

УЧЕБНИКЪ ПАНДЕКТНАГО ПРАВА.



2005347482

933
УЧЕБНИКЪ

ПАНДЕКТНАГО ПРАВА

СОЧИНЕНІЕ

ПРОФЕССОРА ГЕЙДЕЛЬБЕРГСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

ВИНДШЕЙДА.

ТОМЪ I.

ОВЩАЯ ЧАСТЬ.

Переводъ съ нѣмецкаго, подъ редакціею

С. В. Пахмана

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Изданіе Героглифова и Никифорова.

1874 г.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Въ послѣднее время, вмѣстѣ съ распространеніемъ спроса на основательное юридическое образованіе, болѣе прежняго и у насъ высказывается убѣжденіе, что истинно-научное и практическое знаніе гражданскаго права не можетъ обойтись безъ близкаго знакомства съ правомъ римскимъ. Въ этомъ смыслѣ подъ римскимъ правомъ разумѣются не тѣ отжившія уже свой вѣкъ формы чисто-римскаго юридическаго быта, но преимущественно тѣ начала гражданскаго права, которыя разработаны многовѣковою теоретическою и практическою дѣятельностью римскихъ юристовъ и которыя понынѣ сохраняютъ значеніе юридической логики. Система этихъ началъ и составляетъ собственно то, что въ западной литературѣ изучается и разрабатывается подъ названіемъ *Пандектнаго права*, такъ что такъ-называемые учебники Пандектнаго права какъ бы замѣняютъ собою теорію гражданскаго права, примѣнимую къ изученію каждаго изъ современныхъ гражданскихъ кодексовъ.

Въ русской литературѣ понынѣ не появлялось ни одного сочиненія въ смыслѣ поминутаго учебника, а между тѣмъ въ подобномъ руководствѣ чувствуется настоящая потребность. Разумѣется само собою, что впредь до появленія оригинальныхъ сочиненій по этому предмету на русскомъ языкѣ необ-

ходимо обращаться къ произведеніямъ иностранной юридической литературы. Въ ряду систематическихъ руководствъ по Пандектному праву обширную и заслуженную извѣстностью пользуется сочиненіе одного изъ новѣйшихъ и наиболѣе глубокихъ знатоковъ римскаго права, профессора Гейдельбергскаго (прежде Мюнхенскаго) университета *Виндшейда*.

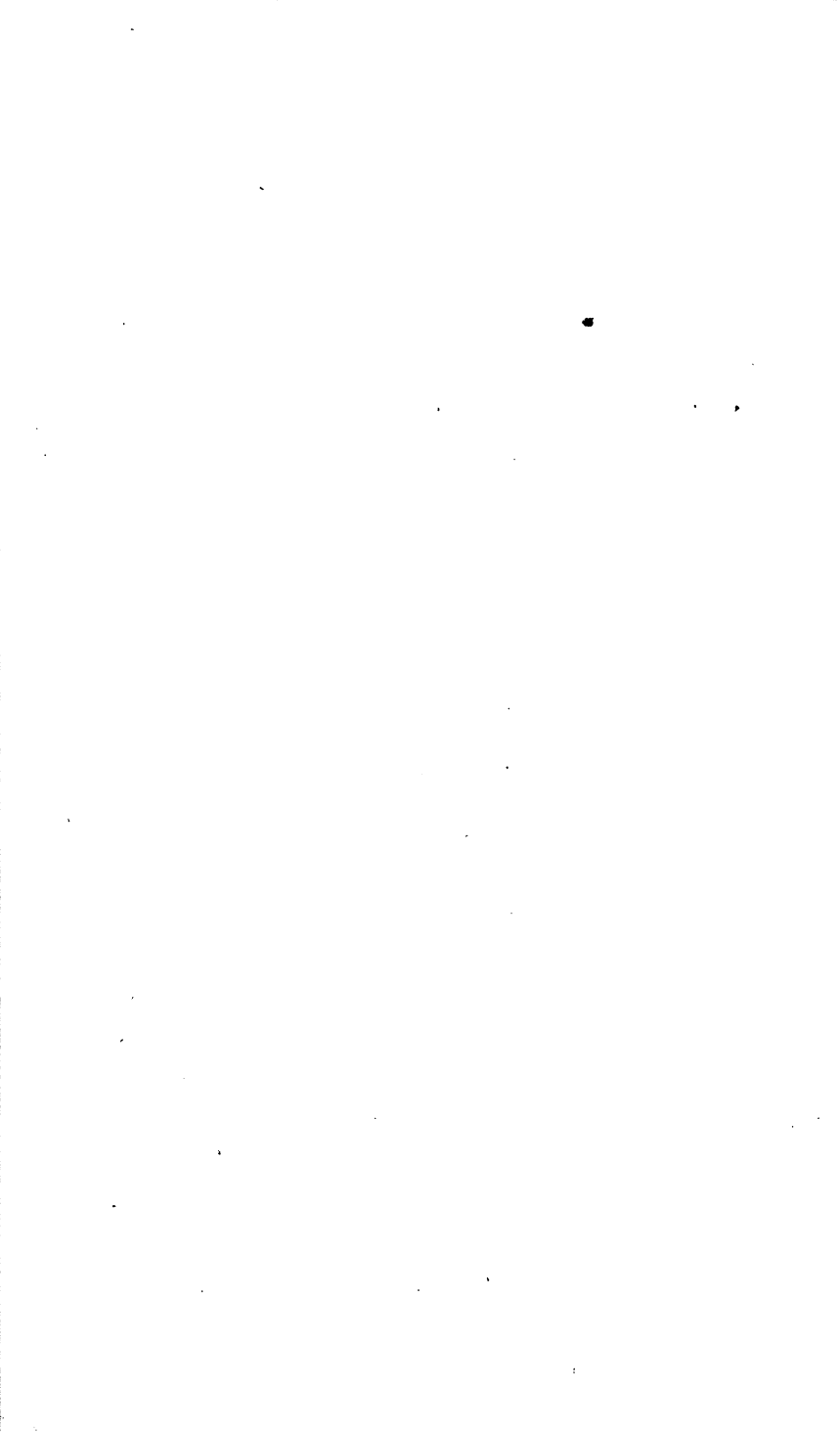
Это сочиненіе, посвященное одному изъ извѣстнѣйшихъ германскихъ юристовъ К. Г. Вехтеру, представляетъ собою плодъ многолѣтней педагогической и литературной дѣятельности автора и отличается самостоятельностью и оригинальностью воззрѣній по многимъ вопросамъ теоріи гражданского права. Выборъ этого труда для перевода на русскій языкъ тѣмъ умѣстнѣе, что при всей своей сжатости учебникъ этотъ принадлежитъ не столько къ разряду чисто-элементарныхъ руководствъ, сколько къ разряду тѣхъ систематическихъ курсовъ, въ коихъ излагаются не одни только голые выводы пауки, но и указывается самый процессъ ихъ разработки и обсуживаются спорные вопросы. При составленіи этого учебника авторъ имѣлъ конечно прежде всего въ виду цѣль педагогическую; по этимъ однимъ не ограничивалась задача его труда. Самъ авторъ въ предисловіи къ первому изданію (1862 г.) говоритъ, что мысль о составленіи учебника вызвана была впервые потребностью его собственныхъ лекцій и что онъ главнымъ образомъ имѣлъ въ виду интересы учащихся, но вмѣстѣ съ тѣмъ и для этой скромной цѣли онъ болѣе страшился чрезмерной сжатости и краткости, чѣмъ обстоятельнаго изложенія предмета. При этомъ онъ высказываетъ, что его книга не чужда и другой задачи: дать читателю возможно полный матеріалъ науки, какъ пособіе для дальнѣйшихъ теоретическихъ и практическихъ изслѣдованій. Для обѣихъ помянутыхъ цѣлей помѣщены въ учебникѣ весьма обильныя указанія на всѣ важнѣйшія сочиненія и изслѣдованія, начиная съ Глюка *).

*) Кромѣ пригеденнаго здѣсь заявленія автора о задачахъ его труда, въ предисловіяхъ подлинника нѣтъ ничего интереснаго или важнаго для русскаго читателя; поэтому они и не помѣщаются въ переводѣ.

Предлагаемый переводъ «общей части», обнимающей собою двѣ первыя книги подлинника, сдѣланъ съ 3-го изданія (1870 г.) Переводомъ ея занимался кандидатъ правъ С.-Петербургскаго университета И. Г. Табашниковъ. При просмотрѣ перевода имѣлось въ виду по возможности точно и ясно передать не только мысль, но и текстъ подлинника. Для всякаго знакомаго съ дѣломъ понятно, насколько вообще труденъ вполне удовлетворительный переводъ научныхъ сочиненій, въ особенности если принять во вниманіе, что у насъ далеко еще не установилась точная юридическая терминологія.

С. Пахманъ.

12 Марта 1874 г.



О Г Л А В Л Е Н І Е.

	СТРАН.
Введеніе.	
§ 1— 2	I. ПОНЯТІЕ О ПАНДЕКТНОМЪ ПРАВѢ 1
§ 3— 5	II. ИСТОЧНИКИ ПАНДЕКТНАГО ПРАВА 7
§ 6	III. ЗНАЧЕНІЕ ПАНДЕКТНАГО ПРАВА 14
§ 7— 12а.	IV. ЛИТЕРАТУРА 17
§ 13	V. ПОРЯДОКЪ ИЗЛОЖЕНІЯ 32

КНИГА ПЕРВАЯ.

О П Р А В Ъ В О О Б Щ Е.

ГЛАВА ПЕРВАЯ. Источники права.

§ 14	I. ЗАКОНЪ 35
	II. ОБЫЧНОЕ ПРАВО. :
§ 15	A. ПОНЯТІЕ ОБЫЧНАГО ПРАВА И ОСНОВАНІЕ ЕГО ОБЯ- ЗАТЕЛЬНОЙ СИЛЫ 37
§ 16	B. УСЛОВІЯ ОБЫЧНАГО ПРАВА 39
§ 17	C. РАСПОЗНАВАНІЕ ОБЫЧНАГО ПРАВА 43
§ 18	D. СИЛА ОБЫЧНАГО ПРАВА 44
§ 19	АВТОНОМІЯ И СООТВѢТСТВУЮЩЕЕ ЕЙ ОБЫЧНОЕ ПРАВО 45

ГЛАВА ВТОРАЯ. Толкованіе и научное изслѣдованіе права.

I. ТОЛКОВАНІЕ И НАУЧНОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ ПРАВА ВО-
ОБЩЕ.

§ 20	Понятіе толкованія. Научное толкованіе и т. н. легальная интерпретація	47
§ 21— 22	Грамматическое и логическое толкованіе. Аналогия (закона)	48
§ 23	Пробѣлы и противорѣчія. Аналогія (права)	54
§ 24	Научное изслѣдованіе права	55
§ 25— 26	II. ТОЛКОВАНІЕ ПАНДЕКТНАГО ПРАВА ВЪ ОСОБЕННОСТИ	57

ГЛАВА ТРЕТЬЯ. Различія въ содержаніи права.

§ 27	Управомочивающія, объясняющія и отрицющія правоположенія	60
§ 28	Строгое и справедливое право	61
§ 29	Нормальное и исключительное право. Привилегія	63
§ 30	Принудительное и условно-обязательное право	65

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. Предѣлы дѣйствія права.

§ 31— 33	I. Предѣлы во времени	65
§ 34— 35	II. Предѣлы въ пространствѣ	73
§ 36	Мѣстожителство	80

КНИГА ВТОРАЯ.

О П РА В А Х Ъ В О О Б Щ Е.

Глава первая. Понятіе и виды правъ.

§ 37	Понятіе правъ	82
§ 38— 42	Виды правъ	
	Вещныя и личныя права, семейныя и имущественныя права	84
	Притязанія	
§ 43	Понятіе. Вещныя и личныя притязанія	91

	СТРАН.
§ 44 Римская actio	94
§ 45 Actio in rem и in personam.	96
§ 46 Actio stricti iudicii и bonae fidei, actio arbitraria	100
§ 47—48 Возраженія	104

ГЛАВА ВТОРАЯ. Юридическій субъектъ.

I. О юридическомъ субъектѣ вообще.

§ 49	Физическое и юридическое лицо. Безсубъектность права	108
§ 50	Нсопредѣленность юридическаго субъекта	112
§ 51.	Стеченіе юридическихъ субъектовъ	113

II. Человѣкъ, какъ юридическій субъектъ.

§ 52—53	A. Начало и конецъ человѣческой личности	114
	B. Юридически—важныя различія людей	
§ 54	Поль, возрастъ, здоровье	118
§ 55	Вѣроисповѣданіе; подданство; семейная подчиненность	120
§ 56	Гражданская честь	122
§ 56a—56b	Родство и свойство	124

III. Юридическое лицо.

§ 57	A. Понятіе и виды	128
	B. Правоотношеніе	
§ 58	1. Юридическое лицо какъ юридическій субъектъ	132
§ 59	2. Дѣйствія юридическаго лица	135
§ 60	C. Возникновеніе юридическаго лица	138
§ 61—62	D. Прекращеніе юридическаго лица	140

ГЛАВА ТРЕТЬЯ. Возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ.

I. Вообще.

§ 63	Возникновеніе и прекращеніе	143
§ 64—65	Измѣненіе	143
§ 65a	Бездѣйствіе правъ	146
§ 66	Приобрѣтеніе и потеря правъ	147
§ 67—68	Юридическіе факты	148

II. ЮРИДИЧЕСКИЕ АКТЫ

§ 69	А. Понятіе и виды	151
	В. Условія дѣйствительности актовъ	
§ 70	Введеніе	154
§ 71	1. Дѣеспособность	155
§ 72	2. Форма изъявленія воли	159
§ 73— 74	3. Изъявленіе воли посредствомъ другихъ лицъ .	162
§ 75— 77	4. Подлинность (истинность) выраженной воли	171
	5. Мотивы (побужденія) воли	
§ 78— 79	Заблужденіе. Обманъ	177
§ 80	Страхъ. Принужденіе	182
§ 81	- 6. Содержаніе юридическаго акта	184
	С. Недѣйствительность юридическихъ актовъ . . .	
§ 82	1. Понятіе и виды	186
§ 83	2. Исправленіе недѣйствительности	193
§ 83a.	3. Вліяніе влѣвнаго подтвержденія на недѣй- ствительность актовъ	197
	Д. Дѣйствіе юридическихъ актовъ	
§ 84— 85	1. Вообще	198
	2. Самоограниченія дѣйствія юридическихъ актовъ	
	а. Условіе	
§ 86— 87	α. Понятіе и виды	201
	β. Дѣйствіе условія	
§ 88	aa. Вообще	207
§ 89	bb. Состояніе акта до осуществленія условія	209
	cc. Состояніе акта по осуществленіи условія	
§ 90	* αα. Вообще	214
§ 91	ββ. Имѣеть ли осуществившееся усло- віе обратную силу?	215
§ 92	γγ. Когда условіе считается осуще- ствившимся	218
§ 93— 94	γ. Въ частности, относительно особенныхъ условій	223
§ 95	δ. Допустимость условій	231
§ 96— 96a. !	b. Назначеніе срока	232
§ 97—100	c. Предположеніе (Voraussetzung)	237
§ 101	III. Недозволенные дѣянія	246

IV. Вліяніє времени на возникновеніе, прекращеніе

и измѣненіе правъ

§ 102	А. Вообще	250
§ 103—104	В. Опредѣленіе и исчисленіе времени	251
	С. Давность	
§ 105	1. Вообще	260
	2. Давность притязаній	
§ 106	Введеніе	263
	а. Условія давности	
§ 107	α. Неудовлетвореніе притязанія. Начало давности	265
§ 108—109	β. Неосуществленіе притязанія	270
§ 110	γ. Истеченіе времени	276
§ 111	δ. Добросовѣстность при давности	278
§ 112	б. Дѣйствіе давности притязаній	279
§ 113	3. Незапамятная давность	283
	V. Возвращеніе въ прежнее положеніе.	
§ 114	А. Понятіе и существо его	286
	В. Условія	
§ 115	1. Невыгодное юридическое послѣдствіе	289
	2. Юридическое основаніе	
§ 116	а. Вообще	292
§ 117	б. Несовершеннолѣтіе	294
§ 118	с. Принужденіе, обманъ и заблужденіе	296
§ 119	д. Возвращеніе въ пр. пол. по поводу просрочки	298
§ 120	С. О реституціи въ ея осуществленіи	301

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. Осуществленіе, нарушеніе и защита правъ.

§ 121	I. Осуществленіе правъ	305
§ 122	II. Правонарушеніе	309
§ 123	III. Запрещеніе самозащиты	312
	IV. Вліяніе процесса на матеріальныя правоотношенія.	
§ 124—126	А. Начало процесса	314
	В. Рѣшеніе	
§ 127	Введеніе	326
§ 128	Предположеніе обвиненія	328

	СТРАН.
§ 129—132	Юридическая сила рѣшенія 331
§ 133	Прибавленіе. О доказательствѣ 348
§ 134	V. Средства обезпеченія 353
§ 135—136	Прибавленіе къ I и II книгѣ. О привилегіяхъ . . 355

СОКРАЩЕНІЯ.

Lehrbücher и Handbücher Зейфerta, Пухты, Вангерова, Кирульфа, Савиньи, Синтениса, Арндтса, Бринца, Келлера, Бёкинга, Вехтера, Унгера (стр. 26—31) цитируются (обыкновенно) по именамъ ихъ авторовъ.

Сокращеніе: H G B означаетъ das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (общегерманское торговое уложеніе), сокращеніе: WO.—die allgemeine deutsche Wechselordnung (общегерманскій вексельный уставъ).

ВВЕДЕНИЕ.

I. ПОНЯТИЕ О ПАНДЕКТНОМЪ ПРАВѢ.

§ 1.

* Подъ пандектнымъ правомъ разумѣется обще-германское гражданское право римскаго происхожденія.

Обще-германское гражданское право есть то нѣмецкое гражданское право, которое имѣетъ силу для Германіи какъ Германіи, для Германіи какъ цѣлаго ¹⁾. Только часть этого гражданского права туземнаго происхожденія; другая же и притомъ

¹⁾ О понятіи общаго права см. Вехтера *gemeines Recht Deutschlands*, § 1. стр. 4—17, Тэля *Einleitung in das deutsche Privatrecht* § 46—48, Брунса въ *Ersch und Gruber Encyclopädie* LVII стр. 208 и сл. Понятіе общаго права основано на чрезвычайно важномъ какъ вообще, такъ и въ правовѣдніи, понятіи о цѣломъ, какъ о чемъ-то такомъ, что сравнительно съ своими частями представляется не суммою, но единствомъ своихъ частей. Право, дѣйствующее какъ такое цѣлое въ какой-либо юридической области, есть общее право для отдѣльных областей, на которыя распадается цѣлое; право же, дѣйствующее въ отдѣльной области, какъ таковой, есть особое, мѣстное право этой области. Это послѣднее право не будетъ общимъ даже и тогда, когда содержаніе его во всѣхъ областяхъ будетъ одинаково (Тэль удачно называетъ такое право всеобщимъ правомъ), и наоборотъ, общее право не перестаетъ быть общимъ лишь потому, что оно не распространяется на одну или даже на нѣсколько областей, входящихъ въ составъ страны; остальные области продолжаютъ подчиняться ему не какъ обособленныя области, а лишь потому, что онѣ входятъ въ составъ цѣлаго. Въ этомъ отношеніи нельзя согласиться съ Вехтеромъ; который утверждаетъ, что объ общемъ правѣ не можетъ быть и рѣчи, коль скоро оно перестаетъ дѣйствовать хотя въ одной какой-либо части: здѣсь смѣшиваются два понятія: „юридическая область какъ цѣлое“ и „цѣлая юридическая область“. Еще менѣе можно одобрить, уже вслѣдствіе одной его неопредѣленности, взглядъ Брунса, который говоритъ, что общее право перестаетъ быть общимъ лишь тогда, „когда изыятія изъ него возрастаютъ“.

большая часть его основана на принятыхъ чужихъ правахъ, между которыми главное мѣсто занимаетъ римское ²⁾.

Римское право стало дѣйствующимъ въ Германіи ³⁾ не въ силу законодательнаго акта, а на подобіе обычнаго права, и при томъ точнѣе говоря, чрезъ соблюденіе его не народомъ, а юристами, которые основывали на немъ свои рѣшенія и мнѣнія (§ 16). Они дѣйствовали при этомъ подъ вліяніемъ неотразимой нравственной силы, которую проявляло надъ ними римское право. Какъ по формѣ, такъ и по содержанію оно было настолько выше туземнаго, что представлялось не національнымъ, а всеобщимъ правомъ ⁴⁾. Примѣняя римское право, германскіе юристы, увлеченные господствовавшимъ въ ихъ время направленіемъ, были безгранично преданы исторгнутой изъ забвенія античной культурѣ ⁵⁾. Это

²⁾ Рядомъ съ нимъ стоятъ каноническое право и лангобардское ленное право.

³⁾ Такой исторіи принятія римскаго права въ Германію, которая удовлетворяла бы всѣмъ требованіямъ, еще не написано. Можно указать на слѣдующія сочиненія: Senckenberg methodus iurisprudentiae app. III p. 128—147, Эйхгорна deutsche Staats-und Rechtsgeschichte III § 440—444, и преимущественно на Штоббе Geschichte der deutschen Rechtsquellen I стр. 609—655. II стр. 1—142. Сюда же относятся: Мутеръ Zeitschr. f. R. Gesch., IV стр. 380—445. К. А. Шмидтъ (въ Ростокѣ) die Reception des römischen Rechts in Deutschland (1868). Критика на него Штоббе въ VJSchr. XI стр. 1 и сл. Ср. также Штинцинга, Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfange des sechszehnten Jahrhunderts (1867).

⁴⁾ Туземное право было большею частію право обычное и въ этомъ смыслѣ называлось *jus incertum*; оно содержало въ себѣ рядъ отдѣльных, по большей части весьма конкретныхъ правилъ, но въ немъ не было руководящихъ началъ; его опредѣленія въ сравненіи съ потребностями все болѣе и болѣе развивавшагося гражданскаго оборота были недостаточны. Римское право, на сколько можно было извлечь опредѣленные начала изъ буквы источниковъ, оказывало во всемъ свою помощь. Штоббе в. пр. соч. I стр. 636—638.

⁵⁾ Штоббе в. пр. соч. I стр. 640. „Какъ гуманисты думали, что черпаютъ безусловную истину и человѣческое образованіе изъ греческихъ и римскихъ писателей, такъ и юристы, изучавшіе римское право въ Болоньи и пытавшіеся перенести его въ свое отечество, ни мало не сознавали, что они навязываютъ своему народу чуждое право и что не всѣ постановленія *Corpus juris* могутъ быть примѣняемы. Думали, что переносится не чужое право, а примѣняется лишь наиболѣе по своему развитію законченное право, право какъ *ἐξ ὅλης*. Этому способствовало еще свойственное тому времени отсутствіе историческаго пониманія. Такъ, и саксонское зеркало (*Sachsenspiegel*) во многихъ мѣстахъ при-

главное основаніе подкрѣплялось еще тою идеею, что римская имперія, корону которой носилъ германскій императоръ, есть лишь продолженіе древней имперіи римскихъ императоровъ, а потому и кодексы Юстиніана должны обладать тою же обязательною силой, какъ и имперскіе законы ⁶⁾. Такъ, въ 1495 г. вновь организованному имперскому суду (Reichskammergericht) указано было руководствоваться между прочимъ и римскимъ правомъ ⁷⁾, и подобное распоряженіе далеко не было новостью; въ Германіи принятіе римскаго права можетъ считаться завершившимся уже къ срединѣ XVI столѣтія ⁸⁾.

нято было какъ законодательный источникъ, безъ точнаго изслѣдованія, насколько его постановленія согласуются съ мѣстнымъ правомъ. За юридическими совѣтами обращались къ какому-нибудь высшему суду, не справившись напередъ, согласуются ли начала его права съ началами права спрашивающаго города. Штоббе I стр. 639.

⁶⁾ Какъ Римская имперія считалась всемірною, такъ и римское право считалось обязательнымъ для всего міра. Эта идея высказывается въ законахъ и грамотахъ германскихъ императоровъ уже съ Оттона III (Штоббе I стр. 612 — 624. II. стр. 110). Особенную силу она должна была получить въ Германіи, гдѣ германскій императоръ дѣйствительно правилъ, и преимущественно тамъ, гдѣ онъ управлялъ непосредственно. Уже въ 1342 г. имп. Людовикъ предписываетъ имперскому суду, чтобъ онъ впредь руководствовался при своихъ приговорахъ „законами, постановленными королями и императорами его предѣстниками въ Римской имперіи и писанными правами“. Подобное же предписаніе даетъ Альбрехтъ II въ земскомъ мирѣ (Landfrieden) 1438 г. Штоббе I стр. 621—624. I. стр. 87. (По отношенію къ указу имп. Людовика ср., впрочемъ, Франклина Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland, стр. 107 и сл.; онъ старается доказать, что этотъ указъ не относился къ римскому праву).

⁷⁾ Ему предписывалось судить „по имперскимъ и общимъ правамъ“. Подъ „общими правами“ слѣдуетъ разумѣть здѣсь и римское право, хотя не исключительно. Если прежде увлекались до того, что въ этомъ постановленіи видѣли истинный источникъ дѣйствія римскаго права въ Германіи, то съ другой стороны, не слѣдуетъ умалить значеніе того вліянія, которое имперскій судъ оказалъ на введеніе и упроченіе римскаго права. Это послѣднее доказывается тѣмъ, что въ тѣхъ областяхъ, на которыя не распространялась власть этого суда, римское право не имѣло законной силы, хотя отношенія тамъ были въ существенныхъ чертахъ тѣже; таковы Швейцарія, Шлезвигъ, сѣверная Франція. См. Эйхгорна deutsche Staats u. Rechtsgesch. III § 442, Гербера das wissenschaftliche Princip des gem. deutschen Privatrechts стр. 128. 145, Штоббе II стр. 86 и сл. ср. стр. 111 примѣч. 5.

⁸⁾ Слѣды знакомства съ римскимъ правомъ встрѣчаются въ Германіи уже съ

§ 2.

Дѣйствіе римскаго права въ Германіи точнѣе опредѣляется слѣдующими положеніями:

1) Римское право дѣйствуетъ въ Германіи не какъ безусловно общее, но какъ вспомогательно общее право; то-есть, оно не исключаетъ собою противорѣчащихъ ему мѣстныхъ законоположеній, но примѣняется лишь настолько, насколько тому не препятствуютъ эти законоположенія.

2) Оно дѣйствуетъ въ томъ видѣ, какой сообщили ему кодификація Юстиніана и ученіе Болонской школы; принято оно лишь въ этомъ видѣ. Подробнѣе объ этомъ будетъ сказано въ слѣдующемъ параграфѣ.

3) Въ этомъ видѣ, римское право принято какъ цѣлое ¹⁾; а потому нѣтъ надобности доказывать примѣнимость каждаго изъ

13 столѣтія, таковы именно оговорки въ нотаріальныхъ актахъ, въ которыхъ отказываются отъ ссылокъ на римское право, Штоббе I стр. 646—650. Но съ конца того же столѣтія начинаютъ уже примѣнять въ отдѣльныхъ постановленіяхъ и институтахъ и римское право. Штоббе I стр. 650. 651. Болѣе обширному примѣненію его предшествовало основаніе отечественныхъ университетовъ (съ середины 14 столѣтія) и то обстоятельство, что и римское право встрѣтило въ нихъ болѣе чѣмъ второстепенное вниманіе, что произошло въ срединѣ 15 столѣтія. Штоббе I стр. 625 — 631. II стр. 9 — 22. Съ этого времени примѣненіе римскаго права растетъ вмѣстѣ съ числомъ научно образованныхъ юристовъ; эти послѣдніе получаютъ въ судахъ сначала перевѣсъ, а затѣмъ окончательно вытѣсняють изъ нихъ выборныхъ судей (Volksschöffen). Штоббе II стр. 63—110. (Ср. также Франклина Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland стр. 19 и сл.) Содѣйствіе мѣстнаго законодательства: Штоббе II стр. 114—133. Римское право проникло не только въ Германію, но и въ другія государства, именно въ Англію и сѣверную Францію (въ южной Франціи оно никогда не переставало примѣняться). Но въ Англіи оно не упрочилось (ср. статью Бинера въ krit. Zeitschr. f. Gesetzg. u. RW. des Auslandes XIX. 9), а въ сѣверной Франціи не получило силы закона.

§ 2.

¹⁾ Или какъ прежде выражались: „in complexu“. Это значитъ, что принимались не отдѣльныя римскія правоположенія, ради ихъ особаго содержанія, но римское право какъ таковое. Всѣ основанія принятія относятся къ римскому праву какъ таковому, а не къ особому содержанію его отдѣльныхъ постановленій. Ср. Вехтера gemeines Recht Deutschlands стр. 193—202. А потому свидѣтельства въ пользу принятія какого-либо одного изъ его постановленій служатъ вмѣстѣ съ тѣмъ свидѣтельствомъ въ пользу принятія и другаго. Слѣдуетъ или вовсе отрицать принятіе римскаго права или согласиться съ этимъ выводомъ. Ср. ниже слѣдующее примѣчаніе.

его отдѣльных постановленій; каждое изъ нихъ считается имѣющимъ силу до тѣхъ поръ, пока не явятся основанія противъ его примѣнимости ²⁾).

4) Римское право дѣйствуетъ въ Германіи не безъ измѣненій. Внесенныя въ него измѣненія проистекають изъ трехъ источни-

²⁾ Прежде это выражали такимъ образомъ: кто ссылается на римское право, тотъ имѣетъ „fundatam intentionem“. Понимать это такъ, будто можно требовать примѣненія всякаго изъ римскихъ постановленій, пока противникъ не докажетъ его непримѣнимости, было ошибкою уже потому, что о процессуальномъ доказательствѣ силы юридическихъ нормъ не можетъ быть рѣчи. Слѣдовательно, судья долженъ самостоятельно изслѣдовать, не существуютъ ли основанія въ пользу непримѣнимости даннаго законоположенія римскаго права сюда напр. относится то, что отношеніе, котораго касается римскій законъ, нынѣ совершенно не существуетъ. Но въ случаѣ сомнѣнія судья непремѣнно долженъ рѣшать въ пользу примѣнимости. Хотя это и отвергалось въ послѣднее время (Безелеръ, *Volkrecht und Juristenrecht* стр. 99 — 105, Рейшеръ *Zeitschrift für deutsch. Recht* IX стр. 373 — 408, Лейстъ, *civilistische Studien* I стр. 12 — 19 и *Bonorum possessio* II. 2 стр. 350 — 367, ср. также Эйхгорна *deutsches Privatrecht* § 40, прим. е), но безъ убѣдительныхъ основаній. Указывали на слѣдующее: 1) несправедливо, что римское право принято было какъ цѣлое, — такъ какъ оно не все было принято. Но это не доказательство; здѣсь тоже смѣшеніе понятій, на которое указано въ 1-мъ примѣчаніи къ 1-му §. Цѣлое есть нѣчто отличное отъ суммы его частей. Примѣнимость чего либо къ цѣлому не уменьшится оттого, что въ силу особаго основанія оно непримѣнимо къ той или другой части этого цѣлаго; принятіе все-таки относится къ римскому праву какъ цѣлому, то-есть, къ тому, что имѣетъ свойство быть римскимъ правоположеніемъ, хотя принято не все, обладающее такимъ свойствомъ. 2) Говорили, что римское право принято въ дополненіе къ отечественному германскому праву, не только мѣстному, но и общему. Это справедливо; но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы въ случаѣ сомнѣнія нельзя было допустить, что не существуетъ противорѣчащее римскому праву и исключющее его общее правоположеніе. Что примѣняется къ цѣлому, то еще не необходимо примѣняется и ко всѣмъ его частямъ; но лишать его одной изъ его составныхъ частей ненормально. Доказывать слѣдуетъ не правило, а исключенія. Противъ Безелера и Рейшера ср. Вехтера *gemeines Recht Deutschlands* стр. 186 — 204, Гербера *Princip des gem. deutschen Privatrechts* стр. 154 — 157, а съ другой стороны того же Безелера *deutsches Privatrecht* 2 изд. § 9. — Также слишкомъ далеко заходить увѣреніе (Савиньи I стр. 69. 165, Синтенисъ I стр. 18), что всѣ постановленія римскаго права, относящіяся къ государственному праву, должны считаться не принятыми, ср. Вехтера *Arch. f. civ. Pr.* XXIII ст. 434 и сл., *gemeines Recht Deutschlands* стр. 193 прим. 236, Guyet *Arch. f. ci. Pr.* XXXV стр. 44. 45.

ковъ: каноническаго права³⁾, нѣмецкихъ имперскихъ законовъ⁴⁾ и обще-германскаго обычнаго права⁵⁾.—Самостоятельныя юридическія институты, основывающіеся на этихъ юридическихъ источникахъ, не относятся къ пандектному праву, а излагаются въ другихъ наукахъ⁶⁾.

5) Распаденіе Германской имперіи не измѣнило въ Германіи этого дѣйствія римскаго права⁷⁾.

³⁾ Каноническое право содержитъ въ себѣ не одни постановленія о церковныхъ отношеніяхъ, но во многомъ касается и гражданскаго права; это объясняется широкою юрисдикціей духовныхъ судовъ въ средніе вѣка. Хотя первоначально оно обязательно было лишь для духовныхъ судовъ, но мало по малу проникло и въ свѣтскіе, такъ что въ Германіи оно принято подобно римскому. Какъ римское право возводилось къ авторитету императоровъ, такъ и каноническое право выступило съ тѣми притязаніями, которыя даровала ему церковная власть. Штоббе II стр. 134—136. („Отноительно принятія каноническаго права нѣтъ еще подробныхъ изслѣдованій“, Штоббе I стр. 610).

⁴⁾ Но для гражданскаго права значеніе ихъ не важно. Наиболѣе важныя изъ нихъ для гражданскаго права перечислены у Тэля, Einleit. in das deutsche Privatrecht § 26. — Акты и опредѣленія германскаго союза не суть источники общегерманскаго права; они дѣйствуютъ въ отдѣльныхъ союзныхъ государствахъ лишь въ силу того, что они тамъ обнародованы. Зейф. Arch. XVIII 103.

⁵⁾ Существованіе общегерманскихъ обычаевъ при первыхъ натискахъ римскаго права признано было неохотно и въ ограниченной степени. Только мало по малу укоренилось убѣжденіе, что и общегерманскіе обычаи суть такой же источникъ права, какъ и это чужое право. Вобщемъ въ теченіе всего развитія германскаго права, начиная отъ принятія римскаго, отечественное право непрестанно обращаетъ на себя вниманіе и получаетъ все болѣе и болѣе признаніе. Неогнѣнимое содѣйствіе этому направленію оказала историческая разработка германскаго права, которая пробудилась въ срединѣ 17 столѣтія и все болѣе и болѣе процвѣтаетъ съ начала нынѣшняго столѣтія. Не лишено значенія и то обстоятельство, что въ началѣ 18 столѣтія стали и вышшимъ образомъ отдѣлять матеріалъ германскаго права отъ римскаго, не только въ университетскихъ лекціяхъ, но и въ сочиненіяхъ. Образовавшейся отсюда наукѣ дали не подходящее названіе науки общегерманскаго гражданскаго права, не подходящее потому именно, что и принятое римское право есть германское гражданское право; оно дѣйствуетъ у насъ не какъ римское, но какъ нѣмецкое право. Ср. Безелера deutsches Privatrecht § 9.

⁶⁾ Въ ученіяхъ церковнаго права и такъ-называемаго общегерманскаго гражданскаго права, упомянутого въ предыдущемъ примѣчаніи.

⁷⁾ Говорили, что съ распаденіемъ германской имперіи римское право потеряло въ Германіи значеніе общаго права; что съ этого времени оно удержалось въ отдѣльныхъ государствахъ лишь потому, что признано мѣстнымъ законодательствомъ, слѣдовательно, въ качествѣ мѣстнаго права (Вехтеръ gemeines Recht Deutschlands стр. 171 и сл. 205 и сл., см. также Е. Мейера die Rechtsbildung

Усвоение обозначенному здѣсь праву названія пандектнаго права имѣетъ историческое основаніе; имя это сохранилось отъ того времени, когда право преподавалось въ экзегетической формѣ или въ порядкѣ Юстиніановыхъ пандектовъ.

II. Источники пандектнаго права.

§ 3.

Источники пандектнаго права видны изъ сказаннаго въ первыхъ двухъ параграфахъ.

Главнѣйшій источникъ его образуетъ римское право, въ томъ видѣ, какой оно получило въ кодификаціи Юстиніана. Эта кодификація распадается на четыре части: институціи, пандекты, кодексъ и новеллы ¹⁾. Совокупность этихъ частей со времени глоссаторовъ получила названіе *Corpus juris civilis* ^{1*)}.

Причина, почему источникомъ пандектнаго права служить лишь юстиніановское, а не до и послѣ юстиніановское право, заключается въ томъ, что римское право принято въ Германіи въ томъ видѣ, въ какомъ оно преподавалось въ Болонской

in Staat und Kirche 1861 стр. 80—81). На это справедливо возражали (Брунсъ въ *Ersch und Gruber Encyclopädie* LVII стр. 210—212. 218—229), что требованіе, чтобы отдѣльныя области, на которыя право распространяется, принадлежали къ одному и тому же государству, относится лишь къ общему законодательству, а отнюдь не къ общему обычному праву; что точкой отправленія для послѣдняго служить не законодательная власть государства, а общее юридическое убѣжденіе народа; что и до 1806 г. римское право дѣйствовало не въ силу имперской власти. Практическое значеніе этого вопроса заключается въ томъ, возможно ли было со времени распаденья Германской имперіи дальнѣйшее развитіе римскаго права въ качествѣ общаго права, что Вехтеръ отвергаетъ.

¹⁾ Институціи и пандекты вступили въ законную силу съ 30 декабря 529 г., а § 3. кодексъ (*repetitae praelectionis*) съ 29 декабря 534 г. Подробности о содержаніи и распорядкѣ этихъ законодательныхъ сводовъ предполагаются здѣсь извѣстными. Новеллы суть отдѣльные законы, изданныя Юстиніаномъ по окончаніи его кодификаціи.

^{1*)} Это выраженіе, хотя и ново по употребленію, само по себѣ вполне римское. Ср. 1. un. pr. C. de rei uxori. act. 5. 13. „*Rem in praesenti non minimam aggredimur. sed in omni paene corpore iuris effusam*“...

школъ²⁾; этой же школъ извѣстно было лишь юстиніановское право.

Но въ Болонской школъ мало того, что не преподавалось до и послѣ юстиніановское право, но не преподавалось и все юстиніановское. Признакомъ того, что изучалось въ этой школъ³⁾, служатъ глоссы; отсюда старинная юридическая поговорка: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*⁴⁾. То обстоятельство, что кое-что не глоссировано, объясняется отчасти пробѣлами въ самихъ рукописяхъ глоссаторовъ, отчасти же и тѣмъ, что они считали это кое-что непримѣнимымъ. Къ первой категоріи относятся многочисленныя греческія постановленія кодекса⁵⁾;

²⁾ Въ болѣе ранній періодъ среднихъ вѣковъ знакомство съ римскимъ правомъ было весьма смутно даже въ тѣхъ странахъ, въ которыхъ примѣненіе его никогда вполне не прекращалось и послѣ паденія западной римской имперіи. Съ конца 11 столѣтія, благодаря найденнымъ истиннымъ законодательнымъ сводамъ Юстиніана, въ Болоньи возобновляется изученіе римскаго права и весьма скоро достигаетъ необыкновенной высоты. Это изученіе продолжалось въ другихъ школахъ, которыя по болонскому образцу основаны были въ Италіи, южной Франціи и Испаніи. Въ этихъ то школахъ выработалась та доктрина, которая распространилась какъ по всей Европѣ, такъ и въ Германіи; установленный въ Болоньи канонъ источниковъ остался для нея всегдашнимъ руководствомъ. Подробности объ этомъ находятся въ классическомъ сочиненіи Савиньи, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, т. III—VII, изд. 2. 1834. 1850. 1851. Ср. также Бэкинга I § 24.

³⁾ Глоссы суть объясненія, которыя преподаватель правовѣдѣнія „писалъ на экземплярѣ своего текста съ тѣмъ, чтобы подобно другимъ книгамъ они сохранялись, списывались и распространялись“ (Савиньи в. пр. соч. III стр. 558). Первоначальныя глоссы совершенно вытѣснены были изъ употребленія сборникомъ глоссатора Аккурсіа, составленнымъ имъ въ первой половинѣ 13 столѣтія изъ собственныхъ и чужихъ глоссъ. Сборникъ этотъ извѣстенъ подъ названіемъ „Глоссъ“ (*glossa ordinaria*). Савиньи в. пр. с. V стр. 262 — 305.

⁴⁾ Объ этомъ правилѣ и его непрестанномъ нынѣшнемъ примѣненіи см. Озенбургена, въ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XV. 9 (1841).—Въ институтіяхъ все глоссировано, въ пандектахъ тоже все, за исключеніемъ 1. 7 § 5—1. 11 de bon. dampnat. 48. 20 и 1. 10—19 de interd. et releg. 48. 22 (ср. прим. 5). Не глоссированныя мѣста кодекса (ср. прим. 5) у Бэкинга I Anh. стр. *6, Вангерова I § 6 прим. I, Арндтса § 2 прим. 3; неглоссированныя новеллы въ примѣч. 6 а.

⁵⁾ Греческія постановленія въ Юстиніановомъ кодексѣ составляютъ около 25-й его доли; на западѣ ихъ не списывали, потому что не понимали. Въ послѣдствіи они возстановлены по церковнымъ сборникамъ и греческимъ источникамъ, насколько возможно было буквально, или по содержанію; это такъ называемыя *leges restitutæ*. Ср. Витте *die leges restitutæ des Justinianischen*

вслѣдствіе второго основанія глоссаторы снабдили глоссами лишь 96 ⁶⁾ новеллъ изъ бывшихъ у нихъ 134 ^{а)}).

Съ другой стороны Болонская школа внесла въ сборникъ Юстиніана нѣчто такое, что первоначально къ нему не относилось, именно такъ-называемыя *Authenticae*, то-есть выдержки изъ новеллъ и частію изъ законовъ германскихъ императоровъ (Фридриха I и Фридриха II), которыя вставлены были въ измѣнившіся чрезъ то мѣста кодекса ⁷⁾. И они

Codex (1830), Бинера и К. Г. Геймбаха *Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex* (1833).—Греческія мѣста пандектовъ были у глоссаторовъ въ латинскомъ переводѣ (ср. Глюка XXXI стр. 164 и сл., Рудорфа *Recht der Vor mundschaft* II стр. 2—5, Момзена *additam.* IV къ первому тому его изданія пандектовъ). За то у нихъ не было конца XLVIII. 20. (1. 7 § 5—1. 11) и 22 (1. 10—9); но и этотъ пробѣлъ былъ въ послѣдствіи восполненъ изъ базиликь.—О новеллахъ въ нижеслѣдующемъ примѣчаніи.—Противъ мнѣнія, что и *leges repositae* должны имѣть законную силу, см. Савиньи *System* I стр. 70—75 и Озенбругена, въ цитированномъ въ 4 примѣчаніи журналѣ.

⁶⁾ Юстиніанъ издалъ всего 166 новеллъ, но по большей части на греческомъ языкѣ; въ сборникѣ 134 новеллъ, которымъ обладали глоссаторы, заключались греческія новеллы въ латинскомъ переводѣ. Глоссаторы назвали его *Authenticum*, а отдѣльныя статьи его *Authenticae* въ отличіе отъ единственно употреблявшагося до него сборника Юліана, который дѣлаетъ лишь извлеченія изъ новеллъ (отсюда и названіе *epitome Juliani*). Въ послѣдствіи найденъ былъ и греческій текстъ новеллъ (въ сборникѣ 168 новеллъ, въ которомъ содержатся не одни лишь узаконенія Юстиніана); въ отличіе отъ него и сдѣланныхъ съ него переводовъ текстъ глоссаторовъ названъ (*versio*) *vulgata*. Въ случаѣ противорѣчія ихъ при практическомъ примѣненіи слѣдуетъ давать предпочтеніе вульгатѣ, тѣмъ болѣе что ихъ различія основаны не только на разномъ пониманіи, но отчасти и на различіи первоначальнаго греческаго текста или измѣненій глоссаторовъ. Озенбругенъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XVII. 11; гл. обр. Синтенисъ I стр. 13. 14, отчасти Вангеровъ I § 6 прим. 2. Пухта § 4. b. За предпочтеніе вульгаты Зейф. *Arch.* XIX. 103. Подробности о различныхъ сборникахъ, въ которыхъ дошли до насъ новеллы, у Бинера *Geschichte der Novellen Justinian's* (1824). См. также Бекинга I стр. 66, 67 и *Anh.* IV.

^{6а)} Не глоссированы: нов. 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168.—Другіе считаютъ глоссированными 97 новеллъ на томъ основаніи, что они включаютъ въ это число и 150 нов., которая однако глоссирована не какъ отдѣльная новелла, а какъ извлеченіе 150 новеллы, вошедшее въ 143 нов.

⁷⁾ Это названіе объясняется изъ того выраженія, которымъ глоссаторы обозначали собственно новеллы. См. примѣч. 6. Подобныя же выдержки встрѣчаются впрочемъ въ рукописяхъ и изданіяхъ институцій и въ рукописяхъ новеллъ. Ср. Савиньи *Gesch. des. röm. R. im. M. A.* III стр. 527—533. IV. стр. 42—62.

были приняты, но не въ качествѣ авторитета по отношенію къ оригиналамъ ⁸⁾.

§ 4.

Остается еще сказать нѣсколько словъ объ изданіяхъ *Corpus juris* ¹⁾. Въ древнихъ изданіяхъ онъ является не цѣликомъ, а лишь частями, а если издаются всѣ его части вмѣстѣ, то не какъ цѣлое ²⁾. Первое полное изданіе подъ заглавіемъ *Corpus juris civilis* сдѣлано Діонисіемъ Готофредомъ въ 1583 г. До начала XVI столѣтія всѣ изданія глоссировались, съ началомъ же XVII столѣтія уже не появляется ни одного глоссированнаго изданія. Изъ числа глоссированныхъ особенно распространено было вышеупомянутое изданіе Діонисія Готофреда; будучи часто перепечатываемо, оно легло въ основу столь же часто печатавшихся и перепечатывавшихся изданій Симона фанъ-Лееувена и Фрейслебена; оно все еще достойно вниманія не столько по своему тексту ³⁾, сколько по параллельнымъ мѣстамъ, содержащимся въ его примѣчаніяхъ ⁴⁾. Новѣйшія изданія суть слѣдующія: 1) Геба-

⁸⁾ „Было бы совершенно противно смыслу принятія аутентикъ, основать на нихъ споръ противъ текста новеллъ“. Савиньи *System I* стр. 68. д.

§ 4. ¹⁾ Сдѣланныя здѣсь замѣчанія имѣютъ цѣлью дать лишь возможность ориентироваться въ главномъ. Подробнѣе у Бекинга 1 *Anh. V*, Эркслебена *Einl. in d. röm. Privatr.* § 40.

²⁾ Главное дѣленіе текста, которое (въ глоссированныхъ изданіяхъ) обыкновенно кладется при этомъ въ основу, слѣдующее. 1. *Digestum vetus* (— XXIV. 2). 2. *Infortiatum* (— XXXVIII). 3. *Digestum novum* (— L). 4. *Codex* (первыя 9 книгъ кодекса). 5. *Volumen* или *volumen parvum* (последнія три книги кодекса, новеллы и институцій). Дѣленіе пандектовъ обусловлено тѣмъ, что глоссаторамъ они извѣстны были лишь въ частяхъ. Ср. Савиньи *Gesch. des röm. R. im M. A.* III стр. 422—442.

³⁾ Достойно вниманія тотъ видъ, въ которомъ являются въ немъ новеллы; въ него внесена не вульгата, а сборникъ 168 новеллъ (§ 3 прим. 1), въ латинскомъ переводѣ по изданію Конціуса 1571 г. Переводъ этотъ въ 96 новеллахъ заимствованъ изъ вульгаты, но Конціусъ внесъ въ него нѣкогорыя перемены; остальные новеллы заимствованы изъ другихъ источниковъ. Въ этомъ видѣ новеллы являются во всѣхъ неглоссированныхъ изданіяхъ отъ Конціуса до новѣйшихъ временъ (ср. прим. 7) и въ этомъ видѣ онѣ цитируются еще и по нынѣ. У Конціуса же заимствовано употребительное нынѣ дѣленіе на главы.

⁴⁾ Это пособие для толкованія необходимо особенно рекомендовать вниманію учащихся. Но предлагаемое Готофредомъ можетъ удовлетворить, по меньшей мѣрѣ, на первыхъ порахъ, даже болѣе преуспѣвшихъ.—По указаніямъ книгопродавцевъ (см. также *Jahrb. d. gem. Rechts V* стр. 408) покойный Келлеръ воз-

уера и (посмертное) Шпангенберга (1776. 1797)⁵⁾; 2) Бека (1825—1836); 3) братьевъ Кригель, кодексъ Германна, новеллы Озенбрюгена (1828—1843)⁶⁾. 4) Предпринятое Шрадеромъ большое изданіе (1832) дальше институцій не пошло. 5) Изданіе пандектовъ, удовлетворяющее всѣмъ требованіямъ критики, принято теперь Т. Momzenомъ⁷⁾.

намѣрился составить новое изданіе *Corpus Juris*, главное достоинство котораго должно было бы заключаться въ образцовомъ собраніи параллельныхъ мѣстъ. Дѣло это онъ не успѣлъ окончить, что составляетъ одну изъ немаловажныхъ потерь, понесенныхъ правовѣдніемъ вслѣдствіе смерти этого знаменитаго ученаго и юриста.

⁵⁾ Это изданіе доселѣ высоко цѣнилось именно потому, что въ немъ пандекты перепечатаны съ настоящаго флорентинскаго текста (примѣч. 7); но въ послѣднее время его опередили и въ этомъ отношеніи (примѣч. 7).—Новеллы помѣщены въ немъ не только въ латинскомъ текстѣ Конціуса, но и въ греческомъ текстѣ, и притомъ въ новомъ переводѣ ихъ, сдѣланномъ J. Fr. Hombergk zu Vach,—весьма важное добавленіе, такъ какъ вульгата даже въ рецензіи Конціуса часто непонятна.

⁶⁾ Въ изданіи Кригелей много сдѣлано для кодекса. Какъ Бековское, такъ и Кригелевское изданіе въ новеллахъ выпустило рецензію Конціуса. Въ нихъ помѣщены: 1) въ обоихъ греческій текстъ съ гомберковскимъ переводомъ, который во многомъ исправленъ въ Кригелевскомъ изданіи; 2) къ этому Кригелевское изданіе присовокупило вульгату, а Бекъ *liber Authenticarum* въ ихъ первоначальномъ порядкѣ, но не съ чистымъ текстомъ вульгаты.

⁷⁾ Теперь вышли въ свѣтъ его первые семь выпусковъ, доходящіе до первой трети 48 книги. Ср. объ этомъ изданіи Рудорфа въ *Zeitschr. f. R. Gesch.* VI стр. 418 и сл. Болѣе краткое изданіе для постоянного употребленія, начинающееся съ 1868 г., нынѣ доведено до начала 24 книги. Ср. объ этомъ критику Мейшайдера *VJSchr.* XII стр. 146 и сл.—Въ этомъ изданіи перепечатанъ, послѣ новаго тщательнаго сличенія, флорентинскій текстъ (*lectio Florentina*), то есть, текстъ рукописи, составленной въ 7 столѣтіи и хранившейся прежде въ Пизѣ, а нынѣ перенесенной во Флоренцію въ Лаврентьевскую бібліотеку; эту рукопись подъ названіемъ вульгатной (*lectio vulgata*) отличаютъ отъ тѣхъ рукописей, въ которыхъ содержится текстъ, разработанный глоссаторами. Для критики пандектнаго текста очевидно весьма важное значеніе имѣетъ вопросъ, положена ли въ основу этихъ вульгатныхъ рукописей рукопись первоначальная, независимая отъ флорентинскаго манускрипта, или же источникомъ всѣхъ ихъ служитъ флорентинскій манускриптъ. Главнымъ моментомъ для отвѣта на этотъ вопросъ будетъ то, что въ вульгатныхъ рукописяхъ встрѣчается рядъ дополненій флорентинскаго текста, которыя невозможно построить на гипотезѣ (см. Савини въ *Gesch. d. röm. R. im MA.* III стр. 455 и сл., а также Винера тамъ же VII стр. 82 и сл. и Т. Momzena *Jahrb. d. gem. R. V.* стр. 416 и сл.). На основаніи этихъ фактовъ Са-

§ 5.

Дальнѣйшіе источники пандектнаго права суть:

1) Каноническое право. Но принять лишь т. н. *Corpus juris canonici clausum*, который состоитъ изъ слѣдующихъ частей: а) Изъ *Decretum Gratiani* (*concordantia discordantium canonum*); это частный трудъ монаха средины XII столѣтія, состоящій изъ положеній самого автора, въ подкрѣпленіе къ которымъ приведены мѣста изъ Свящ. Писанія, отцовъ церкви, опредѣленій соборовъ, папскихъ декреталій, римскаго права и французскихъ капитулярій; приняты лишь эти цитаты, но не положенія автора (*dicta Gratiani*) ¹⁾. б) Изъ составленнаго по повелѣнію Григорія IX въ 1234 г. сборника папскихъ узаконеній (декреталій) ²⁾. в) Изъ сборника декреталій Бонифація VIII, т. н. *liber sextus*, изданнаго въ 1298 г., главнымъ образомъ состоящаго изъ декреталій отъ Григорія IX до Бонифація VIII. г) Изъ такъ-называемыхъ Клементинъ, то-есть, сборника декреталій Клементя V, изданнаго въ 1313 г. ³⁾. Не во-

винны въ в. пр. с., а за нимъ и другіе доселѣ держатся того мнѣнія, что вультатныя рукописи непремѣнно (цѣликомъ или въ отдѣльных частяхъ) основаны на первоначальной рукописи, не зависящей отъ флорентинской. Напротивъ того; другое мнѣніе, которое нынѣ защищаетъ Т. Момзенъ (ср. его же въ *Jahrb. d. gem. R.* V. 18) въ предисловіи къ вышеозначенному изданію пандектовъ для *digestum vetus*, придерживается того, что и родоначальная рукопись вультатныхъ рукописей есть лишь списокъ съ флорентинской, но что эта родоначальная рукопись была (въ немногихъ мѣстахъ) исправлена и дополнена по другой первоначальной рукописи.

§ 5. ¹⁾ Отдѣльныя мѣста источниковъ, содержащіяся въ *Decretum Gratiani*, названы *canones*. *Decretum* раздѣляется на 3 *partes*. Первая *pars* раздѣлена на 101 *distinctiones*; способъ цитированія: напр. с. 1. *Dist.* 11. Во второй *pars* изложены 36 юридическихъ случаевъ (*causae*), по поводу каждаго изъ этихъ случаевъ предлагаются вопросы (*quaestiones*), которые разрѣшаются на основаніи *canones*. Способъ цитированія: напр. с. 1 с. 13 *qu.* 2. Лишь 3 *quaestio* при 33 *causa*, заключающій въ себѣ *tractatus de poenitentia*, дѣлится сперва на 7 *distinctiones*, а уже эти на *canones*; способъ цитированія: напр. с. 21 *Dist.* 3 *de poenitentia*. Третья *pars* въ свой чередъ дѣлится только на (5) *distinctiones*. Для отличія отъ первой *pars* ее цитируютъ съ прибавленіемъ *consecratione*, о которой излагается въ первой *distinctio*, слѣдовательно, напр. с. 25 *Dist.* 5 *de consecratione*.

²⁾ а) Въ этомъ же качествѣ появились и изданія папами соборныя опредѣленія.

³⁾ Всѣ три сборника декреталій распадаются на 5 книгъ (содержаніе которыхъ въ общихъ чертахъ указываетъ слѣдующій памятный стихъ: *iudex, iudicium, clegus, sponsalia, crimen*), а книги на титулы; содержащіяся въ титулахъ отдѣльныя мѣста называются *capita*. Сборникъ Григорія IX означается X, что зна-

шедшія въ эти сборники декреталии * (extravagantes) не входятъ въ составъ Corpus juris canonici clausum и никогда не имѣли общей силы³⁾. Но за то еще и теперь важное значеніе для общегражданскаго права (въ особенности для брака) имѣють опредѣленія Тридентскаго собора⁴⁾. — Corpus juris canonici изданъ: Бемеромъ (1747) и Рихтеромъ (1833—1839).

2) Германскіе имперскіе законы: постановленія имперскихъ сеймовъ (Reichsabschiede), опредѣленія тѣхъ же сеймовъ (Reichsschlüsse съ 1654 г.), имперскіе уставы (Reichsordnungen)⁵⁾. Сборники см. въ примѣчаніи⁶⁾.

3) Общегерманское обычное право. Оно проявляется (§ 16) частью въ народной жизни, частью же въ практической дѣятельности юристовъ (юридическихъ совѣтахъ, мнѣніяхъ и рѣшеніяхъ)⁷⁾. Важнымъ свидѣтельствомъ въ его пользу служатъ сочи-

тить extra (именно decretum). Сборникъ Бонифація VIII названъ liber sextus потому именно, что онъ считался продолженіемъ прежняго сборника. Способъ цитирования: с. 1 X. de fide instr. 2. 23; с. 1 въ VI^o de usuris 2. 9; с. 1 in Clem. de test. 2. 8, или cl. 1 de test. 2. 8.

³⁾ Ихъ существуетъ два сборника: а) Extravagantes Joannis XXII. б) Такъ наз. extravagantes communes, отъ Урбана IV до Сикста IV. Рихтеръ Kirchenrecht § 77. 79.

⁴⁾ Которыя однако дѣйствуютъ только въ тѣхъ мѣстахъ (въ тѣхъ приходяхъ), гдѣ они обнародованы. Ср. Уиглейна Arch. f. civ. Pr. XIII стр. 127—129.

⁵⁾ Хотя рейнскій союзный актъ, во 2 стат. гласилъ: „toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu'à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses Sérénissimes les Rois et les Princes et le comte dénommés en l'article précédent, leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux“; но это опредѣленіе имѣло въ виду лишь политическія отношенія, касающіяся германскаго союза, и постоянно примѣнялось правительствомъ и судами исключительно въ этомъ смыслѣ.

⁶⁾ Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747 IV. фол. Герстлахера Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer Ordnung. Karlsruhe 1786—1794. XI. 8. (10 титулъ содержатъ въ себѣ гражданское право). Эммингауса Corpus juris Germanici tam publici quam privati academicum. Jena 1824. 2 изд. 1844. II. 8.

⁷⁾ Consilia, consultationes, responsa, decisiones. Ср. J. C. C. Schröter repertorium iuris consultatorium in præcipuas decisiones et responsa etc. Lips. 1793. 1794. II. 8. Hempel lexicon iuridico-consultatorium. Francof. et Lips. 1751—1756: X. fol. Litt. A—Ed. Гиртаннера Repertorium der deutschen civilistischen Praxis für das gemeine Recht Jena 1855. 8. Указанія особыхъ сборниковъ въ Lipenii Bibliotheca realis juridica и въ дополненіяхъ къ ней (§ 12 прим. 1) подъ выше-

ненія, излагающія общегерманское право въ томъ видѣ, какъ оно примѣняется на практикѣ⁸⁾).

III. ЗНАЧЕНИЕ ПАНДЕКТНАГО ПРАВА.

§ 6.

Значеніе пандектнаго права ближайшимъ образомъ состоитъ въ томъ, что оно имѣетъ законную силу въ большой части Германіи при отсутствіи соотвѣствующихъ мѣстныхъ законоположеній.

Другія и притомъ обширныя области Германіи хотя путемъ территоріальнаго законодательнаго акта изъяты отъ его господства, для нихъ изданы особые кодексы¹⁾; тѣмъ не менѣе значе-

указанными словами; обзоръ у Мауеренбрехера *deutsches Privatrecht* 2 изд. I стр. 78 и сл., у Вангерова I § 10 а. Для новой практики высшихъ нѣмецкихъ судовъ существуетъ слѣдующій въ высшей степени полезный сборникъ: *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland*. Издается И. А. Зейфертомъ, съ 9 тома И. А. Зейфертомъ и Е. А. Зейфертомъ, съ 12 тома только послѣднимъ, съ 16 А. Ф. В. Прейсеромъ. Съ 1847 г.; доселѣ вышло 22 тома. 8. Новое изданіе въ форматѣ лексикона, въ одномъ томѣ котораго будетъ заключаться около 5 томовъ перваго изданія, выходитъ съ 1866 г. Особые сборники для новѣйшей практики у Мауеренбрехера в. пр. с. и Тзля *Einl. in das deutsch. Privatr.* § 21, прим. 9. 12, Пухта § 6 а, прим. е., Безелеръ *deutsch. Privatr.* § 42 № IV.

⁸⁾ Для прежняго времени слѣдуетъ указать на труды Шильтера и Штрика. подробности означенныя въ § 12 подъ А. 5. 6.

§ 6. ¹⁾ Въ Пруссіи, за исключеніемъ немногихъ ея областей не считая вновь приобрѣтенныхъ, дѣйствуетъ „*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*“ (1794) въ Австріи „*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*“ (1811), въ кор. Саксонскомъ „*bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*“ (1863. 1865). Кромѣ того въ германскихъ земляхъ на лѣвомъ берегу Рейна въ небольшой части прусскихъ Рейнскихъ провинцій (нѣкогда герцогство Бергъ) дѣйствуетъ французскій кодексъ; въ переводѣ съ добавленіями онъ дѣйствуетъ въ качествѣ „*Badisches Landrecht*“ въ великомъ герцогствѣ Баденскомъ. Подготавливаются новыя кодексы въ великомъ герцогствѣ Гессенскомъ (проектъ напечатанъ въ 4 отдѣлахъ, Дармшт. 1842—1853) и въ королевствѣ Баваріи (часть проекта уже отпечатана, Мюнхенъ 1861. 1864). Дрезденскою комиссіею выработанъ „*Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse*“ (изданъ въ 1864. 1866).—Обнародованный въ 1756 г. для Баваріи „*Churbayerisches*

ніе пандектнаго права и для этихъ областей едва-ли не таково же. Ибо большая часть заступившихъ его мѣсто кодексовъ содержитъ въ себѣ римское право ²⁾, то-есть, воззрѣнія редакторовъ этихъ кодексовъ на то, что составляетъ истинное содержаніе римскаго права и что изъ него можетъ быть примѣняемо, такъ что полное знакомство съ римскимъ правомъ и его нынѣшнимъ дѣйствіемъ есть главнѣйшее условіе какъ для правильного пониманія этихъ кодексовъ, такъ и для возможности ихъ усовершенствованія.

Но не говоря уже о прежней или нынѣшней законной силѣ римскаго права, оно имѣетъ неопцнимое значеніе для всей Европы, даже для всего цивилизованнаго міра ³⁾. И именно по двумъ причинамъ. Во-первыхъ, потому, что содержаніе его по большей части не основано на особенностяхъ римскаго народнаго ума, а есть лишь выраженіе общечеловѣческаго воззрѣнія на общечеловѣческія отношенія, и это выраженіе развивается въ римскомъ правѣ съ такимъ мастерствомъ, до котораго еще доселѣ не могло возвыситься никакое законовѣдѣніе и никакое законодательное искусство; вотъ почему оно имѣетъ непосредственную цѣну повсюду, гдѣ живутъ цивилизованные люди ⁴⁾.

Landrecht" (Codex Maximilianeus) съ одной стороны лишь повторяетъ въ главныхъ чертахъ содержаніе общаго права, но въ другомъ порядкѣ и другимъ языкомъ, а съ другой не исключаетъ вспомогательнаго дѣйствія чужаго права. — По отношенію къ вексельному праву во всѣхъ германскихъ государствахъ дѣйствуетъ нынѣ „die allgemeine deutsche Wechselordnung" (1847), по отношенію къ торговому праву почти во всѣхъ дѣйствуетъ „allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch" (1861).

²⁾ Это вѣрно даже по отношенію къ французскому кодексу, который какъ произведеніе, вышедшее изъ революціи, по видимому, скорѣе всего долженъ былъ бы разорвать всякую связь съ прежнимъ правомъ. А между тѣмъ именно обязательственное право по большей части есть ничто иное, какъ извлеченіе изъ различныхъ *traits* Потье.

³⁾ Измѣненія, обусловливающія его, примѣнимость въ качествѣ общаго права Германіи, при этомъ въ расчетъ не берутся. Такое значеніе имѣетъ не столько пандектное право, сколько содержащееся въ немъ римское право.

⁴⁾ Главнѣйшимъ образомъ — хотя далеко не исключительно — сюда относятся тѣ законы, посредствомъ которыхъ анализируется содержаніе выраженной воли, этого безъ сравненія важнѣйшаго основанія измѣненій, вносимыхъ въ частныя правоотношенія. Такъ, напримѣръ: что такое содержаніе сдѣлокъ купли и найма? Что значить условіе, срокъ?

Вовторыхъ, потому, что совершенно независимо отъ своего содержания, римское право своею формальною отдѣлкою призвано служить образцомъ и школою юридической мысли и юридического творчества. Понятія римскаго права всегда рѣзки и точны и не смотря на то всегда эластичны, всегда готовы открыть доступъ къ себѣ всѣмъ вновь возникающимъ жизненнымъ потребностямъ; римское право всегда ясно и никогда не доходитъ до отвлеченности. Въ то время какъ, съ одной стороны, древне-германскому праву грозила опасность изъ-за богатой разработки подробностей упустить изъ виду логическую между ними связь, а съ другой — германскій умъ легко разбивается о скалу догматической абстракции: римское право явилось для Германіи спасительнымъ средствомъ умственной дисциплины, которымъ, можно надѣяться, никогда не будутъ пренебрегать ⁵⁾.

⁵⁾ Съ того времени, какъ развитіе новѣйшей философіи положило предѣлъ безусловному почитанію, которое воздавалось римскому праву, было не мало споровъ о значеніи послѣдняго, да и теперь еще можно встрѣтить въ этомъ отношеніи взгляды, крайне противоположные между собою. Тогда какъ одни все еще продолжаютъ считать римское право правомъ безусловнымъ (Г. Ленцъ *über die geschichtliche Entstehung des Rechts* 1844), другіе, напротивъ того, доказываютъ, что оно построено на принципиально превратномъ основаніи (К. А. Шмидтъ [изъ Ростока], *der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht*, 1 [единственный] томъ 1853). Но римское право не заслуживаетъ ни такого восхваленія, ни такого порицанія. Римское право не есть право безусловное; безусловнаго права вообще не существуетъ; въ области права, какъ и во всякой другой области, истина открывается только прогрессивною работою чловѣческаго ума. Но римское право есть результатъ юридической работы той части чловѣчества, на долю которой преимущественно предъ всѣми доселѣ извѣстными историческими народами выпало величайшее обогащеніе культуры права. Римское право не есть само право, точно также какъ греческое искусство не есть само искусство; но умственный капиталъ чловѣчества въ такой же мѣрѣ возросъ отъ греческаго искусства, какъ и отъ римскаго права. Ср. § 10 прим. 4. — Чтобы составить себѣ правильное представленіе о достоинствѣ и значеніи римскаго права, слѣдуетъ главнѣйшимъ образомъ познакомиться съ сочиненіемъ Игеринга *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1 т. 1852, 2 т. 1854. 1858, 3 т. 1 отд. 1865, 1 т. и 2 т. 1 отд. 2 изд. 1866), направленномъ къ изложенію послѣднихъ и подлинныхъ мыслей римскаго права. Кромѣ того изъ относящихся сюда сочиненій можно указать на К. Д. А. Редера *Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts* (1855); Фр. Гана *die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Principien* (1856; по формѣ это сочиненіе есть возраженіе на вышеназванное сочиненіе Шмидта).

IV. ЛИТЕРАТУРА.

§ 7.

Научная разработка римскаго права со времени своего возрожденія въ Болонской школѣ прошла многообразныя стадіи. Мы представимъ, здѣсь историческій очеркъ ея развитія ¹⁾.

Что касается самой Болонской школы, то главная дѣятельность ея преподавателей какъ на лекціяхъ, такъ и въ сочиненіяхъ отличалась экзегетическимъ характеромъ; вотъ почему они и названы глоссаторами (отъ глоссированія текста). Результатъ ихъ трудовъ еще и теперь заслуживаетъ нашей признательности; такъ какъ они не останавливались исключительно на толкуемыхъ мѣстахъ, а связывали ихъ съ другими мѣстами *Corpus juris*, относящимися къ тому же предмету, то они значительно облегчили пониманіе источниковъ. Недостатокъ ихъ въ томъ, что они не вносили въ свои изысканія историческаго элемента; они на столько же не знали исторіи, на сколько и не понимали ее; содержаніе римскаго права казалось имъ не результатомъ непрерывнаго, въ теченіе вѣковъ продолжавшагося развитія, а единственно законодательствомъ Юстиніана ²⁾.

Со второй половины XIII столѣтія прежнее рвеніе, при существованіи того же недостатка, начинаетъ ослабѣвать.

¹⁾ Подробности, относящіяся къ періоду времени до конца 15 столѣтія, исчерпывающимъ образомъ изложены въ означенномъ въ § 3 примѣч. 2 сочиненіи Савиньи: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. За послѣдующее же время нѣтъ удовлетворительной исторіи юридической литературы вообще и римскаго права въ особенности. Сочиненіе Гуго: *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte* (курсъ гражданскаго права въ 6 томѣ), 3 изд. Berlin 1830, есть скорѣе исторія писателей, чѣмъ науки. Болѣе обстоятельная оцѣнка научнаго характера писателей и ихъ заслугъ сдѣлана въ *Haubold institutiones iuris Romani litterariae*, 1 (единственный) томъ. Lipsiae 1809.

²⁾ Ср. Савиньи в. пр. с. V стр. 222—240. — Изъ числа глоссаторовъ, отъ которыхъ начинаются глоссы, мы назовемъ тутъ наиболѣе извѣстныхъ, каковы: Ирнерій основатель школы, въ 1100 г.; Булгаръ, Мартинъ, Якобъ, Гуго, извѣстные подъ названіемъ *quatuor doctores*, въ срединѣ 12 столѣтія; Рогерій, во второй половинѣ 12 столѣтія; Плацентинъ † 1192; Иоганнъ Бассіанъ, современникъ Плацентина; Пиллій, нѣсколько позднѣе; Ацо † послѣ 1220 г. Гуголинь † 1233. Ср. Савиньи в. пр. с. т. IV т. V стр. 1—262.

Это обнаруживается въ двухъ отношеніяхъ: во первыхъ, въ злоупотребленіи діалектическими формами, вслѣдствіе чего на мѣсто объясненія сущности предмета ставится безсодержательный формализмъ; во вторыхъ, въ томъ, что обращается вниманіе не на источники, а главнымъ образомъ на то, что сказали о нихъ другіе, именно глоссы; вотъ почему и юристовъ этого періода называютъ комментаторами. Къ этому слѣдуетъ присовокупить несносное многословіе и неумѣніе излагать предметъ, отчего сочиненія того времени почти невозможно читать. Въ такомъ положеніи находилось это дѣло въ теченіе 14 и 15 столѣтій; правда, въ 14 столѣтіи вновь пробудилось изученіе древностей, которое ревностно продолжалось въ теченіе 15 столѣтія, но оно не оказало никакого вліянія на юриспруденцію^{3. 4).}

§ 8.

Лишь въ 16-мъ столѣтіи вошла въ силу лучшая метода. Благодаря тому, что изученіе древностей признано было важнымъ и для юриспруденціи, впервые стало пролагать себѣ дорогу стремленіе уразумѣть духъ римскаго права помощью изслѣдованія его историческаго развитія. Такъ какъ осядлость свою это стремленіе имѣло главнымъ образомъ во Франціи, то и говорятъ о фран-

§ 8. ³⁾ Савиньи в. пр. с. V стр. 225—228. 298. 299. 335. 353—356. VI стр. 1—25. По отношенію къ вытѣсненію дѣйствительныхъ источниковъ глоссами замѣчательно извѣстіе комментатора Рафаэля Фульгосіуса († 1427): „Nostis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter prescriptam idolatriam per advocatos, significans quod, sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorent glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam index: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?“ (Raf. Fulgosius in 1. Si in solutum C. de oblig. et act., у Heineccius hist. iur. § 417). Это увеличивалось все болѣе и болѣе. Въ одномъ мѣстѣ одного изъ рукописныхъ сочиненій 15 столѣтія (у Савиньи в. пр. с. V стр. 299 прим. g) сказано: „Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas“. Случалось, что на лекціяхъ въ теченіе дѣлаго года разбиралось всего только 5 мѣстъ *Corpus juris*, были и такіе преподаватели, которые посвящали по два мѣсяца на толкованіе какого-либо заглавія. G. Panzirolus de claris legum interpretibus II cap. 4.

⁴⁾ Извѣстѣйшіе (по отношенію къ римскому праву) комментаторы суть: Одофредъ † 1265, Цинусъ 1270—1334, Альберикусъ де Росціате † послѣ 1350, Бартолусъ 1314—1357, Балдусъ 1327—1400, Язонъ 1435—1519. Ср. Савиньи в. пр. с. т. V во второй половинѣ и т. VI.

пузской школѣ; величайшій изъ ея дѣятелей это Jacobus Cuiacius¹⁾). Но рядомъ съ этимъ историческимъ направлениемъ проводилось уже и систематическое; въ этомъ отношеніи можно поставить вмѣстѣ съ именемъ Куація не менѣ знаменитое имя Гуго Донеллуса²⁾.

Это научное движеніе гораздо менѣ коснулось Германіи, чѣмъ другихъ странъ³⁾). Въ то время какъ въ теченіе 17 и 18 столѣтій направление французской школы ревностно, хотя и не всегда съ практическимъ смысломъ, проводилось въ Нидерландахъ⁴⁾, въ Германіи, напротивъ того, сама необходимость давно уже заставила обратить особенное вниманіе на то, чтобы приспособить

¹⁾ Jacques Cuias, род. 1522 г. ум. 1590. Его біографія, составленная Bergiat-Saint-Prix, приложена къ концу его исторіи римскаго права, на нѣмецкомъ языкѣ Шпангенберга (1822). Полное изданіе его сочиненій с. Fabroti Paris. 1658. X fol., Neap. 1722 sq. XI f., тамъ же 1757. XI f., Venet. et Mut. 1758 sq. XI f. Сюда же: Dominici Albanensis promptuarium universorum operum Jac. Cuiacii. Neap. 1763. II f., Mut. 1795. II f. Ср. Тибо Arch. f. civ. Pr. XIII. 11. 21.

²⁾ Hugues Doneau (d'Onneau? ср. Аарона Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I стр. 141 прим. 71), род. 1527 ум. 1591. Его „Commentarii iuris civilis“ не составляютъ перваго систематическаго изложенія римскаго права (еще до нихъ появилось такое изложеніе подъ тѣмъ же заглавіемъ Франциска Коннануса 1553), но это такого рода сочиненіе, которое и теперь еще заслуживаетъ полнаго вниманія. Сочиненіе это издано вполне лишь послѣ смерти автора его ученикомъ Scipio Gentilis. См. § 12. т. 2. Полное изданіе его сочиненій с. Pellegrini, Lucæ 1762 sq. XII f. [Eyssel Doneau sa vie et ses ouvrages Dijon 1860. (Переведено съ латинскаго М. И. Симонети). Штинцинга Hugo Donellus in Altdorf. Erlangen 1869].—Кромѣ Куація и Донеллуса могутъ быть здѣсь упомянуты и слѣдующіе представители французской школы: Duarenus 1509—1559, Anton. Contius 1517—1577, Barnab. Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus 1549—1622, и его старшій сынъ Jacobus Gothofredus 1587—1652, знаменитый комментаторъ Codex Theodosianus.

³⁾ Впрочемъ древнѣйшій изъ извѣстнѣйшихъ нѣмецкихъ юристовъ, Ульрихъ Цазіусъ 1461—1535, принадлежитъ къ основателямъ и руководителямъ новой школы. Ср. вообще Штотба Geschichte der deutschen Rechtsquellen II стр. 22—44, и въ особенности о Цазіусѣ сочиненіе Штинцинга: Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. 1857. Opera omnia Francof. 1590. 1595. 6 т. и др.

⁴⁾ Изъ представителей голландской школы можно упомянуть здѣсь слѣдующихъ: Арнольда Виніуса 1588—1657, Ульр. Губера 1636—1694, Іогана Фэта (Voet) 1647—1714, Гер. Ноота 1647—1725, Антона Шульцинга 1659—1734 Ортв. Вестенберга 1667—1737 (родомъ нѣмецъ).

римское право къ примѣненію его въ судахъ. Это стремленіе продолжалось въ теченіи 16, 17 и 18 столѣтій. Писатели этого періода, такъ называемые практики, въ дѣлѣ глубокаго изученія истиннаго духа римскаго права сдѣлали немного, но за то ихъ заслуга и значеніе состоятъ въ томъ, что рядомъ съ римскимъ правомъ они часто проводили туземныя и новѣйшія юридическія воззрѣнія и такимъ образомъ придали римскому праву ту форму, въ которой оно теперь дѣйствуетъ у насъ⁵⁾. Выясненію общихъ понятій и систематическому пониманію римскаго права способствовала новѣйшая философія, которая стала оказывать практическое вліяніе на Германію въ послѣдней четверти XVII столѣтія (въ періодъ такъ называемаго естественнаго права); она не мало также содѣйствовала безпристрастному сужденію о томъ, какое мѣсто должно занять римское право въ Германіи; въ дѣлѣ же болѣе глубокаго пониманія содержанія этого права вліяніе ея было скорѣе неблагопріятно, чѣмъ благопріятно. Германскіе писатели-цивилисты, наиболѣе извѣстные до конца XVIII столѣтія, поименованы въ⁶⁾ примѣчаніи.

§ 9.

Съ XVIII на XIX столѣтіе изученіе римскаго права и вообще юриспруденція получаютъ новую жизнь отъ того же самаго обстоятельства, которое вдохнуло въ нихъ новую жизнь еще въ XVI столѣтіи; снова вошло въ свои права историческое изслѣдованіе.

⁵⁾ Ср. Брунса въ *Jahrb des gem. R.* I стр. 90—92.

⁶⁾ Ioach. Mynsinger. † 1588, Andreas Gaill 1526 — 1587, Mathäus Wesembeck 1531 — 1586 (родомъ нидерландецъ), Herm. Vultejus 1555 — 1634, Ioh. Harpprecht 1560—1639, Christoph Besold 1577—1638, Rein, Bachov von Echt † 1635, Matth. Berlich † 1638, Bened. Carpzov 1595 — 1666. Ioh. Brunnemann 1608—1672, David Mevius 1609—1670, Wölfg. Ad. Lauterbach 1618—1678, e. Ad. Struve 1619 — 1692, Ioh. Schilter 1632—1705, Sam. Stryk 1640—1701, Christ. Thomasius 1655—1723, I. H. v. Berger 1657—1732, Just. Henn. Böhmer 1674—1749, I. B. v. Wernher 1675—1742, Sam. v. Cocceji 1679—1756, I. G. Heineccius 1681—1741, Augustin v. Leyser 1683—1752, David Ge. Strube 1694—1775, Fr. Es. v. Pufendorf (1707—1785), Ge. Ludw. Böhmer. 1715 — 1797, Ioh. Aug. Hellfeldt 1717—1782, Ioh. Aug. Bach 1721—1758, Ludw. Jul. Fr. Höpfner 1743—1796, Carl Chr. Hofacker 1749 — 1793, Phil. Fr. Weis 1766—1808 учитель Савиньи, Chr. Fr. Glück 1755—1831.

Римское право снова стали разсматривать какъ результатъ многовѣковаго развитія, и въ этомъ-то развитіи стали искать и обрѣли объясненіе истиннаго смысла начать *Corpus juris*. Вотъ почему и возникшую въ это время новую школу назвали историческою. Основаніе ея положилъ еще Густавъ Гуго (1764—1844)¹⁾, величайшій же представитель и общепризнанный глава ея есть Фридрихъ Карлъ фонъ Савиньи (1779—1861)²⁾. Отъ исторической школы 15 столѣтія эта новая историческая школа отличается главнымъ образомъ тѣмъ, что она обращала особое вниманіе на строгое разграниченіе понятій и на указаніе систематической связи между отдѣльными положеніями римскаго права. Въ этомъ отношеніи особенно заслуживаетъ быть названнымъ Георгъ Фридрихъ Пухта (1798—1846), замѣчательнѣйшій изъ учениковъ Савиньи³⁾.

¹⁾ Ср. Савиньи, *der zehente Mai*, *Zeitschr. f. gesch. RW.* IX. 13.

²⁾ Савиньи не только формулировалъ программу исторической школы (см. § 10 прим. 1), но еще до этого разработкою одного изъ отдѣльныхъ ученій (ученія о владѣніи 1803, 6 изд. 1836, 7 изд. по смерти автора 1865) преподавалъ образецъ для изслѣдованія римскаго права. Кромѣ того главныя сочиненія его суть вышеприведенныя „*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*“ и „*System des heutigen Römischen Rechts*, (§ 11). Ср. Шейрля *Einige Worte über Friedrich Carl von Savigny*, (1850). Арндтса рѣчь въ день празднованія памяти Фридриха Карла Савиньи, произнесенная 31 октября 1861, *krit. VJSchr* IV стр. 1 и сл. Гейдеманна рѣчь, произнесенная въ день, установленный берлинскимъ юридическимъ обществомъ 29 ноября 1861 г. для празднованія памяти Савиньи, *deutsche Gerichtszeitung* 1861 № 90. Игеринга. *Friedrich Carl von Savigny, Jahrb. f. Dogm.* V. 7 (1861). Штинцинга *Friedrich Carl von Savigny* (1862). Рудорфа *Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken. Zeitschr. f. R. Gesch.* II стр. 1—69 (1863). Бетмана Гольвега *Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ. Zeitschr. f. R. Gesch.* VI стр. 42 и сл. (1867).

³⁾ Некрологи этого ученаго, слишкомъ рано для нашей науки похищеннаго смертью, составлены Шталемъ и Ветцелемъ и помѣщены въ *Beilage zur Augsb. allg. Zeitung* 5 февраля 1846 г. и въ *krit. Jahrb. der deutschen R. W.* 1846. стр. 283 и сл. и въ Губера *Ianus* 1846 стр. 337 и сл. (оба они перепечатаны также въ изданіи Рудорфа *von Puchta's kleinen civil. Schriften*). Изъ другихъ писателей, относящихся къ этому направленію и періоду, остается назвать наиболѣе замѣчательныхъ изъ умершихъ; лишь немногіе изъ нихъ были непосредственными учениками Савиньи. Именно: Йог. Фр. Людв. Гешенъ 1778—1837 Арн. Гейзе 1778—1851, I. Хр. Гассе 1779—1830, Эд. Шрадеръ 1779—1860 Альб. Швейппе 1783—1829, Хрістіанъ Фридрихъ Мюлленбрухъ 1783—

Историческое изслѣдованіе римскаго права господствуетъ и теперь. Хотя историческая школа не осталась безъ противниковъ (§ 10), но эти послѣдніе вовсе не касались той истины, что полное уразумѣніе сущности римскаго права, какъ и всякаго вообще положительнаго права, можетъ быть достигнуто лишь путемъ историческаго изслѣдованія. Дѣло у нихъ шло совершенно о другомъ⁴⁾.

§ 10.

Направленіе, противопоставившее себя исторической школѣ съ самаго ея возникновенія и извѣстное подъ именемъ философской школы, спорило съ историческою школою не столько о правильной методѣ изслѣдованія даннаго положительнаго права, сколько о томъ, какимъ образомъ возможно послѣдующее образованіе такого права; историческая школа при этомъ указывала больше на историческое движеніе, а такъ-называемая философская—на автономическое творчество⁴⁾. Сверхъ того изъ среды философской школы указано было еще и на то, что для правовѣдѣнія какъ практической науки историческое изслѣдованіе должно быть лишь средствомъ

1843, Эг. ф. Лэръ 1784—1851, Дан. Унтергольцнеръ 1787—1838, К. А. О. Кленце 1795—1838, Фр. Людв. (ф.) Келлеръ 1799—1860.

⁴⁾ Ср. S. I. Hingst proeve eener geschiedenis der historische school, 1859. Объ этомъ Виндшейда krit. VJSchr. II стр. 307—30). О сочиненіи К. И. Зейца: das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule (1865), см. Беккера krit. VJSchr. VII стр. 464—470.

§ 10: ⁴⁾ Эта противоположность со всею рѣзкостью высказалась по случаю предложеннаго Антономъ Фридрихомъ Юстусомъ Тибо (1772—1841) вопроса: Не пора ли теперь, послѣ изгнанія французовъ изъ Германіи, свергнуть съ себя также иго чужеземнаго права, составивъ общегерманскій кодексъ? Тибо отвѣтилъ на этотъ вопросъ утвердительно („über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland“ 1814, 3 изд. 1840), между тѣмъ какъ Савиньи въ своемъ знаменитомъ возраженіи: „über den Beruf unserer Zeit zur Rechtswissenschaft und Gesetzgebung“ (1814, вновь изданное 1828, 1840) отказывалъ тому времени въ способности законодательству, которое въ главныхъ чертахъ должно быть ничѣмъ инымъ какъ редакцію дѣйствующаго права; познать послѣднее—вотъ его задача; улучшенія настоящаго положенія можно ожидать не отъ законодательства, а отъ науки. Въ этомъ сочиненіи содержится истинная программа исторической школы: право не выдѣляется, а существуетъ и развивается вѣстѣ съ народами. Ср. еще, а также и насчетъ нижеслѣдующаго текстъ Тибо über die s. g. historische und nicht-historische Schule, Arch. f. civ. Pr. XXI 16. (1838).

для достиженія цѣли, но не самою цѣлью. И дѣйствительно, нельзя отрицать, что по отношенію къ римскому праву не всѣ представители исторической школы всегда надлежащимъ образомъ сознавали, что ближайшее значеніе имѣть для насъ не то, какимъ было римское право въ то или другое время, а то, какимъ образомъ оно должно дѣйствовать у насъ нынѣ²⁾.

Другая оппозиція исторической школѣ, возникшая въ послѣдніе годы, специально относится къ господству римскаго права въ Германіи. Подобно школѣ естественнаго права, но конечно съ другой точки зрѣнія, она начала съ того, что отрицала справедливость этого господства; было указано, что римское право есть чужое право, что оно по большей части содержитъ въ себѣ мертвый матеріалъ, что чрезъ него незаслуженнымъ образомъ было бы отодвинуто на задній планъ и задерживалось бы развитіе германскаго права³⁾. Горячій споръ, возгорѣвшійся по этому поводу между „романистами“ и „германистами“, продолжался не долго; но противоположеніе, отъ котораго отправлялась названная оппозиція, еще доселѣ преобладаетъ въ научномъ изложеніи римскаго права. Ибо, какъ это можно съ увѣренностью утверждать, если между знатоками дѣла нынѣ уже не замѣчается никакого разногласія относительно того, что римское право не должно считаться въ Германіи вторгнувшимся въ нее безъ всякаго основанія, но что и для Германіи и

²⁾ О „заблужденіяхъ таѣхъ-называемаго историко-юридическаго метода“, говорилъ уже въ 1827 Гассе, Rhein. Museum I стр. 66.

³⁾ Здѣсь нужно указать главнымъ образомъ на два сочиненія: Н. Ф. Кирульфа Theorie des gemeinen Civilrechts I (единственный) т. 1839. и Г. Безелера Volksrecht und Juristenrecht 1843. Кирульфъ требовалъ, чтобы на основаніи нынѣ общепризнанныхъ принциповъ, все равно изъ какого бы они источника ни происходили, создано было новое право, которое заимствовало бы свою обязательную силу не изъ Corpus juris, но наоборотъ само сообщало ему обязательную силу. Безелеръ ухватился за то положеніе, которымъ историческая школа противъ самой себя оправдывала примѣненіе римскаго права въ Германіи, безспорно вышедшее не изъ среды народа—положеніе, что при болѣе развитыхъ отношеніяхъ правопроизводящая сила народа переходитъ отъ него къ юристамъ, какъ его естественнымъ представителямъ; Безелеръ утверждалъ, что правосознаніе юристовъ, конечно, можетъ быть истиннымъ выраженіемъ національнаго ума, но не непременно, и что именно правосознаніе германскихъ юристовъ при введеніи въ дѣйствіе римскаго права не было такимъ выраженіемъ. Ср. § 16 и слѣдующее примѣчаніе. Кромѣ Кирульфа и Безелера можно еще указать на Блунчли die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen 1841, 2 изд. 1862.

для всего новѣйшаго міра оно имѣетъ такое же значеніе, какъ и вся античная культура, которой оно есть лишь одна изъ отраслей, что по отношенію къ римскому праву, какъ и по отношенію ко всей античной культурѣ, задача наша состоитъ не въ томъ, чтобы отвергать и изгонять его, а скорѣе въ томъ, чтобы умственно усвоить его себѣ и по устраненіи изъ него всего противорѣчиваго и неприложимаго превратить это чужеземное право въ наше собственное: то нельзя не признать, что у различныхъ изслѣдователей римскаго права замѣчается различная степень энергіи въ стремленіи къ такому именно онѣмеченію послѣдняго *). Что же касается до того, какъ далеко должно про-

*) Очевидно, что при этомъ не безразлично, какого держатся принципа по отношенію къ возбужденному Безелеромъ вопросу (конецъ предыдущаго примѣчанія). Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее. Положеніе, что правосознаніе германскихъ юристовъ при принятіи римскаго права было истиннымъ выраженіемъ національнаго духа, можно понимать двоякимъ образомъ. Съ одной стороны, тутъ можетъ подразумѣваться, что существующее уже въ народѣ сложилось въ умѣ юристовъ въ ясное убѣжденіе, а съ другой, что хотя у народа и не было никакого юридическаго представленія, но что въ умѣ юристовъ образовалось правосознаніе, соотвѣтствующее особому складу и образу жизни именно нѣмецкаго народа, согласное съ его природою. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ смыслѣ нельзя утверждать, что сознаніе германскихъ юристовъ относительно законной силы *Corpus juris* было національно; въ первомъ смыслѣ потому, что содержаніе *Corpus juris* было совершенно неизвѣстно большинству германскаго народа; во второмъ потому, что юристы считали обязательными всѣ отдѣльныя законоположенія *Corpus juris*, не справляясь съ тѣмъ, примѣнимы ли они или нѣтъ. Юристы увлечены были при этомъ нравственнымъ теченіемъ, которое господствовало во все ихъ время, именно пассивною преданностью античной культурѣ, ослѣпленной своимъ блескомъ. Эта преданность есть историческій фактъ, совершившійся не только въ области права, но и въ другихъ областяхъ; сообразуясь однако съ его результатами, нельзя назвать его фактомъ печальнымъ, ибо онъ безгнѣвно увеличилъ умственное достоинство нашего народа; тѣмъ не менѣе по способу осуществленія, его нельзя считать дѣломъ національнымъ. Национальнымъ дѣломъ былъ бы онъ тогда, если бы помянутая преданность не была пассивна, еслибы умъ юристовъ въ принятіи римскаго права оставался бы и въ самомъ приспособленіи нѣмецкимъ. Но этого не случилось, и въ помянутомъ принятіи онъ оставался чужеземнымъ. Лишь мало по малу сталъ онъ мужать и снова думать о своей національности; юристы приложили свое стараніе къ этому дѣлу, стали пересматривать постановленія *Corpus juris*, выбрасывать изъ нихъ все чужеродное, а однородному сообщать силу національнаго права, словомъ стали передѣлывать чужеземное римское право въ отечественное. Это развитіе продолжается и теперь, оно далеко еще не окончилось. Нельзя не сознаться, что ему гораздо болѣе способствовало

стираться это стремление, то, во избѣжаніе пагубной путаницы, на практикѣ слѣдуетъ держаться того, что римское право должно во всякомъ случаѣ примѣняться въ томъ видѣ, въ какомъ оно содержится въ *Corpus juris*, пока не будетъ доказано, что тѣ или другія постановленія послѣдняго непримѣнимы либо вслѣдствіе несуществованія тѣхъ отношеній, которыхъ они касаются, либо вслѣдствіе того, что отвергнуть ихъ основной принципъ, либо оттого, что они противорѣчатъ основному принципу нынѣшняго юридическаго порядка, и наконецъ, либо потому, что они отмѣнены другимъ противоположнымъ имъ источникомъ.

§ 11.

Что касается формы научнаго изложенія, то до 17 столѣтія господствовала экзегетическая метода. Съ этого времени стали преподавать римское право, хотя и въ порядкѣ титуловъ пандектовъ, но такимъ образомъ, что ученіе, содержащееся въ каждомъ титулѣ, излагалось свободно (т. н. легальный порядокъ). Самое полное сочиненіе этого рода и въ тоже время какъ бы завершающее собою научную разработку римскаго права до возникновенія исторической школы, есть сочиненіе Глюка, подробное заглавіе котораго будетъ приведено въ слѣдующемъ параграфѣ. Между тѣмъ появились и систематическія сочиненія, но сначала разрозненно; съ конца прошлаго столѣтія они совершенно вытѣснили пандектный порядокъ. Въ основу ихъ сначала положена была система институцій, въ которую каждое изъ нихъ внесло различныя измѣненія. Употребительный нынѣ и введенный также въ предлагаемый учебникъ порядокъ расположенія матеріала зиждется на томъ же основаніи, которое впервые выставилъ Гуго (*Institutionen des heutigen römischen Rechts* 1789) и подробнѣе развилъ Гейзе (*Grund-*

воззрѣніе Безелера, породившее сомнѣніе, чѣмъ общепринятое воззрѣніе, которое по меньшей мѣрѣ грозитъ привести къ неумѣстному квіетизму. — Игерингъ *Geist des röm. R.* 2 изд. I § 1 противъ принципа національности права выставляетъ принципъ универсальности; принятіе римскаго права есть, по его мнѣнію, выраженіе этого послѣдняго принципа; народы, думаетъ онъ, должны находиться между собою въ постоянномъ обмѣнѣ идей и дѣйствительно предназначены къ этому обмѣну. Это, конечно, справедливо; но изъ этого не слѣдуетъ, что особенность каждаго народа не должна служить окончательною мѣркою въ вопросѣ о томъ, справедливо ли то или другое считается его правомъ или нѣтъ.

driss eines Systems des gemeinen Civilrechts 1807). Главное произведение этого направления есть „System des heutigen römischen Rechts“ Савиньи, котораго, къ сожалѣнiю, окончена лишь небольшая часть (§ 12).

§ 12.

Наиболѣе замѣчательныя полныя сочиненiя по пандектному праву¹⁾ суть слѣдующiя.

А. По легальному порядку.

1) Mathaei Wesembecii Paratitla in Pandectas iuris civilis. Bas. 1568. 1575 и сл., послѣднiй разъ въ Amstel. 1865. 4.

2) Jac. Cuiacii Paratitla in libros quinquaginta Digestorum s. Pandectarum. Lugd. 1570. 12, Paris. 1641. 12.

3) Justi Meieri Argentorantese collegium. Argent. 1657. III. 4.

4) Joh. Schilteri Exercitationes ad Pandectarum libros. Jenae

§ 12: ¹⁾ Обзоръ экзегетическихъ работъ см. у Haubold doctrinae pandectarum lineamenta p. 3 sqq.—Для отысканiя разсѣянныхъ въ различныхъ сочиненiяхъ изслѣдованiй объ отдѣльныхъ мѣстахъ Corpus juris могутъ служить слѣдующiя произведенiя: C. Ferd. Hommelii corpus juris civilis cum notis variorum. Lips. 1768. 8. (къ институціямъ и пандектамъ). Ant. Schultingii notae ad Digesta s. Pandectas ed. Schmallenburg. Lugd. Bat. 1804—1833. VII. 8. Т. Шиммельшфенга Hommel redivivus. Cassel 1858—1859. III. 8. Указанiя относительно изслѣдованiй отдѣльныхъ предметовъ можно найти въ слѣдующихъ общихъ библиографическихъ трудахъ: Mart. Lipenii Bibliotheca realis iuridica, post F. G. Struvii et G. A. Jenichenii curas emendata multis accessionibus aucta et locupletata. Lips. 1757. II. f. Съ дополненiями Шотта 1775, Зенкенберга 1789, Мадина 1817—1830. Рессига Repertorium der in den seit 1790 erschienenen practisch juristischen Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. 1802. 8. Эрша Literatur der Jurisprudenz, продол. Коппе 1823. 8. Зикеля Repertorium über die 1802—1834 erschienen Sammlungen von juristischen Aufsätzen und Entscheidungen 1835. II. 4. Каплера juristisches Promptuarium. Ein Repertorium über alle in d. J. 1800—1837 erschienen Abhandlungen über die einzelnen Materien aus der gesammten Rechtswissenschaft (за исключенiемъ уголовного права). 2 изд. 1837. 8. Шлеттера Handbuch der juristischen und staatswissenschaftlichen Literatur. 1843. 4. Энгельмана Bibliotheca iuridica. 1840. 1848. 8. [Продолженная Бутте 1868]. Вальтера Handlexicon der juristischen Literatur des 19 Jahrh. 1854. 8. Для диссертаций: Vogel lexicon litteraturae academico-iuridicae 1836—38. II 8. — Отдѣльные юридическiе предметы въ азбучномъ порядкѣ изложены у Вейске Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten 1836—1861. XVI. 8.

1675—1680. 4. Въ послѣдствіи подъ заглавіемъ: *Praxis iuris Romani in foro Germanico* II. fol., въ послѣдній разъ въ *Francof.* 1733.

5) *Sam. Strykii Usus modernus Pandectarum.* Witenb. 1690—1692. IV. 4, послѣднее въ *Hal.* 1746—1780 IV. 4.

6) *Ulr. Huberi Praelectiones iuris civilis.* Lips. 1707. III. 4, послѣднее въ *Neap.* 1784. III. 4.

7) *Wolfg. Ad. Lauterbachii Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros.* Tub. 1690—1711. III. 4., послѣднее (ed. XVI) тамъ же 1784. III. 4.

8) *Ge. Ad. Struivii Syntagma iuris civilis secundum ordinem Pandectarum.* *Francof. et Lips.* 1692—1701. III. 4. ed. III тамъ же 1738. III. 4.

9) *Jo. Voetii Commentarius ad Pandectas.* tom. I *Lugd. Bat.* 1698. f. tom. II. *Hag. Com.* 1704 f., *Hag. Com.* 1707. II. f. и тамъ же чаще, послѣднее въ *Hal.* 1776—1780 VI. 8.

10) *Iust. Henn Boehmeri Introductio in ius Digestorum.* *Hal.* 1704. 8., послѣднее (ed. XIV) тамъ же 1791. 8.

11) *Io. Ortwh. Westenbergi Principia iuris secundum ordinem Digestorum.* *Harder.* 1712. 8, *Lugd. Bat.* 1732. 8. и чаще, послѣднее въ *Berol.* 1814. II. 8.

12) *Ger. Noodtii Commentarius in Pandectas,* къ первымъ 4 книгамъ. *Lugd. Bat.* 1716. 4., къ книгѣ 1—27 in *Opp.* tom. II. *Lugd. Bat.* 1724 f. и въ позднѣйшихъ изданіяхъ всѣхъ его сочиненій.

13) *Io. Gottl. Heineccii Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum.* *Amst.* 1728. 8., послѣднее въ *Lips.* 1797. 8.

14) *Rob. Ios. Pothier Pandectæ Iustinianæ in novum ordinem digestæ.* *Paris* 1748—1752. III, ib. 1820. V. 4.

15) *Jo. Aug. Hellfeld Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita.* *Jen.* 1764. 8., послѣднее тамъ же 1806. 8.

16) Христ. Фридр. Глюкъ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld.* Эрлангенъ 1790—1830. XXXIV. 8. 2 изд. отъ I—III тамъ же 1797—1807. Продолжалъ его Мюленбрухъ т. XXXV—XLIII. Эрл. 1832—1843. Затѣмъ Фейнъ т. XLIV, XLV. Эрл. 1851—1853. (Затѣмъ Арндтсъ т. XLVI. Эрл. 1868—1869.)

17) *Jul. Fridr. Malblanc Principia iuris Romani secundum ordinem Digestorum.* *Tub.* 1801—1802. I. II. 1. 2. 8.

В. СИСТЕМАТИЧЕСКІЯ СОЧИНЕНІЯ.

- 1) Franc. Connani Commentariorum iuris civilis libri X. Paris 1553. II. f., послѣднее въ Neap. 1724. II. f.
- 2) Hug. Donellii Commentarii iuris civilis, lib. 1—11. Francof. 1589. 1590. II. f. 1. 12—28 cura Sc. Gentilis. Francof. 1595—1596. III. f. Новое изданіе Кенига, а по его смерти Бухера. Norimb. 1801—1834. XVI. 8. Ср. Аарона Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I стр. 143—146.
- 3) Herm. Vultei Jurisprudentiæ Romanæ a Justiniano compositæ L. II. Marb. 1590. 8., послѣднее тамъ же 1748. II. 8.
- 4) Ge. Ad. Struvii Jurisprudentia Romano-Germanica forensis. Jen. 1670. 4., послѣднее въ Bamb. 1767. 8.
- 5) Jean Domat les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689—1697. V. 4., послѣднее Paris 1777. II. f.
- 6) Jo. Henr. de Berger Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati. Lips. 1712. 4., послѣднее Lips. 1801. 4.
- 7) Carl Christoph. Hofacker Principia iuris civilis Romono-Germanici. Tub. 1788—1798. III. 8., тамъ же 1800—1803. III. 8.
- 8) Густ. Гуго Institutionen des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1789. 8. Чаше съ измѣненнымъ заглавіемъ, послѣднее (7 изд.) подъ заглавіемъ: Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1826. 8.
- 9) Ант. Фридр. Юст. Тибо System des Pandectenrechts. Jena 1803. II. 8., 8 изд. Jena 1834. II. 8, 9 изд., сдѣланное по смерти автора Бухгольцемъ. Jena 1846. II. 8.
- 10) Готл. Гуфеландъ Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiärischen Civilrechts. Giessen 1808—1814. II. 8.
- 11) Альбр. Швеппе Das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. III. 8., 4 изд. съ 3 тома продолжалъ Мейеръ. Gött. 1828—1834. V. 8.
- 12) Ферд. Макельдей Lehrbuch des heutigen römischen Rechts Gieszen 1814. 10 изд. тамъ же 1833. II. 8., въ 11 и 12 разъ по смерти автора издано Росгиртомъ Giessen 1837—1842. II. 8., въ 13 и 14 разъ Фрицомъ. Wien 1851. 1862.
- 13) I. Н. Венингъ-Ингенгеймъ Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. München 1822—1825 III. 8. 5 изд. сдѣлано I. А. Фри-

помѣ. München 1837. 1838. III. 8. Прибавленіе: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von I. A. Fritz. Freiburg 1833—1839. II. 8.

14) Chr. Friedr. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum. Hal. 1823—1825. III. 8., ed. 4. ib. 1838. III. 8. На нѣмецкомъ подѣ заглавіемъ: Lehrbuch des Pandectenrechts. Halle 1835—1836. III. 8. По смерти автора вновь издано Мадаи. Halle 1844. 8.

15) I. A. Зейфертъ Praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1825. III. 8. По смерти автора издано въ четвертый разъ Е. А. Зейфертомъ 1 т. въ Вюрцбургѣ 1860, 2 т. 1 отд. 1863 [2 т. 2 отд. 1867].

16) Г. Фр. Пухта Pandekten. Leipzig 1838. Съ 4 изд. издавалось Рудорфомъ, въ 10 разъ въ 1866.

17) И. Ф. К. Гешенъ Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. По оставленнымъ имъ рукописямъ издано Эркслебеномъ. Gött. 1838—1840. III. 8.

18) К. А. Вангеровъ Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marb. 1838—1847. III. 8. 6. передѣланное изданіе подѣ загл. Lehrbuch der Pandekten. Marb. 1851—1856. III. 8. Два первые тома въ 7 дополненномъ и исправленномъ изданіи 1863. 1867 [3 томъ 1869].

19) И. Ф. Кирульфъ Theorie des gemeinen Civilrechts. (одинъ томъ). Altona 1839. 8.

20) К. Ф. Росгиртъ Gemeines | deutsches Civilrecht. Heidelb. 1840. III. 8.

21) Фридр. Карлъ фонъ Савиньи System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840—1849: VIII. 8. Продолженіе: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1851. 1853. II. 8. (не докончено).

22) Карлъ Фридр. Синтенисъ Das practische gemeine Civilrecht. Leipzig 1844—1851. III. 8. 2 изд. тамъ же 1860—1861. III. 8. [3 изд. тамъ же 1869].

23) Лудв. Арндтъ Lehrbuch der Pandekten. München 1852. 8. 5 изд. тамъ же 1865. 8. [6 изд. тамъ же 1868].

24) Ал. Бринцъ Lehrbuch der Pandekten. 1 Abtheil. Erl. 1857. 2 Abth. 1 Hälfte тамъ же 1860. 8. [2 изд. 1 и 2 выпуски 1868. 1869].

25) Фр. Лудв. Келлеръ Pandekten. Лекціи, изданныя докт. Эмилемъ Фридбергомъ по смерти автора. Leipzig 1861. 8. Вновь издано Левисомъ, 1866.

Главнымъ образомъ сборникъ чужихъ мнѣній представляетъ собою слѣдующее сочиненіе:

Руд. ф. Гольцшугеръ *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. Leipzig 1843—1854. III. 8.* Въ 3 разъ издано послѣ смерти автора Эм. Кунце. *Leipzig: 1863—1864. III. 8.*

Краткій обзоръ пандектнаго права можно найти въ весьма талантливой и поучительной статьѣ Брунса, пом. въ *Encyclopädie der Rechtswissenschaft v. Holtzendorff's. I стр. 249—372 (1869).*

Изъ многихъ программъ къ лекціямъ пандектнаго права точными литературными указаніями отличается

Эд. Бэкинга *Pandekten-Grundrisz eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts. 5 изд. 1861. 8.*

Слѣдуетъ далѣе указать на слѣдующее сочиненіе, которое хотя и относится къ чисто римскому праву, но излагаетъ его такъ обширно, что не только достигаетъ размѣра учебниковъ пандектнаго права, но даже превышаетъ его:

Эд. Бэкингъ *Institutionen, ein Lehrbuch des römischen Privatrechts. 1 т. Bonn 1843. 8.* Второе изданіе подъ заглавіемъ: *Pandekten des römischen Privatrechts, oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. 1 томъ Bonn 1853. 8. 2 т. 1 вып. Лейпцигъ 1855. 8.*

Наконецъ; нельзя пройти молчаніемъ два сочиненія, которыя хотя имѣютъ цѣлью ближайшимъ образомъ изслѣдованіе мѣстнаго права, тѣмъ не менѣе чрезвычайно важны и для общаго права; первое изъ нихъ должно быть даже причислено къ замѣчательнѣйшимъ явленіямъ въ юридической литературѣ. Это суть:

Карла Георга (фонъ) Вехтера *Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2 томъ (въ первомъ содержится исторія вюртембергскаго права). Stuttgart 1842 — 1851. (Къ сожалѣнію, только общая часть!). Сюда же и того же автора: *Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht. 3 Hefte. Stuttgart. 1845. 1846. 8.**

І. Унгера *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 1 и 2 томъ, содержащій въ себѣ общую часть, Leipzig 1856. 1859; безъ перемѣнъ издано тамъ же въ 1863 и сл. 6 томъ, содержащій въ себѣ на слѣдственное право, тамъ же 1864.*

§ 12 а.

Остается еще указать на наиболее важные для римскаго права журналы (болѣ новые).

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, изд. Савиньи, Эйхгорномъ и Гешеномъ (по смерти послѣдняго его мѣсто занялъ сначала Кленце, а потомъ Рудорфъ). Berlin 1815—1850. 15 т.

Archiv für civilistische Praxis, изд. сначала Генслеромъ, Миттермайеромъ, Швейцеромъ, а въ послѣднее время послѣ различныхъ перемѣнъ, изд. Франке, Линде, Миттермайеромъ, Рено, Вангеровымъ, Аншономъ и Фиттингомъ. Heidelberg 1818—1866. 49 т. т. 50—52. 1867—1869.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, изд. Гассе, въ послѣдствіи вмѣстѣ съ нимъ и послѣ него Блюме, Пухтой, Пугге, Бетманъ-Гольвегомъ, Бэкингомъ, Унтергольцнеромъ. Bonn 1827—1835. 7 т.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, изд. Линде, Мареполемъ, Венингъ-Ингенгеймомъ, въ послѣдствіи двумя первыми и Шретеромъ, подъ конецъ Линде и Шульте. Giessen 1827—1865. 20 т. и новое продолженіе (N. F.) т. т. 1—22. Съ 22 т. новаго продолженія ничего больше не появлялось.

Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, изд. К. и В. Селлемъ. Braunschweig 1841—1846. 3 т.

Archiv für practische Rechtswissenschaft, изд. Эльверсомъ, Шеферомъ, Зейцомъ и Гофманомъ, нынѣ Эмминггаусомъ, Гофманомъ, Игерингомъ, Мартиномъ и Зейцомъ. Marb. u. Leipzig, въ послѣдствіи Darmstadt und Leipzig, 1853—1867. 10 т. и новое продолженіе т. 1—4. т. 5. 6. 1868. 1869.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, изд. Герберомъ и Игерингомъ, потомъ однимъ Игерингомъ. Jena 1857—1866. 8 томовъ т. 9. 10 тетрадь 1. 2. 1868. 1869. Съ 10 т. изд. Игерингомъ и Унгеромъ.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, изд. Беккеромъ и Мутеромъ, съ 3 тетради 5 т. также и Штоббе. Leipzig 1857—1863. 6 т. Къ сожалѣнію, не продолжается.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, изд. Рудорфомъ, Брунсомъ, Ротомъ, Меркелемъ (†) и Белау. Weimar 1861—1869. 8 томовъ.

Критическіе журналы (болѣе новыя) суть:

Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, изд. Рихтеромъ, а въ послѣдствіи Рихтеромъ и Шнейдеромъ и подъ концѣ однимъ Шнейдеромъ Leipzig 1837—1848. 24 тома.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, изд. Бринкманомъ, Дернбургомъ, Клейншродомъ, Марквардсеномъ, Пагенштехеромъ; Клейншродъ и Пагенштехеръ въ послѣдствіи отказались, а ихъ мѣсто заступили Гилленбрандтъ и Штинцингъ. Heidelberg 1853—1859. 5 томовъ.

Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, издав. Арндтсомъ, Блунчли и Пецлемъ. München 1853—1859. 6 томовъ.

Оба послѣдніе журнала соединены теперь въ слѣдующій одинъ:

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, изд. Пецлемъ при сотрудничествѣ Арндтса, Блунчли, Дернбурга, Гиллебрандта, Марквардсена, Штинцинга, съ 6 тома Пецлемъ и Беккеромъ. München 1859—1870. 12 томовъ. Съ 10 тома издается Пецлемъ и Виндшейдомъ.

V. Порядокъ изложенія.

§ 13.

Предстоящее изложеніе построено на общепринятомъ нынѣ порядкѣ матеріала. Распорядокъ этотъ основанъ на слѣдующемъ соображеніи. Все вообще гражданское право имѣетъ дѣло съ двумя предметами; оно должно регулировать: 1) имущественныя отношенія, 2) семейныя отношенія. Слѣдовательно, гражданское право дѣлится главнымъ образомъ на имущественное право и семейное право. Имущественное право имѣетъ своимъ предметомъ: а) вещныя правоотношенія, б) личныя правоотношенія, права требованія или обязательства ¹⁾. Кромѣ того въ составъ имущественнаго права входитъ еще рѣшеніе вопроса, какова должна быть участь имущества умершаго лица; совокупность от-

носящихся сюда началъ составляетъ наслѣдственное право²⁾. Но, кромѣ юридическихъ положеній о правахъ особаго содержанія, есть также юридическія положенія, относящіяся къ правамъ какъ правамъ, независимо отъ ихъ особаго содержанія. Далѣе существуютъ юридическія положенія, предметъ которыхъ само право или такъ-называемое право въ объективномъ смыслѣ, то-есть, предписанія, на коихъ основаны права. Хотя эти послѣднія правоположенія по природѣ своей относятся не къ гражданскому, а къ публичному праву; тѣмъ не менѣе при полномъ изложеніи гражданского права нельзя обойти ихъ молчаніемъ. — Прежде чѣмъ говорить объ особыхъ правахъ, слѣдуетъ сказать сначала о правѣ и правахъ вообще. Слѣдовательно, порядокъ изложенія будетъ слѣдующій:

I. О правѣ вообще.

²⁾ Спорятъ о томъ, должна ли система гражданского права быть системою правъ или системою правоотношеній, другими словами, что должно быть основаніемъ естественной связи юридическихъ нормъ, содержаніе ли предоставляемыхъ ими правъ или значеніе жизненныхъ отношеній, которыя должны регулироваться юридическими нормами (Пухта Rhein. Museum III стр. 297 и сл. и Institutionen I. § 21. 28 и сл. Шталь Philosophie des Rechts 3 изд. II. 1 стр. 293—300; ср. Шретера krit. Jahrbücher IV. стр. 293, Арндтса тамъ же VII стр. 196 и сл., Синтениса Zeitschr. f. Civ. и Pr. XIX 2). Если допустить, что въ нравственномъ порядкѣ вещей семьѣ должна быть предоставлена самостоятельная задача, то именно потому нельзя не разсматривать касающіяся этого отношенія юридическія нормы какъ естественно единое, въ отличіе отъ юридическихъ нормъ, имѣющихъ своимъ назначеніемъ регулировать волю недѣлимыхъ какъ недѣлимыхъ, а особенное содержаніе сообщаемыхъ этими нормами правъ, независимо оттого, что эта особенность отнюдь не всегда встрѣчается и что, напримѣръ, въ семейно-имущественныхъ правахъ ея совсѣмъ нѣтъ, нельзя не считать дѣломъ второстепеннымъ. Что касается наслѣдственного права, то равнымъ образомъ очевидно, что характеристическое отличіе его основано не на особенномъ содержаніи правъ, съ которыми оно имѣетъ дѣло (это можно было бы сказать развѣ по отношенію къ наслѣдству, но ужъ никакъ не по отношенію къ отказу), а на своеобразіи регулируемаго отношенія, на томъ, что дѣло въ немъ идетъ объ имуществѣ умершаго лица. Наконецъ, на простомъ различіи правъ по ихъ содержанію нельзя также построить удовлетворительной системы юридическихъ нормъ, имѣющихъ своимъ предметомъ имущество живаго лица. Ибо по этой точкѣ зрѣнія нельзя было бы систематически расположить отдѣльныя обязательства, а владѣніе, которое отнюдь не есть право на вещь, а лишь юридическое отношеніе къ вещи, пришлось бы, на основаніи этого воззрѣнія, отнести къ обязательственному праву, или къ ученію о давности, или помѣщать въ общей части.

II. О правахъ вообще.

III. Вещное право.

IV. Обязательственное право.

V. Семейное право.

VI. Наслѣдственное право.

Семейное право принято излагать предъ наслѣдственнымъ на томъ основаніи, что семейное право подобно вещному и обязательственному правамъ имѣетъ дѣло съ правоотношеніями лица жисаго. Отдѣлы I и II принято соединять въ одинъ подъ названіемъ „общей части“.

КНИГА ПЕРВАЯ.

О ПРАВЪ ВООБЩЕ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

I. Законъ.

§ 14.

Законъ есть изреченіе государства о томъ, что то или другое должно считаться правомъ. Вопросъ, кому принадлежитъ власть дѣлать такое изреченіе отъ имени государства, разрѣшается на основаніи мѣстнаго права отдѣльныхъ государствъ ¹⁾. Въ германскихъ монархическихъ государствахъ вся совокупность государственной власти, а слѣдовательно, и законодательная власть принадлежитъ монарху; однако въ большей части этихъ государствъ монархъ при отправленіи этой власти связанъ согласіемъ народнаго представительства, такъ что въ этихъ государствахъ законъ, изданный безъ согласія народнаго представительства, не имѣетъ обязательной силы, и судья не въ правѣ основывать на немъ свои рѣшенія ²⁾. — Но дабы изреченіе государ-

§ 14. ¹⁾ Непримѣнимость римскихъ основоположеній объ edicta, decreta, rescripta въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ существуетъ конституція, понятна сама собою. Когда власть рѣшать присвоена одной лишь волѣ правителя, то нѣтъ надобности выводить обязательность тѣхъ или другихъ постановленныхъ имъ общихъ юридическихъ нормъ изъ римскаго права.

²⁾ Противъ этого приводили неудовлетворительные доводы; см. именно: Линде Arch. f. civ. Pr. XVI. 13 (1833), Бишофъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N.

ства дѣйствительно имѣло силу закона, требуется еще, чтобъ оно было надлежащимъ образомъ обнародовано. Вопросъ же о томъ, какъ должно производиться это обнародованіе (публикація), тоже

Ф. XVI стр. 235 и сл. 385 и сл. XVII стр. 104 и сл. 253 и сл. 448 и сл. XVIII стр. 129 и сл. 302 и сл., 393 и сл. (1859—61, еще не окончено), *Martina der Umfang des Landesherrlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten Celle 1865*. Въ пользу этого правила см. Гнейста *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen? Gutachten für den 4 deutschen Juristentag. Berlin 1863* [Г. Планкъ *Jahrb. f. ogm.* IX. 4. 1868. Въ особенности противъ вышеупомянутого сочиненія Мартина]. Дальнѣйшая литература по этому предмету подробно указана въ статьяхъ Бишофа, *eine Darstellung der Verhandlungen des 3 und 4 deutschen Juristentags über die Frage in der Schrift von Martin*. — Отвергая законъ, изданный безъ согласія народнаго представительства, судья не ставитъ себя выше государства, чего онъ ни подъ какимъ видомъ не долженъ дѣлать, а лишь выше воли, которая выдаетъ себя за государственную, не будучи ею на самомъ дѣлѣ. Когда конституція предписываетъ совершать отправленія законодательной власти съ согласія народнаго представительства, то это не значитъ, чтобы законодательная власть не въ правѣ была дѣйствовать безъ него, это значитъ лишь, что она не можетъ дѣйствовать безъ него. Если правительству, какъ, напримѣръ, въ большей части германскихъ государствъ, разрѣшено издавать временно-обязательные законы и безъ согласія народнаго представительства, то такое разрѣшеніе можетъ прикѣпчаться лишь къ тѣмъ законамъ, которые подойдутъ подъ понятіе временныхъ. Судья только тогда не въ правѣ изслѣдовать сообразность изданнаго закона съ конституціею, когда сама конституція запрещаетъ ему это (какъ, напримѣръ, это запрещено прусскою конституціею 1850 г. стат. 106, далѣе ольденбургскою 1852 г. § 141, Вальдека 1852 § 94). Въ частности есть и затрудненія. 1) Долженъ ли судья повѣрять еще полномочіе подавшихъ голоса, форму преній, голосованіе, количество голосовъ и присутствіе требуемаго числа членовъ? Нѣтъ; это „*interna corporis*“; для судьи достаточно и одного факта согласія народнаго представительства. Гнейстъ стр. 24. 25. 2) Какъ поступать въ томъ случаѣ, когда конституція отмѣнена одною лишь властью, а народное представительство созвано на основаніи октроированной конституціи? „Какъ для гражданъ, такъ и для государственныхъ властей эта сторона вопроса трансцендентальна, — есть дѣло совѣсти“. Гнейстъ стр. 30—32. Иначе отнесся къ этому вопросу Штокмаръ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* X стр. 18 и сл. стр. 213 и сл. (1853). Онъ утверждаетъ, что вопросъ этотъ разрѣшается положительнымъ правомъ каждаго государства и что изъ общегерманскаго государственнаго права можно вывести развѣ одну лишь презумцію объ утвердительномъ или отрицательномъ отношеніи къ нему (но онъ не говоритъ, какой именно, утвердительный или отрицательный). Въ отношеніи практики см. Зеѣф. *Arch.* IV. 250, V. 225. *Rechtszustand zur Zeit des Reichs*: Гнейста стр. 12—19. *Englisches Recht*: стр. 8—12.

разрѣшается на основаніи нормъ, установленныхъ для того въ каждомъ государствѣ.

Когда возникаетъ споръ о томъ, дѣйствительно ли данный законъ изданъ или надлежащимъ образомъ обнародованъ, то къ такому спору не могутъ примѣняться тѣ правила, которыя обязательны при разрѣшеніи спорнаго обстоятельства въ гражданскомъ процессѣ³⁾. Тутъ скорѣе имѣетъ силу правило, что судья ех officio долженъ знать и примѣнять законъ. Конечно, если по сложившимся обстоятельствамъ такого знанія отъ судьи требовать невозможно, то сторона, сославшаяся на законъ, обязана доставить судѣ необходимыя свѣдѣнія о спорномъ законѣ, если желаетъ, чтобы на немъ основано было рѣшеніе дѣла⁴⁾.

II. Обычное право *).

A. Понятіе обычнаго права и основаніе его обязательной силы.

§ 15.

Подъ обычнымъ правомъ разумѣется то право, которое, не будучи установлено государствомъ, соблюдается фактически. Въ этомъ соблюденіи проявляется убѣжденіе соблюдающихъ, что соблюдаемое ими есть право; это-то убѣжденіе и есть основаніе

³⁾ Jura novit curia. Слѣдовательно, здѣсь не примѣняется то правило, по которому судья, даже зная объ обязательности оспариваемаго однимъ изъ тяжущихся сторонъ закона, не въ правѣ былъ бы основать на немъ свое рѣшеніе, пока другая сторона не докажетъ обязательности этого закона, что при разрѣшеніи спорныхъ обстоятельствъ служить, какъ извѣстно, основнымъ правиломъ.

⁴⁾ Но этого рода доказательство не подчиняется процессуальнымъ правиламъ о доказательствѣ фактовъ. Савиньи I стр. 187 и сл. Байера Vorträge стр. 682 и сл. Ветцеля Civilproc. § 20 № 2. Ср. ниже § 17 прим. 2. Зейф. Arch. I. 127, IV. 92, VIII. 85, IX. 210. 248. XI. 208, XVIII. 101, [XXI. 90].

^{*} Г. Фр. Пухта das Gewohnheitsrecht. 2 части (1828. 1837). Савиньи System. § 8 и сл. 18. 25. 27 (1840). Г. Безелеръ Volksrecht und Juristenrecht (1843) Рецензія на это сочиненіе Г. Фр. Пухты въ Jahrb. f. wissensch. Kritik 1844 № 1—4, также особое изданіе, Берлинъ 1844. Возраженіе Безелера, Leipzig. 1844. Бринкмана das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprocess und die Handelsusancen (единственный) т. (1847). Синтенисъ I § 3. Вехтера II § 9. 10, Унгера I § 5. 6 [здесь же] Дворжака Haimeri's österr. VJSchr, VII. стр. 68 и сл.], Безелера deutsch. Privatr. § 29—36.

обязательной силы обычного права ¹⁾). Ибо народное сознание есть послѣдній источникъ всякаго положительнаго права; какъ для недѣлимыхъ, такъ и для народовъ рѣшительнымъ мѣриломъ вещей служить ихъ разумъ ^{1а)}). Но правовое народное сознание можетъ устанавливать право двоякимъ образомъ, посредственно и непосредственно. Посредственно, какъ бы чрезъ полномочіе, оно устанавливаетъ право въ законодательствѣ ^{1b)}). Непосредственно же право устанавливается имъ именно путемъ соблюденія ²⁾).

§ 15. ¹⁾ Источники выводятъ обязательную силу обычного права изъ *tacitus consensus*, *tacita conventio civium* или *populi*, § 9. 11 I de iure. nat. 1. 2, 1. 32 § 11. 35. D. de leg. 1. 3, ср. Ulp. § 4. (Остальные мѣста, въ коихъ признается обязательная сила этого права, суть: 1. 32—34. 36—39 D. de leg. 1. 3. 1. 1 — 3 C. quæ sit longa cons. 8. 53). Прежде, еще до того времени, когда благодаря исторической школѣ стало господствовать болѣе основательное воззрѣніе на возникновеніе права, для возникновенія обычного права старались найти внѣшнюю опору и находили ее главнымъ образомъ (сюда же включалось и понятіе объ автономіи, [§ 19], ср. Безелера *deuts. Privatr* § 30 примѣчаніе 3) въ безмолвномъ соизволеніи законодателя. Нынѣ уже немногіе придерживаются этого взгляда (въ числѣ ихъ Кирульфъ стр. 13, Мауренбрехеръ *deuts. Privatr* I § 19); самымъ основательнымъ образомъ онъ опровергнуть Пухтою въ цитированномъ выше сочиненіи. — Противникомъ высказаннаго въ текстѣ воззрѣнія въ новое время выступилъ, но на шаткихъ основаніяхъ, Е. Мейеръ *die Rechtsbildung in Staat und Kirche* (1861). См. объ этомъ сочиненіи и противъ него Регельсбергера *Krit. VJSchrift* IV² стр. 32 и сл.

^{1a)} Справедливость этого нисколько не страдаетъ отъ того, что разумъ не только отдѣльныхъ лицъ, но и народовъ можетъ быть плохимъ разумомъ.

^{1b)} Ср. объ этомъ Пухта в. пр. с. стр. 142—143. 161—182, Шталь *Rechtsphilosophie* II. 1 стр. 237. 238.

²⁾ Оно устанавливаетъ право путемъ соблюденія. До соблюденія сознание это, будучи чисто внутреннимъ, не можетъ идти въ расчетъ; слѣдовательно, до соблюденія право не существуетъ. По мнѣнію Пухты и Савиньи соблюденіе (обычай) есть лишь средство распознаванія существовавшаго уже до него обычного права, но противъ этого „спиритуалистическаго“ воззрѣнія справедливо возражали (Шталь *Rechtsphilosophie* II, 1 стр. 238. 239, Вехтеръ II стр. 33 прим. 9, Синтенисъ в. п. с. прим. 9, Унгеръ в. п. с. стр. 37. 38), что соблюденіе столь же существенно необходимо для возникновенія обычного права, какъ для возникновенія законодательнаго права опредѣленіе верховной власти. Значеніе соблюденія можетъ быть даже еще больше; оно можетъ служить основаніемъ для самаго правоваго убѣжденія (см. относительно этого Безелера *Volksrecht und Juristenrecht* стр. 76—79, *deutsches Privatr.* § 33—35; еще дальше идетъ Кирульфъ § 2 въ началѣ). Это же допускали и Савиньи (I стр. 35—37), хотя въ размѣрѣ ограниченномъ, именно для постановленій о частностяхъ и о предметахъ относительно-безразлич-

Вотъ этотъ-то способъ установленія фактически преобладаетъ у всякаго народа на первыхъ порахъ его появленія; болѣе плодотворное законодательство появляется лишь на высшей ступени народнаго развитія. Чѣмъ болѣе развивается законодательство, тѣмъ болѣе оттѣсняетъ оно на задній планъ обычное право; чѣмъ развитѣе становятся отношенія, чѣмъ болѣе растутъ разъединяющія людей индивидуальныя различія, тѣмъ труднѣе становится образованіе юридическаго убѣжденія, обнимающаго весь народъ; обычное право переселяется преимущественно въ болѣе тѣсныя народныя круги, въ географическіе либо профессиональные ³⁾, или же принимаетъ посредствующую форму права юристовъ, о чемъ подробнѣе ниже. Такимъ образомъ въ практическомъ отношеніи законодательство есть въ наше время самый важный источникъ права, но по времени своего появленія источникъ этотъ не первый.

В. Условія обычнаго права.

§ 16.

Что именно требуется для возникновенія юридическаго обычая, это можно усмотрѣть изъ вышеизложеннаго. Должно существовать соблюденіе, которое выражало бы собою общее правовое убѣжденіе или всего народа, или той его части, которой приписываютъ этотъ обычай. Въ частности сюда относятся слѣдующіе моменты: 1) соблюденіе не должно вызываться никакими

ныхъ (иначе смотреть Пухта в. п. с. II стр. 5 и сл.); но въ самомъ существѣ дѣла нѣтъ никакого основанія для такого ограниченія (ср. также Синтениса I § 3 прим. 9. 10). Ибо сила факта, соблюдавшагося въ теченіе долгаго времени, такова, что она подчиняетъ себѣ всякаго человѣка; то, что долго существовало, кажется намъ правомъ уже по тому одному, что оно существовало. Поэтому вопросъ тутъ сводится только къ тому: могутъ ли соблюдаться и другія постановленія, кромѣ указанныхъ Савиньи, безъ предварительнаго убѣжденія въ юридической необходимости соблюдаемаго? По отношенію къ нормальнымъ случаямъ на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно, но отвѣчать на него безусловно отрицательно—нѣтъ никакого основанія (ср. § 16 прим. 3).

³⁾ Въ первомъ случаѣ имѣется мѣстное обычное право, тогда какъ во второмъ случаѣ обычное право, хотя и не соблюдается всѣми членами народа, тѣмъ не менѣе не теряетъ характера всеобщности.—О мѣстномъ обычномъ правѣ есть особая статья Guyotъ въ Arch. f. civ. Pr. XXXV. 2 (1852). О торговыхъ обычаяхъ см. Гольдшмидта Handbuch des Handelsrechtes I стр. 225—260.

инными мотивами кромѣ убѣжденія въ его правовой необходимости. 2) Оно не должно быть едннчное, откуда само собою вытекаетъ дальѣйшее требованіе, чтобъ оно продолжалось въ теченіе извѣстнаго времени ¹⁾. 3) Оно должно происходить однообразно, то-есть, акты соблюденія не должны уравниваться актами несоблюденія или актами противоположнаго соблюденія ²⁾. 4) Убѣжденіе, лежащее въ основѣ соблюденія, должно быть истиннымъ убѣжденіемъ соблюдающихъ, а не основываться на заблужденіи ³⁾. 5) Что касается до обыкновеннаго требованія,

16. ¹⁾ Установить какое-либо постоянное правило о томъ, какъ велико должно быть число актовъ соблюденія, равно какъ и о продолжительности послѣдняго, рѣшительно невозможно. Въ источникахъ требуется *longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo, longaevus usus* (1. 32 §. 1. 1. 33. 35 D. de leg. 1. 3, 1—2. 3. C. quae sit longa cons. 8. 53). Глоссаторы думали заимствовать болѣе точное опредѣленіе объ этомъ изъ ученія о давности, и это мнѣніе нашло себѣ законодательное выраженіе въ с. 11 X de consuet. t. 4; с. 3 in VI^o, eod. 1. 4, с. 9 in VI^o de off. ord. 1. 16, с. 50 X de elect. 1. 6; тутъ говорится, что *consuetudo* должно быть *praescripta, legitime* или *canonice praescripta*. Непримѣнимость этого постановленія въ наше время отнюдь не слѣдуетъ основывать на томъ (какъ это дѣлають нѣкоторые), что по свойству своему оно не относится къ гражданскому праву; ибо правило, что изъ чужеземнаго права могутъ быть приняты лишь постановленія, относящіяся къ гражданскому праву, само по себѣ шатко (§ 2 прим. 2 въ концѣ). Помянутое постановленіе не примѣнимо потому именно, что соблюдаемое правовое убѣжденіе народа не перестаетъ быть правомъ оттого, что это соблюденіе не соответствуетъ требованію какой-либо юридической нормы. Юридическая норма настолько же не можетъ сдѣлать, чтобы соблюдаемое правовое убѣжденіе не считалось правомъ, насколько оно не можетъ сдѣлать, чтобы подлежащій изданію въ будущемъ (дѣйствительный) законъ не имѣлъ силы закона. Но и независимо отъ этого сама практика вытѣснила изъ употребленія помянутое постановленіе каноническаго права, ср. Пухта в. п. с. II стр. 101; Зейф. Arch III. 255. 256. 291. 292, XIX. 211. О различныхъ мнѣніяхъ см. Пухта в. п. с. II стр. 97 и сл., Кирульфъ стр. 11, Савиньи I стр. 154. — Впрочемъ, сама природа вещей требуетъ, чтобы время соблюденія было тѣмъ дольше, чѣмъ скорѣе можно принять, что въ данномъ случаѣ возникновеніе правового убѣжденія обусловлено соблюденіемъ. См. прим. 3 и Безелера *deutsch. Privatr.* § 33 въ концѣ.

²⁾ *Consuetudo tenaciter servata, iugiter observata*, 1. 3 C. quae sit longa cons. 8. 53, I, 3 pr. C. de priv. schol. 12. 30. Cp. 1. 34 D. de R. I 50. 17: — „quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit?“ Пухта в. п. с. II стр. 89 и сл.

³⁾ Но то, что должно и чего не должно считать заблужденіемъ, слѣдуетъ измѣрять не тою мѣрой, которою мы опредѣляемъ разумность юридическаго обычая, а мѣ-

чтобы содержаніе соблюдаемаго не было безразсудно, то оно может быть принято только подъ двумя условіями: во первых, оно должно относиться къ мѣстнымъ обычаямъ ⁴⁾, и во вторыхъ, подъ безразсудностью слѣдуетъ разумѣть не отсутствіе цѣлесообразности, а противорѣчіе основамъ государственнаго и нравственнаго порядка ⁵⁾.

Впрочемъ, соблюденіе, посредствомъ котораго осуществляется обычное право, можетъ быть или соблюденіемъ самого народа, устрояющаго свои житейскія отношенія на основаніи извѣстныхъ нормъ, или соблюденіемъ юристовъ, помощью рѣшеній и

рою сознанія самихъ соблюдающихъ этотъ обычай; должно быть очевидно, что если бы имъ поставлено было на видъ то, что намъ кажется заблужденіемъ, то и они признали бы его заблужденіемъ. Далѣе слѣдуетъ замѣтить, что и такого рода ошибочное убѣжденіе съ теченіемъ времени можетъ превратиться въ истинное убѣжденіе, освобождаясь отъ лежащей въ его основѣ причины заблужденія; ибо въ силу естественнаго процесса, позднѣйшія поколѣнія соблюдаютъ такой законъ не вслѣдствіе того ошибочнаго основанія, съ котораго началось его соблюденіе, но лишь потому, что это основаніе забылось и они соблюдаютъ этотъ законъ какъ обычный, и вслѣдствіе того, что онъ обычный, убѣждены въ его справедливости. Но само собою разумѣется, что для достиженія такого результата потребенъ весьма длинный срокъ; изъ того, что первые изъ соблюдающихъ юридическій обычай, основанный на заблужденіи, не сознаютъ его ошибочнаго основанія, нельзя еще выводить, что у нихъ уже образовалось убѣжденіе въ его правомѣрности; для этого недостаточно одного факта соблюденія, а нужно еще, чтобы фактъ этотъ продолжался долгое время. Въ этомъ смыслѣ справедливо говорить 1. 39 D. de leg. 1. 3: „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet“. Ср. о различномъ пониманіи этого мѣста Пухта в. п. с. I стр. 99 и сл. II стр. 63 и сл., Савиньи I стр. 174 и сл., Синтенисъ I § 3 Прим. 42. 43, Вехтеръ II § 35 прим. 13, Зейф. Arch. I 309.

⁴⁾ На основаніи 1. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53, Nov. 134 c. 1 i. f, c. 10 11 X de cons. 1. 4.

⁵⁾ Безразсудность въ первомъ смыслѣ этого слова слишкомъ неопредѣленное понятіе, чтобы оно могло найти себѣ какое-либо практическое примѣненіе. Общее же обычное право, каково бы ни было его содержаніе, непременно выражаетъ собою разумъ этого народа, а потому и право его. — Что касается мѣстъ, приведенныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи, то время, въ которое они были написаны, неблагопріятствовало образованію общаго общаго права, и можно допустить, что они имѣютъ въ виду только частные обычаи. Впрочемъ, см. сказанное въ примѣчаніи 1. О различныхъ воззрѣніяхъ ср. Пухта в. п. с. II стр. 49 и сл., Савиньи I стр. 176 и сл., Кирульфъ стр. 13, Е. Мейеръ die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861) стр. 29—31. Зейф. Arch. I 307, X. 2.

инѣннѣй сообщающихъ примѣнимость извѣстнымъ нормамъ (практика, судебный обычай)⁶⁾. Хотя специальное призваніе юристовъ заключается въ изученіи права, но они не перестаютъ быть членами своего народа и причастными живущему въ немъ духу; такъ какъ всю или главную свою дѣятельность они посвящаютъ праву, то правовое сознаніе образуется въ нихъ легче, чѣмъ въ остальныхъ членахъ народа; вслѣдствіе чего въ тѣ времена, когда правопроизводящая сила народа въ цѣломъ составѣ слабѣетъ (§ 15), юристы являются естественными его представителями именно въ этомъ отношеніи. Правда, нельзя не согласиться, что какъ въ отдѣльныхъ сословіяхъ, такъ равно и въ сословіи юристовъ, могутъ проявляться такіа нравственныя стремленія, которымъ остальные члены народа или вовсе не сочувствуютъ, или сочувствуютъ лишь отчасти, и что такимъ образомъ у юристовъ можетъ образоваться такое правовое сознаніе, которое болѣе или менѣе чуждо всему народу⁷⁾; но этой опасности, во первыхъ, противодѣйствуетъ то, что сословіе юристовъ не есть сословіе замкнутое, что никому не возбраняется вступать въ него и что такимъ образомъ оно сохраняетъ непрерывную связь со всѣмъ народомъ. Во вторыхъ, нужно замѣтить, что хотя бы дѣйствительно въ данномъ случаѣ въ сознаніи юристовъ возникло и соблюдалось ими такое право, которое первоначально не имѣло бы корней въ сознаніи всего народа, тѣмъ не менѣе, вслѣдствіе продолжительности его соблюденія, въ самомъ народѣ должно образоваться сознаніе, что и соблюдавшееся въ качествѣ права именно потому, что оно со-

⁶⁾ Горданъ Arch. f. civ. Pr. VIII. 9 (1825). В. Мюллеръ civilistische Abhandlungen № 5 (1833). Пухта в. п. с. I стр. 161 и сл. II стр. 15 и сл., Савиньи I § 14. 19. 20. Вехтеръ Arch. f. civ. Pr. XXIII. (1840). Синтенисъ I стр. 26 и сл. Тэль Einleit. in das deutsch. Privatr. § 54. 55. Безелеръ Volkscr. u. Juristenr. тл. 10 — 12. deutsch. Privatr. I § 34—36. Келлеръ (§ 3) совершенно отвергаетъ судебный обычай какъ источникъ права.

⁷⁾ Этотъ законъ Безелеръ (Volkscr. u. Juristenr стр. 71 и сл.) приводитъ противъ прежней исторической школы. Савиньи и Пухта не утверждаютъ, что положеніе, будто правовое сознаніе юристовъ есть вѣрное зеркало народнаго ума, есть отношеніе нормальное, а только что оно не имѣетъ исключеній. Безелеръ отвергаетъ это и на нашъ взглядъ, справедливо; тоже дѣлаетъ и Вехтеръ gem. Recht Deutschlands стр. 114. Этотъ спорный вопросъ уже выше былъ затронутъ и рассмотрѣнъ специально по поводу принятія римскаго права въ Германіи, принятія, приведеннаго въ исполненіе юристами. Ср. § 10 прим. 3. 4.

блюдалось, есть тоже право, такъ что оно дотолѣ должно быть признаваемо въ качествѣ обычнаго права, пока не будетъ отмѣнено исходящимъ изъ народа противоположнымъ ему юридическимъ обычаемъ ⁸⁾).

С. Распознаваніе обычнаго права *).

§ 17.

Распознается обычное право частью непосредственно изъ актовъ его соблюденія, частью же посредственно изъ достовѣрныхъ свидѣтельскихъ показаній о его существованіи ¹⁾. Акты же со-

⁸⁾ Отъ обычнаго права, порожденнаго практикою юристовъ, слѣдуетъ отличать тѣ юридическія начала, которыя выводятся юристами изъ существующихъ уже юридическихъ нормъ съ помощью научнаго анализа (§ 22). Результатъ, полученный юристами этимъ путемъ, отноудъ не составляетъ новаго права; оно существовало уже и прежде, но только теперь разоблачено. Но что касается того, дѣйствительно ли результатъ этотъ есть право, то это зависитъ единственно отъ правильности научнаго приѣма юристовъ, провѣрить который имѣетъ полное право каждый новый юристъ и въ особенности судья. (Зейф. Arch. I 210). Впрочемъ, и полученная научнымъ путемъ юридическая норма можетъ съ теченіемъ времени стать дѣйствительнымъ обычнымъ правомъ, если она долго соблюдалась въ качествѣ юридической нормы и если притомъ соблюдающіе не сознавали тѣхъ научныхъ основаній, на которыхъ она впервые построена. Пухта удачно называетъ такое право „научнымъ правомъ“, тогда какъ Савиньи употребляетъ это же выраженіе (научное право и обычное право) для обозначенія права, вытекающаго вообще изъ дѣятельности юристовъ. Это послѣднее понятіе Пухта называетъ „правомъ юристовъ“; но Безелеръ наоборотъ подъ этимъ выраженіемъ разумѣетъ только такое обычное право юристовъ, которое не есть въ тоже время народное право.

*) Пухта в. п. с. II стр. 120 и сл. 151 и сл., Безелеръ *Volksrecht und Juristenrecht* стр. 108 и сл., Савиньи I § 30.

¹⁾ Въ 1. 34 D. de leg. 1. 3. говорится, что главный источникъ судебного признанія обычнаго права есть констатированіе его *contradicto iudicio*, то-есть посредствомъ приговора, постановленнаго на основаніи состязательнаго разбирательства и вызваннаго имъ разслѣдованія. Такой приговоръ, кромѣ того, что самъ примѣняетъ обычное право, имѣетъ еще силу достовѣрнаго свидѣтельскаго показанія въ пользу этого права. Зейф. Arch. II 1. V 99; ср. также VI. 130. — 106 нов. гласитъ, что существованіе обычнаго права удостовѣряется показаніями свѣдущихъ людей. Ср. Зейф. Arch. I 310, II. 251, VII 290. 345. IX. 202, XIII. 2. 204, XVI. 183.—*Schöffenweisthümer Rechtsbücher*. Нѣкоторымъ указаніемъ могутъ служить еще юридическія пословицы; но пользоваться ими нужно осторожно.

блюденія его въ свою очередь могутъ распознаваться или непосредственно, чрезъ личное ознакомленіе, или посредственно чрезъ достовѣрныя свидѣтельскія показанія. Особыхъ юридическихъ правилъ для распознаванія обычнаго права не существуетъ; судья долженъ составлять себѣ убѣжденіе о существованіи юридическаго обычая съ помощью тѣхъ же принциповъ, на которыхъ строится всякое человѣческое убѣжденіе. Если у судьи нѣтъ въ наличности надлежащихъ средствъ распознаванія, то обязанность доставлять ихъ падаетъ на того, кто сослался на обычное право; но въ доказательству существованія юридическаго обычая точно также не могутъ примѣняться правила гражданского судопроизводства о доказательствѣ фактовъ, какъ и къ доказательству существованія закона^{*)}).

