѣдующія общія начала выставляютъ римское право для всѣхъ вещныхъ сервитутовъ:

а) Для осуществленія вещнаго сервитута требуется, чтобы онъ былъ полезенъ господствующему участку (*praedio utilis*), т. е. имѣть бы цѣну для каждого владѣльца, какъ такового, со стороны пользованія этимъ участкомъ<sup>8)</sup>. Но установлению вещнаго сервитута не можетъ препятствовать то, что какому

191

новѣка

<sup>1)</sup> M. Voigt. Ueber d. Bestand. u. d. historische Entwickelung d. Servituten u. Servitutenklagen. Leipzig 1874.

<sup>2)</sup> См. Gajus 2, 14; Frag. Vatic. § 54; L. 1 pr. D. 7, 6; L. 9 § 7 D. 4, 2; L. 2 pr. D. 8, 5. См. Ofner. D. Servitutenbegriff p. 1, 2.

<sup>3)</sup> См. L. 4 § 3 D. 8, 5; L. 6 § 1; L. 12 § 13 D. 8, 6.

<sup>4)</sup> См. L. 20 § 1 D. 41, 1; L. 8 D. 19, 1.

<sup>5)</sup> L. 24 D. 8, 3.

<sup>6)</sup> L. 5 § 1; L. 6 pr. § 1 D. 8, 3.

<sup>7)</sup> L. 4 D. 8, 1. См. ниже.

<sup>8)</sup> См. Biagio Brugi. Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali. St. IV. Il requisito della utilità nella servitù prediale въ Archivio giuridico vol. 33 1884 p. 237—316.

либо временному владельцу по личнымъ условіямъ случайно не представляется возможности пользоваться даннымъ сервитутомъ<sup>1)</sup>. Что касается свойства пользы, предоставляемой служащимъ участкомъ, то она можетъ состоять хотя бы только въ возвышениі удобства<sup>2)</sup>.

б) Для выполненія первого требованія необходимо, чтобы участки былисосѣдніе, *praedia vicina*<sup>3)</sup>, т. е. въ такомъ разстояніи другъ отъ друга, чтобы данный сервитутъ могъ дѣйствительно доставлять пользу. Это не значитъ, чтобы участки не премѣнно тѣсно прилегали другъ къ другу; такъ, сервитутъ прохода могъ быть установленъ и тогда, если участки, напр., раздѣляются рѣкой и черезъ нее перекинутъ мостъ<sup>4)</sup>. Требуется только, чтобы *praedium dominans* и *serviens* были такъ расположены, чтобы отправленіе реального сервитута по данному участку могло доставить интересъ всякому владельцу господствующаго участка, а это возможно бываетъ и тогда, когда участки будутъ находиться въ значительномъ разстояніи другъ отъ друга; юридически они въ этихъ случаяхъ будутъ счи-таться *praedia vicina*<sup>5)</sup>.

в) *Omnis servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*<sup>6)</sup>, т. е. вещный сервитутъ можетъ быть установленъ лишь тогда, когда служащій участокъ способенъ доставлять господствующему участку выгоду не временную или случайную, а своими постоянными свойствами. Такъ напр., сервитутъ пользованія водою можетъ быть установленъ отъ живого источника, а не отъ пруда, цистерны, въ которой вода легко изсякаетъ<sup>7)</sup>.

Иногда свойства служащаго участка допускаютъ, по раз-сматриваемому признаку, установленіе одного сервитута и не допускаютъ установленіе другого сервитута. Напр., нельзя уста-навливать сервитутъ водопровода (*aquaeductus*) изъ озерка, но возможенъ сервитутъ проѣзда по немъ (*serv. navigandi*)<sup>8)</sup>. Все зависитъ отъ того, истощаетъ ли своимъ содержаніемъ серви-туть служебныя свойства участка или нѣтъ.

<sup>1)</sup> L. 19 D. 8, 1.

<sup>2)</sup> Но см. L. 8 pr. L. 15 pr. D. 8, 1 ep. L. 19 D. 8, 1; L. 3 pr. D. 43, 20.

<sup>3)</sup> L. 5 § 1 D. 8, 3; L. 12 D. 20, 1.

<sup>4)</sup> L. 1 pr. D. 8, 2; L. 38 D. 8, 3.

<sup>5)</sup> Vangerow. Pand. I § 340 Ann. 2 n. 2.

<sup>6)</sup> L. 28 D. 8, 2.

<sup>7)</sup> L. 28 D. 8, 2; L. 1 § 5 D. 43, 20; L. 1 § 4 D. 43, 24.

<sup>8)</sup> Справ. L. 28 D. 8, 2 съ L. 23 § 1 D. 8, 3.

По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, разсмотрѣнное положеніе о causa perpetua было позднѣе (послѣ рескрипта Антонина) отмѣнено. См. *Picinelli. Sulla dottrina della perpetuità della causa nelle servitù prediali* въ Archivio giuridico vol. 33 1884 p. 385—387. Поводъ къ такому воззрѣнію даютъ два мѣста источниковъ: L. 2 D. 8, 4 и L. 9 D. 8, 3.

г) Отправлѣніе сервитутовъ можетъ быть строго опредѣлено и ограничено, но во всякомъ случаѣ предписывается какъ можно болѣе щадить (*civiliter*) въ этомъ отправлѣніи собственника служащаго участка<sup>1)</sup>.

*Подраздѣленіе вещныхъ сервитутовъ.* — Вещные сервитуты, *servitutes praediorum*, дѣлятся на *servitutes praediorum rusticorum* и *serv. praed. urbanorum*, т. е. на деревенскіе и городскіе сервитуты<sup>2)</sup>. Съ дѣленіемъ этимъ источники связываютъ многія важныя послѣдствія<sup>3)</sup>, а потому необходимо установить признакъ, по которому признается тотъ или другой видъ предіальныхъ сервитутовъ въ каждомъ частномъ случаѣ. Такимъ признакомъ слѣдуетъ признать свойство praedii dominantis; если *praedium dominans* будетъ *praedium rusticum*, то мы имѣемъ *serv. pr. rusticorum*; если то будетъ *praed. urbanum*, то сервитутъ будетъ *praed. urbanorum*. Въ источникахъ *serv. urbanae* обозначаются какъ *jura praediorum urbanorum*, а *serv. rusticae*, какъ *jura pr. rusticorum*; о первыхъ говорятъ, какъ о сервитутахъ *quae «aedificio debentur* или *inhaerent»*, о вторыхъ—*quae agro adquiruntur*<sup>4)</sup>. Далѣе, объемъ и допустимость вещныхъ сервитутовъ опредѣляются потребностью, положеніемъ и свойствомъ *praedii dominantis*<sup>5)</sup>. Впрочемъ, источники не держатся строго указанного различія; нерѣдко деревенскій сервитутъ встрѣчается при *praed. urbanum* (напр., *jus itineris*) и наоборотъ городской сервитутъ—при *pr. rusticum* (напр., *servitus ne prospectui officiatur*). Объясняется эта невыдержанность темъ, что сервитуты, установленные первоначально для удовлетворенія потребностей одного изъ видовъ *praediorum*, стали примѣняться и къ другому виду, когда почувствовалась не-

<sup>1)</sup> L. 9 D. 9, 1; L. 20 § 1 D. 8, 2; L. 4 § 1; L. 5 § 1 D. 43, 19.

<sup>2)</sup> L. 1, 3 D. 8, 1. *Zachariae v. Lingenthal. Ueber die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae u. urbanae.* Heidelberg 1844; *Machelard. Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédi-ales.* 1868.

<sup>3)</sup> Будутъ ниже изложены, а пока см. *Machelard. cit. p. 28* и слѣд.

<sup>4)</sup> L. 2, 6 D. 8, 2; pr. §§ 1, 3 I. 2, 3; § 3 I. 2, 2; *Ulpiani Fragm.* XIX, 1; *Gajus* II, 29.

<sup>5)</sup> L. 5 § 1; L. 6 D. 8, 3.

обходимость распространенія ихъ на случаи, неимѣвшіеся въ виду при ихъ зарожденіи. Поэтому общимъ началомъ свойство сервитута опредѣляется тѣмъ pr. dominans, на удовлетвореніе потребностей котораго онъ первоначально былъ установленъ, нормально устанавливается и впредь.

Смысль дѣленія вещныхъ сервитутовъ на serv. pr. rusticorum и urbanorum въ наукѣ весьма споренъ (см. *Machelard* cit. p. 10—28; *Wächter*. Pand. II p. 244—249). Мы приняли мнѣніе, теперь господствующее въ учебникахъ (напр., *Brinz*, *Baron*, *Wächter*), а именно, что господствующій участокъ опредѣляетъ характеръ сервитута. Въ прежнее время думали, что наоборотъ свойство praedii servientis опредѣляетъ характеръ сервитута (см. у *Glück*. *Erläuter*. 9 p. 22). По мнѣнію другихъ (напр., *Sintenis*. *Civilrecht* § 61), сервитутъ, который не можетъ состоять безъ зданія (aedificium), будетъ ли то pr. dominans, или serviens, или оба praedia,—такой сервитутъ будетъ serv. urbana, въ противномъ случаѣ — serv. rustica, т. е. только servitus rustica можетъ быть установленъ также между двумя пустопорожними участками. Наконецъ, было и такое воззрѣніе (напр., *Vangerow*, Pand. I § 339 п. II *Demangeat*. *De la condition du fond dotal* p. 240), что дѣленіе реальныхъ сервитутовъ выходитъ изъ содержанія сервитутовъ, а именно, servitudes faciendi совпадаютъ съ servitudes praed. rusticorum, а servitudes habendi и prohibendi — съ serv. pr. urbanorum. При такомъ различеніи будетъ все равно, установленъ ли данный сервитутъ praedio urbano или pr. rustico, равно какъ будетъ ли praedium serviens зданіе или незастроенное мѣсто.—Всѣ эти воззрѣнія свидѣтельствуютъ только о томъ, что въ источникахъ нерѣдко сервитутъ, называемый serv. rustica или serv. urbana, примѣняется какъ при зданіяхъ (на той или другой сторонѣ, или обѣихъ), такъ и къ незастроеннымъ мѣстамъ. Выше мы дали объясненіе такой неточности.

*Виды вещныхъ сервитутовъ.*—Разсмотрѣнные или только упомяннутые въ источникахъ веществные сервитуты не исчерпываютъ всѣхъ возможныхъ ихъ видовъ. Въ источникахъ находимъ только примѣры, всего чаще примѣнявшіеся, но по надобности въ формѣ веществныхъ сервитутовъ можно было установить самыя разнообразныя пользованія, колѣ скоро только эти послѣднія будутъ совмѣщать въ себѣ необходимые признаки данныхыхъ сервитутовъ.

Разсмотримъ нѣкоторые изъ болѣе извѣстныхъ видовъ вещественныхъ сервитутовъ.

Изъ двухъ разрядовъ вещественныхъ сервитутовъ болѣе древніе, а слѣдовательно вообще первые по времени сервитуты<sup>1)</sup>), были сервитуты деревенскіе. Съ нихъ поэтому и слѣдуетъ начинать изложеніе.

<sup>1)</sup> *Elvers* cit. § 1 ep. *Schönemann* cit. p. 7 и слѣд.

*Servitutes praediorum rusticorum*, деревенские сервитуты:

Право прохода<sup>1</sup>), jus itineris въ обширномъ смыслѣ слова, было изъ числа всего болѣе примѣнныхъ и древнихъ деревенскихъ сервитутовъ. Въ немъ слѣдуетъ различать три вида: а) iter, б) actus и в) via.

а) *Iter*, по опредѣлению источниковъ, est jus eundi ambulandi hominis<sup>2</sup>), т. е. право прохода по сосѣднему участку въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но юристы распространяли этотъ сервитутъ и на право быть проносимымъ въ носилкахъ, и на право проѣзда верхомъ<sup>3</sup>), такъ какъ для этого не требуется больше мѣста, чѣмъ для простого прохода, а слѣдовательно ограниченіе собственности остается одно и то же. Другое дѣло, если въ соглашеніи о проходѣ эти права будутъ прямо исключены<sup>4</sup>), или въ моментъ установленія сервитута *itineris* тропинка будетъ слишкомъ узка для носилокъ и проѣзда верхомъ.

б) *Actus*, по смыслу самаго слова, заключается лишь въ jus agendi, т. е. въ правѣ прогонять черезъ сосѣдній участокъ скотъ<sup>5</sup>). Но обыкновенно этотъ сервитутъ заключаетъ въ себѣ и проѣздъ въ повозкѣ, такъ какъ большого для этого мѣста не требуется; actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum<sup>6</sup>). Кромѣ того, если кто при прогонѣ скота можетъ идти по дорогѣ, тотъ можетъ проходить и одинъ, т. е. *actus* заключаетъ въ себѣ нормально и *iter*<sup>7</sup>). Но право проѣзда въ повозкѣ, равно какъ и право простого прохода<sup>8</sup>) могутъ быть исключены изъ *actus* прямымъ уговоромъ<sup>9</sup>), а первое еще и тѣмъ, что при установлѣніи *actus* отведенная дорога будетъ слишкомъ узка для повозки<sup>10</sup>). Общимъ началомъ для *iter* и *actus* было то, что отправленіе ихъ не требовало непремѣнно определенной тропы или дороги; управомочному могло быть разрѣшено въ каждомъ случаѣ прокладывать себѣ по усмотрѣнію путь черезъ служащей участокъ<sup>11</sup>).

<sup>1)</sup> Dig. 43, 19 de itinere actaque privato.—*Puchta*. De itinere, actu et via. *Ejusd*. Ueber die Wegservituten des röm. Rechts. Въ kleine civilistische Schriften p. 3—19; p. 74—131.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 8, 3, pr. I. 2, 3.

<sup>3)</sup> L. 7 pr.; L. 12 D. 8, 3.

<sup>4)</sup> L. 4 § 1 D. 8, 1.

<sup>5)</sup> L. 235 pr. D. 50, 16.

<sup>6)</sup> L. 1 pr. D. 8, 3, pr. J. 2, 3; L. 7 pr.; L. 12 D. 8, 3.

<sup>7)</sup> L. 1 D. 34, 4, см. *Vangerow Pand. I* § 341.

<sup>8)</sup> L. 4 § 1 D. 8, 5.

<sup>9)</sup> L. 4 § 1 D. 8, 1.

<sup>10)</sup> L. 13 D. 8, 1.

<sup>11)</sup> L. 13 § 1 D. 8, 3; L. 6 § 1 D. 8, 6.

в) *Via*, по опредѣлению Ульпіана, est jus eundi, et agendi et ambulandi, nam et iter, et actum in se via continet<sup>1)</sup>), т. е. въ via существенно заключаются всѣ функции itineris и actus. Но если не будетъ въ соглашеніи установлено чего либо противнаго, то via заключаетъ въ себѣ еще право проволакивать (trahere) камни и прямо нести шесты или копья (hastam gesc tam ferre<sup>2)</sup>), т. е. право на свободное пространство надъ путемъ въ высоту копья<sup>3)</sup>. Сервитутъ viae предполагаетъ устроенную дорогу проѣздную, которой ширина могла быть опредѣлена соглашеніемъ<sup>4)</sup>; на случай же такого соглашенія не воспослѣдуетъ, была установлена уже 12 таблицами законная мѣра, а именно въ 8 футовъ (in porrectum), а при поворотахъ (in anfractum) въ 16 футовъ<sup>5)</sup>. Этотъ минимумъ не долженъ быть измѣненъ соглашеніемъ сторонъ, иначе будетъ iter, а не via<sup>6)</sup>. Iter же и actus, за отсутствиемъ соглашенія о ширинѣ, опредѣлялись arbitrio ex aequo et bono<sup>7)</sup>.

