

801-11
109

Проф. І. А. Покровскій.

1106
387

ИСТОРИЯ РИМСКАГО ПРАВА.

Издание 3-ье,
исправленное и дополненное.



Издание Юридического книжного склада „ПРАВО“.

Петроградъ, Литейный просп., 28.

1917.

ЮРИДИЧЕСКІЙ КНИЖНЫЙ СКЛАДЪ „ПРАВЪ“.

Петроградъ, Литейный просп., 28. Телеф. 41—61.

Коммисіонеръ Государственной Типографіи.

Новыя изданія, собственныя и помѣщенные на складѣ:

- Абрамовичъ, А.** Образцовый уставъ общества взаимн. кредита съ разъясн. 1914 г. Ц. 1 р. 50 к.
- Абрамовичъ, К.** Крестьянское право по рѣшеніямъ Пр. Сената. Изд. 2-ое, 1912 г. Ц. съ дополненіемъ 1914 г. 2 р. 50 к. Цѣна „Дополненія“ въ отдѣльной прод. 50 к.
- Бардзскій, А. Э.** Законы о несостоятельности торговой и не торговой и о личномъ задержаніи неисправныхъ должниковъ. Изд. 2-ое, 1914 г. Ц. 3 р. 50 к.
- Бѣляцкинъ, С. А.** Война и государственное вознагражденіе. 1915 г. Ц. 75 к.
- Война и гражданскій оборотъ. 1915 г. Ц. 75 к.
- Важнѣйшіе законодательные акты (1908—1912),** съ алф. предм. указателемъ. Подъ ред. и съ предисл. проф. В. М. Гессена. 1913 г. Ц. 3 р. 50 к. (въ перепл.).
- Винаверъ, М. М.** Изъ области ювилитики. 1908 г. Ц. 2 р.
- Вольскій, А. Н.** Наслѣдствен. пошлина. Изд. 2-ое, 1913 г. Ц. 80 к. (въ перепл.).
- Крѣпостная пошлина 1912 г., съ дополн. 1914 г. Ц. 1 р. (въ перепл.).
- Вольтке, Г. С.** Новый мѣстный судъ. I. Сборн. законовъ о волостномъ и мировомъ судѣ. Изд. 2-ое. 1915 г. Ц. 1 р. 50 к. (въ перепл.). II. Сборникъ уголовныхъ законовъ и уставовъ, принимаемыхъ въ мѣстномъ судѣ. 1915 г. Ц. 2 р. (въ перепл.).
- Гессенъ, В. М.** Основы конституціоннаго права 1917 г. Ц. 4 р.
- Исключительное положеніе 1908 г. Ц. 2 р.
- Гессенъ, I. В.** Узаконеніе, усвоеніе и избранныя дѣти. съ разъяснен. по рѣш. Пр. Сен. Изд. 3-ье, 1916 г. Ц. 1 р. 50 к., въ перепл. 2 р.
- Раздѣльное жителство супруговъ. Законъ 12 марта 1914 г. съ разъясненіями и законодат. мотивами. 1914 г. Ц. въ перепл. 1 р. 25 к.
- Гессенъ, Я. М.** Уставъ торговый, съ разъясненіями, приложеніями и алф. предм. указат. Изд. 2-ое, дополн. 1914 г. Ц. 3 р. 50 к. (въ перепл.).
- Уставъ уголовного судопроизводства, для всѣхъ мѣстн. Имперіи, съ алф. предм. указателемъ. 1914 г. Ц. 1 р. (въ перепл.).
- Гойхбаргъ, А. Г.** Законъ о правѣ застройки. Практическій комментарий. Изд. 2-ое, дополн. 1913 г. Ц. 1 р., въ перепл. 1 р. 25 к.
- Законъ о расширеніи правъ наслѣдованія по закону лицъ женскаго пола и права завѣщанія родовыхъ имуществъ. Изд. 3-е, 1914 г. Ц. 75 к., въ перепл. 1 р.
- Торговая комиссія. Практич. комментарий 1913 г. Ц. 1 р. 50 к. въ пер. 1 р. 75 к.
- Землевладѣніе и землепользованіе подданныхъ враждебныхъ державъ и нѣмецкихъ выходцевъ съ вступ. очеркомъ и разъясн. 1915 г. Вып. I. Ц. 50 к. Вып. II 1916 г. Ц. 50 к.
- Грейденбергъ, Б. С.** Судебно-психіатрич. экспертиза въ уголовн. процессѣ. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Громанъ, В. В.** Уставъ о промышленномъ трудѣ, съ разъясн., приложен. и указателями. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к., въ перепл.—3 р.
- Дернбургъ, Г.** Пандекты. Т. III (кн. IV и V). Семейное и наслѣдственное право. 1911 г. Ц. 2 р. 75 к. (въ перепл.). Т. II (вып. III). Обязательственное право. 1911 г. Ц. 2 р.
- Духанъ, М. Я.** Борьба съ неплатежами. Новый законъ о переходѣ по договорамъ торг. и промысл. предпріятій. 1917 г. Ц. 1 р.
- Дьяконовъ, М. А.** Очерки обществ. и госуд. строя древней Руси. Изд. 4-е. 1913 г. Ц. 2 р. 75 к. (въ перепл.).
- Змировъ, К. П.** Учрежденіе судебныхъ установленій. съ законод. мотивами, разъясн. Сената и предм. указат. 1913 г. Ц. 3 р. 50 к. (въ перепл.).
- Уставъ гражд. судопроизводства, съ законод. мотивами, разъясн. Сената и алфав. предм. указ. Изд. 2-ое, испр. и доп. 1914 г. Ц. 5 р., въ перепл. 5 р. 50 к.
- Уставъ гражд. судопроизв. (карманный) для мѣстностей, въ котор. зак. о мѣстн. судѣ введенъ въ неполн. объемъ. Изд. 2-ое. 1914 г. Ц. 1 р. 25 к.
- Врем. правила о волостномъ судѣ. 1913 г. Ц. 60 к. въ перепл. 75 к.
- Общій уставъ Рос. жел. дор. Изд. 3-ье, дополн. 1911 г. Ц. 6 р. 50 к. (въ пер.).
- Исаенко, В. Л.** Мировой судъ. Практич. комментарий на I кн. Уст. Гр. Суд. 1913 г. Ц. 6 р.
- Особья производства. Практич. комментарий на III кн. Уст. Гр. Суд. 1913 г. Ц. 5 р.
- Обязательства по договорамъ. Практич. коммент. на кн. IV, т. X ч. I. Т. I. Часть общая. 1914 г. Ц. 4 р. 50 к. Т. II. Часть особенная. Вып. I. 1914 г. Ц. 5 р.
- Сводъ кассац. положеній по русск. граждан. процессуальн. праву (1868—1913 гг.) Изд. 2-ое. 1914 г. Ц. 6 р. 50 к.

1106
384

Проф. И. А. ПОКРОВСКИЙ.

ИСТОРИЯ РИМСКАГО ПРАВА.

Издание 3-ье,
исправленное и дополненное.

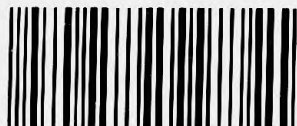


Ф. 30-3672

5013

Издание Юридического книжного склада „ПРАВО“.
Петроградъ, Литейный просп., 28.
1917.

Дозволено воешной цензурой. Петроградъ, 4 Января 1917 г.



2007085771

Типографія „ПРАВДА“, Петроградъ, Разъѣзжая 16-18.

ПРЕДИСЛОВІЕ

къ 1 изданію.

Предлагаемая книга имѣеть скромное назначеніе—быть элементарнымъ руководствомъ для лицъ, желающихъ познакомиться съ основными процессами въ исторіи римскаго права. Дать сжатый, но возможно ясный, очеркъ этихъ процессовъ, ввести читателя въ важнѣйшія проблемы нашей науки—такова ея общая цѣль. Ввиду этого детали оставляются въ сторонѣ; равнымъ образомъ и литературныя указанія даются лишь въ очень ограниченномъ размѣрѣ. Лица, заинтересовавшіяся ближе тѣмъ или другимъ вопросомъ, легко могутъ найти для себя дальнѣйшую литературу въ тѣхъ основныхъ произведеніяхъ, которыя указаны во введеніи.

Для облегченія пользованія книгой, помимо довольно подробнаго оглавленія, къ ней присоединенъ алфавитный указатель, причемъ главное вниманіе при его составленіи было обращено на техническія латинскія выраженія, представляющія для начинающихъ наибольше трудности. Ввиду этого и самый указатель расположенъ въ порядкѣ латинскаго алфавита.

Выпускаемая нынѣ „Исторія Римскаго права“ отнюдь не должна быть смѣшиваема со студенческимъ изданіемъ моихъ „Лекцій по исторіи Римскаго права“ (4-е изд. 1911 г.), изданіемъ по содержанию устарѣвшимъ и полнымъ разнообразныхъ погрѣшностей.

С.-Петербургъ.
25 Апрелья 1913 г.

ПРЕДИСЛОВІЕ

къ 3 изданію.

Какъ второе, такъ и выпускаемое въ настоящій моментъ третье изданіе совпали съ великой Европейской войной, которая до крайности затруднила научныя сношенія съ Западной Европой и вызвала вездѣ ослабленіе научныхъ занятій. Вслѣдствіе этого уже второе изданіе (1915 г.) содержало въ себѣ, по сравненію съ первымъ, лишь незначительныя исправленія и дополненія; нынѣшнее же третье изданіе содержитъ ихъ, по сравненію со вторымъ, еще меньше.

Та же война чрезвычайно ухудшила условія печатанія и удорожила его. Вслѣдствіе этого, къ крайнему сожалѣнію автора, нынѣшнее изданіе оказывается и болѣе дорогимъ и худшимъ по внѣшности.

Москва.

1 Января 1917 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

	СТР.
I. Римское право, его значеніе въ исторіи правового развитія чело- вѣчества и въ современной юриспруденціи	1 — 4
II. Исторія римскаго права, ея источники и литература	5 — 8

ЧАСТЬ I.

Исторія институтовъ публичнаго права.

ГЛАВА I.

Періодъ царей.

§ 1. <i>Италики, латины и зарожденіе Рима.</i> Италики, латинскій союзъ и зарожденіе Рима. <i>Rampes, Tities</i> и <i>Luceres</i> . Положеніе Рима въ латинскомъ союзѣ	11—15
§ 2. <i>Древнѣйшій общественный строй. Gentes, curiae.—Патрици, кlientь, плебеи.</i> Полноправные граждане, патрици, и ихъ организація: <i>gentes</i> , <i>familiae, curiae</i> . Неполноправные граждане—кlientь и плебеи: ихъ юридическое положеніе и вопросъ объ ихъ происхожденіи	15—21
§ 3. <i>Древнѣйшій государственный строй. Царь, сенатъ, народное собраніе.</i> Царь, его власть и вопросъ о преемствѣ. Роль сената. Народ- ное собраніе (<i>comitia curiata</i>). Вопросъ объ общемъ характерѣ го- сударственнаго устройства этого періода	21—24
§ 4. <i>Сакральныи строй.</i> <i>Jus divinum</i> и его вліяніе. Значеніе коллегій понтификовъ, авгу- ровъ и феціаловъ	24—27
§ 5. <i>Экономическія отношенія.</i> Земледѣліе и землевладѣніе. Развитіе частной собственности на землю (преданіе о <i>hereditium</i>). Общій характеръ земледѣльческаго хозяйства. Скотоводство и ремесла; торговля и древнѣйшая монета	27—33

- § 6. *Источники права.*
Mores majorum и leges regiae. Свидѣтельства о существованіи послѣднихъ и ихъ недостоверность 33—35
- § 7. *Уголовное право и уголовный судъ.*
Зарождение уголовного права и уголовного суда. Delicta publica и delicta privata 35—38
- § 8. *Гражданскій процессъ.*
Legis actio; общая характеристика. Начало производства (in jus vocatio). Отдѣльные виды: legis actio sacramento (in rem и in personam), per manus injectionem, per pignoris capionem, per iudicis postulationem и per conductionem. Историческій анализъ этихъ формъ 38—48
- § 9. *Т. наз. реформа Сервія Туллія и паденіе царской власти.*
Возрастаніе плебейскаго элемента и необходимость реформъ. Преданіе о реформѣ Тарквинія Приска. Т. наз. реформа Сервія Туллія; ея исходная цѣль и сущность (трибы, классы, центурии; цензъ). Comitia centuriata и ихъ значеніе. Переходъ къ республикѣ. 48—53

ГЛАВА II.

Періодъ республики.

А. Государственное устройство.

- § 10. *Территорія.*
Разрушеніе Латинскаго союза (foedus Cassianum 493 г. и неудавшееся возстаніе латинянъ 340—338 г.). Coloniae. Формы римскаго господства въ Италіи: инкорпорация съ правомъ гражданства, инкорпорация безъ права гражданства (municipia), civitates foederatas, peregrini dediticii. Объединеніе Италіи въ началѣ 1 в. до Р. X.—Господство римлянъ въ Италіи; юридическое положеніе провинцій 54—59
- § 11. *Населеніе.*
Юридическій составъ населенія. Патриціи и плебеи; борьба за равноправность. Главнѣйшія стадіи этой борьбы (тенденція конституціонная—законы о provocatio и lex Aternia Tarpeja; возникновеніе плебейской организаціи; lex Canuleja; приобрѣтеніе доступа къ магистратурамъ). Новыя классовыя образованія: nobiles и ordo equester. 59—64

Элементы государственной власти.

- § 12. I. *Народное собраніе.*
Comitia и contiones. Виды комицій: а) comitia curiata; паденіе ихъ значенія и вопросъ объ участіи плебеевъ. б) comitia centuriata; включеніе въ ихъ составъ агаріи и измѣненіе въ распредѣленіи центурій. в) comitia tributa и concilia plebis tributa (вопросъ о взаимномъ соотношеніи leges Valeria et Horatia, Publilia Philonis и Hortensia). Компетенція народныхъ собраній и общій ходъ дѣлопроизводства 65—6

- § 13. II. *Сенатъ.*
Составъ сената; допущеніе плебеевъ и lex Ovinia. Права сенаторовъ (jus sententiae dicendae и jus sententiae ferendae; вопросъ о senatores pedarii). Компетенція сената 69—72

III. Магистратура.

- § 14. *Общая система магистратуръ.*
Общая характеристика римскихъ магистратуръ. Фактическія ограниченія принципиальной полноты власти (кратковременность службы, коллегіальность и intercessio, отвѣтственность передъ народомъ). Общія права магистратовъ; imperium и potestas; imperium domi и militiae. Виды магистратуръ. Выборы магистратовъ: условія для избранія (lex Villia и lex Cornelia) и порядокъ выборовъ 72—77
- § 15. *Отдѣльные магистраты и отдѣльныя вѣтви государственнаго управленія.*
Консулатъ и военное устройство. Диктатура. Претура (custodia urbis и юрисдикція). Цензура (производство ценза, regimen morum и финансовое управленіе). Эдилы и полиція. Квесторы; народные трибуны, vigintisex viri 77—84
- § 16. *Управленіе мѣстное и провинціальное.*
Управленіе Италіи: общія основы организаціи муниципальнаго самоуправленія. Управленіе провинцій 84—85

В. Источники права.

- § 17. *Законы XII таблицъ.*
Исторія ихъ возникновенія (сомнѣніе въ ихъ подлинности). Предполагаемая система ихъ и общее содержаніе. Вопросъ объ источникахъ законовъ XII таблицъ 85—88
- § 18. *Jus civile.*
Понятіе jus civile или jus Quiritium. Развитие его путемъ interpretatio. Понтифики и jus Flavianum. Законодательство: leges и общій порядокъ ихъ изданія. Senatusconsulta и leges datae 88—92
- § 19. *Jus honorarium.*
Возникновеніе jus honorarium. Преторы и ихъ эдикты (edictum perpetuum и edictum tralaticium). Юридическая сила эдиктовъ (lex Cornelia). Юридическая природа jus honorarium и соотношеніе его съ jus civile 92—97
- § 20. *Jus gentium.*
Гражданскій оборотъ между peregrинами и эдиктъ претора peregrиновъ. Jus gentium, какъ положительное право. Jus gentium, какъ абстракція. Jus naturale и aequitas 97—99
- § 21. *Юриспруденція и юристы.*
Развитіе свѣтской юриспруденціи. Дѣятельность юристовъ и юридическое обученіе. Наиболѣе видные изъ veteres jurisconsulti 99—101

C. Гражданский и уголовный процесс.

стр.

- § 22. *Переходъ къ формулярному процессу.*
Попытки усовершенствования системы legis actiones (введение I. a. per conditionem и смягчение manus injectio) и ея восполнения посредством процесса per sponsiones. Переходъ къ процессу формулярному: lex Aebutia и duae leges Juliae. Общая сущность реформы 101—105
- § 23. *Общая основа формулярного процесса.*
Формула, ея существо и составныя части (intentio, demonstratio, condemnatio и adjudicatio); особыя добавки въ формулы (exceptio, praescriptio и arbitratus iudicis). Ошибка въ формулы и ея значение (pluspetitio) 105—109
- § 24. *Преторскія формулы и actiones praetoriae.*
Влияние реформы на процессуальное положение претора. Усиление его контролирующей роли по отношению къ гражданскимъ искамъ (delegatio actionis и exceptio). Появление преторскихъ исковъ. Formulae in jus и in factum conceptae; виды послѣднихъ 109—113
- § 25. *Общій ходъ производства.*
Производство in iure. Вызовъ въ судъ. Процессуальное представительство (cognitores и procuratores). Confessio in iure, interrogatio in iure и iurandum in iure delatum. Litiscontestatio; ея процессуальное и матеріальное значение.—Производство in iudicio. Органы суда in iudicio: постоянныя судебныя коллегии (децемвиры и центумвиры) и отдѣльныя судьи. Общий ходъ производства. Приговоръ и его значение.—Исполнение приговора: экзекуція личная и реальная (универсальная и специальная) 113—120
- § 26. *Особыя формы судебной защиты.*
Интердикты, ихъ происхождение и историческая эволюція (интердиктное производство per sponsiones); виды интердиктовъ; интердикты въ эпоху формулярнаго процесса. Stipulationes praetoriae. Missio in possessionem. Restitutio in integrum 121—124
- § 27. *Уголовное право и уголовный судъ.*
Замѣна суда магистратовъ судомъ народныхъ собраній. Возникновение quaestiones perpetuae. Принципъ частной accusatio. Общая характеристика республиканскаго уголовного права 124—127
- D. Кризисъ и падение республики.
- § 28. *Очеркъ экономическихъ отношеній.*
Постепенное исчезновение мелкаго и средняго землевладѣнія (основныя причины этого явленія) и образование латифундій. Развитие денежнаго капитала. Возникновение социальнаго вопроса. Мѣры правительства: законы противъ ростовщичества, аграрныя законы, заботы о пролетариатѣ (frumentatio). Безуспѣшность этихъ мѣръ и социальный кризисъ 127—133

§ 29. *Падение республики.*

стр.

Недостатки римскаго республиканскаго строя. Критика системы магистратуръ и римскихъ народныхъ собраній. Слабыя стороны въ области гражданскаго и уголовного права. Полное шатаніе государственнаго механизма на почвѣ социальнаго кризиса и переходъ къ имперіи 133—137

ГЛАВА III.

Періодъ принципата.

§ 30. *Государственное устройство и управление.*

Общая характеристика новаго строя (дiархiя). Юридическое положеніе сената. Содержаніе императорской власти. Республиканскіе магистраты и новое чиновничество. Управление мѣстное и провинціальное 138—141

§ 31. *Населеніе.*

Распространеніе права гражданства на всѣхъ подданныхъ имперіи (законъ Каракаллы). Сословныя дѣленія: развитіе ordo senatorius и ordo equester. Экономическія отношенія 142—144

§ 32. *Источники права.*

Заповѣдь (lex и senatusconsultum), преторскій эдиктъ (edictum perpetuum Адриана) и constitutiones (ихъ формы и юридическая сила) 145—147

§ 33. *Юриспруденція.*

Усиленіе влияния юриспруденціи (jus respondendi). Развитие юридическаго преподаванія и юридической литературы (формы ея). Видѣйшіе юристы: Лабейонъ и Капитонъ, прокулянцы и сабиньяны. Цельзъ, Юліанъ и Помпоній. Гай и его Institutiones. Папиньянъ, Павелъ и Ульпіанъ. Общая характеристика классической юриспруденціи 147—155

ГЛАВА IV.

Абсолютная монархія.

§ 34. *Государственное устройство и управление.*

Монархическій характеръ новой императорской власти и раздѣленіе имперіи на Oriens и Occidens. Остатки старыхъ республиканскихъ учреждений. Система императорскаго чиновничества (dignitates palatinae, civiles и militares). Управление провинціальное и мѣстное 156—160

§ 35. *Населеніе.*

Общій экономическій упадокъ и постепенное прикрѣпленіе сословій. Въ особенности исторія развитія крѣпостнаго крестьянства (колонатъ). Зарождающійся феодализмъ 160—165

- § 36. *Гражданский процесс.* СТР.
 Распространение *extraordinaria cognitio* и вытѣснение процесса формулярнаго. Общія черты новаго экстраординарнаго процесса и общій ходъ производства. Либеллярный процессъ эпохи Юстиніана 165—168
- § 37. *Уголовное право и уголовный судъ.*
 Замѣна *quaestiones perpetuae* судомъ императорскихъ чиновниковъ. Важнѣйшія измѣненія въ системѣ преступленій и наказаній 168—170

Источники права.

- § 48. *Jus vetus et leges.*
 Формы законодательства. Памятники юридической литературы этого періода. Законодательныя попытки упорядочить примѣненіе *jus vetus* (въ особ. *lex Allegatoria*). Сборники императорскихъ конституцій (*Codex Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus*). Кодексы варварскихъ государей (*lex romana Wisigothorum, edictum Theodorici* и *lex romana Burgundiorum*) 170—175
- § 39. *Кодификація Юстиніана.*
 Общія причины кодификаціи и общій ходъ работъ. Составныя части Юстиніановскаго Свода и ихъ общая характеристика. Важнѣйшія рукописи и печатныя изданія 175—183

ГЛАВА V.

Римское право въ новомъ мірѣ.

- § 40. *Римское право въ Византіи и на Востокъ.*
 Юридическое обученіе и юридическая литература при Юстиніанѣ. Позднѣйшія законодательныя переработки *Corpus Juris Civilis* (эклога, прохиронъ, базилики). Византійская юридическая литература. Вырожденіе римскаго права 184—187

Римское право въ Западной Европѣ.

- § 41. *Эпоха до глоссаторовъ.*
 Дѣйствіе римскаго права въ государствахъ германскихъ и постепенное усиленіе его практическаго значенія. Изученіе римскаго права. Памятники юридической литературы. Общій характеръ доболонской юриспруденціи 187—192
- § 42. *Болонскій университетъ и глоссаторы.*
 Ирнерій и возникновеніе университета въ Болоньѣ. Внѣшній строй этого университета и внутреннія причины его расцвѣта. Преподавательская и литературная дѣятельность глоссаторовъ. Виднѣйшіе представители глоссаторской школы и ея упадокъ 192—196
- § 43. *Комментаторы.*
 Зарожденіе комментаторской школы и ея общая характеристика. Ея практическое значеніе и виднѣйшіе представители. Ея темныя стороны и упадокъ 196—199

44. *Дальнѣйшее изученіе римскаго права.*
 Гуманизмъ и его вліяніе въ области изученія и преподаванія; его главные представители. Голландская элегантная школа и практическое теченіе въ Германіи. Естественно-правовое направленіе XVII и XVIII вѣковъ. Историческая школа XIX ст. 199—203
- § 45. *Рецепція римскаго права.*
 Общія причины распространенія римскаго права. Вліяніе его въ Италіи, Испаніи, Франціи и Англии. Рецепція римскаго права въ Германіи: особыя причины и особый характеръ этой рецепціи 204—209

ЧАСТЬ II.

Исторія гражданского права.

ГЛАВА VI.

Исторія гражданского общества.

- § 46. *Понятіе гражданского общества и субъекта права.*
 Понятіе гражданского права и гражданского общества. Субъекты правъ—лица физическія и юридическія. Правоспособность и дѣеспособность. *Caput* и *status* 213—215
- I. Лица физическія.
- § 47. *Status libertatis.*
 Свободные и рабы. Общая характеристика юридическаго положенія рабовъ въ римской имперіи. Въ частности: 1. Личное положеніе рабовъ (законы императорскаго времени, охраняющіе рабовъ отъ произвола господъ). 2. Имущественное положеніе ихъ (пріобрѣтенія рабовъ и обязательства ихъ; отвѣтственность господина: *noxae datio* и преторскія *actiones adjecticiae qualitatis*). Установленіе рабства и прекращеніе его (*manumissio*, ея формы и ограниченія). Юридическое положеніе вольноотпущенниковъ 216—226
- § 48. *Status civitatis.*
Cives, latini (prisci, coloniarum et Juniani) и *peregrini*. Законъ Каракаллы и *peregrinitas* позднѣйшаго времени 226—227
- § 49. *Status familiae.*
 Общій характеръ древне-римской *familia*. *Personae sui et alieni juris*. *Agnatio* и *cognatio* 227—230
- § 50. *Capitis deminutio.*
 Общее развитіе понятія *capitis deminutio*. *Capitis deminutio maxima, media* и *minima*. Гражданское безчестье, его историческіе виды 230—234
- § 51. *Status controversia.*
 Споры о *status* и ихъ разрѣшеніе, въ особ. *vindicatio in servitute* и *in libertatem* 235—236

II. Лица юридическія.

СТР.

§ 52. Возникновение и развитие юридических лицъ.

Отсутствие понятія юридического лица въ старомъ правѣ: юрид. положение res publicae, res divini juris и частныхъ корпорацій. Возникновение юрид. правоспособности муниципій и перенесеніе ея на collegia. Вопросъ о свободѣ союзовъ. Юридическое положеніе фиска. Учрежденія (piae causae) 236—243

ГЛАВА VII.

Исторія вещныхъ правъ.

§ 53. Понятіе и виды вещныхъ правъ.

Общее понятіе вещнаго права. Виды вещныхъ правъ: юридическая характеристика права собственности; jura in re aliena—права пользования чужой вещью и права распоряженія ею 244—247

I. Институты гражданского права.

§ 54. Право собственности. Развитие понятія dominium ex jure Quiritium.

Древнѣйшій характеръ принадлежности движимыхъ вещей. Jus Quiritium по отношенію къ недвижимостямъ. Установленіе единого понятія dominium ex jure Quiritium. Familia и resupia, res mancipi и res mancipi. Собственность peregrinская и провинціальная. Ограниченія права собственности 247—252

§ 55. Формы вещнаго оборота.

Mancipatio: ея происхождение и историческая эволюція; nunciatio и приспособленіе mancipatio къ разнообразнымъ отношеніямъ. In jure cessio; ея происхождение и юридическая сущность. Usucapio и развитіе ея условій 252—257

§ 56. Гражданскія jura in re aliena.

Появленіе и виды сервитутовъ предіальныхъ и личныхъ; гражданскіе способы ихъ установленія. Реальный кредитъ и суррогатъ закладнаго права—fiducia 257—261

§ 57. Защита гражданскихъ правъ.

Защита права собственности: rei vindicatio и ея историческая эволюція. Actio negatoria и actio confessoria. Специальныя средства (actio finium regundorum, actio aquae pluviae arcendae, cautio damni infecti и operis novi nuntiatio) 261—265

II. Институты преторскаго права.

§ 58. Развитие защиты владѣнія (possessio).

Понятіе владѣнія и общія причины его защиты. Развитие посессорной защиты въ римскомъ преторскомъ правѣ. Виды посессорныхъ интердиктовъ (interdicta retinendae и recuperandae possessionis). Развитие основныхъ началъ римской теоріи владѣнія (animus и corpus possessionis; possessio и detentio; juris quasi-possessio) 265—271

СТР.

§ 59. Бонитарная собственность и bonae fidei possessio.

Приобрѣтеніе вещи съ порокомъ въ формѣ сдѣлки; приобретеніе вещи отъ несовѣнника. Потребность въ лучшей охранѣ такихъ приобретателей. Edictum Publicianum и возникновение бонитарной собственности и bonae fidei possessio) 271—274

§ 60. Преторскія права на чужую вещь.

Преторскія нововведенія въ области сервитутовъ. Superficies и jus in agro vectigali. Развитие закладнаго права: pignus и появленіе ипотеки (первыя случаи ея и развитіе средствъ защиты). Установленіе основнаго содержанія закладнаго права (lex commissoria и pactum de vendendo) 275—282

III. Право послѣ-классическое.

§ 61. Объединеніе гражданского и преторскаго права.

Объединеніе права собственности. Формы вещнаго оборота: traditio и попытки публичности (поземельная записка въ Египтѣ); реформа давности (praescriptio ordinaria и extraordinaria). Развитие института emphyteusis. Реформы въ области закладнаго права (указъ имп. Льва—hypotheca legalis и hypotheca generalis; недостатки римской системы) 282—289

ГЛАВА VIII.

Исторія обязательствъ.

§ 62. Введеніе. Общее понятіе обязательства.

Понятіе обязательствъ, ихъ общее содержаніе и источники ихъ возникновенія 290—291

I. Старое гражданское право.

§ 63. Обязательства изъ деликтовъ.

Общее развитіе обязательствъ изъ деликтовъ. Деликты законовъ XII таблицъ: injuria, furtum (manifestum и res manifestum; обыскъ формальный и простой), damnum injuria datum 291—296

§ 64. Обязательства изъ договоровъ.

Отсутствие юридической силы договоровъ въ примитивномъ правѣ и способы ихъ обезпеченія. Зарожденіе обязательствъ договорныхъ. Сдѣлки мѣны (fiducia). Сдѣлки кредита. Nexum, его заключеніе и прекращеніе; юридическая сила nexum и вопросъ о его природѣ; ослабленіе исполнительной силы nexum (lex Poetelia) и его исчезновеніе изъ оборота 296—302

II. Система обязательствъ позднѣйшаго права.

§ 65. *Общій ходъ ея образованія.*

Главнѣйшія стадіи и факторы ея развитія. Внутренній характеръ эволюціи: ослабленіе формализма, выступленіе на первый планъ имущественной стороны, принципиальное признаніе только извѣстныхъ обязательныхъ типовъ. Римская систематика обязательствъ. Важнѣйшія тенденціи права послѣ-классическаго 302—307

A. *Обязательства изъ договоровъ.*§ 66. 1. *Контракты вербальные.*

Stipulatio; ея заключеніе, происхожденіе и юридическая сила. Позднѣйшія измѣненія: ослабленіе словесной формы и усиленіе значенія письменныхъ cautioes; ослабленіе абстрактнаго характера. Сложныя формы stipulatio: stipulatio коррелятная, stipulatio акцессорная—adstipulatio и adpromissio (виды послѣдней: sponsio, fidepromissio и fidejussio) 307—316

§ 67. 2. *Контракты литтеральные.*

Книжныя обязательства классическаго времени; transscriptio a re in personam и a persona in personam. Chirographa и syngraphae. Письменныя cautioes Юстиніановскаго права 316—319

§ 68. 3. *Контракты реальные.*

Mutuum; развитіе безформальнаго займа и его юридическая характеристика. Senatusconsultum Macedonianum и законодательство о процентахъ. Fiducia. Развитіе и юридическая характеристика commodatum, depositum и contractus pignoratitius. Развитіе contractus innominati 319—327

§ 69. 4. *Контракты консенсуальные и т. наз. pacta vestita.*

Купля-продажа; ея историческое развитіе и существенные элементы; ея двухсторонняя природа (exsertio non adimpleti contractus и правило „periculum est emptoris“); обязанности сторонъ (въ особ. отвѣтственность продавца за evictio и за недостатки вещи).—Наемъ и его виды. Societas. Mandatum.—Pacta nuda и pacta vestita (pacta adjecta, praetoria и legitima) 327—337

B. *Обязательства внѣ-договорныя.*§ 70. *Обязательства изъ деликтовъ.*

Деликты цивильнаго права: injuria (actio aestimatoria), furtum, dampnum injuria datum (lex Aquilia и ея позднѣйшее расширеніе). Деликты преторскаго права (rapina, metus, dolus) 337—340

§ 71. *Quasi-контракты и quasi-деликты.*

Quasi-контракты (иски изъ неосновательнаго обогащенія и negotiorum gestio). Quasi-деликты 340—342

C. *Погашеніе и перенесеніе обязательствъ.*§ 72. *Погашеніе обязательствъ.*

Погашеніе обязательствъ формальныхъ (принципъ contrarius actus). Solutio. Прощеніе долга (acceptilatio и pactum de non petendo). Novatio. Compensatio, ея исторія и осуществленіе 342—346

§ 73. *Перенесеніе обязательствъ.*

Перенесеніе обязательствъ посредствомъ delegatio и expromissio. Mandatum agendi и дальнѣйшее усовершенствованіе cessio (actio utilis suo nomine и deputatio). Ограниченія cessio въ позднѣйшемъ правѣ (lex Anastasiana) 346—348

ГЛАВА IX.

Исторія отношеній семейственныхъ.

§ 74. *Общая исторія брака.*

Древнѣйшій бракъ cum manu и способы его заключенія (confarreatio, coemptio и usus). Возникновеніе брака sine manu и отпаденіе старыхъ формъ. Заключеніе брака sine manu и его прекращеніе. Брачное законодательство Августа и его послѣдствія (конкубинатъ, incaritas для coelibes и orbi, форма для развода). Штрафы за неосновательный разводъ; вступленіе во второй бракъ и траурный годъ. Общая характеристика римскаго брачнаго права 349—355

§ 75. *Отношенія между сумругами.*

Личныя и имущественныя отношенія при старомъ бракѣ cum manu. Бракъ sine manu. Отношенія личныя. Отношенія имущественныя: принципъ раздѣльности и институты, его модифицирующіе: а) dos; понятіе, историческое развитіе и юридическое положеніе; б) donatio propter nuptias 356—362

§ 76. *Отношенія между родителями и дѣтьми.*

Принципъ patria potestas (положеніе матери, положеніе дѣтей въбрачныхъ). Древнѣйшее содержаніе patria potestas. Ея позднѣйшее ослабленіе въ личномъ и имущественномъ отношеніи (peculium castrense, quasi-castrense, bona adventicia). Установленіе patria potestas (legitimatio, arrogatio, adoptio) и ея прекращеніе (emancipatio) 362—368

§ 77. *Опека и попечительство.*

Общая исторія института опеки (древнѣйшая опека, какъ право, и позднѣйшая, какъ munus publicum). Tutela и cura. Роль опекуна и его отвѣтственность. Отдѣльные виды опеки: tutela impuberum и cura minorum (опредѣленіе совершеннолѣтія, lex Plaetoria), tutela mulierum (юрид. положеніе женщины), cura furiosi и prodigi 368—376

Исторія наследованія.

- § 78. *Общій ходъ развитія римскаго наследственнаго права.*
Общее понятіе наследованія. Развитіе наследованія, какъ универсальнаго преемства, въ исторіи римскаго права. *Hereditas legitima*, *hereditas testamentaria* и необходимое наследованіе. Появленіе преторской системы *bonorum possessio* (вопросъ о ея происхожденіи, ея отношеніе къ гражданскому наследованію, *bonorum possessio decretalis* и *edictalis*). Законодательство императорскаго времени . . . 377—384
- § 79. *Исторія римскаго тестаментна.*
Древнѣйшія формы завѣщанія: *testamentum calatis comitiis* (вопросъ о его юридической природѣ) и *testamentum in procinctu*. *Testamentum per mancipationem* (устное и письменное) и его эволюція. Преторскій тестаментъ. Завѣщаніе въ правѣ Юстиніана. Матеріальныя условія завѣщанія: *testamentifactio*, *institutio heredis*, *substitutio*. Вскрытіе завѣщаній 384—391
- § 80. *Наследованіе ab intestato.*
Порядокъ наследованія *ab intestato* по законамъ XII таблицъ. *Bonorum possessio ab intestato* по преторскому эдикту. Законодательство императорскаго времени. Реформы Юстиніана (новеллы 118 и 127) 392—397
- § 81. *Необходимое наследованіе.*
Понятіе необходимаго наследованія. Формальное необходимое наследованіе (положенія объ *exhereditatio* гражданского права, преторскаго эдикта и Юстиніана). Матеріальное необходимое наследованіе, его развитіе (*querela inofficiosi testamenti*) и содержаніе. Реформа Юстиніана (новелла 115) 397—402
- § 82. *Приобрѣтеніе наследства.*
Delatio и *acquisitio hereditatis*. Приобрѣтеніе гражданского *hereditas*: *heredes domestici* (*necessarii*) и *extranei* (*voluntarii*). Приобрѣтеніе *bonorum possessio*. Положеніе наследства въ промежутокъ между *delatio* и *acquisitio* (*usucapio pro herede* и *hereditas jacens*). *Cessio hereditatis*, *transmissio* и *jus accrescendi* 402—407
- § 83. *Положеніе наследника послѣ принятія.*
Общій принципъ и его постепенныя ограниченія: *beneficium separationis* и *beneficium inventarii*. Средства для защиты наследника. Отношенія между нѣсколькими сонаследниками. *Collatio*. *Indignitas* 407—410
- § 84. *Legata* и *fideicommissa*.
Понятіе легата и его древнѣйшіе виды. *Fideicommissa*. Постепенное слияніе тѣхъ и другихъ. Кодициль. Ограниченія свободы отказовъ. *Legatum partitionis* и универсальный фидеикоммисъ (*sepatusconsulta Trebellianum* и *Pegasianum*). *Mortis causa donatio* и *mortis causa capio* 410—416

Введеніе.

I.

Римское право, его значеніе въ исторіи праваго развитія
человѣчества и въ современной юриспруденціи.

Римское право занимаетъ въ исторіи челоѣчества совершенно исключительное мѣсто: оно пережило создавшій его народъ и дважды покорило себѣ міръ.

Зародилось оно въ далекой глубинѣ временъ—тогда, когда Римъ представлялъ еще едва замѣтное пятно на территоріи земного шара, маленькую общину среди многихъ другихъ подобныхъ же общинъ средней Италіи. Какъ и весь примитивный складъ жизни этой общины, римское право являло собою тогда несложную, во многомъ архаическую систему, проникнутую патріархальнымъ и узко-національнымъ характеромъ. И если бы оно осталось на этой стадіи, оно, конечно, было бы давнымъ-давно затеряно въ архивахъ исторіи.

Но судьба вела Римъ къ иному будущему. Борясь за свое существованіе, маленькая *civitas Roma* постепенно растетъ, поглощая въ себѣ другія сосѣднія *civitates*, и крѣпнетъ въ своей внутренней организаціи. Чѣмъ далѣе, тѣмъ все болѣе и болѣе расширяется ея территорія, распространяется на всю Италію, захватываетъ близъ лежащіе острова, перебрасывается на всѣ побережья Средиземнаго моря,—и на сценѣ исторіи появляется огромное государство, объединяющее подъ своею властью почти весь тогдашній культурный міръ; Римъ сталъ синонимомъ міра.

Вмѣстѣ съ тѣмъ Римъ измѣняется и внутренне: старый патріархальный строй рушится, примитивное натуральное хозяйство замѣняется сложными экономическими отношеніями, унаследованныя отъ древности соціальныя перегородки стѣсняють. Новая жизнь требуетъ наивысшаго напряженія всѣхъ силъ, всѣхъ способностей каждаго отдѣльнаго индивида. Въ соотвѣтствіи съ этимъ римское право мѣняетъ свой характеръ, перестраиваясь по на-

чаламъ *индивидуализма*: свобода личности, свобода собственности, свобода договоровъ и завѣщаній дѣлаются его краеугольными камнями.

Отношенія военныя и политическія приводятъ Римъ и къ сношеніямъ экономическимъ. Между тѣмъ, еще задолго до появления Рима на сценѣ всемірной исторіи на побережьяхъ Средиземнаго моря шель оживленный международный торговый обмѣнъ: Египеть, Финикія, Греція, Карфагенъ давно уже находились другъ съ другомъ въ постоянныхъ торговыхъ отношеніяхъ. Римъ неизбежно втягивался въ этотъ международный оборотъ, и по мѣрѣ того, какъ онъ дѣлался центромъ политической жизни міра, онъ становился также центромъ мирового торгового оборота. На его территоріи непрерывно завязывались безконечныя дѣловыя отношенія, въ которыхъ принимали участіе торговцы разныхъ національностей; римскіе магистраты должны были разбирать споры, возникающіе изъ этихъ отношеній, должны были вырабатывать нормы для разрѣшенія этихъ споровъ. Старое римское национальное право для этой цѣли не годилось; необходимо было новое право, которое было бы свободно отъ всякихъ мѣстныхъ и национальных особенностей, которое могло бы одинаково удовлетворить римлянина и грека, египтянина и галла. Нужно было не какое-либо национальное право, а *право всемірное, универсальное*. И римское право проникается этимъ *началомъ универсальности*; оно впитываетъ въ себя тѣ обычаи международного оборота, которые до него вѣками вырабатывались въ международныхъ сношеніяхъ; оно придаетъ имъ юридическую ясность и прочность.

Такъ возникало то римское право, которое стало затѣмъ общимъ правомъ всего античнаго міра. По существу творцомъ этого права былъ, такимъ образомъ, весь міръ; Римъ же явился лишь тѣмъ лаборантомъ, который переработалъ разсѣянные обычаи международного оборота и слилъ ихъ въ единое, поразительное по своей стройности, цѣлое. Универсализмъ и индивидуализмъ—основныя начала этого цѣлага.

Мастерски разработанное въ деталяхъ безпримѣрной юриспруденціей классическаго періода, римское право нашло себѣ затѣмъ окончательное завершеніе въ знаменитомъ сводѣ—*Corpus Juris Civilis* императора Юстиніана, и въ такомъ видѣ было завѣщено новому міру.

Желѣзный колоссъ, державшій въ своихъ рукахъ судьбы міра, дряхлѣлъ: разнообразныя народности, входившія въ составъ всемірнаго римскаго государства, тянулись въ разныя стороны; съ границъ напирала варвары—новые претенденты на активное участіе въ мировой исторіи. Наступилъ моментъ, они хлынули могучими потоками и затопили весь античный міръ. Настала безпокойная эпоха великаго переселенія народовъ, и кажется, что вся богатая культура древности погибла навсегда, что порвались всѣ связи между старымъ и новымъ, что исторія вовсе зачеркиваетъ страницы прошлаго и начинаетъ писать все заново.

Но это „кажется“—обманчиво. На нѣкоторое время, дѣйствительно, ходъ общечеловѣческаго культурнаго развитія какъ будто приостанавливается; влившійся большою массой новый чело-вѣческой матеріаль нуждается въ предварительной обработкѣ. Нѣсколько вѣковъ проходитъ въ непрерывныхъ передвиженіяхъ новыхъ народовъ, въ ихъ взаимныхъ столкновеніяхъ; пришельцы еще не могутъ освоиться на новыхъ мѣстахъ, двигаются, устриваются. Много цѣннаго, конечно, погибаетъ при этомъ изъ античной культуры, но не все.

Мало-по-малу безпокойный періодъ переселенія и устроения проходитъ. Новые народы начинаютъ вести болѣе или менѣе спокойную жизнь, развиваются, и еще черезъ нѣсколько столѣтій наступаетъ моментъ, когда все, что было продумано и создано античнымъ гениемъ, дѣлается понятнымъ и цѣннымъ его наслѣдникамъ. Наступаетъ одно за другимъ возрожденіе античнаго права, античной культуры, античнаго искусства.

Естественное экономическое развитіе новыхъ народовъ приводитъ ихъ также мало-по-малу къ международнымъ торговымъ отношеніямъ. Снова, какъ въ старомъ мірѣ, на почвѣ международного обмѣна сходятся другъ съ другомъ представители разныхъ національностей, и снова для регулированія этого обмѣна возникаетъ нужда въ единомъ общемъ правѣ, правѣ универсальномъ. Снова экономической прогрессъ требуетъ освобожденія личности отъ всякихъ феодальныхъ, общинныхъ и патріархальныхъ путъ, требуетъ предоставленія индивиду свободы дѣятельности, свободы самоопредѣленія. И наслѣдники вспоминаютъ о заброшенномъ ими завѣщаніи античнаго міра, о римскомъ правѣ, и находятъ въ немъ какъ разъ то, что было нужно.

Римское право дѣлается предметомъ изученія; оно начинаетъ примѣняться въ судахъ; оно переходитъ въ мѣстное и национальное законодательство,—совершается то, что носитъ названіе *рецепціи римскаго права*. Во многихъ мѣстахъ *Corpus Juris Civilis* Юстиніана дѣлается прямо закономъ. Римское право воскресло для новой жизни и во второй разъ объединило міръ. Все правовое развитіе Западной Европы идетъ подъ знакомъ римскаго права вплоть до настоящаго времени: лишь со времени вступленія въ дѣйствіе новаго общегерманскаго гражданскаго уложенія—лишь съ 1 Января 1900 г. исчезло *формальное* дѣйствіе Юстиніановскаго Свода въ тѣхъ частяхъ Германіи, въ которыхъ оно еще сохранялось. Но *матеріальное* дѣйствіе его не исчезло и теперь: все самое цѣнное изъ него перелито въ параграфы и статьи современныхъ кодексовъ и дѣйствуетъ подъ именемъ этихъ послѣднихъ.

Римское право опредѣлило не только практику, но и *теорію*. Непрерывное многовѣковое изученіе римскаго права, въ особенности остатковъ римской юридической литературы, формировало юридическое мышленіе Западной Европы и создавало сильный классъ юристовъ, руководителей и дѣятельныхъ помощниковъ во всякой законодательной работѣ. Объединяя Европу на практикѣ, римское право объединяло ее и въ теоретическихъ исканіяхъ:

юриспруденція французская работала все время рука об руку съ юриспруденціей нѣмецкой или итальянской, говорила съ ней на одномъ и томъ же языкѣ, искала разрѣшенія однѣхъ и тѣхъ же проблемъ. Такъ возникала на почвѣ римскаго права дружная общая работа всей европейской юриспруденціи, продолжавшая работу мыслителей античнаго міра: факель, зажженный какимъ-либо римскимъ Юліаномъ или Папиньяномъ, черезъ безконечную цѣпь смѣнявшихся рукъ, дошелъ до современныхъ ученыхъ всѣхъ націй.

Такова историческая судьба римскаго права. Явившись синтезомъ всего юридическаго творчества античнаго міра, оно легло затѣмъ въ качествѣ фундамента для правового развитія новыхъ народовъ, и въ качествѣ такого фундамента, общаго для всѣхъ народовъ Западной Европы, оно изучается повсемѣстно—въ Германіи, Франціи, Италиі, Англии и т. д. Явившись базисомъ, на которомъ вѣками формировалась юридическая мысль, оно изучается и теперь, какъ *теорія гражданскаго права*, какъ правовая система, въ которой основныя юридическіе институты и понятія нашли себѣ наиболѣе чистое отъ всякихъ случайныхъ и національныхъ окрасокъ выраженіе. Недаромъ въ прежнее время оно считалось за самый писанный разумъ, за *ratio scripta*.

Волею нашей исторической судьбы мы, русскіе, были долгое время отрѣзаны отъ общенія съ Западной Европой, оставались чужды ея культурѣ, и, когда, наконецъ, отдѣлившія насъ перегородки пали, мы очутились въ хвостѣ общечеловѣческаго движенія. Отстали мы и въ области права. И если мы хотимъ въ этомъ послѣднемъ отношеніи сравняться съ Европой, если мы хотимъ говорить съ ней на одномъ языкѣ, мы должны, по крайней мѣрѣ въ школѣ, освоиться съ основнымъ фундаментомъ общеевропейскаго права—съ правомъ римскимъ. Если оно повсемѣстно является основой юридическаго образованія, то у насъ для этого причины еще больше.

Но изученіе римскаго права отнюдь не должно приводить къ слѣпой вѣрѣ въ его непогрѣшимость, къ вѣрѣ въ то, что дальше идти некуда. Такая вѣра была бы противна исторіи, была бы противна и тому духу свободнаго изслѣдованія, которымъ были проникнуты самые творцы римскаго права—римскіе юристы. Лозунгомъ современной юриспруденціи является знаменитое изреченіе Теринга:—*„durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus“*— „черезъ римское право, но впередъ, дальше его“. Усвоивъ то, что было создано предками, потомки должны работать дальше сами, ибо правовыя проблемы не таковы, чтобы онѣ могли быть рѣшены разъ навсегда. Новыя условія постоянно ставятъ на очередь новыя задачи, и юриспруденція должна постоянно оставаться на своемъ посту. Ея высшимъ призваніемъ, ея долгомъ передъ народомъ является освѣщеніе измѣняющихся въ исторіи условій и возникающихъ въ связи съ ними проблемъ. Быть впереди народа, освѣщать ему путь, направлять его правосознаніе ко благу и правдѣ въ человѣческихъ отношеніяхъ—такова истинная обязанность юриспруденціи и ея отдѣльныхъ представителей.

II.

Исторія римскаго права, ея источники и литература.

Если римское право съ полнымъ основаніемъ занимаетъ видное мѣсто въ ряду юридическихъ дисциплинъ, то первое, съ чего должно начинаться его изученіе, есть, конечно, *его исторія*. Безъ нея римское право его послѣдней стадіи, римское право Юстиніановскаго Свода (т. наз., „чистое римское право“), а тѣмъ болѣе римское право Новой Европы (т. наз., „современное римское право“) было бы абсолютно непонятно.

Если римское право приобрѣло общечеловѣческую цѣнность тѣмъ, что оно мало-по-малу изъ національнаго права одного небольшого народа превратилось въ универсальное право всего античнаго міра,—то прослѣдить процессъ этого превращенія и составлять главнѣйшую *общую задачу исторіи римскаго права*.

Римскіе юристы не оставили намъ исторіи своего права: практической интересъ къ праву оттѣснялъ у нихъ на задній планъ интересъ историческій. Среди огромной юридической литературы древности сочиненій историческаго характера почти не встрѣчается; исключеніе составляетъ только произведеніе юриста II в. по Р. X. *Помпонія*—*Enchyridium*, отрывокъ изъ котораго дошелъ до насъ въ одной изъ частей Юстиніановскаго Свода, *Digesta* (fr. 2 D. 1. 2). Но отрывокъ этотъ касается только исторіи юриспруденціи и во многихъ отношеніяхъ полонъ неясностей и противорѣчій. Отдѣльныя историческія сообщенія дѣлаются, правда, иногда римскими юристами по тому или другому поводу, но сообщенія эти случайны и отрывочны. Наибольшее значеніе изъ этихъ сообщеній имѣютъ тѣ, которыя находятся въ дошедшемъ до насъ полностью произведеніи *Гая*, также юриста II вѣка по Р. X., подъ названіемъ *Institutiones**).

Ввиду этого исторію римскаго права приходится воссоздавать на основаніи иныхъ источниковъ.

Источники эти могутъ быть раздѣлены на двѣ группы.

а) Первую группу составляютъ *литературные памятники*—произведенія древнихъ писателей. Наибольшее значеніе среди нихъ имѣютъ, конечно, *сочиненія, посвященныя римской исторіи*; таковы сочиненія Тита Ливія, Діонисія Галикарнаскаго, Плутарха, Полибія, Тацита и др. Но и *произведенія неисторическаго характера* даютъ много цѣнныхъ данныхъ: то тамъ, то здѣсь мы наталкиваемся на тѣ или другіе факты, которые проливаютъ свѣтъ и на исторію развитія правовыхъ институтовъ. Среди литературныхъ произведеній этого послѣдняго рода особенно должны быть отмѣчены сочиненія *Цицерона*, *Плинія*, сочиненія *грамматиковъ* (Варрона,

*) Новѣйшее (пока еще неоконченное) изданіе Институцій Гая съ объясненіями представляетъ *Книер*. *Gai Institutionum commentarius primus* 1911, *commentarius secundus*—вып. I, 1912, вып. II, 1913.

Феста, Валерія Проба и др.), *землемѣровъ* (agrimensores или gramatici—Фронтинъ, Гигинъ и др.), сочиненія по сельскому хозяйству (Катонъ de agricultura, Варронъ rerum rusticarum libri tres и т. д.). Даже произведенія *поэтовъ* (Плавта, Горация и др.) небезразличны для исторіи права.

б) Вторую группу составляютъ *источники эпиграфическіе*. Въ разныя времена и въ разныхъ мѣстахъ находились и продолжаютъ находиться разнообразныя остатки старины—какая-нибудь мѣдная доска съ вырѣзаннымъ на ней текстомъ закона, какая-нибудь колонна съ надписью, какіе-нибудь случайно сохранившіеся документы (дощечки или папирусы). Всѣ эти непосредственныя остатки античной древности во всей ихъ совокупности представляютъ огромный историческій интересъ и немало уже дали для исторіи римскаго права. Полное собраніе всѣхъ подобныхъ надписей издается Берлинскою Академіею наукъ, начиная съ 1863 г., подъ названіемъ *Corpus Inscriptionum Latinarum*.

Важнѣйшіе изъ указанныхъ источниковъ до Юстиніановскаго права можно найти въ изданіяхъ *Girard'a: Textes de droit romain*, *Brun's: Fontes juris romani antiqui* или въ *итальянскомъ изданіи* (Riccobono, Baviera, Ferrini): *Fontes juris romani antejustiniani*.

Истинно научное изслѣдованіе исторіи римскаго права развилось только съ начала XIX столѣтія, съ появленіемъ т. наз. *исторической школы* въ юриспруденціи. Пробужденіе интереса къ исторіи римскаго права совпало съ установленіемъ новаго, критическаго метода въ изслѣдованіи римской исторіи вообще. Инициаторомъ этого критическаго отношенія къ римской традиціи явился германскій ученый *Нибуръ*; его Римская исторія (1811—12 г.) составила въ этомъ отношеніи эпоху. Тотъ же Нибуръ въ 1816 г. открылъ въ библиотекѣ Веронскаго собора рукопись полнаго упомянутого выше сочиненія Гая Institutiones, которое на многіе вопросы исторіи римскаго права проливало новое освѣщеніе. Это открытіе еще болѣе способствовало оживленію историческаго интереса.

Послѣ Нибура критическое изслѣдованіе общей исторіи Рима движется непрерывно впередъ и выдвигаетъ цѣлый рядъ неутомимыхъ и талантливыхъ изслѣдователей. Во главѣ ихъ должны быть поставлены *Швеглеръ* (его „Римская исторія“ была издана въ 1853—1858 г.) и *Т. Моммзенъ* („Römische Geschichte“—первое изданіе 1854—56 гг., томы I—III, охватывающіе римскую исторію до битвы при Тапсѣ; затѣмъ послѣдовалъ сразу томъ V, содержащій исторію провинцій въ періодъ имперіи; дальше произведеніе Моммзена не пошло; Римская исторія Моммзена имѣется и въ русскомъ переводѣ), а въ новѣйшее время *Паусъ*, *Эд. Мейеръ* и др. Для общаго ознакомленія съ римской исторіей (кроме упомянутой исторіи Моммзена) хорошимъ пособіемъ является *Нице*: Очеркъ римской исторіи и источниковѣдѣнія; русскій пер. подъ редакціей проф. М. Ростовцева.

Параллельно съ развитіемъ изслѣдованій въ области римской исторіи вообще и часто въ непосредственной связи съ ними

идутъ изслѣдованія и въ области исторіи римскаго права. Тотъ же *Моммзенъ* и въ этой спеціальной сферѣ оказалъ огромныя услуги нашему знанію, услуги, которыя едва-ли когда-либо и къмѣ-либо могутъ быть превзойдены. Кроме массы мелкихъ изслѣдованій, ему мы обязаны критическимъ пересмотромъ Юстиніановыхъ Дигестъ, полной систематической обработкой римскаго государственнаго и римскаго уголовного права. Кроме Моммзена, здѣсь же заслуживаютъ быть названы: *Иерингъ* (Ihering), озарившій въ своемъ сочиненіи „Духъ римскаго права“ новымъ свѣтомъ многіе историческіе процессы въ развитіи римскаго права; *Келлеръ*, впервые разработавшій исторію римскаго процесса; *П. Крюгеръ*, давшій исторію источниковъ и литературы римскаго права; *А. Пернисъ*, *Лейстъ*, *Фохтъ*, *Карлова*, а изъ новѣйшихъ *Ленель*, *Власакъ*, *Миттейсъ*, *Жираръ*, *Коста* и др.

Въ качествѣ основныхъ пособій при изученіи исторіи римскаго права могутъ быть рекомендованы:

Изъ произведеній, охватывающихъ *всѣ отдѣлы* исторіи римскаго права:

Girard. Manuel élémentaire de droit romain. 5-e ed. 1911. (Есть нѣмецкій пер. съ 4 изданія *Mayr'a Geschichte und System des römischen Rechts. Berlin. 1908.*)

R. v. Mayr. Römische Rechtsgeschichte (Sammlung Göschen). 7 выпусковъ 1912—1913 г.

Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. T. I. 1885. T. II. 1901 г.
Ihering. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. T. I. 6-e изд. 1907 г., T. II—1 Abth 5-e изд. 1894, 2 Abth. 5-e изд. 1898, T. III. 5-e изд. 1906 г.

Кроме того, есть въ русскомъ переводѣ:

Паделетти. Учебникъ исторіи римскаго права. Пер. съ итальянскаго Азаревичъ. Одесса. 1883.

Шулинъ. Учебникъ исторіи римскаго права. Пер. съ нѣмецкаго Шукина, подъ ред. Хвостова. М. 1893.

Изъ произведеній, трактующихъ *лишь нѣкоторыя части*, особеннаго указанія заслуживаютъ:

1) Исторію римскаго государственнаго права и источниковъ содержать:

Brun's-Pernice-Lenel. Geschichte und Quellen des römischen Rechts въ *Holtzendorfs Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 6-e изд. 1902—1903 г.*—Есть русскій пер. *Брунсъ-Ленель. Внѣшняя исторія римскаго права. 1904.*

Bonfante. Storia del diritto romano. 1909.

2) Спеціально исторіи римскаго государственнаго права посвящены:

Mommsen. Römisches Staatsrecht. I, II, III, 1887—1888 (или во франц. переводѣ: *Le droit public romain, 7 томовъ, 1889—1895.*)

Его же, сокращенное изложеніе: *Mommsen. Abriss des römischen Staatsrechts. 1893.*

Willems. Le droit public romain. 7 изд. 1910.—Есть русскій пер.: *Виллемсъ. Римское государственное право. 1888—1890.*

3) Историю источниковъ права:

P. Krüger. Geschichte der Quellen und der Literatur des römischen Rechts. 2-е изд. 1912.

Th. Kipp. Geschichte der Quellen des römischen Rechts. 3-е изд. 1909. Есть русский пер.: *Киппъ. Т. Историю источниковъ римскаго права.* Пер. А. М—ра. 1908.

E. Costa. Storia delle fonti del diritto romano. 1900.

4) Историю гражданскаго процесса:

Keller. Der römische Civilprocess und die Aktionen. 6-е изд. 1883.

Bethmann-Hollweg. Der römische Civilprocess. I, II, III, 1864—1866.

Wlassak. Römische Processgesetze. 1881—1891.

5) Римскому уголовному праву:

Mommsen. Römisches Strafrecht. 1899.

6) Историю гражданскаго права:

Sohn. Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 14-е изд. 1911.—Есть русскіе пер.: *Зомъ. Институціи римскаго права,* перев. Барковскаго. Вып. I, 1908. Вып. II, 1910. и (пока неоконченный) перев. Нины Кесслеръ 1916 г.

Costa. Storia del diritto romano privato. 1911.

Czyhlarz. Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 9-е и 10-е изд. 1908.—Есть русский пер.: *Чиларжъ. Учебникъ римскаго права.* 1910.

Salkowski. Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts. 9-е изд. 1907.—Есть русский пер.: *Сальковскій. Институціи.* 1910.

L. Mitteis. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. I. Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen. 1908.

Изъ русскихъ курсовъ, посвященныхъ историю римскаго права, слѣдуетъ указать:

Муромцевъ. Гражданское право древняго Рима. 1883.

Хвостовъ. Историю римскаго права. 5-е изд. 1910.

Наконецъ, для пользованія источниками—слѣдующіе словари: латинско-нѣмецкій *Heumann-Seckel Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts.* 9-е изд. 1907, и латинско-русскій—*Дыдынскаго.* 1890 г.

Часть I.

Исторія институтуовъ публичнаго права.

ГЛАВА I.

Періодъ царей.

§ 1.

Италики, латины и зарожденіе Рима *).

Согласно извѣстной римской традиціи, Римъ былъ основанъ Ромуломъ, который построилъ городъ, раздѣлилъ между первыми его гражданами землю, обезпечилъ имъ возможность семейной жизни,—однимъ словомъ, далъ вновь возникающему государству необходимое политическое и общественное устройство. Слѣдующій царь Нума создалъ устройство религіозное.

Новѣйшая историческая критика (Нибургъ, Моммзенъ, Швиглеръ и др.) обнаружила полную несостоятельность этой легенды. Вся эта римская исторія, какъ она излагается намъ древними писателями, есть не что иное, какъ народное преданіе, образовавшееся въ самомъ Римѣ довольно поздно, полное внутреннихъ противорѣчій и историческихъ несообразностей.

При такихъ условіяхъ о древнѣйшей эпохѣ Рима мы можемъ составить себѣ только скудныя и очень общія представленія.

Современная наука (главнымъ образомъ сравнительное языковѣдѣніе) обнаружила неоспоримое родство между главными народами Европы и нѣкоторыми Азіи—народами, составляющими т. наз. *арійскую группу*. Это родство (въ языкѣ, вѣрованіяхъ и т. д.) объясняется тѣмъ, что всѣ они въ какое-то отдаленное время выдѣлились изъ одного общаго корня, изъ одного общаго прарода, вышли изъ одной общей прародины.

Гдѣ находилась эта прародина арійцевъ, спорно: большинство изслѣдователей считаетъ прародиной среднюю Азію; нѣкоторые, однако, указываютъ на обширную равнину отъ Каспій-

*) *Schrader. Sprachvergleichung und Urgeschichte. 2-te Aufl. 1890.—Ihering. Vorgeschichte der Indoeuröpaer. 1894.—Модестовъ. Введеніе въ исторію Рима. 1902—1904.—De Sanctis. Storia dei Romani. 1907.—Pais. Storia di Roma. 1898—1899.*

скаго моря до Карпатъ; есть и такіе, которые относятся первоначальное мѣстожительство арійцевъ на побережья Балтійскаго моря и даже въ Скандинавію.

Какъ бы то ни было, но уже тамъ, на своей прародинѣ, до своего раздѣленія, арійцы достигли извѣстной степени культурности и общественности, такъ что исторія Европейскихъ народовъ начинается далеко за предѣлами ихъ позднѣйшихъ Европейскихъ поселеній и корнями своими уходитъ въ непроницаемую для нашего глаза глубь временъ.

Не могли пройти безслѣдно и годы (вѣрнѣе, вѣка) странствованій, когда народамъ приходилось бороться со всевозможными внѣшними препятствіями. Понятно поэтому, что на мѣста своего позднѣйшаго поселенія въ Европѣ они приходили далеко не въ состояніи примитивной дикости, а съ извѣстнымъ багажемъ культуры и права.

Въ общей массѣ арійцевъ, влившихся въ Европу, различаютъ пять основныхъ группъ: греки, италики, кельты, германцы, славяне. Наиболѣе ранними пришельцами являются, повидимому, греки (время ихъ появленія въ Европѣ Эд. Мейеръ относитъ къ третьему тысячелѣтію до Р. Х.); нѣсколько позже приходятъ италики и кельты. Взаимная близость этихъ трехъ группъ спорна: если раньше грековъ и италиковъ сближали въ одну греко-италійскую группу, то теперь скорѣе сближаютъ италиковъ съ кельтами и находятъ болѣе правильнымъ говорить о кельто-италійской группѣ.

Возможно (Италія принадлежитъ къ числу тѣхъ мѣстъ, гдѣ найдены слѣды очень древняго пребыванія челоука), что при своемъ появленіи на Аппенинскомъ полуостровѣ италики натолкнулись на какихъ-либо аборигеновъ. Однако, сколько-нибудь доказанныхъ слѣдовъ этого элемента въ составѣ древнѣйшихъ италійскихъ общинъ не имѣется.

Во всякомъ случаѣ на зарѣ исторической эпохи италики отнюдь не являются единственными обитателями полуострова; напротивъ, они окружены многочисленными и разнородными сосѣдями. Главнѣйшими изъ нихъ являются: лигуры на сѣверо-востокѣ, япиги на югѣ и этруски на сѣверо-западѣ. Всѣ эти племена проникли въ Италію, повидимому, раньше италиковъ, и нѣкоторые изъ нихъ, быть можетъ, не съ сѣвера, а съ юга—путемъ Средиземнаго моря.

Изъ указанныхъ сосѣдей въ древнѣйшей исторіи Рима наибольшее значеніе имѣли этруски. Этотъ народъ, происхождение котораго до сихъ поръ остается загадочнымъ, выступаетъ предъ нами уже въ самую отдаленную эпоху съ высокой культурой и съ развитымъ, своеобразнымъ гражданскимъ укладомъ. Уже въ древнѣйшее время онъ организованъ въ крѣпко сплоченный „союзъ 12 народовъ“ (duodecim populi) подъ властью одного общаго царя. Многія косвенныя данныя свидѣтельствуютъ о томъ, что этруски играли большую роль въ древнѣйшей жизни Рима. Нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ предполагаютъ цѣлый

періодъ, когда Римъ находился подъ владычествомъ этрусковъ; есть даже и такіе, которые считаютъ древнѣйшій Римъ прямо однимъ изъ этрусскихъ поселковъ (Neumann). Какъ бы то ни было, нельзя отрицать, что древнѣйшая исторія италиковъ послѣ ихъ поселенія на полуостровѣ находилась въ сильной зависимости отъ этихъ сосѣдей.

Сами италики не представляли единой, сплоченной массы. Они распадалась на множество мелкихъ племенъ, изъ которыхъ слагаются двѣ группы: латиновъ и умбро-сабелловъ (умбры, сабиняне, вольски и т. д.). Латины, повидимому, пришли раньше умбро-сабелловъ и заняли болѣе удобную часть средней Италіи—равнину Лаціума.

Здѣсь, въ этой равнинѣ, они осѣлись небольшими общинами, civitates. Civitates эти и по территоріи и по количеству населенія были невелики: достаточно указать, что на пространствѣ Лаціума (35 кв. миль) насчитывается до 30 подобныхъ общинъ.

Каждая civitas имѣетъ укрѣпленный пунктъ—*арх*, куда населеніе укрывается на случай вражескаго набѣга и гдѣ находится общинная святыня. Мало-по-малу здѣсь же начинаютъ строить и постоянныя жилища; такъ возникаетъ городъ, *урбс*, который дѣлается средоточіемъ всей жизни общины („государство—городъ“).

Каждая изъ латинскихъ общинъ была совершенно самостоятельна (автономна) какъ въ своихъ внутреннихъ, такъ и во внѣшнихъ отношеніяхъ; тѣмъ не менѣе общность національнаго происхожденія, языка и религіозныхъ вѣрованій связывала всѣ civitates latinae въ нѣкоторое единство подъ общимъ именемъ *nomen Latinum*. Кромѣ общелатинскихъ религіозныхъ празднествъ, внѣшнимъ выраженіемъ этого единства была взаимность правовой охраны („*Rechtsgemeinschaft*“). Въ то время какъ, напримѣръ, для древняго римлянина всякій иностранецъ считался принципиально врагомъ, и потому существомъ безправнымъ (*hostis*), житель всякой латинской общины пользовался въ Римѣ защитой закона, какъ въ своихъ личныхъ, такъ и въ имущественныхъ отношеніяхъ. Немалую роль играли и происходившія по поводу религіозныхъ празднествъ общелатинскія народныя собранія: здѣсь естественно обсуждались общіе для всѣхъ латинскихъ civitates вопросы, какъ, напр., о защитѣ отъ общихъ враговъ, объ основаніи общелатинскихъ колоній и т. д. Рѣшенія, принятія на этихъ собраніяхъ, хотя и не были юридически обязательными для каждой отдѣльной civitas, тѣмъ не менѣе имѣли, конечно, большое фактическое значеніе и по большей части облекались затѣмъ въ форму постановленія каждой отдѣльной общины. Возможно, что въ извѣстные моменты всѣ латины объединялись для какого-нибудь совмѣстнаго дѣйствія (похода и т. д.) и подъ одной временной общей властью: есть указанія на общелатинскихъ предводителей (диктаторовъ).

Одной изъ описанныхъ латинскихъ общинъ и былъ Римъ. Подробности его древнѣйшей исторіи, какъ было указано выше, теперь возстановлены быть не могутъ; римское преданіе лишено

исторической достоверности. Есть, однако, въ этомъ преданіи одинъ элементъ, который имѣетъ подь собой нѣкоторое историческое основаніе. По преданію, Ромуль раздѣлилъ первоначальное населеніе Рима на 3 *трибы*, и дѣйствительно въ составъ древнѣйшаго римскаго общества мы находимъ три элемента, изъ которыхъ каждый имѣетъ особое имя—*Ramnes*, *Tities* и *Luceres*. Но что это за элементы, вопросъ чрезвычайно спорный. По мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ (напр., Binder, De Sanctis), трибы—это естественныя соединенія семействъ и родовъ для лучшей защиты своихъ правъ и интересовъ, на подобіе греческихъ филъ. Однако, это мнѣніе опровергается тѣмъ, что, по крайней мѣрѣ, двѣ первыя трибы—*Ramnes* и *Tities*—имѣютъ несомнѣнный національный отпечатокъ: *Ramnes*—это латины, а *Tities*—сабиняне. Ввиду этого наиболѣе вѣроятнымъ представляется мнѣніе Моммзена: *Ramnes* и *Tities* первоначально были двумя совершенно самостоятельными общинами, обитавшими на двухъ сосѣднихъ холмахъ; онѣ долго враждовали между собой (объ этой враждѣ съ сабинянами повѣствуетъ и преданіе), но кончили тѣмъ, что слились въ одну единую общину. Нѣсколько позже въ составъ той же общины вошла и третья—*Luceres*, національный характеръ которой неясенъ (нѣкоторые думаютъ даже, что это были выходцы изъ Этруріи).

Сліяніе это, съ одной стороны, конечно, увеличило матеріальную силу соединенной общины и ея значеніе среди сосѣдей, а, съ другой стороны, должно было отозваться нѣкоторымъ осложненіемъ государственной, т. е. общинной, организациі. Но и при всемъ томъ Римъ на зарѣ своей исторіи не представлялъ ничего грандіознаго: не болѣе 5 кв. миль и не болѣе 10 тысячъ жителей.

По мнѣнію нѣкоторыхъ изъ тѣхъ ученыхъ, которые въ указанныхъ трехъ трибахъ усматриваютъ различные національные элементы, сліяніе этихъ разнохарактерныхъ элементовъ должно было оказать благотворное вліяніе и на развитіе самаго духа римскаго народа: *Ramnes* внесли присущій латинянамъ духъ свободы и прогресса, *Tities*—сабиняне—стойкость религиозныхъ воззрѣній и консерватизмъ. Изъ своеобразнаго сочетанія этихъ чертъ и развилась та римская способность, которую мы наблюдаемъ затѣмъ въ дальнѣйшей исторіи,—способность идти впередъ, не ломая старыхъ формъ, а лишь приспособляя ихъ (иногда искусственно) къ новымъ потребностямъ времени. Это воззрѣніе, однако, едва ли имѣетъ подь собой прочную почву: сильной противоположности между латинянами и сабинянами не могло быть, такъ какъ и тѣ и другіе принадлежали къ одной вѣтви народовъ (италики) и, конечно, не такъ ужъ рѣзко различались между собой, какъ по своимъ нравамъ и своей культурѣ, такъ и по своему характеру.

Въ составѣ Латинскаго союза въ эпоху болѣе раннюю Римъ занимаетъ положеніе одной изъ рядовыхъ *civitates*; общиной первенствующей былъ не онъ, а, повидимому, *Alba Longa* (по мнѣнію Beloch'a и Bonfante—*Ariscia*). Мало-по-малу, однако, значеніе Рима начинаетъ возрастать; возможно, что этому способствовало какъ самое географическое положеніе Рима (на границѣ Лаціума съ

Этруріей, въ низовьяхъ Тибра, вблизи отъ моря), такъ и указанное выше сліяніе трехъ сосѣднихъ общинъ въ одну. Между Римомъ и *Alba Longa* возникаетъ соперничество за гегемонію въ союзѣ, и борьба на этой почвѣ, украшенная римской традиціей различными легендами, заканчивается полной побѣдой Рима.

Эта побѣда, впрочемъ, не разрушаетъ Латинскаго союза и не дѣлаетъ Рима обладателемъ всей союзной территоріи. Онъ лишь вступаетъ на мѣсто *Alba Longa*. Продолжаютъ существовать общелатинскія празднества и общелатинскія народныя собранія; сохраняется и принципиальная независимость отдѣльных *civitates*. Мало-по-малу, однако, постепенно усиливаясь, Римъ накладываетъ свою руку на эту независимость; значеніе общелатинскихъ собраний постепенно падаетъ: Римъ пріобрѣтаетъ привычку навязывать союзникамъ свои рѣшенія. Въ такомъ положеніи мы и находимъ Латинскій союзъ къ концу перваго періода Римской исторіи *).

§ 2.

Древнѣйшій общественный строй. Gentes, curiae.—Патриціи, кліенты, плебеи.

Древнѣйшій исторически извѣстный общественный строй у всѣхъ арійцевъ покоится на *родовомъ принципѣ*. Въ своемъ теоретически чистомъ видѣ родовой принципъ заключается въ томъ, что родъ, т. е. естественно разросшійся союзъ семействъ, происшедшихъ въ болѣе или менѣе отдаленномъ прошломъ отъ одного общаго родоначальника, является ни отъ какой власти независимымъ, самодовлѣющимъ и самоуправляющимся (сувереннымъ) цѣлымъ. Въ процессѣ исторической эволюціи, однако, уже очень рано возникаетъ и организациія надъ-родовая. Путемъ-ли добровольнаго соединенія нѣсколькихъ родовъ для лучшей защиты или путемъ подчиненія однихъ родовъ другими,—во всякомъ случаѣ роды оказываются включенными въ нѣкоторый болѣе обширный союзъ, стоящій надъ ними. Такъ возникаетъ примитивное *государство*, сначала еще очень непрочное и слабое, но потомъ все болѣе и болѣе крѣпнущее и усиливающееся. По мѣрѣ же того, какъ государственная организациія крѣпнетъ и расширяется, значеніе родовъ и родовой связи мало-по-малу ослабляется и сводится къ едва замѣтнымъ переживаніямъ.

Что касается Рима, то уже въ древнѣйшую эпоху его исторіи мы не находимъ въ немъ чистаго родоваго строя, т. е. строя, въ которомъ роды были бы суверенны, независимы отъ какой бы то ни было высшей организациі. Уже на порогѣ своей исто-

*) Организациія и древнѣйшая исторія Латинскаго союза представляетъ, впрочемъ, много темнаго и спорнаго. См. *E. Täubler. Imperium romanum. I. 1913. S. 276—317.*

рии Римъ является общиной — civitas — и даже, какъ мы видѣли, сложной общиной. Тѣмъ не менѣ слѣды недавняго родового строя еще очень многочисленны.

Менѣ всего этихъ слѣдовъ въ области *политическихъ отношений*. Правда, римская традиція повѣствуетъ, что все римское общество того времени дѣлилось на 3 трибы, 30 курій и 300 родовъ (gentes). Это математически правильное дѣленіе въ связи съ извѣстіемъ, что число сенаторовъ равнялось также 300, могло навести на мысль, что родъ (gens) представляетъ въ этой системѣ уже союзъ не естественно сложившейся, а искусственный и политической (такова мысль Нибура). Эта мысль, однако, въ настоящее время отвергается: родъ, какъ таковой, въ политической жизни никакой роли не играетъ. Единственное, что можно съ большою или меньшею степенью вѣроятности вывести изъ приведеннаго преданія, это то, что древнѣйшій сенатъ представлялъ изъ себя совѣтъ родовыхъ старѣйшинъ, что въ составъ его входили сами собой представители всѣхъ коренныхъ родовъ Рима.

Напротивъ, въ другихъ отношеніяхъ значеніе рода еще велико*). Такъ, прежде всего, родъ сохраняетъ все свое значеніе, какъ союзъ *религіозный*: члены рода — gentiles — связаны единствомъ религіознаго культа (sacra gentilicia). Въ связи съ этимъ находится *моральный* контроль рода надъ своими сочленами: родъ блюдетъ за чистотой нравовъ, можетъ издавать относящіяся сюда постановленія (decreta gentilicia), налагать на провинившихся сочленовъ тѣ или другія наказанія вплоть до полного отлученія и т. д.

Въ области *гражданскихъ, имущественныхъ* отношеній въ болѣе древнее время, повидимому, существовала *родовая общность имуществъ*, по крайней мѣрѣ, недвижимыхъ, общность землевладѣнія**). Въ историческую эпоху, однако, этой общности въ чистомъ видѣ мы уже не находимъ. Она уже разложилась на *собственность семейную* (собственность отдѣльныхъ семействъ), оставивъ лишь слѣды своего прежняго существованія въ правѣ *родового наследованія* и правѣ *родовой опеки*. По законамъ XII таблицъ, если умершій не оставилъ родственниковъ, индивидуальное родство которыхъ можно доказать, — т. н. агнатовъ, — то наследство и опека переходятъ въ родъ, къ gentiles, т. е. къ лицамъ, принадлежащимъ къ одному роду съ покойнымъ и носящимъ общее съ нимъ помен gentilicium.

Такимъ образомъ, возникнувшее государство, охвативъ отдѣльные, дотолъ независимые роды своей высшей организаціей, ослабляетъ значеніе родовыхъ связей, разлагаетъ роды на составляющіе ихъ элементы. Такими элементами являются семьи — *familiae*. Этотъ элементъ еще крѣпокъ предъ лицомъ государства. Древне-римская familia далеко не то, что наша нынѣшняя

*) Ср. G. Bloch. La république romaine. 1913. p. 8—16.

**) Ср. Kübler v. „Gens“ въ Pauly-Wissowa „Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. „Demnach bildete die Gens eine Marktgenossenschaft; im vicus oder pagus wohnten die Geschlechtsgenossen beisammen“.

семья. Въ нашей современной семьѣ каждый отдѣльный ея членъ представляетъ въ глазахъ государства и права отдѣльную самостоятельную личность; каждый можетъ имѣть самостоятельное имущество, искать и отвѣчать на судѣ и т. д. Римская семья этой эпохи, напротивъ, представляетъ изъ себя замкнутый, тѣсно сплоченный кругъ лицъ и имуществъ, нѣчто для государства почти непроницаемое. Отдѣльныхъ индивидовъ государство еще не знаетъ; во внутреннія отношенія семьи оно не вмѣшивается; оно имѣетъ дѣло только съ главою семьи, *paterfamilias*, который закрываетъ собою всю семью для внѣшняго гражданскаго міра. Онъ отвѣчаетъ за нее, но зато пользуется всѣми правами внутри нея; de jure онъ здѣсь неограниченный владыка. „Съ точки зрѣнія нашихъ современныхъ представлений, римская семья являла собой маленькую монархію — съ тѣмъ только отличіемъ, что могла не имѣть территоріи, а была чисто личнымъ союзомъ“*). Въ составъ этого замкнутаго семейнаго круга, этой маленькой монархіи, входитъ жена домовладыки (которая юридически находится на положеніи дочери — filiae loco), его дѣти, внуки и т. д. (хотя бы и совершеннолѣтніе), рабы и все недвижимое и движимое имущество**). Familia, такимъ образомъ, есть все, что находится подъ властью paterfamilias, вся сфера его частнаго обладанія и господства. Здѣсь, внутри этой сферы, paterfamilias властвуетъ надъ всѣмъ безразлично: имѣетъ надъ всѣмъ и всѣми право жизни и смерти, право продажи и т. д. Члены семьи не имѣютъ юридическихъ сношеній съ внѣшнимъ міромъ, они не могутъ отъ себя вступать въ договоры, выступать стороною въ процессѣ и т. д.; во всемъ они являются только орудіемъ домовладыки. Только въ политическомъ отношеніи взрослые члены семьи, способные носить оружіе, являются самостоятельными: они участвуютъ въ народномъ собраніи наравнѣ со своими домовладыками и, слѣдовательно, обладаютъ всѣми извѣстными тогда правами гражданина.

Кромѣ рассмотрѣнныхъ трибъ и родовъ, въ древнѣйшей организаціи римскаго общества извѣстную роль играютъ *куріи* (curiae): согласно преданію, онѣ являются нѣкоторымъ посредствующимъ звеномъ между трибами и родами: въ каждой трибѣ 10 курій (всего, т. обр., 30), въ каждой куріи 10 родовъ. Но что такое курія и каково ея происхожденіе, вопросъ также чрезвычайно спорный. Одни (напр., Cic) усматриваютъ въ куріяхъ союзы prima facie религіозные — нѣчто вродѣ приходовъ; другіе (напр., De Sanctis) — союзы семействъ для лучшей защиты, на подобіе греческихъ фратрій, и т. д.

Повидимому, дѣленіе на куріи не является учрежденіемъ исключительно римскимъ; оно встрѣчается у другихъ латинскихъ племенъ, хотя значеніе курій у этихъ послѣднихъ не можетъ быть выяснено. Что же касается Рима, то обращаетъ на себя

*) Jellinek. Das Recht des modernen Staates. I. 1900. S. 285.

**) Еще законы XII т., опредѣляя судьбу наследства, говорятъ „agnatus proximus familiam habeto“, — очевидно, разумѣя familia, какъ имущество.

вниманіе то обстоятельство, что, въ то время какъ трибы и роды въ политической организаціи Рима никакой роли не играютъ, куріи являются единственнымъ дѣленіемъ, имѣющимъ *политическое* значеніе: древнѣйшія народныя собранія организованы и вотируютъ по куріямъ (*comitia curiata*). Это наводитъ на мысль, что курія была дѣленіемъ, созданнымъ искусственно именно для этой политической роли. Однако, если мы примемъ во вниманіе, что у древнихъ народовъ обыкновенно народное собраніе есть не что иное, какъ все народное ополченіе, построенное въ боевомъ порядкѣ по отрядамъ („Volk in Waffen“ — *Mayr*), то болѣе правдоподобнымъ явится предположеніе, что и римская курія была по основному своему значенію прежде всего древнѣйшей боевой единицей римлянъ.

Въ силу совпаденія войска и народнаго собранія, курія въ то же время играетъ роль единицы политической; а въ силу того, что общіе интересы могли вызывать и необходимость общихъ жертвоприношеній, курія приобрѣла характеръ и единицы сакральной. Однако, находилось ли общее число курій (30) въ томъ цифровомъ соотношеніи къ трибамъ и родамъ, о какомъ намъ повѣствуетъ преданіе,—это должно быть признано сомнительнымъ. Вѣроятноже, что оно представляетъ собою позднѣйшее измышленіе, попытку соединить въ одномъ объясненіи числа 3 (трибы), 30 (курій) и 300 (древнѣйшее исторически извѣстное число сенаторовъ, которые въ древности мыслились, какъ представители родовъ).

Familiae, gentes, stirpes являются, такимъ образомъ, основными, краеугольными камнями римскаго общественнаго строя древнѣйшаго періода. Весь гражданскій и политическій механизмъ рассчитанъ только на гражданъ, входящихъ въ составъ того или другого изъ родовъ и зачисленныхъ въ ту или другую курію. Внѣ принадлежности [къ одному изъ родовъ нельзя было быть гражданиномъ полноправнымъ. Поэтому-то такіе полноправные граждане называются *патриціями*, т. е. тѣми, *qui patrem sibi esse possunt*, кто можетъ указать своего отца, свой родъ. Слѣдовательно, патриціи, по первоначальной идеѣ своей, отнюдь не являются классомъ богачей или аристократовъ; это имя обозначаетъ только коренныхъ и потому полноправныхъ обитателей Рима.

Рядомъ съ этими полноправными гражданами мы находимъ, однако, и обитателей неполноправныхъ. Таковы *кліенты* и *плебеи*, юридическое положеніе которыхъ различно.

Кліентъ находится въ личной зависимости отъ какого-нибудь патрона изъ патриціевъ. Онъ входитъ въ составъ семьи послѣдняго, обязанъ слѣдовать за нимъ на войну, оказывать ему матеріальную поддержку и нематеріальный штегъ. Съ другой стороны, патронъ обязанъ защищать кліента передъ третьими лицами, ибо кліентъ *гражданской правоспособности не имѣетъ*: онъ можетъ приобретать имущества, вступать въ договоры и т. д., но осуществлять свои права судебнымъ порядкомъ онъ не

можетъ. Юридическую защиту онъ получаетъ только черезъ посредство патрона.

Совершенно инымъ представляется положеніе *плебея*. Плебей, не принадлежа ни къ одному изъ патрицианскихъ семействъ, является тѣмъ не менѣе юридически самостоятельнымъ, хотя и неполноправнымъ. Онъ признается самостоятельнымъ членомъ гражданского общества и въ области гражданскихъ правъ (по имуществу) онъ равенъ патрицію (имѣетъ т. н. *jus commercii*); только браки между патриціями и плебеями признаются незаконными (плебеи не имѣютъ т. н. *jus connubii*). Частыя жалобы плебеевъ на то, что долговыя обязательства патриціямъ гнетутъ ихъ, показываютъ, что между патриціями и плебеями могли существовать юридическія отношенія и что плебеи могли самостоятельно, въ своемъ лицѣ, искать и отвѣчать на судѣ. Это послѣднее различіе въ особенности существенно.

Являясь въ области частныхъ гражданскихъ отношеній правоспособными, плебеи не имѣютъ никакихъ правъ въ области отношеній *политическихъ*. Находясь внѣ патрицианской родовой организаціи (плебеи „*gentes non habent*“), они не участвуютъ въ народныхъ собраніяхъ и потому остаются чуждыми политической жизни общины.

Таково юридическое положеніе кліентовъ и плебеевъ. Спрашивается теперь, каково же ихъ историческое происхожденіе?

Вопросъ этотъ чрезвычайно споренъ *). Есть группа ученыхъ, которые отождествляютъ оба эти элемента. Такъ, по мнѣнію *Моммзена*, плебеи—это тѣ же кліенты, только мало-по-малу „выросшіе изъ своихъ оковъ“, т. е. утратившіе личную зависимость отъ патрона. По мнѣнію *Ине*, плебей-кліенты представляютъ покоренное населеніе, сидящее на землѣ и платящее патриціямъ земельный оброкъ. Съ ученіемъ *Ине* сходно ученіе *Неймана*, который видитъ въ плебейхъ-кліентахъ крѣпостное крестьянство. Но всѣ эти ученія, въ большей или меньшей степени отождествляющія плебеевъ и кліентовъ, находятъ себѣ непреодолимое препятствіе въ отиѣченномъ выше коренномъ различіи между кліентами и плебеями съ точки зрѣнія ихъ юридическаго положенія: одни и тѣ же лица не могутъ одновременно быть безправными (какъ кліенты) и обладать гражданской правоспособностью (какъ плебеи).

Другіе ученые, различая оба эти элемента, пытаются найти и различный историческій источникъ cadaго. Наболѣе согласія мы находимъ при этомъ въ вопросѣ о происхожденіи кліентовъ: ихъ почти всѣ считаютъ за чужеплеменниковъ, или насильно переселенныхъ (послѣ покоренія) или добровольно переселившихся въ Римъ. Зато вопросъ о происхожденіи плебеевъ вызываетъ чрезвычайныя разногласія. Такъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ (*Эд. Мейеръ, De Sanctis* и др. **), причина образованія плебейства

*) Ср. новѣйшій трудъ по этому вопросу—*Binder. Die Plebs. 1909.*

***) Ср. также *R. v. Mayr. Röm. Rechtsgeschichte (Sammlung Göschen). 1912 I Buch. I Hälfte. S. 36 и сл.*

лежитъ въ условіяхъ экономическихъ: плебеи—это болѣе бѣдное и потому *экономически* зависимое население. Изъ первоначально безразличной массы населенія мало-по-малу выдѣляется классъ богачей, который захватываетъ въ свои руки руководство политической жизнью страны и замыкается въ касту патриціевъ. Тогда все, что не вошло въ эту касту, стало называться общимъ именемъ *plebs*. Но эта „экономическая“ теорія предполагаетъ уже въ столь раннее время такую дифференціацію классовъ, которой мы въ дѣйствительности не находимъ. Она привноситъ, далѣе, въ понятіе патриціата идею аристократизма и богатства, чего въ дѣйствительности, какъ мы видѣли, въ немъ нѣтъ *).

Цѣлый рядъ другихъ ученыхъ выводитъ плебеевъ изъ *покореннаго населенія*; но кто это покоренное население, на этотъ вопросъ отвѣчаютъ различно. Одни (т. н. „археологическая школа“—итальянцы *Vonni, Oberziner*) думаютъ, что плебеи это покоренные латинянами аборигены страны. Другіе (т. н. „этруская школа“—*Cupo, Holzapfel* и др.), считая патриціевъ потомками покорителей—этрусковъ, отводятъ покореннымъ латинянамъ роль плебеевъ. Третьи (*Zöllner, Binder*) думаютъ, что патриціи—это потомки покорителей сабинянъ, а плебеи—потомки покоренныхъ латинянъ. Но всѣ эти послѣднія теоріи исходятъ изъ такихъ предположеній (покореніе латинянъ этрусками или сабинянами, наличность аборигеновъ), которыя сами по себѣ, какъ историческія событія, остаются далеко не доказанными.

Ввиду этого наиболѣе правильнымъ должно быть признано слѣдующее объясненіе, которое въ общихъ чертахъ можетъ быть названо и господствующимъ. Оно въ основѣ дано было уже *Нибуромъ* и раздѣляется такими учеными, какъ *Bekker, Schwegler, Lange, Madvig, Herzog* и т. д.

Институтъ *кlientela* встрѣчается у многихъ народовъ и вездѣ онъ обязанъ своимъ происхожденіемъ тому общему древнему возрѣнію, въ силу котораго судъ и право каждаго народа существуютъ только для защиты членовъ даннаго общества; иностранецъ принципиально считается врагомъ, и потому существомъ безправнымъ. Вслѣдствіе этого для того, чтобы обезпечить себѣ какую-нибудь охрану внутри чужого племени, иностранецъ долженъ застаться покровительствомъ какого-нибудь туземца; тогда личность и имя послѣдняго защищаетъ чужеплеменника. Такое же общее возрѣніе на чужеплеменниковъ мы находимъ и въ древнемъ Римѣ: всякій чужестранецъ разсматривается, какъ *hostis*. Если кому-нибудь изъ этихъ *hostes* оказывается необходимостью прибыть въ Римъ, а тѣмъ болѣе поселиться здѣсь на продолжительное жительство (напр., бѣглецы), то ему ничего другого не остается, какъ прибѣгнуть къ гостепримству и покровительству кого-нибудь изъ коренныхъ и полноправныхъ Римлянъ (*hospitium privatum*). Этимъ объясняется и указанная личная зависимость кліента отъ патрона, и принадлежность его къ семьѣ послѣдняго, и особый характеръ отношеній между ними. Какъ совершенно

*) Ср. *Kubler*. v. „Gens.“ (Pauly-W.)

справедливо отмѣчаетъ *Premmerstein* *), вступленіе въ кліенты представляло собой актъ частной *deditio in fidem*. Вслѣдствіе этого нарушеніе патрономъ своихъ обязанностей къ кліенту навлекаетъ на него не свѣтское, а религиозное наказаніе: „*patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto*“, говорятъ законы XII т. Этимъ же объясняется и отсутствіе у кліента гражданской правоспособности: онъ, какъ чужестранецъ, не имѣлъ ея и раньше **).

Происхожденіе *плебеевъ* также вѣрнѣе всего можетъ быть отгадано на основаніи ихъ юридическаго положенія. Это были тоже переселенцы въ Римъ, но очевидно изъ такихъ общинъ и племенъ, которыя пользовались граждански-правовою взаимностью. А таковыми, какъ мы знаемъ, являлись общины Латинскаго Союза. Латины не считались за *hostes*; они и въ Римѣ могли приобретать имущество, заключать съ гражданами сдѣлки и выступать отъ своего имени на судѣ,—имѣли полное *jus commercii*. Поэтому, латинянинъ, переселяясь въ Римъ, не имѣлъ нужды въ *hospitium*; но, конечно, не принадлежалъ ни къ одному изъ родовъ, входящихъ въ составъ *курій* и *трибъ*, онъ не имѣлъ никакихъ политическихъ правъ,—словомъ, сразу становился въ то положеніе, которое является характернымъ для плебеевъ. Съ ростомъ Рима количество такихъ переселенцевъ (иногда и недобровольныхъ) возрастало; они оставались жить въ Римѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе, и такимъ образомъ рядомъ съ слоемъ коренныхъ Римлянъ и сравнительно немногочисленнымъ классомъ кліентовъ постепенно нарасталъ слой новаго населенія, который и сталъ называться *плебсомъ*.

§ 3.

Древнѣйшій государственный строй. Царь, сенатъ, народное собраніе.

Основными элементами древнѣйшаго государственнаго устройства Рима являются царь, сенатъ и народное собраніе.

О томъ, что періоду республики предшествовалъ въ Римѣ періодъ царей, кромѣ римской традиціи, свидѣлствуютъ такія переживанія среди позднѣйшихъ учрежденій республики, какъ *interregnum, rex sacrificulus, regifugium* и т. д.

Царь (*rex*) является верховнымъ владыкой государства; въ его рукахъ сосредоточиваются всѣ функціи государственной власти. Онъ является и верховнымъ полководцемъ народа, и блюстителемъ внутренняго порядка, и предстателемъ за народъ передъ

*) V. *Cientes* у *Pauly-Wissowa*.

**) Въ рядахъ кліентовъ находятся въ древнѣйшее время и рабы, которымъ господинъ предоставлялъ свободу; отпущеніе раба на волю (*manumissio*) вначалѣ ставило этого послѣдняго только подъ покровительство той же *fides* (*Premmerstein*. I. cit.).

богами. Въ качествѣ полководца, онъ распоряжается военными силами народа, назначаетъ командировъ и т. д. Въ качествѣ блюстителя внутренняго порядка, онъ имѣетъ право суда и наказанія надъ всѣми гражданами (*jus coercitionis*) вплоть до права жизни и смерти. Въ качествѣ верховнаго жреца, онъ завѣдываетъ совершениемъ общенародныхъ жертвоприношеній и т. д.

Римъ не является, однако, монархіей *династической*. Возможно, что въ эпоху доисторическую и Римъ зналъ царскую власть, переходившую по наслѣдству въ какомъ-нибудь родѣ [Bernhöft *)] находить слѣды такой наслѣдственности], но во всякомъ случаѣ уже съ самаго начала исторической эпохи о такой наслѣдственности рѣчи быть не можетъ. Нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ думаютъ, что царь—на подобіе того какъ въ послѣдствіи диктаторъ и *rex sacrorum*—назначался предшественникомъ (Bonfante, Maug). Вѣроятно, однако, господствующее мнѣніе, которое считаетъ царскую власть *выборной*. Послѣ смерти царя, въ моментъ междуцарствія (*interregnum*) верховная власть въ государствѣ переходитъ къ сенату. Сенатъ выбираетъ изъ своей среды 10 человекъ (*interreges*), которые по очереди (по 5 дней каждый) управляютъ государствомъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ намѣченъ кандидатъ въ цари. Намѣченнаго кандидата очередной *interrex* предлагаетъ народному собранію, которое и облакаетъ его властью (*lex curiata de imperio*). Для приобрѣтенія права сноситься съ богами вновь избранному царю необходимо еще особое посвященіе—*inauguratio*.

При отправленіи своей власти царь можетъ назначать себѣ помощниковъ; но образовалось-ли уже въ царскій періодъ что-либо вродѣ постоянныхъ магистратуръ, трудно сказать. Несомнѣнно существовали командиры отдѣльныхъ войсковыхъ частей (*tribuni militum, tribuni celerum*); возможно, что на время своего отсутствія царь оставлялъ въ городѣ кого-либо въ качествѣ своего замѣстителя (*praefectus urbi*), но постоянные судьи для уголовныхъ дѣлъ (*duoviri perduellionis* и *quaestores parricidii*), по всей вѣроятности, относятся уже къ эпохѣ республики.

Рядомъ съ царемъ стоитъ *сенатъ* (*senatus*), состоявшій въ древнѣйшее время изъ всѣхъ родовыхъ старѣйшинъ, которые являлись, такимъ образомъ, какъ представители родовъ, членами сената *ex officio*. На это указываетъ уже упоминавшееся ранѣ совпаденіе числа сенаторовъ съ числомъ родовъ по римскому преданію, а также наименованіе сенаторовъ „*patres*“. Позже, однако, съ постепеннымъ паденіемъ значенія родовъ и съ усиленіемъ царской власти, этотъ принципъ родового представительства отпадаетъ и сенатъ составляется назначеніемъ царя.

Роль сената по отношенію къ царю является чисто совѣщательной: сенатъ обсуждаетъ по предложенію царя тѣ или другіе вопросы, и его заключенія (*senatusconsulta*) имѣютъ принципиально значеніе совѣтовъ, для царя юридически не обязательныхъ, но имѣющихъ, конечно, огромную фактическую силу.

*) Staat und Recht der röm. Königszeit. 1882.

По отношенію къ народу сенатъ играетъ роль опекуна. Эта роль сказывается уже въ описанномъ выше *interregnum*. Но и сверхъ того, всякій новый законъ, принятый въ народномъ собраніи, нуждается еще для своей дѣйствительности въ утвержденіи сената (т. н. *auctoritas patrum*, которую Моммзенъ справедливо сближаетъ съ *auctoritas tutoris* *).

Третьимъ элементомъ государственнаго устройства является *народное собраніе*, т. е. собраніе всѣхъ взрослыхъ (способныхъ носить оружіе) полноправныхъ гражданъ (т. е. патрицевъ). Въ основу организациіи этихъ народныхъ собраній положено описанное выше дѣленіе на куріи, почему и самое собраніе называется *comitia curiata* или (по способу своего созыва, черезъ глашатаевъ) *comitia calata*. Народное собраніе созывается по инициативѣ царя, который и вноситъ туда свои предложенія. Предложенія эти въ собраніи не дебатуются, а лишь просто принимаются или отвергаются открытою устною подачей голосовъ (простымъ „да“ или „нѣтъ“). Большинство голосовъ въ данной куріи давало голосъ куріи, а большинство голосовъ этихъ послѣднихъ давало рѣшеніе народнаго собранія. Предметы вѣдомства народныхъ собраній едва-ли могутъ быть опредѣлены съ достаточной ясностью. А priori можно предположить, что въ санкціи народныхъ собраній нуждались всѣ новые законы, затрагивавшіе болѣе или менѣе существенно правовой строй общества. Въ народномъ собраніи, далѣе, происходитъ принятіе кого-либо въ составъ патрицевъ (*cooptatio in patriciis*), а также нѣкоторые важнѣйшіе акты частно-правовой жизни—усыновленіе (*arrogatio*) и завѣщаніе (*testamentum*). Наконецъ, вѣроятно, въ собраніяхъ же рѣшались и важнѣйшіе вопросы текущей внутренней и внѣшней политики—напр., вопросъ объ объявленіи войны, о заключеніи мира и т. п.

Но, вообще, передать или не передать тотъ или иной вопросъ на рѣшеніе народнаго собранія зависѣло всецѣло отъ воли царя, ибо и самое народное собраніе безъ его воли состояться не могло.

Патріархальный характеръ древне-римскаго государственнаго строя устраняетъ мысль о какихъ бы то ни было юридическихъ (конституционныхъ) правахъ народныхъ собраній по отношенію къ царю. Фактически, конечно, царь во всѣхъ важнѣйшихъ случаяхъ долженъ былъ искать опоры въ народѣ, но юридически его личная воля, его верховная власть (*imperium*) ничѣмъ не была связана. вмѣсто того, чтобы вносить свои предложенія въ *comitia*, царь могъ и самостоятельно повелѣть (*impegare*) то, что находилъ нужнымъ, и такое начальственное предписаніе было для гражданъ такъ же обязательно, какъ и законъ,—съ тѣмъ развѣ только различіемъ, что законъ, принятый въ народномъ собраніи (*lex*), есть *jussus populi*, обязательный навсегда (до отмѣны въ такомъ же порядкѣ); межъ тѣмъ какъ личное предписаніе царя имѣетъ силу лишь до тѣхъ поръ, пока этотъ царь находится у власти, и, слѣдовательно, со смертью его *eo ipso* перестаетъ быть обязательнымъ.

*) Cp. J. Bloch. La république romaine 1913. p. 17—18. *

Ввиду наличности всѣхъ трехъ описанныхъ элементовъ, *общій характеръ* римскаго государственнаго устройства этого періода представляется спорнымъ. Ввиду того, что рядомъ съ царемъ стоятъ сенатъ и народное собраніе, государственное устройство можетъ показаться монархіей конституціонной; съ другой стороны, ввиду отсутствія какихъ-либо юридическихъ ограниченій царской власти, оно можетъ быть понято, какъ монархія абсолютная; наконецъ, принимая во вниманіе выборный характеръ царской власти и сравнительную полноту полномочій позднѣйшихъ республиканскихъ магистратовъ, въ особенности диктаторовъ и консуловъ, можно и древнѣйшій Римъ счесть за республику, только съ диктаторомъ пожизненнымъ. Равнымъ образомъ, споренъ и внутренний характеръ этого устройства: одни выдвигаютъ въ царской власти на первый планъ элементъ военный (напр., De Sanctis), другіе—элементъ религіозный, теократическій (напр., Фюстель-де-Куланжъ) и т. д.

Всѣ эти споры находятъ себѣ объясненіе въ томъ, что въ государственномъ устройствѣ этого періода заключены еще всѣ эти элементы вмѣстѣ и что къ несложившемуся еще строю нельзя прилагать нашихъ нынѣшнихъ теоретическихъ категорій. И если ужъ желательно дать этому строю какое-либо общее опредѣленіе, то наиболѣе вѣрнымъ будетъ „*патріархальный*“. Царь является патріархальнымъ владыкой своего народа и стоитъ къ послѣднему въ такомъ же отношеніи, какъ *paterfamilias* къ своей семьѣ. Какъ въ рукахъ *paterfamilias* сосредоточивались всѣ функціи семейной власти, такъ въ рукахъ царя сосредоточивалось начальство надъ народомъ во всѣхъ сторонахъ его существованія; какъ *paterfamilias* не ограниченъ ничѣмъ, кромѣ религіи и общественнаго мнѣнія, такъ не ограниченъ и царь въ своемъ управленіи народомъ *).

§ 4.

Сакральный строй **).

Религіозныя вѣрованія и религіозная организація народа никогда не остаются безъ вліянія на его жизнь и его правовыя учрежденія, и чѣмъ древнѣе эпоха, тѣмъ значительнѣе, по общему правилу, это вліяніе. У однихъ народовъ вліяніе религіи сильнѣе, у другихъ слабѣе: у индусовъ или египтянъ, напримѣръ, оно было настолько сильно, что всему ихъ государственному строю придавало характеръ теократіи. Такого значенія у древнихъ Рим-

*) *Моммзенъ*, Римская исторія. Т. I. Русскій переводъ Невѣдомскаго (1887) стр. 61 и сл.—*Bloch*. l. cit. p. 22: „La cité est, à beaucoup d'égards, l'image de la famille comme le roi est l'image du père“.

***) *Фюстель-де-Куланжъ*. Древняя гражданская община. Рус. пер. 1903.—*Danz*. Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr 1857.

лянъ религія уже не имѣетъ (хотя, напр., Фюстель-де-Куланжъ держится иного мнѣнія). Римляне уже очень рано стали отдѣлять право свѣтское, человѣческое (*jus humanum*) отъ права божескаго (*jus divinum*). Но при всемъ томъ и у Римлянъ религія не оставалась безъ значительнаго вліянія, причѣмъ это вліяніе было многообразно и проникало въ жизнь различными путями. Укажемъ здѣсь лишь важнѣйшія изъ явленій этого рода.

Даже дойдя до принципиальнаго признанія всей отдѣльности *jus divinum* отъ *jus humanum*, не легко *in concreto* провести между ихъ областями точную демаркаціонную линію, опредѣлить, что подлежитъ санкціи свѣтскаго права и что—санкціи права сакрального. Съ другой стороны, при неразвитости и неполнотѣ древняго свѣтскаго права многія отношенія, подлежащія впоследствии свѣтской юрисдикціи, въ древнѣйшее время находили себѣ защиту только въ религіи.

Многія дѣянія, безразличныя для права, считались нарушающими предписанія религіи и по приговору сакрального суда навлекали на виновника то или другое, иногда очень существенное наказаніе. Такимъ образомъ, рядомъ со свѣтскимъ уголовнымъ правомъ существовало очень сложное *уголовное сакральное право*. Такъ, напримѣръ, выше было уже упомянуто, что отношенія кліента къ патрону стояли исключительно подъ защитой религіи: неисполненіе патрономъ своихъ обязанностей по отношенію къ кліенту влекло за собой для вѣроломнаго патрона высшее наказаніе— „*sacer esto*“ („*patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto*“): онъ объявлялся обреченнымъ мщенію боговъ и потому поставленнымъ внѣ общенія людей и внѣ всякой защиты закона. Религіознымъ преступленіемъ считалось и *нарушеніе клятвы, присяги*: виновникъ подлежалъ большей или меньшей, личной или имущественной, карѣ съ цѣлью очищенія передъ оскорбленными богами (*expiatio*). Присяга же играла въ примитивной жизни древняго Рима чрезвычайно важную роль: ею подкрѣплялись сплошь и рядомъ разнообразныя договорныя обѣщанія, которыя въ глазахъ свѣтскаго права еще не имѣли никакой юридической силы; неисполненіе такого обѣщанія являлось уже нарушеніемъ присяги и влекло за собой духовный судъ и *expiatio*. Какъ увидимъ далѣе, присяга имѣла огромное значеніе и въ древне-римскомъ гражданскомъ процессѣ.

Примѣшивались вопросы религіи, далѣе, къ различнымъ вопросамъ *семейныхъ и наследственныхъ отношеній*. Въ сферѣ семьи вмѣшательство жрецовъ и жреческой юрисдикціи вызывала религіозная форма брака—*confarreatio*, одна изъ древнѣйшихъ формъ его заключенія. Въ сферѣ наследованія большое значеніе имѣлъ институтъ семейныхъ *sacra*. Каждая семья имѣла свой особый культъ, культъ своихъ предковъ, души которыхъ, по вѣрованіямъ Римлянъ, продолжали витать около домашняго очага и которые для своего загробнаго покоя нуждались въ извѣстныхъ жертвоприношеніяхъ. Эти жертвоприношенія никогда не должны были прекращаться, въ противномъ случаѣ память предковъ бу-

детъ оскорблена; души предковъ превратятся изъ добрыхъ геніевъ въ злыхъ и притомъ—не только для ближайшихъ членовъ семьи, но и для всего римскаго народа. Ввиду этого вопросъ о томъ, къ кому въ случаѣ смерти даннаго *paterfamilias* перейдутъ право и обязанность поддерживать далѣе семейныя *sacra*, этотъ религіозный вопросъ примѣшивался къ вопросу о наслѣдованіи и, такимъ образомъ, открывалъ дорогу для воздѣйствія сакральнаго права на свѣтское.

Большое значеніе въ гражданской жизни имѣли, затѣмъ, т. наз. *dies nefasti*, дни праздничные, въ теченіе которыхъ нельзя было совершать извѣстныхъ гражданскихъ или публичныхъ актовъ. Опредѣленіе же *dies fasti* и *dies nefasti*, равно какъ и все установленіе календаря, находилось въ рукахъ жрецовъ.

Приведеннымъ далеко не исчерпывается кругъ отношеній, такъ или иначе затрагивающихъ вопросы религіи и сакральнаго права, и чѣмъ далѣе въ исторіи назадъ, тѣмъ этотъ кругъ шире и значительнѣе.

Понятно, что при такой сложности *jus sacrum* его познаніе и толкованіе требовало немалыхъ спеціальныхъ теологическихъ и юридическихъ свѣдѣній. Эти свѣдѣнія и концентрировались въ различныхъ *жреческихъ коллегіяхъ*.

Для всѣхъ только-что перечисленныхъ вопросовъ и отношеній имѣла центральное значеніе *коллегія понтификовъ* (*pontifices*). Первоначальное назначеніе этой коллегіи, какъ и ея названіе (почему—„мостостроители“?) темно, но несомнѣнно, что въ историческую эпоху въ этой коллегіи сосредоточивалось знаніе и храненіе сакральнаго права (*jus pontificium*). Въ этой коллегіи вырабатываются правила и приемы толкованія, ведутся даже записи юридическихъ прецедентовъ, записи, носящія названіе *commentarii pontificum*; только у понтификовъ можно получить и надлежащій юридическій совѣтъ. Такимъ образомъ, по всей справедливости понтифики считаются первыми римскими юристами, положившими начало развитію римскаго *гражданскаго* права.

Но и область *публичнаго права*, область дѣлъ политическихъ, не была свободна отъ разнообразныхъ сакральныхъ вліяній. Наибольшее значеніе имѣлъ здѣсь институтъ *auspicia*, т. е. религіозныя гаданія. Передъ началомъ всякаго сколько-нибудь значительнаго акта, какъ каждый отдѣльный гражданинъ, такъ и все государство въ лицѣ своихъ властей предварительно старались узнать волю боговъ: благоприятствуетъ-ли она предполагаемому предпріятію (созываемому народному собранію и т. п.) или нѣтъ. Средствами для познанія этой воли боговъ были небесныя знаменія, поведеніе священныхъ птицъ и т. д. Но толкованіе этихъ признаковъ требовало опять-таки извѣстныхъ спеціальныхъ знаній, и эти знанія сохранялись и поддерживались въ другой жреческой коллегіи—*авгуровъ*. Подобно тому, какъ понтифики имѣли большое значеніе для вопросовъ гражданскаго права, такъ коллегія *авгуровъ* имѣла большой вѣсъ въ области публичнаго права и въ вопросахъ политики: объявивъ наблюдаемая предзнаменованія

неблагоприятными, *авгуры* могли затормозить любое государственное начинаніе. Неудивительно поэтому, что патриціи вполнѣ въ своей борьбѣ съ плебеями очень дорожили этой коллегіей и долѣе всего противились вторженію въ нее этихъ послѣднихъ.

Наконецъ, и *международныя отношенія* находились въ зависимости отъ нормъ сакральнаго права. Учрежденіемъ, компетентнымъ въ этой области, являлась третья значительная коллегія—*феціаловъ*. Передъ объявленіемъ войны *феціалы* въ качествѣ пословъ отправлялись для переговоровъ къ непріятелю и, въ случаѣ безуспѣшности ихъ, уходя, бросали съ пограничной черты съ особыми обрядами въ непріятельскую землю копье. Они же скрѣпляли миръ клятвами и жертвоприношеніями.

Кромѣ указанныхъ, существовало еще немало другихъ жрецовъ (единичныхъ и коллегій—напр., *фламины*, *весталки*, *haruspices* и т. д.), но они уже не имѣли для юридической жизни такого значенія, какъ первыя три коллегіи.

Такимъ образомъ, вліяніе сакральнаго права, особенно въ древнѣйшій періодъ римской исторіи, было весьма значительно. Это вліяніе уменьшается вполнѣ, особенно съ установленіемъ республики, для которой характеристичнымъ является строго проведенное отдѣленіе жреческихъ должностей отъ свѣтскихъ магистратуръ. Это отдѣленіе, говоритъ Моммзенъ, является, быть можетъ, однимъ изъ самыхъ существенныхъ элементовъ республиканской реформы; благодаря этому отдѣленію созданъ тотъ перевѣсъ государственной власти, который далъ затѣмъ Риму въ теченіе послѣдующихъ столѣтій гегемонію въ античной цивилизаціи *).

§ 5.

Экономическія отношенія ***).

Если вообще въ вопросахъ древнѣйшей Римской исторіи мы наталкиваемся на массу затрудненій, то въ области экономическихъ отношеній наши свѣдѣнія по преимуществу оказываются скудными и неуверенными.

Основой всей экономической жизни древняго Рима являлось безспорно *земледѣліе*. По справедливому замѣчанію *Гушке*, весь римскій календарь, расположеніе праздниковъ и т. д., указываетъ на земледѣльческій укладъ обыденной жизни. Еще въ эпоху нѣ-

*) *Mommsen*. Abriss des röm. Staatsrechts. 1893. стр. 88. Ср. *Bonfante*. Storia del diritto romano. 2 ed. 1909 p. 113.

**) *Max Weber*. Römische Agrargeschichte. 1891.—Его же статья *Agrargeschichte* въ *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*.—Въ русской литературѣ *Синайскій*. Очерки по исторіи землевладѣнія и права въ древнемъ Римѣ. Вып. I. 1908, II—V. 1913, VI. 1915.

сколько болѣе поздною, въ законахъ XII т., земледѣльческія преступленія занимаютъ, по сравненію съ другими, весьма видное мѣсто.

Но на какихъ юридическихъ основахъ покоилось это земледѣліе? Другими словами, каковъ былъ строй древне-римскаго землевладѣнія? На этотъ счетъ мы имѣемъ весьма неопредѣленные и противорѣчивыя данныя, разобраться въ которыхъ въ высшей степени затруднительно.

Позднѣйшее римское гражданское право всей своей структурой, прямолинейнымъ и часто до крайности послѣдовательнымъ проведеніемъ начала частной, индивидуальной собственности, отрицательнымъ отношеніемъ ко всякаго рода имущественнымъ общностямъ и т. д. какъ будто свидѣтельствуетъ о томъ, что институтъ *частной, личной собственности* присущъ самому римскому духу и является исконнымъ институтомъ римскаго права. Это подтверждается на первый взглядъ и сообщеніемъ нѣкоторыхъ римскихъ писателей (Варрона и Плинія) о томъ, что Ромуль, при самомъ основаніи города, раздѣлилъ между гражданами землю на участки по 2 югега, съ тѣмъ, чтобы эти участки переходили по наслѣдству, почему они и назывались *heredia* (*heredium* отъ слова *heres*, наслѣдникъ).

Однако, цѣлый рядъ другихъ данныхъ противорѣчитъ такому заключенію. Уже выше было упомянуто о томъ, что извѣстное древнему Риму право родового наслѣдованія и родовой опеки свидѣтельствуетъ о нѣкоторой родовой общности имущества. Съ другой стороны, какъ справедливо указалъ Моммзенъ, 2 югега, равныя на нашъ счетъ около полудесятины земли, не могли быть достаточными для прокормленія даже самой средней земледѣльческой семьи. Наконецъ, исторія многихъ другихъ народовъ показываетъ, что институтъ частной собственности развивается сравнительно поздно и что ему обыкновенно предшествуютъ такія или иныя формы коллективнаго землевладѣнія.

Народъ (или племя), осаживаясь на какой-нибудь территоріи, занимая ее, смотритъ, конечно, на нее, какъ на свою, и будетъ всѣми силами защищать ее отъ вторженія чужеплеменниковъ. Занятая такимъ образомъ земля есть земля всего народа, всего племени: внутри народа на первыхъ порахъ еще не существуетъ какихъ-либо частныхъ, исключительныхъ правъ на тотъ или другой участокъ. Народъ расселяется, однако, различными болѣе мелкими союзами, изъ которыхъ онъ слагается, — общинами, родами и т. п. По мѣрѣ все большаго и большаго развитія осѣдлости эти общины или роды привлекаютъ смотрѣть на занимаемый ими участокъ общей земли, какъ на свой участокъ, въ противоположность чужимъ общинамъ или чужимъ родамъ. Такъ возникаетъ чувство общинной или родовой принадлежности, а вмѣстѣ съ тѣмъ и право *общинной или родовой собственности*. Община и родъ, въ свою очередь, распадается на отдѣльныя семьи (дворы), являющіяся основными хозяйственными единицами. Каждая изъ этихъ семей сидитъ на извѣстномъ участкѣ общинной или родовой

земли, обрабатываетъ его и пользуется его плодами для своего продовольствія. Съ развитіемъ нѣкоторой интенсивности сельскохозяйственной культуры развивается на этой почвѣ постепенно чувство семейной принадлежности даннаго участка, а вмѣстѣ и *право семейной собственности*. Представленіе о томъ, что земля принадлежитъ всему народу, постепенно отходитъ на второй планъ, превращаясь мало-по-малу въ т. наз. право верховной собственности государства (*dominium emipens*) на государственную территорію. Такъ же понемногу ослабляется и сознаніе правъ общины или рода; объ этихъ правахъ вспоминаютъ только тогда, когда та или другая семья вымираетъ: вмѣстѣ съ ней отпадаетъ пользователь извѣстной части общинной или родовой земли, вслѣдствіе чего эта часть возвращается теперь къ своему первоисточнику. Въ этомъ процессѣ постепеннаго разложенія общинной или родовой собственности естественно впереди идти тѣ земли, въ которыя вкладывается больше труда и капитала. Прежде всего усвоятся неотъемлемо отдѣльнымъ семьямъ земли усадебныя, затѣмъ обрабатываемыя, пахотныя; лѣса и луга долѣе другихъ остаются въ общемъ пользованіи, но затѣмъ и для нихъ наступаетъ чередъ.

Едва-ли можетъ подлежать сомнѣнію, что въ общихъ чертахъ тотъ же историческій процессъ совершился въ свое время и въ Римѣ. Объ этомъ свидѣтельствуютъ слѣды, оставленные каждой изъ отдѣльныхъ основныхъ стадій въ этомъ процессѣ.

Такъ, въ теченіе всей своей дальнѣйшей исторіи, при каждомъ новомъ захватѣ завоеванной земли, Римъ неукоснительно признаетъ захваченную территорію за *ager publicus*, за землю всего римскаго народа, какъ такового. Этотъ принципъ примѣняется не только къ отдѣльнымъ частямъ захваченной территоріи, но и къ цѣлымъ огромнымъ провинціямъ. Какъ будетъ поступлено затѣмъ съ этимъ *ager publicus*, это другой вопросъ; во всякомъ случаѣ, *prima facie* захваченная территорія есть *dominium populi Romani*.

Но, какъ мы знаемъ, Римская *civitas* состояла изъ извѣстнаго количества родовъ (*gentes*). Каждый родъ занималъ извѣстную часть территоріи, которую и обрабатывалъ. На то обстоятельство, что и Римляне сидѣли на землѣ родами, указываютъ родовыя названія древнѣйшихъ сельскихъ трибъ уже послѣ того, какъ трибы стали дѣленіемъ чисто территоріальнымъ (*tribus Aemilia, Camilia, Claudia, Cornelia* и т. д.). Право родового наслѣдованія и родовой опеки свидѣтельствуетъ о томъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ простымъ территоріальнымъ сосѣдствомъ юридически разрозненныхъ семействъ, а съ историческимъ остаткомъ прежняго родового землевладѣнія.

Наконецъ, въ свѣтъ общаго историческаго процесса получается надлежащее объясненіе и римское *преданіе* о *heredium*. *Heredium* представляетъ собою, по всей видимости, не что иное, какъ лишь усадебное мѣсто. Въ источникахъ слово *heredium* сближается со словомъ *hortus*, а это послѣднее употребляется

часто вмѣсто villa. И впоследствии, при основаніи колоній, поселяющимся колонистамъ отводилось также по 2 jugera, но лишь какъ мѣсто для усадьбы; остальная же необходимая земля отмежевывалась въ одной общей чертѣ. Въ виду всего этого вѣроятно, что преданіе о hereditium есть лишь воспоминаніе о той порѣ, когда усадебная земля стала окончательно считаться неотъемлемой собственностью семьи, изъятой отъ такихъ или иныхъ возможныхъ распоряженій рода или общины (напр., какого-либо педѣла)*).

Несмотря на далеко продвинувшійся процессъ разложенія общинной (civitas) и родовой собственности, долго еще въ Римѣ сохраняется представленіе о томъ, что тотъ или иной участокъ, принадлежащій данной семьѣ, есть только доля этой семьи въ общей землѣ. *Max Weber* правильно указываетъ, что первоначальная „квиритская собственность“ (dominium ex jure Quiritium) обозначала только право на извѣстный „жеребій“ въ общинной землѣ, на нѣкоторую „quota“ ея, что слово *fundus* обозначало болѣе „надѣлъ“, чѣмъ реальную площадь земли.

Принадлежность того или другого участка семьѣ носить еще долго характеръ не личной, а *семейной собственности*: участокъ, на которомъ сидитъ и которымъ живетъ семья, рассматривается не какъ вещь, принадлежащая лично домовладыкѣ, а какъ общее достояніе и хозяйственный фундаментъ цѣлой семьи. Еще впоследствии сохраняется представленіе, что всѣ члены семьи суть какъ бы сособственники на эту землю даже при жизни paterfamilias („quodammodo domini“ — у Гая). Земля, принадлежащая семьѣ, входитъ въ составъ familia и этимъ именемъ часто обозначается. Ввиду этого и право распоряженія ею было въ древнѣйшее время въ рукахъ paterfamilias далеко не такимъ полнымъ, какъ впоследствии: остаткомъ древнѣйшихъ ограниченій свободы домовладыки является, напримѣръ, т. н. формальное необходимое наследованіе сыновей, о которомъ будетъ рѣчь впоследствии. И лишь постепенно эти ограниченія отпадаютъ, права paterfamilias усиливаются, и то, что раньше считалось общимъ надѣломъ семьи, начинаетъ рассматриваться, какъ *личная собственность* paterfamilias. И только съ этого момента можно говорить объ окончательномъ установленіи въ римскомъ правѣ института частной, индивидуальной собственности. Къ какому времени при-

*) Ср. R. v. Mayr. Rom. Rechtsgeschichte. S. 48 и сл.—Иначе *Синайскій* въ цитированномъ выше сочиненіи. Г. Синайскій пытается защитить свидѣтельства источниковъ о двухъ-югеромъ надѣлѣ, какъ надѣлѣ нахотномъ, отъ возраженій Моммзена и другихъ. По его мнѣнію, въ основѣ древне-римскаго землевладѣнія лежитъ государственный раздѣлъ земли въ частную собственность по 2 югера, но не „подворно“, какъ думали до сихъ поръ, а „подушно“, virgatum, т. е. по 2 югера на каждого воина, на каждого способнаго носить оружіе члена семьи. Однако, и такое толкованіе не устраняетъ серьезныхъ сомнѣній. Еще болѣе сомнѣній возбуждаютъ дажнѣйшія идеи автора относительно разныхъ древне-римскихъ учреждений, входящихъ въ послѣднемъ VI выпускѣ (1915 г.) до сравненія древняго Рима съ нашими казачьими общинами (Запорожской сѣчью, общинами Донскихъ и др. казаковъ).

урочивается этотъ моментъ, трудно сказать; обыкновенно думаютъ, что ко времени законовъ XII т. частная собственность уже окончательно сложилась.

Было бы въ высокой степени важно составить себѣ хотя бы самое общее представленіе о *количественномъ распределеніи* земли между отдѣльными семейными хозяйствами въ древнѣйшее время, но, разумѣется, никакого статистическаго матеріала у насъ нѣтъ. Нѣкоторые указанія, однако, быть можетъ, даетъ намъ распределеніе гражданъ по имущественнымъ классамъ въ т. наз. реформѣ Сервія Туллія*). Какъ извѣстно и какъ объ этомъ будетъ сказано далѣе, въ основу раздѣленія гражданъ было положено количество принадлежащей каждому земли. При этомъ въ первый классъ зачислялись граждане, имѣвшие свыше 20 югеровъ земли, во 2-й отъ 15 до 20, въ 3-й отъ 10 до 15, въ 4-й отъ 5 до 10 и въ 5-й отъ 2 до 5 югеровъ. Если мы вспомнимъ, что одинъ югеръ равняется, приблизительно, $\frac{1}{4}$ нашей десятины, то мы увидимъ, что граждане перваго, высшаго класса, суть не что иное, какъ лица, имѣющія болѣе, чѣмъ 5 десятинъ, т. е. не что иное, какъ средніе, достаточные крестьяне. Если мы примемъ, далѣе, во вниманіе, что эти граждане перваго класса составляли 98 центурій (80 пѣшихъ и 18 всадническихъ) изъ общаго числа 193 центурій, то (при предположеніи, что центурія есть по численности болѣе или менѣе одинаковая боевая единица), окажется, что въ моментъ реформы въ общемъ составѣ римскаго населенія такихъ полноземельныхъ крестьянъ было болѣе половины. Наконецъ, обращаетъ на себя вниманіе слабая прогрессія земельныхъ нормъ: отъ 2 до 5, отъ 5 до 10 и т. д. югеровъ; она указываетъ на то, что большой хозяйственной дифференціаціи еще не существовало, что о какихъ-либо особенно крупныхъ хозяйствахъ еще и рѣчи быть не можетъ. Если бы классъ крупныхъ помѣщиковъ-землевладѣльцевъ къ тому времени успѣлъ уже образоваться, если бы онъ занималъ уже сколько-нибудь замѣтное мѣсто въ хозяйственной жизни страны, это неизбѣжно сказало бы и на самомъ построеніи классовъ. Вотъ почему всѣ теоріи, строящія ту или иную гипотезу (напр., относительно происхожденія плебеевъ) на предполагаемомъ экономическомъ расчлененіи древнѣйшаго римскаго населенія, оказываются лишенными фундамента: рѣзкаго расчлененія еще не существовало.

Кромѣ земледѣлія, безъ сомнѣнія, были уже извѣстны и *другіе источники дохода* въ качествѣ подсобныхъ. Наибольшее значеніе изъ нихъ имѣло *скотоводство* съ выпасомъ на общественныхъ выгонахъ. Какъ извѣстно, еще впоследствии, въ періодъ республики, значительныя части ager publicus представлялись для этой цѣли. Въ общемъ бюджетѣ семьи продукты скотоводства—pecus—играли роль оборотнаго капитала: ими путемъ обмѣна удовлетворялись текущія нужды семьи. Въ древнѣйшее время въ Римѣ скоть игралъ роль денегъ; объ этомъ

*) Ср. *Girard*, Manuel. p. 17—18.

свидѣтельствуется самое названіе послѣднихъ *pecunia* (отъ *pecus*); кромѣ того, по свидѣтельству источниковъ еще въ началѣ періода республики имущественные штрафы назначались въ видѣ извѣстнаго количества скота (напр., *Lex Aternia Tarpeia* опредѣляетъ законный максимумъ штрафа, за предѣлы котораго не долженъ переступить магистратъ, въ 30 быковъ и 2 овцы).

Были извѣстны, конечно, и *ремесла*. Преданіе рассказываетъ намъ даже о томъ, что еще Нума организовалъ ремесленниковъ въ цехи. Разсказъ о Нумѣ можетъ быть легендой, но несомнѣнно, что нѣкоторыя корпораціи ремесленниковъ очень стары. Отдѣльные виды мастеровъ, имѣющихъ значеніе въ военномъ дѣлѣ, занимаютъ особое мѣсто и въ рядахъ сервіановскихъ центурій (центуріи плотниковъ и слесарей—*lignarii* и *ferrarii* и двѣ центуріи военныхъ музыкантовъ—*cornicines* и *tibicines*).

Наконецъ, зарождалась и *торговля*. Нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ думаютъ даже, что уже вначалѣ своей исторической эпохи Римъ былъ крупнымъ торговымъ центромъ, жилъ торговлей—даже заморской. Въ подтвержденіе ссылаются на преданіе о торговомъ договорѣ съ Карфагеномъ 508 г. до Р. X. (Эд. Мейеръ и др.). Такое мнѣніе, однако, рѣшительно опровергается всѣмъ тѣмъ, что мы знаемъ объ экономическомъ укладѣ древняго Рима. Мы знаемъ уже, что вся экономическая жизнь этого времени базируется на земледѣльческомъ и притомъ натуральномъ хозяйствѣ. Еще законы XII т. рисуютъ намъ картину крайне несложнаго хозяйственного быта. Развитая и даже заморская торговля привела бы къ гораздо большому слоению общества по имуществу, чѣмъ то мы въ дѣйствительности наблюдаемъ. Но самое рѣшительное опроверженіе указаннаго мнѣнія даетъ состояніе средствъ обмѣна, т. е. *характеръ древнихъ римскихъ денегъ*.

Какъ было указано выше, римляне долго еще въ качествѣ средства обмѣна, въ качествѣ товара-посредника и платежнаго средства, употребляютъ скотъ, *pecus*. Позже они начинаютъ употреблять металлъ и именно *мѣдь*, *aes*, откуда позднѣйшія выраженія—*aestimatio* и т. д. Но мѣдь фигурируетъ въ оборотѣ въ слиткахъ (*aes rude*, *raudusculum*), вслѣдствіе чего при всякой сдѣлкѣ необходимо было удостовѣряться, во-первыхъ, въ чистотѣ предлагаемаго слитка, а, во-вторыхъ, въ его вѣсѣ. Первое удостовѣрялось звукомъ, издаваемымъ слиткомъ при ударѣ о какой-нибудь другой предметъ; второе взвѣшиваніемъ (отсюда *deperdere*, *expendere* и т. д.). Изъ этихъ первоначально воплнѣ реальныхъ потребностей оборота сложилось много дѣйствій, впоследствии уже чисто символическихъ, вродѣ того, напримѣръ, что при сдѣлкѣ долженъ былъ присутствовать (ненужный уже) вѣсодержатель съ вѣсами, что дающій деньги ударялъ монетой по вѣсамъ и т. д. (т. наз. *negotia per aes et libram*, сдѣлки при посредствѣ мѣди и вѣсовъ).