D. Сила обычнаго права *).

§ 18.

Сила обычнаго права такова же, какъ и сила закона. А потому обычное право можетъ не только дополнять существующее право, но и отмѣнять его¹⁾. Это имѣетъ мѣсто не только въ отношеніяхъ одного обычнаго права къ другому обычному праву, но и въ отношеніяхъ его къ законодательному праву. Только част-

^{*)} По господствовавшему прежде воззрѣнію, процессуальная сила обычнаго права должна будто бы зависѣть отъ тѣхъ же условій, отъ которыхъ зависѣть и процессуальная сила фактовъ; судья будто бы можетъ основать свое рѣшеніе на обычномъ правѣ лишь при наличности такихъ условій, какія требуются для того, чтобы онъ основалъ свое рѣшеніе на фактѣ. Взглядъ этотъ, благодаря доводамъ [Пухты, нѣтъ отвергнутъ. Но этимъ еще не исключается обязанность доказывать обычное право. Ср. Вангерова I § 17. прим., Синтениса I стр. 45 и сл. Изъ практики: Зейф. Arch. III. 256, VI. 130, X. 124, XIII. 204. 205, XVIII. 101, XIX. 211. Ср. § 14 прим. 3. 4 и указанные тамъ. Доказательства посредствомъ присяги: Зейф. Arch. VII. 139, X. 4, XVIII. 102.

^{*)} Пухта в. п. с. II стр. 199 и сл. Савиньи I стр. 194 и сл.

§ 18. ¹⁾ L. 32 § 1 D. de leg. 1. 3: „quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur“. Хотя рѣчь здѣсь идетъ о простой отмѣнѣ закона, а не объ отмѣнѣ его посредствомъ противоположной ему юридической нормы, тѣмъ не менѣе очевидно, что послѣднее имѣетъ такое же разрушительное дѣйствіе на обязательную силу закона, какъ и первое. Примѣненіе *desuetudo* въ § 7 I de iniur. 4. 4, 1. un. pr. C. de cad. toll. 6. 51, Nov. 89 c. 15.

но-обычное право не въ состояніи отмѣнить никакой общей принудительной, то есть, исключющей индивидуальны произволъ юридической нормы (§ 30), будетъ ли послѣдняя основана на обычномъ правѣ или на законѣ; общую волю можетъ отмѣнять лишь общая воля ²⁾). Независимо отъ этого случая обязательная сила обычного права не уничтожается даже тѣмъ, что законъ прямо объявляетъ его необязательнымъ ³⁾).

Автономія *) и соответствующее ей обычное право.

§ 19.

Законодательство, какъ уже замѣчено было въ § 14, есть

²⁾ I. 26 § 1 C de usur. 4. 32 (ср. I. 1pr. . eod. 22. 1), ограничивая количество процентовъ, прямо запрещаетъ судѣ принимать въ соображеніе противорѣчащее этому мѣстное обычное право. На мѣстное же обычное право намекаетъ разсмотрѣнная уже выше, но въ другомъ отношеніи I. 2 C. quæ sit longa cons. 8. 53, „Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo, sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.“ Ср. с. 11 X. de consuet. 1. 4. О различныхъ попыткахъ соединить это мѣсто съ мѣстомъ, указаннымъ въ предыдущемъ примѣчаніи, см. Пухта в. п. с. II стр. 203 и сл. и Vorlesungen I Beil. I, Савиньи II Beil II, Вангеровъ I §. 16 прим., krit. LV Schr. VII стр. 133 и сл. Наконецъ, противъ I. 2. cit. можно бы привести еще то (о чемъ уже было замѣчено въ прим. I къ §. 16), что никакая юридическая норма не можетъ ослабить силу дѣйствительно существующаго обычного права. Если даже и самъ законъ не могъ бы этого сдѣлать, то тѣмъ менѣе способно сдѣлать это I. 2 cit., само дѣйствующее на основаніи обычного права (ср. слѣд. примѣч.). — Guyet Arch, f. civ. Pr. XXXV стр. 18 и сл. утверждаетъ, что мѣстное обычное право не должно состоять въ противорѣчій ни съ никакимъ общеправовымъ постановленіемъ, и отсюда хочетъ объяснить I. 2 cit.

³⁾ Это необходимо вытекаетъ изъ того воззрѣнія на причину обязательной силы обычного права, которое теперь всѣми признано правильнымъ. Конечно, съ этимъ выводомъ далеко не всѣ согласны (Пухта приходитъ къ нему въ Vorles. I стр. 454, но въ Gewohnheitsr. I стр. 210 онъ выражается гораздо неопредѣленно; противъ этого вывода даже Шталь Rechtsphilos. II I стр. 238); но я не вижу, какимъ образомъ полагаютъ устранить его. Законъ не можетъ опредѣлять, чтобы право не было правомъ; онъ настълько же не можетъ отмѣнять будущее обычное право, какъ и будущій законъ. Этотъ аргументъ упущенъ изъ виду даже новѣйшимъ писателемъ, который высказался противъ приведеннаго воззрѣнія, именно Регельсбергеромъ krit. VJSchr. IV стр. 328—329, 341—342.

*) Вильда Autonomie въ Weiske's Rechtslexicon I стр. 539 и сл. (1849) Гербера Arch, f. civ. Pr. XXXVII. 2 (1854). Противъ Гербера К. Мауреръ krit. Ueberschau II 8. (1855) и Голли krit. Ueberschau VI. 16 (1859);

атттрибутъ государства. Но можетъ случиться, что для болѣе тѣснаго круга можетъ устанавливать юридическія нормы и не государственная воля. Въ этомъ случаѣ говорятъ объ автономіи. Прежде, когда государственныя отношенія были еще въ зародышѣ, такая автономія существовала въ Германіи въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ нынѣ. Особенно обращаютъ на себя вниманіе въ этомъ отношеніи общины, автономія которыхъ, если и сохранилась еще въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, то въ весьма сжатомъ видѣ, и во всякомъ случаѣ совершенно изгнана изъ области гражданскаго права ¹⁾. Въ противоположность этому, семейства высшаго дворянства ²⁾, еще доселѣ пользуются автономіею въ своихъ имущественныхъ и семейныхъ отношеніяхъ ³⁾. Равнымъ образомъ объ автономіи корпорацій можетъ идти рѣчь лишь въ томъ случаѣ, когда издаваемые ими постановленія о способѣ внутренней дѣятельности корпорацій обязательны для членовъ этихъ корпорацій даже и тамъ, гдѣ предметомъ ихъ не служитъ доставленіе конкретныхъ правъ ⁴⁾. Изданное въ силу автономіи постановленіе называютъ обыкновенно статутомъ.

Ту форму обычнаго права, которая соотвѣтствуетъ автономіи, называютъ обыкновенно *Observanz* ⁵⁾.

противъ нихъ снова Герберъ Jahrb. f. Dogm. III. 6 (1859). Безелеръ deutsch. Privatr. §. 26—28.

§ 19. ¹⁾ Но еще въ 1757 году городъ Ростокъ (не вольный) издалъ для себя собственное городское право. Кампцъ Handb. des mecklenb. Civilrechts стр. 39. Ср. Мауреръ в. п. с. стр. 264.

²⁾ Гарантировано ему союзнымъ актомъ ст. 14 на основаніи постановленій прежней германской конституціи. Подобными же правами, обезпеченными за прежнимъ имперскимъ рыцарствомъ, слѣдуетъ „пользоваться“ только согласно предписанію союзныхъ законовъ.“

³⁾ Герберъ в. п. с. относительно новѣйшаго права совершенно отвергающій понятіе объ автономіи, какъ объ источникѣ объективныхъ юридическихъ нормъ, считаетъ эти распоряженія высшаго дворянства лишь юридическими сдѣлками, посредствомъ которыхъ могутъ приобрѣтаться, единственно и то примѣнительно къ дѣйствующему праву, субъективныя правомочія. Возражали Юлли и Мауреръ в. п. с.

⁴⁾ Напримѣръ, постановленія о пользованіи правомъ голоса, о приѣмѣ новыхъ членовъ.

⁵⁾ Но это выраженіе принимаются и въ другомъ значеніи. Ср. Пухта Gewohnheitsr. II стр. 105 и сл., Савиньи I стр. 98 и сл., Безелеръ deutsches Privatr. § 33. Ср. § 136 прим. 3а.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ТОЛКОВАНИЕ И НАУЧНОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ ПРАВА *).

Толкованіе и научное изслѣдованіе права вообще *).

Понятіе толкованія. Научное толкованіе и т. н. легальная интерпретація.

§ 20.

Толкованіе есть изъясненіе содержанія права. Содержаніе это можетъ быть болѣе или менѣе ясно; чѣмъ оно темнѣе, тѣмъ значительнѣе задача толкованія.

Обыкновенно говорятъ только о толкованіи закона. Но это слишкомъ тѣсно; въ толкованіи могутъ нуждаться и постановленія обычнаго права. Конечно, не совсѣмъ въ томъ смыслѣ, какъ законы; по отношенію къ законамъ толкованіе должно рѣшить извѣстную и притомъ ближайшую задачу, которая отпадаетъ въ обычномъ правѣ. Законы суть юридическія нормы, формулированныя въ словахъ; первый вопросъ тутъ въ томъ: какой смыслъ придавалъ законодатель этимъ словамъ? Такого вопроса нельзя предложить по отношенію къ постановленіямъ обычнаго права, ибо право это является не въ формѣ человѣческой рѣчи. Но когда по отношенію къ законамъ установленъ смыслъ, который законодатель придавалъ своимъ словамъ, то возникаетъ новый вопросъ толкованія, — вопросъ, который можетъ возникнуть и по отношенію къ постановленіямъ обычнаго права. Подробнѣе объ этомъ будетъ сказано въ § 22¹⁾.

*) Тибо Theorie der logischer Auslegung des römischen Rechts (1799. 2 изд. 1806). Гүфеландъ Geist des röm Rechts I 2 стр. 1-205 (1815). Лангъ Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts (1857). Кирульфъ стр. 18 и сл. Савиньи I. §. 32—51, Вангеровъ I. § 23—25, Вехтеръ II §. 12—14. 23—26, Унгеръ I. §. 10—14, Тэль Einleit. in das deutsche Privatr. §. 55—66.

¹⁾ Однако, отвѣтъ на этотъ вопросъ нинѣ не относятся къ толкованію; см. цп- § 20. тир. § 22. Если придерживаться этого воззрѣнія, то толкованіе примѣняется только къ законамъ.

Толкованіе можетъ производиться либо путемъ свободнаго изслѣдованія, либо посредствомъ юридической нормы. Истиннымъ толкованіемъ можно назвать только первое; второе же есть въ сущности установленіе новаго права съ добавленіемъ предписанія, чтобы установленное новое право считалось содержаніемъ прежней юридической нормы ²⁾. Какъ бы то ни было, здѣсь слѣдуетъ говорить только о толкованіи перваго рода. Но оно есть не столько наука, которую можно изучить, сколько искусство, которому должно выучиться; теорія можетъ указать только руководящія точки зрѣнія.

Грамматическое и логическое толкованіе. Аналогія (закона).

§ 21.

Толкованіе закона, какъ уже было замѣчено, должно прежде всего опредѣлить смыслъ, который законодатель придавалъ своимъ словамъ. Для этого прежде всего должны быть установлены самыя слова, употребленныя законодателемъ, что составляетъ задачу критики ¹⁾.

При опредѣленіи смысла, который законодатель придавалъ своимъ словамъ, исходною точкой должны служить законы языка; къ этимъ законамъ должно обращаться для опредѣленія смысла словъ, какъ взятыхъ отдѣльно, такъ и въ той связи, въ которой они находятся въ данномъ случаѣ ²⁾. Толко-

²⁾ Для обозначенія толкованія посредствомъ юридическаго постановленія чаще употребляется слово интерпретація, чѣмъ толкованіе; обыкновенно говорятъ легальная интерпретація. Смотря потому, относится ли толкуемое постановленіе къ области законодательства или къ области обычнаго права, и легальная интерпретація дѣлится на аутентическую и узуальную. Примѣръ послѣдней см. у Зейф. Arch. XVIII. 203,

§ 21. ¹⁾ Можно пойти еще дальше и сказать что сначала слѣдуетъ доказать, что самый законъ есть истинный, то есть, что онъ дѣйствительно исходитъ отъ законодателя, которому онъ приписывается. Такое доказываніе тоже называется критикою и притомъ высшею, въ противоположность первой какъ низшей, хотя нѣкоторые соединяютъ съ этими выраженіями другой смыслъ. Ср. Савиньи I стр. 242, 246, Ланга в. п. с. стр. 15. 16. — По отношенію къ критикѣ *Cognus juris* ср. Вангерова I § 23 прим.

²⁾ Само собою разумѣется, что при этомъ слѣдуетъ принимать въ соображеніе не только общіе законы языка, но также особую манеру выражаться, преобла-

ваніе, основанное на законахъ языка, носить названіе грамматическаго.

Но результатъ грамматическаго толкованія можетъ оказаться неудовлетворительнымъ; оно можетъ либо вовсе не дать яснаго смысла, либо предоставить на выборъ нѣсколько разныхъ смысловъ³⁾. Въ этомъ случаѣ слѣдуетъ прежде всего обратиться къ остальному безспорному содержанію толкуемаго закона; далѣе, можно извлечь нѣкоторое объясненіе изъ другихъ законовъ того же законодателя или даже различныхъ законодателей, если между этими законами и закономъ толкуемымъ можетъ быть допущена внутренняя связь⁴⁾. Когда же и это средство не приведетъ къ цѣли; то, вообще говоря, остается толкователю только одно: при соображеніи всѣхъ доступныхъ средствъ вдуматься возможно глубже въ мысль законодателя; чѣмъ болѣе онъ въ этомъ успѣетъ, тѣмъ вѣрнѣе онъ въ состояніи будетъ опредѣлить смыслъ употребленныхъ законодателемъ словъ. При этомъ должно обращать особенное вниманіе на слѣдующіе два момента: на состояніе права въ то время, когда былъ изданъ данный законъ, при чемъ предполагается, что состояніе это было извѣстно законодателю, и на цѣль, которой законодатель желалъ достигнуть своимъ закономъ⁵⁾. Наконецъ, нужно еще обращать

давшую въ то время и въ томъ мѣстѣ, откуда начинается данный законъ. Большая часть вышеприведеннаго сочиненія Ланга посвящена именно грамматическому толкованію, примененному въ особенности къ *Corpus juris*.

³⁾ Можетъ случиться, что отдѣльное выраженіе будетъ имѣть различный смыслъ. Даже при несомнѣтельности отдѣльныхъ выраженій конструція ихъ можетъ быть различна.

⁴⁾ L. 26—28 D. de leg. 1. 3. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur... Sed et posteriores leges ad priores pertinent...“ Ср. тоже l. 24 D. eod., гдѣ, конечно, говорится только объ исправочномъ толкованіи.

⁵⁾ Законъ не долженъ быть толкуемъ такимъ образомъ, чтобы отсюда возникло противорѣчіе съ его цѣлью. Напр. l. 6 C. de leg. 1. 14. „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videri“. Равнымъ образомъ l. 25 D. eod. 1. 3. — Цѣль, которую имѣетъ въ виду законъ, называютъ *ratio legis* и при этомъ указываютъ на то, что *ratio legis* должно отличать, съ одной стороны, отъ *occasio legis*, то есть, отъ повода закона (напр. l. 1. pr. D. de SC^o Mac. 14. 6), а съ другой — отъ *ratio iuris*, то есть, отъ самой мысли или принципа закона. Поводъ имѣетъ для толкованія только мимолетное значеніе; а принципъ есть не столько средство для опредѣленія сомнительнаго смысла словъ, сколько результатъ научнаго изслѣдованія того, что несомнѣнно (§ 22).

Виндшейдъ, пандектовъ право. Т. I.

вниманіе и на годность самого результата толкованія, насколько можно допустить, что законодатель желалъ высказать скорѣе что-либо важное и сообразное, чѣмъ пустое и неумѣстное ⁶⁾. — Если всѣ эти пособія не приведутъ ни къ какому положительному результату, то толкованіе, будучи обязано во чтобы то ни стало добиться какого-нибудь результата, можетъ удовольствоваться и простою вѣроятностью, при чемъ слѣдуетъ держаться правила, выведеннаго изъ дальнѣйшихъ соображеній, что въ случаѣ сомнѣнія должно рѣшать въ пользу меньшаго уклоненія отъ дѣйствующаго права ⁷⁾ и въ пользу менѣе строгаго мнѣнія ⁸⁾.

Помощью всѣхъ означенныхъ пособій не только выясняется темное выраженіе закона, но и можетъ быть дополнено и исправлено его неполное и невѣрное выраженіе ⁹⁾. Невѣрнымъ же оно бываетъ въ трехъ отношеніяхъ: оно можетъ быть или шире того, что законодатель желалъ сказать, или тѣснѣе, или качественно иное. Отсюда и само исправочное толкованіе можетъ быть или ограничительное, или распространительное, или измѣнительное. Что касается измѣнительнаго толкованія, то слѣдуетъ прибавить, что оно, подобно ограничительному и распространительному толкованію, можетъ лишь въ томъ или другомъ отношеніи исправить от-

⁶⁾ Сюда относится l. 19 D. de leg. 1. 3. „In ambigua voce legis ea potissimum significatio accipienda est, quae vitio caret...“ Далѣе l. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipitur, quae rei gerendae aptior est“. — Оцѣнка предварительныхъ работъ для новѣйшихъ кодексовъ: Гольдшмидта Zeitschr. f. Handelsr. X стр. 40 и сл.

⁷⁾ Ср. l. 35 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

⁸⁾ L. 56. l. 168 pr. l. 192 § 1. D. de R. I. 50. 17, l. 18 D. de leg. 1. 3 (Савиньи I § 36. i.).

⁹⁾ Хотя въ источникахъ и говорится: „in re... dubia melius est verbis edicti servire“ (l. 1 § 20 D. de exerc. act. 14. 1); но говорится также: „scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem“, l. 17 D. de leg. I. 3, ср. l. 6. § 1 D. de V. S. 50. 16, l. 13 § 2 D. de excus. 27. 1. Въ прежнія времена нерѣдко утверждали, что, если смыслъ слова несомнѣненъ, всякое толкованіе должно умолкнуть. Это противорѣчитъ не только тому, что высказано въ источникахъ, но и существу дѣла. Слова не мысль, но лишь знаки для мысли, важно не объективное и безусловное ихъ значеніе, а то, которое придавалъ имъ ихъ авторъ, предполагая только, что это значеніе подтверждается обстоятельствами. Всего рѣзче это указалъ Игерингъ, Geist des röm. Rechts II стр. 470 и сл.

дѣльное выраженіе законодателя; если употребленныя законодателемъ слова не соотвѣтствуютъ тому смыслу, который онъ желалъ выразить, то не только высказанное имъ не имѣетъ силы, потому что онъ не то хотѣлъ сказать, что сказалъ, но не имѣетъ силы и то, что онъ хотѣлъ сказать, потому что онъ этого не сказалъ ¹⁰⁾).

Всякое толкованіе, идущее далѣе результата, найденнаго посредствомъ примѣненія законовъ языка, носить названіе логическаго.

§ 22.

Но задача толкованія не ограничивается выясненіемъ того смысла, который законодатель хотѣлъ придать употребленнымъ имъ словамъ; оно должно еще раскрыть мысль законодателя, скрывающуюся за этимъ смысломъ. Можетъ случиться, и дѣйствительно часто случается, что самъ законодатель не вполне уяснилъ себѣ эту мысль, что онъ остановился на такой внѣшней формѣ мысли, которая не вполне соотвѣтствуетъ ея истинному содержанію. Помочь въ этомъ случаѣ законодателю и въ выраженной имъ волѣ раскрыть его истинную волю — такова высочайшая и благороднѣйшая задача толкованія. Этимъ оно отнюдь не расширяетъ своихъ правъ: оно лишь вполне согласуется со смысломъ законодателя и высказываетъ только то, что онъ самъ бы высказалъ, если бы обратилъ вниманіе на то, что ускользнуло отъ его сознанія. Но и въ этомъ случаѣ толкованіе должно оставаться въ указанныхъ выше границахъ; какъ бы оно ни было способно разузнать истинную мысль законодателя, но признать ее установляющею право оно можетъ лишь въ томъ предположеніи, что въ изданномъ законодателемъ постановленіи можно обрѣсти, если не вполне соотвѣтствующее, то во всякомъ случаѣ общее выраженіе мысли законодателя. Такимъ образомъ и въ этомъ случаѣ главная, если не исключительная, дѣятельность толкованія будетъ состоять въ количественномъ распространеніи и ограниченіи закона ¹⁾).

¹⁰⁾ Противъ того, что даже и новѣйшіе писатели (напр. Вангеровъ I § 24 прим. № 3) оспариваютъ на этомъ основаніи допускаемость измѣнительнаго толкованія, можно возразить, что, взятое во всей своей рѣзкости, это основаніе исключало бы и распространительное толкованіе; когда законодатель сказалъ менѣе того, что хотѣлъ сказать, то вѣдъ большее все-таки не сказано. Это приводитъ къ изложенному въ текстѣ мнѣнію.

¹⁾ Примѣры см. въ слѣдующемъ примѣчаніи.

Но не подлежит сомнѣнію, что и такая дѣятельность есть истинное толкованіе; и здѣсь точно также изъ-подъ внѣшняго проявленія закона разоблачается существо его; скрытое и связанное наружною оболочкою вскрывается и разлагается на составныя части. Тѣмъ менѣе можно въ этомъ сомнѣваться, что различіе между этою дѣятельностью и дѣятельностью, означенною въ предыдущемъ §, какъ ни твердо оно въ теоріи, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ часто трудно и даже невозможно бываетъ провести, такъ что одна дѣятельность незамѣтно переходитъ въ другую; отвѣтитъ съ увѣренностію на вопросы: дѣйствительно ли законодатель не сказалъ того, что хотѣлъ сказать, или не мыслилъ того, что хотѣлъ мыслить? весьма часто невозможно *). Впрочемъ, по другому мнѣ-

*) Когда законодатель говоритъ только о мужскомъ родѣ, а не о мужскомъ и женскомъ вмѣстѣ (I. 1. 52. 195 pr. D. de V. S. 50. 16), то можно принять, что онъ не сказалъ того, о чемъ думалъ, такъ напримѣръ, когда императорскій рескриптъ предписываетъ матери filiis tutorem petere, и не прибавляетъ: filiaribus (I. 2. § 23. 28. D. ad S. C. Tert. 38. 17). Но слѣдуетъ ли видѣть также ошибочное выраженіе, а не ошибочную мысль въ томъ, что тотъ же рескриптъ упускаетъ распространить свое предписаніе на испрошеніе curator для impubes (§ 29 eod.)? Далѣе, когда им. Маркъ объявляетъ недѣйствительными неа-свидѣтельствования судебнымъ порядкомъ сдѣлки объ оставленныхъ кому-либо послѣ смерти алиментахъ, а не сдѣлки, наносящія ущербъ отказопринимателю, что именно онъ имѣлъ въ виду (I. 8 pr. § 6 D. de transact. 2. 15), то считать ли, что онъ неправильно выразился или неправильно думалъ? Повидимому, скорѣе слѣдуетъ принять послѣднее; точно также, когда lex Aelia Sentia запрещаетъ господину заставлять отпускаемаго на волю раба давать клятву въ томъ, что онъ не женится или не станетъ приживать дѣтей, и забываетъ ограничить это запрещеніе рабами, способными къ дѣтороженію (I. 6 § 2. I. 15 D. de iure patr. 37. 14), или когда эдильскій эдиктъ не исключаетъ прямо явной ошибки (I. 1 § 6 D. de aed. ed. 21. 1), или когда им. Каракала предписываетъ считать даренія между супругами дѣйствительными съ наступленіемъ смерти дарителя, не прибавляя прямо, что тоже самое должно распространяться на всякія даренія, запрещенныя въ бракѣ (I. 32 § 16 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Не подлежитъ сомнѣнію, что им. Маркъ ошибся въ мысли, а не въ выраженіи, когда онъ предписываетъ, чтобы отказывающіеся отъ опеку-ства, если они живутъ въ городѣ, или на разстояніи 100 миль отъ него, заявляли объ этомъ въ теченіи 50 дней; если же они живутъ дальше, то въ теченіе 30 дней, при чемъ на каждыя 20 миль дается по одному дню, откуда вытекаетъ, что, напримѣръ, живущій на разстояніи 160 миль имѣетъ сроку только 38 дней (I. 13 § 2. D. de excus. 27. 1). Другіе несомнѣнные примѣры толкованія, которое примѣняетъ не смыслъ выраженій, но истинныя мысли, иначе выраженныя въ законѣ, см. въ I. 40 pr. de H. P. 5. 3, I. 27 § 3 D. de R. V. 6. 1, I.

нію, указанная здѣсь дѣятельность не причисляется къ толкованію. Затѣмъ, оставляя при этой дѣятельности безъ вниманія не только измѣненіе, но и ограниченіе мысли законодателя ³⁾, говорятъ лишь о распространеніи послѣдней ⁴⁾ посредствомъ аналогіи ⁵⁾, которую опредѣляютъ какъ распространеніе закона въ силу тождества основанія. Подъ основаніемъ же закона разумѣютъ въ этомъ случаѣ именно то, что мы здѣсь назвали истинною мыслью законодателя ⁶⁾. Въмѣсто слова основаніе употребляютъ также выраженіе: принципъ закона ⁷⁾.

1 pr. l. 4 D. si quadrupes 9. 1, l. 19 D. ad exh. 10. 4, l. 54 pr. D. mand. 17 1, l. 64 § 1. D. de R. N. 23. 2. Весьма поучительный примѣръ даетъ также SC. Velleianum. Изъ двухъ его постановленій: необязательно поручительство женщины за другаго и не обязательенъ заемъ, заключенный женщиною для другаго юриспруденція вывела слѣдующій болѣе общій законъ: необязательно не только формальное, но и матеріальное обязательство, заключенное женщиною для другаго. См. обязательственное право (II § 485).—Положеніе, что рѣшительное значеніе должна имѣть не высказанная, а истинная мысль закона, будучи примѣнено въ принудительному закону (§ 30), выражается такъ: подъ законъ подпадаетъ и то, что совершается *in fraudem legis*, l. 29. 30 D. de leg. 1. 3, l. 5 G. eod. l. 14.

³⁾ Отсюда выходитъ, что въ такомъ случаѣ всякое ограничительное толкованіе, какъ то, что единственно и называютъ толкованіемъ, должно пониматься только какъ исправленіе извѣстнаго слова. Такъ именно смотритъ, напримѣръ, Вангеръ I § 24 прим. № 3. b. даже на l. 11 § 2 D. de his qui not. 3. 2, которое гласитъ, что запрещеніе женщинѣ вступать въ бракъ до истеченія траурнаго года не должно распространяться на ту женщину, которая родила раньше.

⁴⁾ Объ этомъ случаѣ говорится вообще въ l. 10—12 l. 27 D. de leg. 1. 3.

⁵⁾ Въ отличіе отъ нижеуказываемаго (§ 23) примѣненія аналогіи ее называютъ аналогією закона.

⁶⁾ Если такимъ образомъ понимать основаніе закона, то и правила, которыми часто злоупотребляли, именно: *ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio* и *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, будутъ столь же справедливы, сколько при всякомъ иномъ пониманіи они будутъ ложны.

⁷⁾ Если распространительное толкованіе (аналогія) возбраняется лишь для даннаго случая, то наоборотъ одно то, что законъ распространяетъ свое предписаніе только на указанный имъ случай, служитъ доказательствомъ, что это предписаніе не имѣетъ силы по отношенію къ другимъ случаямъ,—это извѣстное *argumentum a contrario*; ср. наприм. l. 18 D. de testib. 22. 5, l. 20 § 5. 6 D. qui test. 28. 1. Но насколько вѣренъ этотъ аргументъ въ примѣненіи къ закону, какъ скоро аналогія дѣйствительно возпрещается, на столько же онъ не вѣренъ въ примѣненіи къ тѣмъ постановленіямъ, которыя имѣютъ въ виду не введеніе новаго права, а лишь констатированіе обязательной силы дѣйствующаго правополо-

Пособія для этого рода толкованія тѣ же самыя, какія упомянуты въ предыдущемъ параграфѣ.

Но очевидно, что этотъ родъ толкованія можетъ быть примѣненъ не только къ законамъ, но и къ положеніямъ обычнаго права. По отношенію къ этимъ положеніямъ можетъ быть также признано, что мысль, какъ она ближайшимъ образомъ сознавалась соблюдавшими, не есть ихъ собственная мысль; раскрытіе же ихъ истинной мысли есть такое же толкованіе обычнаго права, какъ и толкованіе закона.

Пробѣлы и противорѣчія. Аналогія (права).

§ 23.

Доселѣ рѣчь шла о толкованіи отдѣльныхъ правоположеній. Но если эти послѣднія разсматривать не отдѣльно, а какъ составныя части одного юридическаго цѣлаго, то рождается новый вопросъ, какъ поступать, когда въ этомъ цѣломъ окажутся пробѣлы и противорѣчія. Въ сущности задача здѣсь та же; необходимо распознать истинныя мысли юридическаго цѣлаго, какъ прежде необходимо было распознать истинную мысль отдѣльнаго правоположенія.

А потому, прежде всего, восполнять пробѣлы слѣдуетъ не т. н. естественнымъ правомъ, какъ часто прежде учили, то-есть, не апіорно построеннымъ правомъ, которое въ каждомъ данномъ случаѣ содержитъ въ себѣ лишь то, что кажется истиннымъ самимъ строителямъ, а разумомъ самого юридическаго цѣлаго; слѣдуетъ искать такихъ рѣшеній, которыя были бы правильны именно по смыслу этого цѣлаго. Сообразно тому, что здѣсь слѣдуетъ исходить изъ правоположеній, дѣйствительно выраженныхъ въ юридическомъ цѣломъ, и переносить представляющееся въ нихъ специфическое юридическое воззрѣніе на отношеніе, подлежащее опредѣленію, говорить и здѣсь объ аналогіи ¹⁾.

женія, каковы, напримѣръ, выдержки изъ сочиненій римскихъ юристовъ, содержащіяся въ нашемъ *Corpus juris*. Заключение, что такъ какъ обязательная сила извѣстнаго юридическаго правила признана только для случая А, а не для случая Б, то слѣдовательно, оно не можетъ распространяться на случай Б,— такое заключеніе предполагаетъ доказаннымъ, что авторъ опредѣленія 1) имѣлъ въ виду случай Б, и 2) что у него былъ поводъ принять его въ соображеніе.

§ 23. ¹⁾ Въ отличіе отъ названной въ предыдущемъ § аналогіи (закона) ее называютъ аналогією права.

Если въ юридическомъ цѣломъ открывается, повидимому, противорѣчіе, то нужно сначала внимательно изслѣдовать, не мнимое ли оно. Оно будетъ лишь мнимымъ, когда противорѣчащія другъ другу правоположенія неоднородны. Таковы правоположенія общаго и мѣстнаго права, позднѣйшія и предыдущія; мѣстныя правоположенія имѣютъ перевѣсъ надъ общими ²⁾, позднѣйшія надъ предыдущими ³⁾. Противорѣчіе будетъ только кажущимся и въ томъ случаѣ, когда при болѣе тщательномъ разсмотрѣніи окажется, что предположенія обоихъ правоположеній не выполнены тождественны. Но если противорѣчіе вовсе не мнимое (и притомъ не примириемое), и если нельзя также доказать, что истинная мысль законодателя выражается въ одномъ изъ данныхъ правоположеній болѣе, чѣмъ въ другомъ ⁴⁾, то слѣдуетъ сказать, что первое имѣетъ такую же силу, какъ и послѣднее; и что слѣдовательно, первое отмѣняетъ послѣднее; а потому должно рѣшать такъ, какъ если бы не было ни того ни другаго.

Научное изслѣдованіе права.

§ 24.

Толкованіе не можетъ быть противоположаемо научному изслѣдованію права; если толкованіе имѣетъ въ виду объясненіе смысла употребленныхъ законодателемъ словъ, то оно есть низшая ступень научнаго изслѣдованія; если же оно направлено къ раскрытію дѣйствительной мысли извѣстнаго правоположенія или юридическаго цѣлаго, то оно есть болѣе высокая его ступень. Но научное изслѣдованіе не ограничено рамками толкованія. Когда толкованіе закончило свое дѣло, то начинается развитіе тѣхъ понятій, которыя содержатся въ добытыхъ посредствомъ него правоположеніяхъ. Съ другой стороны истинная мысль правоположенія состоитъ изъ отдѣльныхъ поня-

²⁾ То или другое правоположеніе, будучи сравнительно съ другими частнымъ, само можетъ быть общимъ по отношенію къ болѣе частному. Старинная пословица гласитъ: *Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein* (общее для Германіи *Recht* (городовое) право отмѣняетъ земское, земское право отмѣняетъ общее право).

³⁾ L. 4. D. de const. princ. 1 4.

⁴⁾ Ср. § 26 къ прим. 3.

тій, то есть, изъ совокупности элементовъ мысли; эти понятія необходимо разбить на составныя части, необходимо показать содержащіяся въ нихъ элементы. Операцию эту можно совершать болѣе или менѣе обширно; ибо найденные элементы могутъ въ свою очередь состоять изъ совокупности другихъ, болѣе простыхъ элементовъ и т. д. ¹⁾. Новѣйшая юриспруденція обнаруживаетъ рѣшительное стремленіе къ возможно дробному разложенію понятій, и въ этомъ ея заслуга. Ибо отъ исчерпывающаго уразумѣнія понятій, содержащихся въ правоположеніяхъ, зависитъ не только полное пониманіе права, но и вѣрное его примѣненіе. Относительно послѣдняго можно замѣтить еще слѣдующее. Составъ подлежащаго разрѣшенію случая рѣдко соответствуетъ составу отдѣльнаго правоположенія; обыкновенно различныя части этого состава подходятъ подъ различныя правоположенія. Юридическія послѣдствія, регулируемыя этими правоположеніями, взаимно опредѣляются и перекрещиваются; рѣшеніе есть результатъ вычисленія, факторами котораго служатъ юридическія понятія; итогъ этого вычисленія будетъ тѣмъ вѣрнѣе, чѣмъ прочнѣе достоинство самихъ факторовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ очевидно, что истинная система правъ, внутренняя связь ихъ опредѣленій можетъ обнаружиться лишь изъ полнаго уразумѣнія юридическихъ понятій.

Эти понятія распадаются на два класса, смотря по тому, имѣютъ ли они своимъ предметомъ фактическія предположенія правъ или же самыя права и то, что о нихъ можетъ быть высказано. Понятіями, предметомъ которыхъ служатъ фактическія предположенія правъ, будутъ, напримѣръ, юридическая сдѣлка, договоръ, завѣщаніе, спецификація, условіе и мн. друг. По отношенію къ правамъ обращаютъ на себя вниманіе: понятіе права вообще, понятіе отдѣльныхъ правъ, составляющееся изъ ихъ характеристическихъ признаковъ (напримѣръ: собственность, узуфруктъ, обязательство, право преди очтительной покупки, право отказа отъ покупки и т. д.), ихъ содержа-

24. ¹⁾ Примѣры для сравненія: договоръ купли-продажи есть такой договоръ, посредствомъ котораго вещь уступается за деньги; договоръ есть такая юридическая сдѣлка, которая возникаетъ изъ соглашенія между выраженными волями двухъ (или болѣе) лицъ. — Юридическая сдѣлка есть изъясненіе частнаго лица о томъ, что должно наступить извѣстное юридическое послѣдствіе, — а что такое изъясненіе воли?—Что такое воля?—Что такое соглашеніе?—Что такое вещь?—Что такое уступка?

ніе, ихъ субъектъ (лицо, юридическое лицо), ихъ свойства (дѣлимость и недѣлимость, отчуждаемость и неотчуждаемость, самостоятельность и несамостоятельность и т. д.), возникающій изъ нихъ искъ (осуществленіе, исковая сила, бездѣйствіе права, обусловленная возраженіемъ обязанность), въ особенности же ихъ жизненные моменты (возникновеніе, прекращеніе, видоизмѣненіе; установленіе, уничтоженіе, измѣненіе просто или съ временно приостановленною силой; полное уничтоженіе или уничтоженіе вслѣдствіе возникшаго возраженія; перемѣна лица, содержанія; юридическое преемство, преемство универсальное, преемство сингулярное и т. д.). Перечисленіе это далеко неполно и служить лишь для ориентированія.

Возведеніе правоотношенія къ лежащимъ въ его основаніи понятіямъ называется конструкціею его ²⁾.

II. Толкованіе пандектнаго права въ особенности.

§ 25.

Говоря о толкованіи пандектнаго права въ особенности, слѣдуетъ прежде всего упомянуть, что Юстиніанъ запретилъ всякое толкованіе на изданныя имъ кодексы ¹⁾; въ сомнительныхъ случаяхъ судья долженъ былъ обращаться къ императору. Но какъ это послѣднее предписаніе нынѣ не находитъ себѣ примѣненія, да и само это запрещеніе никогда не соблюдалось; слѣдовательно, оно отмѣнено общимъ юридическимъ обычаемъ ²⁾.

¹⁾ Напримѣръ, конструкція реальной повинности (Reallast) будетъ состоять въ указаніи того, что доставляемое имъ право подходитъ подъ понятіе вещнаго или же обязательственнаго права. Возникновеніе собственности вслѣдствіе поднятія выброшенной вещи можетъ быть конструировано помощью доказательства, что въ выбрасываніи выражалась передача или же оставленіе на произволъ судьбы (derelictio). — О конструкціи и вообще сказанное въ текстѣ ср. съ остроумнымъ и глубоко научнымъ изслѣдованіемъ Игерина Geist des röm. Rechts II стр. 321—414 въ связи съ Jahrb. f. Dogmatik I. 1, изслѣдованіемъ, съ частностями котораго хотя и нельзя вполне согласиться, но которое, будучи въ цѣломъ первую попыткой основанія „техники права“, заслуживаетъ, по нашему мнѣнію, болѣе теплой признательности, чѣмъ съ какою отнесся къ нему Бринцъ въ krit V J Schr. II. 1.

¹⁾ L. 12 C. de leg. 1. 14, l. 2 §. 21 C. de vet. iure enucl. 1. 17.

²⁾ Ср. Савиньи I стр. 301—317.

Затѣмъ относительно толкованія юстиніановыхъ сводовъ слѣдуетъ еще замѣтить, что содержащіеся въ нихъ мѣста нуждаются въ двоякомъ толкованіи. Во первыхъ, нужно опредѣлить смыслъ, который придавали имъ ихъ первоначальные авторы; во вторыхъ, нужно обращать вниманіе на то, не измѣнился ли этотъ смыслъ вслѣдствіе внесенія ихъ въ кодификацію Юстиніана ³⁾. Что касается первоначальнаго смысла отдѣльных мѣстъ *Corpus juris*, то должно замѣтить, что большая и даже наибольшая часть ихъ сначала не были законами, а лишь свидѣтельствомъ въ пользу существующаго права, каковы, напримѣръ, выдержки изъ сочиненій римскихъ юристовъ и (хотя и не безъ исключенія) императорскіе рескрипты и декреты. Хотя вообще принципы толкованія этихъ свидѣтельствъ тѣже самыя, которые изложены выше по отношенію къ толкованію закона; но въ частности допустимы нѣкоторыя отступленія. Такъ, напримѣръ, такъ-называемый *argumentum a contrario* имѣетъ здѣсь совершенно иное значеніе, чѣмъ для законовъ (§ 22 прим. 7), а при толкованіи рескриптовъ не слѣдуетъ забывать, что нерѣдко въ рескрипты вносились положенія изъ предлагавшихся вопросовъ, при чемъ вовсе не имѣ-

³⁾ Въ частности здѣсь нужно имѣть въ виду: 1) измѣнившееся правосостояніе, при господствѣ котораго составлена была компиляція Юстиніана. Въ виду этого состоянія многія изъ вошедшихъ въ нее мѣстъ потерпѣли измѣненіе (интерпелация, т. н. *emblemata Tribonianii*); въ иныхъ случаяхъ принятое, не будучи вовсе измѣнено, получило, однако, другое значеніе, единственно вслѣдствіе своего отношенія къ юридическому состоянію временъ Юстиніана (такъ, напримѣръ, выраженія *sessio*, *in ius vocatio* въ устахъ компиляторовъ имѣли совершенно другой смыслъ, чѣмъ въ устахъ древнихъ юристовъ). Нужно имѣть въ виду 2) связь компиляціи. Юстиніанъ придавалъ значеніе самостоятельнаго цѣлаго не только отдѣльнымъ изданнымъ имъ кодексамъ, именно институціямъ, дигестамъ и кодексу, но и всѣмъ имъ вмѣстѣ (§. 26 прим. 2); слѣдовательно, каждое мѣсто должно имѣть только то значеніе, которое вытекаетъ изъ отношенія его къ другимъ мѣстамъ компиляціи. При этомъ не слѣдуетъ также пренебрегать однимъ изъ средствъ толкованія, именно заглавіями титуловъ, подъ которыми помѣщается толкуемое мѣсто, хотя не слѣдуетъ заходить такъ далеко, какъ Ф. К. Шмидтъ (*Methode der Auslegung der Iustinianischen Rechtsbücher* 1855), который силится опредѣлить значеніе cadaго мѣста единственно посредствомъ заглавія титула этого мѣста, такъ что у него общія мѣста имѣютъ специальное значеніе, а спеціальныя—общее значеніе, смотря потому, помѣщены ли они въ титулъ съ спеціальнымъ или общимъ заглавіемъ. Ср. противъ этого Штинцинга *Heidelb. krit. Zeitschr.* III стр. 56 и сл. Аридтса *krit. Ueberschau* III стр. 485 и сл.

лось въ виду объявлять эти положенія существенными условіями рѣшенія.

§ 26.

Если въ положеніяхъ, извлеченныхъ изъ различныхъ источниковъ пандектнаго права, встрѣтятся противорѣчія, то предпочтеніе предъ законами государства отдается нынѣшнему обычному праву, а въ предѣлахъ самихъ законовъ послѣдующимъ предъ предыдущими. Законы государства предпочитаютъ принятымъ чужеземнымъ правамъ, а въ предѣлахъ чужеземныхъ правъ каноническое право предпочитается римскому, если судебная практика не удержала какого-либо противоположнаго римскаго положенія. Въ предѣлахъ источниковъ римскаго права новеллы должны пользоваться преимуществомъ предъ тремя кодексами, то есть, предъ институціями, дигестами и кодексомъ, такъ какъ новеллы предназначались для измѣненія содержащагося въ послѣднихъ права, и на томъ же основаніи всякая позднѣйшая новелла исключаетъ дѣйствіе предыдущей. Наконецъ, что касается взаимнаго отношенія трехъ названныхъ сборниковъ ¹⁾, то равнымъ значеніемъ пользуются институціи и дигесты, такъ какъ они изданы одновременно. Но и кодексу отнюдь не слѣдуетъ давать предпочтеніе предъ институціями и дигестами, хотя онъ и изданъ годомъ позже ихъ; ибо Юстиніанъ желалъ, чтобы всѣ эти три сборника считались однимъ цѣлымъ ²⁾. Конечно, въ этомъ цѣломъ можетъ встрѣтиться мѣсто позднѣйшаго происхожденія, исключющее дѣйствіе другаго болѣе ранняго по происхожденію на основаніи отношенія по времени; однако, для этого требуется, во-первыхъ, чтобы позднѣйшее мѣсто дѣйствительно содержало въ себѣ дальнѣйшее развитіе права, и во вторыхъ, чтобы существовали основанія, въ силу которыхъ можно было бы заключать, что

¹⁾ Тибо *civilistische Abhandlungen* № 6, Леръ *Mag. f. RW. u. Gesetzgebung* III. 7.

²⁾ *Ср. Const. Omnem* §. 7, *Tanta* §. 12. 23, *Cordi* §. 3. Это вытекаетъ также изъ вовсе не справедливаго увѣренія Юстиніана, что въ трехъ его сборникахъ нѣтъ противорѣчій (*Const. Tanta* §. 15). Если придавать рѣшительное значеніе времени обнародованія кодекса, то пришлось бы принять, что Юстиніанъ сначала отдавалъ предпочтеніе институціямъ и дигестамъ предъ (первымъ) кодексомъ, а затѣмъ послѣднему (въ *repetita praelectio*, въ главной массѣ тоже-ственному) предъ первыми.

компиляторы желали внести болѣе раннее мѣсто лишь какъ историческій матеріалъ или какъ переходное право, или же что это внесеніе произошло единственно вслѣдствіе поспѣшности и недосмотра.³⁾ Если съ помощью этихъ правилъ нельзя прійти ни къ-какому рѣшенію, то, при наличности дѣйствительнаго противорѣчія⁴⁾, слѣдуетъ придерживаться вышеприведеннаго (§ 23) общаго правила, что одно мѣсто отмѣняетъ другое, и слѣдуетъ рѣшать такъ, какъ будто нѣтъ ни того ни другаго.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

РАЗЛИЧІЯ ВЪ СОДЕРЖАНІИ ПРАВА.

Управомочивающія, объяснительныя и отрицательныя правоположенія *).

§ 27.

Цѣль правоположеній состоитъ вообще въ томъ, чтобы опредѣлить, какимъ образомъ, на основаніи различныхъ фак-

³⁾ Не подлежитъ сомнѣнію, что составители преслѣдовали не исключительно догматическія цѣли, хотя онѣ и сильно преобладали у нихъ; самъ Юстиніанъ отерпѣто свидѣтельствуєтъ объ этомъ въ институціяхъ. *Const. Imperatoriam maiestatem* §. 5. Переходящее право: наприм. *Nov. 89 c. 7*. Недосмотръ: см. напр. § 108 прим. 4, II. § 499 прим. 1. — Примѣръ допускаемаго историческаго соединенія представляетъ въ пандектахъ I. 34. pr. D. mand. 17. 1—l. 15. D. de R. C. 12. 1, примѣръ недопускаемаго l. 41. D. de pign. act. 13. 7 — I. 22. D. de pign. 20. 1.

⁴⁾ Само собою разумѣется, что нужно прежде вникнуть, не окажется ли это противорѣчіе мнимымъ, если различіе между составами обоихъ правоположеній будетъ устранено. При томъ хотя, съ одной стороны, основываясь на извѣстномъ увѣреніи Юстиніана, что при ближайшемъ разсмотрѣніи не найдется ни одного противорѣчія (прим. 2), не слѣдуетъ пугаться и несовсѣмъ убѣдительнаго сближенія, но съ другой стороны необходимо предостеречь отъ стремленія сближать во чтобы то ни стало, — стремленія, вслѣдствіе котораго безплодно потрачено уже много усилій.

^{*)} Лучшее всего объ этомъ изложено у Тэля *Einleit. in das deutsche Privatrecht* §. 33—36.

тических предположений, образуются границы господства воли сталкивающихся между собою индивидовъ, по отношенію къ какому именно содержанію воли каждый индивидъ въ правѣ требовать признанія отъ всѣхъ остальныхъ индивидовъ. Но служить этой цѣли правоположенія могутъ различнымъ образомъ, или непосредственно или посредственно. Непосредственно они служатъ ей, соединяя съ извѣстнымъ событіемъ какое либо господство воли, управомочіе; такого рода правоположенія можно назвать управомочивающими. Посредственно: 1) тѣмъ, что они подробнѣе опредѣляютъ то, что установлено управомочивающими правоположеніями; 2) тѣмъ, что они объявляютъ извѣстное событіе неспособнымъ доставить извѣстное право, хотя само по себѣ оно и въ состояніи породить такое право. Первыя изъ этихъ правоположеній называются объяснительными (*bergiffsentwickelnde*), а вторыя отрицательными (*verneinende*). Въ свою очередь управомочивающія правоположенія могутъ имѣть различную форму: они обращаются или къ самому управомоченному, что-либо дозволяя ему, или же къ одному или нѣсколькимъ противостоящимъ управомоченному, что-либо повелѣвая или запрещая ~~самъ~~ (имъ). ¹⁾

Строгое и справедливое право.

§ 28.

Справедливымъ называется то право, которое сообразуется съ фактическими отношеніями, то-есть, такое право, въ которомъ

¹⁾ Примѣры. 1) Управомочивающія правоположенія. а) Залогодержатель имѣетъ право удерживать вещь у себя до полученія удовлетворенія. б) Владѣлецъ вещи, отнятой у прежняго ея собственника посредствомъ насилія, обязанъ выдать ее послѣднему. в) Никто не въ правѣ допускать, чтобъ его деревья, растущія на сосѣдней межѣ, переросли опредѣленную высоту. 2) Объяснительное правоположеніе. Завѣщаніе должно быть составлено въ присутствіи 7 свидѣтелей. 3) Отрицательное правоположеніе. Проигрывшъ (общанное по договору игры) можно не уплачивать. — О возбравительныхъ правоположеніяхъ часто и даже обыкновенно говорятъ еще въ другомъ смыслѣ. 1) Въ томъ смыслѣ, въ какомъ здѣсь было говорено объ отрицательныхъ правоположеніяхъ; говорятъ, напри-
мѣръ: договоръ игры запрещается. 2) Говорятъ, напри-
мѣръ: насиліе возбравляется. Но истинное содержаніе трактующаго о насиліи правоположенія состо-
итъ въ томъ, что изъ насилія возникаютъ опредѣленные управомочія и обя-
занности.

каждый моментъ фактическихъ отношеній, заслуживающій вниманія, дѣйствительно находить его, каждый не заслуживающій вниманія моментъ вовсе не находить его и каждый изъ этихъ моментовъ пользуется тѣмъ именно вниманіемъ, котораго требуетъ его природа¹⁾. Право, которое въ одномъ изъ этихъ отношеній не сообразно съ фактическими отношеніями, называется строгимъ правомъ.

Понятіе справедливости по природѣ своей относительно; содержаніе свое оно заимствуетъ изъ юридическаго сознанія или юридическаго чувства лица, рассматривающаго данное право. Но какъ юридическимъ сознаніемъ и юридическимъ чувствомъ обладаетъ не только человекъ, но и народы, то подъ справедливостію разумѣется тотъ идеалъ, въ осуществленію котораго должно быть направлено право всякаго народа²⁾. Пока же этотъ идеалъ не осуществился, пока какой-либо источникъ права не призналъ требованій справедливости законными, до тѣхъ поръ справедливость не есть право³⁾, и судья, который вздумаетъ подчинять положительное право своего народа требованіямъ справедливости или того, что онъ считаетъ справедливостію, впадетъ въ грубую ошибку⁴⁾. Но точное изслѣдованіе содержанія положительнаго пра-

§ 28. ¹⁾ *Ius aequum* не есть право, равное для всякаго лица, а лишь право, равное для отношеній, которыя имъ опредѣляются. Напротивъ того, нерѣдко полагаютъ, что сущность справедливаго права заключается именно въ соображеніи индивидуальных различій (Пухта *Pand.* §. 21, Тэль *Einleit.* §. 40, Унгеръ I стр. 71). Но и это воззрѣніе неправильно. Конечно, можетъ случиться, что не принимать въ соображеніе индивидуальных различій будетъ несправедливо, но также, можетъ быть, несправедливо будетъ и принимать ихъ въ соображеніе. — Относительно воззрѣнія римлянъ на *aequitas* ср. М. Фойтта *die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer* т. I (1836). Сюда же относятся указанія *Esmarch, krit. Ueberschau* VI. 1.

²⁾ Въ этомъ смыслѣ I. 1 pr. D. de I. et I. l. 1. прекрасно называетъ *iustitia „ars boni et aequi“*. Ср. § 1. eod., l. 90 D. de R. I. 50. 17, l. 8 C. de iud. 3. 1.

³⁾ Противоположность между *ius* и *aequitas* признается въ l. 52 §. 3. D. de pactis 2. 14 (— „neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti“—) и въ l. 2 §. 5 D. de aqua et aquae 39. 3 (прим. 4).

⁴⁾ L. 1 C. de legib. 1. 14. „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere“. Въ указанномъ въ предыдущемъ примѣчаніи l. 2 §. 5 D. de aqua et aquae хотя *aequitas* и получаетъ силу противъ *ius* (— „haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus“—); но въ дѣло положеніе римскихъ юристовъ было несравненно свободнѣе положенія нынѣшнихъ юристовъ и судей.

ва доставить ему возможность, на первый взгляд незамѣтную, нерѣдко удовлетворять требованіямъ справедливости собственными средствами права ⁵⁾.

Нормальное и исключительное право. Привилегія *).

§ 29.

Нормальнымъ (*regelmässig*) называется то право, которое соотнобразуется съ признанными въ правѣ принципами; когда же право въ силу особенныхъ основаній вступаетъ въ противорѣчіе съ этими принципами, то возникаетъ исключительное (*regelwidriges*) право¹⁾. Источники гласятъ, что это послѣднее право не должно быть толкуемо распространительно²⁾; это значитъ, что оно не должно быть распространяемо далѣе того, на что простирается истинная мысль его опредѣленія; слѣдовательно, это постановленіе предписываетъ лишь то, что само собою разумѣется³⁾.

⁵⁾ Можетъ также случиться, что само право указываетъ судѣй взвѣшивать обстоятельства отдѣльнаго случая и соображать съ ними свое рѣшеніе. Сюда относится l. 91 §. 3. D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose... erratur“. (Рѣчь тутъ идетъ о вопросѣ, есть ли въ наличности просрочка, и для разрѣшенія этого вопроса дается только одно правило, по которому просрочка имѣетъ мѣсто тогда, когда должникъ не уплатитъ въ надлежащее время по собственной винѣ).

*) Савиньи I стр. 61—66, Вехтеръ II §. 3. (50), Тэль Einleitung § 38. § 29. 39, Унгеръ I § 8 (65).

¹⁾ Источники говорятъ *ius singulare*. L. 16. D. de leg. 1. 3. „*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*“.—Иные (напримѣръ, Савиньи в. п. с.) опредѣляютъ *ius singulare* какъ такое право, которое получаетъ свое начало не въ области чистаго права, но основывается на принципахъ нравственности и благосостоянія. Но что такое область чистаго права? И развѣ не всякое право вѣдется на томъ, какъ тотъ или другой народъ понимаетъ и юридически оцѣниваетъ принципы нравственности и потребности общественнаго и частнаго благосостоянія?—Примѣры *ius singulare* въ l. 15 D. de R. C. 12. 1, I. 23 § 1 l. 44 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 44 § 3 de usurp. 41. 3.

²⁾ L. 14. D. de leg. 1. 3 (l. 141 pr. D. de R. I. 50. 17). „*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*.“ Cp. l. 15 eod.

³⁾ Всѣ согласны въ томъ, что по смыслу этого постановленія при *ius singulare* распространительное толкованіе въ тѣсномъ смыслѣ не исключается; но придется еще далѣе и допустить также распространительное толкованіе въ обшир-

Главнѣйшее примѣненіе исключительнаго права состоитъ въ томъ, что посредствомъ него устанавливается для извѣстнаго класса лицъ или правоотношеній что-либо такое, что не имѣетъ силы по отношенію къ другимъ лицамъ или правоотношеніямъ (изъятія). Если постановленіе объ изъятіи состоитъ въ доставленіи выгоды, то мы говоримъ о привилегіи; равнымъ образомъ привилегіею называется и само то выгодное "положеніе, которое вызвано такимъ постановленіемъ ⁴⁾. Привилегіи бываютъ личныя и вещныя, смотря потому, доставляютъ ли онѣ выгоду какому-либо классу лицъ или какому-либо классу правоотношеній ⁵⁾.

номъ смыслѣ (аналогію). Въ противномъ случаѣ придется усомниться въ его возможности вообще, ибо всякое новое правоположеніе представляется по отношенію къ существующимъ уже юридическимъ правиламъ какъ исключительное правило. *Scilicet Velleianum* очевидно устанавливаетъ *ius singulare*; но какъ, однако, оно было распространено! Ср. также II §. 478 прим. 4. Но если какое либо постановленіе издано, напримѣръ, *favore libertatis*, то въ немъ отнюдь не слѣдуетъ видѣть выраженіе принципа, имѣющаго силу и тогда, когда о свободѣ и рѣчи нѣтъ. D. 23 §. 3. D. de fideic. lib. 40. 5. „Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit.“ Также думаетъ Келлеръ §. 7. Слѣдуетъ, конечно, прибавить, что тѣмъ опредѣленіе и яснѣе то предписаніе права, которому противорѣчитъ *ius singulare*, тѣмъ больше оснований, дающихъ право прибѣгать къ распространительному толкованію, — въ силу правила, что въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ рѣшать въ пользу меньшаго отступленія отъ дѣйствующаго права. (§. 21 прим. 7).

⁴⁾ Выраженіе *privilegium* употребляется въ источникахъ наравнѣсъ выраженіемъ *beneficium iuris*. По его буквальному смыслу (ср. Cic. de leg. III. 19: „in privos homines leges ferri nolluerunt, id est enim privilegium,“ Gell. N. A. X. 20: „veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus“) оно хотя и можетъ обозначать постановленіе, ставящее въ худшее положеніе (отсюда у новыхъ юристовъ дѣленіе на *privilegia favorabilia* и *odiosa*);⁷ но едвали источники придавали ему этотъ смыслъ; нѣмецкое слово „Privilegium“ не вполне соответствуетъ этому смыслу. *Privilegium* противопоставляется *ius commune*, то-есть, праву, общему для всѣхъ. Ср. I. 12 L. de min. 4. 4, I. 7 L. de iniusto 28. 3, I. 15. L. de vulg. 28. 6, I. 3. 21 D. de test. mil. 29. 1, I. 37. D. de I. F. 49. 14.

⁵⁾ L. 195 D. de R. L. 50. 17. „Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt, quae personae sunt, ad heredem non transeunt.“ L. 68 eod. Напримѣръ: конкурсная привилегія казны и издержекъ на погребеніе. Къ вещнымъ привилегіямъ относятся и тѣ, которыя представлены собственникамъ извѣстнаго рода вещей (т. н. *privilegia rei*, напр. свобода дворянскихъ имѣній отъ податей).

Но подъ понятіе привилегіи подводятъ и тѣ правоположенія, посредствомъ коихъ индивидуальному лицу или индивидуальному правоотношенію доставляется извѣстная юридическая выгода, равно какъ и доставляемыя такими правоположеніями преимущества. О привилегіяхъ въ этомъ смыслѣ ниже (§ 135, 136) будетъ сказано особенно.

Принудительное и условно-обязательное право.

§ 30.

Есть правоположенія, которыя исключаютъ всякій личный произволъ: они получаютъ примѣненіе, не зависимо отъ желанія сторонъ, они принуждаютъ. Другія правоположенія предоставляютъ иначе опредѣлять то или другое отношеніе посредствомъ частнаго произвола и получаютъ обязательную силу лишь въ томъ случаѣ, когда частный произволъ никакъ не опредѣлилъ этого отношенія ¹⁾.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

ПРЕДѢЛЫ ДѢЙСТВІЯ ПРАВА.

1. Предѣлы во времени.

§ 31.

Обусловленныя временемъ предѣлы дѣйствія правоположеній опредѣляются моментами ихъ возникновенія и прекращенія. Дѣйствіе правоположеній начинается съ возникновенія ихъ и оканчивается съ прекращеніемъ ихъ.

¹⁾ Напримѣръ: должникъ отвѣчаетъ за плутовство (Arglist), — продавецъ отвѣчаетъ за неадаптіе.} — Другія названія, употребляемыя для этой противоположности, суть: абсолютное, повелительное право — посредствующее, дополнительное, вспомогательное, диспозитивное право. Источники называютъ принудительное право *ius publicum*, а также *ius commune*, *iuris forma* и просто *ius*. Ср. наприм. l. 38 D. de pactis 2. 14, l. 20 pr. D. de rel. 11. 7, l. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14, l. 42 eod., l. 12 §. 1 D. de pact. dotal. 23. 4, l. 27 D. de R. I. 50. 17.

Дѣйствіе правоположеній начинается съ ихъ возникновенія: въ противномъ случаѣ правоположеніе само должно бы присвоить себѣ обязательную силу лишь съ позднѣйшаго времени. Для законовъ сложныхъ пріемъ этотъ весьма обыкновенный; они даютъ гражданамъ извѣстный срокъ, для ознакомленія съ новымъ закономъ.

Дѣйствіе правоположеній оканчивается съ ихъ прекращеніемъ. Это послѣднее можетъ быть опредѣлено самими правоположеніями, если они объявляютъ себя обязательными только на опредѣленное время или для извѣстныхъ временныхъ обстоятельствъ и условий ¹⁾. Въ противномъ случаѣ правоположеніе существуетъ дотолѣ, пока не будетъ отмѣнено другимъ источникомъ права, закономъ или обычаемъ. При этомъ возникаетъ специальный вопросъ: въ какой мѣрѣ съ отмѣною правила отмѣняются и исключенія изъ него ²⁾. Безъ сомнѣнія, вопросъ этотъ не имѣетъ смысла въ томъ случаѣ, когда правило просто отмѣняется; тутъ разумѣется само собою, что эти исключенія сами становятся правилами. Вопросъ этотъ имѣетъ смыслъ лишь въ томъ случаѣ, когда извѣстное правило отмѣняется такимъ образомъ, что мѣсто его заступаетъ правило инаго содержанія. Тутъ можетъ возбудиться требующій толкованія вопросъ, отмѣняются ли новымъ правоположеніемъ и исключенія изъ прежняго правила; въ случаѣ сомнѣнія, вопросъ этотъ разрѣшается отрицательно ³⁾.

§ 31. ¹⁾ Сюда относятся собственно т. н. транзиторные (переходные) законы, служащіе для перехода отъ одного юридическаго состоянія къ другому. Ср. Nov. 66 с. 1, Nov. 116 с. 1.

²⁾ Тибо *civilistische Abhandlungen* № 7, Вехтеръ II §, 28, Унгеръ I §. 16.

³⁾ Примѣръ: а) требуется для юридическихъ дѣйствій женщины соучастіе сорovníяго лица; исключеніе сдѣлано для женщинъ торгующихъ. Новый законъ объявляетъ женщинъ дѣеспособными и безъ соучастія. б) Предписывается составлять завѣщаніе въ присутствіи 7 свидѣтелей; но нѣкоторымъ лицамъ разрѣшается завѣщать и безъ соблюденія формальностей. Вслѣдъ затѣмъ постановляется, что при завѣщаніи достаточно 5 свидѣтелей. Или: предписывается, чтобы притязанія погашались 30-лѣтнею давностью; но извѣстныя притязанія погашаются чрезъ 5 и т. д. лѣтъ. Новый законъ опредѣляетъ, что притязанія погашаются 20-лѣтнею давностью. Само собою разумѣется, въ обоихъ этихъ случаяхъ исключенія изъ прежняго правила продолжаютъ и при новомъ правилѣ. Совершенно иное слѣдовало бы сказать, еслибы новый законъ прямо опредѣлялъ, что

§ 32 *).

То, что извѣстное правоположеніе имѣетъ силу для извѣстнаго времени, не значитъ еще, что въ теченіе этого времени оно должно быть обязательно при каждомъ отдѣльномъ примѣненіи его. Это зависитъ отъ воли законодателя; можетъ статься, что онъ желалъ безусловнаго примѣненія послѣдняго, но можетъ также статься, что для извѣстныхъ случаевъ онъ желалъ допустить дѣйствіе права другого времени. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ отличать правоотношенія, возникающія послѣ вступленія въ силу правоположенія, и правоотношенія, возникшія еще до этого. Относительно первыхъ безусловно справедливо, что законодатель желалъ подчинить ихъ опредѣленію новаго правоположенія; относительно же послѣднихъ возможно допустить, что законодатель желалъ оставить въ прежнемъ видѣ тотъ порядокъ, который сообщило имъ прежнее право ¹⁾. Если

сила его распространяется на всѣ безъ исключенія случаи, или еслибы допускаемая имъ исключенія были поименованы въ немъ, или еслибы можно было доказать другими обстоятельствами, что законодатель желалъ придать своему новому правилу безусловное дѣйствіе.

*) Изъ богатой старинной литературы вопроса, разсматриваемаго въ этомъ §, слѣдуетъ указать на два сочиненія: А. Д. Вебера über die Rückanwendung positiver Gesetze (1811). Бергмана das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818). Изъ новѣйшей литературы: Савиньи System VIII. §. 383—400 (1849). Шейрля Beiträge zu Bearbeitung des römischen Rechts I № 6 (1853). Фр. Виса (Wyss) Zeitschr. f. schweizerisches Recht III стр. 124 и сл. (1854). Борнемана Erörterungen im Gebiete des preussischen Rechts выпускъ I № 1 (1855). Шафа Abhandlungen aus dem Pandektenrecht т. I выпускъ II (1860). Ферд. Лассалья das system der erworbenen Rechte часть I. Тоже подъ заглавіемъ: die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze (,) unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preussischen Rechts (1861). Р. Шмидта die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen стр. 101—148 (1863).—Кпрульфа стр. 63—72, Вангерова I §. 26, Вехтера II §. 29. 30, Унгера I §. 20. 21, Безеле-ра a deutsches Privatr. § 21.

¹⁾ Когда для дѣйствительности договора законъ требуетъ письменной формы или впервые вводить или отменяетъ пользованіе родителей имуществомъ своихъ дѣтей, то онъ несомнѣнно подразумѣваетъ, что письменность должна быть условіемъ дѣйствительности всѣхъ будущихъ договоровъ, что пожизненное пользованіе родителей должно или не должно распространяться на имущество будущихъ дѣтей. Но отнюдь нельзя сказать, чтобы онъ подразумѣвалъ тоже самое и по отношенію къ заключеннымъ уже до него договорамъ или къ родившимся до него дѣтямъ.

же на этотъ счетъ онъ выразился неясно ³⁾, то въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ это должно опредѣляться путемъ толкованія ³⁾. Въ случаѣ сомнѣнія, когда толкованіе не можетъ привести ни къ какому положительному результату, должно принять, что законодатель не желалъ подчинять новому правоположенію правоотношенія, возникшія прежде. Въ этомъ смыслѣ справедливо извѣстное въ наукѣ правило, что новыя правоположенія (законы) обратной силы не имѣютъ ⁴⁾.

³⁾ Примѣры этого изъ источниковъ: l. 27 pr. C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 3 C. de pact. pign. 8. 35, Nov. 19 prooem. c. 1;—l. 18 C. de testibus 4. 20, l. 23 C. mand. 4. 35, l. un. if. C. de rei ux. act. 5. 13. l. 29 C. de test. 6. 23, l. un. §. 15 C. de cad. toll. 6. 51, l. un. i. f. C. de lat. lib. toll. 7. 6.

³⁾ Нерѣдко точку опоры въ этомъ случаѣ даетъ самая форма правоположенія. Еслибы указанное въ 1 примѣчаніи правоположеніе гласило такимъ образомъ: договоры, чтобы быть дѣйствительными, должны быть заключаемы въ письменной формѣ, то при отсутствіи болѣе сильныхъ противоположныхъ основаній это слѣдовало бы понимать такъ, что письменная форма есть условіе дѣйствительности будущихъ договоровъ, но не заключенныхъ уже. Въ числѣ прочихъ основаній толкованія слѣдуетъ въ особенности обратить вниманіе на степень важности и значенія, которыя авторъ новаго правоположенія придавалъ ему въ видахъ нравственности и общаго блага. Чѣмъ выше эта важность и это значеніе, тѣмъ скорѣе слѣдуетъ принять, что законодатель желалъ безусловнаго примѣненія этого правоположенія. Такъ, на примѣръ, когда законъ регулируетъ основанія развода иначе, то слѣдуетъ допустить, что законодатель желалъ подчинить этому закону и заключенные уже браки. Другой примѣръ: въ данномъ государствѣ вводится система гипотечныхъ книгъ; слѣдуетъ принять, что законодатель желалъ, чтобы въ ипотечныя книги непременно внесены были не только вновь возникающія ипотеки, но и всѣ состоявшіяся уже прежде.

⁴⁾ L. 7 C. de leg. 1. 14. „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit“. (Повторено въ с. 12 X. de constit. 1. 2). L. 65 i. f. C. de dec. 10. 31, Nov. 66. c. 1. §. 4. Cp. Cic. in Verrem l. 42. „De iure civili si quis novi quid constituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur“. Неправильно требуетъ первое изъ названныхъ мѣстъ, чтобы объ обратномъ дѣйствіи сдѣлано было особое распоряженіе. Cp. Зейф. Arch. XII. 119.—Беккингъ I стр. 317 учитъ, что законъ обратной силы имѣть не можетъ, подразумѣвая подъ этимъ, что законъ, самъ себѣ придающій обратную силу, есть „безусловная неправда“. Тоже думаетъ Лассаль (см. впрочемъ прим. 6 въ концѣ), который идетъ еще дальше, утверждая, будто законъ, сообщая себѣ обратную силу, не обязателенъ для судьи (стр. 55 и сл.). Этотъ взглядъ встрѣчается уже у Г. Струве, über das positive Rechtsgesetz hinsichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (1831), стр. 6. 30—34. 153. 154.

Основаніе, почему въ случаѣ сомнѣнія не слѣдуетъ принимать, что законодатель желалъ подчинить новому правоположенію тѣ правоотношенія, кои возникли ранѣе, заключается въ томъ, что было бы вредно, еслибы то, что уже разъ дано въ юридическомъ порядкѣ, отнималось новымъ распоряженіемъ: лица заинтересованныя имѣли право разчитывать, что установленный порядокъ будетъ продолжаться, они начали уже полагаться на него. Что законодатель желалъ такого зла, безъ достаточныхъ основаній допустить нельзя ⁵⁾. Мало того: не слѣдуетъ въ этомъ отношеніи дѣлать никакого различія между такими постановленіями права, которыя прямо относятся къ фактамъ и вновь разрѣшаютъ вопросъ о томъ, можетъ или не можетъ извѣстное событіе породить извѣстное право, и такими постановленіями, непосредственнымъ предметомъ которыхъ служатъ сами права, при чемъ постановленія эти либо совершенно отнимаютъ у извѣстнаго установленнаго права его законную силу, либо иначе опредѣляютъ содержаніе извѣстнаго права ⁶⁾. Вмѣстѣ съ тѣмъ, только что

⁵⁾ Ср. l. 29 C. de testam. 6. 23, Nov. 22. c. 1.

⁶⁾ Такое различіе дѣлаетъ Савиньи (в. п. с. § 384: правоположенія о „приобрѣтеніи правъ“, правоположенія о „бытіи правъ“, то есть, о томъ, „быть ли имъ или нѣтъ“, и о томъ „быть ли имъ такъ или иначе“, отказывая въ обратномъ дѣйствіи только первымъ и поясняя это слѣдующими примѣрами. 1) Извѣстное правоположеніе гласитъ, что отчужденіе собственности должно производиться уже не путемъ одного договора, но только путемъ передачи. Другое правоположеніе гласитъ, что если договоръ заключенъ о предметѣ, стоящемъ болѣе пятидесяти талеровъ, то для права иска требуется, чтобъ онъ былъ заключенъ въ письменной формѣ. 2) Въ данномъ государствѣ отминаятся, напримѣръ, существовавшія тамъ рабство, или германское крѣпостное право, или право десятины. Десятины объявлены уничтожимыми. Предписывается, положимъ, что отыскиваніе собственности (на движимыя вещи) впредь не должно производиться чрезъ виндикацію. — Хотя и не подлежитъ сомнѣнію, что всѣ означенные подъ 2) законы при отсутствіи противоположныхъ основаній должны быть относимы и къ возникшимъ уже правоотношеніямъ этого рода; но вѣдь не потому, что они имѣютъ своимъ предметомъ существованіе или содержаніе правъ, а отчасти потому, что чрезъ нихъ осуществляется весьма важный нравственный или національно-экономическій принципъ, отчасти оттого, что иначе кругъ ихъ дѣйствія былъ бы слишкомъ узокъ и не соответствовалъ бы той важности, съ какою выступаетъ этотъ законъ (къ числу величайшихъ странностей можно отнести то, что въ Германіи и нынѣ устанавливаются десятины), отчасти же оттого, что при сохраненіи возникшихъ уже правъ возникла бы въ гражданскомъ оборотѣ несправимая путаница, которой законодатель отнюдь, конечно, не жа-

сказанное имѣть силу лишь по отношенію къ такимъ правоположеніямъ, которыя въ указанномъ смыслѣ опредѣляютъ пріобрѣтеніе, бытіе или содержаніе права, а не къ такимъ, предметомъ которыхъ служить простая надежда на пріобрѣтеніе права, либо возможность такого пріобрѣтенія или какого-либо, имѣющаго юридическую силу дѣянія⁷⁾. Предположеніе, что законодатель желалъ по-

лазъ (относительно каждой движимой вещи пришлось бы наводить справки, пріобрѣтена ли она въ собственность до или послѣ изданія новаго закона). Но съ другой стороны, сравните слѣдующіе случаи. Данное правоположеніе отнимаетъ право родителей на узфруктъ или право несовершеннолѣтнихъ на возвращеніе въ прежнее состояніе (*restitutio in integrum*). Другое правоположеніе гласитъ, что покупатель впредь не несетъ на себѣ риска за вещь. Или: правоположеніе предписываетъ, чтобы впредь купля не уничтожала найма. Я не думаю, чтобы въ этихъ случаяхъ — не говори объ особнхъ основаніяхъ — былъ бы какой-либо поводъ подводить подъ новое правоположеніе существующія уже права родительскаго пользованія (узфрукта), состоявшіяся уже правоотношенія несовершеннолѣтнихъ, состоявшіеся уже договоры купли-продажи и найма. См. также I. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, Nov. 22 c. 1. Зейф. Arch. XIII. 119, XIX. 3, XXI. 91; XVIII. 104 (XX. 99). — Вмѣстѣ съ Савиньи и Шейрль и Шмидтъ в. п. сс. выставляютъ то общее положеніе, что законы, касающіеся бытія и содержанія правъ, распространяются и на существующія уже правоотношенія. Но писатели эти не соглашались съ тѣмъ (у Шейрля это преобладающая мысль), чтобы въ этомъ выражалось обратное дѣйствіе, такъ какъ законы эти не касаются прошедшаго. Последнее справедливо; но все же они касаются правоотношеній, принадлежащихъ прошлому. — Лассалъ говоритъ, что законъ, простирающійся на индивида лишь чрезъ посредство его произвольныхъ дѣйствій, не можетъ имѣть обратнаго дѣйствія; а всякій законъ, касающійся индивида безъ посредства такого добровольнаго акта, можетъ имѣть обратное дѣйствіе.

⁷⁾ Примѣры. Данное лицо есть ближайшій законный наслѣдникъ живаго лица, новый законъ предпочитаетъ ему другаго. По дѣйствующему праву еврей можетъ пріобрѣтать недвижимую собственность; новый законъ лишаетъ его этого права. По дѣйствующему праву совершеннолѣтіе наступаетъ съ 21 года; новый законъ требуетъ для этого 25 лѣтъ. При всемъ томъ въ послѣднемъ случаѣ необходимо будетъ сказать, что не только тѣ, коимъ до изданія новаго закона не исполнилось еще 21 года, должны считаться совершеннолѣтними лишь съ достиженіемъ 25-лѣтняго возраста, но и тѣ, которые къ этому времени уже достигли 21-лѣтняго возраста, но не достигли еще 25 лѣтъ, снова становятся несовершеннолѣтними. Последнее часто отрицается, но по недостаточнымъ основаніямъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что совершеннолѣтіе не есть пріобрѣтенное право, оно сообщаетъ лишь способность извѣстнымъ образомъ дѣйствовать юридически. Если бы женщины безъ участія посредника признавались недѣеспособными въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ онѣ прежде были дѣеспособны, то никому не пришло бы въ

падать эту надежду или возможность, далеко не будетъ обладать такою достовѣрностью, какъ тоже предположеніе по отношенію къ правамъ приобрѣтеннымъ ⁸⁾).

§. 33.

Однако провести этотъ принципъ не всегда легко, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда правоустанавлиющій фактъ не замыкается извѣстнымъ моментомъ времени, а начавшись подъ господствомъ прежняго правоположенія, продолжается при новомъ правоположеніи. Здѣсь не мѣсто входить въ подробности этого ученія ¹⁾, но необходимо указать на слѣдующія положенія.

голову изымать отъ дѣйствія такого закона всѣхъ уже родившихся женщинъ; на какомъ же основаніи не допускать этого въ томъ случаѣ, когда законъ гласитъ, что дѣеспособными считаются достигшіе не 21-лѣтняго, а 25-лѣтняго возраста? Могутъ сказать, что едва ли вѣроятно, чтобы законодатель желалъ путаницы, которая можетъ возникнуть изъ того, что совершеннолѣтній станетъ снова несовершеннолѣтнимъ; но вѣдь путаница возникнетъ и тогда, если въ одно время одинъ будетъ считаться совершеннолѣтнимъ на 21 году, другой на 25. Само собою разумѣется, что юридическія сдѣлки, заключенныя двадцатиднолѣтнимъ до изданія новаго закона, остаются въ силѣ: ими приобрѣтаются права, на которыхъ новый законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ.—Изъ практики: 3 е й ф. Arch. IV. 93. 199, XIX. 210.

⁸⁾ Но этимъ мы, конечно, не хотимъ сказать, чтобы въ силу другихъ основаній нельзя было заключать, что законодатель желалъ распространить и такого рода правоположенія на существующія уже состоянія и прошедшіе факты. Ср. I. 29 C. de testam. 6. 23.

¹⁾ Подробности у Савиньи VIII §. 388 и сл., Унгера I §. 21, Шмидта § 33. стр. 119 и сл.—Здѣсь нужно только обратить вниманіе на вопросъ относительно объема дѣйствія новыхъ законовъ о давности; о немъ въ особенности говорить: Германъ Zeitschr. f. Civ. и Pr. N. F. II. 3 (1846), Стефанъ Arch. f. civ. Pr. XXXII. 6 (1849), Шейрль в. п. с. стр. 143 и сл. Должно замѣтить слѣдующее. Начавшаяся давность не даетъ еще никакого права; а потому новый законъ распространяется и на нее, такъ что если новое правоположеніе отмѣняетъ прежнюю давность или ставитъ ее въ зависимость отъ такого условія, въ которомъ по прежнему закону не было надобности, напримѣръ, требуетъ добросовѣстности, то никто уже не въ правѣ требовать, чтобы давность для него довершалась на основаніи прежняго закона. Въ послѣднемъ случаѣ, по крайней мѣрѣ! если требуемое условіе въ послѣдствіи наступитъ, онъ даже не въ правѣ требовать, чтобы давностное время, протекшее при отсутствіи этого условія, было причтено къ давностному времени, протекшему при наличности этого условія; ибо новое правоположеніе требуетъ этого условія для всего давностнаго срока. Наоборотъ, если новое правоположеніе, не касаясь другихъ условій давности, увеличиваетъ лишь

1) Если правоположеніе прямо придаетъ себѣ обратное дѣйствіе, то изъ этого не слѣдуетъ, что оно распространяется также на случаи, окончательно разрѣшенные полюбовнымъ соглашеніемъ или рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу; такъ какъ эти случаи уже разрѣшены, то они и остаются таковыми²⁾. Равнымъ образомъ слѣдуетъ примѣнять не новое, а прежнее право и въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе еще не вступило въ законную силу, ибо судья высшей инстанціи обязанъ основать свою поѣрку оспариваемаго рѣшенія на правѣ того времени, когда рѣшеніе это состоялось³⁾.

2) Правоположенія, представляющія собою легальное толкованіе прежняго правоположенія, влагаютъ въ него свое содержаніе, и слѣдовательно, какъ бы желаютъ, чтобъ ихъ считали дѣйствующими со времени изданія прежняго правоположенія. Вотъ почему ихъ и слѣдуетъ примѣнять ко всѣмъ правоотношеніямъ, возникшимъ съ того времени⁴⁾, а вовсе не потому, что имъ придано обратное дѣйствіе; они обязательны для этихъ отношеній

срокъ ея, то протекавшее до него давностное время имѣетъ силу и при немъ; ибо и по прежнему правоположенію для давности требовалось теченіе времени при наличности опредѣленныхъ условий; новое же правоположеніе требуетъ только, чтобъ извѣстное состояніе продолжалось въ теченіи извѣстнаго времени, а никакъ не требуетъ, чтобъ оно продолжалось въ теченіи извѣстнаго времени при его господствѣ. Прежде протекавшее время имѣетъ значеніе и въ томъ случаѣ, когда новое правоположеніе сокращаетъ срокъ давности, но этого времени отнюдь нельзя считать достаточнымъ для полной силы давности. Ибо въ противномъ случаѣ нанесенъ былъ бы ущербъ тому, противъ кого давность течетъ, а предполагать, что законодатель желалъ этого ущерба, никакъ нельзя; это всего рѣзче обнаруживается, когда протекавшее давностное время уже соответствуетъ сроку, установленному новымъ правоположеніемъ. (Положимъ, доселѣ для давности требовался 20-ти лѣтній срокъ; лицо провладѣло 10 лѣтъ, и въ это время вводится десятилѣтняя давность). Въ такомъ случаѣ можно удовлетворить предполагаемой волѣ законодателя, либо соразмѣряя протекавшее давностное время съ новымъ срокомъ (въ приведенномъ примѣрѣ протекла половина давностнаго срока, а половина 10 есть 5), либо позволяя тому, въ чью пользу течетъ давность, ожидать истеченія ея по прежнему закону или снова начать ее по новому закону.

²⁾ Это правило высказано въ источникахъ не принципиально, но въ многократномъ примѣненіи. L. un. §. 4. C. de contr. iud. l. 53, l. 17 C. de fide instr. 4 21, l. 21 C. ad. SC. Vell. 4. 29, l. 15. §. 5 C. de leg. her. 6.38, Nov.19 прооем. с. 1.

³⁾ Nov. 115. с. 1.

⁴⁾ Nov. 19, прооем., Nov. 143.

не вопреки тому, что отношенія эти принадлежатъ времени, предшествующему изданію такого правоположенія, а потому именно, что по воззрѣнію послѣдняго они не относятся къ указанному времени. Отсюда слѣдуетъ, что если рѣшеніе о какомъ-либо случаѣ не вошло еще въ законную силу, то высшая инстанція должна основать свое рѣшеніе на истолковательномъ правоположеніи. Но отсюда вовсе нельзя выводить, что истолковательное правоположеніе распространяется и на случаи, которые уже окончательно рѣшены путемъ вошедшаго въ законную силу приговора или путемъ взаимнаго соглашенія ⁵⁾.

II. Предѣлы въ пространствѣ.

§ 34.

Правоположенія, дѣйствуя въ теченіи опредѣленнаго времени, дѣйствуютъ также на опредѣленномъ пространствѣ. Это пространство можетъ совпадать съ пространствомъ, занимаемымъ государствомъ, можетъ быть уже или шире него ¹⁾.

Но вопросъ въ томъ, должно ли извѣстное правоположеніе, обязательное въ предѣлахъ данной мѣстности, дѣйствовать въ ней безусловно, устраняя всякое право иной мѣстности ²⁾. На этотъ

⁵⁾ Хотя это мнѣніе и преобладающее, но не слѣдуетъ забывать, что тутъ дѣло идетъ о толкованіи новаго (истолковательнаго) правоположенія и что крайне не вѣроятно, чтобы законодатель желалъ призвать къ жизни совершенно поконченныя правоотношенія. Даже если правоположеніе прямо присвоиваетъ себѣ обратное дѣйствіе, то отсюда все еще само собою не вытекаетъ, что оно распространяется и на разрѣшенные случаи. — Совершенно отвергаетъ обратное дѣйствіе истолковательныхъ правоположеній Бремеръ I. hrb. d. gem. R. II 7 (1858); по его мнѣнію, для прошедшаго времени они имѣютъ лишь значеніе теоріи.

¹⁾ Общегерманское право дѣйствуетъ въ большей части германскихъ государствъ. Германскія мѣстныя права по большей части дѣйствуютъ лишь въ извѣстной части даннаго государства. (Ср. объ этомъ Рота, die deutschen Particularrechte. Arch. f. Prakt. Rechtswissenschaft VIII. стр. 317 и сл.). § 34.

²⁾ Литература этого вопроса очень богата. Больше старая у Вехтера Arch. f. civ. Pr. XXIV. стр. 230 и сл. Изъ новыхъ временъ слѣдуетъ въ особенности указать на упомянутую статью Вехтера Arch. f. civ. Pr. XXIV. 2. (1841), продол. XXV. 1. 4. 12 (1842) и обширѣйшее сочиненіе по нашему предмету Л. Бара das internationale Privat-und Strafrecht (1841). Далѣе: Шефнеръ, Entwicklung des internationalen Privatrechts (1861). Гюнтеръ въ Weiske's Rechtslex. IV стр. 721—755 (1843). Пюттеръ das praktische Europäische Fremdenrecht (1845).

вопросъ, какъ и на соотвѣтствующій ему вопросъ о томъ, должно ли правоположеніе въ предѣлахъ назначеннаго для него времени примѣняться безусловно, можно отвѣтить лишь посредствомъ соображенія воли законодателя или смысла того юридическаго цѣлаго, къ которому правоположеніе относится. И здѣсь мы должны имѣть въ виду тѣ же различія, какія указаны еще прежде при подобномъ же вопросѣ, а именно: слѣдуетъ отличать правоотношенія, принадлежащія къ мѣстности, въ коей обязательно правоположеніе, отъ правоотношеній, къ ней не принадлежащихъ. Что касается первыхъ, то не можетъ подлежать сомнѣнію, что авторъ правоположенія или юридическаго цѣлага желалъ безусловнаго примѣненія къ нимъ этого правоположенія; по отношенію же къ правоотношеніямъ, не принадлежащимъ къ означенной мѣстности, авторъ правоположенія, конечно, могъ желать того же, но вѣрнѣе будетъ допустить, что онъ желалъ подчинить ихъ праву, дѣйствующему на мѣстѣ ихъ возникновенія. А потому въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ держаться послѣдняго, причемъ безразлично, принадлежит ли конструирующее право тому же или чужому государству. Противоположное воззрѣніе, требующее принципиальнаго устраненія чужеземнаго права ³⁾, основано на неудовлетворительномъ пониманіи взаимныхъ отношеній между государствами, состоящими

Савиньи System VIII §. 345—382. (1849). Пфейферъ das Princip des internationalen Privatrechts (1851). Пюттеръ Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 14 и XXXVIII. 3. (1854. 1855). Борнеманъ Erörterungen aus dem Gebiete des Preussischen Rechts Heft 1 № 2 (1855). Р. Шмидтъ (§. 32*) стр. 4—101. (1863). Кирульфъ стр. 73—82, Синтенисъ I §. 7, Вехтеръ II §. 18—20, Унгеръ I §. 22. 23. Безелеръ deutsch. Privatr. §. 38. 39. Талъ Einleit. in das deutsche Privatr. §. 71—85. Изъ иностранной литературы: Jos. Story comment. on the conflict of laws foreign and domestic. Boston 1834. 2 изд. 1844. Foelix traité du droit international privé. Paris 1843. 2 изд. 1847. Rob. Phillimore comment. upon international law. London 1854—1861 (vol. 4. Private international law).—Объ основоположеніяхъ римскаго права см. еще Фойхта ius naturale IV стр. 285 и сл., объ основоположеніяхъ древнѣйшаго германскаго права см. Штоббе Jahrb. d. gem. R. VI. 2. — Обыкновенно говорятъ о мѣстномъ столкновеніи, коллизіи законовъ (прежде: „статутотъ“) и ученіе объ этомъ по примѣру англичанъ и американцевъ называютъ ученіемъ о „частномъ международномъ правѣ“.

³⁾ Это мнѣніе защищаютъ Пфейферъ (прим. 2), Пюттеръ (прим. 2), Пухта Pand. §. 113, Hälschner Diss. iuris gentium de legum quae ad ius privatum pertinent vi et auctoritate, quam obtinent extra civitatis fines (1851).

въ международномъ союзѣ. Государства эти вовсе не обособляются непріязненно другъ отъ друга, но напротивъ того взаимно признають себя сотрудниками въ общей работѣ рода человѣческаго, а въ этой работѣ членами высшаго общенія. Вотъ почему юридическій порядокъ каждаго изъ государствъ, принадлежащихъ къ этому общенію, представляется всякому другому, сюда же принадлежащему государству, органомъ общечеловѣческаго юридическаго порядка и потому въ томъ же свѣтѣ, какъ и его собственный юридическій порядокъ.

§ 35.

При болѣе подробномъ разъясненіи вышеуказаннаго начала должно имѣть въ виду два вопроса. Во-первыхъ, надо будетъ отвѣтить на вопросъ, когда именно слѣдуетъ принимать, что извѣстное правоположеніе должно примѣняться по исключенію безусловно даже къ правоотношеніямъ, принадлежащимъ къ чужой мѣстности; во-вторыхъ, необходимо будетъ установить тотъ пунктъ мѣстности, къ коему относятся отдѣльныя правоотношенія.

Первый вопросъ есть чисто вопросъ толкованія, а слѣдовательно, разрѣшить его можно путемъ соображенія совокупности тѣхъ обстоятельствъ, при коихъ дѣйствуетъ данное правоположеніе. Особенную силу въ этомъ отношеніи ¹⁾ имѣетъ та степень важности, которую правоположеніе придаетъ выставленному имъ нравственному и національно-экономическому принципу ²⁾.

¹⁾ Ср. §. 32 прим. 3.

²⁾ Савиньи (§. 349) говоритъ, будто общее правило таково, что каждый законъ, изданный въ видахъ нравственности и общественнаго блага, долженъ быть примѣняемъ исключительно. Онъ же говоритъ далѣе, что „ни подъ какиимъ видомъ не подлежитъ примѣненію“ такой юридическій институтъ чужаго государства, существованіе котораго не признается нашимъ государствомъ, напримѣръ, когда чужеземное право признаетъ институтъ гражданской смерти, а наше нѣтъ. Еще далѣе Савиньи идетъ Шмидтъ в. п. с. 26 и сл. Онъ не допускаетъ примѣненія чужеземнаго права: 1) когда оно не является условіемъ обезпеченнаго національнаго оборота между частными лицами; 2) когда оно приводитъ къ такому нарушенію отечественнаго юридическаго порядка, которое наноситъ ущербъ юридическому интересу болѣе значительному, чѣмъ интересъ, заключающійся въ обезпеченномъ международномъ оборотѣ.—Ср. Зе йф. Arch. I. 35, VI. 306, VIII. 1. 7, IX. I.

Для разрѣшенія втораго вопроса руководствомъ могутъ служить слѣдующія положенія ³⁾).

1) Отношеніе лица къ тому праву, отъ коего зависятъ его правоспособность и дѣеспособность, приходитъ въ связь съ мѣстностію при посредствѣ мѣстожительста лица ⁴⁾).

2) Правоотношенія къ вещамъ принадлежать тому пункту про-

³⁾ Савиньи первый выставилъ теорію, что для каждаго правоотношенія должно отдѣльно отыскивать его „осѣдлость“, то-есть, тотъ пунктъ пространства, къ которому правоотношеніе это относится. До него хотѣли разрѣшить этотъ вопросъ путемъ дѣленія на *statuta personalia*, *realia* и *mixta*, смыслъ котораго былъ слѣдующій: личныя правоотношенія опредѣляются правомъ того мѣста, гдѣ живетъ лицо, вещныя правоотношенія правомъ того мѣста, гдѣ находится вещь, правоотношенія, возникающія изъ дѣйствій, правомъ того мѣста, гдѣ эти дѣйствія предприняты; однако, относительно послѣдняго часто присоединялось то ограниченіе, что оно должно примѣняться лишь къ формѣ этихъ дѣйствій. Самое слабое мѣсто этой теоріи составляетъ, очевидно, *statuta mixta*; противъ первыхъ же двухъ положеній, если только понимать ихъ правильно, что, конечно, не всегда дѣлалось, возражать нечего. Ср. объ этой теоріи Вехтера Arch. XXIV стр. 270 и сл., Савиньи стр. 121 и сл., Бара стр. 20 и сл.—Другіе принципы, выставленные, подъ условіемъ исключеній, (ср. объ этомъ Вехтера Arch. XXIV стр. 298 и сл., XXV стр. 1 и сл., Савиньи VIII стр. 124 и сл., Бара стр. 40 и сл., Шмидта стр. 126) суть слѣдующіе: 1) По чужестранному праву должны обсуживаться отношенія, возникшія подъ его господствомъ. 2) По чужестранному праву должны обсуживаться права, прибрѣтенныя подъ его господствомъ. 3) По чужестранному праву должны обсуживаться правоотношенія лицъ, мѣстоительство коихъ находится въ предѣлахъ его господства. Вехтеръ ограничивается лишь указаніемъ на тотъ принципъ, что чужестранное право можетъ быть примѣняемо, когда оно согласно съ духомъ и смысломъ соотвѣтствующаго отечественнаго правоположенія. Сочиненіе Бара отличается тѣмъ, что оно есть болѣе подробное развитіе принциповъ Вехтера и Савиньи (стр. 58). О Шмидтѣ, который, впрочемъ, принимаетъ исходную точку Савиньи (стр. 26) см. прим. 2. Объ основномъ возрѣніи Савиньи см. также Мартина Arch. f. prakt. RW. N. F. V стр. 226 и сл.

⁴⁾ Примѣры. Если по законамъ мѣста жительства лица требуется для совершеннолѣтія 21 годъ, то это лицо, достигнувъ этого возраста, будетъ считаться совершеннолѣтнимъ и тамъ, гдѣ для этого требуется 25-лѣтній возрастъ. Если женщина по законамъ ея мѣсто жительства считается дѣеспособною безъ участія другаго лица, то тоже долженъ признавать за нею судья того мѣста, по законамъ котораго дѣеспособность женщины обусловлена соучастіемъ. Объ ограниченіяхъ этого основоположенія и специально о дѣлаемомъ тутъ различіи между бытіемъ юридическихъ качествъ самихъ по себѣ и юридическомъ вліяніи этихъ качествъ см. Вехтера Arch. XXV стр. 167 и сл., Савиньи стр. 134 и сл., Бара стр. 148 и сл., Шмидта стр. 32 и сл.—Зейф. Arch. II. 2, IV. 233, XII. 243, XIII. 79. 181, XIV. 4, XV. 94. 199.

странства, на коемъ находятся вещи. Это примѣняется какъ къ движимымъ, такъ и къ недвижимымъ вещамъ. Разница только въ томъ, что движимыя вещи могутъ перемѣнять свое мѣсто, а потому можетъ случиться, что по отношенію къ приобрѣтенію права по нимъ будетъ обязательно не то право, какое обязательно будетъ по отношенію къ содержанію и дальнѣйшему существованію его ⁵⁾).

3) Тотъ пунктъ пространства, къ коему принадлежать обязательственныя правоотношенія ⁶⁾, опредѣляется мѣстожителемъ сторонъ. Собственно говоря, вѣритель и должникъ имѣютъ въ этомъ отношеніи одинаковое значеніе; но такъ какъ вѣритель есть лицо, которое требуетъ, то для своего интереса онъ долженъ принять право мѣстожителства должника, когда послѣдній настаиваетъ на правѣ своего мѣстожителства ⁷⁾, или же и наоборотъ право своего собственнаго мѣстожителства, если должнику будетъ выгодно сослаться на это право. Иначе обсуживаются лишь тѣ обязательства, кои основаны не на кратковременномъ фактѣ, а на дѣющемся отношеніи; такія обязательства относятся къ тому пункту пространства, гдѣ состоитъ основное отношеніе ⁸⁾. Если

⁵⁾ Если, напримѣръ, въ той странѣ, право которой для перенесенія собственности на движимую вещь не требуетъ передачи, такая вещь приобрѣтена въ собственность посредствомъ простаго договора и затѣмъ перенесена въ такую страну, законы которой непремѣнно требуютъ передачи, то судья послѣдней страны все-таки долженъ признать право собственности на эту вещь. Ср. Зейф. Arch. IV. 128. Но если бы чужестранное право устанавливало безусловную виндикацію движимыхъ вещей, отечественное нѣтъ, то въ этомъ случаѣ судья долженъ рѣшать на основаніи отечественныхъ законовъ. Другой примѣръ. Отечественное право признаетъ закладное право на движимыя вещи только въ качествѣ заклада, чужестранное-же право не дѣлаетъ въ этомъ отношеніи никакого ограниченія; а потому заложенные въ чужой странѣ вещи, будучи перенесены въ отечественную страну, должны считаться заложенными лишь дотогѣ, пока находятся во владѣніи вѣрителя. Вехтеръ Arch. XXV стр. 199. 200. 383 и сл., Савинъ и стр. 169 и сл., Баръ 188 и сл., Шмидтъ стр. 53 и сл. Зейф. Arch. XVI. 1, XVII. 111; XXII. 205.

⁶⁾ Относительно обязательственныхъ правоотношеній взгляды чрезвычайно расходятся. Вехтеръ Arch. XXV стр. 389 и сл., Савинъ стр. 205 и сл., Баръ стр. 230 и сл., Шмидтъ стр. 63 и сл.

⁷⁾ Ср. Sachsenspiegel III. 33 §. 2. „Iewelk man mut ok antwerden vor' me koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte“.

⁸⁾ Вслѣдствіе того, обязательственное дѣйствіе, напримѣръ, опеки или имущественнаго товарищества должно обсуживаться по законамъ той мѣстности, гдѣ

обязательство, имѣющее въ виду существующее въ извѣстной мѣстности отношеніе, установлено договоромъ⁹⁾, то слѣдуетъ принять, что стороны желали подчиниться праву этой мѣстности¹⁰⁾. Подразумѣваемое подчиненіе сторонъ праву извѣстной мѣстности можетъ быть допущено и въ другихъ случаяхъ, при чемъ невозможно установить въ этомъ отношеніи общаго правила¹¹⁾.

ведется опека или находятся имущественные объекты товарищества. — Одинъ лишь кратковременный фактъ не въ состояніи приковать обязательство къ тому пространству, гдѣ онъ происходитъ. Это примѣняется не только къ юридическимъ дѣламъ (практика еще часто отступаетъ отъ этого, Зейф. Arch. II. 120. 253, VI. 1, XI. 111, XII. 299, ср. также IV. 3, XXII. 2) но и къ правонарушеніямъ (Delicten). Вехтеръ Arch. XXV стр. 392 и сл., Шмидтъ стр. 74 и сл.; иначе Баръ стр. 243. 317 и сл. Но относительно правонарушеній нельзя допускать, чтобы какое-либо государство склонно было предоставить опредѣленіе послѣдствій правонарушеній, учиненныхъ въ его области, чужестранному праву. А потому за преступленіе, учиненное въ отечественной области, какъ иностранецъ, такъ и туземецъ судятся по отечественному праву. (О правѣ мѣста преступленія: Зейф. Arch. I. 153, II. 118, III. 295, IX. 247, ср. также XIX. 212; о правѣ мѣста суда тамъ-же II. 4, III. 135, IV. 4, IX. 1, XI. 3. Ср. еще XIV. 197).

⁹⁾ Напримѣръ, заключенъ договоръ о поставкѣ для существующей въ извѣстномъ мѣстѣ фабрики. Или еще проще примѣръ: продается участокъ земли) (Зейф. Arch. VIII. 2).

¹⁰⁾ Должно, однако, обращать вниманіе на то, насколько это допускается; здѣсь можно примѣнить различіе между принудительнымъ и диспозитивнымъ (условнымъ) правомъ (§. 30).

¹¹⁾ Савиньи старался установить законъ, по которому во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство имѣетъ твердо опредѣленное мѣсто исполненія, слѣдуетъ принимать, что должникъ желалъ подчиниться праву этого мѣста. Это, безъ сомнѣнія, невѣрно; мѣсто исполненія можетъ быть столь-же безразлично собственнo для содержанія обязательства, какъ и случайное мѣсто его возникновенія. Возьмемъ слѣдующій примѣръ. Кто-либо даритъ въ Баваріи извѣстную сумму денегъ, чтобы доставить одаряемому возможность совершить далекое путешествіе, и указываетъ при этомъ, что деньги должны быть выданы ему въ Неаполѣ такимъ то банкиромъ; по закону Савиньи это дареніе должно бы обсуживаться по неаполитанскому праву. Едва-ли вѣрно будетъ, какъ это дѣлаетъ Савиньи, цѣликомъ переносить сюда римскія правила о т. н. *forum contractus*. Противъ Савиньи тоже Баръ стр. 232 и сл., Шмидтъ стр. 67 и сл. Въ пользу примѣненія права мѣста исполненія обязательства высказались судебныя рѣшенія, приведенныя у Зейф, II. 119, VII. 136, VIII. 3; ср. VII. 28, XIV. 195, XV. 183, XIX 5, XXI. 2. Ср. еще Будде и Шмидта *Entscheid. des O. A. G. zu Rostock* VI 23. — Объ *6. l. D. de evict.* 21. 2 см. Савиньи стр. 252 и сл. Слѣдуетъ ли и вопросъ о давности обсуживать по мѣсту обязательства? Вехтеръ Arch. XXV стр. 408 и сл., Савиньи стр. 273 и сл., Баръ стр. 283 и сл., Шмидтъ стр. 74. Зейф.

4) Семейныя отношенія ^{1а)} Осѣдлость брачнаго союза опредѣляется мѣстожителемъ его главы, мужа. Точно также осѣдлость отношенія между родителями и дѣтьми опредѣляется мѣстожителемъ отца, а за неимѣніемъ отца мѣстожителемъ матери. Если впослѣдствіи это мѣстожительство будетъ перенесено, то съ того времени примѣняется право новаго мѣстожительства ¹²⁾.—Осѣдлость опеки опредѣляется мѣстожителемъ опекаемаго, ибо иначе пришлось бы для какой-либо отдѣльной части имущества опекаемаго устанавливать особую мѣстную опеку.

5) Наслѣдное право. Основу наслѣднаго права составляетъ

Arch. II. 120, VI. 1, VIII. 7 № 2, XII. 334 въ концѣ, XIII. 5; VIII. 7 № 1, IX 246, XII. 334, XVI. 90. 184. Конкурсы: Зейф. Arch. XXII. 113. 114 и цитаты въ № 113.

^{1а)} Вектеръ Arch. XXV стр. 184 и сл., Савиньи стр. 324 и сл., Баръ стр. 321 и сл., Шмидтъ стр. 77 и сл.

¹²⁾ Съ этого времени, то-есть, правоотношенія, возникшія уже въ силу брака и родительскаго союза и независіяція отъ дальнѣйшаго существованія послѣднихъ, остаются неприкосновенными. — Слишкомъ распространено мнѣніе, будто разъ вошедшее въ силу по отношенію къ браку законное имущественное право (Güterrecht) съ перенесеніемъ осѣдлости брака не должно измѣняться. Это мнѣніе главнѣйшимъ образомъ опирается на томъ, что посредствомъ заключенія брака имущественное право (Güterrecht) само собою превращается въ договорную норму. (Въ пользу этого судебныя рѣшенія у Зейф. I. 152, X. 221, XIV. 106, XX. 2; безъ ссылки на безмолвный (подразумѣваемый) договоръ IX. 302, XV. 95. Противъ этого VII. 137, XIV. 106 № 2, XVIII. 1, ср. также XIV. 198). Но такъ какъ едва ли нужно доказывать, что весьма часто при заключеніи брака супруги, а въ особенности супруга не имѣютъ никакого опредѣленнаго сознанія объ имущественномъ правѣ возникающемъ изъ брака, и такъ какъ вслѣдствіе того исчезаетъ всякое основаніе подразумѣвать безмолвный договоръ, то Савиньи на мѣсто такого договора поставилъ „добровольное подчиненіе“ супруговъ (стр. 112), различіе, „правда, нѣсколько субтильное“. Но это добровольное подчиненіе онъ видитъ только въ фактѣ непрекословія; непонятно, однако, какимъ образомъ изъ этого факта, насколько онъ не есть изъясненіе воли, можно выводить какія-либо юридическія послѣдствія. Истина въ томъ, что, конечно, возможно допустить безмолвный договоръ; но это зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго случая. (Въ одномъ изъ рѣшеній высшаго апелляціоннаго суда въ Килѣ отъ 26 ноября 1845, у Зейф. Arch. VII. 137, встрѣчается слѣдующій меткій аргументъ: допущеніе безмолвнаго договора или нельзя вовсе оправдать по отношенію къ праву мѣста возникновенія брака, или равномерно можно оправдать по отношенію къ праву новаго мѣстожительства).—Особое изслѣдованіе по этому вопросу составилъ Функъ Arch. f. civ. Pr. XXI. 15. XXII. 5 (1838). Бремеръ Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII. 7 (1858).

вступленіе наслѣдника въ имущество умершаго какъ въ идеальное, а потому осѣдлость имущества въ этомъ смыслѣ, гдѣ бы ни находились его составныя части, будетъ находиться въ мѣстѣ жительства даннаго лица. На этомъ основаніи наслѣдованіе послѣ кого либо, будетъ-ли то въ силу его послѣдней воли или безъ оной, опредѣляется по праву, господствующему въ мѣстѣ жительства этого лица, причемъ не изъемяются и его недвижимыя вещи ¹³⁾.

6) Что касается до формы юридическихъ сдѣлокъ, то общегерманскимъ обычнымъ правомъ признано, что достаточно формы, принятой въ томъ мѣстѣ, въ которомъ сдѣлка имѣетъ осуществиться. Но форма эта признается только достаточною, а не необходимою; достаточно также форма того мѣста, гдѣ будетъ предпринята юридическая сдѣлка ¹⁴⁾.

Мѣстожительство *).

§. 36.

Остается еще сдѣлать болѣе точное опредѣленіе понятія мѣстожительства, неоднократно упоминавшагося въ предыдущемъ изложеніи ¹⁾. Мѣстожительствомъ челоуѣка считается то мѣсто, гдѣ находится средоточіе его отношеній и дѣятельности ²⁾, хотя

¹³⁾ Вехтеръ Arch. XXV стр. 184 и сл. 361 и сл., Савиньи 295 и сл., Баръ стр. 376 и сл., Шмидтъ стр. 93 и сл., Зейф. Arch. I. 92, II. 354, IV. 92, VI. 307. 308, VII. 332, XIII. 121, XIV. 107, XV. 95. Прежде многіе желали и по отношенію къ наслѣдственному праву распространить на недвижимыя вещи право мѣстонахожденія имущества.

¹⁴⁾ Вехтеръ Arch. XXV стр. 368 и сл. 405 и сл., Савиньи стр. 348 и сл., Баръ стр. 112 и сл., Зейф. Arch. II. 5, X. 220, XVI. 89, XVIII. 204. XIX. 4. 6, XX. 1; XXII. 112. Исключеніе сдѣлано только въ пользу юридической сдѣлки, посредствомъ которой имѣется въ виду приобрести недвижимую вещь. Вехтеръ Arch. XXX стр. 383, Баръ стр. 203 и сл., Шмидтъ стр. 55; Зейф. Arch. VIII. 2, XXII. 214.

* Киульфъ стр. 122—128, Савиньи VIII. § 353. 354.

§ 36. ¹⁾ Понятіе мѣстожительства (domicilium) имѣетъ значеніе не только для опредѣленія подлежащаго примѣненію права. Не говоря уже о предписаніяхъ объ участіи въ политическихъ правахъ и повинностяхъ, мѣстожительство оказываетъ рѣшительное вліяніе на опредѣленіе подсудности.

²⁾ L. 7 C. de incolis 10. 39: — „in eo(dem) loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus

бы онъ тамъ не только не жилъ постоянно, но обыкновенно пребывалъ лишь кратковременно ³⁾. Гдѣ именно такое мѣсто, это вопросъ, который разрѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ путемъ соображенія всѣхъ обстоятельствъ ⁴⁾; но для нѣкоторыхъ случаевъ этотъ вопросъ разрѣшается самимъ закономъ ⁵⁾. Въ этихъ случаяхъ и воля подлежащаго лица безразлична; за исключеніемъ же этихъ случаевъ установленіе мѣстожителства безъ воли лица невозможно. Но съ другой стороны и одной воли недостаточно, если ей не соответствуетъ фактическое отношеніе. Тоже должно сказать и о прекращеніи мѣстожителства ⁶⁾. Можно имѣть также два мѣста жителства ⁷⁾, равно какъ и не имѣть никакого ⁸⁾.

est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit". L. 203 D. de V. S. 50. 16:—„constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tubulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset". L. 17 § 13 l. 27 § 1 D. ad munic. 50. 1.

³⁾ Каковъ, напримѣръ, купецъ, который по роду своихъ занятій вынужденъ круглый годъ проводить въ разъѣздахъ, между тѣмъ какъ дѣлами его дома заведывать его компаньонъ.

⁴⁾ Ср. Зейф. Arch. X. 12, XV. 65. По одному рескрипту Адриана, если учащійся пробудетъ на мѣстѣ своего ученія 10 лѣтъ кряду, то это мѣсто должно считаться его мѣстожителствомъ, I. 2 C. de incol. 10. 39.

⁵⁾ Т. н. законное мѣстожителство (*domicilium necessarium*). Случаи эти слѣдующіе. Мѣстожителство жены опредѣляется мѣстожителствомъ мужа (*domicilium matrimonii*, I. 32 I. 38 § 3 D. ad munic. 50. 1, I. 5 D. de R. N. 23, 2), мѣстожителство чиновника—мѣстомъ его службъ (I. 8 C. de incol. 10. 39, ср. I. 23 § 1 D. ad munic. 50. 1), ссыльнаго — мѣстомъ ссылки (хотя онъ можетъ удержатъ за собою и прежнее свое мѣстожителство), I. 22 § 3. 27 § 3 D. ad munic. 50. 1.

⁶⁾ L. 20 D. ad munic. 50. 1. „Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari".

⁷⁾ L. 5 I. 6 § 2 I. 27 § 2. D. ad munic. 50. 1, I. 22 § 3 I. 27 § 3 eod.

⁸⁾ L. 27 § 2 cit.

КНИГА ВТОРАЯ.

О ПРАВАХЪ ВООБЩЕ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ПОНЯТІЕ И ВИДЫ ПРАВЪ.

Понятіе права.

§. 37.

Задача юридическаго порядка, какъ и задача нравственнаго порядка, заключается въ регулированіи человѣческой воли. Но между тѣмъ какъ нравственный порядокъ предписываетъ, что слѣдуетъ желать ¹⁾, юридическій порядокъ, напротивъ, даетъ предписанія о томъ, что дозволяется желать. Постановляя, что извѣстное содержаніе воли, въ конкретномъ случаѣ, можетъ быть осуществляемо лицомъ независимо отъ воли другихъ лицъ, и что всѣ остальные воли должны подчиниться ему, юридическій порядокъ создаетъ извѣстное право (т. н. право въ субъективномъ смыслѣ, управомочіе). Стало быть право (управомочіе) есть установленная юридическимъ порядкомъ дозволенность воли (Wollen-Dürfen), есть предоставленная юридическимъ порядкомъ власть или господство ²⁾. Такъ

§ 37. ¹⁾ И упущеніе есть осуществленіе воли.

²⁾ Бринцъ, § 23, отличаетъ Dürfen—имѣть право (Befugniß — отдѣльное управомочіе) отъ Können—мочь (Macht—сила, власть); Dürfen: управомочіе (Befugniß) отъ фактической дѣятельности, напримѣръ, ходить по извѣстному участку земли. Können: власть, возможность установить извѣстное юридическое отношеніе, напримѣръ, учредить сервитутъ. Различіе это вѣрно, но Бринцъ придалъ ему боль-

какъ задача государства состоитъ въ охраненіи юридическаго порядка, то отсюда непосредственно вытекаетъ, что въ случаѣ надобности оно доставляетъ возможность осуществить эту власть или господство посредствомъ принужденія, но принужденіе не непременно входитъ въ понятіе права.

Отъ понятія права нужно отличать понятіе правоотношенія. Правоотношеніемъ называется юридически опредѣленное отношеніе. Оно можетъ быть либо только правоотношеніемъ, то есть такимъ отношеніемъ, которое впервые создается юридическимъ порядкомъ, напимѣръ, собственность, либо въ тоже время фактическимъ отношеніемъ, которое лишь признается юридическимъ порядкомъ, напимѣръ, владѣніе *).

шес значеніе, чѣмъ оно повидимому имѣть. Какъ бы то ни было, оба эти случая имѣютъ между собою то общее, что какъ въ томъ, такъ и въ другомъ извѣстномъ содержанію воли приписывается право на общее признаніе. — Противъ названія „господство воли“ (Willensherrschaft) высказывается Фиттингъ *die Natur der Correalobligationen* стр. 28 прим. 31; но его доводы не убѣдительны. См. также Бринца *kr. Blätter* III стр. 3, Дербурга *Pfandrecht* I стр. 105 прим. 3.—Игерингъ, *Geist des römischen Rechts* III § 60. 61, вовсе не допускаетъ, чтобъ опредѣленіе права можно было строить на волѣ. Самъ онъ опредѣляетъ право (гражданское), какъ интересъ, защиты котораго заинтересованный можетъ требовать посредствомъ иска. Этимъ онъ хотѣтъ сказать, что цѣль правъ есть удовлетвореніе человѣческихъ интересовъ. Это, конечно, справедливо, но не составляетъ опредѣленія права. Игерингъ ссылается на то, что и неспособный имѣть волю можетъ имѣть права. Будь этотъ аргументъ убѣдителенъ, то имъ же можно было бы опровергнуть опредѣленіе Игеринга; ибо не имѣющій воли не можетъ и искать въ судѣ. Игерингъ не сомнѣвается, что вмѣсто неимѣющаго воли можетъ отъ его имени искать въ судѣ другой, отчегожъ бы ему и по отношенію къ нашему опредѣленію не допустить, что отъ имени управомоченнаго можетъ хотѣть (осуществить конкретное содержаніе воли, коему юридическій порядокъ сообщилъ обязательную силу) другой?

*) Правоотношеніе не всегда понимается съ надлежащею ясностью и опредѣленностью. А именно часто не сознаютъ или надлежащимъ образомъ не разграничиваютъ указаннаго въ текстѣ двоякаго значенія, въ которомъ употребляется это слово въ обыденной рѣчи, чѣмъ, между прочимъ, затруднялось и рѣшеніе вопроса: есть ли система гражданского права система правъ или система правоотношеній (§13). Далѣе правоотношеніе нерѣдко односторонне называютъ отношеніемъ между тѣмъ и другимъ лицомъ. Собственность и владѣніе суть правоотношенія, но не между лицами, а между лицомъ и вещью. Наконецъ, нельзя также согласиться съ тѣмъ (Савиньи I. §. 4, Пухта §. 29), будто право есть одна изъ сторонъ правоотношенія, выдѣленная посредствомъ абстракціи, а правоотношеніе есть сумма правъ. Возможное выставляется здѣсь какъ существенное; изъ сдѣлки займа, напри-

Подъ юридическимъ институтомъ разумѣется совокупность юридическихъ предписаній, относящихся къ извѣстному правоотношенію. Въ этомъ смыслѣ собственность, владѣніе, бракъ, обязательство, договоръ и т. д. называютъ также юридическими институтами.

Виды правъ.

Вещныя и личныя права, семейныя и имущественныя права.

§ 38.

Существенное различіе (частныхъ) правъ главнымъ образомъ обусловлено различіемъ ихъ предмета¹⁾, то есть, того, чему рѣшительною нормой служить управомоченная воля. Правда, въ окончательномъ результатѣ то, чему рѣшительною нормой служить управомоченная воля, есть во всѣхъ правахъ одно и то же, именно воля лицъ, противопоставленныхъ управомоченному. Но не для всѣхъ правъ эта воля есть ближайшій и непосредственный предметъ; такимъ предметомъ можетъ быть также 1) собственная личность и 2) безличная часть внѣшняго міра, вещь. Затѣмъ отъ правъ на собственную личность и правъ на вещи отличаются: 3) тѣ права, непосредственнымъ предметомъ которыхъ служитъ чужая личность.

§ 39.

Что есть права, имѣющія своимъ предметомъ собственную личность управомоченнаго, это также несомнѣнно, какъ несомнѣнно и то, что нѣтъ надобности особо излагать ихъ въ системѣ гражданского права.

Волю человека можно представить себѣ рѣшительною нормой для собственной личности прежде всего со стороны ея тѣлеснаго существованія. Съ этой стороны человѣку принадлежитъ право на

жизнь, не возникаетъ ничего, кромѣ права кредитора. Ср. также, отчасти уклоняющееся отъ другихъ, но не убѣдительное мнѣніе Heynemann *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* (1866) стр. 4—13. Объ этомъ сочиненіи см. Буркеля, *krit. VL Schr. XI* стр. 191 и сл.

§ 38. ¹⁾ Сравни Унгера I стр. 499—503.

жизнь и отправленія, въ коихъ проявляется его физическая жизнь, далѣе право на тѣлесную цѣлость, наконецъ, право на безпрепятственное распоряженіе относительно своего тѣла (свобода). Права эти нѣтъ надобности особо излагать въ системѣ гражданскаго права, такъ какъ ни существованіе, ни границы ихъ не могутъ оспариваться; что же касается нарушенія ихъ, то изъ него, насколько оно возможно, возникаютъ (если вообще возникаютъ гражданскія послѣдствія) самостоятельныя права (права требованія). Далѣе, волю человѣка можно представить себѣ рѣшительною нормой для собственной его личности со стороны ея духовнаго существованія. Отсюда выводятъ право на осуществленіе различныхъ отправленій духа. Но отчасти и это право не можетъ подлежать спору и нарушенію ни со стороны своего существованія, ни со стороны своего объема; таково, напримѣръ, право на пользованіе своею способностью мыслить и чувствовать; тоже должно сказать о правѣ на пользованіе своею способностью воли, на сколько это пользованіе не вліяетъ на чужую личность или чужую вещь. Но коль скоро пользованіе способностью воли выходитъ за предѣлы собственной личности, вопросъ о правомѣрности или неправомѣрности этого пользованія тождественъ съ вопросомъ о содержаніи всего остальнаго юридическаго порядка^{1. 2).}

1) Противъ допущенія права на собственную личность Савиньи (I стр. 336) возражалъ, что такое допущеніе, будучи проведено послѣдовательно, поведетъ къ признанію права на самоубійство. Ничуть: изъ него лишь слѣдуетъ, что самоубійца не нарушаетъ права другихъ лицъ. Ибо все гражданское право занимается лишь разрѣшеніемъ вопроса, насколько воля отдѣльнаго лица обязательна для другихъ противопоставленныхъ ему лицъ.—Въ совершенно особомъ смыслѣ говорить о правахъ на собственную личность Пухта (Rhein. Mus. III стр. 305, Inst. I §. 3, Pand. § 22. 46, 114 и сл. и Vorles.). Подъ ними онъ разумѣетъ тѣ права, въ которыхъ воля сама для себя служитъ объектомъ, но не въ томъ смыслѣ, чтобъ она требовала признанія своего содержанія, а въ томъ смыслѣ, что она требуетъ признанія себя самой въ качествѣ воли лица; вотъ почему и Пухта называетъ право на собственное лицо правомъ личности. Относительно этого воззрѣнія Пухта не нашелъ себѣ послѣдователей. И въ самомъ дѣлѣ, ясно, что его „право личности“ не есть ни право на собственное лицо, ни вообще право. Признаніе воли человѣка in abstracto, какъ воли, которая можетъ быть и управомоченною, есть нѣчто такое, что составляетъ основу всякаго управомочія, но сама эта воля вовсе не есть право. Противъ Пухты ср. Савиньи I. стр. 337. а, Шретера

§ 40.

Права, непосредственный предметъ которыхъ есть вещь, то есть, часть не одареннаго разумомъ внѣшняго міра, носятъ названіе вещныхъ правъ (*dingliche Rechte*) ¹⁾. Отличительный признакъ этихъ правъ заключается въ томъ, что управомоченная воля можетъ служить рѣшительною нормою либо для совокупности всѣхъ отношеній вещи, — что составляетъ сущность права собственности, — либо для одного или нѣсколькихъ ея отдѣльныхъ отношеній, въ то время какъ совокупность всѣхъ отношеній, этой вещи подчинена чужой волѣ: это вещныя права на чужую вещь ²⁾.

§ 41.

Права, непосредственный предметъ которыхъ есть чужая лич-

krit. Jahrb. IV стр. 294, Арндтса тамъ же VII стр. 298, Синтениса *Zeitschr. f. civ. и Pr.* XIX стр. 43—49. Пухта подводитъ подъ эти права на собственную личность и владѣніе; объ этомъ § 148 прим. 6, § 150 прим. 5. — И Нейнеръ (§37. прим. 3) стр. 15 и сл., также говоритъ о „правѣ личности“ и опредѣляетъ его какъ: право лица быть самому себѣ цѣлю, признавать и развивать себя какъ самоцѣль. Къ содержанію этого права онъ относитъ между прочимъ и право совершать юридическія сдѣлки и въ ученіи о правѣ личности онъ излагаетъ въ связи съ нимъ и ограниченіе дѣеспособности и опеку. Опроверженіе этого завело бы слишкомъ далеко.

²⁾ Внѣсто категоріи правъ на собственную личность иные вводятъ категорію личныхъ правъ (*Personenrechte*), которыя называютъ также правами состоянія (*Statusrechte, Zustandsrechte*), ср. именно Вехтера II § 45. Они разумеются подъ ними такія права, которыя принадлежатъ лицу какъ лицу, „потому именно, что оно есть лицо“ или «вслѣдствіе его положенія въ извѣстныхъ единичныхъ продолжительныхъ поземельныхъ отношеніяхъ», а также и въ семьѣ. Эта категорія ведетъ свое начало отъ римской категоріи *ius quod pertinet ad personam*. Это *ius quod pertinet ad personam* обнимаетъ собою правоположенія, относящіяся къ лицу, разсматриваемому внѣ имущественныхъ отношеній, и трактуется въ частности о томъ, что называли *status libertatis, civitatis, familiae*. Ср. § 55 прим. 8 и Унгера I § 60.

40. ¹⁾ Другія, нинѣ уже отвергнутыя воззрѣнія на вещное право (Ср. Вехтера *Erörter. I.* 4, Вангеровъ I. § 113, Унгера I стр. 311—313) суть: 1) вещное право есть право, могущее быть отыскиваемо у всякаго; 2) право, охраняемое въ римскомъ правѣ *in rem actio* (Тибо *Versuche* II № 2); 3) право собственности и всѣ права, на которыя распространяется искъ о собственности (Дюрра *Arch. f. civ. Pr.* VI. стр. 232 и сл. 368 и сл., противъ этого Пухта *Rhein. Mus.* I. стр. 286 и сл.). Ср. также Вехтера *Erörter. I.* стр. 109—111.

²⁾ Ср. ниже §. 167.

ность, имѣють своимъ (непосредственнымъ) содержаніемъ подчиненіе воли этой личности. Такое подчиненіе можетъ быть болѣе или менѣе обширно. Когда это подчиненіе достигаетъ высшей степени, то говорятъ о власти надъ чужою личностью. Римское право знало такіе виды власти, которые отрицали всякую волю у подчиненнаго по отношенію къ управомоченному; нынѣшнее право уже не знаетъ подобной власти.—Гораздо важнѣе слѣдующее различіе между относящимися сюда правами. Они либо расширяютъ власть лица, какъ лица, доставляя ему что либо ради него самого, либо вытекаютъ изъ семейной связи, въ которой состоитъ лицо. Семья есть правоотношеніе, но не исключительно и не преимущественно; она получаетъ свое устройство преждевсего отъ нравственнаго закона, она налагаетъ обязанности, но не даетъ правъ, обязанности же эти имѣють своимъ предметомъ не столько опредѣленные внѣшнія дѣйствія, сколько подчиненіе извѣстнымъ требованіямъ нравственнаго чувства. Въ этомъ то устройствѣ застаётъ семью право и старается по возможности сообщить свою санкцію присущимъ ей нравственнымъ началамъ. Насколько оно при этомъ повелѣваетъ одному подчинить свою волю другому, настолько можно сказать, что оно даетъ этому другому извѣстное право. Но это право существенно отличается отъ всѣхъ остальныхъ правъ. Оно возникаетъ сначала изъ обязанности; обязанность есть основаніе, а право — послѣдствіе; между тѣмъ какъ всѣ остальные права возникаютъ не изъ обязанности, напротивъ: сами обязанности протекаютъ изъ правъ¹⁾. Но воззрѣніе это не есть первоначальное воз-

¹⁾ Слишкомъ далеко идетъ мнѣніе (Савиньи I § 54, Снтеніисъ Zeitschr. f. Civ. u. Proz. XIX стр. 66 и сл., Рудорфъ zu Puchta Vorles. § 46 Anm 1, Унгеръ I § 60 въ кон.), будто взаимное подчиненіе лицъ, связанныхъ семейными узами, не относится къ юридическому содержанію семейныхъ отношеній, но будто это послѣднее касается лишь условій возникновенія и прекращенія этихъ отношеній, и вліянія, оказываемаго ими на другія отношенія, именно имущественныя. Право мужа требовать возвращенія жены въ оставленное ею супружеское жилище, право отца на послушаніе дѣтей, есть, конечно, иное право, чѣмъ право вѣрителя по отношенію къ своему должнику, но все-таки право.—Бринцъ § 22. (см. также стр. 1151. 1208) желаетъ совершенно исключить семейныя права изъ сферы гражданского права. „Тамъ, гдѣ во всякомъ правѣ заключается вмѣстѣ и обязанность, какъ, напримѣръ, въ отеческой и опекунской власти, тамъ прекращается эгоизмъ права, а слѣдовательно, и гражданское право“. Но и онъ зашелъ уже слишкомъ далеко. Это, конечно, права ради семьи, но все-таки это не тѣ семейныя права, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь.

зрѣніе римскаго права. По первоначальному воззрѣнію римскаго права, права мужа и отца по отношенію къ женѣ и дѣтямъ суть чистѣйшія права и стоятъ на одной линіи съ прочими правами, предоставленными управомоченному ради него самого. Но въ новѣйшемъ римскомъ правѣ эти права являются столь ослабленными, что они уже не выходятъ изъ предѣловъ того, что противной стороной предписывается обязанностью.

Тѣ права на другія лица, основа коихъ заключается не въ нравственной идеѣ семьи, называются правами требованія (*Forderungsrechte*) или обязательственными правами (*Obligations-обязательства*). Для обозначенія правъ на чужую личность, въ отличіе отъ вещныхъ правъ, вообще удобно выраженіе личные права; но оно обыкновенно употребляется лишь для обозначенія правъ требованія ²⁾.

§. 42.

Права требованія и вещныя права сходятся въ томъ, что они принадлежатъ управомоченному ради него самого. Это общее ихъ свойство обозначаютъ словами имущественныя права (*Vermögensrechte*) ³⁾.

Принадлежація извѣстному лицу имущественныя права составляютъ его имущество (*Vermögen*). Однако имущество разсматривается въ правѣ не только какъ сумма, агрегатъ отдѣльныхъ имущественныхъ правъ лица, но и какъ ихъ совокупность, какъ ихъ единство, то-есть, какъ нѣчто цѣлое сравнительно съ своими частями, какъ такой предметъ, который подлежитъ особымъ юридическимъ опредѣленіямъ ³⁾. Но если имущество разсматривается въ этомъ смыслѣ,

²⁾ Въ иномъ еще смыслѣ подъ личными правами разумѣютъ тѣ права, которыя неразрывно связаны съ личностью управомоченнаго (называемыя также *höchst persönliche Rechte*). Ср. также Вехтера *Erörter.* I. стр. 107—109.

§ 42. ³⁾ Савиньи I. §. 349. в. „Нѣмецкое названіе указаннаго юридическаго понятія есть самое ясное изъ всѣхъ найденныхъ для него названій. Ибо имъ непосредственно выражаются: существо понятія, власть, прирастающая къ намъ вслѣдствіе существованія этихъ правъ, и то, что мы посредствомъ нихъ въ состояніи или въ правѣ (*vermögen*) осуществитъ“. Впрочемъ, и римляне говорили о „*facultates*“, напримѣръ, I. 5. § 19. D. de agnosc. 25. 3, I. 16 pr. D. ad. SC. Treb. 36. 1. Нейнеръ (§. 37 прим. 3) стр. 43.

*) Понятіе о совокупности или цѣломъ, какъ о томъ, что должно быть отличаемо отъ суммы частей, — понятіе, о которомъ уже выше было ска-

то къ нему причисляются не только права лица, но и обязанности его. Отсюда слѣдуетъ отличать имущество въ естественномъ смыслѣ отъ имущества въ юридическомъ смыслѣ ³⁾).

Въ обыкновенномъ словоупотребленіи, возникшемъ въ самой жизни и удержанномъ въ технику права, принято вмѣсто права собственности называть ту вещь, на которую это право распространяется ⁴⁾. Продолжая идти по этому пути, представляютъ себѣ и остальные имущественныя права, то-есть права на чужія вещи и права требованія, насколько они тоже составныя части имущества, какъ вещи, и въ отличіе отъ физическихъ, тѣлесныхъ вещей называютъ ихъ безтѣлесными, такъ какъ они существуютъ лишь въ пред-

зано, что оно въ высшей степени важно для права (§. 1. прим. 1.), находить себѣ здѣсь новое примѣненіе. Римляне обозначали его словомъ *universitas*. Имущество есть *universitas* правъ и обязанностей; ниже мы познакомимся съ *universitates* вещей и лицъ.

³⁾ L. 208 D. de V. S. 50. 16, I. 3. [pr. D. de B. P. 37. 1; I. 39 § 1 I. 49 D. de V. S. Въ послѣднемъ мѣстѣ рѣзко выступаетъ противоположность между естественнымъ и юридическимъ понятіемъ имущества. „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse“. Но это естественное понятіе имущества для права безразлично; изъ соединенія во едино только имущественныхъ правъ, съ точки зрѣнія права, не возникаетъ новой, подлежащей особымъ опредѣленіямъ вещи. Юридическое же понятіе имущества въ приведенномъ мѣстѣ не разбивается далѣе.—Различныя стороны имущества въ юридическомъ смыслѣ обозначаются выраженіями: активное и пассивное имущество.—Нейнеръ (§ 37 прим. 3) вводитъ (стр. 90 и сл.) новое понятіе имущества въ юридическомъ смыслѣ, или, какъ онъ выражается, „идеальнаго имущества“. Оно состоитъ у него, во первыхъ, изъ имущественной способности (*Vermögensfähigkeit*), которая мыслится въ правѣ какъ способность объектированная и возводится въ безтѣлесное достоиніе (человѣкъ обладаетъ имущественною способностью) и лишь во-вторыхъ, въ активѣ и пассивѣ, которые суть не составныя части, а лишь принадлежности (*Dependenzen*) имущества, такъ что истиннымъ субъектомъ ихъ будетъ не столько человѣкъ, сколько его идеальное имущество. Я не думаю, чтобы это воззрѣніе нашло себѣ приверженцевъ. Мандри *Begriff und Wesen des Peculium* стр. 13.

⁴⁾ Говорятъ, напримѣръ, что имущество состоитъ изъ поземельныхъ участковъ, движимыхъ вещей, хотя та или другая вещь лишь тогда будетъ дѣйствительно составною частью нашего имущества, когда она будетъ принадлежать намъ на правѣ собственности. Говорятъ объ обладаніи, приобрѣтеніи и т. д. извѣстной вещи и разумѣютъ при этомъ обладаніе, приобрѣтеніе и т. д. права собственности на нее.

ставленіи, а не въ физической дѣйствительности⁵⁾. Затѣмъ такую же безтѣлесною вещь представляется и само имущество, то-есть совокупность его отдѣльныхъ составныхъ частей, ибо и оно, будучи только такою совокупностью, будучи самостоятельною вещь лишь сравнительно съ своими частями, имѣетъ не реальное, а воображаемое бытіе⁶⁾. Не слѣдуетъ этой совокупности имущественныхъ предметовъ, понимаемой какъ одна вещь, придавать большее значеніе въ правѣ, чѣмъ она дѣйствительно имѣетъ. Неосмотрительное проведеніе этой точки зрѣнія можетъ привести къ тому, что всѣ имущественныя права пришлось бы подчинять одвѣмъ и тѣмъ же юридическимъ началамъ, а именно началамъ, коимъ

⁵⁾ L. 1 § 1 D. de R. 1. 8 (=tit. I. de rebus corporalibus et incorporalibus 2. 2). „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argumentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquomodo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi [fruendi et ipsum ius obligationis] incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur“. Ошибка въ томъ что, въ дѣленіи *res* на *corporales* и *incorporales* подъ *res* разумѣются права (Бухгольца *Versuche* № 1). *Res* обозначаетъ составныя части имущества. Противоположностью безтѣлесной вещи будетъ не право собственности (въ качествѣ *ius corporale*, какъ думаетъ Бухгольцъ), а вещь тѣлесная. Ср. еще Вехтера II стр. 207—210, Унгера I стр. 358—361.

⁶⁾ Такъ какъ само имущество есть вещь безтѣлесная („*iuris nomen*“ I. 178 § 1 D. de V. S. 50. 16, „*iuris intellectum habet*“ I. 50 pr. D. de H. P. 5. 3), то оно есть совокупность тѣлесныхъ и безтѣлесныхъ вещей, *universitas rerum*. Если прежде его называли *universitas iuris* (не *iurium*), то этимъ хотѣли выразить, что оно есть цѣлое лишь вслѣдствіе предписанія права, въ противоположность т. н. *universitas hominis* или *facti*, возникающей вслѣдствіе фактическаго соединенія во едино (напримѣръ, стадо, библіотека). Это противоположеніе ошибочно; ибо имущество все-таки есть прежде всего фактическое соединеніе воедино, а т. н. *universitas facti* есть также юридическое соединеніе. См. объ этомъ дѣленіи и объ особенностяхъ, ошибочно приписанныхъ *universitas iuris*, изслѣдованія Гассе и Мюленбруха *Arch. f. civ. Pr.* V. 1 и XVII. 12, также Вехтера *Erörter. I.* 1., также Синтенса I § 41 прим. 60, Вангерова I § 71 прим., Унгера I стр. 470—475. Бехмана *Dotalrecht* II стр. 178 и сл., Мандри *Begriff und Wesen des Peculium* стр. 15 и сл. 45 сверху 47 и сл.

подчиняется право собственности. Римское право и не думало доходить до такой крайности; до какой степени оно действительно доводило юридическое уравненіе тѣлесныхъ вещей съ безтѣлесными, о томъ будетъ сказано при изложеніи отдѣльныхъ вопросовъ права. При этомъ разрѣшенъ будетъ и вопросъ, могутъ ли и безтѣлесныя вещи быть объектомъ права. Здѣсь же слѣдуетъ указать только на то, что на вопросъ этотъ, вслѣдствіе логическихъ основаній, нельзя отвѣчать отрицательно. Понятіе: право на право (an einem Rechte) не есть, какъ думали прежде, логическая нелѣпость. Право на право имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда кто-либо имѣетъ право пользоваться тою властью, которая составляетъ содержаніе права, принадлежащаго другому ⁷⁾.

Притязаніа.

§. 43.

Подъ притязаніемъ (Anspruch) разумѣется собственно: ~~такое~~ основаніе, когда одно лицо требуетъ что-либо у другаго. Но принято подъ притязаніемъ разумѣть не только фактъ требованія, но и самое право (Befugniß) требовать, слѣдовательно, признанная закономъ власть что-либо требовать отъ другаго ¹⁾. Въ такомъ смыслѣ это слово и употреблено здѣсь.

Притязаніе не есть особый видъ права, а лишь одна изъ функций права. Притязаніе есть право, направленное къ подчиненію чело-вѣческой воли. Но такъ какъ подчиненіе чужой воли есть то, къ чему въ существѣ направлены всѣ права (§ 38), то позволительно сказать, что всякое право состоитъ въ соотвѣтствующемъ ему при-

⁷⁾ Ср. еще Нейвера (§ 37 прим. 3) стр. 52, 53, Беккера krit. V. I. Schr. VI стр. 479, Бюркеля Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch стр. 20—25, Ф. П. Бремера das Pfandrecht und die Pfandobjecte стр. 36 и сл. 84 и сл.

) Говорятъ: у даннаго лица есть притязаніе, данному лицу принадлежит § 43. притязаніе (Anspruch), но не прибавляютъ: юридически признанное притязаніе. Этотъ оборотъ рѣчи, въ которомъ для обозначенія права называютъ фактъ, весьма употребителенъ и въ римскомъ правѣ. Выраженія: *ususfructus*, *pignus*, *emphyteusis*, *superficies* ближайшимъ образомъ означаютъ нѣчто фактическое, а между тѣмъ они суть самыя употребительныя названія права. Непосредственно сюда же относится выраженіе *actio*. Ср. § 44 прим. 2.

тизаніи. Но при этомъ упущено было бы изъ виду, что не всѣ права направлены непосредственно на подчиненіе чужой воли и что непосредственный предметъ именно вещныхъ правъ (о правахъ на собственную личность послѣ сказаннаго въ §. 39 можно и не говорить) есть вещь, а непосредственное содержаніе ихъ—господство надъ вещью. Власть (Befugniß) что-либо требовать отъ другихъ, напимѣрь, чтобъ они не сопротивлялись этому господству, есть только слѣдствіе вещнаго права; между тѣмъ какъ права требованія и семейныя права имѣютъ своимъ непосредственнымъ содержаніемъ господство надъ чужою волею и состоятъ потому въ соотвѣтствующихъ имъ притязаніяхъ, исчезаютъ въ этихъ притязаніяхъ²⁾).

Въ связи съ указаннымъ здѣсь различіемъ находится еще другое. Такъ какъ вещное право имѣетъ своимъ непосредственнымъ содержаніемъ господство надъ вещью, то соотвѣтствующее ему притязаніе³⁾ можетъ быть направлено не противъ опредѣленнаго обязаннаго лица, но противъ всякаго. Напротивъ того, притязаніе соотвѣтствующее праву требованія, какъ и самое право требованія, можетъ быть направлено только противъ одного опредѣленнаго лица. Въ этомъ отношеніи семейноправныя притязанія, касательно взаимныхъ отношеній членовъ семьи, по характеру своему сходны съ притязаніями требованія; но такъ какъ возможно и внѣшнее нарушеніе состоянія, соотвѣтствующаго нравственной идеѣ семейныхъ правъ, то существуютъ также и семейноправныя притязанія безъ опредѣленнаго противника⁴⁾). Впрочемъ, ука-

²⁾ Приведенное въ текстѣ ошибочное воззрѣніе было прежде очень распространено и оказало сильное вліяніе на позднѣйшія законодательства. Ср. Виндгейда *die Actio des röm Civilr.* стр. 19—23.

³⁾ Нейцеръ (§ 37 прим. 3) неосновательно утверждаетъ (стр. 153. 157. 158. 171), будто до нарушенія вещныхъ правъ о какомъ либо соотвѣтствующемъ имъ притязаніи и рѣчи быть не можетъ. Если до нарушенія вещнаго права существуетъ обязанность другихъ лицъ не противодействовать этому праву, то, значитъ, существуетъ и право требовать сообразнаго съ этою обязанностью отношенія.

⁴⁾ Напимѣрь, задержаніе жены или дѣтей третьимъ лицомъ.

⁵⁾ См. II § 490 № 5, II § 520 № 2. Однако, это направленіе съ внѣшней стороны составляетъ въ семейноправныхъ притязаніяхъ нѣчто подчиненное, тогда какъ въ имущественныхъ притязаніяхъ оно есть нѣчто существенное, даже исключительное.

занное здѣсь различіе между вещными притязаніями и притязаніями требованія не безусловно. Ибо, съ одной стороны, и при правахъ требованія можетъ случиться, что они будутъ направлены противъ неизвѣстнаго обязаннаго лица, впервые опредѣляемаго лишь извѣстнымъ отношеніемъ, такъ что и соотвѣтствующее имъ притязаніе можетъ быть направлено хотя не противъ всякаго вообще, но противъ всякаго, вступающаго въ это отношеніе ⁶⁾. Съ другой стороны, и съ сущностью вещныхъ правъ не несогласно то, что отъ дѣйствія ихъ изъемяются извѣстныя лица, такъ что эти лица могутъ устроить отъ себя притязаніе, вытекающее изъ вещнаго права ⁷⁾. Да и независимо отъ того, на-

⁶⁾ На противоположности между опредѣленностью и неопредѣленностью отвѣтика въ соотвѣтствующихъ правахъ притязаній построено различіе между правами абсолютными и относительными. Нейнеръ (§ 37 прим. 3) не признаетъ (стр. 40 и сл. 70 и сл. 152) этого различія основательнымъ, ибо и обязательственное право (*Forderungsrecht*) оказываетъ свое дѣйствіе не только во внутреннихъ отношеніяхъ, но и внѣшнихъ. Но это несправедливо. Относительно т. н. права на признаніе см. § 45 въ кон., дѣяніе же третьяго лица, препятствующее осуществленію обязательственнаго права, не есть нарушеніе этого права, но лишь обязываетъ къ вознагражденію за вредъ и убытки, если дѣяніе, изъ котораго возникаетъ означенное препятствіе, само по себѣ неправомерно (I. 18 §5 I. 19 D. de dolo 4. 3), такъ что и въ этомъ случаѣ право требованія является въ качествѣ имущественной цѣнности, а не въ качествѣ господства воли. Угеръ I § 62 прим. 8. Ф. П. Бремеръ *das Pfandrecht und die Pfandobjecte* стр. 16 и сл. 43 и сл.

⁶⁾ Такъ, напримѣръ, право требованія и искъ, возникающіе для кого-нибудь изъ того, что онъ былъ принужденъ къ совершенію юридически вреднаго для себя дѣйствія, могутъ быть направлены противъ всякаго, въ чьихъ рукахъ находится что-либо изъ утраченнаго вслѣдствіе этого дѣйствія. Ср. § 45 прим. 6.—Цибартъ *die Realexecution und die Obligation* (Halle 1866) стр. 192 и сл. утверждаетъ, что по нынѣшнему праву всякое право требованія, направленное на *dare* или *tradere* какой-либо вещи („*Recht zur Sache*“—право къ вещи) имѣетъ силу противъ всякаго, кто приобрѣлъ эту вещь, зная о существованіи, этого права требованія; это вытекаетъ будтобы изъ признаннаго въ нынѣшнемъ правѣ реальнаго исполненія (*Realexecution*). Я не могу признать этого вывода вѣрнымъ, но если бы онъ даже былъ вѣренъ, то я не вижу основанія, почему долженъ отвѣчать только недобросовѣстный приобретатель. Дсгенъ *kolb krit. VJSchr.* IX стр. 205 и сл. 229 и сл. Брюннекъ *über den Ursprung des s. g. jus ad rem*. Berlin 1869.