Къ сервитуту прохода примыкаетъ *servitus navigandi*, сервитутъ, предоставляющій право переплыть чужое озеро съ цѣлью сообщенія съ опредѣленнымъ поземельнымъ участкомъ<sup>8)</sup>.

Нѣсколько сервитутовъ, направленныхъ къ пользованію водой<sup>9)</sup>.

а) *Servitus aqueductus* называется сервитутъ, по которому предоставляется право провести воду съ чужого rgaedium<sup>10)</sup> или изъ частной рѣки<sup>11)</sup>, или изъ публичной, или частной рѣки, но черезъ чужой участокъ<sup>12)</sup>. Для установленія этого сервитута требуется, чтобы aqua была *viva* (т. е. изъ источника, fons<sup>13)</sup>, а не изъ колодезя, puteus) и текла по землѣ, а не подъ землею<sup>14)</sup>. Управомоченный можетъ проводить воду только деревянными трубами, а не каменными каналами или другими со-

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. 8, 3; pr. I. 2, 3 cp. L. 9 D. 8, 1; L. 7 pr. D. 8, 3.

<sup>2)</sup> L. 7 pr. D. 8, 3.

<sup>3)</sup> См. спорность этого объясненія у Vangerow'a Pand. I § 341.

<sup>4)</sup> L. 13 § 2, 3; L. 2, 3 pr. D. 8, 3.

<sup>5)</sup> L. 8 D. 8, 3; L. 6 in fin D. 8, 6.

<sup>6)</sup> L. 23 pr. D. 8, 3.

<sup>7)</sup> L. 13 § 2 D. 8, 3.

<sup>8)</sup> L. 23 § 1 D. 8, 3.

<sup>9)</sup> Dig. 43, 20 de aqua quotidiana et aestiva; Dig. 43, 22 de fonte.

<sup>10)</sup> L. 8 D. 39, 3.

<sup>11)</sup> L. 20 § 2 D. 8, 3; L. 4 D. 43, 20.

<sup>12)</sup> L. 20 § 2 D. 8, 3; L. 8 D. 43, 20.

<sup>13)</sup> Cie. Top. 8, 33, p. Cael. 8, 19.

<sup>14)</sup> L. 1 § 6 D. 43, 20.

оруженіями, какъ слишкомъ обременительными для хозяина служащаго участка, или прилегающихъ къ источнику земель<sup>1)</sup>. Serv. aquaed. можетъ быть установленъ при самыхъ разнообразныхъ условіяхъ пользованія водою (мѣрою, временемъ и т. п.<sup>2)</sup>). Наприм., осуществленіе сервитута можетъ быть ограничено однимъ лѣтомъ<sup>3)</sup>), тогда говорятьъ объ aqua aestiva въ отличіе отъ aqua quotidiana. Первое зависитъ или отъ свойства воды, или потребности въ ней praedii dominantis только въ продолженіе лѣта.

Рядомъ съ разсмотрѣннымъ сервитутомъ слѣдуетъ упомянуть такое право, по которому хозяинъ участка лишается свободного распоряженія своею водою, чтобы не лишить ея соѣдній участокъ<sup>4)</sup>.

Могъ быть установленъ и такой сервитутъ, по которому получалось право отводить воду со своей земли на землю соѣда<sup>5)</sup>, servitus aquae educenda s. immittenda.

б) *Servitus aquae haustus*<sup>6)</sup> или aquae hauienda, представляющій право черпать на чужомъ участкѣ воду для потребностей другого участка. Сервитутъ этотъ весьма часто встрѣчается въ качествѣ личнаго сервитута и, конечно, всегда соединенъ съ iter къ источнику<sup>7)</sup>.

б) *Servitus pecoris ad aquam appulsus*<sup>8)</sup>, предоставляющій право водопоя на чужомъ участкѣ. Онъ всегда соединенъ съ actus къ источнику<sup>9)</sup>.

в) *Servitus pascendi s. pascui*, сервитутъ, устанавливающій право пасти на землѣ сосѣда скотъ, находящійся на praedium dominans. Онъ предполагаетъ, чтобы главная выгода praedii dominantis состояла въ скотѣ, чтобы скотъ этотъ назначался, напримѣръ, къ обработкѣ гр. dom.<sup>10)</sup>; иначе сервитутъ этотъ будетъ личнымъ. Съ нимъ можетъ быть соединено право содержать пастуху для ночного шалаша на praedium serviens<sup>11)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 15 D. 8, 3; L. 17 § 1 D. 39, 3; L. 3 § 5 D. 43, 20.

<sup>2)</sup> См. L. 19 § 4 D. 10, 3; L. 4, 5 pr. § 1 D. 43, 20; L. 12 C. 3, 34.

<sup>3)</sup> L. 1 § 3; L. 6 D. 43, 20.

<sup>4)</sup> L. 15 pr. D. 8, 1.

<sup>5)</sup> L. 29 D. 8, 3; L. 2 § 10 D. 39, 3.

<sup>6)</sup> § 2 I 2, 3.

<sup>7)</sup> L. 3 § 3 D. 8, 3.

<sup>8)</sup> § 2 I. 2, 3, L. 1 § 18 D. 43, 20.

<sup>9)</sup> L. 3 § 3 D. 8, 3.

<sup>10)</sup> L. 3 pr.; L. 4 D. 8, 3.

<sup>11)</sup> L. 6 § 1 D. 8, 3.

Кромъ изложенныхъ деревенскихъ сервитутовъ, въ источникахъ перечисляются еще многіе другіе, какъ напр., servitutes calcis coquendae, lapidis eximendi, arenae fodienda и т. д., т. е. сервитуты на добываніе съ сосѣднаго участка известіи, камня, песку и т. д. на надобности другого участка, напр., по постройкѣ на немъ зданія.— Servitus silvae caeduae, предоставляющій право рубить лѣсъ на сосѣднемъ praedium для удовлетворенія потребностей другого, напр., по устройству виноградниковъ<sup>1)</sup>.

Servitutes praediorum urbanorum<sup>2)</sup>, городскіе сервитуты.— Главнѣйшіе ихъ виды слѣдующіе<sup>3)</sup>:

*Servitus oneris ferendi*, сервитутъ, предоставляющій право опирать зданіе или часть его на стѣну, столбы, колонны сосѣда, который обязывается содержать эти опоры въ состояніи, дѣлающимъ ихъ способными выносить данную тяжесть<sup>4)</sup>. Съ послѣднею цѣлью сосѣдъ обязывается предпринимать необходимыя исправленія стѣны и т. д., чтобы она была idoneus paries<sup>5)</sup>. Въ послѣднемъ не заключается отклоненія<sup>6)</sup> отъ начала, что servitus in faciendo consistere non potest. Тутъ мы имѣемъ дѣло съ однимъ изъ сервитутовъ, который на сторонѣ хозяина служащей вещи будетъ выражаться in patiendo, въ pati описанія чужого зданія, но для выполненія этого сервитута необходимо, чтобы опора была способна выносить такой сервитутъ; поэтому сервитутъ этотъ всегда сопровождается обязательствомъ всякаго хозяина praedii servantis совершать извѣстные дѣйствія по reparaturѣ. Такимъ образомъ, въ serv. oneris ferendi мы имѣемъ случай соединенія сервитутнаго права съ обязательственнымъ по отношенію къ каждому хозяину pr. servantis.

Ученая литература много хлопотала съ объясненіемъ такой кажущейся аномалии (см. у Windscheid. Pand. B. I § 211 и Anm. 3). Мы приняли воззрѣніе, смѣшанное изъ взглядовъ Бекинга и Пухты, съ одной стороны, и Шмидта и Виндшейда—съ другой.

*Servitus tigni immittendi*, сервитутъ, предоставляющій право

<sup>1)</sup> § 2 I 2, 3; L. 6 § 1 D. 8, 3.

<sup>2)</sup> Dig. 8, 2 de servitutibus praediorum urbanorum.

<sup>3)</sup> § 1 I. 2, 3; L. 2, 3 D. 8, 2.— Полное ихъ перечисление см. у Baron. Pand. § 166.

<sup>4)</sup> L. 6 § 2 D. 8, 5; L. 1 § 1; L. 33 D. 8, 2.

<sup>5)</sup> L. 6 § 2, 5, 7; L. 8 pr. § 2 D. 8, 5.

<sup>6)</sup> L. 8 § 2 in f. D. 8, 5.

впускать отдельные балки или камни въ сосѣднее зданіе<sup>1</sup>). Собственникъ *praedii servientis* не обязывается производить какихъ либо положительныхъ дѣйствій по своему зданію, чѣмъ этотъ сервитутъ и отличается отъ предыдущаго.

*Servitus projiciendi et protegendi*, сервитутъ, предоставляющій право протянуть отъ крыши или стѣны зданія въ воздушное пространство сосѣда балконъ или кровельный навѣсъ (*suggrunda*)<sup>2</sup>).

*Servitus stillicidii* или *fluminis recipiendi (avertendi, immittendi)*, т. е. право отводить на чужой участокъ дождовую воду въ капляхъ или потоками<sup>3</sup>).

*Servitus cloacae immittendae*<sup>4</sup>), т. е. право отводить нечистоты насосѣдній участокъ или проводить ихъ черезъ него<sup>5</sup>).

Въ этомъ-же родѣ сервитуты *fumi immittendi, vaporum immitt.* и т. п.<sup>6</sup>).

*Servitus altius non tollendi*, сервитутъ, предоставляющій право запрещатьсосѣду дѣлать всякия постройки, или только отъ известной высоты, которыя препятствовали бы доступу солнца, свѣта или заслоняли-бы видъ<sup>7</sup>).

*Servitus ne luminibus* или *ne prospectui officiatur*, сервитутъ, дающій право требовать, чтобы сосѣдъ никакимъ образомъ (ни повышениемъ, ни понижениемъ постройки, ни насыщениемъ деревъ и т. п.) не препятствовалъ притоку свѣта или не заслонялъ вида<sup>8</sup>).

*Servitus luminum*, состоящій въ правѣ пробивать въ брандмауэрѣ окно, у которого сосѣдъ не смѣетъ отнимать свѣта<sup>9</sup>).

Содержаніе послѣдняго сервитута въ наукѣ весьма спорно (см. *Vangerow Pand. I § 342 Anm. 1*). Мы приняли господствующее воззрѣніе.

Рядомъ съ нѣкоторыми изъ упомянутыхъ *servit. praed. urban.* встречаются сервитуты обратнаго содержанія, напр., рядомъ съ *serv. altius non tollendi, ne luminibus officiatur, stil-*

<sup>1</sup>) L. 2; L. 6; L. 20 pr. D. 8, 2; L. 8 § 1, 2; L. 14 pr. D. 8, 5; L. 18 § 2 D. 8, 6.

<sup>2</sup>) L. 2 D. 8, 2; L. 3 §§ 5, 6 D. 43, 17; L. 22 § 4 D. 43, 24; L. 242 § 1 D. 50, 16.

<sup>3</sup>) L. 2; L. 17 § 3; L. 20 § 2—5; L. 28 D. 8, 2.

<sup>4</sup>) Dig. 43, 23 de cloacis.

<sup>5</sup>) L. 7 D. 8, 1 ep. L. 1 pr. § 4 D. 43, 23.

<sup>6</sup>) L. 8 § 5—7 D. 8, 5.

<sup>7</sup>) L. 2, 4, 12 D. 8, 2.

<sup>8</sup>) § 2. I. 4, 6; L. 3, 4, 12, 15—17 § 2; L. 22, 33 D. 8, 2.

<sup>9</sup>) L. 4 D. 8, 2 ep.; L. 40 D. 8, 2; L. C. 3, 34.

licidii avertendi находимъ serv. altius tollendi et officiendi lumenibus vicini, stillicidii non avertendi<sup>1</sup>). Существование такихъ сервитутовъ, которыхъ содержаніе заключается въ самомъ правѣ собственности, объясняется тѣмъ, что обычное право или строительные законы налагали на собственниковъ извѣстныя ограничения въ пользусосѣдей, которые, по соглашенію съ первыми, могли устанавливать права обратного этимъ законамъ содержания (если только законы эти не были абсолютно повелительными и запретительными). Такія права и были сервитутами.

Мы приняли теперь мнѣніе, господствующее въ учебникахъ (напр., *Arndts. Pand.* § 185 а 6; *Windscheid. Pand.* I § 211 и Ann. 11; *Wächter Pand.* II § 158 Beil. II); но въ литературѣ большое разногласіе въ толкованіи этихъ сервитутовъ (ср., напр., *Elvers cit.* § 39). Всего менѣе можетъ быть принято воззрѣніе, высказанное отчасти уже гlosсой и защищаемое Вангеровымъ (*Pand.* § 342 Ann. 3), будто само прекращеніе нѣкоторыхъ serv. pr. iur. разсмотривалось какъ особое сервитутное право; такъ, если участокъ обремененъ сервитутомъ altius non tollendi и затѣмъ собственникъ этого участка освободить себя отъ данного сервитута по соглашенію съ собственникомъ praeidii domin. или по давности, то онъ приобрѣтаетъ особое сервитутное право по отношенію къ сосѣднему участку. Но освобожденіе отъ сервитута не есть приобрѣтеніе нового сервитута, а возвращеніе къ состоянію неограниченной собственности. Собственникъ можетъ altius tollere ne jure servitutis a jure dominii. И сами римскіе юристы никогда не называютъ освобожденіе собственности отъ сервитута по давности usucapio servitutis, а usucapio libertatis (L. 18 § 2 D. 8, 6; L. 6, 7; L. 32 § 1 D. 8, 2); въ этихъ случаяхъ они говорятъ ne servitutem adquirere, a servitutem tollere (L. 4 § 29 D. 41, 3). См. *Wächter Pand.* II р. 249, 250.

*Личные сервитуты, servitutes personarum* суть сервитуты, предназначенные служить интересамъ определенного физического или юридического лица, устанавливая на все время ихъ существованія вещное право пользованія тѣми или другими свойствами служащаго предмета. Римское право знало четыре вида сервитутовъ всегда съ признаками чисто личныхъ, и никогда реальныхъ сервитутовъ, а именно: ususfructus, usus, habitatio и opereae servorum s. animalium. Но это не были единственными личными сервитутами. Какъ выше сказано, и всѣ другія права съ признаками сервитутныхъ правъ могли выражаться въ формѣ servit. personales, какъ-то поземельные

<sup>1</sup>) Gaj. 2 § 31; 4 § 3; § 1 I, 2, 3; § 2 I. 4, 6; L. 1 pr.; L. 2 D. 8, 2; L. 2 pr. D. 8, 3; L. 26 D. 44, 2.

сервитуты; напр., *servitus aquae haustus, pascendi, itineris* и т. п., устанавливаемые только определенному лицу, будут личными сервитутами<sup>1)</sup>.

Рассмотримъ каждый изъ видовъ чисто личныхъ сервитутовъ:

1) *Узуфруктъ (ususfructus)*<sup>2)</sup>. Въ источникахъ узуфруктъ опредѣляется такъ: *ususfructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia*<sup>3)</sup>. *Servitus ususfructus* есть вещное право определенного лица не только пользоваться, но и извлекать плоды изъ чужой непотребляемой вещи, сохраняя ея субстанцию.

Многіе юристы, особенно въ прежнее время (изъ новыхъ см., напр., *Molitor* cit. p. 366—368), различаютъ *ususfructus causalis* или *conjunctus* и *ususfructus formalis* или *separatus*. Первымъ называли то вещное пользованіе, которое принадлежало собственнику, имѣло свою *causa* въ собственности, было съ нимъ соединено, а вторымъ—самостоятельное, отдѣленное отъ собственности вещное пользованіе. Но для собственника право пользованія не составляетъ особаго какого либо права, а есть одинъ изъ выводовъ его правового господства, называемаго собственностью (L. 5 pr. D. 7, 6); поэтому обь *ususfructus* можно говорить только тогда, когда онъ устанавливается какъ *jus in re aliena* (L. 63 D. 7, 1).