И лишь значительно позже появляется *монета*. По мнѣнію однихъ, ее начали чеканить при Сервіи Тулліи; по мнѣнію другихъ, при С. Тулліи государство стало только своимъ клеймомъ

гарантировать чистоту слитка (т. ск., накладывать пробу—*pecunia forma publica signata*); чеканка же монеты установилась лишь при децемвирахъ; по мнѣнію третьихъ—и того позже*). Во всякомъ случаѣ первой чеканной монетой былъ *as libralis*—асъ, равный 1 фунту мѣди.

Такая „монетная система“ сама по себѣ свидѣтельствуется, что о сколько-нибудь развитой торговлѣ въ то время и рѣчи быть не можетъ: съ такой малоцѣнной и тяжеловѣсной монетой можетъ мириться только довольно примитивный хозяйственный бытъ, въ которомъ рѣдко и мало покупаютъ и продаютъ, удовлетворяя свои несложныя потребности, главнымъ образомъ, средствами своего же хозяйства.

§ 6.

Источники права.

Право, какъ совокупность общеобязательныхъ нормъ или правилъ поведения, можетъ найти себѣ выраженіе въ двухъ основныхъ формахъ, которыя и называютъ поэтому *источниками права*; это именно *обычай* и *законъ*. Обычай—это непосредственное проявленіе народнаго правосознанія, норма, свидѣтельствующая о свосмъ существованіи самимъ фактомъ своего неуклоннаго примѣненія. Законъ—это сознательное и ясно сформулированное повелѣніе уполномоченной на это власти.

Изъ этихъ двухъ формъ въ исторіи всякаго народа древнѣйшей является обычай, и долгое время все право имѣетъ характеръ *обычнаго права*. Конечно, въ теченіе значительнаго промежутка времени обычаи мѣняются, мѣняются часто при помощи судебныхъ рѣшеній, которыя затѣмъ дѣлаются прецедентами, но всѣ эти перемѣны старыхъ обычаевъ, даже если въ нихъ есть элементъ сознательности, не выходятъ за предѣлы конкретныхъ случаевъ, конкретныхъ отношеній. И лишь тогда, когда въ средѣ того или другого народа или иной автономной группы, быть можетъ, на основаніи конкретныхъ наблюдений, назрѣваетъ мысль *сознательно* установить на будущее время извѣстную норму, какъ *общее* правило поведения,—лишь тогда появляется *законъ*. Появленіе закона, такимъ образомъ, въ исторіи каждаго народа представляетъ весьма важный моментъ пробужденія социальной мысли, вступленія на путь сознательнаго и планомернаго социального строительства.

Древнѣйшій періодъ Римской исторіи обнаруживаетъ въ этомъ отношеніи еще только первые, очень робкіе шаги.

Какъ было указано выше, римляне начинаютъ свою исторію не безъ нѣкоторыхъ, и притомъ уже довольно значительныхъ, культурныхъ и правовыхъ основъ, вынесенныхъ ими еще изъ арій-

*) Ср. Bruns-Lenel. Geschichte und Quellen des röm. Rechts въ Holzendorfs Encyclopädie. § 6.

ской прародины и видоизмѣненныхъ въ періодъ переселеній. Ближайшимъ корнемъ, изъ котораго выросло римское право, было, конечно, право общелатинское, такъ какъ Римъ былъ только одной изъ латинскихъ общинъ, членомъ одинаго *populi latini*. Но, выросши изъ этого корня, римское право затѣмъ обособляется, развивается уже какъ нѣчто самостоятельное.

Первоначальнымъ источникомъ права, первоначальной формой его образования и существованія былъ и въ Римѣ *обычай* — т. наз. *mores majorum*, обычаи предковъ. Такъ же, какъ и вездѣ, эти обычаи предковъ на первыхъ порахъ не отдѣлялись отъ религиозныхъ обрядовъ и правилъ нравственности. Но выше было указано, что Римляне относительно рано начали уже принципиально отдѣлять свѣтское право, *jus*, отъ правилъ религіи, *fas*: „*fas ad religionem, jura pertinent ad homines*“, „*fas lex divina, jus lex humana est*“. Не вполнѣ еще ясное въ періодъ царей, это различіе къ началу республики уже окончательно выразилось въ упомянутомъ выше отдѣленіи свѣтскихъ магистратуръ отъ сакральныхъ.

Но были-ли обычай единственной формой права въ періодъ царей, или уже въ теченіе этого періода Римъ, рядомъ съ обычаемъ, знаетъ и нѣкоторыя, хотя бы отдѣльныя, попытки *законодательства*?

Нѣкоторыя данныя, какъ-будто, говорятъ въ пользу этого. Такъ, *Діонисій Галикарнаскій* сообщаетъ, что Сервій Туллій собралъ 50 законовъ, отчасти Ромула и Нумы, отчасти своихъ собственныхъ, предложилъ ихъ народному собранію и получилъ утвержденіе этого послѣдняго. Если бы это сообщеніе было вѣрно, тогда мы имѣли бы дѣйствительно уже въ теченіе царскаго періода то, что носить въ послѣдствіи наименованіе *lex rogata*, т. е. подлинное законодательство по предложенію царя, съ участіемъ народныхъ собраній. Однако, сообщеніе это въ современной литературѣ считается недостовернымъ; и дѣйствительно, если бы эти 50 законовъ существовали, плебеи не имѣли бы основаній жаловаться на отсутствіе писанныхъ законовъ и требовать, какъ это было вскорѣ послѣ установленія республики, изданія кодекса, получившаго названіе XII таблицъ.

Другой фактъ, какъ будто свидѣтельствующій о существованіи т. н. „царскихъ“ законовъ или *leges regiae*, заключается въ слѣдующемъ. Въ концѣ республики (время Цезаря) въ Римѣ циркулируетъ сборникъ такихъ законовъ, приписываемый нѣкому *Papirius* и потому получившій названіе *jus Papirianum*. Циркулируетъ онъ съ комментаріями, написанными *Граніемъ Флаккомъ*. Странно, однако, что ни Цицеронъ ни Варронъ ни однимъ словомъ не упоминаютъ объ этомъ сборникѣ. Предполагаютъ поэтому, что онъ въ ихъ время еще не былъ извѣстенъ и что онъ составленъ не тотчасъ послѣ изгнанія царей, какъ повѣствуетъ объ этомъ преданіе, а значительно позже. Что касается содержанія *Jus Papirianum*, то отдѣльныя постановленія, передаваемыя намъ изъ него римскими юристами, несомнѣнно, очень стары; но одни изъ нихъ касаются сакральныхъ права и жреческаго ритуала, въ

чемъ народныя собранія не были компетентны; другія, хотя и заключаютъ нормы гражданского или уголовного права, но являются, несомнѣнно, не законами, изданными царями, а исконными римскими обычаями: преданіе только приписало ихъ тому или другому царю для приданія имъ большей авторитетности. Такимъ образомъ, и этотъ сборникъ не доказываетъ существованія *leges regiae*, и вопросъ остается открытымъ.

Тѣмъ не менѣе, несмотря на отсутствіе прямыхъ доказательствъ, едва-ли можно думать, что въ Римѣ вплоть до установленія республики законодательство не было извѣстно. Уже вся т. наз. реформа С. Туллія, если вообще не относить ее къ періоду республики, мыслима лишь какъ планомѣрное законодательное созданіе. Едва-ли можно думать, что въ періодъ царей не чувствовалось потребности регулировать тѣ или другія отношенія, почему-либо обострившіяся, прямымъ установленіемъ нормы. Но дѣло въ томъ, что въ силу принадлежащей царю власти онъ во многихъ случаяхъ могъ установить такую норму путемъ своего личного приказа—на подобіе того, какъ это дѣлали въ послѣдствіи республиканскіе магистраты ввидѣ своихъ эдиктовъ. Такія царскія распоряженія (ихъ можно было бы назвать *leges dictae*), какъ было указано выше, принципиально имѣли силу только до тѣхъ поръ, пока издавшій ихъ царь оставался у власти, но, вѣроятно, многія такимъ путемъ установленныя нормы прочно вросли затѣмъ въ жизнь и дѣлались неотличимыми отъ обычая. Независимо отъ этого, въ тѣхъ случаяхъ, когда царь желалъ особенно опереться на мнѣніе народа, онъ, вѣроятно, обращался и къ народному собранію, и тогда устанавливаемая норма получала характеръ *lex rogata*. Но, конечно, такія *leges regiae* (какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ видѣ) гораздо чаще встрѣчались въ области государственнаго управленія, т. е., въ области публичнаго права, чѣмъ въ области отношеній частно-правовыхъ, гражданскихъ. При общей примитивности граждански-правовой жизни возможно, что въ этой сферѣ все еще находилось подъ дѣйствіемъ неписанныхъ *mores majorum* и лишь отдѣльныя конкретныя отступленія отъ обычнаго порядка (усыновленіе, завѣщаніе) нуждались въ санкціи народа.

§ 7.

Уголовное право и уголовный судъ.

Охраняя общественный порядокъ, государство запрещаетъ тѣ или другія дѣянія, признаваемые имъ въ этомъ отношеніи вредными, угрожая за совершеніе ихъ такими или иными наказаніями. Система нормъ, опредѣляющихъ, какія именно дѣянія признаются преступными и какимъ наказаніямъ подвергается преступникъ, составляетъ область *уголовнаго права*. Въ случаѣ совершенія кѣмъ-либо одного изъ такихъ запрещенныхъ дѣяній

государство въ лицѣ своихъ органовъ (судебныхъ и полицейскихъ властей) производитъ разслѣдованіе, судить и соотвѣтственно приговору осуществляетъ наказаніе. Система нормъ, опредѣляющихъ весь этотъ порядокъ производства, носитъ названіе *уголовнаго процесса*.

Кругъ дѣяній, признаваемыхъ для всего общественнаго порядка вредными, чрезвычайно обширенъ: сюда входятъ не только дѣянія, затрагивающія общественный интересъ прямо и непосредственно (напр., измѣна, бунтъ, поддѣлка монеты и т. д.), но и такія дѣянія, которыя *prima facie* наносятъ вредъ какому-нибудь отдѣльному лицу, но въ то же время (посредственно) угрожаютъ и интересамъ всего общества—напр., убійство, грабежъ, воровство и т. д. Разумѣется, этотъ кругъ преступныхъ дѣяній не есть что-либо всегда—во всѣ времена и у всѣхъ народовъ—одинаковое: дѣяніе, признаваемое преступнымъ въ одну эпоху и у одного народа, можетъ быть совершенно дозволеннымъ въ другую эпоху и у другого народа.

Примитивные народы уголовного права и уголовного суда въ нашемъ, только-что описанномъ, смыслѣ не знаютъ: неразвившаяся и неокрѣпнувшая государственная власть преслѣдованіе преступленийъ еще не считаетъ въ числѣ своихъ задачъ. Дѣянія, возмущающія общее чувство всего народа, вызываютъ неорганизованную расправу, „самосудъ“ толпы надъ виновникомъ („судъ Линча“); дѣянія, направленные противъ тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ лицъ, вызываютъ месть самого потерпѣвшаго или его близкихъ. Государственная власть при этомъ ни во что не вмѣшивается.

Расправа и месть при извѣстныхъ условіяхъ (меньшей остротѣ раздраженія) замѣняются *выкупомъ* по соглашенію между преступникомъ, съ одной стороны, и потерпѣвшимъ или его близкими—съ другой; такія соглашения носятъ названіе *частныхъ композицій*.

Обычай частной мести въ высокой степени, конечно, способствуетъ накопленію въ обществѣ обостренныхъ отношеній: онъ сѣетъ иногда долговременную, переходящую изъ поколѣнія въ поколѣніе и охватывающую широкіе круги лицъ (семьи, роды), ссору и вражду между стороною обидчика и стороною потерпѣвшаго. Происходящія отсюда внутреннія смуты могутъ порою значительно ослаблять силу народа, столь необходимую, особенно въ ту отдаленную и безпокойную эпоху, для защиты отъ внѣшнихъ враговъ. Это обстоятельство и заставляетъ затѣмъ крѣпнущую постепенно государственную власть взять на себя регламентацію уголовного суда и наказаній. Но первые шаги государства въ этомъ направленіи еще робки и нерѣшительны. Примѣръ такого переходнаго состоянія представляетъ и Римъ не только въ періодъ царей, но еще и въ первыя времена республики, какъ объ этомъ свидѣлствуютъ законы XII таблицъ.

Преступленія, непосредственно затрагивающія интересъ всего общества (т. наз. *delicta publica*), уже подлежатъ въ принципѣ суду госуд. власти, т. е. царя: неорганизованная расправа народа уже не считается явленіемъ правомѣрнымъ. По преданію, одной

изъ старѣйшихъ римскихъ магистратуръ являются *duoviri perduellionis*, помощники царя для разслѣдованія дѣлъ о госуд. измѣнѣ въ широкомъ смыслѣ слова. Существованіе этихъ должностныхъ лицъ въ эпоху царей можетъ быть спорнымъ, но едва-ли можетъ быть спорнымъ то, что этого рода дѣла въ принципѣ уже подлежатъ суду царя. Царь имѣетъ неограниченное право наказанія—*coercitio*; онъ не связанъ при этомъ ни родомъ преступления, ни мѣрой наказанія: онъ можетъ привлечь къ отвѣтственности за всякое дѣяніе, которое найдетъ преступнымъ, и можетъ наложить всякое наказаніе, какое найдетъ нужнымъ. Уголовнаго права въ настоящемъ смыслѣ еще не существуетъ: нѣтъ еще точныхъ опредѣлений ни того, что преступно, ни того, что можетъ быть наложено, какъ наказаніе. Какого-либо уголовного кодекса, хотя бы и несовершенно, еще нѣтъ; принципъ современнаго права „*nullum crimen, nula poena sine lege*“ еще не дѣйствуетъ; все заключено еще въ безграничной *coercitio* высшаго представителя госуд. власти, т. е. царя.

Царь судить и рѣшаетъ, какъ первая, но въ то же время и какъ высшая, окончательная инстанція; какой-либо апелляціи на его рѣшенія не допускается. Царь можетъ, конечно, предоставить окончательное рѣшеніе дѣла народному собранію, но это для него отнюдь не обязательно.

Преступленія противъ частныхъ лицъ, по общему правилу, еще рассматриваются, какъ дѣло чисто частное самого потерпѣвшаго, какъ *delicta privata*. Лишь немногія изъ нихъ влекутъ за собой уголовное наказаніе, налагаемое по инициативѣ госуд. власти, и т. обр. переводятся въ разрядъ *delicta publica*. Таково, напр., убійство—*parricidium*; для дѣлъ объ убійствѣ существовали, по преданію, особые *quaestores parricidii*, но о нихъ нужно сказать то же самое, что было только-что сказано о *duoviri perduellionis*; наказаніе за убійство—смертная казнь.

По законамъ XII т. уголовное наказаніе, и именно въ видѣ смертной казни, влекутъ еще и нѣкоторыя другія преступленія. Такъ, на примѣръ, за умышленный *поджогъ* преступникъ, какъ сообщаетъ Гай, „*vinctus verberatus igni necari iubetur*“, т. е. подвергается тѣлесному наказанію и затѣмъ сжигается. Строго—тою же смертною казнью, *poena capitalis*,—караются, даѣе, преступленія *земледѣльскія*: умышленное *нарушеніе межевыхъ знаковъ* (*termini motio*; здѣсь примѣшивается еще сакральный мотивъ, ибо межи считались подъ охраной боговъ; вслѣдствіе этого, по римскому преданію, еще Нума установилъ: „*eum, qui terminum exagasset, et ipsum et boves sacros esse*“, т. е. что и виновникъ и быки, при помощи которыхъ было совершено преступленіе, дѣлаются обреченными карѣ боговъ, т. е. послѣдствіямъ „*sacer esto*“), *похищеніе и истребленіе постьвовъ* („*suspensum Cereri necari iubebant*“), а равно ихъ *заклдованіе* („*qui fruges excantassit*“ и „*qui alienam segetem pellexerit*“). Наконецъ, *poena capitalis* влекло за собой и сочиненіе *паквилей* („*si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam taceret flagitiumve alteri*“). Въ какой

мѣрѣ, однако, эти послѣдніе деликты могутъ быть отнесены еще къ эпохѣ до законовъ XII таблицъ, сказать трудно.

За этими немногими и бессистемными исключениями все остальное сохраняетъ еще всецѣло частный характеръ. Такъ, напр., *членовредительство* еще по законамъ XII т. предоставляется частной мести по правилу „око за око, зубъ за зубъ“— „*si membrum rupsit, ni cum eo pacit* (т. е. если не состоится мировая сдѣлка), *talio esto*“—*принципъ таліона*. За преступленія менѣ важныя частная месть уже, однако, запрещается; потерпѣвшему предоставляется только право требовать въ свою пользу извѣстный штрафъ. Этотъ штрафъ не есть штрафъ въ смыслѣ нашего уголовного права; онъ не взыскивается государственной властью для себя (не идетъ въ казну), а рассматривается, какъ частный долгъ потерпѣвшему, который этотъ послѣдній можетъ взыскать, но можетъ и не взыскивать. Онъ является замѣной прежнихъ добровольныхъ соглашеній; онъ уже таксированъ государствомъ, но и только: все остальное рѣшается по началамъ частного, гражданского права, и потому объ этихъ частныхъ *обязательствахъ изъ деликтовъ* будетъ идти рѣчь въ исторіи гражданского права.

Т. обр., нормы законовъ XII т. представляютъ еще архаическую смѣсь разнородныхъ началъ. Съ одной стороны, въ случаяхъ болѣе тяжкихъ преступленій еще царствуетъ личная месть; съ другой стороны, государство уже начинаетъ вмѣшиваться въ отношенія между сторонами, замѣняя мщеніе частными штрафами. Государство какъ будто рѣшается на такое вторженіе, но лишь въ случаяхъ болѣе легкихъ, не рискуя затрагивать частныхъ отношеній тамъ, гдѣ оно можетъ натолкнуться на большее личное раздраженіе потерпѣвшихъ. Но если таково положеніе дѣлъ въ эпоху XII таблицъ, т. е. въ началѣ республики, то для періода царей мы должны предположить состояніе еще болѣе примитивное: еще менѣ государственной регламентаціи и еще больше элементовъ мести.

§ 8.

Гражданскій процессъ *).

Въ понятіе гражданского права (права собственности на опредѣленную вещь, права требованія къ извѣстному лицу и т. д.), по нашимъ нынѣшнимъ представленіямъ, какъ необходимый элементъ, входитъ и представленіе о защитѣ государствомъ: мы не считали бы права правомъ, если бы не были увѣрены, что, въ случаѣ его нарушенія кѣмъ-либо, мы можемъ потребовать для нашей защиты государственную власть со всѣмъ ея моральнымъ

*). См. *Покровскій*. Право и фактъ въ римскомъ правѣ. II. 1902. гл. 1, стр. 17—78.

авторитетомъ и внѣшнею силой. Мы предъявляемъ *искъ*, т. е. обращаемся къ органамъ государ. власти съ требованіемъ о защитѣ нашего нарушеннаго права; госуд. власть, въ лицѣ своихъ *судебныхъ органовъ*, разбираетъ нашу претензію и, въ случаѣ признанія ея основательной, возстановляетъ наше право тѣмъ или другимъ способомъ. Порядокъ дѣятельности истца и отвѣтчика, равнымъ образомъ порядокъ дѣятельности судебныхъ властей, опредѣляется болѣе или менѣе точно закономъ и составляетъ область т. наз. *гражданскаго процесса*.

Что касается древняго Рима, то какихъ-либо прямыхъ указаній на то, какъ обстояло дѣло въ этой области въ эпоху царей, мы не имѣемъ. Ввиду этого приходится и здѣсь взять время нѣсколько болѣе позднее, но болѣе намъ извѣстное (напр., тѣхъ же законовъ XII т.), и затѣмъ, установивъ общее направленіе исторической эволюціи, дѣлать обратныя заключенія относительно эпохи предшествовавшей.

Главнымъ источникомъ (хотя и неполнымъ) нашихъ свѣдѣній о древнемъ гражданскомъ процессѣ въ Римѣ является римскій юристъ II вѣка по Р. Х. *Гай*, который касается этого вопроса въ четвертой книгѣ своего дошедшаго до насъ сочиненія *Institutiones* (§§ 11—29).

Гай сообщаетъ, прежде всего, что древнѣйшей формой гражданского процесса были въ Римѣ т. наз. *legis actiones*. Почему процессъ этого періода называется *legis actio*, на этотъ вопросъ Гай даетъ двойственный отвѣтъ: или потому, говоритъ онъ, что эти формы процесса были созданы закономъ („*vel ideo quod legibus proditae erant*“), или потому, что въ нихъ претензіи спорящихъ сторонъ должны быть выражены словами того закона, на который онъ опираются („*vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant*“); такъ, напр., предъявляя искъ о порубкѣ вѣтвей, нельзя было говорить „*vites*“, а надо было употребить слово „*arbores*“, ибо относящійся сюда законъ XII т. говорилъ только *de arboribus succisis*. Несоблюденіе надлежащей формулы влекло за собой полную потерю процесса.

Однако, ни то ни другое объясненіе Гая не можетъ быть принято, ибо въ то время, къ которому относится зарожденіе этихъ формъ суда, мы не можемъ предположить существованія такого большого количества законовъ, *leges*, которые регулировали бы и ходъ производства и самое гражданское право съ надлежащими подробностями. Вѣроятно, „*lege agere*“ въ древнѣйшее время обозначало просто—дѣйствовать, осуществлять право *законнымъ образомъ* въ противоположность незаконному насилию.

Существовало, продолжаетъ затѣмъ Гай, *пять* основныхъ формъ *legis actio*: *sacramento*, *per iudicis postulationem*, *per conditionem*, *per manus injectionem* и *per pignoris capionem*. Вслѣдъ затѣмъ онъ приступаетъ къ описанію этихъ формъ, но значительная часть этого описанія для насъ въ манускриптѣ потеряна, вслѣдствіе чего недостающее приходится восполнять другими, по большей части, очень отрывочными сообщеніями.

Но прежде, нежели мы приступимъ къ общему описанію указанныхъ формъ, необходимо указать, что для начала процесса непременно необходимо *личное присутствіе какъ истца, такъ и отвѣтчика*. При этомъ существеннымъ вопросомъ является, конечно, какъ заставить отвѣтчика явиться въ судъ, иначе своимъ уклоненіемъ онъ могъ бы парализовать самую возможность процесса. Характерной чертой древне-римскаго права служить то, что госуд. власть сама не вызываетъ отвѣтчика и не принуждаетъ его въ случаѣ упорства къ такой явкѣ; доставить отвѣтчика на судъ—это дѣло самого истца. Съ этой цѣлью истцу дается своеобразное средство, носящее названіе *in jus vocatio*; ему посвящены первыя постановленія законовъ XII таблицъ, но, конечно, это средство не создано законами XII т., а, быть можетъ, только точнѣе регламентировано.

Законы XII т. говорятъ: „*Si in jus vocat ito; ni it, antestamino; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito*“.

Согласно этому постановленію, истецъ можетъ потребовать отъ отвѣтчика явки въ судъ тамъ, гдѣ онъ его встрѣтитъ (однако, вторгаться въ домъ истецъ не долженъ), причемъ отвѣтчикъ обязанъ немедленно подчиниться этому требованію („*ito*“). Въ случаѣ отказа истецъ долженъ опротестовать этотъ отказъ передъ свидѣтелями („*antestamino*“) и задержать отвѣтчика силой („*igitur em capito*“); въ случаѣ сопротивленія или попытки къ бѣгству, отвѣтчикъ подлежитъ *manus injectio* (см. ниже), т. е. ео ipso дѣлается какъ бы приговореннымъ по суду въ полное распоряженіе истца.

Если для отвѣтчика слѣдовать сейчасъ же въ судъ неудобно, то онъ можетъ дать истцу обѣщаніе явиться въ какой-нибудь другой день, подкрѣпивъ это обѣщаніе поручительствомъ какого-либо другого лица. Такой поручитель называется *vas*, а самое поручительство *vadimonium*. Равнымъ образомъ, къ *vadimonium* прибѣгаютъ и тогда, если во время производства дѣла окажется необходимымъ отложить его до другого дня.

Когда стороны явились въ судъ, т. е. въ эпоху царей—къ царю, то ходъ дѣла будетъ различнымъ въ зависимости отъ указанныхъ выше *modi agendi*, т. е. формъ *legis actio*.

1) Первая форма, *legis actio sacramento* (или *sacramenti* или *per sacramentum*), есть, въ описаніи Гая, по существу *процессъ-пари*. Стороны высказываютъ въ торжественныхъ формулахъ свои претензіи и назначаютъ въ залогъ своей правоты извѣстную денежную сумму, которая и называется *sacramentum*, откуда названіе самой формы. Судъ формально рѣшаетъ затѣмъ вопросъ о томъ, чей залогъ проигранъ—„*utrius sacramentum iustum sit, utrius iniustum*“: сторона правая получаетъ свой залогъ обратно, сторона неправая теряетъ его въ пользу казны. Но, само собою разумѣется, рѣшая этотъ формальный вопросъ, судъ *implicite* рѣшаетъ вопросъ и о самой претензіи истца по существу.

Legis actio sacramento, по свидѣтельству Гая, есть *общая форма* процесса; въ этой формѣ могутъ быть ведены всякіе иски, для которыхъ не установлено какой-либо иной формы. Но эта общая форма пріобрѣтаетъ извѣстныя модификаціи въ зависимости отъ того, идетъ-ли споръ о принадлежности какой-либо вещи (*actio in rem*) или же о долгѣ отвѣтчика истцу (*actio in personam*).

а) *Первый случай: истецъ и отвѣтчикъ спорятъ о вещи (actio in rem)*. Помимо указанной выше необходимости личной явки обѣихъ сторонъ, для того, чтобы процессъ въ этомъ случаѣ могъ начаться, необходима еще и *наличность самой спорной вещи*. Если споръ идетъ о вещи движимой, то она должна быть принесена, приведена или привезена на судъ; если вещь такова, что доставка ея затруднительна, то приносятъ какую-либо часть ея: кусокъ отъ спорной колонны, овцу или козу изъ спорнаго стада и т. д. Если предметъ спора вещь недвижимая (участокъ земли), то стороны съ особыми обрядами отправляются на спорный участокъ, берутъ оттуда кусокъ земли, приносятъ его (вся эта процедура носитъ названіе *manum consortio*), и затѣмъ этотъ кусокъ фигурируетъ на судѣ, какъ самый участокъ.

Процессъ открывается тѣмъ, что истецъ, держа въ рукахъ особую палку (*vindicta* или *festuca*), произноситъ формулу, заключающую въ себѣ утверженіе его, истца, права на вещь: „*hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*“, и одновременно накладываетъ на вещь свою *vindicta*. Этотъ актъ истца носитъ техническое названіе *vindicatio*. На этотъ актъ истца слѣдуетъ отвѣтный актъ отвѣтчика—т. наз. *contravindicatio*: отвѣтчикъ съ своей стороны говоритъ то же самое и также накладываетъ на вещь свою *vindicta*. Тогда вступаетъ въ дѣйствіе магистратъ, передъ которымъ все это совершилось, и приказываетъ: „оставьте оба вещь“—„*mittite ambo rem*“. Стороны снимаютъ палки и затѣмъ истецъ обращается къ отвѣтчику съ вопросомъ: *Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris?*—т. е. не скажешь-ли, на какомъ основаніи ты виндицируешь? Отвѣтчикъ на это, вѣроятно, могъ дать объясненіе, но могъ и не дать, заявивъ просто: „таково мое право“—„*jus feci, sicut vindictam imposui*“. Въ такомъ случаѣ истецъ обращается къ отвѣтчику съ предложеніемъ установить залогъ—*sacramentum*: „*Quando tu injuria vindicavisti, quingenti aeris sacramento te provoco*“, на что отвѣтчикъ отвѣчалъ аналогичнымъ предложеніемъ по адресу истца: „*et ego te*“. Сумма залога въ XII таблицахъ была таксирована: если спорная вещь была дороже 1000 ассовъ, то *sacramentum* должно было равняться 500 ассовъ, если дешевле, то 50. Эта сумма полагалась первоначально *ad pontem*, т. е. въ кассу понтификовъ, позже въ *aerarium*, т. е. въ общую государственную казну. Первоначально залогъ давался сторонами реально и въ самомъ началѣ процесса, т. е. тотчасъ же послѣ *provocatio sacramento*; позже стороны только давали обѣщаніе уплатить залогъ, если процессъ будетъ проигранъ.

Послѣ установленія sacramentum магистратъ регулируетъ владѣніе спорной вещью на время процесса: онъ можетъ пока-что отдать ее либо истцу, либо отвѣтчику, что технически называется „*vindicias dicere secundum actorem*“ или „*secundum reum*“. Сторона, получившая вещь, должна, однако, дать магистрату поручителей—т. наз. *praedes litis et vindiciarum*—въ томъ, что если вещь впоследствии будетъ присуждена противнику, то какъ самая вещь (lis), такъ и всѣ ея доходы (vindiciae) будутъ выданы послѣднему.

Когда, наконецъ, и этотъ вопросъ поконченъ, наступаетъ торжественный моментъ—*litiscontestatio*: стороны обращаются къ заранее приглашеннымъ свидѣтелямъ съ торжественнымъ воззваніемъ: „*testes estote!*“—т. е. „будьте свидѣтелями всего здѣсь происшедшаго“.

Моментомъ *litiscontestatio* заканчивается первая стадія производства—т. наз. производство *in jure*, совершающееся передъ магистратомъ. Какъ видимъ, оно не заключаетъ въ себѣ ни разбора дѣла, ни приговора; для всего этого процессъ долженъ перейти во вторую стадію—*in iudicium*. Послѣ *litiscontestatio*, первоначально тотчасъ же, стороны, при участіи магистрата, выбираютъ себѣ сами судью изъ частныхъ лицъ—*judex*, который затѣмъ разберетъ споръ и произнесетъ приговоръ уже безъ всякаго участія госуд. власти. Для производства въ этой второй стадіи не существуетъ уже ни формъ ни обрядовъ; заявленіемъ сторонъ, приведеніе доказательствъ и т. д. все это совершается просто и свободно.

б) Если споръ шель о какомъ-либо обязательствѣ (долгъ—*actio in personam*), то полного описанія ритуала для этого случая мы не имѣемъ. Вѣроятно, однако, что истецъ начиналъ съ утвержденія: „*Ajo te mihi centum dare oportere*“, т. е. „я утверждаю, что ты долженъ уплатить мнѣ 100“; отвѣтчикъ отрицалъ: „*nego te tibi centum dare oportere*“, и затѣмъ процессъ шель указаннымъ выше порядкомъ: *provocatio sacramento*, *litiscontestatio* и переходъ дѣла *in iudicium*.

2) Вторая форма *legis actio* есть *l. a. per manus injectionem* или *manus injectio* просто. Она примѣняется только къ извѣстнымъ искамъ изъ обязательствъ. Порядокъ производства при этомъ состоитъ въ слѣдующемъ.

Истецъ приводитъ отвѣтчика въ судъ (передъ трибуналь магистрата) и здѣсь, произнося формулу „*quod tu mihi damnatus es sestertium X milia, quod non solvistis, ob eam rem ego tibi manum inicio*“, накладываетъ на него руку. Если отвѣтчикъ здѣсь же, немедленно, не уплатитъ (что по общему правилу и бываетъ, ибо, если бы отвѣтчикъ могъ уплатить, онъ уплатилъ бы ранѣе), то истецъ уводитъ должника къ себѣ и можетъ заключить его въ оковы. Впродолженіи 60 дней истецъ держитъ должника у себя, но въ теченіе 3 рыночныхъ дней онъ долженъ выводить должника на рынокъ и здѣсь объявлять сумму его долга—въ предположеніи, что, можетъ быть, найдутся лица, которыя пожелаютъ его выкупить. По истеченіи 60 дней должникъ предоставляется на полную

волю кредитора: онъ можетъ его или убить или продать въ рабство *trans Tiberim*. „*Tertiis nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant*“—говоритъ Aulus Gellius. Если окажется нѣсколько кредиторовъ, то, постановляють законы XII т., они могутъ разсѣчь несостоятельнаго должника на части пропорціонально размѣрамъ своихъ требованій, но если кто-либо изъ нихъ (по ошибкѣ) отсѣчетъ больше или меньше, то это ему не ставится въ вину: „*Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*“. Нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ думали избѣжать такого буквального пониманія этого положенія тѣмъ, что относили слова о разсѣченіи не къ тѣлу должника, а къ его имуществу. Но такое толкованіе не можетъ быть принято: если уже дѣло доходитъ до продажи должника въ рабство, стало быть, у него никакого имущества нѣтъ. Правило это отражаетъ въ себѣ ту древнѣйшую эпоху обязательственныхъ отношеній, когда обязательство давало кредитору право на самую личность должника и взысканіе по долгу легко переходило въ мечь за неплатежъ (ср. приведенныя выше слова Авла Геллія „*capite poenas dabant*“).

Если бы отвѣтчикъ, подвергнувшійся *manus injectio*, захотѣлъ оспаривать существованіе долга, захотѣлъ „сбросить съ себя руку“, то самъ онъ этого уже сдѣлать не можетъ: ему не позволяется „*manum sibi depellere et pro se lege agere*“. За него должно выступить какое-либо другое лицо—т. наз. *vindex*, который, отстранивъ руку истца, освободитъ этимъ самымъ отвѣтчика окончательно, но приметъ весь споръ уже на себя и, въ случаѣ неосновательности своего вмѣшательства, платитъ вдвое (отвѣчаетъ *in duplum*).

3) Третья форма—*l. a. per pignoris capionem* или *pignoris capio* просто. Сущность этой формы состоитъ въ томъ, что лицо, имѣющее извѣстное требованіе къ другому, въ случаѣ неплатежа, произнося какія-то, до насъ не дошедшія „опредѣленные и торжественныя слова“ („*certa et solemnia verba*“), беретъ себѣ какую-нибудь вещь неисправнаго должника; это и называлось *pignoris capio*. Совершаетъ онъ это безъ участія представителя госуд. власти и даже, можетъ быть, въ отсутствіи самого должника. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ заключается существенное отличіе *pignoris capio* отъ остальныхъ *legis actiones*, и это отличіе заставляло уже нѣкоторыхъ изъ римскихъ юристовъ не признавать *pignoris capio* за *legis actio*. Примѣнялась эта форма лишь къ нѣкоторымъ требованіямъ особаго религіознаго или публичнаго характера: такъ, напр., *pignoris capio* имѣетъ продавецъ животнаго, предназначеннаго для жертвоприношенія, противъ его покупателя по поводу покупной цѣны, а также отдавшій въ наемъ свое животное противъ нанявшаго, если наемная плата была предназначена для жертвоприношенія; равнымъ образомъ *pignoris capio* имѣли воины противъ *tribunus agrarius* за неплатежъ имъ жалованья, и нѣк. др.

4) Относительно четвертой формы—*l. a. per iudicis postulationem*—мы имѣемъ чрезвычайно скудныя свѣдѣнія: соотвѣт-

ствующее мѣсто Институцій Гая для насъ потеряно. Сохранилась только формула обращенія къ магистрату у грамматика Валерія Проба: „*te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des*“. Предполагаютъ, что особенность этой формы заключалась въ томъ, что послѣ обычныхъ заявленій сторонъ передъ магистратомъ (*in iure*) спорящіе обращались не съ *provocatio sacramento* другъ къ другу, а съ просьбой къ магистрату назначить имъ судью для разбора ихъ претензій (*iudicis postulatio*). Затѣмъ слѣдовала *litiscontestatio* и дѣло переходило *in iudicium*.—Область примѣненія этой формы также неясна: по мнѣнію однихъ, она употребляется въ такихъ искахъ, гдѣ дѣло идетъ болѣе о посреднической дѣятельности судьи,—напр., въ искахъ о раздѣлѣ общаго имущества и т. п.; по мнѣнію другихъ, это болѣе поздняя форма *legis actio* и притомъ форма факультативная для всякихъ исковъ изъ обязательствъ: для того, чтобы избѣжать риска потерять *sacramentum*, стороны, по взаимному соглашенію, могли прибѣгнуть къ простой *iudicis postulatio*. Впрочемъ, того, что эта форма возникла позже перечисленныхъ ранѣе, не отрицаютъ и представители перваго мнѣнія (напр., Girard), причѣмъ сомнительнымъ представляется даже, существовала ли она въ эпоху XII таблицъ.

5) Наконецъ, послѣдняя, пятая форма—*legis actio per condictioem*. Но и относительно этой формы мы имѣемъ отрывочныя свѣдѣнія: изъ разсказа Гая о ней мы можемъ прочесть только нѣсколько строкъ. Въ этихъ строкахъ Гай говоритъ, прежде всего, о томъ, что названіе этой формы происходитъ отъ слова „*condicere*“, а *condicere* значитъ *denuntiare*: истецъ *condicit* отвѣтчику, чтобы тотъ явился черезъ 30 дней для полученія судьи. На основаніи этого предполагаютъ, что эта *legis actio* состояла изъ слѣдующихъ актовъ: заявленіе претензій передъ магистратомъ („*aio te mihi 100 dare oportere*“—„*nego me tibi 100 dare oportere*“), затѣмъ указанная *condictio*—*denuntiatio* и *litiscontestatio*. По прошествіи 30 дней стороны снова являются для выбора судьи, и дѣло переходитъ *in iudicium*. Затѣмъ Гай недоумѣваетъ, зачѣмъ понадобилась эта форма, когда для исковъ изъ обязательствъ можно было пользоваться какъ *l. a. per sacramentum*, такъ и *l. a. per iudicis postulationem*. Наконецъ, онъ сообщаетъ, что эта форма была введена двумя законами—*lex Silia* для исковъ *o certa rescipia* и *lex Calpurnia* для исковъ *de alia certa re*. Такимъ образомъ, *l. a. per condictioem* является уже самой поздней формой и принадлежитъ довольно далеко продвинувшемуся республиканскому періоду.

Таковы пять формъ древняго римскаго гражданскаго процесса въ такомъ видѣ, какъ онѣ дѣйствовали въ первую половину республиканскаго періода и какъ онѣ описаны намъ Гаеми, который уже самъ имѣлъ о нихъ далеко не полныя свѣдѣнія. Что изъ описаннаго и въ какомъ видѣ дѣйствовало въ эпоху древнѣйшую—до республики, опредѣлить, конечно, въ высшей степени затруднительно; но несомнѣнно во всякомъ случаѣ, что система *legis actiones* является предъ нами въ этомъ описаніи далеко не

въ своемъ первоначальномъ видѣ: многія странныя черточки этого процесса переносятъ насъ во времена очень отдаленныя.

Странною, но вмѣстѣ и характерною, чертой описаннаго древне-римскаго процесса является, прежде всего, *раздѣленіе его на двѣ стадіи*—на *jus* и *iudicium*. Магистратъ, передъ которымъ дѣло начинается, не самъ его рѣшаетъ, а передаетъ на разборъ и рѣшеніе другому, и притомъ частному, лицу (*iudex privatus*). Казалось бы, можно было обойтись или безъ перваго (*jus*) или безъ втораго (*iudicium*). Надлежащее объясненіе этого явленія вызываетъ большія затрудненія.

Спорно, прежде всего, *время возникновенія этого дѣленія*: есть-ли оно исконное явленіе римскаго процесса или же представляетъ собою установленіе какого-либо болѣе поздняго историческаго времени? Многіе полагаютъ, что оно было постояннымъ свойствомъ римскаго процесса, возникнувшимъ еще во времена доисторическія, что уже въ періодъ царей судебное разбирательство дѣлилось на эти двѣ стадіи. Другіе, напротивъ, думаютъ, что въ царскій періодъ дѣленія не было: царь самъ разбиралъ и самъ постановлялъ свой приговоръ; дѣленіе же на *jus* и *iudicium* возникло лишь въ эпоху республики.

Не менѣе споренъ и *самый смыслъ этого дѣленія*. Изъ какой идеи оно вытекаетъ и какимъ цѣлямъ оно служить? Наиболѣе распространено мнѣніе, что оно имѣло, т. ск., конституціонное назначеніе: передача разбора по существу въ руки особаго присяжнаго судьи должна была гарантировать спорящихъ противъ пристрастныхъ приговоровъ магистратовъ; съ этой точки зрѣнія, дѣленіе процесса должно было возникнуть не ранѣе установленія республики.

Быть можетъ, подобная идея гарантіи способствовала сохраненію этого дѣленія въ теченіе болѣе поздняго времени, но едва ли она вызвала его къ жизни. Нѣкоторыя другія столь же характерныя черты *legis actiones* указываютъ, какъ намъ кажется, на совершенно иное происхожденіе, какъ этого дѣленія, такъ и всего строенія древне-римскаго процесса. Чтобы найти ключъ къ его пониманію, мы должны заглянуть далеко назадъ—въ сумракъ того времени, когда государство далеко еще не было всѣмъ въ зарождающемся обществѣ.

Подобно тому, какъ въ области уголовного права государственная власть въ древнѣйшія времена не вмѣшивалась въ отношенія между частными лицами, предоставляя самимъ потерпѣвшимъ вѣдаться съ преступникомъ,—такъ же точно и въ области гражданскихъ отношеній древнѣйшимъ способомъ осуществленія и защиты правъ было *самоуправство*: кто-либо завладѣлъ моею вещью, не заплатилъ мнѣ долга,—мнѣ ничего другого не остается, какъ самому, собственною силою, взять вещь назадъ или заставить должника уплатить долгъ.

Не что иное, какъ именно такое самоуправство и представляютъ собою двѣ изъ описанныхъ *legis actiones*—*pignoris capio* и *manus injectio*.

Pignoris capio совершается даже безъ участія магистрата; здѣсь нѣтъ ни *jus* ни *judicium*, и единственное, что придавало этой формѣ характеръ процесса, это тѣ „*certa et solemnia verba*“, которыя при захватѣ вещи произносились; это былъ знакъ, что совершается не грабежъ, а осуществленіе обязательства. Конечно тотъ, кто злоупотребилъ бы этими торжественными словами, подлежалъ бы отвѣтственности, какъ воръ и грабитель, а, можетъ быть, сверхъ того, уголовной или сакральной карѣ.—Въ Римѣ эта форма сохранилась лишь для нѣкоторыхъ особо привилегированныхъ требованій, но у многихъ другихъ народовъ захватъ вещей должника является нормальнымъ способомъ осуществленія обязательствъ: такова, напр., *aussergerichtliche Pfändung* древне-германскаго права.

Manus injectio, захватъ самой личности должника, представляетъ другой, столь же естественный по древнимъ понятіямъ, способъ такого же осуществленія: обязательство въ то время связывало и подчиняло самую личность должника, какъ бы накладывало его самого кредитору. Въ случаѣ неплатежа долга кредиторъ накладываетъ на него свою руку и уводитъ къ себѣ, т. е. дѣлаетъ какъ разъ то, что составляетъ содержаніе *manus injectio*. Но по законамъ XII т. *manus injectio* совершается уже передъ лицомъ государственной власти („*in jus ducito*“). При нормальномъ положеніи дѣлъ, магистратъ присутствуетъ лишь въ качествѣ пассивнаго зрителя (т. наз. *addictio* должника кредитору есть явленіе болѣе поздняго времени: и законы XII т. и Гай говорятъ о простой *ductio* кредитора). Но должникъ можетъ оказать кредитору сопротивленіе, кредиторъ можетъ не обратить вниманія на протестъ *vindex'a*,—и тогда участіе и помощь магистрата могутъ понадобиться. Госуд. власть, т. обр., уже присутствуетъ при осуществленіи правъ, но не въ цѣляхъ разбора и суда, а въ цѣляхъ охраны порядка, т. е. въ извѣстномъ смыслѣ съ точки зрѣнія полицейской.

Если дѣло шло не о долгъ, а о вещи, если кто-либо завладевалъ чужою вещью, то лицо, у котораго она была незаконно отнята, въ древнѣйшее время должно было собственною силой возратить ее себѣ. Но, конечно, въ большинствѣ случаевъ оно наталкивалось на сопротивленіе, и тогда споръ могла рѣшить только реальная, физическая борьба сторонъ. Невѣрность исхода этой борьбы заставляла иногда спорящихъ идти или на мировую сдѣлку или обратиться къ третейскому суду (совершенно такъ же, какъ въ области уголовного права), но и то, и другое зависитъ отъ доброй воли обѣихъ сторонъ и, потому, несмотря, быть можетъ, на свою общую распространенность въ жизни, является исходомъ необязательнымъ.

Когда упрочившаяся и окрѣпнувшая госуд. власть начинаетъ обращать большее вниманіе на внутреннее устройство государства, распри частныхъ лицъ, ихъ семей и родовъ по поводу всякихъ (уголовныхъ и гражданскихъ) обидъ начинаютъ признаваться ею явленіемъ нежелательнымъ. И вотъ тогда-то на мѣсто прежняго неорганизованнаго порядка охраны правъ устанавливается новый.

При этомъ, однако, мыслимы различныя дороги. Большинство извѣстныхъ намъ народовъ, запрещая месть и самоуправство, создаютъ постепенно особые судебные органы, которые и рѣшаютъ споры отъ имени государства, выводя свою компетентность и силу не изъ какого-либо соглашенія сторонъ, а изъ понятія государства и власти. Говоря иначе, госуд. власть, запрещая самоуправство, сама беретъ на себя рѣшеніе споровъ и защиту поправленныхъ правъ.

Римскій народъ, однако, избралъ себѣ иной путь—не путь созданія государственныхъ судовъ, а путь усвоенія и обобщенія института третейскихъ судовъ. Древнѣйшая римская госуд. власть лишь прекращаетъ физическую борьбу сторонъ и затѣмъ заставляетъ спорящихъ такъ или иначе прійти къ соглашенію о третейскомъ судѣ, который затѣмъ и разберетъ споръ по существу.

Все это и отражается, какъ въ драматической картинѣ, въ описанномъ выше ритуалѣ *legis actio sacramento*. Прежде всего, госуд. власть не вызываетъ отвѣтчика; она появится только тогда, какъ стороны сошлись сами. Въ актѣ *vindicatio* и *contravindicatio* стороны обращаются отнюдь не къ магистрату со своими заявленіями, а исключительно другъ къ другу; каждая изъ сторонъ готова отъ словъ перейти къ дѣлу: каждая накладываетъ на вещь свою *vindicta*, которая является символомъ копья; обѣ готовы вступить въ реальную борьбу за вещь. Но въ этотъ моментъ вмѣшивается госуд. власть своимъ приказомъ: „*mittite ambo rem!*“ Борьба прекращена, и сторонамъ ничего другого не остается, какъ вступить на тотъ путь, который, какъ сказано, былъ и безъ того уже частымъ,—на путь соглашенія о третейскомъ судѣ. Это соглашеніе и создается посредствомъ *provocatio sacramento* и окончательно заключается въ торжественномъ актѣ *litiscontestatio*. Собственный разборъ и приговоръ произойдетъ уже у третейскаго судьи (*judex privatus*), *in judicio*; производство же *in jure* является историческимъ отложеніемъ того времени, когда госуд. власть ставила своей задачей только предотвратить возможную борьбу сторонъ и перевести споръ на путь мирнаго разрѣшенія. Вмѣстѣ съ тѣмъ опять-таки выясняется административно-полицейская цѣль начальственнаго участія магистрата.

Если *pignoris capio* и *manus injectio* возникли, какъ формы для осуществленія долговыхъ претензій, то напротивъ, несомнѣнно древнѣйшей сферой *l. a. sacramento* были именно споры о вещи, т. е. о правѣ собственности. Перенесеніе этой формы на иски изъ обязательствъ явилось продуктомъ уже дальнѣйшаго историческаго развитія.

Въ историческое время судьями *in judicio* являлись свѣтскія частныя лица. Однако, названіе процессуальнаго залога *sacramentum* и извѣстіе о томъ, что онъ шелъ первоначально въ кассу понтификовъ, а также то обстоятельство, что въ болѣе позднее время словомъ *sacramentum* обозначается присяга солдатъ,—все это заставляетъ предполагать, что въ эпоху доисторическую *l. a.*

sacramento имѣла иной характеръ. Sacramentum и здѣсь, вѣроятно, представляло *присягу* сторонъ: остановленные властью въ началѣ борьбы, стороны подтверждали свои претензии присягой, и тогда естественно возникалъ вопросъ, кто изъ нихъ присягнулъ ложно, а это подлежало, какъ указано выше, *суду понтификовъ*. Признанный присягнувшимъ ложно долженъ былъ уплатить извѣстный штрафъ, какъ сумму expiatio. По мѣрѣ прогрессирующей эманципации свѣтскаго права отъ сакрального эманципировался и гражданскій процессъ: исчезла присяга, а прежній сакральный штрафъ превратился въ денежный процессуальный залогъ; вмѣсто понтификовъ судить in iudicio стали свѣтскіе iudices privati.

Разсмотрѣнныя три формы legis actio являются древнѣйшими; своими корнями онѣ уходятъ далеко вглубь доисторическихъ временъ. Напротивъ, двѣ послѣднія формы принадлежатъ уже къ новѣйшимъ историческимъ наслоениямъ. *Legis actio per iudicis postulationem* есть упрощенная форма, при помощи которой можно добиться приговора безъ риска для той или другой стороны потерять сумму процессуальнаго залога, и именно этому обстоятельству она, вѣроятно, обязана своимъ происхожденіемъ. *Legis actio per conditionem* является уже безспорнымъ созданиемъ республиканской эпохи.

Изложенный анализъ древне-римскихъ процессуальныхъ формъ показываетъ намъ и въ этой области переходную стадію: съ одной стороны—сильны еще переживания временъ примитивнаго самоуправства, съ другой стороны—госуд. власть уже начинаетъ проявлять свою дѣятельность въ смыслѣ регламентирования частныхъ отношеній. Во всѣхъ областяхъ мы присутствуемъ при зарожденіи правового порядка, при его первыхъ, еще нерѣшительныхъ шагахъ.

§ 9.

Т. наз. реформа Сервія Туллія и паденіе царской власти.

Эпоха, которую мы охватываемъ общими скобками подъ именемъ царскаго періода, отнюдь не является временемъ какой-либо неподвижности; на протяженіи этого періода происходили, конечно, разнообразныя измѣненія въ общественной жизни и въ правовомъ строѣ. Однако, наступило время, когда жизнь стала въ радикальное противорѣчіе съ самыми основами этого строя и потребовала радикальныхъ реформъ. И дѣйствительно, римское преданіе сообщаетъ намъ о такихъ реформахъ, приписывая ихъ предпослѣднему царю—*Сервію Туллію*. Такъ же, какъ и многое другое, это преданіе современными историками, однако, подвергается критикѣ и сомнѣнію. Нѣкоторые изъ ученыхъ относятъ эти реформы уже къ республиканскому періоду; думаютъ даже, что онѣ являются не продуктомъ единаго законодательнаго акта, а суммой многихъ

частичныхъ измѣненій*). Но если a priori можно предположить, что римское преданіе изображаетъ намъ ходъ реформъ не совсѣмъ такъ, какъ было въ дѣйствительности, то, съ другой стороны, и предлагаемая взамѣнъ гипотеза современныхъ ученыхъ нерѣдко очень рискованна и мало убѣдительна.

Какъ было указано выше, древне-римскій общественный и государственный строй былъ всецѣло рассчитанъ на коренныхъ, изначальныхъ жителей общины, опирался на ихъ родовую организацию. Позднѣйшіе переселенцы, плебеи, стоя внѣ патриціанскихъ родовыхъ связей, стояли и внѣ политической жизни: они не принимали участія въ рѣшеніи общественныхъ дѣлъ, но зато не несли и общегражданскихъ повинностей—военной, податной и т. д. Это были своего рода „захребетники“, „Hintersassen“ общины, для которыхъ de jure Римъ оставался чужбиной.

Такое положеніе дѣлъ могло не возбуждать вниманія лишь въ тѣ времена, когда подавляющимъ элементомъ населенія были патриціи, а классъ пришельцевъ-плебеевъ былъ немногочисленъ. Когда же этотъ послѣдній классъ значительно разросся и пустилъ прочные корни въ Римѣ, его изолированное положеніе дѣлалось все болѣе и болѣе общественной аномаліей. Съ одной стороны, сами патриціи мало-по-малу привыкаютъ смотрѣть на плебеевъ, какъ на постоянную составную часть римскаго населенія; съ другой стороны, плебеи, для которыхъ интересы ихъ новой отчины, Рима, дѣлаются все болѣе и болѣе безразличными, начинаютъ обнаруживать стремленіе къ участію въ общинныхъ дѣлахъ.

Существуетъ преданіе, что уже *Тарквиній Прискъ* имѣлъ мысль составить изъ плебеевъ новую (четвертую) трибу на равныхъ правахъ съ прежними, но его попытка разбилась о сопротивление жрецовъ. Пришлось остановиться на компромиссѣ: изъ среды плебеевъ были выбраны нѣкоторыя familiae и включены подъ именемъ *gentes minores* въ составъ прежнихъ трехъ трибъ. Насколько достовѣрно это преданіе, трудно сказать. Gentes minores дѣйствительно существуютъ впоследствии среди патриціанскихъ родовъ, но таково-ли ихъ происхожденіе, какъ говоритъ римское преданіе, неизвѣстно. Какъ бы то ни было, если даже реформа Тарквинія Приска подлинная историческая правда и если она дѣйствительно имѣла въ виду плебеевъ,—она не измѣнила основныхъ принциповъ государственнаго строя, а только пополнила старыя организациі новыми лицами.

Гораздо болѣе серьезное и принципиальное значеніе имѣла *реформа, приписываемая Сервію Туллію*. Пусть и авторъ и время ея сомнительны, но общія основы ея, дошедшія до временъ болѣе достовѣрныхъ неизмѣненными, болѣе или менѣе ясны.

Было бы, конечно, неправильно думать, что эта реформа была задумана и проведена, какъ реформа *политическая* прежде всего, какъ это представляли себѣ позднѣйшіе римляне. Наиболѣе

*) Ср. *Bruns-Lenel* въ *Holendorfs Encyclopädie*. § 12.—*T. Giorgi*. (Il. decemvirato legislativo e la costituzione Serviana. 1912) считаетъ даже творцами реформы децемвировъ.

важной практически и наиболее вразумительной для патрициев стороны отмененной выше общественной аномалии было то обстоятельство, что одни патриции несли на себя всю имущественную и личную тяготу воинской повинности. Цѣлый значительный классъ населенія оставался въ этомъ послѣднемъ отношеніи совершенно неиспользованнымъ. Вслѣдствіе этого возникало полное несоотвѣтствіе между дѣйствительнымъ населеніемъ Рима и количествомъ выставляемаго имъ войска. А между тѣмъ потребности народной обороны и растуція завоевательныя стремленія Рима требуютъ все большаго и большаго напряженія всѣхъ его личныхъ силъ. Представлялось, поэтому, желательнымъ прежде всего какъ-нибудь привлечь всю массу плебеевъ къ участию (личному и имущественному) въ несеніи воинской повинности. И дѣйствительно, вся т. наз. реформа С. Туллія есть по основной идеѣ своей реформа воинская и податная.

Достигнуть указанной цѣли можно было только радикальнымъ измѣненіемъ самаго основного фундамента этихъ повинностей, замѣнивъ принципъ происхожденія вмѣстѣ съ его родовой и куріальной организаціей народа и войска принципомъ *имущественной состоятельности* каждаго.

Главнымъ же мѣриломъ имущественной состоятельности въ ту эпоху являлось количество обрабатываемой каждой семьей земли. Поэтому прежде всего представлялось необходимымъ установить надлежащій способъ для учета поземельныхъ владѣній. Съ этой цѣлью вся Римская территория была раздѣлена на извѣстное количество округовъ, которые называются также *трибами* (tribus), но которые не имѣютъ ничего общаго со старыми племенными трибами Ramnes, Tities и Luceres. Какое количество округовъ было образовано первоначально, мы не знаемъ. Въ началѣ республики мы находимъ 4 городскія трибы въ самомъ Римѣ (tribus Palatina, Collina, Esquilina и Suburana) и 16 или 17 сельскихъ трибъ (tribus rusticae; большинство изъ нихъ носитъ еще родовыя названія— см. выше) внѣ его; но появились ли всѣ онѣ сразу или же первоначально существовали только tribus urbanae, вопросъ спорный. Являясь, такимъ образомъ, извѣстной „земской“ единицей, триба избирала себѣ особаго „старосту“—*tribunus aerarius*, на обязанности котораго лежало участие въ опредѣленіи имущественной состоятельности гражданъ, собираніе податей и уплата жалованья.

На основаніи такимъ образомъ выясненнаго имущественнаго положенія каждаго, всѣ граждане, т. е. какъ патриціи, такъ и плебеи, распредѣлялись затѣмъ на *пять классовъ*, которые являлись въ то же время и различными по степени вооруженія разрядами войскъ: болѣе состоятельные должны были являться и съ болѣе полнымъ собственнымъ вооруженіемъ. Имущественныя нормы, служившія основаніемъ для распредѣленія по классамъ, переданы намъ позднѣйшими римскими историками въ видѣ извѣстныхъ денежныхъ нормъ: первый классъ отъ 100 тысячъ ассовъ, второй отъ 75 до 100 тысячъ и т. д. Болѣе вѣроятнымъ, однако, представляется, что вначалѣ это были *нормы землевладѣнія*. Къ

первому классу причислялись граждане, владѣвшіе свыше 20 югеровъ земли, ко второму отъ 15 до 20, къ третьему отъ 10 до 15, къ четвертому отъ 5 до 10 и къ пятому лица, владѣвшія менѣе 5 югеровъ. О значеніи этихъ земельныхъ нормъ было сказано выше. Граждане, являвшіеся землевладѣльцами и потому состоявшіе въ той или другой трибѣ—*tribules*—и вошедшіе въ тотъ или другой классъ, назывались *adsidui* и *classici*.

Каждый изъ классовъ выставялъ извѣстное количество военныхъ отрядовъ, *центурій*: первый классъ 80, второй, третій и четвертый по 20 и пятый 30. Всѣ эти центуріи раздѣлялись на *centuriae juniorum* и *centuriae seniorum*, въ каждомъ классѣ по равному числу. Въ *centuriae juniorum* входили лица въ возрастѣ отъ 17 до 46 лѣтъ, въ *centuriae seniorum* лица отъ 46 до 60 лѣтъ; первыя составляли основную боевую линію, вторыя—резервъ. Кромѣ этихъ классныхъ центурій, въ составъ арміи входили 18 центурій всадниковъ, набравшихся изъ гражданъ перваго класса, 2 центуріи мастеровъ (*fabri tignarii* и *fabri ferrarii*), 2 центуріи музыкантовъ (*cornicines* и *tubicines*) и, наконецъ, 1 центурія изъ лицъ, не входившихъ въ классы, неземлевладѣльцевъ, т. наз. *proletarii* или *capite censi*. Такимъ образомъ, общее число центурій было 193.

Въ этомъ раздѣленіи на центуріи возбуждаетъ прежде всего вниманіе неравное количество ихъ въ классахъ. Можно было бы думать, что центуріи были неравны и что большее количество ихъ въ первомъ классѣ, чѣмъ въ остальныхъ, объясняется желаніемъ дать преобладаніе богатымъ надъ бѣдными; это предположеніе было бы не лишеннымъ основанія, если бы было доказано, что вся эта реформа имѣла въ виду прежде всего цѣли политическія, а именно это представляется неправдоподобнымъ. Вѣроятнѣе, поэтому, другое объясненіе: центуріи, какъ извѣстные военные отряды, были приблизительно одинаковой численности; если же въ первомъ классѣ ихъ болѣе, чѣмъ въ остальныхъ, то потому, что и въ дѣйствительности большинство тогдашняго римскаго населенія состояло изъ гражданъ, владѣвшихъ не менѣе 20 югеровъ земли. При такомъ предположеніи распредѣленіе центурій по классамъ можетъ служить картиной землевладѣнія.

Нѣсколько иначе стоитъ вопросъ о раздѣленіи на *centuriae juniorum* и *seniorum*: статистика показываетъ, что во всякомъ обществѣ лицъ отъ 17 до 46 л. гораздо больше, чѣмъ лицъ старше 46 л. Остается, поэтому, предположить, что резервныя центуріи стариковъ по своей численности были менѣе центурій молодыхъ.

Разъ основой для распредѣленія повинностей было поставлено имущественное состояніе каждаго, то очевидно, что оцѣнка и составленіе списковъ должны были возобновляться періодически. Эта оцѣнка (*census*) производилась приблизительно черезъ каждыя 5 лѣтъ и заканчивалась особыми религиозными обрядами (*lustratio*, отчего и пятилѣтній періодъ называется *lustrum*).

Каждый гражданинъ долженъ былъ, такимъ образомъ, являться со своимъ оружіемъ; для другихъ надобностей народной

обороны каждый, опять-таки сообразно своему имущественному положенію, долженъ былъ платить *подать*, которая называлась *tributus* или *tributum*. Она, впрочемъ, не имѣла характера регулярной подати, а назначалась въ случаѣ надобности царемъ (*rex imperat tributum*), при счастливомъ исходѣ войны (большая военная добыча) возвращалась плательщикамъ и, такъ обр., имѣла скорѣе характеръ принудительнаго займа на время. Всадники получали, по общему правилу, лошадь отъ государства (*equites equo publico*), содержаніе же ея оплачивалось лицами, не подлежащими воинской повинности (вдовы и самостоятельные несовершеннолѣтніе); они платили особую подать—*aes equestre* и *aes hordearium* (*hordeum*—ячмень). Взиманіе податей и уплата содержанія самимъ государствомъ не производились: всадникъ долженъ былъ обратитъ свое взысканіе непосредственно или къ *tribunus aegagius* или къ тѣмъ лицамъ, которыя были для него, какъ плательщики, назначены.

Описанная реформа имѣла громадное и принципиальное и практическое значеніе для дальнѣйшей римской исторіи. Несмотря на то, что она не уничтожила стараго патриціанскаго строя съ его *comitia curiata*, несмотря на то, что она имѣла въ виду *prima facie* цѣли воинскія,—она создала форму, въ которую вошла затѣмъ незамѣтно и крупная реформа политическая.

Благодаря ей образовался, прежде всего, новый видъ общенародной организаціи—*comitia centuriata*. Первоначально, конечно, это было не что иное, какъ только собраніе войска, расположеннаго боевымъ строемъ на Марсовомъ полѣ. Однако, мало-по-малу, въ силу фактическихъ условій жизни, *comitia centuriata* стали новымъ органомъ, при посредствѣ котораго весь римскій народъ (съ плебеями включительно) могъ выражать свою волю. Первоначально, вѣроятно, голосъ такого собранія, т. е. войска, имѣлъ значеніе только для вопросовъ войны и военнаго дѣла, но затѣмъ, вслѣдствіе болѣе или менѣе тѣсной связи съ ними и другихъ вопросовъ политики, компетенція (поскольку вообще для того времени можно говорить о компетенціи) *comitia centuriata* постепенно расширялась въ ущербъ старымъ *comitia curiata*.

Вмѣстѣ съ тѣмъ существенно измѣнилось и положеніе плебеевъ: участвуя въ войскѣ, они приобрѣли теперь возможность участвовать и въ народномъ собраніи. Правда, первое время они не могли фактически играть въ немъ вліятельной роли: граждане перваго класса, въ большинствѣ состоявшіе, конечно, еще изъ патриціевъ, какъ сказано, давали 98 центурій и, слѣдовательно, обладали 98 голосами изъ общаго числа 193; они, такъ обр., при единогласіи въ своей средѣ всегда имѣли перевѣсъ. Важно, однако, уже то, что патриціи преобладаютъ уже не какъ патриціи, а лишь какъ болѣе состоятельные землевладѣльцы. Попасть же въ число послѣднихъ и плебеевъ дорога не закрыта. Плебеи вышли, такъ обр., изъ своего прежняго изолированнаго положенія, втянулись въ общенародную организацію.

Да и для самихъ патриціевъ эта реформа не могла пройти безслѣдно: она должна была прежде всего отразиться въ дальнѣйшемъ умаленіи значенія родовъ и въ дальнѣйшемъ разложеніи патриархальнаго строя. Государственный принципъ сдѣлалъ новый и крупный шагъ впередъ.

Традиціонная римская исторія вскорѣ за реформами Сервія Туллія ставить и самое *паденіе царской власти*. Какія событія, какія потрясенія сопровождали это паденіе; было-ли это паденіе революціоннымъ низверженіемъ, какъ повѣствуетъ традиція и какъ думаютъ нѣкоторые изъ новыхъ (напр., Маур), или же оно явилось результатомъ простаго и постепеннаго ослабленія царской власти, какъ думаютъ другіе (напр., De Sanctis, Низе), былъ ли переходъ къ республикѣ реакціей аристократіи противъ демократической политики послѣднихъ царей, или же, наоборотъ, новой побѣдой демократіи,—все это вопросы, которые при нынѣшнемъ состояніи нашихъ знаній едва-ли могутъ быть разрѣшены окончательно.

Можно только сказать, что аналогичный процессъ реорганизаціи государственнаго устройства совершился приблизительно въ то же время и въ другихъ сосѣднихъ (латинскихъ и нелатинскихъ) *civitates*. На смѣну прежней царской власти въ нихъ возникли разнообразныя годичныя магистратуры (*dictatores, praetores, meddices, marones* и т. д.). Слѣдовательно, исторія Рима не представляетъ въ этомъ отношеніи ничего исключительнаго*).

Какъ бы то ни было, но въ ней начинается новый періодъ—*періодъ республики*.

*). См. объ этомъ А. Rosenberg. Der Staat der alten Italiker. 1913.

ГЛАВА II.

Періодъ республики.

А. Государственное устройство.

§ 10.

1. Территорія.

Періодъ республики во многихъ отношеніяхъ—центральный періодъ римской исторіи. На протяженіи этого періода Римъ изъ маленькой латинской общины съ чрезвычайно простымъ устройствомъ превращается въ огромное государственное тѣло съ обширной территоріей, съ очень сложной организаціей и очень сложною жизнью; примитивное натуральное хозяйство подѣ влияніемъ оживленнаго международнаго оборота замѣняется интенсивными экономическими отношеніями, приводящими въ концѣ концовъ къ колоссальнымъ богатствамъ—съ одной стороны, и къ вопіющей нищетѣ—съ другой, и т. д. Во всѣхъ областяхъ народной жизни происходитъ расширение, усложненіе.

Разсмотримъ прежде всего *внѣшнее расширение Рима — ростъ его территоріи.*

Какъ было отмѣчено выше, къ началу республиканскаго періода Римъ приобрѣлъ уже рѣшительную гегемонію въ *Латинскомъ союзѣ*. Но эта гегемонія, очевидно, тяжело ложилась на союзниковъ; по крайней мѣрѣ, тотчасъ же за изгнаніемъ царей (510 г. до Р. X.) римское преданіе рассказываетъ намъ о крупномъ возстаніи латинскихъ племенъ. Возстаніе это оканчивается побѣдой Рима и миромъ, заключеннымъ Сп. Кассіемъ и потому носящимъ названіе *foedus Cassianum* (493 г.). Этотъ миръ, въ сущности, не уничтожаетъ Латинскаго союза, но договаривающимися сторонами въ немъ являются уже, съ одной стороны Римъ, а съ другой стороны — всѣ остальные латинскія общины; слѣдовательно, Римъ какъ-бы обособилъ себя отъ союза, занявъ по отношенію къ нему положеніе равнаго международнаго тѣла *).

*) Это мнѣніе (Моммзена) въ новѣйшее время оспаривается Таублеромъ (Imperium romanum. I. 1913. S. 276—317). По ученію послѣдняго, Римъ никогда не стоялъ *рядомъ* съ Латинскимъ союзомъ. Латинскій союзъ продолжалъ существовать, какъ племенное и сакральное единство, охватывая въ себѣ и римскую республику. Лишь при помощи *отдѣльныхъ* договоровъ Римъ подчинилъ себѣ мало-по-малу большинство латинскихъ общинъ и такимъ путемъ достигъ фактическаго господства надъ союзомъ.

Отдѣльныя латинскія civitates не потеряли своей самостоятельности, по крайней мѣрѣ, въ принципѣ; онѣ сохранили свое управленіе и свое законодательство. Граждане этихъ общинъ также продолжали имѣть полное jus commercii, т. е. полную гражданскую правоспособность для имущественнаго оборота съ римлянами. Единственное ограниченіе терпѣли эти общины въ международныхъ отношеніяхъ: безъ воли Рима онѣ не могли вступать въ соглашенія съ сосѣдними государствами; въ случаѣ войны Рима съ кѣмъ-либо изъ сосѣдей онѣ должны были поддерживать его своими войсками. Такъ какъ римляне почти непрерывно ведутъ войны, то фактически союзныя войска почти все время находятся въ распоряженіи Рима. Правда, латинскія общины за это имѣли право на извѣстныя выгоды, вродѣ половинной доли въ военной добычѣ, но, разумѣется, главныя выгоды всегда приходились на долю Рима. Эгоистическая политика Рима, слугами которой поневолѣ дѣлались союзники, не могла, конечно, не раздражать ихъ. Это раздраженіе приводитъ къ отдѣльнымъ вспышкамъ возмущенія, повторявшимся отъ поры до поры, а затѣмъ и къ общему возстанію союзниковъ (340—338 г. до Р. X.). Возстаніе это опять было подавлено (побѣдой Манлія Торквата), послѣ чего былъ заключенъ новый миръ, въ результатѣ котораго старый Латинскій союзъ оказывается уже уничтоженнымъ: отнынѣ Римъ имѣетъ уже дѣло только съ отдѣльными общинами, большинство которыхъ ставится въ положеніе civitates foederatae.

Почти весь этотъ періодъ наполненъ непрерывными войнами римлянъ—сначала съ сосѣдями ближайшими, а потомъ и съ болѣе отдаленными, и въ результатѣ этихъ войнъ римляне мало-по-малу распространяютъ свое господство далеко за предѣлы Лаціума.

Часть завоеванныхъ при этомъ земель, въ качествѣ *ager publicus*, непосредственно присоединяется къ римской территоріи и затѣмъ или предоставляется на такихъ или иныхъ правахъ (объ этомъ ниже) пользованію гражданъ или же употребляется для созданія организованныхъ *колоній (coloniae)*. Основаніе римскихъ колоній среди покореннаго чужого населенія было излюбленнымъ и дѣйствительно очень цѣлесообразнымъ приѣмомъ укрѣпить господство Рима. Колонія получала внутреннее самоуправленіе; колонисты продолжали считаться за cives romani, хотя въ политической жизни Рима естественно переставали принимать участіе; впрочемъ, въ народныхъ собраніяхъ по трибамъ (comitia tributa) для нихъ по жребію отводилась одна изъ трибъ, въ которой они могли голосовать на случай своего пребыванія въ Римѣ. Нерѣдко, однако, особенно въ концѣ республики, римскіе магистраты оказывались вынужденными принимать мѣры къ тому, чтобы колонисты не покидали массами своихъ колоній и не скоплялись въ Римѣ.

По отношенію къ самостоятельнымъ *италійскимъ государствамъ—общинамъ (civitates)*, съ которыми Римъ сталкивается въ теченіе этого періода въ процессѣ постепеннаго расширенія своего

господства, онъ держится различной политики. Сначала безсознательно, а потомъ и сознательно руководясь принципомъ „*divide et impera*“, принципомъ разьединенія интересовъ своихъ противниковъ, Римъ создаетъ чрезвычайное разнообразіе юридическихъ отношеній между собою и италійскими *civitates*, отношеній, которыя притомъ не остаются неподвижными, а нерѣдко на сравнительно короткомъ протяженіи времени часто мѣняются. При всемъ своемъ мѣняющемся разнообразіи, однако, *формы римскаго господства въ Италіи* могутъ быть сведены къ слѣдующимъ основнымъ.

1. Нѣкоторыя изъ *civitates* включаются въ составъ Римскаго государства со всѣми правами римскаго гражданства; жители ихъ дѣлаются полными *cives Romani cum suffragio*. Это, очевидно, самая почетная и самая привилегированная форма, достигающаяся на первыхъ порахъ въ удѣль сравнительно немногимъ. Такая инкорпорация сопровождалась непременно занесеніемъ присоединяемой общины въ поземельныя трибы, причемъ въ случаѣ значительности присоединяемой территоріи изъ нея образовывалась новая триба. Такимъ путемъ къ 241 году до Р. X. число трибъ выросло до 35, но затѣмъ уже больше не увеличивалось; земли, присоединяемая вновь, заносились въ ту или другую изъ старыхъ трибъ.

2. Жители другой группы присоединяемыхъ *civitates* ставились въ положеніе *cives sine suffragio*. Они получали полную правоспособность въ области гражданскихъ отношеній (*jus commercii, jus connubii*), но не приобрѣтали римскихъ политическихъ правъ (*jus suffragii* и *jus honorum*). Въ то же время они несли извѣстныя повинности по отношенію къ Риму (гл. обр., воинскую въ своихъ особыхъ войскахъ); такія повинности называются *munera*, почему общины этого рода обыкновенно именуются *municipia*. Обыкновенно и внутренняя автономія этихъ муниципій ограничивается: для управленія ими посылаются изъ Рима особые магистраты—*praefecti jure dicundo*.

3. Третью—и притомъ до послѣдняго столѣтія республики наиболѣе многочисленную—группу составляютъ общины, которыя сохраняютъ свою политическую самостоятельность и которыхъ отношенія къ Риму опредѣляются международнымъ правомъ, т. е. договоромъ ихъ съ Римомъ*). Такой договоръ называется вообще *foedus*, а *civitates* этой группы являются поэтому *civitates foederatae* или *liberae*. Общины этого рода не входятъ въ составъ римскаго государства; юридически онѣ сами составляютъ государство со своимъ особымъ гражданствомъ, своимъ управленіемъ и т. д. *Foedus* создаетъ только между такой *civitas* и Римомъ извѣстныя отношенія близости, союза. Но эта связь съ Римомъ можетъ быть болѣе тѣсной и менѣе тѣсной: иногда договоръ ограничивается только установленіемъ дружества между государствами (*amicitia, hospitium publicum*), иногда же онъ налагаетъ

*) По вопросу о международныхъ договорахъ Рима см. новѣйшее сочиненіе Täubler'a (цит. выше).

на союзниковъ обязательства болѣе опредѣленные. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи различаютъ *foedus aequum* и *foedus iniquum*. Въ первомъ случаѣ Римъ и *civitas foederata* принципиально стоятъ равно: каждая сторона обязывается помогать другой на случай нападенія врага (союзъ оборонительный); но *civitas foederata* не лишается права вести свою собственную политику. Во второмъ случаѣ, напротивъ, *civitas foederata* обязуется всегда помогать Риму, даже въ его войнѣ наступательной, и вообще обязуется слѣдовать въ международной политикѣ за Римомъ („*majestatem populi Romani comiter conservanto*“), отказываясь отъ своей собственной международной инициативы. Чѣмъ далѣе, тѣмъ все болѣе и болѣе эта послѣдняя форма дѣлается преобладающей.—Жители этихъ общинъ, оставаясь для римлянъ чужестранцами, *peregrini*, благодаря установившемуся договору, перестаютъ быть *hostes* и существами безправными; они теперь *socii*, пользующіеся и безъ какого-либо частнаго патроната государственной охраной на римской территоріи. Правда, *peregrini*, какъ не римскіе граждане, не способны къ сдѣлкамъ чистаго римскаго права и къ римскимъ *jura Quiritium* и не могутъ обращаться къ суду въ обычныхъ формахъ *legis actio*, тѣмъ не менѣе они уже не беззащитны: для охраны ихъ имущественныхъ отношеній и для защиты ихъ въ Римѣ магистратурой мало-по-малу создаются особыя нормы—т. наз. *jus gentium*, а затѣмъ учреждается и особая магистратура—*praetor peregrinus*. Вслѣдствіе этого институтъ кліентелы въ его древнемъ смыслѣ совершенно исчезаетъ.

4. Наконецъ, четвертую категорію составляютъ тѣ общины, которыя, потерпѣвъ въ борьбѣ съ Римомъ рѣшительное пораженіе, сдаются ему безъ всякихъ условій—на его милость (*deditio*). Такая община, по общему правилу, утрачиваетъ свою внутреннюю самостоятельность, утрачиваетъ свое управленіе и управляется начальниками, посылаемыми изъ Рима. Добровольная сдача (*deditio*) сказывается, однако, въ томъ, что жители такой общины все же не считаются за существа безправныя; они ставятся въ положеніе *peregrini*, но называются въ отличіе отъ предыдущей категоріи—*peregrini dediticii*: тѣ имѣютъ гражданство хоть въ своей странѣ, *peregrini dediticii* не имѣютъ его нигдѣ, ибо ихъ община за самостоятельную *civitas* уже не признается.

Deditio все же есть добровольная сдача, принятая Римомъ (или его военачальникомъ); въ ней есть все же, хотя и слабый, элементъ договора. Тамъ же, гдѣ и такой *deditio* не было, гдѣ война привела къ полному разгрому, тамъ наступала *occupatio bellica*: произволу Рима уже не было никакихъ ограниченій. Вся земля покоренныхъ, по общему правилу, обращалась въ *ager publicus populi Romani*; жители, какъ военно-плѣнные, обращались въ рабовъ.

Благодаря разнообразію формъ юридическаго господства Рима надъ италійскими *civitates*, юридическая карта италійской территоріи во второй половинѣ республики представляла чрезвычайно пеструю картину. Сплошь и рядомъ ближайшіе сосѣди находились

въ самыхъ неодинаковыхъ отношеніяхъ къ Риму. Эта политика разбѣденія интересовъ въ значительной степени достигала цѣли; однако, въ началѣ I вѣка до Р. Х. многимъ общинамъ различныхъ категорій удается объединиться въ общемъ возстаніи противъ Рима. Союзники думаютъ даже основать особое государство—*Italia*—съ особой столицей (*Corfinium*) и съ особымъ союзнымъ управленіемъ (сенатомъ изъ представителей отъ союзныхъ *civitates*). Моментъ былъ очень серьезный, и, сознавая всю серьезность положенія, римляне, борясь оружіемъ, въ то же время идутъ и на уступки. Въ 90 году консулъ Люцій Юлій Цезарь проводитъ законъ—*lex Iulia*, въ силу котораго дается право полного римскаго гражданства тѣмъ изъ союзниковъ, которые остались вѣрны Риму, а также тѣмъ, которые изъявляютъ свою покорность въ теченіе 2 мѣсяцевъ. Но такъ какъ этотъ законъ, созданный съ цѣлью поселить разладъ между возставшими, не привелъ къ желаннымъ результатамъ, въ слѣдующемъ 89 году былъ изданъ новый законъ—*lex Plautia Papiria*, въ силу котораго право гражданства давалось всѣмъ жителямъ Италіи вообще. Вся созданная такимъ образомъ масса новыхъ гражданъ вносится въ 8 специально назначенныхъ трибъ (изъ общаго числа 35), чѣмъ фактически ослабляется ихъ вліяніе въ народныхъ собраніяхъ. Съ этого момента вся территория Италіи дѣлается территоріей Рима, всѣ жители Италіи дѣлаются римскими гражданами со всѣми активными и пассивными политическими правами. Наконецъ, законъ Юлія Цезаря 45 г.—*lex Iulia municipalis*—устанавливаетъ нѣкоторыя общія правила относительно мѣстнаго городского устройства, вслѣдствіе чего это послѣднее мало-по-малу принимаетъ однообразный видъ. Въ основѣ этого муниципальнаго управленія лежитъ начало широкой автономіи въ мѣстныхъ дѣлахъ.

Въ періодъ республики владычество Рима переходитъ и за предѣлы Италіи. Политика римлянъ по отношенію къ внѣ-италійскимъ землямъ существенно отличается отъ политики, которой придерживались они въ Италіи. Въ то время какъ италійскія *civitates*, большую часть которыхъ составляли *civitates foederae*, не теряли своей внутренней самостоятельности, внѣ-италійскія земли, за небольшими исключеніями (напр., Афины), ставились въ полную зависимость отъ Рима. Онѣ назывались провинціями. Терминъ *provincia* обозначалъ первоначально указываемую сенатомъ сферу военныхъ дѣйствій каждаго изъ 2 консуловъ (одинъ посылался со своими легионами въ одну мѣстность, другой въ другую), причемъ признакъ извѣстной территоріи не былъ даже для понятія *provincia* существеннымъ. Управление внѣ-италійскими землями, съ точки зрѣнія римлянъ, носило характеръ продолжающейся военной оккупации, и съ этой стороны эти земли, дѣйствительно, являются *provinciae* въ старомъ смыслѣ этого слова. Правители провинцій, посылаемые изъ Рима *proconsules* или *propraetores*, были, поэтому, облечены высшей военной, административной и судебной властью, на которую не было *provocatio*. Далѣе, въ силу того основнаго принципа, что завоеванная территория считается

собственностью римскаго народа, вся провинціальная земля, поскольку она оставалась въ рукахъ ея прежнихъ собственниковъ, юридически разсматривалась, не какъ ихъ собственность, а какъ простое владѣніе—*possessio*, вродѣ владѣнія арендаторовъ. Отсюда тотъ дальнѣйшій выводъ, что провинціальная земля (*solum provinciale*) подлежитъ платежу налоговъ въ пользу римскаго государства, межъ тѣмъ какъ территория Италіи (*solum italicum*) по принципу отъ нихъ свободна.—Общее устройство провинцій определялось тотчасъ, по ея присоединеніи особымъ положеніемъ, составляющимъ *lex provinciae* (напр., *lex Rupilia* для Сициліи, *lex Pompeia* для Вифиніи и т. д.), ближайшій же порядокъ управленія устанавливался самими правителями провинцій въ издаваемыхъ ими *edicta provincialia*. Жители провинцій находились въ положеніи *peregrinorum*.

Взглядъ на провинціи, какъ на имѣнія римскаго народа, безграничная власть провинціальныхъ правителей надъ жителями, слабость контроля надъ этими правителями,—все это приводило къ тому, что положеніе провинцій было очень тяжелымъ: онѣ были лишь источникомъ дохода для Рима и объектомъ часто самой вопіющей эксплуатаціи какъ для римскихъ, должностныхъ лицъ, такъ и для частныхъ предпринимателей.

§ 11.

Н а с е л е н і е.

Тревожный и бурный во внѣшнихъ отношеніяхъ, періодъ республики является въ равной степени тревожнымъ и бурнымъ и во внутренней жизни Рима.

Уже съ самаго начала республики мы наблюдаемъ упорную борьбу между патриціями и плебеями за политическую равноправность, причемъ эта борьба наполняетъ собою затѣмъ всю первую половину періода. Постояннымъ, временами глухимъ, а временами очень рѣзкимъ, аккомпаниментомъ этой сословной борьбы является почти во всѣхъ ея стадіяхъ экономическая борьба между богатыми и бѣдными, и когда, наконецъ, сословная борьба улеглась, распря экономическая, разгораясь все болѣе и болѣе, стала основной причиной народныхъ волненій и темой правительственныхъ заботъ. Оставляя пока эту послѣднюю, экономическую сторону эволюціи, напомнимъ здѣсь главнѣйшія стадіи борьбы сословной.

Нужно, однако, оговориться, что многое изъ того, о чемъ намъ повѣствуетъ въ этомъ отношеніи преданіе, считается современными историками недостовернымъ. Критическое отношеніе къ событіямъ первой половины республики у однихъ слабѣе, у

другихъ сильнѣе; взаимнѣ разрушаемаго каждый историкъ пытается дать свое положительное построение. — однако сколько-нибудь серьезнаго соглашения въ этомъ послѣднемъ отношеніи до сихъ поръ не достигнуто.

Замѣна царской власти двумя избираемыми на годъ магистратами (консулами) сама по себѣ не доставляла плебеямъ какихъ-либо особенныхъ выгодъ; скорѣе наоборотъ: ввиду того, что эти магистраты избирались только изъ патриціевъ, указанная замѣна отдавала плебеевъ въ руки патриціевъ гораздо болѣе, чѣмъ это было при все-таки сравнительно независимыхъ царяхъ. И дѣйствительно, первыя усилія плебеевъ направляются на борьбу противъ возможнаго произвола этихъ патриціанскихъ магистратовъ. Возникаетъ, т. ск., конституціонная тенденція: плебеи пытаются добиться такихъ или иныхъ юридическихъ ограниченій власти магистратовъ. Согласно преданію, почти одновременно съ установленіемъ новаго режима (510 г.), въ 509 г. издается законъ — *lex Valeria de provocatione*, въ силу котораго всякій приговоръ консула, налагающій на кого-либо смертную казнь, могъ быть обжалованъ въ народное собраніе (*comitia centuriata*); этимъ закономъ, т. обр., вопросъ о жизни и смерти гражданина былъ изъятъ изъ компетенціи магистрата. Право *provocatio ad rostrum* было затѣмъ подтверждено неоднократно; законы XII т. также постановляли: „*de capite civis nisi per maximum comitatum ne feruntur*“. Той же тенденціей проникнута и *lex Aternia Tarpeja* 454 г., законъ, являющійся по существу лишь дополненіемъ и дальнѣйшимъ развитіемъ закона о *provocatio*. Ограниченные въ правѣ налагать смертную казнь, консулы оставались неограниченными въ правѣ налагать имущественные штрафы вплоть до полной конфискаціи всего имущества; они могли, т. обр., лишить человѣка по своему произволу его экономическаго существованія. Чтобы оградить гражданина и здѣсь, *lex Aternia Tarpeja* постановила, что отнынѣ консулы своей властью могутъ назначать штрафы лишь не выше извѣстной мѣры (30 быковъ и 2 овцы = 3020 ассовъ).

Но уже первые опыты борьбы за улучшеніе своего положенія должны были показать плебеямъ, что для лучшаго успѣха имъ прежде всего необходимо организовать самихъ себя. Поставленный лицомъ къ лицу съ плотно спаянной своей родовой организаціей массой патриціата, а самъ состоящій изъ разрозненнаго множества отдѣльныхъ семействъ, плебсъ приходитъ къ сознанію, что первымъ условіемъ успѣшной борьбы является сплоченіе его самого въ какую-либо цѣльную сословную организацію. Такъ возникаетъ *организационное теченіе* въ нашей борьбѣ.

По преданію, въ 494 г. доведенная бѣдственнымъ экономическимъ и правовымъ положеніемъ до крайняго раздраженія, значительная часть плебеевъ оставила Римъ и перешла на Священную гору съ намѣреніемъ основать тамъ свой городъ (это т. наз. первая *secessio* плебеевъ). Патриціи, боясь лишиться части населенія и получить у себя подъ бокомъ новаго врага, пошли на уступки и вступили съ плебеями въ соглашеніе, результатомъ

котораго явились т. наз. *leges sacratae*, названныя такъ потому, что онѣ были подтверждены клятвой и, т. обр., были поставлены подъ особую защиту религіи. Главнымъ пунктомъ этихъ *leges sacratae* было учрежденіе *плебейскихъ трибуновъ* (*tribuni plebis*): за плебеями было признано право избирать изъ своей среды двухъ представителей, которымъ была предоставлена власть защищать ихъ отъ распоряженій патриціанскихъ магистратовъ („*auxilium latio adversus consulare imperium*“). Для помощи трибунамъ при нихъ находились два плебейскихъ *эдила*. Какъ трибуны, такъ и эдилы были снабжены особой охраной: всякое лицо, посягнувшее на нихъ, за нарушеніе *lex sacrata*, объявлялось *homo sacer* (со всѣми послѣдствіями „*sacer esto*“); они являлись поэтому *sacrosancti*.

Въ изложенномъ преданіи возникновеніе народныхъ трибуновъ сводится къ договору между плебеями и патриціями, а *leges sacratae* изображаются закономъ, принятымъ соединенной патриціанско-плебейской общиной. Быть можетъ, правильнѣе представлять возникновеніе плебейской организаціи *De Sanctis**). По его мнѣнію, на первыхъ порахъ плебеи не имѣли иныхъ средствъ обезпечить выполненіе своихъ постановленій, кромѣ взаимнаго обязательства всѣхъ плебеевъ бороться до послѣдней крайности съ ихъ нарушителями. Ввиду этого, когда плебеи почувствовали необходимость сплотиться въ организацію, когда они стали избирать себѣ своихъ вождей, они всѣ поклялись мстить за всякое посягательство на ихъ организацію или на ихъ предводителей. Эти-то клятвенныя постановленія плебеевъ и суть древнѣйшія *leges sacratae*. Они не являются настоящими законами, ибо представляютъ собою лишь рѣшенія одной (плебейской) части римскаго населенія; съ юридической точки зрѣнія, т. обр., они ни для кого не обязательны; организація плебеевъ не есть законная организація, народные трибуны не общегосударственная власть. Но плебеи объединяются, т. ск. революціоннымъ путемъ, выставляютъ свою, тоже революціонную, магистратуру и объявляютъ, что всякій, кто посягнетъ на ихъ организацію или на ихъ представителей, будетъ убитъ. Даже болѣе поздніе писатели говорятъ, что плебейскіе трибуны были защищены первоначально только этой клятвой, что они только *religione inviolati*. Такъ нелегальнымъ, революціоннымъ путемъ возникла сословная организація плебеевъ; сплоченности патриціанской плебсъ противопоставилъ сплоченность свою, — и патриціатъ очень скоро долженъ былъ признать эту организацію уже не только *de facto*, но и *de jure*. Огромное значеніе народныхъ трибуновъ въ дальнѣйшей борьбѣ плебеевъ, а въ послѣдствіи и пролетаріевъ, общеизвѣстно.

Какимъ образомъ происходило первое время избраніе трибуновъ и какова была древнѣйшая организація плебеевъ, неясно. Съ одной стороны, есть свидѣтельства, что первое время плебеи избирали трибуновъ въ собраніяхъ по куріямъ, но законъ 471 г.

*) *Storia del Romani*. vol. II. capo VIII. — Близокъ въ *De Sanctis* и *Bloch*. *La république romaine*. 1913. p. 61—62; послѣдній предполагаетъ, впрочемъ, что къ клятвѣ плебеевъ присоединилась затѣмъ и клятва патриціевъ.

(*lex Publilia Voleronis*) призналъ надлежащими собраніями плебеевъ собранія ихъ по (территориальнымъ) *трибамъ*. Съ другой стороны, нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ (напр., тотъ же De Sanctis, Мауг и др.) полагаютъ, что искони земельныя трибы были естественными ячейками плебейской организаціи и что плебейскіе трибуны не что иное, какъ выборные представители этихъ трибъ, т. ск., плебейскіе окружные старосты. Какъ бы то ни было, но въ болѣе извѣстное намъ время плебейская сословная организація покоится на трибахъ, и органомъ плебейскаго сословія являються специально-плебейскія собранія по трибамъ—*concilia plebis tributa*.

Утвердивъ свою сословную организацію, плебеи подъ предводительствомъ своихъ трибуновъ начинаютъ агитацію объ изданіи цѣлаго кодекса, который замѣнилъ бы неопредѣленное, допускающее разнообразныя толкованія, а потому и произволь, обычное право опредѣленными писанными нормами и вмѣстѣ съ тѣмъ яснѣе опредѣлилъ бы юридическое положеніе плебеевъ по отношенію къ патриціямъ. Послѣ десятилѣтней борьбы издаются *законы XII таблицъ*, которые имѣли огромное значеніе для всего дальнѣйшаго римскаго праворазвитія.

Послѣ смутнаго времени второго децемвирата и послѣ второго удаленія плебеевъ на священную гору появляются *leges Valeriae et Horatae* (449 г.), которыми восстанавливаются всѣ прежнія плебейскія учрежденія, пріостановленныя на время децемвировъ.

Если до сихъ поръ плебеи занимали главнымъ образомъ положеніе защищающихся, то теперь они переходятъ въ наступленіе; они предъявляютъ требованіе о признаніи за ними тѣхъ или иныхъ правъ, требуютъ равнаго участія въ рѣшеніи государственныхъ дѣлъ и равнаго общественнаго положенія.

Въ 445 г. плебейскій трибунъ Канулей проводитъ законъ—*lex Canuleja*, въ силу котораго допускаются запрещенные ранѣе браки между патриціями и плебеями (последнимъ, т. обр., дается *jus connubii*). Этотъ законъ имѣетъ большое общественное значеніе, выводя плебеевъ изъ положенія паріевъ, съ которыми браки унижательны; но этотъ законъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, имѣетъ и большое государственное значеніе: съ признаніемъ *jus connubii* падаетъ существенное сакральное препятствіе для занятія плебеями государственныхъ должностей.

Дѣйствительно, тотчасъ послѣ этого закона, плебеи выдвигаютъ требованіе о допущеніи ихъ къ консулату. Согласно римской традиціи, патриціи, выказавъ упорное сопротивленіе, все-таки должны были пойти на уступку, выразившуюся въ томъ, что они вовсе уничтожили должность консуловъ, и замѣнили ее военными трибунами съ консульской властью—*tribuni militum consulari potestate* (444 г.), въ число которыхъ могли быть избраны и плебеи. Однако, дѣлая эту уступку, патриціи выдѣляютъ изъ власти этой новой магистратуры весьма существенную функцію—составленіе гражданскихъ списковъ и распределеніе гражданъ по трибамъ, классамъ и центуріямъ—и создаютъ для этой цѣли особую магистратуру—*цензуру*, доступъ къ которой для плебеевъ еще закрытъ.

Въ 421 г. было признано необходимымъ увеличить число *квесторовъ* до 4, причемъ къ этой должности стали допускаться и плебеи. Здѣсь они впервые получили доступъ къ ординарнымъ магистратурамъ (*tribuni militum consulari potestate* были магистратурой экстраординарной: они существовали только временно и были впоследствии уничтожены).

Законами Лицинія Секстія (*leges Licinia Sextiae* 367 г.) была восстановлена консульская власть, но уже съ тѣмъ, чтобы одинъ изъ консуловъ былъ непременно плебей; такимъ образомъ, было удовлетворено то требованіе, которое выставили плебеи столѣтъ назадъ. Одновременно рядомъ съ консулами учреждается должность *претора* и къ двумъ существовавшимъ до сихъ поръ плебейскимъ эдиламъ присоединяются два *курульныхъ эдила*. Какъ претора, такъ и должность *курульныхъ эдиловъ*, были, повидимому, если не тотчасъ, то во всякомъ случаѣ скоро открыты и для плебеевъ.

Равноправность приближается теперь скорыми шагами. Въ 350 г. упоминается уже первый *цензоръ* изъ плебеевъ (безъ какого-либо предшествовавшаго закона), а въ 339 г. *lex Publilia Philonis* постановляетъ, что одинъ изъ цензоровъ долженъ быть непременно изъ плебеевъ. Наконецъ, плебеи получаютъ доступъ и къ важнѣйшимъ сакральнымъ должностямъ: закономъ 300 г.—*lex Ogulnia*—число понтификовъ и авгуровъ было увеличено съ тѣмъ, чтобы половина ихъ состояла изъ плебеевъ.

Съ этого момента мы можемъ считать борьбу оконченной. Плебеи стали вполне равноправными съ патриціями, хотя, какъ отдѣльныя сословія, и тѣ и другіе продолжаютъ стоять рядомъ и далѣе. Каждое изъ этихъ сословій имѣетъ еще нѣкоторыя особыя магистратуры (плебеи—народныхъ трибуновъ, патриціи—*rex sacrificulus*, *flamen Dialis*), но всякій практической интересъ къ этимъ особенностямъ исчезъ: новыя времена принесли съ собой новыя интересы и новыя общественныя группировки.

Въ образованіи этой *новой общественной группировки* сыгнали роль уже не только тѣ или другія юридическія условія, но въ значительной степени и отношенія экономическія. Общее происхожденіе этихъ новыхъ общественныхъ классовъ таково.

Съ развитіемъ системы магистратуръ въ римскомъ обществѣ начинаютъ мало-по-малу выдѣляться семьи, члены которыхъ достигли высшихъ республиканскихъ должностей (*honores*). Во многихъ изъ этихъ семей устанавливается семейная традиція, въ силу которой дѣти идутъ по стопамъ отцовъ, посвящая себя также политической, служебной карьерѣ. Семьи эти естественно пользуются особымъ почетомъ въ обществѣ, а, съ другой стороны, общность интересовъ сближаетъ ихъ другъ съ другомъ. Благодаря этому, съ теченіемъ времени возникаетъ особая общественная группа—*nobiles*, составившаяся какъ изъ патриціанскихъ, такъ и изъ плебейскихъ семей, группа, т. ск., должностной аристократіи. При безвозмездности римскихъ должностей политическая карьера предполагала значительную имущественную состоятель-

ность лицъ, ее избирающихъ; съ другой стороны, нравы (а затѣмъ и законъ,—напр., *lex Claudia* около 200 г.) запрещали имъ занятіе торговлей и промыслами. Вслѣдствіе этого группа *nobiles* естественно вырабатывается въ классъ крупной земельной аристократіи. Юридическихъ привилегій, впрочемъ, *nobiles* не имѣли, если не считать чисто внѣшнихъ отличій, вродѣ *jus imaginum* (право имѣть и употреблять при торжественныхъ семейныхъ процессіяхъ бюсты предковъ) или широкой красной полосы на одеждѣ.

Бокъ-о-бокъ съ *nobiles* слагается затѣмъ и другой классъ — всадниковъ, *ordo equester*. Уже въ организаци, созданной (по преданію) С. Тулліемъ, видное политическое значеніе въ народномъ собраніи имѣли 18 всадническихъ центурій: онѣ составлялись изъ болѣе богатыхъ патриціевъ и плебеевъ и подавали голоса первыми. Вслѣдствіи реальное значеніе всадническихъ центурій, какъ конницы въ арміи, утратилось, но самыя всадническія центуріи въ народной организаци (въ *comitia centuriata*) сохранились, какъ ядро извѣстнаго общественнаго класса. Зачисленіе во всадническую центурію требовало также обладанія большимъ имуществомъ, но при этомъ еще отдавалось предпочтеніе тѣмъ, предки которыхъ состояли въ этихъ центуріяхъ. Такимъ путемъ образовался постепенно классъ, главнымъ образомъ, денежной, но вмѣстѣ съ тѣмъ и наслѣдственной, аристократіи. Не гоняясь за крупной политической карьерой и не стѣсненный ея обычными требованіями, классъ всадническій посвящалъ себя дѣятельности коммерческой и финансовой, развивая въ своей средѣ разнообразныя операціи и собирая колоссальныя богатства. Изъ этого класса составлялись тѣ знаменитыя *collegia publicanorum*, которыя брали на откупъ государственные доходы съ цѣлыхъ провинцій, крупные государственные подряды и т. п. и которыя имѣли такое большое значеніе въ экономической исторіи Рима.

Элементы государственной власти.

§ 12.

1. Народное собраніе.

Если отношеніе царя къ народу мы могли представлять себѣ въ видѣ патриархальнаго отношенія домовладыки къ своей семьѣ, то съ установленіемъ республики народъ освобождается отъ патриархальной опеки, дѣлается самостоятельнымъ властителемъ своихъ судебъ, дѣлается сувереннымъ. Государство—это *Populus Romanus Quirites*. Народъ является подлиннымъ носителемъ государственнаго верховенства, государственнаго „величества“ (*majestas*); и если есть въ Римѣ въ это время какое-либо „величество“, то это есть Его Величество Римскій Народъ. Оскорбленіе народа, нарушеніе его прерогативъ квалифицируется, какъ „оскорбленіе величества“, какъ *crimen laesae majestatis*.

Народъ является также носителемъ и всѣхъ частныхъ правъ, присущихъ государству: онъ имѣетъ собственное имущество (напр., *ager publicus* считается имуществомъ *populi Romani*), онъ является иногда наслѣдникомъ (напр., по отношенію къ Пергаму) и даже опекуномъ (по отношенію къ Египту).

Общая идея этого народнаго верховенства находитъ себѣ реальное выраженіе въ *народныхъ собраніяхъ*: народъ осуществляетъ свое верховенство только тогда, когда онъ дѣйствуетъ въ извѣстныхъ формахъ, когда онъ выступаетъ надлежащимъ образомъ организованнымъ. Ввиду этого отъ народныхъ собраній въ техническомъ смыслѣ, отъ т. наз. *comitia*, надо отличать простыя собранія, митинги, т. наз. *contiones*. Даже если эти *contiones* были созваны какимъ-либо магистратомъ для такого или иного сообщенія народу, для предварительнаго обсуждения какого-либо законопроекта и т. д., мнѣнія и рѣшенія собравшейся массы не будутъ имѣть никакого юридическаго значенія. На такихъ *contiones* магистратъ юридически ни о чемъ народъ не спрашиваетъ и никакого рѣшенія отъ него не ждетъ („*contionem habere, hoc est verba facere ad populum sine ulla rogatione*“); напротивъ, предметомъ комицій является всегда такое или иное рѣшеніе народа, такой или иной отвѣтъ на предложеніе (*rogatio*) магистрата.

Періодъ республики знаетъ уже *три вида комицій*.

1. Первый видъ — это старыя до-Сервіановскія народныя собранія по куріямъ—*comitia curiata*. Они еще сохраняются, но постепенно теряютъ свое значеніе: всѣ важнѣйшіе вопросы рѣшаются въ другихъ народныхъ собраніяхъ; за ними остаются лишь нѣкоторыя функціи чисто формальнаго характера. Таковы: а) *lex de imperio*. Магистратъ, избранный въ другомъ народномъ собраніи, долженъ былъ получить еще отъ *comitia curiata lex de imperio*. Это не значитъ, что безъ этого онъ не имѣлъ бы никакой власти; *lex de imperio* необходима лишь для того, чтобы доставить ему право сносятся съ богами, т. е. право ауспицій. Эта функція въ глазахъ Цицерона была уже почти единственной функціей *comitia curiata*. б) Нѣкоторые *частные акты*, совершеніе которыхъ должно было произойти въ народномъ собраніи: усыновленіе (*argogatio*) и завѣщаніе (*testamentum*).

Неясенъ, однако, *составъ куріатныхъ комицій* въ періодъ республики. Есть ученые (напр., Herzog и др.), которые думаютъ, что эти комиціи и въ періодъ республики состоятъ только изъ патриціевъ, что плебеи и теперь остались внѣ организаціи по куріямъ. Другіе полагаютъ, что плебеи, напротивъ, участвуютъ въ *comitia curiata*, и ссылаются при этомъ на слѣдующія данныя. а) Во главѣ каждой куріи стоялъ особый *curio*, а во главѣ всѣхъ куріоновъ—*curio maximus*. По сообщенію нѣкоторыхъ источниковъ, въ 209 г. до Р. X. на должность *curio maximus* былъ избранъ плебей, что было бы невысказимо, если бы плебеи не входили въ составъ курій. б) Во второй половинѣ республики мы встрѣчаемъ случаи усыновленія патриціевъ плебеями, что опять-таки было бы невозможно, если бы послѣдніе въ куріатныхъ собраніяхъ не участвовали. в) Наконецъ, есть сообщеніе о томъ, что первое время (до *lex Publilia Voleronis*) народныя трибуны избирались въ собраніяхъ плебеевъ по куріямъ. На основаніи этихъ данныхъ нѣкоторые ученые (напр., Soltau, Ленель) приходятъ даже къ заключенію, что плебеи были включены въ куріи и принимали участіе въ *comitia curiata* всегда, даже еще въ періодъ царей. Но тогда вся дальнѣйшая извѣстная намъ борьба между патриціями и плебеями была бы совершенно непонятна: естественный ростъ плебейства далъ бы ему болѣе легкой перевѣсъ надъ патриціями въ рамкахъ *comitia curiata*, чѣмъ въ рамкахъ *comitia centuriata*. Если приведенныя данныя несомнительны, то, очевидно, появленіе плебеевъ въ *comitia curiata* есть событіе республики, но когда и при какихъ условіяхъ оно произошло—неизвѣстно.

Какъ бы то ни было, но роль *comitia curiata* въ дѣйствительной жизни Рима неуклонно падаетъ; населеніе утрачиваетъ къ нимъ всякій интересъ, такъ что нерѣдко все собраніе состоитъ только изъ 30 ликторовъ, которые по обязанности представляютъ 30 курій.

2. Главною формой народныхъ собраній являются въ этомъ періодъ собранія по центуріямъ—*comitia centuriata*. Здѣсь происходятъ выборы важнѣйшихъ магистратовъ, здѣсь рѣшаются

важнѣйшіе вопросы законодательства и политики, вслѣдствіе чего эти собранія называются *comitiatus maximus*. Но въ составѣ ихъ произошли весьма существенныя измѣненія.

Какъ было указано выше, *comitia centuriata* были первоначально собраніемъ войска; организація политическая покоилась на организаціи военной и совпадала съ ней. Въ періодъ республики эта связь порывается: техническія условія военнаго дѣла заставили перейти къ иной организаціи войска, вслѣдствіе чего *comitia centuriata* приобрѣли характеръ формы народныхъ собраній *исключительно политической*.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, экономическое развитіе республики вызвало къ жизни появленіе такихъ группъ среди римскаго населенія, которыя далѣе нельзя было игнорировать и которыя въ старой, Сервіановской организаціи не находили себѣ мѣста, соответствующаго ихъ дѣйствительному общественному значенію. Отсюда естественная необходимость извѣстныхъ реформъ.

Первая изъ этихъ реформъ состояла въ слѣдующемъ. По первоначальному, Сервіановскому, устройству въ трибы, а затѣмъ и въ классы заносились только землевладѣльцы („*adsidui*“, а потому и „*tribules*“); лица же, не владѣющія недвижимою (пролетаріи), какъ *capite censi*, всѣ вмѣстѣ были собраны въ одну послѣднюю, внѣ-классную центурію. Къ половинѣ республики такихъ не-землевладѣльцевъ въ Римѣ появилось уже множество, и они перестали представлять изъ себя величину социально незначительную. Ввиду этого *Анній Клавдій Цекъ*, цензоръ 312 г., сталъ записывать и этихъ не-землевладѣльцевъ, *aerarii*, въ трибы и классы (сообразно ихъ движимому имуществу). Благодаря этому, трибы утратили свой прежній характеръ землевладѣльческихъ округовъ, а самыя центуріатныя собранія сильно демократизировались („*humilibus per omnes tribus divisus et forum et campum corruptus*“). Это обстоятельство вызвало сильную реакцію, и съ 304 г. *aerarii* стали заноситься только въ 4 городскія трибы.

О другой реформѣ мы имѣемъ, къ сожалѣнію, весьма скудныя свѣдѣнія. Въ общихъ чертахъ, однако, сущность ея сводится къ слѣдующимъ основнымъ пунктамъ: 1) Былъ повышенъ имущественный цензъ классовъ въ связи съ увеличившимися богатствами и уменьшившейся цѣнностью денегъ: для перваго класса—100 тысячъ новыхъ ассовъ, для второго—75 тысячъ, для третьяго—50 т., для четвертаго 25 т. и для пятаго 12,500 ассовъ. 2) Уничтожена была привилегія всадниковъ подавать голоса первыми; центурія, начинающая подачу голосовъ (т. н. *centuria praerogativa*), отнынѣ всякій разъ избиралась изъ центурій перваго класса по жребію. 3) Приведено было въ связь число центурій съ числомъ трибъ, но какимъ именно образомъ—неизвѣстно. Съ расширеніемъ римской территоріи наряду со старыми городскими и сельскими трибами образовались новыя, и къ 241 г. до Р. X. общее количество трибъ доросло до 35, но затѣмъ болѣе не увеличивалось, несмотря на новыя и крупныя территоріальныя приобрѣтенія: вновь присоединяемыя территоріи включались уже

въ составъ тѣхъ или другихъ изъ существующихъ трибъ. Причиной этого является, повидимому, то обстоятельство, что съ этого момента число 35 лежитъ уже въ основаніи новой организаціи центуриатныхъ комицій. Съ другой стороны, Цицеронъ сообщаетъ, что число центурій перваго класса было понижено съ 80 на 70. Ввиду этого полагають (Моммзенъ и др.), что и всѣ остальные классы имѣють теперь одинаковое количество центурій, а, слѣдовательно, и голосовъ, т. е. по 70—отъ каждой трибы по 2 центурии: одна *centuria juniorum*, другая—*seniorum*. Вслѣдствіе этого общее число центурій, образующихъ *comitia centuriata*, возросло до 375 : 350 центурій отъ 5 классовъ + 18 центурій всадниковъ + 2 центурии военныхъ мастеровъ, 2 центурии музыкантовъ и 1 дополнительная центурия для пролетаріевъ (съ имуществомъ ниже 12,500 ассовъ).

Также неизвѣстно и время этой реформы. Несомнѣнно только, что она приходится на время между первой и второй пунической войной; Моммзенъ приписываетъ ее цензорамъ Л. Эмилию и Г. Фламинію и относитъ ее къ 220 г. до Р. X.

3. Третьей формой народныхъ собраній являются *собранія по трибамъ*, которыя во второй половинѣ республики начинаютъ играть весьма замѣтную роль. Ростъ ихъ значенія соотвѣтствуетъ общему росту демократической идеи: въ собраніяхъ по трибамъ имущественная состоятельность гражданъ уже не играетъ никакой роли.

Слѣдуетъ, однако, различать два вида трибутныхъ собраній: собранія специально-плебейскія—*concilia plebis tributa* и собранія патриціанско-плебейскія, т. е. всего народа—*comitia tributa*. Постановленія первыхъ называются *plebiscita*, постановленія вторыхъ—*populiscita*. Взаимное историческое соотношеніе этихъ двухъ видовъ трибутныхъ собраній въ высокой степени неясно ввиду слѣдующаго обстоятельства.

Законъ 286 г. до Р. X.—*lex Hortensia*—постановилъ, что всякія рѣшенія трибутныхъ плебейскихъ собраній должны имѣть полную обязательную силу для всего народа („*ut quod tributim plebs jussisset omnem populum teneret*“) и что, слѣдовательно, *plebiscitum* должно равняться *lex*. Однако, рядомъ съ этимъ мы имѣемъ сообщенія о двухъ другихъ, болѣе раннихъ законахъ, которые постановляли, повидимому, то же самое; это *lex Valeria Horatia* 449 г. и *lex Publilia Philonis* 339 г. Считая невѣроятнымъ, чтобы всѣ эти три закона повторяли, дѣйствительно, одно и то же, современные историки предполагають нѣкоторое различіе въ ихъ содержаніи, но какое именно—въ этомъ расходятся. Наиболѣе вѣроятнымъ кажется мнѣніе Моммзена: только послѣдній законъ, *lex Hortensia*, призналъ общеобязательную силу за *плебисцитами*; два же первые закона относились не къ *plebiscita*, а къ *populiscita*, т. е. къ постановленіямъ всенародныхъ собраній по трибамъ, причемъ первый имѣлъ въ виду выборы въ нихъ, а второй—общія законодательныя рѣшенія. Если эта гипотеза вѣрна, то мы имѣемъ тогда дату возникновенія обоихъ видовъ собраній по

трибамъ: *concilia plebis tributa* приобрѣтають юридической характеръ для избранія плебейскихъ трибуновъ съ *lex Publilia Voltonis* 471 г., а для законодательной функціи вообще съ *lex Hortensia*; *comitia tributa* узаконены *lex Valeria Horatia* и *lex Publilia Philonis*.

Таковы три исторически сложившіеся вида римскихъ народныхъ собраній. Строго проведеннаго принципиальнаго разграниченія *компетенцій* между ними не существовало: многое опредѣлялось случайными историческими прецедентами. Такъ, прежде всего, что касается *выборовъ*, то они распредѣлялись слѣдующимъ образомъ: высшіе магистраты—консулы, преторы, цензоры—избираются въ *comitia centuriata*; квесторы и курульные эдилы въ *comitia tributa*; плебейскіе магистраты (трибуны и плебейскіе эдилы) въ *concilia plebis tributa*. Въ области *уголовной юрисдикціи* наиболѣе важныя преступленія, влекущія за собой смертную казнь (*capite anquirere*), подлежатъ суду *comitia centuriata*; менѣе важныя, влекущія только штрафъ (*pecunia anquirere*),—суду *comitia tributa*.—Что касается *законопроектовъ*, то они вносятся въ тѣ или другія собранія, смотря по тому, кто ихъ вноситъ: каждый магистратъ предлагаетъ свои проекты тѣмъ комиціямъ, въ которыхъ онъ избирается; слѣдовательно, консулы и преторы въ *comitia centuriata*, плебейскіе трибуны въ *concilia plebis tributa* и т. д.

Порядокъ *дѣлопроизводства* въ общемъ таковъ. Инициатива въ созывѣ народнаго собранія принадлежитъ только магистратамъ. День и предметъ собранія должны быть объявлены заранее, причемъ, въ интересахъ предварительнаго ознакомленія народа, законопроектъ или имена подлежащихъ избранію кандидатовъ должны быть также заблаговременно выставлены на форумѣ. Начинается народное собраніе съ ауспицій, затѣмъ вновь объявляется подлежащій рѣшенію вопросъ и непосредственно (безъ рѣчей и дебатовъ) приступаютъ къ голосованію. Подача голосовъ первоначально была устная и открытая, но во второй половинѣ республики нѣсколькими *leges tabellariae* (*lex Gabinia* 139 г. для выборовъ, *lex Papiria* 131 г. для законодательства и мн. др.) устанавливается голосованіе закрытое и письменное (посредствомъ табличекъ съ надписью UR—*uti rogas*, согласие и A—*antiquo*, несогласіе). Каждый участвующій имѣлъ одинъ голосъ; голоса считывались сначала внутри каждой куріи, центурии или трибы, и т. обр. получался голосъ этой единицы; большинство голосовъ этихъ единицъ давало рѣшеніе всего народнаго собранія. Понятно, что при такомъ порядкѣ голосованія большинство голосовъ центурій или трибъ могло не всегда согласоваться съ дѣйствительнымъ большинствомъ отдѣльныхъ голосовъ.

§ 13.

II. С е н а т ъ.

Послѣ уничтоженія царской власти и послѣ замѣны ея властью консуловъ право составлять сенатъ, т. наз. *lectio senatus*, пере-

ходить къ этимъ послѣднимъ. Одновременно съ этимъ, какъ полагаютъ многіе (Mommsen, Bekker, Lange, Madvig и др.), въ составъ сената были введены и плебеи, причемъ тогда именно и образовалась обычная формула обращенія къ сенату — „*patres conscripti*“: *patres*—это сенаторы изъ патриціевъ, *conscripti*—сенаторы изъ плебеевъ. Это воззрѣніе, однако, въ настоящее время, и не безъ солидныхъ основаній, оспаривается. Такъ, напр., Нице считаетъ болѣе вѣроятнымъ, что плебеи вошли въ сенатъ не сразу съ установленіемъ республики, а лишь въ эпоху сословной борьбы. Съ другой стороны, Виллемсъ, посвятившій вопросу о сенатѣ специальную работу*), опираясь на тотъ фактъ, что въ первый разъ сенаторъ изъ плебеевъ достоверно упоминается только въ 400 г., высказалъ предположеніе, что плебеи получили доступъ въ сенатъ лишь послѣ того, какъ они были допущены къ курульнымъ должностямъ, т. е. *de jure* съ 444 г. (*tribuni militum consulari potestate*), а *de facto* нѣсколько позже. Формула же „*patres conscripti*“ вовсе не указываетъ на различіе между сенаторами изъ патриціевъ и сенаторами изъ плебеевъ, что она относится еще къ эпохѣ царей и обозначаетъ *patres*, избранныхъ царемъ.—Какъ бы то ни было, но уже въ первой половинѣ республики плебеи вошли въ составъ сената.

Важную реформу въ порядкѣ составленія сената призвалъ *lex Ovinia*, плебисцитъ 312 г., который постановилъ „*ut censorum ex omni ordine optimum quemque jurati in senatum legerent*“. Въ силу этого закона *lectio senatus* переходитъ изъ рукъ консуловъ въ руки цензоровъ, а потому сенатъ составляется теперь не на одинъ годъ, какъ было прежде, а на цѣлое *lustrum* (т. е. обыкновенно на 5 лѣтъ). Съ подобнымъ измѣненіемъ порядка сенатъ, очевидно, занялъ болѣе независимую позицію по отношенію къ консуламъ. Затѣмъ, при составленіи senatorскаго списка (*album senatorium*) цензоръ долженъ былъ заносить туда прежде всего тѣхъ лицъ, которые занимали раньше, въ теченіе предыдущихъ люстральныхъ періодовъ, должности магистратовъ („*optimum quemque ex omni ordine*“). Такимъ образомъ, въ составъ сената попадаютъ въ большинствѣ случаевъ лица, прошедшія въ такомъ или иномъ качествѣ черезъ народное избраніе. И лишь за недостаткомъ таковыхъ цензору предоставляется записывать и другихъ лицъ. Благодаря этому списокъ сенаторовъ располагается по рангу должностей: *consulares*, *censorii*, *praetorii* и т. д., а сенаторъ, стоящій во главѣ списка, называется *princeps senatus*—званіе, впрочемъ, только почетное, безъ какихъ-нибудь особенныхъ правъ.

Общее число сенаторовъ почти въ теченіе всего республиканскаго періода остается прежне — 300; лишь при Суллѣ оно было увеличено до 600, а при Цезарѣ даже до 900.

Сенаторы, какъ таковые, имѣютъ, во-первыхъ, право принимать участіе въ преніяхъ (*jus sententiae dicendae*), а, во-вторыхъ, право участвовать въ голосованіи (*jus sententiae ferendae*).

*) Willems. Le senat de la Republique romaine. 2 тома, 1878—1883.

Въ составѣ сената, однако, находятся т. наз. *senatores pedarii*, съ которыми связанъ спорный вопросъ. По опредѣленію Геллія, *senatores pedarii*—это тѣ, *qui sententiam in senatu non verbis dicent, sed in alienam sententiam pedibus irent*, т. е. тѣ, которые не участвуютъ въ обсужденіи вопроса, а должны лишь при голосованіи присоединяться къ тому или другому чужому мнѣнію. Моммзенъ думаетъ, что таковыми были лица, не занимавшія до зачисленія въ сенатъ никакихъ должностей. Виллемсъ, впрочемъ, оспариваетъ это толкованіе: *senatores pedarii*, по его мнѣнію, были лица, не занимавшія курульныхъ должностей, въ противоположность курульнымъ магистратамъ, т. е. тѣмъ, которые *sella curuli sederunt*; но и *senatores pedarii*, имѣли всѣ права, присущія сенаторамъ, т. е. какъ *jus sententiae ferendae*, такъ и *jus sententiae dicendae*.

Напротивъ, несомнѣнно въ составѣ сената были члены, имѣвшіе только совѣщательный голосъ, т. е. имѣвшіе только *jus sent. dicendae*. Таковы — *flamen Dialis*, а также лица, сложившія съ себя магистратуру въ теченіе текущаго *lustrum*: они *ipso jure* становились пассивными членами сената.

Созываетъ сенатъ и предсѣдательствуетъ въ немъ консулъ или—въ отсутствіи консула—преторъ. Засѣданіе открывается сообщеніемъ (*relatio*) созвавшего магистрата. Засимъ вопросъ или просто подвергается голосованію (тогда мы имѣемъ *senatusconsultum per discessionem factum*) или же предварительно опрашиваются мнѣнія отдѣльныхъ сенаторовъ и происходятъ дебаты (тогда рѣшеніе будетъ *senatusconsultum per singulorum sententias exquisitas factum*). Голосованіе совершается посредствомъ отхода согласныхъ въ одну сторону, несогласныхъ въ другую (*discedere, pedibus in sententiam ire*).

Что касается компетенціи сената, то онъ и въ этомъ періодѣ принципиально имѣетъ значеніе лишь совѣщательнаго учрежденія при магистратахъ. Однако, фактически онъ уже довольно рано вышелъ изъ этой роли и занялъ положеніе самостоятельное и властное. Въ его рукахъ сосредоточивались функціи самыя разнообразныя, причемъ въ однихъ областяхъ его вліяніе сильнѣе, въ другихъ—слабѣе. Вѣдѣнію сената подлежатъ: а) *нѣкоторые вопросы религіи и культа*: установленіе общественныхъ празднествъ, очистительныхъ жертвоприношеній и т. п.; б) *высшія мѣры общественной безопасности*, а въ экстренныхъ случаяхъ—предоставленіе магистратамъ чрезвычайныхъ полномочій (*senatusconsultum ultimum*: „*saveant consules, ne quid respublica detrimenti capiat*“) и т. д.; в) *высшее завѣдываніе финансами*: регулированіе государственнаго бюджета и распредѣленіе суммъ между отдѣльными магистратами, контроль надъ бюджетнымъ исполненіемъ, чеканка монеты и т. д.; въ связи съ этимъ—д) *общее управленіе провинціями*, какъ доменами римскаго народа; наконецъ, е) *веденіе дипломатическихъ сношеній*, гдѣ сенатъ почти вовсе отодвинулъ консуловъ на второй планъ.

Общій перечень функцій показываетъ, что сенатъ, не имѣя законодательной власти (таковая принадлежитъ только народнымъ

собраніямъ), является уже во многихъ отношеніяхъ органомъ не только совѣщательнымъ, но и высшимъ *административнымъ*. При частой смѣнѣ должностныхъ лицъ сенатъ естественно дѣлался все болѣе и болѣе хранилищемъ административной традиціи и активнымъ руководителемъ всей внутренней и внѣшней политики.

Кромѣ перечисленныхъ функций, сенату принадлежать еще двѣ старыя—именно управленіе государствомъ во время *interregnum*, т. е. въ промежутокъ между окончаніемъ полномочій одного консула и выборомъ новаго, и *auctoritas patrum*, утвержденіе законовъ, вотированныхъ народнымъ собраніемъ. Но съ этими функциями связанъ опять-таки слѣдующій спорный вопросъ. Согласно господствующему мнѣнію, обѣ эти функции принадлежали не полному собранію сената, а лишь собранію *сенаторовъ-патрициевъ*. Виллемсъ, однако, отвергаетъ эту двойственность сената. Обѣ эти функции, впрочемъ, уже въ теченіе первой половины республики потеряли свое практическое значеніе. *Interregnum* исчезло съ того времени, когда вошло въ обычай избирать новыхъ магистратовъ еще до истеченія срока старымъ; въ случаѣ же внезапной смерти одного магистрата оставались другіе, въ рукахъ которыхъ сосредоточивалась тогда вся власть: оставался другой консулъ, преторъ, и въ *interregnum* не было никакой надобности. Что же касается *auctoritas patrum*, то она также съ теченіемъ времени отпала сама собой.

III. Магистратура.

§ 14.

Общая система магистратуръ.

Съ установленіемъ республиканскаго режима вся полнота царской власти не была уничтожена, а была лишь перенесена на новые органы, на двухъ консуловъ, и съ этой точки зрѣнія римская республика, особенно на первыхъ порахъ, можетъ представляться дѣйствительно лишь какъ „модификація монархіи“ (v. Maug). Сами римскіе писатели отчетливо подчеркиваютъ это. „*Libertatis originem inde magis quia annum imperium factum sit quam quod deminutum quicquam sit ex regia potestate numeres*“—говоритъ Ливій (2. 1. 7). Такъ же выражается и Цицеронъ: „*uti consules haberent potestatem tempore dumtaxat annuam, genere ipso ac jure regiam*“ (de rep. 2. 56).

Впослѣдствіи, когда къ консуламъ присоединяются другіе магистраты, эта принципиальная полнота государственной власти только распредѣляется на большее число лицъ. Римскіе магистраты, поэтому, далеко не чиновники въ нашемъ смыслѣ; каждый изъ нихъ носитъ въ себѣ частицу царскаго величія и вмѣстѣ съ народомъ римскимъ является носителемъ государственнаго

„величества“. Оскорбленіе магистрата такъ же, какъ и оскорбленіе народа, составляетъ *crimen laesae majestatis*. Должность магистрата есть не служба, а почеть—*honor*; поэтому всѣ римскіе магистраты суть власти *выборныя и безвозмездныя*.

Такая постановка государственныхъ должностей составляетъ особенную черту римской республики. Какіхъ-либо юридическихъ, конституціонныхъ ограниченій власти своихъ магистратовъ римляне знаютъ немного: законъ о *provocatio*, *lex Aternia Tarpeja*—и только. Римскій плебсъ, вступившій было въ началѣ своей борьбы на путь этихъ конституціонныхъ ограниченій, впослѣдствіи оставилъ ихъ и сталъ добиваться доступа къ магистратурамъ. Когда это удалось, римская демократія не думала болѣе о дальнѣйшихъ ограниченіяхъ власти путемъ закона, предпочитая иные способы гарантировать свободу. Признавая, за указанными предѣлами, всю принципиальную полноту власти, римляне ставятъ ее въ такія *фактическія* условія, благодаря которымъ возрожденіе абсолютизма дѣлается (по крайней мѣрѣ, до послѣдняго столѣтія) невозможнымъ. Такими фактически ограничивающими условіями являлись:

1) *Кратковременность службы*. Всѣ магистраты избираются на короткій срокъ, большинство на годъ и только цензоръ на пять лѣтъ. А даже царь, избранный на одинъ годъ, фактически не будетъ такимъ властелиномъ, какъ царь пожизненный, а тѣмъ болѣе династическій. И мы видѣли выше, что сами римскіе писатели въ этой „голичности“ власти усматривали главнѣйшую основу своей свободы („*libertatis originem*“).

2) *Коллегіальность магистратуръ*. Всѣ магистратуры организованы коллегіально: два консула, два, а потомъ и болѣе, преторовъ и т. д. Была ли эта коллегіальность продуктомъ болѣе поздняго времени (какъ думаетъ, напр., Bonfante), или же она (какъ полагаетъ господствующее мнѣніе) является учрежденіемъ, родившимся одновременно съ республикой,—не подлежитъ сомнѣнію, что коллегіальная организація магистратуръ составляетъ одну изъ оригинальнѣйшихъ чертъ римскаго республиканскаго устройства*). Эта коллегіальность, однако, отнюдь не обозначаетъ того, что всѣ однородные магистраты должны дѣйствовать совмѣстно, какъ коллегія; они являются *не коллегіей*, а *коллегами*. Каждый магистратъ дѣйствуетъ отдѣльно и самостоятельно—такъ, какъ если бы онъ былъ одинъ; каждому изъ нихъ въ отдѣльно-

*) „Уже древнѣйшая римская республика представляетъ оригинальное государство, не имѣющее себѣ равныхъ въ тогдашней Италіи. Послѣ изгнанія царей Римъ не сталъ выбирать годичнаго диктатора, какъ то было въ Альбѣ, а поставилъ во главѣ общины двухъ магистратовъ, какъ то дѣлали оски, а, быть можетъ, ранѣе и другія латинскія республики. Но при этомъ римляне снабдили каждого изъ этихъ двухъ консуловъ или преторовъ абсолютною властью этрусскаго царя или латинскаго годичнаго диктатора—по крайней мѣрѣ въ области свѣтскихъ дѣлъ. Поставить двухъ носителей абсолютной власти рядомъ другъ съ другомъ и такимъ путемъ парализовать опасности абсолютизма—это было не результатомъ какого-либо естественнаго развитія, а нѣкоторой *геніальной парадоксіей* („eine geniale Paradoxie“).—A Rosenberg. Der Staat der alten Italiker. 1913. S. 81.

сти принадлежит вся полнота соотвѣтственной власти. Но рядомъ съ нимъ такая же полнота власти принадлежит другому, и въ случаѣ желанія этого другой своимъ *veto* можетъ парализовать любое распоряженіе перваго. Въ этомъ состоитъ сущность т. наз. *jus intercessionis*. При этомъ *jus intercessionis* распространяется не только на соименныхъ коллегъ, но и на другихъ магистратовъ, низшихъ по сравненію съ интерцедирующимъ: консулъ можетъ интерцедировать не только консулу, но и претору, квестору и т. д. Это соотношеніе магистратуръ выражается правиломъ: *par majorve potestas plus valet*. Изъ этого правила существуютъ, однако, нѣкоторыя исключенія: власть цензора не подлежитъ ничьей *intercessio*, кромѣ *intercessio* другого цензора; съ другой стороны, народный трибунъ можетъ интерцедировать всѣмъ.

Понятно, что при такихъ условіяхъ *jus intercessionis* явилось могущественнымъ средствомъ взаимнаго контроля магистратовъ и служило дѣйствительнымъ противовѣсомъ противъ абсолютистическихъ поползновеній отдѣльныхъ лицъ.

Въ особенно тревожные моменты римская республика прибѣгаетъ къ *диктатурѣ*; тогда всѣ обычныя магистратуры замираютъ, и въ лицѣ диктатора государственная власть, при нормальныхъ условіяхъ раздробленная между многими магистратурами и ослабленная возможностью *intercessio*, возстановляется вновь во всей своей царской абсолютности; диктаторъ отличается отъ царя только короткимъ срокомъ своихъ полномочій*).

3) *Отвѣтственность передъ народомъ*. Наконецъ, послѣднимъ условіемъ, фактически ограничивающимъ возможность произвола со стороны магистрата, служило то обстоятельство, что всѣ они за свои должностныя дѣйствія могли быть привлечены къ суду народнаго собранія—высшіе магистраты по истеченіи должностнаго срока, низшіе даже и раньше. Суду и отвѣтственности подвергались они при этомъ не за нарушеніе тѣхъ или иныхъ предѣловъ своей власти (ибо таковыхъ, какъ сказано, почти не существовало), а за дурное или своекорыстное пользованіе законной властью. Понятно, что при извѣстныхъ условіяхъ такой судъ могъ превращаться въ расправу одной партіи надъ другой,—но самая возможность суда должна была принуждать магистрата всякій разъ чутко прислушиваться къ голосу народнаго мнѣнія.

Власть римскихъ магистратовъ носитъ общее названіе *imperium* и *potestas*. Первоначально, несомнѣнно, оба эти термина употреблялись безразлично, но въ послѣдствіи стали различать *magistratus cum imperio* и *sine imperio*, причемъ послѣднимъ (напр., цензоръ, трибунъ) стали приписывать *potestas* (*ensoria*, *tribunicia*),

*) „Какъ римскій консулатъ, такъ и римская диктатура проникнуты однимъ духомъ: они обнаруживаютъ стремленіе сдѣлать авторитетъ носителя государственной власти настолько сильнымъ, насколько только возможно, и въ то же время обезпечить основной характеръ республиканскаго строя. Въ этихъ двухъ основныхъ связяхъ римской организаціи можно усмотрѣть дѣло какого-то неизвѣстнаго великаго политика, сумѣвшаго сочетать этрусское *imperium* съ южно-италійской греческой свободой“.—А. Rosenberg. 1. cit. S. 81—82.