⁷⁾ Сюда именно относится *actio Publiciana*. Впрочемъ, ср. Савиньи V стр. 26 и сл., Вехтера *Erörtert.* I стр. 92 и *Handbuch* II § 46 прим. 13. 21.

рушеніе каждаго вещнаго притязанія даетъ ему опредѣленнаго отвѣтчика. Какъ скоро данное лицо вступаетъ въ противорѣчіе съ такимъ притязаніемъ, то притязаніе это направляется противъ этого лица такимъ же точно образомъ, какъ возникающее изъ права требованія притязаніе уже напередъ направлено противъ даннаго лица. И дѣйствительно, въ этомъ случаѣ возникаетъ отношеніе, совершенно аналогическое съ тѣмъ, какое является въ притязаніи изъ права требованія; отъ извѣстнаго лица требуется опредѣленное проявленіе воли, и притомъ имущественнаго характера ⁸⁾. Тѣмъ не менѣе различіе тутъ въ томъ, что притязаніе вчинается на основаніи вещнаго права, а не на основаніи права требованія. А потому и самое юридическое пониманіе того и другаго притязанія, хотя во многихъ отношеніяхъ и сходно ⁹⁾, но вовсе не тождественно.

§. 44.

То, что мы назвали притязаніемъ (*Anspruch*), римляне называютъ астіо. Астіо есть судебное преслѣдованіе ¹⁾; слѣдовательно, желая сказать, что кто-нибудь имѣетъ право требовать чего-либо отъ другаго, римляне говорятъ, что онъ имѣетъ право отыскивать предъ судомъ то, чего онъ требуетъ отъ другаго ²⁾. Это римское воззрѣ-

Арндтсъ R. Lex. V стр. 211 прим. 28, Франке *Commentar über den Pandektentitel Hereditatis Petitione* стр. 143.

⁸⁾ Въ § 21 de exc. 4 13 для вещнаго притязанія употреблено даже выраженіе *obligatio*. Бехтеръ *Ergöt.* III. стр. 8 прим. 10. См. впрочемъ и Гуго *civ. Magazin* III стр. 392.

⁹⁾ Дѣйствительно, существуетъ цѣлый рядъ ученій, прилагающихся къ обоимъ родамъ притязаній; такъ, ученіе о неоплатномъ долгѣ (*Verschuldung*) (невозможности удовлетворенія), объ интересѣ (*vom Interesse*), о просрочкѣ, о мировой слѣлкѣ (*Vergleich*) и т. д. Вотъ отчего чрезвычайно трудно расположить систему,—если не вводить особаго отдѣла „о притязаніяхъ“, противъ чего говорить весьма многое.

§ 44. ¹⁾ *Agere*: дѣйствовать; далѣе: дѣйствовать предъ судомъ; обыкновенно-же имъ обозначается дѣятельность нападающей стороны,—дѣятельность, которую мы называемъ искомъ (*Klage*). Слѣдуетъ имѣть въ виду, что нѣмецкое выраженіе основано на представленіи, совершенно чуждомъ римскому выраженію, именно представленіе о жалобѣ предъ судомъ (*Sichbeklagen, Sichbeschweren*) (ср. прим. 5).

²⁾ *Actio*, совершенно подобно нѣмецкому выраженію *Anspruch* (притязаніе) (§ 43 прим. 1), само по себѣ обозначаетъ только фактъ, но оно есть въ тоже время весьма употребительное названіе права на фактъ. *L. 51 D. de O. et A. 44. 7* (ср. *pr. I de act. 4. 6*): „*Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, in dicio persequendi*“.

ніе объясняется исторически; но намъ оно чуждо ³⁾). Если бы мы нынѣ вздумали говорить о правахъ на судебное преслѣдованіе, объ исковыхъ правахъ, вмѣсто просто правоприязаній, то мы назвали бы слѣдствіе причиною; у насъ право на судебное преслѣдованіе, при наличности признанія защищаемаго права, разумѣется само собою ⁴⁾), и судебного преслѣдованія безъ такого признанія не существуетъ.—Еще неправильнѣе, что нерѣдко случается, смотрѣть на римскую астіо какъ на новое право, возникающее изъ права чрезъ нарушение его ⁵⁾); моментъ правонарушенія совершенно чуждъ понятію астіо ⁶⁾.

³⁾ Конечно, содѣйствовалъ тому и „практическій взглядъ“ римлянъ, которые „смотрѣли на право какъ на нѣчто движущееся, борющееся, дѣятельное“ (Кирулъ фъ стр. 156); но истинная и рѣшительная причина не въ этомъ. Такою причиною была самостоятельность процесса по отношенію къ нормамъ права, продолжавшаяся у римлянъ во времена республики и даже въ началѣ императорскаго періода. Эта самостоятельность проявляется уже во времена *legis actiones*, когда рѣшеніе о правѣ и неправѣ основывалось не столько на *lex*, сколько на судебной формулѣ и ея толкованіи (Виндшейдъ *die Actio, Abwehr* и т. д. стр. 1. 2, Иерингъ *Geist des röm. R.* II стр. 671—675), а еще болѣе проявляется она въ формулярномъ процессѣ, по которому магистратъ давалъ судебную защиту и отказывалъ въ ней, не будучи связанъ въ этомъ отношеніи *iure*. Такимъ образомъ у римлянъ всякій, кто желалъ знать, будетъ ли его притязаніе успѣшно, долженъ былъ сообразить не то, будетъ ли за него *ius*, а то, можетъ ли онъ воспользоваться астіо и какою именно. Ср. еще прим. 6 во второй половинѣ.

⁴⁾ *Obligaciones naturales*, какъ нѣчто совершенно аномальное и исключительное, не должны приниматься въ расчетъ, когда дѣло идетъ объ изслѣдованіи сущности правъ. См. ниже ученіе о естественныхъ обязательствахъ (II § 287 и сл.) и Виндшейда *die Actio, Abwehr* и т. д. § 8. Какъ бы то ни было римляне вовсе не думали, говоря объ астіо, противопоставлять ей *naturalis obligatio*.

⁵⁾ Въ заблужденіе вводитъ тутъ нѣмецкое выраженіе *Klage* (искъ) (прим. 1). Объ искѣ, то-есть, о жалобѣ предъ судомъ, не можетъ быть и рѣчи до тѣхъ поръ, пока не причинено неправо.

⁶⁾ Сказанное въ текстѣ есть главная мысль слѣдующаго сочиненія: Виндшейда *die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (1856). Ср. съ нимъ возраженіе Мутера: *zur Lehre von der römischen Actio* и т. д. (1857), а въ свою очередь противъ него: Виндшейда *die Actio, Abwehr gegen D-r. Theodor Muther* (1857); рецензія всего этого Кунце въ *Schletter's Jahrb.* V стр. 1—16 и сл. (1859) и Циммермана въ *Heidelb. krit. Zeitschr.* V стр. 461 и сл. (1869). Ср. далѣе Дворжака *krit. Ueberschau* V стр. 1 и сл., Беккера *krit. VJSchr.* V стр. 399 и сл. — Мнѣніе, будто астіо есть новое право, возникающее изъ права вслѣдствіе его нарушенія,

§. 45.

Въ силу сказаннаго выясненное въ §. 43 дѣленіе притязаній

защищаемо было въ новое время именно Савиньи (System V § 104. 205). Другіе писатели избѣгли этой ошибки и опредѣляютъ *actio* какъ управомочіе на искъ, присущее самому праву и существующее еще до нарушенія его на случай нарушенія его (эвентуальное исковое право), или какъ власть, возможность права осуществляться въ искѣ (Пухта § 81 и Vorll., Рудорфъ и Puchta Vorll. 5 изд. I стр. 185 прим. 1, Арндтс § 96, Вехтеръ II § 62 прим. 1, Унгеръ § 113, Кирульфъ стр. 156. 157). Но и по отношенію къ этому мнѣнію слѣдуетъ спросить, имѣютъ ли римляне въ виду во всѣхъ случаяхъ, когда они говорятъ объ *actio*, именно этотъ моментъ процессуальнаго преслѣдованія и основано ли все, постановленное ими объ *actio*, на этомъ моментѣ? И если на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно, противъ чего никто, конечно, спорить не станетъ (стоитъ, напримѣръ, вспомнить объ *actio realis*, о прекращеніи *actio* смертью субъекта), то не слѣдуетъ ли изъ этого, что римляне, подъ понятіемъ: управомочіе на процессуальное преслѣдованіе разумѣли только одну сторону права, которая есть нѣчто иное чѣмъ его процессуальная защищаемость, и не должно ли это иное быть именно личнымъ направленіемъ права, то-есть тѣмъ, что остается отъ процессуальной защищаемости, если отнять специфическій моментъ процесса? Беккингъ (*Pandekten des röm. Privatr. I § 131. Pandekten-Grundriss I § 150 прим. 1. Institutionen I § 51* — того же мнѣнія Дежеліусъ *Untersuchungen* стр. 116 и сл., Бетманъ-Гольвегъ *röm. Civilprozess II § 35 прим. 8. § 85 прим. 7* —) хотя дѣйствительно и опредѣляетъ *actio*, какъ „само право въ его осуществленіи или дѣятельности къ этому направленнѣ“, но тѣмъ не менѣе излагаетъ *actio* подъ рубрикою: Средства защиты нарушеннаго права. — Въ вышеприведенномъ сочиненіи я выставилъ положеніе, что римская *actio* была выраженіемъ права, а не истеченіемъ изъ него. Быть можетъ, по отношенію къ гражданскимъ *actiones* это сказано слишкомъ рѣзко, но по отношенію къ *actiones*, основаннымъ на магистратской юрисдикціи, это несомнѣнно справедливо. На это возражали, что можно было сослаться на правила судопроизводства, что можно было требовать примѣненія ихъ въ силу своего права (Арндтс § 96 прим. 4, ср. Унгера II § 113 примѣч. 9а), дошли даже до того, что утверждали, будто „правопроизводящая“ дѣятельность магистратовъ въ принципѣ не отличалась отъ нашей нынѣшней „законодательной“ дѣятельности (Циммерманъ в. п. с. стр. 476). Если этимъ послѣднимъ хотѣли сказать, что дѣятельность судебныхъ магистратовъ была и у римлянъ органомъ юридическаго порядка, то вѣдь и я высказалъ это со всевозможною ясностью (*die Actio* и т. д. стр. 4. 5); если же хотѣли сказать болѣе, то я этого не понимаю. Что же касается мнѣнія Арндтса, то безусловно справедливымъ его можно признать по отношенію далеко не ко всѣмъ періодамъ римскаго права, да и въ то время, для котораго оно справедливо, все-таки право противъ отъѣтчи имѣли лишь потому, что можно было требовать отъ суда юридической защиты, — имѣли право, потому что имѣли *actio*, а вовсе не потому имѣли *actio*, что имѣли

на вещныя и обязательственныя является у римлянъ въ видѣ дѣленія actiones. Дѣленіе это обозначается такъ: actiones in rem и in personam s. personales. По поводу этого дѣленія нужно замѣтить слѣдующее ¹⁾.

1) Выраженіе actio in personam не слѣдуетъ, какъ бы можно было думать, относить и къ притязаніямъ, возникающимъ изъ семейнаго права ²⁾. Это объясняется изъ обозначенной выше (§ 41) природы семейноправныхъ притязаній, въ силу которой они не суть чисто юридическія. Такъ, судебное преслѣдованіе семейноправныхъ притязаній, насколько о немъ можетъ идти рѣчь, казалось римлянамъ чѣмъ-то чрезвычайнымъ, не идущимъ въ расчетъ при разсмотрѣніи истинныхъ юридическихъ притязаній.

2) Actio in rem обозначаетъ не только вещную actio ³⁾;

право. Еще Ульпіанъ прямо говорить о такомъ узупруктѣ, который существуетъ не „iure“, но „tutione praetoris“ (l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4, ср. l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. 7. 9). Но во всякомъ случаѣ, а это главное, если римское право и теперь еще говорило о правѣ на судебное преслѣдованіе, а не просто о правѣ, о юридическомъ притязаніи (Rechtsanspruch), то это основано не столько на существѣ дѣла, сколько на исторической случайности, — тоже должно сказать о гражданскихъ actiones. Брунсъ zur Geschichte der Session, въ Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae die XII Sept. MDCCCXVIII (Berlin 1869) стр. 50. Бринцъ krit. VJSchr. XI стр. 484 и сл. — Особня воззрѣнія на сущность actio у Гассе Rhein. Museum VI. 1, Мутера в. п. с. стр. 35 и сл. 40 и сл., Беккера в. п. с.

¹⁾ О слѣдующемъ см. Виндшейда die Actio §. 2, а о другихъ мнѣніяхъ: § 45. Дю Руа Arch. f. civ. Pr. VI. стр. 252 и сл. 386 и сл. (1823), Гассе d. J. Rhein. Museum VI. стр. 12 и сл. 154 и сл. (1834), Савиньи V § 206—209 (1841), Вехтера Erörter. 1. 4 (1845), Беккера Jahrb. d. gem. R. IV. 6. (1860), Гессе Jahrb. f. Dogm. VII. 2. (1865), Келлера röm. Civilproz. §. 87, Рудорфа röm. RGesch. II §. 35, Унгера II §. 114, Синтениса I стр. 247 и сл.

²⁾ Gai. IV. 2. „In personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum intendimus, dare facere praestare oportere“. Равнымъ образомъ въ § 1. I. de act. 4. 6, l. 25 pr. D. de O. A. 44. 7. Слѣдовательно, in personam actio есть обязательственная actio. — Такъ какъ обязательственная actio прикрывается обязательственнымъ правомъ, то подъ нею часто разумѣется это послѣднее, такъ напримѣръ, въ l. 8 §. 11. D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1; ср. также l. 7 §. 1 D. de cap. min. 4. 5: „actionum ex delicto venientium obligationes“.

³⁾ Въ пѣломъ рядѣ мѣстъ подъ actio in rem совершенно специально разумѣется Виндшейдъ, ПАНДЕКТНОЕ ПРАВО. Т. I.

въ другомъ смыслѣ она означаетъ и безличную (вещную) actio ⁴⁾, Безлично-же (вещною) actio можетъ быть названа, во первыхъ, потому, что она вѣчается не по поводу чего-либо относящагося къ отвѣтчику лично, а во вторыхъ, потому, что она не связана съ опредѣленнымъ лицомъ. То и другое совмѣщается въ вещныхъ actiones ⁵⁾, которыя такимъ образомъ суть in rem и въ этомъ двоякомъ смыслѣ; исключительно послѣднее имѣетъ мѣсто при actiones изъ обязательствъ съ неизвѣстнымъ противникомъ, при т. н. actiones in rem scriptae ⁶⁾.

мѣется искъ о правѣ собственности по поводу задержанія вещи, rei vindicatio, ср. напримѣръ, Gai. IV. 51. 86. 87. 91. 92, l. 23 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2; затѣмъ также и искъ, посредствомъ коего осуществляется вообще какое либо вещное право. Gai. IV. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa“.—Другія названія для in rem actio въ этомъ смыслѣ суть: vindicatio, petitio, отчего in personam actio называется просто actio или actio въ тѣсномъ смыслѣ. Gai. IV. 5, l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7.—Actio in rem specialis и de universitate, l. 1 pr. §. 1 D. de R. V. 6. 1.—Actio in rem въ смыслѣ actio in personam: см. § 174 прим. 9.—О т. н. actiones mixtae см. Лара Magazin für RW. und Gesetzgeb. IV. 1, Арндтс a Rhein. Museum II. стр. 141—144, Савинья V стр. 36. 37. Пухта Inst. II. §. 167 i. к, Вехтера II стр. 419—420, Келлера röm. Civilpr. §. 87 въ прим. 1094.

⁴⁾ Выраженіе in rem означаетъ безличное и во многихъ другихъ сочетаніяхъ. См. напр. l. 7 §. 8 D. de pact. 2. 14. „Pastorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam, in personam, quotiens ne a persona petam, i. e. ne a Lucio Titio petam“. Ср. кромѣ того l. 10 D. ut. leg. 36. 3, l. 8 §. 4 D. de lib. leg. 34. 3, l. 1 §. 3 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 12 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

⁵⁾ Да и то, что въ концѣ концовъ можетъ требовать вещный искъ отъ противника, онъ требуетъ отъ него на основаніи вещнаго права, такъ что на первомъ планѣ будетъ все-таки существованіе вещнаго права, на которое искъ этотъ направленъ.

⁶⁾ О томъ, что и обязательство можетъ имѣть неизвѣстнаго отвѣтника, была уже рѣчь въ § 43. Выраженіе actio in rem scripta, употребляемое нынѣ въ качествѣ технического, встрѣчается въ нашихъ источникахъ всего разъ, именно въ l. §. 8. D. quod met. c. 4. 2, кромѣ того объ exceptio in rem scripta говорится въ l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4. Въ первомъ мѣстѣ actio изъ принужденія названа in rem scripta потому именно, что она не „personam vim facientis coerseat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est“. Еще примѣръ т. н. actio in rem scripta см. въ l. 5 §. 13 l. 7 pr. §. 1 D. quod vi

3) In rem въ вышеуказанномъ смыслѣ, безлично (вещно) будетъ и та actio, которую требуется не осужденіе противника, но констатированіе какого-либо юридическаго или фактическаго отношенія. Iudicium въ этомъ случаѣ носить специальное названіе praeiudicium, а actio называется praeiudicialis ⁷⁾. Безлично же (вещно) actio praeiudicialis будетъ какъ потому, что она вчинается по поводу чего-либо не относящагося къ лицу противника, что она утверждаетъ, что что-либо существуетъ, а не что противная сторона обязана что-либо доставить, такъ и потому, что она не ограничивается опредѣленнымъ лицомъ, но направляется противъ всякаго, отказывающагося признать данное отношеніе. Если и въ этой actio видѣтъ выраженіе притязанія, то можно сказать, что по содержанію своему послѣднее направлено только на признаніе существующаго. Но правильнѣе считать actio praeiudicialis лишь прошеніемъ или правомъ просить, обратиться къ суду, вовсе не основываясь на какомъ-либо притязаніи къ противной сторонѣ. Между тѣмъ какъ въ обыкновенномъ порядкѣ судья обязанъ постановлять свое рѣшеніе объ оспариваемомъ двумя сторонами обстоятельстве лишь на столько, на сколько это ему необходимо для опредѣленія, причинена ли одной сторонѣ неправда; здѣсь такое рѣшеніе можетъ быть потребовано отъ него и при отсутствіи жалобы одной изъ сторонъ на причиненную ей неправду. Насколько подобное требованіе допустимо, это особый вопросъ, но чтобы оно допускалось только при т. н. отношеніяхъ правосостоянія (Statusverhältnissen) (§ 39 прим. 2), это ничѣмъ не подтверждается ⁸⁾.

aut cl. 43. 24, l. 12 D. de aqua et aquae 39. 3. Но такая actio, будучи in rem scripta, есть тѣмъ не менѣе actio изъ права требованія, слѣдовательно, in personam, что прямо признано въ источникахъ, § 31 l. de act. 4. 6, l. 6 § 5 D. de aqua et aquae 39. 3. Особо изслѣдованъ этотъ предметъ Шмидтомъ (изъ Илменнау) civil. Abhand. № 1. См. также §. 43 прим. 6.

⁷⁾ § 13. I. de act. 4. 6. „Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo“. Чтобы обнять и praeiudicialis actio, §. 1 I. eod. опредѣляетъ actio in rem какъ такую actio, которую кто-либо вчинаетъ противъ того, „qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam“.

⁸⁾ Вехтеръ II стр. 413. 421. Пфейферъ Arch. f. civ. Pr. XXXVII стр. 258—260. Виндшейдъ die Action т. д. §. 2 прим. 14, Беръ Anerkenn. §. 69 и Jahrb. f. Dogm. I стр. 483 и сл. (Дернбургъ Pfandr. I стр. 473), Фридрихъ тамъ же III стр. 316, Зейфертъ I § 23 прим. 5. § 24

§ 46.

Кромѣ дѣленія на *actio in rem* и *in personam*, въ источникахъ римскаго права приводится много другихъ дѣленій *actiones*. Но большая часть изъ нихъ не относится сюда отчасти потому, что они касаются не матеріальной, но процессуальной стороны *actio* ¹⁾, отчасти потому, что они устарѣли ²⁾, отчасти-же оттого, что значеніе ихъ не настолько обще, чтобы можно было говорить о нихъ уже здѣсь ³⁾. Нельзя умолчать здѣсь лишь объ одномъ изъ этихъ

прим. 1-а, Арндтсъ §. 97 прим. 5, Унгеръ I стр. 374. II стр. 551, Нейнеръ (§. 37 прим. 3) стр. 70. 164. 165. Наконецъ, противъ: Сингенисъ I §. 28 прим. 1. Ср. Зейф. Archiv I. 16. 324, II. 27, III. 304. 305. 306, IV. 19, VI. 319, VII. 298, VIII. 247, IX. 257, X. 108, XI. 126, XII. 9, XIII. 19 XIV. 5. 91. 145, 223, XV. 80 прим. 1, XVII. 208, XVIII. 113 (стр. 181). 213, XIX. 110. 231, (гдѣ докладчикъ замѣчаетъ, что въ Кургесенѣ закономъ гражданскаго судопроизводства отъ 28 октября 1863 прямо признанъ т. называемый искъ о признаніи (*Anerkennungsklagen*), XXI. 90. 270, XXII. 3. 4. 5.—Едва ли послѣ сказаннаго нужно еще въ отдѣльности предостерегать отъ того, что отъ *actio in rem praedjudicialis* нельзя заключать къ вещному характеру правоотношенія, въ которомъ она имѣетъ мѣсто, каковое заключеніе дѣйствительно сдѣлано было касательно отношеній правосостоянія (Тибо *Versuche* II стр. 55 и сл.). Ср. Виндшейда в. п. с. стр. 16—19.

¹⁾ Таковы:

46. а) дѣленіе на *actio* въ тѣсномъ смыслѣ и *extraordinaria persecutio* (I. 178 § 2 D. de V. S. 50. 16), ср. Келлера *röm. Civ. Pr.* § 81, Рудорфа *röm. RGesch.* II. §. 60, Бетмана-Гольвега *röm. Civ. Pr.* II § 122;
 б) дѣленіе на *actio* въ тѣсномъ смыслѣ и *interdictum* (I. 35 § 2 D. de proc. 3. 3, I. 37 pr. D. de O. et A. 44. 7), ср. Келлера в. п. с. § 74—76, Рудорфа в. п. с. § 53—54, Бетмана-Гольвега в. п. с. II §. 98.
 в) дѣленіе на *actio simplex* и *duplex*, Келлера в. п. с. §. 90, Рудорфа в. п. с. §. 47.

²⁾ Это относится:

а) къ вышеприведеннымъ подъ литерами а) и б) дѣленіямъ; что касается дѣленія подъ в), то ср. §. 127 прим. 2;

б) къ дѣленію на *actio civilis* и *honoraria*, *actio directa* и *utilis*, равно какъ и къ понятію *actio in factum*, ср. Келлера в. п. с. §. 89, Рудорфа в. п. с. § 49. 51, Бетмана-Гольвега в. п. с. II. §. 96.

в) къ дѣленію на *actiones populares* и *privatae*, ср. Келлера в. п. с. § 92, Рудорфа в. п. с. § 46, Брунса *Zeitschr. f. RGesch* III стр. 341—415, и ниже II § 326 прим. 6.

³⁾ На этомъ основаніи сюда не относятся дѣленія на *actiones quibus rem persequimur* и *reinales*, затѣмъ *actiones quae vindictam continent* (Келлеръ в. п. с. § 91, Рудорфъ в. п. с. § 44, Бетманъ-Гольвегъ в. п. с. II §. 95), и дѣленіе на *actiones perpetuae* и *temporales* (Келлеръ в.

дѣленій. Хотя въ томъ видѣ, въ какомъ оно является въ римскомъ правѣ, и оно получило для насъ значеніе старины, тѣмъ не менѣе лежащая въ его основѣ мысль съ одной стороны имѣетъ общее значеніе, а съ другой—есть несомнѣнная истина. Она состоитъ въ томъ, что по отношенію къ опредѣленности или лучше сказать по отношенію къ эластичности содержанія притязаній между ними есть извѣстное различіе. Источникомъ этого различія служитъ природа фактовъ, при посредствѣ коихъ возникаютъ притязанія. Есть факты, неизмѣнно указывающіе на совершеніе чего-либо такого, чего требуетъ само правосудіе (справедливость—*Billigkeit*); природа-же другихъ такова, что они опредѣляютъ содержаніе порождаемаго ими притязанія болѣе въ общихъ чертахъ, чѣмъ въ подробности, что они даютъ лишь основу для рѣшенія, тогда какъ само рѣшеніе зависитъ отъ особыхъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая. Очевидно, что право будетъ стремиться точнѣе выработать свои правила сообразуясь съ этими обстоятельствами; но предусмотрѣть всѣ обстоятельства совершенно невозможно; относительно-же того, какъ далеко должна простираться такая казуистика, у одного права можетъ быть одинъ взглядъ, а у другаго—другой.—Въ римскомъ правѣ большая или меньшая эластичность притязаній проявляется въ большемъ или меньшемъ объемѣ даваемой судѣ инструкции. Изъ болѣе эластичныхъ, болѣе свободныхъ actiones слѣдуетъ указать на actiones bonae fidei и arbitrarie ⁴⁾. Они не полагаютъ судѣ

п. с. §. 93, Рудорфъ в. п. с. §. 52). Последнее дѣленіе основано на различной продолжительности (неудовлетворенныхъ) притязаній, первое противопоставляетъ всѣмъ остальнымъ притязаніямъ особые классы обязательственныхъ притязаній. Ср. Виндшейда die Actio и т. д. § 3 и ниже § 106. Также Унгера § 114 прим. 16.

⁴⁾ Actiones bonae fidei (§ 28—30 I de act. 4. 6) получили свое названіе отъ того, что судѣ указывалось присудить отвѣтника ко всему тому, что онъ долженъ исполнить ex fide bona, то есть по доброй совѣсти, по правиламъ, соблюдаемымъ между честными людьми (ut inter bonos bene agier oportet, какъ прежде говорилось при iudicium fiduciae, Cic. de off. III 15. Тор. с. 17 i. f.). Arbitrarie actiones (§ 31 I de act. 4. 6) получили свое названіе отъ того, что при нихъ судѣ предоставлялось дѣйствовать по своему усмотрѣнію (arbitratus). Къ actiones bonae fidei относятся только обязательственныя actiones, къ arbitrarie относятся не только обязательственныя, но также и главнымъ образомъ всѣ вещныя. Противоположность съ actio bonae fidei выражается словомъ *condictio*; нынѣ говорятъ обыкновенно *actio stricti iuris*. Но это послѣднее выраженіе употребляется въ источникахъ не въ техническомъ значеніи (оно встрѣчается лишь въ одномъ мѣстѣ, § 28. I. de act. 4, 6, да и здѣсь есть варианты: „stricti

никакихъ границъ, предоставляя ему опредѣлить по собственному усмотрѣнію, къ чему слѣдуетъ присудить отвѣтчика. Правда, это не всегда такъ продолжалось; съ теченіемъ времени юриспруденція и императорское законодательство выработали для усмотрѣнія судьи настолько подробныя юридическія правила,

iudicii⁴, см. изданіе Шрадера, ср. однако и l. un. § 2 C. de rei ux. act. 5. 13) и должно быть избѣгаемо тѣмъ болѣе, что оно способно привести къ неправильному пониманію природы названной противоположности. По этому пониманію, которое защищали преимущественно Савиньи, дѣло здѣсь идетъ будто бы о противоположности между строгимъ и справедливымъ правомъ. Но это вовсе не такъ; юридическое правило, на основаніи котораго обсуждаются actiones bonae fidei и т. н. actiones stricti iuris, равно строго и равно справедливо, оно лишь болѣе или менѣе открыто; въ томъ, что называютъ actio stricti iuris, strictum является не ius, а iudicium (выраженіе actio stricti iudicii находится въ l. 5 § 4 D. de in lit. iur. 12. 3, strictum iudicium въ § 30 I. de act. 4. 6, и по незначительномъ измѣненіи неправильнаго флорентинскаго чтенія въ l. 3 § 2 D. comp. 13. 6). При притязаніи, возникающемъ, напримѣръ, изъ стипуляціи, будетъ такъ же сообразно, то-есть, также справедливо (aequum), чтобы содержаніе его опредѣлялось только словами сторонъ, какъ справедливо будетъ при притязаніи, возникающемъ изъ купли-продажи, истолковывать намѣреніе сторонъ; но римляне выражали это такъ, что въ первомъ случаѣ судья, дабы уполномочить его къ правильному рѣшенію случая, говорилось oportet, во второмъ же говорилось oportet ex fide bona. Ср. о bonae fidei actiones и противоположныхъ имъ Савиньи V. §. 218—220. 224 и прибав. XIII. XIV, Вехтера Erörterungen II. 11, Вангерова I §. 139 прим., Келлера röm. Civ. Pr. § 88, Виндшейда die Actio и т. д. §. 4, Рудорфа röm. R. Gesch. II §. 40—42, Бетмана-Гольвега röm. Civ. Pr. II стр. 261—286. При actiones arbitrarіae (см. объ этомъ Савиньи II §. 221—224, Вехтера Erört. II. 9, Келлера röm. Civ. Pr. §. 28. 67, Рудорфа röm. R. Gesch. II стр. 152—154, Бетмана-Гольвега röm. Civ. Pr. II стр. 287—293) встрѣчается обыкновенно еще та особенность, что формула разрѣшаетъ судью присудить отвѣтчика лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ добровольно не удовлетворить истца по приказанію судьи; но нельзя сказать, чтобы эта особенность встрѣчалась во всѣхъ arbitrarіae actiones. (Конечно, о ней говорится въ § 31 I. de act.; но какъ согласить это съ actio de eo quod certo loco? Въ l. 4 § 1 D. de eo quod certo loco 13. 4 обязанность судьи оправдать очевидно выводится только изъ того, что онъ „aequitate ante oculos habet,“ а никакъ не изъ спеціальной оговорки его инструкціи. Да и какъ бы согласовалось съ contumacia отвѣтчика принятіе въ соображеніе его интереса (l. 2. pr. tit. cit). — Рядомъ съ actiones bonae fidei u arbitrarіae свободными исками названы еще actiones in aequum et bonum conceptae. Это уголовныя иски, въ которыхъ мѣра наказанія предоставлена усмотрѣнію судьи. Ср. Келлера Civ. Pr. §. 89 прим. 1117, Савиньи II стр. 93—96.

что большаго и желать нельзя. Но отъ этого природа этихъ actiones не измѣнилась, они остались все тѣми-же actiones, не недвижно распространяющимся на что-либо съ самаго начала опредѣленное, а на опредѣляющееся особыми обстоятельствами каждаго отдѣльнаго случая. Тоже примѣняется еще и нынѣ къ притязаніямъ, обозначаемымъ этими actiones. А потому нельзя одобрить общераспространеннаго нынѣ ученія, будто различіе между строгими и свободными actiones утратило всякое значеніе для нашего времени. Мысль, лежащая въ основѣ этого различія, въ наше время столь же истинна, какъ и во времена римлянъ ⁵⁾. Для нынѣшняго права безъ всякаго значенія остается лишь форма этого различія въ римскомъ формулярномъ процессѣ. Конечно, форма эта осталась не безъ вліянія на содержаніе означеннаго различія, но вліяніе это для насъ уже не можетъ быть обязательно. Изъ краткой или обширной инструкціи судей римляне выводили такіа заключенія, которыя не вяжутся съ природою правопроизводящихъ фактовъ и не оправдываются ими ⁶⁾. Эти заключенія, конечно, слѣдуетъ устранить изъ нынѣшняго права ⁷⁾.

⁵⁾ Такъ, изъ т. н. формальныхъ контрактовъ и теперь еще возникаетъ т. н. actio stricti iuris, изъ остальныхъ договоровъ actio bonae fidei, то-есть содержаніе притязаній, возникающихъ изъ формальныхъ контрактовъ, и нынѣ еще прямо опредѣляется уговоромъ сторонъ, содержаніе же притязаній, возникающихъ изъ другихъ договоровъ, отыскивается посредствомъ толкованія намѣренія послѣднихъ. Равнымъ образомъ притязаніе изъ займа, изъ неправоуладнаго обладанія (ungerechtfertigtem Haben) нынѣ еще, на томъ же основаніи и въ томъ же смыслѣ отличается отъ инаго притязанія, каково напримѣръ, притязаніе изъ опеки, товарищества.

⁶⁾ И краткая инструкція давала судей полную возможность въполнѣ справедливо относиться къ сущности основнаго правоотношенія; она даже разсчитана была на то. Но какъ было поступить въ томъ случаѣ, когда присоединились постороннія обстоятельства, которыя самостоятельно видоизмѣняли или стѣсняли притязанія? Справедливость требовала принимать ихъ въ соображеніе какъ при строгихъ, такъ и при свободныхъ искахъ; но здѣсь инструкція связывала судей руки. Думали, что и въ нѣкоторыхъ другихъ отношеніяхъ по смыслу инструкціи усмотрѣнію судьи не слѣдуетъ предоставлять той свободы дѣйствій, какую онъ считалъ сообразною съ самимъ дѣломъ, напримѣръ, по отношенію къ отвѣтственности должника за упущенія. Различія обоихъ названныхъ родовъ исковъ собраны у Вехтера Erörtert. II стр. 48 и сл., Вангерова I §. 139 прим.

⁷⁾ Относительно нынѣшней непримѣнимости ихъ, между новѣйшими цивили-

Возраженія *).

§ 47.

Притязанію можетъ быть противопоставлено возраженіе. Это значитъ, что хотя притязаніе само по себѣ основательно, хотя на лицо имѣются всѣ обстоятельства, коими право обусловливаетъ его возникновеніе, хотя нѣтъ ни одного факта, съ коимъ право связываетъ его прекращеніе, тѣмъ не менѣе противопоставленное ему обстоятельство ведетъ къ тому, что отвѣтственное лицо можетъ отвергнуть его, воспротивиться его осуществленію, словомъ, можетъ обезсилить притязаніе).

стами господствуетъ почти безусловное единогласіе, хотя Вехтеръ сомнѣвается еще, можно ли въ этомъ отношеніи говорить о настоящемъ обычномъ правѣ. Вехтеръ *Erörter.* II стр. 112 и сл., Савиньи V § 224, Арндтсъ §. 100 прим., Вангеровъ I стр. 209.

*) Еирульфъ стр. 175—188, Савиньи V §. 225—229, Вехтеръ II § 69. 70 Сянтенисъ I § 32, Унгеръ II § 124—126; Виндшейдъ *die Actio* и т. д. стр. 225—227; Келлеръ *Civ. Pr.* § 34—37, Рудорфъ *röm. R. Gsch.* § 31-33 Ветманъ-Гольвегъ *röm. Civ. Pr.* II § 99.

§ 47. 1) Въ римскомъ правѣ не только само притязаніе въ качествѣ *actio*, но и это препятствіе притязанія является какъ препятствіе *actionis*. Это обозначается словомъ *exscriptio*, которымъ собственно и первоначально обозначалось изыятіе отъ даннаго судѣ приказанія изрѣчь condemnatio (осудить). *Gai.* IV. 115—119; *pr. I de exc.* 4. 13, 1. 2. 22 *pr. D. eod.* 44. 1 Помѣщеніе такого изыятія въ формулѣ было необходимо тогда именно, когда отвѣтчикъ въ своей защитѣ не ограничивался оспариваніемъ основательности самого притязанія; изслѣдовать, основательно ли притязаніе само по себѣ, указывалось судѣ уже въ *intentio*. Когда и въ какой мѣрѣ слѣдуетъ принять, что притязаніе само по себѣ основательно, гдѣ начинается область косвенной недействительности, это вопросъ, отвѣтъ на который зависитъ отъ особнхъ опредѣленій положительнаго права и на который одно положительное право легко можетъ отвѣтить иначе чѣмъ другое (стоитъ вспомнить, наприимѣръ, вліяніе принужденія на дѣйствительность юридической сдѣлки). Такимъ образомъ граница между недействительностью притязанія и возраженіемъ отнюдь не необходима; само это различіе такого рода, что оно встрѣчается во всякомъ сколько-нибудь развитомъ правѣ. А потому весьма ошибочно будетъ отнимать у понятія *exscriptio* всякое значеніе для нынѣшняго права, подобно Альбрехту *die Exceptionen des gem. Civilprocesses* (1835) § 9. 19, Вельдерндорфу *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XI. 10 (1854), ср. тоже Бринца 1 стр. 131. Понятіе это имѣетъ не только теоретическое, но и практическое значеніе. Притязаніе, юридически вовсе не существующее, для того, чтобы существовать, должно сперва родиться; между тѣмъ какъ притязаніе, которому только противопоставлено возраженіе, съ отпаденіемъ послѣдняго можетъ получить полную силу, причемъ нѣтъ надобности, чтобы факты, создавшіе его, снова повторились. Бухель *civilrechtl. Erörterungen* II. 1 стр. 4 и сл., Савиньи V

Обстоятельство, препятствующее притязанію, можетъ быть либо правомъ, либо фактомъ²⁾. Самое препятствіе можетъ быть постоянное или временное³⁾, полное или частичное⁴⁾. Оно можетъ быть личнаго или безличнаго (вещнаго) свойства, то-есть можетъ предполагать извѣстное лицо, управомоченное на притязаніе⁵⁾ или обязанное⁶⁾ по нему, или не предполагать⁷⁾.

стр. 157. 158. 166—169. 179 и сл., Вехтеръ II стр. 508—511, Рейнгольдъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII стр. 193—195. 199—201 (1856), Вангеръ I § 126 прим., Арндтсъ § 101 прим. 1 (но и krit. Ueberschau IV стр. 238), Унгеръ II стр. 474 и сл. Бетманъ-Гольвегъ röm. Civ. Pr. II стр. 388 и сл., Крюгеръ krit. VJSchr. VII стр. 219. и сл

2) Примѣры. Право пользованія (ususfructus) противъ притязанія изъ собственности, встрѣчное требованіе противъ притязанія изъ обязательства — возраженіе, что учиненъ обманъ, exceptio rei venditae et traditae. Неосновательно возрѣніе, благодаря Савинья, принятое весьма многими, будто сущность exceptio состоитъ въ осуществленіи самостоятельнаго права, противостоящаго иску, по крайней мѣрѣ, если подъ этимъ „самостоятельнымъ правомъ“ понимать нѣчто иное чѣмъ право требовать устраненія исковаго притязанія. Ср. противъ этого возрѣнія, напримѣръ, I. 1. §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, I. 3 § 1 i. f. D. nautae 4. 9, а изъ писателей Беккера proc. Consumption стр. 93—96, Ветцеля Civilprocesz § 17 прим. 18, Виндшейда die Actio и т. д. стр. 226. 227, Бринца I стр. 131, Крюгера process. Consumption стр. 24 и Zeitschr. f. RGesch. VII стр. 219 и сл. Съ другой стороны, изъ новѣйшаго времени: Арндтсъ въ 5 изд. §. 101 прим. 2, Бетмана-Гольвега röm. Civ. Pr. II стр. 390 и сл.

3) Exceptiones perpetuae, peremptoriae—temporales, dilatoriae. Gai. IV. 120—122, § 8—11 I. de exc. 4. 13, I. 2 § 4 I. 3 D. eod. 44. 1.

4) А это последнее можетъ быть двухъ родовъ, либо количественное, напр. при возраженіи т. н. beneficium competentiae (I. 7 pr. D. de exc. 44. 1), либо качественное, такъ что остается естественное обязательство, напримѣръ, при exceptio Sci. Macedoniani.

5) L. 4 § 33 D. de doli exc. 44. 4. „Metus causa (exceptio). distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit“. Cp. I. 2 §. 1 cod., I. 57 § 1. D. de pactis 2. 14.

6) L. 2 § 2. D. de dol. exc. 44. 4. „Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur (doli) exceptio: neque enim quæritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris“. — Exceptiones rei — personae cohaerentes, I. 7 D. de exc. 44. 1; I. 57 § 1. D. de pact. cit.

7) Лишено всякаго значенія для нынѣшняго права дѣленіе exceptiones на такія, которыя построены на ius civile, и такія, которыя постро-

Отъ возраженія въ изъясненномъ здѣсь смыслѣ слѣдуетъ отличать возраженіе въ процессуальномъ смыслѣ. Возраженіе въ процессуальномъ смыслѣ относится къ выставленнымъ истцомъ фактическимъ заявленіямъ и состоитъ въ томъ, что отвѣтчикъ противопоставляетъ имъ съ своей стороны иное заявленіе. Возраженіе въ матеріальномъ смыслѣ непременно считается возраженіемъ и въ процессѣ; но не всякое процессуальное возраженіе есть въ тоже время возраженіе матеріальное, ибо выставленное истцомъ заявленіе можетъ быть такого рода, что возникновеніе или дальнѣйшее существованіе исковаго притязанія съ нимъ не соединимо ⁸⁾.

евн на преторскомъ правѣ (Gai 1V. 118, § 7 I. de exc. 4, 3), равно какъ и понятія *exceptio utilis* (l. 21 D. de praescr. verb. 19. 5) и *exceptio in factum* (подробно специфицированное, но не обозначаемое краткимъ названіемъ *exceptio*, l. 2 § 5 l. 4 § 16. 32 D. de dol. exc. 44. 4). Далѣе, практическаго значенія не имѣетъ и понятіе т. н. *exceptio doli generalis* или *praesentis* (si in eare nihil dolo malo Ai Ai fiat). Это *exceptio doli* было у римлянъ ничто иное, какъ средство сдѣлать для судьи возможнымъ принимать въ соображеніе всякое возраженіе, даже когда оно не будетъ специально указано въ формулѣ, ибо: „dolo facit, quicumque id quod quaqua elidi exceptione potest petit“ (l. 2 § 5 D. de doli exc. 44. 4). Ср. также Генеля Arch. f. civ. Pr. XII стр. 429 и сл. (1829), Бринца I стр. 135. Случай примѣненія exc. doli перечисляетъ Генель в. п. с. 422 и сл. Ср. Зейф. Arch. V. 2, VI. 290, IX. 32.

⁸⁾ Возраженіемъ въ процессуальномъ смыслѣ будетъ то, когда отвѣтчикъ ссылается на то, что приведенная истцомъ юридическая сдѣлка заключена умышленнымъ, или на то, что онъ взятое заимообразно уплатилъ, но возраженія въ матеріальномъ смыслѣ нѣтъ ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ. — Что касается названія, то римское право присвоивало названіе *exceptio* лишь возраженію въ матеріальномъ смыслѣ, хотя въ виду *formula in factum concepta* могло употребляться въ качествѣ *exceptio* также возраженіе въ процессуальномъ смыслѣ (Ср. Тона Zeitschr. f. RGesch. II стр. 239 и сл., Игеринга Geist des röm. Rechts III стр. 58). Савиньи (V стр. 189) предлагалъ удержатъ это римское словоупотребленіе и отличать потому *exceptiones* отъ возраженій. Противъ слова *exceptio* можно только возразить, что оно не нѣмецкое; но и этого по моему достаточно. Я не вижу никакой бѣды, если и для римскаго *exceptio* будетъ употребляться нѣмецкое слово *Einrede* (возраженіе). Въ весьма многихъ случаяхъ всякое недоразумѣніе будетъ устранено самимъ существомъ дѣла; тамъ же, гдѣ есть особенный поводъ къ недоразумѣнію, можно прибавлять слова: въ процессуальномъ смыслѣ, процессуальное возраженіе — въ смыслѣ матеріальнаго права, въ матеріальномъ смыслѣ, въ тѣсномъ смыслѣ. — Можно было бы римское *exceptio* выражать еще нѣмецкимъ

§ 48.

Возраженію можетъ быть противопоставлено встрѣчное возраженіе; это значить, что противопоставленное обстоятельство можетъ устранить препятствіе притязанія точно также, какъ притязаніе устраняется возраженіемъ, то-есть, такъ, что хотя само по себѣ препятствіе не перестаетъ быть основательнымъ, но оно не можетъ получить силы. Равнымъ образомъ встрѣчное возраженіе можетъ быть ослаблено противоположнымъ встрѣчнымъ возраженіемъ, и т. д. ¹⁾.

Различія между встрѣчными возраженіями тѣ же самыя, какія указаны въ предыдущемъ § по отношенію къ возраженіямъ вообще. Тутъ тоже есть встрѣчныя возраженія въ матеріальномъ и процессуальномъ смыслѣ; сказанное объ этомъ въ предыдущемъ § можетъ быть приложено и сюда ²⁾.

словомъ *Einwand* (возраженіе), еще не получившимъ права гражданства въ юридическомъ языкѣ; но этому противорѣчить духъ нѣмецкаго языка, употребляющаго это слово для выраженія всякаго противнаго заявленія. Ср. тоже Вехтера II. § 69 прим. 19, Рейнгольда *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XIII стр. 204 Унгера II § 124 прим. 12. О т. н. процессуальныхъ возраженіяхъ см. теперь Бюлова *die Lehre von den Processeinreden und den Prozessvoraussetzungen* (1868), а объ этомъ сочиненіи Планка *krit. VJSchr.* XI стр. 163 и сл.

¹⁾ Встрѣчныя возраженія у римлянъ назывались: *replicatio*, *duplicatio*, *triplicatio*. *Gai* IV. 126—129, pr. — § 3. I. de replic. 4. 14, l. 2 § 1—3 l. 22 §. 1 D. de exc. 44. 1. l. 22. § 1 cit.: „*Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio*“. L. 2. § 3 cit.: — „*sed et contra replicationem solet dari triplicatio (vulg. solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio)*“. Ср. l. 7 § 1. 2 D. de cur. fur. 27. 10.

²⁾ Возраженію въ смыслѣ матеріальнаго права можетъ быть противопоставлено не только такое обстоятельство, посредствомъ котораго косвеннымъ образомъ парализуется препятствующая сила возраженія, но и такой доводъ, который отрицается самое существованіе возраженія, напримѣръ, возраженію зачета (*compensatio*) можетъ быть противопоставлено (процессуальное) встрѣчное возраженіе уплаты. — Наоборотъ; возраженію въ чисто процессуальномъ смыслѣ можетъ быть противопоставлено встрѣчное возраженіе въ матеріальномъ смыслѣ, напримѣръ: должникъ силою принудилъ вѣрителя простить ему долгъ. (Здѣсь не мѣсто объяснять, какъ обозначалось подобное возраженіе въ римской формулѣ).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ЮРИДИЧЕСКІЙ СУБЪЕКТЪ.

I. О юридическомъ субъектѣ вообще.

Физическое и юридическое лицо. Безсубъектность права.

§ 49.

Естественное и ближайшимъ образомъ представляющееся разсмотрѣнію отношеніе состоитъ въ томъ, что права и обязанности связаны съ однимъ или нѣсколькими людьми, что они суть права и обязанности одного или нѣсколькихъ людей. Естественный и ближайшій юридическій субъектъ есть человекъ; ибо главнѣйшая задача юридическаго порядка состоитъ въ проведеніи границъ между сферами господства отдѣльныхъ сталкивающихся человѣческихъ индивидовъ.

Но это естественное и обыкновенное отношеніе не единственно возможное и не единственно встрѣчающееся. Права и обязанности могутъ существовать и не будучи связаны съ человекомъ какъ ихъ носителемъ. Это отношеніе главнѣйшимъ образомъ осуществляется въ томъ, что существуютъ права, предназначенныя для служенія извѣстной цѣли, напр. государственной цѣли, попеченію о больныхъ и т. п.; съ такими же цѣлями могутъ быть сопряжены обязанности, такъ что извѣстное дѣйствіе можетъ быть потребовано не отъ извѣстнаго человека, но отъ юридической власти, связанной съ этою цѣлью. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда права и обязанности предназначены не для достиженія извѣстной цѣли, а дѣйствительно для человека, можетъ встрѣтиться, что они будутъ существовать безъ связи съ извѣстнымъ человекомъ какъ ихъ субъектомъ, напримѣръ, когда призванный къ принятію наслѣдства послѣ умершаго не вступилъ еще въ наслѣдство¹⁾.

Впрочемъ на только-что описанное отношеніе можно смотрѣть

§ 49. ¹⁾ См. еще § 52 къ прим. 5. Или же то, кто долженъ быть субъектомъ данныхъ правъ и обязанностей, право ставить въ зависимость отъ будущаго обстоятельства. Сюда относится важный, правда, устарѣвшій случай плѣненія римскаго гражданина; права его немедленно не прекращаются и не переходятъ къ наслѣд-

съ двухъ точекъ зрѣнія. Съ одной стороны, можно и должно сказать, что при немъ права и обязанности существуютъ какъ безъ связи съ человѣческимъ индивидомъ, такъ и безъ связи съ какимъ-бы то ни было субъектомъ ²⁾. Но этому взгляду противится естественное чувство, коренящееся въ глубокомъ влеченіи къ лично-

никамъ. Ср. l. 19 (18) § 5 D. de neg. gest. 3. 5. „Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est: negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominium non habuerunt“ Другіе случаи въ l. 12 § 5 l. 70 § 1. D. de usufr. 7. 1.

²⁾ Вопросъ о юридической возможности существованія правъ и обязанностей безъ субъекта подвергался въ послѣднее время энергическому обсужденію. Въ пользу этой возможности высказались (кромѣ Бринца, см. ниже): Виндшейдъ die Actio стр. 234 и сл. и кр. Ueberschau VI стр. 219—221, Кеппенъ die Erbschaft § 1 и Erbrecht стр. 245—294, Демелиусъ die Rechtsfiction стр. 79. 82. 85 и Jahrb. f. Dogm. IV. 2. passim, Ширмеръ röm. Erbrecht § 3, Унгеръ österr. Erbrecht § 7 прим. 5. 12, Брунсъ въ Holtzendorff's Encyclopädie I стр. 270; противъ нея: Кунде die Obligation стр. 59 и § 95 и Inhaberpapiere стр. 234, Унгеръ кр. Ueberschau VI стр. 160—171, Дворжакъ въ Haimeri's österr. V JSchr. VIII Lit. Anz. стр. 51—53 и XI Heft 2 стр. 6, Салковский Bemerkungen zur Lehre v. d. jur. Person стр. VII, Арндтъ § 21 прим. 1 § 465 прим. 1 въ концѣ, Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 8. 9, Нейнеръ (§ 37 прим. 3) стр. 109 и сл., Ранда Arch. f. deutsch. Wechselr. XV стр. 1 и сл. Съ понятіемъ права указанная возможность согласуется при посредствѣ того соображенія, что право не есть реальное хотѣніе, но лишь власть, возможность хотѣнія (§ 371). Конечно эту возможность воли можно развить, то есть, сообщить фактическимъ отношеніямъ внѣшній видъ, соответствующій праву, лишь путемъ реального хотѣнія; но это реальное хотѣніе можетъ быть выполнено и посредствомъ представительства, подобно тому какъ тѣмъ же путемъ недѣеспособный субъектъ становится субъектомъ правъ. Далѣе справедливо, что всякое право имѣетъ определенное назначеніе (Bestimmungspunkt) и что безъ этого назначенія юридическій порядокъ не создаетъ или не охраняетъ никакого права; но если назначеніе права видѣть въ его субъектѣ, то субъектомъ непринятаго наслѣдства будетъ будущій наслѣдникъ, а субъектомъ имущества какого-либо учрежденія и корпорации будетъ цѣль, которой это имущество служить. По Игерингу, Geist des röm. R. III стр. 307 и сл., субъектомъ права будетъ тотъ человѣкъ, въ пользу котораго право предназначено, предполагая притомъ, что онъ можетъ преслѣдовать свои интересы посредствомъ иска. Но и по этому опредѣленію вакантное наслѣдство не будетъ имѣть субъекта, а имущество корпорации и учрежденія будетъ имѣть субъекта лишь подъ означеннымъ предположеніемъ, да и подъ этимъ предположеніемъ оно будетъ имѣть только такого субъекта, воля коего во „внѣ“ (Игерингъ в. п. с. стр. 209 и сл.), слѣдовательно, для созданія соответствующаго праву состоянія (въ чемъ и все существо дѣла), не будетъ имѣть рѣшающаго значенія. Противъ Игеринга также Бринцъ стр. 984 и сл.

сти, какимъ проникнута вся человѣческая природа ³⁾). Это чувство и въ этомъ случаѣ ищетъ для правъ и обязанностей субъекта-носителя ихъ и находитъ его (по крайней мѣрѣ обыкновенно) въ искусственномъ, создаваемомъ мыслительнымъ процессомъ, воображаемомъ лицѣ. Такъ, права и обязанности, предназначенныя для служенія государственной цѣли, приписываются государству, права и обязанности, имѣющія цѣлю попеченіе о больныхъ, приписываются больницѣ, права и обязанности, оставшіяся безъ субъекта по причинѣ смерти ихъ прежняго носителя и неперенесенныя еще на наслѣдника, приписываются самому наслѣдству и т. д. ⁴⁾). Та-

³⁾ Иначе смотритъ Унгеръ österr. Erbrecht § 7 прим. 7.

⁴⁾ Олицетворенія безличнаго употребляются не для однихъ только юридическихъ цѣлей; у насъ есть тысяча ходячихъ олицетвореній, лишенныхъ всякаго юридическаго значенія. Говоря, напримѣръ, что общественное мнѣніе одержало побѣду, что торговля ищетъ для себя новыхъ путей, мы дѣлаемъ общественное мнѣніе и торговлю лицами, но отнюдь не юридическимъ субъектомъ. Какія изъ встречающихся въ жизни олицетвореній способны быть юридическими субъектами, это вопросъ, который разрѣшается не на основаніи существа дѣла, а на основаніи положительнаго закона. Но между олицетвореніями, признаваемыми правомъ въ качествѣ юридическихъ субъектовъ, нужно различать два класса (ср. Унгеръ а öster Erbrecht § 7 прим. 12 вторая половина). Одни изъ нихъ не прямо вытекаютъ изъ юридической потребности, а лишь право придаетъ имъ извѣстное значеніе. Таковы, напримѣръ, случаи, когда оно называетъ лицами государство, общины и учрежденія. Значеніе государства, общины и учрежденія не ограничивается лишь тѣмъ, что они суть юридическіе субъекты; напротивъ того, приобрѣтеніе и обладаніе правами и обязанностями служатъ для нихъ лишь средствомъ для достиженія цѣли. Второй классъ юридическихъ олицетвореній образуется только на тотъ вонецъ, чтобы для не имѣющихъ субъекта правъ и обязанностей создать субъектъ, какъ, напримѣръ, когда права и обязанности умершаго переносятся на оставленное имъ наслѣдство. Наслѣдство дѣлается въ этомъ случаѣ лицомъ; но этому лицу не приписывается никакого другаго значенія, никакой другой жизненной функціи кромѣ способности обладать этими именно правами и обязанностями, быть средоточіемъ какъ для нихъ самихъ, такъ и для проистекающаго изъ нихъ новаго приобрѣтенія. Что касается втораго класса юридическихъ олицетвореній, то позволительно думать, что было бы цѣлесообразнѣе совершенно игнорировать ихъ въ юридической теоріи, а приписанныя имъ права и обязанности прямо называть безъсубъектными. Но если бы мы захотѣли приложить это и къ юридическимъ олицетвореніямъ перваго класса (какъ это дѣйствительно дѣлаетъ Бринцъ стр. XI и 172, согласно мнѣнію Демеліуса die Rechtsfitionen стр. 85 и преимущественно Jahrb. f. Dogm. IV. 2 (1860), Ранда Arch. f. Handels-und Wechselsr. XIV. 4 (1867), см. тоже Беккера Zeitschr. f. Handelsr. IV. 10 (1861), и противъ нихъ Унгера kr. Ueberschau VI

кое искусственно создаваемое лицо носить неудачное, унаслѣдованное отъ прежнихъ временъ названіе юридическаго лица *), въ отличіе отъ человѣка, котораго сама природа одарила лично-

стр. 156 и сл. и *österr. Erbrecht* § 7 прим. 10. 12. 13, *Арндт* с *krit. VJSchr.* I стр. 93 и сл. и *Pand.* § 41 прим. 3, *Вангерова* 7 изд. I § 53 прим. въ концѣ, *Г. Витте Zeitschr. f. Handelsr.* VIII стр. 8 и сл., то стали бы въ противорѣчіе съ установившимися воззрѣніями практической жизни, вовсе не основанными на неясныхъ представленіяхъ, а этого юридическая теорія должна избѣгать. Насколько вообще государство и др. не есть вообще „чучело“ (ср. *Блунчли* и *kr. VJSchr.* I стр. 494 — 500), настолько же оно не есть чучело и въ качествѣ юридическаго субъекта. Ср. также *Фиттинга kr. VJSchr.* I стр. 583. Нынѣ *Бринца* стр. 979 и сл.

⁵⁾ Лицомъ мы называемъ индивида, одареннаго самосознаніемъ и волею. Т. н. юридическія лица суть лично-мыслимыя не-лица; они мыслятся какъ лица не вслѣдствіе предписанія права, а вслѣдствіе присущаго человѣческой природѣ стремленія; въ этомъ смыслѣ ихъ можно даже причислить къ физическимъ лицамъ (ср. *Кунце Heidelb. kr. Zeitschr.* V стр. 359—365 и ниже § 59 прим. 1 а). Безъ сомнѣнія, выраженія лицо и личность нынѣ нерѣдко употребляются и въ другомъ смыслѣ (причемъ, кажется, не всегда ясно сознается различіе между ними). Лицомъ называютъ также индивида, надѣленнаго правомъ, способностью быть юридическимъ субъектомъ, личностью — самую способность быть юридическимъ субъектомъ, такъ что слѣдовательно, личность есть тоже, что правоспособность. Въ этомъ смыслѣ юридическія лица суть, конечно, юридическія лица; но въѣд и человѣкъ есть юридическое лицо, ибо и онъ обладаетъ правоспособностью лишь потому и насколько она ему дана правомъ. Ср. *Кунце die Obligation* стр. 377. *Унгерь österr. Erbrecht* § 7 прим. 11.—Римляне подъ *persona* (производство этого слова см. *Gell. Noct. Attic.* V. 7 и *Бекинга* I § 30 прим. 3) разумѣютъ не юридическій субъектъ, но лицо въ неюридическомъ смыслѣ слова, такъ что они не задумываясь напримѣръ говорятъ о *persona servi* или *servilis* (l. 86 § 2 *D. de leg.* II. 30, l. 215 *D. de V. S.* 50. 16, l. 22 *pr. D. de R. I.* 50. 17). Для того, что мы называемъ юридическимъ лицомъ, у нихъ не было особаго названія, а они говорили, что то или другое разсматривается какъ лицо (l. 22 *D. de fidei* 46. 1), или прямо называли то или другое *persona* (l. 9 § 1 *D. quod metus causa* 4. 2, гдѣ корпорація противопоставляется „*singularis persona*“, ср. „*persona publica*“ и „*persona coloniae*“ при *Agg. Urb.* и *Frontin.*, римск. землемѣръ *ed. Lachmann* стр. 16. 54). Если въ *Nov. Theod.* XVII 1 § 2 и у *Cassiod. Var.* VI. 8 говорится о рабахъ, какъ о „*personam non habentes*“, „*personam legibus non habentes*“, то какъ показывается самое сочетаніе словъ, этимъ выражается лишь ихъ неспособность являться предъ судомъ, такъ что это только перифразированное „*legitimam personam (standi) in iudicio*“ *rubr. Cod.* 3. 6, гдѣ *persona* означаетъ не что иное какъ роль, функцію *personam habere* означаетъ здѣсь тоже самое, что въ другихъ случаяхъ *personam ferre, gerere, sustinere, tueri, capere, recipere*. Но *Теофилъ* на-

стью. Лучшее названіе есть: фиктивное (fingirte) лицо ^{*)}, худшее же, прежде часто употреблявшееся: моральное лицо. Встрѣчается даже названіе: мистическое лицо.

Неопредѣленность юридическаго субъекта ^{*)}.

§ 50.

Соединеніе правъ и обязанностей съ извѣстнымъ физически существующимъ или только воображаемымъ, юридическимъ, лицомъ обыкновенно происходитъ такимъ образомъ, что права и обязанности приписываются опредѣленному субъекту. Но оно можетъ происходить и такимъ образомъ, что субъектомъ правъ и обязанностей будетъ считаться всякое лицо, вступающее въ извѣстное отношеніе, напримѣръ, владѣніе или собственность на какую либо вещь ¹⁾. Съ этимъ послѣднимъ случаемъ сходенъ, хотя отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать съ нимъ, тотъ случай, когда съ перемѣняющимися лицами сопрягается не столько само право, сколько осуществленіе его, что можно сказать и объ обязанности. Насколько въ этомъ случаѣ для права и обязанности не создается искусственнаго субъекта путемъ олицетворенія, ихъ слѣдуетъ назвать безъсубъектными ²⁾. Далѣе, слѣдуетъ различать тотъ случай, когда разъ ставшій юридическимъ субъектомъ остается имъ окончательно, хотя вопросъ о томъ, кто субъектъ даннаго права и обязанности, точно также зависитъ отъ будущаго обстоятельства. Въ этомъ случаѣ имѣется не столько неопредѣленность самого юридическаго субъ-

зываетъ рабовъ общимъ выраженіемъ *ἀπρόσωπος* и выводитъ изъ него другія послѣдствія (въ § 1 I. de her. inst., pr. I. de stip. serv., § 3. I. quib. mod. toll. obl.), такъ что нечего и сомнѣваться, что подъ persona онъ дѣйствительно разумѣетъ юридическій субъектъ.

^{*)} Когда человека называютъ лицомъ физическимъ, то отличаютъ его не отъ юридическаго лица, а только отъ представляемаго, искусственно созданнаго мыслю, слѣдовательно, воображаемаго лица. III и V р л ъ (Beiträge I стр. 5—11) называетъ фиктивными лицами лишь тѣ искусственныя лица, у которыхъ нѣтъ другой цѣли кромѣ цѣли быть юридическимъ субъектомъ, остальные же юридическими.

^{*)} Ср. Савиньи, II § 103 и ниже II § 291.

§ 50. ¹⁾ Примѣры: реальныя сервитуты, обязательство изъ принужденія.

²⁾ Ср. § 57 прим. 10.

екта, сколько неопредѣленность въ первоначальномъ обозначеніи юридическаго субъекта ³⁾).

Стечение (Mehrheit) юридическихъ субъектовъ *).

§ 51.

Права и обязанности могутъ принадлежать нѣсколькимъ субъектамъ вмѣстѣ. Возможно это не во всѣхъ правахъ; напримѣръ, въ семейныхъ правахъ; это невозможно; тамъ же, гдѣ это возможно, стечение субъектовъ происходитъ двоякимъ образомъ. Либо такъ, что всякій субъектъ обладаетъ полнотою права и ни одинъ изъ остальныхъ субъектовъ не можетъ препятствовать другому осуществлять это право; равнымъ образомъ отъ всякаго субъекта можетъ быть потребовано выполнение извѣстной обязанности, при чемъ субъектъ этотъ не въ правѣ привлекать къ участію въ этомъ выполненіи остальныхъ субъектовъ ¹⁾). Либо такъ, что извѣстное право и обязанность принадлежать нѣсколькимъ субъектамъ со-обща, такъ что то и другое можетъ быть осуществляемо лишь всѣми этими субъектами и противъ всѣхъ нихъ вмѣстѣ, при чемъ то и другое распредѣляется между ними по стоимости (dem Werth, nach) ²⁾). Отъ послѣдняго случая слѣдуетъ отличать тотъ случай когда извѣстное право или извѣстная обязанность распредѣляется между нѣсколькими субъектами такъ, что каждый изъ субъектовъ обладаетъ особымъ самостоятельнымъ правомъ или особою самостоятельною обязанностью, какъ напримѣръ, когда обязательство наследодателя переходитъ къ нѣсколькимъ сонаслѣдникамъ; право и обязанность распредѣлены здѣсь между сонаслѣдниками не по стоимости, а субстанціально: здѣсь на самомъ дѣлѣ нѣтъ соединенія (Mehrheit) субъектовъ на одномъ и томъ же правѣ, на одной

³⁾ Ср. §. 49 прим. 1.

*) Бухгольцъ *Versuche* № 4 (1831), Варнкевига въ *Roszhirt's Zeitschr. f. Civ. u. Crim R.* III стр. 67 и сл. (1838). Вехтеръ *Arch. f. civ. Pr* XXVII стр. 162 и сл. 181 и сл. (1844) и *Handbuch* II §. 75. Савиньи *Obl. R.* I §. 30 и сл. Уббедеде *die Lehre von den untheilbaren Obligationen* стр. 3—22 (1862). *Уинеръ* I §. 67.

¹⁾ Примѣръ: корреальное обязательство.

²⁾ Примѣръ: общая собственность.

и той же обязанности. Какъ въ томъ, такъ и другомъ случаѣ говорить о дѣленіи и дѣлимости правъ ³⁾).

II. Человѣкъ, какъ юридическій субъектъ.

А. Начало и конецъ человѣческой личности *).

§ 52.

Человѣкъ обладаетъ способностью быть субъектомъ правъ и обязанностей, быть юридическимъ субъектомъ; онъ правоспособенъ съ перваго момента своего существованія. Но начинается ли существованіе человѣка только съ момента рожденія или же съ самаго зачатія? Взглядъ римскаго права по этому вопросу состоитъ въ слѣдующемъ. Дитя, пока оно въ утробѣ матери, еще не есть человѣкъ ¹⁾; но если оно родится правоспособнымъ человѣкомъ, то по отношенію къ его собственному юридическому положенію ²⁾ оно считается существующимъ не съ момента рожденія, а съ мо-

³⁾ Сочиненіе Барона: *die Gesamtrechtsverhältnisse im Römischen Recht* (1864) построено на той мысли, что, съ одной стороны, право можетъ нераздѣльно принадлежать нѣсколькимъ недѣлимымъ, а съ другой оно можетъ принадлежать въ то же время новой личности, состоящей изъ соединенія этихъ недѣлимыхъ, ихъ совокупности (тоже и при обязанностяхъ). Для подтвержденія этого авторъ приводитъ рядъ юридическихъ явленій, для объясненія которыхъ вовсе нѣтъ надобности въ такомъ неестественномъ предположеніи. Противъ Барона: А. Пернице *krit. VJSchr.* VII стр. 106—127.

*) Савиньи II §. 61—63, Схиттенясъ I стр. 91—95.

§ 52. ¹⁾ L. 9 §. 1 D. *ad leg. Falc.* 35. 2:—„*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*“. L. 1 §. 1. D. *de inspici. ventre* 25. 4:—„*partus . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*“.

²⁾ Въ l. 7 D. *de statu hom.* 1 5 сказано: „*quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*“. Ср. однако, l. 26 D. *de statu hom.* 1. 5, l. 48 §. 5 D. *de furt.* 47. 2 (если *furtum* совершено надъ беременною рабыней, то рожденное ею дитя есть *res furtiva*). Различіе, которое выставляется въ l. 7. *cit.*, заключается въ томъ, что въ случаѣ, когда кто-либо своимъ существованіемъ доставляетъ другому юридическую выгоду, то началомъ этого существованія должно считаться время рожденія. Тутъ имѣются въ виду главнымъ образомъ, если не исключительно, награды и свобода отъ штрафовъ, кои въ первыя времена имперіи законодательство предоставляло имѣющимъ дѣтей. Довольно обще выраженіе въ l. 231 D. *de V. S.* 50. 16: „*cum de ipsius iure quaeritur*“. L. 26 D. *de statu hom.* 1. 5: „*in toto paene iure civili*“. Ср. Савиньи II стр. 4—6. 12 и сл., Дернбурга *Pfandrecht* I стр. 446 и сл.

мента зачатія ³⁾. А потому, когда на долю зародыша выпадаютъ права, то онъ, не будучи еще человѣкомъ, а слѣдовательно, правоспособнымъ, пока еще не можетъ приобрѣсти ихъ; но съ другой стороны, выпавшее на его долю не ничтожно, если въ слѣдъ за тѣмъ онъ родится правоспособнымъ человѣкомъ; въ этомъ случаѣ права его имѣютъ такую же силу, какъ еслибъ они принадлежали правоспособному субъекту ⁴⁾. До рожденія дитяти они существуютъ какъ права безсубъектныя, и лишь въ неточномъ смыслѣ могутъ быть обозначаемы какъ права дитяти ⁵⁾.

Но одного рожденія не достаточно для возникновенія человѣческой личности, а слѣдовательно, юридическаго субъекта. Необходимо еще, чтобы родившійся имѣлъ человѣческій образъ, ⁶⁾ былъ живъ ⁷⁾ и не былъ выкидышемъ ⁸⁾.

³⁾ Въ источникахъ прямо говорится, что неродившійся долженъ считаться уже родившимся (см. мѣста, приведенныя въ предыдущемъ примѣчаніи),—неточно; ибо если онъ не родится правоспособнымъ человѣкомъ, то и по юридическому воззрѣнію считается, что онъ никогда не былъ человѣкомъ. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5. «Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto». L. 129 D. de V. S. 50. 16.

⁴⁾ L. 30 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 3 D. si pars her. 5. 4.

⁵⁾ §. 2. I. de her. inst. 2. 14: „servus eius qui in utero est“. Правильно выражается l. 3 D. si pars her. 5. 4: antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent“. Рудорфъ (къ Пухтѣ §. 114. b) считаетъ неродившагося юридическимъ лицомъ. Отсюда должно бы слѣдовать, что онъ можетъ приобрѣтать, и что если онъ затѣмъ родился правоспособнымъ человѣкомъ, то долженъ терять приобрѣтенное. На это теперь, въ 10 изданіи Рудорфъ, если только я понялъ какъ слѣдуетъ, отвѣчаетъ, что неродившійся не приобрѣтаетъ: но тогда къ чему юридическая личность? См. также Вангерова I стр. 64. 65. изд. 7, Келпена die Erbschaft стр. 46 и сл.

⁶⁾ L. 14 D. de statu hom. l. 5, l. 3. i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 §. 1 D. de lib. 28. 2. Cp. I. 44 pr. D. de rel. 11. 7.

⁷⁾ L. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 pr. D. de lib. 28. 2, l. 129 D. de V. S. 50. 16. Зейф. Arch. II. 124.

⁸⁾ L. 2 C. de post. 6. 29, §. 1 J. de exh. lib. 2. 13, cp. Paul. R. S. IV. 9 §. 1. 6. Выкидышъ: abortus. Выкидышъ можетъ быть и живымъ; живорожденный будетъ выкидышемъ въ томъ случаѣ, если онъ пробылъ въ утробѣ матери не столько времени, чтобы онъ могъ продолжать свое существованіе и выѣз утробы матери. Отсутствие же жизнеспособности, происходящее отъ другихъ при-

§ 53.

Человѣческая личность прекращается смертью; умершій теряетъ правоспособность, подобно тому какъ еще неродившійся не имѣетъ ея.

Если возникаетъ споръ о томъ, живъ ли еще данный человѣкъ или нѣтъ, то смерть его должна быть доказана тѣмъ, кто ссылается на нее, а жизнь тѣмъ, кто считаетъ то лицо живымъ. Безвѣстноотсутствующіе по нынѣшнему общему обычному праву считаются умершими, если со дня ихъ рожденія протекло 70 лѣтъ; но для большей увѣренности производится еще формальный вызовъ, при безуспѣшности котораго дѣлается судомъ особое постановленіе— т. н. объявленіе лица умершимъ (*Todeserklärung*) ¹⁾. Но съ другой стороны, до указаннаго момента безвѣстноотсутствующій по отношенію къ выпавшимъ на его долю наслѣдству и отказамъ считается живымъ, такъ что доказывать, что онъ живъ, нѣтъ надобности ²⁾.

чить, не исключаетъ правоспособности. Это послѣднее не подлежитъ нынѣ спору, но отсюда не слѣдуетъ, чтобы жизнеспособность въ первомъ смыслѣ была условіемъ правоспособности. Савиньи III Beil. III, Вангеровъ I §. 32 прим. За правильное мнѣніе нынѣ именно Wachter Comm. de partu vivo non vitali pars I—V (Lipsiae 1863—1866). (Отчетъ о содержаніи этой академической программы составилъ Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. L., 1).

§ 53. ¹⁾ Ср. объ этомъ ученіи превосходное и полное изслѣдованіе Брунса Jahrb. d. gem. R. I. 5 (1857); изъ прежней литературы, кромѣ указанныхъ Брунсомъ, еще: Г. Чирпе über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831), изд. Тротче (1866). Римское право, за исключеніемъ нѣкоторыхъ особыхъ правилъ, указывало на необходимость соображенія вѣроятности въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Брунсъ в. п. с. стр. 92—122. Рѣшительное значеніе 70 лѣтняго возраста установилось лишь въ 18 столѣтіи на основаніи псалма 90 стиха 10. Брунсъ стр. 174 и сл. И моментъ смерти опредѣляется 70 лѣтнимъ возрастомъ; т. н. объявленіе о смерти имѣетъ лишь значеніе заявленія. Брунсъ стр. 176—186. 198—201, Вангеровъ I §. 33 прим. 1. О томъ, какъ поступать, когда безвѣстноотсутствующему ко времени его исчезновенія исполнилось уже 70 лѣтъ, за рѣдкостью такихъ случаевъ не могло еще установиться единообразнаго мнѣнія ни въ теоріи, ни въ практикѣ: одно рѣшеніе лейпцигскаго юридическаго факультета 1784 г. возвращается къ 100 лѣтнему возрасту (въ прежнія времена часто считавшемуся самымъ крайнимъ). Брунсъ стр. 186. 187. 201.—Но еще до истеченія указаннаго выше срока ближайшіе наслѣдники безвѣстноотсутствующаго могутъ требовать выдачи его имущества для опекунскаго управленія подъ условіемъ представленія обезпеченія. См. II §. 447 въ кон.

²⁾ Брунсъ стр. 123. 124. 140—142. 168—172. 193—196. Брунсъ стр.

3) Подобно тому, какъ тотъ, кто ссылается на смерть даннаго лица, долженъ доказать ее, такъ и тотъ, кто ссылается на то, что она произошла въ извѣстный моментъ времени, долженъ доказать, что она дѣйствительно случилась въ этотъ моментъ. Это правило имѣетъ силу именно въ томъ случаѣ, когда какія-либо права основываютъ на томъ, что изъ двухъ лицъ одно пережило другое, одно скончалось при жизни другаго. Если же доказать этого факта невозможно, то и указанныхъ правъ требовать нельзя⁴⁾. Лишь тогда когда въ одно и тоже время погибли родители и дѣти, римское право допускаетъ презумцію, что дѣти, достигшія половой зрѣлости, пережили родителей, не достигшія же ея умерли прежде⁵⁾.

195. „Что совершенно безусловное и общее предположеніе въ пользу продолженія жизни неосновательно и нецѣлесообразно, этого отвергать невозможно. Но этому нисколько не противорѣчитъ то, что оно особо опредѣляется и допускается при активнѣхъ и пассивнѣхъ наслѣднѣхъ отношеніяхъ безвѣстнотствующаго. Однако, и противоположное воззрѣніе (то-есть: презумція имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что по истеченіи 70 лѣтъ безвѣстнотствующій не живетъ болѣе, а не тотъ, что до этого времени онъ живъ), неоднократно принималось въ теоріи и практикѣ, благодаря именно изслѣдованію Кроппа (Heise und Cropp. jur. Abhandl. II 4. 5 [1830]), которое впрочемъ „въслѣдствіе того, что упустило изъ виду историческое развитіе предшедшихъ столѣтій, построено на совершенно одностороннихъ основаніяхъ“ (Брунсъ стр. 193). Брунсъ стр. 195; *Blätter f. RAnwendung zunächst in Bayern XXVI № 2—4* (1861), Келленъ *Erbrecht* стр. 444 и сл. Унгеръ *österr. Erbr. § 36* прим. 6, Нортгофъ *Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 1. Зейф. Arch. I. 160, VII. 356, IX. 49. 254, XII. 1, XIV. 149, XV. 200*. Оба послѣднія рѣшенія постановлены послѣ появленія статьи Брунса; она принята въ соображеніе лишь во второмъ. Презумціи о жизни держатся рѣшенія, приведенныя у Зейф. *Arch. III. 298, V. 31, IX. 310, XXII. 8*. Я считаю, что аргументъ, извлеченный защитниками презумціи о жизни изъ *successio ex nunc*, не опровергнуть.

3) Ср. къ слѣдующему: Мюленбруха *Arch. f. civ. Pr. IV. 27* (1821). *Gaedke de iure commorientium* (1830).

4) *L. 16—18 l. 9 §. 3 D. de reb. dub. 34. 5, l. 8 eod. l. 32 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 26 D. de mort. c. don. 39. 6, l. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1* (другое объясненіе разсматриваемаго въ этомъ мѣстѣ случая въ *l. 9 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 34 pr. l. 42 pr. D. de vulg. 28. 6*).

5) *L. 9 §. 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4*. Но эта презумція не имѣетъ безусловной силы: *l. 17 §. 7 D. ad SC. Treb. 36. 1* (*l. 9 §. 2 D. de reb. dub. 34. 5*). Мюленбрухъ в. п. с. требуетъ, чтобы она примѣнялась и къ другимъ лицамъ. Этотъ взглядъ слѣдуетъ отвергнуть, такъ какъ не дано никакой твердой точки опоры въ пользу аналогическаго распространенія ея. На томъ же основаніи нельзя оставлять безъ вни-

За исключеніемъ этого случая, римское право признаетъ для погибшихъ вмѣстѣ одновременность смерти ⁶⁾.

III. Юридически-важныя различія людей.

Полъ, возрастъ, здоровье.

§ 54.

Вообще говоря, различіе по полу въ гражданскомъ правѣ не имѣетъ особаго значенія ¹⁾. Тѣмъ не менѣе женщины, съ одной стороны, неспособны къ извѣстнымъ правоотношеніямъ, напримѣръ, къ опеѣ, а съ другой—въ нѣкоторыхъ случаяхъ къ нимъ относятся съ большою мягкостью чѣмъ къ мужчинамъ, напримѣръ, при поручительствѣ за чужой долгъ ²⁾. Двуполыхъ (гермафродитовъ) римское право не признаетъ ^{2а)}.

Большимъ значеніемъ въ гражданскомъ правѣ пользуется различіе по возрасту. А именно особенное вниманіе обращаетъ на себя юношескій возрастъ, гораздо меньшее старческой ³⁾, первый

манія требованіе совмѣстной гибели, то-есть гибели отъ одного и того же факта. Иного мнѣнія въ этомъ послѣднемъ отношеніи (даже и съ ссылкой на l. 11. pr. D. de B. P. s. t. 37. 11, гдѣ вовсе не говорится о нашей презумпціи) держатся Мюленбрухъ в. п. с. стр. 397—399, Кирульфъ стр. 92, Беккингъ I §. 32 прим. 11, Арндтсъ § 27. прим. 1. Противъ этого Савиньи II стр. 22, Вангеровъ I §. 33 прим. 2 и рѣшеніе, привед. у Зейф. Arch. II. 125.

⁶⁾ См. мѣста, цитированныя въ обоихъ предыдущихъ примѣчаніяхъ и ср. I §. 429 прим. 1 № 3. Савиньи II стр. 20.

§ 54. ¹⁾ Поэтому l. 195 pr. D. de V. S. 50. 16. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ab utrumque sexum plerumque porrigitur“. L. 1. eod. „Verbum hoc si quis tam masculos quam feminas complectitur“. Ср. l. 52 eod. Тѣмъ не менѣе не подлежитъ сомнѣнію, что и наоборотъ, когда въ законодательныхъ опредѣленіяхъ рѣчь идетъ о женскомъ полѣ, то ихъ не слѣдуетъ распространять и на мужской полъ, ибо l. 45 pr. D. de leg. II^o 31 не говоритъ о законодательныхъ опредѣленіяхъ.

²⁾ Попытка общаго принципа встрѣчается въ l. 2 pr. D. de R. I. 50. 17; ср. l. 9 D. de statu hom. 1. 5.—Древнее римское право ограничивало женщинъ и въ дѣеспособности (Ulp. XI. 27, Gai. I. 189—193), тоже дѣлало древнегерманское право. Изъ послѣдняго кое-что сохранилось въ Германіи въ мѣстномъ правѣ. Краутъ Vormundshaft II. стр. 291 и сл.

^{2а)} l. 10 D. de statu hom. 1. 5.

³⁾ Тибо über die Senectus. Arch. f. civ. Pr. VIII. 2 (1825).

главнымъ образомъ какъ основаніе ограниченія дѣеспособности (§ 71). Но въ юношескомъ возрастѣ различается еще: 1) время отрочества ⁴⁾ (*infantia*, *Kindheit*), то-есть періодъ до исполнившихся 7 лѣтъ ⁵⁾. 2) періодъ половой незрѣлости ⁶⁾, который по римскому праву прекращается для мужчинъ по истеченіи полныхъ 14 лѣтъ, а для женщинъ — полныхъ 12 лѣтъ ⁷⁾; 3) періодъ несовершеннолѣтія ⁸⁾, то-есть, время до истечения полныхъ 25 лѣтъ ⁹⁾. Несовершеннолѣтніе по достиженіи 20, лица женскаго пола 18 лѣтъ, могутъ быть объявлены императоромъ совершеннолѣтними, при чемъ, однако, они уравниваются съ совершеннолѣтними не во всѣхъ отношеніяхъ ¹⁰⁾.

Что касается состоянія здоровья, то юридическое значеніе имѣетъ преимущественно поврежденіе душевнаго здоровья, сумасшествіе, главнымъ образомъ какъ основаніе исключенія дѣеспособности. Различныя формы помѣшательства ¹¹⁾ въ юридическомъ

⁴⁾ *Infantia*; *infans*, *is qui fari non potest*. Ср. объ этомъ и о слѣдующемъ Савиньи III §. 107—111.

⁵⁾ L. 18 pr. C. de iure del. 6. 30, l. 1 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7.

⁶⁾ *Impubertas*—*pubertas*, *impubes*—*pubes*. *Impubes*, пока онъ находится подъ опекою, называется *pupillus* (малолѣтнимъ). Равнымъ образомъ встрѣчаются выраженія *prima*, *secunda aetas*, напр. l. 30 C. de ep. aud. 1. 4. На нѣмецкомъ юридическомъ языкѣ *pubertas* обыкновенно выражается словомъ „*Mündigkeit*“; но не вѣрно, ибо это несогласно ни съ языкомъ обыденной жизни, ни съ терминологіею нашихъ древнихъ законовъ“. Краутъ *Vormundschaft* I стр. 155.

⁷⁾ Pr. I. quib. mod. tut. 1. 22, l. 3 C. quando tut. 5. 60. 18-лѣтній возрастъ называется *plena pubertas* въ § 4. J. de adopt. 1. 11, l. 40 §. 1 D. eod. 1. 7; ср. l. 14 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1. Выраженіе *proximus pubertati*, равно какъ и соответствующее *proximus infantiae*, не относится къ опредѣленному возрасту.

⁸⁾ *Minor*—*maior aetas*, *minores XXV annis*—*maiores XXV annis*, но также, и даже обыкновенно просто *minores*—*maiores*. *Maior aetas* называется также *legitima aetas*, напр. въ l. 5 C. quando dies 6. 53, такъ какъ установленіе предѣловъ этого возраста основано на *lex* (*Plaetoria*). По нѣмецки возрастъ, противоположный несовершеннолѣтію, называется: *Groszjährigkeit*, *Volljährigkeit* (совершеннолѣтіе).

⁹⁾ L. 1 D. de min. 4. 4.

¹⁰⁾ По латинѣ объявленіе совершеннолѣтнимъ выражается словами *venia aetatis*. L. 2. 3 C. qui veniam 2. 45. Краутъ *Vormundschaft* II стр. 168—171. Ср. II § 442 прим. 6.

¹¹⁾ Въ источникахъ различаются *furius* и *mente captus*, или *demens*, l. 25.

отношеніи безразличны ¹²⁾. Отъ помѣшательства однако слѣдуетъ отличать простую неразвитость духовныхъ силъ, слабоуміе ¹³⁾.

Вѣроисповѣданіе; подданство; семейная подчиненность

§ 55.

Что касается до различія по вѣроисповѣданію, то невыгодныя послѣдствія, постигавшія по римскому праву еретиковъ и вѣроотступниковъ даже по отношенію къ ихъ гражданскому юридическому положенію ¹⁾, въ новѣйшее время уже не находятъ себѣ никакого примѣненія въ Германіи ²⁾. Признанная въ римскомъ правѣ неспособность евреевъ ко вступленію въ бракъ съ христіанами ³⁾ и доселѣ имѣетъ силу въ Германіи на основаніи общаго права ⁴⁾, въ силу котораго евреи подлежатъ и нѣкоторымъ инымъ ограниченіямъ въ ихъ гражданскомъ юридическомъ положеніи ⁵⁾.

Ограниченіе правоспособности иностранцевъ, встрѣчающееся въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, уже въ юстиніановомъ правѣ

C. de nupt. 5. 4. 1. 8 §. 1 D. de tut. dat. 26. 5. 1. 6 D. de cur. fur. 27. 10, 1. 28 C. de episc. aud. 1. 4, 1. 28 §. 1 C. de admin. 5. 37.

¹²⁾ Это прямо признано въ 1. 25 C. de nupt. 5. 4. по отношенію къ одному частному случаю. А потому и эти различныя выраженія употребляются какъ синонимичныя, напр. 1. 7 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10, 1. 2 C. eod. 5. 70. Самое обыкновенное выраженіе источниковъ есть furiosus.

¹³⁾ Fatuus. L. 2 D. de post. 3. 1. 1. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Лицо, обозначаемое въ этихъ мѣстахъ словомъ fatuus, называется въ § 4. J. de cur. 1. 23 mente captus. Cic. Tusc. III. 5. называетъ это состояніе insania.

§ 55. ¹⁾ Cod. 1. 5 de haereticis et Manichaeis. 1. 7 de apostatis. 1. 11 de paganis (et sacrificis et templis).

²⁾ Вестфальскимъ миромъ (I. P. O. art. V. § 35.) и германскимъ союзнымъ актомъ (ст. 16) за исповѣдниками (трехъ) христіанскихъ сектъ обезпечено пользование всѣми гражданскими правами. Примѣненіе римскихъ законоположеній къ другимъ вѣроисповѣданіямъ устранено практикою.

³⁾ L. 6 C. de Iud. 1. 9.

⁴⁾ Вальтеръ Kirchenr. § 300, Рихтеръ Kirchenr. § 261.

⁵⁾ См. II §. 312 прим. 6, II §. 335 прим. 21, и ср. I §. 232 прим. 11 въ кон. Германскій союзный актъ (ст. 16) лишь обѣщалъ евреямъ заняться разсмотрѣніемъ вопроса, какимъ образомъ „можетъ быть дано и гарантировано имъ пользованіе гражданскими правами“.

потеряло почти всякое значение ⁵⁾. Изъ нынѣшняго же общегерманскаго права оно совершенно исчезло ⁶⁾.

Обширное ограниченіе правоспособности, которому подлежали по древне-римскому праву дѣти (Hauskinder), въ юстиніановомъ правѣ сгладилось до того, что его нельзя распознать ^{7 8)}.

⁵⁾ Римскіе peregrini, обладавшіе правоспособностью лишь въ силу ius gentium, а не ius civile, принадлежали къ чужому народу, но не непременно чужому государству. Юстиніанову праву свойственно то основное правило, что члены римскаго государства суть вмѣстѣ съ тѣмъ члены римскаго народа, а римское государство обнимало собою весь цивилизованный міръ.

⁶⁾ Баръ das internationale Privat-und Strafrecht стр. 64 и сл.—Институтъ вычета извѣстной суммы при выѣздѣ иностранца (Abschosz) не основанъ на общемъ правѣ и мало практиченъ. См. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts Миттермайера I § 111 Безелера § 65 № III.

⁷⁾ Дѣти (домочадцы) не могли имѣть никакой собственности; все, что они приобрѣтали, доставалось не имъ самимъ, а ихъ господину. Изъ этого въ юстиніановомъ правѣ удержалось лишь то, что они приобрѣтаютъ не для себя только достигающееся имъ изъ имущества господина; тутъ уже ограничивается не ихъ правоспособность, но ихъ способность приобрѣтать, и то въ одномъ лишь отношеніи. Кромѣ того ихъ право распоряженія ограничено тѣмъ, что объ нѣкоторыхъ приобрѣтеніяхъ они не могутъ составлять завѣщанія. О возрѣніи тѣхъ, кои не допускали ограниченія правоспособности домочадцевъ даже по древнеримскому праву, см. Бекинга I §. 45, Шейрла Beiträge I стр. 234, Арндтса § 28 прим. 3.

⁸⁾ По римскому юридическому возрѣнію чрезъ потерю гражданства, семейнаго состоянія (familia) и свободы происходитъ юридическое измѣненіе въ самой личности. Измѣненіе это называется capitis diminutio и влекло за собою самостоятельныя (независящія отъ содержанія вызвавшихъ его фактовъ) послѣдствія. Для насъ ученіе о capitis diminutio не имѣетъ уже никакого значенія; ибо потеря свободы у насъ невозможна, потеря же подданства для гражданскаго права безразлична; что же касается до capitis diminutio, обусловленной потерей семейнаго состоянія, то, не говоря уже о томъ, что у насъ нѣтъ ничего такого, чтобы соответствовало римской familia, послѣдствія этой capitis diminutio отмѣнены отчасти уже правомъ Юстиніана и вполне нынѣшнимъ правомъ. (Потери agnatio есть не слѣдствіе с. д., но условіе ея. О прекращеніи долговъ см. § 116 прим. 2). Ср. о сар. d. Савиньи II §. 68—75 и Beilage VI, Пухты Instit. II §. 220, Вангерова I §. 34, Бекинга I §. 58, Шейрла Beiträge I. 9.—Въ прежнее время различали: 1) status civiles, а) libertatis, b) civitatis, c) familiae; 2) status naturales (sexus, aetatis и т. д.). Самое важное заблужденіе при этомъ заключалось въ томъ, что римскую familia отождествляли съ нынѣшней семьей.

Гражданская честь *).

§ 56.

Римское право знает два рода умаления чести.

1) Умаление чести въ силу общественнаго мнѣнія; оно имѣетъ вліяніе на гражданское положеніе человѣка; но это вліяніе не обширно ¹⁾.

2) Умаленіе чести въ силу закона, технически называемое *infamia* ²⁾. Начало свое оно получило въ преторскомъ эдиктѣ, къ которому присоединились дополнительныя императорскія постановленія ³⁾. Оно признается и въ каноническомъ правѣ, а также и въ имперскомъ законодательствѣ ⁴⁾. Говоря же о его нынѣшней при-

*) Глякъ V стр. 129—217. Марецоль über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (1824). Савиньи II §. 76—83 и Beilage VII.

§ 56. ¹⁾ Главное относящееся сюда правило состоитъ въ томъ, что братья и сестры имѣютъ право оспаривать завѣщаніе на основаніи нарушенія ихъ указной части (*Pflichttheil*), если имъ будетъ предпочтено опорооченное лицо. Кромѣ того опорооченность принимается въ соображеніе и въ тѣхъ случаяхъ, когда судѣе предоставлено право свободной оцѣнки лица, напр. при назначеніи опекуна.

²⁾ Умаленіе чести, основанное не на законѣ, не имѣетъ техническаго названія; оно называется *ignominia*, *turpitude*, *nota*. Новѣйшіе юристы называютъ его *infamia facti* и противопоставляютъ его основанному на законѣ умаленію чести какъ *infamia iuris*.

³⁾ L. 5 § 2 D. de extraord. cogn. 50. I3. „Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur“. Преторскій эдиктъ въ l. 1 D. de his qui notantur infamia 3. 2. Полное перечисленіе основаній инфаміи у Савиньи § 77, Пухты § 120, Арндтса § 31 примѣч. 1, Вангеровъ I § 47 прим., Рудорфа Zeitschr. f. RGesch. IV стр. 45—61. Новѣйшіе юристы различаютъ *infamia immediata*, то есть безчестіе, непосредственно наступающее вслѣдствіе извѣстнаго факта или образа жизни, и *infamia mediata* вслѣдствіе судебного осужденія.

⁴⁾ с. 2 C. 6 qu. 1. „Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant.“ Имп. уст. 1512 г. тит. 1 § 2 устраняетъ отъ нотаріата лицъ „ehrlösz infames genannt“. Другіе имперскіе законы вводятъ лишеніе чести какъ наказаніе за извѣстныя проступки, такъ, Уст. Уг. Суд. (P. G. O.) ст. 107. 122, постанов. сейма (R. A.) 1551 § 80, опредѣл. сейма (R. S.) 1668. 1670. 1731 (Sammlung der Reichsabschiede IV стр. 56. 72. 379), ср. также Auth. Frid. I. На

мѣнимости, должно прежде всего имѣть въ виду, что главное значеніе всякаго юридическаго умаленія чести заключается въ томъ вліяніи на общественное мнѣніе, какое при нормальныхъ отношеніяхъ всегда будетъ оказывать непосредственное изреченіе закона о нравственной годности или негодности человѣка. Такого значенія нынѣ нельзя придавать римской *infamia* уже потому, что постановленія о ней извѣстны лишь немногимъ ученымъ, а не народу. Слѣдовательно, значеніе вопроса о нынѣшней примѣнимости римской *infamia* будетъ заключаться не въ томъ, слѣдуетъ ли и нынѣ признавать безчестнымъ того, кого объявляютъ безчестнымъ эти постановленія, а въ томъ, подлежитъ ли и теперь лицо, объявляемое ими безчестнымъ, тѣмъ невыгоднымъ послѣдствіямъ, какія сопряжены съ этимъ объявленіемъ. По вопросу этотъ по отношенію къ гражданскому праву, которое здѣсь исключительно имѣется въ виду, будетъ совершенно празднымъ такъ какъ въ числѣ этихъ невыгодныхъ послѣдствій уже въ юстиниановомъ правѣ не встрѣчается болѣе такихъ, которыя бы относились къ гражданскому праву⁵⁾. Невыгодныя послѣдствія, со-

bita C. ne filius pro patre 4. 13 и Auth. Frid. II. Agricultores C. quae res pignori 8. 17.

⁵⁾ Невыгодныя послѣдствія, сопряженныя по юстинианову праву съ *infamia* суть слѣдующія: а) *Infamis* допускается къ *postulare pro aliis* лишь въ ограниченной степени, l. 1 § 7. 8 D. de post. 3. 1, что подтверждено каноническимъ правомъ: с. 2 C. 3 qu. 7. По позднѣйшему римскому праву *postulare pro aliis* составляло содержаніе особой должности, именно адвокатуры. И теперь адвокатура разсматривается вообще какъ государственное званіе. б) Равнымъ образомъ *infamis* не способенъ къ судебной прокуратурѣ (*Processprocuratur*). Въ прежнее время на эту неспособность могъ ссылаться отвѣтчикъ; Юстиніанъ отмѣнилъ это (§ 11 I. de exc. 4. 13), и если каноническое право снова узаконило эту неспособность (с. 2 C. 3 qu. 7), то еще нѣтъ основанія заключать, что оно имѣло въ виду измѣнить въ этомъ отношеніи начала римскаго права, такъ что и изъ него можно лишь вывести право отвода для судьи. Впрочемъ и въ наше время судебная прокуратура есть государственная должность. в) Устраненіе отъ *dignitates* и *honores*, имѣющее силу, впрочемъ, не только для *infames*, но и вообще для людей съ дурною славой l. un. C. de infam. 10. 57, l. 8 C. de decur. 10. 31, l. 2 C. de dignit. 12. 1. Постан. имп. сейма (N. O.) тит. 1 § 2 присовоку пляетъ, что *infames* не могутъ получить должности нотариуса. О мнѣніи относительно неспособности *infames* быть свидѣтелями; см. Савиньи II стр. 222. Отсюда вопросъ о томъ, имѣютъ ли невыгодныя послѣдствія *infamia* силу и нынѣ, сводится къ вопросу: можетъ ли *infamia* быть причиной недопущенія къ общественной должности (со включеніемъ адвокатуры, прокуратуры и нотариата),

пращенныя съ безчестіемъ по нѣмецкому праву, относятся къ такому понятію безчестія, для котораго уже не можетъ служить мѣриломъ римское ученіе объ инфаміи, хотя и оно оказало свое вліяніе на развитіе этого понятія ⁶⁾).

Родство и свойство *).

§ 56 а.

Къ разряду личныхъ отношеній, принимаемыхъ нерѣдко въ соображеніе въ области права, принадлежитъ и родство ¹⁾. Родственникомъ по отношенію къ другимъ лицамъ считается то лицо, которое связано съ ними единствомъ крови ²⁾; въ частности: такова связь лица съ тѣми, отъ которыхъ оно происходитъ, съ тѣми, которые отъ него происходятъ, наконецъ, съ тѣми, которые вмѣстѣ съ нимъ происходятъ отъ одного и того же третьяго лица. Тѣ, отъ которыхъ оно происходитъ, суть его восходящіе (Ascendentes), тѣ которые отъ него происходятъ, суть его нисходящіе (Descendentes), тѣ же которые вмѣстѣ съ нимъ происходятъ отъ третьяго лица, суть его боковые родственники. Родство

а тамъ, гдѣ прокуратура и адвокатура не суть должности, въ правѣ ли судья собственною властью не допустить infames къ этой дѣятельности. Оба эти вопроса не относятся къ гражданскому праву. Впрочемъ, если бы потребовалось отвѣтить на нихъ, то относительно послѣдняго слѣдовало бы сказать, что право судьи на свободное обсужденіе допущенія лицъ, являющихся передъ нимъ не отъ своего имени, вообще не можетъ подлежать спору, относительно же перваго, что способность или не способность къ общественнымъ должностямъ можетъ опредѣляться лишь на основаніи публичнаго права данного государства.

⁶⁾ О различныхъ воззрѣніяхъ на нынѣшнюю примѣнимость римской инфаміи ср. Савиньи II § 83, Пухту § 120, Снитениса I стр. 99, Арндтса § 33, Бекинга Grundr. I § 24. 32, Зейферта § 49 прим. 3, Гербера deutsch. Privatr. § 39; Митермайера deutsch. Privatr. I § 101, Безелера deutsch. Privatr. § 62, Эйхгорна Einleit. in das deutsch. Privatr. § 87; Гефтера Strafrecht § 175; Марецолля в. п. с. стр. 343 и сл., Кнрульфа стр. 101 и сл., Ванерова I §. 52 прим.

^{*)} Глюкъ XXIII стр. 153 и сл. Бекингъ I § 49—56, Бринцъ § 11—14, Снитенисъ III § 138.

§ 56а. ¹⁾ Cognatio, точнѣ cognatio naturalis въ отличіе отъ cognatio civilis или legitima, о которомъ въ этомъ § будетъ сказано ниже.

²⁾ Ср. l. 1 §. 1 D: unde cogn. 38. 8.

восходящихъ и нисходящихъ образуетъ родство по прямой линіи ³⁾). Близость родства опредѣляется степенями, то-есть, числомъ рожденій, служащихъ связью между двумя данными лицами ⁴⁾). Родство можетъ быть и сложнымъ, то-есть, два лица могутъ быть связаны между собою многократнымъ образомъ посредствомъ рожденія или каждое изъ нихъ съ третьимъ лицомъ ⁵⁾). Боковое родство можетъ быть полнымъ (*vollbürtig*) или неполнымъ (*halbbürtig*), смотря потому, произошла ли связь между данными лицами отъ брачной четы или только отъ одного предка мужескаго либо женскаго пола ⁶⁾).—Родство можетъ возникнуть и искусственнымъ образомъ, посредствомъ усыновленія (*adoptio*); болѣе подробно объ этомъ будетъ сказано въ ученіи объ усыновленіи (*Adoption*) ⁷⁾).

Кромѣ вышеизложеннаго родства римское право знаетъ еще

³⁾ Нѣмецкія названія эти буквально воспроизводятъ латинскія выраженія источниковъ, именно *ascendentes*, *descendentes*, *cognati qui a latere veniunt*, *cognatio in linea recta*, *cognatio quae ex transverso—a latere numeratur*, *pr. l. de grad. cogn. 3. 6, l. 10 §. 9 D. de grad. 38. 10, l. 68 D. de R. № 23. 2*. Другія названія для восходящихъ и нисходящихъ (*Ascendentes* и *Descendentes*) суть „*parentes*“ и „*liberi*“, *cp. l. 1 pr. D. de grad. 38. 10, l. 51. 220 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 4 §. 2 D. de in ius voc. 2. 4*.

⁴⁾ *L. 10 §. 9. 10 D. de grad. 38. 10*.—Принципъ счета по каноническому праву другой; оно ведетъ счетъ по колѣнамъ. Но принципъ этотъ приводитъ къ иному результату лишь при боковомъ родствѣ; здѣсь каноническое право исчисляетъ родство только по одной сторонѣ.

⁵⁾ Дети двоюродныхъ братьевъ или сестеръ находится въ родствѣ съ пращѣдами какъ по отцовской, такъ и по материнской линіи; дѣти двухъ братьевъ, женившихся на двухъ сестрахъ, приходятся другъ другу родственниками какъ съ отцовской, такъ и съ материнской стороны. Совершенно особые случаи многократнаго родства приведены въ *l. 10 §. 14 D. de grad. 38. 10*. Ср. о многократномъ родствѣ Гуго *civil. Magazin 1V. 7. 16 (1812. 1813)*.

⁶⁾ *Fratres*, *sorores ex utroque parente*, *ex uno parente coniuncti*. Слова *consanguinei* и *uterini* означаютъ братьевъ или сестеръ, у коихъ общій отецъ или общая мать; впрочемъ эти выраженія употребляются иногда и для обозначенія полнаго родства. *Germani* суть кровные, родные братья или сестры, все равно, будутъ ли они связаны между собою чрезъ отца и мать или только чрезъ одного изъ этихъ лицъ. Объ „отношеніи полнородности къ многократному родству“ см. статью Фрица *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 2 (1841)*.

⁷⁾ См. II §. 524. Въ отличіе отъ усыновленныхъ дѣтей родныя дѣти называются *liberi naturales*.—Какъ препятствіе къ браку разсматривается уже въ римскомъ правѣ также отношеніе, устанавливаемое воспріятіемъ отъ купели (т. н. *cognatio spiritualis*), (*l. 26 i. f. C. de nupt. 5. 4*), и еще болѣе того въ каноническомъ правѣ.

совершенно особое родство подъ именемъ *agnatio*. Оно основывается не на единствѣ крови, а на общности дома (*familia*), или точнѣе отеческой власти. Агнаты суть тѣ, которые состоятъ подъ одною и тою же отеческою властью, состояли или состояли бы подъ нею, если бы ихъ общій родонональникъ былъ еще живъ. *Agnatio* можетъ установиться посредствомъ прижитія, а не законнаго рожденія; но оно равнымъ образомъ можетъ установиться посредствомъ усыновленія; и наоборотъ, вслѣдствіе искусственнаго прекращенія отеческой власти прекращается и *agnatio*, возникшая чрезъ прижитіе ⁸⁾. Впрочемъ, это понятіе *agnationis* для нынѣшняго римскаго права не имѣетъ никакого значенія ⁹⁾. Понятіе *agnatio* въ германскомъ правѣ совершенно иное; *agnatio* въ смыслѣ германскаго права есть кровное родство въ мужской линіи и притомъ ограниченное мужскими родственниками.

Наряду съ родствомъ слѣдуетъ упомянуть еще о свойствѣ. Свойство составляется изъ родства и брака; въ свойствѣ данное лицо будетъ находиться съ родственниками своего супруга и съ супругами своихъ родственниковъ ¹⁰⁾.

§ 56 b.

Въ числѣ фактовъ, на коихъ основано родство, есть одинъ, доказать который не только трудно, но даже невозможно; это именно прижитіе. По отношенію къ дѣтямъ, зачатымъ въ бракѣ, мѣсто этого доказательства заступаетъ предположеніе, что дитя зачато отъ мужа матери ¹⁾, при чемъ однакожь не исключается право доказывать поотивное ²⁾. Время зачатія опредѣляется по-

⁸⁾ Легальное опредѣленіе, что *agnati* суть *cognati* по мужской линіи (*Gai. I. 156. III. 10, § 1 I. de leg. agn. tut. 1. 15, § 1. I. de leg. agn. succ. 3. 2*), слишкомъ узко и слишкомъ обширно. *Ulp. XI. 4- XXVI. 1*, избѣгъ послѣдней ошибки, прибавивъ „*eiusdem familiae*“.

⁹⁾ Нельзя утверждать, чтобъ оно совершенно потеряло свое значеніе въ юстиановомъ правѣ, см. *l. 8 § 2 C. de codic. 6. 36, II §. 524 прим. 6 (III §. 631 прим. 13)* и ср. Бухгольца *Abhandlungen* стр. 96—105.

¹⁰⁾ *L. 4 §. 3 D. de grad. 38. 10*. На обыденномъ языкѣ *Schwägerschaft* (свойство) означаетъ отчасти тоже, что и *Stiefverwandschaft* (сводное родство).—Даже супруги называются *affines*, мало того названіе это распространено и на жениха съ невѣстою. *Vat. Fr. 218. 302, l. 8 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 38 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 15 C. de don. a. n. 5. 3, l. 5 C. de her. iust. 6. 24, Ср. В. Зелля Arch. f. civ. Pr. XXII 9 (1839).*

§ 56b. ¹⁾—„*pater.. is es est, quem nuptiae demonstrant*“, *l. 5 D. de in ius voc. 2. 4.*

²⁾ Доказательство это должно быть направлено на невозможность зачатія отъ

средствомъ обратнаго счета отъ времени рожденія и притомъ такъ, что въ силу юридическаго правила должно быть непремѣнно отсчитано назадъ 182 дня и въ крайнемъ случаѣ дозволяется отсчитать 10 мѣсяцевъ ³⁾. Дѣти, зачатыя внѣ брака, не могутъ доказывать своего происхожденія отъ извѣстнаго мужчины, а потому у нихъ нѣтъ отца и родственниковъ съ его стороны ⁴⁾. Должно однако замѣтить, что по каноническому праву недействительность брака не оказываетъ вреднаго вліянія на дѣтей, если бы объ этой недействительности не знали оба супруга или по крайней мѣрѣ одинъ изъ нихъ ⁵⁾. Мать же и родственниковъ съ ея стороны внѣбрачныя дѣти имѣютъ наравнѣ съ рожденными въ бракѣ ⁶⁾, а посредствомъ легитимациі (узаконенія незаконно-рожденныхъ) могутъ приобрѣсти также и отца и родственниковъ съ его стороны ⁷⁾.

мужа, такъ что не достаточно доказать, что жена имѣла половую связь и съ другимъ мужчиною. L. 11 §. 9 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 29 §. 1. D. de prob. 22. 3, l. 6 D. de his qui sui l. 6. Зейф, Arch. I. 162, II. 254, VIII. 229, X. 267, XII. 36, XIX. 9, II. 186, V. 176, XX. 198. См. тоже конецъ прим. 3

³⁾ L. 12 D. de statu hom. 1. 5, l. 3 §. 11. 12 D. de suis 38. 16. Сроку въ 182 дня основанъ на l. 3 §. 12 cit., тогда какъ l. 12 cit. говоритъ, что дитя, родившееся на 7 мѣсяцѣ брака, слѣдовательно, черезъ 181 день, есть рожденное въ бракѣ. Признано, что послѣднее есть лишь недостаточное выраженіе (ср. Савиньи IV §. 181. h, Бекинга I §. 121 прим. 18). И практика постоянно держится срока въ 182 дня. Ср. Зейф. Arch. I. 161. 163, II. 254, V. 175, VIII. 229, X. 170, XI. 10. 11, XII. 36, XIII. 123, XV. 98.—Объ исчисленіи срока см. Blätter. f. RAnwendungen zunächst in Bayern XXX. 17. 18; Зейф. Arch. V. 175, XII. 36.—Можно ли степенью зрѣлости дитяти опровергать примѣненіе законодательнаго правила? Нѣтъ: Зейф. Arch. I. 161, VIII. 229, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 109, Буха и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 70 (Зейф. Arch. XXI, 199), Кирюль ф. Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 77; за: Зейф. Arch. VI. 210 въ к., XI. 11, XII. 161, XX. 9, XXI. 8. 9, ср. тоже IX. 224. См. также Вехтера объ этомъ вопросѣ de partu vivo non vitali (§ 52 прим. 8) § 5—8. Штинцингъ Iahr. f. Dogm. IX. 5 (1868).—Ср. еще II §. 475 прим. 17.

⁴⁾ §. 12 I. de nupt. 1. 10, l. 23 D. de statu hom. 1. 5.

⁵⁾ Въ этомъ случаѣ говорится о предполагаемомъ бракѣ. С. 2. 8. 14. 15. X. qui filii sint leg. 4. 17.

⁶⁾ L. 4 §. 3 l. 5 D. de in ius voc. 2. 4, l. 4 D. unde cogn. 38, 8.

⁷⁾ Подробнѣе о легитимациі см. въ семейномъ правѣ (II §. 522).—Легитимациа и простое признаніе не тождественны. (ср. Бера Anerkennung стр. 186 и сл.; инаго мнѣнія безъ достаточнаго основанія Унгеръ Iahr. f. Dogm. VIII

III. Юридическое лицо *).

А. Понятіе и виды.

§ 57.

Юридическое лицо есть не дѣйствительно существующее, но лишь воображаемое лицо, которое считается субъектомъ правъ и обязанностей (§ 49).

Но не всѣ правоотношенія доступны юридическому лицу какъ ихъ субъекту. Такъ, правоотношенія, непремѣнно предполагающія человеческое существо, то-есть семейныя правоотношенія, не могутъ быть доступны юридическому лицу. Такимъ образомъ правоспособность послѣдняго ограничивается имущественнымъ правомъ ¹⁾.

Въ нашемъ (германскомъ) правѣ встрѣчаются слѣдующіе виды юридическихъ лицъ.

1) Сорокупность (Mehrheit) физическихъ лицъ. Наравнѣ

стр. 184, ср. II §. 522 прим. 7), хотя это мнѣніе лишено значенія по вопросу объ отношеніи признающаго къ дѣтямъ. По позднѣйшему римскому праву дѣти, рожденныя отъ мушны въ конкубинатѣ (*liberi naturales* въ этомъ именно смыслѣ, ср. § 56 а прим. 7), въ извѣстныхъ отношеніяхъ разсматривались какъ его собственныя дѣти; нѣмецкая практика перенесла это на незаконнорожденныхъ дѣтей вообще, если они будутъ признаны.—Впрочемъ, узаконеніе (*legitimatio*) черезъ послѣдующій бракъ (*legitimatio per subsequens matrimonium*) не требуетъ, чтобы незаконнорожденное дитя родилось уже при вступленіи въ бракъ. Поэтому всякое дитя, въ какой бы то ни было срокъ родившееся по вступленіи въ бракъ, считается рожденнымъ въ бракѣ, если оно будетъ признано мужемъ матери. Ц. 11 С. de lib. nat. 5. 17, Nov. 89. с. 8 § 1. Зейф. Arch. I. 163 XI. 10.

*) Савиньи II § 85—102. Пухта *Rechtslericon* III стр. 65 и сл. (мелкія статьи № 28). Пфейферъ *die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und würtemb. R.* (1847). Бекингъ I § 62—66, Унгеръ I § 42—44, Синтенисъ I § 15. См. тоже *Lehrbücher des Deutschen Privatrechts* Безелера § 66—72, Блунчли § 33—45, Гербера § 49—57. (Въ послѣднее время: Бринцъ *Lehrb. der Pandekten* стр. 979—1150.)

§ 57. ¹⁾ То-есть, гражданская правоспособность, которая здѣсь единственно имѣется въ виду. Но юридическія лица могутъ обладать также правами, относящимися къ публичному праву. Для послѣдняго понятіе юридического лица не менѣе важно, чѣмъ для гражданского права.

съ вещами и правами (§ 42 прим. 2), и лица могут соединяться между собою такимъ образомъ, что въ своемъ соединеніи они являются какъ новое, отличное отъ отдѣльныхъ соединенныхъ лицъ и въ отношеніи къ нимъ какъ самостоятельное существо, какъ одно личное цѣлое (совокупность лицъ)²⁾. Обыкновенно такое соединеніе бываетъ разомъ и одновременное и преемственное, каковъ именно случай, когда союзы лицъ образуютъ юридическое лицо; при чемъ кромѣ того соединеніе это или можетъ имѣть болѣе естественное существованіе, или существованіе его можетъ основываться болѣе на человѣческомъ произволѣ^{2а)}. Впрочемъ, одновременность соединенія нѣсколькихъ лицъ не существенна; можно представить себѣ юридическое лицо при одной лишь преемственной совокупности; такова, напримѣръ, совокупность преемственныхъ обладателей извѣстной должности³⁾. Нынѣ для обозна-

²⁾ Какъ *universitas*. Особенность всѣхъ *universitates* состоитъ въ томъ, что ихъ тожество не зависитъ отъ измѣненія ихъ частей. L. 7 §. 2. D. quod cuiusque univ. nom. 3. 4. „In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem (l. iidem) maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint“. L. 76 D. de iud. 5. 1.

^{2а)} Примѣры: общины, цехи, общества для общепользныхъ, ученыхъ, художественныхъ, торговыхъ, промышленныхъ и другихъ цѣлей.—О римской *societas publicanorum* ср. Шмидта Arch. civ. Pr. XXXVI стр. 166—183, Реслера Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 274—300, Сальковскаго (§ 58 прим. 3) стр. 29—45, Кунце krit. Vlschr. VI стр. 60. 61. Послѣдній утверждаетъ, что *societates* вообще не были юридическими лицами.

³⁾ Если кто-либо постановить, что извѣстною частью имущества должны пользоваться послѣдовательно обладатели извѣстной должности, то субъектомъ этого имущества будетъ не то должностное лицо, которое пользуется имъ въ данное время въ отдѣльности, но идеальное единство всѣхъ такихъ лицъ, если имѣлось въ виду, что также возможно, устроить такое общеніе съ точки зрѣнія особаго установленія (*Stiftung*) (см. въ концѣ этого §). Безъ сомнѣнія, тоже самое должно сказать, когда должность отправляется нѣсколькими лицами въ одно время. Этого конечно нельзя понимать такъ, будто должности должны быть причислены къ юридическимъ лицамъ; ибо отсюда можно было бы подумать, будто возможное имущество связать съ самою должностію, какъ его субъектомъ, такъ что оно должно бы служить цѣлямъ этой должности. Субъектомъ имущества съ такимъ назначеніемъ была бы не сама должность, а государство, по отношенію къ которому отдѣльная должность не имѣетъ самостоятельнаго существованія.—Въ доказательство только что сказаннаго нельзя конечно ссылаться на l. 25 D. ad. mun. 50. 1, а тѣмъ менѣе на l. 9 § 8 D. de admin. rer. 50. 8 и l. 56 D. de leg. III 31.—Ср. объ этомъ вопросѣ Гейзе Gröndrisz стр. 25, Веки н-

ченія такого юридическаго лица, состоящаго изъ совокупности физическихъ лицъ, употребляется названіе корпорація ⁴⁾; однако названіе это неохотно употребляютъ тамъ, гдѣ совокупность соединенныхъ лицъ представляется только преемственной, послѣдовательною.

2) Заведенія (Anstalten) для преслѣдованія благочестивыхъ и другихъ общепользныхъ цѣлей, богадѣльни, больницы, школы и т. д. ⁵⁾. Сюда же относится церковь, какъ субъектъ имущества; въ этомъ случаѣ подъ церковью разумѣется учрежденіе, основанное для преслѣдованія религіозной цѣли. Съ другой стороны, субъектомъ церковнаго имущества можно, безъ сомнѣнія, представить себѣ и церковную общину (приходъ), слѣдовательно, корпорацію ⁶⁾.

3) Совокупность имущества (Vermögensbegriffe). Субъектомъ правъ и обязанностей можетъ быть и само имуще-

га I стр. 233. 234, Зейферта § 54; а съ другой стороны, Кирульфа стр. 130, Савиньи II стр. 237, 376. 379, Пухту § 27. 1, Синтениса I § 15 прим. 7, Вангерова I стр. 93, Унгера I стр. 325—327. Зейф. Arch. XXII. 211. 246.

⁴⁾ Слово corporatio встрѣчается въ Nov. Severi tit. II; о corporati говорится въ l. 5. D. de commerc. 4. 63, rubr. и l. un. C. de priv. corporat. 11. 14. Употребительное въ классическомъ языкѣ выраженіе corpus, которое само по себѣ столь же общее, какъ и universitas, кажется, относится только къ корпорациямъ, существованіе коихъ болѣе произвольно, слѣдовательно, не къ общинамъ. Соответствующее выраженіе есть collegium. Савиньи II стр. 260. 261. О корпораціяхъ говорится у Пфейфера § 12—41.

⁵⁾ Въ источникахъ римскаго права упоминаются лишь учрежденія съ благочестивыми цѣлями (ср. l. 23. C. de ss. eccl. 1. 2, l. 35. 46 C. de ep. et cler. 1. 3); отсюда у новыхъ юристовъ выраженіе *privum corpus* (прежняя доктрина отождествляла понятіе юридическаго лица съ корпораціею, Глюк II стр. 162, Гепфнеръ Comment. zu den Instit. стр. 82, ср. Рота въ Jahrb. f. Dogm. I стр. 189), или *priv. causa*.—Юридическая личность *privae causae* совершенно отвергали даже по отношенію къ нынѣшнему праву или покрайней мѣрѣ по отношенію къ римскому и каноническому, и утверждали, что истинный субъектъ принадлежащаго послѣдней имущества есть данная церковь и свѣтская община. Росгиртъ Arch. f. civ. Pr. X стр. 321—325 (1827), Фрицъ Erläuter. I стр. 183, ср. Рота Jahrb. f. Dogm. I стр. 190—201. Это воззрѣніе, „возникло вслѣдствіе смѣшенія вопросовъ объ управленіи и о существованіи“, Пухта § 27. к., ср. кромѣ того Мюленбруха въ Fortsetzung von Glück XL стр. 79 и сл., Кирульфа стр. 148—150, Савиньи II стр. 271, Вангерова I §. 60 прим.

⁶⁾ Савиньи II стр. 265—267.

ство, которому они принадлежать. Это бываетъ, напримѣръ, при не принятомъ еще, лежащемъ (*ruhenden*) наслѣдствѣ (§ 49 къ прим. 1). Далѣе это же имѣетъ мѣсто относительно фиска; ибо фискъ, по буквальному смыслу, значить государственная казна ⁷⁾. Слѣдовательно, когда фискъ разсматривается какъ юридическое лицо, то олицетворяется при этомъ не совокупность составляющихъ государство индивидовъ, а государственное имущество. Наконецъ, съ этой же точки зрѣнія разсматриваются устанoвленія (*Stiftungen*), когда о нихъ говорятъ какъ о юридическихъ лицахъ. Ибо подъ установленіемъ разумѣется лишь имущество, предназначенное для извѣстной цѣли. Когда преслѣдованіе цѣли установленія воплощается въ извѣстномъ учрежденіи (заведеніи), что не необходимо ⁸⁾, то съ олицетвореніемъ имущества конкурируетъ олицетвореніе этого учрежденія ⁹⁾.

Изъ сказаннаго вытекаетъ то важное начало, что одно и то же юридическое лицо можетъ являться въ различныхъ видахъ. Безразлично, скажемъ ли мы — государство или казна, церковь или церковный приходъ, установленіе или учрежденіе, фамиліальное имущество (*Familienstiftung*) или семья: подъ различными названіями разумѣется одно и то же лицо, хотя олицетворяется не одно и то же. А потому то, что олицетворяется въ юридическомъ лицѣ, субстратъ послѣдняго, само по себѣ не имѣетъ значенія для существа этого. Для опредѣленія существа юридического лица должно имѣть въ виду слѣдующія различія, смотря по тому, о какомъ имуществѣ идетъ рѣчь:

1) Или о томъ имуществѣ, которое предназначено служить для достиженія извѣстной цѣли. Цѣль эта можетъ быть общепользною, какова, напримѣръ, цѣль казны, приходовъ, общепользныхъ учрежденій и союзовъ, но она можетъ быть направлена и къ (имущественной или какой-либо иной) выгодѣ индивидовъ, составляющихъ юридическое лицо, какова, напримѣръ, цѣль акціонерныхъ компаній, литературныхъ обществъ, обществъ для поощренія художествъ, для общежительныхъ цѣлей и т. д.

⁷⁾ Савиньи II стр. 272—274.

⁸⁾ Напримѣръ, въ семейномъ установленіи. Пользованіе извѣстнымъ имуществомъ предоставляется членамъ семейства на основаніи точныхъ опредѣленій.

⁹⁾ Объ учрежденіяхъ говорится у Пфейфера § 42—48, далѣе у Рота *Jahrb. f. Dogm. I. 4* (1857).

2) Или объ имущества¹⁴⁾, предназначенномъ для пользованія извѣстнымъ лицамъ, каковы фамилныя имущества¹¹⁾, стипендіи, нѣмецкія реальныя общины, или же

3) Объ имущества¹⁵⁾, обыкновенно предназначаемомъ для одного лица, которое, однако, еще не приобрѣло его, каково непринятое еще наслѣдство.

В. Правоотношеніе.

1. Юридическое лицо какъ юридическій субъектъ.

§ 58.

Юридическія лица, подобно физическимъ, могутъ быть и являются субъектами (имущественныхъ) правъ и обязанностей. Отсюда однако не слѣдуетъ, что юридическія лица должны уравни-

¹⁴⁾ Назначеніе имущества для пользованія опредѣленныхъ лицъ предполагаетъ, что не только отдѣльныя лица, получающія это пользованіе, не могутъ распоряжаться субстанціею имущества, но что и въ остальныхъ отношеніяхъ имущество въ своемъ юридическомъ составѣ не зависитъ отъ событій, касающихся лично того или другаго изъ владѣльцевъ его. При отсутствіи этого предположенія нѣтъ основанія не считать настоящимъ субъектомъ имущества каждаго даннаго владѣльца этого имущества. При помощи этой точки зрѣнія разрѣшается и тотъ спорный вопросъ, слѣдуетъ ли считать субъектомъ земельного сервитута каждаго собственника господствующаго имѣнія, или же само это имѣніе, и слѣдовательно, разсматривать послѣднее какъ юридическое лицо. Не-обходимо рѣшить въ первомъ смыслѣ, ибо всякій собственникъ господствующаго имѣнія обладаетъ сервитутомъ такъ, какъ еслибы у него не было ни предшественника, ни преемника, что обнаруживается также въ случаѣ слитія (*confusio*) Ср. объ этомъ спорномъ вопросѣ Гейзе Grundr. стр. 25, Бекинга I стр. 231, II стр. 212; Савинья II стр. 379. 380, Пухта § 27. 1 въ к., Вангерова I § 53 примѣч., Синтениса I § 15 прим. 10, Арндтса § 41 прим. 5, Эльверса *die römische Servitutenlehre* стр. 93 и сл. Арндтсъ противъ выраженія источниковъ: *praedio servitus debetur* и т. п. замѣчаетъ, что говорится также: „*pecori debetur appulsus*“ (l. 1 § 18 D. de aqua 43. 20) и: „*ager itineri servit*“ (l. 13 § 1 D. de S. P. R. 8. 3).] Можно присовокупить еще *servus rognae*. Ср. еще § 201 прим. 6 и Демелиуса *Jahrb. f. Dogm.* IV стр. 130.—Впрочемъ, очевидно, что и объ имущества¹⁵⁾, предназначенномъ для пользованія извѣстнымъ лицамъ, можно сказать, что оно служитъ извѣстной цѣли. Въ этомъ смыслѣ мы въ § 49 не отличали № 1 отъ № 2.

¹⁵⁾ Педль *Zeitschr. f. deutsches R.* XVI. 7 (1856); Герберъ *Jahrb. f. Dogm.* II. 7 (1858).

ся съ физическими во всѣхъ отношеніяхъ. Какъ, съ одной стороны, они нерѣдко пользуются привилегіями, напримѣръ, казна ¹⁾, такъ съ другой они поставлены въ гораздо болѣе невыгодное состояніе, чѣмъ физическія лица ²⁾.

Субъектомъ правъ и обязанностей будетъ юридическое лицо какъ таковое ^{3а)}, слѣдовательно, при какомъ-либо учрежденіи не отдѣльныя лица, которымъ имущество идетъ въ пользу, а при корпорациіи не члены ея ³⁾. Съ другой стороны, понятію юриди-

¹⁾ Обзоръ привилегій юридическихъ лицъ находимъ у Сентениса I § 15 § 58. прим. 48. О привилегіяхъ казны (fiscus) см. у Гольцшугера I § 32 № 2

²⁾ Такъ, collegia, по крайней мѣрѣ, по римскому праву, не могутъ быть назначены наслѣдниками, l. 8 C. de her. inst. 6. 24. Личные сервитуты, которые сами по себѣ предполагаютъ живаго субъекта, искусственнымъ образомъ сдѣланы доступными остальнымъ юридическимъ лицамъ, но не лежащему наслѣдству, l. 26 D. de stip. serv. 45 3. Въ часто разбиравшемся l. 10. de I. F. 49. 14 говорится: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit“, что Бекингъ (I §. 65 прим. 9 и § 96 прим. 21) относитъ теперь только къ толкованію привилегій фиска.

2а) Относительно фиска нужно замѣтить что различныя фискальныя кассы не должны считаться самостоятельными юридическими лицами, l. 2 C. de sol. 8. 43, l. 1 C. de fisc. rem. 10. 5. L. 1 C. de comp. 4. 31, запрещающее засчитывать принадлежащее казенному должнику требованіе (Forderung) къ какой либо другой казенной кассѣ, основано на административныхъ соображеніяхъ. Ср. Келлера стр. 66—68.

³⁾ L. 7 §. 1 quod cui. un. 3. 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent“. Cp. l. 6 §. 1 D. de D. II. 1. 8, l. 1 §. 7. D. de quaest. 48. 18, l. 10 §. 4 D. de in ius voc. 2. 4, l. 18 C. Th. de naviculariis 13. 5. Когда участниками какого-либо правоотношенія являются нѣсколько лицъ какъ таковыхъ, то говорится о *communio*, а когда общеніе основано на договорѣ, то о *societas*. Но въ смыслѣ нетехническомъ выраженіе *societas*, подобно соотвѣствующему нѣмецкому выраженію *Gesellschaft*, употребляется также для означенія настоящихъ юридическихъ лицъ, l. 1. pr. §. 1 D. quod cui. un. 3. 4, l. 3 §. 4 D. de B. P. 37. 1, l. 31 § 1 D. de furtis 47. 2,—*societas publicanorum*, акціонерное общество.—Сальковскій *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen* (1863) старается доказать, что юридическимъ субъектомъ будутъ во всякомъ случаѣ отдѣльные члены корпорациі, но лишь въ качествѣ членовъ корпорациі, такъ что юридическимъ субъектомъ для внѣшняго практическаго результата является конечно корпорациа, то-есть, единеніе членовъ корпорациі. Тоже говоритъ Баронъ *die Gesamtrechtsverhältnisse im röm. R.* (1864) §. 1. См. противъ этого §. 59 прим. 3а, далѣе Лабанда *Zeitschr. f. Handelsr.* IV стр. 181—184, Витте *Zeitschr. f. Handelsr.* VIII стр. 10. 11, А. Пернице *krit. VSchr.* VII стр. 107 и сл. О возрѣніи Игеринга см. §. 49 прим. 2 въ к.

ческаго лица не противорѣчитъ, что членамъ корпораціи принадлежатъ извѣстныя права на ея имущество, напримѣръ, сервитуты или другія права пользованія ея вещами; это можетъ быть допущено такимъ же точно образомъ, какъ допускается право одного человѣка на имущество другаго человѣка ⁴⁾. Равнымъ образомъ понятіе юридическаго лица нисколько не поколеблется и оттого, что имущество корпораціи будетъ предназначено единственно для того, чтобъ имъ пользовались члены корпораціи соразмѣрно принадлежащимъ имъ правамъ на него, какъ, напримѣръ, въ нѣмецкихъ реальныхъ общинахъ; даже и въ томъ случаѣ, если имущество корпораціи раздѣлено между членами ея по его стоимости, какъ, напримѣръ, въ акціонерныхъ компаніяхъ новаго времени. Въ этомъ случаѣ имѣются, правда, особо устроенныя корпораціи; но понятіе корпораціи (юридическаго лица) отъ того нисколько не измѣнится ⁵⁾.

⁴⁾ Ср. Р. Шмида Arch. f. civ. Pr. XXXVI стр. 160 и сл., Унгера krit. Ueberschau. VI. стр. 171—176. Объ одномъ обязательствѣ корпораціи по отношенію къ своимъ членамъ говорится въ l. 1 §. 15 D. ad SC. Treb. 36. 1, о процессѣ между ними обоими въ l. 9 D. quod cui. univ. 3. 4.

⁵⁾ Все-таки не отдѣльныя личности будутъ субъектами имущества, но субъектъ имущества есть нѣчто отличное отъ нихъ, ихъ совокупность, ихъ единеніе — если не держаться приводящаго къ тому же мнѣнія, что имущество можетъ быть безсубъектно. Это справедливо даже въ томъ случаѣ, когда имущество корпораціи совершенно поглощается правами пользованія членовъ; нельзя, напримѣръ, опредѣлить право собственности посредствомъ перечисленія отдѣльныхъ, предоставляемыхъ имъ правъ, потому что оно есть нѣчто иное, чѣмъ сумма, агрегатъ этихъ правъ (§§ 167, 169 а прим. 8). Ср. Зейф. Archiv. XIII. 124. Въ томъ случаѣ, когда имущество раздѣлено между нѣсколькими лицами по своей стоимости, нужно различать слѣдующее. Если доля каждаго, какъ напримѣръ, въ акціонерныхъ компаніяхъ, выражена въ деньгахъ, то само собою разумѣется, что отдѣльныя лица не имѣютъ никакой доли въ имуществѣ, ибо это имущество (права и обязанности, изъ коихъ оно состоитъ) есть нѣчто иное чѣмъ деньги. Отдѣльныя лица имѣютъ лишь права требованія противъ истиннаго субъекта имущества (акціонерной компаніи) (съ этимъ согласны Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 17 и сл. и упомянутыя тамъ, между тѣмъ какъ Кунце Zeitschr. f. Handelsr. VI стр. 28. 225. 235, krit. VISchr. VI стр. 78 присвоиваетъ акціонеру извѣстное „ius in bonis“). Наоборотъ, если доли членовъ суть дробныя части самого имущества, то имѣется истинное общеніе. Однако и въ этомъ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ внимательно рассмотреть, не будетъ ли предметомъ этой доли не столько само имущество, сколько денежная стоимость его, какъ это, напримѣръ, действительно можетъ быть при промыслахъ для совмѣстнаго

2. Дѣйствія юридическаго лица.

§ 59.

Такъ какъ юридическое лицо не человѣкъ, то собственно о дѣйствіяхъ его и рѣчи быть не можетъ¹⁾. Оно получаетъ дѣеспо-

горнаго производства. Мнѣніе, будто въ этихъ случаяхъ имѣется тоже понятіе *universitas*, но въ другой формѣ, что тутъ имѣется обличіе между *universitas* и *communio*, защищалъ Безелеръ (*Erbverträge* I стр. 73—88 [1835]. *Volksrecht und Juristenrecht* т. VI [1843]. *deutsch. Privatr.* § 68. 71. 83); ср. кромѣ того Блунчли *Staats-u. R.Gesch. v. Zürich* I стр. 82 и *deutsch. Privatr.* § 33. 38. 39, Вейске *pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. R.* III стр. 144 и сл., а противъ: Тэль *Volksrecht* и т. д. стр. 18—62, Р. Шмидъ *Arch. f. civ. Pr.* XXXVI. 8 (1853), Герберъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XII. 7 (1855), Унгеръ *krit. Uberschau* VI стр. 171 и сл. Но еще рѣшительнѣе должно быть отвергнуто то воззрѣніе, которое полагаетъ, будто акціонерныя компаніи, равно какъ и другія нынѣ столь многочисленныя общества для частныхъ и общественныхъ цѣлей, общества литературныя и художественныя, клубы, миссіонерскія общества и т. д., могутъ быть подведены подъ понятіе *societas*, лишь видоизмѣненнаго путемъ договора (только относительно исключенія раздѣльнаго иска допускаютъ измѣненіе по обычному праву), такъ смотрятъ Герберъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XII стр. 202—205, Тэль *Handelsr.* I §. 44—47, Р. Шмидъ *Arch. f. civ. Pr.* XXXVI стр. 184 и сл. См. противъ этого Шюлера въ *Jur. Abhandl. u. Rechtsfälle von Orloff* и т. д. I стр. 246 и сл., Унгера *österreich. Pr. R.* I стр. 330. 331 и *krit. Uberschau* VI стр. 181 и сл., Рено *das Recht der Actiengesellschaften* стр. 102 и сл., Кунце *krit. VSchr.* VI стр. 64—66, Г. Витте *Zeitschr. f. Handelsr.* VIII стр. 2. 3. Зейф. *Arch.* XX. 200. 201, ср. XXI 96. О выставленномъ другими понятіи о т. н. обществахъ съ коллективнымъ (формальнымъ) единствомъ лицъ (общество съ внутренней стороны, юридическое лицо съ внѣшней), см. Унгера *krit. Ueberschau* VI стр. 180. 181, Рено в. п. с. стр. 115 и сл.; къ этой мысли въ послѣднее время снова обратились Сальковский въ цитированномъ въ прим. 3 сочиненіи и Герберъ *deutsch. Privatr.* § 198 съ 8 изд., ср. Кунце в. п. с. стр. 66. 67; равнымъ образомъ и Беккеръ *Zeitschr. f. Handelsr.* IV стр. 557 и сл. (только этотъ писатель вѣсто „юридическаго лица“ говорить о „Zweckvermögen“) и ср. тоже Игеринга *Geist d. röm. R.* III стр. 330 и сл. (§. 49 прим. 2 въ к.). Изъ новѣйшихъ и полныхъ сочиненій объ акціонерныхъ компаніяхъ можно указать вышеприведенное соч. Рено (1863); о немъ Кунце *krit. VSchr.* VI стр. 53 и сл. и Г. Витте *Zeitschr. f. Handelsr.* VIII стр. 1 и сл. (оба послѣдніе писателя считаютъ акціонерныя компаніи хотя и юридическими лицами, но не корпораціями); см. далѣе статьи Трейчке *Zeitschr. f. deutsch. R.* V. 11., Голли тамъ же XI. 10, Реймера тамъ же XIII. 11, Фика *Zeitschr. f. Handelsr.* V. 1. О полномъ товариществѣ см. II § 407, Ранда *Arch. f. deutsch. Wechselr.* XV стр. 25 и сл.

¹⁾ Этотъ-то смыслъ имѣютъ слѣдующія слова I. 1 §. 22 D. de A. v. A. P. 41

способность лишь въ силу того, что право приписываетъ дѣйствіямъ извѣстныхъ физическихъ лицъ такое же значеніе, какъ еслибы это были дѣйствія самого юридическаго лица ^{1а}). Относительно того, какія лица въ правѣ дѣйствовать за юридическое лицо, нельзя установить общаго правила. По отношенію къ казнѣ это опредѣляется устройствомъ и правительственною организаціей даннаго государства, по отношенію къ учрежденіямъ волею учредителя и дополнительно государствомъ какъ верховнымъ опекунскимъ учрежденіемъ ²). Что касается корпорацій, то нужно прежде всего обращать вниманіе на ихъ устройство, которое можетъ быть основано на законѣ, автономіи (статутѣ) и обычаѣ (Observanz). Если у корпораціи нѣтъ достаточно выработаннаго устройства ³), то остается только волю ея членовъ считать волею самой корпораціи ^{3а}), при чемъ не явившіеся по надлежащему приглашенію члены въ счетъ не идутъ ⁴). При разногласіи рѣшаетъ большин-

2: „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi (то-есть какъ совокупность) consentire non possunt“. Ср. Ulp. XXII. 5, l. un. §. 1. D de lib. univ. 38. 3.

^{1а}) Безелеръ deutsch. Privatr. § 69, Блунчли deutsch Privatr. § 34, Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse §. 1 въ различныхъ оборотахъ рѣчи приписываютъ корпораціи естественную способность воли: органъ ей нуженъ лишь для того, чтобы высказывать свою волю. Это невѣрный выводъ изъ весьма правильнаго соображенія, что корпорація, то-есть, соединеніе отдѣльныхъ лицъ въ одно, есть продуктъ „естественнаго человѣческаго стремленія“ и въ этомъ отношеніи есть нѣчто естественное, а не искусственно созданное. У Барона къ этому примѣшивается и воззрѣніе, указанное въ § 58 прим. .

²) Ротъ Jahrb. f Dogm. I стр. 215—218, но ср. тоже Герберера тамъ же II стр. 353 и сл.

³) Сюда относится (не упоминаемое въ источникахъ) дѣленіе на universitates ordinatae и inordinatae.

^{3а}) Члены корпораціи въ качествѣ представителей корпораціонной цѣли суть представители воли, соответствующей корпораціонной цѣли.—Салъковский (§ 58 прим. 3) утверждаетъ, будто „безусловно логическій выводъ“ требуетъ, чтобы воля членовъ корпораціи признавалась за волю корпораціи. Но въ томъ положеніи, что субъектъ права суть члены корпораціи въ этомъ своемъ качествѣ, по моему мнѣнію выражается только положеніе, что члены корпораціи считаются юридическимъ субъектомъ не порознь, а какъ одно лицо, и воля членовъ корпораціи есть именно ихъ воля, а не того, чѣмъ они считаются. Тоже, что у Салъковского, находимъ у Синтениса § 15 прим. 49.

⁴) Они должны считаться отказавшимися отъ своего права голоса.—Число явившихся безразлично, если только особымъ правиломъ не требуется опредѣ-

ство; не допуская этого, пришлось бы въ большинствѣ случаевъ совершенно отказаться отъ возможности опредѣлить волю корпорацій⁵⁾. Единогласіе требуется лишь при резолюціяхъ, переступающихъ цѣль корпораціи; въ такого рода резолюціяхъ корпорація уже не дѣйствуетъ въ качествѣ корпораціи, но онѣ уже выражаютъ собою учредительную волю самихъ членовъ корпораціи^{6а)}. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда корпорація существуетъ не только ради частныхъ интересовъ ея членовъ, для такого рода резолюцій не достаточно и единогласія; какъ скоро въ дѣло корпораціи замѣшанъ общественный интересъ, то для дѣйствительности даже единогласныхъ резолюцій требуется согласіе государства. Равнымъ образомъ, когда дѣло идетъ объ имуществѣ, предназначенномъ для пользованія лицамъ, преемственно слѣдующимъ другъ за другомъ въ напередъ опредѣленномъ порядкѣ, ни одинъ изъ предшественниковъ не въ правѣ путемъ распоряженій о данномъ имуществѣ отнимать у своихъ преемниковъ выпадающее на ихъ долю пользованіе этимъ имуществомъ; такія распоряженія могутъ стать законными лишь при посредствѣ законодательнаго акта⁶⁾.

Искусственно присвоенная юридическому лицу дѣеспособность не простирается на правонарушенія (*Delicte*), то-есть, хотя бы сами по себѣ уполномоченные къ представительству за юридическое лицо совершили какое-либо правонарушеніе въ качествѣ представителей этого лица, но они все-таки не имѣютъ права слагать съ себя отвѣтственность за учиненное ими дѣяніе и переносить ее на юридическое лицо. Принципъ этотъ, вытекающій

леннаго числа членовъ. Въ источникахъ римскаго права для дѣйствительности опредѣленія *ordinis decurionum*, которое однако не есть городская община, но лишь заступаетъ ее, требуется наличность $\frac{2}{3}$ его членовъ, l. 2. 3 D. de decr. ab ord. fac. 50. 9, l. 46 C. de decur. 10. 31. Зей ф. Arch. XIV. 200.

3) Ср. l. 19 D. ad munic. 50. 1, l. 160 § 1 D. de R. I 30. 17. Зей ф. Arch. XXI. 202.

^{6а)} Ср. Торгов. кодекса ст. 215.

⁶⁾ Ср. относительно различныхъ воззрѣній Тибо *civil. Abhandl.* № 18 (1804. 1814), Gaudlitz s. Haubold *de finibus inter ius singulorum et universitates regundis* (1804; тоже въ Haubold i opusc. vol. II p. 546—620 cf. p. LXIII—LXXIX), Кори въ v. Langenn u. Kori *Erörter.* II. 1 (1830); Савиньи II §. 96—99, Пфейферъ § 35. 36, Безелееръ *Deutsch. Privatr.* § 69.

изъ существа самаго дѣла, прямо выраженъ въ римскомъ правѣ ⁷⁾, но въ послѣдующее время овъ не всегда соблюдался ⁸⁾.

С. Возникновеніе юридическаго лица.

§ 60.

Юридическое лицо существуетъ не въ дѣйствительности, а въ представленіи. Но въ основѣ этого представленія находится нѣчто фактическое, на которое оно опирается, именно реально существующій субстратъ, коему мысль придаетъ значеніе лица. Слѣдовательно, лицо это возникаетъ вслѣдствіе того, что способный къ юридическому олицетворенію субстратъ, какъ-то: союзъ лицъ, считающійся какъ таковой юридическимъ субъектомъ, заведеніе, самостоятельное имущество, получаетъ конкретное существованіе.

Неоднократно однако утверждали, что для возникновенія юридическаго лица требуется еще кое-что особенное, а именно, чтобы данному субстрату присвоена была правоспособность особымъ актомъ государственной власти. При этомъ исходили изъ того вѣрнаго положенія, что правоспособность каждаго субъекта предполагаетъ признаніе ея со стороны юридическаго порядка. Правда, прибавляли, что это признаніе можетъ содержаться въ правилѣ, установленномъ юридическимъ порядкомъ разъ навсегда, какъ это должно сказать по отношенію къ физическому лицу (человѣку), государству (казнѣ), политическимъ общинамъ, церковнымъ приходамъ и неприятому наслѣдству. Но не допускали, чтобы на основаніи общаго (*gemeines*) права тоже самое слѣдовало сказать объ учрежденіяхъ и заведеніяхъ и о произвольныхъ союзахъ лицъ, утверждая, что признаніе ихъ правоспособности должно быть

⁷⁾ L. 15. § 1 D. de dolo 4. 3, Nov. Maioriani tit. VII §. 11 (ed. Haenel p. 320). L. 9 §. 1. 3 D. quod metus causa 4. 2 слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ притязанія къ правонарушителю, но въ смыслѣ притязанія къ обогатившемуся (L. 9 §. 8 eod.). Ср. Шлимана *Lehre vom Zwang* стр. 34 и сл.