Лицо, въ пользу котораго установленъ узуфруктъ, называется *usufructarius* или *fructarius*; собственность, изъ которой выдѣленъ *jus ususfructus*, носить название *nuda proprietas* (sc. deducto *usufructu*), а собственникъ — *dominus proprietatis* или *proprietarius*. Узуфруктъ есть право дѣлимое<sup>4)</sup> и поэтому, напр., можетъ быть установленъ нѣсколькимъ лицамъ *pro partibus indivisis*.

Изъ данного определенія слѣдуетъ, что предметомъ узу-

<sup>1)</sup> См. L. 32 D. 7, 1; L. 4, 6 pr.; L. 37 D. 8, 3; L. 6 D. 33, 3; L. 14 § 3 D. 34, 1.

<sup>2)</sup> Inst. 2, 4 de usufructu.—Dig. 7, 1 de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur.—Cod. 3, 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum. Пособія: *Genty*. Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation en droit romain. Paris 1854. *Bürkel*. Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch 1864; *Kraus*. Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. Liège 1869; *Дорнъ*. Узуфруктъ т. I Спб. 1872.—На русскомъ языке мы затрудняемся найти терминъ, соответствующій латинскому слову «*ususfructus*». Выраженія—«плодо-наслажденіе» и «пользовладѣніе», употребляемыя иногда въ литературѣ и въ официальныхъ переводахъ, нельзя не признать весьма неудачными для передачи понятія данного института (см. *Дорнъ* cit. стр. 1, 2).

<sup>3)</sup> L. 1 D. 7, 1; pr. J. 2, 4.

<sup>4)</sup> L. 1 § 9 D. 35, 2; L. 19 D. 7, 8.

фрукта могутъ быть только вещи непотребляемыя и притомъ тѣлесныя. Но въ разное время римские юристы допустили узу-фруктъ и надъ вещами потребляемыми и безтѣлесными, а именно, обязательственными правами. Такимъ образомъ, по объекту слѣдуетъ различать: 1) ususfructus proprie sic. dictus или verus и 2) quasi ususfructus, имѣющій объектомъ res consumptibiles и nomina.

Что касается правоотношений, вытекающихъ изъ настоящаго узуфрукта, то они выражаются: а) въ правѣ пользованія съ извлечениемъ плодовъ, utendi, fruendi, но б) не нарушая субстанціи вещи, salva rerum substantia.

а) *Jus utendi, fruendi*. — Узуфруктуарію принадлежитъ право пользоваться вещью и извлекать изъ нея выгоды. Такъ, онъ имѣть не только usus, напр., право жить въ домѣ, но и fructus, т. е. присвоивать себѣ всякие плоды отъ этой вещи не только естественные, но и юридические отъ отдачи, напр., уступленной въ узуфруктъ вещи въ наемъ, аренду<sup>1)</sup>.

Различные выражения источниковъ подавали поводъ къ разногласію въ наукѣ по поводу того: можно-ли устанавливать одно только право извлекать плоды (fructus) безъ пользованія вещью (usus). Въ однихъ мѣстахъ источниковъ мы находимъ категорично заявленнымъ, что fructus sine usu esse non potest (Paulus. Recept. sent. III, 6 § 24; L. 14 § 1 D. 7, 8); въ другихъ-же допускается установление fructus sine usu (L. 5 § 2 D. 7, 9; L. 14 § 2, 3 D. 7, 8; L. 13 § 3 D. 46, 4). Но если ближе всмотрѣться въ частные случаи такого рода, то окажется, что прямого противорѣчія съ первымъ положеніемъ они не составляютъ; во всѣхъ этихъ случаяхъ необходимо предполагается и usus, хотя-бы иногда только для того, чтобы возможно было извлекать плоды (Vangerow. Pand. I § 348 Anm.), но въ силу особыхъ условій данной сдѣлки рѣчь о fructus идетъ какъ о чёмъ-то самостоятельномъ отъ usus.

1) Естественные плоды приобрѣтаются узуфруктуарiemъ въ собственность не чрезъ отদѣленіе, separatio, а чрезъ завладѣніе, perceptio<sup>2)</sup>; только приплодъ отъ животныхъ становился собственностью узуфруктуарія чрезъ простую сепарацію. Извлеченіе плодовъ римские юристы рассматривали, какъ особую дѣятельность узуфруктуарія въ отношеніи къ чужой собственности; почему присвоеніе этихъ плодовъ могло совершаться нормально по акту захвата, perceptio<sup>3)</sup>; только приплодъ жи-

<sup>1)</sup> L. 59 § 1 D. 7, 1.

<sup>2)</sup> L. 12 § 5; D. 7, 1; L. 13 in f. D. 7, 4.

<sup>3)</sup> Различная другія объясненія требованію перцепціи см. у Дорна cit. стр. 316—318.

вотныхъ, по самому своему свойству, дѣлалъ такое завладѣніе излишнимъ, если матка находилась въ рукахъ узуфруктуарія. На дѣтей рабынь и на *accessiones*, не находящіяся въ непосредственной связи съ служащею вещью (напр., *insula in flumine nata*), узуфруктъ не распространяется<sup>1</sup>). И кладъ пріобрѣтается уз—іемъ не въ силу своего узуфрукта, а въ силу находки<sup>2</sup>). Ограничень можетъ быть и самый объемъ пользованія плодами, смотря по назначенію узуфрукта. Такъ, лежачимъ лѣсомъ и буреломомъ узуфруктуарій можетъ пользоваться только въ размѣрѣ собственныхъ нуждъ и надобностей самого предмета узуфрукта<sup>3</sup>); если же предметомъ узуфрукта будетъ лѣсъ, подлежащій рубкѣ (*silva caedua*)<sup>4</sup>), то узуфруктуарій имѣеть неограниченное пользованіе, примѣня только правила лѣсосѣчного хозяйства. Излишекъ отъ удовлетворенія личныхъ нуждъ онъ можетъ даже отчуждать<sup>5</sup>). При *silva non caedua* пользованіе узуфруктуарія ограничивается такими, напр., актами, какъ собираеніе хвороста, нарѣзываніе кольевъ для виноградника и т. п.<sup>6</sup>).—Юридические плоды поступаютъ въ собственность уз—ію или черезъ оккупацию, напр., дичь съ охотничей дачи, или по традиціи, какъ-то наемная, арендная плата. Если при установлѣніи узуфрукта вещь была уже уже отдана въ наемъ, то плата поступаетъ въ полномъ составѣ узуфруктуарію, когда арендаторъ, по установлѣніи уже узуфрукта, собираетъ плоды, или же дѣлится между узуфруктуарiemъ и собственникомъ пропорционально времени, если наемъ велъ только къ пользованію безъ извлеченія плодовъ<sup>7</sup>).

Договоры хозяина съ нанимателемъ не обязательны для уз—ія, если только при установлѣніи узуфрукта не было выговорено противнаго. Поэтому узуфруктуарій можетъ изгнать нанимателя (L. 59 § 1 D. 7, 1), а если оставляетъ его, то между нимъ и нанимателемъ устанавливается правоотношеніе по новому найму, или по требованіямъ изъ старого договора съ хозяиномъ, но по уступкѣ (*cessio*) этихъ своихъ правъ уз—ію. См. *Дорнъ* cit. стр. 337 и слѣд.

## 2) Уз—ій имѣеть право уступать отправленіе узуфрукта

<sup>1)</sup> § 37 J. 2, 1.

<sup>2)</sup> L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>3)</sup> L. 12 pr. D. 7, 1, ср. L. 7 § 12 D. 24, 3.

<sup>4)</sup> См. различные ихъ виды у *Vangerow'a Pand. I* § 344 п. 1.

<sup>5)</sup> L. 9 § 7 D. 7 1; L. 22 pr. D. 7, 8.

<sup>6)</sup> L. 10, 11, 18 D. 7, 1.

<sup>7)</sup> L. 9 § 1 D. 19, 2.

другимъ лицамъ<sup>1)</sup>) возмездно или безвозмездно, вполнѣ или въ части; на время или на всю продолжительность сервитута, но само право узуфрукта не подлежитъ переносу на другого<sup>2)</sup>, т. е. ususfructus можетъ быть переносимъ только quo ad exercitium, а не quo ad jus<sup>3)</sup>). Не можетъ уз—ий устанавливать по вещи и такія права, напр., сервитуты, которыя бы уменьшали собственность.

б) Узуфруктуарій не можетъ измѣнять субстанціи вещи, т. е. онъ долженъ пользоваться вещью согласно назначению, данному ей собственникомъ, т. напр., онъ не можетъ обратить раба, предназначеннаго къ наукамъ и искусствамъ, въ чернаго работника<sup>4)</sup> и т. п., не можетъ производить и измѣненій въ самой вещи, ради новаго ея назначения: не можетъ лугъ обратить въ виноградникъ, паркъ въ огородъ и т. п. Но если вещь не имѣть опредѣленнаго назначения, то узуфруктуарій можетъ дать ей такое, напр., пустошь обратить въ виноградникъ; мало того, ему разрѣшается въ извѣстной части измѣнить и самое назначеніе вещи, если отъ этого выигрываетъ цѣлое и если самое это измѣненіе разсматривать какъ актъ правильнаго управления, напр., онъ можетъ въ большомъ помѣстїи обратить лугъ въ поле или виноградникъ.

Въ одномъ мѣстѣ Ульпіана выставляется положеніе, съ первого взгляда противорѣчащее обязанности узуфруктуарія сохранять субстанцію вещи. Въ L. 13 § 5 in. f. D. 7, 1 говорится, что узуфруктуарій имѣть право уничтожить виноградники, плодовые и оливковые сады, если только замѣняющая ихъ культура будетъ доходнѣе. Мотивируется это тѣмъ, что узуфруктуарію разрѣшается proprietatem meliorare. Это мѣсто тѣмъ болѣе возбуждало разныя недоумѣнія, что самъ же Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ того же фрагмента (L. 13 § 4 D. 7, 1) запрещаетъ уз—ию обращать увесилительные сады въ плодовые, хотя отъ такого превращенія доходность сада могла бы только увеличиться. Изъ многочисленныхъ попытокъ разрѣшить эти противорѣчія (см. у Vangerow. Pand. I § 344, п. 2) мы остановились на мнѣніи, съ особенною убѣдительностью развитомъ Вангеровыми. По распоряженію вещью уз—ий обязанъ не измѣнить субстанціи ея и не допускать никакихъ deteriorations. Нельзя говорить

<sup>1)</sup> L. 12 § 2; L. 38—40; L. 67 D. 7, 1; L. 29 D. 7, 4; L. 8 § 2 D. 18, 6; L. 9 § 1 D. 19, 2; L. 66 D. 28, 3; L. 57 D. 24, 3.

<sup>2)</sup> L. 15 D. 10, 2; § 3 J. 2, 4.

<sup>3)</sup> Это почти общепризнанное воззрѣніе оспаривается нѣкоторыми учеными (напр., Ofner. D. Servitutenbegriff p. 10, 11, 28), думающими, что въ новѣйшемъ рим. правѣ узуфруктъ можетъ быть переносимъ и quo ad jus. См. у Vangerow'a Pand. I § 344 Anm. 3.

<sup>4)</sup> L. 13 § 4 D. 7, 1.

о нарушениі этихъ обязанностей, когда уз-ий устанавливаетъ какую либо культуру на пустопорожней части уступленного ему въ узуфруктъ цѣлаго имѣнія. При этомъ обѣ измѣненіи субстанціи самаго имѣнія или *deterioratio* его не можетъ быть рѣчи. То же будетъ и тогда, когда на *частіи* имѣнія, уже культивированной, напр., засаженной виноградниками, уз-ий устанавливаетъ болѣе прибыльную культуру, напр., обращаетъ это мѣсто на раскопку металловъ. И въ этихъ случаяхъ нельзя сказать, чтобы *substantia* имѣнія самаго не была *salva*, а кромѣ того, на лицо имѣется *melloratio proprietatis*. Таковъ смыслъ словъ Ульпіана въ L. 13 § 5 cit. (см. также *Sintenis. Prakt. Civilr.* I p. 555 и слѣд. п. 22).

*Обязанности узуфруктуарія.* — Узуфруктуарій обязанъ щадить интересы собственника, обязанъ относиться къ вещи какъ *bonus paterfamilias*<sup>1)</sup> и отвѣчаетъ за всякую *culpa* по обращенію съ нею и по сохраненію ея. Поэтому, онъ не долженъ допускать выполненія давности, отправляя по участку слѣдующая права<sup>2)</sup>. Онъ обязанъ не запускать участки, присаживая деревья и виноградники<sup>3)</sup>, поддерживать число головъ стада приплодомъ<sup>4)</sup>. Содержаніе животныхъ<sup>5)</sup>, reparatura зданій<sup>6)</sup>, уплата податей и несеніе разныхъ повинностей лежать также на обязанности узу-ія<sup>7)</sup>. За *casus fortuitus*<sup>8)</sup> и за послѣдствія правильного пользованія онъ не отвѣчаетъ, такъ что если вещь случайно потерпитъ изъянъ или потеряетъ отъ пользованія, то узуфруктуарій не обязанъ вознаграждать хозяина<sup>9)</sup>. Наконецъ, по прекращеніи права, узуфруктуарій обязанъ возвратить вещь собственнику ея. Въ обеспеченіе всѣхъ этихъ обязанностей, узуфруктуарій доставить собственнику *cautionem* (поручительство или залогъ<sup>10)</sup>), называемую *cautio usufructuaria*. Пока узуфруктуарій не дастъ этого обеспеченія, собственникъ имѣть право не выдавать ему вещи, а если уже выдача произошла, то можетъ *rei vindicatione* вы требовать ее назадъ<sup>11)</sup> или *condicione incerti* требовать доставленія *cautionem*. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ узуфруктуарій по закону осво-

<sup>1)</sup> L. 9 pr. L. 65 pr. D. 7, 1.

<sup>2)</sup> L. 15 § 7 D. 7, 1; L. 1 § 7 D. 7, 9.

<sup>3)</sup> L. 7 § 3; L. 9 § 6; L. 18 D. 7, 1; § 38 I. 2, 1.

<sup>4)</sup> L. 68 § 2; L. 69, 70 D. 7, 1; § 38 I. 2, 1.

<sup>5)</sup> L. 15 § 2 D. 7, 1.

<sup>6)</sup> L. 7 § 2, 3 D. 7, 1; L. 7 C. 3, 33.

<sup>7)</sup> L. 7, § 2 in f.; L. 27 § 3; L. 52 D. 7, 1; L. 28 D. 33, 2.

<sup>8)</sup> L. 59 pr. D. 7, 1.

<sup>9)</sup> L. 12 § 1; L. 15 § 3, 4 D. 7, 1; L. 1 pr. § 3, 6; L. 2; L. 9 § 3 D. 7, 9.

<sup>10)</sup> Dig. *usufructarius quemadmodum (caveat)* 7, 9.

<sup>11)</sup> L. 7 pr., L. 13 pr. D. 7, 9.

бождается отъ этой обязанности доставлять cautionem, напр., отецъ, который имѣеть ususfr. въ adventitia своихъ дѣтей, мужъ, которому предоставляется узуфруктъ въ качествѣ приданаго, и т. д.<sup>1)</sup>). Но по соглашенію съ собственникомъ, узуф. не можетъ быть освобожденъ отъ обязанности доставить cautionem usufructuarium<sup>2)</sup>.

Послѣднее въ литературѣ спорно. См. у *Arndts.* Pand. § 180 п. 3.