и т. обр. стали какъ бы вкладывать особое содержаніе въ понятіе *imperium* и въ понятіе *potestas*. Только та власть обыкновенно называется *imperium*, которая заключаетъ въ себѣ функціи военную, обще-административную и уголовную (слѣд., въполнѣ—власть консула и претора), хотя вообще нужно сказать, что терминологія эта не отличается строгою выдержанностью.

Существеннѣйшія права римскаго магистрата (не каждому магистрату, однако, въ полной мѣрѣ принадлежащія) сводятся къ слѣдующимъ: а) право сношеній съ богами отъ имени римскаго народа (*jus auspiciorum*); б) право сношеній съ сенатомъ и народомъ (*jus agendi cum patribus* и *cum populo*), т. е. право вносить въ сенатъ *relationes*, а въ народныя собранія *rogationes*; в) право изданія общеобязательныхъ распоряженій (*jus edicendi*; первоначально такія распоряженія объявлялись народу устно *in conspectu*, отсюда слово „*edictum*“, а въ послѣдствіи они выставлялись въ письменной формѣ на форумѣ); д) *высшее военное командование* со всѣми относящимися сюда функціями; е) *высшая административная и полицейская власть*, т. е. общая охрана внутренняго общественнаго порядка, откуда проистекаетъ также, по римскимъ представленіямъ, уголовная юрисдикція магистратовъ, ихъ участіе въ гражданскомъ судѣ и ихъ полицейская власть въ собственномъ смыслѣ слова.

Средствами для осуществленія распоряженій во всѣхъ этихъ областяхъ въ рукахъ магистратовъ являлись: 1) право личнаго задержанія непослушнаго (*jus prendendi*), 2) преданіе суду (*in jus vocatio*), 3) наложеніе штрафа (*multae dictio*), 4) арестъ какой-либо вещи, принадлежащей послушнику, для обезпеченія его повиновенія (*pignoris capio*). Къ этимъ средствамъ могли прибѣгать не только высшіе магистраты *cum imperio*, но въ предѣлахъ ихъ спеціальной компетенціи и всѣ другіе (эдилъ, квесторъ и т. д.).

Imperium, однако, имѣетъ не одинаковую юридическую интенсивность, смотря по тому, гдѣ она проявляется, и въ этомъ отношеніи различается *imperium domi* и *imperium militiae*.

По древнѣйшему римскому воззрѣнію, обычный гражданскій порядокъ возможенъ только „дома“ (*domi*), т. е. на территоріи собственнаго Рима, въ городѣ и *intra pomerium*, т. е. въ области, лежащей не далѣе одной мили вокругъ его стѣнъ. За этими предѣлами (*extra pomerium*) всегда возможно вражеское нападеніе, и потому тамъ римлянинъ находился всегда „на военномъ положеніи“ (*militiae*). Отсюда и указанное различіе въ содержаніи *imperium*. *Imperium militiae* должно обладать большей интенсивностью и непрерываемостью, и тѣ ограниченія власти, которыя могутъ быть терпимы дома, не могутъ быть терпимы внѣ его. Вслѣдствіе этого: а) Внутри городской черты на рѣшенія магистрата возможна *provocatio*; внѣ ея она не допускается; тамъ власть магистрата абсолютна. б) Внутри Рима власть магистрата длится только до истеченія срока, вслѣдствіе чего до избранія новаго возможенъ пустой промежутокъ (*interregnum*); *militiae* это невозможно: до пріѣзда преемника старый магистратъ остается у власти

pro magistratu. с) Дома всѣ магистраты правятъ совмѣстно съ указанной выше возможностью *intercessio*; *militiae* подобное ослабленіе власти недопустимо, вслѣдствіе чего магистраты или рассылаются сенатомъ по разнымъ мѣстамъ (одинъ консулъ со своими легионами на одинъ театръ военныхъ дѣйствій, другой на другой; такая указанная сенатомъ сфера дѣйствій каждого и называлась въ древнѣйшее время *provincia*), или же, если оказываются вмѣстѣ, чередуются во власти (каждый черезъ день и т. п.).

Кромѣ упомянутыхъ *magistratus cum imperio* и *sine imperio*, въ системѣ римскихъ магистратуръ различаются еще: 1) *magistratus majores* и *minores*, причѣмъ основаніемъ различія служитъ право на *auspicia* *majora* или *minora*; къ *magistratus majores* относились консулы, преторы и цензоры; всѣ остальные — *minores*. 2) Магистраты *курульные* и *некурульные*, смотря по тому, имѣли ли магистраты право отправлять свою должность, сидя въ курульномъ креслѣ (*sella curulis*), или же нѣтъ. Къ курульнымъ принадлежатъ консулы, преторъ, цензоръ и курульный эдиль.

Нерѣдко встрѣчаются случаи, когда властью магистрата обладаютъ лица, не избранныя въ эту должность. Такія лица дѣйствуютъ *pro consule*, *pro praetore* и т. д., вообще *pro magistratu*, отчего въ этихъ случаяхъ говорятъ о *промагистратурахъ*. При этомъ иногда низшій магистратъ дѣйствуетъ за высшаго, напр., преторъ за консула; иногда же совершенно частное лицо облачается извѣстными официальными полномочіями. Такъ, напр., правители провинцій часто посылаютъ вмѣсто себя въ тѣ или другія части провинцій своихъ уполномоченныхъ, которые дѣйствуютъ ихъ именемъ (*legati pro praetore*).

Вокругъ каждого магистрата группируется его личный совѣтъ — *consilium*, не имѣющій, впрочемъ, никакого официального значенія, и цѣлая масса низшихъ служащихъ, носящихъ общее названіе *apparitores*. Таковы секретари и письмоводители (*scribae*), ликторы (*lictors*), глашатаи (*praesones*) и посыльные (*viatores*). Всѣ они состоятъ на жалованьи, не считаются магистратами и составляютъ при каждой магистратурѣ нѣкоторый постоянный штатъ, переходящій отъ одного представителя ея къ другому. Обыкновенно *apparitores* при данной должности образуютъ изъ себя нѣкоторую частную корпорацію, для вступленія въ которую необходима покупка мѣста.

Выборы магистратовъ принадлежатъ народному собранію, и притомъ различнымъ видамъ его; объ этомъ было сказано выше (§ 12). Первоначально въ любую магистратуру могъ быть избранъ каждый римскій гражданинъ, имѣющій право участія въ народномъ собраніи; какихъ-либо особыхъ условій пассивнаго избирательнаго права не существовало. Но во второй половинѣ республики появляются уже нѣкоторыя ограниченія.

Законъ 180 г., т. н. *lex Villia annalis*, установилъ, во-первыхъ, извѣстный іерархическій порядокъ должностей („*certus ordo magistratuum*“): квесторъ, курульный эдиль, преторъ и консулъ; попасть на должность консула можно было только пройдя черезъ

эти предварительныя ступени. Во-вторыхъ, онъ установилъ *минимальный возрастъ* для занятія низшей ступени этой лѣстницы — квестуры, но установилъ косвенно: кандидатъ долженъ предварительно отбыть въ теченіе 10 л. воинскую повинность (или, по крайней мѣрѣ, въ теченіе 10 лѣтъ предъявлять себя къ набору); а такъ какъ отбываніе воинской повинности начинается съ 17 лѣтъ, то квесторомъ можно сдѣлаться не ранѣе 27 лѣтъ. Наконецъ, *lex Villia* предписала еще обязательный *2-лѣтній промежутокъ* между сложеніемъ съ себя одной должности и избраніемъ въ другую. Всѣ эти три пункта преслѣдуютъ одну цѣль: не допустить слишкомъ молодыхъ и неопытныхъ людей на постъ высшихъ магистратовъ.

Изложенный законъ къ концу республики потерялъ свое значеніе, благодаря совершившимся измѣненіямъ въ воинской повинности: фактически граждане перестали привлекаться къ отбыванію обязательной воинской повинности, войско же комплектуется теперь изъ волонтеровъ-пролетаріевъ. Вслѣдствіе этого законъ *Villia* былъ исправленъ сообразно новымъ условіямъ закономъ Суллы — *lex Cornelia de magistratibus* 81 г. Этотъ послѣдній законъ уже прямо опредѣляетъ минимальный возрастъ для занятія каждой должности: для квестуры — 30 лѣтъ, для претуры — 40 и для консулата — 42 года.

Лицо, желавшее выставить свою кандидатуру на ту или другую должность, должно было заранѣе заявить о себѣ магистрату, созывавшему то народное собраніе, въ которомъ должны были происходить выборы; это называется *professio nominis*. Имя кандидата выставлялось затѣмъ на форумѣ. Промежутокъ до выборовъ употреблялся на выборную агитацію (*ambitus*): кандидатъ, одѣтый въ бѣлую тогу, показывается въ общественныхъ мѣстахъ, стараясь привлечь народную симпатію. Въ выборѣ агитационныхъ средствъ встрѣчались и злоупотребленія, напр. подкупы; по крайней мѣрѣ, среди республиканскаго законодательства мы находимъ немало законовъ, старавшихся бороться съ подобной недобросовѣстной агитаціей — т. н. *leges de ambitu*.

Избранный кандидатъ, если онъ принадлежитъ къ числу *magistratus cum imperio*, долженъ получить еще *lex curiata de imperio* (см. выше), а затѣмъ всякій — принести присягу на вѣрность законамъ (*iurare in leges*), что совершалось въ общемъ хранилищѣ законовъ, въ храмѣ Сатурна, въ присутствіи квестора.

§ 15.

Отдѣльные магистраты и отдѣльныя вѣтви государственнаго управления.

Во главѣ всѣхъ ординарныхъ магистратуръ стоятъ два консула, въ древнѣйшее время называвшіеся *praetores* (чѣмъ отличалась ихъ военная функція; *praetor* = *prae-itor*) и *judices* (чѣмъ отличалась ихъ общегражданская власть: *jus dicere*). Какъ было

указано выше, они избирались сначала только из патрициев, но со времени lex Licinia и из плебеев, причем один из консулов должен быть непременно плебей. Консулам принадлежит *suprema potestas* и *maius imperium* (вышним знаком чего являются 12 ликторов); к ним одним сначала перешла вся полнота царской власти, ограниченная только провокацией. Постепенно, однако, значение консульской власти ослаблялось: усиление народных собраний и сената, создание новых магистратур для тех или других специальных компетенций фактически умаляло роль консулов и суживало область их деятельности. Сохраняя в принципе характер высшего государственного органа, в руках которого в потенциальном состоянии покоятся все государственные функции, консулат фактически во второй половине республики почти исчерпывается высшим *военным командованием*: по общему правилу, консулы со своими легионами ходят вне Рима на том или ином театре военных действий.

Военное дело подвергается в этом периоде коренным изменениям. Принцип всеобщей воинской повинности, как общегражданской обязанности, сохраняется, но в действительности, вследствие сильного прироста количества граждан, далеко превысившего реальные потребности армии, обязательное отбывание ее прекращается. К тому же развитие военной техники требовало для лучшей боевой способности легионов извѣстнаго постоянства и профессиональности военной службы. Ввиду этого со времен Мария легионы начинают комплектоваться из добровольцев, главным образом, пролетариев, вступающих в легионы ради жалованья и смотрящих на военную службу, как на профессию. Набор войска производится консулами, из которых каждый получает для себя особый корпус в 2 легиона и вмѣстѣ съ ними отправляется в назначенную для его операций мѣстность. Высшие офицеры — *tribuni militum* (по 6 на каждый легион) — первоначально назначались собственной властью консула, но с половины республики избираются народным собранием. Солдаты присягают консулу лично; поэтому с каждой смѣной консулов легионы распускаются и происходит новый набор. В случае операций в какой-либо отдаленной мѣстности консул нерѣдко, с дозволения сената, остается там и по окончании своего должностного года в качестве проконсула. Так зарождается возможность болѣе тѣсной связи военачальника со своими легионами, что играло не раз большую роль в событиях послѣдних времен республики.

Диктатура. В момент каких-либо чрезвычайных затруднений сенат может дать консулу приказание назначить кого-либо диктатором (*dictatorem dicere*). Для придания этому назначению религиозной санкции необходима еще *lex curiata de imperio*. Съ появлением диктатора прекращалась деятельность всѣх нормальных магистратов и т. обр. как бы восстанавлилась прежняя царская власть, но только на короткий срок (6 месяцев). Диктатору принадлежит *summum imperium*, на кото-

рое (по крайней мѣрѣ, в первой половине республики) не простирается ни *intercessio* ни *provocatio*. Вышним знаком этой чрезвычайной власти служат 24 ликтора. От таких чрезвычайных и полномочных диктаторов (т. н. *dictator optima lege creatus*) надо отличать диктаторов *imminutus iure*, которые назначались иногда во второй половине республики для исполнения какого-либо одного госуд. предприятия — устройства игр, снабжения народа хлѣбом и т. д. Эти послѣдние диктаторы не имѣют *summum imperium*; при них все остальные магистраты продолжают дѣйствовать попрежнему.

Претора. Согласно римской традиции, претора была учреждена тотчас послѣ возстановления консульской власти законами Лициния и Секстия (368 г.). Общей причиной ее учреждения послужило то обстоятельство, что консулы обыкновенно были отвлекаемы из Рима своими военными дѣлами, а между тѣмъ необходимо было имѣть в Римѣ постоянно такого представителя власти, который мог бы быть их замѣстителем в дѣлѣ охраны внутренняго порядка и права. Таким замѣстителем и явился *praetor*. Первоначально онъ былъ только одинъ, но въ 242 г. былъ присоединенъ и другой специально для наблюдений за перебринями, которые к тому времени начинают появляться в Римѣ большими массами для различныхъ торговыхъ дѣлъ. Быть можетъ, образцомъ для учреждения этого второго претора специально для перебриновъ послужили аналогичныя магистратуры в нѣкоторыхъ торговыхъ греческихъ городахъ, напр., т. н. *κοσμοῦ ἐπίτρος* в Гортинѣ *). Съ этого времени первый преторъ называется *praetor urbanus*, а второй *praetor peregrinus* („qui inter peregrinos jus dicit“). Послѣ покорения Сицилии и Сардинии число преторовъ было увеличено до 4 (прибавилось еще 2 — по одному для Сицилии и для Сардинии); а въ 197 г. созданы были еще 2 претора для двухъ только-что присоединенныхъ Испаній. Съ возникновениемъ при Суллѣ постоянныхъ судебныхъ комиссій для уголовныхъ дѣлъ, находившихся подъ предсѣдательствомъ преторовъ, число преторовъ выросло до 8, а при Цезарѣ даже до 16.

По характеру своей власти преторъ является младшимъ коллегой консулов — *collega minor*: ему в принципѣ подвѣдомственны все тѣ же дѣла, что и консулу. *Minoritas* его выражается лишь в томъ, что преторъ не имѣетъ *jus intercessionis* по отношению къ консулу, а вышнимъ образомъ — в томъ, что претора сопровождаютъ только 6 ликторовъ. Преторъ, какъ и консулъ, можетъ созывать народное собрание и засѣданія сената и предсѣдательствовать в нихъ; а такъ какъ консулы обыкновенно отсутствуютъ, то преторъ является тамъ нормальнымъ предсѣдателемъ. Преторъ также обладаетъ *jus edicendi*, причемъ, какъ увидимъ далѣе, его эдикты имѣли громадное значение для всей исторіи римскаго права.

Общую задачу преторской дѣятельности составляетъ *custodia urbis*, т. е. общая забота объ охранѣ внутренняго гражданскаго

*) См. Kohler und Ziebarth. Das Stadtrecht von Gortyn. 1912. стр. 44.

мира и порядка. Въ этомъ смыслѣ претора является властью полицейской въ самомъ широкомъ значеніи этого слова. Какъ было указано выше, изъ этой общей заботы объ охранѣ мира и порядка, по римскимъ воззрѣніямъ, вытекала сама собой, какъ *уголовная*, такъ и *гражданская юрисдикція* преторы. Объ участіи претора въ уголовномъ и гражданскомъ судѣ будетъ сказано подробнѣе ниже. Здѣсь же отмѣтимъ только, что по мѣрѣ того, какъ спеціально-полицейская (въ узкомъ смыслѣ) функція все болѣе и болѣе сосредоточивалась въ рукахъ ближайшихъ помощниковъ преторовъ—курульныхъ эдиловъ, сама она постепенно спеціализировалась именно въ области юрисдикціи, превращаясь т. обр. въ магистратуру, по преимуществу, судебную. Даже тамъ, гдѣ преторы преслѣдовали цѣль полицейскую, они предпочитали прибѣгать къ средствамъ обыкновеннаго гражданского процесса.

Въ связи съ этимъ находится слѣдующее, встрѣчающееся въ источникахъ теоретическое расчлененіе функціи преторской власти. Тамъ, гдѣ преторъ выступаетъ охранителемъ общественнаго порядка посредствомъ штрафовъ (*multae dictio*) и другихъ административныхъ взысканій, говорятъ объ *imperium merum*. Тамъ, гдѣ преторъ дѣйствуетъ исключительно какъ органъ судебной власти, гдѣ его дѣятельность направлена только на разрѣшеніе частнаго спора путемъ примѣненія закона, тамъистики говорятъ о *jurisdictio*. Во всѣхъ же тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ преторъ для вынужденія своего административнаго приказанія прибѣгаетъ къ средствамъ обыкновеннаго гражданского процесса (путемъ интердиктовъ и т. д.; объ этомъ ниже), мы имѣемъ *imperium mixtum* (sc. cum jurisdictione).

Цензура. Какъ было указано выше, по сообщенію римскихъ писателей, когда консулы были замѣнены военными трибунами съ консульской властью, патриціи выдѣлили изъ ихъ полномочій производство ценза и поручили его особой магистратурѣ—цензорамъ (443 г.). Играло-ли дѣйствительно при учрежденіи цензуры роль желаніе патриціевъ удержать въ своихъ рукахъ эту важную функцію, или же къ этому привела переобремененность дѣлами высшихъ магистратовъ, вслѣдствіе чего производство ценза затягивалось (такъ полагаетъ одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей вопроса—O. Leuze *),—рѣшить трудно. Во всякомъ случаѣ съ этого времени цензура дѣлается одной изъ вліятельнѣйшихъ римскихъ магистратуръ. Съ теченіемъ времени въ руки цензоровъ переходятъ нѣкоторыя другія функціи, дѣлающія цензуру необходимымъ органомъ текущихъ дѣлъ госуд. управления. Избираются цензоры въ числѣ двухъ и обыкновенно на 5 лѣтъ (первоначально срокъ переизбранія цензоровъ не былъ опредѣленъ), но *lex Aemilia* предписала, чтобы цензоры заканчивали производство ценза не болѣе чѣмъ въ 1½ года. Періодъ отъ одного ценза до другого носитъ техническое названіе *lustrum*.

Цензоры не имѣютъ *imperium*, какъ консулы и преторы; имъ принадлежитъ, однако, *potestas* и притомъ съ особымъ ха-

* O. Leuze. Zur Geschichte der röm. Censur. 1912.

рактеромъ: она допускаетъ только *intercessio* коллеги, но не подлечитъ *intercessio* другихъ, хотя бы и высшихъ, магистратовъ. Вручается она посредствомъ *lex centuriata de potestate censoria*.

Главнымъ назначеніемъ цензуры является *производство ценза*, т. е. составленіе списковъ населенія, распредѣленіе гражданъ по трибамъ, классамъ и центуриямъ, зачисленіе во всадники, а по *lex Ovinia* и *lectio senatus*. Все это сосредоточивало въ рукахъ цензоровъ громадную политическую власть, тѣмъ болѣе, что на ихъ рѣшенія не было апелляціи: отъ цензора зависѣло опредѣленіе политическаго положенія каждаго гражданина.

Въ связи съ составленіемъ цензуальныхъ списковъ развилась и другая немаловажная функція цензорской власти—надзоръ за нравами, *regimen morum*. Цензорская отмѣтка (*nota censoria*) накладывала пятно безчестья и могла повлечь за собой весьма существенныя политическія ограниченія—устраненіе отъ участія въ народныхъ собраніяхъ, исключеніе изъ списка сенаторовъ и т. д. Въ лучшую пору республики цензура имѣла большое облагораживающее вліяніе на всю область политической жизни.

Наконецъ, къ указаннымъ двумъ функціямъ цензорской власти присоединилась и третья—*участіе въ финансовомъ управленіи*.

Финансовое хозяйство римской республики руководится еще частно-хозяйственнымъ принципомъ: въ немъ расходы опредѣляются доходами, а не наоборотъ. Важнѣйшими статьями государственныхъ *расходовъ* являются: содержаніе войска, постройка кораблей, проведеніе дорогъ, сооруженіе общественныхъ зданій, расходы на религиозныя нужды (постройка храмовъ и т. д.), жалованье *arratores* и, наконецъ, очень крупную статью расхода составляло къ концу періода народное продовольствіе.—Что касается *доходовъ*, то какихъ-либо *прямыхъ налоговъ* граждане въ этомъ періодѣ не несутъ. Древне-римскій *tributus*, благодаря счастливымъ войнамъ и обогащенію казны, перестаетъ взиматься, и т. обр. устанавливается принципъ, что *cives romani* отъ податей свободны, вслѣдствіе чего надѣленіе кого-либо правами римскаго гражданства обозначаетъ и освобожденіе отъ (прямыхъ) налоговъ. Провинціалы же, напротивъ, за рѣдкими исключеніями, подлежатъ платежу податей и именно въ двухъ слѣдующихъ основныхъ видахъ: а) *stipendium*—подать, налагаемая сенатомъ огуломъ на всю провинцію и имѣющая характеръ продолжающейся военной контрибуціи и б) *decuma*—подать поземельная, состоящая изъ извѣстной доли продуктовъ земли (обыкновенно 1/10, откуда и названіе; но встрѣчаются и 1/5 и 1/7) и являющаяся какъ бы арендной платой владѣльцевъ земли ея собственнику—Риму.

Кромѣ этихъ прямыхъ податей, въ періодъ республики появляются уже и нѣкоторыя виды *налоговъ косвенныхъ*; таковы таможенные пошлины съ привозимымъ изъ заграницы товаровъ (*portoria*), пошлина за отпускаемыхъ на волю рабовъ въ размѣрѣ 5% ихъ стоимости (*vicesima manumissionum*, установленная закономъ Манлія) и н. др.

Большую статью доходов составляют *доходы съ государственных промысловъ и земель*. Къ государственнымъ промысламъ принадлежатъ разнообразныя *metalla* (копи—*salinae*, *aureifodinae* и т. д.), рыбныя ловли и т. д. Еще важнѣе государственныя земли—*ager publicus*. Послѣ каждаго завоеванія римляне около трети завоеванной территоріи оставляли себѣ и затѣмъ съ этой землей поступали различно. Лучшую, обработанную часть государство размежевывало (*agri limitati*) и потомъ или отводило для поселенія колоній (*agri adsignati*), или же распродало въ частную собственность (продажа совершалась квесторами, вслѣдствіе чего эти земли назывались *agri quaestorii*). Земли невоздѣланныя или сдавались въ наемъ за извѣстный оброкъ (*vectigal*, *agri vectigales*) или же предоставлялись свободному завладѣнію (*occupatio*) всѣхъ желающихъ (*agri occupatorii*). Къ концу республики, однако, государственныя земли въ Италіи совершенно исчезаютъ: послѣдніе остатки ихъ были розданы въ эпоху Гракховъ колонистамъ, а при Маріи и Суллѣ ветеранамъ.

Какъ и большинство древнихъ государствъ, Римъ избѣгаетъ прямого взысканія податей и непосредственнаго (хозяйственнаго) исполненія казенныхъ предпріятій, предпочитая систему откуповъ и подрядовъ. На откупъ сдаются почти всѣ статьи доходовъ, и почти всѣ статьи расходовъ осуществляются путемъ подрядовъ. При заключеніи всѣхъ относящихся сюда контрактовъ казны съ частными лицами или компаніями публикановъ представителемъ государства является цензоръ: онъ опредѣляетъ ближайшія условія и формулируетъ договоръ (*lex censoria*). Но, конечно, высшій контроль во всѣхъ этихъ отношеніяхъ принадлежитъ сенату.

Эдилы были учреждены одновременно съ плебейскими трибунами въ числѣ 2 и являлись первоначально только помощниками этихъ послѣднихъ. Тотчасъ послѣ *leges Liciniaе* къ нимъ присоединяются 2 патриціанскихъ, курульныхъ эдила; но скоро затѣмъ всѣ 4 эдила сливаются въ одну коллегію съ почти одинаковыми правами власти. Эдилы среди римскихъ магистратуръ представляютъ должность по преимуществу полицейскую. Хотя въ Римѣ каждый магистратъ обладалъ полицейскою властью постольку, поскольку это было ему необходимо для осуществленія его основной компетенціи, однако возрастаніе Рима и усложненіе общественной жизни создаетъ потребность въ нѣкоторомъ сосредоточеніи полицейскаго надзора,—и такою полицейскою властью дѣлаются эдилы. Согласно Цицерону, компетенція эдиловъ вообще слагается изъ слѣдующихъ трехъ функцій: а) *cura urbis*—наблюденіе за порядкомъ въ городѣ вообще и пожарная полиція, б) *cura annonae*, забота о снабженіи народа продовольствіемъ, надзоръ за торговлею на рынкахъ, за правильностью мѣръ и вѣсовъ—вообще, торговая полиція; въ связи съ этимъ въ ихъ рукахъ оказалась и юрисдикція по торговымъ дѣламъ, регулированію которыхъ были посвящены ихъ эдикты—*edicta aedilicia*: в) *cura ludorum*—забота объ устройствѣ общественныхъ игръ и зрѣлищъ. Ставя, т. обр., эдиловъ въ постоянное сопри-

косновеніе съ народомъ и уличной жизнью, эта должность при извѣстномъ умѣннѣ могла служить удобнымъ средствомъ для пріобрѣтенія популярности среди широкихъ народныхъ массъ.

Квесторы были первоначально лишь общими помощниками консуловъ безъ какой-либо специальной компетенціи. Позже ихъ положеніе сдѣлалось болѣе самостоятельнымъ: они стали избираться въ *comitia tributa* и тогда они мало-по-малу специализируются въ двухъ областяхъ—въ области уголовной юрисдикціи и въ завѣдываніи государственной казною и государственнымъ архивомъ. Что касается *уголовной юрисдикціи*, то, пока она находилась въ рукахъ консуловъ, квесторы, какъ ихъ помощники, производили предварительное слѣдствіе (*quaestores parricidii*). Когда же во второй половинѣ республики уголовный судъ перешелъ къ народнымъ собраніямъ, а затѣмъ и къ *quaestiones perpetuae*, роль квесторовъ въ этой области оканчивается, но зато тѣмъ сильнѣе развивается ихъ другая функція—*завѣдываніе государственнымъ казначействомъ*. На обязанности ихъ лежало храненіе казенной наличности (*respublicam custodire*), веденіе прихода-расходныхъ книгъ (*rationes referre*) и т. д. Кромѣ того, благодаря единству государственнаго хранилища (каковымъ являлся Храмъ Сатурна), квесторы сдѣлались и хранителями госуд. архива (госуд. акты, списки законовъ и т. д.). На этомъ же основаніи и присяга магистратовъ на вѣрность законамъ совершалась передъ квесторами. Сначала число квесторовъ было 2, затѣмъ—4, 8, при Суллѣ—20, а при Цезарѣ—40. Изъ этого числа часть квесторовъ оставалась въ городѣ для завѣдыванія казною и архивомъ—*quaestores urbani* или *aerarii*, другіе прикомандировывались къ военачальникамъ для веденія финансовыхъ дѣлъ ихъ армій (выдача суммъ на содержаніе, уплата жалованья и т. д.) третьи для той же цѣли посылались въ провинціи къ проконсуламъ и пропреторамъ; наконецъ, четвертые наблюдали въ приморскихъ городахъ и нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ за поступленіемъ таможенныхъ пошлинъ и другими хозяйственными дѣлами государства (квесторъ для Галліи и *quaestor Ostiensis* для *res frumentaria*).

Совершенно особое мѣсто среди римскихъ магистратуръ занимаютъ *народныя трибуны*. Не имѣя сами какой-либо самостоятельной компетенціи, они являются только своеобразными контролерами по отношенію къ другимъ магистратамъ, являются магистратурой противъ магистратуръ. Учрежденные сначала въ качествѣ защитниковъ плебейскаго сословія противъ произвола патриціанскихъ магистратуръ (*auxilium latio adversus consulare imperium*) и облеченные особой неприкосновенностью (*sacrosancti*), трибуны пріобрѣли мало-по-малу право протеста не только противъ тѣхъ или иныхъ конкретныхъ распоряженій магистратовъ, но и противъ устанавливаемыхъ ими общихъ нормъ. Равнымъ образомъ, они добились права участія въ засѣданіяхъ сената. Они созываютъ плебейскія собранія и председательствуютъ въ нихъ—однимъ словомъ, являются вождями всего плебейскаго сословія

и воплощаютъ въ себѣ всю силу социальна низшихъ народныхъ массъ.

Остальные, болѣе мелкіе, магистраты носили всѣ вмѣстѣ общее наименованіе—*viginti sex viri*, потому, что ихъ было всего 26. Въ это число входятъ: 1) *Tresviri capitales* или *nocturni*: на обязанности ихъ лежала низшая полиція безопасности: разслѣдованіе на мѣстѣ преступленій, совершеніе смертной казни (поэтому— „*capitales*“), пожарная полиція, по преимуществу ночью (поэтому— „*nocturni*“) и т. п. 2) *Tresviri monetales*, завѣдывавшіе чеканкой монеты. 3) *Decemviri stlitibus iudicandis*—коллегія для разбора нѣкоторыхъ гражданскихъ дѣлъ. 4) *Quattuorviri viis in urbe purgandis* и *Duoviri viis extra urbem purgandis*, смотрѣвшіе за содержаніемъ улицъ и дорогъ, и 5) *Quattuorviri iure dicundo Capuat Cumas etc.*, посылавшіеся въ качествѣ намѣстниковъ государства въ нѣкоторые небольшие города, находившіеся на особомъ положеніи и лишенные мѣстной автономіи.

§ 16.

Управление мѣстное и провинціальное.

Въ началѣ I вѣка до Р. X. вся Италия, какъ было упомянуто выше, была объединена въ правѣ римскаго гражданства, и этимъ была создана единая территорія государства. На этой объединенной территоріи на почвѣ закона 45 г. до Р. X., *lex Julia municipalis*, возникло однообразное мѣстное устройство. Общимъ принципомъ этого мѣстнаго управленія Италия является *принципъ самоуправленія*, хотя и подъ нѣкоторымъ контролемъ Рима. Организация муниципальнаго устройства является точной копіей государственнаго устройства Рима. Высшимъ органомъ мѣстнаго управленія является народное собраніе всѣхъ гражданъ данной общины, организованное по мѣстнымъ куріямъ (собраніе курій). Ему подлежатъ выборы муниципальных магистратовъ и рѣшеніе общихъ вопросовъ мѣстной жизни. Далѣе, на подобіе римскаго сената, въ каждомъ городѣ существуетъ муниципальный сенатъ изъ 100 членовъ (*ordo decurionum*) съ аналогичными функціями. Наконецъ, въ параллель римской магистратурѣ, существуетъ магистратура муниципальная, въ рукахъ которой находится административная и судебная власть. Двумъ римскимъ консуламъ въ муниципіяхъ соотвѣтствуютъ *duoviri iure dicundo*, избираемые ежегодно въ мѣстныхъ народныхъ собраніяхъ и по характеру своихъ функцій приближающіеся къ римскимъ преторамъ. Они же черезъ каждыя 5 лѣтъ производятъ и необходимую ревизію списковъ муниципальных гражданъ, сената и т. д. Кромѣ нихъ, упоминаются еще муниципальные эдилы и квесторы.

Еще не такъ давно представлявшія изъ себя самостоятельныя государства, всѣ эти муниципіи въ періодъ республики обнаруживаютъ еще довольно интенсивную внутреннюю жизнь, вслѣдствіе

чего указанное самоуправленіе отнюдь не является для нихъ пустою формою. Напротивъ, замѣчается даже въ нихъ довольно сильный „локальный патриотизмъ“ (Seeck).

Совершенно иначе управляются *провинціи*. Основнымъ принципомъ для нихъ является управленіе изъ Рима, а участіе населенія въ своихъ дѣлахъ сведено до минимума. Управляютъ провинціями посылаемые сенатомъ магистраты, обыкновенно изъ лицъ, бывшихъ ранѣе консулами или преторами, и потому называющіеся теперь *проконсулами* или *пропреторами*. Разницы между проконсулами и пропреторами во власти нѣтъ; они различаются только названіемъ и рангомъ. Имъ принадлежитъ высшее управленіе провинціей и командованіе легіонами, въ ней расположенными; ихъ власть носить всѣ черты *imperium militiae*, причемъ это *imperium* простирается даже на римскихъ гражданъ, живущихъ въ провинціи. Имъ же принадлежитъ высшая полицейская, судебная и фискальная власть, опредѣляемая общимъ уставомъ провинціи (*lex provinciae*), разными спеціальными законами и сенатскими инструкціями. Провинція раздѣляется на округа (*conventus*), которые правитель періодически объѣзжаетъ, творитъ судъ и расправу. Въ отдаленныя части онъ посылаетъ иногда своихъ довѣренныхъ лицъ—*legati pro praetore*, которые дѣйствуютъ его именемъ и за его отвѣтственностью. Участіе самого населенія въ управленіи ограничивается только ближайшей раскладкой податей по отдѣльнымъ провинціальнымъ общинамъ.

В. Источники права.

§ 17.

Законы XII таблицъ.

Начало республиканскаго періода ознаменовалось событіемъ, для всего дальнѣйшаго римскаго праворазвитія чрезвычайно важнымъ—именно, составленіемъ и изданіемъ кодекса, извѣстнаго подъ названіемъ *законовъ XII таблицъ* (*Leges XII tabularum*). Согласно показаніямъ римскихъ писателей, исторія возникновенія этого важнаго памятника такова.

Одной изъ причинъ для недовольства плебеевъ противъ патриціевъ въ первыя времена республики была неясность дѣйствующаго обычнаго права. Примѣненіе права находилось въ то время исключительно въ рукахъ патриціанскихъ магистратовъ, и эта неясность права открывала возможность для всякихъ злоупотребленій со стороны этихъ послѣднихъ. Поэтому первою потребностью плебеевъ было установить дѣйствующее право въ формѣ ясныхъ писанныхъ законовъ. Съ этой цѣлью еще въ 462 г. до Р. X. плебейскій трибунъ Терентій Арса внесъ проектъ о

назначении комиссии для составления кодекса. Однако, патриции в течение 8 лет противились этой мысли, и лишь благодаря настойчивому поведению плебеев, все время выбиравших тех же трибунов, должны были согласиться. Предварительно решено было послать особое посольство из трех человек в Грецию для ознакомления с греческим правом вообще и с законодательством Солона в особенности. По возвращении этих посланцев в 451 г. была избрана комиссия из 10 человек для начертания законов—*Decemviri legibus scribundis*, причем на этот год им была отдана вся власть; все магистраты, в том числе и плебейские трибуны, на этот год избраны не были. К концу года децемвиры изготовили значительную часть законодательства, именно 10 первых таблиц, которые и были, по предложению децемвиров, приняты народным собранием. Для окончания работы на следующий год были выбраны новые децемвиры; они изготовили еще 2 таблицы, но по окончании года не захотели сложить с себя полномочий. Это обстоятельство, а также факт грубого нарушения права и справедливости со стороны виднейшего из децемвиров, Аппия Клавдия (знаменитый процесс Виргинии), вызвали народное возмущение и падение децемвиров. Прежний строй был целиком восстановлен, а составленные вторыми децемвирами 2 таблицы были приняты народным собранием по предложению первых после революции консулов.

Вся эта традиционная история возникновения законов XII т. была подвергнута в последнее время полному сомнению. Один из виднейших представителей современного скептического настроения, итальянский ученый Паусс (*Ettore Pais*) в своей „Истории Рима“, сравнивая предание о возникновении XII таблиц с преданием обнародования *legis actiones* Кн. Флавием, находит в обоих много подозрительно сходного (и там и здесь играет роль Аппий Клавдий и т. д.) и приходит к заключению, что компиляция, известная под названием законов XII таблиц, есть не что иное, как частный юридический сборник, составленный в начале III в. до Р. X. некоторым Кн. Флавием.

Еще дальше пошел в этом направлении французский ученый Lambert *). По его мнению, XII таблиц, как особый законодательный памятник, так же мало достоверны, как *Jus Parigianum* или как 2 доски заповедей Моисеевых. Самая римская традиция о создании XII таблиц децемвирами возникла в Риме не ранее начала II в. до Р. X. и полна противоречий. В действительности, говорит Ламберт, то, что называется законами XII т., есть не законодательный кодекс, а простое собрание старинных юридических обычаев, появившееся еще позже, чем думал Паусс—именно в начале II в. до Р. X., и составленное известным юристом того времени—S. Aelius Pactus.

*) Nouvelle revue historique de droit français et étranger. 1902. „La question de l'authenticité de XII tables“.

Эти попытки опровергнуть даже самое существование законов XII т. встретили, однако, весьма серьезный и вполне убедительный отпор со стороны всех наиболее видных представителей современной науки. Так, напр., *Жирард* **), среди многих других соображений, усматривает невозможность позднего появления XII таблиц уже ввиду самого характера содержащихся в них положений: положения эти предполагают общество мелких земледельцев, архаический процесс, небольшую территорию (*venditio trans Tiberim* было бы бессмыслицей не только в начале II в. до Р. X., но и значительно ранее) и т. д. Затѣм, с гипотезой Пауса или Ламбера совершенно не вязались бы многочисленные довольно ранние законы, отмѣняющіе или дополняющіе правила XII таблиц (напр., *lex Aquilia*, *lex Furia de legatis* и т. д.).

Возможно, что те или другие детали в изложенной выше истории возникновения законов XII таблиц переданы нам не совсем верно, но отрицать на этом основании самое существование их, как прямого законодательного памятника, и притом приблизительно указанного времени, невозможно.

Подлинные XII таблиц до нас не сохранились; по преданию, они погибли во время Галльского нашествия. Но законы XII т. пустили прочные корни в народной памяти; они циркулировали в списках и еще во время Цицерона заучивались детьми наизусть. Благодаря этому, хотя и не дошел до нас полный текст этого памятника, тем не менее сохранились отдельные положения из него, переданные нам позднейшими римскими писателями отчасти в буквальном выражении, отчасти в свободном пересказе. И можно думать, что все существенное содержание кодекса нам известно.

Современные ученые неоднократно пытались собрать воедино все эти отдельные переданные нам положения законов XII таблиц и расположить их в таком порядке, в каком они находились на каждой из первоначальных таблиц. При этих попытках реконструкции руководились следующим соображением. В дошедшем до нас Юстиниановском своде сохранились выдержки из комментария к XII таблицам, написанного Гаем и состоявшего из 6 книг. Предположив, что Гай следовал порядку таблиц и каждую одну книгу своего комментария посвящал двум таблицам подлинного законодательства, на основании содержания известных нам отрывков Гаия пришли к следующему распределению: на таблицах I и II находились положения о гражданском процессе, на III—производство против несостоятельного должника, на IV—положения об отцовской власти, на V и VI—опека, наследование и собственность, на VII и VIII—обязательственные отношения, на IX и X—*jus publicum* и *sacrum* и на XI и XII—различные дополнительные статьи ***). Все эти

*) Nouv. revue historique. 1902.—Ср. *Erman*. Zeitschrift der Savigny—Stiftung für Rechtsgeschichte. 1902.

**) Свод положений XII т. по этой системе см. у *Girard'a*. Textes и *Bruns* Fontes.

построения, однако, лишены достаточной научной прочности и, прежде всего, они противоречат общему обычаю древних при начертании законов или других актов на досках писать сплошь до конца доски и затѣм переходить на другую безъ всякихъ соображеній относительно содержанія.

Какъ видно уже изъ приведеннаго перечня общаго содержанія, законы XII т. касались почти исключительно *гражданскаго права и процесса*; изъ другихъ областей (права государственнаго или уголовнаго) есть только нѣсколько совершенно разрозненныхъ постановленій вродѣ „*de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunt*“ (положеніе о provocatio), „*privilegia ne inrogant*“ (запрещеніе привилегій) и н. др. Обо всѣхъ важнѣйшихъ постановленіяхъ гражданскаго права будетъ идти рѣчь ниже—въ исторіи гражд. права; постановленія, касающіяся гражд. процесса въ значительной части уже изложены въ ученіи о *legis actiones*.

Что же послужило *источникомъ законовъ XII таблицъ*, матеріаломъ при ихъ составленіи? Нерѣдко высказывается мнѣніе, что на законы XII т. оказало большое вліяніе *греческое право*. Это мнѣніе какъ бы подтверждается преданіемъ о посылкѣ депутатіи въ Грецію и объ участіи въ составленіи нѣкоего грека Гермодора Эфесскаго. Однако, ближайшій анализъ извѣстныхъ намъ положеній XII т. приводитъ къ заключенію, что, если вообще заимствование изъ Греціи (черезъ посредство греческихъ колоній въ Южной Италіи) были, то они во всякомъ случаѣ отразились лишь на сравнительно немногихъ и несущественныхъ положеніяхъ. Огромное же большинство содержащихся въ этихъ законахъ нормъ представляетъ изъ себя не что иное, какъ *исконные римскіе обычаи*. Децемвиры, по всей вѣроятности, только формулируютъ и кодифицируютъ ихъ, лишь изрѣдка внося что-либо новое въ интересахъ большей ясности и опредѣленности и въ соответствии съ выяснившимися потребностями времени.

Законы XII т. имѣли громадное значеніе для дальнѣйшаго развитія римскаго права. Явившись, съ одной стороны, синтезомъ всей предшествовавшей эпохи обычнаго права, они, съ другой стороны, послужили основой для дальнѣйшаго движенія впередъ. По общему сознанію римлянъ, они явились „*fons omnis publici privatiq; juris*“ (Ливій); даже значительно позже римскіе юристы неоднократно комментировали ихъ.

§ 18.

Jus civile.

На основѣ законовъ XII таблицъ развивается въ дальнѣйшемъ система нормъ національно-римскихъ, примѣняемыхъ только къ римскимъ гражданамъ (*cives Romani*), въ формѣ обыкновеннаго

гражданскаго процесса (*legis actiones*). Эта система нормъ и называется *jus civile* или *jus Quiritium* *).

Развитіе цивильнаго права совершается при этомъ слѣдующими двумя путями: во-первыхъ, путемъ практическаго толкованія законовъ XII т. (*interpretatio*), а, во-вторыхъ, путемъ дальнѣйшаго законодательства.

Первое (и еще довольно значительное) время послѣ изданія законовъ XII т. развитіе права совершается почти исключительно путемъ *interpretatio*. Всякій, даже очень совершенный съ редакціонной стороны, законъ при своемъ примѣненіи къ конкретнымъ случаямъ и къ конкретнымъ вопросамъ жизни нуждается въ детальномъ истолкованіи своего истиннаго смысла. Далѣе, во всякомъ, даже современномъ, кодексѣ встрѣчаются неясности и пробѣлы; въ такомъ случаѣ приходится рѣшать по аналогіи съ другими нормами или на основаніи общаго духа законовъ. Если роль толкованія велика и въ современной юридической жизни, то она еще больше въ эпохи раннія, обладающія неполными, несовершенными и почти всегда казуистическими кодексами. А такимъ именно кодексомъ и были XII таблицъ. Лицамъ, въ рукахъ которыхъ находилось примѣненіе этихъ законовъ, приходилось сплошь и рядомъ производить очень сложную умственную работу, чтобы подвести тотъ или другой конкретный случай подъ то или иное постановленіе XII таблицъ, выраженное по большей части неполно и казуистично. При этомъ жизнь не ждала; условія измѣнялись, измѣнялись и потребности и возрѣнія. Толкованіе права не могло оставаться глухимъ къ этимъ измѣненіямъ, и подъ вліяніемъ ихъ оно нерѣдко начинало цѣпляться за ту или другую букву закона, за то или другое умолчаніе его, чтобы провести въ жизнь, подъ видомъ смысла закона, то, что являлось при измѣнившихся условіяхъ желательнымъ, хотя бы самый законъ имѣлъ совершенно иной смыслъ. Этимъ и объясняются многие выводы древне-римской *interpretatio*, которые кажутся съ точки зрѣнія логики странными натяжками и даже крючкотворствомъ и примѣровъ которыхъ мы найдемъ впоследствии немало въ исторіи гражданскаго права.

Лицами, въ рукахъ которыхъ сосредоточивалось въ древнѣйшее время знаніе и толкованіе права, были *понтифики*. Ихъ связь съ различными отношеніями гражданскаго права и съ древне-римскимъ гражданскимъ процессомъ была очерчена выше. Благодаря этой разносторонней, но всегда вліятельной связи, въ теченіе всей первой половины республики *понтифики* являлись исключительными творцами описанной *interpretatio*. Вышколенные долговременною традиціей въ казуистикѣ сакральнаго права, они перенесли свою способность анализировать и расчленять и въ область свѣтскихъ отношеній и несомнѣнно наложили свой логическій отпечатокъ на весь характеръ древне-римской интерпретаціи. Не

*) О первоначальномъ значеніи *jus civile* — см. Ehrlich. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. 1902, а также Hans Bögli. Beiträge zur Lehre vom jus gentium der Römer. 1913.

являясь въ историческое время ни магистратами, ни судьями, отъ которыхъ непосредственно зависѣло рѣшеніе спорнаго дѣла, понтифики, тѣмъ не менѣе, сохранили все значеніе свѣдущей въ вопросахъ права корпораціи, отъ которой всегда могли получить компетентный совѣтъ и частныя лица и судьи; говоря иначе, понтифики являлись *первыми юристами* и первыми комментаторами права. А строгій формализмъ древняго права и процесса, каравший малѣйшее упущеніе въ формѣ или буквѣ, дѣлалъ ихъ помощью почти во всѣхъ юридическихъ положеніяхъ (при заключеніи сдѣлки, постановкѣ процесса и т. д.) необходимой.

Накоплявшаяся въ теченіе многихъ поколѣній интерпретаціонная традиція отлагалась постепенно въ понтификальнхъ записяхъ—*commentarii pontificum*, которыя являлись т. обр. зародышемъ юридической литературы. Но эти комментаріи, равно какъ и другія дѣла коллегіи, были закрыты для непосвященныхъ („*jus civile reconditum in penetralibus pontificum*“). Заботясь о сохраненіи своего вліянія (а, можетъ быть, и связанныхъ съ нимъ матеріальныхъ выгодъ), понтифики ревниво оберегали эту тайну. Съ другой стороны, эта постоянная зависимость отъ понтификовъ создавала серьезныя неудобства для дѣловыхъ людей. Все настойчивѣе и настойчивѣе ощущалась потребность эмансипироваться отъ этихъ послѣднихъ остатковъ жреческаго вліянія, секуляризировать эту послѣднюю область, еще остававшуюся въ ихъ рукахъ.

И дѣйствительно, преданіе рассказываетъ намъ, что приблизительно за 300 лѣтъ до Р. X. (къ тому же времени относится и допущеніе плебеевъ въ коллегію понтификовъ—*lex Ogulnia*) нѣкій *Кн. Флавій*, сынъ вольноотпущенника и писецъ извѣстнаго демократическаго реформатора Аппія Клавдія Цека, похитилъ и обнародовалъ книгу объ искахъ и исковыхъ формулахъ (*legis actiones*), которая и получила отъ его имени названіе *Jus Flavianum*. Онъ же вслѣдъ затѣмъ обнародовалъ и календарь, т. е. расписаніе *dies fasti* и *nefasti*. За это благодарный народъ избралъ его въ 304 г. въ эдилы.

Несомнѣнно, что въ изложенномъ разсказѣ дѣйствительность изукрашена. Какъ бы то ни было, но опубликованіе наиболѣе практической части изъ понтификальнхъ записей имѣло большое значеніе: оно, съ одной стороны, уничтожило юридическую монополию жрецовъ, а, съ другой стороны, дало толчокъ свѣтскому изученію права и повело къ появленію свѣтской юриспруденціи.

Рядомъ съ развитіемъ цивильнаго права путемъ *interpretatio* идетъ и прямая *законодательная дѣятельность народа*. Періодъ республики есть вообще эпоха оживленнаго законодательства, хотя большинство изданныхъ въ это время законовъ касается публичнаго права и лишь сравнительно меньшая часть посвящена регулированію тѣхъ или иныхъ отношеній гражданскаго права. Съ отдѣльными законами этого рода мы познакомимся впоследствии (въ исторіи гражданскаго права); здѣсь же рассмотримъ лишь общія формы республиканскаго законодательства.

Нормальнымъ органомъ законодательной власти въ этомъ періодѣ являются, какъ извѣстно, народныя собранія; поэтому и нормальной формой закона является *lex*, т. е. постановленіе комицій, а со времени *lex Hortensia*—и *plebiscitum*.

Инициатива закона можетъ исходить только отъ магистрата, имѣющаго *jus cum populo agendi*. Проектъ закона долженъ быть его инициаторомъ—магистратомъ выставленъ на форумѣ для всеобщаго ознакомленія, по крайней мѣрѣ, за *trinundinum* (т. е. за три недѣльныхъ базарныхъ дня, точнѣе—за 24 дня) до предполагаемаго голосованія. Это технически называется *promulgare legem* или *rogationem*. Въ теченіе этого времени проектъ уже не можетъ быть измѣненъ; въ предупрежденіе тайныхъ измѣненій (б. м. въ послѣднюю минуту) *lex Licinia Junia* 62 г. предписала, чтобы одновременно съ выставленіемъ закона на форумѣ копія его представлялась въ *aedagium*. Въ промежутокъ магистратъ можетъ созывать *contiones* для разъясненія законопроекта и для агитаціи въ пользу его принятія. Убѣдившись въ невозможности провести проектъ, магистратъ можетъ взять его обратно. Въ день собранія проектъ еще разъ читается передъ народомъ, причемъ магистратъ обращается къ народу съ обычной формулой „*velitis jubeatis Quirites ut...*“ По внесеніи *rogatio* безъ всякихъ дебатовъ приступаютъ къ голосованію, причемъ со времени *lex Papiria tabellaria* голосованіе производится посредствомъ опусканія табличекъ.

Ввиду того, что законопроекты могли быть приняты или отвергнуты безъ всякихъ поправокъ и только цѣликомъ, возможны были случаи вплетенія въ законопроектъ статей разнороднаго содержанія—въ расчетѣ на то, что предложенія безусловно желательныя заставятъ принять и предложенія сомнительныя. Такіе законы называются *leges saturae* (напр., *leges Liciniae Sextiae*, *lex Aquilia*). Этотъ порядокъ вещей, конечно, ненормальный, былъ отмѣненъ закономъ *Caecilia Didia* 98 г. („*ne quid per saturam ferretur*“).

Принятый такимъ порядкомъ законъ становился уже *eo ipso jussus populi* и дотчасъ же вступалъ въ дѣйствіе; какой-либо публикаціи закона не требовалось, но обыкновенно онъ записывался на деревянной или мѣдной доскѣ и выставлялся на форумѣ, что технически называлось *legem figere*; сверхъ того, копія закона сдавалась на храненіе въ архивъ.

Въ своей редакціи законъ имѣетъ обыкновенно три существенныя части: а) *praescriptio*—наименованіе магистрата, внесшаго законопроектъ и дающаго этимъ свое имя самому закону; дата принявшаго законъ народнаго собранія и названіе центуріи или трибы, подававшей голосъ первою; б) *rogatio*—т. е. самый текстъ закона, и в) *sanctio*, указаніе тѣхъ послѣдствій, которыя повлечетъ за собой неисполненіе закона.

По характеру этой *sanctio* законы обычно раздѣляются на слѣдующія категоріи: а) если никакихъ послѣдствій законъ не устанавливаетъ, если т. обр. *sanctio* отсутствуетъ, то мы имѣемъ *lex imperfecta*: б) если на случай нарушенія предписанія (напр., формы того или иного юридическаго акта) самый актъ объ-

является ничтожнымъ, то мы будемъ имѣть *lex perfecta*, и с) если актъ сохраняетъ свою силу, но лишь назначается штрафъ за нарушение закона, то законъ будетъ *lex minus quam perfecta*.

Кромѣ закона, какъ постановленія народного собранія, мы встрѣчаемъ еще въ источникахъ ссылки и на нѣкоторые *senatus-consulta* этого періода, какъ на нѣчто, установившее ту или другую норму. Ввиду того, что сенатъ въ періодъ республики законодательной власти не имѣлъ, эти *senatusconsulta* понимаютъ, какъ инструкціи сената магистратамъ, обладавшимъ юрисдикціей, причемъ предписанія инструкціи приводились въ дѣйствіе властью этихъ послѣднихъ. Какъ бы то ни было, но появленіе подобныхъ *senatusconsulta* является показателемъ растущаго вліянія сената и предвѣщаетъ ту роль, которую онъ будетъ играть въ слѣдующій періодъ.

Отъ *leges* въ настоящемъ смыслѣ (*leges rogatae*) надо отличать т. н. *leges datae*. Подъ этимъ именемъ разумѣются спеціальныя права и привилегіи, даваемые отдѣльнымъ общинамъ римскими магистратами—полководцами при покореніи извѣстной территории. Но магистраты не имѣли законодательной власти, и такія постановленія даются ими какъ бы по порученію народа и отъ имени послѣдняго.

Отъ всей обширной законодательной дѣятельности этого періода *въ подлинномъ видѣ* дошло до насъ только очень небольшое, да и то лишь въ отрывкахъ—въ видѣ случайно найденныхъ обломковъ досокъ съ текстомъ закона, надписей и т. п. Важнѣйшими изъ этихъ остатковъ являются слѣдующіе:

1) Т. н. *tabula Bantina*, куски бронзовой доски, найденные въ 1790 г. на мѣстѣ древняго городка Bantia въ Луканіи; они содержатъ отрывки закона изъ времени Гракховъ о взяткахъ (*repetundae*) на латинскомъ (одна сторона) и оскскомъ (другая сторона) языкахъ.

2) 11 кусковъ мѣдной доски, найденныхъ еще въ XVI ст. и содержащихъ отрывки двухъ законовъ: на одной сторонѣ—*lex repetundarum*, вѣроятно—*lex Acilia repetundarum*, изъ эпохи Гракховъ, а на другой сторонѣ—*lex agraria*, вѣроятно—*lex Thoria agraria* того же времени.

3) Отрывокъ изъ *lex Cornelia* (Суллы) de XX quaestoribus, найденный также еще въ XVI ст. въ Римѣ подъ развалинами храма Сатурна.

Но безконечно больше мы знаемъ о законодательствѣ республиканской эпохи изъ сообщений различныхъ римскихъ писателей.

§ 19.

Jus honorarium *).

Постановленія законовъ XII т. даже съ дополненіями и измѣненіями, внесенными путемъ *interpretatio* и позднѣйшихъ *leges*, да-

*) См. подробнѣе Покровский. Право и фактъ въ римскомъ правѣ. Ч. II Генезисъ претерскаго права. 1902.

леко не охватывали всѣхъ отношеній и далеко не удовлетворяли всѣмъ потребностямъ, которыя выдвигала быстро развивавшаяся и усложнявшаяся жизнь республиканскаго періода. Сплошь и рядомъ создавались такія отношенія, для которыхъ въ *jus civile* не было никакой нормы. Въ такихъ случаяхъ приходилось бы ожидать, пока народившаяся потребность станетъ болѣе или менѣе всеобщей, пока она формулируется въ народномъ сознаніи и вызоветъ, наконецъ, соответствующій законъ. Но это путь долгій и сложный; римляне, благодаря особенной постановкѣ своихъ магистратуръ, нашли иной и чрезвычайно удобный путь, благодаря которому законодательная работа всего народа въ сильной степени упрощалась и благодаря которому римское право стало тѣмъ, чѣмъ оно было для всего человѣчества и для всей юридической науки.

На обязанности римскихъ магистратовъ—особенно, высшихъ, консуловъ, а затѣмъ преторовъ,—какъ было сказано раньше, лежала общая забота объ охранѣ внутренняго гражданскаго мира и порядка. Для выполнения этой обязанности имъ была дана почти неограниченная административная власть (*imperium*) со всѣми ея атрибутами (*multae dictio, pignoris capio* и т. д.).

Во всѣхъ упомянутыхъ выше случаяхъ, когда законъ оставался пробѣлы, когда то или иное частное лицо терпѣло какой-нибудь ущербъ въ своихъ интересахъ и не имѣло возможности добиться удовлетворенія путемъ обыкновеннаго гражданскаго иска (гдѣ нужно было непременно опереться на ту или другую норму *juris civilis*), оно естественно могло обратиться къ магистрату съ просьбой помочь ему своей властью. Магистратъ производилъ разслѣдованіе (*causae cognitio*) и, если находилъ просьбу, жалобу просителя заслуживающей вниманія, удовлетворялъ ее при помощи административныхъ средствъ своего *imperium*: напр., угрозой штрафа вынуждалъ лицо, неправильно завладѣвшее вещью, возратить ее мнѣ. При этомъ консулъ, а позднѣе преторъ, формально опирался на свое *imperium*, матеріально же на свою обязанность и свое право охранять гражданскій миръ и порядокъ. Что такое порядокъ и непорядокъ, это было предоставлено его свободному сужденію, и во всѣхъ случаяхъ подобнаго рода онъ своимъ вмѣшательствомъ устранялъ извѣстное положеніе вещей, какъ нѣкоторый общественный непорядокъ. Такимъ путемъ появились въ Римѣ *интердикты*, т. е. консульскіе или преторскіе приказы въ ихъ древнѣйшемъ и простѣйшемъ видѣ, а вмѣстѣ съ тѣмъ зародилось консульское и преторское вмѣшательство въ область гражданскихъ отношеній.

По мѣрѣ того, какъ вниманію претора предъявлялись жизнью путемъ подобныхъ жалобъ однообразныя отношенія, у него, конечно, вырабатывались и однообразныя рѣшенія ихъ. Эти установившіяся рѣшенія преторы стали заранѣе объявлять во всеобщее свѣдѣніе въ своихъ *эдиктахъ*.

Преторы, какъ и другіе магистраты, имѣли право издавать *эдикты*, т. е. постановленія, касающіяся вопросовъ ихъ компетенціи и обязательныя на время ихъ должностнаго года.

Одни изъ этихъ эдиктовъ имѣли въ виду какой-либо отдѣльный, конкретный поводъ и только для него предназначались; — это т. н. *edicta repentina*. Другіе, напротивъ, имѣли въ виду опредѣлить общую программу преторской дѣятельности на весь его должностной годъ и содержали поэтому рядъ общихъ абстрактныхъ правилъ; при такихъ то условіяхъ я, преторъ, насилія не потерплю („*vim fieri veto*“), договора не признаю („*non animadverto*“), заставлю вернуть захваченную вещь, и т. д. Такой эдиктъ есть въ этомъ смыслѣ *edictum perpetuum* (эдиктъ постоянный, съ отдѣльнымъ случаемъ не связанный).

Въ этихъ-то *edicta perpetua* и отлагалась постепенно административно-судебная практика преторовъ. Каждый новый преторъ при этомъ, составляя свой эдиктъ, принималъ во вниманіе эдикты своихъ предшественниковъ, и благодаря этому съ теченіемъ времени образовалась извѣстная совокупность преторскихъ нормъ, переходящихъ изъ эдикта въ эдиктъ и составляющая т. н. *edictum tralaticium*.

Постановленія преторскаго эдикта, созданныя преторомъ для своей собственной дѣятельности, формально для него самого не обязательны: онъ можетъ слѣдовать имъ, но можетъ и не слѣдовать; *edictum* стоитъ не *надъ* преторомъ, какъ *lex*, а *подъ* преторомъ, какъ его собственная программа. Но, конечно, для твердости и ясности правопорядка представляло существенный интересъ, чтобы преторъ оставался вѣренъ своимъ эдиктальнымъ обязательствамъ. Ввиду этого *lex Cornelia* (Суллы) 67 г. предписалъ; „*ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent*“, т. е. чтобы они не отступали отъ своихъ эдиктовъ. Этимъ юридическое значеніе эдикта было усилено, такъ что Цицеронъ называетъ его уже „закономъ на годъ“—*lex annua*.

Совершенно аналогичное явленіе наблюдается въ специальной области рыночнаго оборота, порученной наблюденію *курульныхъ эдиловъ*, гдѣ также съ теченіемъ времени развивается система особенныхъ нормъ, выработанныхъ эдилами и отложившихся въ *edicta aedilicia*.

Вся же совокупность нормъ, выработанныхъ практикой преторовъ—*jus praetorium*—и практикой эдиловъ—*jus aedilicium*, составляетъ *jus honorarium* (отъ слова *honores*—магистратуры).

Система *jus honorarium*, расширяясь съ теченіемъ времени, встрѣчается во всѣхъ областяхъ со старымъ гражданскимъ правомъ, переплетается съ нимъ самымъ различнымъ образомъ, и такимъ путемъ въ области права создается характерное для римскаго праворазвитія явленіе, извѣстное подъ именемъ *дуализма правовыхъ системъ*: въ одной и той же области гражданскаго права дѣйствуютъ одновременно двѣ системы нормъ разнаго происхождения и разной юридической природы, причемъ ихъ взаимоотношеніе можетъ быть различно.

На первыхъ порахъ преторскія мѣропріятія имѣли своею цѣлью исключительно лишь помощь законному (гражданскому) правопорядку и восполненіе его пробѣловъ, или, выражаясь словами

источниковъ, *jus honorarium* дѣйствовало „*juris civilis adjuvandi vel supplendi gratia*“. Конечно, подъ видомъ этой помощи и восполненія вносились нерѣдко въ область права весьма существенныя реформы, но все же преторъ не становился пока въ рѣзкое и открытое противорѣчіе съ предписаніями *jus civile*. Но жизнь заставила скоро преторовъ сдѣлать и дальнѣйшій шагъ, выступить съ открытыми корректурами—*juris civilis corrigendi gratia*—тамъ, гдѣ потребности оборота далеко переросли старыя нормы гражданского права и гдѣ даже самая свободная *interpretatio* оказывалась безсильной.

Формальное основаніе для подобнаго, не имѣющаго аналогій въ современномъ государствѣ, поведенія по отношенію къ закону преторъ находилъ въ своемъ *imperium*—власти, какъ мы знаемъ, на годъ почти неограниченной. Конечно, закона, какъ такового, отмѣнить и предоставляемыхъ имъ правъ отнять преторъ не могъ—*praetor jus tollere non potest*; но осуществляя свою обязанность блюсти общественный миръ и порядокъ, онъ могъ въ томъ или другомъ отдѣльномъ случаѣ, гдѣ, по его мнѣнію, того требовали интересы цѣлесообразности, предписать частнымъ лицамъ нѣчто иное, чѣмъ предписывалъ законъ. Законъ т. обр. отстранялся, дѣлался *sine effectus*; для даннаго случая создавалось нѣкоторое новое положеніе,—но все это *формально* мыслилось какъ временное изъятіе по нѣкоторымъ особымъ условіямъ этого даннаго случая. Конечно, *фактически*, со включеніемъ соотвѣтствующаго преторскаго рѣшенія въ *edictum perpetuum*, а затѣмъ и въ *edictum tralaticium*, это, *по идеѣ временное*, изъятіе становилось постояннымъ, а законъ, *jus civile*, по идеѣ сохраняющій свою полную силу, дѣлался пустымъ звукомъ или, какъ выражаются источники, „голымъ правомъ“—*nudum jus Quiritium*.

Пояснимъ нѣкоторыми примѣрами. Римское гражданское право для передачи права собственности на нѣкоторыя вещи требовало опредѣленныхъ формальностей; несоблюденіе этихъ формальностей дѣлало весь актъ ничтожнымъ: покупатель собственности на вещь не приобреталъ, и продавецъ могъ ее всегда по суду отобрать назадъ; равнымъ образомъ, приобретатель вещи, какъ не собственникъ, оказывался беззащитнымъ передъ всѣми посторонними лицами. Когда указанныя формальности утратили всякое значеніе въ глазахъ общества, преторъ, не отмѣняя самаго закона (ибо этого онъ сдѣлать не можетъ), сталъ отказывать прежнему (а по строгому *jus civile* все еще и настоящему) собственнику въ искѣ о возвращеніи вещи, а приобретателя защищать въ его владѣніи. Т. обр. гражданскій собственникъ сохраняетъ свое квинтское право собственности, но это право есть „голое право“, право *sine effectus*, межъ тѣмъ какъ новый приобретатель, не имѣя гражданского права на вещь, пользуется подъ защитой претора всей практической выгодой его. Преторъ не можетъ создать ему гражданского права—*praetor jus facere non potest*, но онъ можетъ своими мѣропріятіями создать весьма успѣшный суррогатъ его.

По *jus civile* сынъ, освобожденный отъ отцовской власти и вслѣдствіе этого выбывшій изъ состава *familia*, лишался права

на наследование послѣ отца, и наследство, минуя его, могло перейти къ другимъ, быть можетъ, очень отдаленнымъ, родственникамъ. Съ теченіемъ времени это стало казаться несправедливымъ, и преторъ сталъ поступать такъ: не имѣя возможности дать сыну права наследованія въ цивильномъ смыслѣ (дать ему *hereditas legitima*), онъ вводитъ его въ фактическое владѣніе наследственнымъ имуществомъ, даетъ ему *bonorum possessio*, а всякіе иски цивильныхъ наследниковъ просто отвергаетъ.

Подобный дуализмъ правовыхъ нормъ проникаетъ въ болѣе или меньшей степени во всѣ области гражданскаго права, создавая въ случаяхъ коллизій цѣлую массу совершенно своеобразныхъ явленій; но для правильнаго пониманія этихъ явленій нужно твердо помнить *историческій генезисъ* этого дуализма и вытекающую отсюда *юридическую неравнородность* права цивильнаго и преторскаго.

Въ объективномъ смыслѣ цивильное право есть совокупность нормъ, изданныхъ законодательной властью и абсолютно обязательныхъ, какъ для гражданъ, такъ и для магистратовъ, и притомъ обязательныхъ навсегда—до отмѣны. *Jus honoariatum* есть, напротивъ, совокупность нормъ, изданныхъ административной властью, дѣйствительныхъ *de jure* только на одинъ годъ и для самихъ органовъ этой власти только относительно обязательныхъ (а до *lex Cornelia*—и вовсе необязательныхъ).

Въ субъективномъ смыслѣ цивильное право есть непосредственное властное отношеніе къ вещи или лицу. Для осуществленія этого отношенія путемъ иска нѣтъ нужды въ какой-либо активной помощи преторской власти; нужно только, чтобы эта власть не наложила своего *veto*; нужно отсутствіе отрицанія, а не положительное творчество. Обращаясь къ претору за полученіемъ исковой формулы, лицо, имѣющее за собой цивильное право, обращается къ нему лишь какъ къ органу, черезъ который долженъ пройти всякій процессъ. Искъ такого лица есть прямое слѣдствіе, прямая функція его права: онъ имѣетъ искъ, *actio*, потому что имѣетъ право, *jus*.

Совершенно иной характеръ имѣетъ *преторское субъективное право*. Не имѣя за собой какого-либо цивильнаго права, лицо, желающее получить отъ претора защиту какихъ-либо своихъ интересовъ, должно обращаться къ активному вмѣшательству преторской власти—*impetium*. Если преторъ въ своемъ эдиктѣ для того или иного случая обѣщаль дать такую защиту ввидѣ *интердикта*, предоставленія иска и т. д., то этимъ обѣщаніемъ онъ только (относительно) связалъ самого себя, но не создалъ чего-либо въ рукахъ лица заинтересованнаго. Если преторъ не исполнитъ своего обѣщанія, не дастъ иска, то у претендента (напр., въ нашемъ примѣрѣ у сына) не остается ничего. Все его право покоится только на преторскомъ обѣщаніи дать искъ и на дѣйствительномъ исполненіи этого обѣщанія; все его право держится *tuitione tantum praetoris*, только этимъ искомъ, и въ самомъ себѣ не имѣетъ базиса. Вслѣдствіе этого преторское право есть слѣдствіе иска

(или другого преторскаго мѣропріятія); лицо имѣетъ право потому, что ему дается искъ, а не искъ потому, что имѣетъ право.

Описанный дуализмъ правовыхъ нормъ, со всѣми его коллизіями, имѣетъ массу теоретическихъ и практическихъ неудобствъ; но зато онъ открывалъ римлянамъ возможность въ области права шагъ за шагомъ, не отставая, слѣдовать за измѣняющимися условіями жизни и за нарождающимися потребностями. Имѣя право въ каждомъ конкретномъ случаѣ отступить отъ нормы, быть можетъ, устарѣлаго закона и рѣшить такъ, какъ того требуютъ новыя условія и новыя возрѣнія, преторъ практически, въ этихъ конкретныхъ рѣшеніяхъ, подготавливалъ наилучшее разрѣшеніе возникавшихъ юридическихъ проблемъ, являясь въ каждый моментъ выразителемъ растущаго народнаго правосознанія или, какъ говорили римляне,—*viva vox juris civilis*. Конечно, съ другой стороны, эта широкая власть претора, его *фактическое* положеніе выше закона, открывала возможность и крайне опаснаго произвола,—но противъ этого гарантировала римлянъ въ лучшую пору республики вся фактическая же, общественная обстановка, въ которой преторамъ приходилось дѣйствовать.

—§ 20.

Jus gentium *).

Къ описаннымъ правовымъ системамъ—*jus civile* и *jus honoariatum*—въ періодъ республики присоединяется еще третья система—*jus gentium*, по своей юридической природѣ, впрочемъ, почти равная *jus honoariatum*, но отличная отъ него по сферѣ своего дѣйствія.

Какъ *jus civile*, такъ и *jus honoariatum* простирались только на римскихъ гражданъ, на *cives Romani*. Но во второй половинѣ республики, когда Римъ дѣлается центромъ всемірной торговли, туда стекаются массы негражданъ, *пегриновъ*. Завязываются разнообразныя дѣловыя отношенія съ этими пегринами и между этими пегринами. Вмѣстѣ съ этимъ возникаетъ потребность нормировать эти отношенія. И вотъ римляне создаютъ для нихъ особую магистратуру—*praetor peregrinus*. Онъ такъ же, какъ и *praetor urbanus*, при вступленіи въ должность издаетъ *эдиктъ*, въ которомъ опредѣляетъ правила своей юрисдикціи, и этотъ эдиктъ дѣлается основой особаго гражданскаго правопорядка, дѣйствующаго для отношеній римлянъ съ пегринами и пегриновъ между собой. Нормы этого правопорядка заимствуются изъ обычаевъ междунагоднаго торговаго оборота, т. е. изъ обычаевъ, слагающихся въ торговлѣ, въ которой принимаютъ участіе дѣловые люди разныхъ странъ и національностей. Т. обр. по своему

*) *Hans Bögl*. Beiträge zur Lehre vom jus gentium der Römer. 1913.—*Kniep*. Gai Institutiones. I. 1911. s. 90 и сл.

материальному содержанию это есть право общенародное, почему римляне и называютъ его *jus gentium* *).

Предназначенное первоначально только для сношеній peregrinorum, *jus gentium*, отличавшееся большею свободой и гибкостью, приобрѣло мало-по-малу большое вліяніе и на собственно римское право. Многія положенія его перешли потомъ—то путемъ обычая или закона, то путемъ преторскаго эдикта—въ оборотъ между самими римскими гражданами, вытѣснивъ институты специфически римскіе. *Jus gentium* было лабораторіей, въ которой перерабатывались разнообразныя нормы различныхъ народовъ античнаго міра, сталкивавшіяся между собой на международномъ рынкѣ, въ одно интернаціональное цѣлое, для того, чтобы затѣмъ переработать и самое римское право въ духѣ той же интернаціональности.

Когда въ послѣдствіи (послѣ закона Каракаллы) всѣ жители римской имперіи были надѣлены правами гражданства и вслѣдствіе этого peregrini, какъ таковыя, исчезли, вмѣстѣ съ ними исчезла и надобность въ особой системѣ *jus gentium*. Но къ тому времени указанная задача была уже выполнена, ибо уже все матеріальное содержаніе этой системы было перенесено въ чисто римское право.

Но, кромѣ этого *положительнаго* значенія, *jus gentium* имѣетъ у римскихъ юристовъ еще иной смыслъ. Уже самое происхожденіе *jus gentium* должно было наводить римскихъ юристовъ на мысль, что существуетъ нѣкоторое *общее для всѣхъ народовъ право*, состоящее изъ правилъ, признаваемыхъ одинаково всѣми, напр., родство, почитаніе родителей, реакція противъ причиненнаго зла и т. д. Совокупность этихъ общепризнаваемыхъ нормъ они также называли *jus gentium*, независимо отъ ихъ реального дѣйствія in concreto.

Задаваясь, далѣе, вопросомъ о происхожденіи такой общности извѣстныхъ правилъ у различныхъ народовъ, они полагали, что причиной ея является самая природа человѣка, а иногда даже природа всѣхъ животныхъ („quod natura omnia animalia docuit“). Съ этой точки зрѣнія они называли такое право, диктуемое самой природой, *естественнымъ правомъ* или *jus naturale*. Оно есть, по опредѣленію Цицерона, нѣкоторое вѣчное право—„aeternum quiddam, quod universum mundum reget imperandi prohibendique sapientia“, законъ, который рождается „simul cum mente divina“, и есть „ratio recta summi Jovis“.

Само собою разумѣется, что *jus gentium* въ только-что указанномъ второмъ значеніи и *jus naturale* являются не какой-либо

*) Несомнѣнно въ болѣе раннее время выраженіе *jus gentium* имѣло нѣсколько иное значеніе. Это было неписанное право, регулировавшее отношенія между gentes, т. е. между народами, слѣд. право международное въ широкомъ смыслѣ слова. Еще Цицеронъ и Ливій употребляютъ это выраженіе въ указанномъ смыслѣ. По мнѣнію Bögl, цит. соч., въ томъ значеніи, какое указано въ текстѣ, терминъ *jus gentium* употребляется лишь юристами позднѣйшаго, послѣ Адриановскаго, времени.—Ср., впрочемъ, рецензію Kotschaker'a въ Z. der Sav.-St. Bd. 34 (1913).

новой положительной системой нормъ наравнѣ съ *jus civile*, *jus honorarium* и *jus gentium* въ оборотѣ peregrinorum, а лишь первыми попытками юридической мысли въ области философіи права.

Наконецъ, нерѣдко въ качествѣ источника права римскіе юристы приводятъ *aequitas*, справедливость. Римское понятіе объ *aequitas* пытаются иногда опредѣлить, какъ принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ *). Несомнѣнно, эта идея входитъ въ понятіе *aequitas*, но не одна она. Какъ и наше понятіе справедливости, римская *aequitas* представляла изъ себя нѣчто охватывавшее въ однѣхъ общихъ скобкахъ принципы разнообразнаго характера—принципы морали, соціальной политики и т. д. Но точно такъ же, какъ и наша справедливость, римская *aequitas* не являлась источникомъ права въ положительномъ смыслѣ, наравнѣ съ закономъ, обычаемъ или преторскимъ эдиктомъ.

§ 21.

Юриспруденція и юристы **).

Виднымъ факторомъ римскаго праворазвитія во второй половинѣ республики дѣлается свѣтская юриспруденція. Не обладая ни законодательной, ни эдиктальной властью, юристы своими толкованіями и разъясненіями въ высокой степени способствуютъ развитію и совершенствованію права.

Выше было указано, что съ обнародованіемъ *jus civile Flavianum* было подорвано въ области правовѣднія исключительное господство pontificorum и была открыта дорога для образованія свѣтской юриспруденціи. Преданіе сообщаетъ намъ, что первый же pontifex maximus изъ плебеевъ *Tiberius Coruncanus* (253 г. до Р. X.) сталъ давать свои совѣты тяжущимся публично, т. е. сталъ допускать къ своимъ консультаціямъ всѣхъ, желавшихъ ознакомиться съ правомъ. Вслѣдъ за этимъ развитіе свѣтской юриспруденціи идетъ быстрыми шагами впередъ.

Много причинъ способствуетъ этому. 1) Строгий формализмъ цивильнаго права требовалъ постоянной осторожности въ совершеніи юридическихъ дѣлокъ, въ постановкѣ исковъ и т. д. Для всего этого необходимо было детальное знаніе права и его интерпретаціонной традиціи. Это вызывало необходимость появленія особыхъ спеціалистовъ, къ которымъ дѣловые люди могли бы обращаться за совѣтами. 2) Строй римскихъ магистратуръ и римскаго суда благоприятствовалъ общему распространенію юридическихъ знаній въ народѣ: каждый гражданинъ могъ сдѣлаться магистратомъ, а тѣмъ болѣе судьей; для отправленія должности необходимо было знаніе права или привлеченіе въ совѣтники

*) См. *Хвостовъ*. Опытъ характеристики понятій *aequitas* и *aequum jus*. М. 1895.

**) *Jürs. Die römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*. 1888.

людей опытных въ правѣ. Съ другой стороны, многіе изъ этихъ магистратовъ, по сложеніи съ себя должности, пользовались пріобрѣтеннымъ знаніемъ для того, чтобы помогать своими совѣтами своимъ преемникамъ и частнымъ лицамъ. 3) Наконецъ, весь укладъ римской жизни требовалъ общаго знакомства всѣхъ и каждаго съ элементарными положеніями права: весь народъ принималъ участіе въ политической жизни, весь народъ призывался къ обсужденію и рѣшенію законодательныхъ вопросовъ. Неудивительно, если элементарное юридическое образованіе было частью общаго образованія (Цицеронъ сообщаетъ, что законы XII т. заучивались мальчиками наизусть) и если въ Римѣ въ эту эпоху знаніе права было широко распространено въ народѣ. Все это вмѣстѣ въ высокой степени подготовляло почву для блестящаго развитія юриспруденціи. И дѣйствительно, уже во второй половинѣ республики появляется довольно многочисленный классъ юристовъ.

Дѣятельность этихъ юристовъ, по словамъ Цицерона, проявлялась въ трехъ формахъ: *cavere, respondere* и *agere*. Подъ этими выраженіями разумѣлось: а) *cavere*—выработка наилучшихъ формулъ для различныхъ юридическихъ актовъ (договоровъ, завѣщаній и т. д.), т. е. помощь частнымъ лицамъ при заключеніи сдѣлокъ и т. д.; б) *respondere*—отвѣты на запросы частныхъ лицъ по поводу всякихъ юридическихъ сомнѣній; в) *agere*—подача совѣтовъ относительно постановки исковъ и процессуальнаго веденія дѣла; въ качествѣ прямыхъ повѣренныхъ римскіе юристы почти не выступали, ибо процессуальное представительство въ Римѣ не допускалось такъ свободно, какъ у насъ.

Параллельно начинается развиваться и юридическое обученіе. Оно сводится, главнымъ образомъ, къ обученію посредствомъ практики: желающій изучать право допускается присутствовать при консультаціяхъ какого-либо юриста и потому называется *auditor*. Конечно, при этомъ давались ученикамъ необходимыя разъясненія—*disputationes*. Съ усложненіемъ законодательства и *interpretatio* является необходимость давать начинающимъ предварительно нѣкоторыя общія понятія гражданскаго права, и такимъ образомъ зарождается дѣленіе юридическаго обученія на двѣ стадіи—*institutio* и *instructio*.

Изъ отдѣльныхъ юристовъ этой эпохи, юристовъ, которыхъ позднѣйшіе римскіе юристы называютъ общимъ именемъ „*veteres iurisconsulti*“, первымъ заслуживающимъ упоминанія является *Sextus Aelius Paetus* (въ 200 г. эдилъ, 198 г. консулъ, 190 г. цензоръ). О немъ позднѣйшій юристъ Помпоній, отъ котораго дошелъ до насъ въ Юстиніановскомъ сводѣ отрывокъ объ исторіи права, рассказываетъ слѣдующее: когда *Jus Flavianum* съ теченіемъ времени устарѣло, т. е. образовались новые роды исковыхъ формулъ которыхъ въ немъ не было, то Элій Петъ составилъ новую книгу исковыхъ формулъ, причемъ эта книга получила названіе *Jus Aelianum*. Тотъ же Помпоній сообщаетъ намъ далѣе, что отъ Элія сохранилась книга, носящая названіе *Tripertita*, т. е. состоящая изъ трехъ частей: а) законы XII таблицъ, б) коммен-

тарій къ нимъ на основаніи позднѣйшей *interpretatio* и в) *legis actiones*, т. е. исковыя формулы. Въ какомъ отношеніи находилось первое сочиненіе ко второму—неясно: предполагаютъ, что третья часть *Tripertita* и была не что иное, какъ упомянутое *Jus Aelianum*.

Но *Aelius Paetus* не былъ единственнымъ юристомъ этого и ближайшаго времени; упоминаются и нѣкоторые другіе: два Катона (старшій 234—149 г. и младшій 192—152 г.), два Элія, нѣсколько Муціевъ и т. д. Повидимому, занятіе юриспруденціей дѣлается какъ бы семейной традиціей въ нѣкоторыхъ семействахъ. Отъ всѣхъ этихъ юристовъ-практиковъ ведутъ свое начало многочисленныя юридическія правила (*regulae juris*), ставшія въ позднѣйшее время юридическими поговорками.

Распространеніе греческой науки и греческой философіи въ началѣ I вѣка до Р. X. вызываетъ сильный подъемъ и въ юриспруденціи. Оставаясь практиками, юристы въ то же время начинаютъ болѣе разрабатывать юридическіе вопросы и теоретически. Изъ юристовъ этого времени на первомъ мѣстѣ долженъ быть поставленъ *Quintus Mucius Scaevola* (консулъ 95 г.), старѣйшій изъ юристовъ, цитированныхъ въ Юстиніановскомъ Сводѣ. Онъ первый далъ систематическое изложеніе цивильнаго права въ 18 книгахъ, которое служило потомъ основаніемъ для дальнѣйшихъ работъ въ этомъ родѣ. Онъ же оставилъ послѣ себя не мало учениковъ, изъ которыхъ наиболѣе извѣстнымъ является *Aquilius Gallus* (преторъ 66 г.).

Новый, критическій, духъ вносить въ юриспруденцію *Servius Sulpicius Rufus*, другъ Цицерона (консулъ 51 г.), составившій критическія замѣчанія на книгу Кв. Муція и вообще написавшій, по сообщенію Помпонія, до 180 книгъ. Онъ также оставилъ послѣ себя цѣлую школу учениковъ, среди которыхъ выдѣляются *Aulus Offilius* и *Alfenus Varus*. Труды всѣхъ этихъ учениковъ были собраны потомъ въ 140 книгахъ.

С. Гражданскій и уголовный процессъ.

§ 22.

Переходъ къ формулярному процессу.

Въ области гражданскаго процесса въ теченіе всей первой половины республики продолжала дѣйствовать система *legis actiones*, хотя не безъ нѣкоторыхъ дополненій и измѣненій. Въ ряду этихъ дополненій на первомъ мѣстѣ надо упомянуть введеніе пятой формы *legis actio—per condictionem*, описанной выше и установленной, по свидѣтельству Гая, двумя законами—*lex Silia* и *lex Calpurnia*, время которыхъ, однако, неизвѣстно. Какъ форма, сравнительно съ дру-

гими болѣе простая, *legis actio per condictionem* должна была для исковъ изъ обязательствъ занять главное мѣсто. Этому же времени принадлежить, если не установление, то во всякомъ случаѣ большее распространение и четвертой формы—*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, хотя болѣе точныхъ данныхъ на этотъ счетъ мы не имѣемъ.

Существенныя измѣненія претерпѣла и *legis actio per manus injectionem*. Какъ было сказано выше, самъ должникъ, подвергнувшійся *manus injectio*, права возраженія и защиты не имѣлъ: за него долженъ былъ выступить *vindex*, который, отстранивъ руку кредитора, освобождалъ отъ процесса должника окончательно, но въ случаѣ неосновательности своего вмѣшательства подлежалъ отвѣтственности *in duplum*. Въ періодъ республики отдѣльными законами для ряда случаевъ, къ которымъ примѣняется *manus injectio*, этотъ порядокъ отмѣняется, и предоставляется самому должнику защищать себя (*manum sibi depellere licet*, но подъ угрозой двойной отвѣтственности на случай неосновательности спора), а затѣмъ *lex Vallia* (неизвѣстнаго времени) оставляетъ старый строгій порядокъ только для двухъ случаевъ: а) для взысканія по приговору суда—*actio iudicati* и б) для взысканія поручителя противъ должника, за котораго онъ принужденъ былъ заплатить—*actio de pensis*. Такимъ образомъ, рядомъ съ *manus injectio* въ старомъ, строгомъ видѣ—рядомъ съ т. н. *manus injectio pro iudicato*, появляется болѣе мягкой видъ—т. н. *manus injectio pura*. Смягченіе это въ высокой степени соотвѣтствовало интересамъ бѣднѣйшихъ классовъ населенія, которымъ, конечно, всего труднѣе было найти въ подобныхъ случаяхъ *vindex*'а. — Весьма важное облегченіе въ положеніе несостоятельнаго должника, уже переданнаго во власть кредитора, внести, далѣе, *lex Poetelia* (326 г.), законъ, который, между прочимъ, отмѣнилъ продажу должника въ рабство. Вообще замѣчается тенденція ослабить строгость долговыхъ взысканій и перенести отвѣтственность за долгъ съ личности должника на его имущество—тенденція, безъ сомнѣнія, обязанная своимъ происхожденіемъ настойчивой борьбѣ плебеевъ и ихъ трибуновъ.

Однако, несмотря на всѣ подобныя частичныя измѣненія и поправки, система *legis actiones* оказывалась все болѣе и болѣе несоотвѣтствующей быстро развивавшемуся гражданскому обороту. Дѣловая жизнь съ каждымъ годомъ выдвигала все новыя и новыя формы отношеній, которыя вовсе не были извѣстны примитивному обороту эпохи XII т. и которыя, даже путемъ чрезвычайныхъ натяжекъ, не могли быть втиснуты въ узкія рамки старыхъ *legis actiones*. Гражданскій оборотъ изыскиваетъ искусственныя средства для того, чтобы дать этимъ новымъ правоотношеніямъ исковое осуществленіе. Такимъ искусственнымъ средствомъ является процессъ *per sponsiones*.

Для того, чтобы дать своему спору возможность пойти судебнымъ путемъ, спорящіе стали облекать его въ форму *pari*: каждый изъ нихъ выставлялъ свое утвержденіе („ты долженъ мнѣ столько-то“; „я тебѣ ничего не долженъ“ и т. п.) и на случай своей

неправоты назначалъ для себя извѣстный штрафъ, который онъ обѣщалъ уплатить противнику. Это обѣщаніе облекалось въ особую форму вопроса и отвѣта (*stipulatio*) и называлось *sponsio*, съ одной стороны, и *restipulatio*—съ другой. На основаніи этихъ *sponsiones* возникалъ уже затѣмъ обыкновенный процессъ объ обѣщанномъ штрафѣ: кто кому долженъ его уплатить. Процессъ этотъ происходитъ въ формѣ *legis actio* и, вѣроятно, въ формѣ *legis actio per condictionem*. Отъ процесса *per sacramentum* процессъ *per sponsiones* отличался прежде всего тѣмъ, что заключеніе *pari* здѣсь происходитъ не *in iure*, и потомъ тѣмъ, что облекаемая въ форму *pari* претензія могли быть любого характера, а не только такія, которыя признаетъ законъ.

Но, само собою разумѣется, что процессъ *per sponsiones*, возможный къ тому же лишь при согласіи обоихъ спорящихъ, только въ слабой степени восполнялъ пробѣлы устарѣлой системы и все не устранялъ крайняго формализма всей процедуры *legis actio*. Какъ было отмѣчено выше, стороны должны были въ высшей степени точно формулировать свои требованія *in iure*, такъ какъ малѣйшая оплошность въ этомъ отношеніи вела за собой потерю процесса. При значительномъ усложненіи правоотношеній такіа ошибки дѣлались все возможнѣе, и понятно поэтому, что развивающійся оборотъ тяготился этимъ неуклюжимъ процессомъ и желалъ новаго—болѣе гибкаго и болѣе свободнаго.

И вотъ, сообщаетъ Гай, „*per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*“.

Согласно этому сообщенію, новый порядокъ процесса былъ введенъ закономъ Эбуція (*lex Aebutia*) и двумя законами Юлія (*duae leges Juliae*). Всѣ эти законы, ввиду отсутствія болѣе подробныхъ свѣдѣній, возбуждаютъ многочисленные споры. Прежде всего неизвѣстно время ихъ изданія. Что касается *lex Aebutia*, то по новѣйшимъ изслѣдованіямъ Жирара, этотъ законъ приходится на время между 149 и 126 г. до Р. X. Относительно *leges Juliae* мнѣнія чрезвычайно расходятся: одни думаютъ, что оба эти закона суть законы Августа; другіе приписываютъ одинъ изъ нихъ Августу, другой Цезарю; третьи, наконецъ, приписываютъ оба Цезарю *).

Неясна, далѣе, роль этихъ законовъ въ самой реформѣ. Старая теорія держалась того мнѣнія, что *lex Aebutia* была вполнѣ реформирующимъ закономъ, который прямою буквой своей уничтожалъ *legis actiones* и устанавливалъ новый процессъ. Но эта теорія нынѣ совершенно оставлена; противъ нея говоритъ, во-первыхъ, участіе въ той же реформѣ двухъ законовъ Юлія, а, во-вторыхъ, самое выраженіе Гая „*effectumque est*“, что указываетъ на реформу, какъ на посредственный результатъ этихъ законовъ.

*) Въ самое послѣднее время Жираръ (статья „*Les leges Juliae iudiciorum publicorum et privatorum*“ въ *Zeitschrift der Sav.-St. Bd. 34. 1913*) пришелъ къ тому заключенію, что оба эти закона (*lex Julia iudiciorum publicorum* и *lex Julia iudiciorum privatorum*) принадлежать Августу и относятся ко времени около 17 г. до Р. X.

Ввиду этого высказываются различные предположения. По мнению одних (Bekker), уже в позднейшую эпоху процесса *per legis actiones* послѣ устнаго совершения *legis actio in iure* преторъ сталъ давать судѣ письменное изложение (т. ск. протоколъ) высказанных тамъ претензій; *lex Aebutia* и *duae Juliae* только уничтожили необходимость устнаго совершения *legis actio* и подписали прямо составлять формулу. По мнению других (Wlassak, Girard и др.), *lex Aebutia* ввела только рядомъ съ прежними формами *legis actio* новую форму *per formulam*, предоставивъ сторонамъ самимъ выбирать между ними. Новая же форма процесса была заимствована, вѣроятно, или изъ процесса между peregrinami передъ praetor peregrinus или изъ процесса, бывшаго въ употребленіи въ провинціяхъ. Мало-по-малу эта новая форма, какъ гораздо болѣе удобная, стала вытѣснять *legis actiones* изъ употребленія. Законы Юлія идутъ дальше по этому пути: они ограничиваютъ сферу примѣненія *legis actiones* только известными случаями ввидѣ исключенія (именно сохраняютъ *legis actiones* для процесса передъ судомъ центумвировъ и для исковъ о *damnum infectum*).

Какъ бы то ни было, но въ результатъ этихъ законовъ установился въ Римѣ новый процессъ—*процессъ per formulas* или *формулярный*. Общій смыслъ совершившейся реформы заключается въ переложеніи обязанности формулировать предметъ спора съ плечъ сторонъ на плечи претора. Въ процессѣ *per legis actiones* стороны сами должны были формализировать свои претензій, облекая ихъ въ соответствующія закону словесныя формулы: „*aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium*“, „*aiō te mihi C. dare oportere*“ и т. д. Въ процессѣ формулярномъ стороны передъ магистратомъ могутъ излагать дѣло въ любыхъ выраженіяхъ и въ любой формѣ; дать же претензіямъ сторонъ соответствующее юридическое выраженіе составляетъ теперь дѣло претора. Изъ объясненій сторонъ онъ выводитъ юридическую сущность спора и эту сущность излагаетъ въ особой запискѣ судѣ, назначаемому для разбора этого дѣла. Эта записка судѣ и есть *formula*, отчего и самый процессъ называется формулярнымъ. Въмѣсто прежней точной словесной формулы „*aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium*“ истецъ передъ преторомъ можетъ говорить какими угодно словами; преторъ уже самъ разберетъ, что собственно съ юридической точки зрѣнія утверждаетъ истецъ, и въ своей запискѣ судѣ напишетъ: „*si paret hominem Stichum ex iure Quiritium Auli Agerii*“ (стереотипное обозначеніе истца отъ слова *agere*) *esse, iudex Numerium Negidium* (стереотипное обозначеніе отвѣтчика отъ слова *negare*) *condemna, si non paret, absolue*“. Т. обр., формула теперь, какъ прежде *legis actio*, представляетъ изложеніе юридической сущности спора и составляетъ тѣ рамки, въ которыхъ затѣмъ должно двигаться дальнейшее производство *in iudicio*.

Такъ возникъ въ Римѣ процессъ, который (конечно, развиваясь и совершенствуясь) дѣйствовалъ затѣмъ не только въ періодъ республики, но и въ теченіе всего слѣдующаго періода, процессъ, при которомъ совершилось перерожденіе римскаго права

изъ узко-національнаго въ общеміровое. Вся классическая юридическая литература, отрывки которой дошли до насъ въ Юстиниановской компіляціи, предполагаетъ именно этотъ формулярный процессъ, и потому онъ заслуживаетъ нѣсколько болѣе обстоятельнаго разсмотрѣнія.

Освобожденный отъ оковъ строгой формалистики, формулярный процессъ оказался въ достаточной степени гибкимъ, чтобы воспринять въ себя самыя разнообразныя нарождающіяся отношенія и дать мѣсто различнымъ, даже самымъ тонкимъ, отѣнкамъ cadaго конкретнаго случая.

§ 23.

Общія основанія формулярнаго процесса.

Осью всего формулярнаго процесса является *формула*; она составляетъ цѣль производства *in iure* и основаніе производства *in iudicio*, являясь юридической формулировкой происходящаго передъ судомъ спора. Сообразно такому своему назначенію, формула слагается изъ слѣдующаго основнаго содержанія (т. н. *обыкновенныя составныя части формулы*).

Начинается она всегда наименованіемъ судѣ, къ которому данное дѣло отсылается для разбора; это т. н. *judicis nominatio*: напр., „*Octavius iudex esto*“ или „*Licinius, Sempronius, Seius recuperatores sunt*“. Затѣмъ слѣдуютъ: а) *intentio*—изложеніе претензій истца, самой сущности спора, напр., „*hominem Stichum Ai Ai esse*“ или „*Nm Nm Ao Ao 100 dare oportere*“, и б) *condemnatio*—порученіе судѣ обвинить или оправдать отвѣтчика, смотря по тому, окажется ли предположеніе *intentio* правильнымъ или неправильнымъ: „*condemna, si non paret, absolue*“. Т. обр. формула имѣетъ всегда видъ нѣкотораго условнаго повелительнаго предложенія:

„*Octavius iudex esto. Si paret hominem Stichum ex iure Quiritium Ai Ai (Auli Agerii) esse, iudex Nm Nm (Numerium Negidium) Ao Ao condemna, si non paret, absolue*“.

(„Октавій да будетъ судѣй. Если окажется, что рабъ Стихъ составляетъ квинтскую собственность Авла Агерія, то ты, судѣя, Нумерія Негидія въ пользу Авла Агерія обвини; если не окажется, оправдай“).

Иногда, въ случаяхъ болѣе сложныхъ, можетъ оказаться необходимымъ изложить въ самой формулѣ вкратцѣ тѣ факты и обстоятельства, изъ которыхъ истецъ выводитъ свою претензію;—тогда въ началѣ формулы передъ *intentio* ставится *demonstratio* или *praescriptio*, и формула приметъ, напр., такой видъ:

„*Ea res agatur, quod As As de No No incertum stipulatus est* (Дѣло идетъ о томъ, что А. А. заключилъ съ N. N. договоръ съ неопредѣленной заранѣе стоимостью, напр., о постройкѣ дома, domum aedificari; это *demonstratio*); *quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet* (сколько

на этомъ основаніи—разумѣется, при его неисполненіи—слѣдуетъ теперь отвѣтчику въ пользу истца уплатить — это *intentio*, *ejus iudex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve* (столько ты, судья, приговори, въ противномъ случаѣ оправдай—*condemnatio*)“.

Иногда, наконецъ, въ формулѣ появляется еще одна часть—*adjudicatio*. Въ искахъ о раздѣлѣ общаго имущества (общей собственности, общаго наслѣдства) судья для лучшаго осуществленія раздѣла необходимо предоставить право передавать общую вещь въ полную собственность одному изъ участниковъ съ тѣмъ, чтобы онъ уплатилъ за это извѣстную сумму другому. Вотъ это-то право и дается судья посредствомъ порученія—*adjudica*“.

Таковы четыре т. наз. обыкновенныя составныя части формулы. Нѣсколько подробнѣе надо остановиться на *intentio* и *condemnatio*.

Въ *intentio* излагается претензія истца, но она можетъ быть различнаго характера. Прежде всего различаются *intentio in rem* и *intentio in personam*. *Intentio in rem* есть всегда тамъ, гдѣ споръ идетъ о какомъ-либо *вещномъ* правѣ, напр., о правѣ собственности („S. p. hominem Stichum Ai Ai esse“) или о правѣ вещнаго пользованія чужой вещью — о т. наз. сервитутѣ („S. p. Ai Ai jus esse eundi agendi in fundo Ni Ni“). *Intentio in personam* есть тогда, когда споръ идетъ объ *обязательствѣ* между истцомъ и отвѣтчикомъ (напр., „S. p. Nm Nm Ao Ao 100 dare oportere“). Согласно этому различію и самые иски дѣлятся на *actiones in rem* и *actiones in personam*.

Далѣе, различаютъ *intentio stricti juris* и *intentio bonae fidei*. *Intentio stricti juris* вытекаетъ изъ строгаго гражданского права, и потому судья при разборѣ иска долженъ принимать во вниманіе только нормы этого строгаго права. Но есть случаи, когда судья предписывается обсудить споръ между сторонами, принимая во вниманіе обычаи оборота и правила дѣловой порядочности (*bona fides*). Въ такихъ случаяхъ въ формулѣ дѣлается добавка „*ex fide bona*“ напр.:

Quod As As de No No hominem Stichum emit (demonstratio), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (intentio bonae fidei), ejus iudex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve“.

Наконецъ, различаются *intentio certa* и *intentio incerta*. Первая есть всегда тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ опредѣленной денежной суммѣ или объ опредѣленной вещи („Si. p. Nm Nm Ao Ao 100 dare oportere“, „Si p. hominem Stichum Ai Ai esse“). Но бываютъ и такіе случаи, когда заранѣе невозможно указать точную сумму претензіи, когда она должна выясниться еще на судѣ; тогда мы имѣемъ *intentio incerta*. Напр.:

„Si p. Am Am apud Nm Nm mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni Ni redditam non esse (demonstratio: истецъ отдалъ отвѣтчику на сохраненіе серебряный столъ, а отвѣтчикъ его не возвратилъ), quidquid ob eam rem Nm Nm

Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (intentio incerta bonae fidei), ejus iudex Nm Nm Ao Ao c. s. p. a.“.

Condemnatio можетъ быть также различна. Иногда судья въ самой формулѣ указывается та сумма, на которую онъ долженъ обвинить отвѣтчика (напр., „S. p. Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, iudex Nm Nm Ao Ao centum condemna“), въ такомъ случаѣ мы имѣемъ *condemnatio certa*. Въ другихъ случаяхъ такого указанія нѣтъ, и сумма приговора еще должна быть опредѣлена судьей на основаніи разбора и расчетовъ („quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus iudex condemna“ или „quanti ea res est ejus iudex condemna“); это — *condemnatio incerta*. Бываютъ, наконецъ, случаи, когда сумма приговора въ общемъ предоставляется судья, но при этомъ ему указывается извѣстный *maximum*; тогда мы имѣемъ *condemnatio incerta cum taxatione* (напр., „iudex Nm Nm dumtaxat centum condemna“). Но во всякомъ случаѣ приговоръ долженъ гласить теперь всегда на опредѣленную денежную сумму; *condemnatio* въ формулярномъ процессѣ есть всегда *condemnatio pecuniaria*.

Нѣтъ, однако, необходимости, чтобы всѣ указанныя составныя части были въ каждой данной формулѣ налицо. Непремѣнную принадлежность всякой формулы (кромѣ *judicis nominatio*) составляетъ только *intentio*, ибо безъ претензіи истца не было бы и иска. Не столь необходима *condemnatio*: есть случаи, когда истецъ добивается въ настоящій моментъ только судебного признанія своего права, не требуя никакой *condemnatio* отвѣтчика; это признаніе ему необходимо, по общему правилу, для того, чтобы потомъ возбудить цѣлый рядъ исковъ и, быть можетъ, противъ различныхъ лицъ. Такіе иски называются *actiones praejudiciales* и въ формулѣ, вмѣсто *condemnatio*, содержатъ только предписаніе судья объявить о своемъ признаніи или непризнаніи права истца, что технически называется *pronuntiatio* (напр., „Si p. hominem Stichum ex j. Q. Ai Ai esse, iudex eum videri, si. p. p. eum non videri pronuntia“). Масса формулъ содержитъ, далѣе, только *intentio* и *condemnatio* (таковы всѣ иски съ *intentio certa stricti juris*); многія формулы имѣютъ, кромѣ того, еще и *demonstratio* (таковы всѣ иски съ *intentio incerta*) и только формулы исковъ о раздѣлѣ состоятъ изъ всѣхъ четырехъ частей.

Кромѣ этихъ обыкновенныхъ составныхъ частей, формулы принимаютъ иногда въ себя нѣкоторыя *особыя добавки* различнаго рода. Таковы:

1) *Exceptio*. Противъ претензіи истца отвѣтчикъ можетъ представить свои *возраженія*. Если онъ просто отрицаетъ существованіе утверждаемаго истцомъ права, то онъ безъ всякаго особаго упоминанія въ формулѣ защищенъ словами „*si non paret, absolve*“. Но возможно, что отвѣтчикъ признаетъ, что право истца дѣйствительно возникло, но приводитъ то или другое обстоятельство, которое дѣлаетъ осуществленіе этого права со стороны истца несправедливымъ, напр., ссылается на данную ему истцомъ отсрочку (*factum de non petendo*) или на обманъ истца при заключеніи

сдѣлки (dolus). Въ такомъ случаѣ для того, чтобы предотвратить обвиненіе, преторъ включаетъ въ формулу особую добавку, какъ отрицательное условіе *condemnatio*; это и есть *exceptio*. Напр.:

„Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere atque inter Nm Nm et Am Am non convenit, ne ea pecunia peteretur (exceptio pacti de non petendo) или „si in ea re nihil dolo malo Ai Ai factum sit (exceptio doli), iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a“.

2) *Praescriptio* есть вставка въ началѣ формулы, дѣлаемая для различныхъ цѣлей. а) Во многихъ случаяхъ *praescriptio* является лишь изложеніемъ обстоятельствъ дѣла и тогда она есть то же, что *demonstratio*. б) Иногда *praescriptio* вставляется въ интересахъ отвѣтчика—*praescriptio pro reo*—и имѣетъ то же назначеніе, что и *exceptio*. в) Но иногда она имѣетъ въ виду интересы истца—*praescriptio pro actore*. Нерѣдко бываетъ, что истецъ въ настоящій моментъ желаетъ ограничить свой искъ только однимъ какимъ-либо пунктомъ, оставляя другія требованія изъ того же правоотношенія до другого раза; напр., въ настоящій моментъ онъ желаетъ только, чтобы купленный имъ участокъ земли былъ ему отвѣтчикомъ переданъ; всѣ же прочія требованія изъ того же договора покупки (объ убыткахъ вслѣдствіе несвоевременнаго исполненія договора и т. д.) онъ пока оставляетъ въ сторонѣ. Въ такомъ случаѣ въ началѣ формулы дѣлается *praescriptio*: „ea res agatur dumtaxat de fundo mancipando“.

3) *Arbitratus iudicis*. Если искъ идетъ о возвращеніи вещи, которой неправильно владѣетъ отвѣтчикъ, то передъ *condemnatio* дѣлается оговорка „*nisi arbitrato tuo ea res restituetur*“. Этой оговоркой предписывается судѣ обвинить отвѣтчика только тогда, если онъ добровольно послѣ приказанія судьи не возвратитъ вещь истцу. Если отвѣтчикъ возвратитъ вещь, онъ оправдывается; если не возвратитъ, то приговаривается къ платежу ея оцѣнки—*aestimatio* („*quanti ea res est, condemnatio*“). При этомъ, если отвѣтчикъ не возвращаетъ вещи изъ простаго упорства (*contumacia*), то судья, ввидѣ наказанія за это, предоставляетъ самому истцу подъ присягой (*jusjurandum in litem*) оцѣнить вещь. Впрочемъ, если судья найдетъ эту оцѣнку слишкомъ высокой, онъ можетъ ее понизить. Всѣ иски съ *arbitratus iudicis* носятъ названіе *actiones arbitrariae*.

Составленная такимъ образомъ формула является *инструкціей* для судьи, который будетъ разбирать дѣло по существу *in iudicio*, является тѣми рамками, которыми опредѣляется дальнѣйшая процессуальная дѣятельность и судьи и сторонъ и изъ которыхъ выходитъ они не въ правѣ. Съ введеніемъ формулярнаго процесса формализмъ не исчезъ окончательно: стороны свободны дѣлать всякія заявленія передъ преторомъ (*in iure*), но для судьи (*in iudicio*) рѣшающее значеніе имѣетъ то, что написано въ полученной имъ формулѣ. Поэтому *ошибки въ формулѣ*, допущенныя по оплошности претора или самихъ сторонъ, могутъ имѣть самыя рѣшительныя послѣдствія.

Возможна, прежде всего, ошибка въ *intentio*. Истецъ, напр., можетъ заявить требованіе на нѣсколько большую сумму, чѣмъ

онъ имѣетъ на самомъ дѣлѣ право: вмѣсто 90, онъ требуетъ съ отвѣтчика 100 (истецъ, напр., забылъ, что отвѣтчикъ 10 ему уже уплатилъ); онъ т. обр. *plus petit*. Такъ какъ въ формулѣ условіемъ *condemnatio* будетъ поставленъ заявленный истцомъ долгъ отвѣтчика на 100 („Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, condemnatio“), то судья, слѣдуя тексту формулы и не найдя, по разслѣдованіи, указаннаго ему условія (долга на 100 нѣтъ), долженъ будетъ истцу отказать вовсе. Истецъ потеряетъ свой процессъ, но мало этого: въ силу правила, что объ одномъ и томъ же дѣлѣ нельзя искать два раза („*ne bis de eadem re sit actio*“), онъ не имѣетъ возможности возобновить искъ и на дѣйствительно должную сумму; его требованіе погубило навсегда.

Такая *plus petitio* возможна въ различныхъ видахъ. Можно *plus petere*: а) *re*—вмѣсто девяносто сто, б) *tempore*—слишкомъ рано, не дождавшись срока, в) *loco*—въ другомъ мѣстѣ, чѣмъ должно, д) *causa*—несогласно съ другими особенностями договора, напр., по договору отвѣтчикъ обязался доставить истцу или вещь *a* или вещь *b* по собственному выбору; истецъ же просто требуетъ вещь *a*.

Если, напротивъ, истецъ проситъ меньше, чѣмъ слѣдуетъ—*minus petit*, то, такъ какъ въ большемъ заключается и меньшее (въ долгѣ на 100 есть и долгъ на 90), онъ получитъ требуемое, но для того, чтобы получить остальное, необходимъ новый искъ, причемъ истецъ долженъ ждать вступленія въ должность другого претора.

Ошибка, далѣе, можетъ быть въ *demonstratio*: обстоятельства дѣла невѣрно изложены; истецъ настоящій процессъ потеряетъ, но можетъ немедленно начать новый искъ, ибо этотъ новый искъ формально будетъ идти *de alia re*, чѣмъ прежній.

Наконецъ, въ *condemnatio* можетъ оказаться поставленной иная сумма, чѣмъ въ *intentio*: напр., сказано: „Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, iudex 200 condemnatio“. Судья присудитъ къ суммѣ, обозначенной въ *condemnatio* (къ 200). Если обозначено больше, отъ этого въ убыткѣ отвѣтчикъ; если обозначено меньше, въ убыткѣ истецъ. Но въ случаѣ уважительной причины (напр., ошибка произошла отъ разсѣянности претора) и тому и другому даруется преторомъ *restitutio in integrum*, т. е. возстановленіе въ прежнее положеніе, какъ если бы прежняго дѣла и не было.

Уже изъ сказаннаго видно, насколько формулярный процессъ проникнутъ еще процессуальнымъ формализмомъ. Съ теченіемъ времени этотъ формализмъ ослабляется, но все же до самаго конца формула остается моментомъ, для всего дальнѣйшаго производства весьма существеннымъ.

§ 24.

Преторскія формулы и *actiones praetoriae*.

Законъ Эбуція имѣлъ въ виду лишь упрощеніе процессуальнаго производства, но эта процессуальная реформа имѣла гро-

мадное значеніе и въ другомъ отношеніи: она открыла упрощенныя и болѣе удобныя средства для преторскаго вліянія въ области гражданскаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ и для развитія *jus honorarium*. Благодаря тому, что составленіе формулы находится теперь всецѣло въ рукахъ претора, онъ пріобрѣтаетъ возможность воздѣйствовать въ двоякомъ направленіи.

I. Въ эпоху *legis actiones*, когда весь ритуаль *in jure* состоялъ изъ заявленій и дѣйствій сторонъ, когда магистратъ игралъ роль чисто пассивную, онъ, конечно, въ рамкахъ этого процесса не имѣлъ никакой возможности оказать какое-либо вліяніе на исходъ проходящаго предъ нимъ спора, не могъ наложить на цивильную претензію истца свое *veto*, хотя бы и находилъ эту претензію по существу несправедливой. Если истецъ заявилъ „*ai hoc rem meam esse*“ и затѣмъ на этомъ основаніи совершалась *vindicatio*, *contravindicatio* и т. д., то преторъ не имѣлъ средства остановить *legis actio* и помѣшать переходу дѣла *in iudicium*. Онъ не могъ парализовать иска или, какъ говорятъ технически, не могъ *actionem denegare*.

Конечно, если преторъ желалъ быть настойчивымъ, онъ могъ потомъ, послѣ окончанія дѣла, мѣрами своей власти (*multae dictio* и т. д.) заставить выигравшаго процессъ истца вернуть вещь обратно отвѣтчику;—но всѣ эти мѣры лежатъ уже за предѣлами даннаго процесса и не всегда могутъ дать потерпѣвшему надлежащее удовлетвореніе (владѣльцу всегда лучше не выдавать вещи, чѣмъ выдать и затѣмъ добиваться ея обратно).

Съ переходомъ къ формулярному процессу положеніе измѣнилось. Теперь составленіе формулы находится въ рукахъ претора; отказавъ истцу въ составленіи формулы, преторъ этимъ самымъ можетъ остановить дальнѣйшее теченіе процесса и, слѣдовательно, сдѣлать цивильное право истца практически ничтожнымъ (*nudum jus*), правомъ „безъ эффекта“ (*sine effectu*). Возникаетъ т. обр. *denegatio actionis*, которая дѣлаетъ претора уже прямымъ контролеромъ и распорядителемъ цивильныхъ исковъ.

Къ подобной *denegatio* преторъ прибѣгаетъ тогда, если для него сразу же ясно, что претензія истца, хотя бы основанная на *jus civile*, несправедлива. Обыкновенно же случается такъ, что отвѣтчикъ приводитъ въ свою защиту какое-нибудь такое обстоятельство, которое еще нужно провѣрить относительно его истинности, напр., ссылается на то, что, хотя онъ и обѣщалъ уплатить истцу извѣстную сумму, но лишь потому, что былъ принужденъ къ тому насиліемъ. Такъ-ли оно было въ дѣйствительности или нѣтъ—надо еще провѣрить. Такую фактическую провѣрку преторъ можетъ произвести и лично (*causae cognitio*), послѣ чего онъ можетъ *actionem aut dare aut denegare*. Гораздо же чаще, чтобы не затруднять себя фактическимъ разслѣдованіемъ, онъ перелагаетъ его на судью *in iudicio*, вставивъ въ формулу соответствующую *exceptio*. Т. обр., *exceptio* по своему матеріальному значенію есть не что иное, какъ *условная denegatio*.

II. Но, кромѣ такого отрицательнаго воздѣйствія на цивильное право, формулярный процессъ открылъ дорогу и для болѣе интенсивнаго *положительнаго* вліянія претора. Выше было уже отмѣчено (§ 19), что еще въ эпоху *legis actiones* преторъ могъ оказывать извѣстное вліяніе на отношенія между частными лицами путемъ своихъ административныхъ приказаній (*interdicta*) и административныхъ мѣръ. Съ установленіемъ процесса *per formulas* въ рукахъ претора оказалось для той же цѣли средство гораздо болѣе простое и удобное.

Если къ нему являлось лицо съ претензіей, хотя и не имѣющей для себя основаній въ цивильномъ правѣ, но все-таки, по мнѣнію претора, справедливой, то онъ могъ теперь, вмѣсто того, чтобы, какъ прежде, разслѣдовать дѣло лично и вынудить исполненіе посредствомъ *multae dictio* и т. д., просто-на-просто составить соответствующую формулу и передать дѣло на рѣшеніе судьи, предписавъ ему по провѣркѣ фактическихъ данныхъ обвинить отвѣтчика. Т. обр., рядомъ съ исками, основанными на цивильномъ правѣ, *actiones civiles*, появляются иски преторскіе—*actiones praetoriae*. Въ созданіи этихъ исковъ преторское творчество достигаетъ своего зенита.

Въ основѣ *цивильнаго иска* лежитъ всегда такое или иное цивильное право истца, нѣкоторое *jus*, которое въ искѣ осуществляется. Поэтому, въ формулѣ этого иска условіемъ *condemnatio* ставится наличность такого или иного *jus* истца („*S. p. rem ex jure Q. Ai Ai esse*“, „*S. p. jus esse Ai Ai eundi agendi*“ и т. д.), и самыя формулы этого рода называются *formulae in jus conceptae*.

Матеріальнымъ основаніемъ всѣхъ *преторскихъ исковъ*, напротивъ, является уже не какое-либо *право* истца на то, чтобы отвѣтчикъ ему что-либо заплатилъ, а просто извѣстное фактическое положеніе дѣлъ, совокупность извѣстныхъ фактическихъ обстоятельствъ, которыя дѣлаютъ справедливымъ, чтобы отвѣтчикъ заплатилъ. Поэтому, преторскіе иски опираются всегда на нѣкоторое *factum*, а ихъ формулы являются *formulae in factum conceptae*.

Разъ преторъ призналъ справедливымъ при совокупности извѣстныхъ фактическихъ условій дать просителю искъ, то для того, чтобы судья дѣйствительно обвинилъ отвѣтчика, необходимо, чтобы преторъ въ самой формулѣ даруемаго иска условіемъ *condemnatio* поставилъ эти фактическія обстоятельства, чтобы въ самомъ текстѣ ея они нашли себѣ надлежащее мѣсто. Редакція формулы при этомъ, однако, можетъ быть различна.

Чаще всего преторъ просто перечисляетъ эти факты: если окажется то-то и то-то, отвѣтчика обвини; тогда мы имѣемъ *conceptio in factum propto*.

Но иногда дѣло можетъ быть упрощено: преторъ можетъ прибѣгнуть къ *фикціи*, и тогда мы будемъ имѣть *formula ficticia*. Напр., въ извѣстныхъ случаяхъ лицо могло потерять свою цивильную правоспособность, подвергнуться т. наз. *capitis deminutio*; тогда оно исчезало изъ списка субъектовъ гражданскаго права, теряло права, но освобождалось и отъ обязанностей. Послѣднее

обстоятельство было несправедливо по отношенію къ его кредиторамъ, и вотъ преторъ сталъ давать имъ искъ съ фикціей „*as si carite deminutus non esset*“, т. е. судъ предписывалось въ формулѣ судить такъ, какъ если бы ничего въ этомъ смыслѣ не произошло.

Наконецъ, иногда тѣмъ фактическимъ обстоятельствомъ, на которомъ истецъ основываетъ свою претензію, является долгъ ему со стороны лица посторонняго, чѣмъ отвѣтчикъ, или даже лицу постороннему, чѣмъ самъ истецъ (напр., предъявляется искъ опекуномъ за малолѣтняго, находящагося подъ опекой). Тогда формула образуется посредствомъ т. н. *перестановки субъектовъ*. Напр.: „*Si paret N^m N^m L^o Titio (малолѣтнему) centum dare oportere, iudex N^m N^m A^o Agerio (опекуну) condemnatus*“: въ *condemnatio*, вмѣсто *L. Titius*, ставится *A. Agerius*.

Но будетъ-ли формула преторскаго иска конципирована такъ или иначе—посредствомъ простого перечисленія фактовъ, посредствомъ фикціи или перестановки субъектовъ,—все равно, формула эта будетъ по существу всегда *formula in factum concepta*.

Изложенное только-что ученіе о *formulae in jus* и *in factum conceptae* расходится, однако, съ *ученіемъ господствующимъ*. Это послѣднее полагаетъ, что различіе между этими видами формулъ покоится на томъ, отсылается-ли въ данной формулѣ судья для постановки своего рѣшенія только къ фактамъ или же онъ долженъ принимать во вниманіе и *объективныя* нормы *juris civilis*. Поэтому, къ *formulae in factum conceptae* господствующее ученіе относитъ только тѣ, гдѣ мы имѣемъ *conceptio in factum* просто; напротивъ, *formulae ficticiae* и *formulae* съ перестановкой субъектовъ оно считаетъ за *formulae in jus conceptae*. Съ различіемъ *цивильныхъ* и преторскихъ исковъ различіе между *actiones in jus* и *in factum conceptae* не совпадаетъ: какъ есть преторскія формулы *in jus conceptae* (только-что упомянутыя *formulae ficticiae* и съ перестановкой субъектовъ), такъ, съ другой стороны, есть и *цивильныя formulae in factum conceptae* (таковы т. н. *actiones in factum civiles* или *praescriptis verbis*, гдѣ есть *цивильная претензія истца*, но въ формулѣ, сверхъ нея, еще указываются и фактическія обстоятельства въ видѣ *praescriptio*).

Но это господствующее ученіе покоится на весьма шаткихъ основаніяхъ: критерій господствующаго ученія относительно дѣленія формулъ на *in jus* и *in factum conceptae* настолько слабъ, что даже многіе изъ его представителей *actiones ficticiae* причисляютъ къ *formulae in factum*; выраженіе „*actio in factum civilis*“ является нынѣ уже общепризнанной интерполяціей и т. д.*). Возможно, что *въ болѣе позднее время* выраженіе „*actio in factum*“ стали употреблять для обозначенія исковъ, которые не

*) См. по этому поводу *Pokrowsky*. Die actiones in factum, статья въ *Zeitschrift der Savigny—Stiftung für Rechtsgeschichte*. Bd. XVI. (1895). „Право и фактъ въ римскомъ правѣ. Ч. I. (1898). „Zur Lehre von den actiones in jus und in factum“—*Zeitschr. d. Sav.—St.* Bd. XX (1899). Относительно „*actio in factum civilis*“—см. послѣднія изданія *Corpus Juris Civilis* (Mommsen—Kriger) примѣч. къ tit. D. 19. 5.

имѣли типичныхъ, въ преторскомъ эдиктѣ выставленныхъ формулъ, слѣдовательно, въ противоположность *actiones proditae* или *vulgares* (Girard), — но такое словоупотребленіе не можетъ затемнить первоначальнаго и истиннаго значенія различія между *actiones in jus* и *in factum conceptae*.

§ 25.

Общій ходъ производства.

Производство и въ формулярномъ процессѣ сохраняетъ свое раздѣленіе на двѣ стадіи — *jus* и *judicium*. Въ этомъ состоитъ *обычный* порядокъ—*ordo judiciorum privatorum*, почему и самый этотъ процессъ, какъ *ординарный*, противопоставляется всякому административно-судебному разбирательству, гдѣ нѣтъ такого раздѣленія, какъ *экстраординарному (extra ordinem)*.

1. *Производство in jure*. Органомъ суда *in jure* являются въ Римѣ преторъ, а въ муниципіяхъ—муниципальные магистраты, т. е. главнымъ образомъ *Duoviri jure dicundo*.

Какъ въ системѣ *legis actiones*, такъ и теперь для начала всякаго процесса необходима явка обѣихъ сторонъ къ магистрату: производства *заочнаго* и формулярный процессъ не знаетъ. Равнымъ образомъ, и въ эпоху формулярнаго процесса не существуетъ *официальнаго вызова въ судъ*: истецъ самъ долженъ позаботиться о явкѣ отвѣтчика. Для этой цѣли сохраняются прежнія средства—*in jus vocatio* и *vadimonium*—съ тѣмъ, однако, различіемъ, что преторскій эдиктъ отмѣнилъ, на случай отказа отвѣтчика, *насилъственный приводъ* и *manus injectio*, замѣнивъ ихъ *штрафомъ in duplum*.

Стороны, по общему правилу, ведутъ процессъ лично, но въ эпоху формулярнаго процесса появляется уже и *процессуальное представительство*, причемъ различаются два вида представителей—*cognitor* и *procurator*. *Cognitor*—это представитель формальный; онъ назначается представляемымъ въ присутствіи противной стороны и въ определенныхъ выраженіяхъ („*quod ego tecum agere volo, in eam rem Titium tibi cognitorem do*“), но зато онъ потому совершенно замѣняетъ представляемаго: послѣдній уже не можетъ предъявить тотъ же искъ во второй разъ; съ другой стороны, взысканіе по приговору (*actio judicati*) принадлежитъ ему, а не *cognitor*’у, и направляется противъ него, а не противъ *cognitor*’а.

Procurator, напротивъ, назначается безформально и даже, быть можетъ, безъ вѣдома противной стороны. Даже болѣе того: *procurator* можетъ выступить самъ въ интересахъ представляемаго безъ всякаго порученія (напр., кто-либо желаетъ предъявить искъ для охраны интересовъ лица отсутствующаго). Вслѣдствіе этого его процессъ не имѣетъ такого значенія, какъ процессъ

cognitor'a: а) послѣ процесса procurator'a представляемый (dominus) можетъ самъ вчать новый искъ противъ того же отвѣтчика; и вотъ, для того, чтобы защитить послѣдняго отъ двойного взысканія, отъ всякаго procurator'a требуется обезпеченіе въ томъ, что, если dominus не признаетъ процесса procurator'a и предъявить искъ лично во второй разъ, онъ, procurator, возмѣститъ отвѣтчику всѣ его убытки—т. н. *cautio de rato habendo*. б) Взысканіе по иску, веденному procurator'омъ, дается ему, а не dominus (онъ ужъ самъ долженъ передать взысканное послѣднему) и направляется противъ него, а не противъ dominus. Если procurator выступилъ за отвѣтчика, то приговоренъ будетъ procurator; ввиду этого истецъ можетъ требовать отъ procurator'a обезпеченія въ томъ, что онъ, въ случаѣ обвиненія, уплатитъ по приговору—т. н. *cautio judicatum solvi*.

Въ болѣе позднее время, однако, это различіе сглаживается: устанавливается правило, что, если procurator ведетъ искъ по порученію представляемаго (procurator cum mandato), хотя бы и безформальному, то dominus уже не можетъ не признать процесса procurator'a и не можетъ вчать искъ вторично; вслѣдствіе этого подобный procurator cum mandato уже освобождается теперь отъ представленія cautio de rato. И только представители безъ порученія остались въ прежнемъ положеніи.

Когда стороны (лично или черезъ представителей) явились къ претору, производство начинается съ заявленія претензіи истцомъ. Это заявленіе истецъ адресуетъ какъ къ претору, такъ и къ отвѣтчику. По отношенію къ претору это заявленіе имѣетъ смыслъ испрошенія формулы; по отношенію къ отвѣтчику это заявленіе имѣетъ смыслъ выяснить, какое положеніе онъ займетъ.

Отвѣтчикъ можетъ сразу же признать претензію истца правильной; тогда мы имѣемъ т. н. *confessio in jure*; дальнѣйшій процессъ не нуженъ, истецъ получаетъ сразу искъ объ исполненіи (actio judicati) совершенно такъ же, какъ если бы состоялся приговоръ: своимъ признаніемъ отвѣтчикъ самъ произнесъ надъ собою приговоръ—*confessus pro judicato accipitur*. Если, однако, претензія истца была incerta (т. е. не состояла въ требованіи опредѣленной денежной суммы), тогда необходимо было еще назначеніе особаго судьи для установленія размѣра того, что долженъ отвѣтчикъ уплатить истцу—*arbitrium litis aestimandae*.

Но *confessio in jure* случай рѣдкій; обыкновенно же отвѣтчикъ вступаетъ въ споръ и тѣмъ принимаетъ процессъ—*accipit iudicium*. Тогда все производство *in jure* имѣетъ своею цѣлью формулированіе встрѣчныхъ заявленій сторонъ (intentio, exceptioes, replicationes и т. п.), составленіе формулы описаннымъ выше порядкомъ.

Этотъ нормальный ходъ производства *in jure* можетъ иногда нѣсколько модифицироваться.

а) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ предъявленіе иска противъ даннаго отвѣтчика зависитъ отъ предварительнаго выясненія нѣкоторыхъ обстоятельствъ, и съ этой цѣлью истцу предоста-

вляется *in jure* предложить отвѣтчику необходимые вопросы, отвѣтъ на которые для послѣдняго обязательны. Это т. н. *interrogatio in jure*. Такъ, напр., истецъ является кредиторомъ какого-нибудь лица, которое умерло, оставивъ наслѣдство; онъ вызываетъ предполагаемаго наслѣдника въ судъ и здѣсь предлагаетъ ему вопросъ „an heres sit“. Чужое животное причинило истцу убытки; неувѣренный вполнѣ, кто собственникъ этого животнаго, онъ вызываетъ предполагаемаго собственника въ судъ и здѣсь задаетъ вопросъ „an dominus sit“ и т. д. Въ зависимости отъ полученнаго отвѣта искъ или будетъ поставленъ или нѣтъ.

б) Тотчасъ послѣ заявленія претензіи каждая изъ сторонъ можетъ предложить противнику подтвердить свое заявленіе присягой—*jusjurandum in jure delatum*—и тѣмъ закончить споръ. Принять это предложеніе, по общему правилу, для противника не обязательно: онъ можетъ отказаться, и тогда процессъ пойдетъ своимъ чередомъ. Но онъ можетъ принять предложеніе и присягнуть (*jusjurandum voluntarium*); тогда наступаетъ слѣдующее: а) присягнувъ истецъ—процессъ прекращается, а истецъ получаетъ для взысканія особый искъ—*actio jurisjurandi*; в) присягнувъ отвѣтчикъ—онъ свободенъ и отъ всякихъ дальнѣйшихъ нападеній истца защищенъ посредствомъ *exceptio jurisjurandi*.—Есть, однако, случаи, когда *jusjurandum* обязательно (*jusjurandum necessarium*): при строгихъ цивильныхъ искахъ объ опредѣленной денежной суммѣ или объ опредѣленной вещи (condictio certae pecuniae или certae rei) въ случаѣ требованія со стороны истца отвѣтчикъ долженъ присягнуть: отказъ отъ присяги будетъ равносильнъ признанію и поведетъ къ его обвиненію.

Если процессъ не оконченъ уже *in jure* посредствомъ признанія отвѣтчика или присяги, то съ установленіемъ формулы производство передъ магистратомъ заканчивается. Этотъ моментъ сохраняется прежнее названіе *litiscontestatio*, хотя возваніе къ свидѣтелямъ („testes estote“) въ формулярномъ процессѣ отпало. Выражается-ли теперь *litiscontestatio* въ какомъ-либо внѣшнемъ актѣ, или нѣтъ—это вопросъ невыясненный. По мнѣнію однихъ (Келлеръ и др.), *litiscontestatio* представляетъ теперь тотъ моментъ, когда преторъ передаетъ составленную имъ формулу истцу. По мнѣнію другихъ (и это, повидимому, есть мнѣніе господствующее: Wlassak и др.), *litiscontestatio* состоитъ въ передачѣ формулы со стороны истца отвѣтчику (edere iudicium — accipere iudicium). По мнѣнію третьихъ (Lenel), передача формулы могла быть замѣнена тѣмъ, что истецъ диктуетъ ее отвѣтчику (dictare formulam).

Во всякомъ случаѣ существенно то, что *litiscontestatio* и теперь сохраняетъ характеръ нѣкотораго процессуальнаго договора („iudicio contrahitur“) между сторонами: передавая и принимая составленную при ихъ участіи преторомъ формулу, истецъ и отвѣтчикъ этимъ самымъ соглашаются между собою о передачѣ ихъ спора на рѣшеніе судьи. Этимъ договорнымъ характеромъ *litiscontestatio* объясняются многія изъ послѣдствій этого акта. Важнѣйшими изъ нихъ являются слѣдующія:

1) Исконнымъ правиломъ римскаго процесса было то, что, разъ дѣло было доведено до *litiscontestatio*, истецъ послѣ этого не можетъ уже во второй разъ вчать искъ о томъ же, хотя бы по первому процессу разбора и приговора почему-либо не было. Это правило было сформулировано, вѣроятно, еще республиканскими юристами въ видѣ изрѣченія, „*ne bis de eadem re sit actio*“. Осуществляется это правило, однако, различно: при *actiones in personam in jus conceptae—ipso jure*, т. е. безъ особой ссылки на это со стороны отвѣтчика; при *actiones in rem* и при *actiones in factum conceptae—* посредствомъ включенія въ формулу (вторичнаго иска) *exceptio rei in iudicium deductae*: отвѣтчикъ, т. обр., долженъ заявить объ уже состоявшейся *litiscontestatio in jure*, иначе потомъ судья его обвинить.