⁸⁾ C. 4 de censibus in VI^o 1. 20 (иначе с. 5 de sent. excomm. in VI^o 3. 11), Auth. Frid. II. *Item nulla* и *Item quaecunque* C. de ep. et cler. 1. 3, Aurea bulla с. 15 §. 4, Landfriede 1548 тит. 2. 14. 29 §. 4, им. суд. уст. (К. Г. О.) II. 10 §. 1. Ср. вообще Савиньи II. §. 94. 95, Киркульфа стр. 135. 136, Вангерова I §. 55 прим., Синтениса I §. 15 прим. 53.

испрашиваемо у государственной власти въ каждомъ конкретномъ случаѣ ¹⁾. Съ этимъ мнѣніемъ нельзя однако согласиться. Правда въ римскомъ правѣ прямо не выражено то правило, что означенные классы юридическихъ лицъ обладаютъ правоспособностью и безъ особаго признанія ея со стороны государства; но вѣдь правило это не выражено также и по отношенію къ правоспособности другихъ юридическихъ, равно какъ и физическихъ лицъ; какъ тутъ, такъ и тамъ оно предполагается ²⁾. Впрочемъ,

¹ Что касается учреждений, то вопросъ этотъ обсуждался по поводу дѣла о § 60. наслѣдствѣ Штеделя. Ср. объ этомъ Мюленбруха въ *Forts. von Glück XL* стр. 1 и сл. и цитированныя тамъ сочиненія. Признание за учреждениями правоспособности считают излишнимъ слѣдующіе писатели: Эльверсъ *Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit jur. Personen* стр. 159 и сл. (1827), Нортгофъ *die Gültigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung* стр. 93 и сл. (1833), Пухта *Pand. § 28* и *krit. Jahrb. IV* стр. 705—712, Арндтсъ *Pand. §. 46* и *Rechtslexicon III* стр. 915. 916, Безелеръ *deutsch. Privatr. §. 67. 72*, Блунчли *deutsch. Privatr. §. 45*, Демелиусъ *Jahrb. f. Dogm. IV* стр. 139—140, Ранда *Arch. f. deutsch. Wechslr. XV* стр. 21 и сл., ср. тоже Кирульфа стр. 150—152. Совокупности лицъ (*Personenmehrheiten*) считаются юридическими лицами и безъ спеціальнаго признанія за ними правоспособности (предоставленія «корпорационныхъ правъ») у слѣдующихъ писателей: Безелера *deutsch. Privatr. §. 67*, Блунчли *deutsch. Privatr. §. 34*, Шюлера въ *Jur. Abhandlungen u. Rechtsfälle von Ortloff* и т. д. I № 5 §. 8, Унгера *krit. Ueberschau VI* стр. 148—156, Фитинга *krit. Vierteljahrschr. I* стр. 585. 586 и въ сочиненіи: *die rechtlichen Verhältnisse am Stadtschiezgraben* (Halle 1866) стр. 80 ср. стр. 83. 84, Демелиуса *Jahrb. f. Dogm. IV* стр. 137. 139, Арндтса §. 44, Ранда *Arch. f. deutsch. Wechslr. XV* стр. 17 и сл. О противоположномъ возрѣніи ср. Мюленбруха в. п. с., Савиньи II §. 89, Пфейфера §. 13—15. 44, Рота *Jahrb. f. Dogm. I* стр. 205 и сл., Сальковскаго (§. 58 прим. 3) стр. 19 и сл., Синтениса I стр. 107—110, Вангерова I §. 60 прим. въ к. Зейф. *Arch. I* 314 стр. 329; XIV. 199; XI. 9, XII. 58, XIII. 206, XVIII. 4.—Однако защитники (по меньшей мѣрѣ, большинство ихъ) отвергнутого здѣсь мнѣнія допускаютъ и молчаливое предоставленіе юридической личности и даже видятъ таковое въ каждомъ соизволеніи государства (см. далѣе текст).—HGB. ст. 268 абзацъ 1: „Акціонерныя компаніи могутъ быть учреждаемы лишь съ соизволенія государства“.

²⁾ Совсе неосновательно возрѣніе, будто личность учреждений и личныхъ союзовъ есть нѣчто неестественное и потому для нихъ будто необходимо одно лишь прямое призваніе ихъ правоспособности. Личность учреждений и личныхъ союзовъ зиждется на представленіи, столь же обыкновенномъ въ жизни, какъ и представленіе о личности человѣка; почему же право не можетъ принять первую также просто и прямо, какъ оно несомнѣнно принимаетъ вторую? Ср. также

отъ признанія правоспособности слѣдуетъ отличать полицейское разрѣшеніе, которое можетъ требоваться положительнымъ правомъ даннаго государства для основанія союза (Verein) и для самостоятельнаго распоряженія извѣстнымъ имуществомъ. Притомъ есть еще иной вопросъ: слѣдуетъ ли законодательству, по крайней мѣрѣ, относительно личныхъ союзовъ, выражать свое признаніе ихъ юридической личности посредствомъ особаго предоставленія такого права. Въ пользу этого говорить то соображеніе, что въ данномъ случаѣ весьма легко можетъ возникнуть сомнѣніе, желаютъ ли соединяющіеся лица считаться отдѣльными лицами или союзомъ, то-есть, именно юридическимъ лицомъ; а между тѣмъ для вступающихъ съ ними въ сношенія крайне важно, чтобы на этотъ счетъ не было никакого сомнѣнія.

Что же касается до количества членовъ, потребнаго для того, чтобы личное соединеніе могло считаться юридическимъ лицомъ, то вывести общаго правила изъ существа дѣла не возможно.

D. Превращеніе юридическаго лица.

§ 61.

Юридическое лицо прекращается само собою въ томъ случаѣ, если юридически олицетворяемый субстратъ пересталъ существо-

§. 59 прим. 1а. Что римское право дѣйствительно такъ и поступало съ учрежденіями для благотворительныхъ цѣлей и личными союзами, этого, при безпристрастномъ объясненіи источниковъ, отвергнуть невозможно. Учрежденія означеннаго рода считались лицами лишь въ силу ихъ существованія, при чемъ нигдѣ не упоминается о требованіи признанія за ними юридической личности; напр. l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, l. 35 C. de ep. et cler. 1. 3; равнымъ образомъ объ этомъ требованіи не упоминается въ l. 46 C. de ep. et cler., гдѣ рѣчь идетъ именно о возстановленіи такого учрежденія, и хотя это послѣднее мѣсто не glossировано, но оно можетъ служить, по крайней мѣрѣ, подтвержденіемъ другихъ указаній. Не слѣдуетъ смущаться и тѣмъ, что римское право говоритъ только объ учрежденіяхъ съ благочестивою цѣлью; оно не говоритъ о другихъ не потому, чтобы оно не желало признать ихъ юридическими лицами, но потому, что ихъ тогда не было. Что касается корпорацій, то у римлянъ разрѣшались не всѣ личные союзы; но чтобы для признанія за дозволенными корпораціями личности требовалось еще особое предоставленіе имъ правоспособности, объ этомъ и слѣда никакого нѣтъ. См. l. 1 §. 1. D. quod cui. univ. 3. 4 (ср. l. 1 pr. eod. и l. 1—3 D. de colleg. 47. 22), l. 20 D. de reb. dub. 34. 5.

а) По l. 85 D. de V. S. 50. 16 требуется наличность трехъ членовъ, но это мѣсто скорѣе имѣетъ въ виду дать точку опоры для судебного рѣшенія, чѣмъ установить безусловное правило. Ср. также A р и д т с а §. 44 прим. 2.

вать. Но помимо этого оно прекращается вслѣдствіе того, что наличный субстратъ становится недозволеннымъ, такъ, на примѣръ, вслѣдствіе отобранія полицейскаго дозволенія у извѣстнаго учрежденія или общества, если это дозволеніе у требуется мѣстнымъ правомъ. Въ этомъ случаѣ для государства не существуетъ болѣе признаннаго имъ годнымъ субстрата юридическаго лица. Но и здѣсь полицейское дозволеніе относительно субстрата не должно быть смѣшиваемо съ предоставленіемъ ему правоспособности; такъ какъ послѣднее для возникновенія юридическаго лица не требуется, то и нельзя сказать, что съ отобраніемъ его прекращается существованіе юридическаго лица ¹⁾.

Необходимо однако еще точнѣе опредѣлить, что разумѣется подъ отпаденіемъ (*Wegfall*) субстрата юридическаго лица. Субстратъ послѣдняго не слѣдуетъ считать уничтожившимся тогда, когда въ данный моментъ онъ фактически не существуетъ, но лишь тогда, когда онъ не можетъ уже возобновиться ²⁾. Такъ, учрежденіе не перестанетъ еще быть лицомъ отъ того, что въ данный моментъ нѣтъ въ наличности его имущества; сдѣланное для него въ такое время представленіе какого-либо новаго имущества не есть еще основаніе новаго учрежденія. Равнымъ образомъ по выбытіи изъ корпораціи членовъ ея сама корпорація не прекратится до тѣхъ поръ, пока существуютъ еще ея цѣль и надежда, что для преслѣдованія этой цѣли найдутся новые дѣятели ³⁾. При наличности этого предположенія корпорація не мо-

¹⁾ Актомъ законодательства можетъ быть конечно, какъ и въ другихъ случаяхъ, опредѣлено, чтобы существующее юридическое лицо не считалось болѣе юридическимъ субъектомъ. Но не это разумѣютъ, когда говорятъ, что юридическое лицо можетъ быть прекращено чрезъ отнятіе у него личности государствомъ (напр. Пухта §. 28 въ в.); а подразумѣваютъ здѣсь актъ того officialнаго учрежденія, которому государство предоставило право раздавать привилегіи.

²⁾ Здѣсь, какъ и при потерѣ владѣнія (l. 8 D. de A. v. A. P. 41. 2), требуется *in contrarium agi*.

³⁾ L. 7 § 2 D. quod cui. univ. 3. 4 гласитъ: „Sed si universitas ad unum recidit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis“. Но тоже должно сказать, „когда, на примѣръ, въ какомъ либо городѣ въ короткое время вымрутъ вслѣдствіе повальной болѣзни всѣ члены какого нибудь ремесленнаго цеха“, Савиньи II стр. 280. См. также Пухта § 28 s. (съ удачною ссылкой на l. 85 §. 1. D. de R. l. 50. 17: „Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet

жить быть уничтожена даже опредѣленіемъ о ея закрытіи, постановленнымъ ея нынѣшними членами, тогда какъ внѣ этого предположенія существованіе ея такимъ опредѣленіемъ несомнѣнно прекращается *).

§ 62.

Что касается судьбы имущества прекратившагося юридическаго лица, то во первыхъ несомнѣнно, что съ прекращеніемъ юридическаго лица не уничтожаются принадлежащія отдѣльнымъ лицамъ права на это имущество; точно также и права членовъ корпораціи на имущество послѣдней. Посему, если корпораціонное имущество подлежитъ раздѣлу между членами корпораціи по его стоимости (§ 58), то это отношеніе продолжается и послѣ прекращенія общества; разница тутъ лишь въ томъ, что теперь идеальный раздѣлъ можетъ превратиться въ реальный. Помимо этого случая слѣдуетъ различать, постановило ли прекратившееся юридическое лицо до своего прекращенія опредѣленіе будущей участи своего имущества или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ опредѣленіе это подлежитъ исполненію, во второмъ случаѣ имущество юридическаго лица какъ безхозайное поступаетъ къ государству. Такое опредѣленіе не мыслимо для заведенія или учрежденія, имущество коего не можетъ быть отдѣлено отъ даннаго ему назначенія. По отношенію къ корпораціи для такого рода опредѣленія требуется: 1) единогласіе во всякомъ случаѣ; 2) утвержденіе государства, если имущество корпораціи предназначено не для одного лишь частнаго пользованія членовъ корпораціи; 3) законодательное уполномочіе (Autorisation), если дѣло идетъ объ имуществѣ, пользованіе которымъ предоставлено лицамъ, слѣ-

ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt" и Арндтса §. 45 прим. 1. Иначе Синтенисъ I §. 15 прим. 29.

4) Здѣсь разумѣется существованіе ея какъ юридическаго лица, ибо отпадаетъ субстратъ, то-есть совокупность составляющихъ ее лицъ. Корпорація не постановляетъ опредѣленія о томъ, что она хочетъ перестать быть юридическимъ субъектомъ, а только члены ея рѣшаютъ о томъ, чтобы разойтись. Вотъ это-то и нужно сказать противъ Пухты §. 28. ч. и Rechtslexicon III стр. 73, Синтениса I §. 15 прим. 31, ср. Унгера krit. Ueberschau VI стр. 176—178. Само собою разумѣется, что для такого опредѣленія требуется единогласіе. Если не состоитъ единогласія, то корпорація продолжается въ лицѣ не соглашающихся на выходъ изъ нея, тогда какъ другимъ не возбраняется выбыть изъ нея.

дующимъ другъ за другомъ въ напередъ опредѣленномъ порядкѣ (§ 59) ¹⁾.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

ВОЗНИКНОВЕНІЕ, ПРЕКРАЩЕНІЕ И ИЗМѢНЕНІЕ ПРАВЪ.

I. Вообще.

Возникновеніе и прекращеніе.

§ 63.

Права возникаютъ вслѣдствіе конкретнаго осуществленія тѣхъ событій (Thatbestände), коимъ юридическій порядокъ сообщаетъ силу порождать такого рода право. Права прекращаются вслѣдствіе конкретнаго осуществленія тѣхъ событій, коимъ юридическій порядокъ сообщаетъ силу уничтожать такого рода право. Что касается притязаній (Ansprüche), то они могутъ уничтожаться не только прямо, то-есть, такъ что съ даннаго момента притязаніе юридически совершенно не признается, но и косвенно, то-есть, такъ, что хотя притязаніе само по себѣ все еще признается, но можетъ быть устранено посредствомъ возраженія. Впрочемъ, можетъ также случиться, что притязаніе съ самаго своего возникновенія будетъ связано возраженіемъ ¹⁾.

Измѣненіе.

§ 64.

Права могутъ измѣняться, и не уничтожаясь. Другими словами, существо права остается тѣмъ же, а измѣняются лишь

¹⁾ Мнѣніе, будто имущество прекратившейся корпорація всегда переходитъ къ § 62. ея членамъ, столь же ошибочно, какъ и мнѣніе противоположное. Первое нельзя доказать изъ 1. 3 pr. D. de colleg. 47. 22, гдѣ говорится о союзахъ, что хотя бы юридическое лицо и существовало, но вслѣдствіе недовольности союза оно не существуетъ. Ср. Ун г е р а krit. Ueberschau VI стр. 178. 179, А р и д т с а §. 45 прим. 6.

¹⁾ Ср. §. 47.

свойства его. Такъ какъ существо права остается тѣмъ же, то по отношенію къ тому, на что не простирается измѣненіе, продолжается дѣйствовать все то, что имѣло силу для даннаго права и до измѣненія ¹⁾).

Измѣненіе можетъ касаться какъ содержанія, такъ и субъекта правъ.

Содержаніе ²⁾ права можетъ измѣниться либо въ количественномъ, либо въ качественномъ отношеніи. Въ количественномъ отношеніи: нынѣшнее состояніе права можетъ отличаться отъ прежняго только тѣмъ, что оно становится больше или меньше его, какъ напримѣръ, когда состоящая въ чьей-либо собственности вещь увеличивается отъ намыва, или когда вѣритель получаетъ неполное удовлетвореніе. Въ качественномъ отношеніи: право доставляетъ теперь другой родъ юридическаго господства чѣмъ прежде, каково, напримѣръ, право собственности послѣ его нарушенія (§ 43), или же когда и родъ юридическаго господства, остается безъ измѣненія, но измѣняется лишь то, что въ силу этого господства можно было требовать, каковъ, напримѣръ, случай, когда право требовать доставленія какой-либо индивидуальной вещи превращается въ право требовать денежнаго вознагражденія отъ должника, который по собственной винѣ не можетъ доставить эту вещь. При этомъ можетъ случиться еще, что право будетъ продолжать свое существованіе, но лишь въ измѣненномъ видѣ, какъ въ только-что указанномъ примѣрѣ, или же принятый правомъ новый видъ не производитъ никакого измѣненія въ первоначальномъ составѣ права, какъ это можно видѣть изъ перваго вышеприведеннаго примѣра ³⁾).

§ 65.

Субъектъ ⁴⁾ правъ можетъ измѣняться отъ того, что мѣсто

§ 64. ¹⁾ Вотъ въ чемъ заключается практическій интересъ различія между измѣненіемъ права и возникновеніемъ новаго права на мѣсто прежняго.

²⁾ Ср. Савиньи III стр. 4.

³⁾ Собственникъ не перестанетъ быть собственникомъ со всѣми входящими въ составъ права собственности управомочіями лишь вслѣдствіе того, что пріобрѣтъ притязаніе противъ опредѣленнаго лица, незаконно удерживающаго вещь. Видъ притязанія это есть не столько новое право, сколько прежнее право въ новой функціи (intentio этого actio простирается не на *restitui oportere*, но на *rem actoris esse*).

§ 65. ⁴⁾ Ср. Савиньи III §. 105, Вехтера IV §. 79. 80, Унгера II §. 74.

прежняго субъекта заступаетъ новый. Въ обязательственныхъ правахъ можетъ измѣняться не только управомоченный, но и обязанный субъектъ. Такое вступленіе одного субъекта на мѣсто другаго технически называется (юридическимъ) преемствомъ (*successio*); новый субъектъ права называется (юридическимъ) преемникомъ (*Nachmann, successor*), а прежній (юридическимъ) предмѣстникомъ (*Vormann*)*.

Не всѣ права могутъ мѣнять своего субъекта; главнымъ образомъ юридическое преемство осуществляется въ области имущественнаго права. Въ этой области преемство можетъ касаться или имущества какъ цѣлаго (§ 42), и слѣдовательно, всѣхъ его составныхъ частей, или же только отдѣльныхъ частей имущества; поэтому различается общее, универсальное преемство (*Gesamtnachfolge*), и сингулярное или частное преемство (*Sondernachfolge*)^{2*}.

²⁾ Гассе Arch. f. civ. Pr. V стр. 19 и сл.—Римскія выраженія суть: *succedere* (*successio*) *in universum ius, in omne ius, in ius (iuris successor)*, *per universitatem* (*universitatis successio*), *in universa bona — in rem, in rei dominum, in singularum rerum dominum*. Выраженія *succedere* etc. употребляются еще просто для обозначенія общаго преемства. Ср. l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et tr. 21. 3, l. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 3 pr. D. de B. P. 37. l. l. 9. §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 1 §. 13 D. quod. leg. 43. 3, l. 24 §. 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 1 §. 13 D. quod. leg. 43, 3, l. 24 §. 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13. Гассе в. п. с. стр. 40 и сл., Савиньи в. п. с. стр. 17 и сл.—Выраженіе *succedere* (*successio*) *in locum* не всегда означаетъ юридическое преемство; оно употребляется и въ томъ случаѣ, когда съ возникновеніемъ новаго права мѣсто прежняго управомоченнаго занимаетъ новое лицо.

Дернбургъ Arch. f. civ. Pr. XLI стр. 3 и сл. (Закладное право II).

³⁾ Указанное понятіе юридическаго преемства въ послѣднее время часто оспаривалось то относительно юридическаго преемства вообще, то относительно сингулярнаго преемства, и притомъ на основаніи того воззрѣнія, что субъектъ есть существенная принадлежность права и что потому съ переимѣною субъекта и самое право должно стать инымъ. Сюда относятся: Кунце *die Obligation* и т. д. §. 15—20, Нейнеръ *Wesen und Arten der Privatverhältnisse* и т. д. стр. 116 и сл., Сальпиусъ *Novation und Delegation* стр. 345 и сл. Кунце утверждаетъ, что при сингулярномъ преемствѣ прежнее право не продолжается, но изъ „матеріи“ (*Stoff*) прежняго права создается новое; тоже говоритъ Сальпиусъ; равнымъ образомъ по мнѣнію Нейнера при юридическомъ преемствѣ переходитъ не право, но лишь „матерія (содержаніе) права“ (*Rechtsstoff*). Но что эта отправная точка ошибочна, видно уже изъ того, что право можетъ существовать и безъ всякаго субъекта (§. 49 прим. 2). Но даже независимо отъ

Бездѣйствіе правъ (Ruhe der Rechte).

§ 65а.

Съ прекращеніемъ правъ не слѣдуетъ смѣшивать бездѣйствіе ихъ. Бездѣйствующее право подобно прекратившемуся не имѣетъ дѣйствія; но лишь только отпадаетъ фактъ, коимъ исключалось его дѣйствіе, оно снова получаетъ силу, не нуждаясь въ новомъ возникновеніи ¹⁾).

этого, права получаютъ индивидуальность, свое отличіе отъ другихъ правъ тотчасъ при своемъ возникновеніи; всякое право есть тотъ индивидъ, каковымъ оно является въ дѣйствительности, потому именно, что оно основывается на этомъ конкретномъ правопроизводящемъ фактѣ. Иначе право А требовать отъ В 100 р. въ силу займа и право А требовать отъ В 100 руб. въ силу купли-продажи были бы одно и тоже право. А потому если на правопроизводящее событіе, на которое прежде могъ сослаться А, теперь можетъ сослаться В, то В имѣетъ право, не одинаковое съ А, а тоже самое, тождественное право. Противъ Кунце высказывались: Виндшейдъ *die Actio* и. т. д. стр. 157—160, Бельеръ *Heidelb. krit. Zeitschr.* III стр. 452—455, Арндтсъ §. 56. прим. 2, Унгеръ II §. 74 прим. 4; Гюргенсъ *Jahrb. f. Dogm.* VIII стр. 223 и сл. Сальпиусъ изъ своего воззрѣнія выводитъ то послѣдствіе, что въ новация заключается преемство. Противъ этого см. Г. Витте *krit. VJSchr.* VIII стр. 371 и сл.—И Бриндъ (*Jahrb. d. gem. R.* III. стр. 31. 32) полагаетъ сущность юридическаго преемства въ томъ, что право преемника возникаетъ изъ права предѣстника; при этомъ однако онъ не раздѣляетъ мнѣнія, что право преемника не есть тоже право предѣстника, но это тождество, говоритъ онъ, имѣетъ мѣсто не только въ юридическомъ преемствѣ, но напримѣръ, и въ давностномъ владѣніи,—выводъ, который, какъ мнѣ кажется, вовсе не вытекаетъ изъ выставленныхъ Бриндомъ посылокъ. Экснеръ *Tradition* стр. 1 прим. 2.—Ленцъ (*Recht des Besitzes* стр. 45—76) обсуживаетъ это отношеніе такъ: прежній субъектъ отказывается отъ своего права на данный объектъ съ тѣмъ, чтобы господство надъ этимъ объектомъ, ставшимъ теперь безхозяйнымъ, приобрѣтено было другимъ. Это мнѣніе находится въ связи съ его своеобразнымъ и страннымъ воззрѣніемъ на сущность (субъективнаго) права вообще, воззрѣнія, по которому основаніе права заключается не въ юридическомъ порядкѣ, но въ волѣ управомоченнаго (ср. §. 150 прим. 1). Ср. также Бремера *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XX стр. 70 прим. 27.

§ 65а. ¹⁾ Примѣры: собственность на извѣстную вещь, которая соединена съ другою вещью какъ ея составная часть (§. 188 прим. 7, §. 189 прим. 4). *Actio potalis*, когда рабъ и др., которыми этотъ *actio* обусловленъ, перешелъ въ собственность и т. д. вѣрителя, *Gai.* IV. 78. Рексель въ рукахъ должника, *A. D. W. O.* статья 10, Кунце *Wechselr.* стр. 84. 86). Бездѣйствіе права отчасти: напр. залоговаго права на собственную вещь (§. 248 прим. 26 и сл.).

Приобрѣтеніе и потеря правъ.

§ 66.

Приобрѣтеніе права есть соединеніе права съ опредѣленнымъ субъектомъ; потеря права есть разъединеніе права отъ субъекта, съ коимъ оно было соединено.

Приобрѣтеніе права не всегда есть вмѣстѣ съ тѣмъ возникновеніе его. Первое всегда совпадало бы съ послѣднимъ, если бы не существовало юридическаго преемства; но юридическій преемникъ приобретаетъ право, возникшее не въ самый моментъ приобретенія. Равнымъ образомъ утрата права юридическимъ предметникомъ не есть еще прекращеніе права ¹⁾.

Приобрѣтеніе права, происходящее путемъ юридическаго преемства, составляетъ видъ производнаго приобретенія. Подъ производнымъ приобретеніемъ разумѣтся всякое приобретеніе, которое опирается на существующее уже право, такъ что приобретенное право выводится отъ права, которое уже существенно. Кромѣ приобретенія путемъ юридическаго преемства сюда же относится случай, когда изъ существующаго права рождается право другого рода, напримѣръ, изъ права собственности сервитутъ 1а). Тотъ, отъ права котораго производится приобретенное право, называется юридическимъ предметникомъ (*auctor, Rechtsurheber*)²⁾. Противоположность производному приобретенію образуетъ самостоятельное приобретение ³⁾.

¹⁾ Другая причина, почему не необходимо совпадаютъ приобретеніе и возникновеніе, потеря и прекращеніе права заключается въ возможности бессубъектнаго существованія правъ. § 66.

1а) Экснеръ Tradition стр. 1—4.

²⁾ *Auctor. L. 175 §. 1 D. de R. I. 50. 17 (ср. l. 54. 1 177 pr. eod.)*. Это выраженіе употребляется преимущественно для означенія сингулярнаго преемства; ср. однако, *L. un C. Hermog de success. 12*.

³⁾ Обычныя названія суть; производное (*derivativer*) и первоначальное (*originärer*) приобретеніе. Послѣднее выраженіе замѣнено здѣсь выраженіемъ: самостоятельное приобретеніе въ томъ именно смыслѣ, что это приобретеніе есть такое, которое носитъ въ самомъ себѣ свое происхожденіе (*origo*).

Юридическіе факты.

§. 67.

Отдѣльные моменты событій, коими обусловливаются возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ, называются юридическими фактами. Событіе (Thatbestand) можетъ состоять изъ одного факта или изъ совокупности нѣсколькихъ фактовъ. Въ послѣднемъ случаѣ факты, образующіе событіе, могутъ не совпадать по времени; это возможно напримѣръ, въ томъ случаѣ, когда воля лицъ вступающихъ въ договоръ, изъяслена ими не одновременно; несовпаденіе фактовъ бываетъ и неизбѣжное, напр. давностное владѣніе предполагаетъ сначала извѣстный фактъ овладѣнія, а затѣмъ продолженіе въ теченіе извѣстнаго срока самого владѣнія ¹⁾.

Юридическіе факты могутъ быть не только положительнаго, но и отрицательнаго свойства. Напримѣръ, упущеніе, бездѣйствіе, можетъ имѣть юридическія послѣдствія точно также какъ и дѣйствіе.

Имѣетъ ли данный фактъ юридическое дѣйствіе и какое именно, этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшаемъ и не при самомъ осуществленіи факта, а только при наступленіи послѣдующихъ отношеній; въ послѣднемъ случаѣ фактъ остается до времени въ состояніи неизвѣстности или колебанія. (Schwebe) ²⁾.

§ 67. ¹⁾ Ср. Игеринга Geist d. röm. R. III стр. 143 и сл.

²⁾ Въ подобно зъ случаѣ источники говорятъ: *pendet, in pendent, in suspensio est*, или о правоотношеніи (напр. *dominium* l. 12 §. 5 l. 25 §. 1 D. de usufr. 7. l. causa obligationis l. 20 D. de don. i. v. e. u. 24. l. servi status l. 86 §. 2 D. de leg. I. 30), или о самомъ фактѣ (напр. *traditio, stipulatio*, l. 14 §. 1 D. de castr. pec. 49. 17, *alienatio* l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7. *mutui datio* l. 8 D. de R. C. 12. 1, *actus* l. ult. comm. praed. 8. 4). Но въ подобномъ случаѣ фактъ не всегда лишень всякаго немедленнаго дѣйствія; можетъ случиться, что онъ уже и теперь въ состояніи проявить, если не собственно ему принадлежащее, то другое дѣйствіе. Такъ, переданное вслѣдствіе условнаго изъясненія воли право можетъ быть приобрѣтено не прежде, какъ исполнится условіе; но передающій во всякомъ случаѣ немедленно же связанъ, онъ уже не можетъ воспрепятствовать приобрѣтенію права въ случаѣ осуществленія условія (§. 89). Только тамъ гдѣ является такое отношеніе, имѣетъ юридическое значеніе и понятіе будущаго права; въ остальныхъ же случаяхъ будущее право вовсе не есть право (ср. Унгера II стр. 7. 8). Это же отношеніе имѣется въ виду у одного изъ новыхъ писателей (Фиттингъ über den Begriff der Rückziehung (1836), который выставилъ понятіе „предварительнаго дѣйствія“ (Vorwirkung).

Юридическіе факты обыкновенно оказываютъ свойственное имъ юридическое дѣйствіе только на предстоящее время; короче, они дѣйствуютъ лишь на будущее время. Но случается также, что положительное право сообщаетъ извѣстному факту вліяніе на предшествующее ему время, на прошлое, то-есть, оно предписываетъ, чтобы нынѣ наступившее дѣйствіе факта считалось какъ бы наступившимъ прежде³⁾. Въ этомъ случаѣ говорятъ, что фактъ имѣетъ обратную силу, или что ему придано обратное дѣйствіе⁴⁾.

Это послѣднее отношеніе можно выразить еще такъ: данное отношеніе должно быть обсуживаемо такъ, какъ будто самый фактъ наступилъ еще прежде. Равнымъ образомъ случается, что какое либо юридическое правило предписываетъ, чтобы извѣстное событіе имѣло такую же юридическую силу, какъ еслибы этотъ фактъ имѣлъ иное содержаніе. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о фикціи⁵⁾

Ср. рецензіи на это сочиненіе Виндшейда въ *Heidelb. krit. Zeitschr.* IV стр. 49 и сл. и Шейрля въ *krit. Ueberschau* V стр. 24 и сл., далѣе Арндтса §. 57 прим. 2, Вангеровъ I стр. 553. 536 ugg. 7.

³⁾ L. 193 D. de R. I. 50. 17. „*Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent*“. L. 138. pr. eod., l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2.—L. 44. §. 1 D. de leg. I^o 30:—„*ubi legatarius non repudiavit retro ipsius fuisse videtur (sc res legata), ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis*“. L. 86 §. 2 eod.—L. 35 ad leg. Aq. 9. 2:—„*retro accrevisse dominium ei videtur*“.—L. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1:—„*retro fructuarii fuisse*“. L. 43 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1.—Cp. l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7:—„*pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro fiant nummi accipientis*“. L. ult. D. comm. praed. 8. 4:—„*cum... postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur*“ L. 17 §. 2 D. de furt 47. 2. (II §. 394 прим 2.).

⁴⁾ L. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28:—„*cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quae ab initio subsequuta sunt*“. L. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16.—„*confirmatio ad illud tempus refertur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt*“. Въ l. II §. 2. 9. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 и l. 40 D. de m. c. don. 39. 6 о самомъ подтвержденномъ ничтожномъ юридическомъ актѣ говорится: *retro agitur, reducitur* (насколько подтвержденіе ничтожнаго юридическаго акта есть собственно. новое совершеніе его). Въ l. 15 D. de reb. dub. 34. 5 говорится вообще: *res retro ducitur*.—Ср. объ этомъ отношеніи цитированное въ прим. 2 почтенное сочиненіе Фиттинга.

⁵⁾ Римское право особенно любитъ прибѣгать къ фикціямъ. Такъ, въ формулѣ *аррогаціи* говорится (Gell. Noct. Att: V. 19. 9), что усыновленный долженъ стать

§. 68.

Изъ обзора различныхъ юридическихъ фактовъ видно, что важнейшее основаніе возникновенія, прекращенія и измѣненія правъ составляютъ:

- 1) направленные къ тому изъявленія воли частныхъ лицъ; такія изъявленія воли называются юридическими актами или сдѣлками (*Rechtsgeschäfte*). Имъ противопоставляются
- 2) судебныя изъявленія воли и
- 3) всѣ остальные факты. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ говорить о возникновеніи правъ по закону ¹⁾.

Не всѣ юридическіе факты требуютъ и допускаютъ такое общее разсмотрѣніе, въ какомъ они здѣсь единственно возможны и должны быть представлены. Такому обобщенію можно подвергнуть лишь слѣдующіе юридическіе факты:

- 1) юридическія сдѣлки (§. 69—100);
- 2) недозволенное (*unerlaubtes Verhalten*) (§ 101);
- 3) истеченіе времени. Но не только само время можетъ быть юридическимъ фактомъ, но и иной фактъ, лишь по отношенію времени, можетъ стать юридическимъ. По этому можетъ быть рѣчь о юридическомъ значеніи времени вообще. (§. 102—113) ²⁾.

въ такое же положеніе, какъ еслибъ онъ произошелъ отъ усыновителя. Вмѣсто того, чтобы сказать, что юридическая свобода римскаго гражданина не утрачивается чрезъ взятіе его въ плѣнъ неприятелемъ, римское право говоритъ о немъ, что онъ разсматривается какъ вовсе не бывшій въ плѣну, все равно вернется ли онъ изъ плѣна или же умретъ въ немъ, l. 12 §. 6. l. 16. 18. 22 pr. D. de capt. 49. 15. Ср. Демелиуса *die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung* (1858), и на него реценз. Арндтса *krit. VISchr.* I стр. 93 и сл. Теперь также Игеринга *Geist des röm. R.* II стр. 284—292. (Унгеръ *österr. Erbrecht* §. 7 прим. 10).

§ 68. ¹⁾ Въ основѣ этого весьма употребительнаго обозначенія лежитъ слѣдующее представленіе: права возникаютъ 1) посредствомъ человѣческой воли, 2) посредствомъ воли закона. Нѣтъ надобности объяснять, что рѣшительное значеніе и въ первомъ случаѣ имѣетъ не воля человѣка, а воля закона, одарившая первую волю юридическою силою.

²⁾ Въ учебникахъ придается также смерти значеніе общаго факта, именно при исчисленіи исковъ, прекращающихся вслѣдствіе смерти управомоченнаго или обязаннаго лица, см. напр. Савиньи V. § 230, Пухта § 88, Арндтса §. 104). Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее: 1) если въ римскомъ правѣ говорится, что есть *actiones*, прекращающіеся вслѣдствіе смерти управомоченнаго или обязаннаго лица (ср. напр. § 1 I. de perpet et temp. act. 4 12),

Но есть еще ученіе, относящееся къ юридическимъ фактамъ вообще, именно ученіе о возвращеніи въ прежнее состояніе; о немъ слѣдуетъ сказать въ концѣ (§ 114—120).

II. Юридическіе факты.

А. Понятіе и виды.

§ 69.

(Подъ юридическимъ актомъ разумѣется изъясненіе частной воли о томъ, чтобы извѣстное право возникло, прекратилось или измѣнилось ¹⁾.)

то эти actiones по нашему суть притязанія (§. 44); 2) если перечислять притязанія, не переживающія смерть субъекта, то нѣтъ никакого основанія нецѣлать того же и по отношенію къ правамъ вообще; 3) не видно никакой пользы отъ перечисленія правъ и притязаній, прекращающихся со смертью субъекта; достаточно замѣтить, что существуютъ такіа права, а относительно подробностей достаточно указать на особенностіа юридическаго ученія. Ср. Виндшейда die Actio и т. д. § 5.— О т. н. concursus actionum см. §. 121 прим. 9.

¹⁾ Относительно опредѣленія юридическаго акта (Rechtsgeschäft) писатели § 69. не совсѣмъ согласны между собою. Ср. Бухгольца jur Abhandl. № 9, Савинья III стр. 5. 6, Синтенисъ I §. 19 прим. 1, Вехтера II стр. 634. 635, Унгера II стр. 40. Нельзя сказать, что юридическій актъ есть изъясненіе воли, направленное на установленіе и т. д. права (Пухта §. 49, Аридтсъ §. 63), ибо изъ этого слѣдовало бы, что и судебное рѣшеніе есть юридическій актъ. (Противъ этого Аридтсъ въ 5 изд. замѣчаетъ, что не противно правиламъ языка будетъ называть юридическимъ актомъ и рѣшеніе. Не противно языку, но и не употребительно; и притомъ къ рѣшеніямъ менѣе всего могутъ быть примѣняемы тѣ же начала, которыя имѣютъ силу по отношенію къ юридическимъ актамъ. Ферстеръ Preusz. Privatr. I стр. 130 прим. 3 говоритъ: судебное рѣшеніе есть именно рѣшеніе, а вовсе не изъясненіе воли. Неужели и осужденіе (condemnatio) и присужденіе чего-либо (adjudicatio)?). Съ другой стороны опредѣленіе будетъ узко, если ограничить его собственными правоотношеніями изъясляющаго волю; юридическій актъ можетъ быть также направленъ на опредѣленіе правоотношеній третьяго лица, такъ, напр., отказъ вещи, не принадлежащей наследодателю. Вехтеръ II стр. 636 прим. 4. — Аридтсъ в. п. с. въ 5 изд. сверхъ того возражаетъ противъ моего опредѣленія, что существуютъ и международные юридическіе акты. Но мнѣ кажется, что для системы гражданскаго права гораздо болѣе интереса, чтобы опредѣленіемъ устранить мысль о судебномъ рѣшеніи, чѣмъ мысль о международномъ договорѣ. При-

Важнѣйшее дѣленіе юридическихъ актовъ есть дѣленіе ихъ на односторонніе и двусторонніе. Именно, юридическій актъ возникаетъ либо чрезъ изъясненіе воли одного лица, либо отъ соединенной воли нѣсколькихъ лицъ; точнѣе: изъясненная однимъ лицомъ воля должна быть понятна и подтверждена посредствомъ изъясненія воли другаго. Двусторонній актъ принято называть договоромъ (*Vertrag*) ²⁾. Договоръ находитъ себѣ примѣненіе не только, въ сферѣ обязательственнаго права ³⁾, но и во всей области права ⁴⁾.

Кромѣ того, юридическіе акты бываютъ еще обременительныя и дарственные (*lästige und wohlthätige, onerosa et lucrativa negotia*) ⁵⁾, смотря потому, требуютъ ли они отъ совершителя какого-либо пожертвованія (все равно будетъ ли послѣднему соответствовать какая нибудь выгода или нѣтъ), или же доставляютъ ему только выгоду. Далѣе бываютъ юридическіе акты (сдѣлки) между живыми и на случай смерти ⁶⁾; подъ послѣдними разумѣются тѣ акты, которые имѣютъ своимъ назначеніемъ опредѣлить правоотношенія изъясляющаго волю послѣ его смерти.

Въ заключеніе нужно указать еще на понятія отчужденія и отреченія ⁷⁾.

томъ и въ международномъ договорѣ контрагенты суть представители частнаго интереса. Въ этомъ смыслѣ я затѣилъ выраженіе, употребленное мною въ 1 изданіи: изъясненіе воли частнаго лица выраженіемъ: частное изъясненіе воли.

²⁾ *Pactio, conventio*. L. 1 §. 2. 3 D. de pactis 2. 14; ср. l. 3 pr. D. de pollicit. 50. 12. О понятіи договора см. именно Бекинга I §. 103 прим. 12, Кунце *Inhaberpapiere* §. 81.

³⁾ Савиньи III §. 140. 141, Унгеръ II §. 93.

⁴⁾ Примѣнимость юридическихъ актовъ только въ обязательственному праву составляло прежде господствующее воззрѣніе. Это происходило оттого, что не отличали различные виды обязанностей, что отождествляли понятіе обязанности съ *obligatio*. Еще и теперь этого взгляда держится Вангеровъ (I §. 311 прим. 4. §. 350 прим. 1 № 1, впрочемъ, въ 7 изданіи онъ отдѣляетъ только „договоры въ собственномъ смыслѣ“). См. противъ него Арндтса §. 63 прим. 1.

⁵⁾ Другіе говорятъ: возмездныя и безвозмездныя юридическіе акты. Въ источникахъ рѣчь идетъ о приобрѣтеніи *ex causa lucrativa* (напр. l. 13. §. 15 D. de A. E. V. 19. 1; а конечно, вовсе не о приобрѣтеніи и *ex causa onerosa*.

⁶⁾ *Inter vivos — mortis causa*, эти выраженія согласны съ источниками, см. напр. l. 25 pr. D. de inoff. 5. 2. Ср. Гассе *Rhein. Mus.* II стр. 211 — 218.

⁷⁾ *Alienatio; renuntiatio*.

Объ отчужденіи ⁸⁾ можно говорить въ различныхъ смыслахъ. Въ тѣсномъ и истинномъ смыслѣ подъ отчужденіемъ разумѣется такой юридическій актъ, посредствомъ котораго одно лицо переноситъ принадлежащее ему право на другое лицо ⁹⁾. Въ болѣе обширномъ смыслѣ объ отчужденіи говорятъ и въ томъ случаѣ, когда отъ права просто отказываются, безъ перенесенія его на другое лицо ¹⁰⁾. Но отчужденіе понимается еще въ самомъ широкомъ смыслѣ, такъ что оно выступаетъ изъ сферы юридическихъ актовъ; именно, подъ нимъ разумѣютъ также всякое добровольное дѣйствіе, влывающееся въ потерю права, хотя бы потеря эта основывалась не на изъявленной волѣ теряющаго, а на чемъ нибудь иномъ ¹¹⁾. Въ какомъ именно смыслѣ слѣдуетъ понимать это выраженіе, это разрѣшается особо для каждаго юридическаго правила, въ которомъ оно встрѣчается ¹²⁾.

⁸⁾ Савиньи IV §. 145 — 148, Вехтеръ II стр. 638 — 643, Унгеръ II стр. 173 — 179.

⁹⁾ Наравнѣ съ перенесеніемъ стоитъ случай, когда кто-либо только ограничиваетъ свое право правомъ, предоставленнымъ другому, l. 7 C. de reb. al. 4. 51.

¹⁰⁾ L. 5 § 8 D. de reb. eor. 27. 9. „Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat“. Ср. l. 28 pr. i. f. D. de V. S. 50. 16.

¹¹⁾ L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16 „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem“. Первой части этого мѣста Савиньи IV стр. 567 — 570 (ср. ниже §. 182 прим. 14) даетъ узкое объясненіе. См. также l. 5 §. 6. 7. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 § 1 l. 4 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Сюда же относится и случай приема платежа (Gai II. 84, l. 15 D. de sol. 46. 3), на который указываютъ Вехтеръ и Унгеръ подъ № 2.

¹²⁾ Такъ, непринятіе отказа (Vermächtnisz) есть alienatio въ смыслѣ того юридическаго правила, что малолѣтній (pupillus) не можетъ отчуждать безъ auctoritas praetoris (l. 5 §. 8. D. de reb. eor. 27. 9, ср. II §. 441 прим. 6), но оно не будетъ alienatio въ смыслѣ того юридическаго правила, что вѣритель не въ правѣ ничего отчуждать in fraudem creditorum (l. 6 § 4 D. quae in fr. cred. 42. 8, ср. II §. 463 прим. 7). Непрерываніе давности, начавшейся уже при вступленіи въ бракъ, не есть alienatio по отношенію къ запрещенію отчуждать недвижимое приданое (l. 16. D. de fundo dot. 23. 5), но оно есть alienatio по отношенію къ запрещенію даренія между супругами, насколько по крайней мѣрѣ, можетъ быть погребована обратно стоимость подареннаго (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). См. также l. 1 pr. въ связи съ l. 16 D. de fundo dotab. 23. 5, и вообще ср. Савиньи IV прил. IX, Бахера Arch. f. civ. Pr. XLVI. 8.

Подъ отреченіемъ ⁷³⁾ разумѣется просто остановленіе какого-либо права, слѣдовательно, тоже отчужденіе во второмъ изъ указанныхъ смысловъ; но въ болѣе широкомъ смыслѣ подъ понятіе отреченія подводится и изъясненіе воли не приобрѣтать какого-либо права, приобрѣтеніе котораго было бы возможно. Что именно требуется для юридической силы отреченія, объ этомъ не можетъ быть указано общаго правила ¹⁴⁾.

В. Условия дѣйствительности актовъ.

Введеніе.

§. 70.

Для того, чтобы юридическій актъ могъ привести къ тѣмъ послѣдствіямъ, на которыя онъ разчитанъ, онъ долженъ удовлетворять извѣстнымъ условіямъ. Если же онъ не удовлетворяетъ хотя одному изъ нихъ, то считается недѣйствительнымъ. О недѣйствительности юридическихъ актовъ подробнѣе будетъ сказано ниже (§ 82); однако для пониманія нижеслѣдующаго нужно уже и здѣсь замѣтить, что недѣйствительность можетъ быть двоякая: либо ничтожность акта (Nichtigkeit), такъ что недѣйствительный актъ не имѣетъ никакой силы, либо оспариваемость акта (Anfechtbarkeit), то-есть, самъ по себѣ онъ имѣетъ силу, но она можетъ быть оспорена.

{ Что касается условий дѣйствительности юридическихъ актовъ, то слѣдуетъ прежде всего сдѣлать общій ихъ обзоръ

Вообще чтобы можно было говорить о юридическомъ актѣ, необходима наличность частной изъясненной воли, направленное на возникновеніе, прекращеніе или измѣненій какого-либо права.

¹³⁾ Фрицъ въ Arch. f. civ. Pr. VIII. 15 (1825). Греббе die Lehre des Verzichtes (1843; см. о немъ krit. lahrb. f. d. RWissenschaft. 1845. стр. 831—833). Вахеръ lahrb. f. Dogm. V. 5 (1861). Савиньи IV стр. 544—547, Вехтеръ II стр. 643—650, Синтенисъ I стр. 220—223, Унгеръ II стр. 179—188, Гольцшугеръ I §. 12 № 7—18.

¹⁴⁾ Все-таки можно сказать, что для юридической силы отреченія обыкновенно недостаточно простаго изъясненія воли отрекающагося. Такъ, по отношенію къ собственности требуется физическое оставленіе (derelictio) (§ 191), а въ другихъ случаяхъ принятіе другою стороною.

Но право не за всѣми лицами признаетъ способность изъявлять волю; не всѣмъ лицамъ оно приписываетъ дѣеспособность (§. 71). Далѣе, изъявленіе воли должно получить надлежащее внѣшнее выраженіе (§. 72). Въ связи съ этимъ находится вопросъ, можно ли изъявлять волю чрезъ посредство третьяго лица (§. 73. 74). Далѣе, если изъявленіе воли съ внѣшней стороны и удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ закона, то все-таки юридическій актъ можетъ оказаться недѣйствительнымъ либо вслѣдствіе того, что изъявленіе воли не соотвѣтствуетъ дѣйствительной волѣ (§. 75—77), либо потому, что наличная дѣйствительная воля опредѣлялась ненадлежащими мотивами (§. 78—80), либо оттого, что сохраненіе ея можетъ быть противно праву (§. 81).—

Если юридическимъ опредѣленіемъ запрещается какой либо юридическій актъ или что либо требуется для его дѣйствительности, то нарушеніе такого опредѣленія влечетъ за собою недѣйствительность акта, хотя бы такое послѣдствіе не было прямо указано, развѣ постановлено иное какое-либо послѣдствіе нарушенія, не соединимое съ недѣйствительностью ¹⁾.

Юридическій актъ, которымъ обходится законъ, точно также недѣйствителенъ, какъ и актъ, коимъ законъ прямо нарушается ²⁾.

1. Дѣеспособность.

§. 71.

‘Подъ дѣеспособностью (въ юридическомъ смыслѣ) разумѣется предоставляемая правомъ способность совершать дѣйствія, имѣющія юридическія послѣдствія; въ примѣненіи къ юридическимъ актамъ ¹⁾ она есть способность порождать путемъ изъявленія воли такія юридическія послѣдствія, которыя свойственны этого рода изъявленіямъ.’ Эту способность право признаетъ не за всѣми ли-

¹⁾ L. 5 C. de legib. 1. 14; c. 64 de R. J. in VI^o 5. 12. Зейф. Arch. III. 258. § 70.

²⁾ L. 29. 30 D. de legib. 1. 3, 1. 5. C. cit.

¹⁾ Главнѣйшее, хотя не исключительное примѣненіе ученіе о дѣеспособности § 71: находитъ себѣ въ сферѣ юридическихъ актовъ; здѣсь-то оно и получило свое особое развитіе. А потому кажется цѣлесообразнымъ отступить отъ господствующаго обычая и изложить его именно по отношенію къ юридическимъ актамъ, а не вообще по отношенію къ дѣйствіямъ.

цами; инымъ оно предоставляетъ ее лишь въ ограниченномъ размѣрѣ²⁾.

1) Прежде всего право совершенно отказываетъ въ такой способности упомянутымъ (§ 54)³⁾, которые слѣдовательно посредствомъ изъявленія своей воли не могутъ поставить себя ни въ худшее, ни въ лучшее положеніе⁴⁾. Право признало въ этомъ случаѣ тотъ естественный фактъ, что по отношенію къ упомянутому не можетъ быть и рѣчи о какой либо волѣ.

2) Наравнѣ съ упомянутымъ стоятъ временныя помраченія ума, къ которымъ могутъ приводить болѣзнь, опьяненіе и т. п.⁵⁾.

3) Дѣти въ первомъ возрастѣ точно также лишены естественной, а слѣдовательно, вполне и юридической дѣеспособности⁶⁾. Это состояніе по римскому праву продолжается до 7-лѣтняго возраста (§ 54).

4) Невзрослыя лица, переступившія дѣтскій возрастъ, хотя не вполне лишены дѣеспособности, но ограничены въ ней, и притомъ на основаніи слѣдующихъ правилъ:

а) Недостигшіе половой зрѣлости (*Geschlechtsunreife, impuberes*)

²⁾ Ср. вообще Савиньи III § 106—112.

³⁾ Рейшеръ über die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. deutsch. R. XIII. 9 (1852). Арнольдъ das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861).

⁴⁾ §. 8 I. de inut. stip. 3. 19, l. 5 D. de R. I. 50. 17, l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 § 12 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 §. 12 cit. „Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est“. Ср. Зейф. Arch. III. 139. Но въ свѣтлыхъ промежуткахъ (Бергъ juristische Beobachtungen und Rechtsfälle III. 22) имѣть мѣсто полная дѣеспособность, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70, l. 9. C. qui test. 6. 22, l. 2 C. de contr. emt. 4. 38. По новѣйшимъ законодательствамъ это не допускается, какъ скоро упомянутое объявлено судомъ. Арнольдъ в. п. с. стр. 49—52.

⁵⁾ L. 17 D. qui test. 28. 1. Объ опьяненіи ср. Зейф. Arch. III. 4. 140, XIII. 140. Къ потери разсудка приводятъ и высшая степень гнѣва; но самъ по себѣ гнѣвъ не составляетъ причины недействительности. Слишкомъ общія слова Павла въ l. 48 D. de R. I. 50. 17 могутъ быть правильно поняты при соображеніи l. 3 D. de div. 24. 2, гдѣ эти слова приведены въ пользу.

⁶⁾ L. 1 §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7, §. 10 I de inut. stip. 3. 19. Такъ какъ у дѣтей нѣтъ истинной воли, то изъявлять свою волю они не могутъ даже при содѣйствіи опекуна, l. 1 §. 2 D. de adm. 26. 7. Единичныя исключенія въ l. 32 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Ср. §. 155 прим. 13.

(§. 54) безъ содѣйствія опекуна не могутъ ухудшать свое юридическое положеніе; всякій направленный къ тому юридическій актъ, совершенный ими безъ содѣйствія опекуна, ничтоженъ ⁷⁾).

в) Несовершеннолѣтніе, достигшіе половой зрѣлости (geschlechtsreife Minderjährige) (§ 54) безъ согласія своего опекуна не могутъ заключать ни одной юридической сдѣлки, направленной на отчужденіе чего нибудь; отсутствіе надлежащаго согласія и здѣсь ведетъ къ ничтожности сдѣлки ⁷⁾).

с) ¹⁾ Отчужденія, совершенныя несовершеннолѣтними, достигшими или недостижными половой зрѣлости, въ извѣстной степени ничтожны и въ томъ случаѣ, когда они заключены безъ согласія высшаго опе-

⁷⁾ Pr. §. 1 I. de auct. 1. 21, l. 9 pr.—§. 4 D. eod. 26. 8, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1. Содѣйствіе опекуна: auctoritas tutoris. Объ условіяхъ его въ отлічіе отъ простаго согласія см. §. 2 I. de auct. 1. 21. l. 9 §. 5. 6. 1. 8 D. eod. 26. 8. Рудорфъ *Recht der Vormundschaft* II. §. 126. Причину, почему tutor долженъ непосредственно содѣйствовать при юридическихъ актахъ, Игерингъ (*Reist d. röm. R.* стр. 146 II § 126) усматриваетъ въ одной только, въ послѣдствіи исчезнувшей, особенности древняго права. Ср. впрочемъ и II §. 442 прим. 3. Завѣщанія не получаютъ силы даже чрезъ содѣйствіе опекуна. Равнымъ образомъ для вступленія въ бракъ безусловно требуется половая зрѣлость.

⁸⁾ L. 3 C. de i. i. g. min. 2. 22. Въ этомъ мѣстѣ рѣчь идетъ лишь о продажахъ, но не подлежитъ сомнѣнію, что предписаніе его должно быть распространено и на всѣ юридическіе акты, содержащіе въ себѣ отчужденіе (§ 69). Исключеніе, дѣлаемое этимъ мѣстомъ въ пользу minor sine curatore constitutus, не имѣетъ уже практическаго значенія, такъ какъ нынѣ несовершеннолѣтніе непременно должны имѣть опекуна. По прежде господствовавшему, да еще и нынѣ многими раздѣляемому мнѣнію, римское право будто бы точно также объявляло ничтожными всѣ обязательства, въ которыя несовершеннолѣтній вступалъ безъ согласія попечителя, въ противность l. 101 de V. O. 45. 1: „Puberes sine curatore sive suis possunt ex stipulatu obligari“; такое мѣсто „очевидно должно быть не толкуемо, а лишь принято“ (Бринцъ I стр. 43). Ср. объ этомъ спорномъ вопросѣ Мареццолля *Zeitschr. f. civ. u. Pr.* II. 12 (1829), Вангерова I §. 291 прим. 2, а съ другой стороны Пухта §. 51 д. и Vorles. I стр. 113 — 115, Пфейфера *prakt. Ausführungen* VII. 6; далѣе цитаты у Вангерова в. п. с. Отсутствіе согласія опекуна не влекло за собою по римскому праву ничтожности обязательства несовершеннолѣтняго лишь въ случаяхъ исключительныхъ, l. 60. 61 pr. D. de I. D. 23, 3, l. 26 C. de adm. tut. 5. 37. Но ср. съ этимъ Рудорфа zu Puchta Vorles. I. стр. 115. прим. 6 и стр. 114 прим. 3, Бринцъ I стр. 44. (Бехманъ *das römische Dotalrecht* II стр. 22 — 27).

кунскаго учрежденія. Подробно будетъ сказано объ этомъ въ ученіи объ опекахъ (II §. 441. 442 въ к^а).

д) Противъ всякаго, самого по себѣ законнаго юридическаго акта совершеннаго во время несовершеннолѣтія, все равно до или послѣ достиженія половой зрѣлости, несовершеннолѣтній можетъ требовать возвращенія въ прежнее состояніе (§ 117) (9. 9a).

5) Состоящіе подъ законнымъ прещеніемъ (9b) (interdicirte) расточители уравниваются съ недостигшими половой зрѣлости; изъясненія воли, направленные на ухудшеніе ихъ юридическаго положенія, безъ согласія ихъ опекуна ничтожны 10), а согласіе высшаго

^а) Согласіе высшаго опекунскаго учрежденія безъ согласія опекуна недостаточно: Зейф. Arch. II. 198.

^в) Таковы римскія начала. Но нынѣшнія ихъ примѣнимость весьма оспаривается. Многие утверждаютъ, что въ нынѣшнемъ правѣ уже не существуетъ различіе между дѣеспособностью *impuberes* и *minores* (выключая бракъ и завѣщаніе), что для *minores*, какъ и для *impuberes* обязательно, если не содѣйствіе, то все-таки согласіе ихъ опекуновъ. Прежде это мнѣніе даже преобладало (Глюкъ XXX стр. 54), да и въ послѣднее время въ пользу него раздавались весьма достопочтенныя голоса, см. именно Краута *Vormundschaft* II стр. 97 и сл., сверхъ того Савиньи *Zeitschr. f. geschichtl. RW.* X стр. 295 — 297, Зейф. *Pand.* §. 257. 502, Синтениса I §. 17 прим. 32 и III §. 145, прим. 1, Арндтса §. 452, прим., 1, Герберера *deutsch. Privatr.* §. 244, Бегелера *deutsch. Privatr.* §. 146. Но не было и нѣтъ недостатка въ противникахъ этого мнѣнія, см. Глюкъ XXX стр. 55 и сл. 69 и сл. 476 и сл., Рудорфа *Recht der Vormundschaft* I стр. 114 и сл. и II стр. 291, Гешена *Vorl. über das gemeine Civilr.* II. 2 §. 429, Пухта § 334, Вангерова I §. 291 прим. 2 въ к., Бринца стр. 45, Эйхгорна *Einleit. in das deutsch. Privatr.* §. 319, Миттермайера *deutsch. Privatr.* §. 428. Главный свой аргументъ первое мнѣніе заимствуетъ изъ опредѣленія R. P. O. (1548 Tit. 31 § 1, 1577 Tit. 32 §. 1) обязательности опеки для *minores*; но вѣдь больше этого, по крайней мѣрѣ, слѣдуя буквальному смыслу, оно не говоритъ. Приведенныя у Зейф. (II. 270, III. 311, XI. 25, XIII. 241) судебныя рѣшенія всѣ, впрочемъ, высказались за первое мнѣніе.

^а) Невзрослые, состоящіе подъ отеческою властью: Краутъ II §. 108; Зейф. Arch. III. 334, VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

^в) Ср. II §. 446 прим. 4.—Начинается ли дѣйствіе интердикціи прещенія съ доставленіемъ запретительнаго декрета лицу подлѣжащему прещенію или только со времени офіціального его обнародованія? За первое: Зейф. Arch. XVII. 147. 206, XVIII. 206, XIX. 10; за послѣднее: тамъ же XIX. 115, Синтенисъ III стр. 288 прим. 19 — Недопускаемость добровольнаго освобожденія отъ опеки: Зейф. Arch. XIII. 9, XV. 136, XVIII. 125.

¹⁰⁾ L. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 10 pr. D. de cur. fur. 27. 10, l. 9 §. 7 D.

опекунскаго учрежденія требуется для отчужденій въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и для недостигшихъ половой зрѣлости (II §. 446 прим. 7).

6) Лица, находящіяся подъ опекою въ силу другихъ оснований чѣмъ доселѣ указанныя, относительно отчужденій подлежатъ тѣмъ же правиламъ, какъ и несовершеннолѣтніе; въ остальномъ ихъ дѣеспособность не ограничивается (II § 446 прим. 3. 5. 6. 7).

7) Что касается юридическихъ лицъ, то въ силу самого ихъ понятія не можетъ быть и рѣчи о дѣйствіяхъ; только дѣйствія другихъ лицъ могутъ быть признаваемы за дѣйствія юридическихъ лицъ.

2. Форма изъясненія воли.

§ 72.

(Для дѣйствительности изъясненія воли требуется далѣе, чтобы оно получило надлежащее внѣшнее выраженіе.¹ Если для изъясненія воли установлена опредѣленная форма ¹⁾, и форма эта не соблюдена, то такое изъясненіе воли ничтожно ²⁾. Главнѣйшія формы, установленныя общимъ правомъ для дѣйствительности изъясненія воли, суть: соучастіе свидѣтелей ³⁾, письменное изложеніе, судебное засвидѣтельствованіе ⁴⁾. Случается также, что требуется

de R. C. 12. 1, l. 25 D. de fidei. 46. 1. Къ завѣщаніямъ, расточителей примѣняется то же, что и къ завѣщаніямъ несовершеннолѣтнихъ. Зейф. Arch. XII. 2, XIII. 9. Ср. приведенное въ прим. 3 сочиненіе Арнольда.

¹⁾ О значеніи формы вообще и въ римскомъ правѣ въ особенности и о достоинствахъ ея см. кромѣ Савинья III §. 130 преимущественно превосходное § 72. сочиненіе Игеринга Geist d. röm. R. II §. 45—47 (1858), въ которомъ, впрочемъ, обращается вниманіе не на одни лишь юридическіе акты. Ср. также Фельдендорфа die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechten (1857).

²⁾ Но отъ предписанія, что юридическій актъ долженъ быть составленъ въ установленной формѣ, слѣдуетъ отличать предписаніе, что юридическій актъ можетъ быть доказываемъ только извѣстными средствами, напр. документами. Въ случаѣ сомнѣнія не послѣднее требованіе должно быть принимаемо въ смыслѣ предписанія о формѣ.

³⁾ О различіи между свидѣтелями совершенія актовъ и свидѣтелями въ смыслѣ доказательствъ см. Игеринга Jahrb. f. Dogm. I стр. 293 — 295, Унгера II §. 90 прим. 13.

⁴⁾ Въ источникахъ употребляются для этого выраженія: Actis, gestis insinuare

утвержденіе суда ⁵⁾ или даже верховной власти. — Если для изъясненія воли не установлено никакой формы ⁶⁾, то изъяснять волю можно любымъ способомъ. Въ этомъ случаѣ нѣтъ даже надобности, чтобы воля была явно выражена, то-есть, чтобы совершены были внѣшнія дѣйствія, имѣющія своимъ назначеніемъ выразить эту волю ⁷⁾. (Достаточно и молчаливаго изъясненія воли ⁸⁾, то-есть, воля считается надлежащимъ образомъ обнаруженною, когда имѣется въ наличности дѣйствіе (положительное или отрицательное), изъ котораго можно съ достовѣрностью заключать о наличности воли ⁹⁾. О томъ, когда это имѣетъ мѣсто, подробныхъ пра-

(*acta, gesta*—судебный протоколъ). Еще и нынѣ говорятъ о судебной инсинуаціи или просто инсинуаціи.

⁵⁾ Въ этомъ случаѣ должно обращаться къ подлежащему суду, тогда какъ простое засвидѣтельствованіе можетъ быть сдѣлано всякимъ судомъ. Ср. также Игеринга *Iahrb. f. Dogm. I* стр. 299 — 302.

⁶⁾ Изъявленіе воли, для котораго не предписано опредѣленной формы, называють безформеннымъ—согласно принятому словоупотребленію и тѣмъ не менѣе справедливо, потому что и оно подобно всякой вещи имѣетъ внѣшнее проявленіе (форму въ этомъ смыслѣ).

⁷⁾ Прямое изъясненіе воли можетъ быть производимо не только словами, но и тѣлодвиженіями, l. 52 §. 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 pr. D. del eg. III § 32.

⁸⁾ Особенныя изслѣдованія объ этомъ предметѣ: Кори *Abhandlung über stillschweigende Willenserklärung in rechtlichen Geschäften* (1817). Heyne *de voluntatis tacite patefactae et praesumptae vi atque indole eiusque in iure effectibus* (1840). Буркгардъ *die civilistischen Präsumtionen* стр. 270 — 311 (1866). См. кромѣ того Савиньи III §. 131. 132., Унгера II §. 85, Гольцшугера I §. 36. № 2, Шлимана *Lehre vom Zwange* (1861) § 12.

⁹⁾ L. 57. pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acciperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat“. L. 95. D. de A. v. O. H. 29. 2. „Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis inditio voluntatis“ L. 5. D. ratam rem 46. 8. „Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu; denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem“. Дрyгіе примѣры: въ §. 7 I. de her. qual. 2. 19, l. 20. D. de A. v. O. H. 29. 2—l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14, l. 7 C. de rem. pign. 8. 26, l. 14 C. de solut. 8. 43—l. 13 §. 11 D. loc. 19. 2—l. 26 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 5 § 2. D. in quib. caus. pign. 20. 2—l. 37 pr. D. ad SC. Treb 36. 1.—Зейф. Arch. IV. 8. — Шлиманъ в. п. с. полагаетъ, что о безмолвномъ изъясненіи воли можетъ быть рѣчь даже въ томъ случаѣ, когда дѣйствію, совершенному съ цѣлью изъясненія воли, общепринятыми обычаями не придается значенія выраженія воли, но это мнѣніе лишено достаточныхъ основаній. Наоборотъ, совершенно вѣрно его замѣчаніе, что и въ прямомъ изъясненіи воли можетъ заключаться и безмолвное, такъ напр. въ освобожденіи должника наслѣдства заключаются принятіе наслѣдства.

вилъ установить невозможно; необходимо соображаться съ обстоятельствами каждаго случая. При наличности извѣстныхъ обстоятельствъ даже молчаніе можетъ почитаться достаточнымъ выраженіемъ воли ¹⁰⁾. Прямое заявленіе, коимъ кто-либо ограждаетъ себя отъ того, чтобъ его дѣйствіе не считалось молчаливымъ изъясненіемъ воли, называется протестомъ (*protestatio*), специально же—сохраненіемъ за собою права (*reservatio*), когда оно имѣетъ цѣлью предотвратить заключеніе объ отреченіи ¹¹⁾.

¹⁰⁾ Слишкомъ общіе слова въ с. 43 de R. I. in 6^o, „qui tacet consentire videtur“ могутъ быть исправлены словами непосредственно слѣдующаго мѣста: (с. 44 eod.) „is qui tacet non fatetur, sed nec ut: qui negare videtur.“ Въ этомъ мѣстѣ по содержанию воспроизводится l. 142 D. de R. I. 50. 17. Случаи, въ коихъ источникъ усматриваетъ въ молчаніи безмолвное изъясненіе воли, см. въ l. 7 § 1. l. 12 pr. D. de spons. 23. 1, l. 5 C. de nupt. 5. 4, l. 5 D. de adop. 1. 7, l. 12. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 D. de aqua 39. 3. Ср. 3 ейф. Arch. I. 40, IV. 211, V. 117, X. 252, XI. 80. Ки р у л ь ф ь Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 22.

¹¹⁾ Примѣры: l. 20 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 14 §. 7. 8 D. de relig. 11. 7, l. 4 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; l. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12 D. de evict. 21. 2. — Но протестъ тогда только имѣетъ силу, когда данное дѣйствіе допускаетъ иное толкованіе, чѣмъ допускаемое протестомъ, а не такъ называемое *protestatio facto contrario*. Такъ, напр. не имѣлъ бы силы протестъ въ случаяхъ, означенныхъ въ l. 57 pr. D. de pactis 2. 14 (ср. l. 2 §. 6 D. de doli exc. 44. 4) и въ l. 5 D. ratam rem 46. 8. Ср. 3 ейф. Arch. III. 315.

¹²⁾ Въ римскомъ правѣ встрѣчается также, что юридическія послѣдствія, наступающія безъ посредства всякаго изъясненія воли, разсматриваются такъ, какъ если бы они были основаны на изъясненіи воли. Таковы, напримѣръ, закладныя права (ср. именно Dig. 20. 2 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur). Точно также правило, что при помѣшательствѣ дочери отецъ можетъ удержать у себя выпадающее на ея долю приданое даже безъ ея согласія, въ l. 2 §. 2 D. sol. matr. 24. 3 выражено такимъ образомъ: такъ какъ дочь не выражаетъ, то считается, что она согласна. Въ такомъ случаѣ говорить о воображаемомъ изъясненіи воли; ср. Савиньи III §. 133 (который однако причисляетъ сюда также не относящіеся сюда случаи, въ коихъ или источникъ не примѣняютъ означенной точки зрѣнія [см. l. 35 pr. D. de proc. 3. 3, l. 21 C. eod. 2. 13], или имѣется безмолвное изъясненіе воли [l. 4 § 1 l. 7 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6]). Гораздо лучше отбросить все это представленіе, ибо оно совершенно бесполезно, да и сами источники не придаютъ ему никакого значенія. Ср. тоже Беккинга I §. 118 прим., Унгера § 85 прим. 17, Буркгарда в. п. с. стр. 305—311.

3. Изъявленіе воли посредствомъ другихъ лицъ *).

§ 73.

Изъявленіе воли можетъ послѣдовать и чрезъ посредство другаго лица, насколько тому не препятствуетъ установленная для юридическихъ актовъ форма ¹⁾. По крайней мѣрѣ, таково правило; исключеніе изъ него установлено именно для завѣщаній.

Сказанное означаетъ, что одно лицо можетъ изъявлять свою волю чрезъ посредство другаго лица, что тотъ, кто дѣйствительно совершаетъ такое изъявленіе, можетъ быть органомъ изъявленія чужой воли. Но спрашивается, можетъ ли кто-либо чрезъ посредство другаго дѣйствовать юридически такимъ образомъ, чтобъ этотъ другой изъявлялъ свою собственную волю, съ тѣмъ, чтобъ это изъявленіе считалось исходящимъ отъ того, отъ имени котораго другой изъявляетъ ее ²⁾. Римское право въ принципѣ вопросъ этотъ

*) Мюленбрухъ Cession §. 5. 9—14 (3 изд. 1836). Савиньи III § 113 (1840). Рустратъ Arch. f. d. Praxis des Oldenb. Rechts I стр. 60 и сл. (1843). Есо же Arch. f. civ. Pr. XXX. 12 (1847). Вехтеръ II §. 88 (1851). Буха die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen (1852), и сюда же Бринцъ krit. Blätter № 2 (1852) и Дернбургъ Heidelb. krit. Zeitschr. I стр. 1 и сл. (1853). Савиньи Obligationenrecht II §. 54—56 (1853). Шейрль krit. Ueberschau I. 14 (1853). Рустратъ über Savigny's Lehre von der Stellvertretung (1854). Вангеровъ III §. 608 прим. (1856). Кунде die Obligation и т. д. стр. 264 — 301 (1856). Игерингъ Jahrb. f. Dogm. I. 7 (1857). Унгеръ II §. 90 (1857). Шейрль Jahrb. f. Dogm. II. 1 (1858). Игерингъ тамъ же II. 3 (1858) Снятенисъ I стр. 145—147. II §. 102 (1860. 1861). Лабандъ Zeitschr. f. Handelsr. X. 4 (1866).

§ 73

¹⁾ Li. 2 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 3 l. 15 D. de pec. const. 13. 5. О различіи между „посланнымъ (nuntius)“ и „представителемъ“ см. Игеринга. I стр. 274 и сл., Вера Jahrb. f. Dogm. VI стр. 295. 299, Лабанду в. п. с. стр. 189—193, Буху и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 39. См. также прим. 16 въ к. Платнеръ Arch. f. civ. Pr. I стр. 231 и сл.

²⁾ Вопросъ этотъ обыкновенно выражаютъ въ такой формѣ: допускается ли представительство (Stellvertretung) при юридическихъ актахъ? Это выраженіе не употреблено въ текстѣ, ибо на самомъ дѣлѣ въ немъ вопросъ обозначается неточно. Представительство имѣется и въ томъ случаѣ, когда кто-либо служитъ органомъ обнаруженія чужой воли; но съ тою разницею, что представителемъ оная будетъ здѣсь не относительно самой воли, а относительно изъявленія воли. Представительство является и тамъ, гдѣ лицо, ведущее дѣла другаго, вслѣдствіе и на основаніи этого веденія дѣлъ совершаетъ юридическій актъ, выступая въ

разрѣшало отрицательно, открывая выходъ отсюда тѣмъ, что представитель совершаетъ извѣстное дѣйствіе отъ своего имени и сначала для себя, а затѣмъ уже возникшія для него права и обязанности переносить на представляемое лицо⁴⁾, при чемъ смотря по обстоятельствамъ допускается то облегченіе, что считается излишнимъ самый актъ перенесенія, такъ что и безъ него права и обязанности считаются перенесенными наглавное лицо⁵⁾. Но римское право не могло не допустить исключеній изъ этого принципа. Впрочемъ, такимъ исключеніемъ не представляется приобрѣтеніе господина чрезъ юри-

немъ не какъ представитель, слѣдовательно, отъ своего имени и для себя, но предоставляя себѣ возникшія изъ него послѣдствія перенести потомъ на принципала (см. въ текстѣ непосредственно слѣдующее). Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ наличность представительства отрицалась; но это очевидно противорѣчитъ словоупотребленію, какъ это по отношенію къ послѣднему случаю признано и тѣми, которые при наличности его говорятъ о посредственномъ или неполномъ представительствѣ. Отсюда слѣдуетъ, что понятіе представительства слишкомъ неопредѣленно, чтобы быть техническимъ въ области права. Вообще представительство имѣется тамъ, гдѣ кто-либо дѣйствуетъ вмѣсто другаго; но это, какъ явствуетъ изъ сказаннаго, можетъ совершаться различными способами. Ср. еще Арндтса §. 76. прим. 1. 2. Независимо отъ сказаннаго, ученіе о представительствѣ еще болѣе затемнено и запутано было тѣмъ, что въ него внеслитакже приобрѣтеніе и обязательства господъ чрезъ подвластныхъ, между тѣмъ какъ здѣсь дѣйствующій вовсе не имѣетъ намѣренія, или по крайней мѣрѣ, не необходимо намѣренъ дѣйствовать вмѣсто другаго (ср. прим. 6—9). Большую услугу оказали въ дѣлѣ очищенія понятія представителя въ Бриндъ, Шейрль, Игерингъ въ вышеприведенныхъ сочиненіяхъ.

³⁾ L. 6 C. si quis alteri 4. 50. „Si.... ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesiisti, dum quae tibi non vis nec illi potes“.

⁴⁾ Очевидно, что можно было выбрать болѣе близкій выходъ, именно тотъ, что представитель дѣйствуетъ хотя и отъ *собственной* имени, но съ тѣмъ, что дѣйствіе его должно имѣть силу не для него самого, а для того лица, представителемъ коего онъ является. Но этому выходу преграждалъ дорогу другой принципъ римскаго права, — принципъ, по которому только то изъясненіе воли (между живыми) считалось дѣйствительнымъ, которое направлено къ порожденію юридическихъ послѣдствій собственно для лица изъясняющаго волю. L. 1. C. per quas pers. 4. 27. „Excerpta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est“. L. 11 D. de O. et A. 44. 7. Конечно, и этотъ принципъ подобно другому проведенъ былъ не безъ исключеній. См. II. 316 № 2.

⁵⁾ Ср. II §. 313 прим. 2, II §. 442 прим. 2, II §. 482.

дическія сдѣлки подвластныхъ ему лицъ ⁶⁾); ибо означенный принципъ парализуется здѣсь другимъ принципомъ, въ силу коего приобрѣтательныя дѣйствія подвластныхъ считаются дѣйствіями господина по юридической необходимости, слѣдовательно, даже противъ воли подвластныхъ ⁷⁾. Равнымъ образомъ такимъ исключеніемъ не представляется обязанность господина смотря по обстоятельствамъ отвѣчать по юридическимъ сдѣлкамъ его подвластныхъ ⁸⁾); ибо и здѣсь дѣло идетъ не о дѣйствіяхъ, имѣющихъ силу въ качествѣ дѣйствій другаго лица, а о дѣйствіяхъ, кои предпринимаются кѣмъ-либо отъ собственнаго имени, но послѣдствія коихъ право распространяетъ не только на него, но и на другаго ⁹⁾. Указанное исключеніе представляется именно ¹⁰⁾ въ допущенной возможности приобрѣтать для другаго владѣніе, а чрезъ то и собственность ¹¹⁾, равно какъ и въ томъ, что для другаго при извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ быть приобрѣтено закладное право ¹²⁾

⁶⁾ Ulp. XIX. 18, Gai II. 86 — 90, pr. §. 3 I. per quas pers. 2. 9.

⁷⁾ §. 4. i. f. 13. I. de inut. stip. 3. 19; ср. I. 79 D. de A. v. O. II. 29. 2.

⁸⁾ Gai. IV. 69 — 74, tit. I. quod cum eo 4. 7.

⁹⁾ См. II §. 482 — 484.

¹⁰⁾ О другомъ относящемся сюда важномъ случаѣ см. II § 313 прим. 3.

¹¹⁾ И эта возможность признана была лишь постепенно, ср. I. 41 D. de usurp. 4. 1. 3 съ I. 1 C. de acq. poss. 7. 32. Относительно приобрѣтенія собственности см. §. 5 I. per. quas. pers. 2. 9, I. 20 § 2. D. de A. R. D. 41. 1. — Прежде всего и ближайшимъ образомъ допущеніе приобрѣтенія владѣнія чрезъ посредство свободнаго представителя не было исключеніемъ изъ выставленнаго принципа. Ибо тотъ, кто приобрѣтаетъ владѣніе для другаго по волѣ послѣдняго, является представителемъ его не въ изъясненіи воли, но въ фактическомъ держаніи вещи, онъ является органомъ не его воли, но его фактическаго господства надъ вещью. Равнымъ образомъ можно сказать, что и при сопряженномъ съ владѣніемъ приобрѣтеніи собственности представитель, коему специально поручено сдѣлать то, что онъ дѣлаетъ, изъясляетъ не свою собственную волю отъ имени другаго, но является лишь носителемъ и передатчикомъ чужой воли. Но ни то, ни другое возрѣніе не возможно въ тѣхъ случаяхъ, когда порученіе представляемаго столь обще, что представитель въ приобрѣтеніи владѣнія и собственности осуществляетъ свою собственную волю, или когда представляемый совершенно не имѣетъ воли, каковы дѣти, умалишенный, юридическое лицо и т. д. Въ этихъ случаяхъ имѣется на самомъ дѣлѣ собственное дѣйствіе представителя, которое однако юридически рассматривается какъ дѣйствіе представляемаго. Ср. §. 155 прим. 10.

¹²⁾ По опредѣленію Юстиніана въ I. 2 C. per quas pers. 4. 27. По этому мѣсту пополнено I. 11 §. 6 D. de pign. act. 13. 7 („plerumque“, „semper“). И I. 21 pr. D. de pign. 20. 1 считается исправленнымъ; ср. однако и Рудорфа

и принято наслѣдство¹³⁾. Не смотря на эти исключенія, означенный принципъ сохранилъ свою полную силу еще въ юстиніановомъ правѣ¹⁴⁾. Но въ нынѣшнемъ правѣ онъ уже потерялъ свое дѣйствіе; его устранило обычное право. Наоборотъ, для нынѣшняго права сложилось правило, что юридическія сдѣлки могутъ быть заключаемы чрезъ другого и такимъ образомъ, что этотъ другой изъясняетъ свою собственную волю. Коль скоро кто-либо изъясняетъ свою волю, присовокупивъ къ тому (явно или молчаливо) заявленіе, что онъ дѣйствуетъ отъ имени другого¹⁵⁾, то его изъясненная воля, если только онъ не переступилъ даннаго ему полномочія (§ 74), не имѣетъ для него самаго никакого дѣйствія^{15а)}, но для того, отъ имени коего онъ дѣйствуетъ, она имѣетъ такую же силу, какъ если бы онъ самъ ее изъяснилъ¹⁶⁾. Съ другой стороны^{16а)} фактически изъясняется все-

Zeitschr. f. gesch. RW. XIII стр. 214, Дербурга Pfandr. I стр. 204, Шейрла крит. VJ Schr. II стр. 444 Шмида Cession. I стр. 426 и сл.

¹³⁾ Именно при *bonorum possessio*. Здѣсь прибѣгли къ новому названію, чтобы удовлетворить потребностямъ жизни. Подробности въ наслѣдственномъ правѣ III § 596 прим. 11.

¹⁴⁾ По взгляду, защищаемому именно Савиньи (см. особенно *Obligationenrecht* II стр. 42 и сл., вопросъ этотъ въ юстиніановомъ правѣ разрѣшается такъ, что представительство (въ указанномъ здѣсь смыслѣ) допускается при всякомъ естественномъ приобрѣтеніи (отожествляемымъ Савиньи съ безформеннымъ), но не при гражданскомъ. Взглядъ этотъ опирается на l. 53 D. de A. R. D. 41. 1. „*Ea quae civiliter acquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquiritur*“. По моему мнѣнію въ этомъ мѣстѣ рѣчь идетъ не о противоположности между *ius civile* и *ius naturale*, а о противоположности между правомъ и фактомъ; приобрѣтеніе владѣнія для другого есть установленіе для него не права, а факта. Ср прим. 11 и § 148 прим. 12. Это объясненіе приводилось и другими, см. Мюленбруха Cession стр. 44 прим. 71, Рустратъ в п. с. (1854) стр. 36, Вехтера II стр. 677. Пухта (Jnst. II §. 203 п., Vorles. zu Pand. §. 52), тоже высказавшійся противъ Савиньи, весьма произвольно и неосновательно устраняетъ это мѣсто.

¹⁵⁾ Но говорить ли онъ при этомъ, напримѣръ: покупаю отъ имени моего принципала, или для моего принципала, или просто покупаю, это безразлично. Объявивъ себя при заключеніи юридической сдѣлки представителемъ, онъ достаточно пояснилъ, что онъ желаетъ, чтобы его изъясненіе воли считалось юридически не его собственнымъ, а его принципала. Рустратъ в п. с. (1854) стр. 45 — 50, Лабандъ в п. с. стр. 214 — 217.

^{15а)} Ср однако, Зейф. Arch. XIX. 231.

¹⁶⁾ Обычное право, на которомъ это правило въ текстѣ основано, доказы-

таки воля представителя, а потому мало того, что при разрѣшеніи вопроса, дѣйствительно ли имѣется выраженная воля, должно принимать въ соображеніе лицо не представляемого, а представи-

вается ссылками у Бухки стр. 121 и сл. 158 и сл. и взглядомъ на жизнь нынѣшняго гражданскаго оборота. См. также Зейф. Arch. V. 13, VI. 33, VIII. 255, XI. 149, XIII. 93. 313, XV. 111, XVII. 240. Ср. с. 68. 72 de R. I. in VI^o 5. 13, с. 24 de praeb. in VI^o 3. 5, с. 2 de usur. in VI^o 5. 15. HGB. стат. 52 (II § 313 прим. 4). 298. 230. 241. Нельзя согласиться съ тѣмъ способомъ, съ помощью котораго Савиньи (Obligationenrecht II. § 56. 57) пытается вывести означенное правило изъ самого римскаго права. Савиньи ссылается на l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, по которому въ юстиніановомъ правѣ представительство исключается лишь при стипуляціи, нинѣ лишенной практическаго значенія, — см. объ этомъ прим. 14, — равно какъ и на допускаемое уже въ римскомъ правѣ совершеніе юридическаго акта посредствомъ посланнаго (nuntii), при чемъ онъ распространяетъ понятіе посланнаго на всѣ случаи дѣйствія отъ имени третьяго лица; противъ послѣдняго (не говоря о другомъ, ср. Тэля Handelsrecht I стр. 147 — 149) достаточно замѣтить, что принципаль можетъ быть и недѣеспособнымъ. — Но выставленное въ текстѣ правило признается не всѣми писателями, и многіе изъ нихъ именно по отношенію къ обязательственнымъ юридическимъ актамъ утверждаютъ, что ими и теперь ближайшимъ образомъ и непосредственно управомочивается и обязывается представитель, см. Пухта § 52. 273 и Vorles, Вангерова III стр. 314—316, Кунце в. п. с., Шейрла Jahrb. f. Dogm. II стр. 27, Бера Jahrb. f. Dogm. VI стр. 288, Цауна Arch. f. pract. RW. N. F. I стр. 32—50, но преимущественно Тэля Handelsrecht I § 25 прим. 2. Главная мысль полемики Тэля заключается въ томъ, что контрактъ одного не можетъ быть контрактомъ другаго. Правда, фактъ, что договаривается А, не можетъ быть фактомъ, что договаривается В; но вѣдь и не объ этомъ адѣсь рѣчь идетъ. Здѣсь говорится о томъ, что контрактъ одного мыслится, представляется (какъ обыкновенно выражаются fingirt — воображается [§ 67 въ к.]) какъ контрактъ другаго, что контрактъ одного приписывается другому какъ его собственный контрактъ. Точно также смотритъ римское право и на приобрѣтательныя дѣйствія подвластныхъ, именно „patris vel domini voce loqui videtur“ (§. 13 l. de inut. stip. 3. 19). Тоже въ § 4 eod.: — „filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt“. Далѣе l. 42 D. de damno inf. 39. 2. „Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur, ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur“. Посему: „Placet, quotiens acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cuius quis in potestate est, confestim acquiri ei, cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius, per quem acquiritur“ (l. 79 D. de A. v. O. Н. 29. 2). Ср. еще II § 313 прим. 4.

^{16a}) Ср. къ слѣдующему Бухку в. п. с. стр. 237 и сл., Дербурга в. п. с. стр. 17 и сл., Германа Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. стр. 269 — 276, Кунце в. п. с. стр. 285, Синтениса I стр. 147. II стр. 363. 370, Лабанду в. п. с. стр. 224 — 229.

теля, ¹⁷⁾), но и при дальнѣйшемъ обсужденіи дѣйствительности и силы изъявленной воли [насколько сюда примѣнимы правила, предполагающія извѣстное внутреннее состояніе совершителя юридической сдѣлки ¹⁸⁾)] должно быть обращено вниманіе на лицо не представляемаго, а представителя ¹⁹⁾).

§ 74.

Право совершать юридическій актъ отъ имени другаго можетъ быть основано: 1) на общественной должности, напр. опека; 2) на устройствѣ юридического лица; 3) на полномочіи отъ представ-

¹⁷⁾ Если, напр., представитель дѣйствуетъ подъ вліяніемъ существенной ошибки (§ 76), то изъясненіе воли ничтожно и для представляемаго, хотя бы этотъ послѣдній и не находился въ такомъ заблужденіи, то-есть, хотя бы его воля дѣйствительно совпадала съ изъясненіемъ воли представителя. Онъ не изъяснилъ своей воли, а представитель не желалъ того, что имъ самимъ изъяснено. Ср. l. 12 D. de contr. emt. 18. 1.

¹⁸⁾ Если представитель при самой покупкѣ знаетъ о какомъ-нибудь порока купленной вещи, то представляемый не приобретаетъ никакого притязанія на основаніи этого порока, хотя бы послѣдній ему и не былъ извѣстенъ. Ср. l. 51 pr. D. de aed. ed. 21. 2; тоже l. 16 § 3 D. de lib. causa 40. 12 (объ l. 17 eod. см. Мюленбруха Cession стр. 127, Бухеу стр. 60, Шмида Cession II стр. 187—189. 399). Если представитель изъяснилъ волю въ слѣдствіе принужденія или обмана, то это изъясненіе недействительно и для представляемаго, хотя онъ самъ не подвергался ни принужденію, ни обману. Напротивъ того, во всѣхъ другихъ отношеніяхъ дѣйствительность и сила изъясненія воли должны обсуживаться по личности представляемаго, а не представителя. Такъ, изъясненіе воли дѣйствительно для представляемаго и тогда, когда представитель есть лицо несовершеннолѣтнее (ср. l. 7 § 2 D. de inst. act. 14. 3—иное дѣло, если послѣдній находится въ умопомѣшательствѣ, ибо въ этомъ случаѣ вовсе нѣтъ изъясненія воли). Если установлена какая-нибудь форма для представителя, а не для представляемаго, то изъясненіе воли не нуждается въ формѣ, и наоборотъ, и т. д.

¹⁹⁾ Конечно, можетъ случиться, что дѣло коснется и внутренняго состоянія представляемаго, что дѣйствительно и бываетъ въ томъ случаѣ, когда онъ даетъ специальное порученіе на совершеніе юридическаго акта. Если, напримеръ, онъ поручаетъ купить извѣстную вещь, зная о ея недостаткѣ, то онъ уже не въ правѣ заявлять притязаніе на основаніи этого недостатка, хотя бы послѣдній не былъ извѣстенъ представителю. Равнымъ образомъ юридическій актъ, совершенный представителемъ не подъ вліяніемъ принужденія или обмана, будетъ недействителенъ для представляемаго, когда употреблено было принужденіе либо обманъ, чтобы заставить его дать это порученіе. Ср. l. 51 pr. i. f. D. de aed. ed. 21. 1, l. 13 D. de contr. emt. 18. 1, l. 16 § 3. 4 D. de lib. causa 40. 12; l. 2. D. de litig. 44. 6 (Мюленбрухъ Cession § 13 прим. 258, Бухеа стр. 15).

ляемаго лица ¹⁾). Объемъ полномочія, въ случаѣ сомнѣнія, долженъ опредѣляться посредствомъ толкованія ²⁾).

Если кто-либо совершить юридическій актъ отъ имени другаго, не будучи на то уполномоченъ, то сила акта зависитъ отъ того, согласится ли на нее этотъ другой ³⁾ или нѣтъ. До разрѣшенія этого вопроса юридическій актъ остается въ неопредѣленномъ состояніи (*Zustand der Schwebе*) (*suspendit*); его юридическое

§ 74. ¹⁾ Римляне обозначали полномочіе, довѣренность тѣмъ же выраженіемъ, которыми они обозначали и порученіе (*mandatum*), см. напр. l. 42 § 2 D. de proc. 3. 3. Нашъ юридическій языкъ богаче; порученіе (*Auftrag*) означаетъ, что одинъ долженъ что-либо сдѣлать для другаго, довѣренность, полномочіе (*Vollmacht*), что одинъ въ правѣ сдѣлать что-либо для другаго. Конечно, въ порученіи совершить юридическій актъ можетъ заключаться и полномочіе, но не необходимо: порученіе можетъ быть направлено и на то, чтобы исполнитель его дѣйствовалъ только для себя. Равнымъ образомъ возможно полномочіе и безъ порученія. Ср. съ этимъ Лабанду (§ 73*) стр. 203 и сл. Ладенбургъ *Zeitschr. f. Handelsr.* XI стр. 72 и сл. — Полномочіе, направленное на третьяго контрагента, когда довѣритель высказываетъ въ этомъ полномочіи, что юридическая сдѣлка, заключенная третьимъ контрагентомъ съ повѣреннымъ довѣрителемъ, должна считаться какъ бы заключенною съ самимъ довѣрителемъ, римляне называли *iussus*. Ср. II. § 412 прим. 2а, II § 482 прим. 6.

²⁾ При этомъ бесполезно различіе полномочія общаго и спеціальнаго; это чисто относителныя понятія: полномочіе будетъ общимъ или спеціальнымъ, смотря по тому, будетъ ли оно обще или спеціальнѣе другаго. О толкованіи полномочія на управленіе всѣмъ имуществомъ см. l. 58. 60. 63. D. de proc. 3. 3. l. 11 § 7 l. 12 D. de pign. act. 13. 7, l. 7 пр. D. de don. 39. 5, l. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, c. 4 de proc. in VI' 1. 19. Ср. Синтениса II стр. 570—575. О повѣренныхъ Н. G. B. (торг. кодекса) см. Лабанду в. п. с. стр. 218 и сл.

³⁾ *Ratum habere, ratihabitio*. Впрочемъ о согласіи и *ratihabitio* говорится не только при юридическихъ сдѣлкахъ, заключенныхъ отъ нашего имени другимъ (см. § 81 прим. 8, § 83 прим. 4. 8), дажѣ не только при юридическихъ сдѣлкахъ (ср. напр. l. 1 § 14 D. de vi 43. 16, l. 13 § 6 D. quod vi aut clam. 43. 24); согласіемъ значить вообще: одобритъ (чужое) дѣйствіе. О согласіи вообще говорится у Гюфеланда *Abhandl. aus dem Civilrecht I* № 4 (1814), Бекгауза *über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte* (1859), и въ диссертацияхъ Busse (1834), Agricola (1848), Gregory (1864, *krit. VJSchr. VI* стр. 414—416). Кроме того ср. объ этомъ трудномъ и оспариваемомъ ученіи: Вехтера II § 100, Бекинга I § 116. о sqq., Вангерова I § 88 прим., Синтениса I стр. 156 и сл., Унгера II § 92, Игеринга *Jahrb. f. Dogm. I* стр. 295—302, Дербурга *Pfandrecht I* стр. 207 — 209. 229 — 231. Л. Зейфертъ *die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte* (1868). О немъ Регельсбергеръ *krit. VJSchr. XI* стр. 361 и сл. G. Polignani *la dottrina della Ratihabitio* (1869). О немъ Виндшейда *krit. VJSchr. XII* стр. 152 и сл.

дѣйствіе не отрицается, но отлагается ⁴⁾. Если согласіе послѣдуетъ, то оно восполняетъ отсутствіе предварительнаго полномочія, и юридическій актъ получаетъ по отношенію къ согласившемуся такую же силу, какъ если бы онъ съ самаго начала былъ совершенъ по его уполномочію ⁵⁾. Это относится не только къ содержанию акта, но и ко времени, съ котораго начинается его дѣйствіе; иначе говоря, согласіе имѣетъ обратное дѣйствіе. Хотя въ такой безусловности сказанное не можетъ быть выведено изъ общихъ основаній; но именно такъ оно прямо опредѣлено въ римскомъ правѣ ⁶⁾. Однако, соглашающійся даже своимъ согласіемъ

⁴⁾ Такой юридическій актъ не недействителенъ, онъ находится въ томъ же положеніи какъ и условный юридическій актъ (§ 89). А потому другой контрагентъ связанъ имъ еще до послѣдовавшаго согласія. Это важное правило доказывается I. 24 D. de neg. gest. 3. 5. Ср. также I. 65 § 8 D. pro soc. 17. 2. 3 е й ф. Arch. XV. 223. Даже чрезъ представителя, не получившаго никакого права. другой контрагентъ не можетъ быть освобожденъ отъ обязательства. Б р и н ц ъ krit. Blätter II стр. 40, 3 е й ф. Arch. XIV стр. 210. 211; др. мнѣнія Б у х а стр. 211, 3 е й ф. Arch. VII. 273; ср. Б е р а Jahrb. f. Dogm. VI стр. 288. Еще меньшее значеніе имѣетъ смерть представителя или его неспособность къ изъявленію воли, наступившая до согласія, I. 24 § 1 D. ratam rem 46. 8. Смерть представителя до согласія? См. II § 313 прим. 7.

⁵⁾ „Ratihabitio mandato comparatur“. L. 12 § 4. D. de sol. 46. 3, I. 60 D. de R. I. 50. 17, с. 10 in VI' de R. I. 5. 13. Чрезъ согласіе становится дѣйствительною лишь сдѣлка, заключенная до него, а не новая сдѣлка, заключающаяся въ самомъ согласіи. Другаго мнѣнія В е х т е р ь, II стр. 682, который согласію какъ таковому придаетъ силу лишь тогда, когда изъ принятой юридической сдѣлки возникло еще и теперь продолжающееся „фактическое отношеніе“. Поэтому при согласіи нѣтъ надобности возобновлять предписанную для юридической сдѣлки форму, если только она соблюдена представителемъ (I. 24 pr. D. ratam rem 46. 8). Какъ разрѣшается случай, когда совершеніе юридическаго акта связано извѣстнымъ срокомъ и согласіе наступаетъ лишь по истеченіи его? Только-что приведенный I. 24 pr. D. ratam rem рѣшаетъ, что актъ въ этомъ случаѣ не имѣетъ силы. Но такое рѣшеніе непослѣдовательно и не согласно съ выставленнымъ въ I. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. (см. объ этомъ слѣдующее примѣчаніе) общимъ принципомъ.

⁶⁾ Слѣдуетъ замѣтить: 1) не подлежитъ никакому сомнѣнію, что соглашающійся чрезъ согласіе усваиваетъ себѣ юридическій актъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ совершенъ, слѣдовательно, и по отношенію ко времени. 2) Но изъ этого слѣдуетъ только, что тотъ, по отношенію къ которому дано согласіе, въ правѣ относиться къ согласившемуся такъ, какъ если бы сила акта наступила тогда же; а вовсе не то, чтобы наступленіе этой силы съ того же времени признавалось и самимъ правомъ; ибо въ то время актъ не удовлетворялъ требованіямъ права.

не можетъ уменьшить приобретенныхъ правъ третьяго лица, такъ какъ онъ не имѣетъ надъ ними никакой власти; слѣдовательно, по отношенію къ нимъ обратное дѣйствіе согласія рушится ⁷⁾. Если согласіе не послѣдуетъ, то для представляемаго лица актъ не имѣетъ никакой силы; но онъ не имѣетъ ея и для представителя, который для себя и не желалъ никакихъ послѣдствій. Но если заключая договоръ, представитель явно или молчаливо согласился гарантировать получение согласія или существованіе полномочія ^{7а)}, то онъ обязанъ вознаградить другаго контрагента за убытки ⁸⁾.

3) Однако за основаніе должно принять общее постановленіе Юстиніана въ l. 23 i. f. C. de don. i. v. e. u. 5. 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestororum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“ (ср. l. 7 пр. C. ad SC. Mac. 4. 28, с. 10 de R. J. in VI. 5. 13). См. объ этомъ § 83 прим. 10. L. 56 D. de iud. 5. 1 и l. 6 § 1. D. de pign. 20. 1 не говорить объ этомъ случаѣ согласія; въ виду l. 71 § 1. 2 D. de sol. 8. 46. 3 и l. 25 § 1 D. ratam. rem 46. 8 это остается сомнительнымъ. См. объ этихъ мѣстахъ § 83 прим. 6.

⁷⁾ Хотя источники открыто и не признаютъ этого, но оно тѣмъ не менѣе вѣрно.

^{7а)} Подобнаго рода безмолвное принятіе на себя гарантія заключается въ каждомъ договорѣ отъ чужаго имени, заключенномъ неуполномоченнымъ безъ указанія на отсутствіе у него полномочія, предполагая притомъ, что контрагентъ не въ правѣ былъ думать, чтобъ это обстоятельство было извѣстно противнику.

⁸⁾ И слѣдовательно насколько въ интересъ другаго контрагента исполнить самый договоръ, ср. 3 ей ф. Arch. VI. 33, VIII. 255, XII. 156. Но основаніе этой обязанности есть именно принятая на себя гарантія, а не договоръ, заключенный отъ чужаго имени. Другаго мнѣнія Беръ Iahrb. f. Dogm. VI. 6 на основаніи возрѣнія, означеннаго въ §. 73 прим. 16.—HGB (торг. код.) ст. 55 предоставляетъ обязывать представителя, по выбору другаго контрагента, или къ „вознагражденію убытковъ или къ исполненію“. Ср. A. D. Wechselordn. (общегер. векс. уст.) ст. 95.—Лабандъ в. п. с. стр. 299 и сл. для конструкціи обязанности представителя вознаграждать убытки прибѣгаетъ къ помощи выставленнаго Игерингомъ понятія culpa in contrahendo, на основаніи коего можно только вывести право на доставленіе т. н. отрицательнаго договорнаго интереса (negative Vertragsinteresse). Ср. II §. 307 прим. 5, II §. 308 прим. 6, II §. 315 прим. 7. Изъ этой точки зрѣнія (неправильно, см. Игеринга Iahrb. f. Dogm. IV стр. 34. 41. 92) Лабандъ выводитъ то, по моему мнѣнію, невярное положеніе, что представитель не подлежитъ ответственности, если онъ находится въ извинительномъ заблужденіи относительно отсутствія полномочія. Противъ этого также Беръ Iahrb. f. Dogm. VI стр. 293.

4. Подлинность (истинность) выраженной воли. § 75 *).

Иногда то, что выдается за волю лица, на самомъ дѣлѣ можетъ и не быть его волею. Утверждающій это долженъ доказать ¹⁾; и если докажетъ, то сдѣланное изъясненіе воли не имѣетъ никакой юридической силы.

Изъявляющій волю можетъ выражать свою неистинную волю сознательно или безсознательно.

Изъ случаевъ перваго рода особенно важенъ въ практическомъ отношеніи случай симуляціи (притворства) ²⁾. Подъ нею разумѣется такая неподлинная воля, которая изъясняется съ тѣмъ, чтобы только повидимому совершить какой-либо юридическій актъ. При этомъ можетъ случиться, что она дѣйствительно имѣетъ въ виду осуществленіе другаго юридическаго акта; въ такомъ случаѣ возникаетъ вопросъ, не можетъ ли, по крайней мѣрѣ, этотъ послѣдній получить силу. Отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ того, 1) можетъ ли сдѣланное изъясненіе считаться надлежащимъ выраженіемъ наличной воли и 2) не противно ли праву, что часто случается, содержаніе этой воли ³⁾.

*) Савиньи III §. 134.

¹⁾ Это означаетъ, что т. н. *reservatio mentalis* не имѣетъ никакого юридическаго значенія; ибо необнаруженная мысль не можетъ быть доказываема. Если это-либо говорить: я хочу, то до того принимается, что онъ дѣйствительно хочетъ, доколѣ изъ объективно распознаваемого факта не будетъ усмотрѣно, что онъ не хочетъ. Ср. Савиньи III стр. 259, Игеринга *Jahrb. f. Dogm. IV* стр. 74. 75.

²⁾ Другіе случаи см. въ l. 24 D. de test. mil. 29. 1, 3 §. 2 l. D. de O. et A. 44. 7.

³⁾ Cod. IV. 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; l. 54 D. de O. et A. 44. 7, l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 §. 5 D. de in diem add. 18. 2, l. 30 D. de R. N. 23. 2, l. 3 C. de repud. 5. 17; l. 36. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 46 D. loc. 29. 2, l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38, l. 20 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 14 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 5. 6 C. si quis alteri 4. 50, l. 16. C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Ср. Зейф. Arch. V. 146, XVIII. 132, (XXII. 12; VI. 82, XVII. 80, XX. 26, XXI. 98).

§ 76 *).

Когда изъявляющий волю не сознаетъ, что въ дѣйствительности онъ желаетъ не того, что выдаетъ за свою волю, то онъ дѣйствуетъ подъ вліяніемъ заблужденія ¹⁾. Обыкновенно и говорятъ, что въ этомъ случаѣ изъявленіе воли ничтожно вслѣдствіе заблужденія, въ коемъ находится изъявляющій волю; но это не точно. Причина ничтожности изъявленной воли заключается не въ заблужденіи, а въ томъ именно, что заявленію не соответствуетъ дѣйствительная воля ²⁾; заблужденіе есть лишь то основаніе, въ силу котораго въ дѣйствительности нежелаемое выдается за желаемое ³⁾.

¹⁾ Рихельманъ *der Einfluss des Irrthums auf Verträge* (1837). Савиньи III §. 135 — 139 (1840; это сочиненіе составляетъ эпоху для ученія о заблужденіи). Вектеръ II §. 102, Вангеровъ III §. 604 прим., Синтенисъ I стр. 193 и сл. II стр. 298 и сл., Унгеръ II §. 89. (Экснеръ *Tradition* II стр. 262—287. Гольдшмидтъ *Handelsr.* I. 2 § 62).

§ 76. ¹⁾ Онъ думаетъ, что его изъявленіе означаетъ нѣчто другое, а не то, что оно дѣйствительно означаетъ, или же, что оно выражаетъ не то, что оно дѣйствительно выражаетъ. (Особое примѣненіе послѣдняго случая см. II §. 308 прим. 6).

²⁾ Вслѣдствіе того Савиньи (III прил. VIII N. XXXIV) называетъ такое заблужденіе „не истиннымъ“ (*unechten*), очевидно неудачно; минимъ будетъ то заблужденіе, которое лишь кажется заблужденіемъ, а не то, которое только по видимому оказываетъ извѣстное юридическое дѣйствіе. Но отвергать изъ за этого, какъ дѣлаетъ Беккеръ (*krit. VJSchr.* III стр. 187 — 201), всякое различіе между заблужденіемъ, исключающимъ согласіе воли съ ея выраженіемъ, и заблужденіемъ, не исключающимъ этого согласія, по моему мнѣнію, совершенно неосновательно; на мой взглядъ, это различіе есть единственно вѣрная основа удовлетворительной теоріи заблужденія, а установленіе его — одна изъ лучшихъ заслугъ Савиньи. Беккеръ желаетъ замѣнить это различіе слѣдующимъ: заблужденіе, относящееся къ послѣдствіямъ дѣянія, и заблужденіе, не относящееся къ нимъ. Заблужденіе перваго рода должно, и по мнѣнію Беккера, привести къ тому, что не предусмотрѣнныя послѣдствія считаются нежелаемыми; но отсюда никомъ образомъ не слѣдуетъ непременно, „что вслѣдствіе того изъявленіе воли должно бы быть ничтожно или только менѣе дѣйствительно“. Впрочемъ, самъ Беккеръ соглашается, что его „мысли“ „нуждаются въ болѣе твердомъ обоснованіи и въ болѣе тщательномъ развитіи выводовъ изъ нихъ“. Ср. еще Беккера *krit. VJSchr.* V стр. 395. 396. Не заслуживаетъ никакого хвалѣнія то, что Германъ, *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* III. 6, ср. также VII. 4. 7 (1847. 1850), высказалъ противъ Савиньи.

³⁾ Если дѣйствительно есть въ наличности другая воля, что обыкновенно и бываетъ въ этомъ случаѣ, то и она лишена юридическаго дѣйствія, точно также какъ и сдѣланное изъявленіе; изъявленіе будетъ безъ воли, а воля безъ изъ-

Отсюда вытекает важное правило, что ничтожность выраженія воли не исключается ~~из~~ извинительностью заблужденія ³⁾).

Впрочемъ, для ничтожности изъявленной воли не достаточно, чтобы заблужденіе вызвало изъясненіе воли, въ какомъ бы то ни было отношеніи не соотвѣтствующее дѣйствительной волѣ; необходимо, чтобы выданное за желаемое не было желаемо во всемъ своемъ объемѣ ⁴⁾ или въ какой-либо существенной своей части; это положеніе, при выше указанномъ словопотребленіи, можетъ быть выражено такъ: основаніемъ ничтожности акта служить существенное, а не несущественное заблужденіе ⁵⁾. Существенными же моментами при изъясненіи воли представляются слѣдующіе:

1) природа устанавливаемого правоотношенія;

2) лицо, относительно коего изъясняется воля, предполагая, что изъясляющій волю имѣетъ въ виду именно данное лицо ⁶⁾);

явленія. Въ L. 9 § 2 D. de her. inst. 28. 5 нѣтъ противорѣчія (— „quasi plus nuncupatum sit—“).

³⁾ Ср. § 79 и Вангерова I § 83 прим. 1 N I. 3 ей ф. Arch. II. 273, VII. 19, IX. 141; но ср. также VIII. 26.

⁴⁾ Какъ, напримѣръ, когда кто-либо по ошибкѣ подписываетъ документъ, принимаемый имъ за другой. L. 5 C. plus. valere 4. 22.

⁵⁾ При этомъ слѣдуетъ однако замѣтить, что подъ существеннымъ и несущественнымъ заблужденіемъ издавна принято понимать не то заблужденіе, которое относится къ существенному или несущественному пункту, а то, которое уничтожаетъ или не уничтожаетъ изъясненія воли.

⁶⁾ L. 9 pr. D. de her. inst. 28. 5. Ср. 3 ей ф. Arch. V. 271.—Безотносительно утверждать, что изъясненіе воли направлено не на то лицо, которое желательно, можно лишь въ томъ случаѣ, когда изъясненною волею дѣйствительно указанъ не тотъ индивидъ, котораго желаетъ изъясляющій волю, а не тогда, когда изъясляющій волю принимаетъ за иной тотъ индивидъ, котораго дѣйствительно имѣетъ въ виду. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ имѣется лишь заблужденіе въ качествахъ лица. Сравните слѣдующую дѣйствицу: кто-либо даритъ что-нибудь стоящему предъ нимъ лицу, именующему себя ложнымъ именемъ — ложною фамиліей — именемъ лица, о существованіи коего вовсе неизвѣстно дарителю, — именемъ лица, существованіе коего извѣстно дарителю или предполагается имъ строго говоря, какъ въ первомъ, такъ и въ послѣднемъ случаѣ нѣтъ заблужденія относительно лица. Но качество лица, въ которымъ собственно относится заблужденіе, въ послѣднемъ случаѣ столь существенны, что заблужденіе о качествахъ и будетъ опять заблужденіемъ о самомъ лицѣ. Что въ этомъ отношеніи имѣетъ мѣсто аналогія между свойствами вещи и свойствами лица (№ 4), этого отвергать никоимъ образомъ нельзя, хотя, съ другой стороны, нельзя не согласиться, что l. 52 § 21 и l. 66 § 4 D. de furtis 47. 2, въ коихъ говорится о перене-

3) предметъ, на который направлено изъясненіе воли ⁷⁾. Если предметъ изъясненія воли опредѣленъ количественно, то она считается дѣйствительною лишь въ той мѣрѣ, въ какой воля совпадаетъ съ изъясненіемъ ⁸⁾.

4) Что касается свойствъ предмета изъясненной воли, то слѣдуетъ отличать тѣ свойства, которыя по господствующимъ въ общественной жизни понятіямъ составляютъ сущность этого предмета, отъ свойствъ несущественныхъ. Если предмету изъясненной воли ошибочнымъ образомъ приданы свойства перваго рода, то желаемый предметъ будетъ, если не физически, то по существу, иной, чѣмъ тотъ, на который направлено изъясненіе воли, и потому само изъясненіе будетъ ничтожно. Наоборотъ, ошибка относительно свойствъ втораго

сенія собственности на человѣка, подставленнаго вмѣсто другаго, нѣтъ никакого намека на то, что собственность не переходитъ (за исключеніемъ случая *furtum*, при которомъ однако перенесеніе собственности не допускается даже и тамъ, гдѣ къ тому нѣтъ никакого иного препятствія, ср. напр. l. 43 pr. D. de furtis). Напротивъ того, основаніемъ ничтожности не можетъ служить приписаніе дѣйствительно желаемому индивиду такого спеціальнаго качества, котораго у него нѣтъ, ср. l. 14 § 3 D. de in diem add. 18. 2 (этому мѣсту не противорѣчитъ l. 30 § 1 D. de pactis 2. 14); но можетъ ли при этомъ заблужденіе насчетъ качества имѣть такое же дѣйствіе, какъ заблужденіе въ побудительной причинѣ или же въ силу предположенія (*modus*), это уже другой вопросъ, см. § 78. 98.—Противъ ничтожности въ вышеозначенномъ случаѣ высказался Беккеръ *crit. VJSchr. V* стр. 395. 396. Въ приводимомъ имъ конкретномъ случаѣ и я бы не нашелъ никакого основанія ничтожности, но потому именно, что въ примѣрѣ этомъ для покупателя важно не лицо продавца, а только лицо фабриканта купленнаго товара; заблужденіе же въ этомъ послѣднемъ отношеніи не есть существенное (№ 4).

⁷⁾ L. 9 § 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 4 pr. D. de leg. I^o 30; l. 10 C. de don. 8. 54; § 23 J. de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 1 l. 137 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2. Въ послѣднихъ изъ указанныхъ здѣсь мѣстъ договоръ объявляется ничтожнымъ по причинѣ отсутствія согласія (ср. также l. 57 D. de O. et A. 44. 7). Совершенно вѣрно; ибо если одинъ изъ контрагентовъ желаетъ не того, чего желаетъ другой, то согласія нѣтъ. Но чтобы признать такой договоръ ничтожнымъ, нѣтъ надобности прибѣгать къ этому основанію; договоръ этотъ уже потому ничтоженъ, что воля, изъясненная однимъ изъ контрагентовъ, ничтожна. Отсюда слѣдуетъ, что договоръ будетъ ничтоженъ даже и въ томъ случаѣ, когда оба контрагента были согласны между собою, въ какомъ случаѣ о разногласіи и рѣчи быть не можетъ. Зейф. *Arch. XIX. 14.*

⁸⁾ L. 9. § 3. 4 D. de her. inst. 28. 5. Но можетъ ли вмѣстѣ съ тѣмъ состояться и вся сдѣлка, въ составъ которой входитъ изъясненіе воли, это другой вопросъ; см. l. 52 D. loc. 19. 2.

рода не влечет за собою ничтожности изъявленной воли ⁹⁾. Мало того означенное воззрѣніе и по отношенію къ свойствамъ перваго рода можетъ быть проведено не безусловно, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда изъявленіе идетъ дальше самой воли, а не наоборотъ ¹⁰⁾.

⁹⁾ Здѣсь не мѣсто разрѣшать вопросъ, можно ли при договорахъ основать на этомъ заблужденіи притязанія другаго рода. Означенное въ текстѣ различіе введено Савиньи (в. п. с. § 137. 138), и справедливость его не могли поколебать ни возраженіе Крйца (въ его *Rechtsfallen* IV стр. 345 и сл. [1843], ни возраженіе Рено (*Arch. f. civ. Pr.* XX. VIII. 10 [1846]. Ср. впрочемъ, и Вехтера II стр. 747. 748 (къ тому же Е. А. Зейферта въ *Seuffert's* II § 264 прим. 7). Примеры: сущность металлическаго сосуда или утвари зависитъ отъ того, сдѣланъ ли онъ изъ благороднаго или неблагороднаго металла, но сущность деревянной утвари вовсе не зависитъ отъ того, сдѣлана ли она изъ лучшаго или худшаго дерева. Рабъ иного рода вещь чѣмъ рабыня; но того же нельзя сказать о рожавшей уже рабынѣ въ сравненіи съ дѣвственною рабыней. Ср. l. 9 § 2 (къ тому *Arch. f. civ. Pr.* XLVIII стр. 22. 23) l. 10. 11 l. 14. 41 § 1 l. 58 D. de contr. emt. 18. 1; l. 45 D. eod., l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1. (Что въ последнемъ мѣстѣ не слѣдуетъ читать: *emtionem non esse*, это вытекаетъ изъ того, что при ничтожности купли — продажи продавецъ вовсе не подлежалъ бы ответственности; ибо къ лукавству онъ не прибѣгалъ и родъ дерева онъ прямо не гарантировалъ. См. Виндшейда *Voraussetzungen* стр. 117, ср. также и Савиньи III стр. 286 — 290, Вангерова III стр. 284—286). Нѣкоторые, основываясь даже на указанныхъ мѣстахъ, сводятъ ничтожность къ отсутствію согласія; см. прим. 7. — Что же въ томъ случаѣ, когда предметъ, къ коему относится изъявленіе воли, поврежденъ? Очевидно, что пеленгиче не то, что домъ; напротивъ того, неповрежденный домъ есть вещь того же рода, какъ и домъ, у котораго обгорѣла кровля. Но гдѣ же тутъ граница? По l. 57 D. de contr. emt. 18, 1 все зависитъ отъ того, сгорѣло ли болѣе или менѣе половины, въ случаѣ же ухищренія со стороны противника заблуждающійся можетъ оставить сдѣлку въ силѣ, если только сохранилась еще хоть самая малая часть дома. Впрочемъ, въ источникахъ встрѣчаются слѣды и того воззрѣнія, что заблужденіе о качествахъ вещи не оказываетъ никакого вліянія на дѣйствительность сдѣлки, такъ какъ о самомъ предметѣ заблужденія не было. l. 9 § 2 l. 45 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, послѣднее мѣсто другими объясняется, конечно, иначе, ср. Вангерова III стр. 282—284 (II § 393 прим. 2). Къ заблужденію о качествахъ предмета примѣняется тоже, что сказано о качествахъ лица въ концѣ прим. 6. Заблужденіе о мѣстѣ, гдѣ находится предметъ изъявленія воли: Реацъ *Lehre vom Erfüllungsort* § 24.

¹⁰⁾ Въ источникахъ постановлено: если кто объявляетъ, что желаетъ приобрести закладное право на бронзовую вещь, принимаемую имъ за золотую, такъ что его воля направлена къ приобретенію закладнаго права на золотую вещь, то его изъявленіе воли дѣйствительно l. 1 § D. de pign. act. 13. 7 (ср. Дерн-

Несущественными моментами изъясненія воли будутъ, напри-
мѣръ, свойства лица, къ коему относится изъясненіе воли ⁽¹⁾), имя
этого лица, ⁽²⁾), названіе или несущественныя свойства предмета
изъясненія воли ⁽³⁾) и приращенія его ⁽⁴⁾).

§ 77.

Въ договорахъ заблужденіе можетъ вызвать не только изъясне-
ніе не истинной воли, но и такое изъясненіе воли, которое не со-
гласуется съ изъясненіемъ воли противной стороны, если изъясня-
ющій волю думаетъ, что противная сторона выразила не ту волю,
которую она дѣйствительно выразила, усматривая такимъ обра-
зомъ согласіе въ томъ, что не составляетъ согласія. И въ этомъ
случаѣ говорятъ, что договоръ ничтоженъ вслѣдствіе заблужденія;
но и здѣсь причиною ничтожности будетъ не заблужденіе, но при-
крываемое имъ отсутствіе обоюднаго согласія сторонъ ⁽¹⁾). Впрочемъ,
и здѣсь договоръ долженъ считаться недѣйствительнымъ лишь въ
томъ случаѣ, когда заблужденіе, то-есть, разногласіе (*dissensus*)
относится къ какому-либо существенному обстоятельству, что рѣ-
шается на основаніи правилъ, выставленныхъ въ предыдущемъ § ⁽²⁾).

бурга Pfandr. I стр. 196); равно какъ и въ томъ случаѣ, когда онъ выгова-
риваетъ себѣ такую вещь, l. 22 D. de V. O. 45. 1. Тоже самое примѣняется
и тогда, когда кто-либо уступаетъ какое-нибудь право на подобную вещь или
обѣщаетъ что-нибудь по отношенію къ ней. Равнымъ образомъ должно остаться
въ силѣ и то изъясненіе воли, въ коемъ кто-либо объявляетъ свою готовность
пожертвовать вещь, которая цѣннѣе чѣмъ онъ думаетъ, напр. вещь золотую, при-
нимаемую имъ за бронзовую. Ср. Савиньи III стр. 298 — 302.

⁽¹⁾ Ср. впрочемъ, прим. 6.

⁽²⁾ § 29 I de leg. 2. 20, l. 4 C. de test. 6. 23.

⁽³⁾ L. 4 pr. D. de leg. I' 30, l. 28 D. de reb. dub. 34. 5, l. 7 § 1 C. de
leg. 6. 37, l. 9 § 1 l. 10 D. de contr. emt. 18. 1. l. 32 D. de V. O. 45. 1.
Зейф. Arch. II 20.

⁽⁴⁾ L. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Ср. впрочемъ, Вехтера II § 102,
прим. 4. Зейф. Arch. XX. 118.

§ 77. 1) Ср. Зейф. Arch. XVI. 34 (§ 76 прим. 3). — И о томъ случаѣ, когда
вслѣдствіе заблужденія одного изъ контрагентовъ нѣтъ единства между волею и
ея изъясненіемъ, можно сказать, что договоръ ничтоженъ по отсутствію согласія,
какъ объ этомъ было замѣчено (§ 76 прим. 7 и 9).

²⁾ Природа правоотношенія: l. 18. D. de R. C. 12. 1, l. 3 § 1 D. de O. et
A. 44. 7; лицо, относительно коего изъясняется воля: l. 32 D. de R. C. 12. 1
(ср. Зейф. Arch. III. 165. 169, XI. 220); предметъ изъясненія воли: l. Gpr. D.
de contr. emt. 18. 1.

Если предметомъ договора будетъ что-либо количественное, то согласіе всегда предполагается относительно меньшаго изъ указаннаго сторонами количествъ, но будетъ ли при этомъ вся сдѣлка дѣйствительна, это другой вопросъ ³⁾.

5. Мотивы (побужденія) воли.

Заблужденіе. Обманъ. *)

§ 78.

Изъ мотивовъ воли, изъявленной въ юридическомъ актѣ, нужно прежде всего рассмотреть заблужденіе, то-есть, отсутствіе истиннаго представленія о какомъ-либо предметѣ ¹⁾; т. н. заблужденіе въ побудительной причинѣ. Воля, хотя и вызванная такимъ ошибочнымъ представленіемъ, будетъ все-таки дѣйствительно существующею волей; но она конечно будетъ не настоящею, не истин-

³⁾ L. 1 § 4 D. de V. O. 45. 1; см. кромѣ того въ § 76 прим. 8 цитированное l. 52 D. loc. 19. 2, которое можетъ быть отнесено и сюда. Зейф. Arch. II. 273.

) И здѣсь слѣдуетъ положить въ основу Савиньи III § 115 и приб. VIII Ср. кромѣ того: Глюка XXII стр. 361—451, Мюленбруха Arch. f. civ. Pr. II 35 (1821), Рихельмана (§ 76) § 11. 12, Вехтера II § 21. 104. 105, Вангерова I § 83 прим. 1—4, Синтениса I стр. 195 и сл. 188 и сл., Унгера II § 77. 81.

¹⁾ Все равно, будетъ ли это представленіе невѣрное (заблужденіе въ тѣсномъ смыслѣ), или не будетъ никакого представленія о предметѣ (заблужденіе, какъ невѣдѣніе). § 78.

^{1а)} Если въ источникахъ и говорится неоднократно, что заблужденіе исключаетъ волю (l. 15 D. de iurisd. 2. 1, l. 2 pr. D. de iud. 5. 1, l. 20 D. de aqua et aquae 89. 3, l. 116 § 2 D. de R. I 50. 17, l. 8. 9 C. de iur. et fact. ign. 1. 18), то это одно изъ тѣхъ невѣрныхъ въ общемъ смыслѣ положеній, которыя хотя нерѣдко встрѣчаются въ римской юриспруденціи, но не приводятъ къ неправильнымъ рѣшеніямъ въ отдѣльныхъ случаяхъ. Приведенное положеніе вѣрно, когда въ силу заблужденія изъявляется не то, что желаетъ изъявляющій волю, (§ 76), вѣрно оно и настолько, насколько при безмолвныхъ волеизъявленіяхъ заключеніе отъ извѣстнаго дѣйствія къ извѣстной волѣ предполагаетъ, что данное лицо не было въ заблужденіи объ извѣстномъ обстоятельстве. Именно объ этомъ говорится въ большей части названныхъ мѣстъ, между тѣмъ, какъ въ двухъ послѣднихъ это общее положеніе примѣнено къ такому изъявленію, кото-

ною волей изъявляющаго ее, то-есть, безъ этого заблужденія она бы не образовалась. Откуда вытекаетъ, что изъясненіе такой воли отнюдь не ничтожно, оно недѣйствительно развѣ косвеннымъ образомъ, то-есть, нельзя требовать осуществленія ея и утраченное чрезъ нее можетъ быть потребовано обратно. Такая косвенная недѣйствительность наступаетъ на самомъ дѣлѣ при изъясненіи воли на случай смерти, если будетъ несомнѣнно, что безъ этого заблужденія не было бы и самого изъясненія воли; наоборотъ, при изъясненіяхъ воли между живыми она наступаетъ лишь въ томъ случаѣ, когда это вмѣстѣ съ тѣмъ окажется яснымъ для того лица, въ пользу коего воля изъяснена ²⁾. Въ противномъ случаѣ одно заблужденіе, какъ таковое, не можетъ освободить заблуждающагося отъ невыгодныхъ послѣдствій его изъясненія воли ³⁾. Иное дѣло тогда, когда заблужденіе вызвано противною стороною съ обманною цѣлью ⁴⁾. Хотя и въ этомъ случаѣ высказанная воля будетъ дѣйствительно существующею волей, да и въ нынѣшнемъ правѣ такое изъясненіе не считается ничтожнымъ ⁵⁾. Но съ другой сто-

рое не обязательно и независимо отъ заблужденія. Въ послѣднее время Германъ (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 3. 6 (ср. VII. 4) пытался доказать, что римское право считаетъ ничтожнымъ всякое волеизъявленіе, сдѣланное вслѣдствіе заблужденія въ побудительной причинѣ, и притомъ потому именно, что воля, находящаяся подъ вліяніемъ заблужденія, несвободна; но это мнѣніе осталось одинокимъ.

²⁾ О томъ и другомъ подробнѣе будетъ изложено въ связи съ другими вопросами; § 98 прим. 6.

³⁾ L. 52 l. 65 § 2 D. de cond. ind. 12. 6. Зейф. Arch. IV. 233, VII. 52. Въ нашихъ источникахъ встрѣчается единственный слѣдъ возстановленія прежняго состоянія вслѣдствіе заблужденія въ побудительной причинѣ (l. 1 § 17 D. de sepag. 42. 6, ср. также § 6 I. de her. qual. 2. 19). Мнѣніе Савиньян (III. стр. 115), что исключенія составляютъ также эдильскіе иски и *condictiones*, основанныя на ошибочной *causa*, неосновательно; въ первыхъ основаніе притязанія покупателя составляетъ (законноистолкованный) договоръ купли—продажи, въ послѣднихъ — отсутствіе предположенія (§ 97).

⁴⁾ Обманъ — *dolus*. О его понятіи и о томъ, что онъ можетъ быть учиненъ и чрезъ умолчаніе, см. l. 1 § 2 D. de dolo 4. 3, l. 7 § 9 D. de pactis 2. 14, l. 43 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. Доказательство: Игерингъ Arch. f. prakt. RW. N. F. IV стр. 300 и сл.

⁵⁾ Относительно *bonae fidei negotia* господствовавшее прежде мнѣніе утверждало противное или объ обманѣ вообще, или объ обманѣ бывшемъ, причиною не только одного изъ опредѣленій сдѣлки, но и заключенія самой сдѣлки (т. н. *dolus causam dans*, въ противоположность *dolus incidens*). Объ этомъ вопросѣ

роны, нельзя также допустить, чтобы изъясненіе воли доставляло выгоду обманщику, принося въ тоже время вредъ обманутому. Сообразно съ этимъ послѣднему предоставляются: 1) возраженіе (*exceptio*) противъ притязанія, возникшаго для обманщика изъ данной юридической сдѣлки⁶⁾; 2) право требовать возстановленія обманщикомъ прежняго положенія⁷⁾.

§ 79.

Заблужденіе не только можетъ быть мотивомъ изъясненной въ юридическомъ актѣ воли, но и въ другихъ отношеніяхъ можетъ служить важнымъ юридическимъ моментомъ¹⁾, либо такъ

и именно о приводимомъ въ пользу означеннаго мнѣнія l. 7 pr. D. de dolo 4. 3. см. Вангерова III § 605 прим. 1, а также слѣдующія примѣчанія. Ср. тоже Синтениса I § 22 прим. 13.

⁶⁾ *Exceptio doli*. При *bonae fidei iudicium* не было нужды въ *exceptio doli* (какъ и вообще въ *exceptio*), такъ какъ *dolus* могъ быть въ этомъ *iudicium* и прямо предметомъ иска; ср. напр. l. 11 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 C. de resc. vend. 4. 44, ибо *contrarius est dolus bonae fidei* (l. 5 C. cit.). Сообразно съ тѣмъ, что можно было обойтись безъ *exceptio doli*, въ источникахъ говорится также о договорѣ товарищества, что онъ „*ipso iure nullius momenti*“ (l. 3 § 3 D. pro socio 17. 2, ср. l. 16 § 1 D. de min. 4. 4); это-то положеніе было однимъ изъ основаній, въ силу которыхъ прежняя теорія утверждала, будто юридическая сдѣлка, заключенная подъ вліяніемъ обмана, ничтожна. Само собою разумѣется, возраженіе это имѣетъ силу не только противъ наслѣдниковъ обманщика, но и противъ того, кто въ качествѣ сингулярнаго преемника вступить въ обладаніе приобретеннымъ чрезъ обманъ притязаніемъ (см. II § 332 прим. 5). Но если чрезъ обманъ возникло не прямо самое притязаніе (обязательство), а только вещное право, то противъ послѣдующаго пріобрѣтателя этого права это возраженіе имѣетъ силу лишь тогда, когда онъ пріобрѣлъ указанное право безвозмездно; наравнѣ съ этимъ случаемъ поставленъ случай, когда вещь ему заложена, l. 4 § 27 — 31 de doli exc. 44. 4.

⁷⁾ *Actio doli* или *de dolo*. Притязаніе на возстановленіе правъ (*Wiederherstellungsanspruch*) можетъ быть направлено на уничтоженіе всего дѣйствія юридической сдѣлки, или же на уничтоженіе одной лишь стороны этого дѣйствія; здѣсь то лучше всего оправдывается различіе между *dolus causam dantis* и *incidens*. Ср. Зейф. Arch. II. 167, XI. 221 N. II. Blätter f. RAnwend. XXXIII стр. 309 и сл. XXXIV стр. 92 и сл. Ergänzt. Bd. zu Jahrg. 30. 31 стр. 404 и сл. Можетъ ли быть потребовано и *in integrum restitutio*? Объ этомъ въ § 118 прим. 6.

¹⁾ Желая соединить въ одно все то, что нужно сказать о заблужденіи, я вставляю сюда этотъ §, по содержанію своему далеко выходящій за сферу юридическихъ актовъ.

что оно само входитъ въ составъ юридическаго событія ²⁾, либо такъ, что вслѣдствіе присоединившагося заблужденія устраняются юридическія послѣдствія, непосредственно связанныя съ извѣстнымъ событіемъ ³⁾.

Затѣмъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ кто-либо ссылается на заблужденіе для доставленія себѣ какой нибудь выгоды или для отвращенія отъ себя какого-нибудь невыгоднаго послѣдствія, онъ можетъ оправдываться не всякимъ заблужденіемъ, а лишь извинительнымъ ⁴⁾. Извинительнымъ же источники называютъ

²⁾ Такъ, напримѣръ, при давностномъ владѣніи, при приобрѣтеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ плодовъ.

³⁾ Примѣры: принятіе наслѣдства и отреченіе отъ него недѣйствительны, если принимающій или отказывающійся заблуждается о существованіи или основаніи призванія къ наслѣдству (I. 22. 32—34 D. de A. v. O. H. 29. 2); недѣйствительность права требованія (Forderungsrecht), возникшаго изъ поручительства женщины или займа, изъ принятія займа домохладцемъ, устраняется тѣмъ, что вѣритель не зналъ, что онъ имѣетъ дѣло съ ручающею женщиной или съ домохладцемъ (I. 11. 12 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 4); невыгодныя послѣдствія просрочки при извѣстныхъ обстоятельствахъ не падаютъ на того, кто не зналъ, что ему нужно дѣйствовать (ср. § 104 прим. 7).

⁴⁾ Поэтому извинительности заблужденія не требуется тамъ, гдѣ на заблужденіе нѣтъ надобности ссылаться. Такъ именно, когда кто-либо вслѣдствіе заблужденія сдѣлалъ какое-нибудь изъясненіе, какого онъ на самомъ дѣлѣ не желалъ (§ 76 прим. 3). Регельсбергеръ *civilrechthl. Erörterungen* I стр. 19 и сл.; извинительности не требуется также при обманѣ, ср. II § 486 прим. 2, Зейф. Arch. XIX. 26, Игерингъ Arch. f. prakt. RW. N. F. IV стр. 278 и сл., Зейф. Arch. VII. 51 въ к. 52. 293, XIII. 86, *Blätter f. RAnwendung Ergänz. Bd. zu Jahrg. 31. 31. стр. 404* и сл. Она не требуется далѣе тамъ, гдѣ не заблуждающійся долженъ указывать на свое заблужденіе, а наоборотъ противникъ долженъ доказать, что заблуждающійся зналъ о своемъ заблужденіи, напримѣръ, когда дѣло идетъ о невыгодныхъ послѣдствіяхъ недобросовѣстности; какъ бы ни было непростительно заблужденіе, оно все-таки исключало собою знаніе. Правда, и въ подобномъ случаѣ можетъ встрѣтиться, что не всякое незнаніе ставится закономъ въ пользу незнающаго; но въ такомъ случаѣ это будетъ предписаніе положительнаго права, а не выводъ изъ указаннаго принципа, и потому безъ особаго доказательства оно не должно быть принимаемо. Такъ въ деликтахъ не дозволено ссылаться на незнаніе уголовнаго закона, а не на всякое иное невѣдѣніе права, Савиньи III. *Beil. VIII N XX—XXII*); такъ, изъ порочности купленной вещи для покупателя не можетъ возникнуть никакого притязанія, если онъ о томъ зналъ или долженъ былъ знать, а interd. quod vi aut clam дается тогда, когда дѣйствующій зналъ или долженъ былъ знать, что онъ дѣйствуетъ противъ воли противника (I. 14 § 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 3 § 7. 8 l. 4 D. quod vi aut clam 43. 24).

заблужденіе относительно фактовъ (т. н. error facti), неизвинительнымъ — заблужденіе относительно юридическихъ нормъ (error iuris⁵⁾). Впрочемъ, это различіе слишкомъ внѣшнее; въ дѣйствительности можетъ быть извинительно и заблужденіе юридическое, когда дѣло идетъ о какой-либо неясной или отдаленной (по времени либо мѣсту) юридической нормѣ и когда употреблены въ дѣло доступныя вспомогательныя средства изясненія, ⁷⁾ наоборотъ неизвинительнымъ можетъ быть и заблужденіе фактическое, когда оно вызвано грубою небрежностью ⁸⁾; разумѣется при этомъ, первое или второе должно быть доказано тѣмъ, кто на то ссылается. Кромѣ того, извѣстнымъ лицамъ юридическое заблужденіе вообще не вменяется въ вину ⁹⁾: либо безусловно, какъ, напримѣръ, несовершеннолѣтнимъ ¹⁰⁾, либо въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ напримѣръ, женщинамъ (когда онѣ не приобретаютъ, но лишь желаютъ оградить себя отъ убытка; однако, и то не безусловно ¹¹⁾), солдатамъ ¹²⁾ и необразованнымъ ^{13 14)}.

⁵⁾ Странное воззрѣніе на понятіе о юридическомъ и фактическомъ заблужденіи высказалъ Вейль (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 13 [1855]). Правда, и у него юридическое заблужденіе относится къ юридическимъ правиламъ, а фактическое — къ фактамъ, но то и другое ближайшимъ образомъ относится къ правамъ: юридическое заблужденіе, полагаетъ онъ, должно быть заблужденіемъ о правахъ, происходящимъ изъ заблужденія объ объективномъ правѣ, а фактическое должно быть заблужденіемъ о правахъ, происходящимъ изъ заблужденія о фактѣ.

⁶⁾ Dig. 22. 6. Cod. l. 18 de iuris et facti ignorantia. Ср. именно l. 2. 9 pr. § 5 D. h. t. Также с. 13 de R. I. in IV¹.

⁷⁾ L. 9 § 3 D. h. t., l. 10 D. de B. P. 37. 1, l. 2 § 5 D. si quis ordo 38-15; с. 1 de const. in VI¹ 1. 2.

⁸⁾ L. 3 § 1 l. 6. 9 § 2 D. h. t., l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6; l. 3 pr. D. h. t., l. 5 § 1 D. pro suo 41. 10. Зейф. Arch. IX. 261. Ср. впрочемъ Момзена Beiträge I стр. 417—419.

⁹⁾ Савиньи III стр. 429 и сл.

¹⁰⁾ L. 9 pr. D. l. 11 C. h. t. (l. 3 C. Th. de spons. 3. 5).

¹¹⁾ L. 9 pr. D. h. t., l. 8 cod., l. 3. 11. 13 C. h. t. Савиньи в. п. с. стр. 432—436.

¹²⁾ L. 9 § 1 D. h. t., l. 1 C. de rest. mil. 2. 51, l. 22 pr. § 15 C. de iure del. 6. 30; l. 5 C. de his qui sibi adscribunt 9. 23. Савиньи стр. 437.

¹³⁾ L. 8 C. qui admitti 6. 9, l. 1 § 5 D. de edendo 2. 13; l. 2 § 1 si quis in ius voc. 2. 5 и Савиньи в. п. с. стр. 436. Нынѣшняя примѣнимость понятія „rusticitas“ вообще и въ особенности въ разбираемомъ здѣсь отношеніи отвергается въ рѣшеніи у Зейф. Arch. XIX. 91. Ср. противъ этого тамъ же IX. 232, X. 268, XV. 173, VIII. 140. 141, XXII. 149.

¹⁴⁾ Неправильныя обобщенія содержатся въ l. 7. 8 D. h. t. L. 7 cit. „Juris

в) Страхъ. Принужденіе *).

§ 80.

То обстоятельство, что изъявленная въ юридическомъ актѣ воля вызвана страхомъ, само по себѣ не имѣетъ никакого вліянія на дѣйствительность юридическаго акта, и притомъ не дѣлается здѣсь различія между изъявленіями воли между живыми и на случай смерти. Но не то должно сказать и здѣсь, когда страхъ вызванъ противозаконнымъ образомъ, напримѣръ, посредствомъ угрозъ, въ каковомъ случаѣ говорятъ обыкновенно о принужденіи (Zwang) ¹⁾. Хотя и вынужденный юридическій актъ, подобно совершенному подъ вліяніемъ обмана, не ничтоженъ, такъ какъ истинная воля все-таки изъявлена ²⁾; но право даетъ противъ невыгод-

ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet“ L. 8 cit. „Error facti ne maribus quidem in damno vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet“. О различныхъ воззрѣніяхъ см. Вехтера II § 21 прим. 17, Савиньи III стр. 344—353, Вангерова I § 83 прим. 1 N V, и цитированныхъ у него.

*) Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 20 de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Шлимана die Lehre vom Zwange (1861). J. A. Kramer de leer van den psychischen dwang (1864; ср. Krit. VJSchr. VI стр. 416—418). Савиньи III § 114, Вехтера II § 106, Синтениса I стр. 186—188, Унгера II § 80.

§ 80.

¹⁾ Выраженіе Zwang слишкомъ широко, такъ какъ подъ него подойдетъ и физическое насилие, при которомъ не можетъ быть и рѣчи о вліяніи на волю, напримѣръ, если кто-либо насильно подписываетъ рукою другого какой нибудь документъ. Употребительное у римлянъ обозначеніе еще шире; они говорятъ о metus, тогда какъ эдиктъ прежде говорилъ о vis metusve. L. 1. D. h. t. — Для противозаконности угрозы не требуется, чтобы причиненіе угрожаемаго зла было противозаконно; не дозволяется также, для вынужденія къ заключенію юридической сдѣлки, угрожать такимъ зломъ, которое въ правѣ причинить угрожающій L. 3 § 1 l. 7 § 1 и arg. l. 21 pr. D. h. t.; Шлиманъ стр. 24—26. Kramer стр. 177—179.

²⁾ L. 21 § 5 D. h. t. „Si metu coactus adii hereditatem, puto heredem me effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui“ L. 21 § 4 eod. l. 22 D. R. N. 23. 2. Какъ по отношенію къ обману, такъ и здѣсь прежде нерѣдко утверждали, что относительно bonae fidei negotia юридическая сдѣлка ничтожна (подробная исторія ученій у Шлимана стр. 179 и сл.). Ссылались именно на l. 116 pr. D. de R. l. 50, 17, l. 21 § 3 D. h. t. и l. 6.

ныхъ ³⁾ послѣдствій защиту, какъ и при обманѣ, и притомъ болѣе сильную. Оно даетъ здѣсь право на возраженіе и возстановленіе, и сверхъ того право требовать возвращенія въ прежнее состояніе ⁴⁾, все это не только противъ принуждающаго, но и противъ

§ 7 D. de A. v. O. H. 29. 2. Ср. объ этомъ Вангерова III § 605 прим. 2. Выставленное въ текстѣ воззрѣніе нынѣ пользуется почти безусловнымъ преобладаніемъ, благодаря именно доводамъ Савиньи в. п. с. Направленная противъ него критика Крнца (Rechtsfälle V стр. 88 и сл.) названа уже у Вектера, слишкомъ впрочемъ снисходительно, „отчасти непонятною“. Гораздо болѣе заслуживаетъ вниманія защита ничтожности актовъ, сдѣланная недавно Шлиманомъ въ вышеуказанномъ основательномъ сочиненіи. Онъ разсуждаетъ такъ: 1) въ источникахъ защищаются оба воззрѣнія, и ничтожность и вѣсенная недействительность; 2) при такомъ противорѣчій намъ слѣдуетъ руководствоваться внутренними основаніями, а они заставляютъ насъ принять ничтожность. Но ни съ однимъ изъ этихъ аргументовъ нельзя согласиться. Всѣ мѣста, въ которыхъ Шлиманъ усматриваетъ признаніе ничтожности, допускаютъ и другое толкованіе, и хотя нельзя отрицать, что отчасти это другое толкованіе также нельзя считать удовлетворительнымъ, тѣмъ не менѣе слѣдуетъ принять въ соображеніе, что по общимъ правиламъ толкованія противорѣчіе даже между тѣми же самими писателями не должно быть допускаемо безъ настоятельной необходимости. Должно только согласиться, что римское право считаетъ вынужденное отпущеніе на волю ничтожнымъ (l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quib. 40. 9, Dosith. § 7); но это вполнѣ объясняется тѣмъ, что отиѣна разъ послѣдовавшаго освобожденія казалась римлянамъ чѣмъ-то столь необыкновеннымъ, что она могла быть совершена лишь императорскою властью и въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ, l. 9 § 6. l. 10 D. de min. 4. 4, l. 24 D. de dolo 4. 3. (Не смотря на то, даже и здѣсь защищается противоположное воззрѣніе, l. 9 § 2 D. h. t.—какое мѣсто Крамеръ стр. 112 и сл. удачно относитъ къ фактическому вреду, возникающему изъ освобожденія). Подобное же соображеніе нынѣ примѣняется и къ католическому воззрѣнію на бракъ. Затѣмъ что касается внутреннихъ основаній, то они не приводятъ къ принятію ничтожности. Шлиманъ разсуждаетъ: при принужденіи представляется во всякомъ случаѣ сомнительнымъ, соответствуетъ ли изъявленная воля дѣйствительной волѣ, было ли желаніе и самое содержаніе изъявленной воли, а не одно изъявленіе ея; слѣдовательно, заключеніе отъ изъявленія къ волѣ неправильно, значить воля не доказывается ея изъявленіемъ. Но изъявленіе есть нѣчто болѣе чѣмъ доказательство существованія воли; оно не есть то, изъ чего можно заключать о волѣ, оно есть внѣшнее проявленіе воли или сама воля въ ея проявленіи. Кто утверждаетъ, что это проявленіе живо, тотъ обязанъ доказать несуществованіе воли, а не достаточно заявлять лишь сомнѣніе о ея существованіи. Такого же мнѣнія Шенеманъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. Anh. стр. 5. Вангеровъ 7 изд. III стр. 281. 282.

³⁾ L. 12 § 2 l. 14 pr. D. h. t, Шлиманъ стр. 29—31,

⁴⁾ Exceptio quod metus causa, actio quod metus causa. Подробно объ этомъ

всякаго третьяго лица, обогатившагося вслѣдствіе принужденія ⁵⁾. Впрочемъ, чтобы принужденіе имѣло такое широкое дѣйствіе, требуется, чтобы, во первыхъ, угрожаемое зло было значительно, и во-вторыхъ, чтобы страхъ предъ нимъ былъ основателемъ ⁶⁾. При отсутствіи того или другаго условія теряется право защиты противъ третьяго, но остаются въ силѣ право на возраженіе и на возстановленіе противъ принуждающаго ⁷⁾.

6) Содержаніе юридическаго акта *).

§ 81.

Дѣйствительность юридическаго акта находится также въ зависимости отъ его содержанія; юридическому акту можетъ быть

exceptio и actio, равно какъ и объ in integrum restitutio, по причинѣ metus, см. ниже. И въ bonae fidei iudicium могло получать силу и принужденіе, хотя прямого указанія судѣй не было сдѣлано. L. 8 C. de resc. vend. 4. 44.