По прекращеніи узуфрукта вещь возвращается собственнику со всѣми ея accessiones<sup>3)</sup>). Но спрашивается: какъ поступить съ плодами того года, въ который прекращается узуфруктъ? Вполнѣ правильнѣо рѣшается вопросъ такимъ образомъ: fructus naturales percepti остаются уз—ію; fructus же non percepti поступаютъ собственнику. Такъ, если узуфруктуарій умретъ до жатвы, то наслѣдники его не могутъ уже собрать ее, ибо со смертью уз—ія право пользованія возвращается къ собственнику, но справедливость требуетъ, чтобы наслѣдники уз—ія получили отъ собственника уплату затратъ, сдѣланныхъ уз—емъ на посѣвъ. Если уз—ій отдалъ имущество въ наймы или аренду и узуфруктъ прекращается до окончанія договора, то онъ или его наслѣдники имѣютъ право требовать отъ conductor'a уплаты найма и аренды, насколько этотъ до момента прекращенія уз. на самомъ дѣлѣ получилъ предоставленное ему пользованіе, т. е. насколько онъ при арендѣ собралъ плодовъ<sup>4)</sup>, при наймѣ сколько времени протекло до смерти уз—ія<sup>5)</sup>.

*Quasi ususfructus*<sup>6)</sup>). По основному понятію узуфрукта, онъ могъ примѣняться только къ непотребляемымъ и тѣлеснымъ предметамъ. Но современемъ особымъ постановленіемъ сената<sup>7)</sup>, понятіе узуфрукта было распространено (utilitatis causa) на предметы, пользованіе которыми ведеть къ ихъ частичному или полному потребленію, а также и на долги<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 9 § 2 D. 7, 9; L. 8 § 4 C. 6, 61. См. *Arndts.* Pand. § 180 п. 4.

<sup>2)</sup> L. 46 D. 2, 14 ер. L. 7 C. 6, 54; L. 1 C. 3, 33.

<sup>3)</sup> L. 1 pr.; L. 9 § 3 D. 7, 9.

<sup>4)</sup> L. 58 pr. D. 7, 1.

<sup>5)</sup> См. *Дориг* cit. стр. 340 и слѣд.

<sup>6)</sup> Dig. 7, 5 de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuntur.

<sup>7)</sup> Время изданія этого sc-tum не установлено безспорно; вѣрнѣе относить его къ началу имперіи. См. *Puchta. Ueber das Alter des Quasisusfructus* въ *Kleine civilist. Schriften*. Leipzig. 1851 p. 214—216. *Bärkel. Beitr. z. Lehre v. Niessbrauch* § 1.

<sup>8)</sup> *Ulpianus* 24, 27; L. 1 D. 7, 5; § 2 J. 2, 4; L. 24 pr. D. 33, 2.

Допускают иногда (напр., *Bürkel* cit. § 7) *qasiususfructus* на *ususfructus*, *quasiususfructus* и многія servitutes praediorum. Но такое распространение явно противорѣчить началу *servitus servitutis esse non potest* (см. L. 1 D. 33, 2). Нельзя устанавливать *ususfructus* и на эмфитетическое и суперфициарное право (*Bocking. Pand.* 2 p. 228), ибо это всегда будетъ узуфруктомъ на самую вещь.

Въ отличие отъ нормального узуфрута (*verus ususfructus*), такому вещному пользованію дано название *quasi ususfructus*<sup>1)</sup>. Тутъ будемъ различать два рода случаевъ:

1) *Quasi ususfructus* на потребляемые вещи, ususfructus еагум тегум, quaes usus consumuntur. Начало его должно вести отъ сенатусконсульта, которымъ допущено было совершать отказы узуфрута omnium тегум, quas in ciujusque patrimonio esse constaret<sup>2)</sup>, на всѣ вещи данного имущества, т. е. въ томъ числѣ и вещи потребляемыя. Такъ, можно было устанавливать узуфрукты, кромѣ обыкновенныхъ *res consumptibiles*<sup>3)</sup>, на платья<sup>4)</sup>, которыя частично потреблялись отъ пользованія, на капиталы<sup>5)</sup> и т. п. Отношеніе по такому узуфрукту было сходно съ безпроцентнымъ заемомъ<sup>6)</sup>. Узуфруктуарій съ момента передачи становился собственникомъ вещей и только по прекращеніи узуфрута наступало обязательство его или его наследниковъ возвратить бывшему собственнику или его наследникамъ *tantundem*<sup>7)</sup>, т. е. предметы того же рода и качества<sup>8)</sup>, или ихъ стоимость при началѣ узуфрута<sup>9)</sup>. Въ обезпеченіе этого обязательства узуфруктуарій доставляетъ cautionem<sup>10)</sup>.

2) *Quasi ususfructus* на долги, ususfructus nominum. Должнику можетъ быть установленъ узуфруктъ на его долгъ. Это будетъ значить, что до своей смерти онъ можетъ не платить долга и быть свободнымъ отъ уплаты процентовъ, если долгъ

<sup>1)</sup> § 2 in f. J. 2, 4; L. 2 § 1 D. 7, 5. См. *Bürkel. Beitr. z. Lehre v. Niessbrauch* § 1.

<sup>2)</sup> L. 1 D. 7, 5. Ulpian. 24, 27 ер. L. 1 C. 3, 33.

<sup>3)</sup> L. 11 D. 7, 5.

<sup>4)</sup> Cp. L. 15 § 4 D. 7, 1 и § 2 I. 2, 4; L. 9 § 3 D. 7, 9 ер. Rubr tit. D. 7, 5. См. *Bürkel* cit. p. 75—80.

<sup>5)</sup> L. 2 § 1, L. 10 D. 7, 5.

<sup>6)</sup> *Wächter. Pandekt.* 2 p. 234.

<sup>7)</sup> § 2 I. 2, 4.

<sup>8)</sup> L. 5 § 1 D. 7, 5; L. 9 § 4 D. 10, 4; L. 10 D. 19, 5.

<sup>9)</sup> L. 7 D. 7, 5. См. *Bürkel* cit. § 6.

<sup>10)</sup> L. 5 § 1; L. 6, 7, 9, 11 D. 7, 5; L. 7 § 1 D. 7, 9; L. 1 C. 3, 33.

подлежить такой уплатѣ<sup>1)</sup>). Въ обезпеченіе будущей уплаты устанавливается *cautio*<sup>2)</sup>). Если *ususfructus nominum* будетъ установленъ какому либо третьему лицу, то при процентномъ долгѣ это будетъ значить, что оно имѣть право на эти проценты; а доставивъ *cautionem*, оно можетъ вытребовать и самый долгъ<sup>3)</sup>), на предметъ котораго онъ пользуется правами узуфруктуарія или квазиузуфруктуарія, смотря по свойству предмета.

*Ususfr. nominum* вызываетъ въ литературѣ большое разногласіе. Одни ученые считаютъ его за настоящій (*verus*) узуфруктъ, другіе за *quasiususfructus*, треты же въ однихъ случаяхъ считаютъ его однимъ (предметы требованія непотребляемые), а въ другихъ другимъ видомъ (предметы требованія потребляемые) уз—та (см. *Schoenemann* cit. § 24; *Krans* cit. t. IX § 3 p. 253 sqq.; *Steinberger* въ *Gies. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* N. F. XI p. 149 sqq.). Принятое въ текстѣ возврѣніе основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ. Требованіе, по мнѣнію, какъ вещь безтѣлесная, не можетъ составлять объекта настоящаго узуфрукта. Затѣмъ мы различаемъ съ большинствомъ ученыхъ въ *ususfr. nominum* тѣ случаи, когда уз—їй получаетъ право на проценты и когда онъ имѣть право требовать выполненія ему самого долга. Правда, источники ясно упоминаютъ только первую категорію случаевъ (*Elvers* cit. p. 599), но ученые уже давно считали необходимымъ допустить и вторую категорію (см. *Hoffmann* cit. p. 177 и слѣд.) на томъ уже основаніи, что иначе *us. nominum* безъ права на требованіе могъ очутиться безъ всякаго содержанія, напр., по уплатѣ должникомъ долга. По осуществленіи же этого права къ самому требованію, свойство самого пользованія предметами послѣдняго опредѣляется тѣмъ, будутъ ли эти предметы потребляемыми, замѣнными или нѣтъ. (См. *Дорнъ* cit. стр. 329—335).

*Usus*<sup>4)</sup>. — Подъ *usus* разумѣлся такой личный сервитутъ, которымъ предоставлялось пользованіе / безъ извлеченія плодовъ<sup>5)</sup>). Послѣднимъ *usus* по общему началу отличается отъ *ususfructus*<sup>6)</sup>, представляя меньшій объемъ правъ, чѣмъ послѣдній<sup>7)</sup>). Этотъ же характеръ пользованія, представляемаго *usus'омъ*, ведеть и къ другому признаку, отличающему его отъ

<sup>1)</sup> L. 3 D. 7, 5.

<sup>2)</sup> L. 4 D. 7, 5.

<sup>3)</sup> L. 42 pr. D. 33, 2; L. 1 C. 3, 33.

<sup>4)</sup> I. 2, 5 de usu et habitatione.— Dig. 7, 8 de usu et habitatione. См. *Bechmann. Ueber den Inhalt u. Umfang der Pers. Serv. des usus nach röm. Recht. 1861.*

<sup>5)</sup> L. 2 pr. D. 7, 8.

<sup>6)</sup> См., напр., L. 14 § 1, 2, 3 D. 7, 8; L. 42 D. 7, 1; L. 13 § 3 D. 46, 4.

<sup>7)</sup> § 1 I. 2, 5.

2

ususfructus, а именно къ недѣлимости<sup>1)</sup>; простое пользованіе не можетъ имѣть опредѣленного объема, чтобы подлежать дѣленію на опредѣленныя части<sup>2)</sup>). По этому общему характеру usus первоначально не встрѣчался при такихъ предметахъ, единственное пользованіе которыми могло состоять въ извлечениіи плодовъ. Но позднѣе мы встрѣчаемъ его и при послѣднихъ предметахъ<sup>3)</sup>). Этимъ различіе между usus и ususfructus дѣлялось уже не столько рѣзкимъ. Но основной характеръ usus скавался въ томъ, что по общему началу usuarius могъ пользоваться плодами въ размѣрѣ домашнихъ своихъ потребностей; не могъ ихъ продавать. Однимъ словомъ, узуарій, въ отличіе отъ узуфруктуарія, не пріобрѣталъ въ собственность плодовъ по perceptio, а имѣлъ только право потребленія<sup>4)</sup>). Поэтому же не могъ предоставлять exercitium своего права другому лицу. Но и тутъ допускались разныя смягченія. Такъ разсмотримъ отдѣльные примѣры usus.

*Usus domus.* Узуарій могъ жить не только самъ, но и съ семьей<sup>5)</sup>). Онъ могъ принимать къ себѣ и гостей<sup>6)</sup> и даже за деньги<sup>7)</sup>). Если помѣщеніе казалось ему великимъ, то часть онъ могъ передать другимъ лицамъ, но не выѣзжая изъ дома. //

*Usus villaе.* Пользованіе плодами по правилу принадлежитъ собственнику, который продолжаетъ обрабатывать для себя имѣніе<sup>8)</sup>). Но узуарій имѣеть право пользоваться плодами въ размѣрѣ своихъ домашнихъ нуждъ и даже для угощенія гостей<sup>9)</sup>). Если usus установленъ только на лѣсъ, то узуарій имѣеть право и на продажу дровъ, такъ какъ иначе его право не имѣло бы содерянія<sup>10)</sup>). Usus въ животныхъ опредѣляется ихъ назначеніемъ; если то будетъ извлеченіе плодовъ, то узуарій пользуется ими въ размѣрѣ своихъ нуждъ<sup>11)</sup>), но пользованіе животными, напр., лошадьми, могло быть и уступаемо узуаріемъ за вознагражденіе другимъ, буде это обычное его

<sup>1)</sup> L. 19 D. 7, 8.

<sup>2)</sup> Hoffmann cit. I p. 183, 184.

<sup>3)</sup> L. 12 §§ 1, 2; L. 15 pr. D. 7, 8,

<sup>4)</sup> Bechmann cit. p. 62.

<sup>5)</sup> L. 2 § 1; L. 4 § 1; L. 6 D. 7, 8.

<sup>6)</sup> L. 2 § 1; L. 7 D. 7, 8.

<sup>7)</sup> L. 4 pr. D. 7, 8.

<sup>8)</sup> L. 10 § 1; L. 11; L. 15 § 1 D. 7, 8.

<sup>9)</sup> L. 12 § 1 D. 7, 8.

<sup>10)</sup> L. 22 princ. D. 7, 8.

<sup>11)</sup> L. 12 § 2 D. 7, 8.

употреблениe данныхъ животныхъ и собственникъ то зналъ<sup>1)</sup>. Usus рабовъ не допускалъ найма услугъ другимъ<sup>2)</sup>.

Траты на содержаніе предметовъ пользованія падаютъ въ размѣрѣ usus на узуарія, остальная на собственника<sup>3)</sup>.

Узуарій, какъ и узуфруктуарій, обязывается доставить сatisfactionem<sup>4)</sup>.

Usus на вещи, quae usu consumuntur, ничѣмъ не отличается отъ quasi ususfructus<sup>5)</sup>.

Habitatio<sup>6)</sup>. — Подъ habitatio разумѣется такой личный сервитутъ, которымъ устанавливается пользованіе жилищемъ. Обыкновенный его признакъ безвозмездность, отчего источники рассматриваютъ habitatio за одинъ изъ видовъ даренія<sup>7)</sup>. Такое безвозмездное предоставлениe жилища предполагаетъ намѣреніе помочь въ нуждѣ опредѣленному лицу, какъ бы оказать ему милостыню<sup>8)</sup>; почему оно устанавливало болѣе фактическое, чѣмъ юридическое положеніе<sup>9)</sup>. Изъ этого вытекаютъ слѣдующіе выводы:

Habitator могъ не только пользоваться жилищемъ, но и уступать отправлениe своего права, однако не иначе, какъ titulo oneroso, по найму. По праву уступки habitatio отличается отъ usus, а въ томъ, что уступка эта не можетъ быть безвозмездной<sup>10)</sup>, habitatio отличается отъ ususfructus. Юристы, не допускавшіе уступки<sup>11)</sup>, отождествляли habitatio съ usus, другие видѣли въ немъ ususfructus. Юстиніанъ рѣшилъ споръ<sup>12)</sup>, признавъ въ habitatio особый видъ права, котораго отправлениe могло быть уступлено по найму другому. Для собственника, желающаго облагодѣтельствовать нуждающагося, безразлично, будетъ ли этотъ самъ жить или станеть извлекать изъ жилища выгоду по найму; но, конечно, онъ не можетъ допустить,

<sup>1)</sup> L. 12 § 3, 4 D. 7, 8.

<sup>2)</sup> L. 14 princ. D. 7, 8.

<sup>3)</sup> L. 18 D. 7, 8.

<sup>4)</sup> L. 5 § 1 D. 7, 9.

<sup>5)</sup> L. 5 § 2 D. 7, 5.

<sup>6)</sup> I. 2, 5 de usu et habitatione.—Dig. 7, 8 de usu et habitatione.—Cod. 3, 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum.

<sup>7)</sup> L. 9 pr. D. 39, 5.

<sup>8)</sup> Такъ смотрѣтъ на habitatio, напр., Thibaut. Versuche B. I p. 31 слѣд., но ср. Hoffmann cit. I p. 192, 193.

<sup>9)</sup> L. 10 D. 4, 5.

<sup>10)</sup> L. 10 pr. D. 7, 8.

<sup>11)</sup> L. 8 D. 7, 8.

<sup>12)</sup> L. 13 C. 3, 33; § 5 I. 2, 5.