2) По римскому воззрѣнью, въ моментъ *litiscontestatio* старое правоотношеніе между сторонами, подавшее поводъ къ иску, уничтожается, замѣняясь новымъ—процессуальнымъ—правоотношеніемъ, которое вообще можетъ быть опредѣлено, какъ обязательство сторонъ подчиниться приговору суда. Эта смѣна правоотношеній между сторонами формулируется римскими юристами такъ: вмѣсто „*dari oportere*“ послѣ *litiscontestatio* возникаетъ „*condemnari oportere*“. Т. обр., происходитъ нѣкоторое обновленіе правоотношеній, *novatio*, и притомъ, въ отличіе отъ обновленія, которое можетъ произойти по соглашенію сторонъ внѣ суда, — *novatio necessaria*.

3) Моментъ *litiscontestatio* является *рѣшающимъ для разбирательства in iudicio*: при обсужденіи вопроса объ основательности претензіи истца судья обязанъ разслѣдовать, была-ли она правильна въ моментъ *litiscontestatio*, хотя бы послѣ того, къ моменту разбора и приговора, обстоятельства измѣнились. Положимъ, что въ моментъ *litiscontestatio* истецъ былъ собственникомъ вещи, которую владѣеть отвѣтчикъ, но къ моменту разбора *in iudicio* для отвѣтчика закончился срокъ пріобрѣтательной давности; судья тѣмъ не менѣе приговоритъ отвѣтчика къ выдачѣ вещи. То же правило примѣнялось первоначально со всей строгостью и къ обязательствамъ: уплата долга послѣ *litiscontestatio* не освобождала отвѣтчика отъ *condemnatio*; лишь впоследствии это правило было отмѣнено и было признано, что при всякихъ искахъ уплата послѣ *litiscontestatio* должна вести къ освобожденію отвѣтчика отъ вторичнаго платежа—, „*omnia iudicia absolutoria debent esse*“.

4) Наконецъ, во многихъ случаяхъ послѣ *litiscontestatio* *ответственность отвѣтчика усиливается*; онъ отвѣчаетъ строже за гибель или порчу спорной вещи, сверхъ суммы долга обязанъ платить проценты и т. д.

II. *Производство in iudicio*. Въ день, выбранный сторонами по взаимному соглашенію (однако, не позднѣе 18 мѣсяцевъ—*lex Julia*), онѣ должны явиться къ назначенному судья для второй стадіи производства *in iudicio*.

Органами суда in iudicio являются, по общему правилу, какъ и прежде, частные судьи—*judices privati*. Однако, для нѣкоторыхъ родовъ дѣлъ въ періодъ республики появляются *спеціальныя судебныя collegia*. Таковы—*decemviri* и *centumviri*. *Decemviri stlitibus iudicandis* въ *leges Valeriae et Horatiae* 449 г. наравнѣ съ плебейскими трибунами были объявлены *sacrosancti*; вѣроятно, поэтому (Моммзень), что они тогда же были и учреждены. Компетенція децемвировъ (вообще неясная), повидимому, простирается на дѣла о правѣ гражданства (споры о *status*). — *Centumviri* представляютъ collegiū изъ 105 чел. Время возникновенія центумвиральнаго суда еще болѣе спорно: одни относятъ его еще къ эпохѣ С. Туллія, другіе къ эпохѣ XII т. и т. д.; вѣроятнѣе всего, что этотъ судъ возникъ лишь послѣ того, какъ число трибъ доросло до 35 (105 чел.—по 3 отъ каждой трибы). Суду центумвировъ подлежатъ дѣла о наслѣдствѣ, но составляютъ-ли эти дѣла ихъ исключительную компетенцію, неизвѣстно. Интересно отмѣтить, что въ судѣ центумвировъ процессъ *per legis actiones* сохранился и послѣ закона Эбуція.

За исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда по тѣмъ или другимъ причинамъ дѣло идетъ на разбирательство въ одну изъ этихъ collegiū, во всѣхъ остальныхъ въ качествѣ судей назначаются каждый разъ частныя лица—*judices privati*. Иногда они назначаются въ количествѣ нѣсколькихъ—трехъ, пяти; это т. н. *recuperatores*, ведущіе свое начало, вѣроятно, отъ процесса между иностранцами. Гораздо же чаще назначается одно лицо, *iudex unus*, причемъ существуетъ нѣкоторое различіе между судьями: одни изъ нихъ называются *judices*, другіе — *arbitri*. Въ качествѣ *arbitri* судья является въ тѣхъ искахъ, гдѣ требуется не столько примѣненіе нормъ права, сколько посредническая дѣятельность—напр., въ искахъ о раздѣлѣ, размежеваніи и т. д.; обыкновенно же судья называется *iudex*.

Судья назначается преторомъ, но при выборѣ его главная роль принадлежитъ соглашенію сторонъ; лишь при невозможности соглашения преторъ прибѣгаетъ или къ назначенію по собственному усмотрѣнью или къ жребію (*sortitio*). Судьи обыкновенно выбирались изъ сенаторовъ, а въ болѣе позднее время изъ *ordo senatorius* и *ordo equester*.

Самое *производство in iudicio* движется совершенно свободно, не связанное никакими формами. Въ случаѣ *неявки* истца отвѣтчикъ можетъ требовать своего оправданія. Въ случаѣ *неявки* отвѣтчика спорно: по мнѣнію однихъ (*Girard*), истецъ можетъ требовать обвиненія неявившагося; по мнѣнію другихъ, истецъ все же долженъ доказать свой искъ, и, если судья признаетъ доказательства недостаточными, онъ можетъ оправдать отвѣтчика.

Если обѣ стороны являлись, то производство начиналось съ заявленій сторонъ (*causam perorare*); затѣмъ приводились и провѣрялись доказательства, причемъ въ оцѣнкѣ этихъ доказательствъ судья никакими предписаніями не связанъ: римскій процессъ т. н. формальной теоріи доказательствъ не знаетъ.

Если въ концѣ концовъ *judex*, несмотря на приведенныя доказательства, найдетъ дѣло для себя неяснымъ, онъ можетъ отказаться дать приговоръ, принеся присягу „*sibi non liquere*“,— и тогда дѣло будетъ передано другому судѣ. Если же онъ рѣшаетъ, то свой приговоръ—*sententia*—онъ объявляетъ сторонамъ устно, безъ всякихъ формальностей и безъ указанія мотивовъ. Произнесениемъ приговора роль судьи оканчивалась.

Приговоръ (*sententia* или *res iudicata*) творитъ между сторонами право — „*jus facit inter partes*“. Такое значеніе имѣетъ приговоръ независимо отъ вопроса о томъ, справедливъ-ли онъ или нѣтъ, ибо „*res iudicata pro veritate accipitur*“. Въ принципѣ на приговоръ судьи не можетъ быть никакой апелляціи въ нашемъ смыслѣ слова, ибо инстанціоннаго порядка судовъ не существуетъ. Конечно, заинтересованная сторона могла оспаривать *дѣйствительность* состоявшагося приговора, доказывать, что онъ по тѣмъ или другимъ причинамъ (напр., въ моментъ постановленія приговора судья былъ не въ здоровомъ умѣ) *ничтоженъ*, что *res iudicata non est*. Если такой заинтересованной стороной является истецъ, то онъ можетъ обратиться за новымъ назначеніемъ судьи и на возраженіе отвѣтчика о томъ, что по дѣлу состоялся уже приговоръ, онъ можетъ доказывать, что этотъ приговоръ мнимый, ничтожный. Если заинтересованъ отвѣтчикъ, онъ въ случаѣ предъявленія истцомъ иска о взысканіи по приговору—*actio iudicati*—можетъ доказывать, что *iudicatum* не было. Разумѣется, если онъ этого не докажетъ, онъ подлежитъ отвѣтственности вдвое, вслѣдствіе чего такая ссылка на недѣйствительность приговора называется иногда *revocatio in duplum*. Нѣкоторые думаютъ, что отвѣтчикъ можетъ въ случаяхъ подобнаго рода, и не выжидая предъявленія противъ него *actio iudicati*, предъявить самостоятельный искъ о признаніи приговора ничтожнымъ, съ рискомъ той же отвѣтственности *in duplum*, — но это мнѣніе спорно. Во всякомъ случаѣ оспариваніе *дѣйствительности* состоявшагося приговора не есть апелляція: послѣдняя предполагаетъ именно дѣйствительный приговоръ и лишь имѣетъ цѣлью его пересмотръ и исправленіе. Такого пересмотра формулярный процессъ принципиально не допускалъ. Защиту противъ приговора, матеріально несправедливаго, можно было получить только путемъ экстраординарныхъ мѣръ римскихъ магистратовъ.

Такъ, прежде всего, благодаря правилу объ *intercessio*, можно было обратиться къ тому или другому изъ магистратовъ (напр., къ трибуну) съ просьбой приостановить взысканіе, поскольку оно осуществляется мѣрами преторской власти. Это и есть *apellatio* въ римскомъ смыслѣ. Но *intercessio* здѣсь только парализуетъ мѣры преторской власти (напр., *missio in possessionem*) и нисколько не затрагиваетъ самаго приговора, который *de iure* остается нерушимымъ.

Кромѣ того, можно было обратиться и къ самому претору, который, если признаетъ жалобу просителя на приговоръ уважительной, могъ въ силу своей власти (*imperium*) дать ему т. н.

restitutio in integrum, т. е. повелѣніе считать бывший процессъ какъ бы не бывшимъ: тогда дѣло можетъ быть передано другому судѣ. Но все это мѣры чрезвычайныя, зависящія отъ особаго усмотрѣнія магистрата.

При извѣстныхъ условіяхъ (умышленнаго несправедливаго и т. д.) лицо, потерпѣвшее отъ несправедливаго приговора, можетъ обратиться съ искомъ объ убыткахъ противъ самого судьи: своимъ неправосудіемъ судья какъ бы переносилъ претензію на себя—„*judex litem suam facit*“.

III. *Исполненіе приговора*. Приговоръ или прекращаетъ всякія отношенія между сторонами или создаетъ новыя. Прекращаетъ, если приговоръ былъ оправдательный: противъ всякихъ новыхъ претензій истца изъ того же спора отвѣтчикъ защищенъ посредствомъ *exceptio rei iudicatae*. Создаетъ новыя, если приговоръ былъ обвинительный: тогда возникаетъ вопросъ объ исполненіи, о *взысканіи*. Въ силу того, что въ формулярномъ процессѣ приговоръ всегда гласитъ на опредѣленную денежную сумму (*condemnatio pecuniaria*), исполненіе приговора направляется всегда на взысканіе съ отвѣтчика этой денежной суммы.

Нормальнымъ средствомъ для такого взысканія является исполнительный искъ—*actio iudicati*. Этотъ искъ замѣнилъ собою прежнюю *manus in iectio*, сохранивъ, однако, нѣкоторыя черты этой послѣдней. Между приговоромъ и предъявленіемъ *actio iudicati* должно пройти 30 дней, чтобы дать отвѣтчику возможность добровольно исполнить приговоръ. Если за это время исполненія не послѣдовало, истецъ предъявляетъ *actio iudicati*, и преторъ отдаетъ (*addicit, addictio*) отвѣтчика истцу, послѣ чего этотъ послѣдній уводитъ его къ себѣ, какъ своего кабальнаго. Положеніе долгового кабальнаго, однако, въ періодъ республики было значительно смягчено: законъ Петелія (*lex Poetelia* 326 г.) отмѣнилъ продажу въ рабство, наложеніе оковъ и т. д.; цѣлью кабалы является теперь отработка долга.—Если отвѣтчикъ желаетъ оспаривать *actio iudicati*, онъ можетъ это сдѣлать самъ, не нуждаясь въ заступникѣ (*vindex*); но, вчиняя этотъ споръ, онъ долженъ представить поручителя въ томъ, что въ случаѣ неосновательности спора, истцу будетъ уплачено (это т. н. *satisfactio* или *cautio iudicatum solvi*); т. обр., прежній *vindex* продолжаетъ въ ослабленномъ видѣ существовать въ поручителѣ. Съ другой стороны, если споръ противъ *actio iudicati* будетъ въ послѣдствіи признанъ неосновательнымъ, отвѣтчикъ (или его поручитель) обязанъ будетъ платить вдвое—*in duplum*; это тоже остатокъ прежней *manus in iectio*.

Т. обр., взысканіе и въ этомъ періодѣ прежде всего направляется на самую личность должника; нормальнымъ средствомъ исполненія приговора признается *личная экзекуція*.

Съ теченіемъ времени, однако, обнаруживается тенденція освободить личность должника отъ непосредственной отвѣтственности и перевести взысканіе только на его имущество. Важнымъ въ этомъ отношеніи является законъ Цезаря или Августа—*lex*

Julia de cessione bonorum, предоставивший должнику право передать все свое имущество кредитору подъ присягой, что у него болѣе ничего нѣтъ, и тѣмъ освободить себя вовсе отъ личной отвѣтственности.

Рядомъ съ этимъ преторъ мало-по-малу (быть можетъ, по образцу взысканій казенныхъ) вводитъ и прямую *реальную экзекуцію*, обращая взысканіе непосредственно на имущество должника и оставляя въ сторонѣ его личность. При этомъ въ исторіи постепенно вырисовываются два вида такой реальной экзекуціи: *универсальная*,—когда взысканіе охватываетъ сразу всю совокупность имущества должника, и *спеціальная*,—когда оно направляется на тѣ или другія отдѣльныя вещи.

Универсальная экзекуція есть то же, что конкурсъ. По просьбѣ кредитора, имѣющаго въ рукахъ приговоръ, преторъ вводитъ его во владѣніе имуществомъ должника, даетъ ему *missio in possessionem*. Вступившій во владѣніе кредиторъ дѣлаетъ объ этомъ публичное оповѣщеніе, послѣ чего къ нему могутъ присоединиться другіе кредиторы того же лица, и т. обр. открывается общій конкурсъ. Для веденія дѣлъ и ликвидаціи имущества назначается особый *magister bonorum*, который и производитъ затѣмъ *venditio bonorum*, т. е. продажу имущества съ аукціона. Имущество несостоятельнаго продается все огуломъ; пріобрѣтатель его—*emptor bonorum*—вступаетъ во всѣ права должника, дѣлается его универсальнымъ преемникомъ, съ обязательствомъ расплатиться съ его кредиторами въ условленномъ при продажѣ процентѣ.

Позже, уже въ императорское время, универсальная *venditio bonorum* замѣняется посредствомъ *distractio bonorum*, распродажей имущества по частямъ.

Спеціальная реальная экзекуція развилась изъ права магистратовъ брать вещи въ залогъ для обезпеченія исполненія какого-либо ихъ приказанія—*pignoris capio*. Мало-по-малу преторъ сталъ прибѣгать къ этому средству и въ интересахъ частныхъ лицъ, для исполненія приговоровъ, и т. обр. появляется *pignus in causa judicati captum*, которое дѣлается въ послѣдствіи нормальнымъ средствомъ для исполненія единичнаго приговора, оставляя *venditio bonorum* для случаевъ настоящаго конкурса. Порядокъ взысканія при этомъ таковъ: по просьбѣ истца преторъ посылаетъ своихъ *apparitores* взять одну или нѣсколько вещей должника; если затѣмъ должникъ въ теченіе 2 мѣсяцевъ не выкупитъ залога, т. е. не уплатитъ кредитору, то взятая вещь продается магистратомъ съ аукціона, и вырученною суммой удовлетворяется кредиторъ.

Благодаря указаннымъ средствамъ, въ развитомъ формулярномъ процессѣ (уже въ періодъ имперіи) личная долговая кабала почти вовсе не встрѣчается.

Особенныя формы судебной защиты.

Рядомъ съ обыкновеннымъ гражданскимъ процессомъ существуютъ для извѣстныхъ случаевъ особенныя формы судебной защиты, причемъ общимъ для всѣхъ ихъ является то, что всѣ онѣ вытекаютъ изъ *imperium* магистрата и представляютъ такую или иную модификацію административнаго воздѣйствія.

Важнѣйшую изъ этихъ формъ представляютъ *интердикты*. Происхожденіе ихъ таково (см. § 19). Еще во времена процесса *per legis actiones* лицо, не находившее себѣ защиты въ *jus civile* и въ формѣ обыкновеннаго гражданского процесса, могло обратиться къ консулу, а потомъ къ претору съ просьбой защитить его, помочь ему своей властью. Преторъ лично производилъ разслѣдованіе—*causae cognitio*,—и, если находилъ просьбу просителя заслуживающей уваженія, то отдавалъ противной сторонѣ соответствующее приказаніе: не производи насилія (*vim fieri veto*), выдай вещь (*exhibeas*) и т. п. Это приказаніе называется *decretum*, а если содержитъ въ себѣ запрещеніе чего-либо, то *interdictum*, откуда и пошло общее обозначеніе этого средства—интердиктъ. Преторскій декретъ или интердиктъ имѣетъ въ эту эпоху характеръ *личнаго* (т. е. къ опредѣленному лицу адресованнаго) и *безусловнаго* приказанія. Если затѣмъ противная сторона приказанія претора не исполняла, то по новой жалобѣ просителя и по новому разслѣдованію (дѣйствительно-ли приказаніе неисполнено), преторъ для вынужденія прибѣгалъ къ обычнымъ мѣрамъ *imperium — multae dictio, pignoris capio* и т. д.

Но этотъ древнѣйшій порядокъ имѣлъ для претора то большое неудобство, что обременялъ его необходимостью производить всѣ фактическія разслѣдованія (допросъ свидѣтелей, осмотръ на мѣстѣ и т. д.). Чтобы избавиться отъ этой фактической стороны дѣла, преторъ сталъ прибѣгать къ слѣдующему приему. Послѣ того, какъ проситель изложилъ свое дѣло, если преторъ находилъ, что при изложенныхъ просителемъ обстоятельствахъ помочь ему необходимо, онъ, не разслѣдуя фактической истинности заявленій просителя, издавалъ общее приказаніе: такъ быть не должно, вещь нужно вернуть и т. д. Это приказаніе, называющееся и теперь интердиктомъ, имѣетъ уже нѣсколько иной характеръ; оно есть приказаніе *условное*: если невѣрно то, что сообщилъ проситель, то приказаніе претора, конечно, не касается отвѣтчика; если же вѣрно, то онъ долженъ его исполнить. Если же онъ все-таки не исполнитъ, то истецъ явится къ претору во второй разъ съ заявленіемъ объ этомъ, и тогда преторъ, опять-таки для того, чтобы самому не провѣрять этого заявленія, принуждаетъ спорящихъ къ процессуальному пари посредствомъ *sponsiones* (*sponsio* истца и *restipulatio* отвѣтчика—ср. § 22: „если я сдѣлалъ что-либо противъ приказанія претора, обещаю столько

то“ и т. п.). На основании этих *sponsiones* возникает потомъ между ними обыкновенный процессъ. Благодаря такому приему, преторъ, сохраняя въ своихъ рукахъ принципиальную, юридическую опѣнку жалобъ, переноситъ всю фактическую сторону дѣла на судью *in iudicio*, а разбирательство чисто административное замѣняется процессомъ судебнымъ.

Интердиктное производство въ только-что описанномъ видѣ связано было всегда для стороны проигравшей съ рискомъ потерять сумму пари, т. е. тотъ штрафъ, который былъ обѣщанъ въ *sponsio*; поэтому оно называется производствомъ *cum periculo*. Но, по взаимному согласію, стороны могли избѣжать этого риска, обратившись къ претору съ просьбой прямо дать имъ судью (*arbiter*), и процессъ въ такомъ случаѣ будетъ *sine periculo*.

Иногда обѣ стороны являются къ претору съ одинаковыми претензіями: онѣ спорятъ, напр., о владѣніи пограничной полосой земли, причемъ каждый изъ спорящихъ считаетъ себя владѣльцемъ, а другого нарушителемъ владѣнія. Тогда преторъ издаетъ общее приказаніе, относящееся къ обоимъ: „*uti nunc possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto*“; въ результатѣ этого двухсторонняго приказанія каждый изъ спорящихъ можетъ оказаться въ роли истца и въ роли отвѣтчика, вслѣдствіе чего здѣсь необходима уже не одна пара *sponsio* и *restipulatio*, а *два пары* ихъ. Такіе интердикты называются *interdicta duplicia*.

По своему содержанию приказаніе претора можетъ требовать или исполненія чего-либо или ненарушенія чего-либо; поэтому интердикты дѣлятся на *interdicta restitutoria* (приказаніе возстановить что-либо, напр., вернуть владѣніе вещь), *exhibitoria* (предъявить вещь), и *prohibitoria* (воспрещеніе чего-либо, обыкновенно совершать насиліе—„*vim fieri veto*“). Они встрѣчаются въ самыхъ различныхъ областяхъ отношеній, касаясь то права сакральнаго (*interdictum ne quid in loco sacro fiat*), то права публичнаго (*ne quid in loco publico, in flumine publico* и т. д. *fiat*), то, наконецъ, права частнаго. Въ области этого послѣдняго наибольшее значеніе имѣютъ т. н. владѣльческіе интердикты—*interdicta possessoria*, созданные для защиты фактическаго обладанія вещами. *Interdicta possessoria*, въ свою очередь, распадаются на *interdicta adipiscendae possessionis*, дающіе просителю такое владѣніе, котораго онъ раньше не имѣлъ вовсе (напр., *interdictum quorum bonorum* о полученіи владѣнія наслѣдствомъ), *interdicta retinendae possessionis*, защищающіе наличное (уже имѣющееся) владѣніе отъ посягательства, и *int. recuperandae possessionis*, возвращающіе назадъ владѣніе, кѣмъ-либо отнятое. Но объ этихъ интердиктахъ подробнѣе будетъ сказано въ исторіи гражд. права (§ 58).

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ предъявленіе интердикта представляется всякому изъ гражданъ—*cui libet ex populo*: напр., когда дѣло идетъ объ огражденіи порядка въ мѣстѣ священномъ или публичномъ. Такіе интердикты называются *популярными*—*interdicta popularia*.

Съ установленіемъ формулярнаго процесса, когда преторъ оказался въ состояніи давать формулы, основанныя просто на фактическихъ обстоятельствахъ (*in factum conceptae*), весь описанный сложный ходъ интердиктнаго производства сдѣлался, собственно говоря, излишнимъ: для того, чтобы перевести споръ *in iudicium*, преторъ могъ обойтись безъ всякихъ *sponsiones* сторонъ, давъ просто формулу, въ которой предписывалось бы судѣ при наличности утверждаемыхъ истцомъ фактовъ обвинить отвѣтчика. Другими словами, интердикты теперь могли бы быть безъ всякаго ущерба замѣнены посредствомъ *actiones in factum*. И дѣйствительно, мы имѣемъ примѣры такой замѣны; съ другой стороны, все дальнѣйшее развитіе права преторской властью совершается не посредствомъ созданія новыхъ интердиктовъ, а посредствомъ созданія преторскихъ исковъ. Если же многіе интердикты сохраняются и позже, то это объясняется отчасти историческимъ консерватизмомъ, отчасти нѣкоторыми чисто практическими соображеніями.

Вторую особенную форму судебно-административной защиты составляютъ *stipulationes praetoriae*. *Stipulatio* есть то же, что *sponsio*, т. е. торжественное обѣщаніе уплатить или сдѣлать что-либо, даваемое въ видѣ отвѣта на торжественный вопросъ контрагента („*centum mihi dare spondes?—spondeo*“). Обыкновенно *stipulatio* или *sponsio* заключается по добровольному соглашенію сторонъ, но иногда преторъ принуждаетъ къ заключенію ея въ интересахъ защиты какой-нибудь стороны. Такъ, напр., проситель заявляетъ претору, что зданіе его сосѣда грозитъ обрушиться и при своемъ паденіи причинитъ ему убытки; тогда преторъ приказываетъ сосѣду дать просителю обѣщаніе, что, если это случится, онъ возмѣститъ всѣ убытки (т. н. *cautio damni infecti*, пришедшая на смѣну какого-то бывшаго ранѣе для этого случая легисакціоннаго процесса). Такое обѣщаніе нерѣдко сопровождалось еще поручительствомъ, вслѣдствіе чего различались *nuda repromissio* (безъ поручительства) и *satisdatio* (съ поручительствомъ).

Третій способъ преторской защиты составляетъ *missio in possessionem*: преторъ по просьбѣ просителя вводитъ его во владѣніе цѣлымъ имуществомъ или отдѣльной вещью. Поэтому *missio in possessionem* является или какъ *missio in bona* или какъ *missio in rem specialem*. *Missio in bona* мы уже встрѣчали выше при исполненіи приговоровъ (§ 25), но есть и другіе случаи (напр., вводъ во владѣніе наслѣдствомъ для обезпеченія того, что наслѣдникъ выплатитъ возложенные на него отказы—*missio legatorum servandorum causa* и т. д.). *Missio in rem* наступаетъ, напр., въ только-что упомянутомъ случаѣ *damnum infectum*: если сосѣдъ не захочетъ дать требуемое обѣщаніе возмѣститъ убытки, то преторъ вводитъ просителя во владѣніе угрожающимъ зданіемъ съ правомъ самому произвести необходимый ремонтъ за счетъ отвѣтчика (*missio ex primo decreto*); если сосѣдъ не пожелаетъ возмѣстить и этихъ издержекъ на ремонтъ, преторъ передаетъ просителю даже самое право собственности на зданіе (*missio ex secundo decreto*).

Наконецъ, четвертымъ средствомъ преторской защиты является *restitutio in integrum*. Иногда можетъ оказаться, что самая правовая послѣдствія какого-нибудь юридическаго факта приводятъ въ томъ или другомъ конкретномъ случаѣ къ явной несправедливости: безвинно пропущенъ срокъ; сдѣлка заключена, но подъ влияніемъ принужденія или обмана и т. п. Вслѣдствіе этого желательнымъ является возстановленіе прежняго состоянія, т. е. поставленіе лица въ такое положеніе, въ какомъ оно находилось бы, если бы означенный юридическій фактъ не совершился. Вотъ эта задача—*restitutio in integrum*—и составляетъ тогда цѣль преторскаго вмѣшательства. Для такой *restitutio* необходима, съ одной стороны, наличность какого-либо вреда, ущерба (*laesio*), и притомъ значительнаго, ибо „*minima non curat praetor*“, а съ другой стороны—наличность тѣхъ или другихъ уважительныхъ причинъ (*justa causa*), причемъ оцѣнка уважительности принадлежитъ претору. Въ эдиктѣ такими уважительными причинами признаются: *minor aetas* (несовершеннолѣтіе), *dolus* (обманъ при сдѣлкѣ), *error* (существенная ошибка), *capitis deminutio* (потеря гражд. правоспособности вслѣдствіе, напр., усыновленія) и *justa absentia* (отсутствіе лица, потерпѣвшаго ущербъ, вслѣдствіе какой-либо государственной надобности и т. п.). Въ случаѣ признанія просьбы о *restitutio* заслуживающей вниманія, преторъ осуществляетъ затѣмъ возстановленіе въ прежнее состояніе различными путями: иногда давая просителю искъ, иногда защищая его посредствомъ *exseritio* и т. д. Т. обр., *restitutio in integrum*, въ существѣ своемъ, не есть какое-либо особое средство преторской защиты, наравнѣ съ интердиктами, *stipulationes praetoriae*, *missio in possessionem* или *actio praetoria*; она сама для своего осуществленія нуждается въ томъ или другомъ изъ этихъ средствъ, иногда даже въ цѣломъ комплексѣ ихъ. *Restitutio* есть въ матеріальномъ отношеніи не что иное, какъ только извѣстная цѣль, извѣстная тема для преторскаго вмѣшательства въ извѣстныхъ случаяхъ.

§ 27.

Уголовное право и уголовный судъ.

Періодъ республики въ области уголовного права унаслѣдовалъ отъ царскаго періода полную неопредѣленность. За исключеніемъ тѣхъ преступленій противъ частныхъ лицъ (*delicta privata*), которыя были предусмотрѣны въ законахъ XII т. и которыя были указаны выше, вся остальная область преступленій публичныхъ (*delicta publica*) остается безъ всякаго ближайшаго опредѣленія. Какое-либо кодекса, который опредѣлялъ бы, какія дѣянія признаются преступными и какія слѣдуютъ за нихъ наказанія, по-прежнему не существуетъ. Общимъ источникомъ уголовного права служить и теперь *coercitio* магистратовъ, т. е. матеріально ихъ свободное усмотрѣніе.

Крупное измѣненіе въ этотъ порядокъ вещей вносятъ, однако, уже въ самомъ началѣ республики, законы о *provocatio* и законы о *предѣлахъ административнаго штрафованія* (*lex Aternia Tarpeja*). Магистратъ привлекаетъ къ ответственности за любое дѣяніе, которое ему покажется преступнымъ, и по своему усмотрѣнію судить, но, если его приговоръ постановитъ смертную казнь или штрафъ свыше указанной нормы, этотъ приговоръ можетъ быть обжалованъ въ народное собраніе. Благодаря этому обстоятельству приговоръ магистрата мало-по-малу теряетъ свое значеніе, и собственными органами уголовного суда дѣлаются *comitia—centuriata*, если дѣло идетъ о *capite anquirere*, и *tributa*, если дѣло идетъ объ *acquisitio pecuniae*. Все производство у магистрата приобретаетъ характеръ предварительнаго слѣдствія. Т. обр., и въ уголовномъ процессѣ какъ бы устанавливается дѣленіе на двѣ стадіи, аналогичныя *ius* и *judicium* въ процессѣ гражданскомъ. Но было бы полной ошибкой усматривать здѣсь аналогію. Производство передъ магистратомъ въ уголовныхъ дѣлахъ по своему смыслу отнюдь не соответствуетъ производству *in iure* въ процессѣ гражданскомъ: здѣсь магистратъ ничего не разбираетъ и ничего не рѣшаетъ, межъ тѣмъ какъ въ уголовномъ процессѣ судъ магистрата имѣетъ характеръ настоящаго суда по существу: магистратъ провѣряетъ обвиненіе и выноситъ такой или иной приговоръ. При этомъ слѣдуетъ отмѣтить: если приговоръ магистрата будетъ оправдательный, то дѣло рѣшено окончательно: переноса въ народное собраніе быть не можетъ. Если же приговоръ магистрата обвинительный, то дѣло переносится въ народное собраніе; тамъ происходитъ новое разбирательство, которое ведетъ магистратъ, но въ результатѣ этого разбирательства можетъ быть только или принятіе приговора магистрата или его кассированіе: средняго приговора народное собраніе ни предложить ни вотировать не можетъ. Мы видимъ, насколько иначе складывается уголовный процессъ по сравненію съ гражданскимъ.

При постановкѣ своихъ рѣшеній народное собраніе руководится также своимъ свободнымъ усмотрѣніемъ, своимъ непосредственнымъ чувствомъ; никакихъ формальныхъ нормъ и для него не существуетъ. Вслѣдствіе этого замѣна суда магистратовъ судомъ народныхъ собраний обозначаетъ собою, въ сущности, не что иное, какъ замѣну произвола магистратовъ произволомъ народа, подчиненіе магистрата гражданству, а вмѣстѣ, по справедливому замѣчанію Моммзена, „могущественнѣйшую манифестацію римской гражданской свободы“.

Уголовный судъ народныхъ собраний дѣйствуетъ въ теченіе всей первой половины республики, изрѣдка замѣняясь для тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ случаевъ, по специальному назначенію, особыми чрезвычайными комиссіями — т. н. *quaestiones extraordinariae*.

Во второй половинѣ республики, однако, судъ народныхъ собраний начинаетъ терять свой престижъ (въ связи съ общимъ паденіемъ ихъ авторитета); все болѣе и болѣе даютъ себя знать

всѣ неудобства процесса передъ такимъ огромнымъ судилищемъ, легко поддающимся соображеніямъ политики и настроеніямъ минуты. Равнымъ образомъ чувствуется и отсутствіе законодательныхъ опредѣленій преступныхъ дѣяній и полагающихся за нихъ наказаній. Подъ вліяніемъ этихъ соображеній возникаетъ тенденція для различныхъ отдѣльных видовъ преступленій создавать постоянныя судебныя комиссіи, причемъ въ инструкціяхъ этимъ комиссіямъ точнѣе опредѣляется какъ самое понятіе даннаго преступления, такъ и полагающееся за него наказаніе. Такъ возникаютъ *quaestiones perpetuae*, къ концу республики почти все отстранившія судъ народныхъ собраний. Первою по времени *quaestio perpetua* является *quaestio de repetundis*, комиссія по дѣламъ о взяткахъ и вымогательствахъ должностныхъ лицъ, учрежденная закономъ Кальпурнія (149 г. до Р. Х.). Затѣмъ другими специальными законами учреждаются *quaestiones de sicariis* (о разбоѣ съ убійствомъ), *de veneficiis* (объ отравленіяхъ), *de peculatu* (о похищеніи казеннаго имущества). Особенно много ихъ было создано законами Корнелія Суллы: *quaestio de ambitu*, *de majestate*, *de falso* и др.

Каждая комиссія находится подъ предсѣдательствомъ особаго претора—*praetores quaesitores*—и состоитъ изъ извѣстнаго и притомъ довольно большаго (100—200 и болѣе), количества *judices*, выбираемыхъ предсѣдателемъ при участіи обвиняемаго и обвинителя изъ особаго списка (*album iudicum*), составленнаго на годъ.

Существеннѣйшую особенность производства передъ *quaestiones perpetuae* составляетъ то, что инициатива обвиненія принадлежитъ только отдѣльнымъ гражданамъ—частнымъ лицамъ; это т. наз. *принципъ частной accusatio*. Ни предсѣдатель *quaestio*, ни какой-либо другой магистратъ не имѣли права вчинать уголовное преслѣдованіе *ex officio*; если не находилось частныхъ лицъ, готовыхъ взять на себя роль обвинителя, преступленіе оставалось безнаказаннымъ. Равнымъ образомъ, на обвинитель лежала обязанность собирать доказательства, выискивать свидѣтелей, вести обвиненіе на судъ и т. д. Прекращеніе дѣла обвинителемъ прекращало и самое производство передъ судомъ. За недобросовѣстное обвиненіе *accusator* подлежалъ извѣстнымъ наказаніямъ, за успѣшно проведенный процессъ онъ получалъ иногда награды. Уголовный процессъ, т. обр., построенъ въ значительной степени по началамъ гражданскаго, что имѣетъ массу невыгодныхъ сторонъ, но что по условіямъ римской дѣйствительности являлось также извѣстной „манifestаціей римской гражданской свободы“ *).

Самое производство велось устно и свободно, сопровождалось обвинительными и защитительными рѣчами ораторовъ и заканчивалось голосованіемъ приговора судьями.

Благодаря указаннымъ специальнымъ законамъ, учреждавшимъ *quaestiones perpetuae*, въ Римѣ появляется рядъ отдѣльных уголовныхъ уставовъ, опредѣляющихъ отдѣльныя преступления, а во

*) Ср. подробнѣе—Покровскій. Частная защита общественныхъ интересовъ въ древнемъ Римѣ. Сборникъ въ честь М. Ф. Владимірскаго-Буданова, Кіевъ. 1904.

всей совокупности ихъ возникаетъ впервые нѣкоторый, хотя и разрозненный, уголовный кодексъ.

Что касается *наказаній*, то здѣсь слѣдуетъ отмѣтить слѣдующую особенность республиканскаго періода. Уже въ первую половину его образовалось правило, что обвиняемый передъ *comitia centuriata*, которому грозитъ смертная казнь, можетъ избѣжать ея, оставивши до приговора Римъ и удалившись въ изгнаніе—т. наз. *jus exulandi*. Во второй половинѣ это изгнаніе—*aquae et ignis interdictio*,—сопровождается по общему правилу потерей гражданской правоспособности лица и конфискаціей имущества, дѣлается обыкновеннымъ наказаніемъ за всѣ высшія преступленія, вмѣсто прежней смертной казни. Дольше всего смертная казнь сохранилась за убійство родственниковъ, но при Помпеѣ она была отмѣнена и здѣсь.

Д. Кризисъ и паденіе республики.

§ 28.

Очеркъ экономическихъ отношеній *).

Въ сферѣ экономическихъ отношеній періодъ республики является періодомъ колоссальныхъ измѣненій.

Въ началѣ періода римское общество состоитъ еще въ своей главной массѣ изъ мелкихъ хозяевъ, сидящихъ на своей землѣ (*adsidui*), живущихъ земледѣліемъ и скотоводствомъ. Не только внѣшній, но и внутренній оборотъ незначителенъ. Народное хозяйство, вообще говоря, находится еще въ стадіи хозяйства натурального. Какъ было отмѣчено выше, на это указываетъ и политическая организація народа (*comitia centuriata*) и общій характеръ постановленій XII т. и позднее появленіе монеты.

Но уже отъ самыхъ первыхъ временъ республики до насъ доходятъ отголоски начавшихся экономическихъ неурядицъ и экономической распри: очевидно, экономическое разслоеніе общества, „экономическая дифференціація“ началась.

Уже то большое вниманіе, которое удѣляетъ законодательство XII таблицъ долговому праву, та детальность, съ которою оно старается опредѣлить порядокъ взысканія по долгамъ, свидѣтельствуешь о томъ, что *задолженность* однихъ другимъ стала явленіемъ въ общественной жизни весьма распространеннымъ. А эта задолженность служитъ всегда показателемъ нѣкотораго перемѣщенія экономическаго центра тяжести.

Вся дальнѣйшая исторія первой половины республики свидѣтельствуешь о томъ, что отмѣченный процессъ разложенія обостряется все болѣе и болѣе. Борьба экономическихъ интересовъ

*) Ср. Гревсъ. Очерки по исторіи римскаго землевладѣнія. Спб. 1899. *Salvati. Le capitalisme dans le monde antique*. 1906.

аккомпанируетъ борьбу политической во всѣхъ ея стадіяхъ. Основными мотивами жалобъ со стороны бѣднѣйшаго населенія (являются та же задолженность и безземеліе, основными требованиями—облегченіе долговой тяготы и допущеніе къ пользованію *ager publicus*. Преданіе сообщаетъ намъ о нѣкоторыхъ мѣропріятіяхъ въ этомъ направленіи, но фактическая безрезультатность ихъ приводитъ бѣднѣйшую часть населенія, т. е. главную массу плебеевъ, къ мысли добиваться *политическаго господства*, какъ средства къ разрѣшенію соціального вопроса. Отсюда требованіе плебейства о допущеніи его къ магистратурамъ, отсюда демократическія реформы народныхъ собраний и т. д. Но едва эти требованія удовлетворены, оказывается, что соціальный вопросъ все-таки неразрѣшенъ, и опять начинается повтореніе прежняго—жалобы на задолженность, безземеліе и т. д.

Экономическое разслоеніе общества быстро прогрессируетъ, пропасть между богатыми и бѣдными углубляется. Экономическая эволюція въ концѣ концовъ приводитъ къ тому, что мелкое и среднее хозяйство почти совершенно исчезаетъ, и общество разлагается на два рѣзко отдѣленныхъ другъ отъ друга класса; на одной сторонѣ крупныя земельныя хозяйства и колоссальныя состоянія, на другой сторонѣ масса обезземеленнаго пролетаріата, нигдѣ не могущаго приложить своихъ рукъ и потому лишеннаго источниковъ существованія.

Общей и основной причиной этого соціального процесса явилось коренное измѣненіе условій экономической жизни Рима въ этомъ періодѣ. Римъ вышелъ изъ своего замкнутаго положенія; вмѣстѣ съ ростомъ и расширеніемъ своего политическаго вліянія онъ втягивался въ международный экономическій оборотъ и попадалъ въ зависимость отъ этого послѣдняго. Диктуя свои юридическіе законы міру, Римъ самъ оказывался въ сѣтяхъ экономическихъ законовъ этого міра.

Территорія Италіи не принадлежитъ къ числу особенно плодородныхъ, къ числу прирожденныхъ „житницъ міра“; обработка ея требуетъ значительной затраты труда и капитала. Между тѣмъ съ развитіемъ международныхъ отношеній Римъ открывался для гораздо болѣе дешеваго хлѣба, привозимаго изъ болѣе плодородныхъ странъ—Сициліи, Африки и т. д. Масса хлѣба поступаетъ также въ оборотъ, прибывая въ Римъ въ качествѣ провинціальной подати (*decuma*). Весь этотъ иностранный хлѣбъ создаетъ огромную конкуренцію мѣстному, понижая его цѣну и тѣмъ затрудняя хозяйственную жизнь мѣстнаго земледѣльца. Эта конкуренція, конечно, гораздо скорѣе разрушала хозяйства мелкія, тѣмъ болѣе, что къ этой основной причинѣ присоединялись другія, еще болѣе ускоряющія и обостряющія этотъ процессъ.

Въ числѣ этихъ причинъ на первомъ мѣстѣ должно быть поставлено *рабство*. Рабы представляли крайне дешевую рабочую силу. То хозяйство, которое могло эксплуатировать ихъ въ возможно большемъ количествѣ, значительно сокращало этимъ свои издержки производства, а вслѣдствіе этого оказывалось и болѣе

устойчивымъ въ экономической конкуренціи. А такими хозяйствами были, конечно, хозяйства крупныя.

Неравно отзывалась на богатыхъ и бѣдныхъ и *всеобщая воинская повинность*. Вслѣдствіе почти непрерывныхъ войнъ въ теченіе первой половины республики почти всѣ трудоспособные граждане должны были безпрестанно — и именно въ рабочую пору—покидать свои участки для походовъ. Крупные землевладѣльцы переносили это сравнительно легко: благодаря тѣмъ же рабамъ, ихъ земля не оставалась безъ надлежащей обработки; но на мелкія хозяйства всякое сокращеніе рабочихъ рукъ или рабочихъ дней дѣйствуетъ губительно. Сплошь и рядомъ для поправленія своихъ дѣлъ мелкіе хозяева принуждены прибѣгать къ займамъ, закладамъ и т. д. Отсюда та задолженность, о которой говорилось выше, а эта задолженность — при сохраненіи тѣхъ же экономическихъ условій—приводитъ въ концѣ концовъ къ тому, что мелкіе хозяева или сами сбываютъ свои участки или они у нихъ продаются съ молотка. И, конечно, пріобрѣтателями являются болѣе богатые.

Ко всему этому во второй половинѣ республики присоединяется еще то, что со стороны римской аристократіи возникаетъ *усиленный спросъ на землю*. Какъ было упомянуто выше, лицамъ, принадлежавшимъ къ классу *nobiles*, запрещалось участіе въ торговлѣ и промыслахъ; единственнымъ остающимся для нихъ экономическимъ положеніемъ было землевладѣніе. По мѣрѣ увеличенія этого класса, по мѣрѣ возростанія въ его средѣ богатствъ (въ значительной степени добытыхъ „кормленіемъ“ въ провинціяхъ) усиливается и спросъ на землю въ Италіи, вслѣдствіе чего цѣны на нее поднимаются совершенно несоотвѣтственно ея доходности: она нужна только какъ нѣкоторое помѣщеніе капитала. Эти высокія цѣны служатъ еще большимъ соблазномъ для тѣснимаго и задолженнаго мелкаго землевладѣльца, вызывая у него желаніе раздѣлаться со своимъ бездоходнымъ хозяйствомъ за предлагаемую крупную сумму.

Результатомъ всѣхъ этихъ причинъ является полное исчезновеніе мелкихъ крестьянскихъ хозяйствъ къ концу республики и распространеніе тѣхъ *латифундій*, которыя, какъ извѣстно, „погубили Римъ“. Равнымъ образомъ, измѣняется и самый характеръ земледѣльческаго хозяйства: размѣры заповѣдей сокращаются; на лучшихъ земляхъ ведется хозяйство садовое, а все остальное превращается въ пастбище для скота. Землевладѣніе перестаетъ быть хозяйственнымъ предпріятіемъ, имѣющимъ свою цѣлью служить нормальнымъ источникомъ дохода, а становится лишь хранилищемъ мертваго капитала, дающимъ извѣстныя соціальныя преимущества. Сельско-хозяйственная культура въ Италіи падаетъ.

Одновременно съ описаннымъ процессомъ перестроенія аграрныхъ отношеній совершается другой весьма важный процессъ: по мѣрѣ того, какъ земледѣліе утрачиваетъ свое первенствующее значеніе въ экономической жизни Рима (т. е. Италіи),

на сцену все болѣе и болѣе выступает *капиталь движимый, денежный* и накладывает на все отпечатокъ *коммерческой*. Уже къ концу первой половины республики торговый и денежный оборотъ начинает не удовлетворяться старой мѣдной монетой (ассомъ), и съ 269 г. до Р. X. она замѣняется серебряной—денаріемъ (=10 ассамъ; на наши деньги=приблизительно 1 франку); рядомъ съ денаріемъ чеканится и болѣе мелкая монета—*сестерцій*, равный $\frac{1}{4}$ денарія (около 10 коп. на наши деньги). Наконецъ, при Цезарѣ вводится золотая монета, *aureus*, равная 100 сестерціямъ.

Денежный капиталъ прежде всего приливаетъ въ Римъ ввидѣ *военной добычи*, такъ какъ по общему правилу Римъ послѣ покоренія какого-либо врага конфисковалъ въ свою пользу всю его казну. Пока Римъ имѣлъ дѣло со своими небогатыми ближайшими сосѣдями, эта добыча была еще невелика, но послѣ покоренія богатыхъ заморскихъ странъ (Сициліи, Африки, Азии и т. д.), гдѣ имѣлись огромныя сокровища, Римъ былъ залитъ награбленнымъ золотомъ и драгоценностями. Все это золото въ значительной части своей разными путями попадаетъ въ руки руководящаго класса римской аристократіи и концентрируется тамъ въ колоссальныя состоянія. Эти состоянія еще больше увеличиваются во время поѣздокъ представителей этого класса въ качества проконсуловъ и пропреторовъ въ провинціи. Выше уже было отмѣчено, что провинціальныя намѣстники, снабженные неограниченною властью надъ провинціалами, широко пользовались этой властью и въ своихъ собственныхъ интересахъ. За ними тянулись въ провинціи и представители всадническаго сословія, забирая въ свои руки на откупъ провинціальныя подати, государственныя рудники и т. п., покрывая, подъ защитой римской власти, всѣ провинціи цѣлой сѣтью своихъ банкирскихъ и торговыхъ предпріятій. вмѣстѣ съ тѣмъ измѣняется и общій хозяйственный обликъ самаго Рима. Онъ дѣлается центромъ міровой торговли и міровой спекуляціи, центральной биржей всего античнаго міра. Въ его стѣнахъ кипитъ коммерческая жизнь, развивается сложный денежный оборотъ, заводится цѣлое сословіе профессиональныхъ банкировъ (*argentarii*), появляется спекуляція на всѣ предметы торговли и промышленности.

Но денежный капиталъ также оставляетъ въ сторонѣ подавляющую массу населенія, мелкихъ людей. Въ всѣхъ указанныхъ торговыхъ, промышленныхъ и банкирскихъ предпріятіяхъ они почти вовсе не находятъ себѣ мѣста въ качества вольнонаемныхъ рабочихъ; они нигдѣ не нужны, ибо и здѣсь весь необходимый рабочей персоналъ составляется, главнымъ образомъ, изъ рабовъ; рабы фигурируютъ не только въ качества низшей рабочей силы, но и въ качества высшихъ отвѣтственныхъ агентовъ—начальниковъ филиальныхъ отдѣленій (*institores*), капитановъ торговыхъ кораблей (*magistri navis*) и т. д. Даже въ области мелкаго ремесла и мелкой базарной торговли рабы стѣсняють свободныхъ людей своей конкуренціей, ибо и здѣсь появляются массы рабовъ ремесленниковъ и мелкихъ торговцевъ, ходящихъ отъ господина по оброку.

Можно спорить о томъ, слѣдуетъ-ли или нѣтъ экономическое состояніе Рима къ концу республики называть современнымъ терминомъ *капитализма*. Нельзя отрицать того, что между капиталомъ римскимъ и капиталомъ современнымъ есть огромная разница: капиталъ современный направленъ по преимуществу на производство, его главная сфера—промышленность; капиталъ римскій, напротивъ, имѣетъ характеръ торговый и спекулятивный. Но при всемъ томъ социальныя результаты, въ общемъ, одни и тѣ же: крайнее разслоеніе общества на богатыхъ и бѣдныхъ, концентрація капитала въ относительно немногихъ рукахъ, образование огромной массы пролетаріата, не знающаго куда приложить свой трудъ и гдѣ искать источниковъ для своего существованія. Благодаря обилію рабовъ, эти явленія въ Римѣ еще рѣзче, и можно сказать, что къ концу республики Римъ стоялъ передъ т. н. *соціальнымъ вопросомъ* въ его еще болѣе острой формѣ, чѣмъ современность.

Римское правительство не могло, конечно, не видѣть всей опасности указаннаго экономическаго процесса и растущей пролетаризаціи народныхъ массъ, и въ теченіе всего республиканскаго періода мы видимъ рядъ попытокъ *остановить этотъ процессъ* и такъ или иначе помочь бѣднѣйшимъ элементамъ населенія. Типичными, періодически повторяющимися мѣропріятіями въ этомъ направленіи являются слѣдующія.

а) *Законы, касающіеся задолженности и высоты процентовъ*. Уже законы XII т. установили максимумъ процентовъ въ $8\frac{1}{3}\%$ годовыхъ ($\frac{1}{12}$ часть капитала въ годъ, *foenus unciarium*—*ex asse uncia*); кредиторы, взявшіе больше этого, рассматривались какъ ростовщики—*foeneratores*, и должны были вернуть излишне взятое вчетверо (in quadruplum). Въ половинѣ IV вѣка до Р. X. вопросъ о процентахъ пережилъ особенно острый кризисъ: неизвѣстный по имени законъ 347 г. понизилъ максимумъ законовъ XII т. на половину—до $4\frac{1}{6}\%$ (*lex seminiunciaris*), а черезъ нѣсколько лѣтъ (342 г.) законъ *Генуція* (*lex Genucia*) декретировалъ даже полное запрещеніе процентовъ. Но, конечно, законъ этотъ могъ быть только мертворожденнымъ, и къ концу періода обычный максимумъ $\%$ установился на 12% годовыхъ.

Въ особенно острые минуты народныхъ смутъ римское правительство рѣшалось даже на законодательное уничтоженіе или пониженіе всѣхъ существующихъ въ тотъ моментъ долговъ—т. н. *tabulae novae*. Но, само собою разумѣется, ни такія чрезвычайныя мѣры, ни законы о ростовщичествѣ не въ силахъ были парализовать основныя причины экономическихъ затрудненій и уничтожить экономическую нужду однихъ и эксплуатацію другихъ: они являлись палліативами, къ тому же на практикѣ легко обходились.

б) Нѣкоторымъ противовѣсомъ растущему обезземеленію массъ могло бы служить цѣлесообразное распредѣленіе тѣхъ земель, которыя пріобрѣтала Римъ въ качества *ager publicus*. Но Римъ смотрѣлъ на этотъ земельный фондъ исключительно

съ фискальной точки зрѣнія казенныхъ доходовъ. Если эти земли не распродавались, то онѣ предоставлялись или въ аренду или для *оскупации* со стороны всѣхъ и каждого, причемъ, конечно, и здѣсь богатство и капиталъ захватывали себѣ львиную долю. Тѣмъ не менѣе бѣднѣйшая часть населенія всегда указывала на *ager publicus*, какъ на тотъ источникъ, изъ котораго, хотя бы отчасти, могла быть удовлетворена земельная нужда народа. И правительство отъ поры до поры оказывалось вынужденнымъ удовлетворять этимъ требованіямъ. Отсюда многочисленные *аграрные законы* республиканскаго періода, общемо цѣлью которыхъ является или прямое распредѣленіе той или другой части *ager publicus* между мелкими земледѣльцами, или такое или иное ограниченіе пользованія общественными землями для богатыхъ. Типичнымъ закономъ этого рода является (если только сообщеніе о немъ соотвѣтствуетъ исторической дѣйствительности) *законъ Лицинія и Секстія* (367 г.), въ которомъ, кромѣ статьи объ облегченіи существующихъ долговъ, опредѣляется, что никто не можетъ взять въ однѣ руки изъ *ager occupatorius* болѣе 500 югеровъ и выгонять на общественное пастбище болѣе 100 быковъ и 500 овецъ. Но всѣ законы подобнаго рода въ лучшемъ случаѣ облегчали положеніе лишь на самое короткое время.

Болѣе энергично и планомерно принялось за дѣло правительство въ эпоху и по настоянію *Гракховъ*: были образованы коммисіи для основанія цѣлой сѣти колоній изъ мелкихъ земледѣльцевъ на казенныхъ земляхъ, были отведены земли и т. д. Но и эти мѣры не принесли существенной пользы: новые земледѣльцы на мѣстахъ своего поселенія снова встрѣчались съ тѣми же хозяйственными условіями, которыя обезземелили ихъ раньше. Послѣ извѣстнаго промежутка поселенцы опять бросали хозяйство, продавали землю и возвращались въ Римъ. Законы *Гракховъ* установили было даже неотчуждаемость отведенныхъ колонистамъ участковъ, но послѣ гибели *Гракховъ* этотъ принципъ неотчуждаемости былъ отмѣненъ. вмѣстѣ съ тѣмъ къ концу республики *ager publicus* въ Италіи оказался совсѣмъ розданнымъ; послѣдніе остатки его ушли на обезпеченіе ветерановъ.

с) По преданію, одной изъ статей того же *Лициніева закона* предписывалось крупнымъ землевладѣльцамъ употреблять для воздѣлыванія своихъ полей опредѣленное число свободныхъ рабочихъ соразмѣрно съ числомъ ихъ рабовъ *). Если это преданіе вѣрно, то изъ этого предписанія можно заключить, что законодательство пыталось и такимъ путемъ найти приложеніе свободному труду и ограничить всепроникающую конкуренцію рабовъ. Но, очевидно, и такой приемъ обреченъ былъ на такую же безрезультатность, какъ и вышеуказанные.

Выбрасываемыя за бортъ нормальной экономической жизни, лишенные работы и средствъ существованія, массы пролетаріевъ скопляются въ Римѣ и занимаютъ тамъ безпокойное, а временами

*) См. *Моммзень*. Римская исторія. Рус. пер. т. I, стр. 294.

и угрожающее положеніе. Правительство поневолѣ должно заботиться о нихъ, давая имъ и хлѣбъ и зрѣлища. Развивается институтъ *frumentatio*, т. е. снабженіе народа дешевымъ, а то и прямымъ даровымъ хлѣбомъ на счетъ казны. Эта послѣдняя мѣра, вызывавшаяся, конечно, прямою необходимостью минуты, еще болѣе ухудшала общее положеніе. Всѣ тѣ, которые еще напрягали свои послѣднія силы въ борьбѣ за самостоятельное хозяйственное существованіе, должны были увидѣть ненужность этой борьбы: ихъ скудное и трудовое существованіе должно было казаться горькой ироніей рядомъ, правда, съ такой же скудной, но зато совершенно праздною жизнью римской черни, содержимой на счетъ казны. Количество такихъ пансіонеровъ неудержимо растетъ, и при *Цезарѣ* число получающихъ казенный хлѣбъ доходитъ уже до 320 тыс. *).

Въ то самое время, когда Римъ завоевывалъ себѣ господство надъ міромъ, когда онъ развивалъ свои демократическія учрежденія, вырабатывалъ общеміровое право,—въ это самое время, въ самый блестящій періодъ своей исторіи, онъ уже тайлъ въ себѣ роковую соціальную болѣзнь, которая вносила разложеніе въ столь мощный по внѣшности организмъ и которая должна была потрясти его до самой глубины. Колоссальныя богатства, праздность и развратъ деморализуютъ высшіе классы населенія; безнадежная нищета и такая же праздность вызываютъ не меньшую деморализацію низшихъ; огромныя массы рабовъ, расселенныхъ въ помѣстьяхъ, начинаютъ занимать угрожающее положеніе. Вездѣ смута; безопасности и порядка нѣтъ нигдѣ. Общество и государство переживаютъ общій и острый кризисъ.

§ 29.

Паденіе республики **).

Правовой строй римской республики обладаетъ многими совершенно своеобразными особенностями, которыя являлись источникомъ и его величія и его слабости. Если мы окинемъ общимъ взглядомъ основныя начала этого строя, то мы замѣтимъ слѣдующее.

1) Въ области государственнаго права наиболѣе крупными особенностями отличается строеніе римскихъ магистратуръ и организація народныхъ собраній.

Что касается, прежде всего, *магистратуръ*, то, какъ было указано выше, ихъ власть, *imperium*, являющаяся продолженіемъ прежней царской власти, обладала принципиальной полнотой и неограниченностью; юридическихъ ограниченій ея предѣловъ почти

*) См. *Ivo Pfaff*. Ueber den rechtlichen Schutz des wirtsch. Schwächeren in der röm. Kaisergesetzgebung. 1897. стр. 23.

**) См. *G. Bloch*. La république romaine. 1913. p. 191—330.

не существовало. Даже по отношенію къ народу магистратъ въ теченіе своего должностного года принципиально независимъ и самостоятеленъ. По справедливому замѣчанію *Геринга*, народъ создавалъ себѣ въ магистратѣ не слугу, не нѣчто низшее (*minister*), а господина, т. е. нѣчто высшее (*magister*). Съ момента вступленія въ должность онъ получалъ право отправлять ее по своему, совершенно свободному убѣжденію. Такая свобода давала, конечно, ему возможность въ каждомъ конкретномъ случаѣ дѣйствовать энергичнѣе на благо народа и не по тѣмъ или другимъ заранее установленнымъ шаблонамъ, а сообразно особенностямъ случая и положенія. Въ этомъ заключалось, безспорно, огромное преимущество римскихъ магистратуръ по сравненію съ должностными лицами современнаго государства*). Но, съ другой стороны, въ этой почти неограниченной свободѣ заключалась и большая опасность: свобода убѣжденія легко могла превратиться въ свободу произвола, и огромная власть магистрата, вмѣсто служенія благу народа, могла оказаться направленной на служеніе той или другой партіи или даже тѣмъ или другимъ личнымъ интересамъ.

Правда, возможность возрожденія абсолютизма фактически устранялась въ Римѣ кратковременностью службы, правомъ *intercessio* и т. д. Но, во-первыхъ, не устранялась возможность отдѣльныхъ произвольныхъ дѣйствій, а, во-вторыхъ, самые эти коррективы вносили новые недостатки въ административный механизмъ республики. Обязательная кратковременность службы служила значительнымъ тормазомъ для процвѣтанія отдѣльныхъ вѣтвей управленія. Ни одинъ магистратъ, если онъ имѣлъ программу сколько-нибудь серьезныхъ реформъ въ той или другой области администраціи, не могъ въ такой короткій срокъ провести ее въ жизнь; это приводило фактически къ тому, что управленіе (финансовое, полицейское и т. д.) шло по традиционнымъ шаблонамъ и къ концу республики оказалось не на высотѣ положенія.—Возможность вмѣшательства со стороны другого, равнаго или высшаго, магистрата (*jus intercessionis*) и отсутствіе точно разграниченныхъ компетенцій вносило также большую путаницу и неопредѣленность въ дѣятельность отдѣльныхъ носителей власти.—Каждая отрасль государственнаго управленія требуетъ извѣстной специальной, технической подготовки и опытности отъ лицъ, которымъ она ввѣряется; между тѣмъ въ Римѣ для избранія въ магистраты такой специальной подготовки не требовалось. Каждый могъ быть избранъ въ любую должность, а по общему правилу лицо, посвящающее себя должностной карьерѣ, проходило всѣ ихъ въ началѣ опредѣленномъ порядкѣ; поочередно оно оказывалось то эдиломъ—и тогда завѣдывало полиціей, то квесторомъ—и тогда получало въ свои руки дѣла казны и госуд. архива, то преторомъ, руководившимъ судомъ и юрисдикціей, то консуломъ—въ роли военачальника. Но

*) Только эту сторону и видитъ *Герингъ*. *Geist des römischen Rechts* II. 1-te Abth. § 35. Ср. къ этому *Покровский*. *Право и фактъ въ рим. правѣ*. Ч. II, стр. 207 и сл.

очевидно, что едва-ли многіе обладали всѣми качествами, необходимыми для каждой изъ этихъ должностей.

Вообще вся, такимъ образомъ построенная, система магистратуръ могла еще годиться для той маленькой общины, какою былъ Римъ въ началѣ республики, съ несложнымъ бытомъ и несложными государственными задачами; но она оказывалась непригодной для такого огромнаго государства, какимъ сталъ Римъ съ покореніемъ Италіи и провинцій. Этими недостатками въ значительной степени объясняется то усиленіе роли сената, которое наблюдается во второй половинѣ республики въ разныхъ областяхъ государственнаго управленія. Но этими же недостатками объясняется, съ другой стороны, и появленіе различныхъ чрезвычайныхъ диктатуръ послѣдняго столѣтія: лицо, очутившееся у власти, если оно обладало сильнымъ, дѣятельнымъ характеромъ и болѣе или менѣе широкой государственной программой, стремится освободить себя отъ всѣхъ указанныхъ стѣсненій—срока, *intercessio* и т. д.

Не менѣе существеннымъ порокомъ страдаетъ и *организация народныхъ собраний*. При всѣхъ ихъ разнообразныхъ формахъ и реформахъ, они въ теченіе всего республиканскаго періода остаются построенными по типу собраний *вѣчевыхъ*: каждый гражданинъ долженъ принимать участіе въ собраніи непосредственно и лично. Идея политическаго представительства, идея *парламентарнаго строя*, оставалась для всего античнаго міра недоступной. Не говоря уже о серьезныхъ недостаткахъ такихъ народныхъ собраний въ дѣлѣ законодательства, суда и т. д., необходимость личнаго участія каждаго фактически приводила къ тому, что далеко не все населеніе могло принимать участіе въ политической жизни страны: населеніе *города* Рима являлось фактически господиномъ всего государства. И здѣсь такой порядокъ вещей не представлялъ особеннаго противорѣчія лишь до тѣхъ поръ, пока римское государство совпадало съ городомъ Римомъ; но когда римское гражданство оказалось занимающимъ всю территорию Италіи, рѣшеніе народнаго собранія по существу далеко не выражало собою истиннаго мнѣнія всего населенія государства. Если же еще принять во вниманіе, что къ концу періода въ Римѣ скопляется масса пролетаріата, выброшеннаго изъ разныхъ мѣстъ, и что именно эта масса, деморализованная праздностью и подаянками, составляетъ подавляющее большинство въ народныхъ собраніяхъ, то легко понять быстрый упадокъ авторитета этихъ послѣднихъ и быстрое исчезновеніе ихъ въ началѣ имперіи.

2) Если мы перейдемъ къ области *гражданскаго права* и граждански-правового творчества, то и здѣсь мы должны отмѣтить аналогичныя черты свободы и неопредѣленности. То, что было сказано выше относительно магистратовъ вообще, можетъ быть повторено полностью и относительно того магистрата, который завѣдывалъ гражданской юрисдикціей,—*претора*. Полнота его власти, дававшая ему право временами даже поступать вопреки закону (дѣлать *jus sine effectu*), помогла ему сдѣлать без-

конечно много для гражданского праворазвитія. Но, съ другой стороны, нельзя закрывать глаза и на тѣневныя стороны такой власти. Прежде всего, самый дуализмъ правовыхъ системъ съ его разнообразными *pura iura* и т. д. создавалъ временами чрезвычайную запутанность не только теоретическую, но и практическую. Затѣмъ, возможность для претора не считаться *in concreto* съ предписаніями закона создавала извѣстную неувѣренность для частныхъ лицъ въ томъ, какъ будетъ разрѣшенъ имъ тотъ или другой интересующій ихъ конкретный случай, создавала неясность и неопредѣленность, особенно чувствительную для развитого дѣлового оборота. Наконецъ, и здѣсь свобода усмотрѣнія легко могла перейти въ свободу произвола. Конечно, въ большинствѣ случаевъ преторы дѣйствовали такъ, какъ подсказывалъ имъ живой голосъ общественнаго мнѣнія, которое и являлось для нихъ лучшимъ контролеромъ. Но когда голосъ общественнаго мнѣнія замѣнился беспорядочнымъ шумомъ толпы безъ опредѣленныхъ интересовъ и опредѣленныхъ общественныхъ идеаловъ, такая свобода усмотрѣнія должна была обнаружить свои сомнительныя стороны. И дѣйствительно, въ послѣднемъ столѣтіи республики замѣчается тенденція къ большому водворенію въ области гражданскихъ отношеній *принципа законности: lex Cornelia* (см. § 19) является выраженіемъ этой тенденции, хотя и не является ея полнымъ осуществленіемъ.

3) Наконецъ, въ области *уголовнаго права и процесса* существеннѣйшими недостатками являлись: а) во-первыхъ, также недостаточная опредѣленность того, что дозволено, что запрещено, ибо уставы отдѣльныхъ *quaestiones perpetuae* всего не охватывали и оставалась еще большая сфера, гдѣ дѣйствовала никакими нормами несвязанная административная *coercitio*; б) во-вторыхъ, *принципъ частной accusatio*, т. е. зависимость уголовного преслѣдованія исключительно отъ частной инициативы отдѣльныхъ гражданъ. Этотъ принципъ могъ годиться также лишь до той поры, пока соціальныя и нравственные устои общества не были расшатаны, пока общество жило нормальною и интенсивною общественною жизнью. Когда же все это поколебалось, принципъ частной *accusatio* сталъ только источникомъ многочисленныхъ и самыхъ неприятныхъ злоупотребленій.

Т. обр., во всѣхъ самыхъ основныхъ областяхъ государственной жизни мы встрѣчаемся съ такими крупными погрѣшностями въ строеніи государственнаго механизма, что блестящее развитіе Рима въ періодъ республики можетъ показаться нѣсколько непонятнымъ. Но оно станетъ совершенно понятнымъ, если мы примемъ во вниманіе ту чрезвычайно интенсивную общественную жизнь, которая такъ характерна для Рима. Весь римскій государственный механизмъ для самого своего функционирования предполагалъ развитое, сознающее свои интересы и свои права общество и постоянное, неуклонное участіе его въ политической жизни. Это постоянное живое участіе являлось лучшей гарантіей противъ всякихъ попытокъ самовластиа и

произвола, вслѣдствіе чего римляне пользовались выгодными сторонами независимаго положенія своихъ магистратовъ, не опасаясь сторонъ невыгодныхъ. При такихъ условіяхъ всѣ отмѣченныя погрѣшности римскаго республиканскаго строя являлись тѣми неправильностями въ дѣлѣ и образѣ жизни, которыя до поры до времени могли позволить себѣ необыкновенно здоровый общественный организмъ.

Но положеніе рѣзко должно было измѣниться, когда описанный выше процессъ экономическаго и духовнаго разложенія въ корень расшаталъ устои общественной жизни, подрылъ ту реальную общественную основу, на которой стоялъ весь республиканскій государственный механизмъ. Тогда всѣ его недостатки стали давать себя чувствовать и, чѣмъ дальше, тѣмъ сильнѣе. Передъ Римомъ встала проблема: или вновь оздоровить общественную атмосферу или же перестроить организацію учреждений. Первое было бы, быть можетъ, цѣлесообразнѣе и лучше, но для этого нужны были самыя коренныя соціальныя реформы, на которыя римское общество рѣшиться не могло. Второе не давало радикальнаго излѣченія болѣзни, но было сравнительно проще и легче. И римская исторія пошла по этому второму пути.

Все послѣднее столѣтіе живетъ этой мучительной мыслью—перестроить республику. Смутное и тревожное состояніе общества не даетъ ни времени ни возможности для спокойной работы въ этомъ направленіи. Взамѣнъ ея появляются диктатуры съ чрезвычайными полномочіями: Сулла въ качествѣ *dictator legibus scribundis et rei publicae constituendae*, Цезарь въ качествѣ *dictator perpetuus*, вторые триумвиры въ качествѣ *tresviri rei publicae constituendae consulari imperio* и, наконецъ, Октавіанъ Августъ, съ котораго начинается новый періодъ римской исторіи.

ГЛАВА III.

Періодъ принципата.

§ 30.

Государственное устройство и управление.

Въ 27 году до Р. X. Октавіанъ Августъ сложилъ съ себя ту чрезвычайную власть, которою онъ пользовался до сихъ поръ сначала въ качествѣ триумвира, а потомъ одинъ, и т. обр. „возстановилъ республику“. Но въ этой „возстановленной“ республикѣ появился въ его лицѣ новый весьма существенный элементъ—новый экстраординарный магистратъ, императоръ или *принсепс*, совмѣщающій въ себѣ самыя разнородныя, но важнѣйшія функции, вслѣдствіе чего этотъ періодъ рѣзко отдѣляется отъ предыдущаго.

На первыхъ порахъ основные принципы республики по внѣшности остаются нетронутыми. Признается начало народнаго суверенитета, созываются народныя собранія, императорская власть выражаетъ себя въ старыхъ республиканскихъ понятіяхъ: императоръ является *принсепс*, т. е. только какъ бы первый между равными, получаетъ отъ народа *imperium* и *tribunicia potestas* и т. д. Но подъ этой внѣшностью совершается глубокое внутреннее перерожденіе, процессъ постепенной переработки республики въ абсолютную монархію. Вслѣдствіе этого государственное устройство этого періода имѣетъ характеръ чего-то переходнаго: вначалѣ оно ближе къ республикѣ, въ концѣ—почти абсолютная монархія, какою оно рѣшительно становится со времени Диоклетіана *).

Процессъ этого превращенія начинается съ *паденія народныхъ собраній*. Вначалѣ они еще созываются, но уже только больше для формы: ихъ законодательная функция и выборъ магистратовъ сводится къ простому утвержденію предложеній императора или сената; голосованіе превращается въ простую *acclamatio*, пока, наконецъ, и эти послѣдніе остатки формы не отпадаютъ. Уже Тиберій переноситъ избраніе магистратовъ въ сенатъ („*a cunctis comitia ad patres transtulit*“); нѣсколько дольше созываются народныя собранія для утвержденія законовъ, но это перестаетъ быть необходимою, а къ концу I вѣка по Р. X. и вовсе прекращается (послѣдній законъ, изданный съ участіемъ народа, есть *lex agraria* 98 г. при императорѣ Нервѣ).

*) См. Э. Гриммъ. Исслѣдованія по исторіи развитія римской императорской власти. Т. I. (1900), т. II (1901).

Съ паденіемъ народныхъ собраній въ качествѣ высшихъ органовъ государственной власти остаются *сенатъ и императоръ*. Къ сенату переходятъ теперь всѣ прежнія права и функции народныхъ собраній, вслѣдствіе чего онъ дѣлается теперь, наравнѣ съ императоромъ, носителемъ государственнаго суверенитета. Вслѣдствіе же этого и самое государственное устройство характеризуется часто, какъ двоевластіе или *диархія*. Внѣшнимъ образомъ это двоевластіе выражается въ слѣдующемъ: а) рядомъ со старыми республиканскими магистратами, избираемыми сенатомъ, развивается система чиновниковъ императорскихъ, дѣйствующихъ именовъ императора и по его порученію; б) провинціи дѣлятся на сенатскія и императорскія: первыя управляются сенатомъ, вторыя непосредственно подчинены императору; в) рядомъ съ государственной казной, находящейся въ завѣдываніи сената,—старымъ *aerarium*,—появляется казна императорская—*fiscus*; д) какъ императоръ, такъ и сенатъ имѣютъ право чеканить монету.

Въ идеалѣ обѣ эти власти—императоръ и сенатъ—должны были дѣйствовать рядомъ, взаимно дополняя и поддерживая другъ друга. Но этотъ идеалъ оказался неосуществимымъ. Сенатъ дѣлается органомъ республиканской партіи и носителемъ республиканскихъ традицій; императорская власть, напротивъ, все болѣе и болѣе тяготеетъ къ абсолютизму и не мирится съ сосѣдствомъ сената. вмѣсто идиллической гармоніи, между этими обоими, совершенно противоположными, элементами все время идетъ то открытая, то глухая борьба, приводящая въ концѣ концовъ къ полному торжеству императорской власти и къ превращенію *диархіи* въ монархію.

Юридически взаимное соотношеніе обѣихъ этихъ властей таково. *Сенатъ*, прежде всего, дѣлается теперь единственнымъ законодательнымъ органомъ; даже проекты императора для того, чтобы получить силу закона, должны быть внесены въ сенатъ (*rogatio principis*) и получить здѣсь свою санкцію; императоръ, въ принципѣ, какъ прежде всякій магистратъ, не стоитъ выше закона; онъ подчиненъ ему. Сенатъ, далѣе, *избираетъ* старыхъ республиканскихъ магистратовъ, а также самого императора по смерти предыдущаго (обыкновенно это избраніе также только формальность: преемникъ указывается самимъ императоромъ посредствомъ усыновленія или завѣщанія) и сообщаетъ ему его полномочія посредствомъ *lex de imperio*. Сенатъ, наконецъ, имѣетъ извѣстную судебную и административную власть (напр., управленіе сенатскими провинціями), хотя эта власть, чѣмъ далѣе, тѣмъ все болѣе и болѣе сокращается.

Императоръ. Какого-либо установившагося официального титула императоръ не имѣетъ; онъ именуется *imperator*, *Augustus*, но чаще всего—*princeps*, вслѣдствіе чего самый этотъ періодъ принято называть *періодомъ принципата*. *Принсепс*, въ идеѣ, есть только высшій республиканскій магистратъ, правда, пожизненный и съ чрезвычайною властью, но все же только магистратъ, вслѣдствіе чего этотъ періодъ называютъ также и *періодомъ*

республиканской империи. Въ лицѣ императора сосредоточивается власть, которую обыкновенно разлагаютъ на слѣдующіе элементы: а) *imperium*, т. е. высшее военное командованіе, управленіе международными отношеніями и высшая административная власть (а также и право юрисдикціи); въ качествѣ военного командира императоръ, далѣе, имѣетъ право полного и безконтрольнаго управления тѣми провинціями, въ которыхъ обыкновенно стоятъ войска (провинціи императорскія — пограничныя); б) *imperium proconsulare*, т. е. право общаго проконсула надъ сенатскими провинціями, что даетъ императору возможность извѣстнаго контроля и надъ правителями этихъ провинцій; в) *tribunicia potestas*, которая даетъ императору качество *sacrosanctus* и право *intercessio* по отношенію ко всѣмъ республиканскимъ магистратамъ.

Государственное управленіе, согласно отмѣченному началу дѣрхін, осуществляется при помощи двоякой системы органовъ: республиканскихъ магистратовъ и императорскихъ уполномоченныхъ.

а) *Республиканскія магистратуры* по имени продолжаютъ существовать все время, но фактически онѣ все болѣе и болѣе отстраняются отъ активнаго участія въ управленіи. *Консулы* лишились военнаго командованія и вмѣстѣ съ тѣмъ своей главной функціи; они являются теперь только предсѣдателями сената и завѣдуютъ нѣкоторыми спеціальными дѣлами — напр., дѣлами объ опекахъ, о фидейкомиссахъ и т. п. Больше всего на своемъ мѣстѣ удержалась *претура*: преторы попрежнему завѣдуютъ юрисдикціей гражданской (производство *in iure*, составленіе формулъ и т. д.) и уголовной (какъ предсѣдатели въ *quaestiones perpetuae*). *Цензура* находится все время въ весьма шаткомъ положеніи. *Цензь* въ прежнемъ смыслѣ (т. е. перепись гражданъ съ распредѣленіемъ по трибамъ и т. д.) теперь уже, конечно, не производится, составленіе сенаторскихъ списковъ также отходитъ отъ нея; тѣмъ не менѣе цензорская власть часто вручается императорамъ (въ *lex de imperio*), пока Домиціанъ не объявилъ, что впредь она всегда будетъ входить въ составъ императорской власти (*senso perpetuus*). *Эдилы* сохраняютъ только надзоръ за рынками и торговую юрисдикцію, *квесторы* фигурируютъ лишь въ качествѣ органовъ казначейства.

б) Параллельно постепенному замиранію республиканскихъ магистратуръ идетъ развитіе *системы императорскихъ чиновниковъ*, какъ уполномоченныхъ императора. При особѣ императора стоитъ его личный совѣтъ — *consilium principis*, который первоначально не имѣлъ юридическаго значенія, но съ имп. Адриана приобрѣлъ характеръ официальнаго государственнаго учрежденія. Во главѣ всѣхъ императорскихъ довѣренныхъ лицъ стоитъ *praefectus praetorio*, начальникъ императорской гвардіи, а потому лицо особо довѣренное. Постепенно ему императоры начинаютъ поручать тѣ или другія дѣла, подлежащія личному суду императора, и т. обр. мало-по-малу развивается уголовная компетенція *praefectus praetorio* надъ всею Италией. За нимъ слѣдуетъ: *prae-*

fectus urbi, начальникъ полиціи, а по связи съ ней и уголовной юрисдикціи въ городѣ Римѣ; *praefectus vigiliis*, завѣдующій пожарной частью, *praefectus annonae*, завѣдующій теперь, вмѣсто эдиловъ, народнымъ продовольствіемъ, и наконецъ, разнообразныя *curatores* въ отдѣльныхъ отрасляхъ императорскаго управленія.

Что касается *мѣстнаго управленія Италиі*, то оно продолжаетъ и теперь покоиться на принципѣ муниципальнаго самоуправленія. Однако, внутри органовъ этого самоуправления происходитъ такое же перемѣщеніе центра тяжести, какъ и въ самомъ Римѣ. Муниципальныя народныя собранія исчезаютъ, а ихъ функціи переходятъ къ муниципальному сенату (*decuriones*); муниципальныя магистраты сохраняются. Рядомъ съ ними появляются, однако, императорскіе контролеры мѣстныхъ дѣлъ въ лицѣ назначаемыхъ императоромъ *curatores rei publicae*. Первоначальнымъ назначеніемъ ихъ было блюсти интересы императорской казны, но отсюда развился затѣмъ ихъ общій правительственный контроль.

Управленіе провинцій находится въ рукахъ или посылаемыхъ сенатомъ проконсуловъ (провинціи сенатскія) или посылаемыхъ императоромъ легатовъ — *legati Caesaris pro praetore* (провинціи императорскія). Во всѣхъ случаяхъ правителю провинціи принадлежитъ высшая полицейская, судебная и финансовая власть. Для предупрежденія особеннаго сближенія правителя съ мѣстнымъ населеніемъ ему запрещается жениться на провинціалкѣ, раздавать провинціаламъ деньги взаймы, устраивать на свой счетъ игры. Извѣстное значеніе приобретаютъ въ теченіе этого періода *провинціальныя собранія* (*concilia provinciarum* или *coloniae*). Возникли они въ связи съ развившимся въ провинціяхъ культомъ императоровъ. Въ извѣстное время представители общинъ данной провинціи собираются для устройства празднествъ въ честь императора, причѣмъ черезъ депутатовъ или письменно посылаютъ ему поздравленія. Но къ этимъ поздравленіямъ начинаютъ присоединять иногда и разныя пожеланія относительно мѣстныхъ дѣлъ, просьбы, а также и жалобы на намѣстниковъ.

Послѣ крайней безпорядочности республиканскаго режима въ провинціяхъ, императорское управленіе, при всѣхъ его недостаткахъ, все-таки внесло сюда большую заботливость и вниманіе къ интересамъ провинціального населенія; оно установило болѣе вѣдншій порядокъ и безопасность, искоренило грабежи и пиратство, провело дороги, важныя не только въ стратегическомъ отношеніи, но также и для торговли и т. д. Несомнѣнное улучшеніе положенія провинцій въ этомъ періодѣ представляетъ лучшую страницу въ исторіи императорской власти.

§ 31.

Н а с е л е н и е.

Если періодъ республики закончился признаніемъ права гражданства за всѣми жителями Италіи, то періодъ принципата характеризуется *распространеніемъ этого права и на провинціаловъ*.

Въ началѣ періода это дѣлается двумя путями: а) путемъ непосредственнаго дарованія права гражданства тѣмъ или другимъ частямъ государственной территоріи, тѣмъ или другимъ отдѣльнымъ общинамъ, причемъ для освобожденія этихъ новыхъ гражданъ отъ обязанности платить провинціальную подать, часто необходимо еще дарованіе особаго *jus italicum*. б) Путемъ предоставленія тѣмъ или другимъ общинамъ т. н. *jus latinum*, т. е. того юридическаго положенія, въ которомъ находились прежде *latini* (полное *jus commercii*, но безъ политическихъ правъ). При этомъ различаются *latium majus* и *latium minus*. Въ общинахъ, получившихъ *latium majus*, всѣ жители, выбранные въ мѣстные магистраты или въ сенаторы, eo ipso дѣлаются римскими гражданами (*cives*); въ общинахъ, имѣющихъ *latium minus*, такой привилегіей обладаютъ только лица, выбранныя въ магистраты, но не сенаторы.

Всѣ остальные провинціальныя жители остаются въ теченіе первыхъ двухъ вѣковъ этого періода попрежнему на правахъ *peregrini*. Но мало-по-малу различіе между *cives*, *latini* и *peregrini* фактически сглаживается: политическая сторона этого различія (право участвовать въ народныхъ собраніяхъ) отпадаетъ вмѣстѣ съ уничтоженіемъ самыхъ народныхъ собраній. А вслѣдствіе этого отпадаетъ и то соображеніе, которое могло еще препятствовать распространенію права гражданства на всѣхъ подданныхъ имперіи. Оставалось сдѣлать только послѣдній шагъ, и этотъ шагъ былъ сдѣланъ *закономъ имп. Каракаллы 212 г.* По сообщенію Діона Кассія, Каракалла руководился при этомъ чисто фискальными соображеніями—желаніемъ распространить извѣстныя гражданскія подати (*vicesima hereditatum*, 5%-ная пошлина съ наслѣдствъ) на провинціаловъ. Какъ бы то ни было, но вслѣдствіе этой *constitutio Antoniniana* всѣ подданные Римской имперіи (за исключеніемъ лишь нѣкоторыхъ низшихъ слоевъ населенія, платящихъ подушную подать,—т. н. *dediticii*) получили право римскаго гражданства (fr. 17 D. I. 5: „in orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt“). Въ положеніи *latini* остаются теперь только нѣкоторые виды вольноотпущенниковъ, а въ положеніи *peregrini* только *dediticii*, причемъ въ болѣе позднемъ правѣ таковыми являются уже только лица, низведенныя до этой ступени въ наказаніе.

Распространеніе права гражданства на всѣхъ провинціаловъ повлекло за собой *распространеніе римскаго права на всю тер-*

риторію имперіи, т. е. и на тѣ обширныя области, въ которыхъ дѣйствовало до сихъ поръ мѣстное право, признававшееся по общему правилу всѣми правителями провинцій. Среди этихъ областей особенное мѣсто занимали Греція и Востокъ (Египеть, Азія и т. д.), гдѣ до сихъ поръ дѣйствовало греческое или сильно эллинизированное право. Всѣ эти мѣстныя, національныя права („*Volksrechte*“) теперь сразу лишились своей положительной силы, а взамѣнъ ихъ стало дѣйствовать единое имперское право („*Reichsrecht*“), т. е. право римское. Но само собою разумѣется, что на практикѣ сплошь и рядомъ продолжали примѣняться многія прежнія мѣстныя нормы и обычаи, вслѣдствіе чего римское право, дѣйствовавшее гдѣ-нибудь въ провинціяхъ, далеко не совпадало съ римскимъ правомъ Италіи. Чрезвычайно любопытная картина такого своеобразно смѣшаннаго права въ Египтѣ раскрылась предъ нами въ послѣднее время благодаря богатымъ находкамъ въ этой странѣ разнообразныхъ документовъ—*папирусовъ*. Первая крупная находка, сдѣланная при раскопкахъ въ El-Faijûm въ 1877 г., привлекла къ папирусамъ общее вниманіе ученыхъ. Съ той поры количество найденныхъ документовъ значительно возрасло, и изученіе ихъ (*папирология*) приобрѣло систематическій характеръ. Изслѣдованія въ этой области обнаружили, что мѣстное греко-египетское право упорно удерживалось въ жизни и оказало извѣстное обратное вліяніе на законодательство позднѣйшихъ императоровъ *).

Что касается *сословной группировки* населенія, то старое дѣленіе на *патриціевъ* и *плебеевъ* исчезаетъ естественно—путемъ вымирания патриціанскихъ родовъ; взамѣнъ этого прежняя *классовая* группировка на *nobiles* и *ordo equester* приобрѣтаетъ *сословный* характеръ.

Такъ, имп. Августъ установилъ для обоихъ сословій извѣстный имущественный цензъ: 1 миллионъ сестерцій (около 40 тысячъ рублей) для принадлежности къ *сенаторскому* сословію и 400 тысячъ (около 20 т. руб.) для сословія *всадническаго*, и кромѣ того онъ утвердилъ здѣсь принципъ наслѣдственности. Соціальное различіе обоихъ сословій сохраняется, осложняясь еще извѣстною противоположностью политической. *Ordo senatorius* представляетъ сословіе, изъ котораго выбираются главнымъ образомъ республиканскія магистратуры и пополняется сенатъ; естественно, что это сословіе является исполненнымъ старыхъ республиканскихъ воспоминаній, а по отношенію къ новой императорской власти элементомъ оппозиціоннымъ. *Всадническое* сословіе, классъ денежной аристократіи, напротивъ, получало отъ новаго режима немаловажныя выгоды и потому, въ общемъ, представляетъ теперь элементъ, для императорскихъ тенденцій благопріятный. По преимуществу изъ этого сословія вербуются теперь императорскіе чиновники.

* См. *Mitteis*. Reichsrecht und Volksrecht 1891.—Общія результаты папирологическихъ работъ сведены у *Mitteis* и *Wilcken*. Grundzüge und Chrestomatie der Papyrskunde. I и II. 1912. См. также *Фрезе*. Очерки греко-египетскаго права. Ч. I. 1912.

Вся остальная масса населенія, при всемъ различіи профессій и положеній, считается простонародьемъ—*plebs*, низшую ступень котораго (въ юридическомъ отношеніи) занимаютъ вольноотпущенники—*libertini*.

Въ области *экономическихъ отношеній* наступаетъ нѣкоторое улучшение.

Этому способствовало, прежде всего, указанное выше *упорядоченіе провинціального быта*. Благодаря большому порядку и бѣльшей законности, экономическая жизнь провинцій пошла нормальнѣе; въ промышленности и торговлѣ наступило замѣтное оживленіе, которое стало отвлекать туда немало рабочихъ рукъ. Во многихъ мѣстахъ, благодаря императорскимъ заботамъ, возникаютъ различныя благотворительныя учрежденія (напр., для воспитанія сиротъ и т. п.), которыя помѣщаютъ свои капиталы ввидѣ постоянныхъ земельныхъ рентъ въ тѣхъ или другихъ земельныхъ участкахъ; такой способъ помѣщенія капиталовъ служилъ весьма удобнымъ кредитомъ для землевладѣльцевъ и способствовалъ поднятію ихъ хозяйствъ.

Большое значеніе имѣло, далѣе, *значительное сокращеніе числа рабовъ*, вызванное почти полнымъ прекращеніемъ новыхъ завоеваній и слабымъ естественнымъ приростомъ ихъ. Благодаря этому рабскій трудъ сдѣлался дороже, и прежняя система пользованія имъ оказывалась не столь выгодной. Вслѣдствіе этого землевладѣльцы все чаще и чаще прибѣгаютъ къ раздачѣ своихъ имѣній мелкими участками въ аренду, и т. обр. возрождается классъ мелкаго земельного крестьянства ввидѣ свободныхъ арендаторовъ, фермеровъ (*coloni*).

Въ широкомъ масштабѣ это *насажденіе крестьянскаго землевладѣнія* практиковалось самими императорами на огромныхъ имѣніяхъ, имъ лично принадлежащихъ: мелкіе участки сдавались съемщикамъ въ аренду долгосрочную и даже вѣчную, лишь съ обязательствомъ платить опредѣленный ежегодный оброкъ.

Наконецъ, прекращеніе народныхъ собраній и народныхъ выборовъ съ возможностью разныхъ подачекъ, сокращеніе казенной раздачи хлѣба и т. д. ослабило притягательную силу Рима, и массы пролетаріевъ болѣе охотно идутъ теперь на землю и въ провинціи.

Но все это относительное улучшение не было прочнымъ. Положеніе мелкихъ арендаторовъ сплошь и рядомъ было тяжелымъ, зависимымъ. Прекращеніе счастливыхъ войнъ съ ихъ богатой добычей, необходимость содержать большія арміи для охраны границъ, необходимость оплачивать большое количество чиновниковъ и т. д.—все это заставляетъ правительство увеличивать тягость податного бремени, а это ухудшаетъ и безъ того нелегкое положеніе мелкихъ хозяевъ. Результаты этого не столь остраго, но все же печальнаго положенія сказались новымъ общимъ и уже повсемѣстнымъ экономическимъ упадкомъ въ періодъ абсолютной монархіи.

Источники права.

Какъ было сказано выше, съ установленіемъ имперіи законодательная дѣятельность народныхъ собраній мало-по-малу прекращается. Мы имѣемъ еще нѣсколько (и притомъ довольно важныхъ) законовъ изъ первыхъ временъ имперіи (напр., *lex Julia et Papia Poppaea*), но затѣмъ *lex*, какъ законъ, вотированный народнымъ собраніемъ, исчезаетъ, а законодательство выливается въ другія формы.

Вмѣсто народныхъ собраній, законодательнымъ учрежденіемъ дѣлается сенатъ, и *senatusconsulta* приобрѣтаютъ силу закона. Но въ теоріи это признается не сразу и не безъ колебаній. На первыхъ порахъ *senatusconsulta* еще имѣютъ прежнее значеніе инструкцій магистрату (напр., претору), отъ котораго уже ближайшимъ образомъ зависитъ осуществленіе сенатской воли. Но затѣмъ сенату начинаютъ приписывать роль преемника и замѣстителя прежнихъ народныхъ собраній и отсюда выводятъ непосредственную обязательную силу сенатскихъ постановленій. Еще Гай, юристъ II вѣка, повѣствуетъ, что на этотъ счетъ были сомнѣнія, хотя самъ онъ придаетъ сенатскимъ рѣшеніямъ силу „какъ бы закона“ (*legis vicem*). Нѣсколько десятилѣтій спустя, юристъ Ульпіанъ уже пишетъ рѣшительно: „*non ambigitur senatus jus facere posse*“ (*Gai Inst. I. 4; Ulpianus fr. 9. D. 1. 3*). Инициатива сенатскихъ постановленій мало-по-малу сосредоточивается въ рукахъ императора; его предложенія вносятся въ сенатъ, но всегда безпрекословно утверждаются. Такія предложенія называются *orationes*, и позднѣйшіе юристы иногда самыя эти *orationes* уже толкуютъ, какъ нѣкоторый особый источникъ права.

Что касается *преторскаго эдикта*, то онъ продолжаетъ и въ этомъ періодѣ публиковаться каждымъ новымъ преторомъ, хотя правовое творчество преторской власти дѣлается постепенно все менѣе и менѣе рѣшительнымъ и интенсивнымъ; подавляющую массу эдикта составляетъ теперь то, что называется *edictum tralaticium*. Поэтому оставалось только сдѣлать послѣдній шагъ, т. е. пересмотрѣть эдиктъ и закрѣпить его навсегда. Этотъ шагъ и былъ сдѣланъ императоромъ Адрианомъ между 125 и 128 г. *). Онъ поручилъ извѣстному юристу того времени, *Сальвію Юліану*, пересмотрѣть *edictum perpetuum* и установить его окончательную редакцію. Когда это было сдѣлано, эдиктъ по предложенію императора былъ утвержденъ сенатомъ и вслѣдствіе этого сдѣлался неизмѣняемымъ и юридически обязательнымъ для преторовъ. Впрочемъ, и послѣ этого эдиктъ считается эдиктомъ претора и постановленія его сохраняютъ характеръ *jus honorarium*, т. е. права, имѣющаго силу и дѣйствіе только благодаря мѣрамъ

*) *Girard. La date de l'édit de Julien. Nouv. revue historique vol. 34 (1910).*

преторской власти. Прежний дуализм *jus civile* и *jus honorarium* остается, т. обр., в силѣ и теперь.

Послѣ законовъ XII т. *edictum perpetuum* Адриана было первою крупною кодификаціей римскаго права, сводкой всей огромной работы преторовъ. При пересмотрѣ Юліанъ ограничился только измѣненіями редакціоннаго характера: онъ, напр., внесъ въ соотвѣтствующія рубрики эдикта формулы исковъ, которыя раньше всѣ вмѣстѣ составляли особое приложение къ эдикту, присоединилъ эдиктъ курульныхъ эдиловъ и т. д. Лишь въ очень немногихъ мѣстахъ можно констатировать измѣненія по существу—т. н. *novae clausulae Juliani*. Текстъ эдикта до насъ не дошелъ, но на основаніи разнаго матеріала, гл. обр. отрывковъ изъ *Corpus Iustiniana*, новѣйшіе ученые дѣлали попытки его реконструкціи; наиболѣе цѣнную работу въ этомъ отношеніи представляетъ книга *Lenel's*, *Edictum perpetuum*. 2-ое издание 1907 г.

Но гораздо большее значеніе для развитія права въ этомъ періодѣ имѣютъ императорскіе указы, носящіе общее названіе *constitutiones principum*. Они являются въ различныхъ формахъ: а) *edicta*, т. е. общія распоряженія, издаваемые императоромъ такъ же, какъ ихъ издавали раньше республиканскіе магистраты; б) *decreta*, императорскія рѣшенія судебныхъ процессовъ, поступающихъ къ нему на разсмотрѣніе (нужно имѣть въ виду, что въ этомъ періодѣ развивается императорская юрисдикція: императоръ можетъ взять на свое разсмотрѣніе всякое дѣло, которое захочетъ или о которомъ его просить); в) *rescripta*, отвѣты императоровъ на юридическіе запросы какъ частныхъ, такъ и должностныхъ лицъ на случай какихъ-либо сомнѣній при толкованіи и примѣненіи права; д) *mandata*, императорскія инструкции его чиновникамъ и правителямъ провинцій, опредѣлявшія тѣ или другія стороны суда и управленія.

Всѣ эти императорскія конституціи не имѣютъ первоначально силы закона въ строгомъ смыслѣ (*lex* или *senatusconsultum*). Императоръ, согласно основному общему принципу этого періода, какъ сказано, законодательной власти не имѣетъ. Поэтому сила императорскихъ указовъ покоится на другомъ, и притомъ различномъ для каждаго рода ихъ, основаніи.

1. *Edicta* и *mandata* разсматриваются, какъ административныя распоряженія магистрата, черпающія свою силу въ его *imperium*. Поэтому они формально теряютъ ее со смертью издаваемаго императора (какъ преторскій эдиктъ терялъ свою силу съ прекращеніемъ полномочій претора); чтобы сохранить ихъ въ дѣйствиі, необходимо повтореніе ихъ преемникомъ. Какъ проявленіе *imperium*, *edicta* и *mandata* создаютъ не *jus civile*, а *jus honorarium*. 2. *Rescripta* и *decreta* разсматриваются, какъ толкованіе дѣйствующихъ законовъ; изъ этихъ послѣднихъ выводится ихъ юридическая сила и вслѣдствіе этого *rescripta* и *decreta* независимы отъ смѣны императоровъ. Они развиваютъ то *jus civile* то *jus honorarium*, смотря по тому, нормы какого права въ нихъ интерпретируются.

Мало-по-малу, однако, описанное различіе въ характерѣ и силѣ различныхъ видовъ императорскихъ конституцій сглаживается. Юристы времени Адриана уже всѣмъ имъ приписываютъ силу „какъ бы закона“ (*legis visem*). Эту силу они выводятъ изъ *lex de imperio*, т. е. того закона, которымъ каждому императору вручается его власть. Отсюда дѣлается затѣмъ уже дальнѣйшее заключеніе, что всѣ императорскіе указы создаютъ не *jus honorarium*, а какъ настоящіе законы—*jus civile*.

Дуализмъ jus civile—jus honorarium продолжаетъ, т. обр., въ теченіе всего періода существовать; но отпадаютъ системы *jus gentium* и особыхъ провинціальныхъ правъ: съ распространеніемъ права гражданства на всѣхъ подданныхъ римской имперіи исчезла необходимость особой юрисдикціи для peregrinorumъ въ Римѣ и для провинціаловъ на мѣстахъ.

§ 33.

Юриспруденція.

Какъ мы видѣли ранѣе, юриспруденція уже въ концѣ республики вышла изъ стадіи чисто практической дѣятельности и создала значительную юридическую литературу. Въ эпоху принципата она продолжаетъ развиваться далѣе и достигаетъ безпримѣрной высоты.

Уже въ началѣ этого періода вліяніе юриспруденціи усиливается благодаря слѣдующему обстоятельству. Съ Августа императоры начинаютъ предоставлять нѣкоторымъ болѣе извѣстнымъ юристамъ особую привилегію—т. н. *jus respondendi*, т. е. право давать тяжущимся свои рѣшенія какъ бы отъ имени императора (*ex auctoritate principis*) и съ обязательною для судьи силой. Спорящіе (или одинъ изъ нихъ) обращаются къ такому юристу, излагаютъ дѣло и просятъ его высказать свое мнѣніе. Юристъ, не разслѣдуя фактической стороны дѣла, высказываетъ свое заключеніе, и это заключеніе обязательно для судьи по данному дѣлу—разумѣется, если факты, указанные сторонами юристу, на судѣ подтвердятся. Ввиду такого практическаго значенія подобныхъ заключеній, во избѣжаніе всякихъ поддѣлокъ и подлоговъ, было предписано, чтобы они были излагаемы письменно и запечатывались печатями (*responsa signata*).

Обязательныя въ принципѣ только для одного даннаго дѣла, такія *responsa de facto* служили, конечно, весьма важнымъ руководствомъ и для другихъ однородныхъ случаевъ, и т. обр. являлись важнымъ средствомъ для развитія права. Мало-по-малу не только такія формально данныя *responsa*, но и инымъ образомъ высказанныя мнѣнія (*sententiae, opiniones*) юристовъ *cum jure respondendi* приобрѣли большое вліяніе на практику, въ особенности, если мнѣнія разныхъ юристовъ сходились. Вслѣдствіе этого такимъ мнѣніямъ приписывается также сила „какъ бы закона“

(*legis vicem*), а самые эти юристы в глазах последующего времени представлялись подлинными „создателями права“—*conditores juris* (ср. Gai. Inst. I. 7).

Но *jus respondendi* не уничтожило, конечно, и консультаций обыкновенных, непривилегированных юристов. Их мнения не обязательны для судей юридически, но имеют большое значение фактически, как заключения специалистов.

Съ усложненіемъ источниковъ права и развитіемъ юриспруденціи усложняется и *юридическое обучение*. Возрастаніе юридического матеріала уже въ концѣ республики давало себя знать, вызывая необходимость предварительно знакомить учениковъ съ элементарными положеніями права—*instituere*. Въ періодъ имперіи юридическое обучение распадается уже всегда на двѣ стадіи: а) *institutio*—сообщеніе ученикамъ основныхъ принциповъ гражданского права въ связи съ чтеніемъ источниковъ (законовъ XII т., преторскаго эдикта и т. д.), и б) *instructio*—усовершенствованіе путемъ участія въ консультацияхъ патрона. Иногда все обученіе въ обѣихъ стадіяхъ проходитъ у одного и того же учителя; иногда же ученикъ, пройдя первую стадію у одного, для дальнѣйшаго образованія переходилъ къ другому. Юридическое преподаваніе развивается настолько, что появляется даже нѣчто вродѣ постоянныхъ училищъ, причемъ нѣкоторымъ изъ юристовъ отводились съ этой цѣлью помѣщенія отъ государства—т. н. *stationes* или *auditoria jus publice docentium*. Ученики одного и того же учителя естественно выносили многіе общіе взгляды, отличные отъ взглядовъ учениковъ другого учителя, и т. обр. возникло нѣчто вродѣ различныхъ юридическихъ школъ. Преподаваніе права не ограничивается теперь уже предѣлами Рима; отдѣльные практическіе юристы и преподаватели появляются въ провинціяхъ, а къ концу этого періода нѣкоторые изъ провинціальныхъ юридическихъ школъ даже приобретаютъ большую извѣстность (въ Беритѣ, Александріи, Цезарей).

Если въ эпоху республики главную дѣятельность юристовъ составляли практическіе консультации, то въ періодъ имперіи они посвящаютъ себя столько же практикѣ, сколько и теоретической разработкѣ права; въ это время развивается богатѣйшая *юридическая литература*. Главнѣйшими формами ея были слѣдующія:

а) Для начальнаго ознакомленія съ основными принципами права, т. е. для руководства въ первой стадіи юридического обученія, пишутся краткіе систематическіе учебники—т. н. *institutiones*, охватывающія все гражданское право—и *jus civile* и *jus honorarium*. Для того же начальнаго юридического образованія предназначались *regulae*, краткіе юридическіе афоризмы, и *definitiones*, общія опредѣленія основныхъ юридическихъ институтовъ.

в) Второй типъ литературныхъ произведеній составляли *комментаріи*. Главнымъ объектомъ для комментарий въ являлись преторскій эдиктъ (*commentarii ad edictum*) и нормы гражданского права, причемъ въ основу для послѣднихъ полагался древнѣйшій комментарий законовъ XII т., написанный Муціемъ Сцеволой (*com-*

mentarii ad Quintum Mucium). Комментировались, далѣе, отдѣльные болѣе важные законы. Иногда юристъ ставилъ себѣ болѣе широкую задачу—охватить въ своемъ комментарий и *jus honorarium* и *jus civile*; тогда онъ къ комментарий эдикта въ соответствующихъ частяхъ присоединялъ изложеніе и толкованіе нормъ гражданского права. Такая совмѣстная обработка обѣихъ частей гражданского права носить названіе *Digesta*. Комментируются, наконецъ, сочиненія другихъ, болѣе раннихъ юристовъ, причемъ комментаторы присоединяютъ къ тексту юриста свои критическія замѣчанія—т. н. *notae*.

с) Многочисленные сочиненія стоятъ въ тѣсной связи съ практической дѣятельностью юристовъ. Таковы — *responsa*, т. е. собранія рѣшеній, данныхъ юристомъ въ разныхъ представлявшихся ему на практикѣ случаяхъ. Таковы же *quaestiones* и *disputationes*, аналитическіе разборы разныхъ юридическихъ вопросовъ. Изъ сношеній юристовъ между собой возникаютъ ихъ *epistolae*. Для руководства въ юридической практикѣ предназначаются *sententiae* и *opiniones*.

д) Послѣднюю (не особенно, впрочемъ, обширную) группу составляютъ *монографическія сочиненія*—напр., „*de jure pontificio*“, „*de officio praetoris*“ и т. п.

Съ внѣшней стороны всякое сочиненіе раздѣляется на книги (*libri*); послѣдніе не обьемисты: если принять въ качествѣ примѣрнаго размѣръ книгъ Цицерона или Т. Ливія, то окажется, что каждая книга равнялась нашимъ 30—40 страницамъ средняго октаво. Несмотря на это, продуктивность римскихъ юристовъ заслуживаетъ глубокаго удивленія: о нѣкоторыхъ изъ нихъ сообщается, что они написали 300, 400 книгъ; принимая во вниманіе, что каждыя 10 римскихъ *libri* приблизительно равны нашей средней книгѣ въ 300—400 страницъ, окажется, что они оставили по 30—40 томовъ *).

Что касается общаго содержанія, то юристы трактуютъ въ своихъ сочиненіяхъ всѣ отрасли права — право публичное („*de officio consulis*“, „*de officio praefecti praetorio*“ и т. д.), финансовое, уголовное и т. д.; но главное и, можно сказать, подавляющее содержаніе составляетъ право гражданское: — это истинная сфера римской юриспруденціи, и здѣсь ея слава.

Укажемъ теперь наиболѣе извѣстныхъ юристовъ этой эпохи. Юристы, занявшіе уже въ эпоху республики видное положеніе въ общественной жизни, приобретаютъ теперь, въ періодъ имперіи, еще большее значеніе. Съ установленіемъ имперіи политическая карьера въ смыслѣ занятія республиканскихъ должностей потеряла свою прежнюю привлекательность, и всѣ лучшія силы стали искать себѣ поприща въ занятіи философій, наукой и юриспруденціей. Къ юриспруденціи стали обращаться лица, недовольныя новымъ порядкомъ вещей, сторонники старыхъ республиканскихъ традицій; но къ ней же стали обращаться и люди противополож-

*) Ср. Брунс-Ленель. Внѣшняя исторія римскаго права. Стр. 138.

наго лагеря. Юриспруденція сдѣлалась для нихъ средствомъ достичь высшихъ ступеней на императорской службѣ, ибо римскіе императоры старались привлечь къ себѣ на службу людей знающихъ и образованныхъ; въ особенности юристы необходимы были имъ въ качествѣ членовъ consilium. Въ результатѣ мы наблюдаемъ блестящее развитие юриспруденціи, вслѣдствіе чего этотъ періодъ ея называется *классическимъ*.

Уже въ царствованіе Августа мы встрѣчаемъ двухъ выдающихся юристовъ, сверстниковъ и антагонистовъ въ жизни и юриспруденціи. Первый изъ нихъ—*Marcus Antistius Labeo*—происходилъ изъ аристократическаго рода и по своимъ политическимъ убѣжденіямъ принадлежалъ къ сторонникамъ старой республики. При Августѣ онъ былъ одно время преторомъ, но дальше претуры его карьера не пошла: по однимъ извѣстіямъ, онъ отклонилъ предложенный ему Августомъ консулатъ, а по другимъ Августъ предпочелъ ему другого. Отказавшись отъ политической карьеры, Лабейонъ всецѣло посвятилъ себя юриспруденціи. Помпоній сообщаетъ, что онъ полгода жилъ въ Римѣ и занимался преподаваніемъ, а другіе полгода проводилъ въ своемъ помѣстьи, создавая свои литературныя произведенія. Всего написано имъ около 400 книгъ. Умеръ онъ между 10 и 22 г. по Р. Х.

Второй—*Snejus Atejus Capito*—въ противоположность Лабейону, происходилъ изъ незнатнаго рода, поднявшагося только при Суллѣ, и принадлежалъ къ партіи новаго государственнаго режима. Въ политической карьерѣ онъ пошелъ дальше Лабейона: въ 5 г. по Р. Х. онъ былъ консуломъ, а затѣмъ и pontifex maximus. Литературная дѣятельность Капитона далеко не была такъ обширна, какъ Лабейона. При жизни оба юриста пользовались, повидимому, одинаковымъ влияніемъ, но вслѣдствіи судьба ихъ была различна: межъ тѣмъ какъ Лабейонъ остается однимъ изъ первыхъ авторитетовъ юриспруденціи и часто цитируется позднѣйшими юристами, Капитонъ забывается, не оставивъ по себѣ сколько-нибудь замѣтнаго слѣда.

Помпоній, рассказавъ о Лабейонѣ и Капитонѣ, прибавляетъ затѣмъ: „*hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt*“, т. е. что отъ нихъ пошли какъ бы двѣ различныя школы въ юриспруденціи. Школа, ведущая свое начало отъ Лабейона, называется по имени его ближайшаго ученика—*Прокула*—*прокулянцами* (proculiani), а школа, ведущая начало отъ Капитона, по имени ученика этого послѣдняго—*Сабина*—*сабиньянцами* (sabiniani; иначе еще—cassiani, отъ Cassius Longinus, ученикъ Сабина).

Дѣйствительно, такое дѣленіе юристовъ (хотя и не всѣхъ) существуетъ вплоть до царствованія Адріана, но что именно лежитъ въ основаніи этихъ школъ, вопросъ до сихъ поръ неразъясненный.

Съ упоминаніемъ объ этихъ двухъ школахъ Помпоній какъ бы связываетъ представленіе о двухъ различныхъ *направленіяхъ* въ научномъ смыслѣ. Въ чемъ же могло заключаться различіе этихъ направленій? Тотъ же Помпоній, характеризуя двухъ родоначальниковъ этихъ школъ, говоритъ, что Лабейонъ, являясь въ

политикѣ республиканцемъ-консерваторомъ, въ области права былъ представителемъ новаторства („*plurima innovare instituit*“), межъ тѣмъ какъ Капитонъ, сторонникъ новаго государственнаго режима, въ области юриспруденціи былъ представителемъ и защитникомъ старины („*in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat*“). Изъ этого можно, какъ будто, заключить, что школа прокулянцевъ была школой *прогрессивной*, а школа сабиньянцевъ—*консервативной*. Такъ и думаютъ дѣйствительно нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ (напр., *Bonfante*: interpretatio прокулянцевъ была по духу своему болѣе прогрессивной; они склонны были болѣе руководиться критеріемъ экономически-соціальнымъ). Господствующее же мнѣніе относится къ этому толкованію скептически: рассмотрѣніе отдѣльныхъ контроверзъ, существовавшихъ между послѣдователями разныхъ школъ, едва-ли способно подтвердить мысль о болѣе прогрессивности или консервативности той или другой школы. Взамѣнъ этого были высказаны нѣкоторыя другія предположенія: по мнѣнію *Kuntze*, противоположность между школами сводилась къ противоположности между идеализмомъ и натурализмомъ въ правѣ; по мнѣнію *Karlowa*, прокулянцы были представителями національныхъ началъ въ правѣ, а сабиньянцы—началъ общенародныхъ, peregrinскихъ. Но и эти предположенія не оправдываются, да и вообще извѣстныя намъ разногласія между школами не поддаются никакому обобщенію. Ввиду этого приходится признать болѣе правильнымъ мнѣніе (*Bremer, Pernice* и др.), что различіе школъ объясняется просто различіемъ двухъ юридическихъ *училищъ* права, изъ которыхъ одно переходило по преемству отъ Прокула, другое отъ Сабина: у юристовъ, получившихъ образованіе въ одной и той же школѣ (statio), естественно вырабатывались и сохранялись одинаковыя мнѣнія по отдѣльнымъ спорнымъ вопросамъ.

Изъ цѣлой плеяды юристовъ, группирующихся вокругъ этихъ школъ, заслуживаютъ упоминанія—изъ *сабиньянцевъ*: *Gaius Cassius Longinus* (отъ имени котораго, какъ было сказано выше, и самая школа называется еще cassiani), *Celius Sabinus, Javolenus*, изъ *прокулянцевъ*: *Nerva* отецъ и *Nerva* сынъ, *Pegasus, Neratius Priscus*. Но наибольшее значеніе имѣли слѣдующіе три: 1) *P. Juventius Celsus*; онъ упоминается въ числѣ заговорщиковъ противъ имп. Домиціана въ 95 г.; затѣмъ былъ преторомъ, два раза консуломъ—въ послѣдній разъ въ 129 г.—и членомъ consilium principis при Адрианѣ. Принадлежалъ онъ къ школѣ прокулянцевъ; его главнымъ сочиненіемъ являются *Digesta* въ 39 книгахъ. Римское право обязано ему нѣкоторыми новыми идеями, причемъ его специфической особенностью является рѣзкость его критическихъ замѣчаній (въ fr. 27 D. 28.1 переданъ намъ отвѣтъ Цельза на одинъ предложенный ему вопросъ: „*aut non intelligo, quid sit de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua*“). 2) *Salvius Julianus*, о которомъ уже было сказано выше, какъ о редакторѣ Адриановскаго edictum perpetuum. Юліанъ принадлежалъ къ школѣ сабиньянцевъ; происходилъ онъ изъ

города *Nadrumetum* въ сѣверной Африкѣ (нынѣ *Susa*, въ Тунисѣ), гдѣ въ 1899 г. была найдена колонна, воздвигнутая въ честь Юліана его роднымъ городомъ. Какъ явствуетъ изъ надписи на этой колоннѣ, Юліанъ прошелъ длинный рядъ государственныхъ должностей, былъ членомъ *consilium* имп. Адриана и вообще, видимо, былъ вліятельнымъ въ государствѣ лицомъ. Умеръ онъ незадолго передъ 169 г. Какъ юристъ, Юліанъ занимаетъ одно изъ первыхъ мѣстъ въ рядахъ классической юриспруденціи; изъ его сочиненій наибольшее значеніе имѣли *Digesta* въ 90 книгахъ. Его ученикомъ *Африканомъ* были изданы затѣмъ его *Quaestiones*. 3) *Sextus Pomponius*, который былъ уже неоднократно цитированъ, какъ авторъ, дающій намъ свѣдѣнія по исторіи римскаго права, въ особенности по исторіи римской юриспруденціи. О жизни его мы ничего не знаемъ; повидимому, Помпоній стоялъ въ сторонѣ отъ государственной карьеры и посвящалъ себя исключительно преподаванію и литературѣ. Количество его произведеній огромно; заслуживаютъ упоминанія комментарий *ad edictum*, обнимавшій около 150 книгъ, комментарий *ad Sabinum*, *variae lectiones* и *liber singularis enchiridii*, отрывокъ изъ котораго въ Юстиниановскомъ сводѣ (fr. 2 D. 1. 2) содержитъ тѣ историческія свѣдѣнія, о которыхъ сказано выше. Какъ юристъ, онъ представляется не столько оригинальнымъ мыслителемъ, творцомъ новыхъ идей, сколько обстоятельнымъ, добросовѣстнымъ компиляторомъ.

Рядомъ съ указанными юристами II вѣка особое мѣсто занимаетъ *Гай (Gaius)*, съ именемъ котораго связано много загадочнаго. Мы не знаемъ ничего о немъ—даже его полного имени: его современники о немъ не упоминаютъ. Его извѣстность начинается, повидимому, только съ IV вѣка, но зато тогда онъ приобретаетъ большое вліяніе: его *Institutiones* дѣлаются всеобщей настольной книгой. Ввиду полного молчанія источниковъ вопросъ о личности Гая является и доннынѣ спорнымъ. *Моммзенъ* высказалъ предположеніе, что Гай былъ провинціальнымъ юристомъ (онъ единственный изъ юристовъ написалъ *ad edictum provinciale*), жившимъ гдѣ-либо въ греческой части имперіи, вѣроятно же всего въ Азіи. Мнѣніе *Моммзена* раздѣляютъ *Girard*, *Voigt* и нѣкоторые другіе; въ нѣсколько измѣненномъ видѣ это мнѣніе было поддержано въ самое послѣднее время *Книпомъ* *); по мнѣнію этого послѣдняго, Гай жилъ въ Византіи. Другіе историки, однако, считаютъ это предположеніе необоснованнымъ (*Huschke*; въ новѣйшее время *Fehr* въ рецензіи на книгу *Книпа*). Было высказано даже мнѣніе, что *Gaius* есть не что иное, какъ псевдонимъ упомянутаго выше *Gaius Cassius Longinus (Longinescu)*, но и это мнѣніе было опровергнуто (*Herzen* **). Себя Гай причисляетъ также къ школѣ сабинянцевъ.

Особенное значеніе для насъ имѣетъ Гай потому, что до насъ дошло болѣе или менѣе въ цѣломъ видѣ его сочиненіе *In-*

*) *Книп.* Der Rechtsgelehrte Gajus. 1910.—См. рецензію *Fehr'a* въ *Z. der Sav. St. f. Rg.* Bd. 32.

**) Ср. статью *Kühler'a* „Gaius“ у *Pauly-Wissowa*.

stitutiones, найденныя въ 1816 г. *Нибуромъ* въ бібліотекѣ Веронскаго Собора. Манускриптъ имѣетъ немало испорченныхъ мѣстъ, вслѣдствіе чего не все можетъ быть разобрано (несмотря на повторныя попытки *Göschel'a*, *Blume* и *Studemund'a*).

Институціи Гая представляютъ элементарное изложеніе гражданскаго права, какъ цивильнаго, такъ и преторскаго, съ очень цѣнными для насъ историческими экскурсами. Общая система ихъ опредѣляется принципомъ, высказаннымъ Гаемъ въ самомъ началѣ: „*Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*“. Сообразно этому прежде всего излагается *jus quod ad personas pertinet* (первая книга), гдѣ мы находимъ положенія о свободныхъ и рабахъ, о свободнорожденныхъ и вольноотпущенникахъ и т. д. Затѣмъ слѣдуетъ *jus quod ad res pertinet* (вторая и третья книга), гдѣ говорится о различныхъ видахъ вещей, о сдѣлкахъ вещнаго оборота, о наслѣдованіи и обязательствахъ. Наконецъ—*jus quod ad actiones pertinet* (четвертая книга), гдѣ содержится ученіе о разныхъ историческихъ формахъ процесса (*legis actiones, formulae*), объ искахъ, экцепціяхъ, interdиктахъ и т. д.

По характеру изложенія Институціи Гая, при всей ихъ чрезвычайной ясности и простотѣ, отличаются нѣкоторыми странностями: такъ, напр., иногда въ нихъ только ставится вопросъ, а отвѣта не дается. Вслѣдствіе этого высказывается предположеніе, что это не подлинное произведеніе Гая, а лишь записки его лекцій, сдѣланныя кѣмъ-либо изъ его учениковъ (*Dehnburg*, а въ новѣйшее время *Книп.* *Послѣдній* даже различаетъ въ нынѣшнемъ текстѣ институцій нѣсколько наслоевъ, возникшихъ вслѣдствіе одновременнаго комментирования). Какъ бы то ни было, но сочиненіе это, неизвѣстное для юристовъ классической эпохи, среди позднѣйшихъ римскихъ практиковъ пользовалось чрезвычайнымъ уваженіемъ; изъ него была сдѣлана даже сокращенная компиляція въ 2 книгахъ—т. н. *Epitome Gai.* Оно же легло въ основаніе Институцій имп. Юстиніана, причемъ Юстиніанъ вернулся къ первоначальному тексту изъ 4 книгъ.

Въ концѣ II и началѣ III вѣка развитіе классической юриспруденціи достигаетъ своего кульминаціоннаго пункта, причемъ къ этому времени уже окончательно исчезаетъ дѣленіе юристовъ на прокульянцевъ и сабинянцевъ. Навысшій подъемъ юриспруденціи связывается съ именами трехъ юристовъ эпохи Северовъ.

Виднѣйшимъ изъ нихъ является *Aemilius Papinianus*, безспорно самый выдающійся юристъ и одна изъ замѣчательнѣйшихъ личностей. Родомъ изъ Сиріи, онъ былъ связанъ узами товарищества, дружбы и даже родства (по второй женѣ императора) съ Септиміемъ Северомъ, при которомъ онъ занималъ должность *praefectus praetorio* и вообще пользовался огромнымъ вліяніемъ. Послѣ смерти С. Севера онъ старался поддерживать миръ между двумя братьями *Каракаллой* и *Гетой*, и это навлекло на него гнѣвъ *Каракаллы*. Когда послѣ убійства *Геты* *Каракалла* потребовалъ отъ *Папиньяна*, чтобы онъ составилъ рѣчь въ оправданіе

этого убійства, Папиньянъ, по преданію, отвѣтилъ: „non tam facile patricidium excusari potest, quam fieri“ и за это былъ (въ 212 г. казненъ. Для юристовъ позднѣйшаго времени Папиньянъ былъ первымъ и непрекаемымъ авторитетомъ; наибольшее значеніе изъ его трудовъ имѣли *quaestiones* въ 37 книгахъ и *responsa* въ 19 книгахъ.

Двумя ближайшими современниками Папиньяна были Павелъ и Ульпіанъ. *Julius Paulus* былъ сначала ассесоромъ при Папиньянѣ, потомъ членомъ *consilium principis* вмѣстѣ съ Папиньяномъ при Септиміи Северѣ и Каракаллѣ, наконецъ *praefectus praetorio* при Александрѣ Северѣ. Павелъ—одинъ изъ самыхъ плодovitыхъ писателей: онъ написалъ болѣе 300 *libri*, причемъ одной изъ особенно излюбленныхъ имъ формъ литературы были критическія замѣчанія къ сочиненіямъ его предшественниковъ (*notae*). Одно изъ сочиненій Павла, именно его *sententiae*, приобрѣло впоследствіи особенное значеніе.

Domitius Ulpianus былъ родомъ изъ Тира въ Финикіи; онъ также былъ сначала вмѣстѣ съ Павломъ ассесоромъ при Папиньянѣ, а затѣмъ членомъ совѣта и *praefectus praetorio* при Александрѣ Северѣ (опять вмѣстѣ съ Павломъ*). Въ качествѣ *praefectus praetorio* онъ задумалъ, повидимому, рядомъ мѣръ обуздать распушенность преторіанцевъ, но это ему не удалось: послѣ неоднократныхъ покушеній онъ былъ убитъ ими на глазахъ у императора въ 228 г. Ульпіанъ также написалъ большое количество сочиненій, наиболѣе обширными изъ которыхъ являются комментаріи *ad edictum* (83 книги) и *ad Sabinum* (51 книга). Наибольшее количество цитатъ въ Юстиніановскихъ *Digesta* (около одной трети всего) взято именно изъ Ульпіана.

Послѣ этихъ корифеевъ классической юриспруденціи она быстро клонится къ упадку. Изъ юристовъ болѣе позднихъ слѣдуетъ назвать *Модестина* (ученикъ Ульпіана), *Тертуллиана* и *Гермогеніана*, но все это уже не звѣзды первой величины.

Такой быстрый упадокъ юриспруденціи объясняется различными причинами, но двѣ изъ нихъ играютъ главную роль: а) Послѣ Северовъ наступаетъ для римскаго государства эпоха непрекращающихся смутъ (въ теченіе 50 лѣтъ смѣняется 17 императоровъ), во время которыхъ спокойное занятіе правомъ было невысказано; неустойчивость общественной жизни приводитъ къ общему пониженію культурнаго уровня. б) Все то, что еще оставалось мыслящаго, искало выхода изъ общаго кризиса въ христіанствѣ, которое все сильнѣе и сильнѣе распространяется и увлекаетъ умы.

Изъ обширной юридической литературы Рима до насъ дошло, сравнительно со всей ея массой, очень немногое. Кромѣ упомянутыхъ Институцій Гаия и отрывковъ изъ нѣкоторыхъ другихъ произведеній (*sententiae* Павла и т. д.), въ Юстиніановскомъ сводѣ сохранились многочисленныя цитаты изъ сочиненій различныхъ юристовъ. Однако, попытка **) собрать всѣ эти разрозненныя

*) См. E. Balog. *Skizzen aus der röm. Rechtsgeschichte*. 1913.

**) Lenel. *Palingenesia juris civilis*. 2 тома, 1889.

цитаты и расположить ихъ по авторамъ и произведеніямъ, изъ которыхъ онѣ заимствованы, обнаружила, что отъ каждаго цитированнаго сочиненія мы имѣемъ по большей части лишь нѣсколько сравнительно съ цѣлымъ незначительныхъ кусковъ, ничѣмъ между собою не связанныхъ. Тѣмъ не менѣе и то, что мы имѣемъ, представляетъ богатѣйшую юридическую сокровищницу, которая не исчерпана до конца и до сихъ поръ.

Главное достоинство римской юриспруденціи заключается въ тонкой разработкѣ *практической стороны права*, и въ этомъ отношеніи она дала блестящіе образцы юридическаго анализа, обнаружила тонкое пониманіе практическихъ потребностей гражданскаго оборота. Основное содержаніе сочиненій заключается въ мастерскомъ рѣшеніи разнообразныхъ случаевъ жизни, причемъ именно здѣсь сказываются въ полной мѣрѣ отмѣченныя достоинства римскихъ юристовъ. Но ихъ мало интересовала *исторія права*: ихъ историческія сообщенія случайны и отрывочны. Ихъ мало интересовала также *теорія права*; лишь изрѣдка они пытаются дать извѣстному положенію то или иное философское обоснованіе, причемъ далеко не всегда такое обоснованіе бываетъ удачнымъ. Истинная сфера римскаго юриста—въ анализѣ правовыхъ нормъ и въ опредѣленіи юридической природы конкретныхъ правоотношеній.

Если періодъ республики заложилъ основы новаго общенароднаго права (*jus gentium*), то съ точки зрѣнія общаго хода римскаго праворазвитія главное значеніе періода принципата заключается въ детальномъ развитіи этихъ основъ классической юриспруденціей. Преторскій эдиктъ и законодательство республики только вывели грандіозное зданіе вчернѣ; классическая юриспруденція довершила работу внутренней отдѣлкой.

ГЛАВА IV.

Абсолютная монархія *).

§ 34.

Государственное устройство и управление.

Диархія не могла быть прочной формой государственного устройства, и уже къ концу предыдущаго періода императорская власть приобретаетъ замѣтный монархическій оттѣнокъ. Продолжительная смута, наступившая послѣ Северовъ, обнаружили необходимость полной реорганизации государства и эта реорганизация произведена была Діоклетіаномъ, а затѣмъ въ томъ же духѣ завершена Константиномъ.

Два основныхъ начала лежатъ во главѣ этой Діоклетіановско-Константиновской реформы. Первое—это *окончательное признаніе императора абсолютнымъ монархомъ*. Онъ не есть теперь уже *princeps* или республиканскій магистратъ, признающій надъ собою, хотя бы въ принципѣ, верховенство народа; онъ теперь не „первый“ (между равными), а господинъ, *dominus*, стоящій выше закона („*princeps legibus solutus est*“), *dominus* „Божіей милостью“; „граждане“—*cives*—превращаются въ „подданныхъ“, *subjecti*. Подъ вліяніемъ восточныхъ образцовъ императорская власть приобретаетъ даже во внѣшности восточный колоритъ: недоступность, сложный придворный церемоніаль, божескія почести—*„tamquam praesenti et cogorali deo“*. Однако, династическаго характера монархія и теперь не приобрѣла; вопросъ о престолонаслѣдіи остается неурегулированнымъ; теоретически избраніе императора какъ будто принадлежитъ сенату, фактически же преемникъ или указывается самимъ предшествовавшимъ императоромъ или же провозглашается войскомъ.

Второе начало—это *раздѣленіе имперіи на двѣ половины*, Восточную и Западную, *Oriens* и *Occidens*. Среди чрезмѣрнаго разнообразія національностей, входившихъ въ составъ Римской имперіи, уже давно обнаружилось тяготѣніе къ двумъ культурнымъ типамъ—латинскому и греческому; къ первому тяготѣль Западъ, ко второму Востокъ. Управление государствомъ со столь

*) Ср. *Петрушевскій*. Очерки изъ исторіи средневѣковаго общества и государства. Изд. 3-е 1913 г. Очеркъ первый. Государство и общество Римской имперіи. Стр. 38—192.

различными національными элементами представляло, конечно, большія трудности,—и Діоклетіанъ пришелъ къ мысли въ интересахъ управленія раздѣлить этотъ трудъ, избравъ себѣ соправителя, который завѣдывалъ бы одной изъ двухъ большихъ половинокъ государства. Съ той поры, за исключеніемъ нѣкоторыхъ болѣе или менѣе короткихъ промежутковъ, раздѣленіе это дѣлается постояннымъ. Но это раздѣленіе въ принципѣ не обозначаетъ собою распадѣнія имперіи на два совершенно отдѣльных и совершенно самостоятельныхъ государствъ; *Oriens* и *Occidens* остаются только двумя половинами одного и того же государственнаго цѣлаго; возстановляется какъ бы старая идея коллегіальности: императоры, подобно прежнимъ двумъ консуламъ, считаются коллегами, а законодательство признается единымъ для всего государства. Раздѣленіе государства завершается созданіемъ другой столицы—Константинополя, и другого сената—Константинопольскаго.

Въ помощь себѣ оба императора, называющіеся теперь *Augusti*, избираютъ двухъ *Caesares*, которые и предполагаются ихъ преемниками.

Подобное раздѣленіе имперіи, проникнутое очевиднымъ идеализмомъ, могло быть, конечно, лишь началомъ ея полнаго распадѣнія. Варвары приходятъ на помощь и покореніемъ Западной Римской Имперіи (476 г.) уничтожаютъ это призрачное единство. Правда, оно было возстановлено еще разъ Юстиніаномъ, но послѣ его смерти Западъ отрывается вновь и на этотъ разъ уже окончательно, а для Востока кончается Римъ и начинается Византія.

Установленіе абсолютной монархіи отзывается прежде всего, конечно, *падѣніемъ сената*. Этому немало способствовало перенесеніе столицы въ Константинополь и учрежденіе второго, Константинопольскаго, сената, вслѣдствіе чего оба сената спустились до степени простыхъ городскихъ совѣтовъ. Отъ прежняго общегосударственнаго значенія у сената остается только одна пустая форма: а) сенату сообщаются новые законы для свѣдѣнія, б) сенату поручается иногда разслѣдованіе уголовныхъ дѣлъ и с) *de jure* сенату принадлежитъ избраніе новаго императора, хотя, какъ сказано выше, это право сводится къ санкціонированію того, кто былъ уже или предназначенъ въ качествѣ цезаря или провозглашенъ войскомъ.

Одновременно съ падѣніемъ сената происходитъ дальнѣйшее падѣніе старыхъ *республиканскихъ магистратуръ*. Онѣ продолжаютъ еще существовать, какъ почетныя реликвіи прошлаго, но уже никакого участія въ государственномъ управленіи не принимаютъ: консулы предсѣдательствуютъ въ сенатѣ, преторы завѣдуютъ по порученію императора нѣкоторыми специальными дѣлами (напр., опекунскими), остальные существуютъ только какъ почетныя званія.

Все активное государственное управление находится въ рукахъ *императорскихъ чиновниковъ*, система которыхъ разрастается въ сложный бюрократическій механизмъ и подвергается болѣе точной регламентаціи. Рѣзко проводится раздѣленіе должностей на при-

дворныя, гражданскія и военныя—*dignitates palatinae, civiles* и *militares*; въ каждой вѣтви образуется опредѣленная *іерархическая лестница*, причѣмъ каждой ступени въ этой лѣстницѣ соотвѣтствуетъ особый титулъ (*illustres, spectabiles, clarissimi* и т. д.); каждому чиновнику назначается опредѣленное жалованье—соотвѣтственно титулу и рангу.