⁵⁾ Exceptio какъ и actio quod metus causa суть in rem scriptae, l. 4 § 33 D. de decli exc. 44. 4, l. 9 § 1. 8. l. 10 pr. l. 14 § 3. 5. D. h. t. Вангеровъ III § 605 прим. 2 въ к., Экснеръ Tradition стр. 255 и сл. прим. 5. О распространѣніи возвращенія въ прежнее состояніе на третьихъ лицъ см. § 120 прим. 4.

⁶⁾ L. 3 § 1—l. 9 pr. l. 22. 23 § 1. 2 D. h. t., l. 13 C. de transact. 2. 4, l. 4. 7. 8. 10 C. h. t. Источники требуютъ „timorem maioris malitatis“ и специально называютъ достаточнымъ угрозу жизни, тѣлу и свободѣ, тогда какъ угрозу добру имени и угрозу процессомъ (Зейф. Arch. XVIII. 112, VIII 27, XX. 219, XXII. 216) считаютъ недостаточнымъ. Остановиться на указанныхъ въ источникахъ случаяхъ, какъ этого желаетъ Савиньи III стр. 105—107, или же только, какъ это дѣлаетъ Шлиманъ стр. 15—22, извлекать изъ нихъ тотъ принципъ, что при всѣхъ обстоятельствахъ требуется угроза лицу, рѣшить это при неопредѣленности употребленныхъ источниками выраженій довольно затруднительно. Съ этимъ согласенъ Арндтъ § 61 прим. 4; а также Крамер стр. 167 и сл., выставляющій какъ положительное требованіе: неизгладимость (Unwiderherstellbarkeit) зла. Ср. Зейф. Arch. VIII. 27. Угроза со стороны подвластныхъ: l. 8 § 3 D. h. t. Шлиманъ стр. 20, Крамер стр. 187 и сл. Далѣ источники требуютъ „metum non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat“. (l. 6 D. h. t.), при чемъ не слѣдуетъ придавать важность превосходной степени. Шлиманъ стр. 26—28.

⁷⁾ Въ принужденіи всегда заключается сознательное правонарушеніе, а слѣдовательно, изъ него всегда возникаетъ actio и exceptio doli. Далѣ дается condictio ob turpem causam, а при угрозѣ процессомъ edictum de calumniatoribus (Dig. 3. 6).

*) Вехтеръ II § 90,

отказано въ юридическомъ признаніи и на основаніи самаго содержанія выраженной въ немъ воли. Но относящіяся сюда опредѣленія по большей части суть совершенно спеціальнаго свойства и потому выходятъ изъ предѣловъ предстоящаго изложенія ¹⁾; общее же значеніе имѣють слѣдующія опредѣленія:

1) Ничтожны изъявленія воли, направленные на что-либо невозможное ²⁾.

2) Ничтожны и тѣ изъявленія воли, кои противорѣчатъ юридическимъ или нравственнымъ законамъ ³⁾.

3) Далѣе ничтожны тѣ изъявленія, въ которыхъ содержится распоряженіе, коего распоряжающійся не въ правѣ дѣлать. Во-первыхъ, никто не можетъ простирать свои распоряженія на юридическую сферу другаго ⁴⁾, развѣ на такое распоряженіе этотъ другой дастъ свое согласіе ⁵⁾, или же право такого распоряженія опирается на иномъ

¹⁾ Такъ, напримѣръ, постановленіе о запрещеніи даренія между супругами, о § 81. запрещенія обѣщать всякіе проценты и т. д.

²⁾ L. 1 § 9—11 D. de O. et A. 44. 7, l. 35 pr. l. 97 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 31. 185 D. de R. I. 50. 17.

³⁾ § 36 i. f. I. de leg. 2. 20, l. 112 § 3 D. de leg. I^o 30, l. 26. 27 pr. l. 35 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 4 C. de inut. stip. 8. 39. Ср. изъ Зейферта Arch. рѣшеніе, цитированное въ II § 314 прим. 4.

⁴⁾ Никто не въ правѣ отчуждать вещь другаго, никто не въ правѣ своимъ обѣщаніемъ дѣлать другаго должникомъ и т. д.

⁵⁾ L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 § 2 D. de don. 39. 5, l. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2. 5 9. de reb. al. 4. 51, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Ср. l. 165 D. de R. I. 50. 17. Лицо, дозволяющее распоряжаться въ своей юридической сферѣ, юридически усваиваетъ себѣ чужое изъявленіе воли такъ, какъ бы оно было его собственное; но не подлежитъ сомнѣнію, что фактически изъявленіе это все-таки не перестанетъ быть чужимъ. Вотъ почему Игерингъ (Jahrb. f. Dogm. I стр. 307. ср. II стр. 125—126), по крайней мѣрѣ въ словахъ, зашелъ ужъ слишкомъ далеко, утверждая, что распоряжающійся „не принимаетъ ни малѣйшаго участія въ юридическомъ актѣ какъ таковомъ“. Какъ бы то ни было корпусъ сдѣлки проистекаетъ изъ личности распоряжающагося, и притомъ не только изъявленіе воли, но и самая воля; вотъ почему хотя въ l. 22 D. de manum. vind. 40. 2 и говорится о господинѣ, соглашающемся на отпущеніе своего раба на волю, что онъ „ipse manumittit“, но въ l. 30 § 1 D. qui et a quib. 40. 9 сказано: „non manumisi, sed pro eo habendus sum, ac si manumissem“ (ср. l. 9 § 2 D. de den. 39. 5). Здѣсь имѣетъ мѣсто тоже самое, что и въ томъ случаѣ, когда кто-либо съ согласія другаго изъявляетъ волю отъ имени этого послѣдняго (§ 73), съ тѣмъ лишь различіемъ, что распоряжающійся дѣйствуетъ здѣсь отъ собствен-

какомъ-либо законномъ основаніи ⁶⁾). Указанное согласіе можетъ быть дано и въ послѣдствіи ⁷⁾, въ каковомъ случаѣ, подобно тому, какъ и при признаніи сдѣланнаго отъ нашего имени изъясненія воли (§ 74), говорятъ о соизволеніи (*Genehmigung*) ⁸⁾; подробнѣе объ этомъ будетъ изложено въ § 83. Во-вторыхъ, можетъ встрѣтиться, что данное лицо ограничено въ правѣ распоряженія и относительно собственной юридической сферы. Изъ относящихся сюда правилъ можно указать на то общее положеніе, что лица, состоящія подъ опекою, не могутъ ничего отчуждать изъ своего имущества ⁹⁾).

С. Недѣйствительность юридическихъ актовъ *)

1. Понятіе и виды.

§. 82.

Понятіе о недѣйствительности въ общихъ чертахъ дано было уже выше. Недѣйствителенъ тотъ юридическій актъ, за которымъ,

наго имени, а не въ качествѣ представителя. Можно ли взять назадъ разъ данное согласіе? Это прежде всего зависитъ отъ того, хотѣлъ ли соглашающійся связать себя. Но еслибы даже онъ и хотѣлъ связать себя, все-таки общее правило то, что онъ только въ правѣ отнять предоставленную власть, фактически же это возможно подъ условіемъ вознагражденія убытковъ. Впрочемъ, случается иногда, что предоставленная власть принимаетъ видъ самостоятельнаго права, такъ, напримѣръ, при закладѣ, при (римской) уступкѣ (*cessio*). Особенности этихъ случаевъ Игерингъ *Jahrb. f. Dogm.* II стр. 131. 132. 133 возводитъ въ общее правило для нынѣшняго права.

⁶⁾ Сюда въ особенности относится случай закладнаго права, не только законнаго и судебного, но и договорнаго, такъ какъ въ послѣднемъ продолженіе согласія безразлично.

⁷⁾ *L. 20 pr. D. de pign. act.* 13. 7, *l. 16 § 1 D. de pign.* 20. 1, *l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u.* 24. 1, *l. 3 C. de R. V.* 3. 32, *l. 4 C. de reb. al.* 4. 51.

⁸⁾ Подъ *ratihabitio* въ источникахъ разумѣется преимущественно, но не исключительно, позднѣйшее согласіе, ср. напр. *l. 44 § 1 D. de usupr.* 41. 3, *l. 4 C. de usuc. pro emt.* 7. 26. Равнымъ образомъ словомъ *consentire* означаетъ не исключительно предшествующее согласіе, ср. напр. *l. 3 C. de R. V.* 3. 32.

⁹⁾ Лишеніе способности отчуждать содержать въ себѣ ограниченіе дѣеспособности, въ каковомъ смыслѣ объ этомъ предметѣ было уже говорено въ ученіи о дѣеспособности (§ 71). Неспособность распоряжаться, какъ особенное качество лица, противопоставлять отсутствію дѣеспособности, нѣтъ никакого повода.

*) Савиньи IV § 202. 203, Вехтеръ II § 86, Синтенисъ I § 24, Унгеръ II § 91. 92

вслѣдствіе того, что онъ не удовлетворяетъ требованіямъ закона, право не признаетъ юридическаго дѣйствія, т. е., не присвоиваетъ ему силы производить преднамѣренныя юридическія послѣдствія. Стало быть понятіе недѣйствительности тѣснѣ понятія безсилія (*Unwirksamkeit*); юридическій актъ можетъ быть безсильнъ независимо отъ юридическихъ недостатковъ, парализующихъ его дѣйствіе ¹⁾.

Въ понятіи недѣйствительности есть нѣкоторые различія:

1) Наиболѣе важное изъ нихъ — это различіе между ничтожностью и оспариваемостью, рассмотрѣнное выше — также въ общихъ чертахъ. А именно, или юридическій актъ недѣйствителенъ въ томъ смыслѣ, что онъ совершенно не производитъ того дѣйствія, которое имѣлось въ виду при его совершеніи, точно такъ же какъ еслибы онъ вовсе не былъ совершенъ, такъ что по отношенію къ праву онъ считается несуществующимъ; такой актъ называется ничтожнымъ ²⁾. Или же актъ недѣйствителенъ въ томъ смыслѣ,

¹⁾ Такъ, если отпало присоединенное къ акту условіе. Юридическій актъ въ § 82. этомъ случаѣ удовлетворяетъ всѣмъ законнымъ требованіямъ; но онъ не имѣетъ силы не потому, чтобъ онъ не могъ дѣйствовать, а потому, что не хочетъ дѣйствовать. Тоже слѣдуетъ сказать о томъ случаѣ, когда не послѣдуетъ согласія, на которое расчитывалъ заключившій сдѣлку отъ имени другаго (§ 74). — Хотя нельзя отрицать, что по буквальному смыслу само по себѣ недѣйствительнымъ можно назвать и то изъясненіе воли, которое не дѣйствуетъ, потому что не хочетъ дѣйствовать; и про него можно сказать, что съ точки зрѣнія права оно недѣйствительно. Но въ названіяхъ необходимо дѣлать различіе, и никто не станетъ спорить противъ того, что въ практикѣ недѣйствительнымъ называютъ преимущественно то, что не признается, хотя и могло бы быть признано. — Какъ бы то ни было подѣ понятие недѣйствительности не слѣдуетъ подводить тѣ случаи, въ которыхъ основаніе безсилія юридическаго акта заключается не въ немъ самомъ, а въ фактѣ, поражающемъ дѣйствіе его, не касаясь самаго акта, напримѣръ, въ наступившей давности. Савиньи (IV стр. 542) доходитъ даже до того, что подводитъ подѣ понятие недѣйствительности случай исполненія обязательства. — Впрочемъ, понятіе безсилія (*Unwirksamkeit*) въ обширномъ смыслѣ можетъ перейти въ недѣйствительность (*Ungültigkeit*), что бываетъ при предположеніи въ смыслѣ *modus* (§ 97 прим. 5).

²⁾ Соответствующія римскія выраженія: *negotium nullum*, *negotium nullius momenti* въ источникахъ не разграничиваются съ такою строгостью отъ спорности юридическаго акта, съ какою мы разграничиваемъ отъ нея выраженіе ничтожность, ср. напр. l. 16 § 1 D. de minor. 4. 4, l. 3 § 3 D. pro socio 17. 2, l. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8, подобно тому какъ выраженіе *rescindere* употребляется также и относительно ничтожной сдѣлки, напр. l. 7 § 16 D. de pactis 2. 14, l. 64 § 1 D. de cond. 35. 1, Ulp. § 1. 2.

что хотя непосредственно онъ и производить то дѣйствіе, ради котораго былъ совершенъ, но это дѣйствіе оказывается непригоднымъ для того, чтобы вызвать то фактическое состояніе, на которое актъ былъ разсчитанъ. Это въ свою очередь можно представить себѣ двоякимъ образомъ. Либо такъ, что юридическое дѣйствіе (*Wirkung*), непосредственно вытекающее изъ юридическаго акта, не имѣетъ силы само по себѣ, либо такъ, что можетъ быть лишь потребовано уничтоженіе его. Первое бываетъ въ томъ случаѣ, когда возникающее изъ юридическаго акта притязаніе связано возраженіемъ, такъ что противъ воли того лица, къ коему оно можетъ быть предъявлено, оно не можетъ быть осуществлено ³⁾. Во второмъ случаѣ имѣетъ мѣсто еще то различіе, что дѣйствіе акта можетъ быть уничтожено либо судьей ⁴⁾, либо дѣятельностью того лица, въ пользу коего должно наступить или уже дѣйствительно наступило юридическое дѣйствіе акта ⁵⁾; мыслимо также, что это уничтоженіе можетъ быть произведено путемъ простаго завленія того лица, которое находитъ для себя обременительнымъ наступившее дѣйствіе акта ^{5а)}. Слѣдовательно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда юридическій актъ не ничтоженъ, требуется для устраненія его дѣйствія извѣстная реакція, тогда какъ при ничтожномъ юридическомъ актѣ такая реакція не только не нужна, но даже и не мыслима ⁶⁾. Сверхъ того, эта реакція должна исходить отъ

³⁾ Примѣры: *exceptio quod metus causa*, *doli*, *SCi Macedoniani*, *SCi Velleiani*.

⁴⁾ Примѣры: *in integrum restitutio*, *bonorum possessio contra tabulas*, *querela inofficiosi testamenti*.

⁵⁾ Примѣры: *actio doli*, *actio quod metus causa*. — Слѣдуетъ замѣтить, что здѣсь говорится: отмена юридическаго дѣйствія, а не оспореніе (*Anfechtung*), должна быть возбуждена тѣмъ, въ пользу коего дѣйствіе акта наступило.

^{5а)} Ср. III § 591 прим. 13.

⁶⁾ Вотъ почему искъ о ничтожности имѣетъ лишь значеніе преюдиціальнаго иска, то-есть, иска объ объявленіи (*Declaration*) ничтожности. Ср. Зейф. Arch. XVII. 208; VI. 319. 320, XV. 144. Въ противность этому, по распространенному въ прежнее время воззрѣнію, въ важныхъ случаяхъ (ср. Унгера § 91 прим. 29. 30) наличность ничтожности ставилась въ зависимость отъ осуществленія т. н. *querela nullitatis*, и согласно съ этимъ выставлялось правило, что давностью этого иска устраняется ничтожность. Безспорную силу приобрѣло это воззрѣніе въ судопроизводствѣ и брачномъ правѣ. Ср. еще Зейф. Arch. VI стр. 455—458. (Означенной въ этомъ мѣстѣ потребности удовлетворяло римское соп-

опредѣленныхъ лицъ, тогда какъ на ничтожность можетъ ссы- латься всякій. На этомъ-то послѣднемъ основаніи недѣйствитель- ность, которая не есть ничтожность, называютъ также относитель- ную недѣйствительностью (а саму ничтожность абсолютною недѣй- ствительностью). Но нынѣ болѣе принято означать ее вышепри- веденнымъ словомъ оспариваемость (*Anfechtbarkeit*) ⁷⁾.

2) Далѣе, недѣйствительность можетъ быть рѣшительная или нерѣшительная. Право или напередъ отказываетъ юридическому акту въ своемъ признаніи, что случается всего чаще, или пока еще выжидаетъ, будетъ ли онъ или не будетъ заслуживать этого признанія, и свое рѣшеніе ставитъ въ зависимость отъ наступле- нія или ненаступления будущаго неизвѣстнаго обстоятельства. Этимъ обстоятельствомъ можетъ быть также изъясненіе воли лица, заинтересованнаго въ актѣ; смотря по желанію этого лица, юри- дическій актъ будетъ дѣйствительнымъ или недѣйствительнымъ и притомъ съ самаго начала. Недѣйствительность, наступающая вслѣдствіе такого изъясненія воли, можетъ быть сама по себѣ либо

dictio possessionis. Въ судебномъ рѣшеніи XVIII. 113 дается *actio in factum*, чѣмъ на самомъ дѣлѣ ничего не объясняется.)

7) Благодаря Савиньи, это выраженіе принято почти всѣми, хотя оно не совсѣмъ удачно, такъ какъ оно плохо обозначаетъ тотъ случай, когда противъ возникшаго изъ юридической сдѣлки притязанія дается лишь возраженіе. Встре- чается возрѣніе, будто оспариваемость сама не составляетъ недѣйствительно- сти, но открываетъ лишь возможность сдѣлать актъ недѣйствительнымъ, такъ что послѣдній становится недѣйствительнымъ не прежде открытія спора. Всего опре- дѣленнѣе возрѣніе это высказано Вехтеромъ (II стр. 653 прим. 3. 656. 657); ср. также Синтениса I стр. 211. 218 и ниже прим. 9 въ к. Если вышеуказанное понятіе недѣйствительности вѣрно, то это возрѣніе невѣрно. Сила оспариваемой юридической сдѣлки столь же парализуется именно тѣмъ, что она оспаривается, какъ и сила ничтожной юридической сдѣлки; различіе здѣсь въ родѣ и способѣ, и если угодно, въ степени противодѣйствія; но различіе это нисколько не измѣ- няетъ сущности понятія. Вехтеръ (II стр. 656, ср. Унгера II стр. 161) очевидно подъ вліяніемъ этого возрѣнія утверждаетъ, что хотя вслѣдствіе ос- париваемости юридической сдѣлки дѣйствіе этой послѣдней и можетъ быть пре- кращено, но лишь на будущее, а никакъ не за прошедшее время. Если же исхо- дить изъ того, что сама оспариваемость есть уже недѣйствительность, прекра- щеніе же есть не основаніе, а слѣдствіе и выраженіе недѣйствительности, то совершенно наоборотъ получится то правило, что прекращеніе вліяетъ и на прошедшее время, а тѣ случаи, въ коихъ положительное право прямо не припи- сывается прекращенію такого дѣйствія, должно будетъ считать уклоненіями отъ этого принципа.

оспариваемостью, либо ничтожностью; обыкновенно подразумѣвается лишь послѣдній случай ^{а)}). Онъ отличается отъ (рѣшительной) оспариваемости тѣмъ, что при немъ отъ воли даннаго лица зависить, можетъ ли идти рѣчь о какомъ бы то ни было дѣйствиіи юридическаго акта, тогда какъ при спорности отъ воли даннаго лица зависить, можетъ ли несомнѣнное дѣйствиіе, непосредственно производимое актомъ, получить фактическое осуществленіе, или нѣтъ ^{б)})?

3) Недѣйствительность можетъ быть первоначальная или позднѣйшая; обстоятельство, лишающее данное изъясненіе воли силы,

^{а)} Насколько ничтожность зависить въ этомъ случаѣ отъ воли извѣстнаго лица, ее можно назвать относительною ничтожностью, причеъ рѣшительная ничтожность представляется безусловною. Шмидтъ *Pflichttheilsrecht des Patronus* и т. д. стр. 123 прим. 82.—Противъ т. н. относительной ничтожности очень горячо возсталъ Брандисъ въ одной основательной статьѣ (*Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 45* [1834]), и эта оппозиція нашла у многихъ сочувствіе, ср. напр. Вангерова I стр. 397. 518. 630. II § 485 прим. въ к., Синтениса I § 24 прим. 17, Бекинга I § 119 d. e. Если подѣ относительною ничтожностью разумѣть, какъ обыкновенно и дѣлается, такую ничтожность, которая для одного существуетъ, а для другаго нѣтъ, то, конечно, такое понятіе будетъ извращеннымъ въ самомъ себѣ; если же разумѣть подѣ нею именно то, что указано въ текстѣ, то понятіе ея не представляетъ никакого затрудненія. Какъ бы то ни было, это понятіе неизбѣжно для нынѣшняго католическаго брачнаго права. Но дѣйствительно ли подходить подѣ понятіе относительной ничтожности всѣ тѣ случаи, которые обыкновенно причисляютъ къ ней, это другой вопросъ; что касается именно т. н. относительной ничтожности двустороннихъ договоровъ, см. II. § 321 прим. 22—24.—Вехтеръ (II стр. 669) считаетъ нерѣшительную ничтожность недѣйствительностью, которая вслѣдствіе изъясненія одной стороны становится ничтожностью, то-есть, бесиліемъ съ самаго начала. По нашему это было бы оспариваемостью, такъ какъ мы не допускаемъ, чтобы, какъ утверждаетъ Вехтеръ, изъ самаго понятія оспариваемости слѣдовало, будто оспариваемая сдѣлка бесилна лишь на будущее время (прим. 7). Въ другихъ случаяхъ, обыкновенно называемыхъ случаями относительной ничтожности, Вехтеръ (стр. 667) принимаетъ такую ничтожность, которая чрезъ изъясненіе стороны можетъ обратиться въ дѣйствительность, каковъ, напр., случай, когда малолѣтній заключилъ двусторонній договоръ безъ содѣйствія опекуна. Такъ смотритъ и Унгеръ II стр. 149, но Шлиманъ *Lehre vom Zwange* стр. 137. 138 правильно замѣчаетъ, что до рѣшенія нѣтъ ни дѣйствительности, ни ничтожности.

^{б)} Конечно, различіе это лишено практическаго значенія въ томъ случаѣ, когда оспариваніе предполагаетъ только изъясненіе даннаго лица. — Савини (IV стр. 539) самую оспариваемость причисляетъ къ нерѣшительной недѣйствительности. Это происходитъ отъ смѣшиванія, указаннаго въ примѣчаніи 7 (ср. IV стр. 560.).

можетъ наступить или въ одно время съ этимъ изъясненіемъ, или послѣ него ¹⁰⁾). Не слѣдуетъ, однако, думать, будто всякое обстоятельство, которое, существуя въ одно время съ изъясненіемъ воли, сдѣлало бы послѣднее недѣйствительнымъ, въ состояніи сдѣлать его недѣйствительнымъ и при своемъ позднѣйшемъ наступленіи ¹¹⁾).

4) Недѣйствительность относится либо ко всему объему содержащейся въ юридическомъ актѣ волѣ, либо къ одной только части его ¹²⁾).

¹⁰⁾ Послѣдующею недѣйствительностью страдаетъ, напримѣръ, то изъясненіе воли, которое взято назадъ дозволеннымъ способомъ, какъ-то: завѣщаніе послѣ рожденія не принятаго въ соображеніе необходимаго наслѣдника, отчужденіе вещи послѣ наступленія условія, вслѣдствіе котораго у отчуждающаго отнимается собственность. Но осуществленіемъ оспариваемости не можетъ быть обусловлена послѣдующая недѣйствительность (прим. 7). Равнымъ образомъ послѣдующей недѣйствительности нѣтъ и тогда, когда недѣйствительность, бывшая доселѣ нерѣшительною, превращается въ рѣшительную; ибо въ этомъ случаѣ не вновь устанавливается порочность юридической сдѣлки, но лишь утверждается, что порочность существовала съ самаго начала сдѣлки.

¹¹⁾ Эта ложная абстракція несомнѣнно встрѣчается въ источникахъ. L. 3 § 2 D. de his quae pro non scriptis 34. 8:—„quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur“. Точно также l. 16 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 98 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1. Напротивъ l. 85 § 1 D. de R. I. 50. 17. „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non rosuerunt“. Также l. 140 § 2 D. de V. O. 45. 1. Такъ, изъясненіе воли становится недѣйствительнымъ не оттого, что совершитель его впослѣдствіи сошелъ съ ума, а дареніе не оттого, что даритель и одаренная впослѣдствіи сочетались бракомъ. Еслибъ возникъ вопросъ о томъ, какую здѣсь провести границу, то для обозначенія ея не слѣдуетъ говорить, что недѣйствительность наступаетъ при отпаденіи такого условія, которое требуется не только для возникновенія, но и для дальнѣйшаго существованія юридической сдѣлки (Унгеръ стр. 144, по Вехтеру стр. 669). Ибо это будетъ тотъ же вопросъ, но выраженный иначе; для существованія юридической сдѣлки требуются именно тѣ обстоятельства, безъ которыхъ она недѣйствительна. Стало быть, остается только указывать въ отдѣльности, какія основанія недѣйствительности принадлежатъ къ тому или другому разряду. Попытки къ тому у Белинга § 119. i, Унгера стр. 144.

¹²⁾ Такъ, не явленное большое дареніе дѣйствительно до явочной суммы (Insipuations-Summe), недѣйствительно, если оно превышаетъ эту сумму.—Недѣйствительность, относящаяся къ части сдѣлки, ведетъ къ недѣйствительности всей сдѣлки въ томъ случаѣ, когда безъ недѣйствительной части юридически не можетъ существовать, или по намѣренію автора сдѣлки, не должна существовать и другая часть. Такъ недѣйствителенъ договоръ о процентахъ, когда недѣйстви-

5) Недѣйствительность можетъ имѣть право либо по отношенію къ праву вообще, либо по отношенію къ тому правилу, которое имѣлъ въ виду совершитель акта. Актъ не удовлетворяетъ требованіямъ этого единичнаго правила; но за то онъ удовлетворяетъ требованіямъ другого правила, изъ котораго вытекаютъ тѣ же юридическія послѣдствія ¹³⁾. Такъ какъ въ силу этого послѣдняго правила актъ сохраняетъ свою силу, то соблюдается предполагаемая воля его виновника ¹⁴⁾. Обыкновенно въ этомъ случаѣ говорятъ о „превращеніи“ (*conversio*) юридическаго акта ¹⁵⁾.

ленъ договоръ о капиталѣ. „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent“, l. 129 § 1 D. de R. I. 50. 17, ср. l. 178 eod. Въ противномъ случаѣ говорится: „utile non debet per inutile vitari“, c. 37 de R. I in VI^o 5. 13, l. 1 § 5 D. de V. O. 45. 1.

¹³⁾ Примѣры: солдатъ хочетъ завѣщать по общему праву, но не выполняетъ его требованій; его завѣщаніе все-таки дѣйствительно въ силу особаго права солдатъ (l. 3 D. de test. mil. 29. 1). Договоръ объ освобожденіи отъ долга, недѣйствительный по праву *acceptilatio*, можетъ быть дѣйствителенъ по праву *pactum de non petendo* (l. 5 pr. D. de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. de accept. 46. 4). Недѣйствительный вексель можетъ быть дѣйствителенъ какъ долговая росписка.

¹⁴⁾ „Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia“, l. 3 D. de test. milit. cit. Наши источники безъ затрудненій допускаютъ вѣроятность, что авторъ юридической сдѣлки даже и тамъ желалъ ея дѣйствія не исключительно на основаніи ближайшимъ образомъ имѣвшагося въ виду правоположенія, гдѣ дѣйствіе, которое сдѣлка имѣла бы на основаніи этого правоположенія, согласуется въ существѣ, а не во всѣхъ свойствахъ, съ дѣйствіемъ, возникающимъ изъ дѣйствительно соответствующаго сдѣлкѣ правоположенія, такъ напр. при *acceptilatio* и *pactum de non petendo*. Когда же наоборотъ, дѣйствительно подходящее правоположеніе порождаетъ дѣйствіе совершенно иного рода, чѣмъ имѣвшееся въ виду правоположеніе, хотябы это дѣйствіе имѣло тоже самое направленіе, то безъ прямого изъясненія автора юридической сдѣлки нельзя принять, что желательно было и это иного рода дѣйствіе. Отсюда объясняются рѣшенія въ l. 1 § 4 D. de res. const. 13. 5, l. 9 D. de spons. 23. 1, l. 1 D. de iure cod. 29. 7. Впрочемъ, очевидно, что здѣсь нѣтъ рѣзкой грани и поэтому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ многое должно быть предоставлено толкованію. Унгеръ (*Inhabergariere* стр. 92. 93) впадаетъ въ преувеличеніе, приписывая на основаніи l. 47 D. de O. A. A. 44. 7 презумцію нераспространяемости при всѣхъ обязательственныхъ актахъ. L. 1 § 2 D. de V. O. 45. 1 относится сюда лишь въ томъ предположеніи, что по римскому праву чрезъ *iudum pactum* возникало *naturalis obligatio*, о чемъ слѣдуетъ сравнить II § 289 прим. 1.

¹⁵⁾ Это выраженіе выбрано неудачно. Юридическая сдѣлка не потому сохра-

2. Исправленіе недѣйствительности.

§. 83.

Можетъ ли недѣйствительный актъ стать въ послѣдствіи дѣйствительнымъ? Можетъ ли быть исправлена (исцѣлена) недѣйствительность юридическаго акта ¹⁾? Обстоятельства, которыя должны быть принимаемы въ соображеніе, суть слѣдующія:

1) Отпаденіе основанія недѣйствительности, слѣдовательно, уничтоженіе или появленіе такого факта, наличность или отсутствіе коего было поводомъ недѣйствительности. Исходитъ слѣдуетъ изъ того начала, что этимъ путемъ недѣйствительность не будетъ исправлена; можетъ быть, конечно, сдѣлано вновь такое изъясленіе воли, которое пользуется юридическимъ признаніемъ, тѣмъ не менѣе несомнѣнно также, что прежнее изъясленіе воли не получило юридическаго признанія ²⁾. Лишь въ случаяхъ исключительныхъ право довольствуется позднѣйшимъ наступленіемъ условій, требуемыхъ для дѣйствительности акта. Таковъ, по крайней мѣрѣ обыкновенно ³⁾, тотъ случай, когда для дѣйствительности юридическаго акта требуется согласіе третьяго лица; здѣсь недѣйствительность акта можетъ быть исправлена послѣдующимъ изъясленіемъ этого согласія, соизволеніемъ ⁴⁾ этого третьяго лица ⁵⁾. Это

наетъ силу, что она ставится иномъ, но сохраняетъ силу какъ-то, что она есть здѣсь только выдвигается та ея сторона, которая не была очевидна. — Особое изслѣдованіе объ этомъ ученіи написано Ремеромъ (Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 4 [1855]); ср. также Унгера Inhaberpariere стр. 90—94.

¹⁾ Обыкновенно говорятъ объ исцѣленіи (Convalescenz) юридическихъ сдѣлокъ, хотя слово convalescere ни само по себѣ не ограничивается тѣмъ случаемъ, когда юридическая сдѣлка приобретаетъ силу, становясь дѣйствительною, ни источники не ограничиваютъ его этимъ случаемъ. Въ l. 9 § 3 D. qui pot. 20 4 оно употребляется даже относительно послѣдующаго закладнаго права, получающаго полную силу вслѣдствіе отпаденія предыдущаго закладнаго права.

²⁾ L. 29 D. de R. I. 50. 17. „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“. Ср. l. 201 eod., l. 1 pr. D. de reg. Cat. 34. 7; l. 26 D. de stip. serv. 45. 3.

³⁾ Исключеніе имѣетъ мѣсто, напр., при auctoritas tutoris (§ 71 прим. 7). См. далѣе l. 65 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, pr. I. de nupt. 1. 10 (тоже конечно l. 12 pr. D. his qui not. 3. 2).

⁴⁾ Это одно изъ дальнѣйшихъ примѣненій понятія согласія (ratihabitio), на которое указано было въ § 74 прим. 3. Литературныя указанія см. тамъ же Л. Зейфертъ Ratihabition der Rechtsgeschäfte стр. 95—116.

⁵⁾ Важнѣйшій изъ относящихся сюда случаевъ есть тотъ, когда кто иибо Видншейдъ, пандектное право. Т. I.

соизволеніе тоже имѣетъ обратное дѣйствіе, однако оно не вредитъ возникшимъ въ промежуточное время правамъ третьихъ лицъ ⁶⁾. Далѣе, сюда же, по крайней мѣрѣ, въ извѣстномъ смыслѣ, относится случай, когда отчуждающій не обладаетъ уполномочивающимъ на отчужденіе правомъ собственности или распоряженія, но приобретаетъ его въ послѣдствіи ⁷⁾.

2) Подтвержденіе (Bestätigung). Подтвержденіемъ называется объявленіе совершителя акта, что актъ долженъ считаться дѣйствительнымъ ⁸⁾. Само собою разумѣется, что подтвержденіе, чтобы

одобряетъ распоряженіе, совершенное въ его юридической сферѣ другимъ (§ 81 прим. 7) Другіе случаи суть: попечитель одобряетъ сдѣланное несовершеннолѣтнимъ отчужденіе, отецъ одобряетъ заемъ, данный подвластному ему сыну (l. 7 пр. C. ad SC. Mac. 4. 25), вѣритель платежъ другому, сдѣланный для погашенія долга (l. 12 § 4 D. de sol. 46. 3). — Не совсѣмъ на одной линіи съ одобреніемъ стоитъ тотъ случай, когда для юридической сдѣлки требуется соучастіе нѣсколькихъ лицъ въ томъ смыслѣ, чтобы каждый дѣйствовалъ самостоятельно, какъ напр. при установленіи какого-нибудь сервитута на состоящемъ въ общей собственности участкѣ земли, или въ пользу такого участка. Но и въ этомъ случаѣ признается, что нѣтъ надобности въ одновременномъ изъясненіи воли нѣсколькихъ собственниковъ, конечно, съ извѣстнымъ ограниченіемъ и не сообщая послѣднему изъ изъясненій воли обратную силу. См. l. ult. D. comm. praed. 8. 4 и § 212 прим. 3. 8. L. 8 § 2 D. de opt. leg. 33. 5.

⁶⁾ Здѣсь можетъ быть примѣнено тоже, что было сказано выше (§ 74 прим. 6) относительно согласія на сдѣлку, заключенную отъ нашего имени третьимъ лицомъ, а именно, что хотя согласію самому по себѣ и можетъ быть сообщено обратное дѣйствіе лишь въ томъ смыслѣ, что соглашающійся обязуется дѣйствовать такъ, какъ будто юридическое дѣйствіе сдѣлки наступило уже въ то время, но что l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 заставляетъ идти дальше и приписать согласію обратное дѣйствіе безусловно (см. прим. 10), причемъ только само собою разумѣется присовокупленное въ текстѣ ограниченіе. За обратное дѣйствіе говорить также l. 56. D. de iud. 5. 1 и l. 16 § 1 D. de pign. 20. 1, хотя эти мѣста не содержатъ въ себѣ неопровержимаго доказательства, далѣе l. 71 § 1. 2 D. de sol. 46. 3, каковому мѣсту, конечно, прямо противорѣчить l. 25 § 1 D. ratam rem. 46. 8 (ср. Фейна Arch. f. civ. Pr. XXVI стр. 179—181); противорѣчить также l. 5 пр. D. quis ordo 38. 15. Но на развогласіе римскихъ юристовъ относительно дѣйствія согласія указываетъ и Юстиніанъ въ цитированномъ мѣстѣ кодекса.

⁷⁾ Подробности объ этомъ ниже въ § 172 прим. 5—8, § 172а прим. 3. Ср. пока l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 42 D. de usurp. 41. 3.

⁸⁾ Обыкновенно подтвержденіе обозначается какъ согласіе, что дѣлаютъ и источники, говорящіе обыкновенно о *ratihabitio*, а не о *confirmatio* (Такимъ образомъ выраженіе согласія (*Genehmigung*, *ratihabitio*) получаетъ еще новый смыслъ

имѣть силу, должно съ своей стороны удовлетворять условіямъ дѣйствительности, и при томъ не должно страдать тѣмъ же недостаткомъ, какимъ страдаетъ подтверждаемое изъясненіе воли. Что же касается силы самого подтвержденія, то слѣдуетъ различать спорные акты отъ ничтожныхъ. При спорномъ юридическомъ актѣ подтвержденіе имѣетъ значеніе отказа отъ права оспариванія и такимъ образомъ доставляетъ возможность свободнаго развитія тому дѣйствию акта, которое существовало уже съ самаго начала⁹⁾. Что касается подтвержденія ничтожнаго юридическаго акта, то слѣдовало бы собственно сказать, что оно въ качествѣ подтвержденія вообще не можетъ оказать никакого дѣйствія, такъ какъ совершенно не существующему нельзя и придавать силу, а что оно можетъ считаться за совершеніе новаго акта того же содержанія. Тѣмъ не менѣ римское право уклонилось отъ этого начала и прямо признало подтвержденіе ничтожнаго акта именно подтвержденіемъ. Оно даже сообщаетъ ему обратное дѣйствіе. Впрочемъ, это послѣднее положеніе обставлено существенными ограниченіями: оно не имѣетъ силы, когда совершенный прежде юридическій актъ былъ недействителенъ вслѣдствіе формальнаго недостатка или со стороны общественнаго интереса; онъ не имѣетъ силы также и противъ правъ третьихъ лицъ, — правъ, пріобрѣтенныхъ ими въ промежуточное время¹⁰⁾.

(ср. прим. 4 и § 74 прим. 3) При слишкомъ большомъ разнообразіи значеній, которое оно и безъ того имѣетъ, гораздо лучше отличать его отъ подтвержденія. Л. Зейфертъ *Ratification der Rechtsgeschäfte* стр. 117—159.

⁹⁾ Примѣры въ I. 3 § 1 D. de min. 4. 4, I. 4 C. de his quae vi 2. 20.

¹⁰⁾ По господствующему нынѣ мнѣнію (литературныя указанія въ § 74 прим. 3), подтвержденіе ничтожнаго юридическаго акта должно быть разсматриваемо только какъ совершеніе новаго акта, и потому не должно имѣть обратной силы. Этого, повторяю, конечно требуетъ юридическая послѣдовательность; слѣдовало бы только прибавить, что соглашающійся во всякомъ случаѣ связанъ обязательствомъ по отношенію къ другимъ такъ, какъ еслибы дѣйствіе заключенной теперь сдѣлки наступило уже прежде (§ 74 прим. 6). Но юридическая послѣдовательность, по моему мнѣнію, подавляется прямымъ предписаніемъ I. 25 C. de don. i. v. c. u. 5. 16, что повторено въ I. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 (с. 10. de R. I. in VI. 5. 13), ср. также I. 3 C. si maior factus 5. 74, Nov. 162 c. 1 (не glossированной). Господствующее мнѣніе слишкомъ легко обходитъ эти мѣста. Въ первомъ Юстиніанъ постановляетъ, что предсмертное подтвержденіе даренія между супругами или инаго даренія, ничтожнаго вслѣдствіе неспособности одаря-

3) Истечение времени. Через истечение времени недѣйствительный юридическій актъ можетъ стать дѣйствительнымъ, если право возражать противъ его дѣйствительности ограничено опредѣленнымъ временемъ. Это возможно именно въ томъ случаѣ, когда недѣйствительность должна быть вызвана опороченіемъ акта; но тоже самое возможно и при ничтожныхъ юридическихъ актахъ ⁽¹⁾).

емаго, сообщаетъ даренію силу съ самаго его начала, если при совершеніи его соблюдена форма, въ противномъ случаѣ со времени подтвержденія. Затѣмъ онъ прибавляетъ: „sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempore oportet, in quibus contracta sunt“. Самое меньшее, что можно вывести изъ этихъ словъ, это то, что Юстиніанъ считалъ каждое подтвержденіе ничѣмъ инымъ какъ подтвержденіемъ, а не заключеніемъ новой юридической сдѣлки, такъ что, напримѣръ, если при ничтожной сдѣлкѣ соблюдена была форма, то послѣднюю нѣтъ надобности снова соблюдать при подтвержденіи. Можно бы повидимому означенныя слова истолковать такъ, что они имѣютъ въ виду только это, и что, слѣдовательно, обратное дѣйствіе подтвержденія все-таки исключается. Въ пользу этого можно привести то, что самъ Юстиніанъ въ l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 18 очевиднымъ образомъ придаетъ своему постановленію только такой смыслъ: одобрение, согласіе способно сообщить силу прежде совершенному дѣйствію, нельзя сказать, что согласіе безсильно, потому что оно дается на юридическое ничто. Но и это толкованіе вполнѣ разрушается, по моему мнѣнію, остальнымъ содержаніемъ l. 25 C. cit. Ибо общему правилу этого закона непосредственно предшествуетъ опредѣленіе, приписывающее подтвержденію силу не вообще, но со времени заключенія юридической сдѣлки, этихъ-то опредѣленіемъ и обобщается означенное правило. Какъ ни неудовлетворителенъ вытекающій отсюда результатъ, но его все-таки, по моему мнѣнію, нельзя устранить. Но неудовлетворителенъ онъ именно потому, что правило объ обратной силѣ подтвержденія въ свою очередь не можетъ быть принято безъ исключеній. Ибо даже помимо того, что обратнымъ дѣйствіемъ подтвержденія, какъ это разумѣется само собою, не могутъ быть устранены права третьихъ лицъ, возникшія для нихъ въ промежуточное время, изъ самого этого мѣста слѣдуетъ, что обратная сила исключается формальнымъ порокомъ первоначальной юридической сдѣлки. Равнымъ образомъ нельзя допустить, будто Юстиніанъ хотѣлъ постановить, что правоотношеніе должно имѣть обратное существованіе даже въ тѣхъ случаяхъ, когда право отказало ему въ своемъ признаніи въ интересахъ общественнаго порядка, какъ, напр. въ случаяхъ l. 4 § 6 D. de off. proc. 1. 16, l. 65 § 1 D. de R. N. 23. 2. Ср. еще изъ прежняго права l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 4 D. pro don. 41. 6.

¹¹⁾ См. наприм. l. 3 C. si mai. factus 5. 74. Впрочемъ см. приведенный во 2 примѣчаніи l. 29 D. de R. I. 50. 17.

3. Вліяніе клятвеннаго подтвержденія на недѣйствительность актовъ *).

§. 83а.

Остается еще разрѣшить вопросъ, насколько можетъ само по себѣ недѣйствительное изъявленіе воли стать дѣйствительнымъ вслѣдствіе клятвеннаго подтвержденія ¹⁾. Въ принципѣ на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно ²⁾. Но есть два несомнѣнные исключенія ³⁾: присяга дѣлаетъ дѣйствительными изъявленія воли достигшихъ половой зрѣлости несовершеннолѣтнихъ ⁴⁾ и согласіе жены на отчужденіе ея недвижимаго приданаго ⁵⁾. Однако гораздо далѣе идетъ весьма распространенное въ наукѣ и практикѣ воззрѣніе, по которому чрезъ присягу становятся дѣйствительными всѣ изъявленія воли, прямо не воспрещенныя закономъ ⁶⁾.

*) Глукъ IV § 341. Тибо *logische Auslegung* § 61. Веберъ *natürliche Verbindlichkeit* § 118—123. Пфейферъ *prakt. Ausführungen* III. 9. Мюленбрукъ *Forts. von Glück* XXXVIII стр. 191 и сл. Варненигъ *Arch. f. civ. Pr.* XXV стр. 227—255. Вехтеръ II стр. 773, Синтенисъ II стр. 306 и прим. 1, Вангеровъ I § 170, Пухта § 253, Арендтсъ § 240 № 1 Келлеръ § 226, Савиньи *System* VII стр. 49—53.

¹⁾ Сдѣланное тотчасъ при изъявленіи воли или послѣ него при продолженіи § 83 основанія недѣйствительности.

²⁾ L. 7 § 16. D. de pact. 2. 14, l. 5 § 1 C. de leg. I. 14.

³⁾ Римское право допускало еще одно исключеніе при договорахъ, посредствомъ которыхъ вольноотпущенный общалъ своему патрону услуги, l. 7 pr. D. § 1 D. de op. lib. 38. 1, ep. Gaii II. 9 § 5. Исключеніе, означенное въ l. 4 C. de res. 2. 56, въ свою очередь отиѣнено въ Nov. 82 c. 11.

⁴⁾ L. 1 C. si adv. vend. 2. 28. Глассаторы спорили о томъ, относится ли этотъ законъ только къ оспариваемымъ (подлежащимъ восстановленію) или также къ ничтожнымъ изъявленіямъ воли. Однимъ закономъ Фридриха II, помѣщеннымъ въ кодексъ въ качествѣ *Auth. Sacramenta pubeum* вслѣдъ за указаннымъ мѣстомъ, споръ этотъ разрѣшенъ въ пользу послѣдняго мнѣнія. Ср. Савиньи *Gesch. des röm. R. im Mittelalter* IV стр. 162 и сл.

⁵⁾ C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI^o 2. 11. Хотя каноническое право для дѣйствительности отреченія отъ наслѣдства требовало еще клятвеннаго подтвержденія, (с. 2 in VI^o de pact. 2. 18), но по нынѣшнему праву такое отреченіе дѣйствительно и само по себѣ.

⁶⁾ Въ указанныхъ рѣшеніяхъ каноническаго права усматриваютъ выраженіе общаго принципа и въ подтвержденіе этого ссылаются на мотивированіе ихъ (с. 28 cit.: „cum in alterius praeiudicium non redundent, nec observata vergant in praeiudicium salutis aeternae“, тоже с. 2 in VI^o de pact. 2. 18; ср. также с. 8 X-

D. ДѢЙСТВІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ АКТОВЪ.

1. Вообще.

§ 84 *).

ДѢЙСТВІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ АКТОВЪ ОПРЕДѢЛЯЕТСЯ СОДЕРЖАНІЕМЪ ВЫРАЖЕННОЙ ВЪ НИХЪ ВОЛИ. Выяснить это содержаніе составляетъ задачу толкованія.

Какъ тамъ, гдѣ необходимо установить смыслъ правоопредѣленій, такъ и здѣсь толкованіе должно отправляться отъ словеснаго смысла. Но при этомъ слѣдуетъ принимать въ соображеніе не только особенности мѣстнаго нарѣчія, на которомъ воля изъявлена, но и индивидуальный способъ выражаться, свойственный изъявляющему волю ¹⁾.

Если словесный смыслъ вызываетъ недоразумѣнія, то слѣдуетъ отыскивать истинный смыслъ даннаго изъясненія воли, соображаясь частью съ остальнымъ несомнѣннымъ содержаніемъ его ²⁾, частью съ существомъ самой цѣли, главнымъ же образомъ съ совокупностью обстоятельствъ, при коихъ совершенъ актъ ³⁾. Если и

de iurei, с. 58 in VI^o de R. I. 5. 13). Но при значительной общности такого общаго принципа въ высшей степени опасно выставить его какъ обязательную юридическую норму, не имѣя для того опоры въ прямой законодательной санкціи; да и въ частности никогда не было единогласія относительно присоединенныхъ къ нему ограниченій, ср. именно Вебера стр. 573 и сл. Противъ распространительнаго толкованія этихъ предписаній высказались болѣе или менѣе рѣшительно изъ названныхъ писателей слѣдующіе: Веберъ, Нфейферъ, Мюленбрухъ, Вехтеръ, Пухта, Синтенисъ, Келлеръ. Да и новая практика не отличается въ этомъ отношеніи постоянствомъ (см. Пфейфера в. п. с., Зейф. Arch. II. 261 сравнительно съ III. 53), такъ что этотъ вопросъ нельзя считать разрѣшеннымъ даже путемъ юридическаго обычая. Подобный юридическій обычай несомнѣнно существуетъ только относительно случая поручительства женщины, находившаго себѣ особую опору въ с. 9 X de iurei. 2. 24 (II § 486 прим. 5).

*) Вехтеръ II § 108, Бекингъ I § 117. Савиньи Obligationenrecht II стр. 189—195. Бурггардъ die civilistischen Präsumtionen стр. 249—269.

1) L. 50 § 3 D. de leg. I^o 30, l. 65 § 7 l. 69 § 1 D. de leg. III^o 32, l. 18 § 3 D. de instr. 33. 7, l. 34. D. de R. I. 50. 17.

2) L. 50 § 3 D. de leg. I^o 80.

3) L. 80 D. de V. O. 45. 1. „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit“. L. 67 D. de

эти средства не приведутъ къ цѣли, то слѣдуетъ рѣшать противъ того, кто обязанъ былъ высказаться яснѣе, слѣдовательно, при договорахъ противъ того, кто составилъ договоръ или извѣстное опредѣленіе договора ⁴⁾, затѣмъ въ пользу болѣе мягкаго толкованія ⁵⁾ и въ пользу извѣстныхъ правоотношеній, къ коимъ кромѣ приданаго ⁶⁾ относятся именно распоряженія послѣдней воли ⁷⁾.

Вышеуказанными средствами можно пользоваться не только для устраненія сомнѣній, представляемыхъ словеснымъ смысломъ; но при ихъ посредствѣ можно даже при несомнѣтельномъ словесномъ смыслѣ изъяснять истинную волю изъясниваго въ противность этому смыслу ⁸⁾. Конечно, для этого недостаточно одной простой вѣроятности, что изъяснившій волю сказалъ не то, что думалъ ⁹⁾; даже если бы послѣднее и было вполне несомнѣнно,

R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiat, quae rei gerendae aptior est“. L. 31 D. de evict. 21. 2. Зейф. Arch. III. 301.

⁴⁾ L. 38 § 18 l. 99 pr. l. 106 D. de V. O. 45. 1, l. 26 D. de reb. dub. 34 5. Зейф. Arch. I. 347, III. 324. Хотя въ источникахъ и говорится, что договоры купли-продажи и найма должны толковаться противъ продавца и наймодавца (l. 39 D. de pactis 2. 14, l. 21. 33 D. de contr. emt. 18. 1, l. 172 pr. D. de R. I. 50. 17), но это должно понимать въ смыслѣ сказаннаго въ текстѣ, ср. также l. 25 pr. l. 34 pr. D. contr. emt. 18. 1.

⁵⁾ L. 56 D. de R. I. 50. 17. „Semper in dubiis benigniora praeferrenda sunt“. L. 168 pr. l. 192 § 1 eod., l. 32 § 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Сюда же относится правило: „semper in obscuris quod minimum est sequimur“, l. 9. 34 D. de R. I. 50. 17. Ср. также l. 47 D. de O. et A. 44. 7.

⁶⁾ L. 70 D. de I. D. 23. 3, l. 85 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 2 D. de I. D. См. кромѣ того l. 179 D. de R. I.

⁷⁾ L. 12 D. de R. I. 50. 17. „In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur“. L. 24 D. de reb. dub. 34. 5, l. 12 § 2 i. f. D. de usu. 7. 8.

⁸⁾ L. 219 D. de V. S. 50. 16. „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri placuit“. L. 3 C. de lib. praet. 6. 28:—„cum... manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat“. Зейф. Arch. VI. 324 общереп. топ. уст. стр. 278.

⁹⁾ L. 25 § 1 D. de leg. III' 32. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“. L. 69 pr. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem“.

все-таки требуется еще, чтобы его изъясненіе могло считаться какимъ бы то ни было выраженіемъ его истинной воли ¹⁰⁾.

Но во всѣхъ этихъ отношеніяхъ существенно различаются между собою одностороннія и двустороннія изъясненія воли. Относительно первыхъ достаточно, чтобы воля изъясняющаго ее была вообще распознаваема, относительно послѣднихъ требуется кромѣ того, чтобы указанная воля была распознаваема и для другого контрагента. Каждый изъ контрагентовъ имѣетъ право, чтобы воля другого контрагента была изъяснена въ томъ смѣслѣ, въ какомъ онъ долженъ былъ понимать это изъясненіе ¹¹⁾.

На этомъ-то послѣднемъ основаніи собственное толкованіе изъясняющаго волю примѣняется, если не единственно, то главнымъ образомъ къ предсмертнымъ распоряженіямъ ¹²⁾.

§ 85.

Воля, изъясненная въ юридическомъ актѣ, имѣетъ своимъ содержаніемъ либо то, что прямо составляетъ сущность этого акта, такъ что еслибы это содержаніе не совпадало съ волею, то не существовалъ бы и самый актъ; либо то, что хотя и можетъ содержаться въ актѣ, но въ чемъ онъ по существу своему не нуждается, такъ что опредѣленія юридическаго акта суть либо существенныя, либо несущественныя, либо побочныя ¹⁾.

¹⁰⁾ L. 7 § 2 D. de suppell. 33. 10. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5:—„qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur“.

¹¹⁾ Ср. Игеринга Jahrb. f. Dogm. IV стр. 72; Зейф. Arch. XVIII. 227. Сюда же слѣдуетъ отнести правила, указанныя въ прим. 7.

¹²⁾ Ср. l. 21 § 1 D. qui test. 28. 1, l. 96 D. de R. I. 50. 17; l. 12 D. de transact. 21. 5. — Кромѣ того въ силу замѣченнаго къ примѣчанію 7 собственное толкованіе не должно вносить въ слова того, чего они рѣшительно не могутъ выразить. Изъ этого видно, что собственное толкованіе юридическихъ сдѣлокъ весьма отличается отъ аутентическаго толкованія законовъ; послѣднее безусловно обязательно.

§ 85. 1) Напримѣръ, для договора купли-продажи существенно то опредѣленіе, что покупатель можетъ получить вещь за опредѣленную покупную цѣну, не существенно же то опредѣленіе, что слѣдуетъ уплачивать проценты на покупныя деньги со времени заключенія договора купли-продажи. Существенныя для юридической сдѣлки опредѣленія принято называть *essentialia negotii*, несущественныя—*accidentalialia*. Хотя и прибавляютъ еще въ качествѣ третьяго члена этого дѣленія *naturalia negotii*, подъ которыми разумѣютъ тѣ послѣдствія юридической сдѣлки, кои связываютъ съ нею право даже и тогда, когда касательно ихъ не сдѣлано

Дѣйствіе изъявленной въ юридическомъ актѣ воли можетъ быть ограничено самимъ изъявляющимъ волю чрезъ присовокупленіе условія, срока или предположенія. Объ этомъ слѣдуетъ сказать подробнѣе.

2. Самоограниченія дѣйствія юридическихъ актовъ.

а. УСЛОВІЕ *).

α. Понятіе и виды.

§ 86.

Условіе въ относящемся сюда смыслѣ ¹⁾ есть сдѣланное при изъявленіи воли добавленіе, клонящееся къ тому, чтобы желаемое юридическое дѣйствіе акта наступило лишь при наличности извѣстнаго обстоятельства ²⁾, притомъ условіемъ называютъ какъ само

никакого особаго опредѣленія (ср. l. 11 § 1 D. de A. E. V. 19. 1: — „quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate“), но противъ этого издавна принятаго дѣленія можно возразить, что оно сопоставляетъ желаемое съ нежелаемымъ. Противъ этого возраженія можно только замѣтить, будто право, выдѣляя эти naturalia negotii, имѣетъ въ виду, если не дѣйствительную (сознанную), то по крайней мѣрѣ истинную волю сторонъ, будто оно высказываетъ лишь то, что сами стороны высказали бы, еслибы имѣли въ виду это прямо опредѣлить. Ср. выше § 22 и Арндтса § 65 прим.

*) Dig. 35. 1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 28. 7 de condicionibus institutionum. Cod. 6. 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub condicione factis. 6. 46 de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 8. 55 de donationibus quae sub modo vel condicione vel certo tempore conficiuntur. — За способъ писать condicio говорить авторитетъ надписей и древнѣйшихъ рукописей. См. Флекейзенъ Fünfzig Artikel aus einem Hilfsbüchlein für lateinische Rechtsschreibung (1861) стр. 14. — Савиньи III § 116—124, Мюнхенбрухъ въ Fortsetzung von Glück's Commentar XLI стр. 45—276, Вехтеръ II § 92—96, Синтенисъ I § 20, Унгеръ II § 82.

¹⁾ Въ обширномъ смыслѣ это выраженіе означаетъ всякое опредѣленіе, внесенное въ юридическую сдѣлку. Тоже означаетъ и римское слово condicio, ср. напр. l. 10 § 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 1 D. de in diem add. 18. 2.

²⁾ Въ изданіи 1-мъ я высказался противъ тѣхъ (Арндтса § 66. Гукке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV стр. 248—249, Фиттинга Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 337—349, Унгера II стр. 56. 57—мнѣ слѣдовало бы прибавить и мое сочине-

это опредѣленіе, такъ и то обстоятельство, которое въ немъ означено ³⁾. Но изъ того, что мы сказали о добавленіи, сдѣланномъ

ніе Voraussetzung стр. 2. 44. 143), которые полагаютъ сущность условія въ томъ, что оно ставитъ существованіе воли въ зависимость отъ осуществленія известнаго обстоятельства; я сказалъ, что зависящимъ является не существованіе воли, а существованіе того, что она хочетъ. Съ этимъ согласны изъ прежняго времени Шенеманъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 1, а теперь Ремеръ bedingte Novation стр. 82 и сл. Эйзеле Arch. f. civ. Pr. L. стр. 209 и сл. Напротивъ къ означенному возрѣнію снова пристали: Арндтсъ въ 5 изд. в. п. с. прим. 2, Рудорфъ zu Puchta § 59. а (10 изд.), Ферстеръ Preusz. Privatr. I стр. 160 и сл., и въ особенности Унгеръ Oesterr. Erbrecht § 16 прим. 3. По зрѣломъ размышленіи я остаюсь при своемъ мнѣніи. Спрашивается: что происходитъ чрезъ движеніе волеиспособности, которое представляется при условномъ изъясненіи воли? Я говорю: воля, но на время задержанная въ своемъ дѣйствіи,—производительная сила для означеннаго въ изъясненіи воли юридическаго дѣйствія, но пребывающая пока въ бездѣйствіи. Противники мои говорятъ: движеніе волеиспособности творитъ волю, производительную силу, не тотчасъ, но только при совмѣстномъ дѣйствіи съ известнымъ обстоятельствомъ. Но вѣдь очевидно, что оно должно же что-нибудь произвести, ибо въ противномъ случаѣ поздне наступавшее обстоятельство не нашло бы ничего такого, что оно могло бы обратить въ производительную силу, потому что движеніе волеиспособности не продолжается:—и такъ, что же оно производитъ? Не знаю, можно ли назвать это иначе какъ волею. Тоже говоритъ и Арндтсъ: „воля, проявляющаяся въ юридической сдѣлкѣ, можетъ сдѣлать желаніе юридическаго результата, на который она направлена... зависимымъ отъ какого-нибудь факта.“ Воля, которая дѣлаетъ желаніе зависимымъ! По Унгеру въ условномъ изъясненіи воли хотя и содержится самоопредѣленіе воли, но безъ результата немедленнаго самоопредѣленія, каковое зависитъ отъ наступленія условія. — Нельзя также согласиться и съ тѣми, которые зависимымъ отъ условія считаютъ именно существованіе юридическаго акта (это опредѣленіе между прочимъ встрѣчается у Пухты § 59, Вехтера II стр. 689. 690). Хотя такое формулированіе находитъ себѣ нѣкоторую опору въ источникахъ (см. напр. § 1 I. de emt. 3. 23, l. 19 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 2 § 2 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de per. et comm. 4. 48), но не подлежитъ никакому сомнѣнію, 1) что условная юридическая сдѣлка фактически во всякомъ случаѣ существуетъ; 2) что она не лишена юридическаго признанія и юридической силы, хотя она еще и не породила желаемаго юридическаго дѣйствія (§ 89).—Съ выбраннымъ тутъ формулированіемъ согласуется въ сущности то формулированіе, которое зависимымъ отъ условія считаетъ именно существованіе правоотношенія (такъ напр. Савиньи III § 116, Бекингъ I § 111); это формулированіе представляется не вполнѣ удачнымъ лишь потому, что изъясненіе воли можетъ быть направлено и на прекращеніе каковаго нибудь правоотношенія.

³⁾ Тоже самое примѣняется къ римскому выраженію *condicio* и въ этомъ отношеніи.

при изъясненіи воли, не слѣдуетъ выводить, будто это добавленіе можетъ имѣть значеніе независимо отъ изъясненія воли; условное волеизъявленіе едино, въ немъ нѣтъ изъясненія сначала одной, а потомъ другой воли, это просто изъясненіе такъ или иначе обставленной, условной воли⁴⁾.

Содержаніе изъясненія воли, къ коему присовокупляется условіе, можетъ быть весьма разнообразно. Оно можетъ быть направлено на установленіе, прекращеніе и измѣненіе юридическаго акта.

⁴⁾ Гушке *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XV стр. 248, Виндшейдъ *die Wirkung der erfüllten Bedingung* (Basel 1848) стр. 24, Фиттингъ *Arch. f. civ. Pr.* XXXIX стр. 308. 309, Унгеръ II § 82 прим. 3. Въ опредѣленіи условія обозначать это отношеніе не двусмысленнымъ образомъ довольно трудно, а потому лучше всего прямо предостеречь отъ недоразумѣнія. Впрочемъ, Гушке, Фиттингъ и Унгеръ зашли, кажется, слишкомъ далеко, горячо доказывая, что условіе нельзя назвать побочнымъ опредѣленіемъ волеизъявленія; развѣ подъ побочнымъ опредѣленіемъ волеизъявленія непремѣнно слѣдуетъ понимать самостоятельную часть его? См. теперь также Арндтса § 65 прим. 2, Унгера *Oesterr. Erbrecht* § 16 прим. 3 въ к. — Сказаннымъ разрѣшается возбуждавшій много толковъ спорный вопросъ, должно ли быть доказываемо заявленіе объ условности выставленной противникомъ сдѣлки, или же наоборотъ противникъ долженъ доказать ея безусловность. Последнее вѣрнѣе, но не потому, какъ говорили, что въ заявленіи объ условности заключается отрицаніе существованія волеизъявленія, что именно несправедливо (см. прим. 2), но потому, что кто допускаетъ изъясненіе воли, но утверждаетъ, что оно условно, тотъ въ дѣйствительности не допускаетъ одного факта и настаиваетъ на другомъ, а допускаетъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ утверждаетъ существованіе одного и того же факта, именно изъясненія условной воли, — факта, котораго, такъ какъ онъ одинъ, противникъ не можетъ раздвоить. Въ этомъ смыслѣ и разрѣшенъ означенный вопросъ въ одномъ изъ рѣшеній рейфсвальдскаго юридическаго факультета, напечатанномъ въ *Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt* V стр. 3—13 (съ многочисленными опечатками) (см. также Зейф. *Arch.* XIV. 173 въ к.). Тутъ же указана и обширная литература; другія указанія у Унгера § 129 прим. 39, Зейф. *Pand.* 4 изд. § 87 прим. 3, Вангерова I. § 163, Вецеля *Civilproc.* § 19 прим. 14. Изъ новаго времени: О. Шенеманъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* N. F. XIX 7 (1862; это изслѣдованіе не содержитъ въ себѣ ничего новаго), Пешманъ *über die Natur des s. g. qualificirten Geständnisses und dessen Einfluss auf die Beweislast* (1863; въ этомъ сочиненіи высказывается, что обязанность доказыванія должна лежать на утверждающемъ безусловность сдѣлки, послѣующимъ основаніямъ: 1) условное общаніе имѣть другой объектъ (*spes*) чѣмъ безусловное, слѣдовательно, утвержденіе условности есть отрицаніе тождества объекта; 2) утвержденіе условности есть отрицаніе полноты исковаго требованія), Арндтъ *krit. Vischr.* V стр. 13 и сл. (1865), Больгиано *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* N. F. XXII стр. 329 и сл. (1865). Изъ практики: Зейф. *Arch.* II. 330, IV. 32, VIII. 311, X. 300, XII. 203, XIII. 189, XIV. 173, XVIII. 236, ср. III. 222, V. 239; I. 370, II. 330, VIII. 311, XIV. 173 въ н.

Оно можетъ быть именно направлено и на уничтоженіе правоотношенія, порожденнаго другимъ, въ то же время сдѣланнымъ изъясненіемъ воли. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ условіе называютъ отмѣнительнымъ (резолутивнымъ, *auflösende*), а во всякомъ другомъ отлагательнымъ (суспензивнымъ, *aufschiebende*) ⁵). Но означенная отмѣна на самомъ дѣлѣ производится не самымъ условіемъ, а тѣмъ изъясненіемъ воли, къ коему присовокуплено условіе; говоря точнѣе, т. н. отмѣнительное, резолутивное условіе есть ничто иное какъ отлагательное, суспензивное условіе побочнаго изъясненія воли, направленнаго на прекращеніе дѣйствія главнаго изъясненія воли ⁶).

§ 87.

Обстоятельство, поставленное въ смыслѣ условія, можетъ быть фактическое, но можетъ быть и юридическое, наприѣръ: если я сдѣлаюсь собственникомъ извѣстной вещи.

⁵) Употребительныя въ источникахъ выраженія, откуда заимствованы обычныя названія суспензивнаго и резолутивнаго условія, суть: *negotium condicione suspenditur* (напр. l. 5 C. de per. et comm. 4. 48, l. 25 C. de don. 8. 54)—*negotium sub condicione resolvitur* (см. слѣдующее примѣчаніе).

⁶) Такъ училъ уже Тибо (*civil. Abhandlungen* стр. 359 и сл.), и судя по нашимъ источникамъ, должно безусловно согласиться съ нимъ. Хотя само по себѣ основательно совершенно иное пониманіе резолутивнаго условія, по коему оно тоже есть ничто иное, какъ квалифированіе правопроизводящей воли, въ силу котораго она выставляетъ произведенное ею лишь въ такомъ состояніи, что оно не можетъ устоять въ виду извѣстнаго обстоятельства и возвращается изъ этого состоянія обратно, и я самъ защищалъ это мнѣніе въ другомъ мѣстѣ (*die Wirkung der erfüllten Bedingung* стр. 24); тоже говоритъ Унгеръ II. § 82 прим. 30. 30а. Но, какъ сказано, это пониманіе не согласно съ содержаніемъ нашихъ источниковъ. По источникамъ юридическая сдѣлка, къ которой присоединено т. н. резолутивное условіе, вовсе не есть условная, то-есть, подъ условіемъ заключенная сдѣлка; по нимъ она есть безусловная сдѣлка съ условною побочною сдѣлкой. Слѣдующія мѣста: l. 2 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 § 3. 4 D. pro emt. 41. 4 не оставляютъ въ этомъ ни малѣйшаго сомнѣнія. См. именно l. 2 § 4 cit... — „sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio?“ Ср. также l. 44 § 2 D. de O. et A. 44. 7, гдѣ резолутивное условіе названо условіемъ, „*quae post perfectam obligationem ponitur*“. Согдашается Ардтсъ § 67 прим. 2.—Впрочемъ кто оспариваетъ это мнѣніе, долженъ согласно сказанному въ 4 примѣчаніи, согласиться, что ссылка на резолутивное условіе не обязываетъ къ доказыванію. Такъ именно Г. Зейфертъ *krit. VJSchr.* V стр. 355—358. Въ принципѣ того же мнѣнія держится и Пешманъ (прим. 4) и возлагаетъ на отвѣтника обязанность доказывать лишь въ силу процессуальныхъ основаній.—Сальковскій *Novation* стр. 442 и сл.

Оно можетъ быть положительное или отрицательное, слѣдовательно не только существованіе или появленіе чего-либо, но и несуществованіе и неоявленіе ¹⁾. Отсюда условія дѣлятся на положительныя или утвердительныя (*affirmative Bedingungen*) и отрицательныя (*negative*).

Далѣе, обстоятельство, въ смыслѣ условія, можетъ относиться либо къ прошедшему, либо къ настоящему, либо къ будущему. Если оно находится въ прошедшемъ или настоящемъ, то его существованіе или несуществованіе, а слѣдовательно, существованіе или несуществованіе желаемого юридическаго дѣйствія въ объективномъ отношеніи будетъ немедленно же исполнѣ несомнѣнно, хотя бы при изъясненіи воли это было субъективно-неизвѣстно ²⁾. Если оно находится въ будущемъ, то возможна и объективная неизвѣстность, конечно не необходимо. Но объективной неизвѣстности не будетъ и въ этомъ случаѣ, когда обстоятельство, на которомъ утверждено условіе, должно непременно наступить ³⁾ или вовсе не можетъ наступить ⁴⁾ (т. н. необходимыя и невозможныя усло-

¹⁾ L. 7 pr. l. 67 D. de cond. 35. 1.

²⁾ § 6. I de V. O. 3. 15, l. 37 — 39 D. de R. C. 12. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1. § 6 I cit. „*Condiciones, quae praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: si Titius consul fuit, vel si Maevius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*“ Нельзя сказать, что бытіе или небытіе будущаго обстоятельства должно быть тотчасъ же объективно несомнѣнно, ибо каково бы будущее ни было, оно такимъ именно и должно было быть, — „*res rerum naturam intuentiam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspicere debere,*“ l. 28 § 5 D. de iud. 5. 1. Это зависитъ отъ того, „*quantum in natura hominum sit, possit sciri,*“ l. 38 D. de R. C. 12. 1.

³⁾ L. 79 pr. D. de cond. 35. 1. „*Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur; non potest enim condicio non existere.*“ L. 9 § 1 D. de nov. 46. 2. „*Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.*“ Необходимо также несобятіе невозможнаго, l. 7. 8 D. de V. O. 45. 1, § 11 i. f. I. de inut. stip. 3. 19, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7. Необходимость можетъ быть и юридическою, l. 20 pr. cit.

⁴⁾ § 11 I. de inut. stip. 3. 19. „*Si impossibilis condicio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis dixerit: si digito coelum attigero, dare spondes?*“ И невозможность можетъ основываться не только на

вія ⁵⁾). Только то условіе порождаетъ свойственное ему юридическое дѣйствіе, въ силу котораго существуетъ состояніе объективной неизвѣстности; отношеніе, имѣющее мѣсто при условіи напередъ извѣстномъ, можетъ быть въ наличности и безъ условія. Обстоятельство это представляется до того важнымъ, что объ условіяхъ, не вызывающихъ состоянія объективной неизвѣстности, говорится, что они собственно не условія ⁶⁾.

Бываетъ, что условіемъ опредѣляется такое обстоятельство, необходимость коего для существованія желаемаго юридическаго дѣйствія разумѣется сама собою ⁷⁾. Въ такомъ случаѣ оно из-

естественномъ законѣ, но и на юридическомъ предписаніи, l. 137 § 6. D. de V. O. 45. 1. Невозможно также несобытіе неизбежнаго.

⁵⁾ Источники неправильно называютъ *impossibilis condicio* и такое условіе, которое основано на несобытіи невозможнаго, хотя это несобытіе необходимо. L. 50 § 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 7 D. de V. O. 45. 1. Новые писатели употребляютъ для этого выраженіе отрицательно невозможныя условія. Ср. Арндтса Beiträge I стр. 163—169.

⁶⁾ L. 39 D. de R. C. 12. 1. „Itaque tunc potestatem condiciones obtinet, cum in futurum confertur“. L. 10 § 1 D. cond. inst. 28. 7, l. 79 pr. D. de cond. 35. 1, l. 100 D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 D. de nov. 46. 2 (оба послѣднія мѣста приведены въ примѣчаніи 3). Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что волеизъявленіе подъ истиннымъ условіемъ рѣшительно во всѣхъ отношеніяхъ равно безусловному волеизъявленію, см. § 95 прим. 3. Фиттингъ (Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 13) иначе понимаетъ различіе между истиннымъ и неистиннымъ условіями; подъ истиннымъ условіемъ онъ разумѣетъ всякое будущее условіе, не исключая необходимаго и невозможнаго (и т. н. *condicio iuris*, см. слѣдующее примѣчаніе). Такое опредѣленіе противорѣчитъ источникамъ (въ l. 39 de R. C. 12. 1 условіе, которое „in futurum confertur“, противопоставляется условію, вслѣдствіе котораго „*stipulatio non suspenditur*“, l. 37 eod.) и не согласна съ самымъ существомъ дѣла. Особая послѣдствія, приписываемыя Фиттингомъ тому, что онъ называетъ истиннымъ условіемъ (в. п. с. стр. 347. 348), не говоря уже о томъ, что они отчасти лишены основанія, имѣютъ несущественное значеніе въ сравненіи съ суспензивною силою условія. Но если ужъ различать истинныя и неистинныя условія, то границу между ними слѣдуетъ провести или тамъ, гдѣ условіе вообще начинаетъ получать какое бы то ни было юридическое значеніе, или тамъ, гдѣ находится его главное значеніе. См. также Вангерова I § 93 прим. 1, Игеринга Geist des röm. R. III стр. 157.—Противъ всего этого различія высказывается Унгеръ System II стр. 58 и с. österr. Erbr. § 16 прим. 6; см. также Арндтса § 65 прим. 11.

⁷⁾ Напримѣръ, само собою разумѣется, что право, данное на несуществующую еще вещь, не можетъ имѣть реальнаго бытія, если сама вещь не будетъ его имѣть; что отказъ, сдѣланный въ завѣщаніи, имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ,

лишне и есть лишь бесполезное повтореніе того, что уже и безъ него изъяснено; въ дѣйствительности оно не сдѣлаетъ изъясненія воли условнымъ; оно будетъ условіемъ лишь по имени, а не на самомъ дѣлѣ *).

Р. Дѣйствіе условія. *)

аа. вообще.

§ 88.

Дѣйствіе условія очерчено уже вообще при опредѣленіи самаго понятія условія. Дѣйствіе условія заключается въ томъ, что отъ его

когда назначенное лицо будетъ наслѣдникомъ, и т. п. Насколько вообще отъ подобнаго обстоятельства зависитъ существованіе желаемого юридическаго послѣдствія, въ источникахъ оно называется *condicio* даже и въ томъ случаѣ, когда въ изъясненіи воли ему неявно придано значеніе условія; это „*condicio quae inest tacite*“ „*quae extrinsecus venit*“ (не изъ изъясненія воли), l. 1 § 3. 1. 99 D. de cond. 35. 1, l. 6 § 1 l. 23 § 1 D. quando dies 36. 2, l. 21. 68. D. de I. D. 23. 3. Весьма употребительно у новыхъ писателей также выраженіе *condicio iuris* (по l. 21 D. de cond. 35. 1). Ср. Вангерова I § 93 прим. 2; впрочемъ, ср. также Czychlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX стр. 291 прим. 10.

*) Оно имѣетъ лишь „*figuram*“, а не „*vim quoque condicionis*“, l. 69 D. de her. inst. 28. 5. Хотя здѣсь и имѣется объективная неизвѣстность, но не вслѣдствіе условія. L. 22 § 1 D. quando dies 36. 2. „*Quaedam autem condiciones etiam supervacuae sunt, veluti si ita scribat: Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decim dato. Nam pro non scripto ea condicio erit, ut omnino ad heredem Maevie legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit*“. L. 12 D. de cond. inst. 28. 7, l. 69 D. de her. inst. 28. 5 (ср. l. 65 § 1 D. de leg. I 30, l. 69 D. de cond. 35. 1). — Фиттингъ (Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 31?) утверждаетъ, что всякое безмолвное условіе можетъ обратиться въ истинное чрезъ то что оно съ этою цѣлью высказывается. Въ доказательство этого онъ можетъ привести только l. 19 § 1 D. de cond. 35. 1. Но истинное содержаніе этого мѣста состоитъ въ томъ, что правило: si Primus heres erit, damnas esto dare можетъ быть понимаемо и такъ: если наслѣдство не перейдетъ въ Secundus, назначенному вѣсть съ нимъ или послѣ него, и „*in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet*“ (рг. еод). См. также Арндта § 66 прим. 10, Унгера Oesterr. Erbr. § 16 прим. 6. Майеръ Legate § 32 прим. 3.

*) В Зелль (Sell) über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen (1839). На это сочиненіе рецензія Игеринга въ krit. Jahrb. f. d. RW. XII стр. 863 и сл.

осуществленія ставится въ зависимость наступленіе юридическаго дѣйствія, на которое направлено изъясненіе воли. Это одинаково примѣняется какъ къ суспензивнымъ, такъ и къ резолютивнымъ условіямъ, съ тѣмъ лишь различіемъ, что юридическое дѣйствіе, зависящее отъ резолютивнаго условія, есть именно прекращеніе дѣйствія, вызваннаго главнымъ актомъ.

Если исполненіе ¹⁾ условія представляется несомнѣннымъ немедленно, то и дѣйствіе изъясненія воли наступаетъ немедленно же; изъясненіе воли будетъ такимъ же, какъ и безусловное. Такъ, при резолютивномъ условіи прекращеніе правоотношенія наступаетъ въ самый моментъ его возникновенія, другими словами, правоотношеніе вовсе не возникаетъ. Если, наоборотъ, съ самаго начала представляется несомнѣннымъ неисполненіе условія, то изъясненіе воли имѣетъ такое же дѣйствіе, какъ еслибы она вовсе не была изъяснена; слѣдовательно, при резолютивномъ условіи не можетъ быть рѣчи и о продолженіи дѣйствія главнаго акта.

Какую же силу имѣетъ истинное условіе, то-есть, такое условіе, исполненіе или неисполненіе коего не тотчасъ же представляется несомнѣннымъ? Здѣсь прежде всего спрашивается, въ какомъ юридическомъ состояніи находится актъ до наступленія условія ²⁾; объ этомъ см. § 89. Что касается до состоянія, вызываемаго неисполненіемъ истиннаго условія, то оно не представляетъ ничего особеннаго; безсиліе изъясненія воли (при резолютивномъ условіи изъясненія воли, направленнаго на прекращеніе акта) тутъ рѣшительное ³⁾. По отношенію же къ случаю исполненія истиннаго условія возникаютъ слѣдующіе особенные вопросы: 1) по отношенію къ истинному условію вообще вопросъ о томъ, съ какого времени слѣдуетъ считать начало юридическаго дѣйствія изъясненія воли, — юридическаго дѣйствія, наступающаго

§ 88. ¹⁾ Мы говоримъ: условіе исполнилось, наступило — не исполнилось, отпало, не состоялось: источники говорятъ: *conditio impleta est, expleta est, exstitit — condicio defecit, extincta est*. Что изъясненіе воли дѣйствуетъ безъ задержки со стороны какого бы то ни было условія (если присовокупленное условіе осуществилось или никакого [истиннаго] условія присовокуплено не было), источники обозначаютъ это своеобразнымъ выраженіемъ: *dies cessit*, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Ср. § 96 прим. 4.

²⁾ Источники говорятъ: *condicio pendet*.

³⁾ Ср. l. 37 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, l. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2.

съ исполненіемъ условія, со времени ли изъявленія воли или же съ момента исполненія условія или, выражаясь обыкновеннымъ языкомъ, имѣеть ли исполнившееся условіе обратное дѣйствіе или нѣтъ (§ 91); 2) въ частности по отношенію къ резолютивному условію вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ, при наступленіи его, прекращаются юридическія послѣдствія акта, возникшія уже до наступленія условія (§ 90).

Наконецъ по отношенію ко всѣмъ условіямъ, какъ истиннымъ, такъ и не истиннымъ слѣдуетъ еще разрѣшить вопросъ о томъ, когда именно можно сказать, что условіе осуществилось (§ 92).

bb. состояніе акта до осуществленія условія *).

§ 89.

До осуществленія условія сила изъявленія воли еще задержана, производимое имъ юридическое дѣйствіе еще не произведено¹⁾. Но именно потому нельзя сказать, чтобы изъявленіе воли не имѣло никакого значенія²⁾. Право не отказываетъ ему въ дѣйствіи, оно можетъ еще достигнуть полного юридическаго дѣйствія. Хотя изъявленіе воли и не вызвало еще того юридическаго дѣйствія, къ коему оно направлено, но оно тѣмъ не менѣе дало на него надежду, которой условно управомоченный не можетъ быть лишенъ. Другими словами, тотъ, кого эта надежда обязываетъ, не можетъ сдѣлать, чтобы въ случаѣ осуществленія условія ожидаемое юридическое дѣйствіе не наступило или не вполнѣ наступило; онъ уже и теперь связанъ³⁾. Важный выводъ изъ этой связанности

* Вехтеръ II стр. 696—701, Виндшейдъ die Wirkung der erfüllten Bedingung стр. 16—22, его же Heid. krit. Zeitschr. IV стр. 42—49, Шенеманъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX стр. 13 и сл.

¹⁾ L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1: „ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur“. L. 16 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 2. § 2 D. pro emt. 41. 4.

²⁾ Любопытное примѣненіе этого встрѣчается въ l. 16 D. de iniusto 28. 3. § 89. См. еще l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, и въ этихъ мѣстахъ Фр. Книпа Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation стр. 5 и сл. (Виндшейдъ krit. VJSchr. II стр. 242—244), Рёмеръ bedingte Novation стр. 85 и сл. (Ср. II § 354 прих. 10); l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 40 D. ad leg. Aq. 9. 2.

³⁾ Источники признають, что даже въ условномъ (обязательственномъ) договорѣ Виндшейдъ, пандектное право. Т. I.

(Gebundenheit) заключается въ томъ, что всё совершаемыя имъ въ промежуточное время распоряженія, противорѣчающія ожидаемому праву, съ осуществленіемъ условія отпадаютъ или подчиняются возникшему теперь праву; это право существуетъ точно также, какъ оно должно было существовать по содержанію условнаго волеизъявленія⁴⁾ Условно-обязанному не дозволены не только юридическія, но и такія фактическія распоряженія, которыя дѣлаютъ невозможнымъ или стѣсняютъ ожидаемое право; за такія дѣйствія онъ обязанъ вознаградить при наступленіи условія, равнымъ образомъ онъ отвѣтствуетъ (согласно содержанію устанавливаемого правоотношенія) за упущенія⁵⁾. Дальнѣйшій выводъ изъ

юрѣ заключается *contrahere*, l. 27 D. pro socio 17. 2, l. 78 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. D. de stip. serv. 45. 3, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6; конечно, и въ другихъ мѣстахъ подъ *contractum negotium* прямо разумѣтся безусловный договоръ, такъ въ l. 8 § 1 D. de per. et comm. 18. 6.—Относительно употребленнаго здѣсь выраженія связанности (Gebundenheit) слѣдуетъ замѣтить, что подъ нимъ нужно разумѣть не одну обязательственную связанность; условно-обязанный стѣсненъ не только въ своемъ правѣ (Dürfen), но и въ своей возможности (Können). Фиттингъ называетъ это дѣйствіе условнаго изъявленія воли (насколько онъ признаетъ последнее) „предварительнымъ дѣйствіемъ“ (Vorwirkung), ср. § 67 прим. 2 и названнаго писателя въ *Zeitschr. f. Handelsr.* II стр. 253 прим. 77. Гёттингъ (*Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* I. 6, ср. именно стр. 250. 254. 265. 271) неправильно сводитъ означенное дѣйствіе къ особой юридической сдѣлкѣ, сопутствующей условной юридической сдѣлкѣ.

4) Если это будетъ право собственности, то предъ нимъ исчезаютъ не только право собственности, перенесенное въ промежуточное время прежнимъ собственникомъ на другаго, но и другія установленныя имъ права на вещь. Если это будетъ право на чужую вещь, то хотя остается въ силѣ сдѣланное промежуточнымъ собственникомъ перенесеніе собственности, но наложенныя имъ на вещь реальныя повинности, насколько ими суживается вновь возникшее право, не имѣютъ силы; если это закладное право, то оно имѣетъ преимущество предъ таковымъ же правомъ, приобретеннымъ въ промежуточное время. Это одинаково прилагается какъ къ резолютивнымъ, такъ и къ суспензивнымъ условіямъ, какъ къ распоряженіямъ между живыми, такъ и къ распоряженіямъ на случай смерти. L. 69 § 1 D. de leg. I^o 30, l. 105 D. de cond. 35. 1, l. 3 § 3 C. comm. de leg. 6. 43, l. 12 § 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 11 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 9 § 1 l. 11 § 1 D. qui pot. 20. 4, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Фиттингъ (über den Begriff der Rückziehung стр. 65 и сл.) на означенное здѣсь отношеніе смотритъ какъ на связанность (Gebundenheit) вещи, что, безъ сомнѣнія, находитъ себѣ подтвержденіе въ источникахъ, напр. l. 2 pr. D. de statulib. 40. 7, l. 6 D. si ex nox. causa agatur 2. 9, l. 12 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 82 pr. D. de leg. I^o 30.

5) Вехтеръ II стр. 700 № 5.

возникшей чрезъ условное изъявленіе воли связанности состоитъ въ томъ, что въ случаѣ смерти обязаннаго его мѣсто заступаютъ его наслѣдники; еслибы до осуществленія условія ничего не было, то и на наслѣдниковъ не могло бы ничего перейти *). Мало того даже сама надежда, соотвѣтствующая этой связанности, имѣетъ юридическое значеніе. Прежде всего потому же, что и она переходитъ на наслѣдниковъ †). Впрочемъ, въ этомъ отношеніи нужно различать распоряженія между живыми и распоряженія на случай смерти. Послѣднія въ высшей степени личнаго свойства: ихъ центръ тяжести находится не столько въ томъ, что что-либо должно быть отдано вообще, сколько въ томъ, что что-либо должно достаться опредѣленному лицу. Въ этомъ смыслѣ римское право постановляетъ, что если лицо, указанное въ предсмертномъ распоряженіи, при жизни своей не пріобрѣтетъ того, что ему назначено, то его мѣсто въ этомъ отношеніи не могутъ заступить его наслѣдники; надежда, отрывшаяся вслѣдствіе означеннаго распоряженія, на наслѣдниковъ указаннаго въ немъ лица не переходитъ ‡). А по-

* Такъ дѣйствительно смотритъ на это Ульпіанъ въ l. 9 § 1 D. de l. D. 23. 3. „Sires alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor. ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est.“ Только favore dotis хотѣлъ Ульпіанъ помочь въ этомъ случаѣ по исключенію. Рѣшеніе, сообразное съ этимъ принципомъ, помѣщено въ l. 2 § 5 D. de don. 39. 5. О различныхъ попыткахъ соглашенія см. Савиньи Zeitschr. f. gesch. RW. IV стр. 51 и сл. (System IV стр. 154 прим. r), Зелля bedingte Tradition стр. 117 и сл., Виндшейда Wirkung der erfüllten Beding. стр. 18 прим. 1, Штремпеля iusta causa der Tradition стр. 69 и сл., Czychla гз Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX стр. 288 и сл. Собственное воззрѣніе этого послѣдняго писателя согласно съ изложеннымъ здѣсь воззрѣніемъ, съ нимъ же согласенъ теперь и Вангеровъ въ 7 изд. I стр. 148 (иначе еще въ 6. изд. стр. 164). Кажется, никогда не возбуждало сомнѣніе то, что обязанности по условнымъ обязательствамъ переходятъ на наслѣдниковъ, § 25 l. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 57 D. de V. O. 45. 1.—См. еще l. 27 D. pro socio 17. 2.

†) § 4 l. de V. O. 3. 15.—„Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam condicio exsistat mors nobis contigerit.“ § 25 l. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6.

‡) l. 5. pr. § 2 D. quando dies 36. 2, l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51.

тому и въ другихъ отношеніяхъ этой надеждѣ нельзя приписать такого же юридическаго значенія, какое приписывается надеждѣ, открывшейся вслѣдствіе изъявленія воли между живыми. Такъ, въ первомъ случаѣ она не приобрѣтается господиномъ, а въ послѣднемъ приобрѣтается⁹⁾; въ послѣднемъ случаѣ право, даваемое надеждой, получаетъ способность быть предметомъ юридическихъ сдѣлокъ, а въ первомъ нѣтъ¹⁰⁾. Отсюда общее правило: кто на основаніи распоряженія между живыми въ правѣ что-либо требовать условно, тотъ уже теперь разсматривается какъ вѣритель, что не примѣняется къ распоряженію на случай смерти¹¹⁾. Но и при распоряженіяхъ послѣдняго рода можетъ быть потребовано обезпеченіе на случай осуществленія открывшейся надежды¹²⁾, тогда какъ при волеизъявленіяхъ между живыми это зависитъ больше отъ усмотрѣнія судьи¹³⁾.

Изъясненныя выше юридическія послѣдствія условнаго волеизъявленія не исключаются даже и въ томъ случаѣ, когда осу-

⁹⁾ L. 18 D. de R. I. 50. 17. „Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. Aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub condicione stipulantes omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat.“ L. 2 § 3 D. de coll. 37. 6, l. 40 D. de stip. serv. 45. 3, l. 28 D. de pign. 20. 1, l. 14. i. f. D. quando dics. 36. 2, l. 5 C. de cond. ins. 6. 46.

¹⁰⁾ Acceptilatio: l. 12 l. 13 § 7. 8 D. de accept. 46. 4. Cessio (уступка): l. 17. 19 D. de her. vel. act. vend. 18. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1. Ср. Виндгейда въ Heidelb. krit. Zeitschr. IV стр. 45—47 и спеціально объ l. 41 cit. Сальмюса Novation u. Delegation стр. 37. 38. Сальковский Novation стр. 112. 412. 414 и сл.

¹¹⁾ L. 42 pr. D. de O. D. A. 44. 7. „Is, cui sub condicione legatum est et pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.“ Выводъ отсюда въ l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, ср. l. 6 pr. D. quib. ex causis in po. 42. 4 (противъ l. 14 § 2 eod., ср. Дерябурга emtio bonorum стр. 97—101), l. 4 pr. D. de sep. 42. 6.

¹²⁾ L. 18 D. de cond. 35. 1, l. 6 D. de B. P. s. t. 37. 11, Dig. 36. 3, Cod. 6. 54. Подробнѣе въ наследственномъ правѣ.

¹³⁾ L. 41 D. de iud. 5. 1 (—„ex iusta causa“—), l. 38 pr. D. pro socio 17. 2. Мнѣніе Вера (Anerkennung § 69), что подъ cautio слѣдуетъ разумѣть здѣсь только nuda promissio, недостаточно основательно. L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1 объясняется изъ содержанія formula hypothecaria. Гущке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX стр. 167 и сл. и ниже § 235 прим. 3. Зейф. Arch. XVI. 190, XVII. 6. 7.

ществованіе условія зависитъ отъ произвола условно-обязаннаго лица ¹⁴⁾. Хотя послѣднее и можетъ воспрепятствовать осуществленію условія, тѣмъ не менѣе оно остается обязаннымъ на случай осуществленія условія и уже не можетъ лишить своего противника открывшейся для него на этотъ случай надежды ¹⁵⁾.

¹⁴⁾ Для того случая, когда осуществленіе условія зависитъ отъ произвола условно управомоченнаго, въ одномъ изъ постановленій Юстиніана (l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51) встрѣчается выраженіе *conditio potestativa*. Не видно основанія, почему обыкновенно ограничиваютъ это выраженіе только этимъ случаемъ и почему не прилагать его и къ случаю произвола условно обязаннаго.

¹⁵⁾ Общее мнѣніе отвергаетъ это, выставляя правило, что условіе означеннаго рода не подлежитъ повороту (§ 91). Противъ общаго мнѣнія высказались: Троче *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XVIII стр. 101—108, Шмидтъ тамъ же *N. F.* VIII стр. 381 и сл., Вехтеръ II. стр. 702 прим. 19, Регельсбергеръ *zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte* (1859) стр. 55 и сл., условно Виндшейдъ *Arhg. f. civ. Pr.* XXXV стр. 51—60. Теперь я присоединяюсь къ безусловному отричанію этого мнѣнія названными писателями. Что въ l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 не заключается затрудненія, уже было мною указано выше, см. также § 93 прим. 3. L. 11 § 2 D. qui pot. 20. 4 вовсе не говоритъ объ условномъ изъясненіи воли; впрочемъ объ этомъ мѣстѣ см. § 242. прим. 9. Что касается l. 4 D. quae res pign. 20. 3, l. 11 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 9 § 1 eod., то слѣдуетъ преимущественно держаться того, что и въ этихъ мѣстахъ нѣтъ рѣчи объ условномъ изъясненіи воли. Въ нихъ говорится объ обезпеченіи залогомъ несуществующаго еще требованія; но такъ какъ залоговое право не можетъ существовать безъ требованія, то слѣдовательно, изъясненію воли не достаетъ здѣсь одного изъ условій силы, требуемаго самимъ его содержаніемъ. Съ другой стороны обязательственная связанность переносится на залогъ; обезпечивающій залогомъ еще не существующее обязательство въ такой же мѣрѣ связанъ залогомъ, въ какой и несуществующимъ еще обязательствомъ. Отсюда сами собою объясняются два первыхъ изъ названныхъ мѣстъ (см. также § 242 прим. 6). Сомнителенъ только смыслъ l. 9 § 1 D. qui pot. 20. 4; но стѣснительное толкованіе, въ силу коего это мѣсто слѣдуетъ понимать въ смыслѣ условія, состоящаго лишь въ одномъ желаніи (§ 93), повидимому настолько же справедливо здѣсь, насколько оно безусловно необходимо въ l. 17 D. de V. O. 45. 1. А и резолютивное условіе *nisi melior condicio allata fuerit*, дѣлающее, какъ это несомнѣнно признано, безсильными распоряженія промежуточнаго времени (l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6), не можетъ точно также осуществиться помимо воли теряющаго отъ его осуществленія! Тоже представляется и при *lex commissoria*.

СС. СОСТОЯНІЕ АКТА ПО ОСУЩЕСТВЛЕНІИ УСЛОВІЯ.

αα. Вообще.

§ 90.

Съ момента осуществленія условія волеизъявленіе, къ коему оно было присоединено, вступаетъ въ полную силу и производитъ преднамѣренное имъ юридическое дѣйствіе. При резолютивномъ условіи это дѣйствіе заключается въ прекращеніи юридическаго дѣйствія, произведеннаго главнымъ волеизъявленіемъ; и притомъ съ наступленіемъ резолютивнаго условія это юридическое дѣйствіе прямо прекращается; вслѣдствіе этого устанавливается не одно только обязательство управомоченнаго къ возстановленію прежняго состоянія ¹⁾. Хотя этого, быть можетъ, и желали стороны ²⁾; но въ такомъ случаѣ нѣтъ резолютивнаго условія ³⁾. Впрочемъ, слѣдуетъ присовокупить, что римское право признало означенное дѣйствіе резолютивнаго условія лишь мало по малу и неохотно ⁴⁾.

§ 90.

¹⁾ L. 41 D. de R. V. 6. 1, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 8 D. de lege comm. 18. 3, l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 4 C. de pact. inter emt. 4. 54. Противъ утверждающаго противное сочиненія Rissler (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 1. 8 [1829]) см. именно Вангерова I. § 96 прим. Въ свою очередь за противное мнѣніе И. Энгельманъ der Rückfall des Eigenthums im röm. R. Stuttgart 1868.

²⁾ L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de pact. int. emt. 4. 54. Определить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что дѣйствительно было желаемо, чрезвычайно трудно; употребляемыя выраженія не всегда даютъ вѣрную точку опоры. Ср. l. 29 D. de m. c. don. 39. 6, l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

³⁾ Точнѣ говоря: въ этомъ случаѣ будетъ не условное желаніе прекращенія, но условное желаніе прекращающаго волеизъявленія (исходящаго отъ противника). Источники не столь точны въ выраженіяхъ; они говорятъ о *negotium quod resolvitur sub condicione* не въ томъ лишь случаѣ, когда съ извѣстнымъ обстоятельствомъ прямо прекращается существовавшее доселѣ дѣйствіе, см. напр. l. 1 D. de don. 39. 5. Фиттинъ Zeitschr. f. Handelsr. II. стр. 242—251.

⁴⁾ Римское право очевидно исходило отъ того воззрѣнія, что воля неимѣетъ уже никакой власти надъ разъ установленнымъ юридическимъ дѣйствіемъ. L. 44 § 2 D. de O. et A. 44. 7: „*Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam ponitur, veluti: centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit*.“ Вотъ почему оно либо объявляло само резолютивное условіе безсильнымъ, либо постановляло, что отъ этого усло-

ββ. Имѣетъ ли осуществившееся условіе обратную силу.

§ 91.

Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ различать суспензивныя условія отъ резолютивныхъ.

Осуществленное суспензивное условіе по общему правилу не имѣетъ обратной силы, то-есть, юридическое дѣйствіе акта, наступившее по осуществленіи условія, не считается существовавшимъ уже въ моментъ изъясненія воли. Правило это основано на предполагаемой волѣ изъяснителя условной воли; въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принимать, что тотъ, кто желаетъ, чтобъ извѣстный юридическій результатъ наступилъ лишь въ томъ случаѣ, когда данное отношеніе получить извѣстную форму, тотъ въ тоже время желаетъ, чтобъ этотъ результатъ наступилъ лишь тогда, когда образуется желаемая форма даннаго отношенія; другими словами, слѣдуетъ принимать, что по мысли установителя условія оно въ тоже время содержитъ въ себѣ извѣстный срокъ. Но принимать

віа становится недействительнымъ и само главное распоряженіе, либо наконецъ постановляло, что изъ него, вопреки волѣ распорядителя, возникаютъ лишь косвенныя обязательственныя дѣйствія, l. 15 § 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. § 283, l. ult. C. de legat. 6. 37, l. 56 D. de leg. l.º 30, l. 44 § 2 (ср. § 1) D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1, § 3. I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1 (хотя эти мѣста отчасти говорятъ только о резолютивномъ срокѣ, но они допускаютъ вѣрное заключеніе и къ резолютивному условію). Но съ другой стороны, римское право, хотя отчасти уже въ позднѣйшее время, несомнѣнно признавало въ отдѣльныхъ случаяхъ прямое дѣйствіе резолютивнаго условія; кромѣ мѣстъ въ прим. 1 см. l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de legat. 6. 37 и l. 29 D. de m. c. don. 39. 6 (объясненіе коихъ, сдѣланное мною въ сочиненіи über die Voraussetzung стр. 60, конечно, несостоятельно), l. 12 § 1 C. de usufr. 3. 33 (l. 12 pr. eod., Vat. Fr. § 48. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6). Такимъ образомъ прямое дѣйствіе резолютивнаго условія является результатомъ развитія римскаго права, и слѣдовательно, нынѣ мы въ правѣ допускать это дѣйствіе тамъ, гдѣ воля несомнѣнно направлена на него, допуская при этомъ исключеніе для объясненія особыхъ сдѣлокъ, какъ напр. назначеніе наследника. Ср. Савиньи III § 127, Виндшейда Voraussetzung стр. 149—152, Фиттинга Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 261—268, Гольдшмидта тамъ же VIII стр. 242 прим. 37. (Дегенколбъ Platzrecht und Miethe стр. 154 и сл. 197 и сл.).

это слѣдуетъ лишь въ случаѣ сомнѣнія, стало быть, противное нужно принимать не только въ томъ случаѣ, когда оно прямо заявлено, но и въ томъ, когда по обстоятельствамъ дѣла такое толкованіе условнаго волеизъявленія необходимо ¹⁾).

¹⁾ Сказанное въ текстѣ подробнѣе изложено въ слѣдующемъ сочиненіи: Виндшейда *die Wirkung der erfüllten Bedingung* (Basel 1852). Господствующее мнѣніе не соглашается съ нимъ; оно наоборотъ утверждаетъ, что слѣдуетъ отъправляться отъ обратнаго дѣйствія, какъ отъ правила. Однако соглашаются, что относительно условій дѣйствительности волеизъявленія въ нашихъ источникахъ обращается вниманіе не на время совершенія послѣдняго, но на время осуществленія условія (1. 14. 31 pr. D. de nov. 46. 2, 1. 8 pr. D. de per. 18. 6, 1. 3. 4 D. de reg. Cat. 34. 7, 1. 41 § 2 D. de leg. I^o 30, 1. 31. 98 pr. D. de V. O. 45. 1), а лучшіе писатели различаютъ существованіе и осуществленіе права и учатъ, что обратное дѣйствіе имѣть мѣсто именно по отношенію къ первому, а не послѣднему (Вангеровъ I стр. 164—166 въ 6 изд., Вехтеръ II стр. 708—710, ср. 1. 15 § 6 1. 24 § 1 1. 88 § 3 D. ad leg. Falc. 35. 2, 1. 18 pr. 1. 33 D. ad SC. Treb. 36. 2, 1. 16 D. de statulib. 40. 7, 1. 3 C. de fudeic. lib. 7. 4). Затѣмъ въ послѣднее время Фиттингъ (*über den Begriff der Rückziehung* стр. 33—45, и согласно съ нимъ Шейрль *krit. Ueberschau* V стр. 29 и сл.) доказывалъ, что вообще при условныхъ отказахъ обратное дѣйствіе отпадаетъ, съ этимъ согласенъ Вангеровъ II § 436; правда, Фиттингъ прибавляетъ неясную оговорку „по отношенію къ пріобрѣтенію“, но кромѣ поименованныхъ прежде и въ § 89 прим. 9 мѣстъ ср. еще 1. 1 C. an serv. 4. 14, 1. 7. § 18 D. de pactis 2. 14, 1. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1, 1. 17 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, 1. 41 D. de cond. 35. 1, 1. 11 § 4 D. de exc. rei iud. 44. 2, 1. 13 § 8 D. de accept. 46. 4, 1. 27 pr. D. quiet a quib. 40. 9, 1. 20 D. de lib. et post. 28. 2. Въ послѣднее время этотъ же писатель не признаетъ обратнаго дѣйствія даже и при условномъ перенесеніи собственности и сознается, что у него возникло сомнѣніе относительно обратной силы при условныхъ требованіяхъ (*Zeitschr. f. Handelsr.* II стр. 255 прим. 79), такъ что его нельзя уже считать защитникомъ обратнаго дѣйствія, ср. его же *Arch. f. civ. Pr.* XXXIX стр. 333. Даже Вангеровъ въ 7 изд. стр. 142 и сл. совершенно отказывается отъ обратнаго дѣйствія въ его принципѣ и отъ примѣненія его къ вещнымъ правамъ (за исключеніемъ закладнаго права), Арндтсъ же, очень осторожно высказавшійся уже въ 4 изд., въ 5 изд. учить (§ 71 прим. 4), что „обратнаго дѣйствія въ строгомъ смыслѣ“ нѣтъ ни при юридическихъ сдѣлкахъ между живыми, ни при распоряженіяхъ на случай смерти. Быть можетъ, къ примиренію разногласія послужитъ весьма важное указаніе (ср. Фиттинга *Begriff der Rückziehung* стр. 118, Виндшейда *Heidelb. krit. Zeitschr.* IV стр. 38), что и по осуществленіи условія истинное основаніе наступающаго, тутъ юридическаго дѣйствія будетъ не осуществленное теперь условіе, но сдѣланное прежде волеизъявленіе, что первое сообщаетъ послѣднему обратную силу. Если подъ обратнымъ дѣйствіемъ осуществленнаго условія понимать именно это, то противъ такого дѣйствія нечего и возражать, и

При резолютивныхъ условіяхъ слѣдуетъ, наоборотъ, въ случаѣ сомнѣнія принимать, что волеизъявитель желалъ, чтобы наступившее съ осуществленіемъ условія юридическое дѣйствіе имѣло обратную силу и самое условіе считалось какъ бы вовсе ненаступавшимъ. Въ случаѣ сомнѣнія, осуществившемуся резолютивному условію, съ точки зрѣнія волеизъявителя, можно придавать только то значеніе, какое дается несостоявшемуся суспензивному условію; а въ случаѣ, если суспензивное условіе не состоится, не имѣется въ виду никакихъ юридическихъ послѣдствій. Но съ другой стороны, по нашимъ источникамъ нельзя доказать, чтобы воля, имѣющей въ виду обратное дѣйствіе осуществленнаго резолютивнаго условія, усвоивалось въ римскомъ правѣ какое-либо дѣйствіе, которое бы не имѣло силы обязательства. Такимъ образомъ по осу-

въ этомъ смыслѣ я его никогда не отвергалъ; при этомъ слѣдуетъ только отказаться отъ всякой мысли, будто послѣ осуществленія условія состояніе промежуточнаго времени обратно опредѣляется иначе, чѣмъ оно было опредѣлено до наступленія условія. Даже новѣйшій защитникъ обратнаго дѣйствія Унгеръ II стр. 70 и сл. (ср. *österr. Erbrecht* § 16 прим. 20) не идетъ далѣе сказаннаго, такъ что такимъ образомъ понимаемое обратное дѣйствіе, безъ сомнѣнія, отъ воли сторонъ не зависитъ (Фиттингъ *Begriff der Rückziehung* прим. 85, Унгеръ стр. 75, ср. Виндшейда въ *Heidelb. krit. Zeitschr.* IV стр. 39 въ в.). Не болѣе того содержать и тѣ мѣста, на которыя ссылаются въ подтвержденіе обратнаго дѣйствія, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 16. D. de sol. 46. 3, l. 11 § 1 D. qui pot. 20. 4 (ср. съ послѣднимъ мѣстомъ l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1), см. Виндшейда *Wirkung der erfüllten Bedingung* стр. 14—21 (о l. 72 de fidei. 46. 1 тамъ же стр. 15. 16). *Heidelb. krit. Zeitschr.* стр. 44—47. Само собою разумѣется, что юридическія послѣдствія, которыя вполнѣ объясняются изъ порождаемой условнымъ волеизъявленіемъ связанности, вовсе не служатъ доказательствомъ въ пользу обратнаго дѣйствія. — Противъ обратнаго дѣйствія энергически высказался и Шенеманъ въ сочиненіи, поименованномъ въ § 86 прим. 2; далѣе Ферстеръ *Preusz. Privatrecht* 1 стр. 169—170, и ученое разсужденіе A. v. d. Leyen de effectu condicionis existentis (Берлинъ 1865). Эйзеле *Arch. f. civ. Pr. L.* 14. 15. За обратное дѣйствіе въ послѣднее время Ремеръ *bedingte Novation* стр. 73—84 (о l. 16 D. de acceptil. см. его же в. п. с. стр. 237 и сл.).

²⁾ Противъ этого нельзя утверждать, будто резолютивное условіе есть собственно суспензивное, что, слѣдовательно, оно не можетъ имѣть другого смысла кромѣ этого (Виндшейдъ *die Wirkung der erfüllten Bedingung* стр. 24); ибо можетъ случиться, что и суспензивному условію желали дать обратное дѣйствіе, а почему же возможному не стать здѣсь дѣйствительнымъ? Положительнымъ образомъ обратное дѣйствіе доказывается тѣмъ, что съ наступленіемъ резолю-

ществленіи резолютивнаго условія состояніе, существовавшее въ промежуточное время, само по себѣ юридически опредѣляется такимъ же образомъ, какъ оно было опредѣлено сначала, и для лица, теряющаго вслѣдствіе прекращенія условія, возникаетъ лишь обязанность поставить противника въ тоже состояніе, въ которомъ онъ находился бы, еслибы прекращенное теперь юридическое дѣйствіе для него вовсе не наступало ³⁾).

С. КОГДА УСЛОВІЕ СЧИТАЕТСЯ ОСУЩЕСТВИВШИМСЯ?

§ 92.

Утвердительное (affirmative) условіе считается осуществившимся, если то, что по мысли и волѣ установителя условія должно дѣй-

ствнаго условія обратному приобрѣтателю должны быть выданы плоды и всякая иная прибыль, полученная въ промежуточное время (Vat. Fr. § 14, l. 4 § 4 l. 6. pr. l. 16 D. de in diem add. 18. 2, l. 4 pr. l. 5 D. de lege comm. 18. 3, l. 11 § 10 D. de int. quod vi aut cl. 43. 24, l. 38 § 2. 3 D. de usur. 22. 1) Дальнѣйшее доказательство заключается въ сопоставленіи осуществленія резолютивнаго условія съ *rehabilitio* (l. 19 D. de usurp. 41. 3, l. 6 § 1 D. de div. temp. praeser. 44. 3), равно какъ и въ l. 2 D. de lege comm. 18. 3 и l. 2 § 1 l. 3 D. de in diem add. 18. 2.

³⁾ Приведенныя въ предыдущемъ примѣчаніи мѣста даютъ обратному приобрѣтателю относительно прибыли, полученной въ промежуточное время, лишь обязательственное притязаніе, но нигдѣ не сказано, чтобы обратное вещное дѣйствіе наступало и въ другихъ отношеніяхъ. Нельзя ссылаться на то, что распоряженія, сдѣланныя въ промежуточное время, становятся безсильными; это вполне объясняется тою связанностью воли, о которой говорилось въ § 89. Съ другой стороны нельзя, подобно Фиттингу *Zeitschr. f. Handelsr.* II стр. 257—259, изъ l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1 (ср. Виндшейда *Heidelb. krit. Zeitschr.* IV стр. 37) и l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2 и l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 выводить опроверженіе противъ обратнаго вещнаго дѣйствія (менѣ ли оканчивается существованіе права чрезъ то, что съ этого момента оно считается никогда не существовавшимъ?)—Господствующее мнѣніе прямо приписываетъ осуществившемуся резолютивному условію обратное дѣйствіе. Противъ этого мнѣнія высказались В. Мюллеръ *civil. Abhandlungen* I стр. 294. 303. 313 и въ послѣднее время Фиттингъ *Zeitschr. f. Handelsr.* II стр. 255—259, при чемъ они, впрочемъ, оспариваютъ лишь вещное обратное дѣйствіе, которое одно только истинно; дальѣ см. Шейрла *krit. Ueberschau* V стр. 45, Унгера II стр. 78 прим. 76, Вангерова 7 изд. I стр. 150, Арндтса 5 изд. § 71 прим. 6. Сказанное мною прежде по этому вопросу (*Wirkung der erfüllten Bedingung* стр.

ствительно существовать теперь или послѣ, дѣйствительно существуетъ или возникло въ томъ видѣ, какъ предположено. Отрицательное (negative) условіе осуществляется, если то, что по мысли и волѣ установителя условія въ дѣйствительности не должно существовать теперь или послѣ, дѣйствительно не существуетъ или же нѣтъ сомнѣнія, что оно не будетъ существовать ¹⁾. Мысль и воля самого установителя должна опредѣляться путемъ толкованія ²⁾. При этомъ въ нашихъ источникахъ раскрываются нѣкоторые особые вопросы ³⁾. Такъ, если условіе рассчитано на какое-либо дѣяніе условно-управомоченнаго, и это дѣяніе станетъ для него, безъ его собственной вины, невозможнымъ ⁴⁾, то, руководясь мыслью установителя условія, слѣдуетъ ли не обращать вниманія на исполненіе дѣянія и считать условіе осуществившимся и безъ такого исполненія? Здѣсь должно исходить изъ того, что кто требуетъ какого-либо дѣянія, тотъ требуетъ именно этого дѣянія, а

23—30) неудовлетворительно въ томъ отношеніи, что я допускалъ исключительно обязательственное вліяніе обратнаго дѣйствія только для пріобрѣтенія, совершеннаго въ промежуточное время.

¹⁾ L. 115. pr. § 1 D. de V. O. 45. 1. Если условіе состоитъ въ несовершеніи § 92. какого-либо дѣйствія, то во многихъ случаяхъ оно можетъ считаться осуществившимся лишь со смертію даннаго лица, § 4 I de V. O. 3. 15, l. 78 D. de cond. 35. 1; ср. тоже l. 72 pr. § 1 l. 101 § 3 l. 106 D. eod.

²⁾ L. 19 pr. D. de cond. 35. 1. „In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones.“ L. 101 pr. eod.:—„cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat“.

³⁾ Ср. кромѣ того l. 129 D. de V. O. 45. 1, § 11 I de her. inst. 2. 14, l. 78 § 1 D. de cond. 35. 1; l. 101 § 1 eod.; l. 101 § 2 eod.; l. 11 § 11 D. de leg. III^o 32, l. 15 D. quando dies 36. 2, l. 5 D. de don. quae sub modo 8. 55; l. 68 D. de sol. 46. 3; l. 76 D. cond. 35. 1, l. 51 § 1 D. de leg. II^o 31; l. 2. 10. 11. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. de cond. 35. 1, l. 45 § 2 D. de leg. II^o 31, l. 7 C. de inst. et subst. 6. 25, l. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1; l. 23 l. 44 § 8 l. 34 § 1 l. 56 l. 112 § 2 D. de cond. 35. 1, l. 6 C. de cond. ins. 6. 46, l. 13 pr. § 1. 2 D. de manum. test. 40. 4 (Убеллоде die Lehre von den untheilbaren Obligationen стр. 120. 121). Ср. тоже l. 5 § 4 l. 85 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 25 § 13 D. fam. erc. 10. 2, l. 4 § 1 D. de V. O. (§ Cato) и съ этимъ Убеллоде в. п. с. стр. 124—143. Мюленбрухъ Forts. von Glück XLI стр. 129 и сл. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 36. 39. Вангеровъ II § 435 прим. 1.

⁴⁾ Слѣдовательно, здѣсь идетъ рѣчь о т. н. condicio mixta, то-есть, о такомъ условіи, осуществленіе коего не зависитъ ни отъ одной воли управомоченнаго (cond. potestativa) ни отъ одного случая (cond. casualis). Это дѣленіе встрѣчается въ l. un. § 7. C. de cad. toll. 6. 51.

не одной готовности совершить это дѣяніе, слѣдовательно одна готовность къ дѣянію не можетъ удовлетворить условію ⁵⁾. Но можетъ случиться, что тотъ, кто обязанъ былъ дѣйствовать, дѣйствительно сталъ дѣйствовать, но не могъ выполнить требуемаго дѣянія вслѣдствіе внѣшнихъ, независающихъ отъ его воли обстоятельствъ. Въ такомъ случаѣ, по отношенію къ предсмертнымъ распоряженіямъ признано, что для исполненія воли наслѣдодателя и этого достаточно; это можно выразить такъ: если тотъ, кто по условію долженъ былъ совершить извѣстное дѣяніе, сдѣлалъ съ своей стороны все, чтобы исполнить это дѣяніе, то условіе считается осуществившимся ⁶⁾. Впрочемъ, правило это опи-

⁵⁾ Правило с. 66 R. I. in VI^o: „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset“, въ такой всеобщности всѣми признается невѣрнымъ. Хотя оно и заимствовано изъ римскаго права (l. 23 D. cond. inst. 28. 7), но здѣсь оно можетъ быть исправлено при посредствѣ другихъ, болѣе точныхъ мѣстъ, приведенныхъ въ слѣдующемъ примѣчаніи. Ср. Зейф. Arch. III 152. Нѣтъ никакого смысла въ томъ мнѣніи (Мюленбрухъ въ Fortsetzung von Glück XLI § 1462 вн., В. Зелль Versuche II стр. 214. 215. 227. 228), будто, по крайней мѣрѣ при потестативныхъ условіяхъ, достаточно истинной воли для осуществленія; ибо истинное потестативное условіе не можетъ быть подавлено случаемъ. Если же подъ потестативнымъ условіемъ разумѣть то условіе, при коемъ истинная воля наслѣдодателя направлена лишь на готовность къ осуществленію, то это весьма справедливо, но вѣдъ разумѣется это само собою. Ср. Маасена civil. Erörterungen (1854) стр. 3. 4. 20 и сл. Столь же мало основательно выставленное другимъ (В. Зелль Versuche стр. 172. 215—227, Мюленбрухъ Forts. von Glück. XLI стр. 221, Виндшейдъ Voraussetzung стр. 185 прим. 10) правило, что (при condicio mixta) для осуществленія достаточно одной готовности; по крайней мѣрѣ, въ томъ случаѣ, если она обнаружена была въ то время, когда еще было возможно осуществленіе условія. Что воля того, кто требуетъ дѣйствія, направлена на готовность къ дѣйствію, этого ни подъ какимъ видомъ нельзя принимать за правило (ср. прим. 8) Маасенъ в. п. с. стр. 4.

⁶⁾ Въ источникахъ положеніе это признано относительно того случая, когда дѣйствіе, постановленное условіемъ, не можетъ быть совершено безъ участія третьяго лица, а это лицо отказывается въ своемъ участіи. L. 5 § 5. D. quando dies 36. 2. „Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur“. Ср. тоже l. 78. pr. D. de cond. 35. 1. Примѣры: кому-либо надлежитъ дать что нибудь, но онъ отказывается принять; какому-либо лицу слѣдуетъ вступить въ бракъ, но оно отказывается отъ этого. Эти и другіе примѣры въ l. 3. 11. 23. D. de cond. inst. 28. 7, l. 14, 31. 40 pr. l. 84. 101 § 4^o D. de cond. 35.

рается лишь на толкованіи воли; позволительно принять, что такеъ желалъ, вѣроятно самъ наслѣдодатель⁷⁾, но нельзя не согласиться что въ какомъ-либо данномъ случаѣ толкованіе можетъ привести и къ иному результату, и притомъ какъ къ тому, что наслѣдодатель желалъ именно выполненія данного дѣянія, такеъ и къ тому, что онъ желалъ одной готовности⁸⁾ къ выполненію его. Что ка-

1. l. 30 § 5 D. de leg. III^o 32, l. 13 pr. D. de annuis 33. 1, l. 1 C. de inst. et subst. 6. 25, ср. l. 40 pr. D. de cond. 35. 1. Иное дѣло, когда данное лицо ранѣе умираетъ, такъ что дѣйствіе не можетъ быть даже начато; тутъ нельзя уже сказать, что условно управомоченный сдѣлалъ все съ своей стороны, l. 23 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 31. 94 pr. l. 112 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 20 § 3 D. de statulib. 40. 7, l. 4 C. de cond. ins. 6. 46. Не требуется, чтобы дѣйствіе, имѣющее совершиться при участіи третьяго лица, доставляло этому послѣднему какую-нибудь выгоду, и потому правило по примѣру Савиньи (III § 119) составляемое многими (наприм. Пухтою § 60, Синтенисомъ I стр. 176, Вехтеромъ II стр. 69¹⁾), что условіе считается осуществившимся, когда тотъ, на выгоду коего было разсчитано осуществленіе условія, добровольно отказывается отъ нея, хотя и вѣрно, но слишкомъ узко; да и въ источникахъ такого правила нигдѣ нѣтъ, оно не высказано и въ l. 24 D. de cond. 35. 1. (см. прим. 10). Но спрашивается, нельзя ли, по крайней мѣрѣ, остановиться на томъ положеніи, что условіе считается осуществившимся, когда необходимое для его осуществленія содѣйствіе третьяго лица отклоняется. Таково именно воззрѣніе Маасена в. п. с. стр. 5 и сл. Но по моему мнѣнію, въ этомъ положеніи можно видѣть выраженіе общаго правила, указанного въ текстѣ. За болѣе тѣсное пониманіе недавно снова Арндтъ § 69 прим. 3. Ср. еще Унгера oesterr. Erbrecht § 16 прим. 16. Геттингъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I стр. 315 и сл. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38. 39 в. к. Вангеровъ II § 435 прим. 2.

⁷⁾ L. 23 D. de cond. inst. 28. 7: — „plerumque enim haec condicio si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat det aut faciat“.

⁸⁾ Послѣднее толкованіе самое убѣдительное, если за неисполненіе дѣйствія положено наказаніе, l. 6 pr. l. 101 pr. D. de cond. 35. 1. Далѣе когда въ качествѣ условія назначено оставаться у извѣстнаго лица, то въ случаѣ сомнѣнія здѣсь слѣдуетъ понимать неоставленіе другаго лица, такъ что условіе должно считаться осуществившимся даже и въ томъ случаѣ, когда данное лицо умерло или умираетъ, l. 20 pr. D. de annuis 33. 1, l. 13. § 1 l. 18 § 1. 2 l. 20 § 5 D. de alim. 34. 1, l. 84 D. de cond. 35. 1. (Противъ того объясненія этихъ мѣстъ, которое основывается на поощреніи алиментовъ, говорить l. 10 pr. de annuis 33. 1. Ср. l. 13. § 1 D. eod.). Также и l. 54 § 2 D. de leg. I^o 30. коему прямо противное заключается въ l. 23 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, слѣдовало бы объяснять предполагаемою волей наслѣдодателя, если не держаться не совсѣмъ удачной и притомъ съ § 1 несовѣстимой догадки Савиньи (III стр. 148)

сается распоряженій между живыми, то въ источникахъ вовсе не разрѣшается предложенный вопросъ, и потому крайне опасно при-
мѣнять сюда вышеозначенное правило ⁹⁾.

Правило, что условіе должно считаться осуществившимся, если осуществленію его недобросовѣстнымъ образомъ воспрепятствовать получающій выгоду отъ его неисполненія, основано не на толкованіи воли, а на положительномъ законѣ ¹⁰⁾.

mora вмѣсто *mors*. Далѣе сюда относится l. 39 § 4 D. de statulib. 49. 7 (ex testamento ср. l. 20 § 3 eod.), а быть можетъ, и l. 54 § 1 D. de leg. I' 30 и l. 28 pr. D. de cond. 35. 1, изъ коихъ по крайней мѣрѣ первый (l. 54 § 1 D. de leg. I') повидимому держится другаго взгляда (ср. § 2 eod.), чѣмъ l. 72 § 4 D. de cond. 35. 1. (Особое пониманіе условія личнаго освобожденія основано уже не на толкованіи воли, но на положительномъ законѣ [constitutum ius], Упр. II. 6, l. 3 pr. l. 4 § 2 l. 20 § 3 l. 28 pr. D. de statul. 40. 7, l. 55 pr. D. de manum. test. 40. 4, l. 94 pr. D. de cond. 35. 1, l. 7 C. de cond. ins. 6. 46). Ср. тоже Вангерова II § 435 прим. 2 № 2.

⁹⁾ Впрочемъ, можно спросить, нельзя ли предсмертныя распоряженія поставить наравнѣ съ дареніями, такъ какъ и то и другое содержатъ въ себѣ безмездное предоставленіе. Что дѣйствительно эта безмездность есть основаніе того, почему допускается свободное толкованіе при предсмертныхъ распоряженіяхъ, это доказывается l. 7 D. de fideic. lib. 40. 5, требующимъ непремѣннаго исполненія дѣйствія, когда предсмертное распоряженіе по исключенію не содержитъ въ себѣ безмездность. Хотя въ этомъ мѣстѣ говорится не объ условіи, а о предположеніи (*modus*), но распространить его опредѣленіе на условіе дозвоительно не только вообще вслѣдствіе сродства между условіемъ и предположеніемъ, но и въ особенности потому, что тамъ, гдѣ предсмертное распоряженіе дѣйствительно содержитъ въ себѣ безмездность, предположеніе въ разсматриваемомъ отношеніи обезпечивается какъ условіе (§ 100 прим. 7). — Но если говорится, что указанное въ текстѣ правило не можетъ быть прямо распространено на волеизъявленія между живыми, то этимъ еще не исключается то, что въ особыхъ обстоятельствахъ толкованіе и при нихъ можетъ привести къ тому результату, что исполненіе поставленнаго условіемъ дѣйствія желаемо было не непремѣнно, какъ именно въ томъ случаѣ, когда это дѣйствіе направлено на выгоду другаго лица, при отказѣ съ его стороны условіе должно быть непремѣнно принимаемо за исполненное. Немыслимо, чтобы ему слѣдовало навязывать выгоду.

¹⁰⁾ L. 161 D. de R. I. 50. 17. „In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset“. Въ l. 161 cit. (Ульпіана) повторяется въ болѣе опредѣленныхъ выраженіяхъ мѣсто изъ одного болѣе древняго юриста (Юліана) l. 24 D. de cond. 35. 1, въ которомъ потому, слѣдую вульгатѣ, нужно, безъ сомнѣнія, читать *non impleri*. Однако, ср. тоже Вангерова I § 94. Кромѣ поминovanýchъ мѣстъ см. еще l. 50 D. de contr. emt. 18. 1, l. 85 § 7 D. de V. O. 45. 1; Упр. II. 5, l. 3 § 9 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 66. 81 § 1 D. de cond.

?) Въ частности, относительно особенныхъ условий.

§ 93.

Если въ смыслѣ условія постановлено, чтобы тотъ, чья воля вслѣдствіе волеизъявленія должна стать подчиненною, самъ желалъ этого подчиненія, то его воля вовсе не считается подчиненною. Подобное волеизъявленіе заключаетъ противорѣчіе въ самомъ себѣ: оно въ одно и тоже время желаетъ и подчинить и не подчинить, установить обязанность и не устанавливать ея. Поэтому оно ничтожно; оно не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Если въ послѣдствіи и заявляется желаніе подчиненія, то это будетъ новое волеизъявленіе, и имъ именно порождается юридическое дѣйствіе, а не прежнимъ волеизъявленіемъ. Это одинаково прилагается какъ къ изъясненіямъ воли какъ между живыми ¹⁾, такъ и на

35. 1, 1. 5 § 5 D. quando dies 36. 2, 1. 38 D. de statul. 40. 7. L. 38 cit.: „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit, sed id duntaxat, quod impediendae libertatis factum est.“ Ср. Вехтера II. стр. 694. 195; Зейф. Arch. IV. 97, X. 128. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38 прим. 1. 2 § 39 прим. 23.

¹⁾ L. 8 D. de O. et A. 44. 7, 1. 17. 46 § 3 l. 108 § 1 D. de V. O. 45. 1, 1. 7 § 93 прим. D. de contr. emt. 18. 1, 1. 13 C. eod. 4. 38. L. 46 § 3 cit. „Illam autem stipulationem, si volueris dari, inutilem esse constat“. L. 108 § 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capiti“. L. 7 pr. cit.—„neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit adstrictus.“ — Но обязательственный двусторонній договоръ не вполне ничтоженъ отъ того, что одинъ изъ контрагентовъ обязался подъ такимъ условіемъ. Хотя этотъ контрагентъ не связанъ, но чрезъ то и другой не свободенъ. Ибо обязательства, порождаемая такимъ договоромъ, зависятъ другъ отъ друга не такъ, чтобы одно могло существовать безъ другаго, но такъ, что они существуютъ отдѣльно, но только ни одна изъ сторонъ не можетъ требовать исполненія, не исполнивъ съ своей стороны обѣщаннаго ею (ср. II § 321 прим. 2. 24 § 387 прим. 3). Въ этомъ смыслѣ именно дѣйствительность т. н. купли на пробу признается въ источникахъ несомнѣнною, § 4 I. de emt. 3. 23. Савиньи III § 117 i. видитъ въ этомъ „совершенно особое исключеніе“. Другіе старались согласить это съ изложеннымъ здѣсь правиломъ другими способами; особенно живо обсуждался этотъ предметъ въ послѣднее время. См. Гольдшмидта Zeitschr. f. Handelsr. I. стр. 266—279, Фиттинга тамъ же II стр. 226—240 и V. 3. Arch. f. civ. Pr. XLVI стр. 260 и сл., Унтера Zeitschr. f. Handelsr. III. 7 и ниже прим. 4 и 6. Ср. тоже II § 387 абз. 2 и Арндтса 301 прим. 5.

случай смерти ²⁾, какъ къ резолютивнымъ, такъ и къ суспензивнымъ условіямъ ³⁾. Безразлично даже и то, по буквальному ли смыслу или вообще по смыслу условія, исполненіе его предоставлено на волю тому, чье подчиненіе имѣется въ виду ⁴⁾. — Иное

²⁾ L. 11 § 7 D. de leg. III^o 32, l. 46 § 3 D. de fideic. lib. 40. 5.

³⁾ Поэтому если къ договору купли-продажи прибавлено условіе nisi emptori displicuisset (res), и покупатель пользуется потомъ уступленнымъ ему правомъ, то сдѣланный имъ въ промежуточное время распоряженія о вещи не теряютъ оттого своей силы, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Покупатель вовсе не былъ связанъ (относительно прекращенія договора); вещь поступаетъ обратно къ продавцу не въ силу прежняго, а въ силу теперешняго волеизъявленія покупателя. Виндшейдъ Arch. f. civ. Pr. XXXV стр. 54. — Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 240 и сл. принимаетъ, что такое условіе имѣетъ лишь обязательственное дѣйствіе, Дербургъ Pfandgr. I стр. 215, что оно относится лишь къ обязательственному договору, а не къ передачѣ.

⁴⁾ Противное утверждаетъ Фиттингъ (прим. 1 въ к.); по его мнѣнію, ничтожность волеизъявленія наступаетъ лишь тогда, когда и по своему буквальному смыслу условіе поставлено въ зависимость исключительно отъ желанія лица, имъ связаннаго. Такъ Фиттингъ пытается оправдать дѣйствительность купли на пробу (прим. 1); предоставленное покупателю изъясненіе касается по своему смыслу того, желалъ ли онъ купить, а буквально того, нравится ли ему купленная вещь. Если сказанное въ прим. 1 вѣрно, то устранено и затрудненіе, которое Фиттингъ хочетъ обойти съ помощью своей гипотезы. Изъ остальныхъ, приводимыхъ имъ доводовъ, по моему мнѣнію, совершенно безсильны l. 7 pr. D. de contr. empt. 18. 1 (см. прим. 6 въ к.) и l. 11 § 5 D. de leg. III^o 32 (правда, распоряженіе наслѣдодателя: ты долженъ, если не скажешь нѣтъ, содержать въ себѣ внутреннее противорѣчіе, но никакого противорѣчія нѣтъ въ распоряженіи: ты долженъ, если тотчасъ же не скажешь нѣтъ. Впрочемъ ср. также Унгера oesterr. Erbrecht § 57 прим. 1, Вангеровъ II § 437 прим. № 3, Арндтса Forts. von Glück XLVI стр. 354 и сл.), малодоказательны l. 68 D. de her. inst. 28. 5, l. 52 D. de cond. 35. 1 (при заявленіи, что отказъ имущества по содержанію, а не по формѣ можетъ быть обусловленъ волею, наше воззрѣніе легко можетъ быть весьма состоятельно), болѣе доказательно l. 46 § 2 D. de V. O. 45. 1. Но и относительно этого мѣста нужно принять въ соображеніе, что это предоставляет на произволъ обязаннаго „когда“ (wann) (здѣсь говорится о стипуляціи съ прибавкою: cum volueris), тотъ тѣмъ самымъ не хочетъ еще поставить въ зависимость отъ его произвола будетъ-ли, и что если обязанный, постоянно ссылаясь на то, что въ настоящую минуту онъ еще не обязанъ исполнить, на дѣлѣ и можетъ сдѣлаться не обязаннымъ, то по истинной волѣ возлагающаго на него обязанность онъ вовсе не будетъ не обязаннымъ. Полагали, что при стипуляціяхъ не слѣдуетъ давать силу этой истинной волѣ вопреки буквальному смыслу волеизъявленія; но при фиденкомиссахъ это было сдѣлано (l. 11 § 6 l. 41 § 13 D. de leg. III^o 32) путемъ толкованія, котораго

дѣло, если условіемъ будетъ поставлено дѣяніе того, чья воля подчинена (точнѣе говоря: дѣяніе, отдѣльное отъ выраженнаго желанія, чтобы наступило подчиненіе воли), хотя бы совершеніе или несовершеніе этого дѣянія вполнѣ зависѣло отъ его произвола. Хотя и здѣсь выходить, что устанавливаемое волеизъявленіемъ подчиненіе воли наступитъ лишь тогда, когда онъ захочетъ того; но все-таки наступленіе такого послѣдствія поставлено въ зависимость не отъ того, чтобы онъ желалъ этого наступленія, а отъ того, чтобы онъ желалъ чего-то инаго. О внутреннемъ противорѣчій волеизъявленія здѣсь и рѣчи быть не можетъ; кто говорить: я хочу, чтобы это было, когда мнѣ надлежало хотѣть, чтобы это было, тотъ играетъ словами; а кто говорить: я хочу, чтобы это было, когда мнѣ надлежало хотѣть, чтобы другое было, тотъ говоритъ нѣчто очень разумное. А потому и изъясненіе воли въ послѣднемъ случаѣ не будетъ ничтожно; если потомъ и наступитъ поставленное условіемъ желаніе, то на этомъ именно изъясненіи воли будетъ основываться возникшее теперь юридическое дѣйствіе, подобно тому какъ оно еще до этого порождаетъ обязательство (*Gebundenheit*), вытекающее изъ условнаго изъясненія воли (§ 89 въ к.) ⁵⁾. Но условіе дѣянія (желанія другаго) должно

не рѣшились провести послѣдовательно до конца (I. 11 § 6 cit. въ концѣ). Какъ бы то ни было я считаю I. 46 § 6 cit. недостаточнымъ для того, чтобы довѣрять буквѣ слова, котораго внутренней смыслъ не сталъ для меня яснѣе чрезъ доводи Фиттинга (*Zeitschr. V* стр. 148 и сл. *Arch.* стр. 273—275). Что касается стипуляцій, то ср. между прочимъ I. 41 pr. I. 81 pr. I. 94. 111 D. de V. O. 45 1. Вангеровъ II § 435 прим. № 1, Арендсъ *Fortsetz. von Glück XLVI* стр. 352—355.

⁵⁾ Доказательство въ пользу сказаннаго въ текстѣ заключается, вопервыхъ, въ безспорной дѣйствительности общанія штрафа на случай извѣстнаго дѣянія или упущенія, воторыхъ, по отношенію къ предсмертнымъ распоряженіямъ, въ I. 3 D. de leg. II^o 31. „*Si ita legatur: heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere*“. Игерингъ *Jahrb. f. Dogm.* X стр. 300 и сл. Впрочемъ затрудненіе является въ I. 43 § 2 D. de leg. I^o 30 („*Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest*“), такъ какъ здѣсь, если только это мѣсто согласуется съ остальнымъ содержаніемъ компіляціи, подъ *voluntas* слѣдуетъ разумѣть произвольное дѣйствіе, ибо по I. 52 D. de cond. 35. 1, ср. I. 68 D. de her. inst. 28. 5, отказъ не можетъ быть поставленъ въ зависимость и отъ одной воли третьяго лица. Объяснить это мѣсто запрещеніемъ *legatum roeuae nomine relictum* (ср. Вангеровъ II § 432 прим. № 1) едва

быть лишь прикрытіемъ желанія (желанія юридическихъ послѣдствій изъявленія воли); волеизъявитель долженъ смотрѣть на дѣяніе, поставленное условіемъ, какъ на нѣчто зависящее отъ самостоятельныхъ соображеній, а не какъ на простое выраженіе желанія, чтобы наступило требуемое юридическое дѣйствіе ⁶⁾. Съ другой стороны возможно и то, что въ истинномъ своемъ смыслѣ условіе желанія имѣетъ въ виду не столько, чистый произволъ,

ли возможно особенно при соображеніи l. 2 D. de his quae reorae 34. 6. Многие полагаютъ, что авторъ l. 43 § 2 cit., Ульпіанъ, имѣлъ конечно свое собственное мнѣніе по вопросу о томъ, можетъ ли легать быть поставленъ въ зависимость отъ простой воли третьяго лица, при чемъ они ссылаются еще на l. 1 pr. D. de leg. III^o 32 и l. 46 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5, допускающіе однако и другое объясненіе. Ср. Майера die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 31 прим. 2. 12, Унгера Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 399—404, Фиттинга тамъ же V стр. 199 прим. 44 стр. 168 и сл. Унгера oesterr. Erbrecht § 57 прим. 2. Другіе совершенно отвергаютъ выставленное въ текстѣ положеніе и утверждаютъ, что условіе, состоящее въ дѣйствіи условно обязаннаго, дѣлаетъ изъявленіе воли недействительнымъ точно также какъ и условіе, зависящее отъ одного желанія. Ср. Синтениса I § 20 прим. 45, Фиттинга Zeitschr. f. Handelsr. V стр. 120. 124, также Герберера Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde и т. д. § 28—30. Глюкъ XXXIII стр. 446 и сл. Арндтсъ Forts. von Glück. XLVI стр. 355 и сл.

⁶⁾ Регельсбергеръ zur Lehre vom Altersvortzuge der Pfandrechte § 17. Противъ него Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. V стр. 124—126, 139. Что сказать о томъ, когда условіемъ служить не дѣяніе, но чисто внутреннее настроеніе даннаго лица, наприм. что онъ чѣмъ-нибудь доволенъ? Если принять такое условіе въ его буквальный смыслъ, то окажется, что оно столь же мало внесетъ противорѣчій въ изъявленіе воли, какъ и условіе дѣянія, такъ какъ оно простирается на нѣчто иное чѣмъ желаніе юридическаго дѣйствія, вытекающаго изъ волеизъявленія. Иной вопросъ въ томъ, слѣдуетъ ли принимать его въ буквальный смыслъ, не слѣдуетъ ли понимать его такъ, что оно, согласно мнѣнію волеизъявителя, простирается на изъявленіе удовольствія, не подлежащее уже никакому дальнѣйшему контролю, какъ это доказываетъ Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. V стр. 86 и сл. относительно условія si placuerit (res emta), защищая господствующее мнѣніе противъ Унгера тамъ же III. 7. Если такъ, то условіе будетъ поставлено дѣйствительно на волю обязываемаго лица. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать и l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1. (Продажа раба, „Si rationes domini comprasset arbitrio“; если arbitrium понимать какъ чистый arbitrium, то господинъ во всякое время можетъ сказать, что расчетъ сдѣланъ не такъ, какъ онъ хотѣлъ, даже и въ томъ случаѣ, когда онъ явно одобрилъ расчетъ; кто знаетъ, можетъ быть онъ сдѣлалъ это изъ сожалѣнія, намѣренія подарить, и т. п.)

сколько разумное и справедливое усмотрѣніе; такъ какъ послѣднее опредѣляется объективно, то такое условіе, подобно всякому другому, будетъ связывать волю ¹⁾).

Противорѣчіе въ самомъ изъясненіи воли бываетъ также и при т. н. мнимыхъ условіяхъ (*perplexe Bedingungen*), то-есть, при условіяхъ, требующихъ такого факта, съ коимъ несомнѣнно желаемое юридическое дѣйствіе; а потому и они дѣлаютъ изъясненіе воли ничтожнымъ ²⁾).

§. 94*).

Невозможныя условія уже по самому своему понятію рѣшительно и тотчасъ дѣлаютъ волеизъявленіе безсильнымъ (§ 87); впрочемъ римское право приписывало имъ такое вліяніе лишь при волеизъявленіяхъ между живыми ¹⁾, что же касается до волеизъявленій на случай смерти, то въ немъ сложилось воззрѣніе, что тутъ невозможныя условія должны считаться вовсе не присовокупленными къ волеизъявленію ²⁾. Это общее положеніе подчиняется слѣдующимъ правиламъ. Оно примѣняется лишь къ тѣмъ условіямъ, осуществленіе коихъ невозможно съ самаго момента изъясненія воли, а не къ тѣмъ, кои становятся невозможными

¹⁾ L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 pr. D. de leg. I^o 30, l. 11 § 7 D. de leg. III. 32, l. 46 pr. § 3. D. de fideic. lib. 40. 5, l. 22 § 1. D. de R. I. 50. 17. Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. V стр. 91—95, 141. -

²⁾ L. 16 D. de cond. inst. 28. 7. „Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto“. Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit. L. 39 D. de manum. test. 40. 4. Cp. l. 88 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.

*) В. Зелль die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Versuche im Gebiete des Civilrechts, часть 2, 1834).

¹⁾ § 11 I. de inut. stip. 3. 19, l. 9 § 6. D. de R. C. 12. 1, l. 1 § 11. l. 31 D. de O. et A. 44. 7, l. 7. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 29 D. de fidei 46. 1.

²⁾ Gai. III. 98, § 10 I. de her. inst. 2. 14, l. 16 i. f. D. de iniusto 28. 2, l. § 94. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 3 l. 4 § 1 D. de cond. 35. 1. Gaius l. c.: „legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset; diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idoneae diversitatis ratio reddi potest“. L. 3 cit (Ulpianus). „Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas“. О смнслъ этого см. Зелль стр. 38 и сл., Мюленбруха zu Glück XLI стр. 79 и сл., Савиньи III § 124, Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 322. Cp. тоже прим. 16. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 31 прим. 10. 11.

лишь вполнѣдствіи ³⁾), и притомъ лишь къ тѣмъ, которыя невозможны постоянно, а не только въ моментъ изъявленія воли ⁴⁾). Съ другой стороны, оно примѣняется не только къ безусловно невозможнымъ условіямъ, то-есть, къ такимъ, осуществленіе коихъ невозможно во всякомъ случаѣ, но и къ относительно невозможнымъ, то-есть, къ такимъ, осуществленіе коихъ невозможно лишь по отсутствію въ данномъ случаѣ того, что необходимо для ихъ осуществленія ⁵⁾); къ невозможнымъ приравняются даже такія условія, осуществленіе коихъ хотя и возможно само по себѣ, но сопряжено съ чрезвычайными, непреодолимыми при обыкновенномъ порядкѣ вещей затрудненіями ⁶⁾). Далѣе, совершенно безразлично, было ли осуществленіе условія невозможно всегда, или стало невозможнымъ лишь предъ изъявленіемъ воли ⁷⁾), равно какъ и то, зналъ ли установитель условія объ этой невозможности или не зналъ ⁸⁾).

Наравнѣ съ невозможными условіями обсуживаются и условія недозволенныя, то-есть, такія, кои сообщаютъ изъявленію воли недозволенное или предосудительное содержаніе; они точно также дѣлаютъ изъявленія воли между живыми недѣйствительными тот-

³⁾ См. § 92.

⁴⁾ L. 58 D. de cond. 35. 1. „Si ancillae alienae cum ea nupsisset legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere“. Не должно быть только недозволено ожидать подобнаго рода измѣненія, ср. l. 35 § 1 l. 83 § 5 l. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 34 § 2 D. de contr. emt. 18. 1 О различныхъ воззрѣніяхъ см. Зелля стр. 58 и сл., Савиньи III стр. 167. Вехтера II § 96 прим. 8. 9, Вангерова II § 434 прим. 1 № I. 2. b, Унгера § 82 прим. 88—92. Ср. тоже Конфелдта Lehre vom Interesse стр. 123 и сл. Майеръ в. п. с. прим. 15.

⁵⁾ Напримѣръ: относительно опредѣленія вступить въ супружество съ извѣстнымъ лицомъ, когда это лицо уже умерло, l. 45 D. de her. inst. 28. 5, l. 104 § 1 D. de leg. I^o. 30, l. 6 § 1 l. 72 § 7 D. de cond. 35. 1, l. 26 § 1 D. de statulib. 40. 7.

⁶⁾ Савиньи (III стр. 165) удачно называетъ ихъ неудобовыполнимыми (uner-schwingliche) условіями. L. 6 D. de cond. inst. 28. 7, ср. l. 4 § 1 D. de statul. 40. 7.

⁷⁾ L. 6 § 1 D. de cond. 35. 1.

⁸⁾ Зелля стр. 77—88, Савиньи III стр. 191—192, Вангеровъ II § 434 прим. 1 № I 2а. Ср. однако l. 4 § 1 D. de statulib. 40. 7 и съ этимъ Вангеровъ II § 434 прим. 1 № 11. 3, а также Савиньи III стр. 195 прим. d. стр. 203 прим. i.