чтобы habitator уступить жилище третьему безвозмездно, такъ какъ на это лицо не распространялось liberalitas собственника.

Нѣкоторые ученые (напр., Hoffmann cit. I p. 192) полагали, что личное расположение собственника къ определенному лицу, выраженное въ habitatio, не обязательно для наслѣдника, который поэтому можетъ лишить этого права habitatorа. Но L. 32 D. 36, 5, на которое при этомъ ссылаются, говорить только о гостепріимствѣ, hospitium (*Molitor* cit. p. 409).

Разъ habitator могъ извлекать fructus civilis, то само habitatio представляется правомъ дѣлимымъ. Поэтому же habitator несетъ и издержки по содержанию жилища<sup>1)</sup> и обязанъ доставить cautionem<sup>2)</sup>.

Habitatio, какъ будетъ указано ниже, въ отличие отъ usus и ususfructus, не прекращается ни по давности (non usus), ни въ силу capititis deminutio<sup>3)</sup>; такъ какъ самый мотивъ установления этого права не можетъ считаться съ такими способами погашенія правъ.

*Operae servorum* — сервитутъ, которымъ уступается пользованіе услугами раба. Онъ отличается и отъ usus, и ususfructus тѣмъ, что имѣющій jus operagum можетъ уступить отправление своего права по найму<sup>4)</sup>; кроме того, сервитутъ этотъ не погашается non usu и capititis deminutione<sup>5)</sup>. Особенность такая объясняется тѣмъ, что сервитутъ этотъ, подобно habitatio, чаще всего устанавливался по легату въ видѣ милости легатарію. Весьма часто такие отказы совершались въ пользу педагоговъ, проживавшихъ долго при дѣтяхъ богатого римлянина. Лица эти чаще всего были изъ числа рабовъ, которыхъ затѣмъ господа отпускали на волю и вмѣстѣ съ тѣмъ могли желать обставить ихъ на старости прислугой. Но сервитутъ этотъ имѣеть еще одну особенность, отличающую его отъ всѣхъ личныхъ сервитутовъ, а именно зонъ переходить по наслѣдству<sup>6)</sup>. Объяснить это можно отчасти тѣмъ, что тутъ могли обращать внимание на самую работу, которая, представляясь иногда (напр., когда рабъ былъ artifex, opifex и т. д.) чѣмъ-то цѣлымъ, можетъ остаться неоконченной по смерти имѣвшаго jus operagum<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 5 § 3 D. 7, 9.

<sup>2)</sup> L. 5 § 3 D. 7, 9.

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

<sup>4)</sup> L. 2 D. 7, 7; L. 1 § 9 D. 35, 2. *L. 2 D. 33, 2*

<sup>5)</sup> L. 2 D. 33, 2.

<sup>6)</sup> Hoffmann cit. I p. 196.

<sup>7)</sup> Hoffmann cit. I p. 196.

Но върнѣе всего думать, что наследодатель, отказывая услуги раба, имѣлъ въ виду ту связь, которая устанавливалась съ рабомъ не только легатарія самого, но и всѣхъ членовъ его семьи; почему не могло быть противно его волѣ, чтобы и по смерти легатарія рабъ оставался въ семье послѣдняго<sup>1)</sup>.

По мнѣнию многихъ писателей, правила обѣ орерае servorum въ практикѣ были распространены на *orerae animalium*.

### Установленіе сервитутовъ<sup>2)</sup>.

Устанавливаются сервитуты слѣдующими способами:

1) Соглашеніемъ сторонъ. — Въ древнемъ римскомъ правѣ сервитуты устанавливались тѣми же способами соглашенія, что и собственность, а именно: установленіе *serv. praed. rustic.* могло происходить透过 mancipatio, такъ какъ они относились къ *res mancipi*, а установленіе остальныхъ сервитутовъ производилось in jure cessione<sup>3)</sup>. Эти формы соглашенія примѣнялись только къ италійскимъ землямъ; для установленія же сервитутовъ по *fundus provincialis* требовался какой либо обходъ. Такихъ обходовъ было два: неформальное соглашеніе, укрѣпленное формальнымъ обѣщаніемъ устанавливающаго сервитутъ уплатить при нарушеніи отправленія сервитута штрафную сумму (*poena*), *pactio* и *stipulatio*<sup>4)</sup>, а позднѣе (со второго вѣка по Р. Х.) traditio servitutis s. patientia<sup>5)</sup>. Преторы признали эти обходы, какъ способы установленія сервитутовъ не только на провинціальныя земли, но распространили ихъ и на италійскія земли и движимости. Когда затѣмъ при Юстиніанѣ вышли окончательно изъ употребленія *mancipatio* и *in jure cessio*, то оказалось, что для установленія сервитутовъ достаточно одного неформального соглашенія, *pactio* и *стипулациіи*<sup>6)</sup>, хотя рядомъ упоминается въ юстиніановыхъ компиляціяхъ и *traditio*<sup>7)</sup>, котораго нельзя соединять съ соглашеніемъ

<sup>1)</sup> Schmidt Pandekten B. I. 1882 p. 129.

<sup>2)</sup> Hedemann. Ueber den Erwerb. u. Schutz der Servituten nach röm. Recht. 1864.

<sup>3)</sup> Gajus 2 § 29.

<sup>4)</sup> Gajus 2 § 31.

<sup>5)</sup> L. 20 D. 8, 1.

<sup>6)</sup> § 4 I. 2, 3; § 1 I. 2, 4; L. 3 pr. D. 7 1; L. 12 § 1, 3, 4, C. 8, 10.

<sup>7)</sup> L. 11 § 1 D. 6, 2; L. 25 § 7 D. 7, 1; L. 1 pr. D. 7, 4; L. 3 pr. D. 7, 6; L. 20 D. 8, 1; L. 1 § 2 D. 8, 3 ep. L. 3 pr. D. 44, 7.

такъ, что будто для дѣйствительного установлениія сервитута по соглашенію послѣднее должно сопровождаться *quasi traditione servitutis*, предоставлениемъ фактическаго отправленія сервитута.

Въ большинствѣ новѣйшихъ учебниковъ принято воззрѣніе, что для установлениія сервитутовъ достаточно одного вещнаго договора, не сопровождаемаго *quasi traditione servitutis* (см., напр., *Baron. Pand.* § 167; *Wächter Pand.* II § 159), но иногда еще встрѣчается энергическое отстаиваніе традиціи (напр. *Molitor* cit. p. 417 — 422; v. *Wetter. Cours de droit romain*, 2 édit. T. I 223, 227). См. у *Vangerow'a. Pand.* I § 350 Anm. 1.

Для установлениія сервитута по соглашенію требуются слѣдующія условія: а) чтобы устанавливающій сервитутъ былъ собственникомъ вещи<sup>1)</sup>; при общей собственности требуется согласіе всѣхъ участниковъ въ ней<sup>2)</sup>, только узуфруктъ, какъ дѣлимый сервитутъ, могъ быть установленъ каждымъ участникомъ на свою часть (см. выше). Кромѣ собственниковъ, устанавливать сервитуты могли еще такъ наз. *emphyteuta* и *superficiarius* на время существованія ихъ правъ (см. ниже). б) Вещный договоръ, направленный на немедленное установление сервитута. Это соглашеніе можетъ состояться и въ формѣ удержанія собственникомъ за собою сервитута при отчужденіи вещи (*deducere, detrahere, excipere, recipere servitutem*<sup>3)</sup>).

2) *Отказъ, legatum.* — Наслѣдодатель можетъ въ формѣ отказа установить сервитутъ на оставляемое имущество<sup>4)</sup>.

3) *Судебный приговоръ.* — При процессѣ о раздѣлѣ (*judicia divisoria: jud. familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*) судья можетъ одному изъ дѣльщиковъ отдать предметъ дѣлежа въ собственность, а другому установить на него узуфруктъ или, раздѣливъ участокъ на реальныя части между дѣльщиками, установить между ними *serv. praedorium*. Тутъ имѣемъ дѣло съ *adjudicatio*, какъ способомъ установлениія сервитутовъ.

Когда собственникъ вещи будетъ приговоренъ установить сервитутъ (по обѣщанію, напр.) и не повинуется этому приговору, то судья можетъ декретомъ объявить, что данный сервитутъ установленъ<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> § 3 J. 2, 3; L. 1 § 1 D. 8, 4.

<sup>2)</sup> L. 2 D. 8, 1; L. 34 pr. D. 8, 3; L. 10 pr. D. 39, 3.

<sup>3)</sup> L. 32, 36 § 1; L. 54 D. 7, 1; L. 34 D. 8, 2; L. 30, 33 pr. D. 8, 3; L. 3, 5—8, 10 D. 8, 4.

<sup>4)</sup> L. 3 D. 7, 1; L. 19 D. 8, 6.

<sup>5)</sup> Cp. L. 8 § 4 D. 8, 5.

Судья же можетъ возстановить потерянный сервитутъ in integrum restituzione.

4) *Давность*<sup>1)</sup>. — Въ древнѣйшемъ правѣ XII таблицъ всѣ сервитуты могли приобрѣтаться по давности, usus cario. Позднѣе нѣкій lex Scribonia неизвѣстнаго періода отмѣнилъ эту давность<sup>2)</sup>. Но взамѣнъ того, къ сервитутамъ стали прилагать подъ вліяніемъ преторской юрисдикціи начала longi temporis prescriptio-nis, въ юстиніановомъ же правѣ находимъ полное приложеніе давности къ приобрѣтенію сервитутовъ (diuturnus usus, longa quasi possesio, longae possessionis praerogativa, longi temporis consuetudo и т. п.<sup>3)</sup>). Условія этой давности были слѣдующія: а) Quasi possessio, т. е. отправленіе сервитутнаго права, но нес clam, nec vi, nec precario<sup>4)</sup>. б) Bona fides. Необходимо, чтобы хотя въ самомъ началѣ отправленія сервитута приобрѣтатель его по давности былъ убѣжденъ, что онъ поступаетъ такъ по праву, не нарушаетъ своимъ отправленіемъ чужихъ правъ<sup>5)</sup>. в) Истеченіе 10 (inter praesentes) и 20 (inter absentes) лѣтъ безпрерывнаго отправленія сервитутнаго права. Для выполненія давности отправленіе сервитутнаго права должно продолжаться непрерывно inter praesentes 10 лѣтъ, а inter absentes — 20 л. Отправление это можно совершать и чрезъ третьихъ лицъ<sup>6)</sup>. По счету данныхъ сроковъ допускается accessio temporis, зачетъ времени отправленія права аукторомъ, если только его quasi possessio не было vitiosa<sup>7)</sup>. — Если всѣ эти условія на лицо, то сервитутное право приобрѣтается по давности. При этомъ замѣтимъ, что justus titulus не требовался какъ необходимое условіе<sup>8)</sup>, не требовалась даже и scientia domini, т. е. чтобы собственникъ зналъ объ отправленіи сервитута на его собственность<sup>9)</sup>. — На имущества, не подлежащія давности, какъ напр., fundus dotalis, имущество фиска, общинъ и т. п., сер-

<sup>1)</sup> Muther. Die Ersitzung der Servituten. 1852; Leconte. De l'acquisition des servitudes par la prescription. 1876.

<sup>2)</sup> L. 4 § 29 D. 41, 3.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 8, 5; L. 1 § 23 D. 39, 3; L. 5 § 3 D. 43, 19; L. 1, 2 C. 3, 34 L. 12 C. 7, 33.

<sup>4)</sup> L. 7 D. 43, 19; L. 1 § 23 D. 39, 3.

<sup>5)</sup> L. 1 § 10 D. 43, 20.

<sup>6)</sup> L. 12 § 2 D. 7, 4.

<sup>7)</sup> L. 2 § 7; L. 3 § 2 D. 43, 19.

<sup>8)</sup> L. 10 D. 8, 5.

<sup>9)</sup> Cp. L. 10 D. 8, 5; L. 1 § 23 D. 49, 12.

витуты устанавливаются по чрезвычайной давности (*praescriptio extraordinaria*) 30 или 40 лѣтъ<sup>1)</sup>.

Вопросъ о пріобрѣтеніи сервитутовъ по давности въ наукѣ весьма споренъ. Большинство современныхъ ученыхъ допускаетъ такой способъ пріобрѣтенія сервитутовъ (напр., см. *Molitor* cit. p. 425 — 434). Но многие отвергаютъ пріобрѣтательную давность для сервитутовъ (см., напр., *Hedemann.* cit. p. 10—72). И тѣ, и другіе выходятъ главнымъ образомъ изъ толкованія отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ, чѣдь указываетъ на известную неясность и неопределеннность послѣднихъ. Но во всякомъ случаѣ, выраженіе «*servitutes per se longo tempore nunquam capi possunt, cum aedificiis possunt*» (L. 10 § 1 D. 41, 3) нельзя толковать въ смыслѣ того, что недопускалось пріобрѣтеніе сервитутовъ по давности; тутъ ясно говорится лишь то, что сервитуты не пріобрѣтаются безъ самой недвижимости. Въ силу же общей юридической логики едва ли основательно отвергать пріобрѣтательную давность для сервитутовъ, когда она имѣеть мѣсто какъ способъ пріобрѣтенія собственности на самую служащую вещь.

Весьма спорны въ наукѣ и всѣ отдѣльные условия этой давности. См. *Vangerow.* Pand. I § 351 Anm. *Leconte* cit. p. 19, 20.

5) *Законъ, lex.* — Сервитутъ можетъ быть установленъ въ силу законного предписанія. Но это, впрочемъ, относится только къ iususfructus (legalis). Такъ напр., отецъ имѣеть по закону узуфруктъ на bona adventitia своихъ дѣтей<sup>2)</sup>). При расторженіи брака по винѣ, напр., жены, мужъ при дѣтяхъ имѣеть узуфруктъ въ приданномъ жены<sup>3)</sup>). При вступленіи во второй бракъ при дѣтяхъ отъ первого, coniunctis binibus получаетъ узуфруктъ на имущество отъ первого брака<sup>4)</sup>). И т. д.

### Защита сервитутовъ<sup>5)</sup>.

Средства защиты сервитутовъ распадаются на: 1) *remedia petitoria* и 2) *remedia possessoria*.

1) *Remedia petitoria.* — Сервитутамъ, какъ вещнымъ правамъ, противополагается обязанность всѣхъ и каждого уважать соотвѣтственное отправление ихъ лицомъ управомоченнымъ. Поэтому всякое нарушеніе въ отправлениі сервитутовъ даетъ право

<sup>1)</sup> *Molitor* cit. p. 432, 433.

<sup>2)</sup> Cod. 6, 60 de bonis maternis etc.; 6, 61 de bonis, quae liberis etc.

<sup>3)</sup> L. 11 § 1, 2 C. 5, 17, Nov. 117 c. 1, 2.

<sup>4)</sup> L. 3 § 1; L. 5 C. 5, 9; Nov. 22 c. 23—26, 46 § 2.

<sup>5)</sup> Dig. 8, 5 si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur; 7, 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur.

на вещный искъ, vindicatio servitutis, называемый специально actio confessoria.

Определение. Подъ actio confessoria разумѣется тотъ вещный искъ, посредствомъ котораго имѣющій сервитутъ вынуждается всякаго къ признанію его права<sup>1)</sup> (confessio servitutis).