При особѣ императора находится государственный совѣтъ, который называется теперь *consistorium principis* (вмѣсто прежняго „*adsidere*“, „*assessores*“ теперь „*adstare*“: члены совѣта не смѣютъ уже въ присутствіи императора сидѣть *). По предложенію императора онъ обсуждаетъ всякіе вопросы законодательства и управленія; въ немъ же разбираются и всѣ судебныя дѣла, восходящія въ инстанціонномъ порядкѣ къ императору; въ этой послѣдней функціи судебного учрежденія императорскій совѣтъ носитъ обыкновенное названіе *auditorium principis*.

При дворѣ группируется цѣлая масса разнообразныхъ *придворныхъ чиновниковъ* (*dignitates palatinae*), имѣющихъ въ то же время характеръ органовъ центрального управленія. Наибольше важными изъ нихъ являются: *praepositus sacri cubiculi*, завѣдующій царскимъ дворцомъ, *magister officiorum*—начальникъ личной канцеляріи императора и вмѣстѣ съ тѣмъ завѣдующій личнымъ составомъ чиновничества, *quaestor sacri palatii*—предсѣдатель *consistorium principis*, нѣчто вродѣ государственнаго канцлера, *comes largitionum*—завѣдующій государственной казной, и финансами вообще, *comes rei privatae*—завѣдующій средствами, назначенными на содержаніе двора, и мн. др.

Затѣмъ идетъ рядъ чиновниковъ для управленія столицами и провинціями (*dignitates civiles*). Во главѣ каждой столицы стоитъ *praefectus urbi*, въ рукахъ котораго сосредоточивается административная и судебная власть въ столицѣ. Его ближайшимъ общимъ помощникомъ является *vicarius*, а затѣмъ специальными—*praefectus vigilum, praefectus annonae* и масса низшихъ *curatores*.

Что касается *мѣстнаго управленія*, то вся территория подвергается въ этомъ періодѣ новому административному раздѣленію. Каждая половина имперіи—*Oriens* и *Occidens*—дѣлится на двѣ *префектуры*: Восточная половина на префектуры Восточную (Эракія, Малая Азія и Египетъ) и Иллирійскую (Балканскій полуостровъ), Западная половина на префектуры Италійскую (Италія и Африка) и Галльскую (Галлія и Испанія). Во главѣ каждой префектуры въ видѣ ея общаго начальника стоитъ *praefectus praetorio*. Каждая префектура дѣлится на *діоцезы*, во главѣ которыхъ стоятъ *vicarii*, и наконецъ діоцезы дѣлятся на *провинціи*—*provinciae*,—которыми управляютъ *praesides* или *restores*. Провинціи являются основными клѣточками этого административнаго дѣленія, а правители провинцій являются поэтому первой административной и судебной инстанціей. Въ этомъ дѣленіи провинціи утратили уже свое прежнее историческое и національное значеніе: онѣ только чисто искусственныя территориальныя единицы.

*) См. Seeck v. „consistorium“ у Pauly-Wissowa.

Возлѣ каждого чиновника группируется штатъ его низшихъ служащихъ и его канцелярія (*apparitores* и *officiales*).

Провинціи, въ свою очередь, состоятъ изъ болѣе мелкихъ единицъ—общинъ или *civitates*. Эти общины въ своихъ внутреннихъ дѣлахъ пользуются извѣстной самостоятельностью, хотя и подѣ сильнымъ контролемъ правительства. Органами мѣстнаго, общиннаго самоуправления являются и теперь мѣстный сенатъ (*decuriones*) и выборные муниципальные магистраты. На обязанности этихъ мѣстныхъ органовъ, гл. обр., декуріоновъ лежитъ прежде всего забота о выполненіи общиной общегосударственныхъ повинностей—доставленіе надлежащаго количества рекрутъ, взысканіе государственныхъ податей и т. д. Въ этихъ дѣлахъ всѣ члены сената отвѣчаютъ своимъ имуществомъ за всякіе недочеты и недоборы, и притомъ всѣ другъ за друга по началамъ круговой поруки. Съ усиленіемъ налогового бремени и съ общимъ экономическимъ упадкомъ страны такая отвѣтственность дѣлается очень тяжелой, и мѣстная аристократія начинаетъ уклоняться отъ обязанности декуріоновъ. Чтобы привлечь къ ней, правительство принуждено давать декуріонамъ различныя сословныя и почетныя преимущества. Но и это не помогаетъ, и тогда правительство приходитъ къ принудительной организаціи сословія декуріоновъ, причѣмъ всякія попытки выйти изъ него или уклониться отъ несенія возложенной на него государственной обязанности караются различными наказаніями **).

Правительственный контроль надъ мѣстнымъ самоуправленіемъ осуществляется сначала при посредствѣ особаго, при каждой *civitas* состоящаго *curator rei publicae*, а съ имп. Валентиніана при посредствѣ т. н. *defensor civitatis*. Въ лицѣ этого чиновника императоры хотѣли дать бѣднѣйшему населенію особаго защитника ихъ интересовъ противъ болѣе богатыхъ и болѣе сильныхъ (*potentiores*), но на практикѣ эта идеалистическая функція не осуществилась, и *defensor civitatis* превратился въ судью по мелкимъ дѣламъ.

Продолжаютъ существовать и *провинціальныя съезды*—*concilia provinciarum*. Съ установленіемъ христіанства языческія религіозныя цѣли этихъ съѣздовъ отпадаютъ, но тѣмъ прочнѣе дѣлаются ихъ дѣловыя функціи. Право петицій признается за ними уже *de jure*, и императоры настоятельно запрещаютъ правителямъ провинцій чинить въ этомъ отношеніи какія-либо препятствія. Тѣмъ не менѣе растущее всемогущество бюрократіи и ея сплоченность дѣлаютъ это право петицій практически иллюзорнымъ; исторія даетъ немало примѣровъ, когда попытки провинціаловъ добиться такимъ путемъ при дворѣ правды оказывались совершенно безплодными. Вслѣдствіе этого *concilia* замираютъ и ко времени Юстиніана почти выходятъ изъ употребленія ***).

Наконецъ, со временъ Константина видное общественное значеніе пріобрѣтаетъ *церковная организація*. Органами церков-

*) См. Kübler. v. „decurio“ у Pauly-Wissowa.

**) См. Kornemann. v. „concilia“ у Pauly-Wissowa.

наго управління являються *єпископы*, вибираємі общинами; въ ихъ рукахъ сосредоточивається церковное управленіе, завѣдваніе церковными имуществами, а также извѣстная юрисдикціонная власть надъ паствою по дѣламъ религіи и церкви. Чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе вліяніе церкви растетъ и отражается въ различныхъ областяхъ права.

Перенесеніе центра государственной жизни изъ Рима въ Константинополь, гдѣ восточныя и эллинистическія вліянія должны были ощущаться живѣе, отразилось не только въ области государственнаго устройства и управленія. Оно сказалось на всемъ организмѣ римскаго права, въ частности и на римскомъ гражданскомъ правѣ. Уже выше (§ 31) было указано, что распространеніе римскаго права на всю территорію имперіи, явившееся результатомъ указа Каракаллы, оказалось не въ силахъ искоренить мѣстные права провинцій. Особенно упорно сохранялись въ жизни мѣстные обычаи эллинистическаго востока. Періодъ абсолютной имперіи передвинулъ лабораторію общеимперскаго праворазвитія какъ разъ въ центръ этихъ эллинистическихъ вліяній. Во главѣ государства, въ первыхъ рядахъ бюрократіи, среди авторитетныхъ юристовъ все чаще и чаще появляются провинціалы, выросшіе въ атмосферѣ этихъ вліяній. Неудивительно поэтому, если развитіе римскаго права въ теченіе этого періода идетъ подъ серьезнымъ напоромъ эллинистическихъ началъ и съ значительнымъ наклономъ въ сторону этихъ послѣднихъ. Римское право „*ориентализуется*“ (v. Maug).

§ 35.

Населеніе.

Въ связи съ реорганизаціей государственнаго строя радикально измѣнилась и сословная организація общества. Изъ прежнихъ высшихъ сословій сословіе всадническое исчезло, а *сословіе сенаторское* превратилось въ общеимперскую знать бюрократическаго характера. Въ *ordo senatorius* входятъ теперь лица, занимающія высшія ступени въ должностной іерархіи (дающія право на титулъ *clarissimus*), причемъ сословіе это является наследственнымъ, пользуется извѣстными привилегіями (изъятіемъ отъ мѣстной подсудности и мѣстныхъ повинностей), зато, съ другой стороны, несетъ и свои спеціальныя обязанности (спеціальныя подати и повинности въ пользу императора).

Но если въ прежнее время сословность касалась только высшихъ слоевъ, то теперь она распространяется въ глубь и захватываетъ почти все населеніе имперіи. Характерной тенденціей періода абсолютной монархіи по отношенію къ населенію является постепенное проводимое *закрѣпленіе сословій*: естественные общественные классы дѣлаются мало-по-малу наследственными, рѣзко разграничиваются другъ отъ друга и каждое изъ

нихъ несетъ на себѣ такую или иную государственную повинность, „тягло“ (*functio*). Общей причиной этого явленія служить упадокъ общественной жизнедѣятельности, заставляющій государство для удовлетворенія его нуждъ прибѣгать къ принудительному прикрѣпленію различныхъ общественныхъ классовъ къ ихъ профессіямъ.

Правительству принципата, какъ было отмѣчено выше, не чуждо было стремленіе поднять экономическое благосостояніе государства путемъ установленія большаго порядка въ управленіи, реорганизаціи податной системы, насажденія мелкаго крестьянства и т. д. На нѣкоторое время всѣ эти мѣры имѣли успѣхъ, и благосостояніе провинцій улучшилось. Однако, это улучшение оказалось непрочнымъ. Продолжительныя смуты въ концѣ періода въ значительной степени расшатали экономическую жизнь; объ этой расшатанности свидѣтельствуютъ разнообразныя чрезвычайныя мѣры, предпринимавшіяся императоромъ Діоклетіаномъ и другими, противъ ростовщичества, чрезмѣрнаго повышенія цѣнъ и т. д. Особенно любопытнымъ въ этомъ отношеніи по своей радикальности представляется извѣстный *эдиктъ имп. Діоклетіана de pretiis rerum venalium* 301 г., въ которомъ устанавливается общая для всей имперіи такса на всѣ товары и работы; требованіе цѣны или платы свыше этой таксы карается различными весьма серьезными штрафами *). Но само собою разумѣется, что такое принудительное регулированіе всего экономическаго оборота, не принеся ни малѣйшей пользы, могло вызвать только новыя экономическія замѣшательства, и черезъ нѣсколько лѣтъ этотъ эдиктъ былъ отмѣненъ.

Но смуты не прекращались и въ теченіе всего періода абсолютной монархіи; государственный порядокъ чѣмъ далѣе, тѣмъ все болѣе и болѣе расшатывался. Все управленіе имперіи оказалось въ рукахъ сплоченной и всесильной бюрократіи, жалобы на которую со стороны мѣстнаго населенія или вовсе не доходили до императора или же въ концѣ концовъ оказывались безплодными. Съ роковой необходимостью, чтобы удержать огромное государственное тѣло отъ окончательнаго распаденія, абсолютная монархія должна была все болѣе и болѣе опираться на бюрократію и все сильнѣе стягивать желѣзные обручи бюрократическаго механизма. Это въ свою очередь усиливало полновластіе и безконтрольность чиновничества, а вмѣстѣ съ тѣмъ приводило къ развитію произвола и взяточничества, что не могло не отзываться губительно во всѣхъ областяхъ общественной и экономической жизни.

Для содержанія пышнаго императорскаго двора и всей огромной массы чиновничества правительство нуждается въ большихъ средствахъ. Съ другой стороны, счастливыя войны давно уже прекратились; напротивъ, варвары настойчиво надвигаются

*) Литературу объ этомъ эдиктѣ см. у *Blumner'a* v. „*Edictum Diocletiani*“ у *Pauly-Wissowa*.

со всѣхъ сторонъ, и для защиты отъ нихъ необходимо постоянное содержаніе большихъ армій. Расходы растутъ, а на покрытіе ихъ необходимыя средства правительство можетъ получить теперь только съ подданныхъ. Налоги поэтому все повышаются и повышаются: старые усиливаются, а рядомъ съ ними вводятся новые.

Производительные классы населенія, поставленные общими государственными неурядищами въ тяжелыя условія труда, оказываются все менѣе и менѣе способными нести на себѣ эти возрастающіе налоги и обнаруживаютъ наклонность бѣжать отъ своихъ профессій. Даже землевладѣльцы нерѣдко оставляютъ свои поля; количество такихъ *agri deserti* столь велико, что обращаетъ на себя вниманіе правительства. Взысканіе податей даетъ всегда недоборы, за которые отвѣтственность возлагается на мѣстныхъ декуріоновъ, вслѣдствіе чего, какъ было отмѣчено выше, мѣстная аристократія уклоняется отъ участія въ муниципальномъ управленіи. Но правительству нужны отвѣтственные лица; оно караетъ уклоняющихся и, т. обр., налагаетъ на все *сословіе декуріоновъ* за круговую порукой своеобразное государственное тягло.

Наслѣдственной и принудительной дѣлается также профессія *военная*: сыновья солдатъ должны также быть солдатами, и лишь недостающее количество пополняется изъ рекрутъ (*tirones*). Той же участи подвергаются многія отрасли *торговли и промышленности*; всѣ лица, занятые въ этихъ отрасляхъ, объединены теперь въ принудительныя наслѣдственныя корпораціи, цехи, на которыя, за круговой порукой, возлагается выполнение ихъ профессиональныхъ обязанностей. Таковы профессіи корабельщиковъ (*navicularii*), обязанныхъ доставлять на своихъ корабляхъ сѣстные припасы въ столицы; профессіи булочниковъ (*pistorii*) и мясниковъ (*boarii*); профессіи рабочихъ въ государственныхъ фабрикахъ, рудникахъ и т. д. Почти вездѣ свободная организація труда замѣняется принудительной; почти всѣ несутъ такую или иную государственную *functio*, дѣлаются въ этомъ смыслѣ рабами государства—*servientes patriae*.

Особенный интересъ представляетъ возникновеніе въ періодъ абсолютной монархіи многочисленнаго класса *крѣпостныхъ крестьянъ*, т. наз. *coloni*. Въ окончательномъ видѣ положеніе колоновъ характеризуется слѣдующими юридическими чертами. Колоны живутъ на землѣ, принадлежащей другому лицу (господину), и платятъ ему извѣстный ежегодный оброкъ (*capon*); но вмѣстѣ съ тѣмъ это не просто арендаторы, какими были *coloni* прежде: колонъ не можетъ уйти съ занимаемаго имъ участка; въ случаѣ его ухода господинъ имѣетъ право требовать его возвращенія назадъ посредствомъ *vindicatio*—такъ же, какъ бѣжавшаго раба. Съ другой стороны, и господинъ не можетъ ни удалить колону съ участка, ни продать его безъ участка или участка безъ него. Т. обр., колоны представляютъ собою зависимый классъ населенія, юридически связанный съ землей, прикрѣпленный къ ней, или

какъ выражаются источники,—*glabae adscripti, servi terrae ipsius*.

Вопросъ о происхожденіи колоната является однимъ изъ очень сложныхъ *).

Едва-ли можетъ въ настоящее время подлежать сомнѣнію, что въ нѣкоторыхъ провинціяхъ, напр. въ Египтѣ и Азіи, колонато-подобныя отношенія существовали уже издавна и были только унаслѣдованы Римомъ. Возможно, что этотъ восточный образецъ оказалъ свое вліяніе и на позднѣйшее законодательство, давшее колонату его окончательную юридическую формулировку. Но въ Италіи, Африкѣ и нѣкоторыхъ другихъ частяхъ имперіи колонатъ развился изъ другихъ корней и только въ императорское время.

Въ памятникахъ республики, принципата и у классическихъ юристовъ выраженіе *colonus* обозначаетъ еще свободнаго мелкаго арендатора, фермера. Какъ было указано выше (§ 31), въ періодъ принципата взаимнъ рабскаго хозяйства развивается хозяйство фермерское. Вслѣдствіе возстаній рабовъ и массовыхъ казней ихъ, а также вслѣдствіе прекращенія притока ихъ въ качествѣ военной добычи количество рабовъ значительно сократилось, и владѣльцы латифундій начинаютъ находить для себя болѣе выгоднымъ сдавать свои земли мелкими участками свободнымъ арендаторамъ. Участки эти сдаются иногда прямо фермерамъ, иногда же черезъ посредство крупныхъ сѣмщиковъ (*conductores*), которые уже отъ себя сдаютъ парцеллы мелкимъ колонамъ. Арендная плата вносится обыкновенно въ деньгахъ, но иногда вмѣсто денежной суммы она устанавливается ввидѣ извѣстной доли продуктовъ въ натурѣ (*colonia partiaria*); въ періодъ абсолютной монархіи, съ паденіемъ мѣнового оборота вообще, *colonia partiaria* дѣлается явленіемъ все болѣе и болѣе общимъ. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ къ арендной платѣ присоединяется еще обязанность выполнять извѣстныя барщинныя работы (*operae*) въ пользу господина.

На этой стадіи колонъ еще юридически свободенъ; какъ господинъ можетъ отказать колону въ продолженіи аренднаго договора, такъ и колонъ можетъ уйти съ арендуемаго участка; даже неуплата оброка юридически не привязываетъ его—господинъ можетъ только взыскивать съ него недоимку обыкновеннымъ гражданскимъ порядкомъ. Но, разумѣется, фактически такая недоимка въ сильной степени связывала колоновъ, а положеніе ихъ было, по общему праву, тяжелымъ. Въ качествѣ мелкихъ арендаторовъ являлись, конечно, бѣднѣйшіе элементы населенія; уже при самомъ началѣ хозяйства, нуждаясь въ нѣкоторомъ капиталѣ, они должны были прибѣгать къ займамъ—обыкновенно у того же землевладѣльца,—и такимъ образомъ оказывались уже сразу въ извѣстной зависимости отъ него. Неудовлетворительныя

*) Основными сочиненіями по этому вопросу являются: *Фюстель-де Куланжъ*, Римскій колонатъ. Русск. пер. подъ ред. проф. Гревса. 1908 и *Rostowzew*, Studien zur Geschichte des römischen Kolonats. 1910.—Ср. также *Seeck*, v. „Colonus“ у Pauly-Wissowa.

условія хозяйственной жизни приводятъ сплошь и рядомъ къ тому, что не только нѣтъ возможности погасить эти ссуды, но даже и въ платежѣ оброка оказывается недоимка, которая съ теченіемъ времени растетъ и дѣлается хронической. При такихъ условіяхъ уйти на другое мѣсто дѣлается затруднительнымъ, тѣмъ болѣе, что и на другомъ мѣстѣ колона ждала та же самая участь. Естественно, что въ большинствѣ своемъ масса колоновъ фактически оставалась на тѣхъ же участкахъ изъ поколѣнія въ поколѣніе.

Эта фактическая связанность затѣмъ мало-по-малу начинаетъ превращаться въ юридическую. Общая тенденція абсолютной монархіи прикрѣпить различные классы населенія къ ихъ профессіи сказывается и здѣсь. Большое вліяніе на положеніе колоновъ оказала *реорганизация прямого обложенія*, произведенная императорами. Въ основаніе прямой подати, уплачиваемой землевладѣльцами,—т. н. *capitatio terrena*—кладется количество и качество ихъ земли. Для опредѣленія этого количества и качества производится періодически поземельный кадастръ, составляются описи имѣній (*formula censualis*), причемъ тщательно заносятся всѣ доходныя статьи этихъ послѣднихъ. Въ качествѣ такой доходной статьи заносятся въ опись и колоны. Это обстоятельство придаетъ фактической зависимости колоновъ уже нѣкоторый оттѣнокъ юридической, создаетъ въ лицѣ господина нѣчто вродѣ права на колоновъ: уходъ колона представляетъ пониженіе доходности имѣнія, за которое платитъ государству господинъ.

Общее экономическое разстройство ставитъ самихъ господъ часто въ затруднительное положеніе и заставляетъ ихъ дорожить колонами; отсюда нерѣдкіе случаи сманиванія колоновъ и укрывательства бѣглыхъ. Чтобы предотвратить подобныя явленія, *имп. Константинъ указомъ 332 г.* предписываетъ въ такихъ случаяхъ принудительно возвращать колоновъ назадъ. Вслѣдствіе этого колонъ лишается своей прежней свободы перехода, юридически прикрѣпляется къ той землѣ, на которой онъ записанъ, дѣлается *colonus adscripticius*. Дальнѣйшіе законы идутъ въ томъ же направленіи и придаютъ колонату его позднѣйшій видъ: такъ, законъ 357 г. запрещаетъ господину продавать землю безъ колона.

Однако, и послѣ того, какъ это прикрѣпленіе къ землѣ совершилось, колонъ не сталъ рабомъ: власть господина надъ нимъ не есть частно-правовая власть, подобная власти надъ рабомъ; эту послѣднюю господинъ могъ всегда прекратить по своему произволу—напр., отпустивъ раба на волю; отпущеніе же колона невозможно. Отношеніе между господиномъ и колономъ является поэтому связью государственно-правовою—и притомъ связью двухстороннею: связанъ колонъ, но связанъ и господинъ; оба несутъ извѣстную государственную повинность, оба привязаны принудительно къ извѣстной государственной „функции“ (*functio*).

Нужно сказать, однако, что это теоретическое различіе имѣло небольшое практическое значеніе, и положеніе колоновъ все болѣе и болѣе приближалось и уравнивалось съ положеніемъ рабовъ,

также поселявшихся часто господиномъ на землѣ. Личная свобода колоновъ также съ теченіемъ времени дѣлалась иллюзорной, тѣмъ болѣе, что позднѣйшее законодательство предоставило господамъ и извѣстную дисциплинарную власть надъ колонами.

Если мы представимъ себѣ теперь крупное помѣстье того времени, то мы увидимъ особый міръ, во главѣ котораго стоитъ господинъ; ему подчинена въ такой или иной мѣрѣ масса лицъ—свободные служащіе, вольноотпущенные, рабы, колоны; онъ управляетъ ими, творитъ надъ ними судъ и расправу. Съ другой стороны, такой господинъ, по общему правилу принадлежащій къ сословію *clarissimi*, находится въ непосредственной связи съ дворомъ и изъятъ отъ юрисдикціи мѣстныхъ властей. Получается, т. обр., нѣкоторое отъ общаго порядка управленія независимое цѣлое—нѣкоторый *зародышъ феодализма*. Вслѣдствіи, въ Византійскую эпоху, этотъ зародышъ развивается; но это не феодализмъ молодыхъ, еще только складывающихся государствъ западно-европейскаго средневѣковья, а феодализмъ заживо разлагающагося государственнаго тѣла. Ни всемогущество бюрократіи, ни принудительная организція народнаго хозяйства не могли спасти отъ этого разложенія; напротивъ, окончательно убивая народную энергію, всѣ эти мѣры только ухудшали дѣло и ускоряли процессъ умиранія.

§ 36.

Гражданскій процессъ.

Какъ было сказано выше (§ 22), формулярный процессъ являлся нормальнымъ гражданскимъ процессомъ не только въ концѣ республики, но и въ теченіе всего періода принципата. Однако, съ установленіемъ имперіи *рядомъ* съ этимъ нормальнымъ процессомъ, предполагающимъ раздѣленіе на *jus* и *judicium*, развивается т. н. *экстраординарный процессъ* (*extraordinaria cognitio*), не знающій такого раздѣленія. Мало-по-малу затѣмъ этотъ экстраординарный процессъ оттѣсняетъ процессъ *per formulas* и къ началу періода абсолютной монархіи является уже единственнымъ. Измѣненіе это совершилось слѣдующимъ путемъ.

Уже въ давнее время (ср. § 19 и § 26) въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо не находило себѣ защиты въ гражданскомъ правѣ и въ формахъ обыкновеннаго гражданскаго процесса, оно могло обратиться къ магистрату съ просьбой защитить его административными мѣрами власти. Если магистратъ находилъ просьбу, заслуживающей вниманія, онъ самъ разбираетъ дѣло, постановлялъ такое или иное рѣшеніе и затѣмъ самъ лично же приводилъ это рѣшеніе въ исполненіе. Такое административное разбирательство называлось *cognitio* или *notio*, а въ противоположность обыкновенному судебному процессу—*cognitio extraordinaria* (*extra ordinem judiciorum*

privatorum). Оно встрѣчается въ сферѣ дѣятельности различныхъ римскихъ магистратовъ (консуловъ, цензоровъ) при рѣшеніи подвѣдомственныхъ имъ дѣлъ. Что касается преторовъ, то они, напротивъ, сравнительно рѣдко прибѣгали къ этому чисто административному приему, предпочитая въ такихъ случаяхъ переводить дѣло на путь обыкновеннаго судебного производства при помощи интердиктовъ, stipulationes praetoriae и т. д. Вслѣдствіе этого extraordinaria cognitio въ періодъ республики была явленіемъ болѣе или менѣе случайнымъ и рѣдкимъ.

Напротивъ, съ устанавленіемъ имперіи область примѣненія extraordinaria cognitio все болѣе и болѣе расширяется. Императоръ, какъ первый въ государствѣ магистратъ, имѣлъ право на такое же административное рѣшеніе всякихъ дѣлъ, и императоры все шире и шире пользуются этимъ правомъ, беря на свое непосредственное разбирательство дѣла, которыя почему-либо обратили на себя ихъ вниманіе или о которыхъ просили заинтересованныя лица. Съ ростомъ компетенціи императорскихъ чиновниковъ—praefectus urbi, aepoae, vigilum—растетъ и ихъ юрисдикціонная роль: по связи со своими полицейскими функціями они разбираютъ и частные споры, къ этимъ полицейскимъ дѣламъ примыкающіе. Съ увяданіемъ преторскаго творчества и съ приостановкой развитія преторскаго эдикта вновь нарождавшіяся отношенія (напр., по поводу фидеикомиссовъ, алиментовъ и т. д.) могли найти себѣ защиту только въ порядкѣ экстраординарномъ, причѣмъ императоры нерѣдко создаютъ изъ этихъ отношеній специальную компетенцію для тѣхъ или другихъ магистратовъ (напр., консуламъ поручаются дѣла о фидеикомиссахъ).

Но особенно быстрое распространеніе получаетъ extraordinaria cognitio въ императорскихъ провинціяхъ. Правители этихъ провинцій, какъ делегаты императора, усваиваютъ себѣ приемы этого послѣдняго и все чаще и чаще обращаются къ личному разбору дѣлъ отъ начала до конца. Правда, иногда и они передавали дѣло на рѣшеніе другого лица—т. н. *judex datus* или *pedaneus*, но роль этого *judex datus* не та же, что роль присяжнаго *judex privatus* въ ординарномъ процессѣ: *judex datus* можетъ быть, можетъ и не быть; если онъ есть, то раздвоенія процесса на двѣ стадіи все же не возникаетъ—*judex datus* разбираетъ дѣло отъ начала до конца; онъ считается, наконецъ, только уполномоченнымъ правителя провинціи и потому на рѣшеніе его возможна апелляція къ этому послѣднему.

Произведенная Діоклетіаномъ реформа мѣстнаго управленія довершила дѣло постепеннаго вытѣсненія стараго формулярнаго процесса. Вся территория государства была раздѣлена на новыя провинціи, причѣмъ различіе между провинціями императорскими и сенатскими исчезло: всѣми провинціями управляютъ императорскіе намѣстники—*praesides* или *rectores*. Въ самомъ Римѣ произошло перемѣщеніе юрисдикціи: судебная власть перешла окончательно изъ рукъ преторовъ въ руки *praefectus urbi*, а вмѣстѣ съ тѣмъ долженъ былъ исчезнуть и формулярный процессъ.

И дѣйствительно, въ царствованіе Діоклетіана онъ уже вовсе не примѣняется. Въ 294 г. Діоклетіанъ издалъ указъ, въ которомъ предписывалось правителямъ провинцій самимъ рѣшать дѣла, прибѣгая къ *judices pedanei* лишь въ крайнихъ случаяхъ (с. 2. Cod. 3. 3.); этотъ указъ предполагаетъ уже *extraordinaria cognitio*, какъ общую и единственную форму процесса.

Замѣна формулярнаго процесса экстраординарнымъ обозначаетъ коренное измѣненіе въ цѣломъ рядѣ основныхъ принциповъ. Если въ ординарномъ процессѣ разбирательство по существу *in iudicio* и самый приговоръ *judex'a* въ идеѣ покоились на соглашеніи сторонъ (*litiscontestatio*), то теперь весь процессъ построенъ на началѣ власти (*imperium*); приговоръ является теперь не мнѣніемъ третейскаго судьи (*sententia*), а властнымъ приказомъ носителя *imperium* (*decretum*). Этотъ общій характеръ новаго процесса отражается на всемъ ходѣ производства.

Что касается прежде всего *вызова въ судъ*, то онъ совершается теперь официально при участіи представителя государственной власти. Жалоба истца заносится въ протоколъ судебного учрежденія (*apud acta*) и затѣмъ официально сообщается ствѣтчику; такой способъ вызова въ судъ носитъ названіе *litis denuntiatio*. Такъ какъ теперь нѣтъ раздѣленія процесса на двѣ стадіи, то по существу нѣтъ и *litiscontestatio*; но такъ какъ моментъ возникновенія процесса имѣетъ разнообразныя матеріально-правовыя и процессуальныя послѣдствія, то ради этихъ послѣдствій *litiscontestatio* приурочивается теперь къ тому моменту, когда стороны установили споръ, т. е. когда истецъ заявилъ ствѣтчику на судъ свою претензію, а ствѣтчикъ изъявилъ намѣреніе ее оспаривать (*lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam*—с. 3. 1. Cod. 14. 4). Послѣ этого судья приступаетъ къ разбору дѣла по существу, провѣркъ доказательствъ и т. д. Когда дѣло исчерпано, онъ постановляетъ свое рѣшеніе, *decretum*, причѣмъ это рѣшеніе отнюдь не должно быть непременно *condemnatio pecuniaria*; оно можетъ содержать въ себѣ и постановленіе объ исполненіи *in natura*. На приговоръ возможна *апелляція* въ инстанціонномъ порядкѣ (къ *vicarius*, *praefectus praetorio* и, наконецъ, къ самому императору), ибо всѣ чиновники представляютъ одну іерархическую лѣстницу, причѣмъ всѣ они черпаютъ свои полномочія изъ власти поставившаго ихъ императора. *Исполненіе приговоровъ* составляетъ теперь лишь послѣднюю заключительную часть производства; для возбужденія его не требуется, какъ прежде, особаго иска (*actio iudicati*), а достаточно простой просьбы: *praeses provinciae* осуществляетъ затѣмъ приговоръ средствами административной власти—либо путемъ насильственнаго отобранія спорной вещи у ствѣтчика *manu militari*, либо путемъ *pignus in causa iudicati captum*, либо, наконецъ, при помощи *distractio bonorum*.

Т. обр., во многихъ отношеніяхъ экстраординарный процессъ сохраняетъ черты прежняго чисто административнаго разбирательства; но, съ другой стороны, сдѣлавшись нормальной фор-

мой гражданского суда, онъ естественно долженъ былъ усвоить себѣ и нѣкоторыя черты этого послѣдняго, и прежде всего долженъ былъ проникнуться *принципомъ состязательности* (судъ начинается дѣло только по жалобѣ истца, судъ самъ не собираетъ доказательствъ, судъ не приговариваетъ къ большому, чѣмъ проситъ истецъ, и т. д.).

Къ сказанному нужно прибавить еще слѣдующее. Въ экстраординарномъ процессѣ въ значительной степени подвергается ограниченію *принципъ публичности*: судъ производится не на глазахъ у всѣхъ, какъ это было въ процессѣ формулярномъ, а въ закрытомъ помѣщеніи (*secretarium* или *secretum*), куда доступъ публичкѣ ограниченъ. Развивается *письменность* въ производствѣ: почти все происходящее на судѣ заносится въ судебный протоколъ. Наконецъ, процессъ пересталъ быть теперь даровымъ: тяжущіеся должны вносить извѣстныя *судебныя пошлины* (*sportulae*) на покрытіе канцелярскихъ расходовъ и т. д.

Подвергаясь въ періодъ отъ Диоклетіана до Юстиніана лишь нѣкоторымъ несущественнымъ измѣненіямъ, описанный когнитивный процессъ ко времени Юстиніана приобрѣлъ видъ т. наз. *либеллярнаго процесса*. Название это даетъ Юстиніановскому производству еще большее развитіе письменныхъ актовъ—*libelli*,—чѣмъ это было въ эпоху Диоклетіана. Искъ вчинается подачей искового прошенія—*libellus conventionis*. Провѣривъ формальную правильность прошенія (подсудность и т. д.), судъ самъ препровождаетъ его черезъ своего посыльнаго (*arragitor*) отвѣтчику съ предложеніемъ явиться въ назначенный день на судъ. Посланный *arragitor* долженъ взять отъ отвѣтчика такое или иное обезпеченіе въ томъ, что онъ дѣйствительно явится (*cautio iudicio sisti*); въ противномъ случаѣ онъ можетъ даже быть подвергнуть аресту. Если отвѣтчикъ возражаетъ на искъ, его возраженіе облекается также въ письменную форму—*libellus contradictionis*. Разборъ происходитъ въ прежнемъ порядкѣ; приговоръ дается также въ письменной формѣ и называется теперь старымъ именемъ *sententia*.

§ 37.

Уголовное право и уголовный судъ.

Существеннѣйшія реформы, внесенныя имперіей—республиканской и абсолютной—въ область уголовного права и уголовного суда сводятся главнѣйшимъ образомъ къ слѣдующему.

Въ области *уголовнаго суда* *quaestiones perpetuae* и судъ сената мало-по-малу отчѣняются, а затѣмъ и вовсе устраняются уголовной юрисдикціей императорскихъ чиновниковъ—*praefectus urbi* для Рима, *praefectus praetorio* для Италии и провинціальныхъ наместниковъ для провинцій. Съ установленіемъ при Диоклетіанѣ

новаго административнаго дѣленія нормальнымъ органомъ суда первой инстанціи, какъ и въ дѣлахъ гражданскихъ, являются *praesides provinciarum*, на рѣшенія которыхъ можетъ послѣдовать затѣмъ апеллія къ властямъ высшимъ. Чиновники эти судятъ по началамъ инквизиціоннаго разбирательства *extra ordinem*. Что касается инициативы въ преслѣдованіи преступленій, то частная *accusatio* не отмиается, но перестаетъ быть исключительной: рядомъ съ ней допускается и преслѣдованіе по почину власти, *ex officio*. Кромѣ нормальнаго порядка суда, въ эпоху абсолютной монархіи развиваются спеціальныя суды для отдѣльныхъ сословій—сенаторовъ, придворныхъ, солдатъ и духовныхъ.

Въ области *матеріальнаго уголовного права* основой остаются тѣ регламенты, тѣ *leges*, которые еще въ періодъ республики опредѣляли дѣятельность отдѣльныхъ *quaestiones perpetuae*. Но эти *leges* были во многомъ дополнены и измѣнены позднѣйшими императорскими указами. Наконецъ, и юриспруденція не осталась безъ вліянія: комментируя *leges* и императорскіе указы, она направляла практику и руководила законодательствомъ. Такъ, напр., республиканское уголовное право преступными считало только умышленныя дѣянія; дѣянія неосторожныя—неосторожное убійство и т. д.—оставались безнаказанными—отсутствіе умысла (*dolus*) дѣлало преступленіе случайнымъ (*casus*). Юриспруденція, привыкшая уже въ гражданскомъ правѣ между *dolus* и *casus* находить еще среднее—*culpa*, обратила вниманіе на преступленія неосторожныя, и императорское законодательство стало подвергать ихъ наказаніямъ въ зависимости отъ степени вины. Далѣе, въ республиканскомъ законодательствѣ покушеніе не отдѣлялось отъ совершенія и обыкновенно каралось такъ же, какъ и это послѣднее. Юриспруденція проводитъ и здѣсь необходимое различіе и рекомендуетъ для покушенія наказанія болѣе мягкія.

Что касается *системы преступленій*, то общую тенденцію императорской эпохи составляетъ ея расширеніе. Съ одной стороны, республиканское законодательство въ этомъ отношеніи оставляло большіе пробѣлы, а съ другой стороны, стремясь къ водворенію большаго порядка и спокойствія въ странѣ, императоры склонны были въ большей степени накладывать свою карающую руку тамъ, гдѣ въ періодъ республики обходились безъ уголовной репрессіи. Подъ вліяніемъ этой тенденции расширяются съ точки зрѣнія своего состава старыя, предусмотрѣнныя въ *leges*, преступленія—*crimina legitima*. Но, кромѣ этихъ послѣднихъ, возникаетъ цѣлый рядъ новыхъ преступленій, обложенныхъ наказаніями въ различныхъ императорскихъ указахъ,—т. н. *crimina extraordinaria*. Сюда относятся прежде всего отмиаченныя выше преступленія неосторожныя—убійство, поджогъ; затѣмъ клятводопреступленіе, *stellionatus* (особый видъ обмана), вытравленіе плода, оскорбленіе христіанской религіи и т. д. Особеннаго упоминанія заслуживаетъ установленіе уголовныхъ наказаній за *delicta privata*, т. е. за такія дѣянія, которыя раньше давали основаніе только для такого или иного гражданского

иска—напр., за *furtum*; первоначально такая уголовная репрессия была установлена лишь для некоторых особых видов воровства (для *fures armati, posturni, balnearii* и т. д.), а впоследствии и для всякаго.

Что касается *системы наказаний*, то вместо несложности и сравнительной мягкости карательных средств конца республики, развивается чрезвычайно сложная и суровая, порою даже варварская, система уголовных каръ, причем и здѣсь сословныя различія сказываются иногда въ установлении различныхъ наказаний за одно и то же преступленіе для привилегированныхъ и простыхъ. Возстановляется исчезнувшая въ концѣ республики *смертная казнь*, которая въ некоторыхъ случаяхъ принимаетъ даже характеръ квалифицированной (сожженіе, распятіе на крестѣ, *roena culci* и т. д.). Кроме смертной казни, наиболее частыми формами наказаний являются: *каторжные работы* въ государственныхъ рудникахъ (*condemnatio ad metallum*, причемъ приговоренный *eo ipso* лишался всякихъ правъ и дѣлался *servus roe-nae*), *ссылка* въ различныхъ видахъ (*aquae et ignis interdictio*—изгнание изъ предѣловъ отечества, *deportatio in insulam*—ссылка въ опредѣленное мѣсто; обѣ формы сопряжены съ потерей правъ и съ превращеніемъ преступника въ *peregrinus dediticius*; *tele-gatio*—безъ потери правъ), *заключеніе въ тюрьму, имущественные штрафы* и даже *тѣлесное наказаніе*. Высшія наказанія, т. н. *roenae capitales* (смертная казнь и тѣ, которыя сопряжены съ потерей правъ), влекутъ за собою, въ качествѣ дополнительнаго, конфискацію имущества. Вообще основной идеей карательной системы является идея отмщенія (преступнику) и устрашенія (другихъ).

Источники права.

§ 38.

Jus vetus и leges.

Въ эпоху абсолютной монархіи законодательная власть сосредоточивается исключительно въ рукахъ императора, вслѣдствіе чего единственною формой законодательства являются теперь императорскія конституціи, приобретающія названіе *leges*. Пржнее утвержденіе сенатомъ императорскихъ *orationes* превратилось въ простое сообщеніе сенату указовъ, уже вполне дѣйствительныхъ. Что касается различныхъ формъ конституцій, то *mandata* выходятъ изъ употребленія, а относительно *decreta* и *rescripta* постановляется (законъ Константина 315 г.—с. 2 Cod. Th. 1, 2), что они имѣютъ силу только для того дѣла, по поводу котораго они даны; они признаются т. обр. лишь за *constitutiones personales*. Вслѣдствіе этого нормальной формой общаго императорскаго

указа (*constitutio generalis*) остается теперь *edictum*. Въ тѣхъ случаяхъ, когда императорскій указъ имѣетъ своимъ содержаніемъ дарованіе какихъ-либо привилегій лицу или цѣлой корпораціи, онъ носитъ названіе *sanctio pragmatica*.

Въ противоположность императорскимъ конституціямъ, какъ *leges*, все право, созданное прежнимъ законодательствомъ и разработанное юриспруденціей классическаго періода, называется теперь *jus vetus* или *jus antiquum*.

Какъ было указано выше, съ половины III вѣка юриспруденція быстро падаетъ. Юридическое преподаваніе еще существуетъ; мы имѣемъ слѣды существованія юридическихъ школъ въ Константинополѣ, Александріи, Цезарѣ и Беритѣ, причемъ наиболее извѣстностью пользовалась *школа въ Беритѣ*; изъ среды ея дѣятелей извѣстны Кириллъ, Доминъ, Демосфенъ и Патрикій. Но *юридическая литература* этого періода скудна и количественно и качественно. Она ограничивается теперь только чисто компилятивной работой, пытающейся на основаніи выдержекъ изъ наиболее распространенныхъ сочиненій старыхъ юристовъ и императорскихъ конституцій создавать сборники для того, чтобы облегчить примѣненіе права судьями, уже неспособными овладѣть всей массой классической литературы. Некоторые изъ этихъ компиляцій дошли до насъ.

а) Въ 1821 году были найдены въ Ватиканской библиотекѣ отрывки изъ довольно обширной, повидимому, компиляціи, составленной въ концѣ IV или началѣ V вѣка изъ сочиненій Папиньяна, Павла и Ульпіана, а также изъ императорскихъ конституцій, по преимуществу, Диоклетіана. Отрывки эти называются теперь *Fragmenta Vaticana*.

б) Приблизительно къ тому же времени (вѣроятно, къ началу V вѣка) относится другая, оригинальная компиляція, которой даютъ теперь названіе *Lex Dei* или *Collatio legum mosaicarum et romanarum*. Цѣль сборника заключалась, повидимому, въ томъ, чтобы показать согласіе между римскимъ правомъ и постановленіями Моисея съ выдержками изъ сочиненій римскихъ юристовъ и императорскихъ конституцій. Разбираются, главнымъ образомъ, вопросы уголовного права и лишь некоторые гражданскаго (порядокъ наследованія по закону). Дошелъ до насъ этотъ сборникъ въ трехъ рукописяхъ VIII—XI вѣка.

в) Къ концу V или началу VI вѣка относится сборникъ, носящій названіе *Consulatio veteris cujusdam jurisconsulti*; это собраніе практическихъ совѣтовъ, рѣшеній, составленныхъ на основаніи, главнымъ образомъ, *sententiae Pauli*, но и некоторыхъ другихъ юристовъ.

д) Наконецъ, четвертый сборникъ того же рода извѣстенъ подъ названіемъ *Римско-сирійской законной книги*. Составленъ онъ въ восточной половинѣ имперіи въ V вѣкѣ (б. м., около 476 г.) и, вѣроятно, является произведеніемъ какого-либо духовнаго лица для руководства въ мѣстныхъ судахъ. Источ-

никомъ компиляціи служили императорскіе указы (по преимуществу, восточныхъ императоровъ) и нѣкоторыя сочиненія классическихъ юристовъ. Въ нѣкоторыхъ положеніяхъ (напр., относительно порядка наследованія по закону) замѣчаются отступленія отъ римскаго права: повидимому, здѣсь сказалось вліяніе національнаго права—сирійскаго или греческаго. Сборникъ этотъ имѣлъ большое распространеніе въ Азіи—отъ Египта до Арменіи—даже послѣ изданія Юстиніановскаго свода; до насъ дошли его арабскія, сирійскія и армянскія переработки.

Но всѣ эти компиляціи были только частными, и притомъ не очень искусными, пособіями; официальной силы онѣ не имѣли. Юридически *jus vetus* покоилось все на тѣхъ же источникахъ, т. е. сочиненіяхъ классическихъ юристовъ. Само собою разумѣется, однако, что судья, обязанному примѣнять это право, въ каждомъ данномъ случаѣ разобратся во всей массѣ классической литературы было до крайности затруднительно. Чтобы хоть нѣсколько облегчить эту работу, императоры издають рядъ указовъ, имѣющихъ цѣлью регулировать пользованіе обширнымъ литературнымъ матеріаломъ и упорядочить примѣненіе *jus vetus*.

Сюда относятся прежде всего два закона имп. Константина. Первый изъ нихъ (321 г.) предписываетъ судьямъ не обращать вниманія на критическія замѣчанія (notae) Павла и Ульпіана къ сочиненіямъ Папиньяна, ибо, по мнѣнію императора, оба эти юриста, заботясь только о своей славѣ, желали не столько исправить, сколько опорочить Папиньяна (с. 1 Cod. Th. 1. 4). Второй (327 г.) предлагаетъ судьямъ прежде всего руководиться при рѣшеніи дѣлъ *sententiae* Павла (с. 2 Cod. Th. 1. 4).

Полнѣе пытался регулировать примѣненіе классическихъ сочиненій законъ *Θεοδοσία II* и *Валентиніана III* (426 г.), т. е. *lex Allegatoria* (законъ о цитированіи—с. 3 Cod. Th. 1. 4). Законъ этотъ придаетъ юридически обязательную силу сочиненіямъ пяти юристовъ—Папиньяна, Павла, Ульпіана, Модестина и Гая („*Papinianus, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmitus*“). Что же касается всей остальной классической литературы, то позволяетъ принимать во вниманіе лишь тѣхъ юристовъ, на которыхъ упоминаются пять въ своихъ сочиненіяхъ ссылаются и лишь при томъ условіи, если соответствующій текстъ будетъ подтвержденъ сличеніемъ нѣсколькихъ рукописей („*si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur*“). Такъ какъ, однако, рукописи другихъ юристовъ, кромѣ пяти привилегированныхъ, встрѣчались все рѣже и рѣже, то на практикѣ указанная добавка почти не имѣла никакого значенія, и съ мнѣніями другихъ юристовъ считались лишь постольку, поскольку о нихъ сообщалось въ сочиненіяхъ Папиньяна, Павла и т. д. Если по одному и тому же вопросу между упомянутыми пятью юристами обнаруживается разногласіе, то судья долженъ принять то рѣшеніе, котораго держится большинство изъ нихъ; при равенствѣ головъ рѣшаетъ мнѣніе Папиньяна: если же мнѣнія Папиньяна по данному вопросу нѣтъ, то судья можетъ выбирать по своему

усмотрѣнію. Засимъ, подтверждается законъ Константина относительно недѣйствительности notae Павла и Ульпіана и указывается, что прежде всего рѣшенія надо искать въ *sententiae Pauli* („*Pauli quoque sententias semper valere praecipimus*“).

Какъ видимъ, *lex Allegatoria* пытается выйти изъ затрудненій чисто формальнымъ путемъ, придавъ обязательную силу сочиненіямъ пяти юристовъ, выдвинувъ изъ нихъ на первый планъ *sententiae* Павла и введя принципъ большинства въ чисто научное дѣло толкованія. Съ этой стороны нашъ законъ является нагляднымъ свидѣтельствомъ научной беспомощности юриспруденціи и бюрократіи того времени; но онъ, вѣроятно, только санкціонировалъ пріемы, установившіеся и до него въ практикѣ.

Не меньшія затрудненія представляло для практики и пользование императорскими конституціями. Какого-либо центрального органа для опубликованія ихъ не существовало: всѣ онѣ были разбросаны въ разныхъ архивахъ, вслѣдствіе чего пользованіе ими и даже самое ознакомленіе съ ними было сопряжено съ огромными трудностями. А между тѣмъ, съ каждымъ годомъ количество ихъ возрастало, причемъ новые указы сплошь и рядомъ отмѣняли или измѣняли старые. Чувствовалась, поэтому, потребность собрать ихъ въ одну книгу, чтобы они всегда были подъ рукой, какъ для судей, такъ и для частныхъ лицъ. И здѣсь для удовлетворенія этой потребности на помощь пришла прежде всего частная инициатива.

Древнѣйшая попытка этого рода принадлежитъ еще періоду принципата, когда нѣкій *Papirius Justus* собралъ конституціи имп. Марка Аврелія въ 20 книгахъ. Но этотъ сборникъ, конечно, ко времени абсолютной монархіи устарѣлъ и утратилъ свое значеніе. При имп. Диоклетіанѣ появился новый частный сборникъ, составленный какимъ-то намъ неизвѣстнымъ Грегоріемъ или Грегорианомъ и носящій названіе *Codex Gregorianus*. Онъ содержитъ въ себѣ конституціи императоровъ до Диоклетіана (отъ 196 г. до 295 г.), причемъ всѣ онѣ расположены въ извѣстномъ систематическомъ порядкѣ: кодексъ дѣлится на 14 книгъ, книги на титулы, внутри которыхъ конституціи приводятся въ подлинномъ текстѣ и въ хронологической послѣдовательности. Кодексъ этотъ, очевидно, приобрѣлъ большое распространеніе, и между 314 и 324 г. къ нему было составлено новымъ, также намъ неизвѣстнымъ авторомъ, Гермогеномъ, дополненіе изъ позднѣйшихъ конституцій, носящее названіе *Codex Hermogenianus*. Этотъ кодексъ представляетъ только одну книгу, раздѣленную на титулы.

Эти частныя попытки навели, наконецъ, и правительство на мысль сдѣлать официальный сборникъ конституцій, тѣмъ болѣе, что императорскіе указы продолжали издаваться, и черезъ извѣстный промежутокъ времени оба названные кодекса въ свою очередь устарѣли. Ввиду этого имп. *Θεοδοсій II* назначилъ въ 428 г. комиссію изъ 8 членовъ; эта комиссія должна была сдѣлать двѣ работы: во-первыхъ, собрать воедино всѣ конституціи отъ Константина, даже устарѣвшія и отмѣненныя, дабы этотъ сборникъ

вмѣстѣ съ Codices Gregorianus и Hermogenianus могъ служить основаніемъ для обученія юристовъ, которымъ нужно знать и прошлое право; во-вторыхъ, для практическаго употребленія составить сборникъ *дѣйствующихъ* только конституцій, прибавивъ, однако, къ нимъ выдержки изъ responsa и трактатовъ юристовъ, дабы т. обр. соединить въ одномъ сводѣ какъ leges, такъ и jus vetus. Работы назначенной комиссіи остались, однако, безъ всякаго результата; вѣроятно, выполненіе второй части программы встрѣтило непреодолимая затрудненія. Вслѣдствіе этого въ 435 г. была образована новая комиссія изъ 16 членовъ подъ предсѣдательствомъ quaestor sacri palatii Антиоха, но этой комиссіи поставлена была уже болѣе скромная задача: оставивъ вторую часть прежней программы, Θεодосій поручилъ новой комиссіи сдѣлать лишь сборникъ императорскихъ конституцій, изданныхъ послѣ Codex Hermogenianus и сохраняющихъ еще свою силу. Эта работа была выполнена черезъ 2 года, и новый сборникъ, получившій названіе *Codex Theodosianus*, былъ опубликованъ 15 февр. 438 г. Codex Theodosianus дѣлится на 16 книгъ, изъ которыхъ каждая въ свою очередь распадется на титулы. По основной мысли Θεодосія, его кодексъ вмѣстѣ съ Codices Gregorianus и Hermogenianus долженъ былъ составлять одно цѣлое, вслѣдствіе чего оба упомянутые частные сборники приобрѣли официальную санкцію*). Новыя конституціи, появившіяся послѣ изданія Кодекса, называются *novellae leges*.

Въ V вѣкѣ Римская имперія, какъ извѣстно, окончательно распалась на двѣ половины, Восточную и Западную, причемъ Западная половина подпала вскорѣ подъ владычество германскихъ завоевателей. Но дѣйствіе римскаго права здѣсь вслѣдствіе этого не прекратилось: оно оставалось въ полной силѣ по отношенію къ покоренному римскому населенію. Даже болѣе того: германскіе князья обнаруживаютъ нѣкоторую заботу объ этомъ правѣ, поскольку это нужно для практики судовъ. Забота эта выразилась въ изданіи нѣсколькихъ сборниковъ для судебного руководства. Таковы:

1) Т. наз. *Lex romana Wisigothorum*, сводъ изъ различныхъ источниковъ римскаго права (извлеченія изъ указанныхъ трехъ кодексовъ, изъ институцій Гая, сентенцій Павла и т. д., въ концѣ одно responsa Папиньяна), предназначенный для римскихъ подданныхъ Вестготскаго королевства, изданный Аларихомъ II въ 506 г. и потому называющійся еще *Breviarium Alaricianum*.

2) *Edictum Theodorici*—аналогичная компиляція, изданная въ концѣ V вѣка Теодорихомъ Великимъ для королевства Остготскаго.

3) *Lex romana Burgundiorum*, сборникъ такого же характера, изданный въ началѣ VI вѣка для Бургундскаго королевства королемъ Гундобадомъ. Въ нѣкоторыхъ рукописяхъ этотъ послѣдній сборникъ непосредственно примыкалъ къ lex romana Wisigothorum,

*) Лучшее изданіе Codex Theodosianus—*Mommsen'a* и *Meyer'a*, 1904—1905.— Выше было цитировано уже нѣсколько указовъ изъ этого кодекса: Cod. Th.

причемъ по ошибкѣ переписчиковъ конецъ послѣдняго—responsum Папиньяна—относился къ началу lex romana Burgundiorum, и вдобавокъ Papinianus былъ сокращенъ въ Papian. Вслѣдствіе этого и самый сборникъ (lex romana Burgundiorum) назывался также *Papian*.

§ 39.

Кодификація Юстиніана.

Всѣ указанные опыты частныхъ и официальныхъ компиляцій вызывались одною общей потребностью—имѣть какой-либо единый сборникъ права, единый сводъ, въ которомъ было бы суммировано какъ jus vetus, такъ и императорское законодательство и который могъ бы служить твердымъ основаніемъ при отправленіи правосудія. И чѣмъ дальше, тѣмъ эта потребность ощущалась все сильнѣе и сильнѣе. По отношенію къ императорскимъ конституціямъ, благодаря кодексамъ Gregorianus, Hermogenianus и Theodosianus, задача судей была значительно облегчена; но конституціи продолжали издаваться, многія изъ находившихся въ кодексахъ оказывались отмѣненными, вслѣдствіе чего по истеченіи извѣстнаго періода пересмотръ кодексовъ и дополненіе ихъ дѣлалось необходимымъ. Гораздо труднѣе было положеніе и частныхъ лицъ и судей, когда дѣло касалось jus vetus. Непосредственное пользованіе сочиненіями классическихъ юристовъ затруднялось уже тѣмъ обстоятельствомъ, что они дѣлались въ оборотѣ все болѣе и болѣе рѣдкими. Съ другой стороны, если даже ограничиться сочиненіями пяти юристовъ, легализованныхъ въ lex Allegationis, то все же разобратъ во всей массѣ ихъ и найти въ нихъ надлежащее рѣшеніе для даннаго конкретнаго случая было работой нелегкой, особенно при общемъ упадкѣ юридической образованности. Далѣе, мнѣнія юристовъ нерѣдко другъ другу противорѣчили, а механической подсчетъ голосовъ, установленный закономъ о цитированіи, представлялъ, конечно, извѣстное удобство для судей, но отнюдь не убѣждалъ въ юридической вѣрности голоса большинства. Наконецъ, условія жизни за 2—3 столѣтія успѣли во многомъ существенно измѣниться, и обычныя рѣшенія классическихъ юристовъ оказывались иногда устарѣвшими. Однимъ словомъ, чувствовалась общая потребность въ полномъ и официальномъ пересмотрѣ всей правовой системы, въ подведеніи итоговъ всего многовѣковаго развитія.

Какъ было указано выше, уже имп. Θεодосій II имѣлъ мысль сдѣлать такой общій пересмотръ какъ конституцій, такъ и юридической литературы, и переработать все въ единый, цѣльный сводъ. Но мысль эта осталась при немъ неосуществленной. Выполненіе этого плана, и притомъ въ очень широкомъ масштабѣ, составляетъ огромную заслугу Юстиніана и его ближайшаго помощника въ этомъ дѣлѣ Трибоніана.

Колоссальный труд составления Юстиниановского Свода был выполнен в несколько приемов и в сравнительно короткий срок.

Прежде всего внимание Юстиниана обратилось на собрание императорских конституций. Необходимо было привести в порядок конституции, накопившиеся за столетий промежутков после издания *Codex Theodosianus*. Но Юстиниан возымел более широкую мысль—пересмотреть и прежние кодексы (*Gregorianus*, *Herzogianus* и *Theodosianus*), вычеркнуть из них все устаревшее, а все действующее объединить в одном сборнике. С этой целью Юстиниан 13 Февраля 528 г. назначил комиссию из 10 человек, среди которых находился и упомянутый Трибониан. Через год комиссия окончила свою работу, и 7 Апреля 529 г. указом „*Summa reipublicae*“ был обнародован *Codex Justinianus*, отменивший собою три прежние.

Собрав и систематизировав *leges*, Юстиниан решил совершить то же самое и по отношению к *ius vetus*. Эта задача представляла, конечно, гораздо больше трудностей, но быстрый успех с Кодексом и наличие энергичных помощников укрепили Юстиниана в его намерении. 15 Декабря 530 г. указом „*Deo auctore*“ он дал Трибониану соответствующее поручение, предоставив ему самому выбрать себе помощников. Трибониан составил комиссию из 15 человек, между которыми были четыре профессора юриспруденции из Академии Константинопольской (Теофил и Кратин) и Беритской (Доротея и Анатолий) и 11 адвокатов. Комиссия имела пред собою очень сложную задачу: она должна была собрать сочинения не только пяти привилегированных в *lex Allegatoria* юристов, но и всех вообще классических юристов; из всех этих сочинений она должна была сделать извлечения, причем все устаревшее должно было быть вычеркнуто и заменено новым, а всякая разногласия должны были быть устранены; наконец, весь этот материал нужно было расположить в известном систематическом порядке. Одним словом, вся огромная юридическая литература должна была быть пересмотрена и спаяна в одно систематическое целое. И с этой колоссальной задачей комиссия справилась чрезвычайно быстро: через 3 года со времени указа Трибониану, именно 16 Декабря 533 г. указом „*Tanta*“ или „*Δέδοικεν*“ этот огромный свод, получивший название *Digesta* или *Pandectae*, был опубликован, а с 30 Декабря того же года вступил в действие.

Одновременно с работой по составлению Дигест, под общим руководством Трибониана, профессорами Теофилом и Доротеем был составлен, главным образом для учебных целей, официальный элементарный курс гражданского права, получивший обычное для такого рода курсов название *Institutiones*. 21 Ноября 533 г. особым указом, адресованным к юношеству—*„cupidae legum juventuti“*—Институции были санкционированы, причем им была придана сила, равная силе всех других частей свода.

Но пока шла работа по составлению Дигест и Институций, законодательство не бездействовало: самая эта работа вызвала правительство на пересмотр ряда вопросов. Как было только-что сказано, комиссия должна была устранять все встречавшиеся между юристами контроверзы, но некоторые из этих контроверз по докладу комиссии были разрешены самим Юстинианом, причем эти решения были объявлены в виде указов; сохранилось известие о 50 подобных указах—т. н. *quingenta decisiones*. Но и независимо от этого многие вопросы требовали пересмотра, и действительно в течение этих лет мы видим чрезвычайно оживленную законодательную деятельность: в 529 г. было издано около 80 конституций, в 530—около 130, в 531—около 100. Вследствие этого к тому времени, когда Дигесты и Институции были закончены, Кодекс, изданный в 529 г., оказался уже во многом устаревшим. Чтобы согласовать его с новыми частями свода, нужно было переработать его заново. Новая комиссия сделала это, и 16 Ноября 534 г. указом „*Cordi nobis*“ был опубликован, в замену прежнего, Кодекс новой редакции—*Codex repetitae praelectionis*.

Этим составление Свода было закончено. Вышедшие после того указы называются *новеллами* (*novellae leges*), и некоторые из них имеют весьма существенное значение, представляя полную реформу в некоторых областях права (напр., в области наследования). Юстиниан имел намерение также собрать эти новеллы по мере их накопления, но сам он этой мысли уже не осуществил. Мы имеем, однако, несколько частных сборников новелл, причем новеллы рассматриваются, как последняя заключительная часть Юстиниановского законодательства.

Все указанные части Юстиниановской кодификации должны были, по мысли Юстиниана, составлять одно целое, один *Corpus* права, хотя он и не были тогда соединены под одним общим названием. Лишь в средние века, когда возродилось изучение римского права (начиная с XII ст.), весь Юстиниановский Свод стал называться общим именем *Corpus Juris Civilis*, под которым названием он известен и теперь.

Разсмотрим несколько ближе каждую из составных частей этого огромного свода.

1. *Institutiones*. Хотя он создан был в качестве элементарного руководства для учебных целей, однако он не стоит ниже других частей и в смысле своей юридической силы. Главным источником их послужили Институции Гая (хотя были использованы также Институции и других авторов); он дал Юстиниановским Институциям и свое виднее деление на 4 книги и свой план (*personae, res, actiones*); сплошь и рядом даже самый текст взят у Гая. Каждая из 4 книг делится на титулы с особым заглавием; каждый титул в современных изданиях для удобства цитирования разделен на параграфы, причем нумерация параграфов начинается не с самого начала

титула, а нѣсколько дальше; начальная же, не нумерованная, часть титула носить название *principium*. Поэтому цитируются Институции такъ: *pr. (principium) Inst. I* (книга первая) 1 (титулъ первый); § 1 *Inst. I, 1* и т. д. Вотъ, напр., начало Институцій—*titulus Institutionum I. 1 de iustitia et jure*:

„Iustitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens (*principium*). § 1. *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iustitia scientia*“.

2. *Digesta* или *Pandectae* представляютъ собраніе цитатъ изъ сочиненій юристовъ, расположенныхъ въ извѣстномъ систематическомъ порядкѣ. Всего цитировано 39 юристовъ отъ Q. Мусіуса до Нермогеніана и, по исчисленію самого Юстиніана, до 2000 сочиненій. Являясь такимъ образомъ суммированіемъ всей классической юридической литературы, *Digesta* представляютъ центральную часть Юстиніановскаго Свода, самую обширную по размѣрамъ и наиболѣе цѣнную по своему содержанію. Вся масса цитатъ раздѣлена на 50 книгъ приблизительно по системѣ *Digesta* классическихъ юристовъ, которыя въ свою очередь слѣдовали системѣ *edictum perpetuum*. Каждая книга дѣлится на большее или меньшее количество титуловъ съ особымъ заглавіемъ („*De actionibus empti venditi*“, „*Locati conducti*“ и т. д.); только книги 30-я, 31-ая и 32-я не имѣютъ этого дѣленія на титулы, ибо всѣ онѣ посвящены одному вопросу и потому носятъ общее заглавіе „*de legatis*“ (о legataхъ, т. е. завѣщательныхъ отказахъ).

Внутри каждого титула (кромѣ краткихъ) цитаты также расположены въ извѣстномъ порядкѣ: сначала идутъ цитаты изъ сочиненій, комментировавшихъ цивильное право, т. е. въ большинствѣ случаевъ изъ комментариевъ *ad Sabinum*—т. наз. *масса Сабина*; затѣмъ слѣдуютъ цитаты изъ сочиненій *ad edictum—масса эдикта*, и наконецъ выдержки изъ сочиненій, возникнувшихъ на почвѣ юридической практики (*responsa* и т. д.); а такъ какъ во главѣ сочиненій этой группы стояли *responsa Papiniani*, то эту массу называютъ *массой Папиньяна*. Иногда въ самомъ концѣ находятся еще добавочныя цитаты—*Appendix*.

Предполагаютъ поэтому, что комиссія при производствѣ своихъ работъ раздѣлилась на 3 подкомиссіи, распредѣливъ между собою указаннымъ образомъ просмотръ сочиненій. Затѣмъ сдѣланныя каждой подкомиссіей выдержки сводились воедино въ общихъ засѣданіяхъ *).

*) Это предположеніе высказано было впервые *Bluhme* въ *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft*. Bd. 4 (1820 г.) и съ той поры стало общепринятымъ. Мнѣніе *Bluhme* было оспорено *Hofmann*’омъ (*Die Compilation der Digesten Justinians*. 1900), который думаетъ, что систему и главное содержаніе *Digestarum* далъ комментарий Ульпіана, а затѣмъ другія компиляціи вродѣ *fragmenta Vaticana*. Но критика *Hofmann*’а успѣха не имѣла (Ср. *Mommsen. Zeitschr. d. Sav.-St. f. Rg.* Bd. 22 (1901), *Jörs. v. „Digesta“* у *Pauly-Wissowa, Bonfante. Storia del dir. rom. Appendice II*). Въ новѣйшее время аналогичную мысль высказала *H. Peters* (*Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*. 1913), по мнѣнію котораго *Digesta* представляютъ лишь переработку нѣкотораго болѣе ранняго частнаго

Каждая цитата начинается съ указанія автора и сочиненія, изъ котораго она взята. Въ современныхъ изданіяхъ эти цитаты внутри каждого титула перенумерованы, а болѣе длинныя изъ нихъ раздѣлены на параграфы (причемъ и здѣсь начало каждой цитаты стоитъ внѣ нумерации и обозначается словомъ *pr. = principium*). Поэтому, при цитированіи *Digestarum* надо указать книгу, титулъ, номеръ цитируемой выдержки и ея параграфъ—напр. *fr. (fragmentum) или I. (lex) 1 § 2 Dig. 43* (книга) 6 (титулъ). Для образца приведемъ только-что указанный *titulus Digestorum 43. 6*, озаглавленный „*Ne quid in loco sacro fiat*“.

1. *Ulpianus libro sexagesimo octavo ad edictum* (цитата взята изъ 68-й книги комментарія Ульпіана *ad edictum*). *Ait praetor: „In loco sacro facere inve eum immittere quid veto“* (*principium*: слова претора въ эдиктѣ). § 1. *Hoc interdictum de loco sacro, non de sacrario competit* (здѣсь начинается комментарий Ульпіана). § 2. *Quod ait praetor, ne quid in loco sacro fiat, non ad hoc pertinet, quod ornamentis causa fit, sed quod deformitatis vel incommodi*. § 3. *Sed et cura aedium locorumque sacrorum mandata est his, qui aedes sacras curant*.

2. *Hermogenianus libro tertio iuris epitomarum. in muris itemque portis et aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur*.

3. *Paulus libro quinto sententiarum. Neque muri neque portae habitari sine permissu principis propter fortuita incendia possunt*.

Создавая *Digesta*, компиляторы имѣли своей задачей не просто собрать цитаты изъ сочиненій юристовъ и расположить ихъ въ извѣстномъ порядкѣ, какъ, напр., мы собираемъ литературные матеріалы и выписки, а сдѣлать изъ нихъ дѣйствующій Сводъ Законовъ. Между тѣмъ въ сочиненіяхъ юристовъ они встрѣчали и разногласія ихъ между собой и много такого, что ко времени Юстиніана уже устарѣло. Компиляторы должны были поэтому сглаживать разногласія и замѣнять устарѣвшее новымъ. Для этого они прибѣгали нерѣдко къ различнымъ измѣненіямъ въ цитируемомъ текстѣ; эти измѣненія называются *emblemata Triboniani* или *интерполяціями*. Какими-либо внѣшними знаками интерполяціи не отмѣнены, но всестороннее изученіе *Corpus Juris Civilis* обнаружило и продолжаетъ обнаруживать ихъ въ большомъ количествѣ: рука компиляторовъ дѣятельно прошла по всему огромному матеріалу *Digestarum*. Иногда подобныя интерполяціи обнаруживаются легко изъ сопоставленія цитатъ, взятыхъ у одного и того же юриста и изъ одного и того же сочиненія, но помѣщенныхъ въ двухъ разныхъ мѣстахъ (т. н. *leges geminatae*), или изъ сопоставленія цитаты въ *Digesta* съ той же самой цитатой въ сохранившихся до насъ памятникахъ до-Юстиніанов-

сборника. Но эта новая попытка ниспровергнуть гипотезу *Bluhme* встрѣтила также рѣшительный отпоръ (см. рецензіи *Lenela* и *Mummeysa* въ *Z. der Sav.-St. für Rechtsgeschichte*. Bd. 34. 1913).

скаго времени (fragmenta Vaticana и т. д.). Но часто переработка компиляторовъ можетъ быть обнаружена только путемъ сложнаго разбора логическаго, лингвистическаго и историческаго характера. Приведемъ для образца самые простые виды интерполяцій.

Fr. 12. 3. D. 7. 1. *Ulpianus libro XVII ad Sabinum*. De illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo meus ususfructus est, stipuletur aliquid ex re mea vel per traditionem accipiat: an per hoc ipsum, quasi utar, retineam usumfructum?

Fragmenta Vaticana § 89. De illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo ususfructus meus est, stipuletur aliquid vel *mancipio* accipiat, an per hoc ipsum, quasi utar, retineam usumfructum.

Самое существенное измѣненіе здѣсь заключается въ томъ, что стоявшее въ подлинникѣ у Ульпіана слово „*mancipio*“ замѣнено въ Юстиніановскихъ *Digesta* выраженіемъ „per traditionem“: ко времени Юстиніана формальная сдѣлка передачи права собственности (*mancipium*, *mancipatio*) уже отпала, вслѣдствіе чего компиляторы замѣнили ее безформальной *traditio*.

Fr. 49. 1. D. 24. 3. *Paulus l. VII responsorum*. Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa *pignoris* ablatus est.

Fragmenta Vaticana § 94: Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa *fiduciae* ablatus est.

Здѣсь по той же причинѣ слово „*fiducia*“ замѣнено словомъ „*pignus*“.

Разоблаченіе интерполяцій и возстановленіе подлиннаго текста классическихъ юристовъ имѣетъ огромное значеніе для исторіи развитія римскаго права; но какъ дѣйствующее право Юстиніана должно считаться не то, что юристъ дѣйствительно говорилъ, а то, что ему вложено въ уста Юстиніановскими компиляторами *).

Выше было указано (§ 34), что періодъ абсолютной монархіи былъ въ значительной степени періодомъ „оріентализаціи“ римскаго права, причемъ эта оріентализація была далеко не всегда улучшеніемъ. Во многомъ практика римскаго права отступила отъ тѣхъ началъ, которыя были съ такимъ мастерствомъ разработаны классической юриспруденціей. Повинуясь тѣмъ же восточнымъ, эллинистическимъ вліяніямъ, подчиняясь, быть можетъ, уже прочно установившейся практикѣ, компиляторы, конечно, въ своихъ интерполяціяхъ не могли не отдать дани этимъ вліяніямъ. Но при всемъ томъ уже то обстоятельство, что въ основу Юстиніановскаго свода были положены сочиненія классическихъ юристовъ, обозначало для того времени безспорное возстановленіе

*) Наличие интерполяцій была подмѣчена уже т. н. гуманистической школой XVI ст. (въ особенности ея виднѣйшимъ представителемъ Куяціемъ), но систематическое изученіе ихъ развилось лишь въ концѣ XIX ст. Особенное значеніе въ этой области имѣли труды Gradenwitz'a, Eisele, Lenel'я и др.—Ср. Gradenwitz. Interpolationen in den Pandekten. 1887; Appleton. Des interpolations dans les Pandectes. 1895 г.; Bonfante. Storia del dir. rom. Appendice IV.

римскаго права, возвращеніе къ его лучшимъ началамъ. Благодаря Дигестамъ, классическая литература была сохранена отъ полной гибели, а ея результаты отъ безвозвратнаго искаженія.

3) *Codex* есть собраніе императорскихъ конституцій; онъ состоитъ изъ 12 книгъ, причемъ каждая книга, какъ и въ другихъ частяхъ свода, дѣлится на титулы съ особымъ заглавіемъ. Книга 1 содержитъ конституціи, касающіяся церковнаго права, источниковъ права и officia различныхъ императорскихъ чиновниковъ; книги 2—8—гражданское право, книга 9—уголовное право; книги 10—12—положенія о государственномъ управленіи. Внутри титула расположены отдѣльныя конституціи въ хронологическомъ порядкѣ. Каждая конституція имѣетъ въ началѣ *inscriptio*—т. е. указаніе имени издаваемаго ее императора и имени того, къ кому она была адресована, а въ концѣ *subscriptio*—т. е. обозначеніе даты, когда она была издана, причемъ эта дата обозначается именами бывшихъ въ то время консуловъ. Въ современныхъ изданіяхъ конституціи внутри каждого титула перенумерованы, а болѣе длинныя раздѣлены на параграфы. Т. обр. цитируется Кодексъ, напр., такъ: с. (constitutio) или 1. (lex) 1. Cod. 6. 55.

Impm. (imperatores) *Severus et Antoninus AA* (augusti) *Crispinae* (имя лица, къ которому была адресована конституція). Si fratri tuo legitima heres esse postes, centum dierum praefinitione non excluderis ad acquirendam hereditatem. *PP* (proposuerunt) *III non.* (nonis) *Nov.* (Novembr.) *Antonino A. II et Geta II coss.* (consulibus—т. е. дано въ III ноны ноября въ тотъ годъ, когда консулами были самъ имп. Антонинъ во 2-ой разъ и Гета также во 2-ой разъ—205 г.).

4. Наконецъ, четвертую часть Юстиніановскаго законодательства составляютъ *Новеллы*. Какъ было указано выше, официальнаго собранія новеллъ, изданныхъ Юстиніаномъ послѣ *Codex hereticae praelectionis*, мы не имѣемъ, но до насъ дошли нѣкоторые частные сборники ихъ. Древнѣйшій сборникъ этого рода принадлежитъ Константинопольскому профессору *Юлиану*, составленъ онъ былъ около 556 г. и содержитъ въ себѣ 122 новеллы Юстиніана; сборникъ этотъ обычно называется *epitome Juliani*. Кромѣ него, уже глоссаторамъ было извѣстно другое собраніе изъ 134 новеллъ, изданныхъ между 535—556 гг., собраніе, которому дано было имя *Authenticum*. Наконецъ, еще позже стало извѣстно третье собраніе, содержащее 168 новеллъ на греческомъ языкѣ. Въ современныхъ изданіяхъ новеллы перенумерованы; каждая изъ нихъ состоитъ изъ введенія (*praefatio*), текста и заключенія (*epilogus*); текстъ раздѣляется на главы (*capit.*). Способъ цитированія: *Nov 118 cap. 4*.

Таковъ общій составъ Юстиніановскаго *Corpus Juris Civilis*. Цѣликомъ—въ одной рукописи онъ до насъ не дошелъ, но мы имѣемъ рукописи отдѣльныхъ частей его.

Institutiones дошли до насъ во множествѣ рукописей, не восходящихъ, впрочемъ, далѣе IX вѣка. Наиболѣе цѣнной является

рукопись Туринская: въ ней, кромѣ текста Юстиніановскихъ Институцій, мы находимъ глоссы, т. е. толкованія къ тексту, изъ которыхъ нѣкоторыя восходятъ ко времени самого Юстиніана.

Для *Дигестъ* мы имѣемъ прекрасную рукопись VI или начала VII вѣка. До 1406 г. она находилась въ г. Пизѣ, а въ этомъ году была отнята Флоренціей, гдѣ и хранится до сихъ поръ, почему называется *Florentina*. Когда въ XI столѣтіи возобновилось изученіе римскаго права и возникъ большой спросъ на списки *Дигестъ*, появилось большое количество рукописей, многія изъ которыхъ дошли и до насъ; всѣ эти позднѣйшіе списки носятъ названіе *lectio Vulgata*. Источникомъ своимъ они имѣютъ Флорентину, но есть слѣды пользованія рядомъ съ Флорентиной и какой-то другой рукописью, намъ неизвѣстной. Въ это время, однако, *Дигесты* циркулируютъ не какъ нѣчто единое и цѣльное, а ввидѣ трехъ разорванныхъ частей: *Digestum vetus* отъ начала до титула „Solutio matrimonio“ (D. 24.3), *Infortiatum*— отъ tit. 24.3 до 38 книги включительно и *Digestum novum* отъ 39 книги до конца. Чѣмъ вызвано такое странное раздѣленіе, неизвѣстно. По разсказу Одофреда, юриста XII вѣка, оно произошло оттого, что когда Ирнерій началъ въ Болонѣ преподавать римское право на основаніи *Corpus Juris Civilis*, онъ сначала имѣлъ въ рукахъ только *Digestum vetus* и лишь позже получилъ остальные части *Дигестъ**).

Рукописи *Кодекса* очень рано стали подвергаться различнымъ сокращеніямъ: выпускались греческія конституціи, вычеркивались и многія латинскія. Тогда же были вовсе заброшены 3 послѣднія книги, и подъ именемъ *Кодекса* разумѣлись только первыя 9 книгъ. Когда же эти 3 послѣднія книги стали снова циркулировать, то еще долго носили особое заглавіе *Tres libri*. Рукописей *кодекса* мы тоже имѣемъ довольно много, такъ что изъ сопоставленія ихъ можемъ устранить всѣ сокращенія и выпуски и установить болѣе или менѣе подлинный текстъ. Лучшими изъ рукописей признаются Веронская VIII столѣтія, Парижская и Дармштадтская.

Тотчасъ же послѣ изобрѣтенія книгопечатанія рукописи отдѣльныхъ частей *Corpus* замѣняются *печатными изданіями*, причемъ первыя изъ нихъ являются простой перепечаткой циркулировавшихъ рукописей, такъ что древнѣйшія печатныя изданія состоятъ изъ 5 томовъ: I томъ содержитъ *Digestum vetus*, II—*Infortiatum*, III—*Digestum novum*, IV—девять первыхъ книгъ *Кодекса*, V—три послѣднія книги *Кодекса*, *Новеллы* и *Institutiones*. Эти печатныя изданія воспроизводятъ текстъ съ глоссами, т. е. съ толкованіями средневѣковыхъ ученыхъ, которыя писались на поляхъ вокругъ текста. Въ 1525 г. появляется первое изданіе одного текста безъ глоссъ, а затѣмъ *Gregorius Haloander* принялъ изданіе отдѣльныхъ частей *Свода*, съ одной стороны

*) Къ вопросу о соотношеніи *Florentina* къ *lectio Vulgata* и о раздѣленіи *Digesta* на 3 части—*Kantorowicz*. Ueber die Entstehung der *Digestenvulgata* въ Z. p. Sav.-St. Bd. 30 и 31 (1910 и 1911 гг.).

раздѣливъ ихъ одну отъ другой, а съ другой стороны—соединивъ вмѣстѣ разорванныя части каждой изъ нихъ: въ 1529 г. онъ издалъ *Digesta* и *Institutiones*, въ 1530 г. *Codex*, въ 1531 г.—*Новеллы*. Въ 1583 г. появляется полное изданіе *Діонисія Готофреда*, гдѣ въ первый разъ печатно всѣмъ частямъ вмѣстѣ дается общее заглавіе—*Corpus Juris Civilis*. Цѣлый рядъ послѣдующихъ романистовъ работаетъ надъ критикой и очисткой текста отъ всякихъ происшедшихъ отъ долговременныхъ переписокъ искаженій. Лучшимъ изъ современныхъ изданій *Corpus* является изданіе *Моммзеновское*, которому предшествовала кропотливая и въ высшей степени тщательная работа маститаго ученаго; въ этомъ изданіи Институцій и Кодексъ пересмотрѣны П. Крюгеромъ, *Дигесты* самимъ Моммзеномъ, *Новеллы*—*Schoell'емъ* и *Kroll'емъ**).

*) *Corpus Juris Civilis*. Editio Stereotypa. Vol. I. *Institutiones* и *Digesta*, vol. II. *Codex*, vol. III—*Novellae*. Въ послѣднемъ изданіи (въ которомъ *Digesta* послѣ смерти Моммзена еще разъ пересмотрѣны П. Крюгеромъ) отмѣчены и наиболѣе несомнѣнныя интерполяціи.

ГЛАВА V.

Римское право въ новомъ мірѣ.

§ 40.

Римское право въ Византіи и на Востокѣ.

Въ кодификаціи Юстиніана римское право получило свое заключеніе; работа античнаго міра была закончена и сведена въ компактную форму. „Теперь римская имперія могла погибнуть: римское право было приведено въ такое состояніе, что могло пережить создавшее его государство *).

И оно дѣйствительно пережило и явилось однимъ изъ существеннѣйшихъ элементовъ въ дальнѣйшемъ праворазвитіи чело- вѣчества. Созданіе античнаго міра, оно вошло въ жизнь новыхъ народовъ, стало жить съ ними, и въ этомъ смыслѣ можно гово- рить о *второй исторіи римскаго права*.

Но эта вторая исторія была неодинакова на Востокѣ и на Западѣ (Европы). Послѣ Юстиніана жизнь римскаго права какъ бы раздѣляется на *двѣ вѣтви—восточную и западную*. Восточная, Византійская, вѣтвь, непосредственно примыкая къ прежнему источнику праворазвитія, на первыхъ порахъ обнаруживаетъ зна- чительное оживленіе, но затѣмъ это оживленіе постепенно зами- раетъ, пока, наконецъ, эта вѣтвь не засыхаетъ окончательно. Со- вершенно иначе складывается судьба западной вѣтви: на первыхъ порахъ она кажется заглушенной и обреченной на гибель, но про- ходитъ нѣкоторое время, она оживаетъ, развивается снова и по- крываетъ своими ростками весь западный міръ.

Прослѣдимъ исторію обѣихъ вѣтвей обстоятельнѣе и пре- жде всего обратимся къ *вѣтви восточной* **).

Первое время послѣ изданія Юстиніановскаго Свода мы наблюдаемъ значительное оживленіе въ области правовѣдѣнія. Этому способствовало, во-первыхъ, возбужденіе, вызванное самими кодификаціонными работами, а, во-вторыхъ, *реформированіе юри- дическаго обученія*, произведенное Юстиніаномъ.

*) *Sohm. Institutionen. 14-te Aufl. 1911 S. 153.*

***) Новѣйшее изложеніе исторіи Византійскаго права—*Siciliano Villanueva. Diritto bizantino. Milano. 1906.*

Какъ уже упоминалось выше, юридическое обученіе въ пе- ріодъ абсолютной монархіи продолжало существовать, концентри- руясь въ различныхъ юридическихъ академіяхъ, изъ которыхъ наибольшей извѣстностью и покровительствомъ со стороны госу- дарства пользовались академіи Константинопольская и Беритская. Преподаваніе обыкновенно распредѣлялось на 4 года, въ теченіе которыхъ ученики знакомились съ юриспруденціей путемъ чтенія и толкованія избранныхъ литературныхъ произведеній классиче- скихъ юристовъ, начиная съ Институцій Гая и кончая *Responsa Папиньяна* и Павла. Юстиніанъ еще болѣе придалъ официальный характеръ школамъ Константинопольской и Беритской: каждая изъ нихъ имѣетъ теперь по 4 профессора, получающихъ опредѣ- ленное жалованье отъ государства. вмѣстѣ съ тѣмъ Юстиніанъ произвелъ реформу и въ планѣ юридическаго обученія, приспо- собивъ этотъ планъ къ составу новаго Свода. Учебный курсъ удлинень теперь до 5 лѣтъ: въ теченіе 1 года ученики читаютъ подъ руководствомъ профессора Институцій Юстиніана и первую часть Дигестъ (книги 1—IV, т. н. *прѣта*); въ теченіе 2, 3 и 4 года другія части Дигестъ; наконецъ, 5 годъ проходитъ въ самостоя- тельномъ чтеніи учениками Кодекса *).

Въ связи съ новымъ законодательствомъ и реформирован- нымъ преподаваніемъ оживляется и *юридическая литература*, хотя научной работѣ были поставлены границы. Издавъ свой Сводъ и опасаясь возобновленія старыхъ литературныхъ контро- верзъ, Юстиніанъ предписалъ впредь толковать Сводъ только изъ него самого, не прибѣгая къ первоисточникамъ—къ сочине- ніямъ классическихъ юристовъ. Вслѣдствіе этого юридическая ли- тература этого времени занимается главнымъ образомъ изложе- ніемъ и толкованіемъ отдѣльныхъ частей *Corpus*. Наиболѣе извѣ- стными произведеніями этого рода являются: изъ толкованій на Институцій—греческій *парафраза Теофила* (того, который былъ однимъ изъ авторовъ Институцій); изъ толкованій на *Digesta*, т. называемыхъ *indices*—самый полный принадлежитъ *Стефану*; изъ толкованій Кодекса—комментарій *Фалалея*. Но это оживленіе ли- тературы не было прочнымъ: уже при ближайшихъ преемникахъ Юстиніана она увядаетъ.

Развитіе церковныхъ учреждений и церковной юрисдикціи вызываетъ потребность въ сборникахъ, въ которыхъ находились бы церковныя правила (каноны) и наиболѣе нужныя извлеченія изъ свѣтскаго права (*νόμοι*—законы). Такъ возникаютъ церковно- правовые сборники, т. н. *номоканоны*.

Юстиніановскій Сводъ продолжалъ быть основой Византій- скаго права, но постепенное измѣненіе условій государственной жизни по истеченіи нѣсколькихъ столѣтій не могло не вызывать у правительства сознанія необходимости его приспособленія. Пер- вою попыткой такого приспособленія является *Эклога* (*Ἐκλογή τῶν*

*) Указанная реформа выражена Юстиніаномъ въ инструкціи профессорамъ 16 Дек. 533 г.—const. „*Ομνημ*“ (помѣщена передъ *Digesta*).

νόμων), изданная при имп. Львѣ Исаврійскомъ въ 740 г. и составленная изъ всѣхъ частей Юстиніановскаго Свода въ извлеченіяхъ, а также изъ вновь изданныхъ уставовъ—устава о землевладѣніи (νόμος γεωργικός), устава воинскаго (νόμος στρατιωτικός) и устава торговаго (νόμος Ροδίων).

Но болѣе полная переработка Юстиніановской кодификаціи была произведена въ концѣ IX и началѣ X вѣка. Между 870 и 879 г. имп. Василіемъ Македоняниномъ былъ изданъ т. н. *прохиронъ* (ὁ πρόχειρος νόμος), сокращенное руководство для судей на подобіе эклоги. Но въ то же время имъ была начата и болѣе обширная переработка Юстиніановскаго законодательства, которая была закончена при преемникѣ Василія—Львѣ Мудромъ (886—911). Этотъ наиболѣе полный памятникъ Византійскаго законодательства называется *базиліками* (τὰ βασιλικὰ); всѣ части Юстиніановскаго Свода переработаны и слиты въ одинъ кодексъ, состоящій изъ 60 книгъ уже на греческомъ языкѣ.

Какъ при Юстиніанѣ, такъ и теперь законодательныя работы Василія Македонянина и Льва Мудраго вызвали снова нѣкоторое оживленіе юридической литературы. Въ теченіе X и XI вѣковъ юриспруденція работаетъ въ двухъ направленіяхъ. Во-первыхъ, юристы толкуютъ и комментируютъ базиліки; такія толкованія называются *схольями*, причѣмъ различаются толкованія на основаніи юристовъ до-Юстиніановской эпохи, которые теперь являются уже юристами „древними“ (толкованія эти называются *параграфай тѣω παλαιῶν*), и толкованія на основаніи юристовъ современныхъ (т. н. *καὶ παραγραφαι*). Во-вторыхъ, юристы пишутъ разнообразныя *сокращенныя изложенія и руководства*—ἐπιτομαί, ἐκλογαί, συνοψεις, πρόχειρα и т. д. (одно даже въ стихахъ, составленное нѣкоторымъ Psellus для имп. Михаила Дуки въ 1072 г.).

Но затѣмъ начинается новое увяданіе, и уже окончательное. Самымъ позднимъ памятникомъ Византійскаго права является т. н. *Шестикнижгіе Арменопула*, частная переработка права въ 6 книгахъ, составленная въ 1345 г. Фессалоникскимъ судьей Константиномъ Арменопуломъ. Заслуживаетъ упоминанія эта компиляція только потому, что она является и до сихъ поръ дѣйствующимъ правомъ въ нашей Бессарабіи.

Подвергаясь всѣмъ этимъ переработкамъ, римское право на Византійской почвѣ все болѣе и болѣе утрачивало тѣ черты, которыя дѣлали его правомъ универсальнымъ. Византія все болѣе и болѣе превращалась въ государство со специфическими особенностями своего строя; общественныя отношенія утратили присущую цвѣтущей порѣ Рима свободу индивидуальной самостоятельности. Вмѣстѣ со всѣмъ этимъ и римское право въ этой вѣтви должно было продѣлывать процессъ, обратный тому, который оно совершило раньше, развиваясь отъ національнаго *jus civile* къ общенародному *jus gentium*. Изъ права мірового оно дѣлается правомъ одного и притомъ очень специфическаго государства, превращается снова въ нѣкоторое *jus civile* и вмѣстѣ съ тѣмъ утрачиваетъ свою пригодность быть цементомъ, связующимъ международный обо-

ротъ. Понятно, что византійское право могло оказать только слабое вліяніе за предѣлами своей страны (извѣстное вліяніе, въ частности, оно оказало на наше древне-русское право) и что эта вѣтвь была обречена на засыханіе.

Римское право въ Западной Европѣ.

§ 41.

Эпоха до глоссаторовъ.

Послѣ паденія Западной Римской Имперіи въ 476 г. на территоріи Италіи образовалось королевство геруловъ, но въ 493 г. ихъ вытѣснили *остготы*, пришедшіе по приглашенію Восточнаго императора подъ предводительствомъ *Теодориха*. На первыхъ порахъ германцы какъ бы чувствуютъ нѣкоторую зависимость отъ Византійскаго императора, и Теодорихъ считается его намѣстникомъ. Послѣ смерти Теодориха возникли споры о престолонаслѣдіи, и въ 555 году Италія снова подчиняется Юстиніану, причѣмъ и для нея вводится въ дѣйствіе *Corpus Juris Civilis*. Въ 565 г. умеръ Юстиніанъ, а уже въ 568 г. вторгаются *лангобарды* и занимаютъ Италію, отрывая ее окончательно отъ Византіи. Въ остальныхъ частяхъ бывшей Западной Римской имперіи образуются государства Бургундовъ, Вестготовъ, Франковъ, Вандаловъ и т. д.

Для римскаго права наступаетъ темная эпоха. Долгое время казалось, что съ водвореніемъ германцевъ римское право совершенно исчезло, что вмѣстѣ съ тѣмъ прекратилось и всякое его изученіе. Когда затѣмъ въ концѣ XI вѣка возобновилось изученіе его въ Болоньѣ, то это представлялось полнымъ воскресеніемъ римскаго права изъ мертвыхъ.

Ближайшее изслѣдованіе этого вопроса въ XIX вѣка привело къ инымъ выводамъ. Огромное значеніе въ этомъ отношеніи имѣло капитальное изслѣдованіе *Савиньи* „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ (1-е изд. 1815 и слѣдующихъ годовъ, 2-е изд. 1835—1851 г.г.). Результаты Савиньи вызвали всеобщее вниманіе, и цѣлый рядъ дальнѣйшихъ работъ пролилъ болѣе яркій свѣтъ на эту дотолѣ темную эпоху*).

Водвореніе германскихъ завоевателей не прекратило дѣйствія римскаго права по отношенію къ *покоренному населенію*—прежнимъ подданнымъ римскаго государства и ихъ потомкамъ:

*) Упомянемъ изъ нихъ: *Fitting*. Zur Geschichte des röm. Rechts am Anfange des Mittelalters. 1875, Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna. 1888. *Stintzing*. Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. I. 1880. *Max Conrat* Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts im früheren Mittelalter. 1889, 1891. *Flach*. Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen age. 1890 и др. Подробности см. литературу *Виноградовъ*. Римское право въ средневѣковой Европѣ. Москва. 1910 г.

они продолжали жить по своему праву, какъ германскіе покорители по своему. Какъ мы видѣли выше, нѣкоторые изъ германскихъ королей издали даже официальные сборники римскаго права—*edictum Theodorici*, *Breviarium Alaricianum* и *lex romana Burgundiorum*. Вслѣдствіе этого для римскаго населенія оставались въ силѣ источники римскаго права—въ однихъ мѣстахъ до Юстиніановскіе, въ другихъ Юстиніановскій *Codrus Juris Civilis*. Въ частности, въ Испаніи и Франціи силу закона имѣлъ *Breviarium Alaricianum*. Въ Испаніи, однако, въ VII столѣтіи онъ былъ замѣненъ новымъ вестготскимъ кодексомъ, который объединялъ римское и готское право; во Франціи же онъ оставался въ дѣйствіи еще долгое время, особенно въ южной, которая даже называлась поэтому „страною писаннаго права“ (*paus de droit écrit*) въ противоположность сѣверной, гдѣ получили преобладаніе франкскіе обычаи и которая называлась „страною обычнаго права“ (*paus de droit coutumier*). Что касается Италіи, то въ ней, какъ сказано, былъ введенъ Юстиніаномъ *Codrus Juris Civilis*, который остался источникомъ права для римлянъ и послѣ того какъ Италія снова отпала отъ Византіи; но, повидимому, *Digesta* оказывались уже неподъ силу новымъ судьямъ и на практикѣ почти не употреблялись.

Большое значеніе въ дѣлѣ сохраненія римскаго права имѣло также то обстоятельство, что церковь ко всѣмъ своимъ отношеніямъ, т. е. къ спорамъ между церковными учрежденіями (монастырями и т. д.) и отдѣльными ея служителями (*clerici*) примѣняла римское право—*ecclesia vivit lege romana*. Вслѣдствіе этого естественно сфера дѣйствія римскаго права значительно расширялась.

Примѣненіе римскаго права къ римскому населенію и германскаго къ германцамъ должно было приводить къ значительнымъ затрудненіямъ тогда, когда въ одномъ и томъ же правоотношеніи оказывались участвующими лицами и тѣ и другіе. Во избѣжаніе этого часто уже при заключеніи сдѣлки стороны сами опредѣляли, по какому праву она должна обсуждаться. Затрудненія эти усиливались еще тѣмъ, что у самихъ германцевъ не существовало единого, общаго права, что каждое германское племя (лангобарды, франки и т. д.) имѣло свои собственные обычаи, не совпадавшіе съ обычаями другихъ. Даже болѣе того: внутри cadaго племени въ разныхъ группахъ населенія и въ разныхъ мѣстахъ образовывались свои спеціальныя и мѣстныя обычаи. Если ко всему этому прибавить присущую обычному праву вообще извѣстную неопредѣленность и шаткость, то станеть очевидно, насколько затруднительнымъ долженъ былъ быть при такихъ условіяхъ гражданскій оборотъ.

Первое время всѣ указанныя затрудненія, быть можетъ, еще не давали себя особенно чувствовать. Экономическая жизнь покореннаго населенія вслѣдствіе войнъ и опустошеній, сопровождавшихъ передвиженіе народовъ, была, конечно, подорвана. Съ другой стороны, германцы, осѣвшіе на новыхъ мѣстахъ, еще продолжали вести жизнь въ экономическомъ отношеніи несложную. Для оживленнаго гражданскаго оборота данныхъ еще не было.

Мало-по-малу, однако, міръ начинаетъ оправляться отъ пережитыхъ потрясеній. Оживаетъ торговля, расцвѣтають торговые центры—города, возникаютъ въ разныхъ мѣстахъ ярмарки. Снова на почвѣ этой международной торговли сталкиваются люди разныхъ національностей, завязываются сложные дѣловыя отношенія. Вмѣстѣ съ тѣмъ снова, какъ нѣкогда въ Римѣ, вырастаетъ потребность въ такомъ правѣ, которое могло бы регулировать эти торговыя отношенія внѣ всякихъ мѣстныхъ и національных особенностей, въ правѣ настолько развитомъ, чтобы въ немъ могли найти себѣ удовлетвореніе нужды развивающагося и усложняющагося гражданскаго оборота. Германскіе разрозненные обычаи, создавшіеся къ тому же еще на почвѣ неразвитаго, натурального хозяйства, этимъ запросамъ удовлетворить не могли; но могло удовлетворить имъ въ полной мѣрѣ римское право. И дѣйствительно, въ теченіе IX, X, XI вѣковъ спросъ на римское право замѣтно усиливается; объ этомъ свидѣлствуютъ и различные расказы современниковъ и дошедшіе до насъ документы—дѣловыя сдѣлки и судебныя протоколы. Всѣ отмѣченныя выше затрудненія, возникавшія на почвѣ чрезвычайнаго смѣшенія *nationes*, все болѣе и болѣе приводятъ къ тому, что сфера примѣненія римскаго права растетъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ растетъ и потребность въ болѣе точномъ знаніи его источниковъ: если въ началѣ оборотъ могъ довольствоваться Юстиніановскими Институціями или компиляціей Алариха, то теперь болѣе сложныя отношенія начинаютъ требовать обращенія къ основной части Юстиніановскаго Свода—къ дотолѣ забытымъ *Digestam*.

Если, такимъ образомъ, дѣйствіе римскаго права не прекращалось, то, очевидно, не могло прекратиться и изученіе его, хотя бы самое элементарное.

Вообще, представленіе о полной гибели культуры въ эту эпоху было бы ошибочнымъ; не замерли вполнѣ наука и искусство,—уже церковь была заинтересована въ ихъ сохраненіи. Подъ ея покровомъ созидаются общеобразовательныя школы *artium liberalium*, дѣлившіяся на два курса—*trivium* и *quadrivium*; въ первый входило преподаваніе грамматики, діалектики и реторики, во второй—арифметики, геометріи, астрономіи и музыки. При преподаваніи реторики вводили обыкновенно нѣкоторый юридическій элементъ—т. н. *genus judiciale*, т. е. судебное краснорѣчіе, для котораго неизбѣжно было знакомство хотя бы съ самыми общими началами права. И дѣйствительно, отъ этого періода на всемъ его протяженіи до насъ дошли многочисленныя свидѣлства того, что извѣстное знакомство съ „*leges romane*“ являлось обычнымъ составнымъ элементомъ общаго образованія.

Но кромѣ элементарнаго изученія римскаго права въ школахъ *artium liberalium*, несомнѣнно существовало и спеціальное, болѣе обстоятельное изученіе его, поскольку это было необходимо для профессіи нотаріусовъ, для отправленія судейскихъ функцій и т. д. То тамъ, то здѣсь появлялся какой-нибудь знатокъ права, какой-нибудь „*juris lectione peritus*“, къ которому и стекались для обу-

ченія лица, чувствовавшія въ томъ потребность—совершенно такъ же, какъ это было въ свое время въ старомъ Римѣ.

Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ такимъ путемъ возникли и спеціальныя *юридическія школы*: ученики продолжали дѣло своего учителя. Юристъ XIII вѣка Одофредъ рассказываетъ, что знаменитой школой въ Болоньѣ предшествовали другія школы. Вы должны знать, говоритъ онъ, обращаясь къ своимъ слушателямъ, что прежде всего преподаваніе было въ Римѣ, но потомъ вслѣдствіе войнъ оно тамъ разстроилось и было перенесено въ Равенну, откуда уже перешло въ Болонью. Если сообщеніе Одофреда о Римской школѣ не пополняется другими данными, то о школѣ въ Равеннѣ, какъ крупномъ центрѣ юридическаго преподаванія въ концѣ этой эпохи, свидѣлствуютъ и другіе памятники. Такъ, напр., кардиналъ Петръ Даміани въ одномъ изъ своихъ сочиненій, относящемся ко второй половинѣ XI вѣка, говоритъ о многихъ „sapientes civitatis Ravennae“; очевидно, что для появленія этихъ многихъ sapientes необходимо было довольно продолжительное существованіе школы.

Но школа въ Равеннѣ не была единственной; къ этой же эпохѣ относится школа въ *Орлеанѣ*, пользовавшаяся уже довольно рано большой извѣстностью, а также школа въ *Павіи*, юристы которой посвящали себя разработкѣ лангобардскаго права. Вѣроятны школы и въ другихъ мѣстахъ, въ особенности на югѣ Франціи въ Провансѣ. Параллельно росту практическаго спроса на римское право въ X и XI вѣкахъ растутъ и юридическія школы.

Вмѣстѣ съ тѣмъ начинаетъ оживляться и *юридическая литература*. Элементарная литературная работа надъ источниками римскаго права, можно сказать, не прекращалась отъ самого Юстиніана. Эта элементарная работа проявляется въ толкованіяхъ, *глоссахъ*, къ тексту законодательнаго памятника, которыя приписываются или между строкъ (*glossa interlinearis*) или на поляхъ (*glossa marginalis*) рукописи. Весьма возможно, что эти глоссы находятся въ связи съ преподаваніемъ права. Особенно интересна съ точки зрѣнія исторической преемственности т. н. *Туринская глосса* къ Юстиніановскимъ Институціямъ: старѣйшая часть находящаяся тамъ глоссъ относится еще ко времени Юстиніана, но затѣмъ въ X, XI и XII вѣкахъ къ этой части по крайней мѣрѣ 14-ю различными почерками прибавлены новѣйшія толкованія. Это показываетъ, что Институція Юстиніана вмѣстѣ со старыми глоссами были въ теченіе всего періода постояннымъ учебникомъ права. Но, кромѣ Институцій, глоссировались Кодексъ и Новеллы, а также *Вревіагіумъ* и сборники лангобардскаго права.

Въ X и XI столѣтіяхъ появляются уже и нѣкоторыя *самостоятельныя юридическія произведенія*. Таковы: анонимныя „*Quaestiones ac monita*“—произведеніе, трактующее о рядѣ вопросовъ лангобардскаго и римскаго права; „*Compendium juris*“, состоящее изъ вопросовъ и отвѣтовъ на разныя юридическія темы; „*Epitome exactis regibus*“—сборникъ объясненій различныхъ юридическихъ терминовъ, и т. д.

Наибольшій интересъ, однако, представляютъ два слѣдующія произведенія: а) *Exceptiones legum romanarum* нѣкоего Петра—Petri exceptiones, произведеніе XI вѣка, представляющее самостоятельное систематическое изложеніе римскаго права, хотя уже нѣсколько модифицированнаго. Оно предназначается въ предисловіи для Одиллона, судьи въ Валансѣ (въ южной Франціи) и состоитъ изъ 4 книгъ (лица, контракты, деликты и иски); источникомъ для автора является уже весь *Corpus Юстиніана*, въ томъ числѣ и *Digesta*. б) Въ XVI вѣкѣ ученый Іоганнъ Аппель нашелъ въ Кенигсбергѣ старую рукопись—„червями источенную и пылью весьма обсыпанную“ („*tineis corrosam et pulveribus bene obsitum*“, сообщаетъ онъ въ предисловіи); рукопись эта оказалась стариннымъ учебникомъ римскаго права, которому было присвоено названіе *Brachylogus juris civilis*. Ближайшее изслѣдованіе этого произведенія показало, что оно написано въ концѣ XI или началѣ XII в., повидимому, въ Орлеанѣ и внѣ всякаго вліянія Болонской школы. Написанъ этотъ учебникъ на основаніи Юстиніановскаго законодательства и *Вревіагіумъ* и настолько ясно, что онъ долго былъ въ ходу и послѣ того, какъ вліяніе Болонской школы стало повсемѣстнымъ.

Всѣ эти данныя неопровержимо свидѣлствуютъ о *непрерывномъ ростѣ какъ примѣненія римскаго права, такъ его преподаванія и изученія*. Но юриспруденція этого до—Болонскаго періода находилась въ *исключительныхъ условіяхъ*.

Окружающая ее жизнь представляла необычайное смѣшеніе патіонес и правовыхъ системъ; вслѣдствіе этого для юристовъ всѣ правовыя системы (римская, лангобардская и т. д.) являлись одинаково дѣйствующими, и грань между ними отъ постоянного тренія въ жизни стиралась. Юристы привыкали одну систему восполнять другою, причѣмъ наибольшее значеніе въ смыслѣ такого восполненія принадлежало римскому праву, какъ наиболѣе разработанному: въ юриспруденціи Павійской школы рано образовалось убѣжденіе, что для пополненія лангобардскаго права слѣдуетъ обращаться къ римскому, что римское право есть общее право, *lex generalis omnium*. Съ другой стороны, романисты Равенны принимали во вниманіе право лангобардское. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда правовыя системы сталкивались между собой и противорѣчили другъ другу, юриспруденціямъ считала себя въ правѣ выбирать между ними по соображеніямъ справедливости, *aequitas*, вслѣдствіе чего эта *aequitas* возводилась ими въ верховный критерій всякаго права. Отсюда и дальнѣйшее воззрѣніе, что и внутри каждой отдѣльной правовой системы всякая норма подлежитъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія той же *aequitas*, что норма несправедливая при примѣненіи можетъ быть отвергнута и замѣнена правиломъ, диктуемымъ справедливостью, „*Sin vero aequitas juri scripto contraria videatur, secundum ipsam judicandum est*“—провозглашаетъ упомянутый выше *Brachylogus*; то же правило мы находимъ и въ *Exceptiones Petri*. Понятіе *aequitas* при этомъ отождествляется съ понятіемъ *jus naturale*, и т. обр. юриспруденція

этого времени, по своему общему и основному направлению, является предшественницей естественно-правовой школы позднейшей эпохи*).

§ 42.

Болонский университет и глоссаторы.

Въ концѣ XI вѣка въ Болонѣ возникаетъ университетъ, который приобретаетъ скоро всемирную извѣстность и дѣлается центромъ возрождающейся юриспруденціи. Первые зачатки этой школы, однако, и донинѣ не вполне выяснены.

Не подлежитъ сомнѣнію, что въ Болонѣ уже ранѣе XI вѣка существовала довольно цвѣтущая школа *artium liberalium*; весьма вѣроятно, сверхъ того, что при общемъ подъемѣ юриспруденціи въ XI вѣкѣ и въ Болонѣ встрѣчались отдѣльные юристы, отдѣльные *legum doctores*, получившіе образование въ школахъ Равенны или Павіи и преподававшіе право въ своемъ родномъ городѣ. Упомянувшійся выше Одофредъ рассказываетъ, дѣйствительно, о нѣкоемъ *Pero*, который былъ будто бы такимъ преподавателемъ права. Рассказъ Одофреда подтверждается нѣкоторыми другими данными: такъ, въ одномъ судебномъ протоколѣ, относящемся къ 1076 г., *Pero* упоминается въ качествѣ лица, участвовавшего въ разборѣ дѣла, изъ чего можно заключить, что *Pero* въ это время пользовался извѣстностью ученаго и уважаемаго юриста.

Но истинное возникновеніе Болонской школы связывается съ именемъ *Ирнерія*. Ирнерій былъ уроженцемъ Болоньи; упоминается онъ въ первый разъ въ судебномъ протоколѣ 1113 года въ качествѣ судьи, а въ 1118 г. имп. Генрихъ V взялъ его съ собою въ Римъ для того, чтобы онъ убѣдилъ народъ въ недѣйствительности выбора папы Геласія II. Изъ этого видно, что къ этому времени Ирнерій пользуется уже огромной извѣстностью и авторитетомъ далеко за предѣлами своего города. Время его смерти неизвѣстно.

По сообщенію того же Одофреда, Ирнерій былъ первоначально преподавателемъ реторики и діалектики въ школѣ *artium liberalium*, но затѣмъ специализировался въ области правовѣдѣнія: причиной такого перехода къ юриспруденціи послужило будто бы перенесеніе рукописей *Corpus Juris Civilis* изъ Равенны. Но это послѣднее сообщеніе не заслуживаетъ довѣрія: какъ мы видѣли выше, *Corpus* былъ уже широко распространенъ во всѣхъ юридическихъ школахъ и до Ирнерія. Возможно, что самое преподаваніе реторики и діалектики заставило его углубиться въ чтеніе источниковъ римскаго права, въ особенности *Дигестъ*;

*) См. *Покровский*. Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданского права. Спб. 1909 стр. 4 и сл.

возможно, что Ирнерій взялся за преподаваніе права по инициативѣ Матильды, маркграфини Тосканской, которая желала создать конкурента Равеннской школѣ (*Fitting*). Во всякомъ случаѣ въ концѣ XI ст. (по преданію, въ 1088 г.) Ирнерій началъ свое преподаваніе и этимъ положилъ начало знаменитому Болонскому университету и новому направлению въ юриспруденціи.

Скоро возлѣ Ирнерія образовался кругъ его учениковъ, которые продолжали дѣло преподаванія послѣ его смерти; ближайшими учениками его были *quattuor doctores: Bulgarus, Martinus, Jacobus* и *Hugo*. Слава Болонской школы росла; въ нее стали стекаться большія массы слушателей изъ разныхъ земель; ей стали оказывать покровительство императоры Священной Римской Имперіи. Въ 1158 г. Болонской школѣ Фридрихомъ I была дана привилегія, въ силу которой обучающіеся въ ней иностранцы объявляются подсудными профессорамъ, вмѣсто общихъ судовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ постепенно школа приобретаетъ *корпоративный характеръ учрежденія, университета*.

Прежде всего въ корпорацію складывается пріѣзжее *студенчество*. Естественно, что студенты, пріѣзжая въ чужую страну, ищутъ ближе сплотиться со своими земляками; такъ возникаютъ союзы „*nationes*“, землячества, называющіяся по имени той страны, откуда они происходятъ—*Gallia, Portugalia, Provincia*, (французскій Провансъ), *Alamania, Ungaria, Polonia, Boemia* и т. д. Каждое землячество имѣетъ своихъ выборныхъ представителей (*consiliarius, syndicus*). Но есть много общихъ интересовъ для всѣхъ *nationes*; вслѣдствіе этого всѣ землячества образуютъ въ совокупности единую общую корпорацію во главѣ съ выборнымъ изъ среды студенчества *ректоромъ* (*rector*). Эта-то корпорація всѣхъ *nationes* и есть *universitas*.

Съ другой стороны, мало-по-малу превращается въ корпорацію и преподавательскій персоналъ—*профессора*. Для вступленія въ нее и для полученія права преподаванія необходима *promotio*—полученіе званія *doctor'a*, для чего необходимо выдержаніе особаго экзамена и публичнаго диспута (*conventus*), который обыкновенно происходилъ въ соборѣ.

Но отношенія между студентами и профессорами на почвѣ преподаванія были совершенно частныя: профессоръ читалъ по общему правилу у себя на дому тѣмъ слушателямъ, которые того желали; за слушаніе студенты должны были вносить профессору плату, имъ установленную. Плата эта не всегда вносилась аккуратно; по крайней мѣрѣ, тотъ же Одофредъ жаловался: „*Scholares non sunt boni pagatores, quia volunt scire, sed nolunt solvere... Scire volunt omnes, mercedem solvere nemo*“.

Разумѣется, городъ былъ въ высокой степени заинтересованъ въ процвѣтаніи школы: проживаніе множества студентовъ, по большей части состоятельныхъ, давало горожанамъ немалый доходъ. Вслѣдствіе этого городское управленіе всячески заботится о томъ, чтобы обставить это проживаніе наилучшимъ образомъ: такъ, напр., квартиры оцѣнивались особой комиссіей таксаторовъ,

въ которую входили въ равномъ числѣ выборные отъ города и отъ студенчества. Тѣмъ не менѣе иногда возникали между городомъ и студенчествомъ недоразумѣнія и столкновения, переходившія временами въ вооруженныя смуты. Иногда въ концѣ такихъ смутъ часть студенчества съ частью профессоровъ переходила въ другой городъ, и т. обр., создавался новый университетъ (напр., Падуанскій, основанный выходцами изъ Болоньи въ 1222 г.).

Чѣмъ же объясняется такой быстрый расцвѣтъ Болонской школы и въ чемъ состоитъ ея значеніе въ исторіи юриспруденціи?

Выше было указано, что и до нея римское право занимало уже видное мѣсто въ жизни и юриспруденціи; но юриспруденція до-Болонскаго періода пользовалась имъ *лишь въ качествѣ матеріала* при разрѣшеніи спорныхъ вопросовъ жизни—на ряду съ другимъ матеріаломъ ввидѣ права лангобардскаго и т. д. Конечнымъ критеріемъ при оцѣнкѣ этихъ матеріаловъ являлась *aequitas*. Вслѣдствіе этого юристы до-Болонской эпохи привыкли относиться къ положеніямъ римскаго права съ извѣстной свободой, считая самихъ себя призванными творить новое право на основѣ *aequitas*. вмѣстѣ съ тѣмъ и всякій судья, воспитанный въ этомъ духѣ, склоненъ былъ при рѣшеніи спорныхъ дѣлъ давать просторъ своему усмотрѣнію, осуществляя то, что ему казалось *in concreto* справедливымъ.

На этой почвѣ развивалось, конечно, извѣстное правовое творчество, но въ то же время и извѣстная субъективность при рѣшеніи судебныхъ дѣлъ, которая легко могла перейти въ судейскій произволъ. Съ другой стороны, это исканіе справедливости юристами до-Болонской эпохи, вслѣдствіе неполнаго знакомства ихъ съ твореніями классическихъ юристовъ, приводило ихъ часто къ рѣшеніямъ недостаточно продуманнымъ, скоропѣлымъ. При болѣе обстоятельномъ изученіи римскаго права, особенно Дигестъ, можно было прийти къ выводамъ лучшимъ, именно съ точки зрѣнія *aequitas*.

Въ этомъ именно направленіи и поворотилъ юриспруденцію Ирнерій. Первымъ лозунгомъ его и всей Болонской школы былъ призывъ обратиться къ болѣе тщательному изученію источниковъ, причемъ особенное вниманіе было обращено на центральную часть *Corpus Justiniana*—Дигесты. И дѣйствительно, Болонская школа изучила *Corpus* въ совершенствѣ: ея трудами были установлены мѣста параллельныя и противорѣчивыя и т. д.

Съ этимъ связана была и другая основная тенденція школы: въ противоположность прежней свободѣ обращенія съ позитивнымъ правомъ и свободѣ судейскаго усмотрѣнія, Болонская школа требовала, чтобы судья, отказавшись отъ своихъ субъективныхъ представлений о справедливости, держался положительныхъ нормъ закона, т. е. *Corpus Juris Civilis*. Уже Ирнерій провозгласилъ, что въ случаѣ конфликта между *ius* и *aequitas* разрѣшеніе его принадлежитъ только законодательной власти *).

*) См. *Glossa Irnerii*, напечатанная въ приложеніи у *Виноградова*. Римское право въ средневѣковой Европѣ, стр. 97.

Тѣмъ не менѣе вопросъ этотъ былъ спорнымъ еще между ближайшими учениками Ирнерія: между тѣмъ какъ *Булгаръ* былъ послѣдовательнымъ продолжателемъ идей Ирнерія, *Мартинъ* сохранялъ еще воззрѣнія до-Болонцевъ; оба лагеря вели между собой ожесточенную борьбу, причемъ болгаристы упрекали мартинистовъ въ томъ, что та *aequitas*, которую послѣдніе пытаются ставить выше закона, есть „*ficta aequitas*“, и награждали ее насмѣшливыми эпитетами „*aequitas Martiniana*“; „*aequitas bursalis*“ и т. д. Въ концѣ концовъ идеи Ирнерія и болгаристовъ одержали вверхъ и стали общимъ тономъ всей Болонской школы *).

Вотъ это-то поставленіе во главу угла всей юриспруденціи позитивнаго римскаго права, въ особенности Дигестъ, и углубленіе юридической мысли путемъ тщательнѣйшаго изученія источниковъ и дало господство Болонской школѣ. Скоро должно было обнаружиться, что рѣшенія римскихъ юристовъ, истолкованныя Болонцами, лучше удовлетворяютъ потребностямъ развивающагося торговаго оборота, чѣмъ свободныя, „изъ себя“ взятые рѣшенія юристовъ другихъ школъ. Мало-по-малу создавалось убѣжденіе, что истинное и полное знаніе можно получить только въ Болоньѣ; покровительство императоровъ подкрѣпляло это убѣжденіе,—и приливъ слушателей увеличивался.

Скоро по образцу Болоньи стали создаваться *другіе университеты* въ Италіи (Падуа, Пиза, Перуджа и т. д.), Франціи (Парижъ, Монпелье) и другихъ странахъ; равнымъ образомъ, старыя юридическія школы (напр., Орлеанъ) стали усваивать себѣ методы Болонцевъ. Новое направленіе стало во всей юриспруденціи Европы общимъ.

Юридическая дѣятельность Болонской школы выражается прежде всего *въ преподаваніи* своимъ многочисленнымъ и разноплеменнымъ слушателямъ. Преподаваніе это состояло въ чтеніи и комментированіи источниковъ. Комментированіе выливается въ толкованія, которыя диктуются профессорами слушателямъ и записываются послѣдними. Толкованія эти называются *глоссами*, вслѣдствіе чего и самая школа называется школой *глоссаторовъ*. Какъ мы знаемъ уже, методъ глоссирования отнюдь не является изобрѣтеніемъ Болонской школы; онъ исторически тянется еще отъ познѣе классическихъ юристовъ и широко примѣнялся юриспруденціей до-Болонской, въ особенности въ школахъ Равенны и Павіи. Значеніе Болонской школы заключается не въ методѣ глоссирования, а въ томъ матеріалѣ, который глоссировался (*Corpus Justiniana*, въ особенности *Digesta*, которыя до-Болоньи были слабо изучаемы), и въ томъ глубокомъ знаніи, которое при этомъ обнаруживалось.

Кромѣ глоссъ, но также въ связи съ преподаваніемъ, глоссаторы пишутъ т. н. *summae*, т. е. общія предварительныя обзорѣнія какой-либо части *Corpus* ввидѣ введенія къ имѣющему послѣдовать чтенію и комментированію, а также собранія разныхъ

*) См. *Покровский*. Естественнo-правовыя теченія въ исторіи гражд. права. Стр. 9 и сл.

юридическихъ правилъ, т. н. *brocarda*. Но систематическія изложенія всего гражданскаго права школъ глоссаторовъ были чужды.

Кромѣ упомянутыхъ выше четырехъ ближайшихъ учениковъ Ирнерія, *виднѣйшими представителями глоссаторской школы* являются: ученики Булгара *Rogerius, Albericus* и *Johannes Bassianus*; затѣмъ, *Placentinus*, вынужденный вслѣдствіе ссоры со своимъ коллегой, *Henricus de Vaila*, бѣжать изъ Болоньи и основавшій школу въ Монпелье; *Pilius, Vacarius*, насаждавшій римское право въ Англии, и упоминавшійся ранѣе неоднократно *Odofredus*. Наивысшаго пункта въ своемъ развитіи школа глоссаторовъ достигаетъ при *Azo* (умеръ около 1230 г.): его глоссы и *summae* пользовались наибольшимъ авторитетомъ, его преподаваніе привлекало въ Болонью огромное количество слушателей: рассказываютъ, что иногда у него собиралось до 10 тысячъ, вслѣдствіе чего онъ долженъ былъ читать свои лекціи на площади.

Но послѣ *Azo* школа начинается клониться къ упадку; работа собранія и усвоенія Юстиниановскаго памятника была сдѣлана; новые глоссаторы уже мало что могли прибавить къ работамъ своихъ предшественниковъ, и одинъ изъ послѣднихъ видныхъ представителей школы *Accursius* завершаетъ эту работу изданіемъ избранныхъ глоссъ всей школы, подъ именемъ *Glossa Ordinaria* (около 1250 г.). Произведеніе это получило большое значеніе въ теоріи и практикѣ: въ судахъ оно примѣнялось впослѣдствіи почти какъ законъ.

§ 43.

Комментаторы *).

Во второй половинѣ XIII столѣтія въ юриспруденціи замѣчается нѣкоторый поворотъ, и на смѣну глоссаторамъ приходятъ т. н. *комментаторы* или *постглоссаторы* (*postglossatores*). Родоначальниками этого направленія являются французъ *Jacobus de Ravanis* (умеръ въ 1296 г.) и испанецъ *Raimundus Lullus* или *Lullius* (1234—1315 г.). Характерной чертой обоихъ, чертой, наложившей извѣстный отпечатокъ и на все новое направленіе, было то, что оба были прежде всего философами и богословами и лишь на второмъ планѣ юристами. О первомъ — *J. de Ravanis* — мы знаемъ, что онъ былъ бенедиктинскимъ монахомъ и аббатомъ, считался за „*magnus philosophus*“ и что онъ „*erat magister in theologia antequam inciperet leges*“. Второй — *Raimundus Lullus* — является очень извѣстнымъ представителемъ средневѣковой философіи **). Жизнь его была тревожна и богата внутреннимъ содержаніемъ. Въ молодости блестящій придворный при Арагон-

*) См. *Покровскій*. Естественно-правовыя теченія. Стр. 13—22.

***) См. статью о немъ *Влад. Соловьева* въ словарѣ Брокгауза и Ефрона.

скомъ дворѣ, онъ затѣмъ подъ влияніемъ религіознаго видѣнія бросаетъ свѣтскую жизнь и посвящаетъ себя философіи и богословію. Основной мыслью Луллія въ этой области была „мысль объ особомъ методѣ или искусствѣ, посредствомъ котораго можно съ разумной необходимостью вывести изъ общихъ понятій всякія истины и прежде всего—истины христіанскаго вѣроученія“. Не довольствуясь работой въ области мысли, Луллія нѣсколько разъ отправлялся на проповѣдь слова Божія среди мусульманъ сѣверной Африки, подвергался здѣсь всевозможнымъ гоненіямъ и, наконецъ, во время одного изъ такихъ миссіонерскихъ путешествій былъ въ Тунисѣ побитъ камнями. Въ юриспруденціи онъ также пытался примѣнить указанный методъ или „искусство“ (его сочиненія часто и озаглавлены: „*Ars de jure*“, „*Ars juris particularis*“, „*Ars utriusque juris sive ars brevis de inventione mediorum juris civilis*“ и т. д.); и здѣсь его основною идеей была мысль о возможности выведенія изъ общихъ принциповъ права его частныхъ положеній—„*ut ex principiis universalibus juris particularia artificialiter inveniri possint*“.

Оба эти философа перенесли въ юриспруденцію современный имъ философскій методъ, т. е. *схоластическій*, которымъ и характеризуется по преимуществу эпоха постглоссаторовъ. Схоластическіе приемы ихъ были причиной того, что долгое время эта эпоха казалась эпохой упадка, по сравненію съ эпохой глоссаторовъ, и лишь въ послѣднее время устанавливается болѣе правильное представленіе о ней.

Работая надъ источниками римскаго права, постглоссаторы оперируютъ уже не столько надъ самими источниками, сколько надъ толкованіями глоссаторовъ; они „*glossarum glossas scribunt*“, комментируютъ глоссы, вслѣдствіе чего ихъ и называютъ *комментаторами*. Они, дѣйствительно, менѣе знаютъ подлинный текстъ *Corpus*, чѣмъ глоссаторы, но выше было отмѣчено, что ко времени возникновенія этого направленія, безъ измѣненія приемовъ изслѣдованія, едва-ли можно было извлечь изъ текста Юстиниановскаго Свода болѣе того, что было извлечено глоссаторами.

Но, комментируя глоссы, они стараются при этомъ внести въ разбираемыя ими юридическія явленія *извѣстный логическій порядокъ*, стараются свести юридическія нормы къ извѣстнымъ общимъ понятіямъ, изъ которыхъ затѣмъ логически, дедуктивно, могли бы быть выведены понятія частныя. Отсюда ихъ—часто утомительныя и бесплодныя—*divisiones* и *subdivisiones*, *distinctiones* и *subdistinctiones*, *ampliaciones* и *limitationes*—приемы, съ которыми у насъ соединяется представленіе о схоластикѣ, о пустомъ формализмѣ. Но въ то время за этими схоластическими приемами скрывалась глубокая и очень цѣнная сторона. Подобно тому какъ въ области средневѣковой философіи схоластика обозначала пробужденіе самостоятельнаго мышленія, желанія охватить мыслью все безконечное разнообразіе міровыхъ явленій, познать ихъ въ видѣ единого логическаго цѣлага, такъ и въ области юриспруденціи схоластическій методъ былъ первымъ опытомъ *философскаго по-*

знанія права. Пытаясь представить всю совокупность правовых нормъ также ввидѣ единого логическаго цѣлага, дедуктивно выводимаго изъ универсальныхъ принциповъ, комментаторы этимъ самымъ въ значительной степени положили основаніе нашей нынѣшней юриспруденціи, какъ наукѣ. И въ этомъ заключается большой шагъ впередъ, сдѣланный комментаторами по сравненію съ ихъ предшественниками *).

Съ этимъ было связано еще одно явленіе въ исторіи юридической мысли, отличающее комментаторовъ отъ глоссаторовъ. Сведеніе юридическихъ нормъ къ извѣстнымъ общимъ принципамъ сопровождалось у юристовъ этой эпохи представленіемъ объ универсальномъ, абсолютномъ значеніи этихъ общихъ принциповъ, и, т. обр., въ ихъ ученіяхъ возрождалась вѣра въ отошедшее при глоссаторахъ на второй планъ *естественное право*, *jus naturale*. Идея естественнаго права какъ нѣкотораго вѣчнаго, разумомъ изъ природы вещей выводимаго, права лежала въ основѣ всѣхъ ихъ ученій.

При такомъ представленіи всякая норма положительнаго права имѣла для себя оправданіе лишь постольку, поскольку она являлась логическимъ выводомъ изъ „rationes necessariae“ права естественнаго. Этимъ провозглашалось главенство естественнаго права надъ правомъ положительнымъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ снова, какъ у юристовъ до-Болонской эпохи, получало себѣ признаніе право юриспруденціи при столкновеніи нормъ позитивнаго права съ нормами права естественнаго отдавать предпочтеніе послѣднимъ. Одно изъ общихъ правилъ юридическаго „искусства“, выставленныхъ Луллиемъ, требуетъ, чтобы „*jus positivum ad jus naturale reeducatur et cum ipso concordet*“. Одинъ изъ виднѣйшихъ представителей школы комментаторовъ, *Baldus*, заявлялъ, что *jus naturale* сильнѣе власти государя—„*potius est jus naturale quam principatus*“.

Руководясь идеей *jus naturale*, комментаторы незамѣтно *приспособляли римское право* къ потребностямъ и условіямъ современной имъ жизни и въ этомъ отношеніи оказывали огромную *практическую* услугу своему времени. Нужно добавить, что они въ гораздо большей степени, чѣмъ глоссаторы, участвовали въ практической жизни, какъ консультанты, и очень часто ихъ диалектика имѣла своей цѣлью сдѣлать изъ положеній римскаго права тотъ выводъ, котораго требовала новая жизнь. Въ ихъ трудахъ римское право подвергается новой переработкѣ примѣнительно къ условіямъ жизни новыхъ народовъ: общеміровое право древности превращается въ *lex generalis* новаго міра и все болѣе и болѣе проникаетъ въ жизнь.

Съ установленіемъ новаго метода Болонья теряетъ свое прежнее первенствующее положеніе, хотя главнымъ очагомъ школы комментаторовъ все еще остается Италия. Виднѣйшими изъ комментаторовъ являются *Bartolus* и *Baldus*. *Bartolus* родился въ

*) Ср. *Sohm*. Institutionen 14-te Aufl. 1911. S. 163—173.

1314 г. въ Сассоферато, штудировалъ юриспруденцію въ Перуджѣ и Болоньѣ, съ 1339 г. былъ профессоромъ въ Пизѣ, а потомъ въ Перуджѣ, гдѣ приобрѣлъ, какъ преподаватель, мировую извѣстность; умеръ въ 1357 г. Послѣ его смерти его комментаріи пользовались въ судахъ чрезвычайнымъ авторитетомъ; въ Испаніи и Португаліи они были переведены и даже считались для судовъ обязательными.—*Baldus* родился въ 1327 г. въ Перуджѣ и былъ ученикомъ Бартола; говорятъ, что уже 15-лѣтнимъ юношей онъ ставилъ своего учителя своими возраженіями нерѣдко втупикъ. Потомъ онъ былъ профессоромъ въ разныхъ университетахъ Италии (Болоньѣ, Флоренціи, Падуѣ, Перуджѣ), занималъ различныя судебныя должности и умеръ въ 1400 г. Вмѣстѣ съ Бартоломъ Бальдъ считается авторитетнѣйшимъ представителемъ комментаторства.

Послѣ нихъ схоластическое направленіе замѣтно изживаетъ само себя: свѣтлыя стороны его дѣлаются слабѣе, темныя сильнѣе. Изъ времени упадка заслуживаетъ упоминанія *Jason de Maino* (1435—1519), бывший профессоромъ въ Павіи, Падуѣ и Пизѣ: въ своихъ сочиненіяхъ онъ соединилъ почти всю литературу комментаторовъ и въ этомъ отношеніи до нѣкоторой степени является Аккурсіемъ постглоссаторовъ.

§ 44.

Дальнѣйшее изученіе римскаго права.

Къ началу XVI столѣтія схоластическіе приемы комментаторовъ окончательно утрачиваютъ общественныя симпатіи. Огромная задача, рисовавшаяся основателю этого направленія, Раймунду Луллию,—привести положительное право въ согласіе съ правомъ естественнымъ—теоретически расплылась въ безконечныхъ диалектическихъ тонкостяхъ, лишенныхъ живого духа, а практически выродилась въ неприкрытый судейскій субъективизмъ. Комментаторская юриспруденція начинаетъ вызывать всеобщее неудовольствіе. Юристовъ осыпаютъ насмѣшливыми прозвищами—*juris periti* вмѣсто *juris periti*, „*Juristen böse Christen*“ и т. д. По свидѣтельству французскаго юриста XVI в. Hotman'a (Franciscus Hotomanus) въ его любопытномъ сочиненіи „*Antitribonian*“, господство комментаторовъ привело правосудіе къ такому состоянію, что общество возненавидѣло юристовъ, какъ крючкотворовъ, софистовъ и обманщиковъ („*sophistes, chicaneurs, abuseurs et imposteurs de justice*“). Снова, какъ нѣкогда предъ началомъ болонской школы, чувствовалась необходимость, съ одной стороны, оградить правосудіе отъ непомѣрнаго судейскаго субъективизма, прикрывающагося громкими фразами о *jus naturale* и *aequitas*, а, съ другой стороны, работать новые приемы, новый методъ изученія права.