часть же, тогда какъ относительно изъявленій воли на случай смерти они считаются вовсе не высказанными⁹⁾). Въ указанномъ смыслѣ не дозволены тѣ условія, которыя съ совершеніемъ дѣйствія запрещеннаго связываютъ выгоду¹⁰⁾, а съ совершеніемъ дѣйствія предписаннаго невыгоду¹¹⁾; но сюда же относятся и тѣ условія, которыя связываютъ выгоду съ предписаннымъ дѣйствіемъ, но лишь въ томъ случаѣ, если кто-либо принимаетъ вознагражденіе за несовершеніе этого дѣйствія¹²⁾. Далѣе, сюда относятся тѣ условія, посредствомъ коихъ оказывается незаконное вліяніе на свободу рѣшимости въ тѣхъ дѣлахъ, въ коихъ чловѣкъ не долженъ дѣйствовать подъ вліяніемъ внѣшнихъ мотивовъ¹³⁾; затѣмъ условія, способствующія безбрачію¹⁴⁾; и наконецъ

⁹⁾ При этомъ безразлично, основана ли недовозоленность на предписаніи нравственности или на предписаніи права. L. 9. 14. 15 D. de cond. inst. 28. 7; l. 123, 137 § 6 (vv. vel id facere ei non liceat) de V. O. 45. 1.—Стало бытъ, недовозоленное условіе (turpis condicio) не состоитъ въ томъ, что оно направлено на что-либо недовозоленное. Здѣсь важно не содержаніе условія, а содержаніе условнаго волеизъявленія. Условіе, направленное на что-либо недовозоленное, можетъ быть вполне дозволено, если условное изъявленіе воли соединяетъ съ недовозоленнымъ какое-нибудь наказаніе, l. 121 D. de V. O. 45. 1, l. 1. 2 C. si manс. 4. 56. Тѣмъ менѣе можно согласиться съ общепринятымъ прежде мнѣніемъ, будто недовозоленное условіе есть собственно невозможное (нравственно невозможное). Поводомъ къ такому воззрѣнію послужило слѣдующее прекрасное изрѣченіе Папиніана, которое онъ запечатлѣлъ своею смертію: „quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est“, l. 15 D. de cond. inst. 28. 7. Ср. Арндтса Beiträge стр. 172 и сл., Савиньи III стр. 169—172, Вангерова I § 93 прим. 3 № III.

¹⁰⁾ L. 123 D. de V. O. 45. 1, Paul. R. S. III. 4B § 2, l. 9. 27 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 5 C. eod. 6. 25, l. un. C. de his quae poenae 6. 41.

¹¹⁾ L. 121 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 1 C. si manсipium 4. 56. Савиньи III § 122 g.

¹²⁾ L. 7 § 3 D. de pactis 2. 14. Арндтсъ в. п. с. стр. 178, Савиньи III стр. 176—179, Вехтеръ II § 96 въ к.

¹³⁾ Съ этой точки зрѣнія въ источникахъ объявляются недѣйствительнымъ обѣщаніе наказанія подъ условіемъ, чтобы лицо не вступило въ такой-то бракъ или чтобы оно воспользовалось своимъ правомъ развода, l. 71 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 134. pr. D. de V. O. 45. 1, l. 19 eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 39; далѣе обѣщаніе награды подъ условіемъ вступленія въ такой-то бракъ, l. 97 § 2 de V. O. 45. 1 (Савиньи III § 123. i). Но не считается недовозоленнымъ на значеніе въ завѣщаніи какой-либо выгоды на случай опредѣленныхъ дѣйствій

условіе, чтобы лицо, назначенное въ предсмертномъ распоряженіи, предварительно дало клятвенное обѣщаніе совершить что-либо въ будущемъ ¹⁵).

Но все предыдущее особенное объясненіе невозможныхъ и недозволенныхъ условій при волеизъявленіяхъ на случай смерти связано съ тѣмъ предположеніемъ, что предсмертное распоряженіе дѣйствительно содержитъ въ себѣ безмездное отчужденіе какъ вообще, такъ и въ данномъ случаѣ ¹⁶). Отсюда въ частности вы-

въ брачныхъ дѣлахъ, такъ что такое условіе не устраняется, l. 71 § 1 cit. „aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari“, l. 63. 64 eod.: впрочемъ, за исключеніемъ (ср. тоже слѣдующее примѣчаніе) того случая, когда выгода назначается подъ условіемъ расторженія брака, потому что тутъ примѣшивается точка зрѣнія безнравственности, l. 8 § 1 D. de usu 7. 8, l. 5 C. de cond. inst. 6. 25. Савиньи III стр. 180—184.—Въ силу той же точки зрѣнія вычеркивается прибавленное къ завѣщательному распоряженію условіе выбора опредѣленнаго мѣстопребыванія, arg. l. 71 § 2 D. de cond. 35. 1, равно какъ объявляется не дѣйствительнымъ и обѣщаніе неустойки на тотъ случай, когда о наслѣдствѣ не будетъ сдѣлано извѣстное распоряженіе, l. 61 D. de V. O. 45. 1 (при изъясненіяхъ воли на случай смерти относится сюда запрещеніе завлекательныхъ распоряженій, см. ниже въ наслѣдственномъ правѣ). Наконецъ, въ силу той же точки зрѣнія недозволеннымъ слѣдуетъ считать и такое изъясненіе воли, которое предназначено къ тому, чтобы наградой или наказаніемъ вліять на рѣшимость къ перемѣнѣ или не перемѣнѣ вѣроисповѣданія, такъ что какъ изъясненіе воли между живыми оно ничтожно, а какъ изъясненіе воли на случай смерти оно становится дозволеннымъ чрезъ устраненія условія. Впрочемъ воззрѣнія здѣсь весьма различны, ср. Вангерова I стр. 138 и приведенныхъ у него писателей, кромѣ того Вехтера § 96 прим. 18, Бекинга I § 112 прим. 17, Унгера II стр. 86. 87.

¹⁴) По прямому опредѣленію *lex Julia et Papia Poppaea*, l. 22. 63 § 1 l. 64. 72 § 4 l. 77 § 2 l. 79 § 4 D. de cond. 35. 1, l. 100 eod. Ср. Вехтера II § 96 прим. 17, Вангерова I стр. 139 II § 434 прим. 1 № I. 3. Иначе смотритъ позднѣйшее римское право на условіе невступленія во второй бракъ: оно относится къ нему одобрительно, l. 2. 3 C. de ind. vid. 6. 40, Nov. 22 c. 43. 44.

¹⁵) *Conditio iurisiurandi*. Условіе превращается здѣсь въ обязанность (*modus*). L. 8 D. de cond. inst. 28. 7, l. 20 l. 26 pr. D. de cond. 35, 1, l. 19 § 6 D. de don. 39. 5. L. 8 pr. cit. — „cum... faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequentur aut perderent, quod relictum est, praetor consultissime intervenit.“ Савиньи III стр. 185—190, Гумье *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XIV. 12 (1840). Вангеровъ II § 434 прим. 1 № I. 4.

¹⁶) Какъ бы впрочемъ ни понималось означенное объясненіе, во всякомъ случаѣ послѣднимъ его основаніемъ слѣдуетъ считать то, что распорядитель хотѣлъ

текаетъ, что если къ предсмертному распоряженію будетъ прибавлено невозможное условіе въ качествѣ резолютивнаго, то это распоряженіе должно сохранить силу подобно всякому другому ¹⁷⁾.

2. Допустимость условій.

§ 95.

Есть условія, кои не допускаются ни при какихъ юридическихъ сдѣлкахъ; таковы противорѣчивыя и недозволенные условія (§ 93. 94). Есть юридическія сдѣлки, при коихъ не допускается только извѣстныя условія; онѣ будутъ указаны въ своемъ мѣстѣ ¹⁸⁾. Но есть и такія юридическія сдѣлки, при коихъ не допускается никакихъ условій; таковы эманципация (освобожденіе изъ подъ отеческой власти) и вступленіе въ наслѣдство ¹⁹⁾. Прибавленіе къ нимъ

передать свое имущество, а вовсе не то, что онъ сдѣлалъ такое предоставленіе ради достиженія какой-нибудь цѣли. Равнымъ образомъ при предположеніи (*modus*) примѣняется тоже самое объясненіе въ томъ смыслѣ, что имѣлось лишь въ виду оказать безмездную услугу назначенному лицу, l. 37 D. de cond. 35. 1. Съ другой стороны, и тутъ можно (ср. § 92 прим. 9) сказанное о предсмертныхъ распоряженіяхъ распространить на дареніе, тѣмъ болѣе, что подаренное подъ невозможнымъ предположеніемъ, какъ извѣстно, не можетъ быть потребовано обратно, не смотря на неисполненіе предположенія (§ 100 прим. 4).

¹⁷⁾ Въ этомъ случаѣ условіе является условіемъ не на предоставленіе, а на лишеніе предоставленнаго. Слѣдовательно, главное распоряженіе остается въ силѣ, какъ если бы къ нему не было прибавлено никакого условія. Если резолютивное условіе безнравственно, то и тутъ все зависитъ отъ того, станетъ ли содержаніе распоряженія чрезъ это условіе недозволеннымъ или нѣтъ. Ср. также Савиньи III стр. 192—193, Унгера II § 82 прим. 94, Вехтера II стр. 724, Вангерова I стр. 135 вв. 137. 138. Майеръ в. п. с. § 34. 35; ср. III § 635 прим. 11.

¹⁸⁾ Такъ, напримѣръ, съ назначеніемъ наслѣдника не совмѣстимо резолютивное условіе, съ назначеніемъ же необходимаго наслѣдника совмѣстимо только такое (суспензивное) условіе, осуществленіе коего зависитъ единственно отъ его воли. Ср. Маасена civil. Erörterungen стр. 11—18. § 95.

¹⁹⁾ L. 77 D. de R. I. 50. 17 (Papinianus). „Actus legitimi, qui [non] recipiunt diem vel condicionem, veluti [e]mancipatio, acceperatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum viciantur per temporis vel condicionis adiunctionem“. Ср. с. 50 de R. I. in VI^o 5. 13. Помѣщеннаго въ скобкахъ нѣтъ въ флорентинской рукописи (Florentina). Понятіе *actus legitimi* остается неяснымъ (ср. Игеринга Geist. des röm. R. II стр. 631 прим. 920), такъ что всякое распространеніе предписанія l. 77 на основаніи этого понятія представляется неумѣстнымъ. Въмѣсто *emancipatio* Папиніана, безъ сомнѣнія, написалъ *man-*

какого-нибудь условія, не только истиннаго, но и неистиннаго, влечетъ за собою ничтожность этихъ юридическихъ сдѣлокъ ³⁾.

b) НАЗНАЧЕНИЕ СРОКА *).

§ 96.

Подъ назначеніемъ срока (Befristung, Betagung) разумѣется извѣстное добавленіе къ изъявленію воли о томъ, чтобы желаемое

ratio; о ней и въ другихъ мѣстахъ говорится, что она не допускаетъ никакого условія, Vat. Fr. § 329. (О томъ, какъ разсматривалось въ этомъ отношеніи in iure cessio, см. тамъ же § 48—50). Недопустимость условія при acceptilatio объясняется изъ ея словеснаго смысла; нѣтъ смысла, если сказать: я принимаю, но лишь на тотъ или другой случай. Но того же нельзя сказать о томъ, что нынѣ соответствуетъ acceptilatio, именно о квитанціи (Quittung). Что касается servi optio, то есть, выбора того, кому отказана вещь, которую онъ долженъ выбрать изъ вещей наследодателя, то недопустимость условія при немъ имѣетъ вѣроятно тотъ смыслъ, что условный выборъ не исключалъ прекращенія отказа вслѣдствіе смерти отказопринимателя (§ 23 I de leg. 2. 20). Но по юстиниановому праву отказъ съ правомъ выбора переходить къ наследникамъ и безъ выбора; если бы это положеніе имѣло какой-нибудь смыслъ и теперь, то его слѣдовало бы понимать такъ, что отказоприниматель не связанъ условнымъ выборомъ. Но это-то и представляется крайне сомнительнымъ; почему же онъ не долженъ быть связанъ? Наконецъ, подъ tutoris datio слѣдуетъ понимать назначеніе tutor (опекуна) не по завѣщанію, а по распоряженію начальства (l. 6 § 1 D. de tut. 26. 1, l. 8 § 1. 2 D. de test. tut. 26. 2), такъ что сюда оно не относится. Ср. о l. 77 cit. вообще еще Эльверса die röm. Servitutenlehre стр. 179. 180, Фиттинга Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 430—347.—Не относится ли сюда и tutoris auctoritas? L. 8 D. de auct. tut. 26. 8; Игерингъ Geist des röm. R. II стр. 682 прим. 921. Установленіе сервитута? L. 4 D. de serv. 8. 1; Шпродеръ civil. Abhandlungen стр. 324—332, Эльверсъ die röm. Servitutenlehre § 19, и ниже § 212 прим. 9. Относительно брака см. с. 5. 7 X de cond. appos. 4. 5.

³⁾ l. 77 cit. продолжаетъ: „Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis condicio exstiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.“ L. 51 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Sed si quis ita dixerit: si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est.“ Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 311. 339 и сл.

*) Савиньи III § 125—127, Вехтеръ II § 97, Синтенисъ I стр. 177—181, Унгеръ II § 83.

юридическое дѣйствіе наступило лишь съ извѣстнымъ моментомъ времени. Если это желаемое юридическое дѣйствіе состоитъ въ прекращеніи юридическаго дѣйствія другаго современнаго ему изъясненія воли, то говорятъ о резолютивномъ, разрушающемъ срокѣ, подобно тому какъ въ соотвѣтствующемъ случаѣ говорилось о резолютивномъ условіи, во вслѣомъ же другомъ случаѣ говорятъ о суспензивномъ, отлагательномъ срокѣ ¹ 2).

Дѣйствіе срока опредѣляется его содержаніемъ; срокъ отодвигаетъ наступленіе юридическаго дѣйствія, имѣющаго возникнуть изъ изъясненія воли, до назначеннаго момента времени. Стало быть, при резолютивномъ срокѣ юридическое дѣйствіе главной сдѣлки до этого момента существуетъ вполне, при суспензивномъ же юридическое дѣйствіе до этого момента пока еще не существуетъ ³). Но съ другой стороны и при суспензивномъ срокѣ

¹) Обыкновенно говорятъ: *dies a quo—dies ad quem*. Источники говорятъ: § 96. правоотношеніе установлено *a die* или *in diem—ad diem*. Объ *in diem* ср., напримѣръ, § 2 I. de V. O. 3. 15, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 22 D. de cond. inst. 28. 7;—отдѣльно l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7.

²) Къ опредѣленію сущности резолютивнаго срока вполне приложимо все то, что имѣетъ силу для резолютивнаго условія. Слѣдовательно, если резолютивное условіе есть только волеизъявленіе съ суспензивнымъ условіемъ, присоединенное къ другому современному ему изъясненію воли (§ 86 прим. 6), то и резолютивный срокъ есть волеизъявленіе подъ суспензивнымъ срокомъ, присоединенное къ другому современному съ нимъ волеизъявленію. Наоборотъ, суспензивный срокъ настолько же не есть особое волеизъявленіе, какъ и суспензивное условіе; подобно послѣднему онъ есть видоизмѣненіе волеизъявленія, къ коему онъ присоединенъ; равнымъ образомъ и срочное волеизъявленіе не есть изъясненіе сначала одной, а потомъ другой воли, но изъясненіе единой, такимъ образомъ опредѣленной воли. Сообразно съ этимъ и къ обязанности доказывать прилагается тоже, что и къ условію, то-есть ссылающійся на резолютивное условіе долженъ доказать его, тогда какъ суспензивнаго нѣтъ надобности доказывать. Другаго мнѣнія относительно суспензивнаго срока Унгеръ II § 83 прим. 3 и österr. Erbrecht § 17 прим. 1, Байеръ Vortäge стр. 739, Вецель Civilproc. § 19 въ к.; того же мнѣнія Арндтъ к крит. VJSchr. V стр. 14 и сл. Точно также въ приведенныхъ у Зейф. Arch. III 222, V 239 судебныхъ рѣшеніяхъ ссылающійся на резолютивный срокъ освобождается отъ обязанности доказывать его.

³) L. 41 § 1 D. de V. O. 45. 1: — „*dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur*“. Gai III 124. IV. 181, l. 76 § 1 l. 89 D. de V. O. 45. 1, l. 46 D. de leg. II' 32, l. 9 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 14 D. de R. I' 50. 17; l. 1 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 45 § 1 D. de leg. II' 31; l. 23 § 1 D. de manum. test. 40. 4 Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck III стр. 54 и сл.

нѣтъ никакого сомнѣнія, что желаемое юридическое дѣйствіе осуществится въ будущемъ, существованіе его уже не можетъ быть вопросомъ ⁴⁾, слѣдовательно, можно также сказать, что оно существуетъ тотчасъ же, но пока еще не можетъ быть осуществлено ⁵⁾. Съ наступленіемъ назначеннаго момента времени наступаетъ

⁴⁾ Gai. III 124:—*„pecunia, quam in diem certum dari stipulamur.... certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur“*. L. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9:—*„si ex die proprietas alicui legata sit,.... quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventurum“*. L. 1 § 1 D. de cond. 35. 1. *„Cum dies certus adscriptus est (sc. legatis), quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri“*. L. 73 § 4. D. ad leg. Falc. 35. 2, ср. l. 8 § 1 D. de nov. 46. 2. Только эту несомнѣнность будущаго приобрѣтенія срочнаго отказа и означаютъ слова: *dies eius cedit statim post mortem testatoris*; доказательствомъ тому служить то, что лишь только это будущее приобрѣтеніе въ силу другихъ основаній становится невѣрнымъ, то и *dies cedens* отодвигается до дѣйствительнаго приобрѣтенія. L. 2. 3. 5. § 1 D. quando dies 36. 2, l. un. § 3 D. quando dies usufr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Во всякомъ случаѣ съ *dies legati cedens* не получитъ дѣйствительнаго бытія и право, доставляемое отказомъ, l. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 72 § 5 D. de cond. 35. 1, l. 69 pr. D. de leg. I^o 30, l. 80 D. de leg. II^o 31, l. 7 § 6 l. 8 l. 17 D. quando dies 36. 2.

⁵⁾ § 2 I. de V. O. 3. 15:—*„quod in diem stipulamur statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest.“* L. 46 pr. D. de V. O. 45. 1. *„Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio“*. L. 7 pr. D. de compens. 16. 2, l. 9 D. ut leg. 36. 3, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16.—Господствующее воззрѣніе (см. впрочемъ также Тибо Pand. § 95, Мюленбруха doctrina pandect. I § 110 [но также Fortsetzung von Glück XLI стр. 56], Синтениса I § 21 прим. 14, именно Унгера II стр. 89—91, а за нимъ Арндтса § 73 прим. 6,—тоже мнѣніе, подъ условіемъ различія вещныхъ и обязательственныхъ правъ, у Фрица Erläuterungen I стр. 197, и Вангерова 7 изд. I стр. 146. 148) прямо опредѣляетъ дѣйствіе суспензивнаго срока такъ, что онъ отодвигаетъ на будущее время только осуществленіе, а не самое существованіе предоставленнаго права. Это противорѣчитъ содержанію срочнаго волеизъявленія и потому по необходимости должно привести къ путаницѣ. Кто говорить: ты долженъ стать собственникомъ съ 1-го числа будущаго мѣсяца, тотъ, конечно, не говорить: ты долженъ тотчасъ же стать собственникомъ. А потому слѣдуетъ отправляться отъ того воззрѣнія, что суспензивный срокъ отодвигаетъ на будущее время и самое существованіе предоставляемаго права. При этомъ съ истиннымъ срокомъ не долженъ быть смѣшиваемъ присоединительный побочный договоръ, коимъ отказываются на известное время отъ осуществленія приобрѣтеннаго уже права (*pactum de non petendo in tempus*). Большая разница между тѣмъ, когда кто либо акцептуетъ вексель, коему платежный срокъ долженъ наступить чрезъ 3 мѣсяца, и тѣмъ, когда усло-

и желаемое юридическое дѣйствіе, слѣдовательно при резолютивномъ срокѣ прекращеніе юридическаго дѣйствія, произведеннаго главною сдѣлкой. И притомъ это дѣйствіе прекращается прямо, непосредственно; въ этомъ отношеніи имѣетъ силу все то, что было сказано о резолютивномъ условіи (§ 90) ⁶⁾.

влено уплатить по заключенному займу лишь чрезъ три мѣсяца; первый станетъ должникомъ лишь по истеченіи трехъ мѣсяцевъ, во второмъ же случаѣ вѣритель только соглашается получить свой долгъ чрезъ три мѣсяца. Ср. l. 20 D. de I. D. 23. 3: — „aliud est enim differe exactionem, aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit“. Въ отдѣльномъ случаѣ можетъ, конечно, подлежать сомнѣнію, имѣется ли въ виду первое или второе; тѣмъ не менѣе различіе существуетъ. Оно не лишено также практическаго значенія, на примѣръ, по отношенію къ обязанности доказывать (прим. 2 въ к.). — Изъ того, что въ нашихъ источникахъ истинно срочное право разсматривается само по себѣ какъ уже существующее право, объясняется переходъ срочнаго отказа на наследника и хозяина (l. 5 pr. § 1. 7 l. 14 § 3 D. quando dies 36. 2, l. 18 D. de R. I. 50. 17, ср. § 89 прим. 8), далѣе и то, что при осуществленіи срочнаго притязанія исключается *indebiti conditio* (l. 10 ср. l. 16 pr. D. de cond. ind. 12. 6), и что залогъ въ обезпеченіе срочнаго долга порождаетъ *actio hypothecaria* (l. 14 ср. l. 13 § 5 D. de pign. 20. 1). Конечно, встрѣчаются выводы и изъ того возрѣнія, что срочное право пока еще вовсе не существуетъ, l. 45 § 1 D. de leg. II^o 32, l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1; однако слѣдуетъ принять, что здѣсь (указанныя мѣста взяты изъ Помпонія и Гая) представляется лишь болѣе ранняя фаза развитія. Само собою разумѣется, что въ доказательство немедленнаго существованія срочнаго права нельзя приводить положенія, имѣющія силу и для условнаго права (§ 89), такъ именно то положеніе, что срочное право не можетъ быть ослаблено позднѣйшимъ распоряженіемъ, l. 12 § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 3 § 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43, ср. тоже l. 27. 28 D. pro socio 17. 2, l. 17 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 12 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9. Впрочемъ, въ одномъ мѣстѣ (l. 26 D. de stip. serv. 45. 3) сущность и условнаго обязательства полагается въ томъ, что оно „*ex praesenti vires accipit, quamvis petitio ex ea suspensa sit*“.

⁶⁾ Понятно, что тутъ нѣтъ мѣста обратному дѣйствію. Въ остальномъ же резолютивный срокъ и резолютивное условіе разсматриваются въ римскомъ правѣ одинаково: по отношенію къ нынѣшнему праву мы можемъ принять за правило, что и то и другое имѣютъ прямое дѣйствіе. См. l. 15 § 4 D. de test. mil 29. 1, Vat. Fr. § 283, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, l. 55 D. de leg. I^o 31, l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1, § 3 I de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1; Vat. Fr. § 48. 50. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 pr. C. de usufr. 3. 33, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult C. de leg. 6. 37, ср. тоже въ § 90 прим. 1 приведенныя мѣста. См. тоже § 172 прим. 17.

§ 96а.

Моментъ времени, съ коимъ назначеніе срока связываетъ желаемое юридическое дѣйствіе, можетъ быть опредѣленъ либо прямо, посредствомъ указанія какого-нибудь календарнаго момента ¹⁾, либо косвенно, посредствомъ приуроченія его къ какому-нибудь будущему событію ²⁾ или къ истеченію извѣстнаго періода времени какого-нибудь состоянія ³⁾. Но при косвенномъ опредѣленіи слѣдуетъ обращать вниманіе на то, несомнѣнно ли, что наступитъ данное событіе или что данное состояніе будетъ продолжаться до назначеннаго времени ⁴⁾; ибо въ противномъ случаѣ будетъ имѣть мѣсто не срокъ, а условіе ⁵⁾. Впрочемъ, и это правило не безусловно; все зависитъ здѣсь отъ толкованія воли ⁶⁾. Съ другой

§ 96а. ¹⁾ Савиньи III § 125 с.

²⁾ Таковы напримѣръ: смерть, бракосочетаніе, назначеніе извѣстнаго лица. L. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 107 § 1 D. de leg. I^o 30, l. 21 pr. D. quando dies 36. 2, l. 8 C. de test. manum. 7. 2.

³⁾ Напримѣръ: кому нибудь что-либо дается ко „дню его совершеннолѣтія“, то есть, когда ему исполнится 25 лѣтъ. L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 § 2. 3 D. de leg. I^o 30.

⁴⁾ Напримѣръ, для всякаго несомнѣнно, что онъ умретъ, но не для всякаго несомнѣнно, что онъ вступитъ въ бракъ, получить должность, дожить до извѣстнаго возраста. Источники говорятъ въ этомъ случаѣ о *dies incertus* (ср. однако и прим. 7). Означенные во 2 и 3 примѣчаніяхъ различные случаи *dies incertus* принято въ новое время выражать словами: *dies incertus an*, *incertus quando* и: *dies incertus an*, *certus quando*. Точно также моментъ времени *dies incertus*, опредѣленный имѣющимъ несомнѣнно наступитъ событіемъ, принято выражать *dies incertus quando*, *certus an*. Эти названія не облегчаютъ однако пониманія самаго существа дѣла. Ср. Савиньи III стр. 207. 208.

⁵⁾ L. 21. pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 § 2 D. de leg. I^o 30, l. 16 § 1 l. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 § 16 D. de V. O. 45. 1. Наоборотъ и условіе обозначается какъ *dies incertus*, l. 30 § 4 D. de leg. I^o 30. — Горячо возражали противъ того, что *dies incertus* есть условіе, утверждая, что *dies incertus* содержитъ въ себѣ условіе и что первымъ выраженіемъ отрицается даже наличный срокъ. Но что срокъ содержитъ въ себѣ условіе, это въ случаѣ сомнѣнія разумѣется само собою по отношенію къ суспензивному сроку и въ этомъ случаѣ не подлежитъ сомнѣнію даже по отношенію къ резолютивному условію (§ 91). Ср. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 21 pr. eod. (Арядтъ § 73 прим. 4), l. 49 § 2 D. de leg. I^o 30.

⁶⁾ Въ этомъ отношеніи оказывается полезнымъ именно понятіе *dies incertus an*, *certus quando*. Когда желаемое юридическое послѣдствіе связано съ прекращеніемъ какого нибудь состоянія, то это можетъ быть истолковано въ томъ смыслѣ, что юридическое послѣдствіе должно наступить тогда, когда истечетъ

стороны при предсмертныхъ распоряженіяхъ и срокъ, поставленный въ зависимость отъ несомнѣнно имѣющаго наступить событія, обсуживается по подразумѣваемой волѣ наслѣдодателя какъ условіе, если неизвѣстно, доживетъ ли до этого событія назначенное въ такомъ распоряженіи лицо ⁷⁾.

Юридическія сдѣлки, при коихъ не допускается никакого условія (§ 95), не терпятъ также никакого срока ⁸⁾.

с. ПРЕДПОЛОЖЕНІЕ (Voraussetzung) *) ¹⁾.

§ 97.

Предположеніе ²⁾ есть неразвитое условіе. Кто изъявляетъ волю подъ извѣстнымъ предположеніемъ, тотъ подобно изъясляю-

назначенный періодъ времени, или когда онъ истекъ бы, еслибы данное состояніе продолжалось до окончанія этого періода; въ этомъ случаѣ имѣется срокъ, а не условіе. L. 46 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53, l. 26 § 1 D. eod. 36. 2, l. 18 § 2 D. de alim 34. 1. Впрочемъ сюда относится не одинъ только этотъ случай. Ср. Вехтера стр. 731, Мюленбруха въ Forts. von Glück XLI стр. 60 и сл., Маасена civil. Erörterungen стр. 28 и сл., Унгера § 88 прим. 13. 15.

⁷⁾ L. 75 D. de cond. 35. 1. „Dies incertus condicionem in testamento facit“ (ср. Савиньи III § 126. с.) L. 79 § 1 D. eod. Heres meus cum ipse morietur centum Titio dato. Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum“. L. 4 D. quando dies 36. 2. „Si cum heres morietur legetur, condicionalе legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero cum ipse legatarius morietur legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti“. L. 13 i. f. eod., l. 1 § 2 D. de cond. 35. 1, l. 12 § 1 D. de leg. II^o 31, l. 104 § 6 D. de leg. I^o 30. Источники и въ этомъ случаѣ говорятъ о dies incertus. Ср. Унгера § 88 прим. 14. österr. Erbrecht § 17 прим. 2. Сказанное Бринцъ стр. 950. 951 хочетъ ограничить срокомъ cum morietur heres. Случай, въ которомъ по обстоятельствамъ дѣла рѣшено было въ пользу того, что наслѣдодатель не желалъ никакого условія, см. у Зейф. Arch. I. 268.

⁸⁾ L. 77 D. de R. I. 50. 17.

*) Виндшейдъ die Lehre von der Voraussetzung (1850).

¹⁾ Господствующее мнѣніе рядомъ съ условіемъ и срокомъ ставить третьимъ § 97 не предположеніе, но подъ именемъ modus'a (ср. слѣдующее примѣчаніе) всякую обязанность, связанную съ дареніемъ или предсмертнымъ предоставленіемъ;

щему условную волю, хочетъ, чтобы желаемое юридическое дѣйствіе наступило лишь при наличности извѣстныхъ отношеній, но

самоограниченія воли говорятъ, содержится въ немъ на столько, насколько отъ него уменьшается стоимость первоначальнаго дара (ср. наприм. Савиньи III стр. 230, Арндтса § 74, Унгера § 84 прим. 4). Но при этомъ не замѣчаютъ, что точка зрѣнія, которой придаютъ значеніе юридической, есть вовсе не юридическая, а экономическая. Правда, она можетъ получить и юридическое значеніе, напримѣръ, тамъ, гдѣ дѣйствительность какого нибудь предоставленія зависитъ отъ имущественной стоимости его, и въ этомъ Бекингъ Ralp. § 115 находитъ все существо дѣла. Но не понятно, почему въ силу этого основанія о возможномъ уменьшеніи стоимости дара должна быть рѣчь въ общемъ ученіи объ изъясненіяхъ воли, и вообще не въ томъ мѣстѣ, гдѣ должны быть излагаемы относящіяся сюда правоположенія. Если въ общемъ ученіи объ изъясненіяхъ воли заходить рѣчь о возможныхъ самоограниченіяхъ воли, то слѣдуетъ говорить только о тѣхъ изъ нихъ, которыя имѣютъ вліяніе на производимое волеизъявленіемъ юридическое послѣдствіе. Самоограниченіе этого рода содержится, конечно, и въ модусѣ, когда въ силу послѣдняго предположенное юридическое послѣдствіе въ случаѣ неисполненія ставится въ такое положеніе, что можетъ быть отмѣнено; но основаніе, въ силу коего модусъ оказываетъ такое дѣйствіе, имѣетъ подобное же вліяніе и во многихъ другихъ случаяхъ, именно то основаніе, что при неисполненіи модуса положенное юридическое дѣйствіе не соответствуетъ истинной воли изъясителя ея. Если отрицать этого нельзя и отчасти съ этимъ прямо согласны и другіе (ср. наприм. Эркслебена die cond. sine causa 2 Abth. Vorrede стр. VI, Арндтса § 74, Г. Витте die Bereicherungsklagen стр. 65. 66), то непонятно, почему возражаютъ противъ того, что можно говорить и вообще о тѣхъ прибавленіяхъ къ изъясненію воли, вслѣдствіе коихъ желаемое юридическое послѣдствіе можетъ стать въ положеніе, не соответствующее истинной волѣ изъясителя. Можно не одобрять, что прибавленія этого рода называются предположеніями; позволительно предложить и лучшее названіе. Можно быть различнаго мнѣнія объ объемѣ примѣненія этой точки зрѣнія, но вполне отвергать ее, не отвергая вмѣстѣ съ тѣмъ и самыхъ выводовъ, было бы, по моему мнѣнію, лишено смысла. Въ пользу защищаемаго здѣсь воззрѣнія высказались: Рудорфъ zu Puchta § 63 6 изд. и сл. Беръ die Anerkennung стр. 15. 62, и Унгеръ österr. Erbrecht. § 18 прим. 1; ср. тоже Бехмана röm. Dotalrecht стр. 31, Зейфъ Arch. VI. 22, XVI. 6. 103, XVII. 59 (XVIII. 224: здѣсь рѣшеніе ошибочно основано на существенномъ заблужденіи, вмѣсто неосуществленнаго предположенія). Наоборотъ противъ категоріи предположенія въ послѣднее время высказался Фойгтъ die conditiones ob causam стр. 515—523; см. объ этомъ II § 423 прим. 8.

²⁾ Для того, что тутъ названо предположеніемъ, въ источникахъ нѣтъ опредѣленнаго техническаго названія. Употребляются выраженія *condicio* (ср. напр. 1. 2 § 7 1. 3 D. de don. 39. 5. 1. 8 § 7 D. de cond. inst. 28. 7, 1. 1 C. de his quae sub modo 6. 45), *causa* (напр. 1. 75 § 2 D. de leg. I^o 30, 1. 23 pr. § 3.

существованіе этого дѣйствія онъ не ставитъ въ зависимость отъ этихъ отношеній, такъ что желаемое юридическое дѣйствіе существуетъ и продолжаетъ существовать даже тогда, когда предположеніе не осуществилось. Но это не соответствуетъ истинной волѣ изъявителя воли, а потому существованіе этого юридического дѣйствія хотя формально и оправдано, но съ матеріальной стороны лишено оправдывающаго основанія. Вслѣдствіе того терпящій чрезъ такое изъясненіе воли ущербъ ³⁾ можетъ не только защищаться посредствомъ возраженія противъ выводимыхъ изъ этого изъясненія притязаній, но и съ своей стороны предъявлять требованіе къ уничтоженію такого юридического дѣйствія, направленное противъ того лица, въ пользу коего оно наступило ⁴⁾.

Обстоятельство, на которое направлено предположеніе, можетъ быть, какъ и при условіи, фактическимъ или юридическимъ, положительнымъ или отрицательнымъ, прошедшимъ, настоящимъ или будущимъ; но этими различіями не обусловливается различіе въ юридическомъ обсужденіи обстоятельствъ. Далѣе, предположеніе можетъ быть направлено либо на моментальное событіе, либо на постоянное отношеніе; это различіе важно въ томъ смыслѣ, что предположеніе послѣдняго рода можетъ не осуществиться не только

4. D. de cond. ind. 12. 6), modus. Последнее выраженіе спеціально употребляется для обозначенія соединенной съ безмезднымъ предоставленіемъ обязанности, хотя послѣдней не усваивается прямо характера предположенія, l. 17 § 4 D. de cond. 35. 1, l. 3 § 6 D. de leg. praest. 37. 5, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45, rubb. titt. Dig. 35. 1, Cod. 6. 45. 8. 55. Виндшейдъ в. п. с. § 4. Сн. тоже II. § 423 прим. 8.

³⁾ Лицомъ потерпѣвшимъ будетъ при изъясненіяхъ воли между живыми изъяснитель воли, при изъясненіяхъ воли на случай смерти тотъ, у кого чрезъ волеизъявленіе отнимется что-либо такое, что онъ въ противномъ случаѣ получилъ бы. Виндшейдъ стр. 68. 69.

⁴⁾ Римская форма такого возраженія есть *exceptio doli* или *in factum conserpta*, форма притязанія — *condictio (sine causa)* или *actio bonae fidei*, когда предположеніе получаетъ силу при *contractus bonae fidei*. L. 2 § 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 17 § 5 D. comm. 13. 6, l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1. Виндшейдъ § 5. 6, и ниже II § 423—429.

⁵⁾ Признается ли юридическая слѣвка при неосуществившемся предположеніи недействительною или безсильною въ обширномъ смыслѣ? Съ одной стороны безсиліе наступаетъ здѣсь въ силу истинной воли изъяснителя, а съ другой въ противорѣчіе съ тою волею, которая дѣйствительно была во время ея изъясненія. Такимъ образомъ понятіе безсилія въ обширномъ смыслѣ переходитъ здѣсь въ понятіе недействительности (§ 82 прим. 1 въ к).

вслѣдствіе несуществованія, но и вслѣдствіе прекращенія означеннаго отношенія ⁹⁾).

§ 98.

Предположеніе можетъ быть изъяснено посредствомъ явнаго добавленія, сдѣланнаго при изъясненіи воли; но и при отсутствіи явнаго изъясненія оно можетъ обнаружиться само собою изъ осталнаго содержанія изъясненія воли. Сюда относится слѣдующее:

1) Каждое изъясненіе воли имѣетъ какую-либо главную цѣль (Absicht); за этою цѣлью могутъ стоять другія цѣли, кои имѣютъ быть достигнуты по достиженіи ближайшей цѣли, но такихъ цѣлей можетъ и не быть, главную же цѣль имѣетъ всякое изъясненіе воли. Черезъ обозначеніе этой главной цѣли необходимо обозначается и какое-нибудь предположеніе изъясненія воли; что въ случаѣ неисполненія этого предположенія желаемое юридическое дѣйствіе не соотвѣтствуетъ истинной волѣ изъяснителя воли, это столь же несомнѣнно, какъ и то, что никто не изъясняетъ воли безъ всякой цѣли ¹⁾).

⁹⁾ Ср. I. 1 § 2. 3 I. 2 D. de cond. s. c. 12. 7. Опытъ полного обзора случаевъ, въ коихъ по нашимъ источникамъ признается предположеніе, см. у Виндшейда § 2. 3.

§ 98. ¹⁾ Нельзя смѣшивать главную цѣль изъясненія воли съ его главнымъ содержаніемъ (какъ это дѣлаетъ Витте Bereicherungsklagen стр. 66). Каждое изъясненіе воли, прежде чѣмъ можетъ быть рѣчь о его цѣли, должно имѣть какое-нибудь содержаніе. Въ ряду возможныхъ главныхъ цѣлей, на которыхъ можетъ быть основано какое-либо юридическое послѣдствіе, есть одна, которая не можетъ быть достигнута, лишь только наступило желаемое юридическое послѣдствіе; эта цѣль—дареніе. При ней, слѣдовательно, не можетъ быть рѣчи о возраженіи и обратномъ требованіи вслѣдствіе неосуществленія предположенія; предположеніе не можетъ не осуществиться. Иначе при другихъ возможныхъ главныхъ цѣляхъ. Полное ихъ перечисленіе въ теоріи не необходимо; обзоръ встрѣчающихся въ нашихъ источникахъ главныхъ цѣлей см. у Виндшейда стр. 85—102 (ср. съ этимъ Бера Anerkennung [§ 10, Витте Bereicherungsklagen стр. 58—62).—Въ частности можно указать на слѣдующія цѣли: исполненіе обязательства (I. 1 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, I. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, I. 26 § 13 D. de cond. ind. 12. 6, I. 58 pr. D. de sol. 46. 3 и мн. др., Виндшейд № 10—12); возникновеніе обязательства (пропущено у Виндшейда, см. напр. I. 32 D. de R. C. 12. 1); помужденіе принимаемаго къ взаимной услугѣ (I. 1 pr. I. 3 pr. § 2 D. de cond. s. d. c. n. s. 12 и мн. др., Виндшейд № 19 и № 102); осуществленіе какого-либо условія, опредѣленнаго въ предсмертномъ распоряженіи (I. 1 § 1 D. de cond. s. d. c. n. s. 12. 4 и мн. др. Винд-

2) Если при предоставленіи какой-либо выгоды другому лицу возлагается на него какая-либо обязанность (*Aufgabe*)²⁾, то исполненіе этой обязанности составляет предположеніе того предоставленія. Такъ какъ эта обязанность самимъ изъявителемъ воли неразрывно связана съ приобрѣтеніемъ выгоды, то было бы противно истинной его волѣ, еслибы это приобрѣтеніе состоялось безъ исполненія обязанности³⁾.

Но предположеніе, явно невыраженное, можетъ оказаться желаемымъ не только изъ остальнаго содержанія изъясненія воли, но и изъ сопровождающихъ послѣднее обстоятельствъ. Впрочемъ, въ этомъ отношеніи не слѣдуетъ ставить на одну линію изъясненія

шейдъ № 22); точно также намѣреніе, чтобы принятое даннымъ лицомъ получило опредѣленное назначеніе, напр. чтобы оно было задаткомъ или приданымъ, или же употреблено инымъ образомъ (l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 § 3 l. 8 D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 40 § 5. l. 71 § 3 D. de cond. 35. 1 и мн. др., Виндшейдъ № 14. 20. 66. 79); сюда же можно отнести намѣреніе обезпечить или облегчить принимающему осуществленіе какого-нибудь права (l. 2 § 3 D. de dol. m. exc. 44. 4 и мн. др., Виндшейдъ № 13). По господствовавшему въ прежнее время и теперь еще весьма распространенному воззрѣнію всѣ главныя цѣли волеизъявленій могутъ быть сведены къ тремъ понятіямъ: *animus donandi, solvendi, credendi* или *obligandi*. Противъ этого Виндшейдъ в. п. с. стр. 89, Эркслебъ *condictiones sine causa* I стр. 33, Витте *Bereicherungsklagen* стр. 57; ср. съ другой стороны Шлезингера *Formalcontracte* стр. 5—7.—Примѣры цѣлей, которыхъ нельзя назвать главными, въ l. 3 § 7 i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 25. 34 C. de transact. 2. 4. Виндшейдъ № 62, а также № 69. — Вмѣсто указанной здѣсь категоріи главной цѣли Витте *Bereicherungsklagen* стр. 55 и сл. думаетъ поставить другую. Именно, по его мнѣнію, можно доставленное потребовать обратно, когда у получателя оно принимается не предназначенный „характер“. Здѣсь является смѣшеніе опредѣленнаго понятія съ неопредѣленнымъ представленіемъ.

2) Здѣсь предполагается, что исполненіе обязанности (*modus*) не составляетъ главной цѣли изъясненія воли. Виндшейдъ № 66. 68. 79.

3) L. 8 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 1. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45 и мн. др. Виндшейдъ № 68. 79. — Должно быть несомнѣнно, что имѣлась въ виду именно обязанность, а не простой советъ (l. 2 § 7 D. de don. 39. 5, l. 13 § 2 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 71 pr. D. de cond. 35. 1, l. 114 § 14 D. de leg. I^o 30, l. 38 § 4 l. 98 pr. D. de leg. III^o 32) и далѣе, что обязанность дѣйствительно связана съ предоставленіемъ права (l. 28 § 1 l. 32—36 pr. D. de excus. 27. 1). Виндшейдъ № 69. 79. Съ другой стороны нѣтъ нужды, чтобы обязанность была прямо опредѣлена, l. 28 D. de don. 39. 5 (гдѣ вѣрнѣе заключать отъ *actio praescriptis verbis* къ *condictio*).

воли между живыми и изъявленія воли на случай смерти ⁴⁾). При изъявленіяхъ воли между живыми недостаточно, чтобы предположеніе вообще могло быть усмотрѣно изъ сопровождающихъ обстоятельствъ, но необходимо еще, чтобы его могъ распознать тотъ, въ пользу коего изъявлена воля ⁵⁾). Наоборотъ, при изъявленіяхъ воли на случай смерти достаточно, чтобы въ данную минуту, когда изъявленіе воли подвергается юридическому обсужденію, можно бы вынести изъ сопровождающихъ его обстоятельствъ убѣжденіе, что наслѣдодатель желалъ опредѣленнаго состоянія вещей только подъ этимъ предположеніемъ. Другими словами: по отношенію къ изъявленіямъ воли на случай смерти слѣдуетъ выставить то правило, что сила ихъ можетъ быть оспариваема, коль скоро можетъ быть доказано, что наслѣдодатель не сдѣлалъ бы подобнаго распоряженія, если бы ему извѣстно было дѣйствительное положеніе вещей въ моментъ распоряженія, или то ихъ положеніе, которое наступило послѣ распоряженія ⁶⁾).

§ 99.

Если предположеніе направлено на извѣстное дѣяніе лица, въ

⁴⁾ Объ основаніяхъ, въ силу коихъ это не допускается, см. Виндшейда № 57.

⁵⁾ Специально противъ т. н. *clausula rebus sic stantibus*: Зейф. Arch. VI. 137, VIII. 253. — Но при исполненіи указаннаго въ текстѣ требованія и при изъявленіяхъ воли между живыми вовсе не требуется прямое указаніе предложенія въ самомъ изъявленіи воли, это видно между прочимъ изъ l. 32 § 27 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 43 § 1 D. de adm. et per. 26. 7. Виндшейдъ № 71—77. Зейф. Arch. III. 323. Сюда относится также изъявленіе воли на основаніи ошибочнаго счета. Зейф. Arch. X. 147, XIII. 87, XVII. 22, ср. тоже XV. 12.

⁶⁾ Это можно выразить и такъ: при изъявленіяхъ воли на случай смерти заблужденіе въ побудительной причинѣ есть основаніе недействительности (§ 78). Конечно для этого требуется, чтобы заблужденіе было дѣйствительнымъ побужденіемъ, а не поводомъ только (§ 31 I. de leg. 2. 20, l. 17 § 2 D. de cond. 35. 1); но если несомнѣнно, что безъ заблужденія на самомъ дѣлѣ не было бы сдѣлано извѣстное распоряженіе, то послѣднее отпадаетъ. Главное сюда относящееся мѣсто l. 72 § 6 D. de cond. 35. 1. „*Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*“. Ср. Виндшейда стр. 139. 140, Унгерера österr. Erbrecht § 13 прим. 3. Примѣненія въ l. 5 C. de test. 6. 23, l. 4. 7 C. de her. inst. 6. 24, l. 10 C. de leg. 6. 37, l. 28 D. de inoff. test. 5. 2, l. 92 D. de her. inst. 28. 5 и мн. др. Виндшейдъ № 26—28. 58. 81—83, Вангеровъ II § 431 прим. 2, Вейль Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 3, Унгеръ österr. Erbrecht § 13 прим. 2. Столь далеко не идутъ Савиньи III стр. 377 и сл., Сентенисъ III § 171 прим. 60.

пользу коего изъявлена воля, то на лицо это въ то же время можетъ быть возложена обязанность совершить это дѣяніе. Нельзя сказать, что одно несовмѣстно съ другимъ, что обязанность исключаетъ предположеніе. Можетъ, конечно, случиться, что при возложеніи обязанности устраняется самое предположеніе, но въ этомъ нѣтъ надобности; чтобы допустить такое устраненіе, для этого требуется особое основаніе ¹⁾. Вопросъ можетъ быть лишь о томъ, не слѣдуетъ ли по крайней мѣрѣ исходить изъ того, что прежде всего и главнымъ образомъ желаемо было исполненіе обязанности. Дѣйствительно, эта точка зрѣнія проводится при взъявленіяхъ воли на случай смерти ²⁾, но при изъявленіяхъ воли между живыми

¹⁾ Л. 4. 7 C. de reg. perm. 4. 64 усматриваютъ такое особое основаніе въ заключеніи стипуляціи о возложенной обязанности, исходя изъ того, что стипуляція заключена *по ванді алипо*, что однако не необходимо (I. 71 pr. D. pro socio 17. 2). Что черезъ *actio praescriptis verbis* не исключается обратное требованіе на основаніи неосуществившагося предположенія, это признается во многихъ мѣстахъ нашихъ источниковъ, см. между прочимъ I. 5 § 1. 2 D. de praescrip. verb. 19. 5 (впрочемъ, тоже II § 413 прим. 11 с). Виндшейдъ № 100. 101; вообще того же мнѣнія Эркслебенъ *cond. sine causa* II стр. 349 и сл. 479 и сл.; отступаетъ отъ него Шлезингеръ *Formalcontracte* стр. 199. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что всякое обратное требованіе, основанное на отсутствіи дѣйствія получателя, отпадаетъ, коль скоро имѣется двусторонній договоръ; ибо въ этомъ случаѣ доставляется что либо вовсе не ради дѣйствія получателя а ради собственной обязанности. Виндшейдъ № 102, Эркслебенъ в. п. с. II стр. 471 и сл. Ср. II § 321 № 2.

²⁾ Поэтому хотя бы отъ исполненія легата отказался тотъ, на кого оно возложено, (при чемъ онъ былъ въ правѣ сослаться на неосуществленіе лежащаго въ самомъ легатѣ предположенія), тѣмъ не менѣе преимущество остается на сторонѣ легатарія. Что касается завѣщаній, которыя не суть отказы, то возлагаемыми обязанности, напримѣръ, воздвигнуть наслѣдодателю памятникъ, обсуживаются различно. Если предоставленіе, соединенное съ какою-либо обязанностью, есть легатъ, то онъ выполняется не прежде чѣмъ будетъ легатаріемъ представлено обезпеченіе въ исполненіи имъ обязанности (I. 19 D. de leg. III^o 32, I. 80 D. de cond. 35. 1, I. 40 § 5 I. 71 eod., I. 7. 48 D. de fideic. lib. 40. 5). Если обязанность возложена на наслѣдника, то можно настоять на исполненіи обязанности (или на доставленіи обезпеченія) при раздѣлѣ наслѣдства (I. 18 § 2 D. fam. herc. 10. 2, I. 7 D. de annuis 33. 1); по уважительнымъ основаніямъ судъ можетъ даже прибѣгнуть къ чрезвычайнымъ мѣрамъ принужденія (I. 7 cit., I. 50 § 1 D. de H. P. 5. 3), и точно также при легатахъ, если они получены безъ означеннаго обезпеченія (I. 92 D. de cond. 35. 1). Наконецъ и въ обязанностяхъ, возлагаемыхъ предсмертнымъ распоряженіемъ, измѣняется самое существо предположенія, такъ что при неисполненіи обязанностей то, что предоставлено назна-

когда обязанность присоединена въ интересахъ самаго изъявителя воли, ему и его наслѣдникамъ предоставляется опредѣлить, желаютъ ли они осуществленія обязанности или осуществленія предположенія ³⁾, и лишь въ томъ случаѣ, когда обязанность возложена въ пользу третьяго лица, это третье лицо и здѣсь въ требованіи осуществленія обязанности имѣетъ преимущество предъ изъявителемъ воли и его наслѣдниками, требующими осуществленія предположенія ⁴⁾.

§ 100.

Недозволенные предположенія обсуждаются не одинаково. Относительно предсмертныхъ распоряженій они рассматриваются какъ недозволенные условія, то есть, если распоряженіе содержитъ въ себѣ безмездное предоставленіе, то предположенія считаются не прибавленными, въ противномъ случаѣ они дѣлаютъ самое распоряженіе недѣйствительнымъ ¹⁾. При изъявленіяхъ воли между живыми они обсуждаются слѣдующимъ образомъ: если виновенъ въ нихъ получатель, то датель (Geber) можетъ сослаться на недѣйствительность своего изъявленія воли, несмотря на исполненіе предположенія; если виновенъ датель (Geber), то онъ не въ правѣ сослаться на недѣйствительность своего изъявленія, не смотря на неисполненіе предположенія; если виновны обѣ стороны, то ни

ченному лицу, обращается въ пользу лица, обязаннаго исполненіемъ распоряженія (l. 17 D. de usu 33. 2, l. 24 § 16 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 1 § 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 § 6 D. de cond. inst. 28. 7). Виндшейдъ № 104. 106, Эркслебенъ cond. sine causa II стр. 270—289 (который однако [на стр. 285 прим. 70] отвергаетъ примѣнимость понятія предположенія къ назначенію наслѣдника).

³⁾ Получатель не можетъ однако требовать, чтобы эти лица, прежде чѣмъ потребуютъ осуществленія предположенія, примѣнили противъ него предоставленные имъ принудительные мѣры для понужденія къ исполненію обязанности. Какъ бы то ни было не въ его интересахъ, чтобы главнымъ образомъ желаю было исполненіе обязанности.

⁴⁾ Но само собою разумѣется, что онъ для этого долженъ уже имѣть законное и безповоротное право требованія. Подробности объ этомъ сюда не относятся. Ср. Виндшейда № 105, Эркслебена в. п. с. стр. 296—310, и ниже II § 316 прим. 5. 15—16.

§ 100. ¹⁾ L. 37. 71 § 2 D. de cond. 35. 1 (l. 44 D. de manum test. 40. 4), l. 7 i. f. D. de annuis 33. 1. Впрочемъ можетъ статься, что какое либо превращеніе обязанности должно быть рассматриваемо какъ наиболѣе соответствующее намеренію наслѣдодателя, l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2, ср. l. 4 D. de adm. rerum, 50. 8. Виндшейдъ № 108.

одна изъ нихъ не можетъ ссылаться на сдѣлку, ни получатель на изъявленіе воли, ни датель на неисполненіе предположенія, а потому остается въ силѣ существующее фактическое состояніе ²⁾).

Невозможныя (съ самаго начала невозможныя) предположенія дѣлаютъ изъявленія воли между живыми недѣйствительными съ самаго начала ³⁾, за исключеніемъ, впрочемъ, дареній, при коихъ, равно какъ и при изъявленіяхъ воли на случай смерти, развѣ въ послѣднихъ по исключенію не содержится никакого безмезднаго предоставленія, невозможныя предположенія считаются не написанными ⁴⁾.

Если невозможность исполнить предположеніе существуетъ не съ самаго начала, а наступить лишь впоследствии, то по общему правилу и изъявленія воли какъ на случай смерти, такъ и между живыми становятся недѣйствительными. Но правило это подвергается значительнымъ измѣненіямъ въ томъ случаѣ, когда получатель предоставленнаго не виновенъ въ указанной невозможности. Въ этомъ случаѣ: 1) при изъявленіяхъ воли на случай смерти дѣйствительное исполненіе предположенія безразлично, если только получатель съ своей стороны сдѣлалъ все возможное для исполненія предположенія ⁵⁾; 2) если предположеніе прямо направлено на извѣстное дѣйствіе получателя, то при всякомъ изъявленіи воли, будетъ-ли то изъявленіе воли между живыми или на случай смерти, только невинная невозможность равняется исполненію ⁶⁾. Однако это послѣднее положеніе проводится не безу-

²⁾ L. 1—4 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 4—6 C. eod. 4. 7. Ср. II § 428 абз. 2. 3.

³⁾ L. 3 § 5 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 59 § 2 D. de I. D. 23. 3, l. 1. 5. 6 C. de cond. ob. caus. dat. 4. 6. Эркслебенъ в. п. с. стр. 452 и сл.

⁴⁾ Волеизъявленія на случай смерти должны быть обсуживаемы по аналогіи съ условіями и недозволенными предположеніями, ср. тоже l. 6 pr. D. de cond. 35. 1. Относительно дареній см. l. 8 C. de cond. ob. c. dat. 4. 6, Виндшейдъ № 111. Др. мѣст. Эркслебенъ в. п. с. стр. 461—463.

⁵⁾ L. 71 § 3 D. de cond. 35. 1 (*vv. quod si nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intellegetur*). L. 6 pr. eod., l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. Ср. § 92.

⁶⁾ Это, несогласное съ существомъ предположенія, начало сложилось подъ влияніемъ обязанности, сопровождающей предположеніе. Но по отношенію къ изъявленіямъ воли между живыми противоположное начало высказывается еще въ

словно, а именно не примѣняется въ томъ случаѣ, когда что-либо дано другому для употребленія въ своемъ собственномъ интересѣ, или также для употребленія въ чужомъ интересѣ, но дано безъ намѣренія оказать безмездную услугу ⁷⁾).

III. Недозволенные дѣянія.

§ 101.

Дѣяніе считается **недозволеннымъ** или потому, что имъ нарушается чужое право, или же оно не дозволено само по себѣ не исключительно потому, что имъ нарушается чужое право или даже не смотря на то, что имъ не нарушается чужое право ¹⁾. Само

l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (Цельзій). См. противъ этого l. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5 (Павла) и преимущественно то, что говорится вообще въ l. 10 C. de cond. ob. c. dat. 4. 6 (Диоклетіана и Максиміана). Ср. далѣ l. 8. 11 C. eod., l. 1 § 13 D. de extraord. cogn. 50. 13, l. 3 § 3 l. 5 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Виндшейдъ № 110. 111. 113, Вангеровъ III стр. 233, и сл. и цитированные тамъ. Др. мѣнія Эркслебенъ в. п. с. стр. 386—444 который полагаетъ, что правило l. 10 C. cit. примѣняется лишь тамъ, гдѣ дѣйствіе, совершаемое въ предположеніи дѣйствія самого принимателя, переходитъ въ мѣновой договоръ. См. тоже Бринца стр. 408. О распоряженіяхъ послѣдней воли см. l. 8 § 7 (ср. § 6) D. de cond. inst. 28. 7, l. 17 pr. D. de leg. II^o 31, l. 8 D. de alim 34. 1, l. 51 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5. И здѣсь др. мѣнія Эркслебенъ в. п. с. стр. 444—452, принимающій за правило лишь то, что предложеніе должно почитаться исполненнымъ, когда исполненіе его становится невозможнымъ вслѣдствіе уклоненія третьяго лица отъ содѣйствія.

⁷⁾ L. 2 § 7 D. de don. 39. 5, l. 20 § 1 D. de bon. lib. 38. 2, l. 7 l. 24 § 12. 16 D. de fideic. lib. 40. 5. Виндшейдъ № 112. 113. Иначе ставить эти исключенія Витте *Bereicherungsklagen* § 14. 17.

^{*)} Вехтеръ II § 109—114, Унгеръ II § 100—102. Ср. тоже Нейнера *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* (1866) стр. 162—211.

¹⁾ Напримѣръ, воровство нарушаетъ право собственности обокраденнаго, но оно запрещено не только потому, что нарушаетъ это право, но и потому, что воръ становится въ сознательное противорѣчіе съ юридическимъ порядкомъ. Обманъ не нарушаетъ никакого права; но онъ недозволенъ, какъ сознательное причиненіе вреда. Ср. Унгера § 109 и объ усиліяхъ новой науки уголовного права къ теоретическому разграниченію различныхъ видовъ неправды см. Вальтера *krit. VLSchr.* II стр. 332 и сл. Нейнеръ в. п. с. стр. 206—211 совершенно отвергаетъ различіе между гражданскою и уголовною (и полицейскою) неправдою, какъ построенное на шаткомъ основаніи. Меркель *kriminalisti-*

по себѣ недозволенное дѣяніе есть проступокъ (Vergehen, Delict). О послѣдствіяхъ нарушенія чужаго права будетъ сказано особо въ слѣдующей главѣ (§ 122 и сл.). Дѣйствіе (гражданское) проступка заключается либо въ томъ, что онъ порождаетъ обязательственное притязаніе о наказаніи или вознагражденіи, — о чемъ будетъ сказано подробнѣе въ обязательственномъ правѣ (но ср. и этотъ § въ к.), — либо въ потерѣ совершившимъ этотъ проступокъ извѣстнаго права (лишеніе права, Verwirkung) — подробнѣе объ этомъ будетъ сказано при изложеніи отдѣльныхъ правъ, къ коимъ примѣняется это дѣйствіе²⁾. Здѣсь же слѣдуетъ сдѣлать слѣдующія общія замѣчанія о недозволенныхъ дѣяніяхъ вообще.

Недозволеннымъ можетъ быть не только положительное дѣяніе (ein Thun), но и упущеніе³⁾.

Дѣяніе есть недозволенное уже само по себѣ, по своему результату (по послѣдствіямъ, Erfolg)⁴⁾, или же къ противузаконности результата должна присоединиться возможность поставить дѣяніе совершителю его въ вину, должна присоединиться какая нибудь вина его⁵⁾. Но въ вину можетъ быть вмѣнено или положительное желаніе противузаконнаго результата, злой умыслъ⁶⁾,

sche Abhandlungen № I, 1867. Гюльшнеръ die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen, akad. Programm 1869. Вальтеръ krit. VIschr. XI стр. 289 и сл.

²⁾ Примѣры: кто въ теченіи опредѣленнаго срока не возмѣститъ сохозяину издержекъ, употребленныхъ послѣднимъ на исправленіе общаго ихъ дома, тотъ теряетъ право собственности на этотъ домъ. Кто уступаетъ свое требованіе опекуну своего опекаемаго, тотъ теряетъ это требованіе.

³⁾ Недозволено, напримѣръ, неудовлетвореніе вѣрителя должникомъ.

⁴⁾ Такъ, напримѣръ, завладѣніе чужою вещью, неудовлетвореніе вѣрителя.

⁵⁾ Culpa. Главное сочиненіе объ этомъ предметѣ: И. Х. Гассе die Culpa des römischen Rechts (1815), 2 изд. Бетмана-Гольвега (1838). Кромѣ того ср. Лера Theorie der Culpa (1806). Beiträge zur Lehre von der Culpa (1808). Magazin für R.W. u. Gesetzg. IV. 25 (1844). Фр. Момзена Beiträge zum Obligationenrecht III. стр. 345 сл. (1855). Не заслуживаетъ вниманія сочиненіе Ф. В. Шаафа Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1 томъ. Zur Lehre von der Culpa (1858); ср. крит. Ueberschau VI стр. 254—257, а также А. Пернице zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 64 и сл.—Ученіе о винѣ отнюдь нельзя назвать чисто обязательственнымъ, хотя оно особенно развилось въ области обязательствъ (см. II § 265); понятіе вины имѣетъ совершенно такое же значеніе для вещныхъ притязаній, какъ и для обязательственныхъ.

⁶⁾ Dolus. Мотивъ воли не имѣетъ значенія, но тамъ, гдѣ этотъ мотивъ не

или отсутствіе надлежащей заботливости, при которой результатъ этотъ могъ бы быть устраненъ, небрежность⁷⁾). Мѣркою того, заслуживаетъ-ли дѣйствіе упрека въ небрежности, служитъ поведеніе всякаго добропорядочнаго человѣка; слѣд. небрежностью считается всякое дѣйствіе до котораго не допустить бы себя такой человѣкъ⁸⁾). Впрочемъ въ сферѣ обязательственныхъ отношеній встрѣчается какъ исключеніе, что только та небрежность вмѣняется въ вину, которой данное лицо обыкновенно избѣгаетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ⁹⁾). Но небрежность, при которой дѣлается различіе между собственными и чужими дѣлами, имѣетъ еще другую сторону; она можетъ переходить въ злой умыселъ и въ такомъ случаѣ можетъ быть разсматриваема, какъ злой умыселъ^{9а)}). Тоже примѣняется и къ небрежности, которая переходитъ всякія

прямо безнравственный, римляне опасаются выраженія *dolus*. L. 7. pr. D. dep. 16. 3, l. 8 § 10 D. mand. 17. 1, l. 7 § 7 D. de dolo 4. 3. Гассе стр. 75—79, Момзенъ стр. 348. прим. 1.

7) *Neglegentia, desidia* etc. Впрочемъ собственное техническое обозначеніе этого понятія въ римскомъ правѣ есть общее выраженіе *culpa*, такъ что это выраженіе получаетъ чрезъ то специальное значеніе, въ которомъ оно противопоставляется *dolus*у. Таково обыкновенное словоупотребленіе. Мѣста, къ коихъ *culpa* употребляется въ значеніи вообще вины, напримѣръ, суть: l. 5 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. dep. 16. 5, l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 38 D. sol. matr. 24. 3. — Небрежность заключается въ отсутствіи надлежащей внимательности.

8) L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2: — „*culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum*“. L. 13 § 11. 14. D. de pign. act. 13. 7: — „*venit ... et culpa, ... ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur*“. L. 11 D. de per. et comm. 18. 6. (Zeitschr. f. civ. u. Pr. N. F. IV стр. 281. VIII стр. 101. IX стр. 278 и сл., Аридтсъ § 86 прим. 1): — „*quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit*“. L. 137 § 2. 3 D. de V. O. 45. 1. Мнѣніе, будто возможна отвѣтственность и за меньшую степень небрежности (т. е. *culpa levissima*) теперь совершенно отвергнуто. Ср. Гассе § 24—26 и стр. 414, Вангерова I § 107 прим., Угера II стр. 237—240. Однако Бринцъ стр. 594 снова сомѣняется.

9) L. 72 D. pro socio 17. 2. „*Socius socio etiam culpaе nomine tenetur, i. e. desidiaе atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet*“. Подробности въ обязательственномъ правѣ (II § 265 № 5)

9а) L. 32 D. dep. 16. 3: — „*etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret*“. L. 22 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Cp. II § 265 № 3.

границы¹⁰⁾. Отсутствіе сознанія о противузаконности результата исключаетъ злой умыселъ^{10а)}; но никто не можетъ отзываться невѣдѣніемъ того правопредписанія, которое объявляетъ извѣстное дѣйствіе противузаконнымъ (§ 79 прим. 4). Напротивъ того тотъ, кому вмѣняется и сама небрежность въ вину, отвѣтствуетъ и вслѣдствіе безпечнаго невѣдѣнія о противузаконности результата. Всякая вина предполагаетъ, что умственное состояніе данного лица дозволяетъ считать его отвѣтственнымъ за всѣ послѣдствія его желанія и нежеланія (состояніе вмѣняемости). Вмѣняемость исключается сумашествіемъ¹¹⁾ и юношескимъ возрастомъ¹²⁾, а равнымъ образомъ временными умоповрежденіями¹³⁾.

¹⁰⁾ Такая небрежность технически называется *lata culpa*. L. 226 D. de V. S. 50. 16. „*Magna neglegentia culpa est, magna culpa dolus est*“. L. 1 § 1 D. si mensor 11. 6: — „*lata culpa ... dolo comparabitur*“. L. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7: — „*magnum ... neglegentiam placuit in doli crimine cadere*“. L. 8 § 3 D. de prec. 43. 26. L. 32 D. dep. 16. 3. „*Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur*“. L. 29 pr. D. mand. 17. 1: — „*dissoluta neglegentia ... prope dolum est*“. L. 213 § 2 D. de V. S. 50. 16 „*Lata culpa est nimia neglegentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt*“. L. 223 pr. D. eod. Момзенъ 348—359, Виндшейдъ Heidelb. krit. Zeitschr. III. стр. 278—281. Въ отличіе отъ *lata culpa*, та небрежность, которая не переходитъ въ злой умыселъ, носить названіе *levis culpa*, истинной небрежности; ср. II § 265 прим. 8. Нельзя доказать, что означенная въ примѣчаніи 9а *culpa* названа и въ источникахъ *culpa lata*. Гассе стр. 171. 195—209.—Всегда ли *lata culpa* приравнивается къ *dolus* или только въ договорныхъ отношеніяхъ? За послѣднее Игерингъ Jahrb. f. Dogm. IV стр. 12. Также Зейф. Arch. IX. 144.

^{10а)} L. 1 § 47 D. dep. 16. 3, l. 46 § 7 l. 61 § 5 D. de furt. 47. 2.

¹¹⁾ L. 5 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2. „*Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquila cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum*“. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 61 D. de adm. tut. 26. 7. Вангеровъ III § 571 прим. 2.

¹²⁾ Здѣсь вѣтъ юридически опредѣленной границы; все зависитъ отъ умственного развитія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Но исходная точка та, что въ состояніи не вмѣняемости находится дитя, а въ состояніи вмѣняемости *pubertati proximus*. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 5 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 23 D. de furtis 47. 2, l. 13 § 1 l. 14 D. de dolo 4. 3, l. 1 § 15 D. dep. 16. 3 и мн. др. Савиньи III стр. 41—44. Зейф. Arch. XVIII. 247.

¹³⁾ Но можетъ быть вмѣнено въ вину и то, что это состояніе не было избѣгнуто, такъ напр. при опьяненіи, с. 7 С. 15 qu. 1.

Самое важное юридическое послѣдствіе недозволенаго дѣйствія заключается въ обязанности къ возмѣщенію причиненнаго имъ вреда. При опредѣленіи этого вреда можно принимать въ соображеніе или особенныя отношенія пострадавшаго, или же объективную мѣру ущерба. Это различіе обозначается слѣдующими выраженіями: убытокъ (*Interesse*) и истинная стоимость вещи (*Sachwerth*) ¹⁴⁾.

IV. Вліяніе времени на возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ.

А. Вообще.

§ 102.

Событія (§ 67), съ коими сопряжены возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ, могутъ заключать въ себѣ и извѣстный моментъ времени. Это возможно въ различномъ смыслѣ ¹⁾.

1) Юридическое значеніе извѣстнаго факта зависитъ отъ того момента или періода времени, къ коему фактъ относится ²⁾.

¹⁴⁾ *Id quod interest—verum rei pretium*. Ученіе о возмѣщеніи ущерба относится тоже не исключительно къ обязательственному праву; возмѣщеніе ущерба можно требовать и въ силу вещнаго притязанія. Но все-таки болѣе подробное изложеніе этого ученія лучше помѣщать въ обязательственномъ правѣ. См. II § 257. 258.

^{*}) Савиньи IV § 171—201, Синтенисъ I § 26, Вехтеръ II § 117—121, Унгеръ II § 103—106.

§ 102. ¹⁾ Ср. Савиньи IV § 177.

²⁾ Примѣры: *bonorum possessio* должно быть потребовано въ продолженіи 100 дней или 1 года, возложенная опека, принятіе которой не обязательно, должна быть отклонена въ теченіи 50 дней, инвентарь наслѣдству долженъ быть составленъ въ продолженіи 3 или 12 мѣсяцевъ, дозволенное договоромъ отступленіе отъ юридическаго акта, должно быть заявлено въ установленный договоромъ срокъ,—въ противномъ случаѣ всѣ означенныя дѣйствія не имѣютъ юридической силы. Защита владѣнія дорожнымъ правомъ доставляется на основаніи 30-кратнаго осуществленія этого права въ теченіи послѣдняго года; фактъ, что поврежденная вещь имѣла въ послѣдній годъ или мѣсяцы извѣстную стоимость, даетъ право на истребованіе этой стоимости по *lex Aquilia*; рожденіе даетъ дѣтяти отца, если оно послѣдовало не раньше 182 дней, по заключеніи брака или не позже 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака.

2) Юридическое значеніе факта зависитъ отъ того пространства времени, которое истекло послѣ него ³⁾).

3) Истеченіе времени имѣетъ юридическое значеніе и само по себѣ, такъ какъ продолжительность извѣстнаго состоянія вліяетъ на образованіе правоотношеній. Въ числѣ относящихся сюда случаевъ особенно важную роль играетъ давность ⁴⁾. Подробно о давности будетъ сказано ниже. Предварительно же слѣдуетъ изложить юридическія начала, относящіяся къ опредѣленію и исчисленію времени.

В. Опредѣленіе и исчисленіе времени.

§ 103.

Моментъ и пространство (періодъ) времени можно опредѣлять двоякимъ образомъ:

1) Они могутъ быть опредѣлены какою либо календарною единицею, которая соотвѣтствуетъ этому моменту времени или истекшему періоду времени ¹⁾. Если при этомъ, какъ это обыкновенно и дѣлается, указывается только соотвѣтствующій календарный день безъ означенія часовъ, минутъ и проч., то при опредѣленіи момента времени, можно сказать, что каждый моментъ этого дня удовлетворяетъ означенному опредѣленію ²⁾; если же дѣло идетъ

³⁾ Примѣры: право, предоставленное при назначеніи срока, возникаетъ лишь по истеченіи этого срока; рѣшеніе приводится въ исполненіи лишь по истеченіи 30 дней; теченіе процентовъ, опредѣленныхъ рѣшеніемъ, начинается по истеченіи 4 мѣсяцевъ.

⁴⁾ Другіе примѣры: дѣйствіе юридическихъ актовъ существенно зависитъ отъ возраста дѣйствующаго (отъ того факта, что отъ его рожденія прошло столько то времени); *exscriptio non numeratae rescriptae* утрачивается по истеченіи 2 лѣтъ по заключеніи юридическаго акта; по древнѣйшему римскому праву по истеченіи такого-же времени прекращается обязательство *sponsor'a* и *fidepromissor'a*; въ вѣкоторыхъ случаяхъ бездѣйствіе, продолжающееся въ теченіи извѣстнаго времени, влечетъ за собой утрату права, такъ напримѣръ, просрочка уплаты ка-нона или наемныхъ либо арендныхъ денегъ влечетъ за собой утрату эфитевзиса или наемнаго либо аренднаго права.

¹⁾ Напр. кто-либо обѣщаетъ что-нибудь доставить къ 1 іюля 1861 года; кон- § 103. трагентъ выговариваетъ себѣ право отказаться отъ договора до 1 іюля 1862 г.

²⁾ Обѣщавшій что-либо доставить къ 1 іюля 1862 г. исполняетъ свое обяза-

объ опредѣленіи періода времени, то въ случаѣ сомнѣнія, слѣдуетъ принимать, что періодъ этотъ долженъ оканчиваться лишь съ послѣднимъ моментомъ означеннаго дня ³⁾; конечно, смыслъ опредѣленія времени можетъ быть и таковъ, что этотъ періодъ долженъ продолжаться до начала этого дня, слѣдовательно долженъ оканчиваться съ окончаніемъ предыдущаго дня.

2) Но моментъ и періодъ времени могутъ быть опредѣляемы и извѣстнымъ пространствомъ времени, имѣющаго протечь отъ даннаго начальнаго момента для того, чтобы данный пунктъ времени наступилъ и данный періодъ времени истекъ ⁴⁾. Къ этому случаю относятся слѣдующія правила:

а) Если назначаемое пространство времени выражено днями или совокупностью дней (*lit. c. d.*), то подъ днями нужно разумѣть не дни подвижные (*bewegliche*), а календарные, т. е. не пространство времени въ двадцать четыре часа, заключающееся между начальнымъ моментомъ исчисляемаго времени (моментомъ рожденія, моментомъ заключенія договора и проч.) и соотвѣтствующимъ моментомъ какого нибудь слѣдующаго дня (естественное исчисленіе) ⁵⁾; но промежутокъ времени отъ полуночи до полуночи (юридическое исчисленіе) ⁶⁾. Хотя это правило основывается глав-

тельство доставленіемъ обѣщаннаго въ каждый моментъ 1 іюля. *L. 50 D. de O et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 186 D. de R. I. 50. 17, § 2 I. de V. O. 3. 15, § 26 I. de inutil. stip. 3. 19; l. 118 § 1 D. de V. O. 3* ейф. *Arch. I. 44, IV. 108.*

³⁾ Если узуфруктъ назначенъ: „до 31 декабря 1862 г.“, то въ случаѣ сомнѣнія это толкуется такъ: до 31 декабря включительно. Точно также объясняемъ былъ у римлянъ предлогъ *intra*. „*Intra Kalendas etiam ipsae Kalenda sunt*“, *l. 1 § 9 D. de succ. ed. 38. 9. См. также l. 48 D. de cond. 35. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53.*

⁴⁾ Напримѣръ, кто-нибудь обѣщаетъ что-либо „въ 4 недѣли“; инвентарь наслѣдству имѣетъ быть составленъ въ теченіи трехъ мѣсяцевъ по полученіи извѣстія объ открывшемся наслѣдствѣ; кто-либо имѣетъ стать совершеннолѣтнимъ по истеченіи 25 лѣтъ отъ рожденія.

⁵⁾ Какъ у насъ, такъ и у римлянъ предѣлъ календарнаго дня есть полночь. Савиньи IV стр. 326.

⁶⁾ „*Non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus*“, *l. 134 D. de V. S. 50. 16. L. 6. D. de usurp. 41. 3, l. 3 § 3 D. de min. 4. 4.* Римляне называютъ это: *civiliter computare*, *l. 133 pr. cit.* Выраженіе *naturaliter computare*, *naturalis computatio* не встрѣчается въ источникахъ, но оно вполне соотвѣтствуетъ ихъ словоупотребленію. Ср. § 148 прим. 12.

нымъ образомъ на толкованіи воли лица, устанавливающаго срокъ, но оно получило обязательную силу для сроковъ, установленныхъ римскимъ правомъ, и для нынѣшнихъ процессуальныхъ сроковъ, въ первомъ случаѣ на основаніи самаго римскаго права⁷⁾, а въ послѣднемъ на основаніи установившейся практики⁸⁾, и вообще по отношенію къ срокамъ, опредѣляемымъ закономъ, судебнымъ распоряженіемъ или волею частныхъ лицъ, оно должно быть всегда соблюдаемо, развѣ въ данномъ случаѣ есть достаточныя основанія полагать, что желаемо было противное⁹⁾. Но при этомъ рождаются еще слѣдующіе вопросы:¹⁰⁾ Какой день считать первымъ, тотъ-ли, въ который приходится первый моментъ исчисляемаго времени, или слѣдующій? 1) Должно принять, что римское право установленныя имъ сроки исчисляло первымъ способомъ¹¹⁾, такъ что послѣднимъ днемъ одногодичнаго пространства времени, начинающагося съ 1-го января, будетъ 31 декабря того же года, а не

7) Хотя принципиально правило это нигдѣ не высказано, но источники придерживаются его въ цѣломъ рядѣ мѣстъ. L. 5 D. qui test. 28. 1, l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 6. 7 D. de usurp. 41. 3, l. 134 pr. D. de V. S. 50. 16. Лишь въ одномъ случаѣ и то въ видѣ исключенія употреблено естественное исчисленіе. L. 3 § 3 D. de min. 4. 4. „Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut si captus sit restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur“. Что это ничто иное какъ исключеніе, это уже признано нынѣ всѣми, (см. впрочемъ Гольцшугера I § 43 № 5), между тѣмъ какъ прежніе писатели, напротивъ того, принимали за правило естественное исчисленіе, ср. Глюка III стр. 750 и сл., Лёра Arch. f. civ. Pr. XI стр. 424.

8) Только десятидневный апелляціонный срокъ исчисляется въ практикѣ отъ момента объявленія рѣшенія до соответствующаго момента 10-го дня. Въ Nov. 23 c. 1, на которую опирается это исчисленіе, оно не находитъ себѣ оправданія.

9) Счетъ отъ момента до момента предполагаетъ, что тотъ моментъ событія (рожденіе, заключеніе договора и т. д.), съ котораго начинается теченіе срока, не только несомнѣнно извѣстенъ, но и твердо сохраняется въ памяти. Вотъ почему счетъ этотъ крайне труденъ и уже ради этого онъ не долженъ предполагаться безъ особыхъ основаній. Ср. Унгера § 106. прим. 4а—6.

10) Литература по этимъ вопросамъ очень богата. Прежнюю литературу см. у Вангерова I § 196. Въ новѣйшее время кромѣ того же Вангерова см. также въ особенности Савиньи IV § 182 и сл., Бахофена Zeitschr. f. civ. u. Pr. XVIII. 2. 11 (1843), Гушке тамъ же N. F. II стр. 166 и сл. (1846).

11) См. слѣдующее примѣчаніе. О римскомъ словоупотребленіи ср. Бахофена Zeitschr. f. civ. u. Pr. XVIII стр. 47 и сл. противъ Савиньи IV стр. 361. 362 und Beil. XI.

1-го января слѣдующаго¹²⁾. Для процессуальныхъ сроковъ постоянною практикой введенъ противоположный способъ исчисленія¹³⁾.

¹²⁾ Вопросъ этотъ крайне спорный, и Савиньи IV § 182 и сл. пытался доказать, что послѣднимъ днемъ долженъ считаться тотъ, съ которымъ совпадаетъ математическій конецъ срока, слѣдовательно, въ приведенномъ въ текстѣ примѣрѣ 1-е января слѣдующаго года. Впрочемъ къ такому результату Савиньи приходитъ не потому, что онъ не принимаетъ въ расчетъ перваго календарнаго дня, а потому, что измѣряетъ теченіе срока вовсе не календарными, а подвижными днями, и только послѣдній подвижной день заканчивается у него не въ конечномъ математическомъ пунктѣ, а тотъ календарный день, въ который приходится этотъ пунктъ, разсматривается у него какъ нераздѣльное цѣлое. Противъ Савиньи и за исчисленіе, обозначенное въ текстѣ, высказалась большая часть новѣйшихъ писателей (о l. 8 D. de feriis 2. 12 см. Бахофена в. п. с. стр. 42 прим. 1), ср. однако Синтениса I стр. 228 и сл., Гольцшугера I § 43. № 2. 3. Источники не даютъ вполне несомнѣннаго результата. L. 1 § 9 D. de succ. ed. 38. 9, l. 30 § 1 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5, l. 134 D. de V. § 50. 16, l. 1 § 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4 служили бы доказательствомъ въ пользу 31 декабря лишь въ томъ случаѣ, еслибы принять, что они считаютъ и первый день, а въ этомъ-то весь вопросъ и это то отвергаетъ Савиньи. Ничего нельзя заключить изъ l. 6 D. de O et A. 44. 7 и l. 132 pr. D. de V. S. 50. 16, въ коихъ вовсе нѣтъ указанія о томъ, который день есть *dies novissimus* и который *extremus*; равнымъ образомъ нельзя вывести чего-либо опредѣлительнаго изъ l. 1 D. de manum. 40. 1, въ которомъ „*post sextam noctis pridie Kalendas*“ можетъ означать: послѣ полуночи 31-го декабря, равно какъ и послѣ полуночи на 31 декабря. Скорѣе въ пользу 1-го января говорить l. 7 D. de usurp. 41. 3, въ коемъ „*pridie Kal. Januarias*“ едвали можетъ стоять въ другомъ падежѣ кромѣ родительнаго, такъ какъ словамъ этимъ непосредственно предшествуетъ „*Kalendarium Januariarum*“. Но остается еще объяснить, что требуется не столько начало 1-го января, сколько полное окончаніе 31-го декабря (см. слѣд. прим.), каковое объясненіе можетъ быть примѣнено къ Gell. Noct. Att. III. 2 („*Q. quoque Mucium J. C. dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kal. Januariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, a. d. IV. Kal. Jan. sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabb. deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis*“). L. 101 D. de R. I. 50. 17 говорило-бы въ пользу 1-го января (хотя и тутъ начальный день только присчитывается къ предыдущему), если бы было несомнѣнно извѣстно, что въ фрагментѣ этомъ мѣсяцъ считается въ 60 дней (ср. прим. 20). Остается еще l. 5 D. qui test. 28. 1, но и онъ, если только не прибѣгать къ крайней натяжкѣ, можетъ быть толкуемъ только въ смыслѣ указанія на 31 декабря.— Келлеръ § 73 хотя и отвергаетъ 1-е января, но по отношенію не къ нынѣшнему праву, а къ римскому.

¹³⁾ Линде Civilprocesz § 174, Байеръ Vorträge стр. 475, Ветцель Civilprocesz § 68 прим. 76.

По отношенію къ прочимъ, нынѣ установленнымъ срокамъ, опасно выставлать общее правило; тутъ въ каждомъ данномъ случаѣ слѣдуетъ выяснять волю лица, опредѣляющаго срокъ, на основаніи употребленныхъ имъ выраженій ¹⁴). 2) Какой моментъ слѣдуетъ считать концомъ исчисляемаго пространства времени, начальный или конечный моментъ послѣднаго дня? Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ держаться послѣдняго; пока остается еще хоть одинъ моментъ дня, принадлежащаго къ извѣстному пространству времени, нельзя сказать, что время это уже истекло. Только по особымъ основаніямъ можно принять, что конецъ исчисляемаго пространства времени будетъ совпадать съ началомъ послѣдняго дня. Римское право признало это послѣднее по отношенію къ отдѣльнымъ случаямъ ¹⁵); но выводить изъ этого общее правила опасно ¹⁶).

¹⁴) Унгеръ (II стр. 198) того мнѣнія, что при срокахъ, устанавливаемыхъ нынѣ юридическими актами, въ случаѣ сомнѣнія нельзя считать и первый день; не понятно, почему слѣдуетъ поступать иначе при узаконенныхъ срокахъ. Вехтеръ (II стр. 828, 829) въ исключеніи изъ счета перваго дня усматриваетъ „нѣмецкій способъ исчисленія, употребляемый при особыхъ институтахъ германскаго и нашего мѣстнаго права и въ договорныхъ, завѣщательныхъ и судебныхъ срокахъ“. Также опредѣляетъ по поводу одного договорнаго срока судебное рѣшеніе у Зейф. Arch. X. 25. Ср. allg. deutsche W. O. (общегерманскій вексельный уставъ) Art. 32:—„при исчисленіи срока не считается тотъ день, въ который выданъ вексель, уплачиваемый отъ такого-то числа, или вексель „по предъявленію“, представленный къ принятію“. Н. G.V. (торг. код.) Art. 328 Nr. 1: — „при исчисленіи срока не считается день, въ который заключенъ договоръ“. — Если считать отъ числа до числа (прим. 23), то этимъ самымъ вопросъ разрѣшается.

¹⁵) Для возраста *anniculus* (l. 132 pr. l. 134 D. de V. S. 50. 16), для возраста, дающаго право) на отпущеніе на волю и составленіе завѣщанія (l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 5 D. qui test. 28. 1), наконецъ въ l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3 для дня срока давностнаго владѣнія, между тѣмъ какъ въ l. 7 D. de usurg. 41. 3 вѣроятно требуется истеченіе послѣдняго дня. (Въ Gell. Noct. Att. III. 2 [прим. 12] не говорится, по крайней мѣрѣ прямо, что давностное приобрѣтеніе супружеской власти (*Ersitzung des Manus*) оканчивается съ истеченіемъ послѣдняго дня, а говорится лишь что съ истеченіемъ этого дня оканчивается первый годъ супружества). Ср. еще l. 49 D. de cond. 35. 1.

¹⁶) Савиньи (IV стр. 410 и сл.) выставилъ за правило, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ идетъ дѣло о приобрѣтеніи права, достаточно начала послѣдняго дня, между тѣмъ какъ необходимо истеченіе этого дня, если чрезъ бездѣйствіе въ продолженіи извѣстнаго времени право утрачивается, (ср. l. 6. D. de O et A. 44. 7), и большинство новыхъ писателей въ этомъ съ нимъ согласились. См. противъ него Бахофена в. п. с. 64 и сл. 335 и сл., а также

б) Если въ число исчисляемыхъ дней попадетъ день высокосный, то при узаконенныхъ срокахъ римскаго права день этотъ не считается. Ибо римскій календарь не считаетъ высокоснаго дня за особенный, но причисляетъ его въ качествѣ придатка къ смежному дню¹⁷⁾; вотъ эту-то особенность римскаго календаря принимаетъ во вниманіе римское право при узаконенныхъ срокахъ, такъ что высокоснымъ днемъ каждый подобный срокъ удлинится на одинъ день¹⁸⁾, тогда какъ при срокахъ, опредѣленныхъ частными лицами, оно допускаетъ вѣроятность, что опредѣляющій желалъ, чтобы высокосный день считался за особенный день^{18a)}. Это послѣднее должно быть принято безусловно относительно нынѣшнихъ сроковъ, все равно, будутъ-ли они установлены закономъ, частнымъ лицомъ или по распоряженію суда, ибо упомянутый римскій порядокъ нашему календарю вовсе не извѣстенъ¹⁹⁾.

Вехтера II § 121 прим. 20, Унгера II стр. 300. 301. Старая доктрина видѣла сущность *civilis computatio* именно въ томъ, что „*dies ultimus coeptus pro completo habetur*“. Ср. Унгера II § 106. прим. 8.

¹⁷⁾ L. 98 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 3 § 3 D. de min. 4. 4, c. 14 X. de V. S. 5. 40. День, къ которому присоединяется высокосный день, есть 24 февраля, по римскому обозначенію: a. d. VI. kal. Martias, вотъ почему онъ обозначается и какъ a. d. VI. Kal. Martias и вотъ почему онъ называется *bisextum*. (Хотя *bisextum* въ l. 3 § 3 D. de min. 4. 4 и употребляется для обозначенія двойнаго дня, состоящаго изъ высокоснаго и смежнаго съ нимъ дня, но это выраженіе стоитъ тамъ совершенно особнякомъ. О. Момзенъ. *Jahrb. d. gem. R.* III. стр. 358—363). Но вставляется ли высокосный день предъ 24 февраля или прибавляется къ 24 февраля? Господствующее мнѣніе принимаетъ первое, ср. именно Арндтса *Jahrb. d. gem. R.* III. 10. Противъ этого по отношенію къ календарю императорскихъ временъ приводитъ вѣскія основанія О. Момзенъ *göm. Chronologie* стр. 279 и сл. втор. изд. и *Jahrb. des gem. R.* III. 14. Въ нашемъ нынѣшнемъ календарѣ високосный день несомнѣнно вставляется и потому имъ будетъ не 25, а 24 февраля; ибо день Св. Матвѣя, выпадающій въ простомъ году на 24 февраля, въ високосномъ падаетъ на 25 февраля. Совершенно невѣрно мнѣніе, будто високосный день есть 29 февраля. Ср. именно Савиньи IV стр. 457 и сл., Вангерова I § 197 прим. N. I. II.

¹⁸⁾ L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

^{18a)} L. 2 cit. i. f. (гдѣ слѣдуетъ читать: „*sed et si quis fundum ea lege vendi derit ut, nisi in diebus XXX pretium esset salutem, inemptus esset fundus dies intercalaris proficiet emptori? Mihi contra videtur*“). Савиньи IV § 193.

¹⁹⁾ Этотъ способъ исчисленія не слѣдуетъ распространять на узаконенные сроки римскаго права, потому что римскія правила должны быть толкуемы въ ихъ собственномъ смыслѣ; а они разумѣли подъ днями дни римскаго календаря.

с) Если исчисляемое пространство времени выражено въ мѣсяцахъ, то, когда дѣло идетъ объ узаконенныхъ срокахъ римскаго права, подъ мѣсяцемъ нужно разумѣть совокупность 30 дней ²¹⁾, такъ однако, что на основаніи сказаннаго выше, высокосный день въ счетъ не входитъ ²¹⁾. Наоборотъ по отношенію къ нынѣшнимъ срокамъ, устанавливаемымъ закономъ, судебнымъ распоряженіемъ ²²⁾ или частными лицами, полного предпочтенія заслуживаетъ счетъ отъ одного числа мѣсяца до другаго какъ вѣроятно желаемый ²³⁾.

Таково же и общее мнѣніе; противъ него Унгеръ II § 106 прим. 37. О новыхъ законодательствахъ см. Савиньи IV стр. 476 и сл.

²¹⁾ Что римское право подъ мѣсяцемъ разумѣетъ пространство времени въ 30 дней, это мнѣніе господствующее. Оно опирается на l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 4 § 1 l. 11 § 6 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5 ср. съ l. 29 § 5 eod. и l. 1 § 10 D. ad SC. Turp. 48. 16, l. 22 § 2 C. de iure del. 6. 30 ср. съ § 11 eod., Nov. 115 c. 2, Paul R. S. IV. 9 § 5 ср. съ Censor. de die nat. c. 9. Съ этимъ конечно трудно согласить l. 101 D. de R. I. 50. 17, въ которомъ послѣднимъ днемъ двухмѣсячнаго срока названъ 61 день (объ эмendaціяхъ, къ помощи коихъ прибѣгали, см. Рейнфельдера *der annus civilis* стр. 149 и сл., Гукке *Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F.* II стр. 166 — 180). Этому не противорѣчитъ l. 2 C. de temp. et rer. app. 7. 63; здѣсь мѣсяцъ не считается въ 31 день, но лишь прибавляется къ каждому истекшему мѣсяцу по одному дню. Еще менѣе противорѣчитъ тому l. 7 § 1 D. sol. matr. 24. 3, или даже l. 3 § 12 D. de suis 38. 16 въ связи съ l. 12 D. de statu hom. 1. 15. Савиньи IV стр. 339. 340. — Господствующее мнѣніе въ новѣйшее время отстаивали Рейнфельдеръ *der annus civilis* (1829) стр. 116 и сл. и Савиньи IV § 181, см. также Вангерова I § 194 прим. Другія мнѣнія были высказаны Шрадеромъ *civil. Abhandlungen* N. 3 (онъ исходитъ изъ того, что римляне считали мѣсяцъ двѣнадцатою долей 365 дней, и Бахофеномъ *Zeitschr. f. Civ. und Pr.* XVIII стр. 353 и сл. (1843), который находитъ уже въ источникахъ счетъ отъ числа до числа (прим. 23), за исключеніемъ однако того правила, что двухмѣсячный срокъ считается въ 61 день. Его мнѣнію послѣдовали Вехтеръ II § 121 прим. 6, Унгеръ II § 105 примѣч. 11.

²¹⁾ Ср. l. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

²²⁾ Однако по отношенію къ процессуальнымъ срокамъ принимается еще во вниманіе K. G. O. (угол. уст.) 30 § 4.

²³⁾ Кто общааетъ что-либо „сегодня черезъ 3 мѣсяца“, о томъ при сомнѣніи слѣдуетъ полагать, что онъ, если это „сегодня“ есть 13-е апрѣля 1862 года, далъ общаніе на 13 іюля 1862 г. Въ пользу этого Савиньи IV стр. 341 и сл., Вехтеръ II стр. 824, 825; противъ этого (безъ указанія основаній) Вангеровъ I § 194 прим. въ к. Рѣшеніе любекскаго верховнаго апелляціоннаго суда отъ 27 апрѣля 1865 г. у Зейф. *Arch.* XIX. 119 исходитъ изъ того, что при договорныхъ срокахъ нельзя считать вѣроятно желаемымъ ни того, ни другаго

d) Въ году, по римскимъ узаконеннымъ срокамъ, считается 365 дней²⁴⁾, при чемъ опять высокосный день въ счетъ не принимается²⁵⁾. Къ нынѣшнимъ же срокамъ примѣняется тоже самое, что было сказано выше относительно мѣсяцевъ.

§ 104.

Особеннымъ способомъ исчисляется промежутокъ времени въ томъ случаѣ, когда съ бездѣйствіемъ, продолжающимся въ теченіи извѣстнаго времени, сопряжена какая либо потеря. Онъ состоитъ въ томъ, что къ этому промежутку времени причисляются не всѣ дни, но лишь тѣ, въ которые данному лицу возможно было совершить требуемое дѣйствіе¹⁾. Тутъ примѣняются слѣдующія правила:

1. Этотъ способъ исчисленія составляетъ исключеніе и употребляется только тамъ, гдѣ онъ прямо признанъ правомъ. Изъ

способа исчисленія, если нѣтъ къ тому особыхъ основаній. Противнаго держится общегерманскій вексельный уставъ (allgem. deutsche W. O.) ст. 32. „При векселяхъ... время платежа наступаетъ... когда срокъ опредѣленъ... мѣсяцами или пространствомъ времени, обнимающимъ нѣсколько мѣсяцевъ (годомъ, полгодомъ, четвертью года), въ тотъ день... мѣсяца уплаты, число котораго соотвѣтствуетъ дню выдачи или предъявленія векселя къ принатію“. Точно также общегерманскій торговый кодексъ (HGB.) ст. 328 № 2. Общ. зем. пр. (A. L. R.) II. 8 § 855. Code de commerce art. 132. Объ австрійскомъ уложеніи см. Ун-гера II стр. 289. 290.—Если въ послѣднемъ мѣсяцѣ нѣтъ дня, соотвѣтствующаго начальному дню, то нужно считать срокъ оконченнымъ съ послѣднимъ днемъ этого мѣсяца; мѣсячный срокъ, начинающійся 31 января, кончается 28 или 29 февраля. Ср. общегерманскій вексельный уставъ и общегерманскій торговый кодексъ (HGB.) в. п. м. Общ. зем. пр. (A. L. R.) II. 8 § 856.

²⁴⁾ L. 51 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 4 § 5 D. de statulib. 40. 7, l. 135 pr. D. de V. S. 50. 16.

²⁵⁾ L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

§ 104. ¹⁾ Въ источникахъ употребляется для этого способа исчисленія слѣдующее техническое выраженіе: *tempus utile numeratur, dies utiles numerantur*, въ противоположность *tempus continuum, dies continui*. L. 2 pr. D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3. § 16 I. de excus. 1. 25. Тоже при соединеніи дней въ мѣсяцы и годы, l. 19 § 6 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Соотвѣтствующія нѣмецкія выраженія суть: *taugliche—laufende Zeit, Tage etc. etc.*—Эльверсъ Themis стр. 125—184 полагаетъ, что подъ *utilis annus* слѣдуетъ разумѣть служебный годъ соотвѣтствующаго претора. Противъ этого Савиньи IV стр. 451—453, Арндтсъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 1.

числа случаевъ, въ коихъ онъ признается римскимъ правомъ ²⁾, имѣть для насъ практическое значеніе только случай годичной и болѣе краткой давности иска. (§ 100) ³⁾.

2. Обращается вниманіе ⁴⁾ на всякое препятствіе, которое основано на какомъ-либо внѣшнемъ, преходящемъ ⁵⁾ событіи ⁶⁾, происшедшемъ не по винѣ просрочившаго, или же на извинительномъ заблужденіи со стороны послѣдняго ⁷⁾.

²⁾ Римское право признаетъ это исчисленіе только: 1) при срокахъ, основывающихся на предписаніи закона; 2) при срокахъ, не превышающихъ года; 3) при срокахъ, въ теченіи коихъ имѣть быть предпринято какое-либо судебное дѣйствіе; но и 4) не во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ сходятся эти признаки. Савиньи стр. 424 и сл.

³⁾ См. кромѣ того l. 2. pr. D. quis ordo 38. 15, l. 11 § 5. 6 l. 29 § 5 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 1 § 7 D. quando app. 49. 4, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53, l. 1 pr. C. de ann. exc. 7. 40.

⁴⁾ L. 2 D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

⁵⁾ Для продолжительныхъ состояній такого рода, именно несовершеннолѣтія, умомѣстательства и т. п. есть особые исчисленія. Савиньи IV стр. 436—440.

⁶⁾ У римлянъ принималось во вниманіе недоступность судьи, чего у насъ уже нѣтъ въ такой мѣрѣ. Кромѣ того упоминаются: нахожденіе въ военномъ плѣну, отсутствіе ради государственной службы, тюремное заключеніе, болѣзнь, непогода, воспрепятствовавшая двинуться въ путь, скрывательство противника. Савиньи стр. 428—433.

⁷⁾ Послѣднее отвергаетъ Савиньи (IV. стр. 433—436. III стр. 403—417), причемъ онъ однако прибавляетъ, что пропустившій срокъ тогда въ правѣ былъ бы ссылаться на заблужденіе, когда онъ могъ бы доказать, что весьма трудно было обнаружить это заблужденіе. Но это ограниченіе не вытекаетъ изъ l. 15. § 4. 5 D. quod vi 42. 24, l. 6 D. de calumn. 3. 6, l. 55 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21 и не доказано, что въ l. 2 D. si quis ordo 38. 15, какъ утверждаетъ Савиньи, заблужденіе принимается во вниманіе лишь на основаніи прямого предписанія закона. Но l. 19 D. de min. 4. 4, l. 6 § 14 l. 10 § 18 D. quae in fr. cr. 42. 8, l. 29 § 5 D. ad leg. Iul. de ad. 48. 5 и l. 1 § 10 D. ad SC. Turp. 38. 16, на которыя ссылается еще Савиньи, имѣютъ въ виду только установить начальный моментъ срока вообще, а вовсе не говорить чтобы онъ не могъ измѣниться чрезъ заблужденіе. Ср. также Вехтера II § 121 прим. 14. Blätter f. RAnwend. Ergänzungsband zum 31 и 32. T. стр. 411—414. —Но заблужденіе можетъ быть принято въ соображеніе и въ томъ случаѣ, если не идетъ въ счетъ *utile tempus*, напр. § 16 I. de excus. 1. 25. Прежде это называлось: *tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus*. Объ этомъ, а равно и о т. н. *tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus* см. Савиньи IV стр. 446—453.

С. Давность *).

1. Вообще.

§ 105.

Давностью могутъ права какъ устанавливаться, такъ и прекращаться. Подъ этимъ разумѣтся, что права устанавливаются или прекращаются вслѣдствіе того, что фактическое состояніе ихъ осуществленія или неосуществленія продолжалось въ теченіе долгаго времени. Это фактическое состояніе вслѣдствіе своего продолжительнаго существованія превращается въ существующее по праву и уже безспорное¹⁾.

Сообщая давности такую силу²⁾, право признаетъ истину, которая имѣетъ значеніе не въ одной лишь области права. Время есть сила, отъ которой вовсе не можетъ освободиться человѣческая мысль; что долго существовало, уже потому только, что оно существовало, кажется намъ чѣмъ-то твердымъ и непреложнымъ; бѣда, если мы обманемся въ этомъ ожиданіи³⁾. Притомъ состоянія, на которыя давность налагаетъ печать правомѣрности, не

*) Унтергольднеръ ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 т. 1 изд. 1828, втор. изд., переделанное Ширмеромъ, 1858.

105. ¹⁾ Для того, что мы называемъ давностью, у римлянъ не было соответствующаго названія. Употребляемое новыми писателями выраженіе *praescriptio* на римскомъ юридическомъ языкѣ означаетъ (особый родъ) возраженій, а потому также и возраженіе о давности, *temporis* или *temporalis praescriptio*. Но уже глоссаторы, а послѣ нихъ каноническое право разумѣютъ подъ *praescriptio* просто давность. Два возможныхъ направленія давности стали обозначаться какъ *praescriptio acquisitiva* и *praescriptio extinctiva*. Эти выраженія обыкновенно переводятъ словами: приобрѣтательная и погасительная давность. Такъ какъ первая предполагаетъ владѣніе, то ее умѣстно называть давностью владѣнія (*Ersitzung*). Этому выраженію соответствуетъ римское выраженіе *usucapio*.

²⁾ Ср. съ слѣдующимъ Савиньи IV стр. 305—308. V стр. 267—272, Вехтера II стр. 804.

³⁾ L. 1 D. de usurp. 41. 3. „Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia esset“. L. 5 pr. D. pro suo 41. 10: — „ut aliquis litium finis esset.“ L. 2 pr. D. de aqua et aquae 39. 3: — „vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa“. Юстиніанъ по своему выражаетъ это такъ: „ne prossessores... prope immortali timore teneantur“, l. 7 pr. C. de praescr. XXX 7. 39. Ср. Cic. pro Saecina c. 26: „usucapio... hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium...“

всегда были въ началѣ неправомѣрными. Быть можетъ, дѣйствительно существовало осуществленное право, а неосуществленнаго права на самомъ дѣлѣ вовсе не было; да въ пользу этого говорить даже извѣстная вѣроятность: ибо иначе едва-ли можно допустить, чтобы противникъ столь долго оставилъ существующее состояніе безъ всякаго возраженія. Если же давность дѣйствительно превращаетъ голый, неправомѣрный фактъ въ право, то тотъ, кого давность лишаетъ чего нибудь, во всякомъ случаѣ терпитъ эту потерю не несправедливо; потому что въ теченіе столь долгаго времени онъ могъ прервать существующее состояніе и тѣмъ предохранить себя отъ его невыгодныхъ послѣдствій; а такъ какъ онъ этого не сдѣлалъ, то долженъ терпѣть эти послѣдствія⁴⁾.

Поэтому положительное право не легко могло бы совершенно отказать давности въ своемъ признаніи; но предѣлы этого признанія могутъ быть различны. Римское право признавало давность не для всѣхъ правъ. Оно вовсе не держалось того общаго положенія, что права приобрѣтаются вслѣдствіе продолжительнаго осуществленія и теряются вслѣдствіе продолжительнаго неосуществленія ихъ. Первое или второе, или то и другое вмѣстѣ оно признавало лишь по отношенію къ опредѣленнымъ правамъ⁵⁾; давность должна была особо доказываться по отношенію къ каждому праву, къ которому предстояло примѣнить ее. Вотъ почему въ римскомъ правѣ и нѣтъ общей теоріи давности, а существуютъ лишь правила для частныхъ примѣненій послѣдней⁶⁾.

⁴⁾ Въ приведенномъ въ предыдущемъ примѣчаніи I. 1 D. de usurp. 41. 3 говорится далѣе: „cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium“. Cp. I. 2 C. de ann. exc. 7. 40:—„ut... sit aliqua inter desides [et vigilantes differentia“; I. 3 eod.:—„contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt“.

⁵⁾ Установительную давность оно признавало именно при собственности и сервитутахъ, прекратительную — при сервитутахъ и притязаніи. О примѣненіи давности къ остальнымъ вещнымъ правамъ см. ниже при ихъ изложеніи. Давность не приложима къ обязательствамъ, насколько съ ними не соприкасается давность притязаній, и къ семейнымъ правамъ.

⁶⁾ Этого часто не замѣчали прежнія теоріи, что не осталось безъ реакціи; ср. именно Савиньи IV § 178. Но съ другой стороны было бы крайностью совершенно изгонять понятіе давности изъ теоріи права. Дѣлать этого не слѣдовало бы уже потому, что это понятіе существуетъ въ самой жизни, и слѣдовательно, постоянно будетъ вторгаться въ право, и притомъ безъ всякой системы,

Отсюда можно бы вывести, что здѣсь, въ общей части системы, нѣтъ мѣста для общаго ученія о давности. Но это не такъ, и притомъ по двумъ причинамъ.

1. По римскому праву вслѣдствіе продолжительнаго неосуществленія прекращаются хотя не всѣ вообще права, но всѣ вообще притязанія; тѣмъ не менѣе понятіе притязанія, подобно понятію права, есть понятіе общее (§ 43).

2. Въ новѣйшемъ правѣ выработалось особое примѣненіе давности, несомнѣнно относящееся къ правамъ вообще, это такъ называемая незапамятная давность ⁷⁾.

если оно не будетъ регулировано. Безъ сомнѣнія справедливо, если не по отношенію къ давности вообще, то по отношенію къ прекратительной давности, что границы ея легко сглаживаются. Весьма вѣрно замѣчаютъ, что давность имѣетъ мѣсто лишь тамъ, гдѣ утрачивается какое нибудь право на основаніи неосуществленія его въ теченіе извѣстнаго времени, а не тамъ, гдѣ съ истеченіемъ извѣстнаго времени оно утрачивается лишь потому, что юридическій порядокъ въ силу другихъ основаній съ самаго начала опредѣлилъ для его существованія только извѣстное пространство времени, какъ это, напримѣръ, сдѣлано по отношенію къ праву собственника на выкупъ вещи послѣ обращенія ея въ собственность залогопринимателя, (§ 238 прим. 5), или по отношенію къ праву противъ *sponsor'a* и *fidepromissor'a* по *lex Furia* (Gai. III. 121), ср. Демелиуса *Untersuchungen aus dem Civilrecht* стр. 3 — 7, Унгера II стр. 275—277—и что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ нельзя съ увѣренностью распознать, имѣется ли юридическое опредѣленіе послѣдняго рода или дѣйствительное опредѣленіе давности, нельзя даже утверждать, что извѣстное юридическое опредѣленіе, по мысли автора его, должно постоянно носить тотъ или другой характеръ исключительно. Такимъ образомъ справедливо, что для опредѣленія понятія давности выбранъ скользкій путь, а старая теорія показала, до чего можно дойти этимъ путемъ. Вѣдь говорили же объ уtratѣ права чрезъ „*momentanea praescriptio*“, причемъ разумѣли случаи, когда какое нибудь право можетъ быть осуществлено лишь въ данную минуту, какъ, напримѣръ, право необходимой обороны въ минуту нападенія, и когда этотъ моментъ пропущенъ — противъ чего, правда, высказался уже *Rave de praescriptionibus* р. 3. Ср. указанія объ этихъ старыхъ воззрѣніяхъ у Унгера II § 104 въ я. Противъ этого то ложнаго пути слѣдуетъ предостеречь, и можно бы прибавить, что общее понятіе давности именно вслѣдствіе этой легкости перехода въ другія понятія совершенно неспособно стать основой юридической теоріи; какъ бы то ни было слѣдуетъ въ особенности указать на то, что такою основою оно не было въ римскомъ правѣ: но изъ всего этого не слѣдуетъ, чтобы на самомъ дѣлѣ не было понятія давности, и юридическая теорія не разъяснить дѣла, если она станетъ игнорировать это понятіе.

⁷⁾ *Praescriptio immemorialis*, а также *indefinita*, въ противоположность *praescriptio definita*.

Слѣдовательно, здѣсь должно быть подробно сказано о давности притязаній и о незапамятной давности.

2. Давность притязаній *).

ВВЕДЕНІЕ.

§ 106.

Притязанія прекращаются вслѣдствіе того, что они неосуществляются въ теченіе долгаго времени, хотя бы имъ и не соотвѣтствовало фактическое состояніе. Впрочемъ, этимъ лишь въ самыхъ общихъ чертахъ обозначаются условія давности притязаній, подробности о ней будутъ изложены въ §§ 107—111.

Такъ какъ римляне смотрѣли на притязаніе вообще какъ на право иска, *actio* (§ 44), то и давность притязаній является у нихъ въ видѣ давности исковыхъ правъ, *actiones*. Вотъ почему и нынѣ принято говорить о давности исковъ вмѣсто давности притязаній. Но этимъ воспроизводятъ лишь выраженіе римлянъ, а не сущность дѣла¹⁾.

Давность притязаній (*actiones*) отнюдь не есть первоначальный

*) Рейнгардтъ *die usucapio und praescriptio des röm. R.* (1832) стр. 232 и сл. Кирульфъ стр. 189—215, Савиньи V. § 237—252, Синтенисъ I § 31, Вехтеръ II § 118. 119, Унгеръ II § 119—122.—Приведенное въ § 105 сочиненіе Унтергольцнера разсматриваетъ это ученіе не въ одномъ и томъ же мѣстѣ; но см. именно II §. 252 и сл.

¹⁾ Когда римляне говорятъ объ *actio*, то они желаютъ указать на специфическій моментъ права на искъ (*Klagebefugnis*), то-есть, не моментъ права жаловаться суду въ противоположность самому управомочію, но само управомочіе; судебное преслѣдованіе есть у нихъ выраженіе этого управомочія. Нынѣ, если мы говоримъ о давности „исковъ“ (*Klagen*), то намъ постоянно грозитъ опасность дѣлать изъ специфическаго момента права на искъ выводы, которые вовсе нельзя назвать римскими.—Нѣкоторые писатели поняли это очень вѣрно. Линде (*Zeitschr. f. Civ. и Pr.* II. стр. 153) говоритъ о давности „правъ.“ что, конечно, слишкомъ широко, такъ какъ это выраженіе обнимаетъ собою и давность вѣщныхъ правъ, не имѣющую ничего общаго съ давностью иска. Наоборотъ Вехтеръ (II стр. 806, ср. стр. 476 прим. 1), употребляетъ уже слишкомъ узкое выраженіе „*Schuldverjährung*“ (долговая давность), такъ какъ вѣчное притязаніе едва ли подойдетъ подъ выраженіе долгъ (*Schuld*). Ср. Виндшейда *die Actio* и т. д. стр. 38.

римскій институтъ. Первоначально искъ (*actio*) давности не подлежалъ; *actiones*, ограниченныя временемъ, установлены впервые преторомъ; остальные частныя опредѣленія присоединились сюда уже въ послѣдствіи; правило о давности исковъ впервые высказано было въ 5-мъ столѣтіи ²⁾).

Изъ этого правила существуетъ только одно исключеніе; давностью не подлежатъ податныя требованія казны ³⁾.

²⁾ Θεοδοσίємъ II а. 424 (l. un C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4. 14—l. 3 C. de praescr XXX. 7. 39). Нормальнымъ срокомъ давности Θεοδοсій назначилъ 30 лѣтъ, причемъ онъ однако допустилъ и болѣе краткіе давностные сроки. Подробнѣе объ исторіи этого предмета см. у Пухты Inst. §. 208. Нужно сравнить также: Демелиуса Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht (1856) № 1. Этотъ послѣдній писатель полагаетъ, что между древнею, до еоодосіевскою давностью и давностью притязаній, введенною Θεοδοсіємъ, существуетъ принципиальное различіе; только послѣдняя есть будто-бы истинная давность, только она зиждется на непрерывномъ бездѣйствіи управомоченнаго, между тѣмъ какъ древнѣйшія постановленія будто-бы съ самаго начала ограничивали отдѣльныя *actiones* опредѣленнымъ временемъ, сообразно особому содержанию правоотношенія, дѣлали изъ нихъ *actiones temporales*. Можно пожалуй согласиться, что тутъ дѣйствительно есть различіе,—но еще вопросъ, можетъ ли оно быть проведено столь рѣзко, какъ это дѣлаетъ Демелиусъ; развѣ древнія постановленія не принимали тоже въ соображеніе затемняющую и нивелирующую, или по словамъ Бринца (Rand. стр. 164), „сливающую право съ неправомъ“ силу времени, признавая ее хотя только для нѣкоторыхъ притязаній, но и для послѣднихъ допуская наступленіе ея особенно рано ради ихъ особой природы? (Ср. § 105 прим. 6). Какъ бы то нибыло, не слѣдуетъ торопиться дѣлать изъ этого различія какія бы то ни было выводы. Самъ Демелиусъ соглашается, что это различіе уже не встрѣчается въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ и что потому правила императорскихъ постановленій слѣдуетъ отнести и къ древнимъ *actiones temporales*. Но перенести наоборотъ право послѣднихъ на новую давность онъ не хочетъ. На мой взглядъ, несправедливо; то, что само римское право считало единымъ, нераздѣльнымъ институтомъ, мы не въ правѣ раздвоять лишь на томъ основаніи, что намъ покажется, будто основа относящихся къ этому институту правоположеній не одинакова.—Тѣ же мысли, что у Демелиуса, встрѣчаются независимо отъ него и у Бринца. Rand. § 47.

³⁾ L. 6 C. de praescr. XXX 7. 39. Савиньи стр. 410, утверждаетъ, будто это исключеніе нынѣ «уже не признается». Я не могъ найти никакой точки опоры для этого мнѣнія, къ которому присоединились Пухта, Арндтсъ, Синтенисъ (даже я самъ въ 1 изданіи). Ср. Унтергольцнера II стр. 403, Вангерова I §. 148 прим. 2 № 4, Гольцшугера II §. 19 № 10.—Другія исключенія римскаго права касаются отношеній, нынѣ уже не встрѣчающихся. L. 3

Что притязаніе на раздѣлъ не подлежитъ давности, въ этомъ нѣтъ никакого изъятія, какое обыкновенно въ этомъ случаѣ усматриваютъ, ибо притязаніе это вновь возникаетъ въ каждый моментъ существованія товарищества ⁴⁾).

Давность не можетъ быть устранена и договоромъ, такъ какъ она введена въ силу общественнаго интереса ⁵⁾).

а. Условія давности.

„ Неудовлетвореніе притязанія. Начало давности.

§ 107.

Первое условіе давности притязанія есть неудовлетвореніе послѣдняго; пока притязаніе удовлетворяется, т. е. пока существуетъ требуемое имъ фактическое состояніе, о теченіи давности по отношенію къ нему не можетъ быть и рѣчи ¹⁾. Наоборотъ при неудовлетвореніи притязанія давность начинается свое теченіе съ момента возникновенія самого притязанія ²⁾. Возникшимъ ³⁾ же при-

C. de l. t. praescr. quae pro lib. 7. 22, l. 5 C. de praescr. XXX 7. 39; l. 23 pr. C. de agric. 11. 47.

⁴⁾ Само собою разумѣется, что прочія притязанія изъ товарищества подлежатъ обыкновенной давности, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, ср. l. 6 C. fin. reg. 3. 39.

⁵⁾ Другое дѣло отрѣченіе отъ юридическаго положенія, приобретеннаго посредствомъ давности; оно вполне допускается. Савиньи V стр. 411—413.

¹⁾ Черезъ удовлетвореніе притязанія оно въ большей части случаевъ прекращается, такъ что уже по этому одному не можетъ быть рѣчи о давности. Но это не необходимо; такъ, это не имѣетъ мѣсто именно при притязаніяхъ, направленныхъ на несовершеніе чего нибудь, далѣе при тѣхъ положительныхъ притязаніяхъ, кои направлены на созданіе какого-нибудь продолжительнаго состоянія.

²⁾ L. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40: — „ex quo ab initio competit et semel nata est (actio)“. L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39: — „actiones XXX annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem“. L. 30 C. de l. D. 5. 12. Новые юристы обыкновенно употребляютъ выраженіе *actio nata* въ техническомъ смыслѣ. Ср. Демелиуса Untersuchungen стр. 115. 204.

³⁾ Вопросъ объ „actio nata“, о „возникновеніи (Nativität) исковъ“ имѣетъ обширную литературу. Ср. кромѣ писателей, поименованныхъ въ § 106: Унтергольцнера *Verjährungslehre* I §. 88. II §. 260. 264 — 266, Тона (Thon) *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* VIII. 1 (1835), Ленца *Studien u. Kritiken* и т. д. № 4

тязаніе считается со времени лежащаго въ его основаніи права; притязаніе есть ничто иное, какъ само право въ его направленіи къ подчиненію человѣческой воли (§ 43). Это въ равной мѣрѣ вѣрно какъ по отношенію къ вещному, такъ и по отношенію къ личному притязанію. Если же тѣмъ не менѣе давность вещнаго притязанія не начинается¹ съ возникновеніемъ вещнаго права, подобно тому, какъ личное притязаніе начинается съ возникновенія личнаго права, то это объясняется тѣмъ, что возникающее съ вещнымъ правомъ притязаніе само по себѣ удовлетворено до тѣхъ поръ, пока въ наличности имѣется ничто иное какъ вещное право. Это притязаніе направлено къ тому, чтобы никто не нарушалъ господства надъ вещью, доставляемаго вещнымъ правомъ; пока никто не нарушаетъ этого господства, до тѣхъ поръ управомоченный имѣетъ то, чего онъ можетъ требовать въ силу вещнаго притязанія. А потому давность вещнаго притязанія начинается лишь тогда, когда опредѣленнымъ лицомъ произведено нарушеніе вещнаго господства и когда тѣмъ самымъ управомоченный лишился чего-либо, что онъ долженъ бы имѣть въ силу своего притязанія⁴). Иное дѣло при личномъ притязаніи. А именно, когда личное право, съ коимъ возникаетъ личное притязаніе, направлено на несовершенство чего-либо лицомъ обязаннымъ, то къ личному притязанію примѣняется то же самое, что и къ притязанію, возникающему вмѣстѣ съ вещнымъ правомъ; оно удовлетворено уже съ момента возникновенія,

(1847), Вангерова Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 12 (1850) и Pand. I §. 147 прим., Бракенгефта (Brackenhöft) Arch. f. prakt. RW. IV. 3 (1856), Демелиуса Untersuchungen № 2 (1856), Унгера II §. 116.

⁴) Но вопросъ возникаетъ о томъ случаѣ, когда нарушеніе послѣдовало по волѣ управомоченнаго, напримѣръ, когда собственникъ добровольно передалъ свою вещь другому, подъ условіемъ возврата ея въ послѣдствіи. Нарушеніе здѣсь все-таки имѣется и потому тотчасъ возникаетъ и притязаніе собственника противъ владѣльца (ср. I. 9 D. de R. V. 6. 1). Но начинается ли тотчасъ и теченіе давности для такого притязанія, это зависитъ отъ того, обязался ли собственникъ предоставить владѣльцу вещь на опредѣленное время или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ (напримѣръ, при наймѣ) теченіе давности притязанія начинается только по истеченіи указаннаго времени, такъ какъ до этого времени ему противодѣйствовало возраженіе (§ 109, I. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39); во второмъ случаѣ (напримѣръ, при precarium), гдѣ осуществленію притязанія не противодѣйствуетъ это препятствіе, теченіе давности начинается тотчасъ же (I. 2 C. de praescr. XXX 7. 39 говоритъ о давностномъ владѣніи, Демелиусъ Untersuch. стр. III прим. 2). Ср. прим. 5 въ к. и Унгера § 116 прим. 15 § 120 прим. 7а.

а потому давность для него начинается не со времени его возникновения, а съ того времени, какъ обязанное лицо перестаетъ подчиняться ему. Если же личное притязаніе направлено на извѣстную дѣятельность обязаннаго лица, то пока не наступила эта дѣятельность, притязаніе не будетъ удовлетворено, а потому теченіе его давности начинается тотчасъ же, при чемъ нѣтъ надобности, чтобъ обязанному было сдѣлано напоминаніе объ исполненіи обязанности и чтобъ онъ уклонился отъ этого исполненія ⁵⁾).

5) Объ этомъ вообще нѣтъ спору, за исключеніемъ того разряда случаевъ, когда управомоченный, не будучи связанъ опредѣленнымъ срокомъ (что въ этомъ случаѣ давность начинается лишь по истеченіи этого срока, въ этомъ всѣ согласны, см. прим. 7 съ текстомъ и § 109 № 1), заявилъ однако открыто или безмолвно, что на время воздержится отъ всякаго пользованія своимъ притязаніемъ какъ напимѣръ при займѣ, данномъ безъ всякихъ оговорокъ, или съ оговоркою, что получатель можетъ удерживать занятое до тѣхъ поръ, пока заимодавецъ не потребуетъ обратно („auf Kündigung“, „bis zur Kündigung“, ср. l. 48 D. de V. O. 45. l. „desem cum petiero“), дажѣ при поклажѣ, *precarium*, при удержанномъ за собою правѣ выкупа (обыкновенно сюда же относимый случай *commodatum* сюда не относится, такъ какъ ссужающій обязанъ оставить вещь у ссужаемаго до той, пока этотъ воспользуется ею), ср. Демелиуса *Untersuch.* стр. 178 и сл., Унгера II §. 116 прим. 11. По отношенію къ этимъ случаямъ извѣстные писатели (Кирульфъ стр. 193 и сл., Савиньи V стр. 291 и сл., Синтенисъ I стр. 281 и сл., Пухта *Vorles.* I стр. 204—206, Келлеръ стр. 172, 173) утверждаютъ, что *actio nata* является лишь тогда, когда обязавшійся на требованіе вѣрителя отказался доставить удовлетвореніе. Это мнѣніе опирается не столько на источники, противъ опредѣленій коихъ оно лишь защищается и притомъ въ силу правильнаго толкованія безуспѣшно (см. l. 1 §. 22 D. dep. 16. 3, l. 94 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 8 §. 7 D. de prec. 43. 26, и объ этомъ Виндшейда *die Actio* и т. д. стр. 42 прим. 11 [гдѣ однако на стр. 43 вторая строка примѣчанія сверху слѣдуетъ читать „nicht nicht“ вѣсто „nicht“]), сколько на существѣ дѣла, при чемъ утверждаютъ, что до помянутаго удовлетворенія должникъ не совершилъ еще никакого правонарушенія. Но этотъ аргументъ не касается защищаемаго здѣсь воззрѣнія, относящаго теченіе давности къ притязанію; для господствующаго воззрѣнія, относящаго теченіе давности къ праву иска, аргументъ этотъ крайне сомнителенъ, — право иска, то-есть, право жаловаться, призывать государство на помощь, можетъ быть дано только потерпѣвшему правонарушеніе. Тѣ, кои отвергаютъ это (Тонъ стр. 33 и сл., Лейбъ стр. 337 и сл., Вангеровъ *Arch.* стр. 295 и сл. и *Pand.* § 147 прим. № I. 2, Унгеръ стр. 377 и сл.), на самомъ дѣлѣ разумѣютъ подъ исковымъ правомъ, искомъ, ничто иное какъ то, что здѣсь названо притязаніемъ, такъ что остается еще спорить только о названіяхъ. Мнѣніе Вехтера (II стр. 412 — 413. 807), что правонарушеніе, обуславливающее искъ, заключается уже въ неудовлетворенности самаго притязанія, подлежитъ спору именно по отношенію къ

Условное притязаніе не есть еще возникшее притязаніе (§ 89) а потому теченіе его давности начинается лишь съ наступленіемъ условія ⁶⁾. Точно также срочное притязаніе не есть еще возникшее притязаніе (§ 96); а потому теченіе его давности начинается лишь съ наступленіемъ назначеннаго для него срока ⁷⁾. Вслѣдствіе того при притязаніяхъ на періодически повторяющіеся взносы (ренды, проценты, наемныя и арендныя деньги) для всякаго взноса, коему наступилъ срокъ, течетъ особая давность; однако поло-

указанному случаю: можетъ ли кто нибудь жаловаться на то состояніе, которое существуетъ по его волѣ? И Демегіусъ (Untersuch. стр. 146 и сл.) полагаетъ, что въ объективномъ состояніи неудовлетворенности притязанія основаніемъ служить хотя и не самое право иска, но все-таки его давность, что право иска возникаетъ въ одно время съ лежащимъ въ его основѣ правомъ (actio nata въ одномъ смыслѣ), но что лишь неудовлетвореніе права иска вызываетъ его къ дѣятельности, такъ что уже можетъ быть рѣчь о бездѣйствующемъ искомомъ правѣ (actio nata въ другомъ смыслѣ). Если измѣнить и здѣсь слова право иска словомъ притязаніе, то въ сущности нечего будетъ возражать. Прежніе писатели прибѣгали къ слѣдующему правилу: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Правило это встрѣчается у Унтергольцнера II §. 260, но со времени возраженій То на (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 1 § 1—12 (1835) оно всѣми отвергнуто. Однако въ немъ есть и доля истины, см. прим. 9. О всемъ вопросѣ см. Виндшейда die Actio и пр. стр. 41—45. Продловскій (Zrodowski) Arch. f. civ. Pr. LII 14. Практика стоитъ еще преимущественно на точкѣ зрѣнія теоріи нарушенія, но такъ однако, что при процентномъ займѣ она усматриваетъ устанавливающее искъ правонарушеніе даже въ неплатежѣ процентовъ. Такъ признано и въ рѣшеніяхъ у Зейф. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, см. тоже XIV. 204. Правильный взглядъ проводится въ рѣшеніяхъ V. 272, XVII. 203, см. тоже XVIII. 233. Штутгартскій обертрибуналъ въ послѣднее время (XIX. 7) рѣшилъ, что давность при безпроцентномъ займѣ начинается немедленно со времени его выдачи, при процентномъ же займѣ лишь съ востребованія или просрочки платежа процентовъ, — непоследовательность, которую порицалъ уже издатель Архива. Зейф. Arch. XXII. 206. XXIII. 7.—Впрочемъ рассмотрѣнный здѣсь вопросъ повторяется и при вещныхъ притязаніяхъ, хотя къ нимъ его обыкновенно не относятъ. Что касается притязанія о собственности со стороны лица, которое дало какую нибудь вещь пресакію, то это притязаніе, подобно притязанію личному, устанавливается немедленно, и владѣлецъ до обратнаго требованія вещи не совершаетъ никакого правонарушенія чрезъ неисполненіе этого требованія. См. прим. 4.

е) L. 7 §. 4 C. de praescr. XXX 7. 39.

7) L. 7 §. 4 C. cit., ср. l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71. Но на срочное притязаніе можно смотрѣть еще иначе, именно можно считать, что оно получаетъ

жительно опредѣлено, что давностью притязанія на капиталъ исключается всякое дальнѣйшее притязаніе на проценты ⁸⁾.)—

Есть случай, когда давность притязанія начинается уже до его возникновенія; это именно тогда, когда возникновеніе притязанія поставлено въ зависимость отъ одной воли управомоченнаго. Притязаніе, возникновеніе котораго зависитъ отъ одного моего слова, можетъ быть мною приведено въ дѣйствіе точно также, какъ и притязаніе, которое мнѣ теперь уже принадлежитъ, а потому мое бездѣйствіе по отношенію къ нему будетъ имѣть тоже значеніе, какъ и бездѣйствіе по отношенію къ возникшему уже притязанію ⁹⁾).

бытье тотчасъ же, но не тотчасъ можетъ быть приведено въ дѣйствіе (§ 96). Если понимать его такимъ образомъ, то положеніе, что назначеніе срока исключаетъ давность, относится не сюда, а къ § 109.

⁸⁾ L. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 26 pr. C. de us. 4. 32. Зейф. Arch. IV. 201 № II, VI. 3, XIII. 6, XIV. 110, XVIII. 2.—Подлежитъ ли давности и право на срочное доставленіе, какъ таковое? Вопросъ этотъ споренъ со времени глоссаторовъ. Въ прежнее время большинство писателей отвѣчали на него отрицательно, см. именно I. H. Boehmer Exerc. ad. Pandectas V n° 85. ius. eccl. Prot. II 26 §. 4—24; въ новое же время преобладающее мнѣніе стоитъ за утвердительный отвѣтъ, однако лишь при предположеніи послѣдовавшаго со стороны должника спора противъ права въ цѣломъ его объемѣ. См. Унтергольднера II стр. 306, Савиньи V стр. 312, Синтенисъ I § 31 прим. 35, Гольцшугера I § 19 № 3; Зейф. Arch. I. 156, III. 138, VI. 4 въ к., IX. 117. 323, XI. 6 (въ примѣчаніи), XIV. 110. 117 № I, XVI. 2, XVII. 83. Ср. тоже Бухха и Будде Entscheidungen IV. 41. Отказа отъ доставленія удовлетворенія не требуютъ рѣшенія у Зейферта: I. 157, III. 3, VI. 4 въ н., VI. 182, и въ этомъ же смыслѣ высказался Герберъ Jahrb. f. Dogm. II стр. 47. 48. Ср. еще Зейф. Arch. XIV. 117 № II. III. Противъ всякой давности права въ цѣломъ его объемѣ высказался въ послѣднее время снова Демелиусъ Untersuchungen стр. 200—203; ему слѣдуютъ Ширмеръ zu Unterh. § 262 прим. 740, Унгеръ § 120 прим. 10. Въ пользу этого мнѣнія говорятъ l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39 и l. 46 § 9 C. de ep. et cl. 1. 3; въ пользу давности послѣ послѣдовавшаго отказа l. 14 C. de fund. patr. 11. 61, который, какъ мнѣ кажется, отправляется отъ идеи, вводя чуждой давности притязанія („si per quadraginta annos adempti canonis beneficium iugitur possederunt“).

⁹⁾ Это есть, какъ я полагаю, истинная сторона въ правилѣ, упомянутомъ въ концѣ 4 примѣчанія. Господствующее мнѣніе не согласно съ этимъ; но оно вводитъ въ значительныя затрудненія, по крайней мѣрѣ, даже тѣхъ, которые рѣшаютъ указанный въ 5 примѣчаніи случай въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ тамъ рѣшенъ. Они должны были бы, напрѣмѣръ, принять, что если при договорѣ купли-продажи покупатель удержалъ за собою право отступить отъ покупки, то

В. Неосуществленіе притязанія.

§ 108.

Второе условіе давности притязанія есть неосуществленіе его. Черезъ осуществленіе притязанія давность, начавшаяся для него съ его возникновенія или неудовлетворенія, прекращается, или,

давность для его притязанія противъ продавца начинается только со времени заявленнаго отступленія, между тѣмъ какъ они принимаютъ, что теченіе давности для притязанія изъ условнаго права выкупа (*actum de retrovendendo*) начинается со времени заключенія договора купли-продажи или передачи вещи (первое, разумѣется, правильнѣе. (Противъ этого хотя и Демеліусъ *Untersuch.* стр. 194 и сл., но не убѣдительно; ср. тоже Унгера § 116 прим. 11). Далѣе: если заемъ сдѣланъ до „востребованія“ („auf Kündigung“, „bis zur Kündigung“), то теченіе давности, по ихъ мнѣнію, начинается немедленно же; если же „черезъ восемь дней по востребованіи“, то начинается черезъ восемь дней по востребованіи, такъ что уплата по такому займу при отсутствіи востребованія можетъ быть потребована спустя сто и даже болѣе лѣтъ! Конечно, нельзя не замѣтить, что подобное рѣшеніе рѣзко противорѣчитъ всему институту давности и его назначенію“, Унгеръ стр. 410; но „съ чисто теоретической точки зрѣнія“, думаетъ этотъ писатель, иначе рѣшить невозможно. Да и правильна ли эта „теоретическая точка зрѣнія“? По выставленному въ текстѣ правилу такой заемъ слѣдуетъ разсматривать какъ заемъ, уплата по которому можетъ быть потребована черезъ восемь дней; такъ что теченіе давности для притязанія, порождаемаго имъ, начинается черезъ восемь дней. Такъ и Вехтеръ II § 118 прим. 15; противъ Тонъ стр. 3 и сл., Вангеровъ *Arch.* стр. 312 и *Pand. I* § 147 прим. № II. 3, Демеліусъ стр. 177, Унгеръ II § 120 прим. 6, см. тоже прим. къ Зейф. *Arch.* XIX. 7. Въ практикѣ защищаемое здѣсь мнѣніе еще не принято; она преимущественно уравниваетъ востребованіе съ просрочкою платежа процентовъ. Зейф. *Arch.* I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XIX. 7 № 2. Противъ этого послѣдняго: XIII. 122, XX. 196; наоборотъ противъ причисленія срока востребованія въ случаѣ просрочки платежа процентовъ: XIII. 6.—Но на выставленномъ въ текстѣ правилѣ слѣдуетъ остановиться, а не доходить до того, чтобы принимать, будто теченіе давности начинается тотчасъ же и въ томъ случаѣ, когда управомоченному предоставлено чрезъ какое либо дѣйствіе (точнѣе: дѣйствіе иное, чѣмъ изъясненіе желанія) вызвать притязаніе; это несправедливая сторона правила: *toties praescribitur* и т. д. А потому давность притязанія, напр. на возвращеніе заложенной вещи начинается только съ погашенія долга (I. 9 § 3 *D. de pign. act.* 13. 7), а не тотчасъ же по врученіи заложенной вещи. Ср. Глюка XIV стр. 169 и сл., Савиньи стр. 283. 299 и сл., Вангерева *Pand. I* §. 147 прим. № II. 5, Унгера § 120 прим. 5, Дербурга *Pfandrecht I* стр. 159. 160; противъ этого, съ ссылкой на означенное правило, Унтергольднеръ II §. 264; Цродловскій *Arch. f. civ. Pr.* III. 14.

какъ говорятъ, прерывается ¹⁾. Но для перерыва давности не требуется полного осуществленія притязанія, т. е. не требуется, чтобы обязанное лицо совершило всѣ дѣйствія, соотвѣтствующія притязанію; достаточно, чтобы въ силу притязанія отъ обязаннаго лица было что-нибудь получено, напримѣръ, проценты, уплата части долга, закладъ, поручительство, новый долговой документъ ²⁾, или чтобы было удержано что-нибудь изъ принадлежащаго ему ³⁾. Мало того, для прекращенія давности достаточно, чтобы управо-

¹⁾ Выраженія, сообразныя съ источниками: interruptio temporis, praeteriti § 108. temporis; interrupta temporum curricula; temporalis interruptio; interruptum silentium; просто interruptio. L. 1 § 1 l. 2. 3. C. de ann. exc. 7, 40, l. 7 pr. § 5 C. de praestr. XXX 7. 39, l. 5 C. de duob. reis. 8. 40. Идея перерыва относится лишь къ позднѣйшей давности, Демелиусъ Untersuch. стр. 60—64. 96 и сл.

²⁾ L. 7 § 5 l. 8 § 4 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 5 C. de duob. reis. 8. 40. Ср. Савиньи стр. 314—316, Зейф. Arch. VIII. 9, XX. 197 ср. 188. Достаточно ли простое признаніе? За это Унтергольднеръ § 262, Савиньи стр. 314. 315, Демелиусъ Untersuch. стр. 63. 100, Зейф. Arch. X. 223, XVI. 90. 91, XIX. 113; противъ этого Брунсъ Zeitschr. f. Rechtsgesch. I стр. 108. — Нѣкоторые утверждаютъ, что сдѣланный платежъ процентовъ исключаетъ теченіе давности еще до ближайшаго срока процентовъ: Савиньи стр. 306 и сл., Вехтеръ II § 118 прим. 16; противъ этого Демелиусъ Untersuch. I стр. 170 и сл., Ширмеръ zu Unterholzner II стр. 308 прим. *, Унтеръ II стр. 408 въ прим., Вангефовъ I стр. 227 (въ 7 изд.; противное еще въ 6 изд. стр. 255), см. тоже прим. 5 къ Зейф. Arch. XIX. 7. Если по правильному воззрѣнію основаніе, въ силу котораго платежъ процентовъ прерываетъ давность, усматривать въ томъ, что вѣритель процентами удовлетворяетъ свое притязаніе, то выше приведенное мнѣніе само себя опровергаетъ (проценты пришлось бы платить впередъ). Но мнѣніе это находится подъ вліяніемъ теоріи правонарушенія (§ 107 прим. 5), въ силу которой только неплатежомъ процентовъ нарушается право вѣрителя на капиталъ. Въ такомъ смыслѣ высказались рѣшенія у Зейф. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XVII. 2, XIX. 7.—Исключается ли давность и тѣмъ, что проценты получаютъ третьимъ владѣльцемъ ипотеки? Утвердительный отвѣтъ находимъ въ заключеніи берлинскаго обертрибунала отъ 2 мая 1842 г. у Зейф. Arch. I. 158.

³⁾ L. 7 § 5 C. de praescr. XXX 7. 39. „Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis“. Савиньи стр. 314. Другіе (Унтергольднеръ II стр. 308, Унтеръ II § 121 прим. 23а) вопреки буквальному смыслу этого мѣста полагаютъ, что оно относится къ передачѣ обшаннаго залога и заключающемуся въ ней признанію (Anerkennung), такъ что стало быть владѣніе залогомъ какъ таковое не служитъ основаніемъ исключенія давности.

моченный совершилъ все зависящее отъ него для обезпеченія удовлетворенія своего притязанія, т. е. достаточно, чтобъ онъ предъявилъ искъ къ обязанному лицу ⁴⁾; но одно напоминаніе объ удовлетвореніи притязанія не прерываетъ давности ⁵⁾. Искъ можетъ быть предъявленъ либо оффиціальному суду, причемъ однако

⁴⁾ Рѣшительнымъ моментомъ въ этомъ отношеніи служить вызовъ въ судъ, въ письменномъ судопроизводствѣ сообщеніе исковаго прошенія отвѣтчику. L. 3 C. de app. exc. 7. 40, l. 7 pr. § 5 C. de praescr. XXX 7. 39. При древнихъ *temporales actiones* рѣшительнымъ моментомъ было начало *iudicium*, *litis contestatio*; преторъ объявлялъ *iudicium* лишь на извѣстное время, въ теченіе котораго оно и должно было совершиться. Относящіяся сюда два мѣста внесены по недосмотру безъ измѣненій въ пандекты, l. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 § 1 D. de fidei et pot. 27. 7, ср. тоже l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17. На основаніи этихъ мѣстъ нѣкоторые при древнихъ *actiones temporales* еще и нынѣ обращаютъ вниманіе на *litis contestatio*, такъ Вангеровъ I § 151 прим. 1 № 2; противъ этого Савиньи V стр. 318, Вехтеръ *Ergörterungen* III стр. 193 прим. 29. И у тѣхъ писателей, кои не дѣлаютъ различія между древнею и новою давностью, встрѣчаются иныя воззрѣнія. Таковы: 1) Перерывъ давности наступаетъ лишь со времени *litis contestatio*, но отодвигается къ предъявленію иска; такъ Унтергольцнеръ I § 124. 2. Перерывъ этотъ наступаетъ съ вызовомъ въ судъ, но тоже отодвигается ко времени предъявленія иска; таково мнѣніе Пухты *Pand.* § 90 p. Vorl. I стр. 207. Зейф. *Arch.* XXI. 194. 3. Наступаетъ онъ прямо съ предъявленія иска; это мнѣніе Синтениса I §. 31 прим. 52, Шеффера (*Schäffer*) *Zeitschr. f. civ. u. Pr. N. F.* VIII стр. 276 и сл.; Зейф. *Arch.* XV. 90. Воззрѣніе, высказанное въ текстѣ, можетъ быть названо господствующимъ; ср. Л. Е. Пфотенгауера (*L. E. Pfotenhauer*) über die Unterbrechung der *Klagenverjährung* (1843), Савиньи V стр. 316 — 318, Вехтера *Ergörterungen* III стр. 89 и сл., В. Эммингауса (*B. Emminghaus*) *Arch. f. prakt. RW. N. F.* II стр. 139 и сл., Буха и Будде *Entscheidungen des OAG. zu Rostock* II стр. 44—48. VI стр. 57—59. Зейф. *Arch.* VIII. 233 (стр. 331) XIII. 231, XXI. 195. 196, см. тоже VIII. 228.—Давность древнихъ *temporales actiones* прерывалась также подачею жалобы императору (l. 2 C. quando lib. 1. 20, l. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39), что для насъ, конечно, утратило всякое значеніе. Ср. Бетмана-Гольвега *Handb. des Civilprozesses* I §. 38. röm. Civilprozess III §. 164. — Осуществленіе притязанія чрезъ возраженіе: Зейф. *Arch.* XVIII. 107. Иначе смотритъ Унтергольцнеръ I §. 128, Савиньи стр. 321, Синтенисъ I §. 31 прим. 52 въ к.—Возбужденіе гипотекарнаго иска прерываетъ также давность личнаго притязанія и наоборотъ, предполагая тождество противника. L. 3 C. de app. exc. 7. 40. Зейф. *Arch.* XVIII. 106. Ср. впрочемъ Зейф. *Arch.* I. 7, V. 137, XXI. 197, XXII. 207.—Предъявленіе конкурсу: Зейф. *Arch.* XXII. 208.

⁵⁾ Савиньи V стр. 313, Вехтеръ II стр. 816. Ср. Зейф. *Arch.* IX. 249.

требуется, чтобы дѣло было подсудно ему ⁶⁾, либо по соглашенію сторонъ третейскому судѣ ⁷⁾. Если же отвѣтчика нѣтъ на лицо, то давность можетъ быть прервана словеснымъ или письменнымъ заявленіемъ суду; буде же и этого нельзя сдѣлать, то также цѣль можетъ быть достигнута чрезъ письменное заявленіе мѣстному начальству, а въ крайнемъ случаѣ чрезъ препровожденіе подписаннаго нотаріусомъ или тремя свидѣтелями заявленія въ мѣстожительство отвѣтчика ^{8 9)}.

§ 109.

При наличности извѣстныхъ предположеній давность не имѣетъ мѣста, помимо того, что притязаніе не приводится въ осуществленіе. Въ этомъ случаѣ говорятъ: давность пріостановилась, не движется (*ruht*) ¹⁾.

1) Давность не течетъ, доколѣ притязанію противопоставлено возраженіе. Давая возраженіе противъ притязанія, право само дѣлаетъ осуществленіе послѣдняго невозможнымъ, такъ что ослибъ оно связывало съ такимъ неосуществленіемъ какое-нибудь невыгодное послѣдствіе, то противорѣчило бы самому себѣ ²⁾. Но изъ

⁶⁾ L. 7 C. ne de statu def. 7. 21. Болпъ (Bopp) Arch. f. civ. Pr. XLII стр. 97 и сл. Зейф. Arch. XI. 7.—А если въ искѣ отказывается при самомъ предъявленіи его? Болпъ в. п. с. стр. 106, Унтергольцнеръ I стр. 44⁶. Синтенисъ I §. 31 прим. 53, Унгеръ II § 121 прим. 28. Зейф. Arch. VI. 133, VIII. 228, IX. 250. 251, XX. 101.

⁷⁾ L. 5 §. 1 C. de rec. arb. 2. 56.

⁸⁾ L. 2 C. de ann. 7. 40. Это мѣсто указываетъ обращаться при отсутствіи суда къ епископу или *defensor civitatis*; здѣсь можно разумѣть и мѣстное начальство, по удачному мнѣнію Вехтера II стр. 817. Ср. Зейф. Arch. IX. 249.