Условія act. conf. — Истцомъ можетъ быть всякое лицо, имѣющее сервитутное право<sup>2)</sup>; при servit. prædiorum имъ будеть каждый собственникъ prædii dominantis<sup>3)</sup>. Если prædium dominans находится на правѣ общей собственности, то каждый участникъ въ ней, въ силу нераздѣльности права, имѣть самостоятельный (in solidum) искъ<sup>4)</sup>. — Отвѣтчикомъ будеть всякое лицо, которое чѣмъ либо нарушило отправление сервитутнаго права или оспаривало его<sup>5)</sup>, а также тотъ, qui liti se obtulit. Смур  
424

Чтобы провести свой искъ, истецъ долженъ доказать свое сервитутное право, т. е., что оно приобрѣто имъ съ соблюденіемъ всѣхъ условій, и если спорный сервитутъ будеть реальный, то истецъ долженъ еще доказать, что онъ собственникъ prædii dominantis. Наконецъ, истецъ долженъ доказать, что отвѣтчикъ нарушилъ его право или что онъ отвѣтственъ въ качествѣ лица, qui liti se obtulit.

Если все это будетъ доказано, то судья признаетъ сервитутное право за истцомъ и приговариваетъ отвѣтчика ad optimam causam<sup>6)</sup>, т. е. къ выдачѣ вещи, если это возможно (qui liti se obt.), и къ вознагражденію всѣхъ убытковъ<sup>7)</sup>). Судья, кромѣ того, можетъ наложить на отвѣтчика cautio de non amplius turbando<sup>8)</sup>. Actio confess. — изъ числа actiones arbitriae.

Вмѣсто actio confess., лицо, претендующее на спокойное отправление сервитутнаго права, могло вчинять еще другой петиторный искъ, actio confessoria Publiciana<sup>9)</sup>, направленный также на признаніе сервитута и ненарушимое его отправление, но доказываніе по этому иску было значительно легче. Такъ, не требовалось доказывать, что установившій сервитутъ былъ дѣй-

<sup>1)</sup> L. 2 pr. D. 8, 5.

<sup>2)</sup> L. 5 pr. D. 7, 6.

<sup>3)</sup> L. 1, 2 § 1; L. 6 § 3 D. 8, 5.

<sup>4)</sup> L. 4 § 3; L. 6 § 4 D. 8, 5; L. 1 § 5 D. 43, 27.

<sup>5)</sup> L. 4 § 5; L. 10 § 1 D. 8, 5; L. 5 § 5, 6 D. 7, 6; L. 60 § 1 D. 7, 1; L. 1 pr. D. 7, 6; L. 1 § 4 D. 43, 25.

<sup>6)</sup> См. Hedemann. Ueber d. Erwerb. u. Schutz. d. Serv. p. 131, 132.

<sup>7)</sup> L. 4 § 2; L. 6 § 6 D. 8, 5; L. 5 C. 3, 34; L. 5 § 3—6 D. 7, 6.

<sup>8)</sup> L. 7 D. 8, 5.

<sup>9)</sup> L. 11 § 1 D. 6, 2.

ствительнымъ собственникомъ prædii servientis: достаточно если будетъ доказано, что спорный сервитутъ приобрѣтенъ justo titulo отъ лица, находившагося въ possesio ad usucaptionem служащимъ участкомъ<sup>1)</sup>). Точно также не требуется, чтобы истецъ доказалъ свое право собственности на prædium dominans: достаточно если онъ будетъ по немъ въ possessio ex justo titulo.

Въ наукѣ разногласіе по вопросу, зависитъ ли право на предъявленіе actio Publiciana отъ добросовѣтности или недобросовѣтности лица, отчудившаго prædium dominans (см. Schönenmann cit. p. 189). Какъ было указано въ учениіи о собственности, отъ защиты которой заимствовано это средство и для охраны сервитутовъ, единственная основа Публиціанова иска въ justa causa владѣнія, т. е. все вниманіе обращено на добросовѣтность владѣльца-приобрѣтателя, а не на добросовѣтность отчудившаго (см. L. 7 § 15 D. 6, 2).

Но во всякомъ случаѣ, истецъ по actio confess. Public. съ успѣхомъ проводить свой искъ только противъ того отвѣтчика, который владѣетъ служащимъ участкомъ sine titulo или mala fide.

Какъ actione confess. проводится признаніе сервитутнаго права, такъ, наоборотъ, actione negatoria s. negativa собственникъ проводить притязаніе на свободу своей собственности отъ всякого вещнаго права постороннихъ лицъ и ограниченій<sup>2)</sup>). Послѣдній искъ вытекаетъ не изъ сервитутнаго права, а изъ собственности. Сервитутъ въ большинствѣ случаевъ служитъ только поводомъ къ этому иску, а не его основаніемъ<sup>3)</sup>). Онъ основанъ на доказательствѣ права собственности, что можетъ быть замѣнено доказательствами достаточными для проведения Публиціанова иска. Итакъ, кромѣ actio negatoria, собственникъ можетъ защищаться противъ притязаній на отправленіе сервитутовъ по его имуществу еще actione Publiciana negatoria<sup>4)</sup>.

2) Remedia possessoria, т. е. судебныя средства, которыми защищается фактическое отправленіе сервитутовъ. Не всѣ сервитуты сопровождаются такія средства защиты (при нѣкоторыхъ только serv. præd. urban.<sup>5)</sup>), какъ-то interd. de cloacis<sup>6)</sup>,

<sup>1)</sup> См. Arndts. Pand. § 191 Anm. 2.

<sup>2)</sup> L. 2 pr.; L. 8 § 5 D. 8, 5; L. 5 pr. D. 7, 6; L. 3 § 8 D. 43, 21; L. 1 § 4 D. 43, 25 и т. д. См. Voigt. Servitutenklag. § 12.

<sup>3)</sup> См. Molitor. cit. p. 490; Vangerow Pand. I § 353 Anm. 1. Срв. Ofner. D. Servitutenbegriff p. 32—34.

<sup>4)</sup> См. Vangerow. Pand. I § 354.

<sup>5)</sup> См. Baron. Pandekt. § 175 p. 267.

<sup>6)</sup> D. 43, 23 de cloacis.

для другихъ же или примѣняются по аналогії общіе владѣй-  
ные интердикты (*interd. uti possidetis, de vi, de precario*<sup>1</sup>),  
какъ въ особенности для *serv. personarum*, а также для мно-  
гихъ городскихъ сервитутовъ; или, какъ при *serv. praediorum*  
*rusticorum*, преторскій эдиктъ создавалъ для каждого серви-  
тута особый специальный интердиктъ, причемъ на болѣе позд-  
ніе виды этихъ сервитутовъ распространялъ по аналогії интер-  
дикты, созданные имъ въ прежнее время<sup>2</sup>).

Изъ числа этихъ интердиктовъ упомянемъ:

Интердиктъ по отправленію права прохода, *interdictum de itinere actuque privato*<sup>3</sup>), принадлежитъ тому, кто отправлялъ право прохода не менѣе 30 дней за послѣдній годъ до предъявле-  
нія иска *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* и затѣмъ  
въ этомъ отправленіи права былъ нарушенъ другимъ<sup>4</sup>).

Интердикты по отправленію права пользованія водою<sup>5</sup>),  
2) *interdictum de aqua*, на который имѣеть право лицо, восполь-  
зовавшееся водопроводомъ по крайней мѣрѣ одинъ разъ (при  
*aqua quotidiana*—разъ въ послѣднемъ году<sup>6</sup>); при *aqua aestiva*  
и *hiberna*—разъ въ лѣтнее или зимнее время<sup>7</sup>) и притомъ *nec vi, nec clam, nec percario ab adversario* и *bona fide*<sup>8</sup>). *Interdic-  
tum de rivis reficiendis*<sup>9</sup>), охраняющій починку водопроводовъ.  
*Interdictum de fonte* и *de fonte reficiendo*, направленный на  
защиту отправленія права черпать воду<sup>10</sup>), подлежитъ общимъ  
съ предыдущимъ интердиктомъ правиламъ. Противъ препят-  
ствія очищать и поправлять сточные каналы предоставлялся  
особый интердиктъ о клоакахъ<sup>11</sup>), противъ котораго не имѣло  
силы возраженіе противной стороны о *vitium possessionis*.

<sup>1)</sup> L. 3 § 6, 4 D. 43, 17; L. 3 §§ 13—17; L. 9 § 1; L. 10 D. 43, 16; L. 60  
pr. D. 7, 1; L. 27 D. 39, 5. Vat. fr. §§ 90, 91.

<sup>2)</sup> См. *Voigt. Servit. u. Servituten-Klagen* p. 5—10.

<sup>3)</sup> Dig. 43, 19 de *itinere actuque privato*.

<sup>4)</sup> L. 1 pr. §§ 2, 12; L. 3 § 2 D. 43, 19; cp. *Vangerow. Pandekt.* I. § 355  
Anm. 1.

<sup>5)</sup> Dig. 43, 20 de *aqua quotidiana et aestiva*.

<sup>6)</sup> L. 1 §§ 4, 22 D. 43, 20.

<sup>7)</sup> L. 1 §§ 3, 29—37; L. 6 D. 43, 20.

<sup>8)</sup> L. 1 pr. §§ 10, 19, 20 D. 43, 20.

<sup>9)</sup> Dig. 43, 21 de *rivis*.

<sup>10)</sup> Dig. 43, 22 de *fonte*.

<sup>11)</sup> Dig. 43, 23 de *cloacis*.

## Прекращение сервитутов<sup>1)</sup>.

Сервитуты прекращаются:

а) Съ исчезновением субъекта сервитутного права. Такъ, личные сервитуты прекращаются со смертью управомоченного лица. Такое же послѣдствіе имѣеть и *capitis deminutio maxima* и *media*<sup>2)</sup> (въ классическомъ періодѣ и с. д. *minima*), но только не для habitatio и operae servorum<sup>3)</sup> (см. выше). Для прекращенія личныхъ сервитутовъ, установленныхъ въ пользу юридического лица, котораго существованіе (напр., муниципій) можетъ продолжиться весьма долго, вслѣдствіе чего право собственности будетъ ограничено на весьма продолжительное время — римляне установили крайній срокъ отправленію такихъ сервитутовъ 100 лѣтъ, по истеченіи которыхъ сервитуты прекращаются *ipso jure*<sup>4)</sup>. Предіальные сервитуты прекращаются съ уничтоженіемъ *praedii dominantis*; такъ *serv. urban.* прекратятся, напр., если зданіе разрушится, *serv. rustic.* — если участокъ будетъ застроенъ зданіемъ. Но въ этихъ случаяхъ сервитуты возстановляются съ полнымъ возстановленіемъ недвижимостей въ прежнемъ состояніи, если только въ этотъ промежутокъ времени сервитуты не прекратились отъ *non usus*.

б) Подобно всѣмъ вещнымъ правамъ, сервитуты прекращаются съ уничтоженіемъ ихъ объекта, т. е. служащей вещи<sup>5)</sup>, или съ обращеніемъ ея въ категорію *res extra commercium*<sup>6)</sup>, или если она будетъ продана казною, императоромъ и его супругой, какъ свободная отъ сервитута. Сервитуты на дикихъ животныхъ прекращаются съ приобрѣтеніемъ ими свободы. *Ususfructus* и *usus* прекращаются уже съ существеннымъ измѣненіемъ служащей вещи<sup>7)</sup>, напр., если отданый въ пользованіе лугъ будетъ вспаханъ и т. п. Съ возстановленіемъ *praedii servientis* (напр., дома), прекратившійся сервитутъ не возстановляется<sup>8)</sup>, а будетъ совсѣмъ новымъ.

<sup>1)</sup> Dig. 8, 6 quemadmodum servitute amittuntur. Dig. 7, 4 quibus modis *ususfructus* vel *usus* amittitur.

<sup>2)</sup> § 3 I. 2, 4; L. 16 § 3 C. 3, 3.

<sup>3)</sup> L. 10 D. 4, 5; L. 1, 2 D. 7, 7.

<sup>4)</sup> L. 56 D. 7, 1; L. 8 D. 33, 2; L. 12 D. 8, 1,

<sup>5)</sup> L. 23, 24 D. 7, 4.

<sup>6)</sup> L. 17 pr. D. 7, 1.

<sup>7)</sup> L. 5 § 2; L. 12 D. 7, 4; L. 36, 71 D. 7, 1.

<sup>8)</sup> Paulus 3, 6, 31.

7) в) *Confusio* (для личныхъ сервитутовъ *consolidatio*<sup>1)</sup>), какъ способъ прекращенія сервитутовъ, состоить въ томъ, что сервитутное право и собственность надъ служащею вещью соединяются (напр., по наслѣдству) въ одномъ лицѣ<sup>2)</sup>). Тутъ имѣемъ лишь приложеніе начала: *res sua nemini servit*. Если позднѣе эти права снова раздѣлятся, то сервитутъ не возстановляется.

442  
4) г) *Repungitatio* со стороны управомоченнаго сервитутомъ. Въ прежнее время для такого отказа требовалось примѣненіе строгихъ формъ *remancipatio, recessio in jure*<sup>3)</sup>). Но въ юстиніановъмъ правѣ *cedere* или *concedere*<sup>4)</sup> могло совершаться въ любой формѣ; обѣ отказѣ можно было заключать даже отъ другихъ дѣйствій, напр., когда узуфруктуарій разрѣшаетъ продажу служащаго участка безъ оговорки его права<sup>5)</sup>), когда управомоченный сервитутомъ разрѣшаетъ произвести на служащей вещи такія перемѣны, которыя дѣлали невозможнымъ дальнѣйшее отправленіе его права<sup>6)</sup>). Если отказъ совершился по *negotium inter vivos*, то обязательное для управомоченнаго дѣйствіе отказа наступаетъ лишь съ акцентомъ его другой стороной; поэтому по простой derelictio сервитуты не прекращаются<sup>7)</sup>. При *serv. praediorum* требуется согласное волеизъявленіе всѣхъ собственниковъ какъ *praedii dominantis*, такъ и *praedii servientis*<sup>8)</sup>.

5) д) Выполненіе резолютивнаго условія, наступленіе конечнаго срока (*dies ad quem*), на который былъ установленъ сервитутъ. Въ этихъ случаяхъ личные сервитуты прекращаются ipso jure<sup>9)</sup>, а вещные—ore exceptionis (doli или pacti<sup>10)</sup>.

6) е) Примѣненіе начала *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*, когда сервитутъ устанавливается т. наз. эмфитевтой и суперфиціарiemъ и ихъ права прекращаются (см. ниже).

ж) Давностъ.—*Non utendo servitus amittitur*<sup>11)</sup>, сервитутъ прекращается отъ неотправленія тѣхъ дѣйствій, на которыхъ онъ

<sup>1)</sup> § 3 I. 2, 4; L. 78 § 2 D. 23, 3.

<sup>2)</sup> L. 1 D. 8, 6; L. 8 § 1 D. 8, 1; L. 9 D. 8, 4.

<sup>3)</sup> Gajus 2, 30.

<sup>4)</sup> § 3 I. 3, 4; L. 14 § 1 D. 8, 1.

<sup>5)</sup> L. 4 § 12 D. 44, 4.

<sup>6)</sup> L. 8 pr. D. 8, 6.

<sup>7)</sup> См. Arndts. Pand. § 193 Anm. 2.

<sup>8)</sup> L. 34 pr. D. 8, 3.

<sup>9)</sup> L. 15 D. 7, 4; L. 5 C. 3, 33.

<sup>10)</sup> L. 4 D. 8, 1.

<sup>11)</sup> Paulus 3, 6 § 30.