Кризисъ разрѣшился водвореніемъ *гуманистическаго направленія*. Какъ въ свое время схоластическая школа въ юриспруден-

денции, такъ и теперь гуманизмъ явился лишь отраженіемъ общихъ вѣяній времени. То было время общаго возрожденія интереса къ классической литературѣ и къ классическому искусству; памятники античной старины оживали послѣ долгаго сна и приковывали вниманіе новаго міра. Естественно, если и въ юриспруденціи зародилось стремленіе оторваться отъ всяческихъ глоссъ и толкованій, вернуться къ самимъ источникамъ непосредственно и изучить ихъ въ связи съ той живой дѣйствительностью, которая ихъ создала, сопоставить ихъ съ античной литературой, съ исторіей, съ искусствомъ.

Зарожденіе гуманизма обнаружилось одновременно въ разныхъ мѣстахъ; первыми проповѣдниками его были французъ *Vidaeus* (1467—1540 г.), итальянецъ *Alciatus* (1492—1550) и нѣмецъ *Ulrich Zasius* (1461—1535). Они подошли къ *Cogrus Юстиніана* какъ разъ съ тѣхъ сторонъ, которыя были абсолютно чужды глоссаторамъ и комментаторамъ—со стороны *филологической* и *исторической*. Они впервые обратили вниманіе на очистку текста памятниковъ отъ многочисленныхъ средневѣковыхъ искаженій; они первые начали давать кое-какія сообщенія объ исторіи римскаго права; *Zasius* первый выдвинулъ извѣстный историческій фрагментъ Помпонія *de origine iuris*, на который ни глоссаторы ни комментаторы вниманія не обращали.

Однако, наиболѣе талантливыми представителями гуманизма въ юриспруденціи были *Куяцій* и *Донелль*—оба французы по происхожденію. *Cujacius* (Jacques Cujas, 1522—1590 г.) въ особенности извѣстенъ своими филологическими и историческими толкованіями; въ нихъ онъ часто предугадываетъ многое, что было установлено только впоследствии—въ XIX вѣкѣ: такъ, напр., ему уже извѣстны были многія интерполации въ *Digesta*. *Donellus* (Domenico, 1527—1591; послѣ Варфоломеевской ночи, какъ гугенотъ, вынужденъ былъ бѣжать изъ Парижа въ Германію, гдѣ и преподавалъ въ Гейдельбергѣ и Альтдорфѣ), быть можетъ, нѣсколько уступаетъ Куяцію, какъ филологу и историку, но зато превосходить его, какъ систематикъ.

Глоссаторскій и комментаторскій методъ преподаванія, состоявшій въ чтеніи и комментированіи *Cogrus*, сталъ также къ нашему времени вызывать нареканія: онъ нерационаленъ съ точки зрѣнія педагогической и требуетъ массу времени и силъ для ознакомленія со всѣмъ юридическимъ матеріаломъ. Ввиду этого нѣкоторые изъ гуманистовъ пытаются найти новый методъ. Впервые *Дуаренъ* (1509—1559), а затѣмъ и *Донелль* стали замѣнять комментированіе фрагмента за фрагментомъ *систематическимъ* изложеніемъ права по опредѣленному плану; основное сочиненіе Донелла „*Commentarii juris civilis*“ представляетъ опытъ такого систематическаго построения, причемъ общій планъ Донелла довольно близокъ къ плану Юстиніановскихъ Институцій. Мало-по-малу новый способъ преподаванія, получившій названіе французскаго (*mos gallicus*), сталъ вытѣснять въ университетскомъ преподаваніи старый „итальянскій“ методъ (*mos italicus*).

Во всѣхъ указанныхъ отношеніяхъ гуманизмъ оказалъ юриспруденціи несомнѣнную и крупную услугу; онъ далъ юриспруденціи почувствовать, что для надлежащаго выполненія лежащихъ на ней задачъ она нуждается въ обработкѣ юридическаго матеріала съ разныхъ точекъ зрѣнія; онъ далъ почувствовать, что право есть живой организмъ, тѣсно связанный съ жизнью той исторической среды, которой онъ созданъ. Въ этомъ смыслѣ гуманизмъ является первымъ проблескомъ идей, всесторонне развернутыхъ впоследствии исторической школой XIX вѣка.

Но, съ другой стороны, филологическая и историческая разработка источниковъ римскаго права не могла удовлетворить *всѣмъ* запросамъ, которые предъявлялись къ юриспруденціи жизнью. Одновременно съ теоретической разработкой римскаго права совершался процессъ его усвоенія, его рецепціи практикой. Римское право все болѣе и болѣе дѣлалось *дѣйствующимъ* правомъ и въ качествѣ такового неизбѣжно должно было нѣсколько модифицироваться, приспособляясь къ новымъ условіямъ. Практика жизни, поэтому, требовала не столько „чистаго“ римскаго права, какимъ оно было въ классической древности и къ какому звали гуманисты, а права приспособленнаго, пригоднаго обслуживать современный гражданскій оборотъ.

Ввиду этого господство гуманистической школы не было продолжительнымъ—къ началу XVII в. она уже отходитъ на второй планъ. Ея идеи и приемы живутъ еще въ т. наз. *голландской „элегантной“ школѣ*, которая тянется въ Голландіи черезъ все XVII и XVIII столѣтіе (*Voet, Binkershoek, Noodt* и др.); но главное теченіе юриспруденціи пошло уже по другимъ русламъ.

Непосредственные запросы практики, примѣняющей римское право, создали большое чисто *практическое теченіе* въ юриспруденціи, особенно сильное въ *Германіи*, гдѣ римское право было реципировано непосредственно. Юристы этого направленія ставятъ передъ собою задачу уяснить и изложить то римское право, которое дѣйствуетъ и которое должно примѣняться въ судахъ; какими-нибудь болѣе широкими вопросами они не интересуются. Излагая это практическое римское право, они въ то же время продолжаютъ работу его приспособленія, создавая т. наз. *usus modernus Pandectarum*. Наиболѣе видными изъ представителей этого направленія являются: въ XVI в.—*Mynsinger* и *Gail*, въ XVII—*Carpzow* и *Stryck*, въ XVIII—*Böhmer, Leyser* и др.

Но одною чисто практической стороной юриспруденціи удовлетвориться не могла. Вдумчивое отношеніе къ вопросамъ права должно было неизбѣжно приводить къ общимъ вопросамъ о конечныхъ критеріяхъ, о конечномъ источникѣ всякаго права, а эти вопросы снова оживили старую идею *естественнаго права*. Возникаетъ то направленіе, которое въ исторіи соціальной мысли по преимуществу называется *естественно-правовымъ*. Идея *jus naturale* получаетъ теперь, въ XVII и XVIII вѣкахъ, новое углубленное обоснованіе и широкое содержаніе: философія права ставится въ связь съ философіей общей; право выводится изъ природы

человѣка или изъ природы общества, и мыслители пытаются опредѣлить разумныя свойства этой природы, а вмѣстѣ и разумныя, абсолютныя начала права. Эти абсолютныя требованія разума подъ именемъ *jus naturale* предъявляются къ дѣйствительности взаимно тѣхъ позитивныхъ, исторически сложившихся нормъ, которыя въ ней царятъ.

Вдохновителемъ этого новаго направленія является извѣстный голландскій мыслитель *Hugo Grotius* (1583—1645 г.),—но затѣмъ оно дало цѣлый рядъ блестящихъ именъ; таковы: *Гоббс* и *Локкъ* въ Англии, *Томазій*, *Пуффендорфъ*, *Лейбницъ* въ Германіи, *Руссо* во Франціи.

Естественно-правовое настроеніе XVII и XVIII вѣковъ характеризуется своею невиданною дотолѣ интенсивностью. Это были послѣдніе вѣка „старога режима“, когда безправіе народа, сословныя неравенства и устарѣлыя учрежденія давали себя особенно сильно чувствовать. Чѣмъ сильнѣе ощущалась вся неразумность и несправедливость позитивнаго права, тѣмъ настойчивѣе этому послѣднему противопоставлялось естественное право, какъ право самаго разума; тѣмъ болѣе росла вѣра, что стоитъ только предоставить человѣческому разуму свободу, и онъ устроитъ человѣческія отношенія наилучшимъ образомъ. Великая Французская революція явилась безпримѣрнымъ въ исторіи человечества опытомъ такого перестроенія всѣхъ общественныхъ отношеній сразу по началамъ разума, какъ они рисовались въ доктринѣ естественнаго права.

Въ области *гражданскаго права* естественно-правовая школа ознаменовала себя не изученіемъ деталей того или другого позитивнаго права, въ томъ числѣ и римскаго, а внесеніемъ критическаго духа провѣрки основныхъ и общихъ принциповъ всей системы граждански-правовыхъ отношеній. Передъ лицомъ естественно-правовой доктрины начала частной собственности, наследованія и т. д. утратили незыблемость самодовлѣющихъ институтовъ; для своего бытія они должны получить еще оправданіе въ такихъ или иныхъ соображеніяхъ разума. И именно въ такой постановкѣ вопросовъ заключается большая *методологическая* заслуга школы.

Крушеніе Великой Французской революціи явилось въ то же время крушеніемъ и самой идеи естественнаго права. Исходъ революціи показалъ, что позитивное, историческое право не такъ легко сходитъ со сцены и что, съ другой стороны, недостаточно декретировать абсолютныя начала права разума, чтобы они уже водворились на землѣ. Самая вѣра въ эти абсолютныя начала оказалась подорванной,—и на фонѣ общаго разочарованія появилась т. н. *историческая школа* *).

Знаменосцемъ ея явился *Фридрихъ ф. Савиньи* (род. въ 1779 г.; съ 1818 по 1842 г. былъ профессоромъ въ Берлинѣ;

затѣмъ, съ 1842 г. по 1848—прусскимъ министромъ; умеръ въ 1861 г.). По поводу возбужденнаго въ 1814 г. Тибо вопроса о необходимости общаго для всей Германіи гражданскаго кодекса Савиньи опубликовалъ въ томъ же 1814 г. свою брошюру „*Ueber den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*“, гдѣ онъ формулировалъ свои общія воззрѣнія на развитіе права. Право не есть продуктъ такого или иного произвольнаго творчества, хотя бы и одушевленнаго „абсолютными началами разума“; оно есть продуктъ народнаго духа, раскрывающагося въ исторіи народа въ связи съ его культурой, религіей и т. д. Право, поэтому, глубоко національно, и, чтобы постигнуть его, необходимо изучать его *исторически*.

Брошюра Савиньи не изобилуетъ обстоятельными аргументами, но идеи, высказанныя въ ней, настолько носились въ воздухѣ эпохи, что были тотчасъ же восприняты, стали общимъ мнѣніемъ юриспруденціи. Вся она скоро оказалась охваченной историческимъ направленіемъ, идея же естественнаго права казалась похороненной навсегда.

Въ области римскаго права историческая школа снова стала призывать „назадъ, къ источникамъ!“—и именно къ изученію исторіи римскаго права. Подъ влияніемъ этого призыва цѣлый рядъ молодыхъ работниковъ направился въ эту область, и благодаря ихъ трудамъ была создана впервые научно построенная исторія этого права, разработка которой продолжается и до сего дня.

Въ этой разработкѣ исторіи права заключается крупнѣйшая и незабываемая заслуга исторической школы. Но общеправовыя предпосылки Савиньи къ концу столѣтія оказались въ высокой степени поколебленными.

Прежде всего, не выдержала критики идея Савиньи о развитіи права, какъ органическомъ и безболѣзненномъ процессѣ самораскрытія народнаго духа. Процессъ правового развитія народа сплошь и рядомъ является процессомъ борьбы между различными социальными группами, изъ которыхъ состоитъ всякій народъ. И *Герингъ*, вначалѣ вѣрный ученикъ исторической школы, авторъ сочиненія „*Духъ римскаго права*“ („*Geist des römischen Rechts*“), формулировалъ эту мысль въ своей брошюрѣ „*Борьба за право*“ („*Kampf ums Recht*“).

А если развитіе права дается борьбой интересовъ и идей, то естественно возникаетъ вопросъ о томъ, во имя чего бороться и гдѣ верховный критерій для оцѣнки борющихся интересовъ, гдѣ конечный критерій всякаго права. Т. обр., старый вопросъ возвращается снова, и въ концѣ XIX вѣка въ юриспруденціи опять заговорили о *возрожденіи естественнаго права*.

*) Ср. *Новгородцевъ*. Историческая школа юристовъ. Ея происхожденіе и судьба 1896.

§ 45.

Рецепція римскаго права *).

Возрожденіе изученія римскаго права не было продуктомъ какой-либо прихоти ученыхъ докторовъ; потребность въ немъ вызывалась самой жизнью. Мы видѣли уже, какія причины не только не дали римскому праву исчезнуть, но, напротивъ, способствовали его все большему и большему распространенію даже въ относительно глухую эпоху ранняго средневѣковья. Чѣмъ далѣе развивалась жизнь новыхъ народовъ, тѣмъ сильнѣе должны были дѣйствовать эти причины и тѣмъ шире должно было раскидываться вліяніе римскаго права.

Въ политической и соціальной жизни Западной Европы совершались глубокія измѣненія. Старый феодальный порядокъ разрушался, и государства стремились къ созданію сильной центральной власти въ лицѣ королей. Римское право Юстиниановскаго Свода было построено какъ разъ на принципѣ абсолютной власти монарха и въ этомъ отношеніи шло навстрѣчу этому стремленію. Воспитанные на римскомъ правѣ юристы, т. наз. *легисты*, были дѣятельными помощниками королей въ ихъ борьбѣ съ феодалами; опираясь на римское право, они оспаривали право послѣднихъ на юрисдикцію и упорно проводили мысль, что единственнымъ источникомъ правосудія можетъ быть только король. Этимъ они способствовали объединенію суда въ государствѣ.

Экономическая жизнь развивалась; торговый оборотъ, какъ внутренней, такъ и международной, усиливался; города расцвѣтали во всей Европѣ, не оставалась нетронутой и деревня. Мѣстное, національное право покоилось на недостаточно ясныхъ обычаяхъ и было до крайности раздроблено: не только каждая мѣстность, но и каждая соціальная группа жила по своему особому праву—*Lehnrecht*, *Hofrecht*, *Landrecht*, *Stadtrecht*, *Zunftrecht*, *Wauernrecht* и т. д. Имущественныя права, сложившіяся на почвѣ феодальнаго строя, были обременены разнообразными ограниченіями, да и вся человѣческая личность была связана различными видами зависимости—феодальной, общинной, родовой, семейной.

Все это создавало чрезвычайныя затрудненія для экономического прогресса: если Европа должна была двигаться впередъ, она должна была радикально перестроить себя. И во всѣхъ указанныхъ отношеніяхъ римское право шло навстрѣчу прогрессивнымъ теченіямъ того времени. Взамѣнъ неясныхъ и спорныхъ обычаевъ оно несло вполнѣ опредѣленное, писанное право—*lex scripta*. Взамѣнъ раздробленныхъ до крайности правовыхъ системъ оно предлагало право единое для всѣхъ мѣстъ и со-

*) *Моддерманъ*. Рецепція римскаго права. Рус. пер. А. Каминки.—*Муромцевъ*. Рецепція римскаго права на Западѣ. 1886.—*Виноградовъ*. Римское право въ средневѣковой Европѣ. 1910.

словныхъ группъ. Оно несло формы, способныя регулировать самыя сложныя отношенія торговаго оборота; оно проповѣдывало освобожденіе личности и свободу собственности, развязывало личную энергію, необходимую для болѣе интенсивной экономической дѣятельности.

Неудивительно, поэтому, что главными дѣятелями въ дѣлѣ привитія римскаго права были тѣ соціальные элементы, которые были живѣе заинтересованы въ указанномъ политическомъ и экономическомъ прогрессѣ—королевская власть, интеллигенція, но прежде всего—торговое сословіе и города. Упорнѣ всего держалось за свои обычаи и противилось римскому праву крестьянство: во время крестьянскаго возстанія 1525 г. въ Германіи крестьяне требовали рѣшительнаго устраненія всѣхъ „докторовъ права“.

Но экономическое развитіе шло впередъ; римское право, распространяемое учеными юристами—гlossаторами и комментаторами—съ кафедръ, проникало въ жизнь, и это воспріятіе римскаго права Западной Европой носить названіе *рецепціи римскаго права*.

Однако, эта рецепція осуществилась въ разныхъ частяхъ Европы не въ одинаковой степени и не одинаковыми путями.

О непрерывномъ ростѣ вліянія римскаго права въ *странахъ романскихъ* (Италія, Испанія, Южная Франція) было уже сказано выше. Въ частности, въ *Италіи* уже въ XI вѣкѣ школой лангобардскаго права въ Павіи было провозглашено, что римское право есть *lex generalis omnium* и что оно во всѣхъ случаяхъ можетъ являться источникомъ для восполненія мѣстнаго права. Точно также въ *Испаніи*, даже послѣ отмѣны *Breviarium Alaricianum*, римское право не потеряло своего восполняющаго значенія: его положенія проводились здѣсь на томъ основаніи, что *aequitas* есть общій субсидіарный источникъ права, а положенія римскаго права вытекаютъ, по мнѣнію испанскихъ юристовъ, изъ самой *aequitas*. Этимъ объясняется отмѣченное выше огромное практическое значеніе комментарий Бартола въ испанскихъ судахъ.

Еще большее значеніе имѣло римское право во *Франціи*: южная часть ея—*pays de droit écrit*—была всецѣло подчинена ему. Нагляднымъ памятникомъ живого дѣйствія римскаго права является недавно открытая оригинальная компиляція римскихъ источниковъ на провансальскомъ языкѣ, относящаяся къ половинѣ XII вѣка—т. наз. *lo codi*; это есть практическое руководство для провансальскихъ судей, составленное уже подъ вліяніемъ glossаторскихъ ученій, но въ то же время трактующее вопросы права съ извѣстной свободой и самостоятельностью. Подъ вліяніемъ glossаторовъ дѣйствовавшее здѣсь дотолѣ *Breviarium Alaricianum* мало-по-малу въ судебной практикѣ замѣняется *Corpus Juris Civilis* Юстиниана. Однако, и сѣверная Франція—*pays de droit coutumier*—далеко не осталась въ сторонѣ отъ римскаго вліянія. Уже очень рано тамъ возникло преподаваніе римскаго права,

причемъ центромъ его былъ университетъ въ *Орлеанъ*: здѣсь, по всѣмъ соображеніямъ, былъ составленъ и упомянутый выше *Brachylogus* въ концѣ XI или началѣ XII вѣка. Впослѣдствіи къ Орлеанскому университету присоединился Парижскій. Римское право оказываетъ воздѣйствіе на мѣстные обычаи: это воздѣйствіе сказывается, напр., даже на извѣстномъ старомъ сборникѣ обычного права „*Coutume de Beauvaisis*“, составленномъ *Бомануаромъ* во второй половинѣ XIII вѣка. Чѣмъ далѣе, тѣмъ это вліяніе дѣлается сильнѣе. Образованные юристы группируются около королевской власти, проникаютъ въ администрацію и суды и разными путями проводятъ въ жизнь усвоенныя ими ученія римскаго права; положенія послѣдняго проникаютъ въ судебныя рѣшенія и въ ордонансы королей. Мало-по-малу рѣзкая разница между Франціей южной и сѣверной стирается, національное право и римское перерабатываются въ одну правовую систему, которая и находитъ себѣ затѣмъ выраженіе въ Кодексѣ Наполеона 1804 г.

Не чуждо было вліяніе римскаго права и *Англіи*. Въ XII ст. здѣсь возникло преподаваніе римскаго права, поставленное глоссаторомъ *Ваккаріемъ* (*Vacarius*). Въ XIII вѣкѣ быстро растущее вліяніе римскаго права вызвало сильную оппозицію, въ особенности со стороны мѣстной знати; тѣмъ не менѣе, преподаваніе его не прекращалось. Римское право и здѣсь „оказало мощное вліяніе на развитіе юридическихъ доктринъ въ критическую эпоху XII и XIII вѣковъ, когда закладывалось основаніе общаго права (*common law*)“ *). Ученія римскаго права отразились на извѣстныхъ юридическихъ трактатахъ *Гленвилля* (около 1190 г.) и *Брактона* („*de legibus et consuetudinibus Angliae*“, около 1256 г.), имѣвшихъ большое значеніе въ судахъ. Но феодальный строй въ Англіи былъ сильнѣе, чѣмъ въ другихъ странахъ; онъ сходилъ со сцены меленнѣе и это накладывало свой отпечатокъ на всю исторію страны. Вслѣдствіе этого вліяніе римскаго права въ дальнѣйшемъ развитіи англійскаго права далеко не было такъ значительно, какъ на континентѣ.

Совершенно особый характеръ пріобрѣла *рецепція римскаго права въ Германіи*.

Помимо общихъ причинъ, вызывавшихъ распространеніе римскаго права вездѣ, въ Германіи рецепціи его способствовало еще и то обстоятельство, что т. н. Священная Римская Имперія считалась продолженіемъ прежней Римской Имперіи, а императоры первой непосредственными преемниками императоровъ послѣдней. Вслѣдствіе этого Юстиніановскій сводъ склонны были считать какъ бы отечественнымъ кодексомъ, а съ другой стороны, законы императоровъ Священной Римской Имперіи прибавляли къ Юстиніановскому кодексу, какъ его непосредственное продолженіе. Фикція эта значительно облегчала дорогу римскому праву въ Германіи; если вездѣ королевская власть въ своей борьбѣ съ феодализмомъ старалась опереться на римское право и легистовъ,

*) *Виноградовъ*. Римское право въ средневѣковой Европѣ. Стр. 61.

то германскіе императоры оказывали ему особое покровительство: выше было упомянуто о привилегіяхъ, данныхъ Фридрихомъ I Болонскому университету. Въ значительной степени въ этомъ тяготѣнн къ римскому праву играла роль и идея единаго общеимперскаго права, идея національнаго объединенія Германіи, осуществившаяся лишь въ XIX столѣтіи.

Германскіе императоры въ высокой степени содѣйствовали распространенію юридическаго преподаванія; покровительство Болоньѣ смѣнилось впослѣдствіи учрежденіемъ собственныхъ университетовъ. Такъ, начиная съ XIV столѣтія, возникаетъ цѣлый рядъ нѣмецкихъ университетовъ—въ Прагѣ (1348 г.), Вѣнѣ (1368), Гейдельбергѣ (1386), Кельнѣ (1388), Эрфуртѣ (1392), Вюрцбургѣ (1402), Лейпцигѣ (1409) и т. д. И въ Германіи образованные юристы занимаютъ все болѣе и болѣе вліятельныя мѣста въ администраціи и судахъ. Въ частности, въ судахъ мало-по-малу они вытѣсняють неученыхъ народныхъ судей—шеффеновъ. Первоначально юристы фигурируютъ въ судахъ шеффеновъ лишь въ качествѣ секретарей и протоколистовъ, которые, однако, мало-по-малу начинаютъ не только записывать состоявшіяся рѣшенія шеффеновъ, но и подготавливать ихъ, причемъ, разумѣется, при подготовкѣ рѣшенія они широко пользуются своими знаніями римскаго права. Но затѣмъ ученые юристы проникаютъ въ суды уже въ качествѣ судей, вытѣсняя шеффеновъ.

Большое значеніе въ этомъ направленіи имѣло учрежденіе въ 1495 г. общеимперскаго суда—*Reichskammergericht*. При самомъ его учрежденіи было установлено, что изъ общаго числа его членовъ (16) половина должна состоять изъ ученыхъ юристовъ, а впослѣдствіи было предписано, чтобы и другая половина избиралась также изъ лицъ, знакомыхъ съ римскимъ правомъ. При рѣшеніи дѣлъ общеимперскій судъ долженъ былъ судить прежде всего „*nach des Reichs gemeinen Rechten*“, т. е. на основаніи римскаго права, и лишь во второй линіи онъ долженъ былъ принимать во вниманіе „доброе“ нѣмецкое право („*redliche, ehrbare und leidliche Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten*“), на которое сошлутся стороны („*die für siebracht werden*“). Такимъ образомъ, дѣйствіе римскаго права было санкціонировано прямымъ закономъ.

Вслѣдъ за *Reichskammergericht* подобнымъ же образомъ реформируются другіе суды, и для римскаго права была открыта широкая дорога.

Вліяніе ученой, университетской юриспруденціи на практику поддерживается и институтомъ *Aktenversendung*: въ сомнительныхъ случаяхъ суды пересылали спорное дѣло со всѣми актами тому или другому юридическому факультету, который и постановлялъ свое заключеніе.

Въ результатѣ всѣхъ этихъ причинъ къ концу XVI—XVII в. римское право было реципировано въ Германіи *прямо и непосредственно*. *Corpus Juris Civilis* Юстиніана сталъ закономъ, на который ссылались стороны, которымъ мотивировали свои

рѣшенія суды. Римское право было реципировано при этомъ не въ видѣ тѣхъ или иныхъ отдѣльныхъ его положеній, которыя были усвоены путемъ практики, а все цѣликомъ—*in complexu*. Правда, оно реципировано въ принципѣ *in subsidium*—лишь на случай недостатка соответствующей нормы германскаго права („*Landrecht bricht Reichsrecht*“), но практически римское право играетъ роль болѣе, чѣмъ субсидіарную: римское право долженъ знать судъ; кто ссылается на римское право, тотъ „*habet fundatam intentionem*“; мѣстное же право (*Landrecht*) должно быть суду еще доказано, что по отношенію къ обычному праву представляетъ часто значительныя затрудненія.

Но реципировано было римское право въ такомъ видѣ, въ какомъ оно преподавалось съ кафедры глоссаторами и комментаторами. Вслѣдствіе этого все то, что было выброшено ими, не имѣетъ значенія и для судовъ—*„quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia“*; въ частности, нельзя сослаться на греческіе тексты—*„graeca non leguntur“*.

Уже въ ученіяхъ глоссаторовъ и комментаторовъ римское право подверглось значительнымъ измѣненіямъ; будучи реципировано и ставъ непосредственнымъ закономъ, оно продолжало модифицироваться далѣе. Воскреснувъ для жизни среди новыхъ народовъ, оно приспосаблиется въ практикѣ судовъ къ этой новой жизни. Такъ мало-по-малу создается обновленное римское право — то, которое носитъ названіе *usus modernus Pandectarum* или „современное римское право“ („*heutiges römisches Recht*“).

Это право и дѣйствовало въ Германіи вплоть до самаго послѣдняго времени, хотя, начиная съ XVIII вѣка, территория его *формальнаго дѣйствія* постепенно стала сокращаться. Мало-помалу въ наиболѣе крупныхъ государствахъ Германіи возникло стремленіе къ *кодифицированію гражданскаго права* въ цѣляхъ переработки римскаго и національнаго права въ нѣчто единое. Такъ, въ 1756 г. издается въ Баваріи *Codex Maximilianeus Bavaricus*, въ 1794 г. въ Пруссіи—*Прусское Земское Уложеніе* (*Preussisches Landrecht*), въ 1811 г. въ Австріи—*Общее Гражданское Уложеніе*, въ 1863 г. *Саксонское Уложеніе*. Всѣ эти національные кодексы устраняли на территоріи данныхъ государствъ формальное примѣненіе римскаго права, но оно оставалось въ силѣ въ остальныхъ княжествахъ. Послѣ объединенія Германіи въ 1871 г. стала настойчиво проводиться мысль о необходимости единаго гражданскаго права для всей имперіи. Съ цѣлью выработки такого общеимперскаго гражданскаго кодекса въ 1874 году была назначена комиссія, которая въ 1888 г. представила проектъ уложенія. Этотъ (первый) проектъ подвергся весьма оживленному осужденію въ литературѣ и разныхъ обществахъ, причемъ его упрекали главнымъ образомъ въ томъ, что онъ излишне романистиченъ („*der kleine Windscheid*“, т. е. переложеніе учебника римскаго права, составленнаго Виндшейдомъ). Ввиду этого проектъ былъ пересмотрѣнъ и въ 1896 г.

былъ принятъ законодательными палатами, а съ 1 Января 1900 г. вступилъ въ дѣйствіе.

Только съ этого момента римское право утратило свое *формальное дѣйствіе* окончательно. Но все самое цѣнное изъ него, все то, что составляло его подлинное универсальное ядро, продолжаетъ *по существу* жить и теперь въ новыхъ кодексахъ Западной Европы, комбинируясь съ началами новаго права.

Часть II.

Исторія гражданского права.

ГЛАВА VI.

Исторія гражданского общества.

§ 46.

Понятіе гражданского общества и субъекта правъ.

Право, какъ совокупность извѣстныхъ общеобязательныхъ нормъ (право въ объективномъ смыслѣ), имѣетъ своею общою задачей регулированіе отношеній между людьми. Одни изъ этихъ отношеній оно регулируетъ принудительнымъ образомъ, такъ что отдѣльныя частныя лица своей волей, своими частными соглашениями ихъ измѣнить не могутъ: всѣ опредѣленія въ этой области исходятъ изъ одного единственнаго центра, отъ одной единственной воли—воли государства. Такъ именно обстоитъ дѣло въ сферѣ государственнаго права, уголовного права и т. д.—слѣдовательно, въ сферѣ *публичнаго права*. И въ этомъ смыслѣ публичное право можетъ быть характеризовано, какъ система *юридической централизаціи*: все оно проникнуто духомъ субординаціи, принципомъ власти и подчиненія.

Въ другихъ областяхъ отношеній государство примѣняетъ иной приемъ: оно не регулируетъ ихъ отъ себя и принудительно, а предоставляетъ ихъ регулированіе частной волѣ и частнымъ соглашениямъ; само же занимаетъ позицію власти, только охраняющей то, что будетъ установлено частными лицами. Если оно и устанавливаетъ извѣстныя нормы, то по общему правилу лишь на случай, если частныя лица почему-нибудь своихъ опредѣленій не дадутъ. Вслѣдствіе этого нормы права въ этихъ областяхъ имѣютъ характеръ не принудительный (*jus cogens*), а лишь восполняющій, диспозитивный (*jus dispositivum*), и могутъ быть частной волей отстранены (*pactis privatorum mutari possunt*). Другими словами, здѣсь государство не ставитъ себя мысленно въ положеніе единственнаго центра опредѣленій, а, напротивъ, предполагаетъ наличность множества маленькихъ автономныхъ центровъ, которые регулируютъ свои отношенія сами. Мы имѣемъ, т. обр., здѣсь приемъ *юридической децентрализаціи*, сферу не субординаціи, а координаціи, сферу частной инициативы и частнаго самоопредѣленія. Это и есть область *частнаго или гражданского права*—*jus*

privatum. Именно эту мысль по существу имѣли въ виду и римскіе юристы, когда говорили „*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*“ (Ulpianus въ fr 1. 2. D. 1. 1.).

Какъ система юридической централизаціи, такъ и система децентрализаціи, какъ публичное право, такъ и частное, восполняя другъ друга, одинаково необходимы для здороваго соціального тѣла. Частное право можетъ быть въ исторіи шире или уже, но едва-ли когда оно можетъ исчезнуть вовсе. Во всякомъ случаѣ въ прошломъ человѣчества оно явилось могучимъ факторомъ прогресса.

„Не всегда существовало частное право и частная собственность въ нынѣшнемъ смыслѣ. Въ начальныхъ стадіяхъ развитія царитъ наивный коммунизмъ, который разсматриваетъ національное имущество, какъ общее достояніе всѣхъ полноправныхъ членовъ союза (воиновъ), и распределяетъ его между ними публично-правовыми способами. Въ старыя времена живетъ только народъ, масса. Публичное право—все. Лишь мало-по-малу появляется гражданское право и съ нимъ частная собственность, чтобы обезпечить индивиду сферу его исключительнаго господства. И появленіе гражданского права обозначаетъ выступленіе индивида, выдѣленіе индивидуальной жизни изъ жизни стада. Рядомъ съ народомъ появляется теперь вторая великая держава исторіи—приходящая къ сознанию самой себя личность. Она беретъ въ свои руки инициативу народнаго развитія; она похищаетъ огонь у боговъ, чтобы яркимъ факеломъ освѣщать путь всей націи“ *).

Главной сферой гражданского права является область *имущественныхъ отношеній между отдѣльными лицами*; но по всей справедливости сюда же относится и область отношеній *семейственныхъ*: основа этихъ отношеній, бракъ, покоится на частной волѣ отдѣльныхъ лицъ.

Гражданское право, какъ сказано, по самой своей идеѣ предполагаетъ наличность множества отдѣльныхъ автономныхъ центровъ. Къ нимъ, этимъ центрамъ, стягиваются отдѣльные имущественные объекты, вещи, образуя вокругъ каждаго изъ нихъ особую экономическую сферу, его имущество, его хозяйство. Между этими центрами завязываются разнообразныя хозяйственныя нити; отъ этихъ центровъ исходятъ разнообразныя толчки, перебрасывающіе имущественные объекты изъ одной сферы въ другую. Если общество въ цѣломъ можетъ быть сравниваемо съ организмомъ, то эти центры являются живыми клѣточками соціального организма.

Вотъ эти-то центры хозяйственной жизни, клѣточки гражданского организма, и называются *субъектами гражданского права*, а вся совокупность ихъ внутри даннаго государства составляетъ то, что мы называемъ *гражданскимъ обществомъ*.

Конечною цѣлью всѣхъ правовыхъ учреждений является, разумѣется, самъ человѣкъ, какъ личность, какъ индивидъ. Наилучшее

*) *Sohm*. Systematische Rechtswissenschaft, въ изданіи „Kultur der Gegenwart“. 1906. S. 1—2.

обезпеченіе индивидуальныхъ существованій было цѣлью, вызвавшей сплоченіе людей въ союзы и государства, созданіе разнообразныхъ правовыхъ институтовъ; поэтому, еще римскіе юристы говорили, что „*omne jus hominum causa constitutum est*“. Естественно, что главную массу указанныхъ граждански-правовыхъ центровъ, субъектовъ правъ, составляютъ люди, лица въ обыкновенномъ, физическомъ смыслѣ, или такъ наз. *лица физическія*.

Было бы, однако, ошибочно думать, что гражданское общество всегда и необходимо совпадаетъ съ обществомъ въ обычномъ смыслѣ, въ смыслѣ совокупности всѣхъ индивидовъ, входящихъ въ составъ даннаго государства.

Съ одной стороны, бываютъ общества, въ которыхъ *не вст* люди признаются граждански-правовыми субъектами, и въ такомъ случаѣ гражданское общество будетъ уже общества въ обычномъ смыслѣ. Такъ будетъ, напр., тамъ, гдѣ признается рабство.

Съ другой стороны, часто тѣ же самыя человѣческіе интересы требуютъ, чтобы въ качествѣ самостоятельнаго центра хозяйственной жизни было признано не то или другое отдѣльное физическое лицо, т. е. человѣкъ, а напр., извѣстная совокупность ихъ (родъ, цехъ, корпорація) или независимое отъ нихъ учрежденіе (больница, пріютъ). Въ такомъ случаѣ гражданское общество расширяется: въ его составѣ появляются субъекты-нелюди или, какъ ихъ обыкновенно называютъ, — *лица юридическія*.

Сообразно съ этимъ, исторія гражданского общества имѣетъ передъ собою двоякую задачу: съ одной стороны, прослѣдить эволюцію въ юридическомъ положеніи лицъ-людей, а съ другой стороны, объяснить возникновеніе и историческое развитіе, какъ самой идеи, такъ и отдѣльныхъ формъ лицъ юридическихъ.

Способность быть субъектомъ гражданского права, способность имѣть права, называется *правоспособностью*; способность активно, своей волей участвовать въ гражданской жизни (заключать сдѣлки и т. д.) называется *дѣеспособностью*. Хотя полнота качества субъекта предполагаетъ наличность и той и другой,—однако, для самаго понятія субъекта существенна только правоспособность. Можно быть субъектомъ правъ, но быть лишеннымъ возможности самостоятельно своими правами распоряжаться; такой возможности не имѣютъ, напр., малолѣтніе, безумные и т. п., которые отъ этого не перестаютъ быть центрами извѣстной имущественной сферы, т. е. субъектами; недостающая имъ дѣеспособность восполняется ихъ опекунами.

Способность быть субъектомъ гражданского права, римскіе юристы обозначали словомъ *caput*; наличность такой способности выражалась терминомъ *caput habere*, ея отсутствіе—терминомъ *caput non habere* или *nullum caput habere* (напр., § 4 In. 1. 16); правоспособный субъектъ называется *persona*. Въ примѣненіи къ людямъ (лицамъ физическимъ) наличность правоспособности зависѣла отъ троякаго состоянія человѣка—*status libertatis, status civitatis* и *status familiae*. „*Tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam*“. (Paulus fr. 11. D. 4. 5).

I. Лица физическія.

§ 47.

Status libertatis.

На всемъ протяженіи исторіи верховнымъ, основнымъ условіемъ гражданской правоспособности въ римскомъ правѣ было обладаніе свободой. Рабъ, *servus*, есть не субъектъ правъ, а объектъ ихъ, не *persona*, а вещь, *res*. Съ теченіемъ времени фактическое положеніе рабовъ могло измѣняться, могло дѣлаться лучше или хуже, но этотъ юридическій принципъ оставался неизмѣннымъ. Реальная жизнь, какъ увидимъ далѣе, привела къ тому, что римское право во многихъ случаяхъ отступило отъ логическихъ послѣдствій этого принципа, но всѣ эти отступления до конца сохранили характеръ исключеній, не бывшихъ въ состояніи поколебать основное начало „*servi res sunt*“.

Первымъ источникомъ рабства въ исторіи народовъ *) являются война и плѣнь, но къ рабству захватъ на войнѣ приводитъ лишь уже на нѣкоторой сравнительно болѣе высокой ступени хозяйственного развитія. На первыхъ порахъ побѣдители не чувствовали потребности сохранять плѣнныхъ для себя, для своего хозяйства: въ примитивномъ экономическомъ быту не было даже возможности утилизировать рабочую силу рабовъ. Плѣнныхъ, поэтому, или просто убивали или, если сохраняли, то лишь съ цѣлью получить выкупъ. Только гораздо позже, обыкновенно лишь съ переходомъ къ осѣдности и земледѣлію, плѣнниковъ начинаютъ сохранять (*servi*), и тогда появляется институтъ рабства, который затѣмъ до того въѣдается въ социальную жизнь, что долгія столѣтія кажется установленіемъ самой природы, чѣмъ то естественнымъ и неизбежнымъ.

Въ Римѣ рабство является институтомъ исконнымъ: оно существуетъ уже на самыхъ первыхъ порахъ его исторіи; это и понятно, такъ какъ уже въ древнѣйшія времена мы находимъ римскій народъ народомъ земледѣльческимъ. Но въ эти древнѣйшія времена институтъ рабства фактически далеко не былъ тѣмъ, чѣмъ онъ сталъ впоследствии—въ эпоху богатства и крупныхъ хозяйствъ. Количество рабовъ было невелико; рабами были плѣнники изъ сосѣднихъ, и въ большинствѣ случаевъ родственныхъ римлянамъ племенъ. Господинъ видѣлъ своего раба раньше въ рядахъ непріятельскаго войска, какъ равнаго себѣ противника, и овладѣлъ имъ, быть можетъ, послѣ геройской защиты. У господина не могло еще стереться воспоминаніе о личномъ, человѣческомъ достоинствѣ теперешняго раба, не могло еще развиться воззрѣніе, что рабы суть особая, низшая порода человѣческихъ существъ.

*) См. по исторіи рабства въ древности: *Ed. Meyer. Die Sklaverei im Altertum. 1898. Ciccotti. Der Untergang der Sklaverei im Altertum. 1909.*

Все, о чемъ говорило древнему римлянину рабство,—это лишь о перемѣнчивости судьбы: если онъ сегодня побѣдитель и хозяинъ раба, то завтра братъ этого раба (если не онъ самъ) можетъ оказаться его хозяиномъ.

Съ другой стороны, самыя условія жизни не отдѣляли господь и рабовъ рѣзкой демаркаціонной линіей. Въ маломъ земледѣльческомъ хозяйствѣ рядомъ съ рабомъ и наравнѣ съ нимъ тянули рабочую лямку самъ хозяинъ и его домохадцы; такъ же жили и такъ же питались, какъ онъ. Рабъ естественно становился членомъ *familia* и передъ лицомъ патриархальнаго владыки мало чѣмъ отличался отъ прочихъ лицъ, ее составляющихъ (жены, дѣтей). Конечно, рабъ есть вещь и подлежитъ безконтрольной власти своего господина; конечно, господинъ, можетъ въ любой моментъ лишить даже его жизни,—но такое же право принадлежитъ юридически домовладыкѣ и по отношенію къ свободнымъ членамъ семьи, а съ другой стороны, самая фактическая обстановка жизни приводитъ къ тому, что правило „*servi res sunt*“ не проявляетъ своихъ рѣзкихъ послѣдствій.

Съ теченіемъ времени все это рѣзко мѣняется. Римское общество дифференцируется; бѣдные не имѣютъ рабовъ, а у богатыхъ, въ ихъ крупныхъ хозяйствахъ, рабы собираются массами; господинъ и рабъ не только юридически, но фактически отдѣляются непреходимою пропастью. Общее количество рабовъ разрастается до размѣровъ ужасающихъ, и ихъ личностью совершенно перестаютъ дорожить. Нормальнымъ способомъ пріобрѣтенія рабовъ дѣлается покупка, а понятно, что рабъ купленный и фактически скорѣе будетъ разсматриваться какъ вещь, какъ собственность купившаго. Главный контингентъ рабовъ составляется изъ людей, вывезенныхъ изъ далекихъ странъ (Азіи, Африки, отдаленныхъ частей Европы), людей нерѣдко другой расы, другого культурнаго уровня, другого внѣшняго обличія. Все это вмѣстѣ способствуетъ сильному пониженію взгляда на рабовъ; на нихъ начинаютъ смотрѣть какъ на нѣчто низшее, и сопоставленіе ихъ съ животными (*quadrupedes*) дѣлается не только юридической формудой, но и настоящей реальной дѣйствительностью.

Но даже въ самую мрачную пору исторіи рабства (конецъ республики) римское право оказалось не въ состояніи послѣдовательно и всесторонне провести принципъ „*servi res sunt*“. Съ одной стороны, человѣческая личность раба все же давала о себѣ знать и вынуждала для себя нѣкоторое признаніе, а съ другой стороны, послѣдовательное проведеніе принципа, что рабъ есть только вещь, съ развитіемъ хозяйственныхъ отношеній оказывалось не въ интересахъ самихъ господь. Отсюда цѣлый рядъ отступленій, постоянная двойственность въ римскихъ нормахъ о рабствѣ.

Эта двойственность съ теченіемъ времени растетъ и дѣлается особенно замѣтной въ періодъ имперіи. Количество рабовъ къ тому времени значительно сокращается, вслѣдствіе чего самая экономическая цѣнность ихъ повышается. Съ другой стороны, подъ

влияніемъ стоической философіи, а потомъ христіанской религіи, проясняется этическое сознание. Императоры издають рядъ законовъ въ защиту рабовъ отъ жестокостей господъ, а классическіе юристы проводятъ мысль, что рабство есть только установленіе положительнаго права, но что оно противорѣчитъ требованіямъ *jus naturale*. Такъ, напр., Ульпіанъ говоритъ: *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt* (fr. 32. D. 50. 17). Или Трифонинъ: „*libertas naturali jure continetur et dominatio ex jure gentium introducta est*“ (fr. 64 D. 12. 6). Все это вмѣстѣ создаетъ въ области права тенденцію во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ можно, толковать все въ пользу свободы—т. н. *favor libertatis*: „*quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*“ (Pomponius—fr. 20. D. 50. 17).

Внутренняя противорѣчивость римскихъ нормъ о рабствѣ сказывается какъ въ личной, такъ и въ имущественной сторонѣ юридическаго положенія рабовъ.

1. *Личное положеніе рабовъ.* Въ принципѣ рабъ есть не субъектъ, а объектъ,—не *persona*, а *res*. Рабы *nullum caput habent* (§ 4 In. 1. 16); они, по выраженію Папархрasis Теофила, „безличны“—*ἀπροσωποι*. Право господина на раба является обыкновеннымъ правомъ собственности—*dominium* или *proprietas*. При этомъ качество раба, какъ вещи, не есть лишь результатъ того, что нѣкто имѣетъ на него право; оно есть какъ бы его естественное, прирожденное свойство. Рабъ остается, поэтому, рабомъ даже тогда, когда онъ почему-либо въ данный моментъ не имѣетъ господина—напр., господинъ бросаетъ раба, отказывается отъ него (*servus derelictus*). Рабъ будетъ въ такомъ случаѣ *servus nullius* и, какъ всякая безхозяйная вещь, будетъ подлежать свободной оссиратіи всѣхъ желающихъ. Ясно, что рабъ, въ принципѣ, есть подлинный объектъ, а не субъектъ—даже не „пассивный субъектъ послушанія“. Тѣмъ не менѣе, римскіе юристы говорятъ нерѣдко и о *persona servi*: такъ, напр., Гайъ начинаетъ свое изложеніе о рабахъ фразой: „*Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*“ (Gai. 1. 9). Признавая право господина на раба обыкновенной собственностью, они въ то же время иногда называютъ это право *potestas* (напр., Gai. 1. 52), въ какомъ выраженіи заключается уже признаніе нѣкотораго *личнаго* элемента въ отношеніяхъ между господиномъ и рабомъ.

Практически признаніе человѣческой личности раба сказывалось въ слѣдующихъ положеніяхъ.

Уже, вѣроятно, издревле установилось правило, что, хотя рабъ есть вещь, наравнѣ съ *cetera animalia*, но мѣсто погребенія раба есть *locus religiosus*, въ такой же мѣрѣ, какъ и могила свободного человѣка (fr. 2 pr. D. 11. 7).

Признаются далѣе и кровныя родственныя связи рабовъ—*cognationes serviles*: въ близкихъ степеняхъ родства онѣ составляютъ препятствіе къ браку (§ 10 In. 1. 10). Въ классическомъ правѣ выработывается даже запрещеніе при передачѣ рабовъ въ другія

руки раздѣлять другъ отъ друга близкихъ родственниковъ—жену отъ мужа, дѣтей отъ родителей (fr. 35 D. 21. 1).

Въ древности право господина надъ личностью раба не было юридически ничѣмъ ограничено: господинъ могъ наказывать раба, какъ хотѣлъ,—могъ даже убить его (*jus vitae ac necis*). Въ императорское время, однако, появляется рядъ ограниченийъ въ этомъ отношеніи: запрещается, по словамъ Гая (Gai. 1. 52), „*supra modum et sine causa in servos suos saevire*“. Въ частности,—*lex Petronia* (вѣроятно, 19 г. по Р. X.) воспретилъ отдавать рабовъ *ad bestias depugnandas* (т. е. въ гладиаторскія труппы—fr. 11 D. 48. 8); *эдиктъ имп. Клавдія* объявилъ, что старый и больной рабъ, брошенный господиномъ на произволь судьбы, дѣлается свободнымъ (с. 1. 3 Cod. 7. 6). Рѣшительнѣе были двѣ конституціи *имп. Антонина Пія*: одна изъ нихъ подвергала господина за незаконное (*sine causa*) убійство своего раба такому же уголовному наказанію, какъ и за убійство чужого; а другая предписывала властямъ въ тѣхъ случаяхъ, когда жестокое обращеніе заставило раба искать убѣжища въ храмѣ или у статуи императора, разслѣдовать дѣло и принудить господина продать раба въ другія руки (Gai. 1. 53). Насколько всѣ эти предписанія практически достигали своей цѣли—это другой вопросъ, но юридически власть господина надъ личностью раба уже не безгранична.

2. *Имущественное положеніе рабовъ.* Рабъ, какъ вещь, не можетъ имѣть какого-либо своего имущества, не можетъ имѣть какихъ-либо своихъ правъ. Изъ того же принципа логически вытекало бы, что воля и дѣйствія раба не могутъ имѣть никакого значенія въ юридической жизни. Однако, послѣдовательное проведеніе этого принципа было бы сплошь и рядомъ не въ интересахъ самихъ господъ. Раба можно эксплуатировать въ качествѣ дѣловаго агента, но для осуществленія этого необходимо признаніе, по крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ предѣлахъ, юридической силы за дѣйствіями рабовъ. И право, дѣйствительно, не взирая на логическое противорѣчіе, даетъ такое признаніе.

Уже издревле рабу приписывается *способность приобретать*—конечно, въ пользу своего господина. Онъ *ipso jure* приобретаетъ своему господину не только все то, что онъ добываетъ своимъ личнымъ трудомъ, но и то, что онъ получаетъ при посредствѣ *юридическихъ сдѣлокъ* (покупки, даренія и т. д.). За нимъ признается т. обр. способность совершать юридическіе акты, т. е. *юридическая дѣеспособность*. Онъ разсматривается при этомъ, какъ нѣкоторый *приобрѣтательный* органъ господина, какъ *instrumentum vocale*, и вслѣдствіе этого необходимую для сдѣлокъ правоспособность заимствуетъ отъ господина—*ex persona domini*; по выраженію Теофила, рабы „*ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων διεσπότην χαρακτηρίζονται*“—изъ личности своихъ господъ получаютъ свою юридическую характеристику. Рабъ можетъ, т. обр., заключать всѣ тѣ сдѣлки, къ которымъ способенъ его господинъ; этотъ послѣдній на основаніи этихъ сдѣлокъ можетъ предъявлять

всѣ иски совершенно такъ же, какъ если бы онъ дѣйствовалъ самъ.

Хотя всѣ пріобрѣтенія раба принадлежать господину, однако, *обязательства рабовъ* на господина не падаютъ: онъ за нихъ не отвѣчаетъ, ибо признаніе такой отвѣтственности противорѣчило бы интересамъ господъ. „*Melior condicio nostra per seruum fieri potest, deterior non potest*“ (fr. 153 D. 50. 17). Тѣмъ не менѣе, и въ этомъ отношеніи исторически возникъ *рядъ исключеній*.

Уже въ старомъ цивильномъ правѣ существовало правило, что, если рабъ причинить своимъ дѣяніемъ кому-либо вредъ (украдетъ, уничтожитъ чужую вещь и т. д.), то господинъ обязанъ или возмѣстить этотъ вредъ (*noxiam sarcire*) или же выдать виновнаго раба потерпѣвшему — *noxae dedere*. При этомъ такая отвѣтственность переходитъ вмѣстѣ съ рабомъ отъ господина къ господину—напр., въ случаѣ продажи раба: *noxae caput sequitur*. Въ этомъ случаѣ, однако, рабъ не отличается еще отъ животнаго, такъ какъ подобное же правило примѣняется и къ случаямъ вреда, причиненнаго этими послѣдними (*actio de pauperie*). Впослѣдствіи юристы стали конструировать здѣсь уже не только отвѣтственность господина, но и *обязательство самого раба* и соотвѣтственно этому въ случаѣ послѣдующаго освобожденія его отъ рабства стали давать противъ него самого цивильный искъ объ убыткахъ, если они ранѣе возмѣщены не были.

Что же касается *обязательства изъ договоровъ*, заключенныхъ рабомъ, то по старому цивильному праву они никого не обязываютъ: ни господинъ за раба не отвѣчаетъ, ни противъ раба нельзя предъявлять исковъ—*cum seruo nulla actio est* (fr. 107 D. 50. 17). Съ теченіемъ времени, однако, и здѣсь стали усматривать нѣкоторое обязательство раба, хотя обязательство не исковое, а лишь т. наз. *obligatio naturalis*: искъ противъ раба предъявлять нельзя—даже въ томъ случаѣ, если онъ станетъ впослѣдствіи свободнымъ, но если онъ добровольно уплатитъ, то потребовать обратно, какъ уплаченное не должно, безъ основанія, онъ не можетъ (fr. 14. D. 44. 7).

Безотвѣтственность господина за обязательства, заключенныя рабомъ, выгодная для господина вообще, могла въ извѣстныхъ случаяхъ оказаться для него же невыгодной. Развитіе экономической жизни и усложненіе пріемовъ промышленной и торговой дѣятельности открывало для господъ новые способы выгодной эксплуатаціи рабовъ, но эти способы могли вести къ цѣли лишь подъ условіемъ признанія извѣстной отвѣтственности господина за юридическія дѣйствія рабовъ. Это признаніе и даетъ *преторскій эдиктъ*, допуская въ извѣстныхъ случаяхъ иски противъ господъ. Всѣ эти иски носятъ общее названіе *actiones adjecticiae qualitatis* на томъ основаніи, что здѣсь къ указанной выше натуральной обязанности самаго раба (*obligatio naturalis*) прибавляется—*adjicitur*—исковая отвѣтственность его господина. Случаи эти таковы:

1) Очень рано въ Римѣ распространился обычай предоставлять рабу извѣстную хозяйственную самостоятельность, съ тѣмъ, конечно, чтобы онъ могъ лучше развить свою хозяйственную дѣятельность для пользы того же господина: раба садили на землю, давали ему необходимый инвентарь и предоставляли ему хозяйничать самостоятельно, лишь съ обязательствомъ платить господину извѣстный оброкъ; рабъ-мастеровой снабжался необходимыми инструментами и отпускался въ отхожія промыслы; рабъ, имѣвшій способности къ торговлѣ, отпускался для мелочнаго торговаго и т. д. Выдѣленное для самостоятельнаго хозяйствованія рабу (или подвластному сыну) имущество называлось *rescilium* (уменьшительное отъ *rescus*). Юридически оно оставалось полной собственностью господина, который въ любой моментъ могъ взять его обратно. Для болѣе успѣшной дѣятельности такой оброчный рабъ долженъ былъ нерѣдко вступать въ договоры и обязательства съ посторонними лицами, но эти постороннія лица, конечно, только тогда станутъ заключать сдѣлки съ рабомъ, если будутъ увѣрены, что ихъ права по этимъ договорамъ чѣмъ-нибудь гарантированы. Если желательно было подобное расширеніе хозяйственной дѣятельности рабовъ, то необходимо было создать и такія гарантіи. Въ виду этого преторъ начинаетъ давать въ такихъ случаяхъ искъ непосредственно противъ господина, возлагая на него отвѣтственность, по крайней мѣрѣ, въ *размѣрахъ пекулія*—т. н. *actio de peculio*. По поводу *rescilium* могли существовать дѣловыя отношенія между рабомъ и самымъ господиномъ. Если пекулій былъ торговымъ имуществомъ (*meus resciliaris*), то господинъ со своими требованіями къ рабу ставился на одну доску съ посторонними кредиторами и въ случаѣ несостоятельности раба долженъ былъ удовлетворить всѣхъ пропорціонально. На случай неправильностей въ расчетахъ противъ господина дается *actio tributoria*.

2 и 3) Но и не выдѣляя пекулія, господинъ могъ назначить раба управляющимъ своего торговаго предпріятія или филиальнаго отдѣленія или командиромъ торговаго корабля. По тѣмъ же самымъ соображеніямъ и здѣсь нужна была отвѣтственность господина по сдѣлкамъ рабовъ, заключенныхъ въ предѣлахъ предоставленнаго имъ дѣла. Эта отвѣтственность осуществляется двумя исками: въ первомъ случаѣ посредствомъ *actio institutoria* (*institor*—прикащикъ), во второмъ—посредствомъ *actio exercitoria* (*exercitor*—хозяинъ торговаго корабля; рабъ, какъ командиръ корабля, называется *magister navis*). Въ обоихъ случаяхъ отвѣтственность господина полная: она не ограничивается ни размѣромъ порученнаго рабу торговаго дѣла, ни стоимостью корабля.

4) Господинъ отвѣчаетъ полностью (*in solidum*) и въ томъ случаѣ, если рабъ заключитъ сдѣлку на основаніи предварительнаго сношенія господина съ контрагентомъ, на основаніи *jussu domini* (напр., господинъ, уѣзжая, проситъ своего знакомаго давать рабу деньги взаймы, если онъ ему понадобятся); искъ здѣсь называется *actio quod jussu*.

5) Наконецъ, господинъ отвѣчалъ по сдѣлкѣ раба и тогда, если вслѣдствіе этой сдѣлки какая-нибудь вещь или сумма перешла въ имущество господина (*in rem domini versum est*: напр., рабъ занялъ у кого-либо 100, изъ нихъ 60 истратилъ, а 40 были отобраны господиномъ). Преторъ даетъ противъ него *actio de in rem verso*, однако, лишь на ту цѣнность, которая ему досталась (въ нашемъ примѣрѣ только на 40).

Таково было общее (личное и имущественное) юридическое положеніе рабовъ. Рабы государственные (*servi publici*) находились въ нѣскольکو лучшемъ положеніи: они могли даже распоряжаться своимъ имуществомъ (пекуліемъ) въ размѣрѣ половины по завѣщанію (*Ulpiani regulae*. 20. 16).

Но и рабы частныхъ лицъ нерѣдко на почвѣ пекулія приобрѣтали большую фактическую самостоятельность. Лучшие изъ господъ предоставляли своимъ рабамъ значительную хозяйственную свободу: такъ, напр., Плиніи рассказываетъ, что его рабы „*dividunt, donant, reliquunt dumtaxat intra domum*“, что онъ позволяетъ имъ даже совершать завѣщанія и соблюдаетъ ихъ, какъ законныя (*Plin. Epist. VIII. 16*). Способный рабъ могъ составить себѣ въ видѣ пекулія значительное состояніе; сплошь и рядомъ рабы имѣли даже своихъ рабовъ—т. н. *servi vicarii*. Приобрѣтя состояніе, рабы нерѣдко выкупали себя у господъ. Хотя юридически вся эта самостоятельность раба въ любой моментъ могла быть разрушена господиномъ, который могъ отобрать *rescissum*,—но фактически, повидимому, такія явленія были не часты и считались предосудительными. Въ императорское время даже устанавливается въ этомъ отношеніи нѣкоторый контроль властей. Такъ, напр., если рабъ далъ кому-нибудь известную сумму съ тѣмъ, чтобы этотъ человекъ выкупилъ его и отпустилъ на волю, то въ случаѣ неисполненія рабъ можетъ обратиться къ *praefectus urbi* съ жалобой, и *praefectus*, разобравъ дѣло *extra ordinem*, принуждалъ выполнить обязательство. Т. обр., не имѣя права предъявлять искъ въ обыкновенномъ гражданскомъ порядкѣ (*actio*), рабы имѣютъ возможность теперь обращаться къ властямъ съ жалобой *extra ordinem*, и на этой почвѣ надъ описаннымъ слоемъ юридическихъ нормъ о рабахъ возникаетъ нѣкоторый особый слой *jus extraordinarium*, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ модифицирующій общую картину юридическаго положенія рабовъ.

Если мы перейдемъ теперь къ способамъ установленія рабства, то древнѣйшимъ источникомъ его, какъ было уже указано, являлся *пленъ*: всѣ попавшіе въ руки римлянъ враги дѣлались рабами, причемъ въ историческое время частнымъ лицамъ они доставались вслѣдствіе распродажи или раздачи государствомъ. Другимъ такимъ же древнимъ источникомъ является *рожденіе отъ рабыни*: всякое дитя рабыни дѣлалось рабомъ,—безразлично, былъ ли отцомъ его рабъ или человекъ свободный. Когда въ императорское время установилась упомянутая выше тенденція—*favor libertatis*, образовалось правило, что дитя рабыни должно считаться свободнымъ, если его мать хотя одинъ моментъ

за все время беременности была свободной. Рабы приобрѣтались, далѣе, путемъ *покупки у иностранныхъ торговцевъ*. Сверхъ того, при известныхъ условіяхъ *свободный человекъ могъ превратиться въ раба*. Преторскимъ эдиктомъ было установлено, что тотъ, кто сознательно, съ корыстной цѣлью (*pretii participandi gratia*) дастъ продать себя, какъ раба, дѣлается дѣйствительно рабомъ. Согласно эдикту имп. Клавдія, свободная женщина, вступившая въ связь съ рабомъ и не прекратившая ея, несмотря на требованіе господина, дѣлается также рабыней. Наконецъ, въ наказаніе за известныя преступленія преступникъ превращается въ государственнаго раба (*servus roepae*). Послѣдніе два случая, впрочемъ, были Юстиніаномъ отмѣнены.

Прекращеніе рабства. Нормальнымъ способомъ прекращенія рабства является *manumissio*, отпущеніе на волю господиномъ. Весьма вѣроятно, что въ глубокой древности и этого способа не существовало: въ Греціи, напр., господинъ, желавшій предоставить рабу болѣе свободное положеніе, могъ достигнуть этого только путемъ передачи его какому-нибудь храму. По всей видимости, и въ древнѣйшемъ Римѣ *manumissio* ставила отпущеннаго на волю раба только подъ защиту *fides*, т. е. въ положеніе юридически безправнаго кліента (см. § 2). Въ историческое время, однако, дѣло мѣняется. Отпущеніе на волю даетъ уже рабу свободу юридическую, охраняемую не только нормами религіи и *fides*, а нормами *juris civilis*. Такое отпущеніе возможно въ тройкой формѣ, причемъ всѣ онѣ предполагаютъ известное участіе органовъ публичной власти.

Древнѣйшей формой, вѣроятно, является освобожденіе въ завѣщаніи—*manumissio testamento*. Древнѣйшее же завѣщаніе совершалось въ народномъ собраніи (*testamentum calatis comitiis*): частная воля завѣщателя санкціонировалась всѣмъ народомъ, частное распоряженіе дѣлалось *jussus populi*. Въ ряду другихъ распоряженій завѣщателя могло находиться и отпущеніе раба на волю—*„servus meus Stichus liber esto“*. Освобожденіе наступаетъ съ момента вступленія завѣщанія въ дѣйствіе (т. е. послѣ смерти господина) и наступаетъ тогда *ipso jure*. Завѣщатель, однако, можетъ освободить и не прямо, а лишь возложивъ на наслѣдника обязательство отпустить такого то раба на волю: тогда необходимо еще актъ освобожденія со стороны наслѣдника. Рабъ можетъ быть отпущенъ въ завѣщаніи и подъ условіемъ (напр., если уплатить такую то сумму наслѣднику); до исполненія условія онъ не дѣлается еще свободнымъ, а находится въ среднемъ положеніи и называется *statuliber*.

Вторая форма—*manumissio vindicta*—носитъ на себѣ слѣды искусственнаго образованія: рабъ освобождается здѣсь посредствомъ мнимаго процесса о свободѣ. Господинъ съ рабомъ и еще третьимъ, нарочно для это цѣли приглашеннымъ, человекомъ, который называется *assertor in libertatem*, являются къ магистрату (консулу, претору), и здѣсь *assertor*, разыгрывая роль истца, накладываетъ на раба *vindicta* и говоритъ: „*hunc hominem ex jure*

Quiritium liberum esse aio". На это заявление господинъ или молчитъ (какъ думаютъ нѣкоторые, напр. Келлеръ, Жираръ) или же отвѣчаетъ изъявленіемъ своей воли объ освобожденіи (какъ думаютъ Карлова, Зомъ). Тогда магистратъ объявляетъ раба свободнымъ. Процедура эта съ теченіемъ времени была упрощена: сначала assertor'омъ сталъ являться одинъ изъ сопровождающихъ претора ликторовъ, а потомъ и самая vindicatio in libertatem отпала: сдѣлалось достаточнымъ простое объявление объ освобожденіи передъ властями съ занесеніемъ въ протоколь.

Третьей формой является *manumissio censu*: освобождение посредствомъ занесенія цензоромъ раба въ списки гражданъ на основаніи заявленія господина. Но этотъ способъ былъ возможенъ лишь въ періодъ составленія списковъ, а съ исчезновеніемъ ценза и онъ, естественно, исчезъ.

Во второй половинѣ республики рядомъ съ этими формальными способами появились и *способы неформальные*: отпущеніе посредствомъ объявленія передъ свидѣтелями — *manumissio inter amicos* и посредствомъ отпускного письма — *manumissio per epistolam*. Отпущенный такимъ образомъ рабъ не дѣлался *jure civili* свободнымъ, но преторъ охранялъ его свободу мѣрами своей власти; для него создавалось, такимъ образомъ, особое состояніе преторской свободы, обозначавшееся выраженіемъ *in libertate morari*. Въ такомъ же положеніи находились и рабы, отпущенные на волю не квиритскимъ, а преторскимъ или бонитарнымъ собственникомъ.

Въ императорское время *lex Junia Norbana* (въроятно 19 г. по Р. X.) превратила это преторское „in libertate morari“ въ *latinitas*: отпущенные въ указанныхъ формахъ становились теперь въ положеніе *latini*, почему и называются *latini Juniani*. Юстиніанъ придавалъ и этимъ формамъ полную силу, — т. е. способность дѣлать вольноотпущенныхъ римскими гражданами, но подъ условіемъ, чтобы устное объявленіе или отпускное письмо были совершены при участіи пяти свидѣтелей (с. ип. С. 7. 6).

Наконецъ, со временъ Константина присоединяется еще одна форма — *manumissio in ecclesia*, объявленіе въ церкви.

Древнѣйшее римское право не знало никакихъ *ограниченій для освобожденія рабовъ на волю*. Напротивъ, въ самомъ началѣ имперіи обнаруживается тенденція въ интересахъ государственнаго блага поставить освобожденіе рабовъ подъ извѣстный контроль съ тѣмъ, чтобы гарантировать государство отъ появленія большой массы вольноотпущенниковъ, среди которыхъ встрѣчалось немало сомнительныхъ элементовъ. Выраженіемъ этой тенденции являются два закона, оба эпохи Августа *).

Первымъ изъ нихъ является *lex Aelia Sentia*, законъ 4 г. по Р. X., который постановилъ слѣдующее: а) господинъ, не достигшій 20 лѣтъ, можетъ освобождать своихъ рабовъ лишь при наличности уважительныхъ основаній, доказанныхъ передъ особой

*) Объ этихъ законахъ см. *Книп.* Gai institutiones. I. S. 120—129.

комиссіей de causis liberalibus; б) такое же разрѣшеніе комиссіи требуется для освобожденія рабовъ, не достигшихъ 30 лѣтъ; с) ничтожно отпущеніе на волю in fraudem creditorum, т. е. во вредъ кредиторамъ въ предвидѣнныи несостоятельности; д) рабы, подвергнувшіеся наказанію за болѣе тяжкія преступленія (клеименные), въ случаѣ своего послѣдующаго освобожденія не дѣлаются гражданами, а попадаютъ въ положеніе peregrini dediticii и высылаются изъ Рима.

Другой законъ — *lex Fufia Caninia* — касался только отпущеній въ завѣщаніяхъ и ограничивалъ общее число рабовъ, могущихъ быть отпущенными сразу, извѣстнымъ процентомъ: господинъ, имѣющій до 3 рабовъ, можетъ отпустить не болѣе 2, имѣющій до 10 — не болѣе половины, до 30 — не болѣе $\frac{1}{3}$, до 100 — не болѣе $\frac{1}{4}$, до 500 — не болѣе $\frac{1}{5}$, но во всякомъ случаѣ — не болѣе 100.

Юстиніанъ *lex Fufia Caninia* отмѣнилъ вовсе, а *lex Aelia Sentia* въ значительной части; сохранилась только необходимость разрѣшенія для господъ, не достигшихъ 20 лѣтъ, и запрещеніе отпущать in fraudem creditorum.

Освобожденіе по волѣ господина было единственнымъ способомъ выхода изъ рабства въ республиканское время. Въ періодъ имперіи законодательство устанавливаетъ уже и нѣкоторые случаи, когда рабъ освобождается непосредственно въ силу закона. Таковы: а) освобожденіе ex edicto Claudio — если господинъ броситъ большого раба на произволъ судьбы, б) освобожденіе въ награду за открытіе убійцы господина, с) по закону Юстиніана — освобожденіе вслѣдствіе достиженія епископскаго сана, д) освобожденіе вслѣдствіе 20-лѣтней давности добросовѣстнаго проживанія въ качествѣ свободного.

Освобожденные по волѣ господина — *вольноотпущенники, libertini*, — хотя и дѣлаются *cives Romani*, но все же не уравниваются съ *ingenui*, свободнорожденными: въ области публичнаго права они испытываютъ нѣкоторыя ограниченія (напр., не могутъ быть магистратами), а въ области частнаго права надъ ними виситъ тѣнь прежней власти господина въ видѣ *патрона*. Отпущившій раба господинъ, *patronus*, является какъ бы отцомъ юридической личности вольноотпущенника, почему и патронатъ во многихъ отношеніяхъ аналогиченъ связи между отцомъ и сыномъ. Въ частности: а) *libertinus* долженъ оказывать патрону уваженіе — *reverentiam et obsequium*, не можетъ безъ разрѣшенія магистрата звать патрона въ судъ (*in jus vocare*), предъявлять противъ него безчестящія иски (*actiones famosae*). Въ случаяхъ особой неблагодарности онъ даже можетъ быть возвращенъ въ рабское состояніе (*revocatio in servitutem propter ingratitude*); б) *libertinus* обязанъ помогать патрону матеріально въ нуждѣ, давать ему содержаніе, *alimenta*; с) патронъ имѣетъ извѣстное наследственное право послѣ своего вольноотпущенника; д) *libertinus* долженъ оказывать патрону житейскія (*operae officiales*) и ремесленныя (*operae fabriles*) услуги.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ вольноотпущенникъ, въ силу особаго акта императорской власти, *можетъ получить права ingenuitas* — именно путемъ непосредственнаго пожалованія этихъ правъ, причемъ eo ipso прекращается и патронатъ, или путемъ возведенія во всадническое сословіе, причемъ патронатъ сохраняется.

§ 48.

Status civitatis.

Какъ уже упоминалось раньше, основнымъ принципомъ древняго римскаго, какъ и всякаго вообще древняго, права было правило, что только римскій гражданинъ, только *civis Romanus* пользуется защитой права; только *civis Romanus* можетъ быть, поэтому, членомъ гражданскаго общества и субъектомъ правъ. Всякій негражданинъ, всякій иностранецъ, принципиально разсматривался какъ *hostis*, какъ врагъ, стоящій внѣ правового общенія, могущій быть захваченнымъ въ плѣнъ и, такимъ образомъ, быть превращеннымъ въ раба. Извѣстную защиту онъ могъ приобрести себѣ только обходнымъ путемъ ввидѣ *кlientела*. Это исключеніе иностранцевъ отъ правоваго общенія касалось не только правъ политическихъ, но и правъ гражданскихъ: правовою защитой пользовался человекъ только потому, что онъ гражданинъ. Вотъ почему *status civitatis* являлось въ глазахъ римскихъ юристовъ непременнымъ условіемъ гражданской правоспособности.

Изъ этого правила относительно иностранцевъ въ древнемъ Римѣ было только одно исключеніе—въ пользу *latini*, т. е. жителей латинскихъ общинъ, входившихъ вмѣстѣ съ римлянами въ составъ *латинскаго союза* (т. н. *latini prisci* или *veteres*). Всѣ *latini* имѣли, безъ различія гражданства, полное *jus commercii*, т. е. полную имущественную правоспособность наравнѣ съ римскими гражданами, а *jus connubii* лишь тогда, когда оно было тѣмъ или другимъ изъ нихъ специально предоставлено.

Послѣ союзнической войны (90 и 89 г. до Р. X.), когда почти вся Италия получила права римскаго гражданства, *latinitas*, какъ историческое явленіе, исчезла, но она удерживается, какъ *извѣстная юридическая категория*, какъ извѣстная совокупность правъ, и въ такомъ видѣ примѣняется вплоть до закона Каракаллы въ двухъ направленіяхъ: а) *jus Latii* даруется особыми специальными актами тѣмъ или другимъ отдѣльнымъ внѣ-Италійскимъ общинамъ, а иногда даже цѣлымъ провинціямъ (т. н. *latini coloniarii* *); б) въ силу указаннаго выше закона—*lex Junia Norbana*—въ положеніе латинянъ ставятся нѣкоторые виды вольноотпущенниковъ, которые и называются поэтому *latini Juniani*. Юридическая правоспособность этихъ послѣднихъ, однако, ограничена въ одномъ

*) О *Jus Latii* см. Кннер. Gai Institutiones. I. S. 162 и сл.

существенномъ отношеніи: на случай ихъ смерти они не могли ни распоряжаться своимъ имуществомъ по завѣщанію, ни передавать его своимъ дѣтямъ въ наслѣдство по закону; ихъ наслѣдство *jure rescilii* переходило къ прежнему господину (Gai. In. III. 56).

Законъ Каракаллы, превративъ всѣхъ жителей римской имперіи въ *cives*, этимъ самымъ уничтожилъ *latini Juniani*, которые продолжали существовать вплоть до Юстиніана.

Всѣ другіе чужестранцы, кромѣ латинянъ, назывались въ республиканскомъ Римѣ, какъ было уже указано ранѣе, *пегринуми*. Развитіе мирныхъ сношеній между римлянами и иностранцами заставило римлянъ отступить отъ стараго возрѣнія, что чужестранецъ—*hostis*. Это было сдѣлано сначала по отношенію къ гражданамъ тѣхъ государствъ, съ которыми Римъ вступалъ въ договоръ—т. н. *civitates foederatae*. Этими договорами устанавливалась взаимная охрана гражданъ договорившихся государствъ (*resciperatio*, откуда названіе *resciperatores*—см. въ § 25). Позже, однако, такая охрана была распространена и на *peregrini dediticii*, а вмѣстѣ съ тѣмъ архаическій принципъ беззащитности чужестранцевъ потерялъ свое значеніе.

Правовая охрана пегриновъ была, однако, не одинаковой съ *cives*: собственно римское право—*jus civile*—и его специфически-національные институты были для нихъ недоступны. Они охранялись въ особомъ порядкѣ, изъ котораго выросло мало-по-малу *jus gentium*. Но важно было уже то, что пегрины теперь не безправны. *Lex Julia* 90 г. и *lex Plautia Papiria* 89 г. уничтожили пегриновъ въ Италіи, а законъ Каракаллы 212 г. вездѣ въ Имперіи. Но въ то же время *peregrinitas* такъ же, какъ и *latinitas*, получаетъ въ періодъ Имперіи значеніе юридической категоріи и примѣняется въ двухъ случаяхъ: а) за извѣстныя преступленія *cives* низводятся въ положеніе *peregrini* и б) по *lex Aelia Sentia* въ такое же положеніе попадаютъ при отпущеніи на волю клейменные въ наказаніе рабы (Gai. I. 13).

Законъ Каракаллы даровалъ *civitas* только подданнымъ Римской Имперіи. Вслѣдствіе этого всѣ *не подданные* (варвары—германцы, славяне и т. д.) и въ правѣ Юстиніана считаются за *peregrini*. Но римское право къ тому времени, какъ извѣстно, само настолько пропиталось принципами *juris gentium*, что въ области гражданскаго права существенныхъ различій между подданнымъ и неподданнымъ нѣтъ. И съ этой точки зрѣнія старое ученіе о *status civitatis*, какъ необходимомъ условіи гражданской правоспособности, почти утратило свой практической смыслъ.

§ 49.

Status familiae.

Основой всего древне-римскаго строя была, какъ уже извѣстно, семья—*familia*; она являлась базисомъ государственной и обще-

ственной жизни. Въ принадлежности къ той или другой семьѣ, а черезъ нее къ тому или другому роду (*gens*), нельзя было въ древнѣйшее время быть и гражданиномъ—*civis*. Съ этой точки зрѣнія, *familia* такъ же, какъ и *civitas* и *libertas*, составляетъ естественное предположеніе гражданской правоспособности: всѣ три *status* выходятъ въ концѣ концовъ изъ одного и того же источника.

Древнѣйшая римская семья есть семья строго *патриархальная*. Она представляетъ замкнутый для внѣшняго міра кругъ, абсолютнымъ владыкой и единственнымъ представителемъ котораго передъ внѣшнимъ міромъ является, *paterfamilias*.

По отношенію ко всему, что входитъ, въ составъ *familia, paterfamilias* есть господинъ—*herus*; власть его абсолютна и юридически совершенно одинакова: и лица и вещи находятся передъ нимъ въ одинаковомъ положеніи. Эта абсолютная власть носила въ древнѣйшее время названіе *manus*. Съ теченіемъ времени юридическое положеніе различныхъ элементовъ семьи дифференцировалось, и тогда власть *paterfamilias* надъ каждымъ изъ этихъ элементовъ приобрѣла свое особое обозначеніе, но первоначальное единство власти сказывается еще въ нѣкоторыхъ выраженіяхъ, сохранившихся и въ позднѣйшее время. Старое общее названіе *manus* стало спеціальнымъ названіемъ власти мужа надъ женой; власть *paterfamilias* надъ дѣтьми называется уже *patria potestas*, но освобожденіе изъ этой власти обозначается терминомъ *emancipatio*, въ корнѣ котораго стоитъ еще старое *manus* (*e-man-cipatio*). Власть господина надъ рабами характеризуется, какъ *dominica potestas*, но прежнее названіе звучитъ еще въ выраженіи *manu-missio*. Наконецъ, термины *res mancipi* и *res mancipi, mancipatio* свидѣтельствуютъ о томъ, что и власть надъ вещами (собственность, *dominium*) въ древнѣйшее время также обозначалась общимъ словомъ *manus* *).

Па-внл личность *paterfamilias* совершенно закрываетъ собою всѣхъ свободныхъ членовъ семьи (жену, дѣтей); всѣ они охвачены одной общей оболочкой, внутри которой доступа внѣшнему міру нѣтъ. Мало-по-малу, однако, и въ этомъ отношеніи совершается эволюція: жена и дѣти постепенно получаютъ признаніе своихъ особыхъ правъ, старая патриархальная оболочка разрыхляется, и семья все болѣе и болѣе превращается изъ нѣкотораго *юридическаго единства въ союзъ самостоятельныхъ субъектовъ*: но эта эволюція совершается въ Римѣ медленно, на протяжении всей его исторіи, и даже въ концѣ развитія римская семья болѣе, чѣмъ у многихъ другихъ народовъ, сохранила патриархальный отбнокъ.

Ввиду такого строенія семьи, смотря по положенію въ ней, всѣ лица съ точки зрѣнія гражданской правоспособности распадаются на двѣ категоріи: *personae sui juris* и *personae alieni juris*.

Къ первымъ относятся только *patresfamilias*, т. е. лица семейно-самостоятельные. Нѣтъ необходимости, чтобы *paterfamili-*

*) *Ihering*. Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. 1894. S. 92 и сл.

lias быть дѣйствительно отцомъ, имѣть семью и дѣтей; нужно только, чтобы лицо не было подчинено чьей бы то ни было власти въ семейномъ порядкѣ. Только лица семейно-самостоятельныя суть субъекты правъ для себя и за свой счетъ—*personae sui juris*; только они могутъ имѣть *свое* имущество и приобретать права для себя.

Всѣ остальные лица, т. е. дѣти (*filii* и *filiae familias*) и дальнѣйшее потомство, а также въ древности жена, которая (при бракѣ *cum manu*) считалась *filiae loco*, суть *personae alieni juris*. Они все-таки *personae*, а не „*ἀπρόσωποι*“, какъ рабы; но они *personae alieni juris*, т. е. субъекты не для себя и не за свой счетъ, а за счетъ своего домовладыки. Отсюда вытекаютъ слѣдующія общія положенія: съ одной стороны, они способны ко всякаго рода приобретениямъ, какъ цивильнымъ, такъ и натуральнымъ (*ius gentium*)— и притомъ *ex sua persona*, а не *ex persona domini*, какъ рабы; но, съ другой стороны, все, что они приобретаютъ, дѣлается *eo ipso* собственностью ихъ *paterfamilias*. Если даже *paterfamilias* что-либо оставляетъ имъ въ ихъ исключительное пользованіе, это будетъ *peculium*, которое юридически, какъ и *peculium* рабовъ, будетъ считаться собственностью домовладыки.

Въ дальнѣйшемъ положеніи *personae alieni juris* аналогично положенію рабовъ. Обязательства ихъ по сдѣлкамъ такъ же точно, какъ и обязательства рабовъ, первоначально вовсе ничтожныя, съ теченіемъ времени стали разсматриваться, какъ *obligationes naturales*. Домовладыка же за нихъ принципиально не отвѣчаетъ. Исключеніе составляютъ и здѣсь только: а) случай причиненія подвластнымъ вреда, гдѣ имѣетъ мѣсто *noxae datio* (домовладыка обязанъ или возмѣстить вредъ или выдать виновнаго для отработки его) и б) случаи *actiones adjecticiae qualitatis*, которые всѣ въ равной мѣрѣ примѣнимы и къ подвластнымъ.

Въ болѣе позднемъ правѣ, однако, положеніе свободныхъ подвластныхъ начинаетъ уже значительно отличаться отъ положенія рабовъ. Въ частности, за ними постепенно признается способность приобретать извѣстные виды имущества *для себя*, не только фактически, но и юридически. Вслѣдствіе этого, оставаясь въ принципѣ *personae alieni juris*, они въ то же время для извѣстныхъ отношеній уже приобретаютъ характеръ *personae sui juris*. Но объ этомъ подробнѣе ниже.

Характеръ семьи опредѣлялъ собою и характеръ древнеримскаго *родства*. Единство семьи создавалось не единствомъ кровной связи, а *единствомъ власти*. Все то, что вступало подъ эту власть, дѣлалось членомъ семьи и родственникомъ; все, что выходило изъ-подъ этой власти, становилось юридически чужимъ. Если, напр., усыновленные чужіе дѣлались своими (*sui*), то собственный сынъ домовладыки, эманципированный имъ, или дочь, вышедшая замужъ въ другую семью, порывали всѣ юридическія связи со своей прежней семьей и утрачивали всѣ права по ней—напр., права наслѣдованія. Такое родство юридическое, родство по власти, носить техническое названіе *agnatio* и противополо-

гается родству естественному, родству по крови, которое называется *cognatio*. Уже приведенные примѣры показываютъ, насколько первое можетъ не совпадать со вторымъ.

Послѣ смерти *paterfamilias* его *familia* раздѣляется на нѣсколько новыхъ *familiae*: всѣ лица, бывшія непосредственно подчиненными его власти, дѣлаются теперь сами *paterfamilias* и *personae sui iuris*. Но юридическая связь между ними не порывается: бывшая надъ ними общая власть продолжаетъ объединять ихъ; они остаются по отношенію другъ къ другу *агнатами*. Агнатическая связь будетъ продолжаться и далѣе—послѣ ихъ смерти—между ихъ потомками — до тѣхъ поръ, пока вообще будетъ сохраняться память объ общемъ происхожденіи.

Родство имѣетъ вообще большое значеніе въ области гражданскаго права; на немъ покоится, въ частности, все наследованіе. Древне-римское цивильное право признавало въ этомъ отношеніи *только родство агнатическое*; когнаты, напротивъ, совершенно игнорировались. Только преторскій эдиктъ придалъ нѣкоторое юридическое значеніе и родству по крови. Въ императорское время, когда патріархальный строй семьи все болѣе и болѣе расшатывается, *cognatio* постепенно выдвигается впередъ, пока наконецъ Юстиніанъ своими новеллами не уничтожилъ вовсе значеніе агнатическаго родства, перестроивъ всю систему наследованія на основѣ родства кровнаго, когнатическаго.

§ 50.

Capitis deminutio.

Юридическое положеніе человѣка, какъ субъекта правъ и члена гражданскаго общества, вслѣдствіе извѣстныхъ обстоятельствъ можетъ быть или вовсе уничтожено или же въ такой или иной степени ослаблено, умалено. Такое умаленіе гражданской правоспособности на языкѣ римскихъ классическихъ юристовъ называется *capitis deminutio*.

Такъ какъ полнота гражданской правоспособности обуславливается тройнымъ состояніемъ лица—*status libertatis*, *status civitatis* и *status familiae*, то сообразно съ этимъ и умаленіе *caput* можетъ заключаться или въ потерѣ *status libertatis* (но вмѣстѣ съ нимъ неизбѣжно теряется и *status civitatis* и *status familiae*) или въ потерѣ *status civitatis* (причемъ одновременно теряется и *status libertatis*), или, наконецъ, въ потерѣ только *status familiae*. Въ виду этого классические юристы различаютъ и три степени *capitis deminutio*—*maxima*, *media*, *minima* (fr. 11 D. 4. 5).

Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что такой видъ теорія *capitis deminutio* приобрѣла лишь въ ученіяхъ классическихъ юристовъ; въ болѣе раннее время существо *capitis deminutio* было,

вѣроятно, нѣсколько иное, хотя эволюція этого института во многихъ отношеніяхъ очень спорна *).

Какъ было указано, въ древнѣйшее время единственными въ истинномъ смыслѣ субъектами правъ были только свободные граждане и, притомъ, семейно-самостоятельные; *libertas*, *civitas* и *familia* составляли три стороны, другъ отъ друга неотдѣлимые. Утрата этой триады была возможна только въ случаяхъ *гражданской смерти* лица. Такая гражданская смерть наступала въ случаѣ плѣненія римскаго гражданина врагомъ, въ случаѣ продажи его *trans Tiberim* (т. е. также въ руки враговъ), или въ случаѣ *aquae et ignis interdictio*, т. е. отлученія отъ правового общенія, связаннаго съ изгнаніемъ. Во всѣхъ случаяхъ человѣкъ утрачивалъ сразу всѣ три *status*, и съ юридической точки зрѣнія умиралъ.

Съ теченіемъ времени появились случаи, когда юридическая личность человѣка не вовсе уничтожалась, а лишь подвергалась извѣстному умаленію, деградации. Такъ, когда чужестранцы, какъ таковые, перестали считаться за *hostes*, утрата права римскаго гражданства — вслѣдствіе добровольнаго переселенія или же вслѣдствіе изгнанія—не влечетъ болѣе за собой полной юридической смерти лица: утрачивая свою прежнюю цивильную правоспособность, такое лицо сохраняетъ правоспособность *ex jure gentium*, какъ *peregrinus*. Далѣе, въ случаѣ продажи отцомъ своего сына кому-либо въ кабалу, *in mancipium*, въ предѣлахъ римской территоріи, проданный дѣлался въ древности, повидимому, рабомъ (слово *mancipium* и позже употребляется для обозначенія рабовъ), но съ теченіемъ времени его положеніе улучшается: онъ уже не рабъ, а *liber in mancipio*; его правоспособность можетъ возродиться (съ истеченіемъ срока кабалы, съ отработкой долга); но онъ находится *servorum loco* (Gai. 1. 138) и служитъ, подобно подвластнымъ, орудіемъ приобрѣтенія для его господина. Сохраняя свою *libertas* и *civitas*, подобный *манципированный* переходитъ подъ власть другого домовладыки, лишь подвергаясь нѣкоторой деградации въ своемъ *status familiae*.

Случаи подобнаго рода, постепенно умножаясь, заставили римскую юриспруденцію различать разныя степени юридической деградации и привели въ концѣ концовъ къ формулированію изложенной выше теоріи *capitis deminutio* съ ея тремя видами—*maxima*, *media* и *minima*. Но историческій корень этого института (гражданская смерть) проглядываетъ еще даже въ ученіяхъ классическихъ юристовъ; такъ, напр., по заявленію Гая (Gai. 3. 153), *civili ratione capitis deminutio morti coaequatur*, причемъ изъ этого тезиса тутъ же дѣлается и опредѣленный практической выводъ (разрушеніе *societas*).

Разсмотримъ случаи *capitis deminutio* и ея послѣдствія нѣсколько ближе.

*) См. *M. Krüger. Geschichte der capitis deminutio. I. 1887; Eisele. Zur Natur und Geschichte der capitis deminutio. 1896.—Desserteux. Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio. 1909.*

1. Что касается, прежде всего, *capitis deminutio maxima*, то она наступает всякий разъ, когда человекъ лишается своей свободы. Важнѣйшіе случаи этого рода слѣдующіе: а) Римлянинъ попадаетъ въ *пльнн* къ врагу. По исконному римскому возрѣнію, гражданинъ, сдѣлавшійся гдѣ-либо рабомъ, переставалъ существовать въ качествѣ субъекта и утрачивалъ всѣ права; но правило это имѣло коррективъ въ видѣ т. н. *jus postliminii*. Если плѣннику удавалось какимъ-нибудь образомъ вернуться въ предѣлы (*limina*) своего отечества, его личность опять оживала—такъ, какъ если бы онъ вовсе не былъ въ плѣну; „*qui ab hostibus capti, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt*“ (Gai. I. 129), „*quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse*“ (§ 5 Inst. 1. 12). Если же онъ не возвращался и умиралъ въ плѣну, то, по строгому смыслу права, послѣ него не могло быть наслѣдованія—ни по закону ни по завѣщанію (наслѣдованіе послѣ раба невозможно); однако, это положеніе было измѣнено неизвѣстнымъ намъ ближе *закономъ Корнелія*, который установилъ т. н. *fictione legis Corneliae*. Въ силу этой фикции предполагалось, что плѣненный умеръ свободнымъ въ самый моментъ своего плѣненія („*quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*“—fr. 18 D. 49. 15), вслѣдствіе чего, если онъ оставилъ тогда завѣщаніе, оно сохранялось въ силѣ, если нѣтъ—призывались наслѣдники по закону (Pauli Sent. 3. 4. 8). б) Въ рядѣ случаевъ возможна была *продажа гражданина въ рабство trans Tiberim*, т. е. чужестранцамъ, причемъ для проданнаго такимъ образомъ *jus postliminii* не примѣнялось: такъ, магистратъ продавалъ въ рабство того, кто уклонялся отъ ценза (*incensus*), кредиторъ продавалъ послѣ *manus injectio* своего несостоятельнаго должника, обокраденный—вора, захваченнаго на мѣстѣ преступленія; наконецъ, домовладыка могъ продать своего подвластнаго также *trans Tiberim* въ полное рабство. Но всѣ эти случаи уже въ періодъ республики отпали; въ позднѣйшее время ихъ мѣсто заняли другіе, когда въ силу тѣхъ или другихъ причинъ *гражданинъ дѣлался рабомъ внутри государства*: кто-либо далъ продать себя, какъ раба, *pretii participandi gratia*; женщина вступила въ связь съ рабомъ (*edictum Claudianum*); *servi roepae* и т. д. (см. § 47).

Общимъ юридическимъ результатомъ *capitis deminutio maxima* является полная потеря правъ, какъ личныхъ (*patria potestas* и т. д.), такъ и имущественныхъ. Что касается, въ частности, послѣднихъ, то имущество *capite minutus* переходитъ или къ государству (напр., въ случаѣ продажи *incensus*) или къ извѣстнымъ частнымъ лицамъ—къ кредитору, продающему должника, къ хозяину раба, съ которымъ женщина вступила въ связь, и т. д. Но долги лица, подвергшагося *capitis deminutio*, принципиально погашались за исчезновеніемъ ихъ субъекта—лица обязаннаго. Такъ какъ, однако, это было несправедливо по отношенію къ его кредиторамъ, то преторъ сталъ давать послѣднимъ *actio utilis* противъ тѣхъ, къ кому имущество переходитъ, и, если они не пожелаютъ уплатить долги, вводилъ кредиторовъ во владѣніе иму-

ществомъ *capite minutus* и предоставлялъ имъ продать его для своего удовлетворенія (fr. 7. 2 D. 4. 5).

2. *Capitis deminutio media* наступаетъ тогда, когда лицо, сохраняя свободу, утрачиваетъ права римскаго гражданства; это бываетъ, главнымъ образомъ, въ случаяхъ *aquae et ignis interdictio*, а въ императорское время въ случаѣ ссылки—*deportatio* (§ 2 In. 1. 16). Въ силу правила „*civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest*“ (Gai. I. 158) лицо, подвергшееся с. d. media, теряетъ свои гражданскія права, но сохраняетъ отношенія *juris gentium*: такъ, напр., теряется *agnatio*, но сохраняется *cognatio*. Имущество также или теряется (при удаленіи въ изгнаніе: „*amissis bonis et civitate relicta nudus exulat*“—fr. 7. 3. D. 4. 5) или конфискуется (при *deportatio*). Долги и здѣсь *jure civili* погашаются, но интересы кредиторовъ охраняются такъ же, какъ и въ случаяхъ с. d. maxima (fr. 2 pr. D. 4. 5).

3. Наконецъ, *capitis deminutio minima* происходитъ тогда, когда мѣняется семейное положеніе лица, а это возможно въ слѣдующихъ видахъ: а) *persona sui juris превращается въ persona alieni juris*: лицо семейно-самостоятельное усыновляется кѣмъ-либо (*adoptio*); женщина, не подчиненная ничьей власти, выходитъ замужъ (*conventio in manum*); д) *persona alieni juris переходитъ изъ-подъ власти одного paterfamilias подѣ власть другого*: сынъ отдается кому-нибудь въ усыновленіе (*adoptio*) и т. д. с) наконецъ, сюда же относится классическими юристами и тотъ случай, когда *persona alieni juris посредствомъ искусственнаго акта mancipatio дѣлается persona sui juris*—напр., сынъ освобождается своимъ отцомъ изъ-подъ его власти (*emancipatio*). По существу въ этомъ послѣднемъ случаѣ происходитъ не умаленіе *status*, а напротивъ—его усиленіе: сынъ дѣлается полноправнымъ субъектомъ; если же классическіе юристы и въ этомъ случаѣ усматривали *capitis deminutio*, то лишь по традиціи—потому, что для достиженія такого результата сынъ долженъ былъ подвергнуться троекратной (для формы) продажѣ *in mancipium*, т. е. хоть на мгновеніе долженъ былъ стать *in servilem condicionem* (Gai. I. 162). То же соображеніе имѣетъ значеніе и для случая б. Результатомъ с. d. minima является полный разрывъ прежнихъ семейныхъ (*agnатическихъ*) связей со всѣми вытекающими изъ нихъ правами (наслѣдованія и т. д.). Если лицо, доннынъ семейно-самостоятельное, превратилось въ *persona alieni juris*, то все его имущество переходитъ къ его новому домовладыкѣ, но долги и здѣсь *jure civili* погашаются; преторъ, однако, даетъ кредиторамъ *restitutio in integrum*, т. е. предоставляетъ имъ иски противъ самого *capite minutus* съ фикціей „*ac si capite deminutus non esset*“; вслѣдствіе этихъ исковъ новый домовладыка долженъ будетъ либо уплатить, либо выдать имущество *capite minutus* для удовлетворенія (Gai. 3. 84, fr. 2. 1. D. 4. 5).

Помимо трехъ основныхъ *status*, полнота гражданской правоспособности предполагаетъ еще *состояніе гражданской чести—status inlaesae dignitatis* (fr. 5. 1. D. 50. 13). Лица, въ силу тѣхъ

или других причинъ опорооченныя, подвергаются гражданскому безчестию (*existimatio minuitur*) и ограничиваются въ нѣкоторыхъ правахъ. Въ исторіи римскаго права гражданское безчестіе встрѣчается въ нѣсколькихъ видахъ.

Древнѣйшій видъ—*intestabilitas*. Законы XII т. постановляли: „*Qui se sierit testatier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto*“; кто будетъ свидѣтелемъ (или *libripens*омъ) при заключеніи сдѣлки и потомъ откажетъ въ своемъ свидѣтельствѣ (въ случаѣ спора), да будетъ *improbus intestabilisque*. Послѣднее обозначало, что такой человѣкъ впредь не только не можетъ быть свидѣтелемъ у другихъ, но и самъ не можетъ никого приглашать къ себѣ въ свидѣтели. А такъ какъ почти всѣ сдѣлки древняго права совершаются при участіи свидѣтелей, то указанное ограниченіе по существу создавало полную юридическую недѣеспособность. Съ постепеннымъ исчезновеніемъ старыхъ формальныхъ сдѣлокъ этотъ видъ гражданского безчестія утратилъ свое значеніе.

Римскіе магистраты въ предѣлахъ своей компетенціи также при разныхъ обстоятельствахъ обращали вниманіе на гражданскую безпорочность лица, не допуская къ тѣмъ или другимъ функциямъ людей съ сомнительной въ томъ или иномъ отношеніи репутаціей. Такъ созданъ институтъ *ignominia* или *infamia*. Цензоры, контролеры нравовъ по преимуществу (*regimen morum*), по своему усмотрѣнію могли то или другое лицо вычеркнуть изъ списка сенаторовъ, изъ всадническихъ центурій и т. д. Консулы, руководя выборами въ магистраты, могли отказать лицу, по ихъ мнѣнію, себя опорочившему, въ выставленіи его кандидатуры. Преторы также могли не допускать къ выступленію передъ ними на судѣ.

Въ то время какъ контроль цензоровъ и консуловъ съ паденіемъ республики исчезъ, *преторская infamia* сдѣлалась прочнымъ институтомъ гражданского права. Она наступаетъ въ однихъ случаяхъ непосредственно въ силу тѣхъ или другихъ обстоятельствъ (безславное удаленіе въ отставку изъ легионовъ, заключеніе двойнаго обрученія и т. д.—т. н. *infamia immediata*), а въ другихъ случаяхъ является результатомъ обвиненія лица въ извѣстныхъ процессахъ (въ *judicia publica*, по *actio furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, *doli*, *pro socio*, *tutela*, *mandati*, *depositi*; всѣ эти иски называются поэтому исками инфамирующими—*actiones famosae*, а самая *infamia* здѣсь есть т. н. *infamia mediata*). Лицо, подвергнувшееся *infamia*, лишается права быть избраннымъ въ общественныя должности (напр., въ декуріоны), быть опекуномъ, выступать на судѣ въ качествѣ представителя за другихъ (*procurator*) и т. д.

Наконецъ, внѣ предѣловъ *infamia*, регулируемой преторскимъ эдиктомъ, нѣкоторыя профессіи (ремесло актера, проститутки и н. др.) накладывали на лицъ, къ нимъ принадлежащихъ, также пятно извѣстнаго общественнаго презрѣнія—т. н. *turpitudō*, что также отзывалось на ихъ юридическомъ положеніи (см., напр., § 81).

§ 51.

Status controversia.

То или другое состояніе лица, *status*, можетъ стать предметомъ спора. Поскольку этотъ споръ имѣетъ значеніе для *публичныхъ правъ*, онъ будетъ разрѣшаться соотвѣтствующей властью въ порядкѣ административнаго производства: если, напр., кто-либо пожелаетъ выставить свою кандидатуру въ магистраты и будетъ сдѣлано заявленіе о томъ, что кандидатъ—*libertinus*, то разобратъсь въ этомъ—дѣло магистрата, руководящаго выборами. Поскольку же споръ о *status* имѣетъ значеніе для тѣхъ или другихъ *гражданскихъ правоотношеній*, онъ подлежитъ компетенціи гражданскихъ судовъ.

1. *Споръ о свободѣ, status libertatis*, можетъ возникнуть двоякимъ образомъ: а) Кто-либо заявляетъ претензію, что человѣкъ, который живетъ въ настоящій моментъ какъ свободный, въ дѣйствительности есть его рабъ. Тогда процессъ осуществлялся въ древнѣйшее время въ формѣ *vindicatio in servitute*: истецъ, накладывая на предполагаемаго раба *vindicta* передъ магистратомъ, произноситъ формулу обыкновенной *vindicatio*—„*hunc ego hmiopem ex jure Quiritium meum esse aio*“. Если виндицируемый желаетъ оспаривать, то онъ долженъ заручиться какимъ-либо заступникомъ, который называется *assertor in libertatem* и который займетъ затѣмъ роль отвѣтчика, заявивъ *contravindicatio*: „*aio hunc hominem liberum esse*“. Самъ же виновникъ спора стороною въ процессѣ явиться не можетъ, подобно тому, какъ не можетъ быть ею должникъ, подвергающійся *manus injectio*. б) Второй случай—обратный: лицо, являющееся теперь чьимъ-либо рабомъ, узнаетъ, что оно въ дѣйствительности свободно; здѣсь также долженъ выступить *assertor*, который начнетъ противъ господина искъ въ формѣ *vindicatio in libertatem*: наложивъ *vindicta*, заявить „*aio hunc hominem liberum esse*“. Дальнѣйшій процессъ въ обоихъ случаяхъ будетъ идти въ формѣ *legis actio per sacramentum*, причемъ ввиду особой важности предмета спора и необходимости лучшихъ гарантій для лицъ, свобода которыхъ оспаривается, для этихъ исковъ были установлены нѣкоторыя особыя положенія. Прежде всего, споры эти подлежатъ компетенціи особой постоянной коллегіи—*decemviri stlitibus judicandis*; кромѣ того, сумма *sacramentum* во всѣхъ случаяхъ—низшая, 50 ассовъ (*Gai. 4. 14*); на время процесса человѣкъ, составляющій предметъ спора, долженъ разсматриваться какъ свободный („*vindicias dato secundum libertatem*“); наконецъ, въ отличіе отъ обыкновенныхъ исковъ, процессъ о свободѣ можетъ быть возобновляемъ нѣсколько разъ („*quotienscumque vellet quis*“).—Съ переходомъ къ формулярному процессу словесная *vindicatio in servitute* или *in libertatem* была замѣнена производствомъ *per formulam*, хотя строеніе этой формулы неясно. Но необходимость *assertor'a* продолжаетъ сохра-

няться не только въ формулярномъ процессѣ, но и позже—въ эпоху производства экстраординарнаго; только Юстиніанъ отмѣнилъ этотъ остатокъ глубокой старины (с. un. С. 7. 17).

2. *Споръ о status civitatis*, какъ самостоятельный споръ, подлежалъ рѣшенію магистратовъ въ порядкѣ административной *causae cognitio*; въ гражданскомъ же судѣ онъ могъ возникнуть лишь *incidenter*, при рѣшеніи вопроса о бытіи или небытіи того или другого цивильнаго отношенія.

3. *Споръ о status familiae* въ подлинномъ смыслѣ мыслимъ лишь въ томъ случаѣ, когда кто-либо претендуетъ на качество *paterfamilias*, между тѣмъ какъ другое лицо заявляетъ о своей *patria potestas* на него. Споры этого рода, разумѣется, были рѣдки, но въ древнѣйшее время, вѣроятно, и здѣсь необходимъ былъ *assertor*. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда два лица претендуютъ на *patria potestas* по отношенію къ одному и тому же человѣку, мы будемъ имѣть не споръ о *status*, а споръ о правѣ *patria potestas*. Такой споръ въ древности также шелъ въ формѣ *vindicatio (fili)*. Преторскій эдиктъ, однако, установилъ средство болѣе удобное—*interdictum de liberis exhibendis* и *int. de lib. ducendis* (tit. D. 43. 30).

II. Лица юридическія.

§ 52.

Возникновеніе и развитіе юридическихъ лицъ *).

Созданіе идеи юридическаго лица, какъ самостоятельнаго субъекта гражданскаго права, самостоятельнаго центра хозяйственной жизни, составляетъ одну изъ крупнѣйшихъ заслугъ римскаго права; только черезъ него эта юридическая форма вошла въ оборотъ новаго европейскаго права. Но въ самомъ Римѣ эта форма союзной организаціи вырабатывалась медленно и на всемъ протяженіи римской исторіи.

Несомнѣнно, уже древне-римскому, какъ и всякому древнему быту вообще, свойственны извѣстныя союзныя образованія, имѣющія *внѣшнее* сходство съ юридическими лицами—общее имущество, внутреннюю организацію и т. д.; но эти внѣшніе признаки отнюдь не свидѣтельствуютъ о томъ, что эти союзныя образованія рассматриваются уже подъ угломъ зрѣнія гражданскихъ юридическихъ лицъ. Идея юридическаго лица вообще для примитивнаго юридическаго мышленія недоступна.

Старое римское *jus Quiritium* предполагало въ качествѣ субъектовъ, носителей квинитскихъ правъ только отдѣльныхъ лицъ,

*) В. Ельшавичъ. Юридическое лицо, его происхожденіе и функціи въ римскомъ частномъ правѣ. 1910.— Ср. рецензію на это сочиненіе въ „Журн. Мин. Юстиціи“. 1910. Май.

отдѣльныхъ *quiritis*. Всѣ отношенія, не приуроченныя къ отдѣльнымъ лицамъ, регулировались иными нормами и охранялись иными средствами, чѣмъ тѣ, которыя примѣнялись въ отношеніяхъ между одиночными *cives*.

Такъ, прежде всего, огромное значеніе въ хозяйственной жизни уже въ старомъ Римѣ имѣло *имущество государственное*: мы знаемъ, напр., какую большую роль играли государственныя земли—*ager publicus*. Но всѣ эти государственныя земли, государственныя рабы (*servi publici*) и т. д., словомъ, всѣ эти *res publicae*, еще по воззрѣніямъ классическихъ юристовъ, суть *res extra commercium*, т. е. находятся внѣ обычныхъ гражданскихъ отношеній. Онѣ суть вещи *populi Romani*, но не въ томъ смыслѣ, чтобы *populus Romanus* представлялся ихъ обыкновеннымъ собственникомъ, какъ наша казна; отношеніе *populus* къ нимъ не есть обычное *dominium ex jure Quiritium*; это отношеніе особаго рода: *res publicae* принадлежатъ всѣмъ вообще, но никому въ частности. Нѣтъ субъективныхъ правъ на нихъ, а есть только объективное управленіе ими въ интересахъ народа. Это управленіе находится въ рукахъ представителей власти—сначала царя, затѣмъ республиканскихъ магистратовъ (консуловъ, цензоровъ, квесторовъ и т. д.)—и совершается оно не по началамъ квинитскаго права, а по началамъ права публичнаго. Вслѣдствіе этого, если задачи управленія приводятъ къ сдачѣ тѣхъ или другихъ вещей въ пользованіе частнымъ лицамъ (напр., къ отдачѣ участковъ изъ *ager publicus* въ аренду за извѣстный оброкъ—*vectigal*), то сдѣлки магистрата съ этими послѣдними въ принципѣ отнюдь не являются договорами обычнаго гражданскаго права и потому свободны отъ формъ, необходимыхъ для этихъ договоровъ. Такъ же точно, если по поводу этихъ договоровъ (*leges contractus*, *leges locationis* и т. д.) впослѣдствіи возникаютъ какіе-нибудь недоразумѣнія и споры между магистратомъ и контрагентомъ, то всѣ эти споры подлежатъ не обычному гражданскому суду (*legis actio*), а административному разбирательству магистрата. Не идея регулированія и охраны чьихъ-либо субъективныхъ правъ, а идея управленія имуществомъ, никому въ частности не принадлежащимъ, опредѣляетъ собою всю данную обширную область отношеній. И государственная казна—*aerarium*—является на этой стадіи не субъектомъ правъ, не юридическимъ лицомъ, а только складочнымъ мѣстомъ для государственныхъ цѣнностей.

Въ аналогичномъ положеніи находятся имущество *рода* (*gens*) и древнихъ государственныхъ подраздѣленій—*курій*, *трибъ* и т. д. Земли рода, поскольку онѣ не состоятъ въ частномъ обладаніи отдѣльныхъ домовладыкъ, находятся въ общемъ пользованіи *gentiles*, регулируемомъ родовымъ управленіемъ. Имущество *курій* и *трибъ* есть лишь специальное имущество государства въ описанномъ выше смыслѣ.

Изъятые изъ обычнаго квинитскаго оборота и вещи, предназначенныя для служенія религіознымъ потребностямъ—*res sacrae* (храмы, жертвенные сосуды и т. д.), *res religiosae* (мѣста погре-

бенія) и *res sanctae* (вещи, поставленныя подь особую защиту боговъ—городскія стѣны и т. п.). Онѣ также *res extra commercium*, ибо онѣ—*res divini juris*. На нихъ также не можетъ быть чьихъ-либо субъективныхъ правъ; ихъ неприкосновенность охраняется въ публичномъ порядкѣ магистратами и въ сакральномъ порядкѣ приставленными къ нимъ коллегіями жрецовъ. Но эти коллегіи жрецовъ отнюдь не являются субъектомъ правъ на сакральное имущество: онѣ только органы наблюдения и управления.

Уже въ самое древнее время мы встрѣчаемъ въ Римѣ разнообразныя *частныя корпораціи*. Таковы—союзы съ религиозными цѣлями (*sodalitates, collegia sodalicia*) и союзы *профессиональные* различныхъ ремесленниковъ (*pistorum, fabrorum* и т. д.). О такихъ частныхъ корпораціяхъ упоминается уже въ законахъ XII т.: по свидѣтельству Гая, онѣ предоставляли членамъ *collegia sodalicia* (*sodales*) создавать для себя правила и уставы, лишь бы эти уставы не противорѣчили закону. Въ періодъ республики такихъ частныхъ корпорацій развивается множество: появляются корпораціи *apparitorum* (низшихъ служителей при магистратахъ); корпораціи взаимопомощи (похоронныя—*collegia funeraticia*) и т. д. Всѣ эти корпораціи имѣютъ, конечно, извѣстную организацию и извѣстное общее имущество—общую кассу (*arca communis*), но это имущество юридически разсматривается или какъ имущество всѣхъ отдѣльныхъ членовъ (по правиламъ товарищества, *societas*) въ извѣстныхъ доляхъ, или какъ имущество одного изъ нихъ—того, кто является казначеемъ. На-внѣ корпорація, какъ единство, какъ особое юридическое лицо, не выступаетъ: третьи лица имѣютъ дѣло только съ отдѣльными членами.

Такимъ образомъ, тѣ потребности, которыя въ развитомъ правѣ удовлетворяются при помощи фигуры юридическихъ лицъ, въ древнѣйшее время, въ неразвитомъ гражданскомъ оборотѣ, удовлетворяются иными средствами. Но мало-по-малу эти средства оказываются недостаточными: съ развитіемъ экономической жизни чувствуется необходимость создать во всѣхъ описанныхъ случаяхъ нѣкоторый единый экономическій центръ, обособленный отъ тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ физическихъ лицъ и надѣленный способностью къ самостоятельной юридической дѣятельности.

Вліяніе этой необходимости сказывается уже въ періодъ республики на положеніи *имущества государственныхъ*. *Populus Romanus*, правда, еще смутно, начинаетъ разсматриваться уже не какъ неопредѣленная совокупность *всѣхъ*, а какъ извѣстное *единство*; магистратъ дѣйствуетъ отъ имени этого единства—народа, какъ его органъ, его представитель: всѣ сдѣлки, заключенныя имъ съ частными лицами, управомочиваютъ и обязываютъ не его лично, а весь народъ, какъ таковой. По мѣрѣ того, какъ римскому государству приходилось фактически все чаще и чаще спускаться въ сферу обычного имущественнаго оборота, становиться въ договорахъ и спорахъ на одну доску съ *privatae personae*, его положеніе все болѣе и болѣе должно было уравниваться съ положеніемъ этихъ послѣднихъ. Публично-правовой

характеръ отношеній государства къ частнымъ лицамъ постепенно сглаживался, какъ въ сдѣлкахъ, такъ и въ процессѣ. Подобно правамъ частныхъ лицъ, начинаетъ зарождаться представленіе о субъективныхъ правахъ народа, какъ единства, на принадлежащее ему имущество. Конечно, все это еще только въ зародышѣ, и отношенія государства къ частнымъ лицамъ даже въ концѣ республики проникнуты еще особымъ характеромъ,—но извѣстное движеніе въ сторону представленія о казнѣ, какъ объ особомъ юридическомъ лицѣ, все же замѣтно.

Аналогичное движеніе наблюдается и въ жизни *частныхъ корпорацій*. Имущество корпораціи разсматривается принципиально какъ общее имущество всѣхъ членовъ по началамъ товарищества; но уже для того, чтобы придать корпораціи устойчивость, допускается установленіе въ уставѣ принципа нераздѣльности этого общаго имущества: отдѣльные члены не могутъ потребовать выдѣла своей части, уходя однихъ членовъ и вступленіе другихъ на общемъ имуществѣ не отзывается. Благодаря этому практически создается извѣстная обособленность имущества отъ его юридическихъ субъектовъ, фиксированіе его вокругъ извѣстнаго, еще не выраженаго центра.

Всѣ эти смутные поиски фигуры юридического лица нашли себѣ, наконецъ, и первое разрѣшеніе. Во второй половинѣ республики, какъ извѣстно, въ составѣ римскаго государства оказалось немало новыхъ единицъ, за которыми было признано право на внутреннее самоуправленіе. Это—*городскія общины, муниципіи*, которыя ранѣе составляли самостоятельныя государства (*civitates liberae*), но которыя были затѣмъ надѣлены правами гражданства и инкорпорированы. При этой инкорпорации вмѣстѣ съ самоуправленіемъ за ними была признана и хозяйственная самостоятельность. Часто это были цвѣтущіе торговые города, обладавшіе своимъ большимъ имуществомъ и своимъ сложнымъ хозяйствомъ (напр., греческія колоніи Южной Италіи—Тарентъ и т. д.). Быть можетъ, кое-гдѣ (напр., въ греческомъ правѣ) эти города уже разсматривались въ имущественномъ оборотѣ, какъ особыя юридическія лица.

Во всякомъ случаѣ инкорпорация съ предоставленіемъ хозяйственной самостоятельности поставила передъ римскимъ правомъ вопросъ о томъ, какъ организовать участіе этихъ общинъ въ гражданскомъ оборотѣ, какому суду ихъ подчинить и т. д. Вопросъ этотъ былъ рѣшенъ въ смыслѣ подчиненія ихъ обыкновенному гражданскому праву и обыкновенному гражданскому суду: преторъ въ своемъ эдиктѣ призналъ за муниципіями право искать и отвѣчать на судѣ черезъ своихъ представителей—муниципальныхъ магистратовъ или особыхъ *actores*, назначаемыхъ *ad hoc* декретомъ муниципальнаго сената. Этимъ была признана въ принципѣ гражданская и процессуальная правоспособность муниципій, какъ особыхъ субъектовъ правъ, какъ нѣкотораго самостоятельнаго юридического единства, способнаго наравнѣ съ *singulae* или *privatae personae* обладать правами и защищать ихъ въ

обычных формах суда. Рѣшительный шагъ былъ сдѣланъ, юридическое лицо было создано, хотя оно далеко еще не обладает на первыхъ порахъ всѣми атрибутами этого послѣдняго.

Въ сношеніяхъ съ частными лицами—при заключеніи сдѣлокъ и т. д.—муниципии дѣйствуютъ также черезъ своихъ представителей—магистратовъ, или *actores*, но значеніе дѣйствій этихъ представителей для общины долго остается еще невыясненнымъ. Долго еще сказывается старое воззрѣніе, что обязательство представителя (напр., совершенный имъ въ интересахъ общины заемъ) создаетъ для контрагента только личный искъ противъ него, а не противъ общины. До самаго конца римское право остается на той точкѣ зрѣнія, что за деликты своихъ представителей община не отвѣчаетъ: „*quid enim municipes dolo facere possunt?*“—воскликнулъ Ульпіанъ (fr. 15. 1. D. 4. 3). Еще среди классическихъ юристовъ дебатировался вопросъ, могутъ ли муниципии быть субъектомъ владѣнія—*possessio* (fr. 1. 22 и fr. 2. D. 41. 2). Несмотря на принципиальное уравненіе муниципій съ *privatae personae*, юридическія отношенія ихъ въ значительной степени модифицируются нѣкоторыми публично-правовыми элементами. Но во всякомъ случаѣ муниципія, какъ юридическое лицо, уже не возбуждаетъ сомнѣній: „*civitates enim privatorum loco habentur*“, говоритъ Гай (fr. 16. D. 50. 16).

Выработанный въ примѣненіи къ муниципіямъ, принципъ юридического лица переносится затѣмъ на различныя частныя корпорации, *collegia*: послѣднія начинаютъ надѣляться гражданской правоспособностью „по образцу муниципій“—„*ad exemplum rei publicae*“ (fr. 1. 1. D. 3. 4). Первымъ шагомъ и здѣсь было признаніе въ преторскомъ эдиктѣ за ними права искать и отвѣчать на судѣ черезъ своихъ представителей. За этимъ первымъ шагомъ послѣдовали дальнѣйшіе, хотя правоспособность корпораций въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ отношеніяхъ все же осталась болѣе узкой, чѣмъ правоспособность муниципій. Такъ, напр., въ то время, какъ муниципіи уже издавна могли получать по завѣщательнымъ отказамъ (легатамъ), коллегіямъ это право было даровано лишь сенатскимъ постановленіемъ времени имп. Марка Аврелія (fr. 20. D. 34. 5); въ то время, какъ муниципіи уже въ классическомъ правѣ могли быть назначаемы наслѣдниками, коллегіи даже въ Юстиніановскомъ правѣ нуждаются для полученія этого права въ специальной привилегіи (с. 8. С. 6. 24: „*collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse*“). Но все это были лишь отдѣльныя ограниченія; въ принципѣ же корпорация трактуется, какъ особое юридическое лицо, могущее имѣть права и вступать въ юридическія отношенія. Въ противоположность прежнему воззрѣнію, классическіе юристы опредѣленно проводятъ мысль о полной обособленности *corpus* или *universitas* отъ отдѣльныхъ лицъ, его составляющихъ: „*In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneat, an pars maneat, vel omnes immutati sint*“ (fr. 7. 2. D. 3. 4); „*Siquid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli*

debent“ (fr. 7. 1. D. 3. 4); рабъ, принадлежащій корпорации, есть не „*servus plurium, sed corporis*“ (fr. 16. D. 50. 16).

Но въ то время, какъ въ римскомъ правѣ вырабатывалось признаніе юридической личности корпораций, римское государство встрѣтилось съ труднымъ вопросомъ о свободѣ союзовъ. Вся первая половина республики не знала никакихъ ограниченій въ этомъ отношеніи: граждане могли образовывать союзы, *collegia*, совершенно свободно, не испрашивая никакихъ разрѣшеній правительства, и мы знаемъ, какъ широко пользовались римляне этой свободой: къ концу республики мы встрѣчаемъ такія коллегіи въ чрезвычайномъ количествѣ. Но въ I столѣтіи до Р. X. мы видимъ уже цѣлый рядъ мѣръ, направленныхъ противъ коллегій: на почвѣ общаго политическаго и социальнаго кризиса, общей деморализаціи, коллегіи профессиональныя и религіозныя (*sodalitates*) начинаютъ дѣлаться удобными очагами для политической демагогіи, а иногда (какъ объ этомъ свидѣлствуетъ, напр., *senatusconsultum de Bacchanalibus*) и мѣстомъ, гдѣ подъ покровомъ религіознаго культа совершаются темныя, съ точки зрѣнія нравственности, дѣла. Въ виду всего этого *senatusconsultum* 64 г. предписало распустить всѣ коллегіи, которыя по разслѣдованію со стороны магистратовъ будутъ найдены вредными для общественаго порядка („*quae adversus rem publicam videbantur esse*“). Однако, эта мѣра вызвала энергичную оппозицію, и въ 58 г. по предложенію трибуна *Клодія* былъ принятъ законъ, которымъ распущенныя коллегіи были восстановлены. Успѣхъ этой оппозиціи тѣмъ не менѣе былъ только временнымъ: въ 56 г. сенатъ снова постановилъ распустить коллегіи, превратившіяся въ политическіе клубы (повидимому, главнымъ образомъ,—*sodalitates*). Еще энергичнѣе поступилъ Цезарь, уничтожившій всѣ коллегіи, кромѣ нѣкоторыхъ самыхъ старыхъ—„*praeter antiquitū constituta*“.

Но этими роспусками не разрѣшался вопросъ объ условіяхъ возникновенія новыхъ коллегій, потребность въ которыхъ несомнѣнно существовала. Въ виду этого имп. Августомъ былъ изданъ законъ—*lex Julia de collegiis*, которымъ въ качествѣ нормальнаго порядка образованія союзовъ устанавливалось испрошеніе разрѣшенія у сената. Коллегіи, получившія такое разрѣшеніе („*quibus ex senatusconsulto coire licet*“), называются *collegia licita*; вмѣстѣ съ тѣмъ, эти коллегіи eo ipso приобрѣтаютъ и права юридического лица. „*Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat*“ (fr. 1. 1. D. 3. 4).

Такимъ образомъ, въ концѣ республики, въ началѣ имперіи въ качествѣ юридическихъ лицъ были признаны муниципіи и частныя корпорации. Что же касается государства-казны, то процессъ его превращенія въ юридическое лицо осложнился и затруднился тѣмъ обстоятельствомъ, что съ установленіемъ имперіи рядомъ съ *aerarium* появился *fiscus*, который, какъ извѣстно,

мало-по-малу поглотилъ всѣ источники государственныхъ доходовъ, отодвинувъ аегаіиумъ на степень простой городской кассы Рима.

На первыхъ порахъ фискъ разсматривается, какъ личное имущество принцепса, и вслѣдствіе этого подчиняется въ принципѣ нормамъ обычнаго гражданского права. Правда, на императорѣ лежитъ публично-правовая обязанность употреблять фискальное имущество на государственныя нужды, но эта обязанность не отзывается на гражданскомъ положеніи принцепса: юридически онъ собственникъ и кредиторъ въ такой же мѣрѣ, какъ и всѣ прочія *personae privatae*. Благодаря этому удовлетворялась указанная выше потребность въ единомъ центрѣ государственныхъ средствъ и въ сближеніи ихъ въ оборотѣ съ имуществами частныхъ лицъ. Правда, на мѣсто намѣчавшагося единства *principlus Romanus*, теперь въ качествѣ такого центра оказывается физическая личность *princeps'a*, но ближайшая задача практической жизни и этимъ до известной степени разрѣшалась. По мѣрѣ того, какъ всѣ источники государственныхъ доходовъ концентрируются въ фискѣ, указанное воззрѣніе распространяется на всю область имущественныхъ отношеній государства.

Несмотря, однако, на такое принципиальное признаніе принцепса граждански-правовымъ субъектомъ фискальнаго имущества, все же въ цѣломъ рядѣ случаевъ особая, государственная, природа этого послѣдняго сказывается въ различныхъ отступленіяхъ для него отъ нормъ обычнаго гражданского оборота. Такъ возникаетъ мало-по-малу довольно обширная система *фискальныхъ привилегій—privilegia fisci*: имущества фиска не подлежатъ давности; требованія фиска имѣютъ право на предпочтительное передъ другими кредиторами удовлетвореніе; фиску по его требованіямъ принадлежитъ законное закладное право на все имущество должника и т. д. Многія изъ этихъ привилегій, впрочемъ, переносятся и на частныя имущественныя отношенія императора и императрицы.

Въ болѣе позднее время какъ будто мелькаетъ иногда мысль о томъ, что фискальное имущество есть имущество государства, какъ такового (указъ имп. Пертинакса: эти имущества не суть *idea τοῦ βασιλεύοντος ἀλλὰ κοινὰ καὶ δημόσια τῆς Ρωμαίων ἀρχῆς—Herodianus, 2. 4. 7*); но усиленіе монархической власти и вліяніе восточныхъ деспотій заглушило эту мысль, вслѣдствіе чего въ римскомъ правѣ мы не находимъ ясно выраженной теоріи о государствѣ, какъ особомъ юридическомъ лицѣ. Практически государство-казна живетъ, какъ юридическое лицо, но въ теоріи его особность исчезаетъ въ личности императора.

Если юридическая личность корпорацій развивалась въ Римѣ медленно и съ трудомъ, то еще медленнѣе и труднѣе вырабатывалась мысль о самостоятельной юридической правоспособности другого вида юридическихъ лицъ—*учрежденій*.

Не только римское право республики, но и право классическихъ юристовъ учреждений въ такомъ смыслѣ не знаетъ. Правда,

императоры сравнительно рано развиваютъ благотворительную дѣятельность, жертвуя известныя капиталы на содержаніе сиротъ и т. д. (т. п. *алиментарныя учрежденія императоровъ*); но эти капиталы не образуютъ самостоятельнаго центра: они или разсматриваются, какъ часть фиска или же передаются уже существующимъ юридическимъ лицамъ-муниципіямъ съ возложеніемъ на нихъ обязанности употреблять доходы на указанные цѣли. Лишь съ распространеніемъ христіанства и признаніемъ его государственной религіей создана была почва для возникновенія самостоятельныхъ учреждений. Прежде всего были надѣлены гражданской правоспособностью *церковныя учрежденія—ecclesiae*: отдѣльныя церкви имѣютъ право приобрѣтать имущества и получать по завѣщаніямъ, быть кредиторами, выступать стороною на судѣ и т. д.; такъ же, какъ и фискъ, онѣ надѣляются, сверхъ того, разнообразными привилегіями. Отъ церкви затѣмъ правоспособность переносится и на разныя частныя благотворительныя учрежденія—госпитали, приюты и т. д., такъ какъ всѣ они находятся подъ ближайшимъ наблюденіемъ церковныхъ властей (епископовъ). Всѣ эти благотворительныя учрежденія обозначаются выраженіями *piae causae, pia corpora, venerabiles domus* и т. д. (напр., с. 45. 9. С. 1. 3); всѣ они являются самостоятельными юридическими субъектами, но теоріи ихъ римское право уже не оставило.

Если, какъ мы видѣли, юридическія лица въ римскомъ правѣ не достигли своего *полнаго* развитія, тѣмъ не менѣе не только *идея юридическаго лица* была римскимъ правомъ создана, но и дано ей *основное практическое выраженіе*: были выработаны понятіе правоспособности, независимой отъ лица физического, пріемы искусственной дѣеспособности и даже основные типы юридическихъ лицъ (корпораціи и учрежденія). Новому міру былъ переданъ очень тонкій юридическій способъ, при помощи котораго самыя разнообразныя соціальныя образованія могли быть введены въ нормальную жизнь гражданского общества,—и новый міръ широко воспользовался имъ.

ГЛАВА VII.

Исторія вещныхъ правъ.

§ 53.

Понятіе и виды вещныхъ правъ.

Одну изъ основныхъ задачъ гражданскаго права составляетъ *распределение* имущественныхъ благъ, т. е. прежде всего *вещей*, находящихся въ обладаніи даннаго общества, между отдѣльными его членами. Средствомъ такого распределенія является предоставленіе этимъ послѣднимъ субъективныхъ *вещныхъ правъ*.

Соотвѣтственно этой функціи *всякое вещное право* представляетъ нѣкоторую *непосредственную юридическую связь лица съ вещью—jus in rem*: вещь принадлежитъ данному лицу, и всѣ другіе члены даннаго общества обязаны признавать эту связь принадлежности и не нарушать ея своими дѣйствіями. Вслѣдствіе этого всякое вещное право имѣетъ характеръ *абсолютнаго права* въ томъ смыслѣ, что оно адресовано ко всѣмъ и будетъ въ случаѣ нарушенія защищаться противъ всѣхъ. Въ чьи бы руки моя вещь ни попала, я могу ее потребовать къ себѣ на томъ только основаніи, что эта вещь—моя, что она предоставлена мнѣ правомъ порядкомъ.

Противоположность вещному праву, какъ праву абсолютному, представляетъ *обязательственное право*, какъ *право относительное*. Обязательственное требованіе адресуется только къ одному лицу—должнику, и потому является не *jus in rem*, а *jus in personam*; только это лицо можетъ нарушить право кредитора (не заплативъ долга и т. д.), и потому только противъ этого опредѣленнаго лица можетъ понадобиться защита (*actio in personam*).

Различіе между вещнымъ и обязательственнымъ правомъ ярче всего выступаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ обязательства является также какая-нибудь опредѣленная вещь: напр., я продалъ вамъ такую-то лошадь. Договоръ продажи самъ по себѣ еще не даетъ покупщику вещнаго права собственности, а лишь создаетъ въ его лицѣ обязательственное право требовать отъ продавца передачи вещи. Если, несмотря на это, продавецъ

продать ту же вещь другому лицу и *передать* ее ему, то первый покупатель будетъ имѣть право требовать отъ продавца возмѣщенія своихъ убытковъ отъ неисполненія договора; на самую же вещь онъ никакихъ правъ не имѣетъ, ибо вещнаго права, *непосредственной* юридической связи съ нею, простой обязательственный договоръ не устанавливаетъ: онъ связываетъ лицо съ лицомъ, но не лицо съ вещью. Для установленія этой послѣдней—вещно-правовой—связи необходимъ особый актъ передачи (*traditio*).

Вещное право предоставляетъ лицу юридическое *господство* надъ вещью; но самое господство это можетъ быть различной степени и различнаго содержанія, вслѣдствіе чего и вещныя права не одинаковы.

а) Основное *вещное* право есть *право собственности*: оно предоставляетъ собственнику въ *принципѣ* полную власть надъ *вещью*. Собственникъ имѣетъ право владѣть вещью, пользоваться ею, какъ ему угодно (*jus utendi et abutendi*), и распоряжаться ею (*jus disponendi*—право продавать, закладывать и т. д.). Но собственность есть полная, абсолютная власть *только въ принципѣ*: государство можетъ наложить на собственника извѣстныя ограниченія, и, дѣйствительно всегда, въ любой исторической моментъ тѣ или другія ограниченія въ большей или меньшей степени имѣются (ограниченія въ интересахъ сосѣдей и въ интересахъ общаго блага); вслѣдствіе этого собственность фактически никогда абсолютно полной не бываетъ. Можетъ даже случиться, что въ силу тѣхъ или другихъ распоряженій въ рукахъ даннаго собственника не будетъ ни права владѣнія, ни права пользованія, ни права распоряженія; собственность въ такомъ случаѣ превращается въ *nuda proprietas* (напр., мнѣ принадлежитъ майоратное имѣніе, которымъ распоряжаться собственникъ вообще не можетъ; но, сверхъ того, предыдущимъ майоратнымъ собственникомъ завѣщано въ пожизненное владѣніе своей вдовѣ: пока она жива, я никакой выгоды отъ своего огромнаго имѣнія не имѣю). Тѣмъ не менѣе она не есть нуль: съ отпаденіемъ ограниченій (смерть вдовы, отмена ограниченій закономъ) собственность сама собою восстанавливается. Это присущее праву собственности стремленіе восстановиться во всей своей полнотѣ, выпрямиться во весь свой ростъ, называется *принципомъ эластичности права собственности*.