⁹⁾ Высшій апелляціонный судъ Любека рѣшилъ (Зейф. Arch. XVI. 93), что неправо воспрепятствованіе предъявленію иска, послѣдовавшее со стороны отвѣтчика, даетъ право на *replica doli*.

¹⁾ Новые писатели говорятъ: *praescriptio dormit*. Остановка давности можетъ наступить какъ во время теченія ея, такъ и при самомъ возникновеніи притязанія. Въ первомъ случаѣ съ устраненіемъ отношенія, остановившаго теченіе давности, прежняя давность продолжаетъ свое теченіе, тогда какъ при перерывѣ давности (§ 108) протекшее до него время давности навсегда устраняется, такъ что по прекращеніи перерыва должна начинаться новая давность.

²⁾ Новые писатели говорятъ: *agere non valenti non currit praescriptio*. Сюда именно относится также случай, когда должнику предоставлено требованіе, обязывающее самого вѣрителя. Обыкновенно указываются еще слѣдующіе случаи:

этого правила есть одно естественное исключеніе, а именно: если во власти управомоченнаго было устранить противопоставленное его притязанію возраженіе и отъ него могло быть потребовано, чтобъ онъ устранилъ его, то онъ не въ правѣ ссылаться на такое возраженіе ³⁾.

2) Юридическая неспособность управомоченнаго къ осуществленію своего притязанія вообще не признается основаніемъ для приостановленія давности, такъ какъ эта неспособность можетъ

а) случай предоставленной должнику отсрочки (*moratorium*), l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71; б) случай, когда наслѣдникъ принялъ наслѣдство на правѣ инвентаря (*beneficium inventarii*): въ теченіе срока, предоставленнаго ему для составленія инвентаря, къ нему не могутъ быть обращаемы требованія кредиторовъ наслѣдства, l. 22 §. 11 C. de iure del. 6. 30; в) случай, когда строительный матеріалъ употребленъ на чужое зданіе: пока зданіе существуетъ, нельзя требовать выдачи застроеннаго матеріала, § 29. I. de R. D. 2. 1. Но по вѣрному мнѣнію приведенное правило не приложимо именно къ этому послѣднему случаю; это доказывается тѣмъ, что застройкою чужаго матеріала не прерывается даже давность владѣнія имъ. За утрату иска о собственности предоставляется право на вознагражденіе. Ср. §. 182 прим. 13 во второй половинѣ. Зейф. Arch. XXI. 183, XXII. 285.

³⁾ Вопросъ о вліяніи возраженія, противопоставленнаго притязанію, на давность послѣдняго еще недостаточно разработанъ. Савиньи (V стр. 290) утверждаетъ, что ни одно *exscriptio* не исключаетъ давности, и (повидимому только) по отношенію къ отсрочивающимъ возраженіямъ съ нимъ согласенъ Дербургъ Pfandr. II стр. 601, по отношенію къ разрушающимъ возраженіемъ Унгеръ II стр. 410. По мнѣнію Унгера, отсрочивающія возраженія тогда исключаютъ давность, когда отстранить ихъ „не во власти имѣющаго право иска“; тоже думаетъ Вангеровъ I § 147 прим. № I. 3. Въ сущности это не болѣе какъ возраженіе (Бринцъ стр. 167) къ правилу: *toties praescribitur* и пр., хотя Унгеръ (в. п. с. прим. 7а) и отрицаетъ это. Выставленное въ текстѣ правило для того, чтобы, не взирая на возраженіе, имѣла мѣсто давность, требуетъ, чтобы управомоченный не только могъ, но и долженъ былъ устранить возраженіе. Такъ именно слѣдуетъ рѣшать, напримѣръ, при возраженіяхъ удержанія и зачета (управомоченному слѣдовало бы удовлетворить притязаніе своего прогивника), при возраженіи *exsussionis* (что вѣритель не обращалъ требованіе на должника, было верадѣніе, ср. Гиртанера *Bürgschaft* стр. 477) и пр. Тоже при т. наз. *exscriptio non adimpleti contractus*, ср. II § 321 прим. 2. Иначе слѣдуетъ отнести къ притязанію того, кто отдалъ своему вѣрителю какую-нибудь вещь въ закладъ. Онъ не можетъ основывать притязаніе на возвратъ вещи на возраженіи о непогашенномъ долгѣ; онъ имѣетъ лишь притязаніе на возвратъ заклада послѣ погашенія долга, а не прежде,—притязаніе, которое онъ, хотя и можетъ возбудить, когда захочетъ, но не посредствомъ простаго изъявленія воли (§ 107 прим. 9 въ в.).

быть восполнена чрезъ представительство ⁴⁾. Впрочемъ, въ важныхъ случаяхъ отсюда допускаются исключенія, а именно: давность не имѣетъ мѣста противъ дѣтей, имущество коихъ подлежитъ праву пользованія ихъ отца ⁵⁾, также противъ недостигшихъ половой зрѣлости; и наконецъ въ теченіе 30 лѣтъ противъ несовершеннолѣтнихъ ⁶⁾. Сюда же можно отнести то опредѣленіе, что теченіе давности притязанія собственника на выдачу находящагося въ чужихъ рукахъ приданого начинается противъ жены лишь съ того времени, когда приданое перейдетъ къ ней ⁷⁾.

3) Фактическія препятствія къ осуществленію притязанія принимаются во вниманіе, когда имѣетъ мѣсто исчисленіе времени, указанное въ § 104. Кромѣ того теченіе давности приостанавливается еще единственно ⁸⁾ вслѣдствіе непріятельскаго вторженія ⁹⁾, а при притязаніяхъ римской церкви чрезъ расколь ¹⁰⁾.

⁴⁾ Таковы юридическія лица, умалишенные и расточители. Унтергольцнеръ I § 39, Савиньи IV стр. 436 и сл., Зейф. Arch. XII. 121.

⁵⁾ L. 1 §. 2 C. de ann. exc. 7. 40, l. 1 i. f. C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 22 c. 24 i. f. Унтергольцнеръ I §. 34 Зейф. Arch. II. 196.

⁶⁾ L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, Nov. 22 c. 24 i. f., l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41. Унтергольцнеръ I §. 35, Гаймбергеръ (Haimberger) Arch. f. civ. Pr. XXI стр. 229—234, Вангеровъ I §. 148 прим. 2 № 1. 2. Въ пользу уравнианія несовершеннолѣтнихъ съ недостижшими половой зрѣлости въ нынѣшнемъ правѣ рѣшеніе у Зейф. VII. 143; противъ этого приписка издателя и X. 224. Эммингаусъ Arch. f. pract. RW. N. F. IV стр. 396 и сл.

⁷⁾ L. 30 C. de I. D. 5. 12. Дѣло тутъ представляется не совсѣмъ въ томъ видѣ, какъ въ вышеозначенныхъ случаяхъ, ибо жена, пока не достанется ей приданое, не имѣетъ на него никакого притязанія. Между тѣмъ въ силу того, что она принимаетъ его въ томъ видѣ, въ какомъ оно находилось у ея мужа, ей собственно слѣдовало бы признать протекшее противъ мужа давностное время имѣющимъ силу и противъ нея; вотъ это устраняется означеннымъ закономъ.

⁸⁾ Именно не вслѣдствіе невѣдѣнія управомоченнаго, ср. l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33, l. 3 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. Савиньи III стр. 407 и сл.—Можно ли просить возвращенія въ пр. пол. противъ истекшей давности, это другой вопросъ, см. § 119.

⁹⁾ C. 13. 14. C. 16 qu. 3, c. 10 X. de praescr. 2. 26. Особое изслѣдованіе объ этомъ сост. Маредоллемъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII 8; Унтергольцнеръ I § 88 прим. 296, Вангеровъ I §. 323 прим. 2 № 3.

¹⁰⁾ C. 14 X. eod.

γ. Истечение времени.

§ 110.

Неосуществление притязания въ томъ видѣ, какъ оно подробно опредѣлено въ предыдущемъ изложеніи, должно непрерывно продолжаться, въ теченіе предписаннаго времени. По общему правилу срокъ давности обнимаетъ 30 лѣтъ ¹⁾). Для нѣкоторыхъ притязаній онъ увеличивается до 40 лѣтъ ²⁾), въ одномъ случаѣ до 50 ^{3а)}), а

§ 110.

¹⁾ L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40.

²⁾ 40-лѣтнею давностью погашаются: а) притязанія церковей и благотвори-
тельныхъ учрежденій, ибо въ противномъ случаѣ притязанія эти погашались бы
10, 20 и 30-лѣтнею давностью, Nov. 111. 131. c. 6; Унтергольцнеръ I §
40. 41, Савиньи V стр. 354 и сл.; б) притязаніе залоговѣдателя на выдачу
заклада при извѣстныхъ условіяхъ, l. 7 pr. §. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, ср.
§ 235 прим. 27; в) всякое притязаніе, давность коего прервана процессомъ, ко-
торый приостановился, l. 9 C. eod., l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, т. н. дав-
ность приостановленія процесса (Litispendsenz). Особое изслѣдованіе о ней Линде
Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 5. 6. (1829); кромѣ того ср. Унтергольцнера
I §. 125 № 5, Савиньи V стр. 322—326, Вехтера Erörter. III стр. 96.
97, Бухка Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältnisz II стр.
55 и сл., Вангерова I §. 152 прим. 1; Зейф. Arch. II. 127, III. 2, VI. 5.
Нѣкоторые, даже тѣ, которые допускаютъ, что перерывъ этой давности насту-
паетъ ранѣе, требуютъ для этой новой 40-лѣтней давности, чтобы процессъ до-
стигъ до момента litis contestatio, при чемъ относить къ послѣдней въ смыслѣ
юстиніанова права означенныя въ §. 108 примѣчаніи 4 мѣста, въ коихъ сказано,
что litis contestatio ограждаетъ притязанія отъ вліянія истеченія времени,
Пухта § 96. g, Бухка в. п. с. стр. 60 и сл., Ширмеръ zu Unterh. I §. 124
прим. 425а въ к. См. противъ этого требованія Линде в. п. с. стр. 172 и сл.,
Савиньи стр. 323, Вехтеръ Erörter. III стр. 97. 98. d) Не распростра-
няется ли сила 40-лѣтней давности и на притязанія казны (fiscus) и государя
съ его супругою? На вопросъ этотъ по отношенію къ притязаніямъ на приобрѣ-
тенное уже имущество, по крайней мѣрѣ, по отношенію къ притязаніямъ о соб-
ственности, всѣ отвѣчали прежде утвердительно на основаніи l. 4 C. de praescr.
XXX. 7. 39, l. 14. C. de fund. patr. 11. 61, l. 6 §. 1 D. de I. F. 49. 14; по-
слѣ изслѣдованія Савиньи V стр. 359—361 господствующее мнѣніе выска-
залось за отрицательный отвѣтъ. См. Вангерова I §. 148 прим. 2 № 4 (съ
6 изд.), Синтениса I §. 31 прим. 7 и цитату въ примѣчаніи 3 ниже указыва-
емой статьи Гефтера; а также Зейф. Arch. III. 296, XVII. 112. Но въ но-
вѣйшее время прежнее мнѣніе снова защищаютъ Гефтеръ Jahrb. des. gem.
R. VI. 1. (1862) и Геймбахъ Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 2 (1865). Послѣд-
ній заимствуетъ свои аргументы только изъ римскаго права; Гефтеръ же

въ другомъ даже до 100 лѣтъ³⁾; въ иныхъ случаяхъ онъ понижается до 20, 10, 5, 4 лѣтъ, 1 года, 1/2 года, 2 мѣсяцевъ⁴⁾.

Не требуется, чтобы въ періодъ теченія давности не произошло перемѣны въ лицахъ. Когда вслѣдствіе юридическаго преемства въ притязаніе вступаетъ другой управомоченный или обязанный, то притязаніе это остается тѣмъ же самымъ, а потому и давность его продолжаетъ свое теченіе безостановочно. Но буде при перемѣнѣ въ лицахъ тожество притязанія не сохранится, то можетъ случиться, что возникающему теперь притязанію можно будетъ засчитать давность прежняго притязанія. Таковъ именно случай, когда вещь, на которой основано притязаніе, путемъ юридическаго преемства переходитъ къ другому владѣльцу⁵⁾.

ссылается на подходящий къ l. 14 C. de fund. patr. и общепризнанный «нѣмецкій обычай», «обычай, коего нельзя считать отиѣненнымъ возраженіями противъ него, ведущими свое начало только съ тридцатыхъ годовъ нынѣшняго столѣтія, и который доселѣ еще не укоренился въ практикѣ». Прежнее мнѣніе удержалось въ судебномъ рѣшеніи у Зейф. Arch. XVIII. 14. Не сюда относятся, какъ нѣкоторые утверждали, притязанія городовъ (l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 111); Унтергольцнеръ I §. 45. Савиньи V. стр. 359, Вангеровъ I §. 148 прим. 2 № 5, Пфейферъ Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 6; Зейф. Arch. III. 297. XIII. 7 (но см. тоже III. 137).

²⁾ Для притязанія о возвращеніи проиграннаго въ запрещенной игрѣ. См. II. § 420 прим. 5.

³⁾ Для притязаній римской церкви, которыя въ противномъ случаѣ погашались бы 10, 20 или 30-лѣтнею давностью, Auth. Quas actiones къ l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, с. 17 C. 16 qu. 3, с. 13. 14. 17 X. de praescr. 2. 26, с. 2 eod. in VI^o 2. 13. Унтергольцнеръ I §. 42, Савиньи V стр. 357. 358.

⁴⁾ Перечисленія ихъ см. у Гешена Vorlesungen über das gemeine Civilrecht I §. 150, Бевинга Grundr. стр. 57. 58, Гольцшугера I §. 19 № 11. Особенно важны слѣдующія наиболѣе общія опредѣленія. 20-лѣтнею давностью погашаются притязанія казны (fiscus) по особымъ фискальнымъ правамъ, l. 13 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 2 §. 1—l. 4 §. 1 D. de requir. 48. 17, l. 1 § 3 D. de l. E. 49. 14 (исключенія: l. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 2 C. de vect. 4. 61). Однолѣтнею давностью погашаются построенія на преторскомъ правѣ притязанія изъ проступковъ, а также притязанія на вознагражденіе за ущербъ, каковое правило не безусловно однако справедливо; Савиньи V стр. 353. 354, Пухта §. 91 и сл.

⁵⁾ Въ пользу этого говорить аналогія съ давностью владѣнія (Ersitzung) и l. 7 §. 1. 2 i. f. C. de praescr. XXX. 7. 39. L. 8 § 1 D. eod. слѣдуетъ относить къ тому случаю, когда вещь переходитъ къ новому владѣльцу безъ юридического преемства. Ср. Савиньи V стр. 362—364, Дернбурга (старшаго) Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 12 (1851), Вехтера II стр. 815, Демелиуса Unters. стр. 95 прим. 15, Беккера Jahrb. d. gem. R. IV стр. 199.— Впрочемъ, обык-

2. Добросовѣстность при давности *).

§ 111.

По римскому праву давность притязанія не предполагает непремѣнно добросовѣстности (*bona. fides*) со стороны лица, пользующагося давностью, то-есть, незнанія его о возникшемъ противъ него притязаніи. Противное постановлено въ каноническомъ правѣ¹⁾, впрочемъ, не для всѣхъ притязаній, но лишь для тѣхъ, кои направлены на возвращеніе чужой вещи, находящейся въ неправомѣрномъ владѣніи²⁾.

повенно не дѣлають различія между означенными въ текстѣ случаями и въ обоихъ случаяхъ говорятъ объ *accessio temporis*, тогда какъ слѣдовало бы говорить о ней лишь во второмъ случаѣ.

*) Унтергольцнеръ I §. 92, Савиньи V §. 244 — 246. Мелентиль (Möllenthiel) über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung §. 19 — 31 (1820). Гильденбрандъ (Hildenbrand) de bonafide rei propriae debitoris ad temporis praescriptionem haud necessaria (1843). Его же Geschichte der Bestimmungen des canon. R. bei der Ersitzung und Klagverjährung, Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 2 (1853).

§ 111. ¹⁾ Еще Граціанъ излагаетъ чисто римское право (с. 15 С. 16 qu. 3). Противъ этого два неподлинныя сапоны, внесенные въ *Corp. iur. can.*, какъ с. 3 и 5 X. de praescr. 2. 26; содержаніе ихъ подтверждено 4-мъ латеранскимъ соборомъ (с. 20 X. eod.). Гильденбрандъ в. п. с.

²⁾ Зейф. Arch. VI. 3, VII. 4, XI. 6. 266, ср. I. 403. Прежде господствовавшее возрѣніе (см. Савиньи §. 244. I, Гильденбрандъ въ Arch. стр. 47) относило названныя мѣста къ давности притязаній вообще, хотя въ нихъ говорится лишь о притязаніяхъ противъ владѣльцевъ чужихъ вещей (ср. тоже Гильденбранда въ Arch. стр. 48); новые писатели уже не держатся этого мнѣнія. Но между ними идетъ споръ о томъ, нужно-ли разумѣть подъ этими притязаніями противъ владѣльцевъ чужихъ вещей (точнѣе, противъ владѣльцевъ вещей, на которыя другому лицу принадлежитъ какое-либо вещное право, Савиньи стр. 337) исключительно вещныя или также и личныя притязанія (напр. изъ договора найма). Слѣдовало бы согласиться съ послѣднимъ мнѣніемъ, такъ какъ нѣтъ достаточнаго основанія ограничивать буквальный смыслъ указанныхъ мѣстъ. Къ тому же за это мнѣніе стоитъ большинство писателей, какъ-то: Унтергольцнеръ, Мелентиль, Савиньи, Гильденбрандъ въ вышеприведенныхъ сочиненіяхъ, Синтенисъ I §. 31 прим. 55, Вектеръ §. 118 прим. 23, Арндтъ §. 109; за первое мнѣніе Пухта §. 90. aa, Бринцъ I стр. 172. Рѣшительно невѣрно и притомъ противорѣчить исторіи этого постановленія (Гильденбрандъ в. п. с.) четвертое мнѣніе, относящее это постановленіе вовсе не къ давности притязаній, а только къ давности владѣнія (*Ersitzung*), для

с. ДѢЙСТВІЕ ДАВНОСТИ ПРИТЯЖАНІЙ.

§ 112.

Давностью устраняется притязаніе. Но не самое притязаніе, такъ какъ само по себѣ оно продолжаетъ существовать; а еѣ устанавливается лишь возраженіе, исключающее притязаніе¹⁾.

Съ устраненіемъ притязанія не всегда устраняется и право, на коемъ оно основано. Въ этомъ отношеніи опять слѣдуетъ различать между вещными и личными правами. Личное право заключается уже въ самомъ притязаніи, и потому отпадаетъ вмѣстѣ съ устраненіемъ послѣдняго. Напротивъ того, вещное право не состоитъ въ томъ притязаніи, которое возникаетъ изъ него противъ даннаго лица; притязаніе это составляетъ лишь проявленіе вещнаго права, истинное же содержаніе послѣдняго состоитъ въ господствѣ надъ вещью, и это-то содержаніе въ остальномъ продолжаетъ существовать въ томъ же объемѣ даже по устраненіи означеннаго притязанія²⁾. Неоднократно высказывавшееся воззрѣніе³⁾, будто давностью обязательственнаго

которой слѣдовало бы требовать непрерывной добросовѣстности (Кирульфъ стр. 208. 209, Зейфертъ *Erörterungen* стр. 133 и сл. и *Lehrb.* I §. 28 въ к.). См. противъ этого мнѣнія также Савиньи V стр. 332—334; однако, въ практикѣ его сильно отстаиваютъ, см. Зейф. *Arch.* I. 6. 403, VII. 4, XII. 245, XIII. 80, XIV. 203, XVIII. 205, XXI. 4.

¹⁾ Тѣмъ менѣе можно утверждать, что судья въ правѣ по должности прини- § 112.
мать въ соображеніе давности притязаній. Таково же и господствующее мнѣніе, см. Крюлля (*Krüll*) *Arch. f. civ. Pr.* I. 28, Лотца (*Lotz*) тамъ же I. 29, Унтергольцнера I §. 138, Байера (*Bayer*) *Vorträge* стр. 622, Болпа (*Bopp*) въ *Arch. f. civ. Pr.* XLII стр. 107—109; Зейф. *Arch.* VIII. 302, XIX. 8. Противъ этого Пфейферъ *prakt. Ausführungen* I. 2. VII. 2, Лэръ (*v. Löhr*) *Arch. f. civ. Pr.* X стр. 77 и сл.; Сингенисъ I §. 19 прим. 61. Между древнею и новою давностью дѣлается различіе Шефферъ (*Schäffer*) *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* IX стр. 104 и сл.

²⁾ А потому если по истеченіи давности притязанія о собственности вещь перейдетъ во владѣніе другаго лица, которое не есть юридическій преемникъ того, для коего протекла давность противъ означеннаго притязанія, то собственникъ въ правѣ потребовать вещь эту обратно, какъ если бы противъ него не протекало никакой давности; l. 8 §. 1 *C. de praesc.* XXX 7. 39.

³⁾ А именно Савиньи *Syst. V* § 248—251. *Obl. R.* I стр. 96—98, кромѣ того изъ новѣйшихъ Франке (*Francke*) *civil. Abhandlungen* стр. 73 и сл. (1826), Гюе (*Gugot*) *Arch. f. civ. Pr.* XI 5 (1823), Пухтой *Insttit.* II стр. 410—412.

притязанія устраняется обязательственное право не вполне, а лишь на столько, что остается еще естественное обязательство съ собственными ему юридическими послѣдствіями ⁴⁾, лишено надлежащей основательности ⁵⁾.

Pand. § 92 и Vorles. къ этому § съ Beil. VI, далѣе названными въ нижеслѣдующемъ примѣчаніи. Противоположное мнѣніе подробно защищаль Бюхель (Büchel) civilrechtl. Erörterungen I. 1 (1832. 2 изд. 1847 съ доб.); кромѣ того см. Лэра (Löhr) Arch. f. civ. Pr. X стр. 70 и сл. (1827), Геймбаха Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 22 (1828), Фермерена (Vermehren) тамъ же II. 9 (1829), Кнрульфа стр. 210 и сл., Синтениса I § 31 прим. 57, Вехтера II § 119, Вангерова I § 151 прим., Дана (Dahn) über die Wirkung der Klagenverjähr. bei Obligationen (1835), Беккера Jahrb. d. gem. R. IV. 14 (1860), Шванерта (Schwanert) die Naturalobligationen § 22 (1861; однако оба послѣдніе писателя полагаютъ, что по истеченіи давности не только закладъ [см. прим. 5], но и поручитель продолжаютъ быть ответственными), Шейрль (v. Scheurl) Jahrb. f. Dogm. VII стр. 346—348 (1865); Зейф. Arch. IX. 253. Среднее мнѣніе отличаетъ древнюю давность отъ веедосьевской; первой оно приписываетъ болѣе сильное дѣйствіе, послѣдней болѣе слабое. Такъ Унтергольцнеръ Schuldverhältnisse I стр. 528, Бринцъ I стр. 164. 165, Дербургъ Pfandrecht II стр. 587, тогда какъ Демеліусъ хотя рѣшительно приписываетъ древней давности болѣе сильное дѣйствіе, тѣмъ не менѣе по отношенію къ позднѣйшей давности онъ оставляетъ вопросъ этотъ открытымъ. Противъ этого именно Беккеръ в. л. с. стр. 424 и сл.

⁴⁾ Т. н. *naturalis obligatio* приписываютъ всѣ юридическія послѣдствія, связанные вообще съ обязательствами, за исключеніемъ права иска. Истина въ томъ, что всѣ эти юридическія послѣдствія оно можетъ имѣть, но не необходимо должно имѣть. Въ числѣ защитниковъ болѣе слабаго дѣйствія встрѣчаются однако и такіе, которые не допускаютъ, чтобы по истеченіи давности могъ быть совершенъ, по крайней мѣрѣ, какой-нибудь зачетъ противъ требованій должника, таковы Мюленбрухъ II § 481, Унтергольцнеръ Verjähr.-Lehre II § 258 Schuldverhältnisse I § 247. Келлеръ § 89 исключаетъ также *constitutum* и поручительство. Съ другой стороны по мнѣнію защитниковъ болѣе сильнаго дѣйствія обязательство это продолжается и по истеченіи давности именно при поручительствѣ (Беккеръ и Шванертъ въ прим. 3). Относительно продолженія закладнаго права см. слѣдующее примѣчаніе.

⁵⁾ Возвратъ это происходитъ изъ двухъ главныхъ источниковъ, которые, конечно, не у всѣхъ его представителей объясняются одинаковымъ образомъ, но которые однако должны быть здѣсь разъяснены, чтобы не возвращаться къ нему вновь. 1. Говорятъ: давностью погашается лишь искъ; слѣдовательно, право, по скольку оно можетъ существовать безъ иска, остается неприкосновеннымъ. Этотъ аргументъ насъ не касается, такъ какъ въ *actio* мы усматриваемъ не искъ (Klage), а притязаніе (Anspruch); ср. Виндшейда *die Actio* стр. 31—41. Опроверженіе тѣхъ, кои говорятъ объ исковой давности (Klagenverjährung),

Въ непосредственной связи съ разбираемымъ здѣсь вопросомъ

сводится и здѣсь [ср. § 107 прим. 5] къ тому же. 2. Нельзя отрицать, что естественное чувство справедливости заставляетъ считать долгъ, погашенный давностью, все-таки долгомъ; честный человѣкъ уплачиваетъ его, не взирая на то, что онъ погашенъ давностью. Точно также справедливо, что *naturalis obligatio* римскаго права есть именно обязательство, основанное на естественномъ чувствѣ справедливости. Но неварно, будто всякое обязательство, основанное на естественномъ чувствѣ справедливости, по крайней мѣрѣ, до извѣстной степени признается и положительнымъ правомъ. См. II § 287. 289. — Тѣ свидѣтельства, источниковъ, которыя приводились въ подтвержденіе отвергаемаго здѣсь мнѣнія, имѣютъ, повидимому, тотъ смыслъ, что давностью личнаго притязанія не уничтожается притязаніе о залогѣ (l. 7 C. de praescr. XXX 7. 39, ср. l. 2 C. de luit. pign. 8. 31). Но притязаніе о залогѣ можетъ существовать и безъ отдѣльнаго отъ него требованія, оно можетъ въ самомъ себѣ носить свое требованіе; римское право признало это въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство, обеспеченное залогомъ правомъ, прекращается безъ удовлетворенія кредитора (l. 13 § 4 D. pign. 20. 1, l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3), а теоретически оно допускало, что остается еще *naturalis obligatio* („*remanet propter pignus naturalis obligatio*“, l. 59 pr. cit.); стало быть принималось, что не заложное право продолжаетъ свое существованіе ради *naturalis obligatio*, а *naturalis obligatio* продолжаетъ свое существованіе въ силу заложнаго права, и только. Это противъ Савиньи V стр. 391 и сл., Бринца стр. 164 вв. Ср. 225 № 2 § 249 № 1. — На вопросъ о томъ, какія можно привести основанія въ пользу защищаемаго здѣсь воззрѣнія, слѣдуетъ отвѣчать, что оно не нуждается въ особенномъ доказательствѣ; ибо было бы полнѣйшею аномаліей, еслибы разрушительное возраженіе не уничтожало всего обязательства (Вехтеръ II § 119 прим. 2). Стало быть, это воззрѣніе слѣдуетъ признать правильнымъ, пока не будетъ доказано противное, а этого сдѣлать нельзя. Что касается доказательства, выводимаго изъ продолженія существованія заложнаго права, то см. выше: противъ аргументаціи, построенной на l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, см. самого Савиньи стр. 375 и сл.; противъ ссылки его на то, что возраженіе давностью покоится на положительномъ правѣ, а не на *ius gentium* (стр. 377 и сл.), говорятъ экс. SCI Velleiani, въ которомъ Савиньи видитъ только исключеніе, и экс. legis Cinciae (Vat. Fr. § 266); наконецъ, если и говорятъ, что возраженія (exceptiones) не погашаются давностью, то положеніе это имѣетъ не тотъ смыслъ, что лежащее въ основаніи возраженія право не можетъ быть утрачено путемъ давности. Съ другой стороны нужно согласиться, что приведенныя въ пользу защищаемаго здѣсь мнѣнія свидѣтельства источниковъ не содержатъ въ себѣ полного доказательства въ его пользу, равно какъ и тѣ, въ коихъ говорится, что чрезъ истеченіе времени наступаетъ оправданіе должника или пресращеніе обязательства (l. 10 pr. D. si quis caut. 2. 11, l. 8 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 1. § 3 D. quando de pec. 15. 2, l. 1 § 7 D. de contr. tut. act. 27. 4, l. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 § 2 D. de fidei. 46. 1 и мн. др.), потому что изъ этихъ мѣстъ

находится еще вопросъ о погашаемости возраженія давностью ⁶⁾. Возраженія по существу своему давности не подлежатъ, такъ какъ управомоченный не можетъ ихъ приводить въ дѣйствіе, когда ему вздумается, но для этой цѣли долженъ выждать возбужденія притязанія ⁷⁾. А потому возраженія могутъ быть устранены давностью лишь въ томъ случаѣ, когда самое право, на коемъ они основаны, погашено давностью, и притомъ вполне, а не по отношенію только къ иску. Слѣдовательно, изъ защищаемаго здѣсь воззрѣнія вытекаетъ, что давностью вещнаго притязанія не устраняется и основанное на вещномъ правѣ возраженіе, а наоборотъ чрезъ давность обязательственнаго притязанія устраняется основанное на обязательствѣ возраженіе. Впрочемъ, необходимо прежде тщательно вникнуть, дѣйствительно ли возраженіе основано только на обязательствѣ; если возраженіе рядомъ съ обязательствомъ имѣетъ и свое самостоятельное существованіе, то до него не касается давность обязательства ⁸⁾.

нельзя съ точностью заключить, что они говорятъ о давности, но во всякомъ случаѣ со смысломъ ихъ совмѣстимо продолженіе существованія *naturalis obligatio*, — наконецъ и 1. 37 D. de fidei. 46. 1, 1. 38 § 4 D. de sol. 46. 3, 1. 25 § 1 D. ratam. rem 46. 8, которые могутъ точно также пониматься и въ смыслѣ инаго кромѣ давности дѣйствія времени (для 1. 37 cit. даетъ еще иное объясненіе Савиньи стр. 397 и сл.). Этотъ послѣдній аргументъ Унтергольцнеръ *Verjährungslehre* II стр. 298 и Пухта *Vorles. I* стр. 471 пытались приводить также и противъ 1. 18 § 1 D. de res. const. 13. 5; другіе же соглашались, да едвали и возможно поступить иначе („*temporalis actione (obligatum)*“), что это мѣсто говорить о давности. Если такъ, то непонятно, какъ въ виду этого мѣста возможно защищать мнѣніе о болѣе слабомъ дѣйствии давности (неудовлетворительныя попытки см. у Савиньи стр. 401. 402, Ширмера (*Schirmer*) zu *Unterh.* стр. 294; ср. Демелиуса *Unters.* стр. 74 и сл., въ новѣйшее время противъ этого высказался Брунсъ *Zeitschr. f. Rechtsgesch. I* стр. 71—73).

⁶⁾ Зоммеръ (*Sommer*) *rechtswissenschaftliche Abhandlungen* (Gieszen 1818) стр. 1—52. Унтергольцнеръ II § 156—160. Пфейферъ *prakt. Ausführungen* III. 3. VII. 9. Савиньи V. стр. 253—255. Синтенисъ I стр. 314—315, Унгеръ II стр. 510—513, Келлеръ § 92, Гольцшугеръ I § 19 № 22. 23.

⁷⁾ L. 5 § 6 D. de doli exc. 44. 4: — „*cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur*“.

⁸⁾ Савиньи в. п. с. безъ всякаго основанія утверждаетъ, что когда рядомъ съ искою признано возраженіе, то оно всегда имѣетъ самостоятельное существованіе. Ср. Унгера II § 125 прим. 44—46, Бринца стр. 171. Примѣры: возраженіе объ обманѣ имѣетъ самостоятельное существованіе рядомъ съ искою

3. Незапамятная давность *).

§ 113.

Незапамятная давность имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда извѣстное состояніе существуетъ столь давно, что о началѣ его утратилось воспоминаніе ¹⁾. Уже въ римскомъ правѣ въ примѣненіи въ частнымъ случаямъ было признано, что противъ такого состоянія спорить уже нельзя ²⁾; каноническое право смотритъ на незапамятную давность какъ на общее восполненіе обыкновенной давности въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ въ наличности условій послѣдней ³⁾, и въ этомъ объемѣ институтъ этотъ признанъ и въ

(притязаніемъ) изъ обмана, направленнымъ на вознагражденіе вреда, отсюда l. 5 § 6 D. de dol. exc. 44. 4. (ср. Виндшейда die Actio etc. стр. 40 прим. 5, а также Савиньи стр. 431 внизу); напротивъ того возраженіе того, кто купилъ оказавшуюся съ изъяномъ вещь (l. 59 D. de aed. ed. 21. 1), основывается лишь на томъ, что онъ можетъ требовать возстановленія прежняго положенія. Столь же мало обладаетъ самостоятельнымъ существованіемъ возраженіе о зачетѣ (см. II § 350 прим. 2), совершенно наоборотъ т. н. *exemptio non adimpleti contractus*; это послѣднее основывается не на томъ, что противникъ и съ своей стороны долженъ что-либо доставить, но на томъ, что когда онъ требуетъ, не доставляя и съ своей стороны, то онъ противорѣчитъ цѣли договора (см. II § 321 прим. 2). Впрочемъ, провести сдѣланное здѣсь различіе весьма трудно. О l. 5 и 6 C. de exc. 8. 36 см. Савиньи стр. 432—435. Зейф. Arch. XXI. 7. Ср. тоже III § 585 прим. 7а.

*) Унтергольцнеръ I § 140—130. Крицъ (Kritz) *exegetisch-praktische Abhandlungen* № 6 (1824). Пфейферъ *prakt. Ausführungen* II. 1 (1828). Шеллингъ *die Lehre von der unvordenklichen Zeit* (1835). Арндтъ *Beiträge* I. 3 (1837). Савиньи IV § 193—201 (1841). Буха *der unvordenkliche Besitz* (1841). Фридлендеръ (Friedländer) *die Lehre von der unvordenklichen Zeit* (1843). Пфейферъ *prakt. Ausführungen* VII. 8. (1844). Синтенисъ I § 51. D.

1) — „*cuius origo memoriam excessit*“, l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43. 20; — § 113. „*an operis facti memoria exstat*“, l. 28 D. de prob. 22. 3; — „*cuius memoria non exstat*“, l. 2 § 7 cf. § 1. 3. 4. 5. 8. D. de aqua et aquae 39. 3; — „*cuius contrarii memoria non existat*“, c. 1 de praescr. in VI^o 2. 13.

2) Римское право употребляетъ при этомъ выраженіе *vetustas*. L. 1 § 23 l. 2 pr. § 1. 3. 5. 7. 8 D. de aqua et aquae 39. 3, — l. 26 eod., l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 7 C. de serv. 3. 34, — l. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. 43. 7. Противъ отнесенія *vetustas* къ незапамятности высказался Шмидтъ (изъ Пльмену) *civil. Abhandl.* стр. 173 и сл. 186 и сл. 195.

3) Оно уже прилагало къ ней также выраженіе *praescriptio*. C. 1 de praescr. in VI 2. 13; см. тоже с. 26 X. de V. S. 5. 4.

общегерманскомъ обычномъ правѣ тѣмъ болѣе, что и въ древнемъ нѣмецкомъ правѣ встрѣчаются подобныя идеи ⁴⁾.

Незапамятная давность сообщаетъ свою санкцію всѣмъ состояніямъ осуществленія права ⁵⁾ и неосуществленія его (свободы отъ обя-

⁴⁾ Противъ происхожденія этого института изъ древнегерманскаго права (Буха, Фридендеръ) см. Пфейфера *Zeitschr. f. deutsches R.* VIII. 1. Ср. Гербера *deutsch. Privatr.* § 66 прим. 4, Безелера *deutsch. Privatr.* стр. 170—171. — Примѣчанія въ имперскихъ законахъ: А. В. с. VIII § 1. 2. с. XXVIII § 5, R. A. (имп. указъ) 1548 § 56. 59. 64, R. A. (имп. указъ) 1576 § 105. — По господствующему въ прежнее и новое время воззрѣнію, истеченіемъ незапамятнаго времени извѣстное юридическое состояніе не столько устанавливается, сколько доказывается и ставится внѣ всякаго спора и сомнѣнія фактъ его возникновенія (фактъ, о которомъ утратилось воспоминаніе). За это изъ новыхъ писателей Шеллингъ, Арндтъ, Савиньи, Буха; противъ этого Унтергольцеръ стр. 521—522, и въ особенности Пфейферъ II стр. 80 и сл. VII стр. 232 и сл. Споръ этотъ въ практическомъ отношеніи безразличен (Пфейферъ VII стр. 241—244); но во всякомъ случаѣ въ пользу означеннаго воззрѣнія нельзя привести ни одного такого доказательства, которое давало бы право дѣлать изъ этого воззрѣнія выводы. Противъ него говорить то, что каноническое право и имперскіе законы подводятъ истеченіе незапамятной давности прямо подъ понятіе *praescriptio* (с. 1 de praescr. in VI^o 2. 13, R. A. 1548 § 56). *Blätter f. RAnwend.* XXXIII стр. 17 и сл. 31 и сл., Будде и Шмидтъ *Entscheidungen des OAG. zu Rostock* VI стр. 65. 68. 95 и сл.

⁵⁾ Состоянія, въ которыхъ не представляется осуществленія какого либо права, не могутъ превратиться въ юридическія даже чрезъ незапамятную давность. Въ этомъ именно смыслъ для незапамятной давности требуется юридическое владѣніе. Ср. Пфейфера II стр. 12 и сл. VII стр. 181 и сл. О т. н. *res merae facultatis* см. его же II стр. 17 и сл. 107. VII стр. 188 и сл. — Мнѣніе Савиньи, желающаго ограничить незапамятную давность правами съ публичнымъ характеромъ (IV стр. 484. 510. 513 и сл.), встрѣтило мало сочувствія въ теоріи (его принялъ лишь Фридендеръ II стр. 67 и сл.) и оказало ничтожное вліяніе на практику; ему послѣдовало одно рѣшеніе у Зейф. XIV. 112. ср. XXI. 97, противъ него тамъ же V. 250, VI. 144, IX. 120, XVI. 173, XIX. 120. Наоборотъ, въ рѣшеніи у Зейф. I. 170 незапамятная давность призвана непримѣнимою именно къ этимъ правамъ. Ср. Пфейфера VII стр. 246—248. — Предметы незапамятной давности въ отдѣльности: Пфейферъ II стр. 106; и сл. VII стр. 248 и сл. Она примѣняется и къ обязательственнымъ правоотношеніямъ, на сколько возможно при нихъ дѣлающееся осуществленіе. Ср. II § 464 прим. 4 и Рейнгарда (Reinhard) *Arch. f. civ. Pr.* XXXVIII. 8 (1855). Зейф. *Arch.* VII. 5. 269, XIII. 127, XVIII. 116, XIX. 104, XX. 102; противъ этого I. 183. Реальныя повинности (Reallasten): Пфейферъ VII стр. 259 и сл. — Само собою разумѣется, что незапамятною давностью не могутъ быть приобрѣтаемы такія права, кои вообще не могутъ быть приобрѣтаемы. Пфейферъ II стр. 101 и сл., Буха и Будде *Entscheidungen des OAG. zu Rostock* V стр. 56 и сл.

занности)⁶⁾. Она предполагает, что данное состояніе непрерывно⁷⁾ продолжалось столь долго, на сколько оно сохранилось въ памяти живущаго⁸⁾ поколѣнія⁹⁾. Но такое воспоминаніе покоится не только на собственномъ наблюденіи, но и на разсказахъ, слышанныхъ нынѣ живущими отъ уже умершихъ. Стало быть, для силы незапамятной давности должно доказать: 1) существованіе даннаго отношенія въ предѣлахъ того періода времени, какой обнимаетъ собою собственное наблюденіе нынѣ живущаго поколѣнія; 2) то, что это поколѣніе ничего не знало о несуществованіи этого состоянія даже изъ разсказовъ своихъ предковъ¹⁰⁾. Представителями послѣдняго живаго поколѣнія, обладающими всѣми надлежащими качествами, признаются въ практикѣ даже такіа лица, воспоминаніе коихъ обнимаетъ собою, по крайней мѣрѣ, послѣдніе 40 лѣтъ¹¹⁾. Опроверженіе¹²⁾ имѣетъ силу, если доказано, что данное

⁶⁾ Пфейферъ II стр. 15—16. 113. VII стр. 183—184. 187. Зейф. Arch. I. 171, V. 55.

⁷⁾ Савиньи стр. 526, Пфейферъ II стр. 22—26. VII стр. 194—196.

⁸⁾ Будде и Шмидтъ *Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI* № 27.

⁹⁾ Требованіе титула исключается въ силу понятія незапамятной давности; bona fides разумѣется сама собою. Савиньи стр. 527, Пфейферъ II стр. 28—35. VII стр. 197—198.

¹⁰⁾ L. 2 § 8 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 28 D. de prob. 22. 3. О послѣднемъ мѣстѣ ср. Глюка XXI стр. 405 и сл., Унтергольднера I. стр. 502 Савиньи IV стр. 518. 535, Гумке *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* IV стр. 301—305. Объ отрицательной части этого доказательства см. вообще Пфейфера II стр. 27. 28. § 10. 11. VII. § 10. 11. Въ частности не требуется, чтобы не о данное предъями положительное извѣстіе о существованіи даннаго состоянія было доказано, но достаточно доказать, что ничего не было сообщено о его несуществованіи. Пфейферъ II стр. 43 и сл., VII стр. 201 и сл. Ср. Зейф. Arch. I. 172. Но можетъ-ли незапамятная давность исключаться чрезъ одно лишь основанное на собственномъ наблюденіи сообщеніе предковъ о несуществованіи даннаго состоянія, или же для этого достаточно сообщенія предковъ, въ свою очередь полученное ими отъ ихъ предковъ, и т. д.? Въ силу l. 28 cit. на вопросъ этотъ относительно обозначеннаго въ этомъ мѣстѣ случая постройки слѣдуетъ во всякомъ случаѣ отвѣчать въ послѣднемъ смыслѣ; но этимъ случаемъ и считаютъ нужнымъ ограничиться Пфейферъ II стр. 76 и Савиньи стр. 523 противъ нихъ Зейф. Arch. XI. 113. О замѣнѣ отрицательной стороны доказательства положительнымъ доказательствомъ существованія даннаго состоянія въ предѣлахъ предпослѣдняго срока человеческой жизни см. Пфейферъ VII § 14, Савиньи стр. 524, Зейф. Arch. XI. 12.

¹¹⁾ Это принято было при соображеніи съ c. 1 de praescr. in VI^o. Унтер-

состояніе не существовало въ промежутокъ времени, обнимающій собою два человѣческихъ возраста¹³⁾; доказательство несуществованія даннаго состоянія въ періодъ времени, выходящій за предѣлы двухъ послѣднихъ человѣческихъ возрастовъ, можетъ служить опроверженіемъ лишь тогда, когда въ тоже время доказано неправомѣрное возникновеніе этого состоянія и постоянная, непрерывная связь его съ позднѣйшимъ состояніемъ¹³⁾.

V. Возвращеніе въ прежнее положеніе *).

A. Понятіе и существо его.

§ 114.

Дѣйствіе, приписываемое юридическимъ фактамъ, можетъ быть по извѣстнымъ основаніямъ отнято судебнымъ рѣшеніемъ. Для особыхъ юридическихъ фактовъ существуютъ въ этомъ отношеніи особые правила¹⁾; но есть правила о судебной отмѣнѣ юридическихъ послѣдствій, относящихся къ юридическимъ фактамъ вообще.

гольцнеръ § 148, Пфейферъ II стр. 21—22. 36—38. VII стр. 193—194. 207 и сл., Савиньи стр. 520, Зейф. Arch. III. 116, XI. 12, XIV. 9; XIV. 205.—О подтвержденіи другими доказательствами кромѣ свидѣтелей см. Унтергольцнера стр. 526. 527, Савиньи стр. 523—525, Пфейферъ II § 14. 15. VII § 14. 15 Зейф. Arch. VII. 6, IX. 121, XI. 12.

¹¹⁾ Объ опроверженіи вообще: Унтергольцнеръ стр. 527—529, Пфейферъ, II. § 16—18. VII § 16—18. Савиньи стр. 525 и сл.

¹²⁾ По аналогіи съ сказаннымъ въ 10 примѣчаніи считается по 40 лѣтъ въ каждомъ. Ср. Савиньи стр. 524.

¹³⁾ Пфейферъ II стр. 70—71. VII стр. 243—244, Савиньи стр. 534. Зейф. Arch. XI. 12. 113. XIX. 121, XXII. 13. 14. Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI № 28.

*) Главное сочиненіе объ этомъ ученіи все еще Бурхарди (Burchardi) die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831). Кромѣ того слѣдуетъ указать: Шретера (v. Schröter) über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 3 (1833), Шнейдера die allgemeinen subsidiären Klagen des röm. Rechts стр. 216—307 (1834). Савиньи VII § 317—343 (1848); Глюка V стр. 392 и сл. VI стр. 1 и сл.; Вехтера II § 124—127, Сиктениса I § 36, Вангерова I § 175—188.

§ 114. ¹⁾ Сюда относятся именно bonorum possessio contra tabulas и querela inofficiosi testamenti.

Эти правила образуютъ учение о возвращеніи въ прежнее положеніе ²⁾).

Особенность возвращенія въ прежнее положеніе заключается ближайшимъ образомъ въ томъ, что у юридическаго факта отнимается то юридическое дѣйствіе, которое онъ уже произвелъ ³⁾. Фактъ этотъ наступилъ при такихъ обстоятельствахъ, при коихъ право не считаетъ возможнымъ допустить, чтобы онъ произвелъ непосредственно ему свойственное юридическое дѣйствіе ⁴⁾. Но

²⁾ У римлянъ оно называлось *in integrum restitutio* или *integri restitutio*. Выраженіе: *restitutio in integrum* встрѣчается чрезвычайно рѣдко. Савиньи VII § 315.а.

³⁾ Если, какъ обыкновенно дѣлаютъ, при разсмотрѣніи возвращенія въ прежнее положеніе исходить изъ того, что оно есть возстановленіе прежняго состоянія, то нужно рѣзко отгнѣнить, что подъ возстановленіемъ прежняго состоянія не слѣдуетъ разумѣть возстановленіе состоянія, подобнаго бывшему, но возстановленіе состоянія, тождественнаго съ бывшимъ, что возможно только чрезъ отрицаніе измѣненія (измѣняющей силы). Если не дѣлать этого различія, то и указанная исходная точка приведетъ къ путаницѣ; ибо тогда много изъ того можетъ казаться относящимся къ возвращенію въ прежнее положеніе, что не имѣетъ съ нимъ ничего общаго и что затѣмъ лишь съ трудомъ можетъ быть отдѣлено отъ него. Именно древніе писатели указывали множество случаевъ реституціи въ несобственномъ смыслѣ. Можно только удивляться, что они не причислили къ возвращенію въ прежнее положеніе и того случая, когда приобретатель вещи передаетъ собственность на нее на какомъ бы то ни было основаніи прежнему ея собственнику; вѣдь и въ этомъ случаѣ — въ томъ неопредѣленномъ смыслѣ — имѣется возстановленіе прежняго состоянія. Порицаемую здѣсь точку зрѣнія раздѣляетъ еще Бурхарди § 1. — Справедливо, разумѣется, что языкъ источниковъ не исполнѣнъ точенъ, что послѣдніе иногда употребляютъ выраженія *in integrum restituere*, *in integrum restitutio* для обозначенія и не тѣхъ случаевъ возстановленія прежняго положенія, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь. Ср. 1. 58 D. de pactis 2. 14, l. 1 § 9. 10. D. de post. 3. 1, l. 1 § 2 D. ad leg. Iul. de ambitu 48. 14, l. 1 C. de sent. passis 9. 51, и мѣста въ 6 примѣчаніи.

⁴⁾ Теперь обыкновенно напираютъ больше на то, что возвращеніе имѣетъ своимъ основаніемъ противодѣйствіе справедливости противъ строгости существующаго права, ср. именно Пухты *Instit. II* § 177. Это, безъ сомнѣнія, вѣрно: но я не думаю, чтобы этимъ обозначалась какая-либо особенность возвращенія. *In integrum restitutio*, напр., для несовершеннолѣтнихъ введено было потому, что казалось несправедливымъ, чтобы несовершеннолѣтній терпѣлъ убытки отъ своихъ юридическихъ дѣйствій; но вѣдь и *exceptio SCi Velleiani* введена именно на томъ основаніи, что казалось несправедливымъ, чтобы женщина терпѣла убытки отъ своего поручительства и т. д. Что защита несовершеннолѣтнихъ введена преторскимъ эдиктомъ, а защита женщинъ однимъ изъ источниковъ *iuris civilis*,

вмѣсто того, чтобъ отказать ему самому въ этомъ дѣйствіи, право предоставляет это (и въ этомъ заключается вторая особенность названнаго возвращенія) судѣ и такимъ образомъ обезпечиваетъ себѣ полную возможность принимать въ соображеніе особые моменты отдѣльнаго случая⁵⁾. Право можетъ тутъ проложить себѣ и другой путь, а именно оно можетъ дать потерпѣвшему ущербъ отъ наступленія юридическихъ послѣдствій притязаніе о возстановленіи прежняго состоянія противъ того, въ пользу коего они уже наступили или существуютъ. Этотъ случай очень легко смѣшать съ возвращеніемъ въ прежнее положеніе; отличаются они другъ отъ друга тѣмъ, что хотя въ послѣднемъ возстановленіе прежняго состоянія и можетъ быть вынуждено съ помощью судебного рѣшенія, но совершается оно не вслѣдствіе судебного рѣшенія, а вслѣдствіе частной дѣятельности, и не потому, что у факта, на коемъ основано доселѣ существовавшее состояніе, отнимается его дѣйствующая сила, а потому, что результатъ его дѣйствія вытѣсняется порожденіемъ инаго юридическаго послѣдствія (ср. примѣчаніе 3). Въ этомъ случаѣ имѣются обыкновенныя обязательственныя притязанія, отличающіяся отъ другихъ обязательственныхъ притязаній только своимъ содержаніемъ⁶⁾; болѣе

этимъ не оправдывается та мысль, будто въ первомъ случаѣ больше чѣмъ во второмъ дѣло шло о реализаціи того, что сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ казалось высшею справедливостію. Ибо и преторъ есть органъ юридическаго порядка. Но на этомъ пути Бурхарди (§ 3) совершенно послѣдовательно долженъ былъ прійти къ тому положенію, что *in integrum restitutio* есть дѣло не права, но милости. См. противъ него Шретера стр. 169 и сл. Однако ср. тоже Савиньи стр. 117.

⁵⁾ Что римскій преторъ въ предоставленіи *in integrum restitutionis* пользовался особенною свободою усмотрѣнія, это вытекаетъ изъ l. 3 D. de i. i. r. 4. 1 и l. 1 § 1 D. de min. 4. 4, и на этомъ же основаніи i. i. r. называется *extraordinarium auxilium* (l. 16 pr. D. de min. 4. 4). Равнымъ образомъ справедливо, конечно, что позднѣйшій римскій судья получилъ уже совершенно иное положеніе (ср. именно Савиньи § 317). А потому „смотря на дѣло безпристрастно, нужно согласиться, что этотъ институтъ римскаго права менѣе чѣмъ большая часть другихъ обладаетъ внутреннимъ основаніемъ для продолженія своего существованія и для вліянія на нынѣшнее правосостояніе“. (Савиньи стр. 113).

⁶⁾ Ихъ содержаніе заключается въ *restituere*; но здѣсь не имѣетъ мѣста *in integrum restitutio*. Однако въ отдѣльныхъ мѣстахъ источниковъ употребляется это выраженіе даже по отношенію къ нимъ (l. 3 § 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. 23 § 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 10 C. de resc. vend. 4. 44, ср. l. 10 § 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8). См. Савиньи стр. 103 и сл.

подробное разсмотрѣніе ихъ относится къ обязательственному праву ⁷⁾).

В. Условія.

1. Невыгодное юридическое послѣдствіе.

§ 115.

Первое условіе возвращенія въ прежнее положеніе состоитъ въ томъ, что вообще должно наступить какое нибудь юридическое послѣдствіе. Если юридическое послѣдствіе вовсе не наступило, то и возвращенію вовсе нѣтъ мѣста. Но ему нѣтъ мѣста и тогда, когда юридическое послѣдствіе само по себѣ хотя и наступило, но само право какимъ либо инымъ способомъ доставляетъ противъ него достаточную защиту ¹⁾).

⁷⁾ Что касается мѣста, которое возвращеніе въ прежнее положеніе должно занять въ системѣ гражданского права, то многіе (какъ напримѣръ, Савиньи, Пухта, Арндтсъ, Синтенисъ) указываютъ ему мѣсто въ т. н. общемъ исковомъ правѣ въ ученіи гражданского права о процессуальной защитѣ. Это, безъ сомнѣнія, несправедливо уже потому, что здѣсь дѣло идетъ не объ общихъ началахъ процессуальной защиты вообще, но о специальныхъ началахъ процессуальнаго средства защиты (весьма опредѣленнаго содержанія; но несправедливо это и потому, что для существа реституціи судебное рѣшеніе само по себѣ есть дѣло второстепенное, а главное въ томъ, что при его посредствѣ у юридическихъ фактовъ отнимается ихъ юридическая сила. Другіе излагаютъ возвращеніе въ пр. пол. въ особой главѣ общей части (напр. Вангеровъ) или въ видѣ приложенія ко всей системѣ права (напр. Гейзс, Зейфертъ). Но и это несовмѣстно съ существомъ этого института. На самомъ дѣлѣ реституція относится къ общему ученію о юридическихъ фактахъ, послѣдствія коихъ она отмѣняетъ. Если бы она относилась только къ юридическимъ актамъ, то ее слѣдовало бы помѣстить въ ученіи о недействительности юридическихъ актовъ; но такъ какъ она не ограничивается ими (§. 115 прим. 8), то мѣсто ей здѣсь. Можно сказать: есть недействительность не только юридическихъ актовъ, но и юридическихъ фактовъ вообще, а форма этой недействительности есть возвращеніе въ прежнее положеніе. Отчасти теперь соглашается съ этимъ Арндтсъ въ 5 изд. §. 117. прим. 1.

¹⁾ — „nam si communi auxilio et mero iuro munitus sit, non debet ei tribui § 115. extraordinarium auxilium“, l. 16 pr. D. de min. 4. 4. Въ этомъ мѣстѣ и въ слѣдующихъ §§ приводятся въ видѣ примѣровъ обязательственныя притязанія, которыя или ничтожны, или же таковы, что отвѣтчикъ не нуждается ни въ какомъ

Далѣ наступившее юридическое послѣдствіе должно причинить какой-нибудь ущербъ²⁾ ищущему возвращенія въ прежнее положеніе. Ущербъ этотъ можетъ быть и не имущественнымъ, хотя названное возвращеніе главнымъ образомъ имѣетъ въ виду имущественный ущербъ³⁾. Впрочемъ имущественный ущербъ состав-

иномъ средствѣ защиты, кромѣ простаго отрицанія. Отсюда могло бы уже показаться сомнительнымъ, достаточно ли *exceptio* (въ римскомъ смыслѣ этого слова) для устраненія реституціи. Однако см. противъ этого l. 2 C. de filiofam. min 2. 23, по которому *in integrum restitutio* не можетъ быть предоставлено, если есть *exceptio Sci Macedoniani*. А еще далѣе идетъ начало только что цитированнаго l. 16 pr. D. de min. „*In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem*“. Но съ другой стороны не подлежитъ сомнѣнію, что *in integrum restitutio* не можетъ быть устранено чрезъ *actio tutelae* (l. 45 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 25 l. 39 §. 13 D. de adm. et per. 26. 7, l. 3. 5. C. si tut. vel. cur. 2. 25), а также чрезъ *actio quod metus causa* (l. 9 §. 3. 4 l. 21 §. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20), тогда какъ ему дается предпочтеніе даже предъ *actio de dolo* (l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3), а по правильному, правда, весьма оспариваемому толкованію l. 16 §. 2 D. de min. 4. 4 (ср. Вангерова I §. 178 прим. 1 въ к.) ему нисколько не вредитъ и *condictio indebiti*. По этому слѣдовало бы утверждать, что притязаніе о возмещеніи ущерба, каковы всѣ поименованные *actiones*, во всякомъ случаѣ не можетъ считаться полнымъ средствомъ защиты противъ реституціи. При этомъ не составитъ никакого различія также и то, что притязаніе о возмѣщеніи ущерба можетъ быть осуществлено не только въ этомъ своемъ качествѣ, но и на основаніи заключеннаго контракта (по римски: съ *bonae fidei actio*), хотя съ другой стороны нельзя не согласиться, что мѣста (l. 3 C. quib. ex caus. mai. 2. 54, l. 5. 10 C. de resc. vend. 4. 44), обыкновенно приводимыя въ пользу допускаемости реституціи при *bonae fidei actio*, не содержатъ въ себѣ убѣдительнаго доказательства. О различныхъ мнѣніяхъ см. Франке *Beiträge* стр. 66, Бурхарди стр. 99 и сл., Шнейдера 224 и сл., Савиньи стр. 143. — 145, Вангерова I §. 178 прим. 1, Бринца стр. 112, а противъ допускаемости реституціи при *bonae fidei actio* специально Рухстратъ (*Ruhstrat*) *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* IV стр. 260 и сл. Ср. тоже Зейф. *Arch.* XVII. 205.

2) Новѣйшіе писатели обыкновенно употребляютъ здѣсь выраженіе «*Läsion*». Хотя выраженія *laesio*, *laedere* и сообразны съ источниками (l. 1 C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 8 X. de i. i. r. 1. 41, cl. un. de r. i. i. 1. 11), но въ пандектахъ они не встрѣчаются. Въ нихъ говорится о „*damnum*“, которое кто-либо претерпѣлъ, затѣмъ о томъ, что онъ „*lapsus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus*“, при чемъ въ этихъ выраженіяхъ не всегда, а обыкновенно даже вовсе не разумѣется обманъ.

3) Бурхарди § 7. L. 3 §. 6 l. 35 D. de min. 4. 4, l. 41 D. de rec. 4. 8, l. 2 C. si adv. rem. iud. 2. 27, l. 8 C. quando app. 7. 64. Ср. Зейф. *Arch.* V. 247.

ляютъ не только понесенный ущербъ, но и утраченная прибыль ⁴⁾; однако по причинѣ утраченной прибыли означенное возвращеніе нельзя требовать въ томъ случаѣ, когда чрезъ лишеніе прибыли противникъ огражденъ былъ отъ ущерба ⁵⁾. Но не всякій ущербъ даетъ право на возвращеніе въ прежнее положеніе; ущербъ не долженъ быть несоразмѣрно малъ сравнительно съ тѣмъ ущербомъ, который возникаетъ для противника отъ уничтоженія юридическихъ послѣдствій ⁶⁾.

Само по себѣ возвращеніе въ прежнее положеніе имѣетъ мѣсто противъ всякаго невыгоднаго юридическаго послѣдствія ⁷⁾ и притомъ не противъ однихъ только юридическихъ послѣдствій, установленныхъ юридическими актами ⁸⁾. Но изъ этого правила есть и исключенія. Возвращеніе въ пр. пол. не дается противъ невыгодныхъ послѣдствій обмана (*Arglist*) ¹⁰⁾, противъ публичной

⁴⁾ L. 7 §. 6 l. 44 D. de min. 4. 4, l. 27. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

⁵⁾ Какъ, напримѣръ, при давностномъ владѣніи (*Ersitzung*). L. 18. 20 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 37 pr. D. de min. 4. 4, l. 17 §. 3 D. de usur. 22. 1. Бурхарди § 6, Савиньи стр. 121—124.

⁶⁾ L. 4 D. de i. i. r. 4. 1. Въ отдѣльныхъ случаяхъ требуется, чтобы ущербъ былъ не только относительный, но и самъ по себѣ имѣлъ значеніе, l. 49 pr. D. de min. 4. 4 (§. 117 прим. 3), l. 9 pr. eod., l. 1 C. si adv. vend. rupt. 2. 29 (§ 117 прим. 6 и сл.). Выводить изъ этого, согласно господствующему мнѣнію (въ пользу коего также рѣшеніе у Зейф. XIV. 206), общее правило, кажется, опасно. Другія мѣста, которыя обыкновенно причисляютъ сюда, вовсе сюда не относятся, такъ l. 9 §. 1 D. de min. 4. 4 и l. 1 C. si adv. don. 2. 30, гдѣ несовершеннолѣтнему отказывается въ реституціи потому именно, что тутъ нѣтъ въ наличности такого дѣйствія, котораго бы не предпринять и совершеннолѣтній, далѣе l. 1 C. si adv. fisc. 2. 37, гдѣ слова „*pretiolonge minore*“ не означаютъ основанія рѣшенія. Ср. Бурхарди §. 8, Вангерова §. 176 прим.

⁷⁾ Бурхарди §. 9, Савиньи §. 319.

⁸⁾ Въ этомъ конечно состоитъ его главное примѣненіе. Слѣдуетъ еще кромѣ того указать на примѣненіе его при просрочкахъ. Ср. вообще Cod. II. 27—35. Реституція противъ признанія (*Anerkennnisse*): Зейф. Arch. XVIII 197; иначе XI. 199.

⁹⁾ Бурхарди §. 10, Вангеровъ §. 178 прим. 2, Гольцшугеръ I §. 21 № 5.

¹⁰⁾ L. 9 §. 2. 4. 5 l. 37 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 26 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 2. 3 C. si minor se maior. 2. 43. Противъ проступковъ, происходящихъ отъ простой небрежности, реституція не устраняется, l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. del. 2. 35. Объ этихъ мѣстахъ, равно какъ и о l. 9 §. 2. 3 D. de min. см. Савиньи §. 321 f. g.

продажи вещей должника, совершаемой казной для удовлетворенія своихъ требованій ¹¹⁾ противъ 30 и 40-лѣтней давности ¹²⁾, противъ заключеннаго брака ¹³⁾, и наконецъ, его не могутъ требовать нисходящіе родственники противъ восходящихъ ¹⁴⁾.

2. Юридическое основаніе.

а. Вообще.

§ 116.

: Возвращеніе въ пр. пол. продолжаетъ далѣе, что невыгодное юридическое послѣдствіе наступило при такихъ обстоятельствахъ, при коихъ отмѣна такого послѣдствія представляется справедливою. Дѣйствительно ли существуютъ эти обстоятельства, это въ обширныхъ размѣрахъ предоставлено усмотрѣнію судьи, когда дѣло идетъ о невыгодныхъ послѣдствіяхъ просрочки (§ 119). Наоборотъ, для предоставленія реституціи противъ положительныхъ дѣйствій судья связанъ опредѣленными основаніями, отъ которыхъ онъ не въ правѣ отступать. Таковы: несовершеннолѣтіе, принужденіе, обманъ и заблужденіе ¹⁾; въ нашихъ источникахъ

¹¹⁾ L. 5 C. de fide et iure hastae fisc. 10. 3.

¹²⁾ L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39. Савиньи III стр. 421 — 423, Вангеръ I §. 178 прим. 2 № 12 (въ 7 изд.; еще иначе въ 6 изд.); др. мнѣнія и Бурхарди стр. 135—138. А тѣмъ менѣе противъ еще болѣе продолжительной давности и противъ незапамятной давности. Относительно послѣдней см. Пфейфера *prakt. Ausführungen* II стр. 95 и сл. VII стр. 245.

¹³⁾ По католическому церковному праву, потому что бракъ по нему вовсе не расторгаетъ, а по протестантскому, потому что бракъ по нему расторгаетъ лишь въ силу извѣстныхъ основаній развода. Бурхарди стр. 141 и сл., Савиньи стр. 142—143. Иначе при брачныхъ сговорахъ, Зейф. *Arch.* IX. 39, XVI. 172. Гольцшугеръ I §. 24 № 8.

¹⁴⁾ L. 2 C. qui et adv. quos 2. 42. Зейф. *Arch.* I. 269. Ограничиваетъ это реституціею по поводу несовершеннолѣтія Франке *Beiträge* стр. 67. Исключенія: 1) когда реституція требуется прямо противъ нисходящихъ, I. 3 §. 6 D. de mīn. 4. 4, l. 2 C. si adv. rem. iud. 2. 27; 2) въ случаѣ l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61. Третье исключеніе нынѣ не имѣетъ никакой силы, такъ какъ мѣсто, въ коемъ оно содержится (Nov. 155), не глоссировано. Ср. Вангерова I §. 178 прим. 2 № 1 съ Савиньи стр. 224—226.

§ 116. ¹⁾ Исчисленіе основаній реституціи находимъ въ l. 1. 2 D. de i. i. r. 4. 1 и у Paul. S. R. I. 7 §. 2. („Absentia“ есть то основаніе, изъ котораго развилось

упоминается еще въ отдѣльности о реституціи противъ отчужденій, совершенныхъ во вредъ вѣрителю²⁾). Изъ всѣхъ основаній реституціи особенно важно въ практическомъ отношеніи и наиболѣе разработано теоретически у римскихъ юристовъ несовершеннolѣгіе. Этимъ опредѣляется и нижеслѣдующій порядокъ изложенія³⁾).

позднѣйшая общая реституція противъ просрочекъ, см. §. 118; о „status mutatio“ см. слѣдующее примѣчаніе).

²⁾ §. 6 I. de act. 4. 6. Шретеръ стр. 131 — 142. Иные здѣсь усматриваютъ реституцію по поводу злаго умысла, Шнейдеръ стр. 271—278, Вангеровъ I §. 177 прим. № 3. Но приведенное мѣсто отнюдь не ограничиваетъ реституціи тѣмъ случаемъ, когда приобретатель участвовалъ въ недобросовѣстности. Ср. Савиньи V §. 208. п. Если бы необходимо было, какъ во всякомъ случаѣ можетъ быть допущено, относить слова „bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis“ къ предыдущему, а не къ послѣдующему, то весь этотъ случай реституціи остался бы для насъ безъ примѣнимости, такъ какъ по внѣшнему праву отчужденія должника по открытіи конкурса—въ соответствии римской *missio in possessionem*—ничтожны. О возвращеніи Гуске (Huschke) (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV стр. 49 и сл.) на названное мѣсто см. II §. 463 прим. 1. 15. Ср. Шмидта Pflichttheilsrecht des Patronus стр. 96. 97 въ примѣчаніи. — Реституція противъ прекращенія договорныхъ долговъ вслѣдствіе *capitis diminutio minima* (Gai. III. 84. IV. 38, tit. D. de capite minutis 4. 5) не имѣетъ уже силы. Она уже въ римскомъ правѣ совершенно потеряла характеръ реституціи; она давалась по установившемуся правилу безъ всякаго соображенія особыхъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая, и потому не подлежала даже обыкновенной краткосрочной давности (Савиньи стр. 210—212). Въ внѣшнемъ правѣ она вообще не можетъ быть признана, такъ какъ ему совершенно чужда идея какъ *capitis diminutio* вообще, такъ и въ особенности основанное на ней преобразеніе долговъ. Вехтеръ II стр. 484. „Во всякомъ случаѣ это никогда не провигало въ Германіи въ практическое право“. По Бурхарди стр. 278 и сл. эта реституція устранена будто бы самимъ римскимъ правомъ; противъ этого Шнейдеръ стр. 304 — 307, Вангеровъ I §. 34 прим. 2. §. 187 прим.—Противъ *alienatio iudicii mutandi causa* предоставлялась не реституція, а только право на вознагражденіе; I 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, I. un. C. eod. 2. 55 ничего не доказываютъ въ пользу реституціи (§. 114 прим. 6). Шретеръ стр. 145 — 149. Какъ бы то ни было эта реституція въ послѣдствіи отпала. Савиньи стр. 103 — 105. 212—213.—Противъ двухъ другихъ принятыхъ Шретеромъ (стр. 127. 142 — 143) случаевъ (по поводу препятствія къ явкѣ въ судъ и при *SC. Velleianum*) см. Шнейдера стр. 257 и сл., Вангерова §. 177 прим. № 1. 2.

³⁾ О хронологическомъ соотношеніи отдѣльныхъ основаній реституціи см. Бурхарди стр. 148—150. 212—217, Савиньи стр. 134—137.

b. Несовершеннолѣтіе *).

§ 117.

Несовершеннолѣтнимъ предоставляется реституція противъ тѣхъ юридическихъ невыгодъ, въ которыя они вовлечены вслѣдствіе свойственнаго ихъ возрасту отсутствія обдуманности и опытности ¹⁾). Противъ тѣхъ юридическихъ невыгодъ, которыя чужды этого основанія, которыхъ, слѣдовательно, не могъ бы избѣгнуть и совершеннолѣтній, реституція не дается ²⁾). Но съ другой стороны въ источникахъ прямо признано, что содѣйствіе и даже представительство ихъ опекуновъ, мало того, даже утверждение высшаго опекунскаго управленія не лишаетъ ихъ права на реституцію противъ дѣйствія или упущенія, которое само по себѣ не можетъ быть оправданнымъ ³⁾).

*) Dig. 4. 4 de minoribus. Cod. 2. 22 de in integrum restitutione minorum.

§ 117. ¹⁾ Преторъ постановилъ: „quod cum minore quam XXV annis natu gestum erit; uti quaeque res erit, animadvertam“ (l. 1 §. 1 D. h. t.). На это Ульпианъ (l. 1 pr. eod.) замѣчаетъ: „Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit,.... cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum“.— О существѣ выраженія *gestum* см. l. 7—11 §. 2 D. h. t. l. 7 pr. cit. „Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit sive quid aliud contigit“. „Quid aliud“ обнимаетъ собою также просрочки, l. 7 §. 11. 12 cit., l. 9 §. 2 l. 38 §. 1 D. h. t.—Какъ въ томъ случаѣ, если данный фактъ имѣетъ мѣсто частью въ предѣлахъ несовершеннолѣтія, частью внѣ его? L. 3 §. 1. 2 D. h. t.; Бринцъ стр. 116.

²⁾ L. 11 §. 4. 5 l. 24 §. 1 l. 44 D. h. t., l. 9 §. 4 D. de iurei. 12. 2, l. 1 C. qui et adv. quos 2. 42. Въ l. 9 §. 4 cit. сказано: „nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit“, а въ l. 24 §. 1 cit. обращено вниманіе на то, что безусловная реституція противъ всякаго юридическаго акта, убыточнаго лишь по своему результату, даже не совмѣстно съ интересами несовершеннолѣтняго,—„ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio iis interdicatur“.

³⁾ L. 2. 3. 5 C. si tutor 2. 25, l. 4. 5 C. si adv. rem iud 2. 27, l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 pr. D. h. t., l. 7 §. 8 l. 49 eod.; l. 11 C. de praed. et al. reb. min. 5. 71. Зейф. Arch. II. 197. Поэтому реституція примѣнима также и къ недостигшимъ половой зрѣлости. Однако при надлежащемъ представительствѣ по l. 49 D. h. t. слѣдовало бы требовать большей значительности понесеннаго ущерба (§. 115 прим. 6). Ср. тоже l. 7 §. 8 D. h. t.—Нельзя не видѣть, что въ этомъ распространении реституціи нарушается безъ всякой нужды основная

Притязаніе несовершеннолѣтнихъ на реституцію дѣйствительно исключается чрезъ объявленіе совершеннолѣтія⁴⁾, равно какъ и чрезъ клятвенное подтвержденіе акта⁵⁾; кромѣ того оно отпадаетъ въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ⁶⁾. Если несовершенно-

ея мысль, и что именно въ нынѣшнемъ правѣ, въ которомъ опека подлежитъ высшему надзору начальства въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ въ римскомъ правѣ, „уже нѣтъ внутренняго основанія для продолженія существованія *restitutio* несовершеннолѣтнихъ“ (Савиньи стр. 149). Ср. тоже Геймбаха въ *Ortloff* и т. д. *juristische Abhandlungen und Rechtsfälle* I стр. 365 и сл.; съ другой стороны Брицца стр. 117. 118. — Изъ правила, что утвержденіе начальства не исключаетъ реституціи, существуетъ одно исключеніе, см. прим. 6.

⁴⁾ L. 1 C. de his qui veniam 2. 45, l. 5 C. de temp. i. i. r. 2. 53. По общему мнѣнію, съ этимъ сходенъ случай, когда несовершеннолѣтній официально уполномоченъ къ извѣстнаго рода дѣятельности. Глукъ V стр. 546—549, Бурхарди стр. 222—224. Зейф. Arch. V. 138. Ср. Будде и Шмидта *Entscheidungen der OAG. zu Rostock* VI. 24.

⁵⁾ L. 1 C. si adv. vend. 2. 28. и съ этимъ *Auth. Sacramenta puberum*. Ср. II §. 324 прим. 3. Дѣйствительность клятвы предполагаетъ половую зрѣлость. Зейф. Arch. XI. 209, ср. XIII. 13, но также и II. 261.

⁶⁾ При платежахъ, доставленныхъ опекуну несовершеннолѣтнаго вслѣдствіе судебного опредѣленія, l. 7 § 2 D. h. t., l. 25 C. de adm. tut. 5. 37, § 2 I. quib. al 2. 8. Главн. обр. Савиньи стр. 151. b) При займѣ, который полученъ состоящимъ подъ отеческою властью несовершеннолѣтнимъ по приказанію отца, l. 3 § 4 D. h. t. l. 1 2 C. de fil. fam. min. 2. 23. Это исключеніе, въ пользу котораго конечно не говоритъ никакое внутреннее основаніе, Савиньи VII Beil. XVIII старался устранить посредствомъ толкованія или исправленія текста. См. противъ этого Вангерова I § 183. прим. 2 № 4. c) При займѣ, который принятъ несовершеннолѣтнимъ, по крайней мѣрѣ восемнадцати лѣтъ, съ цѣлью освобожденія отъ плѣна его восходящихъ родственниковъ или другихъ лицъ, отъ которыхъ онъ получилъ наслѣдство, Nov. 115 с. 3 § 13. d) При полюбовной сдѣлкѣ между близкими родственниками (соотвѣтствующее мѣсто называетъ братьевъ и сестеръ), имѣющей цѣлью устранить отъѣздъ, возложенный на нихъ взаимно на случай болѣе ранней смерти („*cum fratrum concordia remoto captae mortis alterius voto improbabili retineatur*“, l. 11 C. de transact. 2. 4). e) Несовершеннолѣтнему не дается реституція противъ той реституціи, которую онъ получилъ противъ сдѣланнаго его отцомъ принятія наслѣдства или отреченія отъ него, l. 8 § 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. f) Противъ продажи закладовъ ему дается реституція лишь въ томъ случаѣ, когда понесенный имъ оттого ущербъ весьма значителенъ, или когда продавецъ и покупатель оказались виновными въ недобросовѣстности сообща, l. 9 pr. D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 29, l. 3 C. si adv. fisc. 2. 37, l. 2. C. de praed. min. 5. 71. По этимъ мѣстамъ можно объяснить съ одной стороны Paul. S. R. I. 9 § 8, l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de praed. min. 5. 71, а съ дру-

лѣтній желаетъ чрезъ реституцію перенести понесенную невыгоду на другаго несовершеннолѣтняго, то этому препятствуетъ то начало, что когда положеніе ~~обоихъ~~ ^{тѣхъ} сторонъ одинаково, то оставляется въ силѣ существующее состояніе ^{тѣхъ} 7).

Съ несовершеннолѣтними по закону сравнены общины ⁸⁾ и церковныя корпораціи ⁹⁾.

с. ПРИНУЖДЕНІЕ, ОБМАНЪ И ЗАБЛУЖДЕНІЕ.

§ 118.

Важность реституціи по поводу принужденія въ значительной степени умалена тѣмъ, что рядомъ съ нимъ имѣетъ силу обыкновенное притязаніе на вознагражденіе ущерба не только

гой — 1. 38 D. h. t., 1. 2 C. si adv. vend. 2. 29, 1. 4 C. de reb. alien. 4. 51. Ср. тоже 1. 6 C. de rest. mil. 2. 51. Дербургъ Pfandrecht II стр. 235 и сл.; иначе Савиньи стр. 152, отчасти Бахофенъ *ausgewählte Lehren* стр. 161—170. — Потеряли силу исключенія 1. 13 § 11 C. de iud. 3. 1, 1. 1 § 1 C. de plus ret. 3. 10. Никакого исключенія не содержится въ 1. 1 C. de i. i. r. min. 2. 22 (Бурхарди стр. 252, Вангеровъ I § 183 прим. 2 въ к.) и въ 1. 1 C. si adv. don. 2. 30 (§ 105 прим. 6). То, что несовершеннолѣтнему не можетъ быть дана реституція, когда онъ съ злымъ умысломъ выдалъ себя за совершеннолѣтняго (1. 2. 3. C. si minor. se mai. 2. 43), и то, что онъ утрачиваетъ свое притязаніе на реституцію посредствомъ подтвержденія, послѣдовавшаго съ его стороны по достиженіи имъ совершеннолѣтія (Cod. 2. 46 si maior factus ratum habuerit), не составляютъ еще исключеній, специально относящихся къ реституціи несовершеннолѣтнихъ (§ 115 прим. 10, § 83).

⁷⁾ L. 128 pr. D. de R. I. 50. 17, 1. 11 § 6 l. 34 pr. D. h. t. Ср. Зейф. Arch. I. 155, V. 101. 102. 249, VII. 141.

⁸⁾ L. 3. C. de iure reip. 11. 29, 1. 1. C. de off. eius 1. 50, 1. 4 C. quib. ex caus. mai. 2. 54. Зейф. Arch. I. 404; V. 249, XXI. 198.

⁹⁾ C. 1. 3. 6 X. de i. i. r. 1. 41, c. 11 X. de reb. eccl. 3. 13, c. 1. 2 de r. i. i. in VI^o 1. 21, cl. un de r. i. i. 1. 11. Ои противъ распространенія привилегіи несовершеннолѣтнихъ на другія юридическія и инныя находящіяся подъ опекою лица см. Глюка VI стр. 23 и сл., Бурхарди стр. 258 и сл., Савиньи стр. 160. 161, Гольцшугеръ I § 24 № 13. Практика рѣшительно склоняется въ пользу распространенія. См. Зейф. Arch. III. 191 (благотворительныя учрежденія); II. 156, III. 191, X. 8, XIV. 191 (фискъ); III. 190, XIII. 9. 186 (расточитель); V. 103 (слабоумные). Противъ распространенія на конкурсныя массы X. 116. 327 (иначе относительно просрочекъ V. 98); противъ распространенія на акціонерныя общества VI. 138.

противъ принуждающаго, но и противъ невиннаго третьяго лица, обогатившагося отъ вынужденной юридической сдѣлки¹⁾. Съ другой стороны, не должно однако думать, что чрезъ это притязаніе на вознагражденіе ущерба совершенно исключается реституція по поводу принужденія²⁾; совместно съ нимъ она прямо признана въ нашихъ источникахъ³⁾ и въ такомъ же смыслѣ имѣетъ несомнѣнную практическую важность для отдѣльныхъ случаевъ⁴⁾.

И по поводу обмана наряду съ реституціею допускается притязаніе на возмѣщеніе ущерба, хотя и не противъ невиннаго третьяго лица⁵⁾. Но особенность здѣсь та, что хотя существованіе реституціи само по себѣ не подлежитъ сомнѣнію, но примѣнимость ея въ другихъ случаяхъ кромѣ прямо упомянутыхъ въ источникахъ крайне сомнительна, и всѣ эти случаи носятъ процессуальный характеръ⁶⁾.

¹⁾ Actio quod metus causa

§ 118.

²⁾ Изъ новыхъ писателей это мнѣніе защищаетъ Пухта § 100. с. § 102 с. d. Противъ него Бурхарди § 18. 19, Шретеръ стр. 116 и сл.; Савиньи § 330 (именно примѣчаніе g) Вангеровъ I § 185 прим. № II, Шлиманъ (Schliemann) Lehre vom Zwange стр. 58. 59.

³⁾ Вообще: l. 1 D. de i. i. r. 4. 1, Paul. S. R. I. 7. § 2; въ особыхъ примѣненіяхъ: l. 9 § 4 l. 21 § 5. 6. D. quod met. с. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20.—Объ отношеніи во времени между этими двумя средствами защиты см. Бурхарди § 18, Шретера стр. 116 и сл., Вангерова § 185 прим., Шлимана в. п. с. стр. 7—12, Kramer leer van den psychischen dwang (§ 86*) р. 200—205, которые считают возвращеніе болѣе позднимъ, и Савиньи стр. 112—116. 119 и сл., который считаетъ его болѣе древнимъ.

⁴⁾ Именно при несостоятельности провинника для приобрѣтенія вещнаго притязанія вмѣсто чисто личнаго. Другой примѣръ представляетъ вступленіе и отказъ отъ наслѣдства, „по причинѣ неопредѣленныхъ, быть-можетъ, необозримыхъ правоотношеній, которыя могутъ быть связаны съ этимъ наслѣдствомъ“ (Савиньи стр. 195). См. тоже Шлимана в. п. с. стр. 41—42. 59.

⁵⁾ Actio de dolo.

⁶⁾ Обманъ обозначается какъ общее основаніе возвращенія въ пр. пол. въ l. 1 D. de i. i. r. 4. 1. и у Paul. S. R. I. 7 § 2. Но это не значитъ, что онъ долженъ быть основаніемъ возвращенія во всѣхъ случаяхъ; ибо иначе пришлось бы назвать общимъ дѣйствующимъ основаніемъ возвращенія и заблужденіе, такъ какъ у Павла в. п. с. и въ l. 2 D. de i. i. r. 4. 1 оно тоже приводится въ качествѣ общаго основанія возвращенія. Поэтому все зависитъ отъ отдѣльныхъ въ источникахъ опредѣленій, въ коихъ примѣняется возвращеніе по поводу обмана. Таковы несомнѣнно l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1 и l. 33 D. de re iud 42. 1; l. 18 D. de interr. 11. 1 не упоминаетъ объ обманѣ и можетъ быть отнесено къ заблужденію, l. 3 § 1 D. de eo per quem fact. erit. 2. 10 вполне объясняется

Реституція по причинѣ заблужденія примѣняется въ области матеріальнаго права лишь въ одному случаю, именно когда вѣрители наслѣдства, движимые извинительнымъ заблужденіемъ, воспользовались своимъ правомъ требовать раздѣла наслѣдственнаго имущества ⁷⁾.

д. Возвращеніе въ пр. пол. по поводу просрочки * ¹⁾.

§ 119.

Возвращеніе въ прежн. полож. противъ невыгодныхъ послѣд-

правилами о возвращеніи по поводу просрочки (Франке Beitr. стр. 79), приводимое многими возвращеніе по поводу обмана противъ *bonae fidei contractus* (§ 115 прим. 1) не можетъ быть доказано. Но всѣ указанные случаи несомнѣннаго примѣненія возвращенія по поводу обмана носятъ процессуальный характеръ; тоже конечно можно сказать и о говорящемъ довольно обще l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1 (*vv. boni praetoris est potius restituere litem*). Хотя вообще опасно распространять процессуальныя положенія на матеріальное право, но здѣсь слѣдуетъ сказать противное. Въ силу прямыхъ свидѣтельствъ источниковъ возвращеніе по поводу обмана включаетъ собою *actio de dolo* (l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 § 6 D. de dolo 4. 3); такъ во всѣхъ мѣстахъ, въ коихъ *actio de dolo* допускается, содержится косвенное свидѣтельство противъ возвращенія по поводу обмана; ср. именно l. 18 § 4 l. 38 D. de dolo 4. 3.—Защищаемого здѣсь мнѣнія держатся Шретеръ стр. 128, Вангеровъ I § 185 прим. № III, Синтенисъ I стр. 374, Вехтеръ II стр. 843; противъ него Бурхарди § 20 и въ особенности Савиньи VII § 332.

⁷⁾ Возвращеніе по поводу заблужденія, какъ уже замѣчено въ предыдущемъ примѣчаніи, упоминается какъ общее основаніе у Paul. S. R. I. 7 § 2 и въ l. 2 D. de i. i. r. 4. 1; но по отношенію къ нему всѣ согласны, что оно не должно быть распространяемо на неуказанные въ источникахъ случаи примѣненія. И эти случаи преимущественно процессуальнаго свойства и притомъ по большей части устарѣли (такъ, въ особенности прямо упомянутое въ закнѣ возвращеніе противъ того, кто вступилъ въ процессъ *falso tutore auctore*, l. 1 § 6 D. quod falso tut. 27. 6, ср. сверхъ того Gai. IV. 53. 57, § 33 I de acq. 4. 6, l. 2 D. de exc. rei. ind. 44. 2, l. 18. D. de interr. 11. 1, l. 8 § 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 11 § 8. 10. 11 D. de interr. 11. 1, l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1). Къ процессу не относятся только непримѣнимые болѣе у насъ l. 3 § 31 D. ad SC. Silan. 29. 5 (ср. § 119 прим. 16) и l. 1 § 17 D. de sep. 42. 6, въ коемъ высказано означенно въ текстѣ положеніе (l. 17 D. de his quae ut ind. 34. 9 не содержать въ себѣ никакого случая возвращенія). Ср. Савиньи III стр. 384 и сл. VII. § 331; сверхъ того Франке Beitr. стр. 83 и сл., Бурхарди § 21, Вангеровъ I § 186 прим. Зейф. Arch. X. 114, XI. 203, XV. 173. 174.

*) Dig. IV. 6 ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur. Cod. II 54 ex quibus causis maiores in integ. um restituuntur.

ствій просрочки ²⁾ дается во всѣхъ случаяхъ, въ коихъ просрочка произошла отъ внѣшняго препятствія, коимъ по мнѣнію судьи оправдывается реституція ³⁾. Источники прямо перечисляютъ рядъ такихъ препятствій.

1) Препятствія въ лицѣ просрочившаго. Сюда главнымъ образомъ относится отсутствіе изъ мѣстожительства ⁴⁾; оно, однако, должно оправдываться необходимостью или какою-либо иною причиною ⁵⁾. Наравнѣ съ отсутствіемъ поставлено лишеніе свободы ⁶⁾.

¹⁾ Встрѣчающемся въ названныхъ выше заглавіяхъ титуловъ и въ другихъ § 119 мѣстахъ обозначеніе этого возвращенія какъ *in integrum restitutio maiorum* объясняется относительно-ничтожною практическою важною возвращенія по поводу принужденія, обмана и заблужденія. Савиньи VII стр. 163.

²⁾ Изъ числа невыгодныхъ послѣдствій просрочки особенно важна и потому особенно указывается въ преторскомъ эдиктѣ давность (l. 1 § 1 D. h. t.). См. сверхъ того l. 15 § 2 l. 17 § 1 l. 41. 43 D. h. t., l. 1. 6 C. de rest mil. 2. 51. Ср. Франке Beitr. стр. 67—72.

³⁾ Въ преторскомъ эдиктѣ (l. 1 § 1 D. h. t., толкованіе у Савиньи стр. 165. 166) послѣ перечисленія цѣлаго ряда особыхъ основаній *restitutio*, между которыми главное мѣсто занимаетъ отсутствіе, сказано: „*item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restitutum, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit*“. Господствовавшее прежде мнѣніе придавало этой „*generalis clausula*“ (l. 26 § 1 l. 33 pr. D. h. t.) совершенно общій смыслъ и потому вообще предоставляло возвращеніе въ пр. пол. усмотрѣнію судьи. Другіе же ограничивали эту оговорку случаями отсутствія, не поименованными въ эдиктѣ. Глукъ VI. § 471. Теперь всѣми признано, что оба эти мнѣнія неврѣны, что эту *generalis clausula* слѣдуетъ относить не исключительно къ случаямъ отсутствія, но и не къ положительнымъ дѣйствіямъ и именно не къ юридическимъ актамъ. Ср. въ особенности Бурхарди стр. 191 и сл., Франке Beitr. стр. 73 и сл., Савиньи стр. 167, Вангерова I. § 183 прим. 1 № III; Зейф. Arch. X. 113. стр. 117. Противъ перваго слишкомъ общаго пониманія *generalis clausula* свидѣтельствуетъ прямо l. 26. § 9 D. h. t.

⁴⁾ Зейф. Arch. V. 104.

⁵⁾ Эдиктъ упоминаетъ объ отсутствіи изъ страха (основательнаго, l. 2. § 1 l. 3 D. h. t.) и по государственнымъ дѣламъ (l. 4—7 l. 33 § 1 l. 38 l. 45. D. h. t.). На основаніи *clausula generalis* возвращеніе объявляется допустимымъ „*quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit*“ (l. 26. § 9 D. h. t.) и даже при добровольномъ отсутствіи, „*si quis de causa probabili afuerit*“ (l. 28 pr. D. h. t.). Подъ *causa probabilis*, конечно, нельзя разумѣть „уважительную“ причину, какъ это дѣлаетъ Савиньи (стр. 174—176), чтобы затѣмъ полемизировать противъ этого требованія уважительности. Ср. еще l. 8. 26 § 1 l. 40 § 1 l. 42 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 1. 2. C. de ux mil. 2. 52.

⁶⁾ „*In vinculis esse*“, l. 1. § 1 D. h. t., l. 9. 10 cod. Къ этому случаю ex

Далѣ сюда относится реституція, предоставленная лицу, еще не родившемуся⁷⁾. То обстоятельство, что просрочившій имѣлъ представителя, не лишаетъ его права на реституцію⁸⁾, независимо отъ того случая, когда противъ него состоялось вошедшее въ законную силу рѣшеніе; наоборотъ, онъ его лишается, если у него не было представителя, когда его слѣдовало имѣть⁹⁾, а по аналогіи съ этимъ послѣднимъ рѣшеніемъ просрочившему слѣдуетъ отказать въ реституціи даже и тогда, когда онъ по своей собственной винѣ ошибся въ выборѣ представителя.

clausula generali приравнивается и то, когда кто за поручительствомъ обѣщалъ не оставлять извѣстнаго мѣста, l. 28. § 1. D. h. t. Въ эдиктѣ упоминалось особенно о военномъ плѣнѣ, который подходитъ сюда въ силу распространенія отсутствія *ex clausula generali*, далѣ объ *in servitute esse* (о фактическомъ пребываніи въ состояніи раба). L. 11—15. § 2. D. h. t.

7) L. 45. pr. D. de min. 4. 4.

8) Что наличность представителя не исключаетъ возвращенія, это прямо говорится въ l. 26. § 9. D. h. t.:—*„et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non“*. Съ этимъ согласны l. 15. pr. D. h. t. (находящійся *apud hostes* получаетъ возвращеніе, хотя бы къ его имуществу приставленъ былъ попечитель) и l. 8. D. de i. i. r. 4. 1 (возвращеніе въ случаѣ пропущенія представителемъ апелляціоннаго срока). Но мѣстамъ этимъ противорѣчатъ кромѣ остальнаго содержанія l. 8. cit. (см. ниже), именно l. 39. D. h. t. *„Is qui reipublicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur“*. Мнѣнія здѣсь расходятся; общій очеркъ ихъ дѣлаетъ Фрицъ (Fritz) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 3 стр. 68 и сл. (см. тоже Арндтса § 120 прим. 3). Савиньи (стр. 178. 180) за одно съ Бурхарди (стр. 166 и сл.) склоненъ принять, что право при своемъ развитіи постепенно становится мягче. По моему мнѣнію въ l. 39 cit., сообразно съ настоящимъ техническимъ смысломъ *defendere*, идетъ рѣчь о вошедшемъ въ законную силу рѣшеніи и потому должно изъ этого мѣста вывести только то положеніе, что представляемый не можетъ получить возвращенія противъ содержанія вошедшаго въ законную силу рѣшенія, каковое положеніе содержится и въ l. 8 D. de i. i. r. cit. Съ этимъ выводомъ согласенъ и Фрицъ в. п. с., съ которымъ нельзя однако согласиться, когда онъ сводитъ это положеніе къ тому, что возвращеніе по поводу отсутствія вообще не относится къ рѣшеніямъ, потому что оно не относится къ принятію на себя обязательствъ.

9) L. 20 pr. D. de min. 4. 4, l. 26. § 1 l. 28 pr. D. h. t. Это не противорѣчитъ сказанному въ предыдущемъ примѣчаніи. Отсутствующій не можетъ возразить, что онъ могъ бы требовать возвращенія, даже если бы у него былъ представитель; нельзя принимать что представитель не исполнилъ бы своей обязанности. Фрицъ в. п. с. стр. 62 и сл. безъ всякаго основанія ограничиваетъ это возвращеніемъ *ex clausula generali*.

2) Препятствія въ лицѣ того, по отношенію къ кому слѣдовало совершить какое-нибудь дѣйствіе: а именно тоже отсутствіе и лишеніе свободы ¹⁰⁾, затѣмъ случай, когда къ нему невозможно было предъявить иска или вслѣдствіе его ухищренія, или вслѣдствіе задержки по дѣламъ, или вслѣдствіе какой-нибудь причины, освобождающей его отъ тяжбы ¹¹⁾, или если онъ въ помѣшательствѣ, либо дитя, либо юридическое лицо ¹²⁾. Требуется, однако, чтобы нельзя было найти и представителя его ¹³⁾.

3) Препятствія въ лицѣ судьи, напримѣръ, проволочка, отказъ въ правосудіи, чрезвычайныя вакаціи ¹⁴⁾.

4) Иныя препятствія, каково неосуществленіе сервитута вслѣдствіе того, что осуществленію этому препятствуетъ самое состояніе служащей вещи ¹⁵⁾. Сюда только не слѣдуетъ причислять и заблужденія ¹⁶⁾.

С. О реституціи въ ея осуществленіи.

§ 120.

Домогаться возвращенія въ прежнее положеніе могутъ потерпѣвшій и его юридическіе преемники, какъ общіе ¹⁾, такъ и сингулярные ²⁾.

¹⁰⁾ L. 1 § 1 D. h. t.; l. 21 § 1 l. 23 pr. § 3 eod.

¹¹⁾ E. 1 § 1 D. h. t.; l. 23 § 4 l. 24. 25. 26 § 2 eod.

¹²⁾ L. 22 § 2 D. h. t.

¹³⁾ E. 21. § 2. 3 l. 22. pr. l. 26. § 3. D. h. t. Cp. § 4. 5 I. de satisfd. 4. 11, l. 2. C. de ann. exc. 7. 40. Савиньи VII стр. 184.

¹⁴⁾ L. 26. pr. § 4—7. D. h. t.

¹⁵⁾ L. 34. § 1. l. 35. D. de S. P. R. 8. 3, l. 43 pr. D. quemadm. serv. 8 6, l. 1. § 9. D. de itinere. 43. 19.

¹⁶⁾ По причинѣ заблужденія (невѣденія) возвращеніе противъ просрочки дается въ l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1, въ коемъ рѣчь идетъ о процессуальномъ случаѣ, и въ l. 3 § 31 ad. SC. Sil. 29. 5: „si idcirco ignoratum est, quia metu senatusconsulti (Silaniani) aperiri tabulae non potuerunt“. Если бы это рѣшеніе (нынѣ непримѣнимое) возвести въ общее правило, то давность притязаній утратила бы большую часть своего значенія и пользы. Cp. § 118 прим. 7. Къ устраненію заблужденія относится внесенная въ текстъ прибавка, „внѣшнее“ препятствіе.

¹⁾ L. 6 D. de i. i. r. 4. 1, l. 18. § 5. D. de min. 4. 4; cp. l. 3. § 9. 10 § 120. eod.

²⁾ То-есть, сингулярные преемники притязанія на реституцію; такое притя-

Оно можетъ быть потребовано противъ того, въ пользу коего наступило наносящее ущербъ юридическое послѣдствіе, и противъ его общихъ преемниковъ. Противъ лицъ, кои на основаніи наносящаго ущербъ юридическаго послѣдствія приобрѣли что-либо при посредствѣ инаго производнаго способа приобретенія, возвращеніе въ прежнее положеніе можетъ быть потребовано лишь въ томъ случаѣ, когда эти лица знали при самомъ приобретеніи объ основаніи этого возвращенія, или когда безъ этого возвращенія не можетъ быть потерпѣвшимъ устраненъ значительный ущербъ³⁾; безусловно же противъ всякаго третьяго лица возвращеніе можетъ быть потребовано лишь по поводу принужденія⁴⁾. Третьи лица, имѣющія въ своихъ рукахъ безъ всякаго юридическаго основанія

заніе можетъ быть уступлено подобно всякому другому притязанію, l. 24 pr. D. de min. 4. 4. Ср. l. 25. D. de admin. 26. 7, l. 20. § 1. D. de tutelae 37. 3. Напротивъ того совершенно нельзя было бы оправдать того, еслибы сингулярному преемнику вздумали давать притязаніе на возвращеніе въ пр. положеніе относительно такого права, которое съужено какимъ-нибудь юридическимъ послѣдствіемъ, противъ коего предметникъ могъ бы потребовать возвращенія въ пр. положеніе (примѣры: собственность—отягощеніе вещи повинностью).—Равнымъ образомъ притязаніемъ на возвращеніе не можетъ воспользоваться поручитель, l. 7. § 1. i. f. D. de exc. 44. 1. (гдѣ рѣчь идетъ сначала объ exc. legis Praetoriae, а затѣмъ о возвращеніи въ пр. пол. несовершеннолѣтнихъ); ср. l. 95. § 3. D. de solut. 46. 3. Иной вопросъ въ томъ, можетъ ли данная потерпѣвшему реституція идти въ пользу и его поручителя; см. прим. 18. Обо всемъ этомъ ученіи: Бурхарди стр. 398—416, Савиньи стр. 216—222, Вангеровъ § 179 прим.

³⁾ Что возвращеніе дается то *in rem*, то только *in personam*, объ этомъ говорить Paul. S. R. I. 7. § 4. Выставленное въ текстѣ правило всего рѣшительнѣе выражено въ l. 13. § 1 l. 14. D. de min. 4. 4. (гдѣ въ качествѣ случая, когда потерпѣвшій не могъ бы получить своего безъ возвращенія противъ третьихъ лицъ, указанъ именно тотъ случай, когда несостоятельнымъ къ платежу оказывается ближайшій участникъ). Въ виду этихъ мѣстъ l. 17 pr. ex quib. caus. mai. 4. 6. можно толковать въ огранительномъ смыслѣ, что несомнѣнно относительно l. 39 pr. D. de evict. 21. 2, который выдвигаетъ совершенно иную точку зрѣнія; относить l. 30. § 1. D. ex quib. caus. mai. къ возвращенію противъ третьихъ лицъ вовсе нѣтъ надобности. Возвращеніе противъ продажи заклада (l. 2 D. de praed. min. 5. 71) не составляетъ возвращенія противъ третьихъ лицъ. Впрочемъ ср. и другія мѣста, приведенныя въ § 117 прим. 6. f. Мнѣнія и здѣсь очень расходятся. Ср. Бурхарди стр. 416—420, Савиньи стр. 223. 269—273, Wetzell disput. de quaestione adversus quem in int. rest. imploranda sit. Marb. 1850. Вехтеръ II стр. 847, Арндтъ § 123 прим.

⁴⁾ По аналогіи съ *actio quod metus causa* и по l. 3. C. de his quae vi 2. 20.

то, чего лишился потерпѣвшій, подвергаются конечно той же участи ⁵⁾).

Требованіе должно быть предъявляемо у судьи, признаваемого компетентнымъ по правиламъ процессуальнаго права ⁶⁾). Судья не постановляетъ рѣшенія до выслушанія противной стороны ⁷⁾). Если послѣ присужденнаго возвращенія окажется еще какой-либо споръ между сторонами ⁸⁾), то онъ разрѣшается въ особомъ производствѣ; но онъ можетъ быть разрѣшенъ также въ связи и одновременно съ производствомъ о реституціи ⁹⁾).

Возвращеніе должно быть потребовано въ продолженіе четырехъ лѣтъ ¹⁰⁾). Теченіе этого срока начинается съ того дня, въ который отпало основаніе возвращенія ¹¹⁾), а для общинъ и духов-

⁵⁾ Зейф. Pand. III § 665. прим. 28, Арндтсъ § 123 прим.

⁶⁾ Бурхарди § 28, Савиньи § 334.

⁷⁾ L. 13 pr. l. 29. § 2. D. de min. 4. 4, l. 1. C. si adv. dot. 2. 34, Nov. 119 c. 6.

⁸⁾ Что представляется излишнимъ, когда, напримѣръ, несовершеннолѣтнему дается возвращеніе противъ невыгодной для него купии—продажи. Наоборотъ возвращеніе можетъ имѣть именно цѣлью сдѣлать возможнымъ самый споръ, напримѣръ, когда оно дается противъ истеченія давности притязанія.

⁹⁾ Соответственно тому новые писатели различаютъ *iudicium rescindens* и *iudicium rescissorium*; послѣднее выраженіе согласно съ источниками (поперемѣнно употребляемое то съ *iudicium restitutorium*, то съ *actio restitutoria*) но не ограничивается только возвращеніемъ. | ср. l. 16. C. ad SC. Vell. 4. 2., l. 8. § 7. 12. 13. D. eod. 16. 1. Въ классическомъ римскомъ правѣ разведеніе этихъ двухъ производствъ было правиломъ, такъ-какъ возвращеніе могло быть даваемо только отъ *magistratus* (l. 9. § 4. D. de iurei. 12. 2. 2, ср. Фойгта (Voigt) *condictiones ob causam* стр. 777 прим. 728, а также Рудорфа *Zeitschr. f. RGesch.* IV стр. 94. 95), а онъ разрѣшалъ обыкновенный споръ лишь въ чрезвычайныхъ случаяхъ. Ср. о всемъ этомъ вопросъ Бурхарди § 24—26, Савиньи § 337; а также Фойгта в. л. с. стр. 776 и сл.

¹⁰⁾ Въмѣсто прежняго *annus utilis* Юстиніанъ постановилъ *quadriennium continuum*, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 (Переходное право въ l. 2. C. Th. de integr. rest. 2. 16). Впрочемъ, еще можно спорить, дѣйствительно-ли названный законъ относится ко всѣмъ случаямъ реституціи, ср. Вангерова I § 180 прим. № 1. Постановленіе о томъ, что въ теченіе этого срока возвращеніе въ прежнее положеніе должно быть не только заявлено, но и разрѣшено, устранено практикою. Глюкъ V стр. 445, Вангеровъ I § 180 прим. № 3. Ср. вообще о давности притязанія на возвращеніе Унтергольцнера *Verjährungslehre* II § 151—155, Бурхарди § 27, Савиньи стр. 242—264. Зейф. Arch. XXI. 6.

¹¹⁾ Это прямо предписано относительно возвращенія по поводу несовершенно-

ныхъ корпорацій со дня причиненія вреда ¹²⁾. Противъ истеченія этого срока, при наличности законнаго основанія, можетъ быть снова потребована реституція ¹³⁾; но съ тѣмъ, что если это законное основаніе наступаетъ уже послѣ того, какъ теченіе срока началось, возвращеніе можетъ быть потребовано лишь въ теченіе времени, остающагося до истеченія срока ¹⁴⁾.

Дѣйствіе возвращенія состоитъ въ возстановленіи прежняго юридическаго положенія ¹⁵⁾. Но возвращеніе это можетъ послѣдовать не только въ пользу, но и во вредъ возвращаемаго въ прежнее положеніе, такъ что онъ долженъ выдать то, что онъ приобрѣлъ чрезъ наступленіе юридическаго послѣдствія, предполая при этомъ, что онъ снова не утратилъ приобрѣтеннаго именно вслѣдствіе основанія возвращенія ¹⁶⁾. Равнымъ образомъ онъ снова

лѣтія и противъ просрочекъ, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 — спорно по отношенію къ принужденію, обману и заблужденію, ср. Вангерова I § 180 прим. № 2 въ срединѣ. Въ особенности относительно случая объявленія совершеннолѣтія въ l. 5 pr. C. eod.; о l. 28 § 3 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 см. Савиньи стр. 252 прим. а. Для начала теченія давности не требуется знанія о понесенномъ нарушеніи. Бурхарди стр. 517 и сл., Савиньи стр. 248 и сл., Вангеровъ I § 180 прим. № 2. Зейф. Arch. I. 270, VIII. 10.

¹²⁾ C. 1. 2 de r. i. i. in VI^o l. 21, cl. un. de r. i. i. l. 11. Знанія о понесенномъ нарушеніи не требуется и въ каноническомъ правѣ (с. l. 2 de r. i. i. in VI^o). Савиньи стр. 248—250. Др. мѣст. Кейль (Keil) Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 16. Противъ этого Фермеренъ (Vermehren) тамъ же XXXIX. 16 (ср. X. 18). За требованіе знанія: Зейф. Arch. III. 191, XI. 204, XIV. 191; противъ XI. 8.

¹³⁾ Другими это отрицается на основаніи l. 20 pr. D. de min. 4. 4, который однако отказываетъ въ реституціи единственно вслѣдствіе отсутствія справедливаго основанія (§ 119 прим. 9). Ср. тоже l. 19 eod., l. 1—3. C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 1 de r. i. i. in VI^o l. 21. Савиньи стр. 258—263, Арндтсъ § 122 прим. 3.

¹⁴⁾ Другими словами: не считается та часть срока возвращенія, которая протекаетъ во время существованія, основанія возвращенія. L. 19. D. de min. 4. 4, l. 5 § 1. 2 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Основаніе возвращенія можетъ наступить въ послѣдствіи и такимъ образомъ, что управомоченный къ возвращенію умираетъ въ предѣлахъ этого срока и оставляетъ наследника, въ лицѣ коего имѣется основаніе возвращенія. Объ этомъ-то случаѣ и говорятъ прежде приведенныя мѣста.

¹⁵⁾ L. 7 § 5 l. 27 § 2. 3 l. 33. 40 pr. l. 48 § 2 l. 50 D. de min. 4. 4, l. 23 § 2 l. 26 § 7. 8 l. 28 § 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 l. 19 D. de nov. 46. 2, l. 1 § 1 C. de reput. 2. 48.

¹⁶⁾ L. 24 § 4 l. 27 § 1 l. 40 § 1 l. 47 § 1 D. de min. 4. 4, l. 1 pr. § 2 C. de reput. 2. 48.

вступаетъ въ обязательства, которыя ранѣе для него существовали; тоже имѣетъ силу по отношенію къ третьимъ лицамъ, когда они освободились отъ обязательства чрезъ отмѣняемое теперь юридическое послѣдствіе ¹⁷⁾. Поручитель возвращеннаго въ пр. пол. можетъ воспользоваться возвращеніемъ только въ томъ случаѣ, если онъ ручался не прямо по отношенію къ праву на реституцію ¹⁸⁾.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ, НАРУШЕНІЕ И ЗАЩИТА ПРАВЪ.

I. Осуществленіе правъ *).

§ 121.

Доселѣ права разсмотрѣны были лишь со стороны ихъ существованія, а не со стороны ихъ осуществленія. Но ихъ назначеніе заключается именно въ дѣятельности, а не въ покоѣ. Назначеніе ихъ вызвать соотвѣтствующее имъ дѣйствительное состояніе. Вызывая въ силу своего права такое состояніе, управомоченный осуществляетъ само это право.

Относительно осуществленія правъ нужно замѣтить слѣдующее.

Есть права, которыя вмѣстѣ съ осуществленіемъ прекращаются, другія же такого свойства, что осуществленіе ихъ не ведетъ къ такому послѣдствію ¹⁹⁾.

¹⁷⁾ L. 50 D. de min. 4. 4, l. 48 § 1 i. f. D. de fidei. 46. 1, l. 1 § 1 C. de reput. 2. 48; l. 20 pr. D. de tutelae 27. 3.

¹⁸⁾ L. 13 pr. D. de min. 4. 4. l. 95 § 3 D. de solut. 46. 3 (ср. sine contemplatione iuris praetorii), Paul. S. R. I. 9 § 6; l. 3 § 4 D. de min. 4. 3, l. 51 pr. D. de proc. 3. 3; l. 7 § 1 D. de except. 44. 1, l. 1. 2 C. de fidei. min. 2. 24. Бурхарди стр. 569 и сл., Савиньи стр. 217—222. Вангеровъ § 183 прим. 1. Ср. Зейф. Arch. IX. 5.

*) Вехтеръ II § 32, Унгеръ I § 68, Синтенисъ I § 27.

¹⁹⁾ Къ послѣднему роду относятся вещныя права, а къ первому права требованій, виндшейдъ, пандектное право. Т. I.

Осуществленіе права не можетъ быть признаваемо противоправнымъ лишь потому, что имъ причиняется ущербъ другому²⁾; оно недозволительно лишь въ томъ случаѣ, если право осуществляется единственно съ тою цѣлью, чтобы причинить другому ущербъ³⁾.

Въ частности не считается противоправнымъ такое осуществленіе права одного лица, которое дѣлаетъ невозможнымъ осуществленіе или разрушаетъ право другого лица⁴⁾, ибо иначе пра-

ванія и вообще притязанія, за исключеніемъ однако притязаній, направленныхъ на дѣящіяся (положительныя или отрицательныя) дѣйствія.

2) Это выражаютъ такъ: *qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam*. Начало это признано въ 1. 55. 151. 155 § 1 D. de R. I. 50. 17. Примѣненія въ 1. 9 D. de S. P. U. 8. 2, 1. 24 § 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, 1. 1 § 11. 21 l. 21 D. de aqua et aquae 39. 3. Игерингъ Jahrb. f. Dogm. X стр. 312 и сл.

3) Единственно съ тою цѣлью, чтобы причинить другому ущербъ. Стало бытъ предполагается, что управомоченный не имѣетъ никакого инаго интереса въ осуществленіи своего права. Само собою разумѣется, что не онъ обязанъ доказывать наличность инаго интереса; противникъ долженъ доказать ему отсутствіе послѣдняго, а доказать это весьма трудно. Вотъ почему все это правило не совсѣмъ практично; но съ другой стороны, заходятъ ужъ слишкомъ далеко, оспаривая на этомъ же основаніи его всеобщую силу, (такъ именно Вехтеръ II стр. 194, Унгеръ I стр. 616, Веренбергъ (Werenberg) и Игерингъ въ Jahrb. f. Dogm. VI стр. 34. 104—106, см. тоже, цитаты у Вангерова I стр. 297 прим. № 1; средины держится Синтенисъ I стр. 234) и ограничивая его специальными случаями, въ коихъ оно упоминается въ источникахъ. Въ соответствующихъ мѣстахъ источниковъ (1. 38 D. de R. V. 6. 1, 1. 1 § 12 l. 2 § 5. 9 D. de aqua et aquae 39. 3 ср. 1. 3 pr. D. de op. publ. 50. 10) нѣтъ никакого указанія на подобное ограниченіе; въ нихъ очевидно примѣняется принципъ. Ср. А. Перникъ zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 44. 45. Тоже Зейф. Arch. X. 222, XXI. 192. Blätter f. RAnwend. Ergänz. Bd. zum 31. u. 32 Jahrg. стр. 308 и сл.

4) Въ этихъ случаяхъ говорятъ о коллизіи правъ. Объ этомъ ученіи ср. Тибо Versuche II. 14 (1798, 2 изд. 1817). Гуфеландъ Geist. des röm. Rechts II. 7 (1817). Шталъ (Stahl) über die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte (1826). Кирульфъ I стр. 230—240, Вехтеръ II § 76, Бекингъ I § 128, Унгеръ I § 70.

5) Вѣритель не сдѣлаетъ неправды, если осуществленіемъ своего требованія отниметъ у должника средства къ удовлетворенію другихъ вѣрителей. Корреальный вѣритель можетъ реализовать свое требованіе, хотя бы онъ тѣмъ самымъ лишилъ другого корреального вѣрителя его требованія. Въ этихъ случаяхъ предлагается правило: *occupantis или possidentis melior est condicio*. Ср. 1. 6 § 7 l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 8; 1. 2 D. de duob. reis 45. 2; 1. 9 § 4 D. de Publ. act. 6. 2; 1. 10 D. de pign. 20. 1; 1. 32 D. de proc. 3. 3; 1. 33. 126 § 2 l. 128 pr. D. de R. I. 50 17, с. 65 de R. I. in VI^o 5. 13. Въ томъ случаѣ, когда чрезъ осуществленіе одного притязанія становится невозможнымъ осущест-

во другого лица должно было бы пользоваться какимъ-нибудь юридическимъ преимуществомъ ⁶⁾. Въ особенныхъ случаяхъ при такой коллизіи правъ имѣетъ мѣсто раздѣлъ пользованія ⁷⁾ или рѣшеніе посредствомъ жребія ⁸⁾.

Осуществленіе одного права можетъ также вредно вліять на другое право того же управомоченнаго. Это бываетъ при притязаніяхъ, направленныхъ на одно и то же; тутъ нельзя требовать удовлетворенія каждаго изъ притязаній порознь, но удовлетвореніе одного изъ нихъ будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ удовлетвореніемъ и другого ⁹⁾. На одно и то же два притязанія направлены въ томъ слу-

вленіе другого, предпочтеніе отдается тому, по коему рѣшеніе состоялось ранѣе, l. 14 pr. D. de pox. act. 9. 4, l. 10 D. de pec. 15. 1, l. 3 § 10 l. 4 D. de in rem verso 15. 3.

⁶⁾ Поэтому, напримѣръ, противоправно, если имѣющій право на пастбище станетъ выгонять на него столько скота, что этимъ стѣснится осуществленіе ранѣе установленнаго права на пастбище.

⁷⁾ Именно при конкурсѣ, насколько при немъ не получаютъ предпочтенія, вещныя права предъ личными и привилегированныя требованія.

⁸⁾ L. 5 D. fam. erc. 10. 2, ср. l. 14 D. de iud. 5. 1, l. 24 § 17 D. de fideic. lib. 40. 5. L. 3 C. comm. de leg. 6. 43 не относится сюда; если нѣсколько отказопринимателей, кои должны выбрать какой нибудь предметъ, не могутъ согласиться между собою насчетъ выбора, то тутъ имѣется не коллизія правъ, но отпаденіе самого отказа вслѣдствіе неисполненія его условія; въ замѣнъ этого отпаденія Юстиніанъ ввелъ жребій.

⁹⁾ „*Volpa fides non patitur, ut bis idem exigatur*“, l. 57 D. de R. I. 50. 17; ср. l. 43 § 1 eod., l. 41 § 1 D. de O. et A. 44. 7. Такъ, обокраденный собственникъ имѣетъ притязаніе на выдачу украденной вещи, возникающее: 1) на основаніи кражи, 2) на основаніи его права собственности, и 3) также на основаніи договорнаго отношенія, въ коемъ онъ состоитъ съ воромъ; но при этомъ онъ можетъ потребовать вещь не болѣе одного раза, l. 9 § 1 D. de furtis 47. 2, l. 45. 47 pr. D. pro socio 17. 2, l. 2 § 1 D. de tutelae 27. 3, l. 34 § 1. 2 D. de O. et A. 44. 7. Другія притязанія въ: l. 13 D. de R. V. 6. 1, l. 36 § 2 D. de H. P. 5. 3, l. 18 l. 27 § 11 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 § 1 D. commod. 13. 6, l. 47 § 1 l. 50 D. pro socio 17. 2, l. 43 D. loc. 19. 2; l. 2 § 3 D. de priv. del. 47. 1, l. 14 § 13 D. quod. met. causa 4. 2; l. 35 § 1 D. loc. 19. 2, l. 38 § 1 D. pro socio 17. 2; l. 28 D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 § 12 D. de dote prael. 33. 4. — Господствующее мнѣніе говоритъ здѣсь о прекращеніи „исковъ“ посредствомъ „стеченія“ (*Conspicuenz*), хотя притомъ и допускаютъ, что то, что прекращается, есть не право на судебное преслѣдованіе притязанія, но само притязаніе, и что прекращеніе происходитъ не вслѣдствіе простаго стеченія двухъ притязаній (исковъ), но вслѣдствіе удовлетворенія одного изъ нихъ. Причина того, что говорятъ о прекращеніи исковъ вмѣсто прекращенія притязаній,

чаѣ, когда цѣль, которую они имѣютъ въ виду, одна и тоже ¹⁰⁾. Тождества обязаннаго субъекта при этомъ не требуется ¹¹⁾.

Осуществленіе права обыкновенно допускаетъ представительство; но есть права, которыя не могутъ быть осуществляемы чрезъ представителя ¹²⁾. Когда представительство допускается, то осуществленіе права можетъ быть предоставлено другому и для его собственной пользы. Это возможно еще въ двойномъ видѣ. Или

заключается и здѣсь въ словоупотребленіи римлянъ, обозначающихъ притязаніе словомъ *actio*. Ср. Виндшейда *die Actio* и т. д. стр. 31 и сл. съ Кирульфомъ стр. 241—268, Савинья *V* § 231—236, Вехтеромъ *II* § 67, Бринцомъ *I* § 40, Унгеромъ *II* § 117. Особое (маловажное) сочиненіе объ этомъ предметѣ Мартенсъ (*Martens*): *über Concurrenz und Collision der röm. Civillagen* (1856).

¹⁰⁾ Эта формула, противъ которой я высказался прежде (въ указанномъ въ предыдущемъ примѣчаніи мѣстѣ), изъ всѣхъ доселѣ предложенныхъ представляется все-таки самою удачною. Здѣсь имѣть значеніе не содержаніе даннаго опредѣленія воли, на которое направлено притязаніе, а цѣль, которую это опредѣленіе имѣетъ въ виду. Притязаніе на доставленіе индивидуально опредѣленной вещи, принадлежащее другому на основаніи купли, не устранивается чрезъ удовлетвореніе притязанія на доставленіе той же вещи на основаніи даренія, въ первомъ случаѣ доставленіе имѣетъ цѣлью дать ему эквивалентъ за уплаченную имъ или имѣющую быть уплаченною покупную сумму, во второмъ — сдѣлать безмездное предоставленіе. Наоборотъ притязаніе на выдачу владѣнія извѣстной вещью имѣетъ всегда одну цѣль, будетъ ли оно предъявлено на основаніи собственности или на основаніи какого-нибудь договорнаго отношенія, напримѣръ, договора поклажи; хотя въ первомъ случаѣ притязаніе главнымъ образомъ направлено на восстановленіе отношенія, соотвѣтствующаго праву собственности, а во второмъ — на исполненіе обѣщанія, тѣмъ не менѣе цѣль обоихъ доставленій состоитъ въ томъ именно, чтобы управомоченный владѣль вещью. Такъ затѣмъ притязанія на возмѣщеніе извѣстнаго ущерба имѣютъ одну и ту же цѣль, будутъ ли они основываться на преступномъ свойствѣ наносящаго вредъ дѣянія или на договорномъ обязательствѣ. — Келлеръ (§ 83) стремится свести все къ тождеству обосновывающаго факта при множествѣ относящихся сюда юридическихъ точекъ зрѣнія: но примѣнимо ли это, напримѣръ, къ *rei vindicatio* и *actio commodati*? — По отношенію къ нѣсколькимъ притязаніямъ на взысканіе, возникающимъ изъ нарушающаго нѣсколько уголовныхъ законовъ дѣянія, представляется специальный вопросъ, простираются ли они на одно и тоже (взысканіе) или не на одно и тоже (взысканія), но объ этомъ вопросѣ см. *II*. § 326 прим. 8. 9.

¹¹⁾ *L. 5 § 15 D. comm. 13. 6, l. 1 § 43 D. dep. 16. 3, l. 1 § 10 l. 2—4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 14 § 15 D. quod met. c. 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3.*

¹²⁾ Слѣшкомъ обще говорится въ с. 68 de R. I. in VI^o 5. 13. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“.

такъ, что управомоченный только обязанъ доступное ему самому осуществленіе права предоставить другому, или такъ, что другой имѣеть собственное право на осуществленіе чужаго права, стало быть, можетъ осуществить его и противъ третьихъ лицъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ чужое право, безтѣлесная вещь, можетъ быть предметомъ извѣстнаго права точно также какъ, и чужая тѣлесная вещь ¹³⁾.

II. Правонарушеніе.

§ 122.

Право нарушено, когда ему не соотвѣтствуетъ фактическое состояніе противъ воли управомоченнаго; правонарушеніе совершаетъ тотъ, чрезъ котораго фактическое состояніе становится не-соотвѣтственнымъ праву противъ воли управомоченнаго. Смотри потому, направлено ли право (притязаніе) на совершеніе или несовершеніе чего-нибудь (дѣяніе или упущеніе), и правонарушеніе состоятъ въ совершеніи или несовершеніи чего-нибудь ¹⁾. Для правонарушенія не требуется, чтобы управомоченный особо обнаружилъ желаніе воспользоваться своимъ правомъ ²⁾.

¹³⁾ Это отношеніе, которое не всегда надлежащимъ образомъ распознавалось или указывалось, имѣеть мѣсто именно при отчужденіи узупфрукта и (по римскому праву) правъ требованія, а также при залогѣ безтѣлесныхъ вещей. См эти ученія (I § 205. 239, II § 329).

¹⁾ Примѣры: кто-либо отнимаетъ у собственника владѣніе его вещью; на земельномъ участкѣ, который обремененъ сервитутомъ, воспрепятствующимъ постройкѣ, воздвигается зданіе; должникъ не удовлетворяетъ своего вѣрителя въ срокъ. § 122.

²⁾ Но объявленіе со стороны управомоченнаго о желаніи воспользоваться своимъ правомъ требуется для правонарушенія лишь настолько, насколько этимъ объявленіемъ именно указывается, что существуетъ фактическое состояніе, не соотвѣтствующее его праву. Это бываетъ при притязаніяхъ (вещныхъ или обязательственныхъ), которыя направлены на какое-либо дѣйствіе лица обязаннаго безъ опредѣленія самаго времени этого дѣйствія. Возникающая отсюда неопредѣленность можетъ быть восполнена заявленіемъ управомоченнаго, что онъ именно теперь требуетъ совершенія дѣйствія; но до такого восполненія означенная неопредѣленность идетъ въ пользу обязаннаго, и до помянутаго заявленія несправедливо утверждать, будто обязанный поступаетъ не такъ, какъ отъ него требуетъ притязаніе, ибо послѣднее направлено на совершеніе чего-либо вообще, а не немедленно. Ср. о понятіи правонарушенія именно Унгера II § 108; а также Демелиуса Untersuchungen стр. 146 и сл. (противъ него Унгерь в. п. с. прим. 11).

Правонарушение бывает длящееся или законченное ^{2а)}. Если оно длящееся, то изъ него возникает притязаніе на уничтоженіе нарушенія (т. е. нарушительнаго состоянія). Притязаніе это по своему практическому содержанію можетъ вполнѣ совпадать съ нарушительнымъ правомъ, но оно можетъ быть также и другаго свойства или шире нарушеннаго права ³⁾. Если правонарушение законченное, то изъ него можетъ возникнуть лишь притязаніе на уничтоженіе послѣдствій нарушенія, что въ свою очередь можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда нарушеніе можно вѣннить въ вину нарушителю ⁴⁾.

Если не послѣдуетъ уничтоженія правонарушенія или его послѣдствій, то пострадавшій не въ правѣ собственною властью доставить себѣ должное, а обязанъ обратиться съ жалобою къ государству и просить у него помощи. Однако право жаловаться ⁵⁾ предполагаетъ далѣе, что во время правонарушенія или послѣ него ясно обнаружилось сопротивленіе нарушителя волѣ управомоченнаго. Если этого нѣтъ и если нарушитель немедленно по предъявленіи иска выражаетъ готовность удовлетворить истца, то въ искѣ, какъ неосновательномъ, истцу отказывается и онъ при-суждается къ уплатѣ издержекъ ⁶⁾.

^{2а)} Владѣніе чужою вещью, неудовлетвореніе вѣрителя; уничтоженіе или поврежденіе чужой вещи.

³⁾ Притязаніе вѣрителя къ должнику, не удовлетворившему его въ подлежащее время, направляется, если должникъ не просрочилъ, на то же самое, на что направлено было право или притязаніе, существовавшее до неудовлетворенія; то-есть, на удовлетвореніе. Если же должникъ просрочилъ, то притязаніе направляется на удовлетвореніе и возмѣщеніе ущерба отъ слишкомъ поздняго удовлетворенія. Притязаніе собственника противъ того, кто задерживаетъ его вещь, направлено на нѣчто совершенно иное, чѣмъ то вещное право, изъ коего оно возникло; содержаніе этого послѣдняго состоитъ въ господствѣ надъ вещью, а содержаніе всякаго притязанія состоитъ въ требованіи противъ владѣльца о выдаче вещи и о соединенныхъ съ этимъ обязательныхъ дѣйствіяхъ.

⁴⁾ Ср. съ этимъ Нейнера *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* стр. 162 и сл. Игеринга *das Schuldmoment im röm. Privatrecht* стр. 4—8.

⁵⁾ Исковое право въ этомъ смыслѣ есть право противъ государства. Но подъ исковымъ правомъ можно разумѣть и право противъ противника, право преслѣдовать искомъ то, что отъ него можно требовать. Ср. Виндшейда *die Actio, Abwehr* и т. д. § 11. 12.

⁶⁾ Постановляемое, не смотря на то, рѣшеніе имѣть только значеніе деклараціи. Ср. Ветцеля *Civilprocesz* стр. 513 (2 изд.). Если римляне приписываютъ

Но государство доставляетъ юридическую защиту не на основаніи односторонней жалобы истца; оно выслушиваетъ прежде отвѣтника. Если послѣдній утверждаетъ, что право находится на его сторонѣ, а не на сторонѣ истца, то за этимъ слѣдуетъ разбирательство. Результатъ, получаемый отъ такого разбирательства, облекается въ форму рѣшенія, и лишь въ томъ случаѣ, когда послѣднее постановлено въ пользу истца и когда отвѣтникъ и тутъ сопротивляется, то противъ него постановляется о принужденіи, объ исполненіи ⁷⁾. — Органы, чрезъ которые государство осуществляетъ цѣль своей юридической помощи, суть суды; совокупность дѣйствій, необходимыхъ для достиженія этой цѣли, мы называемъ процессомъ. Процессъ долженъ двигаться по извѣстнымъ прави-

управомоченному „actio“ и безъ сопротивленія нарушителя, даже безъ правонарушенія, то это объясняется тѣмъ, что они обозначали словомъ actio юридически признанное притязаніе вообще, что у нихъ „судебное притязаніе“ означало тоже, что и „юридическое притязаніе“ (§ 44). Такъ какъ новѣйшіе писатели не обращаютъ на это надлежащаго вниманія, то они для нынѣшняго права допускаютъ конкретное право иска (въ противоположность абстрактному или эвентуальному; противъ этого понятія, но не убѣдительно Беккеръ Jahrb. d. gem. R. IV. 6), по крайней мѣрѣ, тотчасъ послѣ правонарушенія, а отчасти даже при неудовлетворенности права требованія, которая однако въ этомъ случаѣ отождествляется также съ правонарушеніемъ. Ср. о разнообразныхъ по этому предмету воззрѣніяхъ: Гассе d. I. Rhein. Mus. VI стр. 1 и сл., Тона Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII стр. 36 и сл., Кирульфа I § 9. 11, Савиньи V § 205, 239, Синтениса I § 29. 31, Пухта § 81. 90 и Vorles, Вехтера II стр. 413. 807, Вангерова Arch. f. civ. Pr. XXXIII стр. 293 и сл. и Pand. I § 147 прим., Бекянга § 131. а. Демелиуса Untersuch. № 2, Арндтса § 96. 107, Бринца I § 48, Ундера II § 113. 116, Нейнера (прим. 4) стр. 158 и сл. См. тоже выше § 44. Въ практическомъ отношеніи важно то, чтобы римскія начала объ actio были прилагаемы правильно, а здѣсь все зависитъ отъ того взгляда, что actio не предполагаетъ правонарушенія.

⁷⁾ Судъ можетъ быть призванъ къ защитѣ и съ тою лишь цѣлью, чтобы установить какой-нибудь спорный моментъ между сторонами вопроса. Нынѣ слово искъ употребляется и въ этомъ случаѣ, хотя здѣсь не требуется помощи противъ причиненнаго правонарушенія. Гораздо лучше подходитъ сюда римское выраженіе actio (actio praeiudicialis), насколько actio главнымъ образомъ означаетъ судебное преслѣдованіе вообще. — Особый родъ составляетъ еще обращеніе къ суду съ тою цѣлью, чтобы онъ отиѣнилъ наступившія юридическія послѣдствія (in integrum restitutio, querela inofficiosi testamenti). Въ этомъ случаѣ нынѣ не всегда употребляется слово искъ; при возвращеніи въ пр. пол. говорятъ объ imploratio.

ламъ; здѣсь не мѣсто говорить объ этомъ. Но процессъ оказываетъ вліяніе и на матеріальное право; это-то вліяніе и относится сюда (§ 124—132). Въ области процесса существуетъ лишь одно учение, котораго въ силу ниже излагаемыхъ основаній нельзя вполнѣ обойти здѣсь, это учение о доказательствѣ (§ 133).

Но прежде всего слѣдуетъ подробно сказать о запрещеніи самозащиты.

III. Запрещеніе самозащиты *).

§ 123.

Потерпѣвшій или полагающій, что онъ потерпѣлъ нарушение своего права, долженъ обращаться за помощью къ государству; онъ не въ правѣ прибѣгать къ самопомощи. Самозащита противорѣчитъ сущности государственнаго порядка; она подвергается слабѣйшаго дѣйствию заблужденія и злой воли сильнѣйшаго. А потому она какъ таковая не дозволена ¹⁾. Но въ то время какъ римское право признало это вообще ²⁾, а между прочимъ и косвеннымъ образомъ, прямо дозволивъ самооборону ³⁾, оно связывало вредныя послѣдствія не съ самозащитою какъ таковою, но съ главнѣйшими формами ея; впрочемъ нормированіе самозащиты какъ въ уголовномъ, такъ и въ гражданскомъ отношеніи оно представляетъ общимъ правиламъ о самовластіи, противозаконномъ принужденіи и насиліи ⁴⁾. Помянутыя вредныя послѣдствія суть слѣдующія ⁵⁾.

*) Линде Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 21. (1828). Бенфей. (Benfey) Rhein. Mus. VII. 1. (1835). Сарториусъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 1. (1845). Вехтеръ II. § 61, Унгеръ II § 111. Шварце RLex. X. стр. 123 и сл. (1856). J. Шмидтъ die Selbsthülfe im röm. Privatrecht (1868).

123. ¹⁾ Др. мнѣн. Бенфей в. п. с., Пухта Pand. § 80. и Vorles. Ср. тоже Бриглеба (Briegleb) summar. Processe стр. 182 и сл. 370 и сл.

²⁾ L. 9. C. sol. matr. 3. 18; ср. l. 176 pr. D. de R. I. 50. 17.

³⁾ L. 1. § 4. l. 3. D. de I. et I. l. 1. l. 4 pr. l. 29. § 1. l. 45. § 4. D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 1. § 27. 28. l. 3. § 9. l. 17. D. de vi 43. 16, l. 1. C. quando liceat. 3. 27, l. 1. C. unde vi 8. 4, c. 18 X. de homic. 5. 12. Cp. l. 29. § 3 l. 49. § 1. D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 § 4. D. quod vi 43. 24, l. 3 § 7. D. de incend. 47. 9.

⁴⁾ Interdictum unde vi, interdictum uti possidetis, interdictum quod vi aut clam, actio quod metus causa, crimen vis.

⁵⁾ О нѣмнѣйшей примѣнимости этихъ взысканій см. Линде в. п. с. стр. 433

1) Вѣритель, который для удовлетворенія своего требованія отниметь у своего должника противъ его воли и безъ судебного разрѣшенія какія бы то ни было вещи или принудить его къ выдачѣ ихъ, лишается своего права требованія⁶⁾. Это положеніе распространено было на тотъ случай, когда вѣритель покушается присвоить себѣ право на вещи третьяго лица или на дѣтей его должника⁷⁾: Право требованія совершенно уничтожается, не оставляя послѣ себя даже естественнаго обязательства⁸⁾.

сл. и приведенныхъ тутъ, Зейфертъ § 36 прим. 6. Зейф. Arch. V. 248, IX: 158, XII. 4, XVI. 191; I. 121; X. 5

⁶⁾ Положеніе это основано на одномъ рѣшеніи императора Марка Аврелія и потому извѣстно подъ именемъ *decretum D. Marci*. Въ источникахъ оно встрѣчается два раза, въ тѣсномъ и обширномъ смыслѣ (добавлено упоминаніе о принужденіи), I. 7. D. ad leg. Iul. de vi priv. 48. 7, I. 13. D. quod met. causa 4. 2, I. 12 § 2 еод. Подъ вещами должника слѣдуетъ разумѣть не только тѣ вещи, кои составляютъ его собственность, но всѣ тѣ, въ удержаніи которыхъ онъ имѣетъ интересъ, arg. I. 2 § 22. D. vi bon. rap. 47. 8. Бенфей стр. 22—25. При отнятіи насилія не требуется. Зейф. Arch. V. 248, ср. X. 5. Будде и Шмидтъ *Entscheid. des OAG zu Rostock* VI. 31. № 1. Напротивъ того одного покушенія недостаточно. Зейф. Arch. XII. 4, XV. 97. Противъ распространенія на осуществленіе такихъ правъ, которыя не суть права требованія Зейф. Arch. XVI. 95. Ср. еще Будде и Шмидта в. п. м. № 7.

⁷⁾ Nov. 52 c. 1, Nov. 134 c. 7.

⁸⁾ Противное утверждаютъ Бенфей стр. 14, Сарторіусъ стр. 44, Шварцъ *Naturalobligationen* стр. 474 на основаніи I. 1. 19 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Конечно, здѣсь говорится лишь вообще: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet“. Но примѣненіе подобныхъ отвлеченныхъ положеній источниковъ къ случаямъ, для коихъ нѣтъ особой точки опоры, повидимому, крайне опасно (таковы, напримѣръ, положенія „*ergantis nulla voluntas est*“ [§ 78 прим. 1a] и I. 7. 8. D. de I. et F. I. 22. 6. [§ 79 прим. 1]); авторъ упомянутого мѣста. безъ сомнѣнія, имѣлъ въ виду SC. *Macedonianum*. Ср. II § 289 прим. 22.—При обязательствахъ изъ двустороннихъ договоровъ возникаетъ особый вопросъ. въ правѣ ли должникъ, освободившійся отъ обязательства вслѣдствіе употребленной противъ него самозащиты, потребовать выполненія обязательства противною стороной (Вангеровъ I § 123 прим.), или нѣтъ (Бурхарди Arch. f. civ. Pr. XVIII. 16). Слѣдуетъ различать, была ли самозащита направлена на исполненіе за взаимное исполненіе (напримѣръ, на платежъ покупной цѣны при предложеніи предмета покупки, какъ въ приведенномъ у Бурхарди в. п. с. случаѣ), или на исполненіе просто (напр. на платежъ покупной цѣны). Въ первомъ случаѣ вѣритель утрачиваетъ только право на исполненіе за взаимное исполненіе, то-есть, должникъ хотя и освобождается отъ договора, но не въ правѣ требовать на его основаніи, не исполнивъ съ своей стороны; во второмъ случаѣ вѣритель просто

2) Равнымъ образомъ собственникъ, который свою находящуюся въ чужомъ владѣніи вещь отнимаетъ у владѣльца ея, по отношенію къ этому владѣльцу теряетъ свое право собственности на эту вещь. Если же отнимающій вовсе не собственникъ, то онъ подвергается штрафу въ размѣрѣ стоимости вещи ⁹⁾).

Самозащита дозволяется, когда безъ нея произошла бы невознаграждаемая утрата ¹⁰⁾, точно также какъ и по началамъ нѣмецкаго права, насколько допустимо право насильственного залога (т. н. Pfändungsrecht) ¹¹⁾.

IV. Вліяніе процесса на матеріальныя правоотношенія *).

А. Начало процесса **).

§ 124.

Самое начало процесса оказываетъ уже немаловажное вліяніе

утрачиваетъ право на исполненіе, то-есть, должникъ не обязанъ исполнять на основаніи договора, а между тѣмъ онъ въ правѣ на его основаніи требовать, а слѣдовательно, удержать уже полученное. Хотя это различіе не сдѣлано въ l. 50. D. de A. E. V. 19 1; но остается и не доказаннымъ, будто это мѣсто имѣетъ какое-бы то ни было соотношеніе къ взысканію за самозащиту. Ср. Келлера Jahrb. d. gem. R. IV стр. 355; тоже II § 321 прим. 16.

⁹⁾ Это постановленіе основано на одномъ законѣ 389 года, l. 7. D. unde vi 8. 4. Ср. § 1. l. vi bon. rap. 4. 2, § 6 l. de interd. 15; с. 18. de praeb. in VI^o 3. 4, K. G. O. 1521 г. тит. 32. § 2, R. A. 1532 тит. 3. § 15. Зейф. Arch. IX. 158. — Къ случаю отнятія чужой вещи приравнивается случай, когда тотъ, кому она отдана въ наймы или граесagio, отказывается возвратить ее, l. 10. C. unde vi 8. 4, l. 34. c. de loc. 4. 65. Ср. II. § 263 прим. 10.

¹⁰⁾ L. 10. § 16. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

¹¹⁾ Нѣмецкое правосознаніе издавна гораздо менѣе противилось защитѣ, чѣмъ римское; поминутое Pfändungsrecht есть послѣдній остатокъ этого направленія. См. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts Безелера § 55, Гербера § 68—71, Блунчли (Bluntschli) § 102. 103; но теперь также и Мейбома (Meibom) das deutsche Pfandrecht (1867) стр. 190 и сл. Штоббе (Stobbe) krit. VJSchr. X стр. 287—290.

^{*}) Келлеръ über Litiscontestation und Urtheil nach klassischem römischem Recht (1827). Вехтеръ II § 71—73 и Erörterungen 3. Heft (1846). Буха die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältnisz. 2 т. (1846—1847). Савиньи System томъ VI (1846—1847).

^{**}) Кромѣ приведенныхъ писателей ср. Келлера röm. Civilprocesz § 59—62, Рудорфа röm. RGesch. II § 71. 79. 80, Бетмана—Гольвега röm. Civil-

на материальное правоотношение между истцомъ и отвѣтчикомъ. Это вліяніе обнаруживается главнѣйшимъ образомъ въ усиленіи исковаго притязанія. Объ этомъ мы скажемъ въ настоящемъ §, а о другихъ гражданскихъ вліяніяхъ начала процесса въ слѣдующемъ §.

Усиленіе исковаго притязанія проявляется въ двоякомъ направленіи. Вопервыхъ, съ началомъ процесса притязаніе становится способнымъ противостоять тѣмъ вліяніямъ, коимъ оно подчинилось бы въ противномъ случаѣ; во вторыхъ, увеличивается самый объемъ притязанія. Впрочемъ, въ томъ и другомъ направленіи усиленіе притязанія не безусловно, то-есть, усиленіе это имѣетъ мѣсто лишь по отношенію къ этому процессу и къ состоявшемуся въ немъ присужденію; если же въ этомъ процессѣ не дойдетъ до присужденія, то это притязаніе, въ случаѣ новаго процесса, имѣетъ силу, какъ еслибы прежняго процесса вовсе не было ¹⁾.

procesz II 1 102—104. III § 153; Киркульфа стр. 270—284, Вангерова I § 159. 160, Снитениса I § 33, Унгера II § 127. 128; Ветцеля Civilprocesz § 14; Вилдшейда die Actio и т. д. § 8. 9.

¹⁾ Въ этомъ случаѣ повидимому весьма справедливо, когда говорятъ, что съ § 124. началомъ процесса исковое притязаніе превращается въ притязаніе на обвиненіе (condemnatio), для котораго имѣютъ силу и особія правила. Но противъ этого можно напомнить о слѣдующихъ двухъ обстоятельствахъ. 1) Подъ притязаніемъ на condemnatio можно конечно разумѣть не что иное, какъ притязаніе, имѣющее цѣлью condemnatio; но такое притязаніе истецъ имѣетъ не противъ отвѣтчика, но противъ судьи, и вотъ примѣсь этого публично-правоваго, а не частнаго понятія производить путаницу. Но 2) и помимо этого слѣдуетъ во всякомъ случаѣ отвергнуть то представленіе, будто condemnatio отвѣтчика, когда она имѣетъ мѣсто, происходитъ не на основаніи первоначальнаго притязанія, а на основаніи вновь возникшаго съ началомъ процесса притязанія; отвѣтчикъ осуждается, потому что предъявленное истцомъ въ процессѣ притязаніе основательно, а не потому, что для отвѣтчика будтобы возникаетъ чрезъ процессъ особая обязанность подвергнуть себя осужденію. Такимъ образомъ, если и допустить превращеніе, то подъ нимъ придется разумѣть лишь такое превращеніе, которое просто измѣняетъ прежнее отношеніе, не касаясь его существа, а не такое, въ которомъ прежнее замѣняется новымъ.—Въ классическомъ римскомъ правѣ идея превращенія въ отвергнутомъ здѣсь смыслѣ была еще болѣе уяснима слѣдующимъ обстоятельствомъ. По классическому римскому праву одно притязаніе не могло быть дважды предметомъ процесса: de eadem re ne bis sit actio (Беккеръ процессуалиsche Consumption § 3. 4, Крюгеръ процессуалиsche Consumption § 1, Рудорфъ röm. RGesch. II § 78 прим. 1). Если оно предъявлялось

Усиленіе исковаго притязанія, о коемъ здѣсь идетъ рѣчь, основано главнѣйшимъ образомъ на слѣдующемъ соображеніи. Истецъ, коего притязаніе обосновано, можетъ собственно требовать, чтобъ ему немедленно было оказано содѣйствіе къ удовлетворенію онаго. Но это невозможно въ виду возраженія отвѣтчика, такъ какъ въ этомъ случаѣ необходимы разбирательство и судебная повѣрка, для чего требуется время и нерѣдко продол-

во вторичномъ процессѣ, то отвѣтчикъ, какова бы ни была судьба перваго процесса, могъ защищаться въ однихъ случаяхъ простымъ отрицаніемъ существованія притязанія, а въ другихъ возраженіемъ (*exceptio rei in iudicium deductae*) (Gai. III. 180. 181. IV. 106—108). Такимъ образомъ кто возбудилъ процессъ по поводу какого-нибудь притязанія, тотъ вполнѣ несомнѣнно получалъ лишь то, что ему было присуждено въ этомъ процессѣ, во всѣхъ же остальныхъ отношеніяхъ онъ утрачивалъ притязаніе; онъ обладалъ еще притязаніемъ только во время этого процесса, а никакъ не послѣ него. Отсюда легко было сдѣлать шагъ къ слѣдующему положенію: онъ совершенно утрачиваетъ старое притязаніе, а вмѣсто него получаетъ только процессъ, *iudicium*, то-есть данное судѣй (*iudex*) повелѣніе о *condemnatio*, и такимъ образомъ мы видимъ, что и въ римскомъ правѣ дѣйствительно появляется представленіе о *novatio* (обновленія). Конечно, только представленіе; выводовъ изъ него не было сдѣлано. Ср. Gai. III. 180, l. 29 D. de nov. 46. 2; то же l. 2. § 8. D. de N. v. A. V. 18. 4, Vat. fr. 263. Если источники усматриваютъ въ возникновеніи процесса даже извѣстное „*contrahere*“ (l. 3 § 11. D. de pec. 15. 1, l. 22. D. de tutelae 27. 2), то нужно только вспомнить, въ какомъ обширномъ и неопредѣленномъ смыслѣ они употребляютъ это выраженіе (ср. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 1. D. de rel. 11. 7, l. 3 § 3 l. 4. D. quib. ex caus. 42. 4, l. 13 § 3. C. de iud. 3. 1, l. 41. D. de admin. 26. 7. „*dolo contraxit!*“). Сказанное здѣсь подробнѣе развивается въ моемъ сочиненіи объ *Actio* и т. д. § 8. Господствующее воззрѣніе относится къ обозначенной идеѣ новачіи болѣе или менѣе серьезно. Кромѣ выше приведенныхъ писателей, см. Беккера и Крюгера *über die processualische Consumtion*; Келлера *Litiscontest.* § 8—14, Вехтера *Erörter.* III стр. 3 и сл., Бухка в. п. с. § 1—7, Савиньи § 258. Какъ бы то ни было поглощающее дѣйствіе начала процесса въ юстиніановомъ правѣ не имѣетъ мѣста, хотя въ компиляціи еще не всѣ слѣды его уничтожены. Савиньи VI стр. 25, Вехтеръ *Erörterungen* III стр. 35 и сл., мое сочиненіе объ *Actio* и т. д. стр. 65. 66, Крюгеръ в. п. с. стр. 202 и сл., Синтенисъ I § 33 прим. 6. Но и это еще не безспорно, Беккеръ в. п. с. стр. 11 и сл., Бухка в. п. с. II стр. 1 и сл., Ветцель *Civilprocesz* § 14, Видингъ (*Wieding*) *der Iustinianische Libellprocesz* стр. 394 и сл.; то же Кирульфа стр. 274 и сл. Мутеръ *krit. VJSchr.* IX стр. 330—339. Еще и нынѣ дѣйствующее т. н. *exceptio litis pendentis* имѣетъ совершенно иной смыслъ, чѣмъ *exceptio rei in iudicium deductae*; оно имѣетъ ту силу, что одно и то же притязаніе не можетъ быть преслѣдуемо въ одно и то же время въ двухъ процессахъ.