уполномочиваетъ. Но одного non usus бываетъ не для всѣхъ сервитутовъ достаточно, чтобы погасить ихъ. Тутъ слѣдуетъ различать, съ одной стороны, ususfructus, usus и такіе serv. prædiorum, которые уполномочиваютъ къ отдѣльнымъ періодическимъ дѣйствіямъ (напр., проходу), а съ другой — тѣ servit. prædiorum, которые даютъ право на продолжительное (положительное или отрицательное) состояніе prædii dominantis или servientis (напр., servitus altius non tollendi, altius tollendi). Первые погашаются простымъ non usus въ продолженіе давностнаго срока; вторые требуютъ, кромѣ того, usucapio libertatis со стороны хозяина rei servientis<sup>1)</sup>, напр., serv. altius non tollendi погашается лишь тогда, когда хозяинъ præd. servientis дозволилъ себѣ altius tollere, а хозяинъ præd. dominantis не протестовалъ противъ этого въ продолженіе давностнаго срока. — Давностный срокъ въ древнемъ римскомъ правѣ былъ 1 годъ для сервитутовъ на движимыя вещи и 2 года для сервитутовъ на недвижимыя<sup>2)</sup>. По Юстиніанову праву, всѣ сервитуты прекращались отъ non usus въ продолженіе 10 лѣтъ inter præsentes и 20-ти — inter absentes<sup>3)</sup>. Если по акту установлениія сервитута, отправленіе его возможно только въ періоды не короче мѣсяца, то срокъ давности всегда 20 лѣтъ<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 4 § 29 D. 41, 3; L. 6, 7; L. 32 § 1 D. 8, 2; L. 18 § 2 D. 8, 6.

<sup>2)</sup> Paulus 1, 17; 3, 6 § 30.

<sup>3)</sup> L. 16 pr. § 1 C. 3, 33 и L. 18 C. 3, 34.

<sup>4)</sup> L. 7 D. 8, 6; L. 14 C. 3, 34.

## EMPHYTEUSIS И SUPERFICIES.

Въ числѣ правъ на чужую вещь въ Римѣ известны были такие два института, которые по обширности правъ на вещь весьма приближались къ собственности: это 1) *emphyteusis* и 2) *superficies*. И то, и другое право предоставляло искъ аналогичный иску о собственности, *rei vindicatio utilis*, что вмѣстѣ съ обширностью устанавливаемаго ими господства надъ вещью давало поводъ уже со временъ гlosсаторовъ называть ихъ dominium utile, въ отличіе отъ дѣйствительной собственности, dominium directum. Но въ сущности название это невѣрно, ибо *emphyteusis* и *superficies* всегда были лишь правами на чужую вещь, какъ бы обширны эти права ни были<sup>1)</sup>), и сами источники во многихъ мѣстахъ говорятъ, что лица, обладающія этими правами, не domini<sup>2)</sup>.

Уже Күццій и Донелль оспаривали этотъ взглядъ, доказывая, что онъ не имѣть основанія ни въ положительномъ римскомъ правѣ, ни можетъ быть выведенъ принципіально. См. *Laurent. Principes de droit civil t. VIII n<sup>o</sup> 342—344.*

Отъ сервитутовъ эти *jura in re aliena* отличаются тѣмъ, что они не связаны съ опредѣленнымъ лицомъ или *praedium*, но подлежать отчужденію и наслѣдованію<sup>3)</sup>; кромѣ того, и по содержанію они настолько обширнѣе сервитутовъ, что въ известной мѣрѣ допускаютъ распоряженіе самою субстанціею вещи, какъ бы вовсе устраниютъ право собственности, тогда

<sup>1)</sup> См. *Vangerow Pand. § 359 Anm.*

<sup>2)</sup> L. 1 § 1 D. 6, 3; L. 71 § 5, 6 D. 30.

<sup>3)</sup> См. *Vangerow. Pand. I § 338 p. 687.*

какъ при сервитутахъ никогда не потемняется представление объ этомъ высшемъ правѣ на вещь<sup>1)</sup>). Разсмотримъ каждое изъ этихъ правъ въ отдельности.

## EMPHYTEUSIS.

*Tours 197 comp*

*Источники:* Dig. 6, 3 si ager vectigalis, id est emphyteuticus petatur.—Cod. 4, 66 de jure emphyteutico; 11, 61 de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus.

*Пособія:* Arndts въ Rechtslexicon v. Weiske III p. 849—884 и въ Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess N. F. III p. 245 слѣд. и р. 367 слѣд. (Gesammelte civil. Schriften B. I. p. 210—317; Lefort. Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée. 1875 p. 67—91. Garsonnet. Histoire des locations perpétuelles 1879 p. 106, 133, 147; Siragusa. L'enfiteusi 1884.

*Исторія.*—Уже во времена республики муниципії, коллегіи жрецовъ и другія корпораціи отдавали въ наймы свои земли частнымъ лицамъ на долгіе сроки (на 100 лѣтъ) или и навсегда. Плата наемная называлась vectigal<sup>2</sup>), а сами земли—agri vectigales<sup>3</sup>). Какъ несобственникъ, наемщикъ не могъ самъ защищать нанятой земли отъ всякихъ нарушеній третьихъ лицъ, а долженъ быть всякий разъ прибѣгать къ посредничеству хозяина, чтò и при возможной отдаленности земель и при неподвижности юридическихъ лицъ было часто весьма неудобно. И вотъ, по всей вѣроятности, въ преторскомъ эдиктѣ, ему предоставляется на защиту земли actio in rem, vectigalis actio<sup>4</sup>) и такимъ образомъ его право получило характеръ вещный, права на чужую вещь<sup>5</sup>).

Съ третьаго вѣка по Р. Х., императоры уступаютъ частнымъ лицамъ въ постоянное пользованіе провинциальныя пустопорожнія земли съ цѣлью ихъ обработки. Земли такія называ-

<sup>1)</sup> Windscheid. Pand. 1 § 200 и Ann. 3.

<sup>2)</sup> Gajus 3 § 145.

<sup>3)</sup> L. 1 pr. D. 6, 3.

<sup>4)</sup> L. 15 § 26 D. 39, 2.

<sup>5)</sup> L. 1 § 1 D. 6, 3.

*Emphyt — несобственникъ земли vectigali съ обработкой*

nie agri emphyteuticarii (отъ ἐμφυτεύειν, обрабатывать). Примѣру императоровъ послѣдовали другія лица. Въ общемъ emphyteusis былъ отношеніемъ, схожимъ съ отношеніемъ по ager vectigalis. Онъ также устанавливалъ вещное право на чужое имущество<sup>1)</sup>. Нѣкоторыя особы узаконенія по нему были распространены затѣмъ на agri vectigales, и такимъ образомъ въ юстиніановомъ правѣ ager vectigalis былъ уравненъ съ ager emphyteuticarius<sup>2)</sup>. Въ наукѣ принято именовать данный институтъ отъ послѣдняго эмфитеувисомъ.

Среди римскихъ юристовъ долго существовалъ споръ объ юридической конструкціи правоотношенія по эмфитеувису. Одни видѣли въ немъ имущественный наемъ, другіе — куплю-продажу (Gaj. 3, 1, 45). Императоръ Зенона рѣшилъ споръ, объявивъ, что право эмфитеутическое propria naturam habet (§ 3 J. 3, 24; L. 1 C. 4, 66; но ср. L. 7 C. 4, 51).

*Понятіе.* — Emphyteusis есть вещное, наследственное и отчуждаемое право на чужой поземельный участокъ (по исключению, быть можетъ, и на praedium urbanum, зданія<sup>3)</sup>), съ обязанностью не запускать его обработку и производить собственному определенную уплату, canon. Управомоченное лицо называется emphyteuta или emphyteuticarius, собственникъ — dominus emphyteuseos.

*Права эмфитеуты.* — Эмфитеувисъ есть право на чужой участокъ и поэтому не распространяется на кладъ, thesaurus, находящійся въ данной землѣ. Эмфитеута ничѣмъ не отличается въ этомъ отношеніи отъ всякаго другого нашедшаго кладъ<sup>4)</sup>. — Эмфитеувисъ — право/наследственное, т. е. подлежитъ наследственной (по закону, или завѣщанію) преемственности. Но стороны могутъ и ограничить эмф. определеннымъ срокомъ<sup>5)</sup>, и тогда требуется ясно выраженное намѣреніе считать данное отношеніе за эмфит., а не за имущественный наемъ. — Эмфитеувисъ — право/отчуждаемое<sup>6)</sup>, т. е. подлежитъ отчужденію по negotia inter vivos и притомъ не только quo ad exercitium, но и quo ad jus.; однако въ этомъ правѣ отчужденія эмфитеута стѣснены нѣкоторыми условіями. При всякомъ отчужденіи своего права

<sup>1)</sup> L. 3 § 4 D. 27, 9; L. 13 C. 5, 71.

<sup>2)</sup> См. Rubr. Dig. 6, 3.

<sup>3)</sup> Nov. 7 cap. 3; Nov. 120 cap. 1 § 2. См. Arndts. Civilist. Schriften I p. 214, 215.

<sup>4)</sup> Arg. L. 1 D. 43, 9.

<sup>5)</sup> L. 3 D. 6, 3.

<sup>6)</sup> § 3 J. 3, 24; Cod. 11, 61; L. 3 § 2 D. 27, 9.

онъ обязанъ извѣстить собственника (Denuntiatio domini), который могъ отказать въ своемъ согласіи на отчужденіе опредѣленному лицу по уважительнымъ причинамъ, а кромѣ того, въ случаѣ возмезднаго отчужденія, могъ въ продолженіе двухъ мѣсяцевъ выкупить это право, предложивъ эмфитеутъ выставленныя имъ условія (jus protimiseos). Въ случаѣ согласія собственника на отчужденіе (согласіе это давалось или письменно, или заявленіемъ, внесенными въ судебный протоколь), онъ получалъ право на т. наз. laudemium, плату за признаніе его собственности, состоящую изъ 2% (quinquagesima pars) покупной суммы или оцѣночной суммы эмфитеузса при другихъ отчужденіяхъ его<sup>1)</sup>.—Эмфитеузъ устанавливаль самое полное пользованіе вещью вмѣстѣ съ ея accessiones<sup>2)</sup>. Эмфитеута, подобно собственнику, пріобрѣталъ естественные плоды путемъ простой separatio<sup>3)</sup>. Онъ могъ предпринимать на участкѣ всякия измѣненія съ тѣмъ только, чтобы не привести его въ худшее положеніе<sup>4)</sup>. Но съ другой стороны, эмфитеута не могъ требовать по окончаніи своего права вознагражденія за всѣ улучшенія (meliorationes), произведенныя имъ на чужомъ участкѣ<sup>5)</sup>. Въ послѣднемъ выражалось первоначальное назначеніе этого института—поднять культуру земель.

Весьма спорный вопросъ о томъ, получаетъ ли эмфитеута на основаніи своего права только *juris quasi possesio*, или юридическое владѣніе и самимъ участкомъ, *cognitis possessio*,—подлежитъ разсмотрѣнію въ ученіи о владѣніи и особенно о т. наз. производномъ владѣніи. Постановку вопроса см. у *Arndts. Civilist. Schrift.* B. I р. 219—223.

Обязанности эмфитеуты.—Эмфитеута прежде всего обязывается содержать участокъ въ хорошемъ состояніи, обрабатывая его и производя необходимыя исправленія; онъ-же несетъ и всѣ налоги<sup>6)</sup>.—Эмфитеута обязывается вносить своевременно собственнику точно опредѣленную плату, называемую canon, pensio, vectigal. Онъ не могъ требовать сбавки съ этой платы<sup>7)</sup> ни по причинѣ неурожая, ни въ другихъ какихъ либо случаяхъ<sup>8)</sup>. Неуплата канона въ теченіе трехъ лѣтъ, а по

<sup>1)</sup> L. 3 C. 4, 66.

<sup>2)</sup> § 3 J. 3, 24; L. 1 § 1 D. 6, 3.

<sup>3)</sup> L. 25 § 1 D. 22, 1.

<sup>4)</sup> Nov. 7 cap. 3 § 2; Nov. 120 c. 6.

<sup>5)</sup> L. 2, 3 C. 4, 66.

<sup>6)</sup> L. 2 C. 4, 66; Nov. 7 cap. 3 § 2; Nov. 120 c. 8.

<sup>7)</sup> См. *Vangerow. Pand.* I § 359 Ann.

<sup>8)</sup> L. 1 C. 4, 66; § 3 J. 3, 24; но ср. L. 15 § 4 D. 19, 2.

церковнымъ землямъ—въ теченіе двухъ лѣтъ, вела за собою прекращеніе эмфитеузыса ео ipso<sup>1)</sup>.

*Установленіе эмфитеузыса.*—Эмфитеузысъ устанавливается обыкновенно путемъ договора съ собственникомъ. Договоръ такой носитъ название *contractus emphyteuseos* или *emphyteuticus* и устанавливается, кромѣ обязательственнаго отношенія между сторонами, прямо вещное право.

Многіе, особенно въ прежнее время, полагали, что для установлѣнія вещнаго права, кромѣ договора эмфит., требовалась еще передача участка. Но источники прямо говорятъ, что *locatio in regrestitum* устанавливаетъ тотчасъ же вещный искъ, а слѣдовательно и вещное право (L. 1 § 1 D. 6, 3), поэтому основательно отвергаютъ (*Arndts Civ. Schr. B. 1 p. 231*) *traditio*, какъ необходимое условіе для установлѣнія по эмф. вещнаго отношенія.

Для дѣйствительности этого договора не требовалось особой какой либо формы<sup>2)</sup>; требовалась письменная форма и подпись только въ тѣхъ случаяхъ, когда церковь устанавливала эмфитетическое право на своемъ участкѣ или когда стороны желали что либо измѣнить въ *naturalia* этого отношенія<sup>3)</sup>.—Эмф. можетъ быть установленъ еще путемъ *adjudicatio*, судебнаго рѣшенія, затѣмъ по легату<sup>4)</sup> собственника и, наконецъ, по 30-ти или 40 лѣтней давности<sup>5)</sup>. Въ послѣднемъ случаѣ эмфитеузысъ можетъ быть приобрѣтенъ или отъ собственника, или отъ эмфитеевты.

Относительно приобрѣтенія эмфит. по давности въ наукѣ большое разногласіе (см. *Vangerow. Pand. I § 360 Anm.*). Источники прямо не рѣшаютъ вопроса, но нѣтъ основанія, по общему смыслу римскаго права, исключать при эмфит. этотъ способъ приобрѣтенія, когда онъ примѣнимъ къ собственности и сервитутамъ (*Windscheid. Pandekt. I § 221*).

Отъ установлѣнія эмфит. слѣдуетъ отличать приобрѣтеніе уже существующаго права, какъ-то: по наслѣдству, отчужденію или судебному приговору<sup>6)</sup>.

*Зашита эмфитеузыса.*—Въ защиту своего права эмфитеута имѣлъ прежде всего такъ наз. *actio vectigalis* противъ всякаго, въ томъ числѣ и самаго собственника, и направленный на

<sup>1)</sup> L. 2 C. 4, 66; Nov. 7 c. 3 § 2; Nov. 120 c. 8.

<sup>2)</sup> *Windscheid Pand. I § 221; Wächter. Pand. II p. 271. Cp. Arndts. Civil. Schriften B. 1 p. 231—238.*

<sup>3)</sup> Nov. 120 cap. 6 § 2; L. 1. C. 4, 66.

<sup>4)</sup> См. *Arndts* въ *Civ. Schr. I p. 233, 234.*

<sup>5)</sup> Arg. L. 12 in f. C. 7, 33; L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>6)</sup> L. 7 pr. D. 10, 3; L. 10 D. 10, 2; L. 15 § 26 D. 39, 2.

допущеніе къ отправленію своего права пользованія участкомъ<sup>1)</sup>. Кромъ того, онъ имѣлъ всѣ иски, принадлежащіе собственнику, но только utiliter, какъ-то: actio negatoria, actio confessoria<sup>2)</sup>, publiciana in rem actio<sup>3)</sup>; наконецъ, онъ могъ защищать самое владѣніе даннымъ участкомъ интердиктами<sup>4)</sup>.

Личныя отношенія между контрагентами, какъ напр., по уплатѣ канона, осуществлялись личнымъ искомъ, называемымъ теперь emphyteuticaria (in personam) actio, который вытекалъ изъ эмфит. договора.