б) Но кромѣ права собственности, возможны *вещныя права ограниченнаго содержанія* или *вещныя права на чужую вещь—jura in re aliena*. Вещь принадлежитъ на правѣ собственности одному, но другое лицо имѣетъ на нее такое же непосредственное, слѣдовательно вещное, право, лишь ограниченное по своему содержанію. Эти *jura in re aliena*, въ свою очередь, распадаются на двѣ группы:

1) Первую группу составляютъ вещныя права *пользованія* чужой вещью. Сюда относятся, главнымъ образомъ, т. наз. *сервитуты*. Одни изъ нихъ предоставляютъ пользованіе чужой вещью *извѣстному опредѣленному лицу*; таково, напр., право

пожизненного пользования (*ususfructus*): пока это определенное лицо существует, оно может пользоваться вещью, и соответственное право собственника на это время замирает. Сервитуты этого рода, какъ связанные съ определеннымъ лицомъ, называются сервитутами личными—*servitutes personarum* (вещь служить, *servit*, лицу—*personae*). Другіе сервитуты представляютъ право пользования не данному (именемъ) определенному лицу, а всякому, кто окажется въ положеніи собственника какой-либо другой вещи: напр., я предоставляю право проѣзда черезъ мое имѣніе къ желѣзной дорогѣ, къ рѣкѣ и т. д. всякому собственнику другого, сосѣдняго имѣнія, которое въ такомъ проѣздѣ нуждается. Экономически въ случаяхъ этого рода одно имѣніе служитъ хозяйственнымъ нуждамъ другого, почему первое называется *praedium serviens*, второе—*praedium dominans*, а самые сервитуты называются *сервитутами предіальными или вещными—servitutes praediorum*. Юридически же субъектомъ права проѣзда будетъ каждый данный собственникъ господствующаго имѣнія (*praedium dominans*): переходъ этого имѣнія изъ рукъ въ руки (путемъ наследованія, продажи и т. д.) eo ipso приведетъ къ перемѣнѣ и лица, на пользование управомоченнаго. Сервитуты предіальные, въ свою очередь, раздѣляются на сервитуты *городскіе и сельскіе—serv. praediorum urbanorum и serv. praediorum rusticorum*. Основаніемъ для такого дѣленія является хозяйственное назначеніе *praedium dominans*: если оно предназначено для сельско-хозяйственной культуры, то сервитутъ, установленный въ цѣляхъ этой культуры, будетъ сервитутъ сельскій; если же *praedium dominans* представляетъ участокъ для жилья, строенія, то сервитутъ будетъ сервитутомъ городскимъ.

Но всякій сервитутъ—личный и предіальный—есть *вещное* право на чужую вещь, ибо всякій сервитутъ создаетъ, хотя и ограниченное, но *непосредственное* господство надъ вещью. Въ чьи бы руки служащая вещь не перешла, она все время будетъ подлежать этому господству, причѣмъ это господство не зависитъ отъ воли каждаго собственника ея. Этимъ сервитутъ отличается отъ различныхъ *обязательственныхъ* отношеній, предоставляющихъ также нерѣдко право пользования чужой вещью. Такъ, напр., если я сдамъ вамъ мое имѣніе въ аренду, вы получите право пользоваться имъ, но это ваше право есть только *личное* право по отношенію ко мнѣ; если, затѣмъ, я это имѣніе продамъ другому лицу, это лицо можетъ не согласиться на вашу аренду и выселить васъ; вы будете имѣть только право требовать отъ меня вашихъ убытковъ. Иное дѣло, если ваше пользованіе покоится на сервитутѣ: пожизненнаго владѣльца, напр., продажа имѣнія, совершенная собственникомъ, нисколько не затрагиваетъ: его право будетъ обладать полною силой и противъ всякаго новаго собственника.

2) Вторую группу *jura in re aliena* составляютъ вещныя права на *распоряженіе* чужой вещью. Таково *закладное или залоговое право*. Сущность его состоитъ въ томъ, что кредиторъ,

которому вещь заложена, имѣетъ право при неуплатѣ долга *продать* эту вещь для своего удовлетворенія, т. е. распорядиться ею. Закладное право есть также *вещное* право на *чужую* вещь: вещь остается въ собственности должника, ее заложившаго; но кредиторъ имѣетъ право вытребовать ее отъ всякаго, въ чьихъ рукахъ она окажется, для того, чтобы ее затѣмъ продать: позднѣйшій переходъ вещи путемъ продажи и т. д. правъ кредитора нисколько не затрагиваетъ—его право идетъ за вещью.

Таковы основные *типы вещно-правовыхъ отношеній*. Но всѣ эти типы не были даны человечеству готовыми; они также вырабатывались въ исторіи путемъ медленнаго и часто труднаго процесса. И здѣсь римское право шло впереди и расчищало путь.

Какъ и во всѣхъ другихъ областяхъ, такъ и въ области вещнаго права римская исторія представляетъ комбинацію двухъ пластовъ: глубоко внизу залегаетъ *пластъ институтовъ стараго гражданского права*; мало-по-малу надъ нимъ образуется *слой институтовъ преторскаго права*. Но образованіе этого послѣдняго слоя не уничтожаетъ вовсе перваго; долгое время мы наблюдаемъ совмѣстное существованіе обѣихъ породъ, переплетающихся другъ съ другомъ иногда самымъ причудливымъ образомъ. И лишь позднѣйшее право (классическое и послѣ-классическое) производитъ необходимую *работу объединенія* и упрощенія.

I. Институты гражданского права.

§ 54.

Право собственности. Развитие понятія *dominium ex jure Quiritium*.

Институтъ частной собственности, обозначавшійся въ послѣдствіи терминомъ *dominium* или *proprietas*, существуетъ со всѣми своими основными чертами уже въ старомъ гражданскомъ правѣ, и римскіе юристы рассматриваютъ его, какъ институтъ исконный. Между тѣмъ въ древнѣйшей исторіи мы встрѣчаемъ нѣкоторыя разрозненныя явленія (дѣленіе вещей на *res mancipi* и *res mancipii*, воспоминаніе о различіи *familia* и *rescipia* и т. д.), которыя—особенно въ связи съ данными исторіи другихъ народовъ—заставляютъ думать, что и въ Римѣ частная собственность установилась не сразу, что ея установленію предшествовалъ долгій періодъ подготовки и выработки этого понятія. Но, разумѣется, относительно этого доисторическаго періода римской собственности мы можемъ дѣлать только болѣе или менѣе вѣроятныя предположенія.

Чувство частной, индивидуальной принадлежности вещей (зародышъ позднѣйшаго права собственности) появляется впервые,

безъ сомнѣнія, по отношенію къ *вещамъ движимымъ*; какъ мы уже видѣли (§ 5), недвижимость (земля) первоначально находится въ такомъ или иномъ коллективномъ обладаніи. Убитая тѣмъ или другимъ лицомъ дичь, выловленная рыба, созданное трудомъ оружіе естественно разсматривается какъ вещь, принадлежащая тому, кто ее добылъ или создалъ. Сознаніе „это вещь моя“ возникаетъ здѣсь просто и психологически неизбѣжно. Также естественно, что человѣкъ будетъ защищать свою вещь отъ покушеній со стороны другихъ и будетъ стараться вернуть ее собственною силой, если ею кто-либо уже завладѣлъ. Однако, это чувство принадлежности движимыхъ вещей, какъ показываетъ опытъ исторіи, долгое время еще не имѣетъ юридическаго характера права собственности въ такомъ видѣ, какъ она извѣстна праву болѣе развитому. Если моею вещью владѣетъ другое лицо и если я требую мою вещь отъ него, то въ старомъ (напр., древне-германскомъ) правѣ это мое требованіе юридически опирается не на то, что это вещь моя, а на то, что она была у меня украдена, отнята и т. д. и что владѣлецъ или самъ виновникъ этого преступленія или косвенно (тѣмъ, что владѣетъ похищенной у меня вещью) является его участникомъ. *Не столько право истца на вещь, сколько деликтъ отвѣтчика служитъ основаніемъ иска.*

Повидимому, такъ же было и въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ: право на движимыя вещи защищалось при помощи *деликтныхъ исковъ* (главнымъ образомъ, *actio furti*); присущій праву собственности, какъ таковому, искъ—*rei vindicatio*—къ движимымъ вещамъ или вовсе не примѣнялся (какъ думаютъ одни—напр., Girard *) или же, если примѣнялся, то не былъ искомъ о собственности, а также имѣлъ деликтный характеръ (какъ думаютъ другіе—напр., Maur **). Право на движимыя вещи на этой стадіи еще не имѣло свойства прочной юридической связи между лицомъ и вещью, связи, которая уже сама по себѣ могла бы служить основаніемъ иска.

Иначе складывались отношенія къ *недвижимостямъ*. Когда представленіе объ общемъ правѣ на землю всего народа, а затѣмъ и отдѣльныхъ *gentes* постепенно стерлось, принадлежность того или другого участка стала связываться съ сидящей на немъ семьей—*familia* (семейная собственность). Участокъ принадлежитъ семьѣ, какъ таковой, въ лицѣ ея главы и представителя—домовладыки. Но принадлежность эта проникнута особымъ характеромъ: распределеніе земли между отдѣльными родами и семьями покоится въ идеѣ не на такомъ или иномъ актѣ частнаго лица, а на волѣ всего народа, является выраженіемъ нѣкотораго общегосударственнаго, *публичнаго* порядка. Участокъ земли принадлежитъ данному домовладыкѣ какъ члену общины, какъ гражданину, *quiritis*; какъ было уже указано, даже самый участокъ—

„*fundus*“—былъ въ то время не столько опредѣленной частью территоріи, сколько количественной долей данной семьи въ общемъ земельномъ владѣніи—„жеребьемъ“. Право гражданина на такой „жеребій“, вытекающее изъ его положенія какъ члена общины и всецѣло проникнутое публично-правовымъ характеромъ, и есть, вѣроятно, то, что въ древнѣйшее время обозначалось выраженіемъ „*ex jure Quiritium*“. „*Fundus meus est ex jure Quiritium*“—значить: „участокъ—мой въ силу моего права гражданства, въ силу публичнаго порядка распределенія земли между членами общины“.

При такихъ условіяхъ понятно, что участокъ земли, отведенный данной семьѣ, долженъ оставаться въ ея владѣніи, пока существующее распределеніе не будетъ измѣнено какимъ-либо новымъ публичнымъ актомъ (напр., передѣломъ). Если же имъ завладѣетъ кто-либо другой, то домовладыка можетъ потребовать его возвращенія независимо отъ того, какимъ образомъ—добросовѣстно или недобросовѣстно—нынѣшній владѣлецъ сталъ владѣльцемъ: дѣло будетъ идти не объ устраненіи послѣдствій частнаго деликта, а о возстановленіи общиннаго порядка земельного распределенія. Такимъ образомъ, здѣсь впервые возникаетъ представленіе о нѣкоторой непремѣнной юридической связи лица съ вещью—первый и наиболѣе существенный элементъ права собственности. Въ связи съ этимъ, вѣроятно, именно здѣсь зародилась *rei vindicatio* съ ея торжественнымъ заявленіемъ „*hunc fundum ex jure Quiritium meum esse ajo*“,—и, быть можетъ даже, именно здѣсь впервые проявилось вмѣшательство государственной власти въ частные споры, выразившееся въ запрещеніи физической борьбы („*mittite ambo rem*“).

Но право на недвижимость, имѣя одинъ изъ существенныхъ элементовъ собственности, долго еще не имѣло другого—*свободы распоряженія*. Участокъ земли, какъ сказано, усваивался не домовладыкѣ, какъ таковому, а всей семьѣ: онъ былъ ея неотъемлемой принадлежностью, ея матеріальнымъ базисомъ. Неограниченный въ своей власти по отношенію къ членамъ своей семьи и къ продуктамъ ихъ труда (движимыя вещи), домовладыка въ то же время не могъ распорядиться семейнымъ участкомъ такъ, чтобы онъ ушелъ отъ семьи—не могъ его продать, подарить и т. д. Актъ его частной воли не могъ измѣнить публичнаго порядка.

Съ теченіемъ времени, однако, оба указанные рукава постепенно сближаются. Съ одной стороны, публично-правовой характеръ права на недвижимость и идея семейной собственности стираются: домовладыка приобретаетъ и по отношенію къ землѣ свободу распоряженія. Съ другой стороны, на движимости переносится виндикаціонный принципъ: онъ начинаютъ защищаться не на деликтномъ только основаніи, а на основаніи ихъ принадлежности такому-то лицу. *Jus Quiritium* утрачиваетъ значеніе публичнаго права и начинаетъ употребляться для обозначенія права собственности вообще.

Процессъ этого постепеннаго сліянія обоихъ рукавовъ и выработки единаго понятія *dominium ex jure Quiritium*, разу-

*) Manuel. 5-me éd. p. 350.

**) Röm. Rechtsgeschichte. I. 2-te Hälfte. S. 47.

мѣтся, во всей своей исторической конкретности скрыть отъ насъ. Но онъ оставилъ свои слѣды въ нѣкоторыхъ переживаніяхъ.

Съ одной стороны, мы имѣемъ въ источникахъ смутные намеки, свидѣтельствующіе о томъ, что имущество въ отдаленную эпоху распалось на два комплекса, обозначавшіеся выраженіями *familia* и *rescilia* *). Законы XII т., напр., регулируя наследованіе, говорятъ то о *familia*, то о *rescilia*; равнымъ образомъ, только о *rescilia* идетъ рѣчь въ положеніи тѣхъ же законовъ XII т. относительно опеки надъ безумными. Какъ бы смутны ни были эти намеки, во всякомъ случаѣ сопоставленіе ихъ свидѣтельствуеетъ о томъ, что одни изъ имущественныхъ объектовъ въ древнѣйшее время тѣснѣе были связаны съ семьей (*familia*) и допускали меньшую свободу распоряженія, чѣмъ другіе (*rescilia*). Какіе объекты относились къ одной категоріи, какіе къ другой,—этого мы изъ самыхъ терминовъ *familia* и *rescilia* вывести не можемъ; но на помощь здѣсь приходитъ другой, уже болѣе извѣстный, историческій фактъ.

Гражданское право дѣлитъ всѣ имущественные объекты на *res mancipi* и *res nec mancipi*. По опредѣленію классическихъ юристовъ (Ulpian reg. 19. 1), къ числу *res mancipi* относятся земли въ Италіи (*praedia in Italico solo—fundus et domus*), затѣмъ нѣкоторые изъ предѣльныхъ сервитутовъ (*via, iter, actus, aquaeductus*) и, наконецъ, рабы и рабочій скотъ (*servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini*). Всѣ остальные вещи суть *res nec mancipi*.

Основное значеніе этого различія для позднѣйшаго гражданского права заключалось въ томъ, что въ то время, какъ *res nec mancipi* могли переходить изъ рукъ въ руки путемъ простой безформальной передачи, *traditio*, для перенесенія права собственности на *res mancipi* необходимъ былъ формальный актъ *mancipatio* (къ которому присоединилась затѣмъ также формальная *in jure cessio*—Gai II. 18 и сл.).

Перечисленіе вещей, входящихъ въ категорію *res mancipi*, показываетъ, что это какъ разъ тѣ вещи, которыя составляютъ основу земледѣльческаго крестьянскаго хозяйства: участокъ земли и необходимый рабочій инвентарь. Безъ этого послѣдняго самый земельный участокъ, на которомъ сидитъ крестьянская семья, будетъ мертвымъ капиталомъ, и семья будетъ лишена возможности хозяйственнаго существованія; извѣстно, напр., что у нашихъ крестьянъ потеря рабочей лошади является обыкновенно началомъ полнаго разоренія.

Все это заставляетъ сблизить дѣленіе вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi* съ дѣленіемъ на *familia* и *rescilia* и усматривать въ первомъ лишь ослабленный отголосокъ второго. Весьма вѣроятно, что въ отмѣченномъ выше процессѣ постепеннаго рас-

*) См. *Ihering*. *Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts*. S. 81 и сл.—*Mitteis*. *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*. S. 79 и сл.

пространенія понятія *dominium ex jure Quiritium* на движимыя вещи первыми, на которыхъ это понятіе было распространено, явились именно рабы и рабочій скотъ: служа необходимымъ условіемъ нормальнаго хозяйственнаго существованія семьи, они, вмѣстѣ съ *fundus* и *domus*, стали обозначаться и терминомъ *familia*. Первоначальная неотчуждаемость земельного участка съ теченіемъ времени отпала, но желаніе оградить интересы семьи сказывается еще въ томъ, что для отчужденія вещей, входящихъ въ составъ *familia*, требуется соблюденіе извѣстной торжественной, публичной формы. Къ тому же, съ установленіемъ ценза именно эти вещи имѣютъ главное значеніе для опредѣленія имущественнаго положенія гражданина (*res censui censendo*); вслѣдствіе этого было желательно, чтобы переходъ ихъ изъ рукъ въ руки совершался формально и гласно. Т. обр., старое воззрѣніе и новыя условія встрѣтились и преобразовали прежнее дѣленіе на *familia* и *rescilia* въ новое—на *res mancipi* и *res nec mancipi*.

За исключеніемъ этого, никакихъ другихъ различій между вещами по отношенію къ *понятію права собственности* въ гражданскомъ правѣ исторической эпохи не существуетъ: собственность уже *едина*—какъ по своему содержанію, такъ и по способамъ своей защиты.

Но несмотря на свой уже безспорно частный характеръ, квинтская собственность все же еще сохраняетъ нѣкоторые слѣды своего прежняго публично-правового значенія. Такъ, *субъектомъ ея можетъ быть только римскій гражданинъ* или тѣ изъ иностранцевъ, которымъ даровано *jus commercii*; перегрины не могутъ имѣть квинтскаго права на вещь. Правда, съ теченіемъ времени, какъ извѣстно, и перегрины получили защиту, вслѣдствіе чего принадлежащія имъ вещи стали охраняться нормами *jus gentium* аналогично праву собственности; но право перегринна на вещь не есть *квинтская* собственность. Вслѣдствіе этого рядомъ съ системой гражданскихъ или квинтскихъ вещныхъ правъ въ Римѣ мало-по-малу появилась особая *система перегринскихъ правъ*—особая *перегринская собственность* и т. д.

Съ другой стороны, истинное *jus Quiritium* могло быть только на земли, входящія въ составъ римской территоріи въ полномъ смыслѣ слова, т. е., съ распространеніемъ гражданства на всю Италію,—только на *praedia in Italico solo*. Земли провинціальныя объектомъ частнаго квинтскаго права даже для римскихъ гражданъ быть не могли: онѣ разсматривались, какъ общее достояніе всего римскаго народа, причемъ владѣніе отдѣльныхъ лицъ тѣми или другими участками провинціальной земли характеризовалось не какъ *dominium*, а какъ *possessio*. Въ то время какъ эти провинціальныя *possessiones* были обложены податью, квинтская собственность на *praedia Italica* въ періодъ республики была отъ всякихъ налоговъ свободна, вслѣдствіе чего *свобода отъ податей* въ то время разсматривалась, какъ неотъемлемое качество самаго права квинтской собственности. Хотя, т. обр., владѣніе провинціальными землями теоретически не было

настоящей собственностью, но практически оно, конечно, провинциальными судами охранялось, какъ собственность, вслѣдствіе чего съ появленіемъ провинцій возникла новая юридическая категория—*собственность провинциальная*, со своими особыми нормами и особыми средствами охраны.

Какъ мы знаемъ, собственность, тяготя въ принципѣ къ своей полнотѣ и неограниченности, въ дѣйствительности положительнымъ предписаніемъ закона можетъ быть ограничена въ томъ или другомъ отношеніи, какъ въ интересахъ общаго блага, такъ и въ интересахъ мирнаго сосѣдскаго сожительства. Такимъ *ограниченіямъ* подвержена и квинритская собственность уже въ старомъ гражданскомъ правѣ, причемъ эти ограниченія установлены *въ интересахъ сосѣдей*. Городской характеръ древне-римскаго поселенія и естественная при этомъ скученность жилищъ дѣлаютъ это явленіе понятнымъ.

Уже законамъ XII т. извѣстенъ цѣлый рядъ подобныхъ ограниченій. Важнѣйшія изъ нихъ состоятъ въ слѣдующемъ: а) Собственникъ обязанъ оставлять по своей межѣ свободной (для прохода, проѣзда, поворота плуга) полосу земли въ 2½ фута—т. н. *ambitus*. б) Собственникъ обязанъ терпѣть вѣтви, перевѣшивающіяся съ дерева сосѣда, если онѣ находятся на высотѣ не менѣе 15 футовъ. в) Собственникъ долженъ допускать сосѣда на свой участокъ черезъ день (*tertio quoque die*) для собиранія плодовъ, упавшихъ съ его дерева. г) Собственникъ не долженъ измѣнять искусственными сооружениями естественнаго стока дождевой воды; противъ такихъ сооружений дается особый искъ—*actio aquae pluviae arcendae*.

Всѣ эти ограниченія характерны для мелкихъ хозяйствъ эпохи законовъ XII т. Съ теченіемъ времени къ нимъ присоединились другія—напр., правило объ *immissioes*: никто не обязанъ терпѣть исходящаго съ сосѣдняго участка дыма, запаха, шума и т. д., если всѣ эти явленія выходятъ за предѣлы обычнаго.

§ 55.

Формы вещнаго оборота *).

Въ древнѣйшее время у всякаго народа торговый оборотъ совершается путемъ непосредственнаго обмѣна, т. е. передачи вещей изъ рукъ въ руки. Однако, практическія неудобства непосредственнаго обмѣна приводятъ уже очень рано къ созданію товара-посредника; такимъ товаромъ-посредникомъ были въ Римѣ, какъ извѣстно, сначала мелкій скотъ (*pecunia*, отъ *pecus*), а затѣмъ металлъ, и именно мѣдь въ слиткахъ (*aes rude*, *raudusculum*).

*) *Bonfante*. Res mancipi e nec mancipi. 1889.—*Stintzing*, Ueber die mancipatio, 1904.—*Polenske*. Einführung in die Geschichte des römischen Privatrechts. I Th. 1912.

Употребленіе въ видѣ денегъ слитковъ металла приводило къ тому, что при всякой сдѣлкѣ необходимо было взвѣшивать слитки и удостовѣряться въ ихъ чистотѣ, для чего служилъ ударъ слиткомъ по вѣсамъ. Когда еще позже стала чеканиться монета, взвѣшивание и ударъ по вѣсамъ потеряли свой реальный смыслъ, но еще долго оставались, какъ неизбѣжная формальность всякой сдѣлки на деньги.

Древнѣйшимъ извѣстнымъ намъ способомъ передачи права квинритской собственности въ Римѣ является *mancipatio*. Гай (I. 119) описываетъ ее такъ: въ присутствіи не менѣе пяти нарочно для этой цѣли приглашенныхъ свидѣтелей и особаго вѣсодержателя—*libripens*—приобрѣтатель (покупщикъ) касался рукой приобретаемой вещи и произносилъ формулу покупки—такъ, напр., если покупался рабъ, то: „*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*“. При этомъ онъ ударялъ маленькимъ кускомъ мѣди по вѣсамъ и передавалъ его продавцу—„*quasi pretii loco*“, вмѣсто покупной цѣны.

Всѣ эти формальности свидѣтельствуютъ о томъ, что *mancipatio* возникла еще въ то время, когда въ видѣ денегъ употреблялся металлъ въ слиткахъ: тогда, очевидно, мѣдь передавалась не въ видѣ маленькаго куска и не *pretii loco*, а въ такомъ количествѣ, въ какомъ было условлено, и въ качествѣ настоящей уплаты; вѣсы были нужны не только для ритуальнаго удара, а для подлиннаго отвѣшиванія мѣди; *libripens* былъ безпартійнымъ лицомъ, которое по приглашенію сторонъ являлось со своими вѣсами и производило взвѣшивание.

Въ такомъ естественномъ видѣ *mancipatio* должна была исторически появиться впервые въ примѣненіи къ тѣмъ вещамъ, которыя въ древнѣйшее время только и могли быть объектомъ свободнаго обмѣна, т. е. къ вещамъ движимымъ, *rescupia*. Но затѣмъ, съ расширеніемъ свободы распоряженія, она переносится на *familia* и дѣлается въ дальнѣйшемъ специфической формой оборота именно для этихъ послѣднихъ вещей, которыя и называются поэтому *res mancipi*. Развитіе обмѣна по отношенію къ *res nec mancipi* приводитъ къ тому, что уже очень рано для нихъ допускается переходъ изъ рукъ въ руки путемъ простой передачи—*traditio*—безъ какихъ бы то ни было формальностей.

Сохранившись въ интересахъ публичности для *res mancipi*, *mancipatio* подверглась, повидимому, нѣкоторой регламентации въ законахъ XII т.

Конечно, искони было въ обычаѣ совершать *mancipatio* въ присутствіи *свидѣтелей*, но непремѣнное число 5, вѣроятно, обязано своимъ происхожденіемъ положительному предписанію закона. Нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ (напр., еще и теперь *Зомъ* *) считаютъ пять свидѣтелей при *mancipatio* представителями пяти цензуальныхъ классовъ, вслѣдствіе чего *mancipatio* кажется имъ сдѣлкой, совершающейся какъ бы въ присутствіи

*) *Institutionen*. 14-te Aufl. 1911. S. 381.

всего народа. Но это мнѣніе едва-ли можетъ быть признано правильнымъ: число 5 есть только *minimum*, какъ это явствуетъ изъ самыхъ словъ Гая: „*non minus quam quinque testibus*“. Во всякомъ случаѣ вѣроятно, что этотъ *minimum* былъ установленъ, для избѣжанія колебаній въ жизни, законами XII т.

Когда въ Римѣ начали чеканить монету, это обстоятельство не могло не отразиться на *mancipatio*. Пока покупная цѣна отвѣщивалась при самой *mancipatio* въ слиткахъ, вещь и цѣна переходили въ руки контрагентовъ одновременно; со введеніемъ чеканной монеты оказалось, что платежъ денегъ долженъ происходить внѣ акта *mancipatio*, вслѣдствіе чего могло случиться, что вещь перейдетъ въ руки покупателя, а продавецъ денегъ не получитъ. Дабы уравнивать положеніе сторонъ, законы XII т. постановили, что право собственности на вещь переходитъ къ покупщику только тогда, если цѣна уплачена или какимъ-нибудь образомъ обезпечена (§ 41 Inst. 2. 1).

Вообще, введеніе монеты мало-по-малу совершенно измѣнило самый внутренній характеръ *mancipatio*. Если она возникла какъ дѣйствительная сдѣлка купли-продажи, то теперь, когда цѣна вышла за предѣлы акта, формой *mancipatio* можно было воспользоваться и для другихъ цѣлей—напр., для *даренія*: одаряемый произносилъ формулу *mancipatio* и затѣмъ передавалъ дарителю *pretii loco* какую-нибудь маленькую монетку (*venditio pignora*). Оставаясь по формѣ куплей-продажей („*emptus mihi es*“), *mancipatio* по существу превратилась въ актъ, способный осуществить самыя разнообразныя отношенія между сторонами, самыя разнообразныя *causae*. Въ глазахъ классическихъ юристовъ она уже только *imaginaria venditio* (Gai I. 119). И мы увидимъ далѣе, что ею гражданское право широко пользуется для самыхъ различныхъ цѣлей (усыновленія, завѣщанія и т. д.).

Уже къ старому гражданскому праву—во всякомъ случаѣ къ законамъ XII т.—относится установленіе дополнительной *ответственности продавца передъ покупщикомъ* по поводу *mancipatio*. Такая ответственность известна въ двухъ видахъ: а) если впоследствии окажется, что продавецъ (манципантъ) не былъ собственникомъ манципированной вещи и она будетъ отобрадена отъ покупщика путемъ *rei vindicatio*, то продавецъ отвѣчаетъ передъ покупщикомъ *in duplum pretii*, т. е. обязанъ вернуть полученную цѣну вдвое. Требованіе это осуществляется посредствомъ *actio auctoritatis*, причемъ, очевидно, ответственность продавца рассматривается, какъ видъ ответственности за *furtum nec manifestum*. б) При продажѣ недвижимости существенно было, конечно, указаніе мѣры продаваемого участка; если впоследствии окажется, что дѣйствительное пространство земли не соответствуетъ объявленной мѣрѣ, то продавецъ также отвѣчаетъ въ размѣрахъ двойной стоимости недостающей земли—слѣд., также какъ *furtum nec manifestum*. Искъ въ этомъ случаѣ носитъ названіе *actio de modo agri*.

Словесная формула *mancipatio*—т. н. *nuncupatio*—допускала различныя модификаціи, вставки и т. д., благодаря которымъ стороны могли вводить въ сдѣлку разныя добавочныя опредѣленія—т. н. *leges mancipii*. Такъ, напр., при продажѣ участка можно было выговорить для продавца право пожизненнаго пользованія, право usufructa черезъ проданный участокъ и т. д. (*mancipatio deducto usufructu, deducta via* и т. д.). Законы XII т. санкционировали эту возможность своимъ положеніемъ: „*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupasset, ita jus esto*“. Это еще болѣе усиливало пригодность *mancipatio* для различныхъ отношеній и облегчало возможность ея приспособленія далеко за предѣлами ея первоначальной сферы.

Однимъ изъ наиболѣе распространенныхъ видовъ модифицированной манципации была *манципация фидуціарная*: вещь передавалась кому-либо въ собственность, но съ оговоркой „*fidei fiduciae causa*“. Это значило, что приобретатель вещи долженъ былъ имѣть ее лишь для известной цѣли и при наступленіи предусмотрѣнныхъ соглашеніемъ условій долженъ былъ вернуть ее (совершить *remancipatio*) манципанту. Цѣли такой фидуціарной манципации могли быть весьма разнообразны. Гай (II. 60) упоминаетъ о *fiducia cum creditore* и *cum amico*: въ первомъ случаѣ вещь передавалась въ видѣ залога для обезпеченія долга, во второмъ—для сохраненія. Но не подлежитъ сомнѣнію, что въ такой же формѣ въ древности удовлетворялись и другія юридическія потребности—ссуды, найма, порученія и т. д., для которыхъ еще не существовало выработанныхъ обязательственныхъ формъ. Но обязанность приобретателя вещи вернуть ее потомъ манципанту не была въ то время юридической: какого-либо иска объ исполненіи *fiducia* манципантъ не имѣлъ; онъ вѣрялся только „доброй совѣсти“—*fides*—своего контрагента; неисполненіе этой „*fides*“ влекло для послѣдняго только моральное безчестіе—*infamia*, но не юридическую отвѣтственность. Тѣмъ не менѣе фидуціарная манципация играла большую роль и заключала въ себѣ зародышъ цѣлаго ряда будущихъ самостоятельныхъ обязательствъ. Широкое примѣненіе манципации къ самымъ различнымъ отношеніямъ служитъ лучшей иллюстраціей къ тому, что называется „*принципомъ экономіи формъ*“, и самымъ нагляднымъ образомъ показываетъ намъ „интерпретаціонное“ искусство древнѣйшихъ римскихъ юристовъ—понтификовъ, руками которыхъ это приспособленіе совершалось.

Позже *mancipatio*, но также уже ко времени законовъ XII т., возникла вторая форма передачи вещныхъ правъ—*in jure cessio*; какъ сообщаетъ Павелъ, „*et mancipationem et in jure sessionem lex XII tabularum confirmat*“ (Fr. Vatic. 50). Форма эта является всецѣло продуктомъ искусственнаго приспособленія процесса для нуждъ договорнаго оборота: *in jure cessio* есть уступка вещи на судѣ въ фиктивномъ процессѣ о собственности; подобно тому какъ *mancipatio* въ позднѣйшемъ правѣ есть *imaginaria venditio*, такъ *in jure cessio*—но уже съ самаго начала—есть *imaginaria vindicatio*.

По взаимному соглашению приобретатель и отчуждатель вещи являлись къ магистрату, и здѣсь приобретатель какъ бы вчиналъ искъ о собственности—*rei vindicatio*: касаясь вещи, онъ говорилъ: „*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*.“ Отчуждатель притворялся сознающимся, и преторъ на основаніи такой мнимой *confessio in jure* („*confessus pro judicato habetur*“) предоставлялъ вещь фиктивному виндиканту (*addicit rem*—Gai. II. 24). Т. обр., *in jure cessio* есть по формѣ остановившійся въ своей начальной стадіи процессъ о собственности, по существу же она представляетъ абстрактный способъ передачи права собственности: *causa* ея наружу не выступаетъ; почему отчуждатель промолчалъ (быть можетъ, потому, что онъ получилъ за вещь деньги, т. е. ее продалъ; быть можетъ, потому, что онъ ее даритъ),—этого изъ самаго акта *in jure cessio* не видно.

Если *mancipatio* примѣнялась въ установившемся цивильномъ правѣ только къ *res mancipi*, то *in jure cessio* была возможна по отношенію ко всякимъ вещамъ—т. е. и къ *res nec mancipi*, такъ какъ *vindicatio* была возможна и относительно ихъ. Въ отличіе отъ *mancipatio*, далѣе, *in jure cessio* не влечетъ за собой ни *actio auctoritatis*, ни *actio de modo agri*. Но *in jure cessio* способна также воспринять въ свою формулу извѣстныя вставки—напр., *deductio servitutis* („*ajo hunc fundum meum esse deducto usufructu*“—Fr. Vat. 50) или соглашение о *fiducia* (Gai. II. 59).

Такъ же, какъ и *mancipatio*, *in jure cessio* была распространена затѣмъ на цѣлый рядъ другихъ случаевъ, гдѣ дѣло шло уже не о передачу права собственности: все, что могло быть предметомъ иска, *vindicatio*, могло быть и объектомъ фиктивного судебного отказа. Мы видѣли уже выше примѣненіе этой формы въ цѣляхъ освобожденія раба на волю (*manumissio vindicta*); мы увидимъ ее далѣе въ цѣляхъ усыновленія и т. д. Въ силу своей простоты и абстрактности *in jure cessio* была въ высокой степени пригодной къ тому, чтобы занять въ этомъ отношеніи мѣсто рядомъ съ *mancipatio*.

Наконецъ, уже старому цивильному праву была извѣстна давность—*usus, usucapio*—какъ способъ приобретенія права собственности. Несоблюденіе формы или приобретеніе отъ лица, которое само не было собственникомъ, вело естественно къ тому, что приобретатель вещи не дѣлался ея собственникомъ; давность исцѣляла этотъ порокъ. Законы XII т. опредѣлили срокъ такого давностнаго владѣнія въ 2 года для недвижимостей и 1 годъ для другихъ вещей: „*Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*“. *Usus* и *auctoritas* соединены потому, что приобретеніе вещи по давности естественно освобождало продавца отъ отвѣтственности за *auctoritas* передъ покупщикомъ: законъ теперь отъ послѣдняго отобрана уже быть не можетъ. Законы XII т. для приобретенія по давности требовали только одного—владѣть вещью въ теченіе указанного срока и исключали возможность приобретенія только для вора (*fur*). Съ теченіемъ времени, однако, для давности вводятся условія болѣе строгія. Такъ, *lex Aelia*,

законъ второй половины республики, подтверждая запрещеніе давности для вора, придаетъ этому запрещенію тотъ смыслъ, что вещи украденныя—*res furtivae*—вообще не могутъ быть приобретены по давности даже добросовѣстными приобретателями ихъ, пока не возвратятся къ собственнику (Fr. 4. 6. D. 41. 3). *Lex Plautia* (I вѣка до Р. X.) распространила то же правило на вещи, отнятыя насиліемъ—*res vi possessae* (§ 2 In. 2. 6). Вслѣдъ затѣмъ юриспруденція стала требовать, чтобы владѣлецъ приобрѣлъ вещь на основаніи какого-либо правомѣрнаго титула—*justo titulo** (напр., про *emptore*, про *donato* и т. д.)—и добросовѣстно—*bona fide*, т. е. чтобы онъ въ моментъ приобретенія не зналъ, что вещь чужая; обнаруженіе ошибки послѣдствіи, однако, не мѣшаетъ уже добросовѣстно начатой давности (*mala fides superveniens non nocet*). Въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ, впрочемъ, *bona fides* не требуется: такъ, напр., если въ случаѣ *fiducia* тотъ, кому вещь была *манципирована fiduciae causa*, не совершаетъ *реманципацию*, несмотря, напр., на уплату долга, и если прежній собственникъ приобрететъ какъ-нибудь владѣніе вещью, онъ по давности (и притомъ всегда въ 1 годъ) получаетъ собственность обратно, несмотря на сознаніе того, что *реманципация* не было. Этотъ случай называется *usureceptio ex fiducia* (Gai. II. 52).

Mancipatio, in jure cessio и *usucapio* представляютъ строго цивильные способы приобретенія права собственности,—*acquisitiones civiles*. Но квинитская собственность на *res nec mancipi* можетъ быть приобретена и другими способами, которые общи цивильному праву и *jus gentium*; таковы: *traditio*, т. е. передача вещи съ намѣреніемъ перенести право собственности; *occupatio*, завладѣніе вещью, никому не принадлежащей; *приобрѣтеніе плодовъ* и т. д. Всѣ эти способы называются *acquisitiones naturales*; но ихъ теоретическая разработка относится уже ко времени классическихъ юристовъ.

§ 56.

Цивильныя *jura in re aliena*.

Уже древнѣйшая эпоха цивильнаго права въ области вещныхъ отношеній не могла обходиться одной собственностью; она знаетъ уже и нѣкоторыя *jura in re aliena*, причемъ количество этихъ послѣднихъ постепенно растетъ.

Самымъ раннимъ изъ вещныхъ правъ на чужія вещи въ Римѣ являются *сервитуты*, а изъ нихъ *сервитуты предіальныя*. Дробность землевладѣнія, семейные раздѣлы, скученность усадебныхъ построекъ и т. п. были причинами того, что уже очень рано обнаружилась потребность въ признаніи и регулированіи именно этого вида *jura in re aliena*.

Изъ сервитутовъ предіальныхъ древнѣйшими являются четыре: *три сервитута дорожныхъ* (*iter*—право прохода черезъ

чужой участокъ, *actus*—право прохода и прогона скота, *via*—право прохода, прогона и проѣзда вообще; каждый послѣдующій сервитутъ включаетъ въ себя и предыдущій) и *одинъ сервитутъ воды* (*aqueductus*—право провести воду изъ чужого участка). Свидѣтельствомъ ихъ ранняго появленія служить то обстоятельство, что эти четыре сервитута относятся къ *res mancipi* (Ulp. reg. 19, 1): очевидно, они возникли еще въ ту эпоху, когда дѣленіе вещей на *res mancipi* и *res mancipi* имѣло полное жизненное значеніе.

Съ теченіемъ времени къ нимъ присоединяются другіе *сельскіе сервитуты* (*servitutes praediorum rusticorum*). Важнѣйшими изъ нихъ являются: *servitus pecoris ad aquam appulsus*—право пригонять скотъ для водопоя, *serv. parscendi*—право пасти скотъ на чужомъ выгонѣ, разнообразные сервитуты, предоставляющіе право брать песокъ, глину и т. д. на чужомъ участкѣ—*serv. harenae fodiendae* и т. п.

Нѣсколько позже, чѣмъ упомянутые 4 сервитута, возникли *сервитуты городскіе*—*serv. praediorum urbanorum*. Старѣйшимъ изъ нихъ является *servitus cloacae*—право проложить клоаку черезъ чужой участокъ. Думаютъ, что городскіе сервитуты возникли впервые въ связи съ новой постройкой города послѣ Галльскаго разгрома. Дальнѣйшій ростъ города, постройка многоэтажныхъ домовъ, тѣсно другъ къ другу прилегающихъ, вызвала къ жизни чрезвычайное разнообразіе сервитутовъ этого рода. Наиболѣе распространенными типами являются: право опереть зданіе на стѣну сосѣда—*servitus tigni immittendi* и *serv. oneris ferendi*, право отводить дождевую воду на дворъ сосѣда—*s. stilicidii avertendi*, право требовать, чтобы сосѣдъ не загоразивалъ моему дому свѣта или вида (*s. ne luminibus officiat, ne prospectui officiat*) и т. д. Содержаніе этихъ сервитутовъ нерѣдко находилось въ зависимости отъ различныхъ муниципальных строительныхъ порядковъ.

Еще позже, чѣмъ древнѣйшіе сервитуты предіальные, возникли *сервитуты личные*, причемъ, вѣроятно, первымъ источникомъ ихъ были завѣщательныя распоряженія: передавая, напр., свое имущество законнымъ наследникамъ, завѣщатель желалъ предоставить своей женѣ право пожизненнаго пользованія имъ. Но во всякомъ случаѣ личные сервитуты существуютъ уже въ полной мѣрѣ во второй половинѣ республики.

Изъ этой категоріи личныхъ сервитутовъ римскому праву извѣстны четыре: а) Важнѣйшимъ является *ususfructus*, право пожизненнаго пользованія вещью и ея плодами (*usus* и *fructus*), причемъ пожизненный владѣлецъ—узупруктуарій—можетъ пользоваться не только лично, но и сдавая пользование въ аренду, продавая плоды и т. д. б) Второй, болѣе ограниченный видъ представляетъ *usus*—право только личнаго пользованія вещью, безъ права на плоды (иногда, впрочемъ, и право на плоды, но лишь въ предѣлахъ личныхъ нуждъ, безъ права ихъ продавать). в) *Habitatio*—право жить въ чужомъ домѣ и д) *Operae servorum vel*

animalium—право личнаго пользованія трудомъ чужого раба или животнаго. Нормы относительно личныхъ сервитутовъ вырабатывались римскими юристами, гл. образомъ, въ связи съ толкованіемъ завѣщательныхъ распоряженій (отказовъ) и носятъ на себѣ слѣды т. н. *favor testamenti*.

Сервитуты предіальные и личные на первыхъ порахъ не сливались теоретически въ одну категорію сервитутовъ; этотъ послѣдній терминъ республиканскими юристами прилагался только къ сервитутамъ предіальнымъ. Но уже эти *veteres jurisconsulti* положили основаніе классической теоріи сервитутовъ; безъ сомнѣнія, имъ принадлежатъ основныя правила, своего рода „заповѣди“ римскаго сервитутнаго права: „*nulli res sua servit*“ (не можетъ быть сервитута на собственную вещь, вслѣдствіе чего при сляніи *praedium dominans* и *pr. serviens* въ однихъ рукахъ, хотя бы на короткій моментъ, сервитутъ погашается—*confusio*), „*servitus servitutis esse non potest*“ (не можетъ быть сервитута на сервитутъ—напр., пожизненнаго пользованія правомъ проѣзда) и „*servitus in faciendo consistere non potest*“ (не можетъ быть сервитута, который обязывалъ бы собственника *praedium serviens* къ какимъ-либо положительнымъ дѣйствіямъ; сервитутъ можетъ состоять только *in patiendo*—въ обязанности терпѣть что-либо, напр. проѣздъ,—или *in non faciendo*—въ обязанности не дѣлать чего-либо, напр. не закрывать свѣта или вида).

Установленіе сервитутовъ въ гражданскомъ правѣ совершается или судебнымъ приговоромъ въ искахъ о раздѣлѣ—*adjudicatio*, или завѣщательнымъ отказомъ—*legatum*, или наконецъ *частнымъ договоромъ сторонъ*. При этомъ договоръ можетъ имѣть смыслъ или *constitutio servitutis*, когда вещь, напр. *fundus*, остается въ собственности прежняго собственника и лишь на нее устанавливается сервитутъ, напр. право проѣзда, въ пользу другого лица,—или *deductio servitutis*, когда вещь передается въ собственность другому лицу, но выговаривается на нее сервитутъ въ пользу прежняго собственника. Во всякомъ случаѣ, договоръ долженъ быть облеченъ въ форму или *mancipatio* или *in jure cessio*. а) *Mancipatio*: при *constitutio servitutis* приобретающій сервитутъ говорилъ, напр.: „*aiō jus mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano idque mihi emptum esto hoc aere aeneaque libra*“ (но это возможно лишь по отношенію къ сервитутамъ, входящимъ въ составъ *res mancipi*); при *deductio servitutis* приобретающій вещь говорилъ: „*aiō fundum Cornelianum deducto itinere или usufructu meum esse isque mihi emptus esto*“. б) *In jure cessio*: при *constitutio servitutis* приобретающій его говорилъ на судѣ: „*aiō jus mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano*“, а уступающій его молчалъ; при *deductio* приобретающій вещь говорилъ: „*aiō fundum Cornelianum meum esse deducto itinere или usufructu*“, а отчуждатель вещи молчалъ. *In jure cessio* была возможна относительно всякихъ сервитутовъ.

Въ древнѣйшее время возможно было приобретеніе сервитутовъ и *давностью*, но *lex Scribonia*, законъ неизвѣстнаго времени, примѣненіе *usucapio* къ сервитутамъ воспретилъ (fr. 4. 28. D. 41. 3).

Кромѣ сервитутовъ, другихъ вещныхъ правъ на чужія вещи гражданское право не знало; въ частности, ему не было извѣстно *закладное право* въ его истинномъ юридическомъ смыслѣ. Конечно, потребность въ *реальномъ кредитѣ* возникаетъ во всякомъ обществѣ очень рано, но эта потребность удовлетворяется въ другихъ, хотя и несовершенныхъ, формахъ. Древнѣйшей формой этого рода является вездѣ *продажа вещи съ правомъ обратнаго выкупа*: лицо, желающее получить въ займы, продаетъ кредитору какую-либо вещь за сумму займа съ тѣмъ, чтобы по уплатѣ долга вещь была ему возвращена.

Этотъ родъ реального обезпеченія мы только и находимъ въ римскомъ гражданскомъ правѣ *). Цѣлямъ залога служить въ немъ институтъ *fiducia*, о которомъ была уже рѣчь выше. Должникъ передавалъ закладываемую вещь кредитору посредствомъ *mancipatio* или *in iure cessio* (*fiducia* путемъ простой *traditio* была невозможна)—слѣдовательно, юридически въ его полную собственность; но передавалъ „*fiduciae causa*“, т. е. съ тѣмъ, чтобы по уплатѣ долга вещь была реманципирована (*fiducia cum creditore*). Если долгъ не будетъ уплаченъ, обязанность *fiduciae* для кредитора отпадаетъ; онъ дѣлается теперь окончательнымъ собственникомъ вещи—можетъ ее оставить у себя, можетъ продать, и, если получить больше, чѣмъ долгъ, излишка выдавать должнику не обязанъ. Если долгъ будетъ уплаченъ, но кредиторъ вещи вернуть не пожелаетъ, то иска какого-либо должникъ не имѣлъ; кредиторъ только дѣлался *infamis*. Лишь въ послѣдствіи—преторскимъ эдиктомъ—установленъ былъ на этотъ случай искъ—*actio fiduciae*, личный искъ инфамирующаго характера.

Изъ всего этого ясно, что *fiducia* не имѣетъ вовсе основныхъ признаковъ закладнаго права. Здѣсь нѣтъ права на чужую вещь вовсе. Нѣтъ его въ рукахъ кредитора, ибо кредиторъ получаетъ на вещь полную квинтскую собственность; нѣтъ его и въ рукахъ должника, ибо должникъ теряетъ всякое вещное отношеніе къ заложенной вещи: ни отъ кредитора ни тѣмъ болѣе отъ третьихъ лицъ онъ ее вытребовать не можетъ; все, что у него есть, это личное (да и то вначалѣ не юридическое) требованіе къ кредитору. И если мы говоримъ о *fiducia*, какъ о формѣ залога, то мы, очевидно, имѣемъ въ виду залогъ не въ собственномъ, юридическомъ смыслѣ, а въ смыслѣ болѣе широкомъ, экономическомъ.

Съ описанными чертами *fiducia* (какъ древне-германская форма *Kauf auf Wiederkauf*, древне-французская *vente à réméré* и т. д.) отражаетъ на себѣ строгій характеръ примитивнаго кредита. Она односторонняя: интересъ, которому она служитъ, есть исключительно интересъ кредитора; желаніе возможно сильнѣе обезпечить кредитора приводитъ къ забвенію справедливыхъ интересовъ должника. Все это вполнѣ понятно для того времени, когда кредитныя сдѣлки были рѣдкостью, представляясь не обычнымъ явленіемъ дѣловой жизни, а событіемъ чрезвычайнымъ, призна-

*) Oertmann. Die Fiducia. 1890.

комъ экономической крайности. Естественно, что съ измѣненіемъ условій и съ увеличеніемъ капиталовъ *fiducia* должна была оказаться недостаточной.

Кромѣ *fiducia*, мы имѣемъ въ старомъ гражданскомъ правѣ другой залогообразный институтъ—именно *pignoris capio*, взятая вещь должника въ процессѣ *legis actio per pignoris capionem*. Но, съ одной стороны, случаи такой *pignoris capio* представляютъ исключеніе и, какъ мы знаемъ, проникнуты особымъ (публичнымъ или сакральнымъ) характеромъ, а съ другой стороны, юридическое положеніе арестованной вещи не настолько ясно, чтобы мы могли говорить здѣсь о подлинномъ закладномъ правѣ кредитора. Еще менѣе можетъ быть рѣчь о немъ въ случаяхъ *pignoris capio magistrata*.

§ 57.

Защита гражданскихъ правъ.

Для защиты древнѣйшаго гражданского права на вещь—*права квинтской собственности*—основнымъ средствомъ является *rei vindicatio*. Но искъ этотъ въ теченіе римской исторіи значительно измѣнилъ свой характеръ *).

Въ то время, когда всѣ права *paterfamilias* по отношенію къ отдѣльнымъ элементамъ его семьи разсматривались юридически подъ одинаковымъ угломъ зрѣнія *manus*, *vindicatio* была общимъ средствомъ для защиты этой *manus*; она не была только *vindicatio rei*, она была вообще *споромъ о manus* **). Мы видѣли уже слѣды этого первоначальнаго значенія *vindicatio* въ *vindicatio filii* (§ 51). Но по мѣрѣ того, какъ отдѣльные элементы *manus* дифференцируются, для семейной власти домовладыки надъ свободными членами семьи создаются другія средства защиты, а *vindicatio* превращается въ искъ о собственности, въ подлинную *rei vindicatio*.

Rei vindicatio опредѣляютъ обыкновенно, какъ искъ не владѣющаго собственника противъ владѣющаго не-собственника; цѣлью иска является возвращеніе вещи. Но цѣль эта достигалась въ исторіи неодинаковыми путями.

Въ старѣйшемъ легисакціонномъ процессѣ *rei vindicatio* осуществлялась въ формѣ *legis actio sacramento*. Каждая изъ спорящихъ сторонъ передъ магистратомъ произносила заявленіе о своемъ правѣ собственности, подтверждая это заявленіе наложеніемъ *vindicta* (*vindicatio—contravindicatio*; „*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo; sicut dixi, ecce tibi vindictam im-*

*) См. Н. Siber. Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio. 1900.—Основные выводы Зибера оспариваются, однако, В. Карпеккой. Пассивная легитимация въ rei vindicatio классическаго римскаго права. Кіевъ. 1915 г.

**) Ihering. Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts S. 97.

sui“). Такимъ образомъ, rei vindicatio имѣла характеръ двухсторонній: каждая сторона выставляла себя собственникомъ, вслѣдствіе чего rei vindicatio была возможна только противъ того, кто такую претензію имѣетъ. Равнымъ образомъ, обѣ стороны должны были in iudicio доказывать свои утвержденія, и мыслимо было, что iudex признаетъ sacramentum обѣихъ сторонъ за injustum. Ограничиться однимъ отрицаніемъ собственности истца отвѣтчикъ не могъ: если онъ не дѣлалъ contravindicatio, онъ считался отказывающимся отъ процесса, и тогда магистратъ просто переносилъ владѣніе спорной вещи на истца (*translatio possessionis*). По отношенію къ движимой вещи это было просто, такъ какъ движимая вещь обыкновенно находилась тутъ же на судѣ: истецъ бралъ ее себѣ, и тѣмъ дѣло кончалось. По отношенію же къ недвижимости (*fundus*) это достигалось преторскимъ административнымъ приказомъ (*interdictum quem fundum*).

Если отвѣтчикъ вступался въ процессъ, то дѣло шло обычнымъ порядкомъ, причемъ магистратъ отдавалъ спорную вещь на время процесса той или другой изъ сторонъ (*vindicias dare*); однако, сторона, получающая владѣніе, должна была дать обезпеченіе, что въ случаѣ рѣшенія дѣла не въ ея пользу она вернетъ противнику вещь со всѣми ея приращеніями (*praedes litis et vindiciarum*). Вслѣдствіе этого рѣшеніе судьи, формально касавшееся вопроса о *sacramentum*, практически приводило къ возвращенію вещи *in natura*.

Описанное строеніе rei vindicatio ставило отвѣтчика нерѣдко въ очень трудное положеніе: либо доказывая свое право собственности съ рискомъ потерять процессуальный залогъ, либо безъ борьбы уступая вещь истцу; между тѣмъ часто отвѣтчикъ лишь сомнѣвался въ правѣ истца. Въ виду этого позже стали прибѣгать къ *processu per sponsionem praejudicalem*: стороны заключали между собой въ формѣ *stipulatio* (*sponsio*) пари, причемъ ставкой пари назначали какую-нибудь незначительную сумму, съ намѣреніемъ и этой суммы не требовать (*sponsio praejudicialis*). Затѣмъ споръ уже шелъ формально объ этой *sponsio*. Существенно важнымъ при этомъ порядкѣ было то, что отвѣтчикъ могъ уже ограничиться однимъ отрицаніемъ права истца, не выставляя своего положительнаго заявленія о собственности, вслѣдствіе чего тяжесть доказательства (*opus probandi*) падала только на истца. Но по образцу прежнихъ *praedes litis et vindiciarum* владѣлецъ вещи, отвѣтчикъ (здѣсь *translatio possessionis* уже не можетъ быть) давалъ истцу обезпеченіе, что онъ выдастъ вещь, если споръ о *sponsio* будетъ рѣшенъ противъ него — т. н. *satisfactio pro praede litis et vindiciarum*.

Всѣ эти искусственныя мѣры сдѣлались излишними съ установленіемъ *процесса формулярнаго*. Rei vindicatio стала осуществляться посредствомъ *formula petitoria*: „Si paret fundum Cornelianum ex jure Quiritium Aⁱ Aⁱ esse, iudex N^m N^m A^o A^o condemna, si non paret, absolve“. Rei vindicatio стала окончательно искомъ одностороннимъ: доказываетъ свое право собственности только

истецъ, отвѣтчикъ можетъ заявить только о своемъ сомнѣніи (въ правѣ истца). На время процесса вещь остается у отвѣтчика, но—въ этомъ остатокъ прошлаго—онъ долженъ дать истцу *cautio iudicatum solvi*. Судья постановляетъ приговоръ по существу *cautio iudicatum solvi*. Судья постановляетъ приговоръ по существу о самомъ правѣ собственности и, если найдетъ, что истецъ правъ, онъ передъ обвиненіемъ долженъ предложить отвѣтчику вернуть вещь добровольно (*arbitrium de restituendo*, вслѣдствіе чего *formula petitoria* есть *formula arbitraria*). Если отвѣтчикъ послѣдуетъ этому предложенію, истецъ достигнетъ своей цѣли—получить вещь *in natura*; если не послѣдуетъ, судья въ силу правила относительно *condemnatio recupiatia*, приговоритъ отвѣтчика къ платежу известной денежной суммы (*quantum ea res est*), причемъ опредѣлить эту сумму будетъ предоставлено самому истцу подъ присягой (ср. § 23).

Въ силу того, что отвѣтчикъ не обязанъ теперь утверждать свое право собственности, сфера примѣненія rei vindicatio значительно расширилась, и ко времени классическаго права установилось правило, что ее можно предъявлять ко всякому владѣльцу, ко всякому, „*qui tenet et habet restituendi facultatem*“. Собственнику, т. обр., было достаточно знать, кто владѣетъ его вещью, чтобы онъ могъ предъявить уже искъ: если отвѣтчикъ владѣетъ не отъ себя, а отъ чужого имени (напр., ему вещь дана кѣмъ-либо въ аренду, на сохраненіе и т. д.), то это его дѣло отвести отъ себя искъ указаніемъ того, отъ чьего имени онъ владѣетъ (*nominatio* или *laudatio auctoris*). Быть можетъ, только одно исключеніе существовало въ классическомъ правѣ на этотъ счетъ: противъ тѣхъ лицъ, которыя владѣютъ вещью *отъ имени самого истца* (собственникъ желаетъ предъявить rei vindicatio противъ своего же арендатора и т. д.), rei vindicatio не допускалась: истецъ долженъ былъ обратиться къ иску изъ соответствующаго контракта (*actio locati, depositi* и т. д.). Во всякомъ случаѣ, въ правѣ послѣ-классическомъ и это ограниченіе отпало. Даже болѣе того,—rei vindicatio въ нѣкоторыхъ случаяхъ стала допускаться даже противъ *лица невладеющаго*, противъ т. н. *fictus possessor*: именно противъ того, кто умышленно, для отклоненія процесса отъ себя, передастъ вещь другому—*qui dolo desiit possidere*, и противъ того, кто, не владѣя, умышленно заявитъ, что онъ владѣетъ, и этимъ подставитъ себя подъ процессъ—*qui liti se optulit*. Ввидѣ штрафа такое лицо будетъ обвинено, какъ владѣлецъ.

Къ обязанности вернуть вещь для отвѣтчика присоединяются разныя дополнительныя обязательства личнаго характера—т. н. *praestationes personales*, напр., обязательство уплатить за ухудшеніе вещи, обязательство выдать доходы отъ вещи, причемъ въ этомъ отношеніи различаются владѣльцы добросовѣстные и недобросовѣстные—*bonae fidei possessores* и *malae fidei possessores*; послѣдніе отвѣчаютъ строже, чѣмъ первые.

Съ другой стороны, противъ rei vindicatio отвѣтчикъ можетъ дѣлать известныя возраженія—*exceptiones*, доказывая, что онъ

имѣть право на удержаніе вещи—напр., *exceptio ususfructus*, *exceptio rei pignoratiae et traditae*, *exceptio doli* по поводу понесенныхъ на вещь издержекъ и т. д.

Появленіе *сервитутовъ* вызвало необходимость новыхъ процессуальныхъ средствъ—и именно въ двойномъ направленіи.

а) Для защиты собственности отъ претензій на сервитутъ: кто-либо утверждаетъ, что у него есть право проѣзда черезъ мой участокъ, межъ тѣмъ какъ этого, по моему мнѣнію, нѣтъ. Для отраженія такой претензій на сервитутъ уже въ старомъ цивильномъ правѣ собственникъ имѣетъ искъ, получившій впоследствіи названіе *actio negatoria*. Въ легисакціонномъ процессѣ этотъ искъ начинался съ заявленія собственника на судѣ—напр.: „*ajo jus tibi non esse eundi agendi in fundo meo*“, на что отвѣтчикъ говорилъ: „*ajo jus mihi esse eundi agendi*“ etc; затѣмъ слѣдовала *provocatio sacramento* и т. д. Въ формулярномъ процессѣ искъ ведется черезъ посредство формулы „*Si paret N° N° jus non esse eundi agendi... iudex condemna, si non p. absolve*“. Рядомъ съ этой *actio negatoria* въ классическомъ правѣ существовала, повидимому, и нѣкоторая разновидность ея—*actio prohibitoria* („*si paret A° A° jus esse prohibendi N°m N°m uti frui*“), быть можетъ, примѣнявшаяся для защиты собственности отъ преторскаго сервитута (Lenel); но относительно этой разновидности мы освѣдомлены мало. Цѣлью *actio negatoria* является признаніе свободы собственности отъ претендуемаго сервитута и обезпеченіе отъ дальнѣйшихъ посягательствъ—*cautio de non amplius turbando*.

б) Для защиты сервитута какъ противъ собственника, такъ и противъ другихъ лицъ, также уже старымъ цивильнымъ правомъ былъ созданъ искъ, носящій названіе *actio confessoria* и играющій по отношенію къ сервитуту такую же роль, какъ *rei vindicatio* по отношенію къ собственности (*vindicatio servitutis*). Въ легисакціонномъ процессѣ искъ начинался съ заявленія лица, имѣющаго право на сервитутъ, напр.: „*ajo jus mihi esse eundi agendi in fundo tuo*“; собственникъ возражалъ и занималъ положеніе отвѣтника. Въ формулярномъ процессѣ *actio confessoria* осуществляется формулой: „*si paret A° A° jus esse eundi agendi etc*“. Цѣль иска—признаніе сервитута и *cautio de non amplius turbando*.

Независимо отъ указанныхъ основныхъ исковъ, старому праву были извѣстны и нѣкоторые спеціальныя иски для защиты собственниковъ и сервитутно-управомоченныхъ въ извѣстныхъ случаяхъ. Нужно, однако, сказать, что эти спеціальныя средства, извѣстныя еще законамъ XII т., были впоследствіи настолько реформированы преторскимъ правомъ, что мы не можемъ возстановить ихъ теперь въ ихъ первоначальномъ, цивильномъ видѣ. Главнѣйшія изъ этихъ средствъ таковы:

1) *Actio finium regundorum*. Сосѣди должны были оставлять по межѣ свободной полосу земли въ 2½ фута каждый. Въ случаѣ, если межевые знаки внутри этой 5-футовой полосы окажутся утраченными или спорными, то для возстановленія межи (*contro-*

versia de fine) назначается *arbitrium finium regundorum* изъ землемѣровъ (*agrimensores*). Если же споръ касается частей земли за предѣлами межевой полосы, то это уже будетъ *controversia de loco*, причемъ споръ долженъ быть разрѣшенъ въ формѣ *rei vindicatio*. Въ Юстиніановскомъ правѣ это различіе, однако, уже не существуетъ.

2) *Actio aquae pluviae arcendae*—искъ на тотъ случай, если сосѣдъ своими сооружениями мѣняетъ естественный стокъ дождевой воды въ ущербъ мнѣ; искъ этотъ имѣетъ въ виду, однако, лишь участки полевые—*agri*.

3) *Cautio damni infecti*. Если сосѣдній участокъ грозитъ мнѣ какимъ-либо вредомъ (напр., зданіе сосѣда грозитъ рухнуть и въ своемъ паденіи причинитъ мнѣ вредъ), то уже цивильное право давало какое-то средство для обезпеченія отъ этого будущаго вреда. Въ чемъ оно состояло, неясно; во всякомъ случаѣ оно было затѣмъ замѣнено мѣрами преторскаго права (*stipulatio praetoria* и *missio in possessionem*—см. § 26).

4) *Operis novi nuntiatio*. Если сосѣдъ предпринимаетъ какое-либо новое сооруженіе (*opus novum*), которое нарушаетъ мои права (напр., право проѣзда) или грозитъ мнѣ вредомъ, то я могу заявить на мѣстѣ работъ (*in re praesenti*) свой протестъ (*nuntiatio*), вслѣдствіе чего работы должны быть немедленно приостановлены—подъ угрозой разрушенія всего того, что послѣ протеста будетъ сдѣлано (вслѣдствіи преторское *interdictum demolitorium*). Въ случаѣ неосновательности протеста между сосѣдами возникнетъ процессъ, но въ какой формѣ онъ шелъ въ старомъ цивильномъ правѣ, мы не знаемъ. Вслѣдствіи, если сосѣдъ дастъ передъ преторомъ обезпеченіе моихъ убытковъ, онъ получаетъ отъ него разрѣшеніе на продолженіе работъ, а нунціантъ долженъ обратиться къ иску на основаніи того права, которое оказывается постройкой нарушено (*actio confessoria* и т. д.).

II. Институты преторскаго права.

§ 58.

Развитіе защиты владѣнія (*possessio*) *).

Помимо правъ на вещи большое значеніе имѣетъ въ жизни гражданскаго общества и чисто фактическое распределеніе вещей. Вещи принадлежатъ кому-нибудь на правѣ собственности, но далеко не всегда онѣ находятся въ рукахъ собственниковъ; часто онѣ оказываются въ обладаніи другихъ лицъ, причемъ это обладаніе можетъ покоиться на какомъ-нибудь юридическомъ осно-

*) Savigny. Das Recht des Besitzes.—Dernburg. Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes des röm. Rechts. 1883.—Jhering. Der Besitzwille. 1889.

ваніи (вещь отдана въ наймы, на сохраненіе и т. д.), но можетъ быть и лишено такого основанія (вещь куплена, но у лица, которое не было собственникомъ и, слѣд., вещи продаватель не могло); даже болѣе того,—оно можетъ стоять въ противорѣчій съ правомъ (вещь украдена, отнята силой и т. д.). Соответствуетъ-ли данное фактическое положеніе вещей праву или не соответствуетъ, какимъ образомъ оно возникло и т. д.—все это вопросы дальнѣйшіе; первое же, съ чѣмъ мы встрѣчаемся, когда приступаемъ къ наблюденіямъ надъ распредѣленіемъ вещей въ данномъ обществѣ, это простой фактъ нахождения ихъ въ обладаніи у тѣхъ или другихъ лицъ.

Такое фактическое обладаніе лица вещью, взятое независимо отъ вопроса о правѣ на него (*jus possidendi*) и отъ вопроса о способахъ его приобрѣтенія (*causa possessionis*), называется *владѣніемъ—possessio*. Очевидно, что *possessio* юридически не имѣетъ ничего общаго съ собственностью: „*nihil commune habet proprietatis cum possessione*“, говоритъ Ульпіанъ (fr. 12. 1. D. 41. 2). Конечно, собственникъ можетъ оказаться и владѣльцемъ (такъ, быть можетъ, въ большинствѣ случаевъ и бываетъ), но онъ будетъ тогда *possessor*’омъ не какъ собственникъ, а какъ лицо, имѣющее фактическую власть надъ вещью, и будетъ въ этомъ отношеніи стоять принципиально на одной доскѣ со всякими другими владѣльцами—даже недобросовѣстными.

Во всякомъ культурномъ обществѣ фактическое распредѣленіе вещей, какъ таковое, владѣніе въ описанномъ смыслѣ, *пользуется охраной* отъ всякаго насилія и посягательствъ со стороны частныхъ лицъ. Конечно, какъ было указано, фактъ владѣнія иногда можетъ не соответствовать праву, даже противорѣчить ему, но для возстановленія права въ подобныхъ случаяхъ указываются извѣстные законные пути (обращеніе къ суду), и если для такого возстановленія понадобится насиліе надъ владѣльцемъ (понадобится принудительно отобрать отъ него вещь), то это насиліе будетъ произведено государствомъ и его органами; для отдѣльныхъ же частныхъ лицъ насиліе и посягательство недопустимы. Этого требуетъ культурное правосознаніе, растущее уваженіе человѣка къ человѣку. Этого же требуетъ спокойствіе гражданской жизни, гражданскій миръ, а вслѣдствіе этого даже интересы самихъ собственниковъ.

Однако, въ исторіи этотъ культурный принципъ охраны владѣнія, какъ такового, появляется не сразу. Новому міру этотъ принципъ въ значительной степени былъ выясненъ только римскимъ правомъ, а въ самомъ Римѣ онъ былъ провозглашенъ только преторомъ, причемъ далеко не во всей своей полнотѣ и ясности. Классическая юриспруденція много поработала надъ его уясненіемъ и развитіемъ, но и при всемъ томъ римская охрана владѣнія отнюдь не является законченнымъ зданіемъ. Какъ бы то ни было, но самая постановка проблемы и ея принципиальное разрѣшеніе составляетъ одну изъ крупнѣйшихъ заслугъ римскаго—и именно преторскаго—права.

Какимъ образомъ преторъ дошелъ до мысли охранять владѣніе, какъ таковое,—это вопросъ и донинѣ спорный. По мнѣнію однихъ ученыхъ (Нибуръ, Савиньи, Дернбургъ, Коста и др.), преторская защита частныхъ владѣній выросла изъ защиты *possessiones na agri occupatorii*. Но съ этимъ мнѣніемъ едва-ли можно согласиться: охрана этихъ *possessiones* совершалась не преторами, а цензорами, и не въ частномъ, а въ публичномъ порядкѣ. По мнѣнію другихъ (Пухта, Іерингъ и т. д.), интердиктная защита послѣдующаго времени выросла изъ преторскаго регулированія владѣнія спорной вещью на время процесса о собственности и вообще была создана *въ интересахъ лучшей охраны права собственности*. Но и это мнѣніе едва-ли правильно: противъ него говорить не только указанное выше принципиальное отдѣленіе *proprietas* отъ *possessio*, проходящее красной нитью черезъ все римское право отъ самыхъ первыхъ моментовъ появленія владѣльческой защиты, но и то обстоятельство, что во владѣльческомъ (поссессорномъ) процессѣ никакое—даже самое ясное—возраженіе о собственности не допускается. Ввиду этого безусловнаго предпочтенія заслуживаетъ третье мнѣніе (Пернись и др.), которое усматриваетъ генезисъ поссессорной защиты *въ общей идее охраны гражданского мира и порядка*, опредѣляющей всю дѣятельность преторской власти.

Поссессорные интердикты, служащіе для защиты владѣнія, мы едва-ли поймемъ правильно, если будемъ брать ихъ изолированно, внѣ связи со всей совокупностью интердиктовъ вообще; *interdicta possessoria* представляютъ только одинъ изъ видовъ интердиктовъ и, конечно, возникли первоначально изъ тѣхъ же соображеній, какія вызвали къ жизни всю систему интердиктныхъ средствъ. Мы уже видѣли выше (§ 19), что все преторское вмѣшательство въ область частныхъ отношеній выросло изъ его функций чисто полицейскихъ—изъ обязанности охранять гражданскій миръ и порядокъ. То обстоятельство, что древнѣйшими интердиктами являются такіе, какъ *interdicta „ne quid in loco publico vel itinere publico fiat“*, „*ne quid in flumine publico ripave ejus fiat*“ и т. д., служить полнымъ подтвержденіемъ этой мысли. Выше было сказано также и о томъ, что отправляясь отъ идеи охраны гражданского мира, преторъ съ теченіемъ времени все шире и шире распространялъ свое вмѣшательство въ область частныхъ, гражданскихъ отношеній.

Естественно, что эта идея гражданского мира въ области вещныхъ отношеній должна была прежде всего привести претора къ необходимости охранять фактъ владѣнія отъ всякихъ покушеній на самоуправство. Всякія проявленія такого самоуправства, хотя бы даже исходяція отъ лицъ, имѣющихъ право на вещь, конечно, были чреваты разными потрясеніями общественнаго порядка, а первую задачу претора было обеспечивать этотъ порядокъ. Такъ возникли поссессорные интердикты и, повидимому,—довольно рано: они уже упоминаются у Плавта, т. е. приблизительно за 200 лѣтъ до Р. X. Но, конечно, они возникли не сразу

въ такомъ видѣ, въ какомъ мы ихъ встрѣчаемъ въ послѣдствіи. Долгое время преторская практика шла ощупью, отъ случая къ случаю, руководясь не столько яснымъ сознаниемъ такихъ или иныхъ общихъ принциповъ, сколько непосредственными запрсами жизни.

Поссессорные интердикты дѣлятся на двѣ категоріи: одни имѣютъ свою цѣль охрану *наличнаго* владѣнія отъ посягательства—*interdicta retinendae possessionis*, другіе—возстановленіе уже *нарушеннаго*, отнятаго владѣнія—*interdicta recuperandae possessionis*. Третья категорія—т. н. *interdicta adipiscendae possessionis*—интердикты, направленные на полученіе владѣнія вновь (напр., *int. quomodo vobis* для полученія владѣнія наслѣдствомъ),—не принадлежитъ уже къ поссессорнымъ средствамъ въ истинномъ смыслѣ, такъ какъ истецъ здѣсь опирается не на *фактъ* владѣнія, а на такое или иное (хотя и преторское) *право*.

Къ *interdicta retinendae possessionis* относятся два:

а) *Int. uti possidetis* предназначенъ для охраны владѣнія *недвижимостями*. Формула приказа, съ которой преторъ обращался къ сторонамъ и отъ основныхъ словъ которой получилъ свое названіе самый интердиктъ, передана намъ такъ (fr. 1 pr. D. 43. 17): „*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*“. Какъ видно изъ этой формулы, интердиктомъ защищается *наличное* владѣніе,—однако, съ оговоркой: „если нынѣшній владѣлецъ не приобрѣлъ своего владѣнія насиліемъ (*vi*), тайно (*clam*) или путемъ просьбы до востребованія (*precario*) отъ противника (*alter ab altero*)“. Если это имѣло мѣсто, тогда наличное владѣніе будетъ по отношенію къ противнику порочнымъ (*exceptio vitiosae possessionis*), и должно быть возвращено этому послѣднему; въ такомъ случаѣ *int. uti possidetis* будетъ имѣть т. н. *рекуператорную функцію*. Но возраженіе подобнаго рода допускается только для того, у кого владѣніе было отнято *vi clam* aut *precario*; для постороннихъ же лицъ даже такое владѣніе должно быть неприкосновеннымъ.

б) *Int. utrobi* предназначенъ для защиты владѣнія *движимостями*. Формула его гласила такъ (Gai. IV. 150. 160): „*Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*“. Охраняется и здѣсь наличный владѣлецъ, но уже съ двумя оговорками: а) если онъ не приобрѣлъ своего владѣнія *vi clam* aut *precario* ab *adversario* и б) если онъ владѣлъ спорной вещью на протяжении послѣдняго года большую часть времени, чѣмъ его противникъ. Послѣдняя оговорка отличаетъ *int. utrobi* отъ *int. uti possidetis* и усиливаетъ рекуператорную функцію *int. utrobi*, давая лицу, утратившему владѣніе, возможность предъявить его противъ менѣе продолжительнаго владѣльца съ цѣлью самаго возвращенія владѣнія. Нужно, однако, сказать, что это отличіе *int. utrobi* въ правѣ Юстиніана было отмѣнено (§ 4a Inst. 4. 15), и оба интердикта были уравнены.

Къ категоріи *int. recuperandae possessionis* относится въ истинномъ смыслѣ только одинъ интердиктъ—именно *interd. de vi* или *unde vi*. Цѣль его—возвращеніе владѣнія *недвижимостью*, отнятой насиліемъ (изгнаніемъ, *dejectio*). Въ классическомъ правѣ, впрочемъ, существовало *два* интердикта *de vi*: одинъ—*int. de vi cotidiana*, другой—*int. de vi armata*, причемъ въ этомъ второмъ интердиктѣ (когда насиліе было произведено вооруженной толпой) не допускалась *exceptio vitiosae possessionis*. Въ правѣ Юстиніана оба эти интердикта были слиты въ одинъ *int. de vi*, причемъ недопустимость *exceptio vitiosae possessionis* стала общей нормой: т. обр. изгнавшій не можетъ оправдываться тѣмъ, что онъ самъ былъ передъ этимъ изгнанъ противникомъ; насиліе (*vis*) недопустимо даже ввидѣ отвѣта на насиліе. Особенностью *int. de vi* является то, что онъ можетъ быть предъявленъ противъ изгнавшаго (дейицента) даже тогда, если онъ уже не владѣетъ: отвѣтственность по интердикту имѣетъ въ этомъ случаѣ штрафной (деликтный) характеръ.

Какого-либо особаго интердикта для возвращенія владѣнія *движимой* вещью не существовало: потребность въ этомъ удовлетворялась указанной выше рекуператорной функціей *int. utrobi*.

Къ числу *interdicta recuperandae possessionis* относятся иногда еще *int. de precario*—интердиктъ о возвращеніи вещи, отданной въ *precarium* (пользованіе до востребованія; *precarium* практиковалось въ отношеніяхъ между патрономъ и кліентомъ, патрономъ и вольноотпущенникомъ и т. п.). Но этотъ интердиктъ не принадлежитъ къ числу чисто владѣльческихъ: основаніемъ его является не простое владѣніе, а *precarium*, т. е. нѣкоторое юридическое, правовое отношеніе между сторонами.—Нѣкоторые относятъ сюда, далѣе, особый *int. de clandestina possessione*—о возвращеніи владѣнія *недвижимостью*, оккупированной тайкомъ; но самое существованіе такого интердикта неостовѣрно.

Уже изложенное строеніе поссессорныхъ интердиктовъ и ихъ исторія свидѣтельствуетъ о томъ, что защита владѣнія создавалась преторомъ не по одному, заранѣе установленному, плану, а по частямъ и одновременно, чѣмъ и объясняется какъ множественность владѣльческихъ средствъ, такъ и ихъ взаимная несогласованность.

Примѣненіе владѣльческихъ интердиктовъ поставило передъ практикой и теоріей вопросъ о томъ, какимъ признакамъ должно удовлетворять владѣніе, чтобы получить право на защиту. Мало-малу римскими юристами была выработана *теорія владѣнія*, основныя положенія которой сводятся къ слѣдующему.

Владѣніе, хотя и фактическое господство надъ вещью, не можетъ быть, однако, признано владѣніемъ въ истинномъ смыслѣ, если оно не соединено съ *волей* лица владѣть. Поэтому, нѣтъ владѣнія въ юридическомъ смыслѣ, напр., въ томъ случаѣ, когда спящему кто-нибудь вложилъ вещь въ руку; на томъ же основаніи нельзя признавать владѣнія, приобрѣтеннаго лицами недѣеспособ-

ными (малолѣтными, безумными и т. д.), ибо ихъ воля юридически не признается: всѣ эти лица „*affectionem tenendi non habent*“ (fr. 1. 3. D. 41. 2). Ввиду этого римскіе юристы учили, что для наличности *possessio* необходимы два элемента—*corpus possessionis*, фактическая власть надъ вещью, и *animus possidendi*, воля владѣть. Владѣніе т. обр. приобрѣтается, когда оба элемента соединяются въ одномъ лицѣ („*apiscimur possessionem animo et corpore*“—fr. 3. 1. D. 41. 2); владѣніе теряется, когда одинъ изъ этихъ элементовъ исчезаетъ (*amittimur possessionem aut animo aut corpore*).

Но не всякое владѣніе, даже при наличности обоихъ этихъ элементовъ, заслуживало, по ученію римскихъ юристовъ, самостоятельной защиты, и въ этомъ отношеніи они различали юридическое, защищаемое владѣніе, *possessio*, и владѣніе незащищаемое, *detentio* (или „*in possessione esse*“). Но принципиальнаго критерія для отграниченія *possessio* отъ *detentio* они не дали. Наиболее близкимъ къ истинѣ критеріемъ является характеръ *animus possidendi*: если кто-либо владѣетъ *alieno nomine*, отъ чужого имени (напр., вещь дана мнѣ кѣмъ-либо въ наймы, въ пользованіе, на сохраненіе и т. д.), то мы будемъ имѣть *detentio*; если же владѣніе соединено съ *animus suo nomine possidere*, мы будемъ имѣть *possessio* (такой *animus* будетъ у собственника, у добросовѣстнаго приобрѣтателя, но онъ будетъ и у вора). Только *possessor suo nomine* можетъ претендовать отъ своего имени на защиту владѣнія; владѣніе же *detentor'a* должно быть защищено не имъ, а тѣмъ, отъ чьего имени онъ владѣетъ.

Однако, этотъ критерій неточенъ. Въ цѣломъ рядѣ случаевъ, гдѣ мы имѣемъ безспорное владѣніе *alieno nomine*, преторъ тѣмъ не менѣе давалъ самостоятельную интердиктную защиту; таково владѣніе кредитора заложенной ему вещью, владѣніе прекариста (получившаго вещь въ *precarium*), владѣніе секвестрарія (того, кому была двумя спорящими лицами передана на сохраненіе спорная вещь до разрѣшенія ихъ спора), эмфитевтическаго и суперфициарнаго владѣльца (см. § 60). *Все это случаи т. н. производнаго владѣнія*. Въ основѣ этихъ исключеній лежитъ не тотъ или другой теоретическій принципъ (какъ думаютъ нѣкоторые и до сихъ поръ,—напр. Зомъ), а та же самая постепенная историческая эволюція, вызывавшаяся чисто практическими соображеніями. На первыхъ порахъ, вѣроятно, самостоятельная защита давалась только владѣльцамъ *suo nomine*; *detentor'овъ* защищали тѣ, отъ чьего имени они владѣли. Но мало-по-малу обнаружались случаи, гдѣ такой защиты для *detentor'овъ* было недостаточно. Я, напр., отдалъ вещь въ залогъ, но уже потерялъ надежду ее выкупить; если кто-либо отниметъ вещь у кредитора, я вовсе не склоненъ буду защищать ненужное мнѣ владѣніе, и кредиторъ останется вовсе безъ защиты. Даже если я предьявлю интердиктъ о защитѣ владѣнія, то вещь будетъ возвращена мнѣ, что вовсе не въ интересахъ кредитора. Т. обр. оказывалась существенно необходимой самостоятельная защита для *creditor pignoratitius*.

Аналогичныя соображенія могли возникнуть и въ другихъ случаяхъ, и т. обр. созданъ указанный рядъ исключеній. Этими исключеніями римское право вступило на путь постепеннаго расширенія сферы защищаемаго владѣнія,—путь, по которому пошло далѣе право новыхъ народовъ, закончившееся въ новѣйшихъ кодификаціяхъ признаніемъ *всякаго* владѣнія (даже владѣнія *alieno nomine*) защищаемымъ.

Наконецъ, вопросъ о владѣніи возникалъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда кто-либо фактически осуществлялъ содержаніе какого-либо *servitута*—напр., кто-либо пользовался вещью, какъ узуфруктуарій, кто-либо пользовался проѣздомъ черезъ чужое имѣніе и т. д. Можно-ли въ случаѣ нарушенія кѣмъ-либо такого фактическаго пользованія претендовать на интердиктную защиту? Римскіе юристы отвѣтили на этотъ вопросъ утвердительно, признавъ, что въ случаяхъ этого рода есть „какъ бы владѣніе правомъ“—*juris quasi-possessio* (fr. 20. D. 8. 1). Въ дѣйствительности, мы имѣемъ здѣсь не „какъ бы владѣніе правомъ“, а самое подлинное владѣніе *вещью*, только владѣніе не всестороннее, а *ограниченное* въ своемъ содержаніи. Тѣмъ не менѣе, эта теоретически неправильная конструкція сыграла большую роль въ юриспруденціи новыхъ народовъ, которая понятіе *juris quasi possessio* распространила далеко за римскіе предѣлы—на права обязательственныя, семейственныя, даже публичныя.

Какъ бы то ни было, но институтъ владѣнія, какъ фактическаго господства, независимаго отъ права на него, утвержденный преторскимъ эдиктомъ и разработанный классическими юристами, сталъ съ той поры прочнымъ достояніемъ всякаго сколько-нибудь развитого гражданскаго права.

§ 59.

Бонитарная собственность и *bonae fidei possessio* *).

Защищая всякое, даже недобросовѣстное, владѣніе при помощи интердиктовъ, преторъ въ дальнѣйшей своей практикѣ не могъ не обратить вниманія на то обстоятельство, что среди всей массы разнообразныхъ случаевъ владѣнія, есть нѣкоторые особенные виды его, которые заслуживаютъ большаго вниманія и большей защиты. Два случая особенно выдѣлялись въ этомъ отношеніи.

1) Какъ уже извѣстно, цивильное право требовало для передачи права собственности на *res mancipi* формальныхъ актовъ *mancipatio* или *in jure cessio*. Если почему-либо эти формальности не были соблюдены (онъ вовсе не были соблюдены; вещь была просто передана путемъ *traditio*; или же онъ были соблюдены, но, напр., оказалось, что одинъ изъ пяти приглашенныхъ

*) *Appleton. Histoire de la propriété prétorienne. 2 vol. 1889.*

свидѣтелей не имѣлъ необходимой дѣеспособности), то право собственности не переходило, отчуждатель оставался dominus ex jure Quiritium, а приобретатель дѣлался только владѣльцемъ вещи: jus Quiritium онъ могъ приобрести только посредствомъ давности. Конечно, такой приобретатель могъ защищать свое владѣніе посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ и не только противъ постороннихъ лицъ, но и противъ самого квинитскаго собственника; но possessорная защита не есть окончательная: отчуждатель могъ предъявить петиторный искъ—rei vindicatio,— и тогда приобретатель долженъ былъ вещь ему вернуть.

Такая несправедливость не могла не обратить на себя вниманія претора—недобросовѣстные люди могли сдѣлать изъ этого для себя средство наживы: продавъ вещь и получивъ деньги, они могли ее потребовать назадъ. Тѣмъ болѣе, что съ развитіемъ оборота самая формальности стараго гражданского права утрачивали свой смыслъ и стѣсняли въ быстротѣ дѣловыхъ отношеній. Ввиду этого для того, чтобы парализовать возможность указанной недобросовѣстности со стороны продавцевъ, преторъ сталъ давать приобретателямъ *exceptio rei venditae et traditae* (видъ *exceptio doli*) и тѣмъ охранялъ ихъ отъ нападений со стороны отчуждатель.

Но этого было мало. Вещь могла какимъ-нибудь образомъ очутиться во владѣніи отчуждателя (купленная мною лошадь убѣжала обратно во дворъ продавца и т. п.) или въ рукахъ третьихъ лицъ; какимъ образомъ покупатель могъ вытребовать ее назадъ? Интердиктная защита сплошь и рядомъ могла оказаться недостаточной—напр., вслѣдствіе того, что при *int. utriusque* защищался тотъ, кто владѣлъ вещью большую часть времени въ теченіе послѣдняго года; если купленная мною лошадь на другой день ушла отъ меня къ продавцу, я получить ее при помощи этого единственнаго для движимыхъ вещей интердикта не могъ (продавецъ владѣлъ ею больше, чѣмъ я). Между тѣмъ было очевидно, что, разъ преторъ призналъ справедливымъ защищать покупателя отъ *rei vindicatio* продавца, то необходимо продолжить эту защиту, давъ покупщику не только *exceptio*, но и какой-либо искъ для получения приобретенной имъ вещи какъ отъ самого продавца, такъ и отъ постороннихъ лицъ.

2) Аналогичная потребность выяснилась и въ другомъ случаѣ. Если до сихъ поръ мы имѣли дѣло съ порокомъ формальнымъ въ актѣ приобретения (несоблюденіе формы), то съ развитіемъ оборота не менѣе часто стали встрѣчаться случаи порока материальнаго. Кто-либо приобрѣлъ вещь, даже съ соблюденіемъ всѣхъ необходимыхъ формальностей (если дѣло шло о *res mancipi*), и владѣть ею въ полной увѣренности (*bona fides*), что онъ собственникъ. Но затѣмъ оказывается, что то лицо, у котораго вещь была куплена, само не было собственникомъ, что вещь куплена *a non domino* (напр., я купилъ вещь у законнаго наследника; впоследствии было обнаружено завѣщаніе, которымъ все наследство передано другому лицу). Законный собственникъ можетъ, конечно,

теперь предъявить *rei vindicatio* и отобрать вещь; приобретатель и въ этомъ случаѣ станетъ собственникомъ лишь по истеченіи *usucapio*. Но, если нѣтъ основаній защищать приобретателя отъ законнаго собственника, то иначе обстоятъ дѣло по отношенію къ постороннимъ лицамъ: пока собственникъ не требуетъ отъ меня вещи, я все же имѣю на нее больше правъ, чѣмъ кто-либо другой. Если при такихъ условіяхъ вещь, добросовѣстно мною приобретенная, очутится въ рукахъ посторонняго лица, справедливость требуетъ, чтобы мнѣ было дано какое-либо средство для полученія ея обратно. Конечно, и здѣсь часто будетъ достаточно possessорныхъ интердиктовъ, но не всегда; необходимо и здѣсь какое-либо болѣе прочное средство, необходимо какой-либо искъ.

Оба указанные случая были разрѣшены одновременно. Въ послѣднемъ столѣтіи республики нѣкоторымъ преторомъ *Publlicium* (точнѣе ни имени претора, ни времени реформы мы не знаемъ) былъ изданъ эдиктъ, получившій названіе *edictum Publicianum*, который и установилъ желательный въ обоихъ случаяхъ искъ.

Текстъ этого эдикта до насъ въ подлинномъ видѣ не сохранился, и современные изслѣдователи спорятъ даже о томъ, былъ-ли это одинъ эдиктъ, охватывавшій оба случая, или же два отдѣльныхъ эдикта для каждаго случая въ отдѣльности*). *Ленель*, извѣстный своей реконструкціей преторскаго эдикта, стоявшій сначала на точкѣ зрѣнія двухъ отдѣльныхъ эдиктовъ, впоследствии перемѣнилъ свое мнѣніе и въ настоящее время думаетъ, что оба случая охватывались однимъ общимъ обѣщаніемъ претора. Весьма вѣроятно, что это обѣщаніе гласило такъ: „*Si quis id, quod traditum erit ex justa causa et nondum usucaptum, petit, iudicium dabo* **).

Искъ, который на основаніи этого эдикта давался, какъ въ первомъ, такъ и во второмъ случаѣ, носитъ названіе *Publiciana in rem actio*. Формула этого иска передана намъ Гаемъ (Gai. IV, 36): „*Iudex esto. Si quem hominem As As emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret et reliqua*“ (т. е.: *si is homo Ao Ao arbitrio tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnata, si non paret, absolve*). Какъ видно изъ этой формулы, *actio Publiciana* есть *actio ficticia*: искъ построенъ на фикціи исполненной давности; имъ защищается только такой владѣлецъ, который можетъ приобрести собственность по давности, и защита его является какъ бы предвареніемъ этой возможной въ будущемъ собственности. Въ этомъ отношеніи оба описанные случая сходятся, но они расходятся въ другихъ отношеніяхъ, вслѣдствіе чего *actio Publiciana* приводитъ къ послѣдствіямъ далеко не одинаковымъ.

Въ первомъ случаѣ (вещь приобретена отъ собственника, но лишь безъ соблюденія формальностей) *actio Publiciana* дается

*) См. краткое перечисленіе мнѣній—*Girard. Textes. p. 137. n. 12.*

**) *Girard. Textes. p. 137.*

приобрѣтателю не только противъ третьихъ лицъ, но и противъ самаго квинритскаго собственника. Вслѣдствіе этого въ рукахъ такого приобретателя оказалось теперь прочное право на вещь, защищаемое абсолютно противъ всѣхъ. Конечно, прежній собственникъ сохраняетъ свое *ius Quiritium*, ибо такового преторъ у него отнять не можетъ; съ другой стороны, приобретатель пока не имѣетъ квинритскаго права; тѣмъ не менѣе вещь прочно входитъ теперь въ составъ его имущества, *in bonis ejus est*, принадлежитъ ему на правѣ, аналогичномъ собственности. Такъ образовалась рядомъ со старой квинритской собственностью новая собственность—*преторская или бонитарная*, которая затѣмъ нашла себѣ широкое примѣненіе въ цѣломъ рядѣ другихъ отношеній: собственность преторскаго наследника (*bonorum possessoris*), собственность въ случаѣ *missio ex secundo decreto* при *cautio damni infecti* и т. д.

Во второмъ случаѣ (*покупка bona fide отъ несобственника*) *actio Publiciana* не имѣетъ такой безусловной силы. Прежде всего этотъ искъ безсиленъ *противъ дѣйствительнаго собственника вещи*. Римское право (въ противоположность праву новыхъ народовъ) строго держится принципа „*nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet*“: разъ продавецъ не имѣлъ права собственности, не можетъ имѣть его и покупатель; продажа моей вещи лицомъ, не имѣющимъ на то права, не можетъ лишить меня моей собственности. Ввиду этого, если приобретатель вещи предъявитъ *actio Publiciana* противъ дѣйствительнаго собственника, послѣдній можетъ противопоставить этому иску *exceptio justi dominii*. Кромѣ того, этотъ искъ безсиленъ *противъ другого такого же добросовѣстнаго приобретателя той же вещи* (напр., лошадь, купленная мною у несобственника, убѣжала, кѣмъ-то была поймана и продана другому лицу, которое также считало продавца собственникомъ), такъ какъ нѣтъ основанія предпочитать одного добросовѣстнаго владѣльца другому: „*in pari causa melior est condicio possidentis*“. Такимъ образомъ, *actio Publiciana* въ этомъ второмъ случаѣ идетъ только противъ *худшихъ владѣльцевъ* (противъ *malae fidei possessores*), но все же противъ *всѣхъ худшихъ владѣльцевъ*, и въ этомъ смыслѣ есть также *in rem actio*.

Благодаря этому иску въ его второмъ примѣненіи въ исторіи римскаго права возникъ новый преторскій институтъ добросовѣстнаго владѣнія, *bonae fidei possessio*. Добросовѣстное владѣніе перестало быть только простымъ фактомъ, оно возвысилось до степени нѣкотораго *относительно-вещнаго права*, охраняемаго преторскимъ искомъ, и тѣмъ было выдѣлено изъ общей массы простыхъ *possessiones*.

§ 60.

Преторскія права на чужую вещь.

1. Изъ *правъ пользованія чужой вещью* преторомъ прежде всего были взяты подъ свою охрану единственные гражданскія права этого рода—*сервитуты*. Гражданскій искъ для защиты ихъ—*actio confessoria*—былъ дополненъ цѣлымъ рядомъ преторскихъ средствъ, которыя значительно облегчали положеніе лицъ сервитутно-управомоченныхъ. Фактическое пользованіе сервитутомъ, какъ указано, было подведено подъ понятіе владѣнія (*juris quasi-possessio*), вслѣдствіе чего нѣкоторые сервитуты, напр. *ususfructus*, стали защищаться при помощи обыкновенныхъ *поссessorныхъ interdiktovъ*, лишь нѣсколько модифицированныхъ—*interdicta utilia*. Кромѣ того, для массы отдѣльныхъ сервитутовъ въ преторскомъ эдиктѣ были установлены *спеціальныя interdikty*—*int. de itinere actuque privato, de aqua, de fonte, de cloacis* и т. д.

Помимо этой лучшей охраны гражданскихъ сервитутовъ практика преторовъ и провинціальныхъ намѣстниковъ привела къ признанію *сервитутовъ преторскихъ и провинціальныхъ*.

Уже появленіе собственности бонитарной должно было поставить на очередь вопросъ о защитѣ соответствующихъ ей сервитутовъ: часто бонитарная собственность на участокъ заключала въ себѣ, какъ принадлежность, и право на какой-нибудь сервитутъ (напр., право проѣзда черезъ сосѣдній участокъ); разъ преторъ сталъ защищать бонитарнаго владѣльца, какъ собственника, онъ естественно долженъ былъ охранять его и въ осуществленіи сервитута. Но и независимо отъ этого, формальные акты *mancipatio* и *in jure cessio*, при помощи которыхъ должны были устанавливаться гражданскія сервитуты, стали также часто опускаться и здѣсь, какъ они опускались при передачѣ права собственности. Если преторъ, не взирая на опущеніе формальностей, сталъ защищать приобретателя вещи, то та же справедливость требовала отъ него, чтобы онъ защищалъ и сервитуты, установленные безъ соблюденія тѣхъ же формальностей (fr. 1. 9. D. 43. 18).

На *провинціальныхъ земляхъ*, какъ выше было указано, гражданскія права (даже для *cives romani*) были невозможны. Между тѣмъ тамъ, конечно, существовали свои собственники, которые, хотя и носили скромное названіе *possessores*, тѣмъ не менѣе судами провинціальныхъ намѣстниковъ разсматривались и защищались, какъ дѣйствительные собственники (*собственность провинціальная*). Точно также тамъ существовали и свои сервитутныя отношенія, которыя должны были охраняться провинціальнымъ правомъ.

Ввиду этого какъ для преторовъ, такъ и для провинціальныхъ намѣстниковъ возникалъ существенно важный вопросъ: если формальные акты *mancipatio* и *in jure cessio* не примѣняются или непримѣнимы, то какимъ же инымъ образомъ могутъ быть установлены сервитуты? Отвѣтъ былъ данъ самой жизнью, въ кото-

рой выработался новый способ установления сервитутов—*rationibus et stipulationibus* (Gai. II. 31). Лица, желавшие установить сервитутъ, заключали между собою объ этомъ соглашение (*pactio*), которое подкрѣплялось затѣмъ формальнымъ обѣщаніемъ (*stipulatio*) того, на чье имѣніе сервитутъ налагался, предоставить пользование этимъ сервитутомъ (*uti frui licere, ire agere licere* и т. д.). Вѣроятно, на первыхъ порахъ такой договоръ создавалъ только обязательственныя отношенія между сторонами, но, повидимому (спорно: многие, напр. Дернбургъ, Виндшейдъ и др. только обязательственную силу признаютъ и для позднѣйшаго времени), впоследствии преторъ сталъ давать и вещный искъ противъ всѣхъ—*actio confessoria utilis*. Съ окончательнымъ отпаденіемъ *mancipatio* и *in jure cessio* въ позднѣйшемъ правѣ *pactio et stipulatio* сдѣлались нормальнымъ способомъ установления сервитутовъ вообще, т. е. перешли и въ цивильное право послѣдней формаціи.

Кромѣ этого способа, въ классическомъ правѣ вырабатывается и другой преторскій способъ установления сервитутовъ—именно *quasi-traditio*, т. е. фактическое предоставленіе пользованія, хотя между юристами значеніе *quasi-traditio* было спорно (ср. отрицательное мнѣніе Помпонія въ fr. 3. 2. D. 19. 1 и положительное Яволена въ fr. 20. D. 8. 1). Признаніе возможности *quasi-possessio* сервитутами естественно должно было вызвать мысль о возможности по отношенію къ нимъ *quasi-traditio* съ тѣмъ же значеніемъ, какое имѣла *traditio* въ процессѣ перехода права собственности.

Указанными нововведеніями въ области сервитутнаго права дѣятельность претора, однако, не ограничилась; имъ были созданы два новые вида правъ пользованія чужими вещами, которые были совершенно неизвѣстны цивильному праву—именно *superficies* и право на *agri vectigales*, получившее впоследствии названіе *emphyteusis*.

а) *Superficies*. Уже въ періодъ республики государство и отдѣльныя городскія общины сдавали нерѣдко участки городской земли для возведенія построекъ съ тѣмъ, что выстроившій получаетъ право на продолжительное или даже безсрочное пользованіе участкомъ подъ постройкой за извѣстный ежегодный оброкъ (*solarium*). Съ теченіемъ времени къ такому же способу сдачи земель стали прибѣгать и частныя лица. Это и есть *superficies*. Поскольку дѣло касалось земель государственныхъ, возникающія изъ такой сдачи отношенія регулировались юрисдикціей цензоровъ; но когда дѣло шло о земляхъ муниципій или частныхъ лицъ, эти отношенія подлежали вѣдѣнію претора. Договоръ сдачи земли подъ застройку по существу сначала рассматривался, какъ обыкновенный договоръ аренды, вслѣдствіе чего съемщикъ—суперфициарій—имѣлъ только обязательственное требованіе къ хозяину, а не *jus in rem*. Но затѣмъ преторъ совершенно справедливо выдѣлилъ его изъ ряда обыкновенныхъ, краткосрочныхъ арендаторовъ, давъ суперфициарію особыя средства защиты. Сначала онъ создалъ для него специальный интердиктъ—*int. de super-*

ficie, аналогичный *int. uti possidetis*, а затѣмъ сталъ давать и *actio in factum*, искъ, аналогичный *rei vindicatio*, при помощи котораго суперфициарій могъ защищать свое право пользованія землей (напр., требовать возвращенія ему участка) отъ всѣхъ постороннихъ лицъ и отъ самого собственника. Вслѣдствіе этого *superficies* изъ личного права превратилась въ вещное и притомъ въ особое право на чужую вещь, такъ какъ земля и постройка (по правилу „*superficies solo cedit*“) считаются собственностью хозяина. Это есть право на пользование чужой вещью; въ этомъ *superficies* сходна съ сервитутами, но отличается отъ нихъ своимъ содержаніемъ (fr. 1. D. 43. 18).

б) *Jus in agro vectigali* *). Аналогичный процессъ превращенія обязательственного права въ вещное мы наблюдаемъ и въ другой области. Такъ же точно, какъ подъ застройку, государство, города, а потомъ и частныя владѣльцы сдавали нерѣдко свои земли за извѣстный ежегодный оброкъ (*vectigal*) въ наследственную и даже вѣчную аренду—„*in annos centenos pluresve*“ или „*in perpetuum*“—съ тѣмъ, что пока *vectigal* вносится, земля ни у самого съемщика ни у его правопреемника отобрана быть не можетъ (fr. 1. D. 6. 3). И здѣсь, какъ при *superficies*, во вниманіе къ такому продолжительному праву съемщика преторъ сталъ давать ему, какъ поссessorные интердикты, такъ и *actio in rem*—искъ, аналогичный *rei vindicatio* противъ всѣхъ, даже и противъ собственника. Вслѣдствіе этого и это право приобрѣло характеръ особаго вещнаго права на чужую вещь.

Характерною чертой всѣхъ указанныхъ преторскихъ правъ на чужія вещи (преторскихъ сервитутовъ, *superficies* и *jus in agro vectigali*) является то обстоятельство, что для установленія всѣхъ ихъ не требуется какого-либо особаго вещнаго акта—не только формальнаго (вродѣ цивильной *mancipatio* или *in jure cessio*), но даже и безформальнаго (вродѣ *traditio*); простой договоръ уже самъ по себѣ создаетъ и вещное право. Это объясняется тѣмъ, что преторскіе иски противъ всѣхъ (*actiones in rem*) возникли исторически во всѣхъ указанныхъ случаяхъ въ качествѣ простой практической прибавки къ личнымъ искамъ изъ договора.

2. Но, быть можетъ, самымъ важнымъ изъ преторскихъ нововведеній въ области правъ на чужія вещи является созданіе закладнаго права **).

Мы знаемъ, что цивильное право закладнаго права въ истинномъ смыслѣ не знало; институтъ *fiducia*, удовлетворявшій тамъ цѣлямъ реального кредита, представлялъ собою не установленіе закладнаго права, а перенесеніе самаго права собственности на вещь. Выше было также указано, что въ старомъ цивильномъ правѣ должникъ даже не имѣлъ личного иска противъ кредитора

*) См. *Mitteis. Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*. 1901.

***) Новѣйшія изслѣдованія въ этомъ вопросѣ: *Jourdan. Etudes de droit romain. L'hypothèque*. 1876.—*Herzen. Origine de l'hypothèque romaine*. 1899.—*Manigh. Pfandrechtliche Forschungen*. Bd. I. 1904.—*Fehr. Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in der klassischen Zeit*. 1910.

на случай невозвращения вещи по уплатѣ долга. Преторъ усовершенствовалъ институтъ *fiducia t̄m̄m*, что сталъ давать должнику въ этомъ случаѣ личный искъ—*actio fiduciae*, обвиненіе по которому, сверхъ возмѣщенія матеріальнаго, навлекало на кредитора и безчестіе моральное—*infamia*.

Но этотъ искъ облегчалъ положеніе должника только отчасти; другія неудобныя стороны *fiducia* оставались въ силѣ, — и прежде всего то обстоятельство, что должникъ лишался своего права собственности; если кредиторъ продастъ вещь, то она уйдетъ отъ должника окончательно, а личный искъ—*actio fiduciae*—можетъ оказаться для него бесполезнымъ (напр., въ случаѣ несостоятельности кредитора).

Ввиду этого—и, безъ сомнѣнія, уже очень рано—стали прибѣгать къ залoгу безформальному—т. наз. *pignus*: должникъ просто (безъ *mancipatio* и *in jure cessio*) передавалъ кредитору какую-нибудь изъ своихъ вещей *не въ собственность, а въ простое владѣніе*, причемъ вся обезпечительная сила такого залога заключалась только въ томъ, что кредиторъ могъ удерживать вещь у себя, пока долгъ не будетъ уплаченъ (т. ск. арестъ вещи). Мы видѣли выше, что преторъ снабдилъ владѣніе кредитора самостоятельной интердиктной защитой не только противъ лицъ постороннихъ, но и противъ самого залогодателя. Но эта защита была, конечно, неполной: интердикты часто могли оказаться безрезультатными.

Ясно, что, если *fiducia* на первый планъ ставила интересы кредитора, то при описанномъ характерѣ *pignus* мы имѣемъ противоположную крайность: интересы кредитора обезпечены чрезвычайно слабо. Задачей будущаго было найти справедливую середину: съ одной стороны, сохранивъ за должникомъ право собственности, создать въ рукахъ кредитора *вещное право* на заложенную вещь, а, съ другой стороны—опредѣлить это право, какъ право на распоряженіе вещью на случай неуплаты долга. И дѣйствительно, въ дальнѣйшемъ работа идетъ въ этихъ двухъ направленіяхъ.

Но къ этой основной задачѣ присоединилась добавочная. Какъ при *fiducia*, такъ и при *pignus*, при всемъ ихъ глубокомъ юридическомъ различіи между собой, было одно общее, что не могло не стѣснять до крайности извѣстные виды кредита: это—необходимость для лица, нуждающагося въ кредитѣ, лишиться на время вещи. Между тѣмъ, самый кредитъ нерѣдко нуженъ для этой вещи—напр., для улучшения обработки той же земли, которая теперь должна быть передана кредитору, хотя бы и въ простое *pignus*. Получить ссуду и въ то же время удержать въ своихъ рукахъ заложенную вещь для должника возможно было лишь обходнымъ путемъ: передавъ вещь кредитору, онъ долженъ былъ выпросить ее себѣ въ *precarium*, т. е. во владѣніе до востребованія. Что такіа просьбы о *precarium* встрѣчались часто даже въ позднѣйшее время, объ этомъ свидѣлствуютъ Юстиниановскіе компиляторы въ одной изъ своихъ интерполяцій къ тексту Уль-

піановскаго комментарія (fr. 6. 4. D. 43. 26: „cotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt“). Но этотъ обходный путь, даже въ случаѣ согласія кредитора, ставилъ должника въ полную зависимость отъ него: въ любой моментъ, даже до наступленія срока платежа, кредиторъ могъ потребовать выдачи вещи (посред. *int. de precario*) и тѣмъ, быть можетъ, разрушить всѣ хозяйственные расчеты должника. Между тѣмъ, развитіе экономическихъ отношеній требовало созданія *и такой формы реального обезпеченія, при которой вещь, считаясь заложенной кредитору, до наступленія срока платежа оставалась бы въ рукахъ должника*. Особенно сильна была нужда въ этомъ для ссудъ подъ залогъ недвижимостей.

Если потребность въ такой формѣ ощущалась все сильнѣе и сильнѣе, то, съ другой стороны, въ окружающей дѣйствительности встрѣчались и образцы для надлежащаго разрѣшенія задачи.

Такъ, государство и муниципіи, вступая въ договоры (откупа или подряда) съ компаніями капиталистовъ, естественно нуждались въ такомъ или иномъ обезпеченіи со стороны послѣднихъ въ исправномъ исполненіи договора. Такое обезпеченіе осуществлялось *praedibus praediisque*: компанія капиталистовъ выставяла поручителей (*praedes*) и указывала земли, имѣнія (*praedia*), которыя могли быть проданы на случай ихъ неисправности и которыя съ этой цѣлью описывались (*praedia sudsignata*). До наступленія неисправности эти *praedia* оставались въ собственности и во владѣніи ихъ хозяевъ и лишь въ случаѣ неисправности они (въ чьихъ бы рукахъ они къ тому времени не оказались) подвергались продажѣ (*venditio ex lege praediatrica*). Такая форма обезпеченія называется *praediatrica*; какъ видимъ, она имѣетъ всѣ существенныя черты залога, но она примѣнялась лишь въ отношеніяхъ казны и муниципій (ср. *lex Malacitana*. 64, 65, Girard. Textes. p. 115—116).

Съ другой стороны, несомнѣнно, въ греческихъ и эллинизированныхъ провинціяхъ, а также въ греческихъ городахъ южной Италіи уже существовала аналогичная форма залога подъ именемъ *ипотеки (hypotheca)* даже въ отношеніяхъ между частными лицами.

Наконецъ, и описанные выше случаи *pignus* съ *precarium* могли наводить на мысль о возможности усовершенствовать эту форму, придавъ положенію должника болѣе независимый отъ кредитора характеръ.

Какъ бы то ни было, но новая форма залога, получившая въ послѣдствіи названіе *hypotheca* и сохранившая это названіе до сихъ поръ (согласно изслѣдованіямъ *Fehr'a*, это названіе официально введено въ римскій юридическій языкъ только Юстинианомъ и въ *Corpus* вездѣ интерполировано; классическіе юристы говорили о „*rem pignori obligare*“), проникла и въ частный римскій оборотъ, получивъ свою санкцію въ преторскомъ эдиктѣ. Можно спорить о томъ, какой изъ указанныхъ выше образцовъ

сыгралъ въ дѣлѣ выработки этой формы главную роль: по мнѣнію однихъ (Дернбургъ)—греческая *hypotheca*, по мнѣнію другихъ (Jourdan, Manigk)—предиатура, по мнѣнію третьихъ (Herzen)—*pignus*. Во всякомъ случаѣ конкретно историческое возникновение этой формы въ римскомъ правѣ представляется въ слѣдующемъ видѣ.

Древнѣйшимъ случаемъ, гдѣ нашла себѣ осуществленіе идея ипотеки, былъ *зalogъ движимости квартиранта или арендатора*. Съ развитіемъ найма квартиръ и мелкихъ сельскихъ участковъ установился обычай, что все привезенное съ собой квартирантомъ или арендаторомъ, всѣ т. н. *illata, invecta, inducta* (мебель, сельско-хозяйственныя орудія и т. д.), закладывались хозяину съ цѣлью обезпеченія исправнаго выполненія обязанностей изъ найма со стороны квартиранта или арендатора. Весьма вѣроятно, что этотъ обычай выработался на почвѣ договоровъ о *pignus* и *precarium*. Квартирантъ, такимъ образомъ, оставался собственникомъ и владѣльцемъ своей движимости, но она была *pignori obligata* въ пользу кредитора; въ случаѣ неуплаты квартирныхъ денегъ кредиторъ могъ не выпустить вещей изъ квартиры. Отношенія этого рода въ послѣднемъ столѣтіи республики, когда масса бѣдности ютилась по наемнымъ квартирамъ и сидѣла на мелкихъ участкахъ, вызывали, повидимому, много жалобъ и злоупотребленій, а вслѣдствіе этого и особое вниманіе претора. Въ городахъ особенно часты были злоупотребленія со стороны домохозяевъ: подъ предлогомъ какихъ-либо неисправностей квартиранта хозяева часто не выпускали вещей послѣдняго и этимъ лишали его возможности переселиться на другую квартиру. Чтобы облегчить положеніе квартирантовъ, преторъ сталъ давать имъ *interdictum de migrando* (р. и § 1. D. 43. 32). По поводу аренды сельскихъ участковъ, напротивъ, болѣе затруднительнымъ оказывалось положеніе хозяевъ: находясь внѣ постоянного надзора, арендаторъ легко могъ вывезти вещи. Для того, чтобы предоставить хозяевамъ возможность получить эти вещи, преторскій эдиктъ установилъ особое средство—*interdictum Salvianum* (Gai. IV. 147). Но этотъ интердиктъ направлялся только противъ самого *colonus*, а не противъ третьихъ лицъ; для того же, чтобы вытребовать *illata, invecta, inducta* отъ этихъ послѣднихъ, нѣсколько позже былъ установленъ другой искъ—*actio Serviana*. Благодаря этому послѣднему иску, право хозяина на инвентарь арендатора приобрѣло характеръ настоящаго *вещнаго* права: хозяинъ могъ отыскивать эти вещи изъ рукъ всякаго владѣльца ихъ.

Actio Serviana, установленная для одного частнаго случая, явилась первой брешью въ стѣнѣ, загоразивавшей свободное развитіе закладнаго права. Ипотека, признанная для одного случая, требовала себѣ признанія и въ другихъ,—и въ классическомъ правѣ появляется, наконецъ, подъ названіемъ *actio quasi-Serviana* или *actio hypothecaria in rem*, общій искъ для всѣхъ тѣхъ случаевъ, когда по договору сторонъ залогъ установленъ въ формѣ ипотеки, т. е. съ сохраненіемъ въ рукахъ должника какъ соб-

ственности, такъ и владѣнія заложенной вещью. Въ случаѣ неуплаты долга кредиторъ можетъ посредствомъ этого иска вытребовать заложенную вещь себѣ какъ отъ самого залогодателя, такъ и отъ всѣхъ постороннихъ лицъ; послѣдующія распоряженія залогодателя относительно вещи для кредитора не имѣютъ значенія (§ 7. Inst. 4. 6).

Но разъ вещное право было признано для случаевъ ипотеки, тѣмъ болѣе необходимо было признать его и для случаевъ *pignus*, и дѣйствительно, *actio quasi-Serviana* стала примѣняться и здѣсь подъ именемъ *actio pigneraticia*.

Такъ была разрѣшена задача въ одномъ направленіи: закладное право стало подлиннымъ вещнымъ правомъ, причемъ были выработаны двѣ формы залога: съ передачей владѣнія—*pignus* и безъ передачи его—*hypotheca*. Обѣ формы существуютъ рядомъ на выборъ сторонъ, хотя въ то же время сохраняется и старая гражданская форма *fiducia*. Для своего установленія *hypotheca* не нуждается въ какомъ-либо особомъ вещномъ актѣ: вещное право возникаетъ уже съ момента соглашенія.

Оставалась, однако, еще неразрѣшенной задача въ другомъ направленіи: *надо было опредѣлить существенное содержаніе закладнаго права*.

Какъ было указано, на первыхъ порахъ *pignus* предоставляло кредитору только право удерживать вещь до уплаты долга; какихъ-либо иныхъ правъ кредиторъ не имѣлъ; продажа вещи, даже въ случаѣ неуплаты долга, являлась съ его стороны *furtum*. Но, разумѣется, это было слабое обезпеченіе, и обыкновенно при самомъ установленіи *pignus* кредиторъ выговаривалъ себѣ добавочныя права: или право продать вещь—*pactum de vendendo*, или же право удержать вещь въ собственность—*lex commissoria*. Но въ обоихъ случаяхъ необходимо было особое соглашеніе объ этомъ, такъ какъ ни то ни другое право само собою не подразумевалось. То же самое имѣло мѣсто и въ случаяхъ ипотеки. Въ такомъ видѣ закладное право существуетъ еще въ первыя столѣтія имперіи: юристъ Яволень, напр., говоритъ, что продажа вещи безъ *pactum de vendendo* составляетъ *furtum* (fr. 74. D. 47. 2).

Мало-по-малу, однако, все болѣе и болѣе выясняется, что закладное право безъ права продажи лишено своего надлежащаго обезпечительнаго значенія, и юристы конца классическаго періода начинаютъ всякій закладной договоръ толковать въ томъ смыслѣ, что кредитору самымъ этимъ договоромъ предоставляется *jus vendendi*; если же стороны этого права не желаютъ, они должны особымъ соглашеніемъ его исключить (Ульпианъ—fr. 4. D. 13. 7). Т. обр., если ранѣе было необходимо особое *pactum de vendendo*, то теперь необходимо особое *pactum de non vendendo*.

Наконецъ, въ правѣ послѣ-классическомъ развитіе было завершено. Съ одной стороны, имп. Константинъ запретилъ *lex commissoria*, какъ соглашеніе, по большей части прикрывающее сдѣлки ростовщическія. Съ другой стороны, Юстинианъ постановилъ, что даже *pactum de non vendendo* не устраняетъ права

продажи въ случаѣ неуплаты долга, а лишь нѣсколько затрудняютъ его, возлагая на кредитора обязанность три раза предвѣрительно напомнить должнику объ уплатѣ. Въ результатѣ этихъ мѣръ закладное право опредѣлилось окончательно, какъ *вещное право продажи чужой вещи*, каковымъ оно и является по существу.

Но закладное право сохраняетъ въ римскомъ правѣ всѣ черты добавочнаго, *акцессорнаго права*: оно существуетъ только какъ обезпеченіе долгового требованія и раздѣляетъ судьбу этого послѣдняго. Оно должно дать кредитору только то, на что онъ имѣетъ право по его личному требованію, должно гарантировать его отъ убытковъ, а не приносить ему какія-либо прибыли. Вслѣдствіе этого, если дѣло дойдетъ до продажи вещи и вырученная сумма будетъ превышать долгъ, кредиторъ обязанъ излишекъ—т. н. *хурегоша*—выдать должнику. Если же вырученная сумма окажется ниже долга, на недополученное кредиторъ сохраняетъ личное требованіе противъ должника.

Установить-ли залогъ въ формѣ *ignus* или въ формѣ *hypotheca*—это зависѣло отъ воли сторонъ. Въ противоположность современному праву, которое знаетъ для движимыхъ вещей только т. н. ручной залогъ (*ignus*), а для недвижимыхъ только ипотечный, римское право допускало для всѣхъ вещей какъ ту, такъ и другую форму. Если залогъ былъ соединенъ съ передачей вещи (*ignus*), владѣніе кредитора отнюдь не давало ему *права пользованія* заложенной вещью; такое пользованіе составляло видъ кражи, *furtum usus*. И лишь особымъ соглашеніемъ такое право пользованія могло быть предоставлено (*antichresis*).

На одну и ту же вещь—напр. имѣніе, домъ—могло оказаться *нѣсколько ипотекъ*: вещь заложена сначала одному, потомъ другому и т. д. Не препятствуя такому залогу нѣсколько разъ, часто необходимому въ извѣстныхъ хозяйственныхъ условіяхъ, римское право установило для этого случая *принципъ приоритета*: сначала удовлетворяется первое по времени закладное право, потомъ изъ излишка второе и т. д.

III. Право послѣ-классическое.

§ 61.

Объединеніе гражданского и преторскаго права.

Сложная система вещныхъ отношеній, возникнувшая въ періодъ республики и слагавшаяся изъ нѣсколькихъ переплетающихся между собой историческихъ пластовъ (вещныя права квинтиская, преторскія, перегринскія и провинціальныя), представляла, конечно, множество практическихъ неудобствъ. Задачей имперіи и здѣсь является уравненіе исторически разнороднаго и упрощеніе.

Что касается *права собственности*, то изъ четырехъ указанныхъ видовъ его прежде всего отпалъ видъ *собственности перегринской*; законъ Каракаллы 212 г., даровавшій всѣмъ подданнымъ римской имперіи право гражданства, этимъ самымъ уничтожилъ необходимость ея отдѣльнаго существованія. Но она не даромъ существовала въ прошломъ: ея свободное отъ всякихъ мѣстныхъ особенностей содержаніе и циркулированіе въ оборотѣ оказало большое вліяніе на самое понятіе и построеніе собственности римской.

Съ установленіемъ при Діоклетіанѣ новаго административнаго дѣленія территоріи и съ уничтоженіемъ прежняго юридическаго значенія провинцій исчезла и система особыхъ *провинціальныхъ* вещныхъ правъ. Подчиненіе всего (и италійскаго) землевладѣнія новымъ поземельнымъ податямъ (*capitatio terrena* и *capitatio humana*) лишила *solum italicum* прежнихъ податныхъ привилегій.

Такимъ образомъ, въ періодъ монархіи сохранялось еще различіе между *собственностью квинтиской и преторской* (бонитарной). Но это различіе, главнымъ образомъ сказывавшееся въ различіи исковыхъ средствъ защиты (*rei vindicatio—actio Publiciana*), почти совершенно утратило свое практическое значеніе съ тѣхъ поръ, какъ формулярный процессъ замѣнился безформальнымъ экстраординарнымъ процессомъ. Да и главный источникъ квинтиской собственности—формальное приобрѣтеніе *res mancipi*—мало-по-малу изсякаетъ; самое дѣленіе вещей на *res mancipi* и *res mancipi* давно сдѣлалось анахронизмомъ. И можно сказать, что дѣленіе собственности на *dominium ex jure Quiritium* и *in bonis esse* на практикѣ было давно забыто, когда Юстиніану пришлось вспомнить объ этомъ по поводу кодификаціи. Составляя *Digesta*, компиляторы встрѣтились съ этими различіями въ сочиненіяхъ классическихъ юристовъ. и дабы покончить съ ними, обратились къ Юстиніану. Двумя своими указами Юстиніанъ формально уничтожаетъ эти остатки старины. Одинъ изъ этихъ указовъ—указъ 530 г. *de nudo ex jure Quiritium tollendo* (с. unica С. 7. 25)—уничтожаетъ различіе между собственностью квинтиской и бонитарной. Текстъ этого указа характеренъ: по словамъ Юстиніана, квинтиское право ничѣмъ не отличается отъ загадки и никогда не можетъ быть зримо („*nihil aenigmate discrepat nec unquam videtur nec in rebus apparet*“); оно только пустое слово, отпугивающее студентовъ („*vacuum et superfluum verbum, per quod animi invenim... perterriti*“); отнынѣ не должно быть никакого различія между собственниками, всякій есть „*plenissimus et legitimus dominus*“.—Другой указъ 531 г., посвященный реформѣ института давности, въ концѣ касается вопроса о *res mancipi* и *res mancipi* и уничтожаетъ это дѣленіе во избѣжаніе „*inutiles ambiguitates*“ (с. 1. 5. С. 7. 31). Такъ умерли эти пережитки глубокаго народнаго дѣтства, казавшіяся современникамъ Юстиніана уже только „*antiquae subtilitatis ludibrium*“.

Также выходятъ изъ употребленія въ теченіе этого періода и старые квинтискіе способы передачи права собственности—

mancipatio и *in jure cessio*. *Mancipatio* еще упоминается в *Codex Theodosianus*, в указъ 355 г., но ко времени Юстиниана она уже, какъ и *in jure cessio*, не существуетъ. Въ *Digesta* во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ юристы говорили о *mancipatio*, она замѣнена *traditio* или аналогичными выражениями („per traditionem accipere“ и т. д.).

Единственнымъ способомъ перенесенія права собственности по договору остается *traditio*. Но римское право и теперь стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что вещное право (собственности) можетъ быть передано только этимъ особымъ вещнымъ актомъ *traditio*; простое соглашеніе сторонъ для этого недостаточно; „*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*“, гласитъ указъ Диоклетіана (с. 20. С. 2. 3).

Но, провозгласивъ этотъ совершенно правильный теоретически принципъ, римское право не дало ему надлежащаго развитія. Особый вещный актъ при переходѣ права собственности въ другія руки желателенъ для того, чтобы всѣ третьи лица могли по тому или иному внѣшнему признаку легче судить о томъ, кто собственникъ данной вещи. По отношенію къ движимымъ вещамъ переходъ владѣнія (*traditio*) можетъ служить такимъ достаточнымъ признакомъ; не стѣсняя свободы оборота, трудно требовать большаго. Иначе обстоитъ дѣло по отношенію къ *недвижимостямъ*: онѣ являются наиболѣе важными объектами оборота, на нихъ могутъ покоиться важныя права другихъ лицъ (сервитуты, закладныя права и т. д.). Все это привело современное право къ установленію принципа публичности для актовъ на недвижимость, принципа, нашедшаго себѣ наиболѣе полное выраженіе въ институтѣ *поземельныхъ книгъ*. Всякая переуступка права собственности, всякое установленіе сервитута или ипотеки должны быть отмѣчены особой записью въ официальныхъ поземельныхъ книгахъ, вслѣдствіе чего всякое заинтересованное лицо, справившись въ нихъ, можетъ имѣть вѣрныя свѣдѣнія о юридическомъ положеніи интересующаго его имѣнія.

Римское право въ этомъ направленіи надлежащаго шага не сдѣлало. Движимость и недвижимость для него стоятъ на одной доскѣ. Хотя старая *mancipatio* и не представляла полныхъ гарантій публичности въ описанномъ смыслѣ, но все же она была болѣе публична, чѣмъ безформальная *traditio*; и въ этомъ отношеніи отпаденіе *mancipatio* являлось даже шагомъ назадъ. О совершившейся *traditio* огромнаго имѣнія могъ почти никто не знать; прежній собственникъ могъ еще долго въ широкихъ кругахъ считаться за собственника и заключать новыя сдѣлки о томъ же имѣніи; разумѣется, всѣ эти сдѣлки окажутся впоследствии ничтожными, но онѣ оставятъ послѣ себя массу вреда и разореній. Отсутствие публичности составляетъ, поэтому, едва ли не самое слабое мѣсто римскаго права, которое пришлось затѣмъ уже самостоятельно исправлять новымъ народамъ.

Нужно, однако, сказать, что недостатокъ этотъ уже сознавался римскими императорами, и нѣкоторыя попытки въ

смыслѣ усиленія публичности могутъ быть отмѣчены*). Такъ, заслуживаетъ указанія законъ имп. Константина (Fr. Vat. 35), которымъ предписывалось совершать *traditio* имѣнія въ присутствіи сосѣдей—такъ, чтобы „*contractus solemniter explicatur*“ и чтобы „*certa et vera proprietatis vicinis praesentibus demonstratur*“. На западѣ, повидимому, былъ довольно распространенъ обычай торжественнаго ввода во владѣніе—*solemnis locorum introductio*, даже иногда съ записью въ окладныя книги (*libri censuales*). Но все это были обычаи юридически необязательные. И только въ одной части римскаго государства дѣло обстоитъ иначе—именно въ Египтѣ**). Здѣсь уже въ I столѣтіи по Р. Х. мы находимъ вполне организованный институтъ обязательной регистраціи актовъ о недвижимостяхъ, своего рода институтъ поземельныхъ книгъ. Въ главномъ городѣ cadaго округа существуетъ официальное учрежденіе—т. н. βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων—подъ начальствомъ особыхъ βιβλιοφύλακες. Для совершенія какого-либо акта на недвижимость (продажа, залогъ и т. д.) необходимо предварительное удостовѣреніе указаннаго учрежденія о томъ, что такое-то лицо является собственникомъ данной недвижимости и что на ней нѣтъ никакихъ ограниченій, которыя бы препятствовали совершенію предполагаемаго акта. На основаніи такого удостовѣренія нотаріусъ совершаетъ самый актъ, но этотъ актъ долженъ быть представленъ затѣмъ въ „библіотеку“ для занесенія въ особый реестръ, который и служитъ источникомъ свѣдѣній о юридическомъ положеніи недвижимостей. Какимъ образомъ установился въ Египтѣ этотъ порядокъ—вопросъ не вполне выясненный: высказывается даже мысль о томъ, что онъ былъ заведенъ самими римлянами послѣ установленія владычества надъ Египтомъ. Существованіе этого порядка мы наблюдаемъ (по документамъ) еще въ началѣ IV в., но удержался ли онъ долѣе, неизвѣстно. Во всякомъ случаѣ этотъ любопытный опытъ почти современный поземельной записи остался въ Римской имперіи мѣстнымъ явленіемъ Египта и не повліялъ на общеперимское римское право.

Существованію реформъ подвергся въ періодъ имперіи институтъ *давности*. Цивильная *usucapio* была непримѣнима въ отношеніяхъ между peregrинами и въ провинціяхъ, а между тѣмъ давность была тамъ нужна въ такой же степени, какъ и въ цивильныхъ отношеніяхъ. Вслѣдствіе этого тамъ возникаетъ свой институтъ давности—т. н. *longi temporis praescriptio****). Общее происхожденіе ея, однако, иное, чѣмъ цивильной *usucapio*. Отправной идеей *longi temporis praescriptio* была не идея приобрѣтенія права собственности путемъ продолжительнаго владѣнія (приобрѣтательная давность), а идея погашенія иска

*) См. *Costa*. Storia del diritto romano privato. p. 225 и сл.

***) См. *Mitteis*. Grundzüge und Chrestomatie der Papyruskunde. Bd. II. 1. S. 90 и сл.—*Фреге*. Очерки греко-египетскаго права, ч. I. стр. 86 и сл.

****) См. *Partsch*. Die longi temporis praescriptio im classischen röm. Rechte. 1906.

собственника вслѣдствіе долговременнаго непредъявленія его (погасительная давность). Отсюда безразличіе въ срокахъ для движимости и недвижимости: *longi temporis praescriptio* требуетъ истеченія 10 лѣтъ, если истецъ и отвѣтчикъ живутъ въ одной провинціи (*inter praesentes*) и 20 лѣтъ, если въ разныхъ (*inter absentes*), но движимость или недвижимость не имѣетъ значенія. Далѣе, предъявляя возраженіе о погашеніи иска, отвѣтчикъ можетъ присчитать ко времени своего владѣнія и время владѣнія своего предшественника (*accessio temporis*). Но самое существенное заключается въ томъ, что *l. t. praescriptio* являлась первоначально только *возраженіемъ* (*praescriptio pro reo*) противъ иска собственника; самостоятельнаго же права на отыскиваніе вещи изъ рукъ собственника или третьихъ лицъ (если она попадетъ къ нимъ по истеченіи срока *praescriptio*) владѣлецъ не имѣлъ. Но этотъ недостатокъ былъ восполненъ впоследствии: владѣльцу стали давать не только возраженіе, но и *actio ad rem vindicandam*, вслѣдствіе чего *l. t. praescriptio* получила характеръ давности пріобрѣтательной и стала находить себѣ примѣненіе даже въ отношеніи между *cives romani*.

Т. обр. въ періодъ монархіи по отношенію къ давности фактически дѣло обстояло такъ: въ Италіи дѣйствовала по общему правилу гражданская *usucapio*, въ провинціяхъ *longi t. praescriptio*. Но такая двойственность уже перестала оправдываться реальными условіями; въ частности 2-лѣтній срокъ гражданской *usucapio* для недвижимостей, достаточный въ то время, когда территорія Рима была невелика, рѣшительно оказывался слишкомъ краткимъ, когда онъ распространился на всю Италію. Ввиду всего этого Юстиніанъ особымъ указомъ 531 г. *de usucapione transformanda* (Cod. 7. 31) комбинировалъ обѣ историческія давности слѣдующимъ образомъ: для движимыхъ вещей дѣйствуетъ *usucapio*, по съ удлиненіемъ срока до 3 лѣтъ, а для недвижимостей *longi temporis praescriptio* въ 10 или 20 лѣтъ, причемъ условія давностнаго владѣнія (*bona fides*, *justus titulus* и *res habilis*) въ обоихъ случаяхъ одни и тѣ же. Такъ образовалась т. н. *praescriptio ordinaria*.