жительное. Долженъ ли истецъ терпѣть отъ этого ущербъ? Это очевидно было бы несправедливо, и потому будетъ правильно, чтобъ отвѣтчикъ, если дѣло дойдетъ до рѣшенія, присуждался къ возвращенію истцу всего того, что онъ получилъ бы, еслибы былъ удовлетворенъ немедленно при самомъ началѣ процесса. Римское право дѣйствительно прямо выражаетъ это положеніе ²⁾, но оно далеко не проводитъ его безусловно. И въ самомъ дѣлѣ, проводить его безусловно, значило бы оказать отвѣтчику ту же несправедливость, отъ которой ограждается истецъ. Если справедливо, что истецъ не долженъ терпѣть ущерба отъ того, что онъ вынужденъ вести процессъ; то развѣ справедливо будетъ заставлять отвѣтчика нести убытки отъ того только, что онъ защищается противъ притязанія, которое онъ считаетъ неосновательнымъ? Это приводитъ къ слѣдующему средству примиренія интересовъ. Отвѣтчикъ отвѣчаетъ за все то, что истецъ получилъ бы при немедленномъ удовлетвореніи, только тогда, 1) когда безъ этого онъ получилъ бы какую-нибудь выгоду единственно отъ продолженія процесса ³⁾ 2) когда ему можно вѣннть какую-нибудь вину. Относительно послѣдняго нужно однако замѣтить, что именно процессомъ можетъ быть обусловлена такая вина, которой бы вовсе не было безъ процесса. Это можетъ произойти двоякимъ образомъ. а) Отвѣтчикъ, убѣжденный въ своей неправотѣ и все-таки ведущій процессъ, виновенъ уже въ томъ, что онъ вообще ведетъ процессъ ⁴⁾. б) Отвѣтчикъ, хотя и убѣжденный въ своей правотѣ, долженъ однако по началіи процесса сознать, по крайней мѣрѣ, то, что онъ можетъ проиграть процессъ, не взирая на свое добросовѣстное убѣжденіе; а потому онъ не въ правѣ уже обращаться съ пред-

²⁾ Короче это выражается такъ: истцу должна быть доставлена *causa rei*. См. § 3. I. de off. iud. 4. 17, l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 § 1. l. 20 D. de R. V. 6. 1, l. 31 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 91 § 7 D. de leg. I^o 30, l. 35. 75 D. de V. S. 50. 16.

³⁾ L. 17 § 1 D. de R. V. 6. 1:—*„lucrum enim ex eo homine, qui lite esse coeperit, facere non debet“*. L. 35 § 1 eod.

⁴⁾ Онъ находится въ просрочкѣ (по своей винѣ) и потому по правиламъ о просрочкѣ долженъ вознаградить истца за ущербъ. *„Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“*, l. 82 § 1 D. de V. O. 45. 1. Это одинаково прилагается какъ къ вещнымъ, такъ и къ личнымъ притязаніямъ. Ср. Виндшейда *Heid. krit. Zeitschr.* III. стр. 259.

метомъ процесса, который можетъ быть отсужденъ отъ него, какъ съ своимъ собственнымъ, онъ не въ правѣ уже распоряжаться имъ или нерадѣть о немъ, онъ отвѣчаетъ за него какъ за чужую вещь ⁵⁾).

Изъ этихъ началъ вытекають слѣдующія частныя правила.

1) По началіи процесса исковое притязаніе простирается и на плоды, съ этого времени извлеченные отвѣтчикомъ изъ спорнаго предмета. Безусловно оно простирается на тѣ плоды, которые еще находятся у отвѣчика на лицо во время рѣшенія. Что касается тѣхъ плодовъ, которыхъ у него въ это время уже нѣтъ, то должно дѣлать различіе между недобросовѣстнымъ и добросовѣстнымъ отвѣтчикомъ. Первый отвѣчаетъ за плоды, которыхъ у него уже нѣтъ, если-бы истецъ, въ случаѣ удовлетворенія его безъ процесса, имѣлъ бы теперь эти плоды или ихъ стоимость; добросовѣстный же отвѣчаетъ за плоды которыхъ у него уже нѣтъ лишь тогда, когда ихъ не окажется у него вслѣдствіе его умысла или нерадѣнія. За несобранные плоды недобросовѣстный отвѣтчикъ отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, когда ихъ могъ бы собрать истецъ при надлежащемъ стараніи, а добросовѣстный, когда онъ самъ могъ бы это сдѣлать при томъ же условіи ⁶⁾. Къ плодамъ приравниваются и всякое иное приращеніе вещи ⁷⁾).

⁵⁾ Теперь всѣми признано, что если источники прямо говорятъ, что начало процесса превращаетъ добросовѣстное сознаніе отвѣтника въ недобросовѣстное (1. 20 § 11 l. 25 § 7 l. 31 § 3 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de fructib. 7. 51, ср. однако объ этомъ послѣднемъ мѣстѣ Савиньи VI § 264. h.), то этимъ во всякомъ случаѣ сказано слишкомъ много. Быть-можетъ, это сказано и не въ общемъ смыслѣ, но специально относится къ одному устарѣвшему правоотношенію (*improba ususfructuarius pro herede*). Ср. именно Савиньи VI стр. 84 и сл. Правильное обозначеніе этого отношенія встрѣчается въ l. 10 C. de poss. 7. 32: — „*ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet*“.

⁶⁾ Мѣста, въ коихъ рѣчь идетъ объ отвѣтственности отвѣтника за плоды, отчасти говорятъ лишь въ самыхъ общихъ выраженіяхъ, что плоды или собранные плоды должны быть выданы, такъ § 2 in. l. de off. iud. 4. 17, l. 17 § 1 l. 20 l. 35 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 6. 7 D. ad exh. 10. 4, l. 5 § 5 D. si ususfr. 7. 6, l. 16 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 2 l. 38 § 7 D. de usur. 22. 1. Тѣ мѣста, въ коихъ содержатся болѣе точныя опредѣленія, каковы § 2 l. de off. iud. 4. 17, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 33. 62 D. de R. V. 6. 1, l. 4 § 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 19 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 1 C. de P. H. 3. 31, l. 5. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 2 C. de fruct. 7. 51, ничего не говорятъ о томъ, чтобы

2) Подобнымъ же образомъ какъ по отношенію къ плодамъ и приращенію, слѣдуетъ различать случаи, когда предметъ спора во время рѣшенія совершенно не находится болѣе въ рукахъ отвѣтчика или окажется у него въ поврежденномъ состояніи, и вообще, когда во время рѣшенія отвѣтчику уже невозможно исполнѣ или отчасти исполнить обязательное для него дѣйствіе. Добросовѣстный отвѣтчикъ обязанъ къ возмѣщенію ущерба, если эта невозможность вызвана его намѣреніемъ или нерадѣніемъ^{*)}, недобросовѣстный отвѣчаетъ и за случай, когда онъ не въ состояніи доказать, что и при своевременномъ удовлетвореніи въ рукахъ ис-

недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчалъ и за плоды, утраченные случайно, а всякій владѣлецъ за плоды, утраченные по его нерадѣнію. Но все, что въ этомъ отношеніи имѣетъ силу для главной вещи (прим. 8. 9), должно быть прямо перенесено и на приращенія ея. Что касается означенной въ текстѣ ответственности недобросовѣстнаго владѣльца за упущенные плоды (не только за несобранные, какъ говоритъ Геймбахъ *Lehre von der Frucht* стр. 171 и сл., но и за неродившіеся, ср. Вехтера *Erörter.* I стр. 64—68, Шмидта *Handbuch des gem. bürger. R.* I. § 15 прим. 108, Вангерова I § 333 прим. № II. 1.b, Франке *Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione* стр. 282. 283), то она составляетъ непосредственный выводъ изъ того положенія, что просрочка обязываетъ къ вознагражденію полного ущерба, выводъ, прямо признанный въ I. 62 § 1 D. de R. V. 6. 1, I. 39 § 1 D. de leg. I^o 30, ср. I. 4 C. unde vi 8. 4. Правда, въ другихъ мѣстахъ говорится также и о недобросовѣстномъ владѣльцѣ, что онъ отвѣчаетъ за тѣ плоды, которые онъ долженъ бы извлечь, а не за тѣ, которые истецъ могъ бы извлечь (I. 5 C. de R. V. 3. 32, § 2 I. de off. iud. 4. 17, ср. I. 1 C. Th. de fruct. 4. 18); но очевидно, что здѣсь болѣе тѣсное опредѣленіе должно быть замѣнено болѣе пространнымъ, а не наоборотъ. Др. мѣнія именно Савиньи VI стр. 113 и сл.; литературныя указанія у Вангерова I § 333 прим. № II. 1.c., у Унгера I § 56 прим. 27, сюда слѣдуетъ присоединить Момзена *Mora* стр. 230—233, Франке в. п. с. стр. 283 и сл. — Къ плодамъ относятся также проценты (§ 144 прим. 4. 5), а потому отвѣтчикъ отвѣчаетъ и за нихъ, даже когда онъ не просрочиваетъ, насколько пріобрѣтеніе ихъ могло быть потребовано отъ него (I. 34 D. de usur. 22. 1, I. 1 § 1 C. de P. H. 3. 31, I. 20 § 11 D. de H. P. 5. 3, I. 2 C. de us. et fruct. 6. 47). Это несправедливо оспаривается нѣкоторыми (Вехтеръ *Erört.* II стр. 54. III стр. 24. 106, Ветцель *Civilpr.* I § 14. прим. 72). Ср. Савиньи VI § 268—271 (объ I. 62 pr. D. de R. V. тамъ же стр. 151—154). Зейф. *Arch.* II. 148, III. 17, V. 19. 261. 284, VII. 291, VIII. 116, XIV. 275 (всѣ за процессуальныя проценты). Ср. тоже III § 612 прим. 25.

^{*)} L. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, I. 17 § 1 I. 20. 34 D. de R. V. 6. 1, I. 5 § 5 D. si ususfr. 7. 6, I. 9 § 7 D. ad exh. 10. 4.

^{а)} L. 21 I. 33 I. 36 § 1 I. 51 D. de R. V. 6. 1.

тца теперь не оказалось бы ни самого спорнаго предмета, ни стоимости его ⁹⁾. Тѣхъ же началъ слѣдуетъ держаться въ томъ случаѣ, когда во время процесса наступило уменьшеніе цѣны предмета. Такъ какъ отвѣтчикъ невиновенъ въ этомъ уменьшеніи, то онъ отвѣчаетъ за него лишь въ случаѣ недобросовѣстности, развѣ бы онъ могъ доказать, что истецъ не избѣжалъ бы этого упадка цѣны даже при своевременномъ удовлетвореніи его, то-есть, если бы вещь оставалась въ его обладаніи до этого времени ¹⁰⁾.

3) Обязательственныя притязанія, равно какъ и отвѣтственность по нимъ съ начатіемъ процесса переходятъ на наслѣдниковъ ¹¹⁾.

4) Въ древнемъ римскомъ правѣ существовало еще одно относящееся сюда положеніе, именно то, что начало процесса ограждаетъ притязаніе противъ дѣйствія давности, имѣющей истечь въ послѣдствіи ¹²⁾. По юстиніанову праву возбужденіе процесса прерываетъ всякую давность, ¹³⁾ то-есть, процессъ не ограждаетъ отъ вредныхъ послѣдствій истекшей давности, но препятствуетъ начавшейся давности окончиться ¹⁴⁾.

§ 125.

Обозначенное въ предыдущемъ § усиленіе притязанія истца

⁹⁾ L. 15 § 3 l. 16 pr. l. 17 § 1 l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 20 § 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 14 § 11 D. quod met. causa 4. 2. О случаѣ недобросовѣстности отвѣтчика, хотя и не прямо, говорятъ также l. 12 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 12 § 3 l. 14 § 1 D. dep. 16. 3. Однако мнѣнія тутъ очень расходятся. См. подробнѣе объ этомъ въ ученіи о просрочкѣ (II § 280 № 2).

¹⁰⁾ См. II § 280 № 3.

¹¹⁾ § 1 I de perp. et temp. act. 4. 12, l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 26 l. 58 D. de O. et A. 44. 7, l. 29 D. de nov. 46. 2, l. 87 l. 139 pr. l. 164 D. de R. I. 50. 17, l. 1 C. de her. tut. 4. 53. Зейф. Arch. XIX. 111.

¹²⁾ L. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17; § 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 18 l. 26 l. 21 D. de R. V. 6. 1. l. 35 D. de V. S. 50. 16; l. 8 § 4 D. si serv. 8. 5.

¹³⁾ Это признано относительно давности притязанія (§ 108 прим. 4); но оно должно быть допущено и относительно остальныхъ видовъ давности, хотя здѣсь то весьма спорно. См. § 180 прим. 7, § 213 прим. 4, § 216 прим. 12.

¹⁴⁾ Эта противоположность не есть только формальная, но сопряжена съ важнымъ практическимъ послѣдствіемъ. Отъ вліянія исполнившейся давности процессъ ограждаетъ притязаніе только по отношенію къ рѣшенію, послѣдовавшему въ этомъ процессѣ; перерывъ давности заключающійся въ этомъ рѣшеніи, дѣйствуетъ навсегда. Ср. l. 1 C. de praescr. l. t. 7. 33.

не составляет еще единственного послѣдствія, оказываемаго началомъ процесса на матеріальное правоотношеніе ¹⁾.

1. 2) По началіи процесса нельзя уже отчуждать ни самого спорнаго предмета, ни возбужденнаго по отношенію къ нему притязанія ³⁾; но касательно спорнаго предмета это положеніе имѣетъ силу только тогда, когда предъявленное на этотъ предметъ притязаніе есть притязаніе о собственности или о раздѣлѣ ⁴⁾. Если же отчужденіе все-таки послѣдуетъ, то отвѣтчику нѣтъ надобности вступать въ споръ съ новымъ приобретателемъ ⁵⁾. Самъ истецъ

§ 125.

¹⁾ Кромѣ упоминаемаго въ нижеслѣдующемъ обыкновенно приводятъ еще какъ послѣдствіе начала процесса обязательство того, qui liti se obtulit (l. 45 D. de H. P. 5. 3, l. 25—27 pr. D. de R. V. 6. 1). Само по себѣ это, разумѣется, вѣрно; но посредствомъ процесса здѣсь видоизмѣняется не существующее между сторонами правоотношеніе, но между ними устанавливается новое правоотношеніе.

²⁾ Ср. для послѣдующаго изложенія: Мюленбруха Cession § 29. 31 (3 изд. 1836). Бахофенъ *ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts* № 2 (1848). Штриппельманъ (Strippelmann) *Entscheidungen des OAG. zu Cassel* V. стр. 418—441 (1848). Бринкманъ (Brinckmann) *Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität* (1849). Циммерманъ *Arch. f. prakt. RW.* I Heft 2 стр. 3 и сл. (1852). Его-же *Arch. f. civ. Pr.* XXXV. 13. XXXVI. 3 (1852. 1853). Гартеръ (Hartter) *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XII. 14 (1855). Эйгенбродтъ (Eigenbrodt) *Arch. f. prakt. RW.* VII стр. 193—210 (1860). Цауъ тамъ же VIII стр. 281—297 (1869). Франке *Commentar über den Pandekten-titel de Hereditatis Petitione* стр. 30—62 (1864). Синтенисъ I стр. 328—332, Вангеровъ I § 160 прим. № 5, Ветцель *Civilproc.* § 6 прим. 7 и сл. § 14 прим. 77 и сл.

³⁾ Древнее римское право запрещало только отчужденіе предмета процесса, и то (за исключеніемъ случая иска о раздѣлѣ, см. слѣдующее примѣчаніе) только невладѣющему истцу (Gai. IV. 117, fr. de iure fisci § 8, ср. l. 1 § 2 D. quae res pign. 20. 3). Неотчуждаемость состоящаго въ спорѣ притязанія признано за правило только съ Юстиніана (l. 4 C. de litig. 8. 37, ср. однако l. 3 eod.; по l. 4 cit. исправлено l. 2 eod., ср. l. 1 C. Th. cod. 4. 5). Равнымъ образомъ съ этого же времени установлено (общее) запрещеніе владѣющему отвѣтчику отчуждать предметъ процесса (l. 4 C. cit.). Ср. относительно исторіи этого ученія именно Бахофена, Циммермана, Вангеровъ в. п. сс.

⁴⁾ Nov. 112 c. 1; l. 9 D. fin. reg. 10. 1, l. 13. 25 § 6 D. fam. erg. 10. 2, l. 1 C. comm. div. 3. 37, l. 3 C. de comm. reb. al. 4. 52. Требуемое многими распространеніе этого запрещенія на другіе случаи спора (Циммерманъ *Arch. f. civ. Pr.* XXXVI стр. 59) подводитъ сюда всѣ вещные и владѣльческіе псепи, см. тоже Синтениса в. п. с. прим. 11, Вехтера II § 71 прим. 31), является не достаточно подтвержденнымъ. Зейф. *Arch.* I. 201; ср. еще III. 23.

⁵⁾ Т. н. *exceptio litigiosi*. Gai. IV. 117, l. 1 § 2 D. quae res pign. 20. 3, Виндшейдъ, *ПАНДЕКТНОЕ ПРАВО*. Т. I.

въ правѣ потребовать, чтобы отчужденный предметъ возвращенъ былъ отвѣтчику ⁶⁾, мало того, онъ имѣетъ право требовать, чтобы рѣшеніе, постановленное противъ отчуждателя, было примѣнено противъ новаго пріобрѣтателя, какъ еслибы оно было постановлено прямо противъ послѣдняго ⁷⁾. За то пріобрѣтатель, если онъ пріобрѣлъ добросовѣстно, имѣетъ право потребовать отъ отчуждателя въ видѣ штрафа третью часть покупной цѣны, слѣдовательно, стоимости отчужденнаго предмета ⁸⁾. Запрещеніе отчуждать продолжается до тѣхъ поръ, пока продолжается процессъ, стало-быть, оно прекращается, лишь только процессъ останавливается. При извѣстныхъ отчужденіяхъ оно совершенно отпадаетъ ⁹⁾.

2. Возбужденіемъ процесса прерывается давность; по возбужденіи процесса перестаетъ существовать то состояніе, на непрерывномъ продолженіи коего основана давность ¹⁰⁾.

1. 1 § 1 D. de litig. 44. 6, 1. 2. C. eod. 8. 37. Какъ бы то ни было отчужденіе, произведенное истцомъ, не ничтожно (ср. прим. 6).

⁶⁾ Такъ понимаютъ слово „redhibere“ въ 1. 4 C. de litig. 8. 37, хотя это мѣсто допускаетъ и то объясненіе, что вещь должна быть выдана побѣдившему истцу. Это объясненіе даже правильнѣе при слѣдующемъ „irrita rei alienatione facta“: „когда отчужденіе становится юридически непрочною въслѣдствіе оспариваемой истцомъ побѣды“. Но каноническое право и практика отнесли сюдаже и правило: *ut lite pendente nihil innovetur*, ср. с. 3. 4 X. *ut lite pendente* 2. 16, с. 10 X. *de constit.* 1. 2. Эйгенбротъ стр. 200, Ветцель прим. 80 и сл. Возможность судебного секвестра: Ветцель прим. 84.

⁷⁾ Такъ или на основаніи уже римскаго права (прим. 5), или во всякомъ случаѣ на основаніи установившейся практики. См. Циммермана XXXVI стр. 54 и сл., Ветцеля *Civilproc.* § 47 прим. 112.—Нерѣдко утверждали, что отчужденіе ничтожно, но доказать этого нельзя (ср. прим. 5). См. Вехтера § 71 прим. 33, Цауна стр. 232, Франке стр. 51.

⁸⁾ L. 4 C. de litig. 8. 37. Это мѣсто грозитъ сверхъ того отчуждающему и недобросовѣстному пріобрѣтателю фискальнымъ денежнымъ штрафомъ. Господствующее мнѣніе считаетъ это гражданское взысканіе столь же непримѣнимымъ въ настоящее время, какъ и уголовное наказаніе. См. противъ этого во II § 326.

⁹⁾ По существу самого дѣла при юридически необходимыхъ отчужденіяхъ, кромѣ того при отчужденіяхъ для брачнаго приданаго, при любовныхъ сдѣлкахъ, раздѣлахъ наслѣдства (ср. Зейф. Arch. III. 22) и отказахъ. L. 4 C. h. t., Nov. 112 с. 1.—Неосновательно мнѣніе, что это римское запрещеніе нынѣ совершенно непримѣнимо. Ср. Вангерова в. п. с. № 7 въ к., Вехтера стр. 534. 535. Зейф. Arch. III. 21, V. 10, XI. 135, XII. 89. XIV. 251, XV. 217.

¹⁰⁾ Притязаніе перестаетъ уже быть неосуществленнымъ, владѣніе—ненарушеннымъ и т. д. Ср. § 124 прим. 13 и 14 и приведенныя тамъ цитаты.

3. Если истецъ имѣетъ право выбора между двумя различными притязаніями или двумя различными предметами одного и того же притязанія, то онъ уже не въ правѣ, буде онъ началъ процессъ объ одномъ изъ нихъ, возбуждать искъ о другомъ ¹¹⁾. Равнымъ образомъ начало процесса имѣетъ рѣшительное значеніе, когда право выбора принадлежитъ различнымъ лицамъ, такъ что изъ нѣсколькихъ притязаній одинъ можетъ воспользоваться однимъ притязаніемъ, другой другимъ, или когда нѣсколько лицъ касательно какого-нибудь притязанія находятся между собою въ исключительномъ отношеніи, такъ что притязаніе это можетъ быть возбуждено только однимъ изъ нихъ; въ обоихъ случаяхъ преимущество отдается тому, кто первый началъ процессъ ¹²⁾. Если процессъ не продолжается, то разъ постановленное рѣшеніе остается безповоротнымъ.

§ 126.

По отношенію къ послѣдствіямъ начала процесса, обозначеннымъ въ двухъ предыдущихъ §§, остается еще отвѣтить на вопросъ, когда можно сказать, что процессъ начался. Сами по себѣ возможны здѣсь три момента времени: 1) моментъ предъявленія иска въ судъ; 2) моментъ сообщенія этого иска отвѣтчику, мо-

¹¹⁾ L. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. C. de cod. 6. 36. Можетъ случиться, что его право выбора уже ранѣе устранено, напр. l. 4 § 2 D. de lege comm. 18. 3. Гартманъ Arch. f. civ. Pr. L. стр. 120 и сл.

¹²⁾ О первомъ изъ названныхъ случаевъ говорится въ l. 33 D. de leg. I^o 30, о второмъ въ l. 11 § 21 D. de leg. III^o 32; далѣе сюда относится случай активного коррелянаго обязательства. — Наоборотъ начало процесса не касается принадлежащаго отвѣтчику права выбора, даже когда должникъ просрочилъ, какъ это ошибочно принималось по поводу l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4. Вехтеръ Erört. III стр. 117 прим. 64, Момзенъ Beitr. zum Obligationenrecht III стр. 259 и сл., Вангеръ III стр. 21. 22. Иначе однако въ томъ случаѣ, когда обязательство направлено не на то или другое, но на что-либо одно, съ тѣмъ, что должникъ въ правѣ уклониться отъ исполненія своего обязательства, доставивъ что-либо другое тому же или другому лицу (т. е. facultas alternativa); это управомочіе онъ теряетъ съ начатіемъ процесса. L. 21 § 12 l. 22 D. de rec. 4. 8, l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 9 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de sol. 46. 3, l. 16 pr. D. de fidei 46. 1 (l. 6 § 1 D. de re iud. 42. 1, l. 20 § 5 D. de H. P. 5. 3 содержатъ въ себѣ особенность относительно притязаній объ ущербѣ). Ремеръ (Römer) Leist. an Zahlungstatt. стр. 69 и сл.; др. мнѣн. Вехтеръ в. п. с. прим. 64 въ к., Момзенъ в. п. с. стр. 262. 263. Ср. обо всемъ этомъ ученіи Вехтера Erörterungen III стр. 115—119.

ментъ вызова; 3) моментъ, когда вслѣдствіе отвѣта противъ исковаго притязанія становится несомнѣннымъ, что необходимо дальнѣйшее разбирательство, это моментъ начала спора. Первоначально римское право придавало значеніе только послѣднему изъ названныхъ моментовъ ¹⁾; но присвоено дальнѣйшемъ развитіи оно представляетъ весьма важное уклоненіе отъ этого. Это безспорно въ отношеніи къ запрещенію отчуждать предметъ процесса; по прямому предписанію позднѣйшаго римскаго права запрещеніе это начинается только съ вызова въ судъ ²⁾. Это несомнѣнно по отношенію къ перерыву давности притязанія; перерывъ этотъ точно также наступаетъ съ вызовомъ въ судъ ³⁾, что слѣдуетъ сказать и о всякой другой давности ⁴⁾. Но и относительно усиливающейся

§ 126. ¹⁾ По выраженію римскаго права въ этомъ случаѣ является *lis contestata*, *litis contestatio*, каковое выраженіе прежняя германская юриспруденція переводила словомъ „Kriegsbefestigung“. Въ классическомъ римскомъ правѣ *litis contestatio* весьма наглядно выражалось въ переходѣ дѣла отъ магистратуса въ *iudex* (*ex iure in iudicium*). Въ юстиниановомъ правѣ это конечно отпало; теперь просто говорится, что *litis contestatio* имѣется „*post narrationem propositam et contradictionem obiectam*“ (l. 14 § 1 C. de iud. 3. 1, cp. l. un. C. d. lit. cont. 3. 9). Точно тоже понятіе *litis contestationis* мы находимъ въ каноническомъ правѣ и имперскихъ законахъ; но на основаніи недоказаннаго толкованія § 37 I. R. A. въ наукѣ получило силу то мнѣніе, что подъ *litis contestatio* слѣдуетъ разумѣть заявленіе отвѣтника объ истинности или неистинности предъявленныхъ истцомъ фактовъ, все равно, будетъ ли въ самомъ этомъ заявленіи заключается оспариваніе исковаго притязанія или же таковое будетъ съимѣнъ соединено или нѣтъ. Въ такомъ положеніи дѣла для нынѣшняго права лучше было бы говорить не о послѣдствіяхъ *litis contestatio*, какъ это издавна водится, но о послѣдствіяхъ начала спора. Cp. Савиньи § 257. 259, Вехтера *Erörter. III* стр. 47 и сл., Байера (Bayer) *Vorträge* § 180—182, Ветцеля *Civilproc.* стр. 104—108 (2 изд.).

²⁾ Nov. 112 c. 1. Это мѣсто говорить только о предметѣ процесса, а не объ искомомъ притязаніи; нѣтъ основанія правило въ немъ высказанное переносить на послѣднее. Вехтеръ *Erörter. III* стр. 114. 115.

³⁾ См. § 108 прим. 4.

⁴⁾ Насколько по новѣйшему праву принимается вообще, что возбужденіе процесса прерываетъ всякую давность, настолько не можетъ подлежать сомнѣнію, что моментомъ перерыва давности должно считать моментъ вызова въ судъ. Ибо главный аргументъ въ пользу перерыва всякой давности состоитъ въ томъ, что по l. 2 C. de app. exc. 7. 40 въ случаѣ невозможности вызова отвѣтника можно прервать подробно означеннымъ тамъ протестомъ не только давность притязанія, но и всякую давность. Вопросъ только въ томъ, можно-ли усматривать въ этомъ предписаніи выраженіе той мысли, что и въ случаѣ возможности

отвѣтственности отвѣтчика (§ 124 № 1. 2) весьма вѣскія основанія говорятъ въ пользу того, что по смыслу новѣйшаго права она начинается уже съ вызовомъ въ судъ, а не съ началомъ спора ⁵⁾. Наоборотъ, остальные послѣдствія начала процесса и по римскому праву связаны всегда съ началомъ спора ⁶⁾, и по нынѣшнему праву должны относиться къ этому моменту; нѣтъ достаточнаго основанія, въ силу котораго можно было бы относить ихъ къ вызову въ судъ или даже къ моменту предъявленія иска ⁷⁾.

вызова противной стороны по отношенію къ перерыву давности вообще имѣетъ силу тоже, что и по отношенію къ перерыву давности притязанія.

⁵⁾ Притомъ несомнѣнно, что просрочка недобросовѣстнаго отвѣтчика начинается при личныхъ притязаніяхъ уже съ вызова въ судъ, ибо если не послѣдовало напоминанія, то самъ этотъ вызовъ есть конечно такое напоминаніе. Это имѣло силу не только при послѣдующемъ развитіи римскаго права, но и съ самаго начала. Но сомнительно, можно ли тоже самое сказать и о вещныхъ притязаніяхъ; если прямо перенести обязательственное ученіе о просрочкѣ на эти притязанія, то не слѣдуетъ ли сказать, что по отношенію къ нимъ просрочка съ ея послѣдствіями наступитъ уже чрезъ вѣсудебное напоминаніе? Что касается отвѣтственности добросовѣстнаго отвѣтчика, то особенно важны два мѣста въ главѣ пандектовъ *de hereditatis petitione*, l. 20 § 11 и l. 25 § 7, ср. l. 20 § 6 eod. Въ нихъ говорится, что недобросовѣстное сознаніе (по указанному въ § 124 прим. 5 исправленію: сознаніе возможнаго неправа) начинается уже съ вызова въ судъ. См. именно l. 25 § 7 cit.: — „*post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei passessores esse, quin imo post controversiam motam, .. coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur*“. Вопросъ въ томъ, заключаютъ ли въ себѣ эти мѣста сингулярное право для исковъ по наслѣдству (конечно, несправедливо утверждаетъ Савиньи VI стр. 93. 94, что они и по отношенію къ послѣднимъ имѣютъ лишь историческое значеніе), или же они высказываютъ общее положеніе въ примѣненіи къ этимъ искамъ. За послѣднее, кажется, говорить въ особенности l. 25 § 7 cit. Въ пользу этого говорятъ и то, что по § 2 I. de off. iud. 4. 17 отвѣтственность отвѣтчика начинается „*post inchoatam petitionem*“. Поэтому если по смыслу юстиніановаго права отвѣтственность добросовѣстнаго отвѣтчика начинается уже съ вызова въ судъ, то не можетъ подлежать сомнѣнію, что тоже самое должно имѣть силу и для просрочки недобросовѣстнаго отвѣтчика. Ср. Вехтера *Erörter.* III стр. 108—110. 131—131, Савиньи VI стр. 92—95, Бухка II § 15.

⁶⁾ Одинокое исключеніе изъ этого въ l. ult. C. de cod. 6. 36. Нѣкоторые на основаніи l. 33 D. de O. et A. 44. 7 утверждаютъ противное и по отношенію къ наслѣдственности притязавъ о штрафѣ. Но этого мѣста нельзя относить къ частнымъ притязаніямъ вообще. Ср. l. 20 i. f. D. de accus. 48. 2, и о различныхъ воззрѣніяхъ Вехтера *Erörter.* III стр. 112. 113, Савиньи VI стр. 19—21, Бухка II стр. 63 и сл., Вангерова I § 145 прим. N III.

⁷⁾ Опредѣленіе К. Г. О. II. 9 § 6, что въ дѣлахъ о нарушеніи общаго мира,

В. РѢШЕНІЕ *).

Введение.

§ 127.

Еще болѣе, чѣмъ начало процесса, имѣетъ вліяніе на правоотношеніе сторонъ самое рѣшеніе, коимъ оканчивается процессъ. Дѣло въ томъ, что во всякомъ процессѣ (если только дѣло доходить до рѣшенія) должно получиться рѣшеніе, не подлежащее оспариванію, или выражаясь технически, вступившее въ законную силу (*rechtskräftiger Urtheil* '); такое рѣшеніе составляетъ непо-

послѣ того какъ производство по нимъ начнется въ камергерихтѣ, обязанность вознаграждать убытки и нести гражданское взысканіе переходить на наследниковъ, не должно быть понимаемо распространительно. Вехтеръ *Erörterer*. III стр. 113. 114, Буха II стр. 153—155, Савиньи VI стр. 249. 250; Синтенисъ I. § 33 прим. 7.—Новѣйшіе писатели, принципиально относительно нынѣшняго права, переносятъ послѣдствія *litiscontestatio* или, по крайней мѣрѣ, благоприятныя для истца послѣдствія *litiscontestatio* на вызовъ въ судъ, а отчасти даже на предъявленіе иска, такъ Кирульфъ стр. 280 — 284, Синтенисъ *Erläuterungen aus verschiedenen Theilen des Civilprocesses* I № 4 и *Civilrecht* I § 33, Савиньи VI § 278. 279. Ср. противъ нихъ Виндшейда *die Actio* и т. д. стр. 70—72, а противъ Синтениса (который, смѣшивая форму съ сущностью, утверждаетъ, что римская *litis contestatio*, будучи двустороннимъ актомъ, уже вовсе не встрѣчается въ нынѣшнемъ процессѣ) именно Вехтера III стр. 71 и сл. Однако практика рѣшительно склонна къ этому распространенію; тоже и Ветцель *Civilprocesz* стр. 119. Какъ бы то ни было на основаніи общихъ началъ слѣдуетъ выставить то положеніе, что отвѣтчикъ не можетъ устранить благоприятныхъ для истца послѣдствій *litiscontestatio* посредствомъ недобросовѣстной праволочки послѣдней. Вехтеръ в. п. с. стр. 86. 87 тоже самое говоритъ о всякой проволочкѣ, оказавшейся въ послѣдствіи неосновательною.

*) Кромѣ цитированныхъ въ § 124 писателей ср.: Арнольдъ *praktische Erörterungen* № 11 (1845). Беккеръ *die processualische Consumption im classischen römischen Rechte* (1853). Виндшейдъ *die Actio* и т. д. § 10—14 (1856). Эндеманъ *das Princip der Rechtskraft* (1861, ср. крит. *VISchr.* III стр. 112—117). Крюгеръ *processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses* (1861). Кирульфъ стр. 249 и сл. 303 и сл., Вангеровъ I § 173, Синтенисъ I § 34, Бринцъ § 45. 46, Унгеръ II § 131—133; Бетманъ-Гольверъ *röm. Civilprocesz* II § 101. 111, Ветцель *Civilprocesz* § 46. 47.

§ 127. 1) „*Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest*“, l. 23 § 1. i. f. D. de cond. ind. 12. 6. Въ нынѣшнемъ и каноническомъ правѣ (с. 13. 15 X de sent. 2. 27) употребляется „*res iudicata*“, тогда какъ римское право (см.

колебимое основаніе правоотношенія между истцомъ и отвѣтчикомъ. Будетъ ли рѣшеніемъ признано притязаніе истца и сообразно съ этимъ обвиненъ отвѣтчикъ, или будетъ отвергнуто это притязаніе и сообразно съ тѣмъ оправданъ отвѣтчикъ²⁾, въ томъ и другомъ слу-

напр. l. 7 pr. D. de transact. 2. 15) употребляло выраженіе *res iudicata* для всякаго рѣшенія. Савиньи VI стр. 298. 299. Рѣшеніе вступаетъ въ законную силу, когда исчерпаны дозволенныя противъ него средства защиты или когда право на нихъ утрачено вслѣдствіе пропущенія узаконеннаго срока или отреченія. Здѣсь можно оставить безъ вниманія то словопотребленіе, по которому рѣшеніе считается вступившимъ въ законную силу, коль скоро противъ него не допускается болѣе никакого обыкновеннаго средства защиты (Байеръ *Vorträge* стр. 428. 429, Ветцель *Civilproc.* § 51 прим. 43). Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ законная сила равна исполнительной силѣ рѣшенія.

2) Рѣшеніе, признающее истца неправымъ, не можетъ идти далѣе оправданія отвѣтчика, такъ что оно не можетъ въ тоже время обвинить истца. Объ этомъ вообще Савиньи VI § 289. 290. Истецъ можетъ быть обвиненъ лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ съ своей стороны предъявилъ къ нему притязаніе, напр. на возмѣщеніе причиненныхъ процессомъ издержекъ, или самостоятельное притязаніе, напримѣръ, когда выдачѣ купленной вещи противопоставляется притязаніе на уплату покупной цѣны или на возвращеніе займа; но въ такомъ случаѣ рѣшеніе постановляется о двухъ притязаніяхъ, а не объ одномъ лишь притязаніи истца. Изъ этого положенія, основаннаго на существѣ дѣла, есть только одно исключеніе; при искахъ о раздѣлѣ судья для достиженія цѣли раздѣла можетъ обвинить истца и безъ просьбы отвѣтчика, согласно правилу, что ему въ порядкѣ раздѣла предоставлена полная свобода. Но и при раздѣлѣ судья является органомъ не столько спорной, сколько добровольной юрисдикціи (ср. II § 449 прим. 16). А потому только—что сказанное не имѣетъ силы для остальныхъ обязанностей истца, вытекающихъ изъ отношеній общенія, напримѣръ, для обязанности вознагражденія за извлеченныя плоды или причиненный ущербъ. Хотя о раздѣльныхъ искахъ вообще, а слѣдовательно, и о помянутыхъ обязанностяхъ, насколько они обнимаются этими исками, и говорится въ источникахъ, что при нихъ отвѣтчикъ является выстѣпъ съ тѣмъ истцомъ, и хотя тоже говорится объ *interdicta retinendae possessionis* (l. 10 D. fin. reg. 10. 1, l. 37 § 1 D. de O. et A. 44. 7), но это имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что при этихъ искахъ формула составлялась такъ, что вслѣдствіе представленной отвѣтчикомъ просьбы можно было обвинить и истца. А потому понятіе *actio duplex* или *mixta*, какъ въ источникахъ названы помянутые иски, за исключеніемъ одного выше означеннаго пункта, не имѣетъ уже никакого значенія для нынѣшняго права. Съ этимъ не соглашаются, ссылаясь на то, что „единство спорнаго отношенія“ въ *actiones duplices* является не въ томъ видѣ, какъ въ другихъ исходящихъ отъ отвѣтчика притязаніяхъ. Но чтожь это значить? Развѣ въ этомъ отношеніи будетъ какое-либо различіе между слѣдующими двумя случаями: когда тотъ, противъ кого направленъ искъ о раздѣлѣ, требуетъ вознагражденія за собранные истцомъ плоды отъ общей вещи, и когда тотъ, противъ кого направ-

чаѣ ни одна изъ сторонъ не въ правѣ болѣе возражать противъ такого рѣшенія ³⁾, или представлять доказательства, что оно неправильно ⁴⁾. Объ этомъ дѣйствиіи рѣшенія, называемомъ юридическою силой рѣшенія въ матеріальномъ смыслѣ, слѣдуетъ сказать подробно (§ 129—132). Но предварительно (§ 128) слѣдуетъ отвѣтить на вопросъ, когда рѣшеніе должно состоять въ обвиненіи и когда въ оправданіи. Правило, что оно должно обвинять, когда найдетъ исковое притязаніе основательнымъ, и оправдать, когда найдетъ его неосновательнымъ, недостаточно, потому что для судьи, какъ уже было замѣчено, невозможно произносить рѣшеніе въ тотъ самый моментъ, въ который возбужденъ процессъ. Такимъ образомъ можетъ случиться, что притязаніе, основательное въ началѣ процесса, окажется неосновательнымъ ко времени произнесения рѣшенія, и наоборотъ, притязаніе, неосновательное въ началѣ процесса, окажется основательнымъ ко времени произнесения рѣшенія: какъ же разрѣшаются эти случаи?

Предположеніе обвиненія ^{*)}.

§ 128.

1. Если притязаніе, основательное въ началѣ процесса, въ слѣдъ затѣмъ перестаетъ быть основательнымъ ¹⁾, то слѣдуетъ

ленъ искъ о выдачѣ купленной вещи, требуетъ платежа покупной цѣны? Или говорить, что въ обоихъ этихъ случаяхъ „относительно процессуальнаго производства“ примѣняется не одно и тоже. Но этого различія доказать нельзя. Ср. Виндшейда *die Actio* и т. д. стр. 27 прим. 3. *Abwchr* стр. 40. 41; Савиньи VI стр. 328—330, Ветцель *Civilproc.* § 5 № 2. § 46 № 1, Арндтсъ § 99 прим., Унгеръ § 131 прим. 26.

³⁾ Обыкновенно говорятъ: рѣшеніе устанавливаетъ факцію истины, или: рѣшеніе устанавливаетъ формальное право. Мѣста источниковъ, въ коихъ признано это дѣйствіе рѣшенія вообще, суть: 1. 25 D. de statu hom. 1. 3, l. 1 § 16 l. 3 pr. D. de agnosc. 25. 3, l. 65 § 2 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 12 § 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. de exc. rei iud. 44. 2.

⁴⁾ Конечно такимъ образомъ въ отдѣльномъ случаѣ неправо становится правомъ; но еще большимъ зломъ было бы, если бы спору не было конца. Ср. Савиньи VI § 280.

^{*)} A. C. I. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX. 7 (1847).

§ 128.

¹⁾ Особое изслѣдованіе объ этомъ случаѣ написано Р. Ремемеромъ (R. Römer) *das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältnisz zum Endurtheil* (1852). Рецензія о немъ Беккера и Дерябурга въ *Heidelb. krit. Zeitschr.* I стр. 253 и сл.

исходить изъ того, что отвѣтчикъ долженъ быть оправданъ; принципъ тотъ, что отвѣтчикъ можетъ быть обвиненъ лишь тогда, если предъявленное противъ него притязаніе окажется основательнымъ въ то время, когда онъ долженъ быть подвергнутъ обвиненію ²⁾. При этомъ нужно однако замѣтить, что притязаніе чрезъ начатіе процесса становится въ такое положеніе, что на него не имѣютъ никакого вліянія нѣкоторыя основанія прекращенія ³⁾, и далѣе, что римское право въ одномъ только отношеніи обращаетъ вниманіе на возникновеніе притязанія во время начатія процесса, такъ что позднѣйшее измѣненіе не приносить вреда, именно: когда притязаніе простирается только на то, чѣмъ вслѣдствіе извѣстнаго факта отвѣтчикъ сталъ богаче, то по рѣшеніи вопроса, дѣйствительно ли существуетъ это обогащеніе или нѣтъ, принимается во вниманіе время начатія процесса, а не то время, когда произносится рѣшеніе ⁴⁾.

²⁾ Обыкновенно выставляется въ видѣ принципа противоположное положеніе, главнымъ образомъ на основаніи Gai. IV. 114, гдѣ (какъ думаютъ) говорится, будто прокураторы въ *stricti iudicii actiones* допускали *condemnatio* даже въ случаѣ удовлетворенія истца. Какъ бы то ни было положеніе это въ послѣдствіи исчезло (§ 2 I. de perp. et temp. act. 4. 12), и даже по отношенію къ болѣе древнему римскому праву весьма сомнительно, чтобы изъ удовлетворенія истца дозволялось выводить заключеніе о другихъ основаніяхъ прекращенія. Ср. хорошія замѣчанія Дернбурга в. п. с. стр. 261. 262; Рудорфъ *röm. RGesch.* II стр. 270. Противъ господствующаго мнѣнія говорятъ I. 16 pr. I. 27 § 1 D. de R. V. 6. 1, I. 64 D. de usufr. 7. 1, I. 7 § 7 D. ad exh. 10. 4, I. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1, I. 12 § 3 I. 14 § 1 D. dep. 16. 3, I. 37 § 6 D. de op. lib. 38. 1. Ср. Вехтера *Ergörter.* III стр. 124 и сл. Зейф. *Arch.* XIX. 31.

³⁾ Противъ него безсильны: наступающая невозможность удовлетворенія, если вина въ томъ падаетъ на отвѣтчика, далѣе смерть управомоченнаго и обязаннаго лица и наконецъ (по древнѣйшему римскому праву, см. § 124 № 4) давность, которою прекращается лежащее въ основѣ притязанія право. (Еслибы выразить это такъ: по древнеримскому праву притязаніе само по себѣ отпадаетъ, но обвиненіе все-таки имѣетъ мѣсто, такъ какъ притязаніе въ моментъ начала процесса было основательно, то тѣмъ самымъ, покрайней мѣрѣ, касательно обязательственныхъ притязаній, не воспроизводится смыслъ источниковъ [*perpetuatur actio, obligatio*, см. § 124 прим. 12]; но во всякомъ случаѣ въ этомъ нельзя видѣть какого-нибудь доказательства въ пользу отвергнутаго въ предыдущемъ примѣчаніи принципа, такъ какъ здѣсь дѣло идетъ объ отиѣнѣ прибыли, полученной отвѣтчикомъ единственно вслѣдствіе продолженія процесса [см. выше § 124]).

⁴⁾ L. 37 pr. § 1 D. de neg. gest. 3. 5, I. 20 D. quod met. causa 4. 2, I. 34 pr. D. de min. 4. 4, I. 7 pr. § 3 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, I. 47 D. de

2. Когда притязаніе, неосновательное въ началѣ процесса, становится основательнымъ прежде рѣшенія, то слѣдуетъ различать, опирается ли притязаніе на какомъ-нибудь существенномъ основаніи, имѣющемъ наступить лишь въ послѣдствіи, или же на иномъ необходимомъ для его возникновенія обстоятельстве. Въ послѣднемъ случаѣ отвѣтчикъ долженъ быть обвиненъ; ⁵⁾ въ первомъ же имѣетъ силу то правило, что онъ дол-

sol. 46. 3, но см. тоже l. 36 § 4 D. de Н. Р. 5. 3. См. еще l. 4 § 1 l. 6 § 4 D. de aqua et аquое (II § 473 прим. 16. 19).—Напротивъ того нельзя считать дальнѣйшимъ исключеніемъ то, что тотъ, противъ кого направлено притязаніе объ ущербѣ, долженъ быть обвиненъ и тогда, когда послѣ начатія процесса онъ теряетъ собственность на ту вещь, которою обусловлена его отвѣтственность; ибо это предписано только на тотъ случай, когда онъ утрачиваетъ собственность чрезъ собственное дѣяніе, слѣдовательно, по своей винѣ. Сюда относятся слѣдующія мѣста: l. 1 § 12. 13. 16 D. Si quadr. 9. 1, l. 37 l. 38 pr. D. de nox. act. 9. 4, см. именно l. 1 § 13 l. 38 pr. cit.

⁵⁾ Принципъ, изъ кого исходитъ римское право, состоитъ въ слѣдующемъ: означенное въ intentio должно быть на лицо въ моментъ начала процесса, не обозначенное въ intentio лишь въ моментъ рѣшенія. Въ этомъ смыслѣ говорится въ l. 23 D. de iud. 5. 1: „Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est,“ ср. l. 35 cod. и l. 30 pr. D. de pec. 15. 1 (см. ниже). Примѣненія этого принципа суть слѣдующія. При искѣ о собственности право собственности должно существовать въ моментъ начала процесса (ср. l. 11 § 4. 5 D. de exc. rei iud. 44. 2, Савиньи VI стр. 67), при actio ad exhibendum интересъ истца (l. 7 § 4 D. ad. exh. 10. 4); наоборотъ при обоихъ этихъ искахъ не мѣшаетъ то, что владѣніе отвѣтника наступило лишь послѣ (l. 27 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 7 § 4 l. 8 D. ad exh. 10. 4), точно также и при искѣ о наслѣдствѣ (l. 18 § 1 D. de Н. Р. 5. 3) и при искѣ изъ закладнаго договора (l. 1 § 21 D. dep. 16. 3). Далѣе по отношенію къ иску послѣдняго рода достаточно, чтобы платежъ долга послѣдовалъ лишь до рѣшенія (l. 9 § 5 D. de pign. act. 13. 7); при искѣ изъ порученія нѣтъ надобности, чтобы дѣйствіе уполномоченнаго, сообщающее притязанію конкретное направленіе, напр. дѣйствительное полученіе долга, подлежавашаго взысканію, предпринято было уже при началѣ процесса (l. 17 D. mand. 17. 1, ср. Савиньи VI стр. 68); actio de peculio предполагаетъ только, что въ моментъ рѣшенія что-либо состоятъ in peculio (l. 30 pr. D. de pec. 15. 1, l. 7 § 15 D. quib. ex caus. 42. 4—даже и безъ того, чтобы чтолибо находилось въ началѣ процесса in peculio, „tenet actio de peculio“ и „intenditur recte“. Сказанное въ текстѣ служить, повидимому, по отношенію къ нынѣшнему праву правильнымъ выраженіемъ непримѣнимаго по своей формѣ римскаго принципа; обыкновенно дѣлается различіе между юридическими и фактическими предположеніями иска, такъ Келлеръ стр. 190 и сл., Савиньи стр. 73 и сл., Вехтеръ Erlöchter. III стр. 126 и сл., Вангеровъ I § 160 прим. № III. 3.

женъ быть оправданъ, а истцу слѣдуетъ предоставить начать новый процессъ. Но въ силу одного постановленія каноническаго права изъ этого правила допускается исключеніе въ томъ случаѣ, когда въ искѣ не показано основанія пріобрѣтенія для предъявляемаго права; въ этомъ случаѣ достаточно, чтобы право было пріобрѣтено только прежде рѣшенія ⁶⁾).

И здѣсь римское право началомъ процесса считаетъ начало спора, и здѣсь нѣтъ никакого основанія не примѣнять этого предписанія въ нынѣшнемъ правѣ.

Юридическая сила рѣшенія.

§ 129.

Обвиняющее рѣшеніе даетъ истцу новое и самостоятельное основаніе требовать удовлетворенія своего притязанія. Истцу нѣтъ болѣе надобности обращаться къ первоначальному правоотношенію, равно какъ и допускать какія бы то ни было возраженія на основаніи этого правоотношенія; онъ просто предъявляетъ отвѣтчику рѣшеніе и требуетъ, чтобы онъ подчинился послѣднему; если отвѣтчикъ этого не сдѣлаетъ, то противъ него непосредственно примѣняется принужденіе. ¹⁾ Въ этомъ смыслѣ

Ветцель *Civilproc.* § 14 прим. 63. 64 учить, что въ моментъ *litiscontestatio* не должны существовать тѣ факты, кои „составляютъ пассивное предположеніе обвиненія въ лицѣ отвѣтчика.“ Ср. тоже Дернбурга *Pfandr.* I стр. 158, Унгера II § 131 прим. 1. Бриглебъ (*Briegleb*) *vermischte Abhandlungen* I № 5. Беккеръ *krit Vlschr.* X. стр. 410 и сл.

⁶⁾ С. 3 *de sent. et re iud.* in VI 2. 14. Допускается ли и нынѣ искъ безъ указанія основанія пріобрѣтенія, это процессуальный вопросъ, на который слѣдуетъ, впрочемъ, отвѣчать отрицательно. Нельзя согласиться съ толкованіемъ Вехтера (*Erförter.* III стр. 122 прим. 72), по которому упомянутое мѣсто допускаетъ будто бы и при указаніи основанія пріобрѣтенія позднѣйшее наступленіе такого (но только не иного) основанія.

¹⁾ Конечно, не безъ новой просьбы истца. Но она собственно не есть истинный искъ, такъ какъ въ ней истецъ не домогается отъ судьи никакого рѣшенія; въ противоположность къ иску она названа *imploratio iudicis*. Ср. Буха II стр. 214 и сл., Савинь II VI § 95. е, Ветцель *Civilproc.* § 47 за примѣчаніемъ 115. Зейф. *Arch.* XX. 190.

²⁾ Говорится, что пзъ рѣшенія возникаетъ *actio iudicati*, а въ I. 4 § 7 D.

можно также сказать, что рѣшеніемъ устанавливается для истца новое притязаніе, и дѣйствительно, въ источникахъ это воззрѣніе не только высказывается ²⁾, но и практически проводится въ отдѣльных примѣненіяхъ ³⁾. Но никогда оно не проводится во вредъ истцу; тамъ, гдѣ онъ могъ бы повести ущербъ отъ этого воззрѣнія, на первый планъ выдвигается другая сторона дѣла, которая столь же справедлива и даже еще справедливѣе, именно что установленное рѣшеніемъ притязаніе матеріально будетъ не иное какъ и выставленное въ искѣ, что рѣшеніе не столько создаетъ, сколько признаетъ притязаніе ⁴⁾. Стало-быть, отношеніе тутъ такое же, какое наступаетъ вслѣдствіе начала процесса; точно также чрезъ рѣшеніе не уничтожается существующее притязаніе и не замѣняется инымъ: а только существующее съ самаго начала притязаніе получаетъ чрезъ него свою окончательную форму ⁵⁾. — Если установленное рѣшеніемъ притязаніе не будетъ

de re iud. 42. 1 прямо говорится объ „obligatio quae ex causa indicati descendit“ въ l. 8 § 3 D. de nov. 46. 2 объ „obligatio indicati“ (въ l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1 сказано: „indicati velut obligatio“). Ср. l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 16 § 6 D. de pign. 20. 1, l. 37 § 6 D. op. lib. 38. 1.

³⁾ Притязаніе изъ рѣшенія переходитъ наслѣдственно, хотя исковое притязаніе и не было таковымъ; равнымъ образомъ оно не подлежитъ давности искового притязанія, l. 6 § 3 D. de re iud. 42. 1. Оно распространяется и на rescilum, хотя притязаніе и не распространялось на него, l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1. Въ l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 прекращеніе теченія процентовъ послѣ постановленнаго рѣшенія сводится къ тому, что теперь имѣется новое обязательство (ср. прим. 5). См. тоже l. 37 § 6 D. de op. lib. 38. 1.

⁴⁾ А потому обязательство поручителя продолжается и послѣ рѣшенія (l. 8 § 3 D. de fidei. 46. 1, l. 28 C. eod. 8. 41), а просрочившее обязанное лицо и вслѣдствіе рѣшенія не перестаетъ считаться просрочившимъ (l. pr. D. de usur. 22. 1). Продолженіе закладнаго права (l. 13 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 8. C. eod. 8. 14) сюда не относится; оно объясняется уже изъ того, что „suas condiciones habet hypothecaria actio“ (ср. выше § 112 прим. 5).

⁵⁾ Вопросъ и о томъ, содержались въ рѣшеніи novatio, неоднократно былъ поднимаемъ и часто рѣшался утвердительно. Въ подтвержденіе этого ссылались на Gai. III. 180 и на l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54. Но мѣста эти въ виду фактовъ, приведенныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи, лишены доказательной силы. О послѣднемъ мѣстѣ въ особенности см. Вехтера Erörter. III стр. 48 и Виндшейда die Actio и т. д. стр. 116. Вообще ср. Вехтера в. п. с. стр. 47 и сл., Бухку II стр. 209 и сл., Савиньи V § 258 ф. исл. и стр. 307, Вехтера processual. Consumption стр. 293 и сл., Виндшейда die Actio и т. д. § 12, Ветцеля Civilproc. См. § 47 въ н., Унгера II § 133.

удовлетворено въ теченіе 4 мѣсяцевъ, то, какъ предписываетъ римское право, должникъ обязанъ уплатить 12%, но за то на это время прекращается теченіе всякихъ другихъ процентовъ ^{5а}).

2 Оправдывающее рѣшеніе устраняетъ притязаніе истца, если оно дѣйствительно было неосновательно, такъ что оно впредь не можетъ быть предъявлено; если же не смотря на то оно все таки снова предъявляется, то ему противопоставляется возраженіе, что дѣло уже рѣшено ⁶). Мнѣніе, будто за устраненіемъ означеннаго притязанія остается еще естественное обязательство, не можетъ быть оправдано ⁷).

^{5а}) L. 1. 2. 3 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 13 C. de usur. 4. 32. Однако нынѣшняя примѣнимость этого предписанія оспаривается. Савиньи VI стр. 412, Момзенъ Beiträge III стр. 247. Ср. § 260 прим. 4.

⁶) Exceptio rei iudicatae.

⁷) Вопросъ этотъ очень споренъ. Въ пользу продолженія естественнаго обязательства изъ новѣйшихъ писателей высказались именно Кирульфъ стр. 4 прим. * (но этотъ писатель утверждаетъ противное по отношенію къ нынѣшнему праву), Бухка I стр. 315 и сл. (съ тѣмъ же различіемъ, см. II стр. 200. 201), Фейнъ (Fein) Arch. f. civ. Prag. XXVI. 7. 13, Савиньи Obligationenrecht I стр. 81 и сл., Шванертъ Naturalobligationen стр. 439 и сл. (но оба послѣдніе съ значительными измѣненіями), Дербургъ Pfandrecht II стр. 585. 586; противъ этого продолженія ф. д. Пфортенъ (v. d. Pfordten) Arch. f. civ. Pr. XXIV. 4, Флахъ (Flach) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 12, Вехтеръ Erörter. III стр. 135 и сл., Вангеровъ § 173 прим. 1, Шейрль krit. VJSchr. VI стр. 525 и сл. Рѣшительно противъ этого продолженія говорить то, что значеніе юридической силы рѣшенія состоитъ именно въ томъ, что чрезъ него окончательно устанавливается правоотношеніе сторонъ; дажѣ противъ этого продолженія говорить освобожденіе залоговъ чрезъ оправдательное рѣшеніе (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, противъ каковаго мѣста не имѣлъ бы силы l. 27 D. de pign. 20. 1 и въ томъ случаѣ, если бы даже необходимо было предполагать, что въ немъ говорится о рѣшеніи [процессуальная давность]—продолженіе закладнаго права ничего не доказываетъ въ пользу естественнаго обязательства, а противъ послѣдняго говоритъ непродолженіе означеннаго права. Съ другой стороны ссылаются на l. 28 и l. 60 pr. D. de cond. 12. 6. Но первое мѣсто исключаетъ право обратнаго требованія уплаченнаго очевидно потому, что оно принимаетъ, что платящій зналъ, что онъ не обязанъ платить (изъ словъ „index.... male absolvit“ должно быть объяснимо, какъ платящій обязанъ все-таки уплатить). Больше трудностей представляетъ l. 60 cit. Но должно принять во вниманіе слѣдующее. Мѣсто это рѣшаетъ, что истинный должникъ, уплачивающій долгъ не дожидаясь исхода процесса, не въ правѣ требовать уплаченнаго обратно, ссылаясь на то, что если бы онъ продолжалъ процессъ, то, быть можетъ, былъ бы освобожденъ отъ платежа. Это несомнѣнно правильное рѣшеніе мотивируется

§ 130. *)

Но возраженіе, что дѣло уже рѣшено, не необходимо предполагаетъ, что проигравшій истецъ предъявляетъ совершенно тоже самое, что было имъ предъявлено въ прежнемъ процессѣ; оно не предполагаетъ непременно, что именно проигравшій истецъ выступаетъ во второй разъ; оно можетъ быть противопоставлено и обвиненному отвѣтчику. Вообще оно имѣетъ силу всякій разъ, какъ только одна изъ двухъ тяжущихся сторонъ предъявляетъ что-либо такое, что уже рѣшено противъ нея окончательнымъ рѣшеніемъ, послѣдовавшимъ при прежнемъ процессѣ между тѣми же сторонами ¹⁾). Объ этомъ нужно въ частности замѣтить слѣдующее.

1. Возраженіе, что дѣло уже рѣшено, не устраняется тѣмъ, что притязаніе, предъявленное въ прежнемъ процессѣ, въ настоящее время снова предъявляется на основаніи измѣненной юридической точки зрѣнія, на основаніи инаго правоположенія. Если разъ рѣшено, что данное притязаніе неосновательно, то тѣмъ самымъ рѣшено, что оно неосновательно вообще, а не только въ силу той или другой юридической точки зрѣнія ²⁾).

тамъ не тѣмъ, что онъ уплатилъ какъ истинный должникъ, но тѣмъ, что и въ случаѣ оправданія онъ не въ правѣ былъ бы потребовать уплаченного обратно, такъ какъ онъ все-таки оставался бы *debitor naturalis*. Это неправильное мотивированіе правильнаго рѣшенія, по моему убѣжденію, не можетъ опровергнуть выше приведенныхъ основаній. Ср. тоже Ветцеля *Civilproc.* § 47 за прим. 7.

*) *Dig.* 44. 2. de *exceptione rei iudicatae*.

§ 130. ¹⁾) „*Quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur*“, l. 3 l. 7 § 1. 4 l. 19 l. 22 l. 30 § 1 *D. h. t.* Въ другихъ мѣстахъ требуется, чтобы во второмъ процессѣ дѣло шло объ „*eadem res*“, l. 5 l. 7 пр. 1. 14 пр. 1. 27 *D. h. t.* Подъ *eadem res* здѣсь нельзя разумѣть ничто болѣе опредѣленное чѣмъ то, что значать эти слова, то-есть, тоже самое дѣло. Бетманъ-Гольвегъ *göm. Civilprozesz* II § 111 прим. 45 относитъ „*eadem res*“ къ отрицательной, а „*eadem quaestio*“ къ положительной функціи *exc. rei iudicatae* (см. этотъ § въ к.).

²⁾) Если кто-нибудь возбуждаетъ притязаніе, чтобы уполномоченное имъ лицо выдало ему опредѣленную сумму денегъ, которое оно для него взыскало, и для этого ссылается на правила о договорѣ препорученія (*actio mandati*), но ему въ томъ отказано, то онъ не въ правѣ во второй разъ отыскивать ту же сумму денегъ, ссылаясь на юридическія правила о добровольномъ веденіи дѣлъ (*negotiorum gestio*), или на то, что противникъ его обогатился изъ его имущества безъ надлежащаго основанія (*condictio sine causa*), l. 5 *D. h. t.* (хотя первона-

2. Если въ подтвержденіе требованія, предъявленнаго при прежнемъ процессѣ, теперь приводится другое событіе (основаніе приобрѣтенія) ^{2а}), то нужно различать ³), отыскивается ли вещное или обязательственное право. Если это право обязательственное, то чрезъ измѣненіе основанія приобрѣтенія исключается возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ; прежнее рѣшеніе постановило не то, что обязательственное право такого-то содержанія неосновательно вообще, а то, что оно неосновательно въ силу такого-то событія ⁴). Если же отыскивается вещное право, то возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ имѣетъ силу, не взирая на измѣненное основаніе приобрѣтенія; прежнее рѣшеніе постановило, что неосновательно право такого-то содержанія на данную вещь, а не то, что въ силу даннаго событія право такого-то содержанія на данную вещь неосновательно ⁵). Впрочемъ, это справедливо лишь при томъ предположеніи, что чрезъ искъ производство не было ограничено опредѣ-

чительно въ этомъ мѣстѣ несомнѣнно говорилось о *cautio iudicio sisti*, тѣмъ не менѣе компиляторы отнесли его къ *exceptio rei indicatae*). Кому отказано въ искѣ о возвратѣ купленной вещи по причинѣ оказавшагося въ ней недостатка (*actio redhibitoria*), тотъ не можетъ искать во второй разъ и доказывать, что онъ можетъ требовать, чтобы покупная цѣна уменьшена была настолько, насколько вещь вслѣдствіе недостатка понизилась въ своей стоимости (*actio quanti minoris*), и что такъ какъ теперь она не имѣетъ для него никакой цѣны, то по возвращеніи имъ вещи онъ долженъ отдать уплаченные за нее деньги; такую же силу имѣетъ обратное отношеніе. L. 25 § 1 D. h. t.

^{2а}) Ср. въ особенности еще Фойхта (Voigt) *condictiones ob causam* § 29, Игеринга *Geist des röm. R.* III стр. 39 и сл.

³) Слишкомъ обще, если для *exceptio rei indicatae* вообще требуется въ L. 27 D. h. t. тождества „*causa proxima actionis*“, а въ L. 14 pr. eod. тождества „*causa petendi*“, какъ видно изъ дальнѣйшихъ словъ (§ 2) послѣдняго закона.

⁴) L. 14 § 2 D. h. t. „*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec illa earum alterius petitione vitatur*“. Рѣшеніе, которымъ отвергнуто покупное требованіе 100, не можетъ быть противопоставлено заемному требованію на ту же сумму. Ср. L. 22 i. f. D. h. t., L. 18 D. de O. et A. 44. 7, L. 93 § 1 D. de leg. III^o 32. Зейф. Arch. V. 237.

⁵) L. 14 § 2 cit. „*At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest*“. L. 11 § 5 eod.—„*qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit*“. L. 11 § 1 l. 30 pr. D. h. t., L. 159. D. de R. I 50. 17, L. 3 § 4 D. de A. v. A. P. 41. 2.

леннымъ основаніемъ пріобрѣтенія⁶⁾; далѣе очевидно, что упомянутое возраженіе будетъ неосновательно и тогда, когда предъявляемое теперь пріобрѣтательное основаніе возникло послѣ прежняго рѣшенія; само собою разумѣется, что послѣднее отринуло

⁶⁾ Объ этомъ пунктѣ не мало спорятъ. Что касается римскаго права, то все дѣло тутъ въ толкованіи l. 11 § 2 и l. 14 § 2 D. h. t. Въ прежнее время считалось несомнѣннымъ, что въ этихъ мѣстахъ содержится то положеніе, по которому чрезъ указаніе въ искѣ опредѣленнаго пріобрѣтательнаго основанія сила рѣшенія ограничивается этимъ основаніемъ. Противъ этого возсталъ Пухта (Rhein. Museum II стр. 251 и сл. III стр. 467 и сл. [1828. 1829], kl. Schriften N. IX), объясняя рѣшающія слова „causa adiecta“ и „non expressa causa“ такимъ образомъ: если въ послѣдствіи наступило иное пріобрѣтательное основаніе, и: такъ-какъ пріобрѣтательное основаніе, какъ это необходимо, не указано. За Пухтой послѣдовали другіе писатели, напр. Вангеровъ I § 173 прим. 1 № V въ к., Бухка I стр. 145, Синтенисъ I § 34 прим. 46 и Erläuterungen I стр. 220 и сл.; противъ него см. Савиньи VI Beil. XVII, Бриглебъ vermischte Abhandlungen I № 3, Беккеръ krit. Vlschr. X стр. 407 и сл. Объясненіе Пухты и я не считаю правильнымъ, но съ другой стороны я полагаю, что изъ приведенныхъ мѣстъ нельзя безусловно вывести по отношенію къ нынѣшнему праву того положенія, которое обыкновенно выводять изъ нихъ. Чтобы сила рѣшенія не простиралась далѣе приведеннаго пріобрѣтательнаго основанія, по римскому праву требовалось добавленіе въ intentio или же praescriptio, слѣдовательно, ограниченіе разбирательства однимъ этимъ пунктомъ. Стало-быть, и по нынѣшнему праву слѣдуетъ требовать такого ограниченія, когда рѣшеніе должно дѣйствовать только ограниченно; ограниченіе же это заключается въ простомъ указаніи пріобрѣтательнаго основанія въ искѣ лишь тогда, если исходить изъ того положенія, что указаніе въ искѣ пріобрѣтательнаго основанія необходимо и для вещныхъ правъ, изъ каковаго положенія непосредственно вытекаетъ дальнѣйшее положеніе, что кромѣ пріобрѣтательнаго основанія, указаннаго въ искѣ, другаго въ послѣдствіи приводить уже нельзя. Тѣ, которые того положенія недопускаютъ, и слѣдовательно, считаютъ указаніе пріобрѣтательнаго основанія въ искѣ несущественнымъ и тѣмъ самымъ допускаютъ примѣненіе всякаго инаго кромѣ дѣйствительно указаннаго основанія, могли бы приписать рѣшенію ограниченное дѣйствіе лишь въ томъ случаѣ, когда истецъ прямо заявилъ, что онъ желаетъ сдѣлать предметомъ разбирательства только одно это пріобрѣтательное основаніе (иначе Zeif. Arch. XX. 206). Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что все сдѣланное въ текстѣ различіе между вещными и обязательственными правами имѣть для насъ значеніе лишь при томъ предположеніи, что для вещнаго права въ нынѣшнемъ процессуальномъ правѣ не требуется указанія въ искѣ пріобрѣтательнаго основанія. Ср. еще Бухку II стр. 192 и сл., Вехтера II стр. 445, Шмида Handb. des gem. deutsch. bürgerl. Rechts I стр. 318—322, Пагенштехера (Pagenstecher) Lehre vom Eigenthum III стр. 18—22, Ветцеля Civilproc. § 47 прим. 60—63.

данное вещное право не по отношенію ко всякому времени, но лишь по отношенію къ тому времени, когда оно было постановлено ⁷⁾.

3. Рѣшеніе о цѣломъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ рѣшеніе о части этого цѣлаго; кому отказано въ цѣломъ, тому отказано и въ его части. Это должно сказать не только о предметѣ права ⁸⁾, но и о самомъ правѣ ⁹⁾. Но для того, чтобы вышеупомянутое возраженіе было основательно, необходимо, чтобы часть дѣйствительно требовалась какъ часть, а не какъ нѣчто самостоятельное ¹⁰⁾. Но и наоборотъ, рѣшеніе о части есть вмѣстѣ рѣшеніе о цѣломъ, кому дѣйствительно отказано въ части какъ въ части, тому отказано и въ цѣломъ, такъ какъ часть какъ часть не имѣетъ самостоятельнаго существованія, но есть лишь форма проявленія цѣлаго ¹¹⁾. Далѣе на томъ же основаніи рѣшеніе объ одной части есть въ тоже время рѣшеніе о другой ¹²⁾. — Когда дѣло идетъ не

[7) L. 11 § 4. 5 l. 25 pr. D. h. t., l. 10 D. de exc. 44. 1, l. 25 § 1 l. 42 D. de lib. causa 40. 12.

⁸⁾ Въ l. 12. 13 D. h. t. для exc. rei iudicatae вообще также требуется слишкомъ обще „idem corpus“, „eadem quantitas“. Ср. тоже l. 14 pr. eod.

⁹⁾ L. 7 pr. D. h. t. „Si quis, cum totum petiisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petatum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in iure“. Такимъ образомъ, напримѣръ, не только рѣшеніе о правѣ на зданіе есть вмѣстѣ рѣшеніе о правѣ на строительные материалы, но и рѣшеніе о правѣ наслѣдства (совокупности оставленныхъ наслѣдодателямъ имущественныхъ правъ) есть вмѣстѣ рѣшеніе объ отдѣльныхъ наслѣдственныхъ правахъ. Ср. l. 3 l. 7 pr. § 4. 5 l. 21 § 1. 3 D. h. t., l. 22 § 8 D. ratam rem 46. 8 (l. 27 § 8 D. de pactis 2. 14).

¹⁰⁾ Отсюда объясняется l. 7 § 2 D. h. t.:—„is, qui insulam petiit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt“.

¹¹⁾ О. Момзенъ *göm. Geschichte* I стр. 66 прим. **. „Эта“ „часть“, „какъ всякому юристу известно, есть ничто иное какъ бывшее или будущее цѣлое, слѣдовательно, въ настоящемъ она лишена всякой реальности“. А потому въ рѣшеніи объ отдѣльномъ наслѣдномъ правѣ заключается рѣшеніе о наслѣдномъ правѣ вообще, подобно тому какъ въ рѣшеніи о наслѣдномъ правѣ вообще содержится рѣшеніе объ отдѣльномъ наслѣдномъ правѣ, l. 3. 7 § 4. 5 D. h. t. Ср. Виндшейда *die Actio* и т. д. стр. 91—94, Крюгера стр. 167 и сл. См. тоже l. 11 § 6 D. h. t. (Непризнаніе притязанія на *iter* не есть еще непризнаніе притязанія на *actus*; ибо *iter* не есть часть права на *actus*, но есть особое право).

¹²⁾ Непризнаніе притязанія на одну наслѣдственную вещь основываетъ собою Виндшейдъ, *пандектное право*. Т. I. 22

объ отношеніи цѣлаго къ его части, но о большемъ или меньшемъ количествѣ, то хотя непризнание меньшаго есть вмѣстѣ съ тѣмъ непризнание большаго ¹³⁾, но наоборотъ непризнание большаго содержитъ въ себѣ непризнание меньшаго только тогда, когда смыслъ рѣшенія таковъ, что большее не слѣдуетъ вовсе а не то, что слѣдуетъ не большее ¹⁴⁾.

4. Если за истцомъ признано право, по характеру своему исключительное, то тѣмъ самымъ признано, что оно не принадлежитъ отвѣтчику. А потому если онъ въ послѣдствіи предъявить это право въ видѣ иска, то на основаніи обвинившаго его рѣшенія ему противопоставляется возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ ¹⁵⁾.

5. Въ доселѣ разсмотрѣнныхъ случаяхъ прежде постановленное рѣшеніе содержитъ въ себѣ непосредственно рѣшеніе о теперя зая-

exс. rei iudicatae противъ притязанія на другую вещь.—Частью въ сравненіи съ цѣлымъ слѣдуетъ считать также право на отдѣльное наступившее требованіе въ сравненіе съ правомъ на періодическое доставленіе вообще, напримѣръ, право на отдѣльную сумму процентовъ въ сравненіи съ правомъ на проценты вообще. А потому непризнание притязанія на отдѣльную сумму процентовъ содержитъ въ себѣ непризнание притязанія на проценты вообще, а слѣдовательно, и на всѣ дальнѣйшіе суммы процентовъ (l. 23 i. f. D. h. t. и l. 1 C. de iud. 3. 1 говорятъ объ exс. rei iudicatae въ ее т. н. отрицательной функціи, см. прим. 22). Др. мѣст. Ветцель Civilproc. § 47 прим. 43, Унгеръ II стр. 657.

¹³⁾ L. 26 pr. D. h. t. (Непризнание сервитута на возвышеніе поверхности до 10 футовъ содержитъ въ себѣ непризнание сервитута на возвышеніе ея до 20 футовъ). Ср. Зейф. Arch. V. 236.

¹⁴⁾ Если говорится, что истцу не слѣдуетъ отыскиваемыхъ имъ 10, то этимъ выражается, что ему ничего не слѣдуетъ. Если же говорится, что истцу слѣдуетъ не 10, то является вопросъ, не слѣдуетъ ли ему 9 или 8 или какого бы то нибыло инаго количества ниже 10, или прямо признается за нимъ определенное количество ниже 10. О первомъ случаѣ говорятъ l. 7 pr. D. h. t. (v. idem erit probandum), l. 21 § 2 l. 30 pr. eod. Гдѣ дѣло идетъ о дѣйствительномъ цѣломъ, тамъ второй случай совершенно невозможенъ; ибо цѣлое есть нѣчто единое, нѣчто самостоятельное сравнительно съ своими частями, нѣчто отличное отъ своихъ частей, а потому сказать: слѣдуетъ не цѣлое, значитъ тоже, что сказать: цѣлое не слѣдуетъ.

¹⁵⁾ L. 40 § 2 D. de proc. 3. 3, l. 30 § 1 D. h. t., l. 15 eod. L. 40 § 2 cit.:—„cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse“. L. 15 cit.:—„Si meam esse (hereditatem pronuntiatum est), nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua“.

вленномъ притязаніи. Но оно можетъ содержать въ себѣ и не-
прямое рѣшеніе о названномъ притязаніи.

а. Если притязаніе, отвергнутое въ прежнемъ рѣшеніи¹⁶⁾ составляеть необходимое предположеніе теперь предъявленнаго притязанія, то чрезъ рѣшеніе косвенно устраняется и предъявленное теперь притязаніе, которому поэтому противопоставляется возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ¹⁶⁾. Равнымъ образомъ прежнее рѣшеніе можетъ быть противопоставлено и въ томъ случаѣ, когда отвергнутое въ немъ притязаніе снова предъявляется въ позднѣйшемъ дѣлѣ въ качествѣ возраженія¹⁷⁾.

б. Но какъ поступать въ противоположномъ случаѣ, когда предъявленное теперь притязаніе рассматривалось въ прежнемъ дѣлѣ какъ условіе другаго притязанія или какъ возраженіе противъ него и въ этомъ качествѣ было отвергнуто: можетъ ли быть

¹⁶⁾ Рѣшеніе, коимъ отвергается право собственности, противопоставляется притязанію о раздѣлѣ (l. 8 D. h. t., l. 1 § 1 D. fam. erg. 10. 2, l. 18 D. de exc. 44. 1, то же и при наслѣдственномъ правѣ, l. 8 l. 14 § 3 D. h. t., l. 25 § 8 D. fam. erg. 10. 2), притязанію на плоды (l. 18 D. de exc. 44. 1) и приращеніе (l. 26 § 1 D. h. t., l. 33 § 1 D. de usufr. 7. 1), притязанію на принадлежащій данному земельному участку сервитутъ (l. 16 D. de exc. 44. 1), притязанію о залогѣ, выводимому изъ права собственности (l. 11 § 10 D. h. t., l. 3 § 1 D. de pign. 20. 1). Точно также для притязанія о залогѣ имѣетъ силу рѣшеніе о требованіи, для котораго установлено закладное право (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6), рѣшеніе объ отцовствѣ имѣетъ силу для притязанія на алименты (l. 7 D. de agnosc. 25. 3). Ср. то же l. 1 § 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 8 § 1 D. de in ius voc. 2. 4.—Тому, что рѣшеніе о правѣ собственности обнимаетъ собою и право на плоды, повидимому противорѣчитъ l. 7 § 3 D. h. t. О различныхъ попыткахъ соглашенія (не вычеркнуть ли попъ передъ посеатъ? не говорить ли первое рѣшеніе въ пользу истца? не требуются ли плоды въ силу другаго права? не отвергается ли возраженіе лишь по правилу о цѣломъ и части?) см. Савиньи VI стр. 508, Бухеу I стр. 141, Вангерова I § 173 прим. 1 № V. 3. b., Беккера стр. 237. 238. 247, Унгера II § 132 прим. 94, Ветцеля Civilproc. § 47 прим. 41, Виндшейда die Actio и т. д. стр. 97. 98, Крюгера стр. 164 и сл.—Съ приведеннымъ l. 33 § 1 D. de usufr. 7. 1 нужно еще сравнить l. 14 § 1 D. h. t. и Виндшейда die Actio и т. д. стр. 98. 99, Ветцеля § 47 прим. 43. 92, Крюгера стр. 170. 171.

¹⁷⁾ Когда, напримѣръ, прежде отвергнутое обязательственное притязаніе приводится въ видѣ возраженія о зачетѣ, или прежде отвергнутое притязаніе о собственности приводится въ видѣ возраженія противъ actio Publiciana. О послѣднемъ случаѣ говорить l. 24 D. h. t., о первомъ—одно рѣшеніе въ Зейф. Arch. VII 299. 300. Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ становится здѣсь репликою о рѣшенномъ дѣлѣ.

противопоставлено нынѣ заявленному притязанію это предварительное рѣшеніе? ¹⁸⁾ Тотъ же вопросъ повторяется по отношенію къ рѣшеніямъ о фактахъ, на основаніи которыхъ прежнее рѣшеніе пришло къ своимъ опредѣленіямъ о самыхъ правахъ, и такимъ образомъ наконецъ къ главному своему опредѣленію: можетъ ли быть противопоставлено представленному въ нынѣшнемъ процессѣ фактическому заявленію, отвергнутому въ прежнемъ процессѣ, возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ, неудачно названный вопросомъ о юридической силѣ основаній рѣшенія ¹⁹⁾, весьма споренъ ²⁰⁾ и сомнителенъ; болѣе вѣскія основанія говорятъ за утвердительный отвѣтъ ²¹⁾.

¹⁸⁾ Такъ, напримѣръ, имѣть ли силу возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, если, послѣ непризнанія притязанія о сервитутѣ вслѣдствіе отсутствія права собственности на господствующее имѣніе, будетъ отыскиваться самое право собственности, или послѣ непризнанія возраженія о зачетѣ будетъ отстаиваться требованіе, на которое опиралось это возраженіе?

¹⁹⁾ Это названіе неудачно по двумъ причинамъ: 1) потому, что дѣло идетъ только о судебныхъ рѣшеніяхъ, а соображенія, посредствомъ которыхъ судья приходитъ къ этимъ рѣшеніямъ и которыя нельзя иначе назвать какъ основаніями рѣшенія, само-собою разумѣется, положительно не получаютъ юридической силы; 2) потому, что это названіе способно привести къ совершенно ложному представленію, будто дѣло идетъ здѣсь о противоположности между тѣмъ, что обозначается словомъ „рѣшеніе“, и тѣмъ, что обозначается словами „основанія рѣшенія“. Савиньи употребляетъ такіа названія: субъективныя основанія, объективныя основанія или элементы рѣшенія.

²⁰⁾ За утвердительный отвѣтъ на него въ новое время высказался именно Савиньи VI § 291—298. 293; затѣмъ за это мнѣніе высказались Вектеръ II стр. 557 и сл., Вангеровъ I § 173 прим. 1 № III. V, Байеръ *Vorträge* стр. 434 и сл., Шеферъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XII. 9, Виндшейдъ *die Actio* и т. д. стр. 89 и сл. 100 и сл., Эндеманъ стр. 83 и сл., а относительно нынѣшняго права: Кирульфъ стр. 260 и Бухеа II стр. 184 и сл., между тѣмъ какъ эти послѣдніе писатели держатся противоположнаго мнѣнія по отношенію къ римскому праву (стр. 248 и сл., I стр. 300—312); точно также Бетманъ-Гольвегъ *göm. Civilproz.* II стр. 649 и сл. Противоположное воззрѣніе защищаютъ и по отношенію къ нынѣшнему праву: Беккеръ *pross. Consumption* § 15. 18. 19, Бринцъ I стр. 153 и сл., Ветцель *Civilproz.* § 47 отъ прим. 94, Крюгеръ стр. 179 и сл. 213 и сл., Бушъ (*Busch*) *Arch. f. civ. Pr.* XLV. 12, Унгеръ II стр. 621 и сл. (коего изложеніе обращаетъ на себя особенное вниманіе). Ср. тоже Линде *Arch. f. civ. Pr.* XXXII. 13, Болгіано (*Bolgiano*) *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XXI стр. 30 и сл. Изъ практики: Зеѣфъ *Arch.* II 250, VIII. 99; I. 367, V. 236; VIII. 171, IX. 86, X. 294; X. 295; XX. 189. (Въ цѣломъ согласны съ тѣмъ, что здѣсь изложено). *Blätter f. RAnwend. Ergänz. Bd. zum* 31, u. 32. Jahrg. стр. 242.

²¹⁾ Не подлежитъ сомнѣнію, что непризнаніемъ требованія, предъявленнаго

Впрочемъ, выясненное выше значеніе возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ не соотвѣтствуетъ тому значенію, которое это возраженіе

въ возраженіи о зачетѣ, обосновывается *ex. rei indicatae* противъ всякаго дальнѣйшаго предъявленія этого требованія, l. 7 § 1 D. de compreh. 16. 2, l. 8 § 2 D. de neg. gest. 3. 5; Зейф. Arch. I. 367, V. 236. Почему же должно дѣйствовать противное для другихъ правъ, предъявленныхъ въ видѣ возраженія, напр. въ томъ случаѣ, когда притязанію Публиціанскому противопоставляется право собственности? Что этому не противорѣчитъ l. 18 D. de evict. 21. 2, объ этомъ см. Савиньи VI стр. 428—429, Ветмана-Гольвега *rom. Civilproz* II § 111 прим. 78. Если рѣшеніе о предъявленныхъ въ видѣ возраженія правахъ имѣетъ юридическую силу, то очевидно, насколько въ этомъ заключается важный аргументъ въ пользу того мнѣнія, что тоже самое имѣетъ силу и для рѣшенія о такихъ правахъ, кои предъявлены были въ прежнемъ процессѣ въ видѣ предположенія для подлежащаго собственно рѣшенію притязанія. Далѣе въ пользу этого, даже независимо отъ аналогіи съ присягою (l. 13 § 2 D. de iurei. 12. 2), рѣшительно говорить l. 1 D. h. t. (Виндшейдъ *die Actio* и т. д. стр. 103). См. затѣмъ l. 6 § 4 D. paulae 4. 9 и къ этому Гартмана Arch. f. civ. Pr. L. стр. 129 и сл. Съ другой стороны мѣста, приводившіяся противъ этого, не убѣдительны. Самое доказательное изъ нихъ, именно l. 1 C. de ord. iud. 3. 8 можетъ быть понимаемо лишь въ томъ смыслѣ, что судья не имѣетъ нужды отклонять отъ себя главное рѣшеніе потому только, что онъ не компетентенъ для предварительнаго вопроса, ибо послѣдній не составляетъ непосредственнаго предмета его рѣшенія, — причѣмъ, конечно, предполагается, что его рѣшеніе объ этомъ предварительномъ вопросѣ не будетъ имѣть юридической силы именно потому, что онъ для него не компетентенъ. Ср. тоже l. 3 C. de iud. 3. 1. L. 15 § 4 D. de re iud. 42. 1 и l. 5 § 8. 9 D. de agnosce 25. 3 (ср. § 18 eod., l. 10 D. de his qui sui l. 6) говорить о рѣшеніи на основаніи *summam cognoscere*, стало быть, на основаніи изслѣдованія, не разрывающаго дѣла; если принять объясненіе *summam cognoscere* Бриглебъ, что оно означаетъ не допущеніе недостаточныхъ доказательствъ, а исключеніе недоказанныхъ возраженій, то понятно будетъ также, почему въ l. 5 § 8 cit., между прочимъ сказано: „*si constiterit filium esse*“, но для юридической силы рѣшенія нѣтъ въ этомъ никакого усиливающаго основанія. Бриглебъ *summar. Prozesse* § 54. 57. 75—90. Если l. 17 D. de exc. 44. 1 и l. 23 D. h. t. и объявляютъ *ex. rei indicatae* недопустимыми, то они все-таки вовсе не говорятъ, чтобы въ прежнемъ процессѣ данное право было отвергнуто. — Всего сомнительнѣе то положеніе, что законную силу должны имѣть не только предварительныя рѣшенія о правахъ, но и предварительныя рѣшенія о фактахъ, хотя въ послѣдовательности нельзя отказать и этому положенію. — Но какъ бы то ни было нельзя юридическую силу распространять на тѣ предрѣшенія, которыя судья (безъ нужды) постановилъ противъ стороны, для которой постановлено главное рѣшеніе. Напримѣръ, оспаривается сервитутное притязаніе: 1) на томъ основаніи, что не истецъ, а отвѣтникъ есть собственникъ господствующаго поземельнаго участка, 2) на томъ основаніи, что сервитутъ не приобрѣтенъ для

имѣло первоначально въ римскомъ правѣ. Первоначально оно имѣло то значеніе, что чрезъ него имѣлось въ виду отстоять не содержаніе, а только существованіе прежняго рѣшенія, правило не говорило, что нельзя уже предъявлять того, противъ чего уже рѣшено, а говорило только, что нельзя болѣе предъявлять того, о чемъ рѣшено ²²). Но при своемъ послѣдующемъ развитіи римское право признало, что это правило не въ состояніи сообщить юридической силѣ рѣшенія полное значеніе ²³), а потому на мѣ-

этого участка, и въ первомъ случаѣ рѣшается въ пользу истца, а во второмъ въ пользу отвѣтчика. Отъ отвѣтчика нельзя требовать или даже разрѣшать ему, чтобъ онъ приводилъ противъ рѣшенія такое средство защиты, которое совершенно освобождаетъ его отъ исковаго притязанія. Противъ этого распространенія юридической силы основаній рѣшенія см. З и й ф. Arch. II. 250 въ к., III 209, VIII 100.

²²) Оно было лишь другою формою *exceptio rei in iudicium deductae*. Это *exceptio*, возникающее чрезъ *litis contestatio*, превращается съ постановленіемъ рѣшенія въ *exceptio rei iudicatae*.

²³) *Exceptio rei iudicatae* въ его первоначальной функціи (ее неудачно называли [ср. Виндшейда *die Actio* и т. д. стр. 110] отрицательною, а послѣдующую функцію положительною) основывается на слѣдующемъ довольно убѣдительномъ соображеніи. Истецъ не въ правѣ требовать вторичнаго рѣшенія; ибо если рѣшено въ пользу него, то въ такомъ рѣшеніи онъ получаетъ свое удовлетвореніе, если же рѣшено противъ него, то онъ не заслуживаетъ удовлетворенія. Скоро однако были замѣчены случаи, въ коихъ положеніе, что побѣдившій истецъ получаетъ удовлетвореніе чрезъ выигранное имъ рѣшеніе, оказывалось обманчивымъ, и въ коихъ онъ, не взирая на рѣшеніе, вынужденнымъ находился обратиться къ прежде предъявленному притязанію. Въ такихъ случаяхъ выходили изъ затрудненія тѣмъ, что противъ *exceptio rei iudicatae* истцу давалось *replicatio rei secundum se iudicatae*; объ этомъ говорится еще въ l. 9 § 1 D. h. t., l. 16 § 5 D. de pign. 20. 1, ср. тоже l. 9 pr. D. h. t. Но неудовлетворительность помнутаго пониманія стала еще очевиднѣе, когда стали сознавать, что *auctoritas rei iudicatae* можетъ быть нарушено и безъ того, чтобы проигравшій истецъ выступалъ съ тѣмъ же самымъ притязаніемъ, когда, напримѣръ, побѣжденный въ искѣ о собственности отвѣтчикъ съ своей стороны вчиняетъ искъ о собственности. Въ такихъ случаяхъ по предъявленному теперь притязанію не имѣлось никакого рѣшенія; нужно ли было допускать его? На это отвѣчали отрицательно, ибо прежнимъ рѣшеніемъ отвергнуто и теперь предъявленное притязаніе. Такимъ образомъ и въ этихъ случаяхъ давалось *exc. rei iudicatae*, но въ иномъ смыслѣ, то есть возраженіе не о рѣшенномъ, но объ отвергнутомъ дѣлѣ. — „Раскрытіе возраженія о юридической силѣ въ двухъ его родственныхъ, но различныхъ формахъ или функціяхъ составляетъ блестящую заслугу сочиненія Келлера (§ 28. 29. 30)“. Таково мнѣніе Савиньи VI стр. 280. Но въ новѣйшее время это ученіе Келлера, получившее благодаря Савиньи всеобщее преобладаніе, было оспари-

сто его поставлено то правило, которое подробно изложено уже выше и которое только и имѣть силу для нынѣшняго права ¹⁾).

§ 131.

Насколько не допускается вторичное предъявленіе отвергну-
таго въ прежнемъ рѣшеніи требованія, настолько же не допу-

ваемо Беккеромъ въ его сочиненіи *über die processualische Consumption* (стр. 13 и сл. 132 и сл.); ему послѣдовали Дернбургъ *Heid. krit. Zeitschr.* II стр. 347 и сл., Бринцъ § 45. 46, Рудорфъ *röm. RGesch.* II стр. 262 прим. 5. Эти писатели приписываютъ *exc. rei indicatae* только отрицательное дѣйствіе. Но ихъ ученіе не согласно съ самимъ объемомъ этой *exceptio*. См. Виндшейда *die Actio* и т. д. § 10 именно стр. 104 и сл., Крюгера стр. 136 и сл., Бетмана-Гольвега *röm. Civilproz.* II стр. 636 и сл.

²⁾ Савиньи § 282, Вехтеръ *Erörter.* III стр. 41 и сл., Вангеровъ I § 173 прим. I № III. Другіе писатели утверждаютъ, что рѣшеніе имѣть въ юстиніановомъ, стало-быть, и въ нынѣшнемъ правѣ, консумирующую силу, и притомъ даже оправдывающее рѣшеніе (Бетманъ-Гольвегъ *röm. Civilproz.* II § 111. III § 156, Ветцель *Civilproc.* § 47) или только обвиняющій (Бухка II стр. 211, Унгеръ II стр. 682—685 и § 132 прим. 4а). Первое мнѣніе имѣетъ лишь теоретическое значеніе, такъ какъ означенные писатели не выводятъ изъ консумирующей силы оправдывающаго рѣшенія никакихъ такихъ послѣдствій, которыя бы не вытекали изъ положительной функціи *exc. rei indicatae*. Напротивъ того, второе мнѣніе имѣетъ и практическое значеніе, именно по отношенію къ тому случаю, когда не все требовалось и присуждено изъ того, что могло бы быть потребовано въ силу предъявленнаго притязанія, напри-
мѣръ, только капиталъ безъ наросшихъ процентовъ просрочки. Безъ сомнѣнія, справедливо, что во многихъ мѣстахъ источниковъ не допускается въ этомъ случаѣ позднѣйшее требованіе съ ссылкой на *exc. rei indicatae* или безъ нея (I. 4 C. de per. 4. 34, l. 4 § 3 D. de nox. act. 9. 4, l. 1 C. si adv. rem. iud. 2. 27, l. 4 C. de iud. 3. 1). Но если признать, что съ одной стороны специфическая задача *exc. rei indicatae* въ ея отрицательной функціи состояла тоже не въ чомъ иномъ какъ въ служеніи юридической силѣ рѣшенія, а съ другой— что правило: *de eadem re ne bis sit actio* уже не имѣетъ силы, то придется отказаться отъ означеннаго положенія, какъ послѣдствія отвергнутой точки зрѣнія. Для насъ рѣчь можетъ идти лишь о томъ, не слѣдуетъ ли въ какомъ-либо данномъ случаѣ усматривать въ ограниченіи перваго иска отреченіе отъ всякаго позднѣйшаго требованія. Если же, какъ полагають, нельзя оставить безъ вниманія того рѣшенія, какое высказано въ помянутыхъ мѣстахъ, то придется сказать, что въ присужденіи заключается безмолвное непризнаніе большаго, какъ и дѣлають Савиньи VI стр. 303 и сл. и Синтенисъ II стр. 97; см. тоже Вехтера II § 51 прим. 15. 16. Ср. ниже II § 259 прим. 10. — Противъ защищаемаго здѣсь воззрѣнія Зейф. *Arch.* VI. 165, VII. 14, XII. 92; за него Рейшеръ (*Reyscher*) *Zeitschr. f. deutsch. R.* XVII. 1 (1837). — Опредѣленіе I. 3 C. de fruct. et lit. exp. 7. 51 носить очевидно чисто положительный характеръ, а потому примѣнимо и нынѣ.

скается и оспариваніе того, что уже было признано въ прежнемъ рѣшеніи ¹⁾. Хотя изъ этой стороны юридической силы рѣшенія собственно говоря не вытекаетъ возраженія, ибо возраженіе по своему существу возможно лишь противъ какого-нибудь утвержденія (требованія); но имѣющее здѣсь мѣсто отношеніе въ сущности то же, что и въ выше разсмотрѣнномъ случаѣ. Какъ тамъ утвержденіе, такъ и здѣсь оспариваніе парализуется ссылкой на окончательное рѣшеніе; вслѣдствіе того споръ считается вовсе не предъявленнымъ, и потому судья полагаетъ въ основу своего рѣшенія оспариваемое право или фактъ, какъ еслибы спора вовсе не послѣдовало ²⁾. Въ частности слѣдуетъ упомянуть, что въ признаніи цѣлаго заключается признаніе части, а въ признаніи части заключается признаніе цѣлаго, точно также какъ выше было замѣчено объ отвергнутомъ требованіи ³⁾; что равнымъ образомъ разъ признанное право не можетъ подлежать спору даже тогда, когда въ силу него предъявляется другое требованіе ⁴⁾, или когда оно

131. ¹⁾ Это положеніе, непосредственно вытекающее изъ существа юридической силы, не ослабляется тѣмъ, что въ источникахъ оно указывается гораздо менѣе чѣмъ положеніе, ему противоположное. Ср. 1. 11 § 3 l. 12 D. de iurei. 12. 2, l. 8 1 D. de in ius voc. 2. 4, l. 15 § 2 D. de inoff. 5. 2, l. 1 § 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3, l. 50 § 1 D. de leg. I^o 30, l. 12 § 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. si ingen. 40. 14, l. 18 D. de exc. 44. 1. Виндшейдъ die Actio и т. д. стр. 109—112, Унгеръ II стр. 672 и сл. Основанія, въ силу которыхъ Пфейферъ Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 4. 10 оспаривалъ это дѣйствіе рѣшенія, недостаточны; ср. Виндшейда в. п. с. стр. 109 прим. 50, но противъ этого по отношенію къ классическому праву опять Дербургъ Pfandrecht I стр. 558. Что это дѣйствіе, рѣшенія не получило полного признанія, это утверждаетъ Крюгеръ стр. 174 и сл. Согласно съ тѣмъ, что здѣсь изложено, говорится въ Зейф. Arch. I. 282, VI. 67 VIII. 304, IX. 336; противъ этого, въ одномъ конечно особенномъ случаѣ, IV. 226

²⁾ Рѣшеніе равняется, слѣдовательно, сознанию; подобно послѣднему оно устанавливаетъ исключеніе изъ того правила, что оспариваемое дотоѣ не существуетъ для судьи, доколѣ утверждающій этого не докажетъ. Можно также сказать, что рѣшеніемъ устанавливается *praesumptio iuris et de iure* (§ 133 прим. 10).

³⁾ Но если дѣло идетъ не о цѣломъ и его частяхъ, но просто о большемъ или меньшемъ, то хотя присужденіе большаго заключаетъ въ себѣ присужденіе меньшаго, но наоборотъ присужденіе меньшаго конечно не содержитъ въ себѣ присужденія большаго. Часть сравнительно съ цѣлымъ не есть нѣчто самостоятельное, каковымъ представляется меньшее количество сравнительно съ большимъ.

⁴⁾ Напримѣръ, когда на основаніи присужденной собственности требуются плоды вещи, l. 18 i. f. D. de exc. 44. 1.

противопоставляется притязанію противника какъ возраженіе ¹⁾, и что наконецъ признанное въ предварительномъ рѣшеніи прежняго процесса точно также не можетъ подлежать спору при будущемъ новомъ процессѣ между тѣми же сторонами ²⁾.

§ 132.

Юридическая сила рѣшенія имѣетъ дѣйствіе только для тѣхъ сторонъ, для коихъ оно постановлено; ни положительное (§ 130), ни отрицательное (§ 131) дѣйствіе его не можетъ быть противопоставлено третьимъ лицамъ ¹⁾. Ибо иначе эти третьи лица должны были бы признать такое рѣшеніе имѣющимъ силу для нихъ, каковое признаніе не можетъ имѣть мѣсто не только послѣ, но и ранѣе рѣшенія, не только открыто, но и безмолвно ²⁾. Но и не-

¹⁾ Напримѣръ, когда присужденное требованіе противопоставляется какъ возраженіе о зачетѣ.

²⁾ Такимъ образомъ сослаться на прежнее рѣшеніе можно и тогда, когда чрезъ это рѣшеніе, на основаніи права, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, освобожденъ былъ отвѣтчикъ, противопоставлявшій это право въ видѣ возраженія, напримѣръ, когда отвѣтчикъ освобожденъ былъ на основаніи возраженія о зачетѣ, которое онъ обосновывалъ предъявленнымъ теперь требованіемъ. Унгеръ II стр. 636 и сл. отрицаетъ это, между тѣмъ какъ въ томъ случаѣ, когда возраженіе было отвергнуто и отвѣтчикъ вслѣдствіе того былъ обвиненъ, онъ допускаетъ ссылку на прежнее рѣшеніе, какъ это, конечно, необходимо въ силу мѣстъ, приведенныхъ въ § 130 прим. 21; онъ полагаетъ, что въ этомъ послѣднемъ случаѣ въ непризнаніи исковаго притязанія непосредственно заключается непризнаніе возраженія, тогда какъ наоборотъ въ первомъ въ непризнаніи исковаго притязанія непосредственно не заключается признаніе возраженія. Но это различіе ошибочно. Даже и въ случаѣ обвиненія обвиняющее рѣшеніе вовсе не содержитъ въ себѣ отрицанія предъявленнаго отвѣтчикомъ права, но приводитъ къ обвиненію на основаніи непризнанія этого права; оно постановляетъ: 1) что исковое притязаніе само по себѣ основательно, и 2) что противопоставленное ему право неосновательно. Подобнымъ же образомъ и въ случаѣ оправданія оно постановляетъ: 1) что исковое притязаніе само по себѣ основательно, 2) но что и противопоставленное ему право тоже основательно.

¹⁾ L. 2 C. quib. res iud. 7. 56. „Res inter alios iudicatae neque emolumentum § 132. afferre his, qui non iudicio interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare“. L. 7 § 4 D. h. t. „Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur“. L. 1. 3. 22. 29 eod., l. 63 D. de re iud. 42. 1, l. 2 C. de ex. 8. 36.

²⁾ Предварительное и безмолвное признаніе представляется въ томъ случаѣ, „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiat, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae,

зависимо отъ этого признанія, тотъ, кто выводитъ свое право отъ другаго, долженъ подчиниться рѣшенію, постановленному противъ этого другаго³⁾; но зато и наоборотъ, онъ можетъ сослаться на рѣшеніе, постановленное въ пользу этого другаго. Далѣе изъ приведеннаго правила есть нѣкоторыя преимущественно положительныя исключенія. 1) Если какое-либо право нераздѣльно принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ или противъ нѣсколькихъ лицъ, то рѣшеніе, постановленное въ пользу одного изъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ, имѣетъ силу и въ пользу остальныхъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ⁴⁾. Напротивъ того рѣшеніе, по-

aut possessor venditorem de proprietate rei emtae" (l. 63 D. de rei iud. 42. 1). Иное дѣло, когда „ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit“. Различіе заключается въ томъ, „quod, qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est“ (l. 63 cit.). Ср. с. 25 X. de sentent. 2. 27. Келлеръ *Liticontest. und Urtheil* стр. 368 и сл., Савиньи VI стр. 476—479, Фрейденгайлъ (Freudentheil) *Arch. f. Pr.* XLII. 5, Биндингъ (Binding) тамъ же XLVII. 13 (который удачно объясняетъ приведенный въ этомъ мѣстѣ случай заклада изъ древней *fiducia*, ср. l. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 11 § 10 D. h. t. и слова этого мѣста „qui priorem dominum defendere causam patitur“). Зейф. *Arch.* VIII. 170. — По римскому праву сюда же относится случай представительства, такъ какъ рѣшеніе постановлялось не для представляемаго, какъ у насъ, но для представителя. Ср. l. 4 l. 11 § 7 l. 25 § 2 D. de exc. rei iud. 44. 2 и Келлеръ *Litiscontest. und Urtheil* § 39—44.

³⁾ Это прилагается не только къ общему, но и къ частному преемнику, и притомъ не только къ приобрѣтенію чрезъ юридическое преемство, но и ко всякому иному производному приобрѣтенію. L. 9 § 2 l. 11 § 3. 9. 10 l. 28 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 25 § 8 D. fam. exc. 10. 2, l. 3 § 1 D. de pign. 20. 1. Но, конечно, предполагается при этомъ, что рѣшеніе послѣдовало прежде производнаго приобрѣтенія; позднѣйшее рѣшеніе столь же мало вредитъ приобрѣтенію, какъ и позднѣйшій фактъ, уничтожающій право перваго приобрѣтателя. L. 11 § 10 l. 29 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 3 pr. D. de pign. 20. 1. Ср. Зейф. *Arch.* VI. 67, VIII. 303. 304.

⁴⁾ L. 4 § 3 D. si serv. 8. 5. „Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio,... et victoria et aliis proderit“. Точно также по l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2 рѣшеніе, постановленное въ пользу коррѣального должника, идетъ и въ пользу содолжника. Что и рѣшеніе, постановленное въ пользу одного изъ коррѣальныхъ вѣрителей, оказываетъ такую же помощь другому коррѣальному вѣрителю, это въ силу arg. l. 4 § 3 cit. не можетъ подлежать сомнѣнію. Однако только-что названныя положенія признаются не всеми,

становленное противъ одного изъ сообязанныхъ, не имѣть силы противъ остальныхъ сообязанныхъ ⁵⁾, а рѣшеніе, постановленное противъ одного изъ соуправомоченныхъ, имѣть силу противъ остальныхъ соуправомоченныхъ только тогда, когда проигравшій дѣло соуправомоченный былъ одинъ уполномоченъ на исключительное распоряженіе даннымъ правомъ ⁶⁾. 2) Если опредѣлено личное отношеніе одного участника въ спорѣ съ тѣмъ лицомъ, которое къ этому ближе всего причастно, то это отношеніе имѣть силу и противъ третьихъ лицъ ⁷⁾. 3) Рѣшеніе о дѣйствительности

ср. II § 295 прим. 8 и Савиньи *Obl. I* стр. 191. L. 6 § 4 D. *nautae* 4. 9. Гартманъ *Arch. f. civ. Pr. L.* стр. 129 и сл.

⁵⁾ Утверждаютъ противное о томъ случаѣ, когда успѣшно предъявлено сервитутное притязаніе противъ одного изъ собственниковъ служащаго имѣнія. Такъ, напримѣръ, Савиньи VI стр. 481, Баронъ *Gesammtrechtsverhältnisse* стр. 160 и сл. Но это значило бы не что иное, какъ дать общему собственнику право односторонне облагать сервитутомъ общее имѣніе. Ссылкою на I. 4 § 4 D. *si serv.* 8. 5, это мнѣніе не подтверждается.

⁶⁾ Такъ отказъ въ искѣ одному изъ корреальныхъ вѣрителей имѣть силу и противъ другихъ корреальныхъ вѣрителей, *arg. l. 28 pr. D. de iurei.* 12. 2; однако и это оспаривается, см. II § 295 прим. 8. Иначе при недвижимомъ обязательствѣ, II § 299 прим. 10. Равнымъ образомъ отказъ въ искѣ одному изъ совѣстныхъ собственниковъ, требовавшему извѣстнаго сервитута для общаго имѣнія, не имѣть силы противъ другихъ совѣстныхъ собственниковъ. Этому не противорѣчитъ ни I. 19 D. *si serv.* 8. 5, ни I. 31 § 7 D. *de neg. gest.* 3. 5. Вектеръ II § 73 прим. 80. Но и тутъ утверждали противное, напр. поименованные въ предыдущемъ примѣчаніи писатели и Эльверсъ (*Elvers*) *Servitutenlehre* стр. 800.

⁷⁾ Если отцовство признано по отношенію къ отцу, то оно признано по отношенію къ братьямъ и сестрамъ, I. 1 § 16 l. 2 D. *de agnosc.* 25. 3; если кто-либо не признанъ отцомъ даннаго дитяти, то онъ не въ правѣ требовать это дитя и отъ третьяго лица, I. 1 § 4 D. *de lib. ex h.* 43. 30. Такую же силу имѣть рѣшеніе, когда имъ признается или отрицается существованіе брака между супругами. У римлянъ сюда же относился случай свободы и свободнорожденности, I. 25 D. *de statu hom.* 1. 5, I. 42 *pr. D. de nox. act.* 9. 4, I. 14 D. *de iure patr.* 37. 14, I. 5 C. *de ord. cogn.* 7. 19. Впрочемъ во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствіе рѣшеніе противъ третьихъ лицъ не простирается до того, чтобы у послѣднихъ отнималось право утверждать, что они сами непосредственно заинтересованы въ данномъ правоотношеніи. Такъ, рѣшеніе объ отцовствѣ не можетъ быть противопоставлено тому, кто самъ утверждаетъ, что онъ истинный отецъ. Ср. I. 42 D. *de lib. causa* 40. 12, I. 1. 5 D. *si ingen.* 40. 14. Келлеръ *Lit. contest. und Urtheil* § 47, Вектеръ II стр. 571, Buelow *de praeiudicialibus formulis* (*Wratislaviae* 1859) p. 49 sqq. Тѣснѣ Савиньи VI стр. 472—473. Ветцель *Civilproc.* § 47 прим. 34 и сл.

завѣщанія, поставленное для наслѣдниковъ по закону и по завѣщанію, обязательно и для отказопринимателя ⁹⁾ и вообще для всѣхъ тѣхъ, въ пользу или противъ которыхъ возникаютъ притязанія изъ дѣйствительности или недѣйствительности завѣщанія ⁹⁾. 4) Если въ пользу какого-либо лица, не имѣющаго права узаконеннаго наслѣдованія (Notherbenrecht), состоялось на основаніи этого же права рѣшеніе, коимъ уничтожено завѣщаніе, то на это рѣшеніе можетъ ссылаться и лицо, имѣющее на самомъ дѣлѣ означенное право ¹⁰⁾.

Прибавленіе. О доказательствѣ.

§ 133.

Ученіе о доказательствѣ не относится къ матеріальному праву, а къ праву процессуальному. Но по нѣкоторымъ своимъ сторонамъ оно находится въ непосредственномъ отношеніи къ матеріальному праву. Эти-то стороны и слѣдуетъ здѣсь указать.

1. Кто долженъ доказывать ¹⁾? Истецъ долженъ доказать ³⁾ тѣ

⁹⁾ L. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 14 D. de appell. 49. 1, l. 50 § 1 D. de leg. I^o 30, l. 8 § 16 l. 17 § 1 D. de inoff. test. 5. 2, l. 12 pr. § 2 C. de P. H. 3. 31.

⁹⁾ L. 50 § 1 i. f. D. de leg. I^o 30 l. 15 § 2 D. de inoff. 5. 2. Ср. Ветцеля Civilproc. § 47 прим. 33, и III § 584 прим. 19.

¹⁰⁾ L. 6 § 1 D. de inoff. test. 5. 2.

§ 133. ¹⁾ Изъ литературы ученія объ обязанности доказывать слѣдуетъ указать здѣсь: Веберъ (Weber) über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocessz № VI (1805, 3 изд. Гефтера 1845). Бетмана-Гольвега Versuche № V (1827). Гефтера въ Zusätzen къ поименованному сочиненію Вебера стр. 202 и сл. (1845). Гербера Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast (1858). Лангенбека (Langenbeck) die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten II стр. 248—358 (1860), Максена (Maxen) über Beweislast, Einreden und Exceptionen (1861). Буркгарда (Burckhard) die civilistischen Präsumtionen стр. 125—165 (1866). Унгера II стр. 555 и сл. Ветцеля Civilproc. § 15.

²⁾ Правоположенія не могутъ быть предметомъ процессуальнаго доказыванія; задача сторонъ состоитъ въ приведеніи фактовъ; судья самъ прилагаетъ къ нимъ юридическія правила. Iura novit curia. Конечно, бываютъ случаи, въ коихъ нельзя требовать отъ судьи officialнаго знанія даннаго правоположенія (когда, напримѣръ, правоположеніе относится къ отдаленному мѣсту или времени или къ обычному праву); само собою разумѣется, что въ такихъ случаяхъ сама сторона должна убѣдить судью въ существованіи того правоположенія, на при-

факты ²⁾, которыми онъ долженъ подтвердить возникновеніе заявленнаго имъ притязанія ⁴⁾. Привести же онъ долженъ: а) только такіе факты, которыми можетъ быть подтверждено возникновеніе заявленнаго притязанія, а не тѣ, коими подтверждается его теперешнее существованіе. Фактовъ послѣдняго рода и нѣтъ вовсе; если противная сторона станетъ ссылаться на то, что прежде существовавшее притязаніе нынѣ уже не существуетъ, то она обязана привести и доказать факты, кои могли уничтожить это притязаніе ⁵⁾. б) Притязаніе само по себѣ можетъ быть не лишено основанія, но ему можетъ противостоять фактъ, обезсиливашій его дѣйствіе; не на истцѣ лежитъ обязанность утверждать

мнѣнія котораго она настаиваетъ; но это не подходитъ подъ понятіе доказательства, осуществляемаго по правиламъ процессуальнаго права. Ср. § 14 прим. 3. 4, § 17 прим. 2, Ветцеля Civilproc. § 20 № 2, Байера Vortr. стр. 681—684.

³⁾ Предполагается, что они оспариваются и могутъ быть оспариваемы. То, что неоспорено (то-есть признано предъ судомъ), судья обязанъ прямо положить въ основу своего рѣшенія совершенно независимо отъ того, убѣжденъ ли онъ въ истинности неоспореннаго или нѣтъ; достаточно, если сторона жаждетъ, чтобъ оно было принято за истинное. Не подлежать спору, во первыхъ, т. н. общеизвѣстные факты, въ вторыхъ, тѣ факты, оспариваніе которыхъ воспрещается какимъ-либо юридическимъ правиломъ, на примѣръ, факты, признанные окончательнымъ рѣшеніемъ (ср. прим. 11). О признаніи (Geständnisz) см. Бетмана-Гольвега Versuche № IV, Савиньи VII § 303—308; объ общеизвѣстности Ветцеля Civilproc. § 20 № 3, Байеръ стр. 719 и сл.

⁴⁾ Принципъ обязанности доказывать очень простъ: доказывать долженъ тотъ кто утверждаетъ, а не тотъ, кто оспариваетъ. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ (l. 2 D. de prob. 22. 3);—„cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio est“ (l. 23 C. eod. 4. 19). А потому обязанность доказывать лежитъ главнымъ образомъ на истцѣ, такъ какъ онъ прежде всего есть сторона утверждающая, а не на отвѣтчикѣ. „Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit“ (l. 21 D. h. t., l. 8. 20 C. eod). Но въ возраженіи утверждаетъ что-либо и отвѣтчикъ; а потому „in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere“ (l. 19 pr. l. 25 § 2 D. h. t.) Вопросъ только въ томъ, сколько каждая сторона должна утверждать, чтобы достигнуть побѣды. То, что обыкновенно называютъ вопросомъ объ обязанности доказывать, есть собственно вопросъ объ обязанности утверждать. Неправильно объясняется смыслъ правила „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“, когда подъ пегате разумѣютъ не оспариваніе утвержденія противной стороны, а утвержденіе отрицательнаго факта. Что сторона должна утверждать, то должна она и доказать, все равно, будетъ ли это фактъ положительный или отрицательный. Ср. Бетмана Гольвега Versuche стр. 324—331.

⁵⁾ L. 12 D. l. 1 C. h. t.

и доказывать отсутствіе подобныхъ фактовъ, но отвѣтчикъ обязанъ доказать ихъ существованіе ⁶⁾. с) Извѣстный фактъ самъ по себѣ можетъ обосновать притязаніе, хотя бы и не при всѣхъ обстоятельствахъ; правопроизводящая сила факта можетъ встрѣтить препятствія, о послѣднихъ должно сказать тоже, что сказано было выше, то-есть, что истецъ не обязанъ утверждать и доказывать ихъ отсутствіе, а напротивъ того отвѣтчикъ обязанъ сдѣлать то и другое относительно ихъ существованія ⁷⁾. — Для защиты отвѣтника обязательны тѣ же правила, что и для нападенія истца. Слѣдовательно, отвѣтчикъ тоже обязанъ привести и доказать лишь тѣ факты, которые сами по себѣ способны сдѣлать приведенное въ защиту юридическое послѣдствіе само по себѣ основательнымъ, все равно, будетъ ли послѣднее особымъ притязаніемъ, какъ, напр. при возраженіи о зачетѣ, или уничтоженіемъ исковаго притязанія, или подавленіемъ его дѣйствительности или же отрицаніемъ его возникновенія. Сказанное о защитѣ отвѣтника очевидно должно быть приложено и къ встрѣчной защитѣ истца и т. д. — Но какимъ образомъ, придерживаясь изложеннаго здѣсь правила, распредѣлять между сторонами въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ тотъ матеріалъ, который слѣдуетъ привести и доказать, и что именно необходимо для того, чтобы извѣстное юридическое послѣдствіе можно было назвать непосредственно основательнымъ, но только остановленнымъ, чтобы могла быть рѣчь о фактѣ, имѣющемъ самостоятельное дѣйствіе: это вопросы, которые могутъ быть разрѣ-

⁶⁾ Другими словами: возраженія въ смыслѣ гражданскаго права (римскія *exceptioes*) долженъ доказывать отвѣтникъ. Ср. прим. 4.

⁷⁾ Другими словами: отвѣтникъ долженъ доказать и возраженія въ процессуальномъ смыслѣ. Примѣръ: кто ссылается на извѣстное волеизъявленіе, тотъ не обязанъ доказывать умственное здоровье изъявившаго волю, доказать помѣшательство послѣдняго обязана противная сторона (I. 5 C. de codic. 6. 36); точно также онъ не обязанъ доказывать, что это волеизъявленіе не было взято назадъ, взятіе назадъ этого изъявленія должна доказать противная сторона (I. 22 D. h. t., I. 22 D. de leg. I^o 31, I. 11 § 12 D. de leg. III^o 32); тотъ, кому два раза отказана одна и таже сумма, не обязанъ доказывать, что второе распоряженіе сдѣлано съ тою цѣлью, чтобы дать ему новое право, доказать противное долженъ противникъ (I. 12 D. h. t.); отказоприниматель не обязанъ доказывать, что предписаніе Фальцидіева закона къ нему не примѣнимо, обязанный выдать отказъ наследникъ долженъ доказать, что законъ этотъ находитъ себѣ здѣсь примѣненіе (I. 17 D. h. t.). Зейф. Arch. XX. 116.

шены лишь на основаніи особаго свойства подлежащихъ разсмотрѣнію правоотношеній, и въ этомъ заключается та юридическая сторона ученія объ обязанности доказывать, ради которой необходимо было изложить здѣсь начала этого ученія ⁹⁾.

2. Что касается основаній и средствъ доказыванія, то относительно ихъ нужно замѣтить слѣдующее.

а. Доказывать можно между прочимъ ⁹⁾ и посредствомъ ссылки на выводы изъ другихъ несомнѣнныхъ фактовъ, въ каковомъ случаѣ говорятъ о доказательствѣ непрямомъ (искусственномъ) или основанномъ на предположеніи. Такіе выводы или предоставляются собственному усмотрѣнію судьи, или же они признаны самимъ правомъ и для судьи обязательны ¹⁰⁾. Въ какихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто послѣднее, это опять вопросъ, который долженъ быть разрѣшенъ въ гражданскомъ правѣ при изложеніи отдѣльныхъ ученій ¹¹⁾.

б. Утверждающій что-либо можетъ доказывать это посредствомъ присяги только тогда, когда противная сторона изъявляетъ согла-

⁹⁾ Относящіяся сюда случаи собраны у Унтера II § 123 прим. 22—25 и стр. 468—471 § 129 прим. 28—33а и стр. 572—577, затѣмъ у Максена стр. 109 и сл.

⁹⁾ Сверхъ того можно ссылаться или на то, что самимъ лицомъ усмотрѣно или на имовѣрныя показанія другихъ лицъ (личный осмотръ, свидѣтели, свѣдующіе люди, документы, присяга).

¹⁰⁾ Въ этомъ случаѣ говорятъ о юридическомъ предположеніи (*Rechtsvermuthung*), о т. н. *praesumptio iuris* въ отличіе отъ *praesumptio facti* S. hominis. Ср. о юридическихъ презумціяхъ: Унтера § 130 и сочиненіе (нѣсколько растянутое, но довольно дѣльное) Бурггарда *die civilistischen Präsumtionen* (1866).—При юридическихъ презумціяхъ встрѣчается еще слѣдующее различіе: положительное право либо допускаетъ опроверженіе, что законная презумція не примѣнима въ данномъ случаѣ, либо его не допускаетъ. Въ послѣднемъ случаѣ говорятъ о *praesumptio iuris et de iure* (sc. *contrarii probationem non admittens*). Ср. с. 30 X. de spons. 4. 1, впрочемъ тоже Бурггарда стр. 369 и сл.

¹¹⁾ Примѣры (опровержимыхъ) юридическихъ презумцій въ: l. 12 D. de statu hom. 1. 5 въ связи съ l. 6 D. de his qui sui l. 6 (§ 56 б. прим. 1. 2), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de aroch. publ. 10. 22 (II § 344 № 3).—Впрочемъ, о юридическихъ презумціяхъ говорится и тогда, когда правоположеніе, не уполномочивая на извѣстное заключеніе, предписываетъ признавать извѣстный фактъ несомнѣннымъ и безъ доказательства. Примѣры въ l. 9 § 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4 (§ 53 прим. 5), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (II § 509 прим. 36).

сіе на то, чтобъ этой присягѣ дана была вѣра ¹²⁾, или когда судья дозволяетъ ему дополнить присягою недостаточное доказательство. ¹³⁾ Но въ видѣ исключенія утверждающій имѣетъ право подтверждать свои слова присягою и независимо отъ этихъ требованій ¹⁴⁾, и условія этого права также носятъ гражданскоправный характеръ. Оно примѣняется въ извѣстныхъ притязаніяхъ на наказаніе обязаннаго лица, когда притязаніе остается безъ удовлетворенія ¹⁵⁾ чрезъ его злой умыселъ; въ этомъ случаѣ управомоченный можетъ опредѣлить присягою свой ущербъ, при чемъ однако за судьей остается право руководствоваться собственнымъ усмотрѣніемъ, такъ что по уважительнымъ основаніямъ онъ въ правѣ и вовсе отвергнуть присягу ¹⁶⁾. Притязанія, при коихъ это умѣстно, суть слѣдующія: притязаніе на возстановленіе прежняго состоянія, притязаніе на возстановленіе состоянія, соотвѣтствующаго какому нибудь вещному праву, и притязаніе на предъявленіе себѣ какой нибудь вещи ¹⁷⁾. Но въ крайнемъ случаѣ, когда невозможно при-

¹²⁾ Т. н. *iusiurandum voluntarium*, главная или добровольная присяга. Ср. Савиньи VII § 309—314.

¹³⁾ Т. н. *iusiurandum suppletorium*, дополнительная присяга. Если перевѣсь доказательствъ находится не на сторонѣ утверждающаго, то судья подобнымъ же образомъ постановляетъ свое рѣшеніе на основаніи присяги отрицающаго объ устраненіи начатаго доказательства, т. н. *iusiurandum purgatorium*, очистительная присяга. Для обоихъ видовъ присяги употребляется нѣтъ выраженіе *iusiurandum necessarium*.

¹⁴⁾ *Iusiurandum in litem*, оцѣночная присяга (*Schätzungs-oder Würderungseid*). Dig. 12. 3, Cod. 5. 53 de in litem iurando. Шпетеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 11. VIII стр. 159. 160, Момзенъ Beiträge zum Obligationenrecht III стр. 259—265. Глюкъ XII стр. 398—482, Вангеровъ I § 171, Сентенисъ II стр. 80—90, Ветцель Civilproc. § 28 № 1.

¹⁵⁾ Или потому, что онъ не желаетъ удовлетворить, или потому, что онъ не можетъ удовлетворить. Первый случай примѣненія оцѣночной присяги имѣлъ несравненно большую важность въ классическомъ римскомъ правѣ чѣмъ у насъ, такъ какъ отвѣтчикъ, недобровольно удовлетворившій притязаніе истца, могъ быть присужденъ лишь къ денежному взысканію. Отказъ отвѣтника удовлетворить притязаніе технически называется *contumacia*. L. 1 l. 2 § 1 l. 4 § 4 l. 5 § 3 D. h. t., l. 18 pr. § 1 D. de dolo 4. 3, l. 68 D. de R. V. 6. 1, l. 25 § 1 D. sel. matr. 24. 3. Злой умыселъ и здѣсь ставится наравнѣ съ грубою небрежностью, l. 2 C. h. t.

¹⁶⁾ L. 3 l. 4 § 1—3 l. 5 § 1. 2 D. h. t., l. 18 pr. D. de dolo 4. 3. Зейф. Arch. X 311, XIV. 181. 182.

¹⁷⁾ Римляне говорятъ, что *iusiurandum in litem* имѣетъ мѣсто при *actiones*

вести другого доказательства, такая присяга допускается и при других притязаніях и при всякой винѣ обязаннаго лица ¹⁹⁾).

Средства обезпеченія.

§ 134.

Вромѣ изложенныхъ въ предыдущихъ §§ средствъ судебной защиты существуютъ еще другія средства, имѣющія также цѣлью обезпечить осуществленіе соотвѣтствующаго данному праву состоянія. Всѣ они и носятъ общее названіе *cautiones*. Въ отдѣльности каждое изъ нихъ имѣетъ особое направленіе.

1) Есть средства, коими устраняется возможность сомнѣнія о дѣйствительномъ существованіи права ¹⁾). Этой цѣли служатъ прежде всего доказательства ²⁾); но сюда же относится установле-

o restituere et exhibere (l. 2 § 1 l. 5 pr. D. h. t. l. 65 D. de R. V. 6. 1). Exhibere гетъ значить предъявить вещь (l. 2 l. 9 § 5 D. ad exh. 10. 4, l. ult. pr. D. de V. S. 50. 16). Въ restituere входятъ оба означенныя въ текстѣ вида возстановленія; restituere требуется, напримѣръ, имѣтѣ съ притязаніемъ о собственности, хотя собственникъ, быть можетъ, доселѣ вовсе не владѣлъ, и точно также, напримѣръ, съ притязаніемъ, возникающимъ изъ принужденія или насильственнаго лишенія (l. 17 § 1 l. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 7 D. quod met. causa 4. 2, l. 5 D. de interd. 43. 1, l. 1 § 31. 41. 42 D. de vi 43. 16, l. 22 § 2 D. quod vi 43. 24, l. 81 D. de V. S. 50. 16; l. 7 D. si serv. 8. 5, l. 16 § 3 D. de pign. 20. 1). Зейф. Arch. I. 144. 378, IV. 266, IX. 349.—По римскому праву присяга эта имѣла мѣсто не при всѣхъ actiones o restituere et exhibere, но лишь при bonae fidei и arbitrarіae actiones такого содержанія (l. 5 pr. l. 6 D. h. t., l. 3 § 2 D. comm. 13. 6). Это ограниченіе, имѣвшее свое основаніе въ самой концепціи формулы, нынѣ уже не имѣетъ силы. Зейф. Arch. XI. 152, XV. 170

¹⁹⁾ L. 5 § 4 D. h. t. Зейф. Arch. IX. 349.

^{*)} Снѣтенись I § 35.

¹⁾ Ср. Бера Anerkennung § 1. 2.

²⁾ О словоупотребленіи въ источникахъ: l. 2 § 1 D. de pactis 2. 14: „si § 134 debitori meo reddiderim cautionem“—; l. 47 § 1 eod.: „instrumentum... cuiuscunque summae... cautiones ex quocunque contractu“—; l. 15 D. de prob. 22. 3: „cautione exsoluti fideicommissi“. Другія мѣста см. у Гнејста formelle Verträge стр. 233 и сл.

ніе наличнаго правоотношенія въ новомъ договорѣ, опредѣляющемъ его содержаніе и предѣлы ³⁾ (т. н. *Verbalcaution*).

2) Другія средства служатъ для обезпеченія доброй воли лица обязаннаго. Для этой цѣли служатъ обязательства неустойки за и присяга ⁴⁾.

3) Наконецъ есть средства, коими обезпечивается осуществленіе права противъ фактическихъ препятствій, въ ряду которыхъ особую важность представляетъ недостаточность имущественныхъ средствъ отвѣтчика (т. н. *Realcaution*). Для этой цѣли и служатъ: поручительство ⁵⁾, залогъ ⁶⁾, отдача предмета на сохраненіе не

³⁾ Въ римскомъ правѣ этой цѣли служилъ стипуляціонный договоръ. А потому и стипуляція называлась *cautio* и притомъ даже тогда, когда ею впервые порождалось правоотношеніе (напримѣръ, *cautio damni infecti*). О стипуляціи обыкновенно составлялся письменный документъ; отсюда возникло значеніе *cautio* — документу стипуляціи. Ср. напр. l. 31 D. de cond. ind. 12. 6, l. 122 § 5 D. de V. O. 45. 1; l. 6 pr. D. de serv. exp. 18. 7; l. 1 § 4 D. de stip. praet. 46. 5; l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 25 § 4 D. de prob. 22. 3, l. 11 § 2 D. de duob. reis 45. 2.—По одному изъ предписаній Юстиніана, когда послѣдней волею возложена на кого-либо *cautio*, то подъ нею слѣдуетъ разумѣть лишь стипуляцію, l. 3 C. de verb. et rer. sign. 6. 38. Не подлежитъ сомнѣнію, что нынѣ при возложенномъ на кого-нибудь „обезпеченіи“ это истолковательное предписаніе не обязательно (хотя Юстиніанъ рядомъ съ выраженіемъ *cautio* ставилъ выраженіи *securitas*, ἀσφάλεια).

^{3a)} Подробности объ этомъ во II § 285—286.

⁴⁾ *Cautio iuratoria*, § 2 I. de satisd. 4. 11. Здѣсь разумѣется присяга обязательная, а не утвердительная. Ср. выше § 83а и II § 283. 324.

⁵⁾ *Satisfatio*, т. н. *cautio fideiussoria*. L. 1 D. qui satisd. 2. 8, l. 188 § 1 D. de V. S. 50. 16. Ср. l. 1 § 5—8 D. de stip. praet. 46. 5. Въ тѣхъ случаяхъ, когда поручительство возлагается согласно предписанію закона (возлагаемое предписаніемъ закона поручительство нынѣ носить названіе *cautio necessaria*), казна (*fiscus*) освобождается отъ него, а для городскихъ обществъ мѣсто поручительства замѣняетъ клятвенное обезпеченіе, l. 1 § 18 l. 6 § 1 D. ut leg. 36. 3, l. 3 § 1. 5 D. si cui plus 35. 3, ср. l. 2 § 1 D. de fundo dot. 23. 5. При процессуальномъ обезпеченіи поручительство замѣняется клятвеннымъ обѣщаніемъ для лицъ, имѣющихъ недвижимую собственность или эфитевзисъ (l. 15 D. qui satisd. 2. 8, l. 26 § 6 C. de episc. aud. 1. 4, l. 4 § 1 C. de sport. 3. 2, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrip. 12. 19) или не могущихъ отыскать поручителя (Nov. 112 c. 2 pr., ср. однако l. 7 § 2 D. qui satisd. 2. 8). Кромѣ того по римскому праву нѣкоторые чиновники были привилегированы; l. 17 pr. C. de dign. 12. 1, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrip. 12. 19, l. 3 § 3 D. de privil. schol. 12. 30.

заинтересованному третьему лицу ⁷⁾. судебный вводъ во владѣніе вещью или имуществомъ ⁸⁾ и наложеніе судебного ареста ⁹⁾. ●

Прибавленіе къ I и II книгѣ.

О привилегіяхъ *).

§. 135.

Нормальный, доселѣ разсмотрѣнный порядокъ въ области права состоитъ въ томъ, что устанавливаются правила, кои связываютъ съ извѣстными предположеніями извѣстныя юридическія послѣдствія и въ силу коихъ эти послѣдствія дѣйствительно наступаютъ, лишь только въ данномъ случаѣ осуществляются указанныя предположенія. Но бываетъ и такъ, что въ видѣ исключенія въ томъ же юридическомъ порядкѣ допускается немедленное и непосредственное наступленіе опредѣленныхъ юридическихъ послѣдствій на основаніи какого-либо наличнаго конкретнаго событія. Въ этомъ случаѣ говорятъ о привилегіи, привилегіи въ собствен-

⁷⁾ Т. н. cautio pignoratitia. L. 1 § 9 D. de coll. 37. 6, l. 4 § 8 D. de fideic. lib. 40. 5.

⁸⁾ Sequestratio. Она можетъ быть произведена какъ сторонами, такъ и судьей. L. 17 D. dep. 16. 3, l. 110 D. de V. S. 50. 16; l. 22 § 8 D. sol. matr. 24. 3, l. 3 § 6 D. de lib. exh. 43. 30. Ср. II § 380.

⁹⁾ Missio in possessionem. Fig. 42. 4 quibus ex causis in possessionem eatur. Изъ недопущенія или вытѣсненія вводимого во владѣніе возникаетъ для него притязаніе на возмѣщеніе ущерба, l. 1 pr. — § 5 D. de vis fiat ei 43. 4. См. II § 469 № 1.

^{*)} Личный или вещный арестъ. У даннаго лица отнимается распоряженіе или собственною личностью или состоящею въ его владѣніи вещью (сюда же относятся и судебный сеquestръ).

^{*)} Глюкъ I § 98—100. II. 101—110 (1790. 1791). Гюфеландъ Geist des röm. R. I стр. 211—295 (1814). Шлайеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 2 (1855). Киркуль стр. 53 и сл., Вехтеръ II § 2. 3. 22. 122, Унгеръ I стр. 587 и сл. II стр. 312 и сл., Гольцшугеръ I § 13.

номъ или тѣсномъ смыслѣ ¹⁾, хотя слово привилегіи всего умѣстнѣе тамъ, гдѣ юридическое послѣдствіе, порожденное известнымъ правоположеніемъ, состоитъ въ какомъ-либо благопріятномъ изъятіи ²⁾.

Привилегіи могутъ имѣть самое разнообразное содержаніе. Есть не только привилегіи частнаго права, но и такія, которыя принадлежатъ къ публичному праву. Они могутъ предоставлять (или отнимать) право какой либо дѣятельности, или право запрещать что либо другимъ ³⁾, или право не совершать какихъ-либо дѣйствій ⁴⁾. Они могутъ или устанавливать право и обязанности или доставлять лишь возможность къ приобрѣтенію правъ или къ совершенію какихъ-либо юридическихъ дѣйствій ⁵⁾.

Юридическое послѣдствіе, устанавливаемое привилегіею, можетъ относиться либо къ опредѣленному лицу, либо къ каждому изъ лицъ, вступающихъ въ данное конкретное отношеніе ⁶⁾. Если оно

§ 135 ¹⁾ О привилегіи въ обширномъ смыслѣ говорятъ и въ томъ случаѣ, когда какимъ-нибудь юридическимъ правиломъ какой-нибудь классъ лицъ или отношеній ставится въ (благопріятное) исключительное положеніе (§ 29).—И здѣсь слово привилегіи означаетъ какъ само правоположеніе, такъ и дѣйствіе его.

²⁾ Въ своемъ мѣстѣ (§ 29) уже было замѣчено, что для обозначенія неблагопріятнаго исключительнаго положенія не только въ источникахъ не употребляется выраженіе *privilegium* (въ l. 1 § 2 D. de const. pr. 1. 4 встрѣчается выраженіе *constitutio personalis*), но и что наше выраженіе привилегіи не можетъ быть въ томъ смыслѣ принимаемо и по обыкновенному словоупотребленію. Это, впрочемъ, не важно, ибо все рѣже и рѣже появляются правоположенія устанавливающія конкретно неблагопріятное положеніе лица.

³⁾ Подобное право запрещенія часто встрѣчается въ промысловыхъ привилегіяхъ; обладатель промысловой привилегіи можетъ воспретить всѣмъ стороннимъ лицамъ занятіе даннымъ промысломъ. О привилегированныхъ промысловыхъ правахъ вообще ср. Шмидта *Arch. f. civ. Pr.* XXXIV. 1. 8 (1861).

⁴⁾ Примѣръ, привилегія на свободу отъ податей.

⁵⁾ Примѣры: предоставленіе отсрочки, узаконеніе рожденнаго вне брака дитяти; разрѣшеніе отъ препятствій къ браку, предоставленіе *venia aetatis*.

⁶⁾ На этомъ основывается дѣленіе привилегій на *privilegia personae, rei, causae*. Примѣры: 1) А дана концессія на фабрику; 2) имѣнію А (каждому собственнику имѣнія А) предоставлено право на пользованіе водою изъ общественнаго бассейна или свобода отъ податей (l. 1 § 43 D. de aqua quot. 43. 20, l. 3 § 1 D. de cens. 50. 15); 3) государство выпускаетъ бумаги на предъявителя, по коимъ разрѣшенъ размѣръ процентовъ выше узаконенныхъ. Всѣ эти выраженія принимаются здѣсь въ нѣсколько другомъ смыслѣ чѣмъ при привилегіяхъ въ обширномъ смыслѣ (§ 29 прим. 5).

относится къ опредѣленному лицу, то оно сверхъ того либо можетъ переходить къ его юридическому преемнику, либо не можетъ ¹⁾.

§. 136.

Возникновеніе привилегіи предполагаетъ извѣстное правоположеніе. Обыкновенный источникъ ея есть законъ. Законъ, устанавлиющій извѣстную привилегію, долженъ удовлетворять тѣмъ же требованіямъ, какъ и всякій другой законъ; но нерѣдко случается, что дѣйствующее право даетъ извѣстному органу, который самъ по себѣ не уполномоченъ къ законодательству, право на предоставленіе привилегій ¹⁾. Обычное право въ принципѣ не исключается; но весьма трудно предположить, чтобы для какого либо индивидуальнаго правоотношенія могло образоваться обычное право ²⁾. Если существованіе обычнаго права не можетъ быть доказано, то вопросъ о юридическомъ дѣйствіи продолжительнаго соблюденія разрѣшается единственно на основаніи правилъ о давности ³⁾, при чемъ принимается въ соображеніе особое содержа-

¹⁾ О томъ, имѣетъ ли мѣсто то или другое и когда и въ какомъ объемѣ имѣетъ мѣсто переносимость привилегіи, нельзя установить общаго правила. Ср. I. 1 § 43 cit.

²⁾ Если привилегія дана подъ условіемъ какого-либо положенія дѣлъ, то при § 136 веденію въ дѣйствіе этой привилегіи можетъ быть противопоставлена неистинность такого положенія дѣлъ (что предположенные факты неистинны или что кромѣ предположенныхъ фактовъ истинны еще и другіе факты, т. н. *exsertit sub—et obreptionis*). Въ этомъ отношеніи находятъ себѣ аналогическое примѣненіе правила источниковъ о рескриптахъ, I. 2—5 C. *si contra ius* 1. 22, C. de dil. 3. 11, c. 2. 3. 20 X. de resc. 1. 3, c. 7 X. de fide instr. 2. 22 Зейф. Arch. VIII. 108, IX. 245, XIII. 4. Пухта Pand. § 14

³⁾ Вопросъ, можетъ ли установиться привилегія путемъ юридическаго обычая, весьма споренъ. За отрицательный отвѣтъ рѣшенія у Зейф. Arch. I. 3 II. 122, IX. 116, X. 190, XI. 2, XIII. 1, XIX. 1. 104 № I; затѣмъ статья Ваксмута (Wachsmuth) въ *Magaz für Hannover'sches Recht* VII стр. 325, а также Пфейферъ *prakt. Ausführungen* II стр. 9—10. VII стр. 180 (этотъ однако съ однимъ ограниченіемъ). За утвердительный отвѣтъ Зейф. Arch. II. 251, III. 1. 286, IV. 94, X. 4, XIV. 193, XVIII. 105, XIX. 104 № II Кирульфъ *Entscheidungen des OAG. zu Lübeck* 1863 № 51, и другая, статья въ *Magaz. für Hannover'sches Rect lla ne (Pape)* VIII. стр. 163 и сл. Зейф. Arch. XXI. 10.

⁴⁾ Правила о приобрѣтеніи правъ въ субъективномъ смыслѣ посредствомъ давности

а) Въ вопросѣ, какъ его обыкновенно ставятъ: можетъ ли привилегія быть установлена обыкновеніемъ (*Observanz*)? заключается два, не

ніе привилегіи; наконецъ къ разрѣшенію означеннаго вопроса можетъ служить и незапамятная давность (§ 113) ^{2а}).

Привилегія прекращается чрезъ отпаденіе ея предположеній ⁴), чрезъ отреченіе управомоченнаго и чрезъ отмѣну ея новымъ правоположеніемъ. Свобода въ постановленіи такихъ отмѣнительныхъ правилъ столь же мало стѣснена, какъ и въ постановленіи другихъ правилъ, а потому она не связана также согласіемъ управомоченнаго. Нужно однако обращать вниманіе на то, имѣли ли въ виду предоставить право отмѣны привилегій тому же не управомоченному къ законодательству органу, которому были предоставлены выдачи привилегій. Вопросъ, о томъ въ правѣ ли тотъ, чья привилегія отмѣняется новымъ правоположеніемъ, требовать вознагражденія, разрѣшается не гражданскимъ правомъ ⁵). — Непользованіе привилегіею не относится къ разряду общихъ основаній прекращенія привилегій; оно можетъ служить только основаніемъ прекращенія предоставляемыхъ привилегіею правъ, при чемъ, независимо отъ особыхъ законодательныхъ предписаній получаютъ свое примѣненіе общія начала ⁶).

всегда надлежащимъ образомъ различаемые вопроса: 1) можетъ ли установиться привилегія чрезъ обычное право? 2) можетъ ли она установиться чрезъ незапамятную) давность? Существуетъ впрочемъ и возрѣніе, что въ обыкновении, продолжительномъ соблюденіи содержится молчаливое согласіе или признаніе. Зейф. Arch. II. 122, III. 256, IV. 94, IX. 243, XIX. 1.

⁴) Напримѣръ, смерть управомоченнаго при привилегіяхъ, связанныхъ съ даннымъ лицомъ; истеченіе времени, на которое дана привилегія.

⁵) Зейф. Arch. XIX. 213.

⁶) Ср. 1. 1 D. de nund. 50. 11 и с. 6. 15. X. de privil. 5. 33. Фрицъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 6 (1831). Штенессъ (Steppes) тамъ же XIV. 5 (1840) Вангеровъ I § 116 прим. Киркульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 стр. 970. 911.