*Прекращеніе эмфитеузыса.*—Кромъ общихъ способовъ прекращенія вещныхъ правъ и правъ на чужую вещь въ особенности, какъ-то полное уничтоженіе вещи (напр., зданія) и confusio или consolidatio,—эмфитеузъ прекращается:

а) Съ наступленіемъ резолютивнаго условія или срока (90, 100 лѣтъ), если таковыя сопровождали его установление.

б) Съ отказомъ, renuntiatio, эмфитеуты отъ своего права, но не иначе, какъ съ согласіемъ собственника, если отказъ этотъ совершается между живыми еще лицами.

Нѣкоторые учены (напр., *Arndts* въ *Rechtslex.* p. 878) не считаютъ необходимымъ акцентъ собственника, но на это вполнѣ правильно возражаютъ (напр., *Windscheid. Pand. I § 222 Ann. 3*), что разъ въ источникахъ не имѣется доказательствъ въ подтвержденіе такого мнѣнія, то самый общий смыслъ эмфитеузыса — поднять обработку земли и обязанность уплаты канона — не даетъ права односторонне разрывать данное правоотношеніе.

в) Со смертью эмфитеуты, когда онъ не оставляетъ никакихъ наследниковъ.

г) По давности, но для этого требуется со стороны противника ius capio libertatis; простое non usus не ведетъ къ прекращенію эмфитеузыса, если только выполняются всѣ существенные обязанности по нему.

Давность, какъ способъ прекращенія эмфитеузыса, весьма спорна въ наукѣ (см. *Vangerow. Pand. I § 361*).

д) Эмфитеута можетъ быть лишенъ своего права, т. наз. privatio emphyteuseos, когда онъ приведетъ участокъ въ худшее положеніе<sup>5)</sup>, не уплачиваетъ 3 или 2 года канонъ (см. выше), три года не вносить податей<sup>6)</sup> по участку и не выпол-

<sup>1)</sup> L. 1 § 1; L. 2 D. 6, 3; L. 15 § 26 D. 39, 2; L. 66 pr. D. 21, 2.

<sup>2)</sup> L. 16 D. 8, 1.

<sup>3)</sup> L. 12 § 2 D. 6, 2.

<sup>4)</sup> Arg. L. 3 § 13—17; L. 9 § 1 D. 43, 16; L. 4 D. 43, 17.

<sup>5)</sup> Nov. 120 c. 8.

<sup>6)</sup> L. 2 C. 4, 66; Nov. 7 c. 7 § 2.

няеть предписанныхъ закономъ условій при отчужденіи своего права<sup>1</sup>).

Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ собственникъ можетъ требовать объявленія о прекращеніи эмфитеузыса съ момента наступленія основанія къ *privatio*<sup>2</sup>); если же онъ не пользуется этимъ правомъ, то эмфитеузъ остается въ прежней силѣ.

## SUPERFICIES.

*Источники:* Dig. 43, 18 de superficiebus.

*Пособія:* Wächter. Das Superficiarrecht oder Platzrecht ed. 1868; Degenkolb. Platzrecht und Mieth. 1867. Garsonnet. Histoire des locations perpétuelles 1879 p. 109—112.

*Исторія*<sup>3</sup>). — Уже во времена республики муниципії, съ цѣлью поощрить постройки, уступали навсегда или по крайней мѣрѣ на долгое время клочки муниципальной земли съ обязанностью возвести на нихъ зданія. Частныя лица послѣдовали примѣру муниципії. По уступкѣ этой устанавливалось право на поверхность земли—superficies, откуда и самое название права. Преторъ, предоставивъ для защиты его вещный искъ, аналогичный иску о собственности, далъ ему вещный характеръ. Современемъ суперфиціарное право было распространено на зданія (право надстроить на чужомъ зданіи этажъ) и, наконецъ, на плантаціи (право развести плантацію).

*Понятіе.* — Подъ суперфиціемъ разумѣется вещное отчуждаемое и наследственное право на вещи, связанныя съ чужою поверхностью (землею или зданіемъ), право, предоставляющее пользование и распоряженіе, подобно собственнику. Лицо, получающее такое право, принято называть *superficiarius*.

*Права суперфициарія.* Суперфицій въ отличіе отъ имущественного найма, есть вещное право<sup>4</sup>); какъ право на чужую вещь, онъ всегда предполагаетъ чужую собственность на предметъ этого права<sup>5</sup>) (строенія и плантаціи). Этую собственность будетъ имѣть собственникъ участка на томъ основаніи, что superficies

<sup>1</sup>) L. 3 c. 5, 66.

<sup>2</sup>) L. 2, 3 c. 4, 66; Nov. 7 c. 3 § 2; Nov. 120 c. 8.

<sup>3</sup>) Rudorff. Beitrag zur Geschichte der Superficies въ Gesch. Zeitschr. XI p. 219 и слѣд. Garsonnet cit. p. 110—112.

<sup>4</sup>) L. 86 § 4 D. 30; L. 19 pr. D. 39, 2.

<sup>5</sup>) L. 2. D. 43, 18.

sine praedio esse non potest и поэтому, какъ accessoria, принадлежить собственнику земли<sup>1)</sup>.—Суперфиціарію принадлежить только право свободного пользованія вещью настолько, что если ему не будут поставлены ограничения, то онъ можетъ свободно располагать даже самою субстанціею вещи.—Свое право супер. можетъ отчуждать<sup>2)</sup>, причемъ, какъ и эмфитеута, онъ обязанъ сдѣлать хозяину объявление, но этотъ не имѣть ни права на laudemium, ни jus protimiseos. Тѣмъ болѣе суперф. имѣть право устанавливать сервитуты<sup>3)</sup>, закладывать свое право<sup>4)</sup>.—Кромѣ того, право суп., какъ и право эмф., подлежитъ наслѣдованію<sup>5)</sup>, хотя при установлениі его могъ быть оговоренъ конечный срокъ<sup>6)</sup>.—Суперф. не обязывается даже содержать вещь въ хорошемъ состояніи<sup>7)</sup>.

Обязанности суперфиціарія выражаются въ несении податей по суперфицію и въ периодичной уплатѣ собственнику определенной суммы, solarium<sup>8)</sup>, pensio<sup>9)</sup>. Впрочемъ, послѣднее не считается за существенное условіе суперфиції.

Устанавливается суперфиціарное право: а) по договору<sup>10)</sup>, сопровождаемому традиціей. Договоръ этотъ можетъ быть куплею (или мѣною) или наймомъ<sup>11)</sup>. Первое имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда данное право уступается за единожды уплачиваемую цѣну; второе—при периодическихъ уплатахъ solarium<sup>12)</sup>. Можетъ суперфиций устанавливаться и по безвозмездной сдѣлкѣ, напр., по даренію. Затѣмъ, суперфиций предоставляется б) по отказу, а в) что касается давности, то въ наукѣ спорно, примѣнять ли этотъ способъ къ установлению суперфиції или нѣть<sup>13)</sup>. Источники не говорятъ ничего, но нѣть никакихъ оснований не допускать давности при суперф., какъ она допускается при сервитутахъ<sup>14)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср. *Garsonnet* cit p. 110.

<sup>2)</sup> L. 1 § 7 D. 43, 18.

<sup>3)</sup> L. 1 § 9 D. 43, 18.

<sup>4)</sup> L. 16 § 2 D. 13, 7; L. 13 § 3 D. 20, 1; L. 15 D. 20, 4.

<sup>5)</sup> L. 10 D. 10, 2; L. 86 § 4 D. 30.

<sup>6)</sup> L. 1 § 3 D. 43, 18.

<sup>7)</sup> См. *Wächter* cit. § 4, 5, 13.

<sup>8)</sup> L. 2 § 17 D. 43, 8; L. 15 D. 20 4.

<sup>9)</sup> L. 74 D. 6, 1.

<sup>10)</sup> L. 1 pr § 3; L. 2 D. 43, 18; L. 18 § 4 D. 39, 2; L. 3 § 7 D. 43, 17; L. 2 § 17 D. 43, 8.

<sup>11)</sup> L. 1 § 1 D. 43, 18. См. *Degenkolb* cit p. 35 и слѣд.

<sup>12)</sup> Ср. *Garsonnet* cit p. 109 п. 2.

<sup>13)</sup> См. L. 12 § 3 D. 6, 2; ср. L. 26 D. 41, 3.

<sup>14)</sup> См. *Wächter* cit. § 11.

*Захист суперфіція.*—Суперфіцарій имъеть прежде всего всѣ иски собственника<sup>1)</sup> (rei vindicatio, negotoria, confessoria, publiciana in rem actio), но только utiliter<sup>2)</sup>, а нарушение его quasi possessio даетъ право на особый интердиктъ, interdictum de superficiebus<sup>3)</sup>, который будеть однимъ изъ видовъ interdicta uti possidetis. При полномъ лишениі quasi possessio, онъ можетъ прибѣгать къ interd. de vi.

*Прекращеніе* суперфіція происходитъ тѣми-же способами, какъ и при эмфитеувисѣ.

КОНЕЦЪ ПЕРВАГО ТОМА.

<sup>1)</sup> L. 3 § 3 D. 39, 1; L. 13 § 8; L. 39 § 1 D. 39, 2; L. 11 § 14 D. 43, 24.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. §§ 1, 3, 6 D. 43, 18; L. 73 § 1; L. 74; L. 75 D. 6, 1; L. 12 § 3 D. 6, 2.

<sup>3)</sup> L. 1 pr. §§ 1, 3 D. 43, 18.

# ОГЛАВЛЕНИЕ.

Введение . . . . . стр. 1—56

Источники римского права.—Пособие при изучении римского права.—Значение римского права.—Содержание курса.—Общее понятие права.—Понятие гражданского права.—Предмет и система гражданского права.

## ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

I. Субъектъ права . . . . . стр. 57—125

Общее понятие о субъектѣ правъ.—Виды правовыхъ субъектовъ.

А) Физическая лица, какъ правовые субъекты:—Общее понятие.—Начало физического лица, рождение.—Конецъ физического лица, смерть.—Правоспособность физическихъ лицъ (*status, caput, capitis deminutio*).—Особыя юридической условія, предположенія правоспособности физического лица: 1) полъ (*sexus*), 2) возрастъ (*aetas*), 3) тѣлесное и душевное здоровье (*valetudo*), 4) родство (*cognatio*), 5) гражданская честь, 6) религія, 7) мѣстожительство (*domicilium*) и происхожденіе (*origo*), 8) родъ занятій.

Б) Юридическихъ лица:—Понятие.—Происхождение и теоретическая конструкція юридическихъ лицъ.—Виды юридическихъ лицъ.—Положеніе юридического лица въ правѣ.—Установленіе юридическихъ лицъ.—Конецъ юридического лица.—Судьба имущества юридического лица по его прекращеніи.

II. Объектъ права . . . . . стр. 126—157

Вещь, какъ предметъ права:—Понятие вещи.—Виды вещей.—А) По естественнымъ свойствамъ: 1) Вещи тѣлесныя и безтѣлесныя, *res corporales* и *res incorporales*; 2) Вещи недвижимыя и движимыя, *res immobiles* и *res mobiles*; 3) Вещи простыя, составныя и совокупности вещей (*res unitae, connexae s. compositae, universitates rerum*); 4) Вещи дѣлимыя и недѣлимыя (*res dividuae et individuae*); 5) Вещи потребляемыя и непотребляемыя (*res consumtibiles* и *non consumtibiles*). Б) Вещи со стороны правоотношений на нихъ:—1) Вещи изъятые изъ оборота (*res extra commercium*);—2) *Res in patrimonio* и *res extra patrimonium*.—3) Главныя вещи, придаточные вещи и принадлежности (*res principales, res accessoriae, pertinentia*).—4) Вещи замѣнныя, или родовыми образомъ опредѣленныя, и вещи незамѣнныя, или индивидуально опредѣленныя, *res fungibles* и *res non fungibles*.—5) *Res mancipi* и *res nec mancipi*.

III. О правѣ, какъ господствѣ субъекта надъ объектомъ  
Томъ . . . . . стр. 157—326

Установленіе правъ.—Прекращеніе правъ.—Юридическая сдѣлка:—Общія условия юридическихъ сдѣлокъ:—Дѣеспособность лица.—Наличность воли.—Влияніе на волю заблужденія, принужденія и обмана.—Выраженіе воли.—Содержаніе юридической сдѣлки.—Условія (*conditiones*).—Срокъ (*dies*).—Пред-

положенія (*modus*).—Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.—Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ.

Соучастіе и представительство:—I) Соучастіе.—II) Общее понятіе представительства.—Теоретическое обоснованіе представительства.—Допустимость представительства въ римскомъ правѣ.

Дареніе (*donatio*).

Противоправный дѣйствія.

Юридический случай:—Время.—Давность.—Счетъ времени.

Отправление права:—Коллизіи правъ.—Обезпеченіе правъ: *protestatio* и *reservatio*, *cautiones*, *sequestratio*, *missio in possessionem*, *retentio*, составленіе инвентаря.—Активные способы защиты правъ:—Право въ судебнѣмъ его осуществленіи.—Иски (*actiones*): дѣлѣніе исковъ.—Прекращеніе искового права: смертью сторонъ, стечениемъ въсѣхъ исковъ, исковой давностью.—Возраженіе (*exceptiones*).—Начало процесса и его вліяніе на материальное право сторонъ (*Litis contestatio*).—Доказываніе и доказательства (предположенія, *praesumptiones*).—Приговоръ.—Суррогаты судебнаго приговора: судебное признаніе (*confessio*), клятва (*jusjurandum*), рѣшеніе третейского суда, соглашеніе (*transactio*).—Возстановленіе прежнаго правоотношенія или состоянія, *in integrum restitutio*.

## ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

### А) ВЕЩНОЕ ПРАВО.

Владѣніе . . . . . стр. 329—369

Понятіе владѣнія.—Правовая природа владѣнія.—Признаки владѣнія.—Правовый послѣдовательность владѣнія.—Виды владѣнія.—Субъектъ владѣнія.—Объектъ владѣнія.—Приобрѣтеніе владѣнія.—Приобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя.—Зашита владѣнія: основанія защиты, средства защиты.—Интердикты, *interdicta possessoria*.—*Conditioines*.—Потеря владѣнія.—Владѣніе правомъ.

Право собственности . . . . . стр. 370—437

Понятіе права собственности.—Историческая формы права собственности.—Предположения права собственности.—Общая собственность (*condominium*).—Приобрѣтеніе собственности.—Способы приобрѣтенія собственности:—A) Приобрѣтеніе по преемственности: 1) Преемственность согласно волѣ прежнаго собственника: *Traditio*, передача.—2) Преемственность помимо воли прежнаго собственника:—Судебный приговоръ, *adjudicatio*.—Законъ, *lex*.—*Usucapio*, давностное владѣніе.—B) Приобрѣтеніе безъ преемственности:—1) Захватъ никому не принадлежащихъ вещей, *occupatio*.—2) *Accessio*, присоединеніе.—3) Приобрѣтеніе собственности на плоды.—4) *Specificatio*, обработка.—5) *Confusio* и *commixtio*, смѣщеніе.—Содержание права собственности.—Ограничение собственности по закону.—Охрана собственности.—Прекращеніе права собственности.

Сервитутное право, *servitutes* . . . . . стр. 438—475

Понятіе сервитутовъ.—Общая начала.—Виды сервитутовъ.—Вещные сервитуты.—Личные сервитуты:—Узуфруктъ (*usufructus*).—*Usus*.—*Habita-tio*.—*Operae servorum*.—Установленіе сервитутовъ.—Зашита сервитутовъ.—Прекращеніе сервитутовъ.

*Emphyteusis* . . . . . стр. 477—482

*Superficies* . . . . . стр. 482—484