Но рядомъ съ нею Юстиніаномъ была создана *praescriptio extraordinaria* или *longissimi temporis praescriptio*. Императоръ Феодосій II указомъ 424 г. установилъ общую погасительную исковую давность въ 30 (а для нѣкоторыхъ исковъ въ 40) лѣтъ; по истеченіи этого срока истецъ уже не можетъ предъявлять своего иска. Вслѣдствіе этого для лица, владѣющаго чужою вещью, создано такое же положеніе, какое мы видѣли при первоначальной *longi temporis praescriptio*: онъ могъ отразить искъ собственника, но не имѣлъ средства для полученія вещи назадъ, если она вышла изъ его рукъ. Юстиніанъ указомъ 528 г. (с. 8. I. C. 7. 39) сдѣлалъ то, что было раньше сдѣлано по отношенію къ *l. t. praescriptio*: онъ далъ такому владѣльцу и искъ. Вслѣдствіе этого возникла вторая давность, болѣе продолжительная по времени, но болѣе льготная по условіямъ: для нея требуется

только *bona fides* владѣльца; т. обр. лицо, которое не могло пріобрѣсти вещь путемъ обыкновенной давности (напр., вслѣдствіе отсутствія *justus titulus* или вслѣдствіе того, что вещь была *res furtiva*), пріобрѣтало ее путемъ давности чрезвычайной.

Кромѣ указанныхъ основныхъ реформъ въ области способовъ пріобрѣтенія права собственности, императорское время дало также нѣсколько *спеціальныхъ постановленій*, регулирующихъ нѣкоторые другіе случаи пріобрѣтенія права собственности. Таково указъ Адриана, подтвержденный Юстиніаномъ, о судьбѣ найденнаго клада (*thesaurus*): половина принадлежитъ нашедшему; половина—собственнику земли, въ которой кладъ найденъ. Таково рѣшеніе Юстиніана, устранившее старый споръ между прокулянцами и сабиньянцами о судьбѣ вещи, сдѣланной изъ чужого матеріала (*specificatio*): прокулянцы собственность на вещь отдавали тому, кто совершилъ *specificatio*, сабиньянцы—тому, кому принадлежалъ матеріалъ; Юстиніанъ взялъ среднее рѣшеніе: вещь принадлежитъ хозяину матеріала, если она можетъ быть возвращена въ прежній видъ, и спецификанту, если не можетъ (fr. 7. 7. D. 41. 1).

Въ области правъ на чужія вещи наиболѣе существеннымъ результатомъ законодательной дѣятельности позднѣйшихъ императоровъ явилось завершеніе развитія *права вещной наследственной аренды*, намѣченнаго уже въ *jus in agro vectigali* преторскаго права.

Въ періодъ имперіи рядомъ съ этимъ *jus in agro vectigali* сталъ развиваться другой видъ такой аренды подъ именемъ *emphyteusis*. Въ огромныхъ императорскихъ имѣніяхъ (*fundi patrimoniales*) земли—чаще всего невоздѣланныя—стали раздаваться арендаторамъ въ наемъ за извѣстный ежегодный оброкъ (*canon*). Первоначально этотъ наемъ былъ безсрочнымъ только фактически, но затѣмъ онъ дѣлается таковымъ и юридически. Съ теченіемъ времени обычай раздавать земли въ вѣчную аренду распространяется и на частныхъ владѣльцевъ, и сфера примѣненія этого института расширяется. Мало-по-малу незначительная различія, быть можетъ, отдѣлявшая *jus in agro vectigali* отъ эмфитевтической аренды, сгладились, и ко времени Юстиніана мы имѣемъ уже одинъ институтъ этого рода, обыкновенно называющійся *emphyteusis*. (Въ *Digesta* вслѣдствіе этого мы находимъ интерполяціонныя вставки—напр., fr. 15. 1. D. 2. 8: „sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum, agrum possidet, possessor intelligitur“; „id est emphyteuticum“—интерполяція).

Въ то же время императорское законодательство точнѣе опредѣлило природу эмфитевтическаго отношенія и его содержаніе. Среди классическихъ юристовъ вопросъ о природѣ договора относительно сдачи *agri vectigales* возбуждалъ разногласія: одни считали этотъ договоръ наймомъ вещи, *locatio-conductio*, другіе куплей-продажей, *emptio-venditio* (Gai. III. 145). Вопросъ этотъ имѣлъ для арендаторовъ большое практическое значеніе: если это договоръ найма, тогда по общимъ правиламъ *locatio-*

conductio арендаторъ въ случаѣ какихъ-либо чрезвычайныхъ бѣдствій (неурожая и т. п.) могъ требовать сложенія арендной платы (remissio mercedis); если же это договоръ купли-продажи, то нѣтъ. Императоръ *Зенонъ* (476—484 г.) устранилъ эти разногласія, рѣшивъ, что установление emphyteusis есть не наемъ и не продажа, а „*jus tertium*“, т. е. контрактъ особаго рода, причемъ вопросъ о remissio mercedis былъ разрѣшенъ имъ отрицательно (с. 1. С. 4. 66). Далѣе *Юстиніанъ* установилъ, что въ случаѣ неуплаты оброка въ течение трехъ лѣтъ хозяинъ имѣетъ право отнять участокъ у владѣльца (jus privationis), а въ случаѣ продажи эмфитевтой своего права хозяинъ имѣетъ или право преимущественной покупки (jus protimiseos) или право на пошлину въ размѣрѣ 2% о продажной цѣны (laudemium—с. 2 и 3. С. 4. 66).

Что касается *закладнаго права*, то изъ трехъ формъ залога, извѣстныхъ классическому праву,—*fiducia*, *pignus* и *hypotheca*—старѣйшая форма, *fiducia*, отпала вмѣстѣ съ отпаденіемъ *mancipatio* и *in jure cessio*; т. обр., ко времени Юстиніана существуютъ только двѣ послѣднія. Кромѣ того, что *pignus* включаетъ въ себѣ передачу владѣнія, а *hypotheca* нѣтъ,—другихъ различій между этими формами не замѣчается, такъ что Марціанъ могъ сказать „*inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*“ (fr. 5. 1. D. 20. 1). Въ качествѣ наиболѣе любопытныхъ явленій позднѣйшаго времени въ области залоговыхъ отношеній должны быть указаны слѣдующія.

Закладное право и теперь устанавливается простымъ соглашеніемъ между сторонами. Если, какъ было указано, даже *traditio* при передачѣ права собственности недостаточно гарантировала оборотъ на недвижимости отъ злоупотребленій, то для установленія ипотеки даже такой *traditio* не требовалось, вслѣдствіе чего возможность злоупотребленій на этой почвѣ была еще больше. Давая ссуду подъ залогъ имѣнія, кредиторъ никогда не могъ быть увѣренъ, что на это имѣніе уже не существуетъ цѣлаго ряда ипотекъ. Даже болѣе того: легко были возможны злоупотребленія въ томъ отношеніи, что при приближеніи взыскація по ипотекѣ должникъ могъ установить подложныя (заднимъ числомъ) ипотеки въ пользу другихъ лицъ; раскрыть такую подложность дать при соглашеніи этихъ лицъ съ должникомъ было, разумѣется, почти невозможно. Чтобы парализовать подобныя злоупотребленія, *имп. Левъ* указомъ 472 г. (с. 11. 1. С. 8. 17) постановилъ, что при стеченіи нѣсколькихъ ипотекъ преимущество должны имѣть тѣ изъ нихъ, которыя установлены въ письменномъ документѣ, совершенномъ съ участіемъ официального нотариуса (*instrumenta publice confecta*) или же скрѣпленномъ подписью по крайней мѣрѣ трехъ свидѣтелей—(*instrumenta quasi publice confecta*); дата такихъ документовъ считается прочной. Но указъ Льва только отодвигаетъ неформальныя ипотеки на второй планъ при столкновеніи; поскольку такого столкновенія нѣтъ, и онѣ имѣютъ полную силу; принципомъ остается, что ипотека можетъ быть установлена и *nuda conventione* (fr. 1 pr. D. 13. 7).

Кромѣ закладныхъ правъ, устанавливаемыхъ договоромъ, въ римскомъ правѣ появляются закладныя права, возникающія непосредственно въ силу закона—*hypotheca legalis* (римскіе юристы фингировали здѣсь молчаливое соглашеніе и говорили о *pignus tacite contractum*—tit. D. 20. 2), и чѣмъ далѣе, тѣмъ случаевъ подобнаго рода встрѣчается больше. Такъ, напр., обычай закладывать *illata* квартирантовъ съ теченіемъ времени превратился въ законное закладное право домохозяина, само собою подразумевающееся. Такъ же точно возникли: законное закладное право собственника сельскаго участка на плоды его (сжатый хлѣбъ и т. д.) по поводу неисправностей арендатора; закладное право опекаемаго на имущество опекуна; закладное право фиска по поводу его требованій къ частнымъ лицамъ и т. д. Законодательство позднѣйшихъ императоровъ щедро расточало подобныя привилегіи, естественно понижая ихъ цѣнность и до крайности ослабляя силу требованій непривилегированныхъ.

Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить развитіе т. н. *генеральныхъ ипотекъ*—*hypotheca generalis*. Рядомъ съ обыкновеннымъ залогомъ, устанавливаемымъ на одну опредѣленную вещь (*принципъ специальности залога*), появляются ипотеки на *все вообще имущество лица*. Такія генеральныя ипотеки принадлежатъ уже *ipso jure* (въ силу закона—*hypotheca legalis*) казнѣ на имущество ея должниковъ (с. 2. С. 8. 14), опекаемому на имущество опекуна, женѣ на имущество мужа по поводу приданаго и т. д. При общей расшатанности реального кредита законодательство пыталось еще такимъ путемъ подкрѣпить требованія, по его мнѣнію, нуждающіяся въ особомъ покровительствѣ, но лишь ухудшало этимъ общее положеніе еще болѣе.

Недостатокъ публичности вещно-правовыхъ актовъ на недвижимости на почвѣ общаго экономическаго упадка привелъ римскую залоговую систему въ состояніе чрезвычайно неудовлетворительное. Въ рѣшеніяхъ классическихъ юристовъ и въ области залога мы находимъ множество чрезвычайно цѣннаго, но все это только изящная отдѣлка, орнаменты зданія, которое должно было новымъ временемъ быть перестроено на новыхъ началахъ—публичности и специальности залога, ибо только эти начала могутъ быть основаніемъ здоровой системы реального кредита.

ГЛАВА VIII.

Исторія обязательствъ.

§ 62.

Введеніе. Общее понятіе обязательства.

Обязательство, *obligatio*, по опредѣленію позднѣйшаго римскаго права и по нашимъ нынѣшнимъ представленіямъ, есть такое юридическое отношеніе между двумя лицами, въ силу котораго одно изъ нихъ—*creditor*—имѣетъ право требовать отъ другого—*debitor*—исполненія чего-либо въ свою пользу: „*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*“—такъ гласитъ легальное опредѣленіе въ Институціяхъ Юстиніана (pr. In. 3. 13).

Содержаніе обязательствъ можетъ быть чрезвычайно разнообразно. Оно можетъ состоять въ обязанности передать кредитору какую-либо вещь (напр., при куплѣ-продажѣ)—*dare*, въ обязанности что-либо сдѣлать или не дѣлать—*facere* или *non facere* (построить домъ, не препятствовать мнѣ ловить рыбу въ вашемъ прудѣ и т. п.), въ обязанности возмѣстить причиненный вредъ—*praestare*. Вообще все то, что возможно („*impossibile nulla obligatio*“) и что не противно закону, можетъ быть предметомъ обязательства. Обязательство есть та юридическая форма, посредствомъ которой люди удовлетворяютъ свои самыя разнообразныя конкретныя нужды, регулируя свои отношенія.

Обязательственныя отношенія возникаютъ изъ различныхъ источниковъ. Многія изъ нихъ устанавливаются самимъ закономъ—*obl. ex lege* (напр., обязанность родителей и дѣтей давать другъ другу содержаніе, т. н. алименты); большинство, однако, является результатомъ частныхъ дѣйствій, причѣмъ эти дѣйствія будутъ или *правонарушеніями, деликтами* (кража, уничтоженіе или поврежденіе чужой вещи и т. д.) или же *юридическими актами* (сдѣлками: договоръ купли-продажи, займа и т. д.). Эти послѣдніе (юрид. акты) являются основнымъ факторомъ граждански-правовой жизни, основнымъ средствомъ для осуществленія той индивидуальной автономіи, которая служитъ принципальнымъ предположеніемъ самаго гражданскаго права.

Всякое обязательство, каково бы ни было его содержаніе, создаетъ извѣстную юридическую связь между его сторонами, кредиторомъ и должникомъ,—нѣкоторое *juris vinculum* (русское выраженіе „обязательство“ происходитъ также отъ стараго „обязательство“). Но юридическая природа этой связи въ теченіе исторіи подверглась самому глубокому измѣненію. По нашимъ нынѣшнимъ представленіямъ, должникъ связанъ обязательствомъ только въ томъ смыслѣ, что, въ случаѣ неисполненія имъ своей обязанности, изъ его имущества будутъ взысканы возникшіе для кредитора убытки (т. н. интересъ—*id quod interest*). Самая личность должника остается свободной; за него отвѣчаетъ только его имущество, вслѣдствіе чего и самое обязательство имѣетъ характеръ нѣкотораго особаго права кредитора къ этому послѣднему. Но не такова была сущность обязательственной связи въ древности, и исторія римскаго права даетъ намъ наглядную картину совершившейся въ этомъ отношеніи эволюціи.

Въ общемъ ходѣ исторіи римскихъ обязательствъ мы различаемъ два историческихъ слоя: старое цивильное право и систему позднѣйшаго времени. Но и здѣсь нужно сказать, что хронологически эти слои не отдѣлены другъ отъ друга рѣзкою гранью: зачатки новаго слоя постоянно переплетаются съ пережитками стараго, вслѣдствіе чего и самое указанное дѣленіе имѣетъ условный характеръ.

I. Старое цивильное право.

§ 63.

Обязательства изъ деликтовъ.

Той областью, въ которой прежде всего зародились обязательства, была область правонарушеній, деликтовъ. Мы уже видѣли (§ 7), что государственная власть въ древнѣйшее время не вмѣшивалась въ столкновенія между частными лицами; реагировать такъ или иначе на причиненную обиду было дѣломъ самого обиженнаго. Отсюда институтъ *мести*: своимъ преступленіемъ преступникъ отдавалъ себя на произволь обиженнаго; самая личность преступника была объектомъ для мщенія, причѣмъ содержаніе преступленія было безразлично—нанесеніе ранъ, личной обиды, причиненіе имущественнаго вреда. Во всѣхъ случаяхъ потерпѣвшій мстилъ самому обидчику: личность послѣдняго отвѣчала за преступленіе. Въ такомъ видѣ впервые возникло понятіе *отвѣтственности* (*Haftung*) одного лица передъ другимъ. Но это еще не обязательство: обидчикъ подлежитъ мщенію, но еще ничего не *долженъ*; есть *отвѣтственность* (*Haftung*), но нѣтъ еще *долга* (*Schuld*)*).

*) Ср. *Gierke. Schuld und Haftung im älteren deutschen Rechte. 1910.*

Месть, однако, можетъ быть отстранена путемъ *соглашенія* между обиженнымъ и обидчикомъ; обиженный отказывается отъ мести подъ условіемъ, если обидчикъ уплатитъ что-либо. Но и въ этомъ отношеніи мы не имѣемъ еще обязательства: обязанности для обидчика уплатить не существуетъ; если онъ не уплатитъ, все возвращается въ прежнее состояніе, т. е. онъ будетъ подлежать мести обиженного.

Мало-по-малу государство начинаетъ вмѣшиваться въ эту область и сначала ограничиваетъ, а потомъ и вовсе запрещаетъ мести; взамѣнъ ея устанавливаются извѣстные частные (т. е. идущіе въ пользу обиженного) *штрафы*. То, что раньше было добровольнымъ, теперь дѣлается обязательнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ государственная власть естественно беретъ на себя задачу гарантировать получение обиженнымъ установленнаго штрафа. И вотъ здѣсь-то впервые возникаетъ юридическое состояніе долга, обязательства: обидчикъ уже долженъ, обязанъ уплатить потерпѣвшему штрафъ (роена). Но неисполненіе этого обязательства еще долго влечетъ за собой послѣдствія, подобныя тѣмъ, которыя наступали прежде при неисполненіи добровольнаго соглашенія о выкупѣ, т. е. мести.

Выступая со своими ограниченіями и запретами мести, государственная власть на первыхъ порахъ дѣйствуетъ очень осторожно: всѣ ея запреты могутъ оказаться безсильными тамъ, гдѣ они столкнутся съ раздраженнымъ до крайности чувствомъ обиженного. Вслѣдствіе этого указанная фиксация штрафовъ прежде всего получаетъ примѣненіе по отношенію къ деликтамъ болѣе легкимъ, при которыхъ личное раздраженіе не такъ интенсивно. Нормы объ отношеніяхъ изъ деликтовъ имѣютъ, поэтому, долго смѣшанный, переходный характеръ, и именно такой смѣшанностью, переходностью отмѣчено старѣйшее римское право—*право законовъ XII таблицъ*. Въ этихъ законахъ мы имѣемъ слѣдующіе виды *delicta privata*.

1) *Injuria*—т. е. посягательство на личность. Законы XII т. различаютъ три степени *injuria*. Во-первыхъ, самую тяжкую степень составляетъ членовредительство—*membrum ruptum*; для этого случая въ законахъ XII т. сохраняется еще старый порядокъ—мщеніе по началамъ око за око, зубъ за зубъ (*talio*), если не состоялось добровольнаго соглашенія между сторонами: „*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*“. Вторую степень составляютъ другія, не столь тяжкія, раненія—*os fractum*; здѣсь уже мщеніе запрещается: обидчикъ долженъ уплатить обязательный штрафъ въ 300 ассовъ, если пострадавшій былъ человѣкомъ свободнымъ, и 150 ассовъ, если раненіе было причинено рабу. Наконецъ, третій видъ *injuria* состоитъ въ нанесеніи иной, но все же физической, обиды: въ побояхъ безъ пораненій, оскорбительныхъ ударахъ и т. д.—*verberatio, pulsatio*; обидчикъ долженъ уплатить штрафъ въ 25 ассовъ (*Girard. Textes. p. 17—18*).

2) *Furtum*—воровство. Послѣдствія *furtum* различны, смотря по тому, былъ ли преступникъ захваченъ на мѣстѣ преступления или

нѣтъ; въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть *furtum manifestum*, во второмъ *furtum nec manifestum* (Gai. III. 183—184).

Если воръ захваченъ на мѣстѣ преступления (*furtum manifestum*), то по законамъ XII т. его постигаетъ тяжелая кара. Если воровство произошло ночью, а также, хотя бы и днемъ, но воръ оружіемъ противился своему задержанію, то онъ можетъ быть безнаказанно убитъ („*Si nox furtum faxit, si im occisit, jure caesus esto. Luci... si se telo defendit*“). Требуется только, чтобы захваченный воръ немедленно крикомъ созвалъ народъ („*endoque plorato*“, „*cum clamore testificetur*“—fr. 4. 1. D. 9. 2). Въ другихъ случаяхъ вора дневного убивать уже запрещается; онъ подвергается тѣлесному наказанію и отдается обокраденному (Gai. III. 189: „*verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat*“). Но каково было его положеніе, это, по свидѣтельству Гая, было уже неясно для самихъ римскихъ юристовъ: по мнѣнію однихъ, онъ попадалъ въ положеніе раба; по мнѣнію другихъ—въ положеніе *addictus*, т. е. приговореннаго должника. Практически разница сводилась только къ тому, что въ послѣднемъ случаѣ воръ имѣлъ еще возможность въ теченіе 60 льготныхъ дней выкупить себя; но, разумѣется, въ отношеніи выкупа онъ находился уже въ полной зависимости отъ обокраденнаго: такъ какъ роена не была таксирована, то послѣдній могъ потребовать отъ вора, сколько хотѣлъ. Если воромъ былъ рабъ, то онъ подвергался смертной казни посредствомъ сбрасыванія съ Тарпейской скалы.

Если воръ не былъ захваченъ на мѣстѣ преступления (*furtum nec manifestum*), то онъ долженъ былъ только уплатить штрафъ въ размѣрѣ двойной стоимости украденной вещи—*poena dupli* (Gai. III. 190).

Столь рѣзкая разница въ послѣдствіяхъ между *furtum manifestum* и *nec manifestum*, очевидно, не можетъ быть объяснена тѣми соображеніями, которыми руководимся мы при повышеніи или пониженіи степени наказанія,—ни степенью напряженности злой воли преступника, ни размѣрами причиненнаго вреда. Напряженность злой воли можетъ быть одинакова, но будетъ ли воръ захваченъ или нѣтъ—это зависитъ отъ многихъ случайностей. Что касается размѣровъ вреда, то при *furtum manifestum*, по общему правилу, вреда вовсе нѣтъ, такъ какъ вещь осталась у хозяина. Наконецъ, и понятное для насъ различіе между воровствомъ (тайнымъ) и грабежомъ (явнымъ) также для законовъ XII т. не имѣетъ значенія, ибо различіе между *furtum manifestum* и *nec manifestum* съ этимъ различіемъ не совпадаетъ: если грабитель убѣжалъ, то, хотя бы онъ и былъ хорошо извѣстенъ, онъ будетъ отвѣчать только какъ *fur nec manifestus*.

Всѣ эти нормы законовъ XII т. могутъ быть поняты только съ точки зрѣнія той переходности, которая была отмѣчена выше. Онѣ продиктованы не разумомъ, а чувствомъ; законъ считался не съ такими или иными социально-политическими соображеніями, а съ психологіей потерпѣвшаго. Если воръ захваченъ на мѣстѣ преступления, гнѣвъ потерпѣвшаго выливается тотчасъ же ввидѣ

естественнаго для примитивнаго человѣка мщенія, и закону ничего другого не остается, какъ признать, что убійство при подобныхъ условіяхъ не вмѣняется въ вину („iure caesus esto“). И если законы XII т. запрещаютъ убійство вора дневнаго, то это уже съ точки зрѣнія того времени значительный шагъ впередъ: законъ, хотя бы цѣной отдачи вора въ распоряженіе обокраденнаго, стремится спасти его по крайней мѣрѣ отъ немедленной смерти.

Другое дѣло, если воръ не былъ захваченъ и воровство было обнаружено только послѣдствіемъ. Непосредственное чувство уже нѣсколько улеглось и потерпѣвшій болѣе склоненъ, вмѣсто безполезнаго для него убійства, вступить съ воровомъ въ соглашеніе о выкупѣ. Законы XII т., опираясь на эту психологию, дѣлаютъ этотъ выкупъ обязательнымъ, опредѣляя его размѣры ввидѣ *roena dupli*.

Но государственная власть еще не беретъ на себя обнаруженія и преслѣдованія преступника—все это остается еще дѣломъ самого потерпѣвшаго. Вслѣдствіе этого ему должны быть предоставлены и необходимыя для этого средства. Одно изъ важнѣйшихъ средствъ для обнаруженія вора составляетъ *обыскъ*. Но производство обыска связано съ вторженіемъ въ домъ подозрѣваемаго, а мы знаемъ, что домъ римлянина былъ неприкосновеннымъ: даже для того, чтобы позвать на судъ, надо было выжидать отвѣтчика передъ его домомъ, такъ какъ войти въ домъ противъ его воли было нельзя. Этимъ объясняется, что, устанавливая нормы о *furtum*, законы XII т. содержатъ также и *положенія объ обыскахъ*. При этомъ они знаютъ два вида обыска.

Одинъ обыскъ строго формальный, обставленный нѣсколько странной съ нашей нынѣшней точки зрѣнія процедурой—т. н. *quaestio lance et licio*. По свидѣтельству Гая (III. 192), законы XII т. постановляли, что тотъ, кто желалъ произвести обыскъ, долженъ былъ войти въ домъ голымъ (*nudus*), лишь имѣя повязку вокругъ бедръ (*licio cinctus*) и держа въ рукахъ сосудъ (*lancem habens*). Позднѣйшіе римскіе юристы пытались дать объясненіе этимъ формальностямъ съ точки зрѣнія цѣлесообразности: голымъ нужно быть для того, чтобы нельзя было пронести въ одеждѣ и подбросить якобы украденную вещь; быть *licio cinctus*—для того, чтобы все же не оскорблять стыдливости находящихся въ домѣ женщинъ; держать въ рукахъ *lanx*—либо опять-таки для того, чтобы руки обыскивающего были заняты, либо для того, чтобы положить туда вещь въ случаѣ ея нахождения (Gai. III. 193). Но понятно, что съ этой точки зрѣнія всѣ эти формальности не выдерживаютъ критики и что Гаю весь этотъ законъ казался только смѣшнымъ („*ridicula est*“). Вѣроятно, однако, что происхождение всей этой процедуры другое, что мы имѣемъ здѣсь нѣкоторый пережитокъ отдаленной эпохи, тѣмъ болѣе, что нѣчто аналогичное мы встрѣчаемъ и въ исторіи другихъ народовъ. По мнѣнію *Геринга* *), *quaestio lance et licio* есть отголосокъ общепарійской

*) *Ihering*. Vorgeschichte der Indoeuropäer. S. 14. и сл.

старинны, слѣдъ этой жаркой прародины, гдѣ всѣ обыкновенно ходили голыми, только съ повязкой вокругъ бедръ. Что касается сосуда, *lanx*, то, по мнѣнію *Геринга*, онъ нуженъ былъ лишь, какъ вышнее выраженіе того, что дѣло идетъ о поискахъ вещи. Вѣроятно, однако, предположить, что *lanx* есть нѣчто вродѣ жертвеннаго сосуда: въ домъ входятъ и обыскъ совершается подъ покровительствомъ и руководствомъ божества, какъ нѣкоторое религиозное дѣйствіе. Этотъ сакральный характеръ обыска открывалъ доступъ въ домъ и обезоруживалъ возможное сопротивленіе. Во всякомъ случаѣ, если при такомъ обыскѣ вещь будетъ найдена, собственникъ дома отвѣчаетъ, какъ *fur manifestus*: опять-таки, вѣроятно, потому, что въ древнѣйшее время это была общая отвѣтственность для всякихъ видовъ воровства.

Quaestio lance et licio была, повидимому, единственной формой обыска въ древности. Но законы XII т. знаютъ уже и *обыскъ простой съ пониженной отвѣтственностью* *). Какъ производился этотъ обыскъ, мы не знаемъ; Гай (III. 186) сообщаетъ только, что онъ происходилъ со свидѣтелями (*testibus praesentibus*). Если вещь была найдена, то хозяинъ дома отвѣчалъ штрафомъ втрое—*roena tripli*—за т. н. *furtum conceptum*; но если онъ самъ не былъ воровомъ, если вещь онъ получилъ отъ кого-либо другого, то онъ можетъ взыскивать уплаченную имъ *roena tripli* съ этого послѣдняго—*furtum oblatum* (Gai. III. 187).

3) Что касается третьяго деликта, извѣстнаго нѣсколько болѣе позднему гражданскому праву, именно *damnum injuria datum* (поврежденіе или уничтоженіе чужихъ вещей),—то положеніе его въ законахъ XII т. неясно. Несомнѣнно, что нѣкоторые отдѣльные виды этого деликта были предусмотрены въ XII т. Такъ, выше (§ 7) было указано, что *поджогъ* влекъ за собой даже уголовное наказаніе—*roena capitalis*. Мы видѣли, далѣе, что *пораженіе чужого раба* разсматривалось, какъ *injuria* его хозяину, и влекло штрафъ въ 150 ассовъ. До извѣстной степени сюда же относится архаическій деликтъ—*поврежденіе чужихъ построекъ при помощи колдовства* (§ 7). Наконецъ, мы знаемъ, что законы XII т. устанавливали специальную отвѣтственность за *порубку чужихъ деревьевъ* ввидѣ штрафа въ 25 ассовъ за каждое срубленное дерево—*actio arborum furtim caesarum* или *actio de arboribus suscisis* (Gai. IV. 11).

Но все это только спеціальныя постановленія. Существовала ли, кромѣ нихъ, еще какая-либо *общая норма* относительно *damnum injuria datum*, спорно. По свидѣтельству *Festus*, въ законахъ XII т. встрѣчались слова „*rupitias*“ (= *damnum dederit*) и „*sarcito*“ (= *damnum solvito*), но въ какой связи,—неизвѣстно. На основаніи этихъ словъ нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ (*Huschke*, *Sell*) полагаютъ, что уже законы XII т. знали общій искъ о поврежденіи или уничтоженіи чужихъ вещей—*actio de rupitiis sarcito*.

*) Нѣкоторые думаютъ, впрочемъ, что этотъ простой обыскъ возникъ позже XII т.—см. *Hitzig* у *Pauly-Wissowa* v. *Furtum*.

ciendis. Но основанія для такого утверженія столь слабы, что большинство современныхъ историковъ относится къ нему отрицательно. Впрочемъ, что законы XII т. ограничивались лишь нѣкоторыми специальными видами нашего деликта, тѣмъ болѣе что, по сообщенію Ульпіана (fr. 1 pr. D. 9. 2), послѣ XII т. были издаваемы другіе законы, повидимому, также казуистически восполнявшіе пробѣлы децемвиральнаго кодекса.

Какъ бы то ни было, но всѣ эти казуистическія постановленія были отмѣнены потомъ общимъ закономъ объ отвѣтственности за *damnum—lex Aquilia*, закономъ, который послужилъ затѣмъ базисомъ для дальнѣйшаго развитія права въ этомъ вопросѣ.

§ 64.

Обязательства изъ договоровъ.

Примитивному обществу совершенно чуждо представленіе о томъ, что всякій договоръ уже самъ по себѣ создаетъ обязательство между сторонами. Конечно, уже въ самомъ неразвитомъ быту завязываются извѣстныя отношенія между людьми: люди обмѣниваются вещами, даютъ даже въ кредитъ и т. д.; но всѣ эти отношенія далеко еще не имѣютъ характера обязательствъ въ юридическомъ смыслѣ. Обманъ при обмѣнѣ, невѣрность слову и т. п. вызываютъ такую же психологическую реакцію потерпѣвшаго, какъ и всякая другая обида, и приводятъ къ тѣмъ же послѣдствіямъ—т. е. къ мщенію. Древнѣйшее время совершенно не знаетъ нашего разграниченія между преступленіемъ уголовнымъ и правонарушеніемъ гражданскимъ, между деликтомъ и неисполненіемъ договора. Этимъ объясняется то обстоятельство, что даже послѣ того какъ нѣкоторые виды договоровъ получили признаніе, послѣдствія ихъ неисполненія въ значительной степени еще имѣютъ черты примитивнаго мщенія: взысканіе направляется на самую личность должника, причемъ при извѣстныхъ условіяхъ оно даетъ кредитору даже право на убійство этого послѣдняго.

Но, разумѣется, расчетъ на мечь не всегда удовлетворяетъ кредитора; вступая въ какое-либо соглашеніе, онъ уже заранѣе старается создать тѣ или другіе дополнительные стимулы для должника исполнить принятую на себя обязанность. Такъ, довольно распространеннымъ въ древности обычаемъ является институтъ *заложничества*: кто-либо даетъ вмѣсто себя поручителя, который и будетъ кредитору заложникомъ, пока обязанность не будетъ исполнена. Идея такого заложничества, безъ сомнѣнія, лежитъ и въ основаніи древне-римскаго института *praedes* и *vades*. По мнѣнію *Ленеля* *) этотъ институтъ даже былъ въ исторіи римскаго (какъ и германскаго) права древнѣйшимъ видомъ обяза-

*) *Lenel*. Das Nexum въ Zeitschr. d. Sav.-St. für Rg. Bd. 23. 1902.

тельства, предшественникомъ всѣхъ другихъ, т. е. мостомъ между обязательствами изъ деликтовъ и обязательствами изъ договоровъ. Если преступникъ не могъ тотчасъ же уплатить выкупъ, онъ долженъ былъ дать вмѣсто себя поручителя, *vas*, который тотчасъ же попадалъ во власть кредитора и на котораго въ случаѣ неуплаты выкупа падаетъ его мщеніе. Однако, чего-либо болѣе точнаго относительно этихъ *vades* мы не знаемъ *).

Другимъ весьма сильнымъ дополнительнымъ средствомъ обезпечить исполненіе со стороны должника его обѣщанія было облеченіе этого обѣщанія въ форму *клятвы*; благодаря этому, договоръ ставился подъ защиту религіи и снабжался сакральной санкціей. Мы знаемъ, что въ то древнѣйшее время сакральное право часто шло впереди свѣтскаго.

Мало-по-малу нѣкоторые виды договорныхъ соглашеній начинаютъ получать себѣ признаніе и въ правѣ свѣтскомъ: государственная власть извѣстнымъ образомъ регулируетъ ихъ послѣдствія и тѣмъ придаетъ имъ юридическое значеніе, возводя ихъ въ рангъ отношеній гарантированныхъ. Если раньше на попытку мести со стороны кредитора должникъ могъ отвѣтить собственной силой и отразить ее, то теперь взамѣнъ этого, не всегда вѣрнаго, порядка устанавливается взысканіе, гарантированное государствомъ. Правда, это взысканіе на первыхъ порахъ, какъ извѣстно, является не чѣмъ инымъ, какъ тѣмъ же самоуправствомъ, но это самоуправство уже проходитъ передъ глазами государственной власти, которая обезпечиваетъ кредитора отъ сопротивленія со стороны должника, а послѣдняго отъ эксцессовъ со стороны кредитора.

Однако, кругъ этихъ признанныхъ правомъ договоровъ въ началѣ не великъ, и, притомъ, не соглашеніе само по себѣ имѣетъ значеніе, а форма, въ которую это соглашеніе должно непременно вылиться. *Строгий формализмъ* былъ колыбелью первыхъ контрактовъ; форма обезпечивала хрупкому для того времени содержанію договора юридическое существованіе.

Древнѣе другихъ, несомнѣнно, *сдѣлки мѣны*: обмѣнъ вещи на вещь, позже—вещи на деньги. Но этотъ обмѣнъ совершался путемъ непосредственной передачи вещи изъ рукъ въ руки и никакихъ обязательствъ между сторонами не создавалъ: нѣтъ никакихъ обязательствъ до передачи—простое обѣщаніе обмѣняться еще обязательнаго значенія не имѣетъ; нѣтъ никакихъ обязательствъ и послѣ передачи—съ актомъ передачи всякія отношенія между сторонами окончены. Обязательственный элементъ обмѣна всецѣло поглощается въ вещно-правовомъ актѣ передачи вещи.

Такою являлась въ древности и извѣстная намъ *mancipatio*. По самому своему существу она была первоначально одновременной передачей вещи и металла, и лишь введеніе чеканенной монеты нѣсколько измѣнило ея роль. Но и въ законахъ XII т. вся

*) О заложничествѣ и поручительствѣ при международныхъ договорахъ — см. *Taubler*. Imperium romanum. I. 1913. S. 400 и сл.

купля-продажа исчерпывается въ моментъ *mancipatio*: до нея нѣтъ никакого обязательства между сторонами; послѣ нея есть для продавца только отвѣтственность за *auctoritas*, но эта отвѣтственность—*in duplum*—основывается не на идеѣ договора, а на идеѣ деликта—какъ видъ *furtum nec manifestum*.

Мы видѣли выше, что уже въ эпоху законовъ XII т. (или немного спустя) *mancipatio* могла быть употреблена и въ цѣляхъ *fiducia*: вещь передавалась въ собственность другому лицу, но съ возложеніемъ на него обязанности вернуть ее *mancipantu* при наступленіи извѣстныхъ условій (*pactum fiduciae*). Вслѣдствіе этого *фидуціарная манципация* сдѣлалась средствомъ для удовлетворенія самыхъ разнообразныхъ дѣловыхъ потребностей: для установленія реального обезпеченія (*fiducia cum creditore*), для передачи вещи на сохраненіе (*fiducia cum amico*), вѣроятно, для найма, ссуды и т. д. Цѣлый рядъ позднѣйшихъ обязательственныхъ отношеній скрывался въ зародышѣ въ этихъ *pacta fiduciae*, ибо они налагали на получателя вещи тѣ или другія обязанности. Но мы знаемъ, что неисполненіе этихъ обязанностей не навлекало на него еще никакой юридической, исковой отвѣтственности: какъ лицо, нарушившее *fides*, получатель вещи дѣлался только *infamis*. Такимъ обр., обязательствъ въ истинномъ смыслѣ въ связи съ древнѣйшей *mancipatio* мы не находимъ.

Но уже въ примитивномъ быту обнаруживается извѣстная потребность *въ кредитъ, въ займъ*. Разумѣется, чаще всего эта потребность удовлетворяется въ формахъ реального кредита: занимаютъ подъ залогъ вещей,—т. е. въ формѣ той же *fiducia*. Но могутъ быть случаи, когда ищущій ссуды не можетъ разстаться съ вещью или когда закладывать болѣе нечего; тогда возникаетъ потребность *въ личномъ кредитѣ*. Вырабатывается сдѣлка *личнаго займа*, но отношенія изъ этого займа проникнуты всецѣло характеромъ своего суроваго времени.

Старое римское право еще задолго до законовъ XII т. создало такую сдѣлку займа—*nexum*. Во всякомъ случаѣ XII таблицъ упоминаютъ о *nexum* въ одномъ общемъ съ *mancipatio* положеніи: „*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*“.

По формѣ своего заключенія *nexum* представляетъ полную параллель *mancipatio*. Это есть также *negotium per aes et libram*, т. е. сдѣлка, совершающаяся въ присутствіи 5 свидѣтелей и *libripens'a* съ вѣсами. И здѣсь, конечно, всѣ эти формальности въ древнѣйшую эпоху имѣли реальное значеніе: когда въ качествѣ денегъ фигурировалъ металлъ въ слиткахъ нужно было реально при займѣ отвѣсить условленное количество этого металла. Со введеніемъ монеты и здѣсь это стало простою формой: будущій кредиторъ бралъ маленькую монетку и, ударивъ ею по вѣсамъ, передавалъ ее должнику вмѣсто подлинныхъ денегъ, которыя вручались или нѣсколько раньше или нѣсколько позже. Но дѣлая это, кредиторъ, подобно покупщику при *mancipatio*, произносилъ извѣстную формулу, придающую сдѣлкѣ именно характеръ займа. Самая эта формула намъ точно не передана, но

приблизительно она гласила такъ: „*quod ego tibi mille asses hoc aere aeneaque libra do, eas tu mihi post annum dare damnas esto*“. Во всякомъ случаѣ это послѣднее „*damnas esto*“ находилось въ формулѣ несомнѣнно.

Если, затѣмъ, должникъ въ назначенный срокъ уплачивалъ долгъ, то онъ долженъ былъ произвести этотъ платежъ также въ формѣ противоположнаго акта *per aes et libram* (*nexi liberatio*). Все старое цивильное право находится подъ дѣйствіемъ принципа т. н. *contrarius actus*: отношенія могутъ быть развязаны только въ такой же формѣ, въ какой онѣ были установлены. Подобно тому какъ при *mancipatio* необходима была *remancipatio*, такъ же точно при *nexum* необходимо было облечь платежъ въ форму *negotium per aes et libram*, такъ какъ простая уплата не освобождала должника. Эта *liberatio nexi* описана намъ Гаемъ, причемъ имъ сообщается и та формула, которую произноситъ при этомъ должникъ и которая позволяетъ намъ дѣлать заключенія о формулѣ при самомъ совершеніи *nexum*. Въ присутствіи 5 свидѣтелей и *libripens'a* съ вѣсами должникъ говоритъ: „*Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*“; затѣмъ, онъ ударяетъ монетой по вѣсамъ и передаетъ ее кредитору (Gai. III. 174).

Если же должникъ не платилъ, то наступали всѣ послѣдствія той *damnatio* или *condemnatio*, которая была произнесена надъ должникомъ въ самый моментъ заключенія *nexum*. Должникъ могъ быть подвергнутъ *manus injectio* со всѣми ея послѣдствіями вплоть до продажи *trans Tiberim* и до разсѣченія на части.

Такая строгая, непосредственно исполнительная, сила *nexum* безъ всякаго предварительнаго иска со стороны кредитора давно уже обратила на себя вниманіе ученыхъ и вызвала разнообразныя попытки ея объясненія. Первую обстоятельную теорію *nexum* далъ Гушке *), который обрисовалъ *nexum*, какъ договоръ съ публичнымъ характеромъ (5 свидѣтелей—представители 5 классовъ, слѣд. всего народа), чѣмъ и объясняется его строгая исполнительная сила. Впослѣдствіи, однако, это ученіе о публичномъ характерѣ *nexum* было оставлено, и поиски пошли въ другихъ направленіяхъ. Особенно оживился вопросъ о существѣ *nexum* въ новѣйшее время послѣ статьи Муммейса **), который подвергъ сомнѣнію и критикѣ почти всѣ положенія, считавшіяся послѣ Гушке незыблемыми. Статья эта вызвала горячій споръ, въ которомъ приняли участіе почти всѣ наиболѣе видные авторитеты исторіи римскаго права ***). Споръ этотъ и донинѣ не можетъ

*) Huschke. Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht. 1846.

**) Mitteis. Ueber das Nexum въ Z. der Sav.-St. f. Rg Bd. XXII. 1901.

***) См. статьи Ленелъ, Моммзена, Беккера въ Zeitschrift der Sav.-St. für Rechtsgeschichte, Bd. XXIII; Schlossmann. Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren. 1904. Kleineidam. Personalexecution der Zwölfstafeln. 1904; Kretschmar. Zeitschrift der Sav.-St. f. Rg. Bd. XXIX. Pflüger. Nexum und mancipium. 1908; Eisele. Studien zur röm. Rechtsgeschichte. 1912.

считаться законченнымъ, хотя все же, повидимому, выяснилось, что старое учение о пехим заключаетъ въ себѣ гораздо болѣе истиннаго, чѣмъ это казалось нѣкоторымъ изъ его особенно горячихъ критиковъ.

Основной идеей этого новаго учения о пехим (детали, въ которыхъ сами представители этого учения между собой расходятся, мы оставляемъ въ сторонѣ) является мысль о томъ, что пехим вовсе не представляетъ собою самостоятельнаго обязательства *per aes et libram*, что это *ta esse mancipatio*, но только ввидѣ *самопродажи должника* (Selbstmancipation, Selbstverknechtung). Должникъ продавалъ самого себя кредитору—либо въ самый моментъ заключенія займа (на подобіе *fiducia* вещи—Шлосманъ), либо позже—въ предвидѣнныя невозможности уплатить долгъ (Миттейсъ). При этомъ одни понимаютъ эту самопродажу, какъ продажу самой личности (Шлосманъ), другіе, какъ закабаленіе только рабочей силы должника (Миттейсъ, Кречмаръ, Пфлюгеръ и др.).

Но именно эта основная мысль о тождествѣ пехим съ *mancipatio*, о самопродажѣ должника, встрѣтила рѣшительный и убѣдительный отпоръ со стороны такихъ лицъ, какъ Моммзенъ, Беккеръ, Эйзеле, Жираръ и др. Не говоря уже о цѣломъ рядѣ возраженій съ точки зрѣнія противорѣчія этого учения даннымъ источниковъ, было справедливо указано, что само-манципация, при которой объектъ манципации былъ бы въ то же время и ея субъектомъ, немислима. Самая (точно переданная намъ) формула *liberatio pexi* свидѣтельствуетъ о пехим, какъ объ обязательственномъ договорѣ, совершенно отличномъ отъ вещнаго акта *mancipatio*. Заемъ въ формѣ *negotium per aes et libram* для того времени, пока не существовало монеты, такъ же естественъ, какъ купля-продажа въ формѣ *mancipatio*.

Что же касается строгой исполнительной силы пехим, то она свидѣтельствуетъ о древнемъ происхожденіи его, о томъ времени, когда всякое осуществленіе правъ выливалось въ форму самоуправства съ значительнымъ отгнкомъ мести. Заключенный торжественно (въ присутствіи *testes solemnes*), заемъ имѣлъ въ маленькой общинѣ характеръ общеизвѣстности и безспорности. При неуплатѣ долга въ срокъ кредиторъ немедленно приступалъ къ осуществленію той *damnatio*, которая было установлена на этотъ случай при самомъ заключеніи договора. А эта *damnatio* ложилась на самую личность должника, ибо своимъ договоромъ должникъ связывалъ самого себя (пехим), обрекалъ самого себя личной отвѣтственности (*Haftung*). Въ этомъ смыслѣ, конечно, въ заключеніи пехим есть элементъ самозаклада, самозакабаленія, но только этотъ самозакладъ вытекаетъ изъ общаго существа древняго обязательства, а не изъ акта само-манципации. Аналогичное дѣйствіе древнихъ обязательствъ мы встрѣчаемъ и въ исторіи другихъ народовъ *).

*) См. Girard. Manuel. p. 482, note 1.

Формула пехим допускала извѣстныя *вставки* для болѣе точнаго опредѣленія условій займа: указаніе срока (*post annum, post biennium* и т. д.), процентовъ („*cum foenore unciariorum*“) и т. д. Именно къ этимъ конкретнымъ опредѣленіямъ относилось вышеприведенное постановленіе законовъ XII т.: „*cum pexim faciet mancipiumque, uti lingua pincipassit, ita jus esto*“. Извѣстно, впрочемъ, что законы XII т. ограничивали проценты предѣльной нормой—*foenus unciariorum* ($\frac{1}{12}$ часть капитала въ годъ, т. е. $8\frac{1}{3}\%$), и что для ростовщиковъ (*foeneratores*) была установлена отвѣтственность *in quadruplum*.

Подтвержденное и, быть можетъ, нѣсколько точнѣе регулированное въ законахъ XII т., пехим продолжало еще долго существовать въ цивильномъ оборотѣ. На широкое примѣненіе его указываютъ постоянныя жалобы плебеевъ, которые, какъ бѣднѣйшій классъ населенія, чаще всего оказывались въ положеніи *pexi* или *obaerati* и испытывали на себѣ всю строгость этой долговой формы. Естественная въ старое время, непосредственная (безъ предварительнаго иска) исполнительная сила пехим при измѣнившихся условіяхъ могла давать поводъ къ злоупотребленіямъ. Возможны были прежде всего ни на чемъ не основанныя претензіи со стороны кредиторовъ; возражать противъ *manus injectio* самъ должникъ, какъ извѣстно, не могъ, а найти *vindicta* часто было нелегко. Злоупотребленія этого рода были устранены *lex Vallia*—закономъ, который позволилъ самому должнику *manus sibi depellere*. Но оставалась еще другая тяжелая сторона пехим—именно возможность полного произвола надъ должникомъ послѣ *manus injectio*. Уже одинъ видъ такихъ должниковъ, *vodimix* въ оковахъ по рынку и подлежащихъ продажѣ *trans Tiberim*, возбуждалъ народныя волненія. Одно изъ такихъ народныхъ волненій и было, по разсказу Ливія, послѣднимъ толчкомъ, вызвавшимъ важный законъ—*lex Poetelia* 326 г. Этотъ законъ сохранилъ рядъ весьма существенныхъ постановленій: онъ запретилъ наложеніе цѣпей на должниковъ, за исключеніемъ только тѣхъ, которые попали къ кредитору вслѣдствіе преступленія (напр., воръ, захваченный на мѣстѣ); отмѣнилъ вовсе право убивать или продавать *trans Tiberim* и, наконецъ, лишилъ пехим его прежней исполнительной силы: отнынѣ кредиторъ долженъ былъ предварительно доказать свое требованіе передъ судомъ и получить судебный приговоръ—*judicatum*. Это послѣднее обстоятельство подорвало значеніе пехим, и когда около того же времени появились другія формы, въ которыя могла быть облечена сдѣлка займа (*stipulatio*, а потомъ и безформальное *mutuum*), то пехим стало постепенно сходить со сцены и забываться.

Пехим было единственной сдѣлкой, извѣстной законамъ XII т., порождающей обязательство въ его истинномъ смыслѣ. Кромѣ деликтовъ и пехим, законы XII т. знали еще только одинъ источникъ обязательства—именно *legata*, т. е. отказы въ завѣщаніяхъ. При этомъ завѣщатель могъ или установить непосредственную собственность на вещь того, кому она отказывается (въ та-

комъ случаѣ послѣдній, *legatarius*, получалъ сразу *rei vindicatio* на отказанную ему вещь—*legatum per vindicationem*),—или же возложить на наследника обязательство выдать или уплатить. Въ такомъ случаѣ это возложеніе обязательства выражалось также въ формѣ „*damnas esto*“ („*heres meus L. Titio centum dare damnas esto*“—*legatum per damnationem*) и точно также приводило ко всѣмъ послѣдствіямъ *damnatio*—т. е. къ непосредственной *manus injectio*.

Т. обр., скудость обязательственныхъ формъ и крайняя строгость долгового взысканія составляютъ характерныя черты старѣйшаго римскаго права; обязательство является еще всецѣло личной подчиненностью должника кредитору, могущей привести къ полному исчезновенію самой юридической личности должника въ рабствѣ *trans Tiberim*. И только *lex Poetelia* представляетъ въ этомъ отношеніи рѣшительный переломъ.

II. Система обязательствъ позднѣйшаго права.

§ 65.

Общій ходъ ея образованія.

Несложная и строго формальная система стараго гражданского права должна была, разумѣется, оказаться недостаточной, когда около половины республики экономическая жизнь Рима начала, подъ вліяніемъ развивающагося оборота, существенно измѣняться. Новыя экономическія условія создавали такія отношенія, которыя при всемъ искусствѣ интерпретаторовъ не могли быть втиснуты въ рамки *mancipatio* и *nexum*. Нужны были новыя—и притомъ болѣе гибкія—формы, способныя дать юридическое выраженіе новымъ отношеніямъ. И эти формы постепенно одна за другой создаются. Мы лишены въ настоящее время возможности прослѣдить точно моментъ возникновенія каждаго изъ этихъ новыхъ обязательствъ; только общій ходъ развитія, да и то лишь въ самыхъ общихъ чертахъ, можетъ быть обозначенъ.

Первымъ весьма важнымъ моментомъ въ дѣлѣ усовершенствованія гражданского права является возникновеніе формы *sponsio* или *stipulatio*. Къ какому времени можно отнести ея появленіе, мы не знаемъ; не подлежитъ только сомнѣнію, что законы XII т. о ней совершенно не упоминали, а съ другой стороны, мы имѣемъ уже вполне опредѣленное доказательство ея существованія въ *lex Aquilia*, законѣ около 287 г. до Р. X., причемъ *stipulatio* упоминается здѣсь въ одномъ изъ своихъ сложныхъ видовъ (*adstipulatio*); очевидно, къ этому времени она уже давнее, привычное явленіе. Благодаря своей абстрактной и гибкой формѣ, *stipulatio* скоро послѣ своего возникновенія стала употребляться для самыхъ разнообразныхъ отношеній. Мы знаемъ уже, какое

широкое примѣненіе она нашла себѣ даже въ процессѣ (процессъ *per sponsionem*, *sponsio* въ интердиктномъ производствѣ и т. д.). По своему характеру *stipulatio* является какъ бы соединительнымъ звеномъ между старымъ гражданскимъ строемъ и новымъ: съ одной стороны, она еще сдѣлка формальная, какъ *nexum*, но съ другой стороны, ея форма опирается уже на простое абстрактное общаніе должника, что придаетъ *stipulatio* совершенно новыя, старому праву неизвѣстныя, черты.

Слѣдующій, еще болѣе важный, моментъ представляетъ *возникновеніе формулярнаго процесса*. Какъ извѣстно, установленіе процесса *per formulas* дало въ руки претора очень удобное средство придать всякому отношенію юридическое значеніе, снабдивъ его *formula in factum concepta*. Какъ увидимъ ниже, преторъ широко воспользовался этой возможностью, и цѣлый рядъ обязательствъ получилъ свое признаніе именно такимъ путемъ. Уже выше было указано, что одной изъ первыхъ мѣръ претора въ этомъ направленіи было установленіе иска изъ *actum fiduciae*—*actio fiduciae*, благодаря чему неискковыя дотолѣ соглашенія при *mancipatio* получили полную обязательственную силу. Но если здѣсь преторъ только взялъ подъ свою защиту институтъ стараго гражданского права, то скоро затѣмъ онъ перешелъ и къ созданію обязательствъ, этому праву даже въ зародышѣ неизвѣстныхъ.

Къ концу республики, повидимому, вся система новыхъ обязательственныхъ отношеній была уже въ главныхъ основаніяхъ выработана, и классической юриспруденціи оставалось только довершить дѣло детальнымъ развитіемъ этихъ основаній.

Въ огромной работѣ перестройки обязательственной системы принимали дѣятельное участіе всѣ факторы римскаго правотворчества. Среди необозримой массы республиканскаго законодательства мы имѣемъ немало законовъ, *leges*, иногда весьма существенныхъ, относящихся къ гражданскому праву (*lex Aquilia*, законы о поручительствѣ и т. д.). О вліяніи претора и юриспруденціи было только что упомянуто. Но весьма значительная роль принадлежитъ и самимъ *непосредственнымъ участникамъ гражданскаго оборота*, дѣловымъ людямъ. Ими самими часто намѣчаются пути, по которымъ пойдетъ далѣе преторъ или законодательство; въ ихъ дѣловыхъ отношеніяхъ вырабатывается *обычное право*, которое затѣмъ подъ видомъ *bona fides* дѣлается прочной юридической нормой. И можно сказать, что всѣ позднѣйшія степени явились продуктами именно этого постепенно формирующагося обычнаго права.

Что касается *внутренней стороны* совершившейся эволюціи, то она можетъ быть сведена къ слѣдующимъ основнымъ чертамъ.

а) *Ослабленіе формализма*. Если старое гражданское право знало только сдѣлки формальныя, то новая система рядомъ съ ними признаетъ уже значительное количество договоровъ безформальныхъ (контракты реальныя и консенсуальныя). Параллельно

наблюдается ослабление формализма и в другом направлении. В старом праве форма совершенно закрывала действительную волю; сделка, совершенная под влиянием заблуждения или принуждения, была тем не менее ненарушима: того, что сказано, нельзя было уничтожить хотя бы и самым ярким доказательством его несоответствия внутренней, действительной воле. Новая система обязательств, čímь далѣе, тѣмъ все болѣе и болѣе обращаетъ вниманіе на эту внутреннюю волю, признавая въ ней, а не во внѣшнемъ ея выраженіи, истинную созидающую силу всякой сделки. Соответственно этому преторъ начинаетъ давать возможность оспаривать сделку, заключенную подъ влияниемъ существенной ошибки, обмана, принуждения (*restitutio in integrum*, *exhereditio* и т. д.).

б) *Выступленіе на первый планъ имущественной стороны въ обязательствѣ.* Какъ было указано выше, при первомъ своемъ зарожденіи обязательство было строго личной отвѣтственностью должника, причѣмъ въ этой отвѣтственности (*Haftung*) имущественный элементъ не игралъ опредѣляющей роли. Когда лицо, причинившее членовредительство, подлежало таліону, когда воръ, захваченный на мѣстѣ преступления, или пехус, не уплатившій занятой суммы, отдавались въ распоряженіе кредитора, то примитивное право, устанавливавшее эти нормы, не столько думало о возмѣщеніи имущественнаго вреда, сколько осуществляло мысль объ обязательствѣ, какъ извѣстномъ личномъ подчиненіи должника кредитору. Отсюда направленіе взысканія на личность, а не на имущество. Мы знаемъ уже, что *lex Poetelia* въ значительной степени ослабила эту личную отвѣтственность; дальнѣйшія реформы въ области исполнительнаго производства (*lex Julia de cessione bonorum*, преторская реальная эзекуція) окончательно освобождаютъ должника отъ личной отвѣтственности, перенося взысканіе на имущество. Вмѣстѣ съ тѣмъ въ формулярномъ процессѣ устанавливается принципъ *condemnatio pecuniaria*, и въ связи съ этимъ вырабатывается представленіе, что истинное, реально осуществимое, обязательство возможно только тогда, если содержаніе его можетъ быть переведено на деньги, если оно имѣетъ какую-нибудь *имущественную цѣнность*. Вслѣдствіе этого классическіе юристы провозглашаютъ: „*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia luti praestarique possunt*“ (fr. 9. 2. D. 40. 7). Т. обр., обязательство превращается въ нѣкоторое особое *право къ имуществу должника*, въ нѣкоторую особую имущественную статью; имущественный элементъ въ обязательствѣ приобретаетъ не только самостоятельное, но и доминирующее значеніе.

с) *Принципальное признаніе только извѣстныхъ обязательственныхъ типовъ.* Развитіе новой обязательственной системы совершается не путемъ признанія ввидѣ общаго принципа действительности всякаго непротивнаго закону договора; правило „*pacta sunt servanda*“, провозглашенное вполнѣ естественнo-правовой доктриной и реализованное новѣйшими законодательствами, римскому праву до конца осталось чуждымъ. Слѣдуя шагъ за

шагомъ за непосредственными запросами, предъявляемыми практической жизнью, римское право развивало свою систему обязательственныхъ отношеній путемъ послѣдовательнаго признанія отдѣльныхъ договорныхъ типовъ. Мало-по-малу количество этихъ санкционированныхъ закономъ типическихъ отношеній стало такъ велико, что почти всѣ мыслимыя житейскія потребности ими могли быть удовлетворены. Тѣмъ не менѣе для юридической силы договора необходимо было не только доказать наличность соглашенія между сторонами, но и указать тотъ извѣстный закону типъ, подъ который оно подходитъ. Вслѣдствіе этого однимъ изъ наиболѣе частыхъ вопросовъ, занимающихъ юристовъ при разборѣ того или другого случая, является вопросъ о томъ, какой искъ можно предъявить (*qua actione?*). На этомъ покоится и основное въ римскомъ правѣ дѣленіе договоровъ на *contractus* и *pacta*: *contractus*—это признанные правомъ, типичные договоры; *pacta*—это соглашения, не подходящія ни подъ какой типъ и, потому, юридической силы не имѣющія: „*nuda pactio obligationem non parit*“ (fr. 7. 4. D. 2. 14).

Уже римскіе классическіе юристы пытались свести всю совокупность извѣстныхъ имъ обязательствъ въ нѣкоторую систему. Прежде всего, конечно, бросалось въ глаза при этомъ возникновеніе обязательствъ или изъ договоровъ или изъ правонарушеній, и Гай действительно въ своихъ Институціяхъ (III. 88) говоритъ: „*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*“. Но уже нѣсколько болѣе внимательный взглядъ долженъ былъ обнаружить, что этимъ дѣленіемъ не всѣ обязательства охватываются, и тотъ же Гай въ другомъ своемъ сочиненіи (во 2-й книгѣ Аугеонимъ) къ двумъ указаннымъ категоріямъ прибавляетъ третью— „*aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*“ (fr. 1 pr. D. 44. 7). Нѣсколько далѣе (въ 3-й книгѣ) въ томъ же сочиненіи Гай расчленяетъ эти „*variae causarum figurae*“ на двѣ группы— *quasi ex contractu* и *quasi ex maleficio* (fr. 5. D. 44. 7), и въ Юстиниановскихъ Институціяхъ (§ 2 In. 3. 13) мы получаемъ уже *четырёхчленное дѣленіе* (*quattuor species*): „*aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*“ *).

Obligaciones ex contractu въ свою очередь раздѣлялись на 4 группы: „*Harum autem quattuor genera sunt*, говоритъ Гай (III. 89): *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*“. Основаніемъ для этого дѣленія служить различіе въ самомъ *обязывающемъ моментѣ* обязательства, юридическая сила которыхъ вытекаетъ уже изъ самого соглашенія (*consensus*), называются контрактами *консенсуальными*; обязательства, юридическая сила которыхъ возникаетъ не изъ простаго соглашенія, а изъ послѣдовавшей на основаніи соглашенія передачи вещи (*res*)

* В послѣднее время, впрочемъ, многіе склонны считать всю эту систематику обязательствъ съ ея трехчленнымъ и четырехчленнымъ дѣленіемъ продуктомъ не классической эпохи, а лишь Юстиниановской компиляціи (ср. *Mayr. Röm. Rechtsgeschichte*. II. 2. S. 7, *L. Kühlenbeck. Die Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts*. II. 1913. S. 282).

однимъ контрагентомъ другому, называются контрактами *реальными*; обязательства, возникающія вслѣдствіе известной словесной формулы (*verbis*), называются контрактами *вербальными*, и, наконецъ, обязательства, заключаемыя въ опредѣленной письменной формѣ (*litteris*), называются контрактами *литтеральными*.— Всякіе другіе договоры, какъ сказано, суть уже не *contractus*, а *acta*, и, какъ таковыя, принципиально исполнительной силы не имѣютъ (они могутъ быть только основаніемъ для *executio*); однако, нѣкоторыя изъ *acta* съ теченіемъ времени получили также искъ и потому, въ противоположность обыкновеннымъ неисковымъ—„голымъ“ (*acta nuda*), обозначаются выраженіемъ *acta vestita*.

Система обязательствъ, снабженныхъ искомъ, должна быть дополнена т. н. *obligationes naturales*. Уже выше (въ ученіи о юридическомъ положеніи рабовъ) мы встрѣчались со случаемъ, когда кредиторъ иска не имѣетъ, но тѣмъ не менѣе признается наличность долга, *debitum*, вслѣдствіе чего, если должникъ добровольно уплатитъ, потребовать назадъ, какъ недолжно уплоченное, онъ не можетъ. Случаи такого неискового долга съ теченіемъ времени были признаны и внѣ отношеній къ рабамъ, и римскіе юристы окрестили эту юридическую фигуру названіемъ *obligatio naturalis*.

Такова римская система обязательствъ. Теоретически она далеко не безупречна. Свести все разнообразіе обязательствъ, внѣ договоровъ и деликтовъ возникающихъ („*variae causarum figurae*“), къ категоріямъ *quasi*-контрактовъ и *quasi*-деликтовъ, не говоря уже о полной искусственности этихъ категорій, невозможно. Но, быть можетъ, самый характерный недостатокъ этой системы заключается въ полномъ отсутствіи въ ней обязательствъ, возникающихъ изъ *одностороннихъ обѣщаній*—напр., изъ публичнаго обѣщанія награды за что-нибудь (за находженіе потерянной вещи и т. п.). Пробѣлъ этотъ объясняется тѣмъ, что римское право за такими односторонними обѣщаніями принципиально юридической силы не признавало. Есть только два исключенія изъ этого правила: а) *volunt*—обѣтъ божеству и б) *pollicitatio*—обѣщаніе въ пользу городской общины; но оба случая имѣютъ спеціальныя характеры и на отношенія между частными лицами не распространяются. Естественно, что римскіе юристы, строя свою систему, ихъ въ разсчетъ не принимали.

Выработанная классическимъ правомъ система обязательствъ остается системой и *права послѣ-классическаго*; она санкціонирована и въ *Corpus Juris Civilis*. Конечно, въ позднѣйшее время она подверглась въ отдѣльныхъ частяхъ нѣкоторымъ измѣненіямъ, но всѣ эти измѣненія не ломаютъ ея духа и основныхъ принциповъ. Въ качествѣ наиболѣе существенныхъ измѣненій могутъ быть отмѣчены слѣдующія. Классическіе литтеральные контракты вышли изъ употребленія, но вмѣсто того усилилось юридическое значеніе письменныхъ документовъ, выдаваемыхъ въ удостовѣреніе обязательствъ вербальныхъ и др. (т. н. *cautiones*). *Stipulatio* въ значительной степени утратила свой первоначальный

абстрактный характеръ. Были признаны кое-какіе новые типы договорныхъ соглашеній (*actum donationis*). Наконецъ, общій экономической упадокъ вызвалъ рядъ мѣръ, имѣющихъ характеръ неудачной правительственной опеки надъ оборотомъ якобы въ интересахъ „*miseri debitorum*“: таковы законы о процентахъ, запрещеніе процентовъ на проценты (*anatocismus*), ограниченія при оцѣнкѣ убытковъ (*non ultra duplum*), законъ о *laesio enormis*, ограниченія переуступки требованій (*lex Anastasiana*) и н. др. Многія изъ этихъ послѣ-классическихъ измѣненій являлись не улучшеніемъ, а ухудшеніемъ классической системы.

А. Обязательства изъ договоровъ.

§ 66.

1. Контракты вербальные.

Контрактами вербальными, какъ было уже сказано, называются договоры, обязывающая сила которыхъ заключается въ произнесеніи нѣкоторой словесной формулы (*verbis contrahitur*). Къ этой группѣ контрактовъ относятся три договора: *sponsio* или *stipulatio*, *jurata operarum promissio* и *dotis dictio*. Два послѣднихъ договора (клятвенное обѣщаніе вольноотпущенника патрону при освобожденіи и установленіе приданого) не имѣли особеннаго значенія; напротивъ, *stipulatio* во всей системѣ римскихъ обязательствъ занимаетъ первое мѣсто.

Происхожденіе ея названія было уже неясно для самихъ римскихъ юристовъ: „*sponsio*“ выводится то изъ того, что здѣсь должникъ „*sua sponte* promisit“, то изъ греческаго слова „*σπονδα*“—жертвенное возліаніе, а потомъ—миръ, договоръ; „*stipulatio*“—то изъ слова „*stips*“ монета, то изъ „*stipulum*“=firmum, то изъ слова „*stipula*=festuca=vindicta. Какъ бы то ни было, но уже изъ этой неясности названія для самихъ римлянъ можно заключать объ очень древнемъ происхожденіи этого договора. Выше, однако, было уже указано, что эту древность нельзя относить къ эпохѣ законовъ XII т.; если *sponsio* въ это время существовала, то она еще не имѣла юридическаго характера. Но она существуетъ уже задолго до установленія формулярнаго процесса, и потому время ея возникновенія должно быть отнесено къ первой половинѣ республики.

Заключается *sponsio* или *stipulatio* въ формѣ устнаго вопроса кредитора и отвѣта должника, напр.: „*Centum mihi dari spondes?*“—„*Spondeo*“; „*Domum mihi aedificare promittis?*“—„*Promitto*“ (Gai. III. 92 и сл.). При этомъ выраженіе „*Spondes—spondeo*“ употребляется только между *cives romani*, и тогда договоръ называется *sponsio*; съ peregrинами же договоръ можетъ быть заключенъ и въ другихъ выраженіяхъ (*promittis—promitto, dabis—dabo, facies—*

faciam и т. д.), даже не на латинскомъ языкѣ (напр., по гречески: *δῶσαι*—*δῶσω* и т. д.), и тогда договоръ называется *stipulatio*; но въ дальнѣйшемъ никакой юридической разницы между *sponsio* и *stipulatio* нѣтъ.

Какимъ образомъ появилась эта форма договора въ Римъ—этотъ вопросъ и донынѣ остается спорнымъ, вызывая самыя разнообразныя гипотезы *). *Савини* высказалъ предположеніе, что *stipulatio* выросла изъ *пехим* путемъ ослабленія ритуала и усиленія словеснаго элемента; но это предположеніе не встрѣтило сочувствія: *пехим* и *stipulatio* нѣкоторое время существовали рядомъ. *М. Voigt* считаетъ *stipulatio* заимствованіемъ изъ обычая свѣтъянъ, а *Girard* пытается объяснить *sponsio* аналогіей съ *rogatio* закона передъ народнымъ собраніемъ (тоже—вопросъ и отвѣтъ). Наибольшимъ распространеніемъ, однако, пользуется гипотеза сакрального происхожденія (высказанная впервые *Huschke*, но затѣмъ подробно обоснованная *Danz*’емъ): *sponsio* первоначально была клятвой, посредствомъ которой обѣщавшій что-либо подтверждалъ свое обѣщаніе; тогда *sponsio* пользовалась только сакральной охраной. Мало-по-малу, однако, съ постепеннымъ паденіемъ сакрального авторитета, центръ тяжести все болѣе и болѣе переносился на словесный элементъ клятвы, а самая клятва опускалась. вмѣстѣ съ тѣмъ свѣтское право взяло *sponsio* подъ свою защиту. Въ новѣйшее время вопросъ о происхожденіи *stipulatio* снова оживился благодаря тому же *Муммейсу*, который поднялъ заново и вопросъ о *пехим*. По мнѣнію *Mitteis*’а, *sponsio* выросла изъ поручительства, изъ института *vades*. *Vadimonium* устанавливалось также въ формѣ вопроса и отвѣта, причемъ именно поручитель назывался въ болѣе раннее время *sponsor*; позже было позволено самому должнику быть т. ск. своимъ собственнымъ поручителемъ, и тогда-то возникла та *sponsio*, которую мы затѣмъ встрѣчаемъ.

Несмотря на все остроуміе этой послѣдней гипотезы, едва-ли, однако, съ ней можно согласиться: какъ именно устанавливалось въ древности *vadimonium*, на этотъ счетъ мы несомнѣнныхъ данныхъ не имѣемъ, да и самая связь *sponsio* съ *vadimonium*, какъ со своимъ исключительнымъ источникомъ, не доказана. Съ другой стороны, обычай подкрѣплять обѣщанія клятвой въ старину несомнѣненъ, причемъ, по свидѣтельству древнихъ, эти клятвенныя обѣщанія назывались именно *sponsio* (см. *Festus* v. *spondere*). При такихъ условіяхъ самымъ естественнымъ предположеніемъ кажется возникновеніе *sponsio* изъ этихъ древнихъ клятвенныхъ обѣщаній (*Girard*, *Huvelin* и др.).

Освободившись отъ своей сакральной оболочки, *sponsio* оказалась въ силу своей простоты пригодной и для оборота перегиновъ, и т. обр. рядомъ съ гражданской формой *sponsio* появилась форма *ius gentium* ввидѣ *stipulatio*. Быть можетъ, даже форма

*). См. литературу въ статьѣ *Mitteis*’а „Ueber die Herkunft der Stipulation“ въ сборникѣ „Aus römischem und bürgerlichem Recht“ въ честь *E. I. Bekker*’а. 1907.

аналогичная этой послѣдней, и самостоятельно возникла въ перегиновомъ оборотѣ (приблизительно такимъ же путемъ), и въ этомъ часть истины, заключающаяся въ ученіи *Voigt*’а.

На основаніи *stipulatio* возникаетъ обязательство *строгое одностороннее*: кредиторъ—только кредиторъ и должникъ—только должникъ. Въ этомъ сходство *stipulatio* съ обязательствами стараго гражданского права (*пехим*, обязательство изъ *legatum*). Далѣе, это обязательство *stricti juris*: кредиторъ можетъ требовать только того, что было обѣщано, безъ всякихъ дополненій; онъ не можетъ требовать ни убытковъ, происшедшихъ отъ неисполненія, ни процентовъ. Съ другой стороны, обязательство изъ *stipulatio* есть обязательство *абстрактное*: оно возникаетъ только вслѣдствіе того, что на вопросъ кредитора должникъ отвѣтилъ „*spondeo*“; почему онъ далъ такой отвѣтъ—это для *stipulatio* безразлично, и ссылаться на тѣ или другія отношенія, приведшія къ *stipulatio*,—на т. н. *causa*—ни кредиторъ ни должникъ не въ правѣ.

Если нѣкоторыя черты роднятъ *stipulatio* съ обязательствами стараго права, то принадлежность ея къ новому слою обнаруживается главнымъ образомъ въ томъ, что она не имѣетъ уже непосредственной исполнительной силы. Въ случаѣ неисполненія кредиторъ не можетъ прямо приступить къ *manus injectio*, а долженъ предварительно предъявить искъ и получить въ свою пользу приговоръ. Такимъ искомъ, вѣроятно, въ самое раннее время была *legis actio sacramento in personam*, но затѣмъ эта форма была замѣнена *legis actio per condictionem*, причемъ, по свидѣтельству *Гая*, это было сдѣлано двумя законами: *lex Silia*—для того случая, когда предметомъ обѣщанія была опредѣленная денежная сумма (*de certa pecunia*; вѣроятно, это былъ вообще древнѣйшій случай *sponsio*), и *lex Calpurnia*—для исковъ *de alia certa re*, о всякой другой опредѣленной вещи („*servum Stichum dare spondes? spondeo*“). Повидимому, позже всего нашла себѣ признаніе *sponsio* на дѣйствія съ неопредѣленною заранѣе цѣнностью („*domum aedificare*“ и т. п.). Съ переходомъ къ формулярному процессу, искъ изъ *stipulatio* осуществляется ввидѣ формулы *stricti juris*, причемъ этотъ искъ носитъ названіе *condictio certae pecuniae*, если дѣло идетъ объ опредѣленной денежной суммѣ, *condictio triticaria*, если дѣло идетъ *de alia certa re* (*triticaria* отъ слова *triticum*, хлѣбъ—наиболѣе частый объектъ *stipulatio* съ опредѣленной вещью: „*centum modios tritici dare spondes?—spondeo*“) или, наконецъ, *actio ex stipulatu*, если предметомъ *stipulatio* было какое-либо иное дѣйствіе.

Благодаря чрезвычайной простотѣ и гибкости своей формы *stipulatio* скоро приобрѣла широкое распространеніе: любое содержаніе могло быть облечено въ форму вопроса и отвѣта. вмѣстѣ съ тѣмъ, эта форма въ высокой степени облегчала и доказываніе долга въ процессѣ: для обоснованія иска достаточно было только доказать фактъ *stipulatio*. Понятно поэтому, что *stipulatio* сохранила свое первое мѣсто въ контрактной системѣ

даже послѣ того, какъ получили признаніе всѣ другіе контракты—консенсуальные, реальные, и т. д.: во многихъ отношеніяхъ она представляла для дѣловыхъ людей незамѣнимыя удобства (вродѣ современного векселя). Часто ради этихъ удобствъ (доказыванія, строгости иска и т. д.) стороны и другія обязательства (напр. долгъ изъ купли-продажи) превращали въ обязательство стипуляціонное (povatio),—совершенно такъ же, какъ въ наше время облакаютъ въ форму векселя. И можно даже опредѣлить stipulatio въ этомъ отношеніи, какъ устный вексель.

Но примѣняясь въ теченіе долгаго времени, stipulatio, конечно, не осталась безъ нѣкоторыхъ и притомъ довольно существенныхъ измѣненій. Важнѣйшія изъ нихъ состоятъ въ слѣдующемъ.

а) Прежде всего, съ теченіемъ времени наблюдается *ослабленіе требованій, предъявляемыхъ къ устной формѣ stipulatio*. Обычныя въ прежнее время выраженія: spondes-spondeo, promittis-promitto и т. д. съ ихъ непремѣннымъ соответствіемъ другъ другу перестаютъ разсматриваться, какъ юридическая необходимость. Ульпіанъ уже признаетъ дѣйствительной stipulatio, при которой на вопросъ „dabis?“ должникъ отвѣтитъ „quidni?“—т. е. „почему-бы нѣтъ?“ (fr. 1. 2. D. 45. 1). Онъ отрицаетъ только возможность отвѣта кивкомъ головы. Императоръ *Левъ* въ указѣ 472 г. санкционируетъ въ качествѣ stipulationes всякія вербальныя соглашенія, въ какихъ бы выраженіяхъ они ни совершались (с. 10, с. 8, 37: „quibuscumque verbis“). Все это, конечно, облегчаетъ заключеніе stipulatio, но, съ другой стороны, затушевываетъ границу, отдѣляющую ее отъ контрактовъ консенсуальныхъ и даже отъ pacta nuda.

Къ этому привходитъ обстоятельство другого рода. Уже очень рано для того, чтобы еще больше облегчить доказываніе stipulatio, стали послѣ ея устного совершенія составлять *письменный документъ*—т. н. *cautio*—о происшедшемъ, напр.: „Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua, et haec quindecim proba recte dari calendis futuris stipulatus est P. Maevius, sponendi ego L. Titius“. Такой письменный документъ самостоятельной обязывающей силы не имѣлъ; должникъ могъ свободно доказывать, что устной stipulatio все-таки не было и потому онъ не обязанъ. Съ теченіемъ времени, однако, возникаетъ уже предположеніе въ пользу истинности документа („quod si scriptum fuerit instrumento promissum aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit“—Pauli sent. 5. 7. 2), причемъ постепенно это предположеніе приобретаетъ все болѣе и болѣе неоспоримую силу: доказывать при наличности письменнаго документа несовершенство устной stipulatio дозволяется только однимъ путемъ—именно установленіемъ того факта, что въ этотъ день кредиторъ и должникъ не были въ одномъ городѣ (с. 14. 2. С. 8. 37). Вслѣдствіе этого практической интересъ переносится именно на эту письменную cautio, а устная stipulatio часто вовсе не совершается, и въ такихъ случаяхъ stipulatio какъ бы приобретаетъ

характеръ контракта литерального. Но принудительную силу доказательства нельзя смѣшивать съ существомъ; несмотря на затемнѣніе границы и съ этой стороны, stipulatio въ основѣ своей остается и въ правѣ Юстиніана контрактомъ вербальнымъ: она будетъ дѣйствительна и безъ всякаго письменнаго документа.

б) Не менѣе существенно и другое измѣненіе—именно, *ослабленіе абстрактнаго характера stipulatio*. Какъ было указано, stipulatio порождала строгое обязательство, зависящее только отъ того, что verba были произнесены; внутренняя causa общаго значенія не имѣла. Ввиду этого, если должникъ произнесъ свое „spondeo“ потому, что рассчитывалъ получить отъ стипулянта деньги взаймы, но стипулянтъ ихъ не далъ и pmissio оказалась т. обр. данной впустую,—то должникъ, несмотря на это, все же считался обязаннымъ и по иску изъ стипуляціи долженъ былъ платить (Gai. IV. 116: „si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris“). Онъ могъ только, уплативъ, потребовать уплаченное обратно посредствомъ condictio sine causa; но это уже былъ другой процессъ: сейчасъ онъ долженъ былъ платить, такъ какъ никакое возраженіе ex causa не принималось.

Съ теченіемъ времени, однако, это было признано несправедливымъ, и преторъ сталъ давать должнику противъ иска изъ stipulatio *exceptio doli* (Gai. IV. 116a: „sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere“). Но при этомъ должникъ, предъявляющій эту exceptio, долженъ былъ доказать отсутствіе causa (т. е. неполученіе денегъ отъ кредитора), такъ какъ предположеніе все же было противъ него. Въ періодъ имперіи (со времени Каракаллы) положеніе еще болѣе мѣняется: въ случаѣ предъявленія exceptio уже не отвѣчикъ, а истецъ несетъ onus probandi; уже онъ долженъ доказывать наличность causa, т. е. что деньги были имъ дѣйствительно переданы (с. 3. С. 4. 30: „exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi numeratam: quo non impleto absolutio sequetur“). Кромѣ возраженія—exceptio doli или, какъ она еще иначе называется, exceptio non numeratae pecuniae,—должникъ можетъ требовать признанія stipulatio недѣйствительной и путемъ иска—т. н. *querela non numeratae pecuniae*. Такъ какъ въ послѣклассическую эпоху stipulatio обыкновенно сопровождается составленіемъ письменнаго документа, то эта querela по преимуществу имѣетъ характеръ иска о признаніи документа недѣйствительнымъ въ силу его безденежности. Какъ exceptio, такъ и querela уже простымъ своимъ предъявленіемъ вынуждаютъ обладателя этого документа, кредитора, доказывать наличность causa иными средствами. Указанный выше ростъ значенія письменныхъ документовъ привелъ затѣмъ къ тому, что право предъявленія querela non numeratae pecuniae было ограничено краткимъ срокомъ, при Юстиніанѣ—двухгодичнымъ.

Возможность противопоставить иску из *stipulatio* возражение *ex causa* и тѣмъ заставить истца доказывать эту *causa* иными средствами, разумѣется, въ корень подрывала значеніе *stipulatio*, какъ сдѣлки абстрактной, и тѣмъ лишила ее значительныхъ преимуществъ въ оборотѣ.

Т. обр., ясная и чистая юридическая фигура классической *stipulatio* въ правѣ абсолютной монархіи во многихъ отношеніяхъ затуманивается и обезцѣнивается.

Сложныя формы stipulatio. Уже чуть не съ момента своего перваго появленія *stipulatio* стала употребляться не только въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ долженъ связать двухъ лицъ—одного кредитора съ однимъ должникомъ, но и въ болѣе сложныхъ отношеніяхъ, когда на той или другой сторонѣ выступаютъ нѣсколько участниковъ требованія или долга. Такое *соучастіе въ обязательствѣ* можетъ имѣть различное значеніе и вылиться въ различныя формы.

1. *Соучастіе корреляльное.* Могутъ быть случаи, когда по тѣмъ или инымъ соображеніямъ нѣсколько лицъ желаютъ выступить въ качествѣ сокредиторовъ, однако, такъ, чтобы каждый изъ нихъ имѣлъ всѣ права самостоятельнаго кредитора—могъ получать платежъ, предъявлять искъ и т. д.—и чтобы платежъ одному погашалъ требованіе всѣхъ, предъявленіе иска однимъ лишало иска другихъ. Напр., два брата ведутъ нераздѣльное хозяйство; я обращаюсь къ нимъ съ просьбой дать мнѣ займы; они согласны, но предвидятъ, что ко времени наступленія срока платежа кому-нибудь изъ нихъ придется по дѣламъ ухѣзать, но кому именно—еще не знаютъ; ввиду этого они желали бы выступить въ качествѣ сокредиторовъ въ описанномъ смыслѣ. Равнымъ образомъ, возможно подобное же желаніе и со стороны нѣсколькихъ должниковъ: въ нашемъ примѣрѣ братья просятъ у меня займы и я согласенъ, но лишь съ тѣмъ условіемъ, чтобы я могъ взыскивать долгъ съ любого изъ нихъ.

Въ случаяхъ подобнаго рода стали прибѣгать къ слѣдующему способу заключенія *stipulatio*. Если желаютъ нѣсколько лицъ выступить въ качествѣ сокредиторовъ, то всѣ они поочередно одинъ за другимъ произносятъ вопросъ: „*centum mihi dare spondes?*“, „*eosdem centum mihi dare spondes?*“, причемъ должникъ отвѣчаетъ имъ всѣмъ сразу „*utriusque vestrum dare spondeo*“. Если, напротивъ, нѣсколько лицъ выступаютъ на сторонѣ должника, то кредиторъ предлагаетъ каждому изъ нихъ, но безъ перерыва, одинъ и тотъ-же вопросъ: „*Maevi, quinque aureos dare spondes?*“, „*Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?*“, и тогда оба они отвѣчаютъ „*spondeo*“, „*spondeo*“ (рр. *Ин.* 3. 16). По терминологіи источниковъ, въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть двухъ *correi* (сопгеус) *stipulandi* или *correi credendi*, во второмъ—*correi promittendi* или *correi debendi*. Отсюда и названіе такого обязательства *корреляльнымъ*; оно будетъ *активно-корреляльнымъ* въ первомъ случаѣ и *пассивно-корреляльнымъ* во второмъ.

Въ результатѣ такой *stipulatio* явится обязательство съ нѣсколькими соучастниками, но съ однимъ предметомъ: если будетъ уплачено одному (кредитору) или однимъ (изъ должниковъ), все обязательство погашается; равнымъ образомъ, погашаетъ (консумируетъ) все обязательство и искъ (*litiscontestatio*), предъявленный однимъ кредиторомъ или противъ одного изъ должниковъ.

Stipulatio была первымъ способомъ для установленія такого соучастія. Но затѣмъ оно было признано и въ цѣломъ рядѣ другихъ случаевъ: оно могло быть установлено и въ контрактахъ иного рода (консенсуальныхъ и т. д.), оно возникало въ случаяхъ совмѣстнаго деликта (нѣсколько воровъ), оно устанавливалось иногда самимъ закономъ (напр., нѣсколько соопекуновъ). Но во многихъ изъ только-что указанныхъ случаевъ обязательство всѣхъ, погашаясь платежомъ, не погашалось простымъ предъявленіемъ иска противъ одного (*litiscontestatio* консумирующаго значенія не имѣла). Ввиду этого отъ корреляльности съ консумирующимъ дѣйствіемъ иска стали отличать обязательства безъ этого дѣйствія подъ именемъ обязательствъ *солидарныхъ* (всѣ отвѣчаютъ *in solidum*—на все).

2. *Соучастіе акцессорное.* Въ случаяхъ только-что разсмотрѣнныхъ мы имѣли такой видъ соучастія, когда всѣ сокредиторы или всѣ содолжники занимали *равное* другъ съ другомъ положеніе. Но возможны и такія отношенія, при которыхъ одно лицо желаетъ выступить въ обязательствѣ въ качествѣ главнаго, присоединивъ другое лишь въ качествѣ *дополнительнаго, подсобнаго* соучастника. Въ такихъ случаяхъ право или обязанность этого другого будетъ только *accessorium* (дополненіемъ) къ праву или обязанности перваго. Отношенія этого рода также нашли себѣ первое юридическое выраженіе въ формѣ *stipulatio*.

а) *Adstipulatio.* Если указанное отношеніе мы имѣемъ на сторонѣ кредитора, то оно выливается въ форму *adstipulatio*: сначала предлагаетъ вопросъ и получаетъ отвѣтъ главный кредиторъ (*stipulator*), потомъ предлагаетъ тотъ же вопросъ кредиторъ добавочный—*adstipulator*—и получаетъ второй отвѣтъ отъ должника („*Centum mihi dare spondes?—spondeo*“; „*eosdem centum mihi dare spondes?—spondeo*“). На основаніи этого второго отвѣта *adstipulator* является для должника такимъ же кредиторомъ, какъ и *stipulator*: онъ можетъ получать платежъ, предъявлять искъ и даже прощать долгъ. Но онъ присоединенъ только въ интересахъ кредитора и потому полученное или взысканное онъ долженъ передать этому послѣднему (*Gai.* III. 110 и сл.).

Главною причиною, вызвавшей появленіе *adstipulatio* въ исторіи, была недопустимость въ легисакціонномъ процессѣ представительства; если кредиторъ предвидѣлъ, что ко времени взысканія онъ лично не будетъ въ состояніи предъявить искъ, онъ долженъ былъ заранѣе приготовить себѣ замѣстителя, сдѣлавъ его вторымъ, добавочнымъ кредиторомъ. Ввиду того, что тогда договоръ порученія (*mandatum*) еще не имѣлъ исковой силы, *lex Aquilia* во второй своей главѣ устанавливала отвѣтственность

adstipulator'a, злоупотребившаго своимъ положеніемъ въ ущербъ кредитору (Gai. III. 215); здѣсь-то мы и имѣемъ первое упоминаніе о stipulatio. Съ допущеніемъ процессуальнаго представительства эта функція adstipulatio отпала, и въ эпоху Гая она употребляется главнымъ образомъ только для случаевъ общанія post mortem creditoris, что невозможно было для stipulatio простой (Gai. III. 117).

b) *Adpromissio*. Гораздо чаще встрѣчается присоединеніе добавочнаго должника—*adpromissio*. Главною цѣлью такого присоединенія является *поручительство*: за долгъ главнаго должника беретъ на себя отвѣтственность другое лицо—поручитель.

Поручительство имѣетъ въ римскомъ правѣ длинную и сложную исторію *). Мы уже упоминали о *praedes* и *vades* стараго права; мы говорили о томъ, что въ древнѣйшее время поручитель являлся какъ бы заложникомъ: въ случаѣ неисполненія отвѣтственность обрушивалась сразу на него и исключительно на него; тотъ, за кого поручитель выступилъ, отъ отвѣтственности былъ свободенъ. Но, какъ сказано, институтъ *praedes* и *vades* намъ мало извѣстенъ.

Когда съ нѣсколькими большими развитіемъ дѣловыхъ отношеній почувствовалась и болѣе настоятельная потребность въ поручительствѣ, на первыхъ порахъ эту потребность удовлетворяли въ формѣ *стипуляціи корреляной*: поручитель являлся такимъ же должникомъ, какъ и тотъ, за кого онъ ручался, и лишь обычай требовалъ, чтобы кредиторъ при взысканіи обращался сначала къ главному должнику. Но затѣмъ внутренняя акцессорность поручительства начинаетъ находить себѣ и внѣшнее выраженіе, причемъ возникаютъ двѣ старѣйшія формы поручительства—*sponsio* и *fidepromissio*. Различіе между этими формами состоитъ только въ словахъ, при помощи которыхъ онѣ заключались; юридическое же значеніе обѣихъ совершенно одинаково. Послѣ вопроса главному должнику и его отвѣта кредиторъ обращался съ вопросомъ къ поручителю: „*idem spondes?*“ или „*idem fide tua promittis?*“ и получалъ отъ него соответствующій отвѣтъ: „*idem spondeo*“ (*sponsio*) или „*idem fide mea promitto*“ (*fidepromissio*).

Обѣ эти формы могли имѣть мѣсто лишь тогда, если главное обязательство было также заключено ввидѣ *stipulatio*, и лишь непосредственно послѣ этой главной *stipulatio*; онѣ представляли *adpromissio* въ полномъ значеніи этого слова. Юридическія послѣдствія такого поручительства носятъ на себѣ слѣды стариннаго воззрѣнія на обязательство, какъ на нѣкоторую чисто личную связь: обязанность поручителя погашается съ его смертью и на наслѣдниковъ не переходитъ (черты заложничества).

Въ связи съ долговымъ правомъ вообще и вопросъ о поручительствѣ немало занималъ республиканское законодательство; мы имѣемъ свѣдѣнія о нѣсколькихъ законахъ (неизвѣстной, впрочемъ, даты), которые пытались точнѣе регулировать отношенія изъ поручительства (Gai. III. 121 и сл.). Такъ, *lex Apuleia* устано-

*) Levy. Sponsio, fidepromissio und fidejussio. 1907.

вила между нѣсколькими сопоручителями нѣчто вродѣ товарищества—„*quandam societatem*“—по отношенію къ отвѣтственности за долгъ: если одинъ изъ нихъ уплатитъ, другіе должны возмѣстить ему въ соответственныхъ доляхъ. *Lex Furia* пошла далѣе и предоставила сопоручителямъ право требовать отъ кредитора раздѣла взысканія между всѣми живыми и состоятельными сопоручителями. Сверхъ того, тотъ же законъ установилъ погашеніе отвѣтственности поручителя двухлѣтней давностью. *Lex Cicereia* предписала необходимость *praedictio*, т. е. обязала должника при установленіи нѣсколькихъ поручительствъ объявлять заранѣе, сколько поручителей и кто они. Наконецъ, *lex Publilia* установила для поручителя, уплатившаго долгъ, особый строгій искъ противъ главнаго должника—*actio depensi*—о возмѣщеніи уплаченнаго, причемъ этотъ искъ осуществлялся въ формѣ *manus injectio*, и притомъ въ ея старомъ и наиболѣе строгомъ видѣ—*manus injectio pro iudicato*, т. е. съ необходимостью для защиты въ выступленіи *vindex'a*.

Однако, *sponsio* и *fidepromissio* имѣли то существенное неудобство, что онѣ могли обезпечивать только обязательства *стипуляціонныя* и притомъ должны были быть заключены тотчасъ же послѣ нихъ. Неудобно было и погашеніе поручительства смертью. Ввиду этого съ теченіемъ времени появляется новая форма—*fidejussio*, свободная отъ этихъ неудобствъ и потому въ слѣдствіи вытѣснившая старыя *sponsio* и *fidepromissio*. *Fidejussio* представляетъ собою *формально самостоятельную stipulatio*; лишь матеріально она подкрѣпляетъ другое обязательство и уже различно какое—стипуляціонное, консенсуальное и т. д. Кредиторъ, указавъ въ своемъ вопросѣ то обязательство, которое обезпечивается (напр., „*quod mihi Titius ex empto debet*“), спрашивалъ поручителя: „*id fide tua esse jubes?*“, на что поручитель отвѣчалъ „*id fide mea jubeo*“ (Gai. III. 115—117).

Къ *fidejussio* всѣ упомянутые законы республиканской эпохи не относились и потому развитіе нормъ о поручительствѣ должно было повториться по отношенію къ ней заново, но, разумѣется, въ исправленномъ видѣ.

Въ теченіе всего классическаго и послѣ-классическаго періода общимъ правиломъ остается то, что кредиторъ при неисполненіи можетъ предъявить искъ по своему усмотрѣнію либо противъ главнаго должника либо противъ поручителя. Юстиніанъ указомъ 535 г. (Nov. 1) облегчилъ положеніе послѣдняго тѣмъ, что далъ ему т. н. *beneficium excussionis sive ordinis*; поручитель могъ требовать, чтобы кредиторъ сначала обратилъ взысканіе на главнаго должника.

Если поручитель уплатилъ долгъ, онъ имѣетъ *регрессъ* противъ главнаго должника, съ каковою цѣлью онъ можетъ потребовать отъ кредитора при самомъ платежѣ переуступки его иска—т. н. *beneficium cedendarum actionum*. Старая *actio depensi* отпала.

Наконецъ, если есть нѣсколько сопоручителей, то первоначально всѣ они отвѣчали на выборъ и *in solidum*; имп. Адрианъ

предоставилъ, однако, и для fidejussores т. н. *beneficium divisionis*: тотъ, противъ кого предъявляется искъ, можетъ требовать, чтобы кредиторъ раздѣлилъ взысканіе между всѣми, кто не отсутствуетъ и не является несостоятельнымъ (fr. 26. D. 46. 1).

Несмотря на то, что въ классическомъ правѣ возникли и другія формы поручительства (т. н. *mandatum qualificatum* и *constitutum debiti alieni*), fidejussio все же оставалась до конца формой основной.

§ 67.

2. Контракты литеральные.

Юридическая природа литеральныхъ контрактовъ заключается въ томъ, что обязательство возникаетъ при нихъ не изъ простаго соглашенія сторонъ, а изъ письменной формы, въ которую оно должно быть облечено.

Римское право періода республики и классическихъ юристовъ знаетъ такое литеральное обязательство ввидѣ *книжнаго долга*. Первоначальное возникновеніе этой формы неясно. Нѣкоторые ставятъ ее въ связь съ пехит (запись займовъ, заключенныхъ посредствомъ пехит, въ книгахъ—Girard), другіе усматриваютъ ея зародышъ еще въ книгахъ понтификовъ, которые въ древности играли до нѣкоторой степени роль нотаріусовъ (Beseler *). Во всякомъ случаѣ эта форма является одной изъ раннихъ: ко времени Цицерона она уже старое, обычное явленіе.

Общая сущность этой формы состоитъ въ слѣдующемъ (Gai. III. 128—134). У римлянъ вообще былъ обычай тщательно вести свои хозяйственныя книги: изо дня въ день записывались приходъ и расходъ, всѣ издержки и поступления. Эти обыкновенныя записи (т. н. *nomina arcaria*) могли быть иногда доказательствомъ уже существующаго обязательства (инымъ образомъ возникшаго), но не могли служить способомъ возникновенія новаго. Иное значеніе приобрѣли эти записи въ отношеніяхъ между банкирами-профессионалами (*argentarii*). Наиболѣе частыми и типичными сдѣлками банкирскаго оборота были двѣ слѣдующія.

а) *Transscriptio a re in personam*. Предположимъ, что между двумя лицами существуютъ постоянныя дѣловые отношенія: А поставляетъ В какіе-нибудь товары и получаетъ отъ него въ разные сроки извѣстныя суммы. Всѣ эти поставки и платежи записываются въ приходо-расходныхъ книгахъ—*codices accepti et expensi*—обоихъ участниковъ: въ книгѣ А на страницѣ расходовъ (*pagina expensi*) будетъ помѣчено: „тогда то такому то дано товаровъ на такую то сумму“ и т. д. (*expensillatio*), а на страницѣ приходовъ (*pagina accepti*) будутъ помѣчены всѣ полученія:

*) Erörterungen zur Geschichte der Novation und zur Geschichte des Litteralkontraktes. 1904.

„тогда то отъ такого то получено столько то“ (*acceptilatio*). Тѣ же статьи будутъ отмѣчены и въ книгѣ В,—но, разумѣется, въ обратномъ значеніи: то, что у А отмѣчено какъ полученное, у В будетъ помѣчено какъ издержанное. Периодически, по истеченіи извѣстныхъ сроковъ (годъ, мѣсяцъ) обѣ стороны подводятъ итоги ихъ взаимныхъ дѣловыхъ отношеній, и, положимъ, итогомъ оказывается остаткомъ въ пользу А на 100 (*saldo* на современномъ коммерческомъ языкѣ). Тогда всѣ прежнія отдѣльныя сдѣлки ликвидируются соответствующими помѣтками въ книгахъ, а взаимныя ихъ А записываетъ у себя на страницѣ *expensi*: „дано В 100“, одновременно В записываетъ у себя: „получено отъ А 100“. Въ результатѣ такой операціи получится обязательство В уплатить А 100; обязательство это матеріальными корнями своими связано со всей совокупностью прежнихъ сдѣлокъ, но формально оно отъ нихъ оторвано. Всѣ прежнія отношенія ликвидированы, и то, что есть теперь, является уже обязательствомъ *новымъ*; въ этомъ смыслѣ мы имѣемъ здѣсь дѣйствительную „переписку съ отдѣльнымъ *res* просто на личность“—*transscriptio a re in personam*. Новое обязательство будетъ уже обязательствомъ абстрактнымъ, и никакія возраженія изъ прежнихъ *causae*, прежнихъ *res* допущены не будутъ. Обязанность В уплатить 100 формально вытекаетъ теперь изъ записи въ книгахъ (*litterae*) и потому является обязательствомъ *литеральнымъ*.

б) *Transscriptio a persona in personam*. Другой случай, гдѣ мы будемъ имѣть тотъ же результатъ, состоитъ въ слѣдующемъ. А долженъ 100 В, В въ свою очередь долженъ 100 С; по взаимному соглашенію всѣ эти лица производить соответствующія отмѣтки въ своихъ книгахъ съ тѣмъ, чтобы погасить посредствующія обязательства и поставить въ прямую связь А съ С: А запишетъ у себя въ графѣ *ascriptum*: „получено отъ С 100“, а С—въ графѣ *expensum*: „дано А 100“. Должникомъ С будетъ теперь вмѣсто В новое лицо А, и потому случай этотъ будетъ дѣйствительно *transscriptio a persona in personam*. Обязательство между А и С, какъ и въ предыдущемъ случаѣ, вытекаетъ по существу изъ ряда прежнихъ отношеній, по юридически оно—*новое* обязательство, оторванное отъ прежнихъ и черпающее свою силу исключительно изъ записи въ книгахъ, изъ *litterae*.

Вѣроятно, описанными *transscriptiones* книжныя операціи не ограничивались; возможно было, повидимому, и прямое установленіе обязательства путемъ занесенія соответствующихъ записей: А, желая подарить В или оказать ему кредитъ, заносилъ въ свою книгу: „получено отъ В 100“, а В записывалъ: „дано А 100“. Хотя въ дѣйствительности никакой *numeratio rescipiae* не было, тѣмъ не менѣе обязательство существуетъ и можетъ быть осуществлено судомъ. Вѣроятно, далѣе, что въ отношеніяхъ между *argentarii* ихъ книги выполняли и нѣкоторыя другія функціи *).

*) См. *Mitteis*. Trapezitika въ Zeitschr. d. Sav.-St. für Rechtsgeschichte. Bd. 19. 1898. *Platon*. Les banquiers dans la législation de Justinien. Nouv. revue hist. de droit français et étranger. 23. 1909.

ятно, наконецъ, и то, что, зародившись въ профессиональномъ оборотѣ банкировъ, литеральный контрактъ сталъ затѣмъ институтомъ права общегражданскаго. Но вообще многое въ этихъ литеральныхъ контрактахъ классическаго времени остается неяснымъ, такъ какъ они сравнительно рано—уже въ періодъ имперіи—выходятъ изъ употребленія.

Въ то время какъ въ оборотѣ между *cives romani* употреблялись указанная книжныя операціи, въ оборотѣ между перегринами (греческихъ или эллинизированныхъ провинцій) весьма распространены были письменныя обязательства иного рода—*syngraphae* и *chirographa* (Gai. III. 134). *Chirographum*—это документъ, написанный отъ лица должника и свидѣтельствующій о его долгѣ; *syngrapha*, напротивъ, документъ, говорящій объ обязательствѣ отъ имени *обѣихъ* сторонъ и скрѣпленный подписями и печатями какъ кредитора, такъ и должника. Но вопросъ о юридической природѣ этихъ документовъ весьма споренъ. Гай въ цитированномъ мѣстѣ какъ будто признаетъ ихъ не простыми средствами доказательства, а подлинными литеральными контрактами перегринскаго права („*Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis*“). Съ другой стороны, въ одномъ мѣстѣ псевдо-Асконія (In. Verr. 2. 1. 36) проводится между обоими видами документовъ различіе: въ то время какъ *chirographa* характеризуются въ смыслѣ документовъ, свидѣтельствующихъ о существующемъ, реальномъ долгѣ, о *syngraphae*, напротивъ, говорится, что въ нихъ „*etiam contra fidem veritatis ratio venit... more institutoque Graecorum*“. Ввиду неясности источниковъ одни изъ современныхъ изслѣдователей (Гнейсть, Савиньи и др.) вовсе отрицаютъ за этими документами самостоятельную обязывающую силу, другіе (Mitteis, Costa и т. д.), напротивъ, таковую за ними признаютъ.

Какъ бы то ни было, но распространеніе на всю имперію права римскаго гражданства при Каракаллѣ лишило этотъ институтъ перегринскаго права юридической силы. Однако, онъ не исчезъ вовсе, а возродился въ послѣ-классическомъ римскомъ правѣ въ видѣ тѣхъ *письменныхъ cautiones*, съ которыми мы познакомились при *stipulatio*. Старая греческая привычка къ письменнымъ документамъ и довѣріе къ нимъ легко приспособились къ *stipulatio*: стоило только при совершеніи документа продѣлать нетрудную формальность устнаго вопроса и отвѣта. Установившаяся въ послѣдствіи *praesumptio stipulationis* и ограниченіе возможности оспаривать *cautio*, о чемъ было сказано выше, создали въ концѣ концовъ практически для этихъ *cautiones* почти такую же юридическую силу, какую имѣли (если вообще имѣли) старыя *syngraphae*. *Mos Graecorum* нашелъ себѣ мѣсто и въ *jus Romanorum*.

Ввиду именно этого практическаго значенія *cautiones*, когда оспариваніе ихъ посредствомъ *querela non numeratae pecuniae* уже невозможно, Юстиніанъ въ своихъ Институціяхъ (In. 3. 21) и говоритъ: „*sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura*

obligetur“. Съ юридической точки зрѣнія, однако, это неточно: обязательственная сила *cautio* лежитъ не въ *scriptura*, а въ неоспоримомъ болѣе предположеніи устной *stipulatio*, въ фиктивномъ вербальномъ актѣ.

§ 68.

3. Контракты реальные.

Если *stipulatio* и литеральные контракты суть договоры формальные, то всѣ остальные контракты не связаны съ какой-либо опредѣленной формой, всѣ они—*договоры неформальные*. Но между ними есть то различіе, что одни изъ нихъ для своей дѣйствительности не требуютъ ничего, кромѣ простого соглашенія (*nudus consensus*) между сторонами (контракты консенсуальные), межъ тѣмъ какъ другіе получаютъ юридическую силу только съ того момента, когда на основаніи соглашенія одна сторона передала другой ту вещь, которая была предметомъ договора. До этого момента соглашеніе само по себѣ значенія не имѣетъ. Такъ, напр., договоръ о томъ, что я вамъ дамъ завтра извѣстную сумму взаймы или возьму у васъ какую-нибудь вашу вещь на сохраненіе, еще не создаетъ никакихъ обязанностей ни для меня ни для васъ; если я завтра вопреки обѣщанію откажу вамъ, я никакой отвѣтственности предъ вами не подлежу. Съ точки зрѣнія римскаго права, это будетъ простое *pactum de contrahendo*, соглашеніе о *будущемъ* заключеніи договора, которое, какъ простое *pactum*, иска не рождаетъ. Поэтому въ такихъ случаяхъ, если стороны желали придать своему соглашенію обязательную силу, онѣ должны были облечь его въ форму *stipulatio*. Безъ этого обязательство возникаетъ только тогда, когда деньги взаймы будутъ даны, вещь передана на сохраненіе и т. д. Контракты этого рода и называются *реальными* („*te contrahitur obligatio*“). Позднѣйшее римское право знаетъ *четыре тина* этихъ контрактовъ—*mutuum, commodatum, depositum* и *pignus*; но сюда надо присоединить, съ одной стороны, исчезнувшую въ послѣдствіи *fiducia*, а съ другой стороны, т. н. безымянные реальные контракты—т. к. *contractus innominati*, представляющіе уже образованіе въ окончательномъ видѣ послѣ-классическое.

Древнѣйшимъ видомъ реального контракта является *mutuum*, безформальный заемъ. Юридическая сущность *mutuum* состоитъ въ томъ, что одна сторона (кредиторъ) даетъ другой (должнику) извѣстное количество денегъ или другихъ замѣнимыхъ вещей (столько-то четвертей ржи, столько-то фунтовъ масла и т. д.) въ собственность съ тѣмъ, чтобы въ назначенный срокъ (или по востребованію) кредитору было возвращено такое же количество такихъ же самыхъ вещей (*tantundem ejusdem generis*—In. 1. 2. D. 44. 7). Так. обр., объектомъ займа могутъ быть только вещи *замѣнимыя*, т. е. такія, которыя фигурируютъ въ оборотѣ мѣрою, въ-

сомъ, счетомъ—*quae numero pondere mensura consistunt, quae in genere functionem suam recipiunt*.

Какъ мы знаемъ, въ старомъ цивильномъ правѣ заемъ (денежный) осуществлялся въ формѣ *пехум*. Но эта форма отталкивала своею строгостью и не годилась для обычныхъ житейскихъ отношеній—займа небольшой суммы денегъ, какого-нибудь количества продуктовъ и т. д. Такіе неформальные, т. е. сосѣдскіе, займы, несомнѣнно все-таки всегда заключались, хотя, конечно, въ древности исковой силы не имѣли. Съ возникновеніемъ *stipulatio* ихъ стали часто облекать въ эту форму; но все же оставалось въ жизни немало случаевъ, когда и этой формальности не соблюдали.

Хотя такой безформальный заемъ, *mutuum*, какъ договоръ, не имѣлъ никакой силы, тѣмъ не менѣе все-таки въ результатѣ его оказывалось, что одно лицо имѣетъ въ своемъ имуществѣ нѣкоторую цѣнность, полученную изъ имущества другого. Оставить эту цѣнность ему въ ущербъ этому другому не было никакихъ оснований, и вотъ римское право уже очень рано начинаетъ давать кредитору цивильный искъ о возвращеніи этого недолюбнаго обогащенія. Если можно сомнѣваться въ примѣненіи къ займамъ этого рода *legis actio per sacramentum*, то во всякомъ случаѣ установленныя законами *Silia* и *Calpurnia condictiones* (de certa credita pecunia и de alia certa re) охватывали и ихъ. Кредиторъ, давшій взаймы, былъ, т. обр., теперь защищенъ, но защита эта вытекала не изъ признанія договора займа, а изъ *простого факта перехода цѣнности (res)* изъ его рукъ въ другія. Такъ опредѣлилась будущая природа *mutuum*, какъ контракта реального.

Съ теченіемъ времени договорная природа *mutuum* выступаетъ значительно впередъ, но многіе слѣды первоначальнаго возрѣнія сохраняются и въ правѣ позднѣйшемъ. Иски изъ *mutuum* тѣ же, что и раньше: *condictio certae pecuniae* и *condictio triticaria*. Обязательство изъ *mutuum* до конца остается обязательствомъ *stricti juris* и обязательствомъ *строго одностороннимъ*: какихъ-либо встречныхъ претензій (напр., заимодавецъ далъ хлѣбъ плохого качества и тѣмъ причинилъ должнику убытки) должникъ при немъ предъявлять не можетъ. Съ другой стороны, и кредиторъ можетъ требовать только того, что было дано, безъ всякихъ дополнительныхъ претензій: убытковъ, происшедшихъ отъ несвоевременной уплаты, процентовъ и т. д.

Но, сохраняя эти черты своего происхожденія, *mutuum* въ ученіяхъ классическихъ юристовъ принимаетъ уже вполне опредѣленный характеръ отношенія *договорнаго* и значительно отдѣляется отъ исковъ изъ неосновательнаго обогащенія вообще. Не достаточно для возникновенія *заемнаго* обязательства простого перехода денегъ, говоритъ Павелъ (fr. 3. 1. 44. 7); необходимо намѣреніе обѣихъ сторонъ установить именно заемъ. Поэтому, напр., если должникъ не обладалъ дѣеспособностью (напр., по не-совершеннолѣтію), необходимой для заключенія договора, займа не будетъ: кредиторъ вправѣ будетъ требовать только выдачи

обогащенія—т. е. только того, что еще въ имуществѣ (малолѣтняго) должника сохранилось (напр., изъ данныхъ 100 только 40, если остальные 60 малолѣтній должникъ растратилъ).

Въ періодъ имперіи и по отношенію къ *mutuum* распространился обычай *письменныхъ документовъ*: для лучшаго доказательства факта займа составлялась письменная *cautio*. Но затѣмъ и здѣсь значеніе этого письменнаго документа возрастало и вообще имѣло ту же исторію, какую мы видѣли по поводу *stipulatio*: съ ограниченіемъ возможности *querela non numeratae pecuniae* извѣстнымъ срокомъ и здѣсь *scriptura* могла оказаться заимной *numeratio*.

Независимо отъ этого, законодательство періода имперіи интересовалось займомъ спеціально въ слѣдующихъ двухъ направленіяхъ.

а) Въ концѣ республики—началѣ имперіи всесторонняя общественная деморализація выразилась, между прочимъ, и въ томъ, что т. н. „золотая молодежь“ того времени, сыновья зажиточныхъ родителей, часто прибѣгали къ займамъ у различныхъ замаскированныхъ ростовщиковъ съ тѣмъ, что уплата будетъ произведена послѣ смерти *paterfamilias* и полученія наслѣдства. Условія займа были при этомъ, конечно, самыя тяжелыя. Зло это приобрѣло такое распространеніе, что уже имп. *Клавдіемъ* былъ изданъ какой-то законъ, который, по свидѣтельству Тацита (Ann. 11. 13), „*saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiiis familiaram foenori darent*“. Но этотъ законъ не устранилъ зла, и при *Веспасіанѣ* произошло событіе, которое глубоко взволновало общественное мнѣніе: одинъ изъ такихъ задолжавшихся *in mortem parentum* сыновей, тѣснимый кредиторами, убилъ своего отца. Подъ впечатлѣніемъ этого убійства состоялось сенатское постановленіе, получившее вполнѣдствіи отъ имени убійцы—*Macedo*—названіе *senatusconsultum Macedonianum*. Это сенатское постановленіе гласитъ, что заемъ подвластному сыну (безъ согласія отца) никогда, даже послѣ смерти *paterfamilias*, не можетъ дать кредитору иска (текстъ въ fr. 1 pr. D. 14. 6; онъ носитъ слѣды сенатскаго раздраженія; „*ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri*“). Однако, добровольная уплата сыномъ разсматривается, какъ уплата долга, и, т. обр., *setum Macedonianum* оставляетъ обязательство сына въ видѣ *obligatio naturalis*.

б) Другой вопросъ, который занималъ законодательство,—это *вопросъ о процентахъ*, причѣмъ этотъ вопросъ имѣетъ значеніе для всѣхъ видовъ займа, въ какую бы форму онъ ни былъ облеченъ (*mutuum*, *stipulatio*, литеральный контрактъ). При *mutuum*, ввиду указаннаго выше правила о томъ, что кредиторъ можетъ требовать только того, что было дано, соглашеніе о процентахъ должно было выразиться въ отдѣльной *stipulatio usurarum*.

Какъ извѣстно, вопросъ о предѣльной нормѣ процентовъ идетъ еще отъ законовъ XII т., которые устанавливали *maximum*

въ $8\frac{1}{3}\%$ годовыхъ и карали ростовщиковъ, foeneratores, штрафомъ in quadruplum. Въ 347 г. до Р. Х. неизвѣстный законъ понизилъ этотъ maximum вдвое, а черезъ пять лѣтъ lex Genucia запретила взиманіе $0\frac{1}{6}\%$ вовсе. Но этотъ законъ скоро вышелъ изъ употребленія, и въ эпоху Цицерона законной предѣльной нормой является 12% (usurae centesimae). Эта норма и оставалась въ теченіе всего классическаго періода, хотя она была значительно выше обычнаго договорнаго уровня. Юстиніанъ закономъ 528 г. (с. 26. С. 4. 32) понизилъ эту норму до 6% , однако, съ извѣстными отступленіями: такъ, для сопряженнаго съ особымъ рискомъ заморскаго займа (foenus nauticum), для котораго раньше предѣльной нормы не существовало, Юстиніанъ установилъ 12% ; торговцы между собой могутъ брать до 8% ; напротивъ, personaе illustres—не болѣе 4% .—Взиманіе процентовъ свыше предѣльной нормы не влечетъ, однако, никакого штрафа для кредитора; предписывается только излишне полученное зачитывать въ погашеніе капитала. Сверхъ того, даже дозволенные проценты, когда общая сумма ихъ достигаетъ размѣровъ капитала, перестаютъ далѣе течь (non ultra alterum tantum). Наконецъ, Юстиніанъ запретилъ взиманіе процентовъ на проценты (т. н. anatocismus),—даже тогда, если кредиторъ готовъ былъ оставить ихъ должнику ввидѣ новаго займа.

Все это законодательство Юстиніана о процентахъ, вызванное, безъ сомнѣнія, самыми лучшими побужденіями, свидѣтельствовало, однако, о плохомъ пониманіи природы экономическихъ явленій. Разумѣется, въ чрезмѣрно высокихъ процентахъ выражается иной разъ и подлинное жадное ростовщичество, но гораздо чаще тутъ примѣшивается элементъ экономическаго риска. Законы о процентахъ, особенно въ такомъ видѣ, въ какомъ мы ихъ видимъ при Юстиніанѣ, совершенно не считаются съ этимъ и, въ концѣ концовъ, быть можетъ, не улучшаютъ, а ухудшаютъ положеніе тѣхъ же miseri debitores, въ интересахъ которыхъ они изданы. Ростовщичество, какъ показываетъ его исторія вездѣ, выливается тогда въ разныя скрытыя формы, а рискъ быть изобличеннымъ перекладывается на тѣхъ же должниковъ ввидѣ такой или иной усиленной преміи.

Значительно позже mutuum получили юридическое признаніе три другихъ реальныхъ контракта—*commodatum*, *depositum* и *pignus*, причѣмъ ихъ исторической предшественницей явилась уже извѣстная намъ *fiducia*, которая сыграла для нихъ и подготовительную роль.

Какъ извѣстно, уже въ старомъ цивильномъ правѣ потребность отдачи вещи во временное пользованіе, на сохраненіе и въ залогъ удовлетворялась посредствомъ *mancipatio* или *in jure cessio* этой вещи съ присоединеніемъ *rustum fiduciae*. Мы знаемъ также, что это *rustum fiduciae*, въ древности совершенно не-исковое, было снабжено затѣмъ искомъ—сначала преторскимъ, а затѣмъ и цивильнымъ—*actio fiduciae*. Этимъ искомъ могъ воспользоваться не только передавшій вещь для полученія ея назадъ—*actio*

fiducia directa, но и то лицо, которому вещь была передана, если для него возникли какіе-либо убытки: напр., ему былъ манипированъ съ цѣлью сохраненія рабъ, страдающій заразительною болѣзною, которою онъ заразилъ затѣмъ собственныхъ рабовъ получателя; въ такомъ случаѣ послѣдній имѣетъ *actio fiduciae contraria*. Получивъ (уже ко времени К. Муція Сцеволы) эти иски, *fiducia* превратилась въ настоящій реальный контрактъ, съ тѣмъ, однако, различіемъ, что соглашеніе о ней (*rustum fiduciae*) составляло лишь элементъ формальныхъ слѣлокъ *mancipatio* или *in jure cessio* и, слѣдовательно, само являлось *формальнымъ*. Ввиду этого *fiducia* должна быть характеризована, какъ договоръ *формально-реальный*.

Хотя *fiducia* въ изложенномъ видѣ продолжала существовать въ теченіе всего классическаго періода, тѣмъ не менѣе, она имѣла большія неудобства: во-первыхъ, то, что она требовала соблюденія формальностей *mancipatio* или *in jure cessio*, а, во-вторыхъ, то, что она была сопряжена съ переходомъ права собственности на вещь. Всякое отчужденіе вещи тѣмъ, кому она была ввѣрена, лишало довѣрителя даже надежды на ея полученіе обратно, а личный искъ—*actio fiduciae*—могъ оказаться вслѣдствіе несостоятельности отвѣтчика безрезультатнымъ.

Вслѣдствіе этого рядомъ съ фидуціарными соглашениями существуютъ и неформальные договоры отдачи вещи во временное безвозмездное пользованіе (*commodatum*), на сохраненіе (*depositum*) и въ обезпеченіе долга (*pignus*). Лицо, передавшее вещь съ этими цѣлями, сохраняетъ свою собственность и потому можетъ вытребовать ее обратно посредствомъ *rei vindicatio*, а въ случаѣ растраты имѣетъ и деликатные иски (*actio furti* и т. д.; для *depositum* законы XII т. устанавливали даже специальный искъ *in duplum*). Но *договоръ*, какъ таковой, еще не имѣетъ никакого значенія: лицо, которому вещь была дана въ пользованіе, не можетъ возражать противъ преждевременнаго (вопреки соглашенію) требованія вещи назадъ, не можетъ требовать возмѣщенія причиненныхъ ему убытковъ и т. д.

Съ теченіемъ времени и здѣсь приходитъ на помощь преторъ и начинаетъ давать *actiones in factum*. Но основаніемъ этихъ преторскихъ исковъ все еще не является обязательство, возникнувшее изъ договора. Отправной мыслью претора была идея *вреда*, причиненнаго однимъ лицомъ другому: если я далъ вамъ вещь на сохраненіе и вы мнѣ ее не вернули, вы причинили мнѣ вредъ; если я далъ вамъ на сохраненіе большое животное, которое заразилъ вашихъ, я причинилъ вамъ вредъ; въ обоихъ случаяхъ справедливость требуетъ, чтобы вредъ былъ возмѣщенъ. Эту цѣль и преслѣдуютъ преторскія *actiones in factum*.

Мало-по-малу, однако, въ оборотѣ вырабатывается воззрѣніе, что во всѣхъ этихъ случаяхъ *bona fides* требуетъ не только возмѣщенія вреда, но и исполненія того, что было условлено. Если вы передали мнѣ во временное пользованіе лошадь, на которой я долженъ былъ поѣхать по очень нужному дѣлу, а потомъ ока-

залось, что вы дали мнѣ лошадь завѣдомо негодную, вы должны возмѣстить мнѣ не только тѣ дѣйствительные убытки, которые я понесъ, но и то, что я имѣлъ бы, если бы вы исполнили свое обѣщаніе такъ, какъ слѣдуетъ (т. н. *положительный договорный интересъ*). На почвѣ этого воззрѣнія возникаетъ возможность предъявлять и *цивильные иски bonae fidei*: благодаря предписанію судѣ судить *ex fide bona—„uti inter bonos bene agier oportet“*,—это воззрѣніе оборота оказываетъ вліяніе на судебный приговоръ. вмѣстѣ съ этимъ было достигнуто признаніе нашихъ соглашеній *контрактами*.

Этотъ процессъ развитія, повидимому, шелъ не для всѣхъ трехъ договоровъ одновременно; но, во всякомъ случаѣ, въ началѣ имперіи онъ уже закончился. Для нѣкоторыхъ изъ нихъ долгое время *formula in factum* и *formula in jus concepta* существуютъ рядомъ (для *commodatum* и *depositum*), но чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе послѣдняя отгѣсняетъ первую, какъ болѣе узкую. Какъ бы то ни было, но для классическихъ юристовъ уже внѣ всякаго спора, что *commodatum*, *depositum* и *pignus* суть воиолнѣ дѣйствительные реальные контракты—каждый со своею особою юридической фізіономіей.

а) *Commodatum*—ссуда—есть договоръ, въ силу котораго одно лицо (коммодантъ, *commodans*) передаетъ другому (коммодатарію, *commodatarius*) извѣстную вещь во временное безвозмездное пользованіе. Объектомъ ссуды можетъ быть только вещь *индивидуально опредѣленная*; этимъ признакомъ ссуда отличается отъ займа. Предоставленіе пользованія должно быть *безвозмезднымъ*, въ противномъ случаѣ договоръ будетъ не ссудой, а наймомъ. По своей природѣ *commodatum* принадлежитъ къ договорамъ *двухстороннимъ*, хотя и *неравностороннимъ* (*contractus bilateralis inaequalis*). *Prima facie* изъ него возникаетъ обязанность для коммодатарія—вернуть вещь въ неповрежденномъ состояніи; въ случаѣ поврежденія или гибели вещи онъ отвѣчаетъ за всякую вину съ своей стороны, за *omnis culpa*. Искъ коммоданта противъ коммодатарія есть *actio commodati directa*. Съ другой стороны, иногда можетъ возникнуть и требованіе коммодатарія противъ коммоданта: напр., данная въ ссуду вещь причинила коммодатарію убытки (вышеприведенный примѣръ съ больною лошадыю). По поводу этихъ убытковъ коммодантъ отвѣчаетъ только тогда, если ему можетъ быть поставленъ въ упрекъ умыселъ или грубая небрежность—*dolus* или *culpa lata* (если, напр., онъ зналъ, что даетъ лошадь больную заразительною болѣзнью). Для осуществленія своихъ претензій коммодатарій имѣетъ *actio commodati contraria*.

Отъ *commodatum* надо отличать *precarium*. Это есть также предоставленіе вещи въ безвозмездное пользованіе, но только до востребованія и безъ всякаго обязательственнаго характера для дающаго. По отношенію къ третьимъ лицамъ прекарістъ находится даже въ лучшемъ положеніи, чѣмъ коммодатарій: онъ пользуется, какъ извѣстно, самостоятельной посесорной защитой;

но по отношенію къ хозяину вещи—*praecario dans*—онъ никакихъ претензій имѣть не можетъ. *Precarium* употреблялся въ древности гл. обр. въ отношеніяхъ между патронами и кліентами, бывшимъ господиномъ и вольноотпущенниками и т. п.

б) *Depositum*—поклажа—есть договоръ, въ силу котораго одно лицо (*deponens*, депонентъ) передаетъ другому (*depositarius*, депозитарій) вещь на сохраненіе. Объектомъ *depositum* въ истинномъ смыслѣ также можетъ быть только вещь *индивидуально опредѣленная*. Правда, бываютъ случаи, когда отдаются на сохраненіе и вещи родовыя (напр., такая-то сумма денегъ) съ тѣмъ, чтобы потомъ были возвращены не тѣ же самыя вещи, а *tantundem ejusdem generis*,—но тогда мы имѣемъ т. н. *depositum irregulare*—договоръ, приближающійся уже по существу къ займу (ибо и здѣсь вещи переходятъ въ собственность того, кому даются на сохраненіе). *Depositum*, далѣе, должно быть также безвозмезднымъ; въ противномъ случаѣ это будетъ уже не поклажа, а наемъ. Отношенія между сторонами складываются аналогично отношеніямъ при *commodatum*: депонентъ имѣетъ *actio depositi directa* о возвращеніи вещи, причемъ, однако,—такъ какъ *depositum* заключается не въ интересахъ депозитарія—послѣдній отвѣчаетъ только за *dolus* и *culpa lata*; депозитарій имѣетъ противъ депонента *a. depositi contraria*, причемъ депонентъ отвѣчаетъ за *omnis culpa* (т. е. и за *culpa levis*—простую, легкую небрежность).

Спеціальными видами поклажи являются: 1) Т. н. *depositum miserabile*—поклажа въ случаѣ несчастья (пожара и т. д.); при невозвращеніи вещи депозитарій отвѣчаетъ *in duplum*. 2) *Sequestratio*—передача двумя спорящими лицами спорной вещи на время спора третьему съ тѣмъ, чтобы онъ выдалъ ее тому, кто споръ выиграетъ; особенность этой поклажи приводитъ къ тому, что севекстарій пользуется самостоятельной посесорной защитой.

с) *Pignus* или, лучше, *contractus pigneraticius* есть закладной договоръ, въ силу котораго одно лицо (залогодатель, онъ же по общему правилу и должникъ по обезпечиваемому долгу) передаетъ другому (залогопринимателю, кредитору) вещь для обезпеченія долга. Мы видѣли выше, какъ развивалось вещное право залогопринимателя на заложенную вещь, какъ онъ получилъ *actio pigneraticia in rem*. Но, помимо этого, *contractus pigneraticius* рождаетъ извѣстные *обязательственные* отношенія между залогодателемъ и залогопринимателемъ, охраняемая посредствомъ *actio pigneraticia in personam*. Основная обязанность изъ договора возникаетъ для залогопринимателя: онъ, въ случаѣ уплаты долга, обязанъ вернуть вещь въ неповрежденномъ состояніи, а въ случаѣ неуплаты долженъ заботиться о наиболѣе выгодной продажѣ ея и выдать излишекъ (*hyperocha*) залогодателю; искъ послѣдняго обо всемъ этомъ есть *actio pigneraticia (in personam) directa*. Но при извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ возникнуть и отвѣтственность залогодателя: напр., заложная вещь причинила залогопринимателю убытки; тогда послѣдній имѣетъ *a. pigneraticia contraria*. Такъ

как *pignus* дается въ интересѣ обѣихъ сторонъ, то обѣ онѣ отвѣчаютъ другъ передъ другомъ за *omnis culpa*.

Contractus innominati *). Послѣ того, какъ классическая система контрактовъ была въ основныхъ своихъ элементахъ выработана и типичные контракты, какъ реальные, такъ и консенсуальные, получили свои юридическія очертанія и свои имена, жизнь продолжала творить новыя отношенія, которыя не подходили ни подъ одинъ изъ этихъ носящихъ опредѣленное названіе типовъ. Такъ, напр., осталась внѣ этихъ типовъ *мѣна* (*rerum permutatio*); неизвѣстно было, далѣе, подъ какой типъ можно подвести договоръ, въ силу котораго одно лицо даетъ другому вещь съ тѣмъ, чтобы оно продало ее не ниже извѣстной цѣны, съ правомъ вырученное сверхъ того удержать себѣ (*contractus aestimatorius*) и т. д. Не подходя ни подъ одинъ легализированный типъ, не отвѣчая требованіямъ ни одного изъ установленныхъ исковъ, всѣ такіе договоры должны были разсматриваться, какъ *nuda pacta*, какъ соглашенія неисковныя.

Дѣло осложнялось, однако, въ тѣхъ случаяхъ, когда одна изъ сторонъ на основаніи такого соглашенія уже свою обязанность выполнила, напр., при мѣнѣ свою вещь передала: нельзя же было оставить ее безъ всякой защиты.

Уже издавна допускалась въ случаяхъ этого рода *condictio* о незаконномъ обогащеніи (*condictio causa data causa non secuta*): лицо, передавшее своего раба Стиха въ обмѣнъ на раба Памфила, могло потребовать своего Стиха назадъ. Но эта *condictio* не всегда могла удовлетворить естественнымъ требованіямъ справедливости: какъ быть, если Стихъ находится теперь уже въ поврежденномъ состояніи, если вслѣдствіе отсутствія его въ хозяйствѣ передавшего произошли какіе-нибудь убытки? *Condictio* возмѣстить эти убытки была не въ состояніи.

Ввиду этого и здѣсь начинается тотъ же самый процессъ, который мы наблюдали въ исторіи трехъ только-что описанныхъ реальныхъ контрактовъ. Сначала приходитъ на помощь преторскій искъ—*actio in factum*, который, какъ и тамъ, стоитъ на точкѣ зрѣнія *вредъ*, причиненнаго однимъ лицомъ другому, и преслѣдуетъ цѣль возмѣстить эти возникшіе отъ лишенія собственной вещи убытки. Цѣлый рядъ классическихъ юристовъ стоитъ еще только на этой точкѣ зрѣнія и допускаетъ въ случаяхъ подобнаго рода только преторскую *actio in factum* о возмѣщеніи т. н. *отрицательнаго договорнаго интереса*.

Но рядомъ съ этой точкой зрѣнія возникаетъ уже и другая: соглашенія этого рода начинаютъ разсматриваться, какъ *договоры*, и на основаніи ихъ юристы начинаютъ давать *гражданскій искъ* не только о возмѣщеніи убытковъ, происшедшихъ отъ лишенія собственной вещи, но и объ исполненіи другимъ контрагентомъ того, что имъ было обѣщано, т. е. въ нашемъ примѣрѣ о выдачѣ раба Памфила, объ уплатѣ т. н. *положительнаго дого-*

*) См. къ этому *Покровскій*. Право и фактъ въ римскомъ правѣ, ч. I § 5.

ворнаго интереса. Договоры этого рода характеризуются греческимъ именемъ *synallagma* („esse enim contractum,говорится въ fr. 7. 2. D. 2. 14, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio“). Искъ изъ такого договора назывался *civilis incerti actio* (съ intentio „quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona“) или обозначался описательнымъ выраженіемъ „*praescriptis verbis agere*“—ввиду того, что въ его формулѣ intentio предшествовало изложеніе обстоятельствъ дѣла (*praescriptio*).

Какъ и слѣдовало ожидать, развитіе и здѣсь закончилось тѣмъ же, чѣмъ оно закончилось по отношенію къ *commodatum*, *depositum* и *pignus*—т. е. побѣдой этой послѣдней точки зрѣнія. Если среди классическихъ юристовъ мы еще наблюдаемъ разногласіе, то ко времени Юстиніана и составленія *Дигестъ* вопросъ уже не вызываетъ сомнѣній: всѣ подобныя соглашенія признаются договорами, и компиляторы во многихъ мѣстахъ, гдѣ юристъ говорилъ объ *actio in factum*, произвели самыя очевидныя интерполяціи, или прибавивъ поясненіе „*id est praescriptis verbis*“ или же послѣ словъ *actio in factum* поставивъ съ точки зрѣнія классическихъ юристовъ совершенно немыслимое „*civilis*“ (fr. 1. 1 и fr. 2, fr. 5. D. 19. 5).

Такъ возникли *безымянные контракты*. Но они все же *реальные* контракты, такъ какъ только тогда можетъ быть рѣчь о ихъ обязательности, если одна сторона свою обязанность исполнила; до этого момента есть только *nudum pactum*.—Быть можетъ, еще классическими юристами была намѣчена, но во всякомъ случаѣ компиляторами была легализована и попытка *систематизаціи* всего возможнаго разнообразія этихъ *contractus innominati* на четыре группы: „*do ut des*“ (напр., мѣна), „*do ut facias*“ (напр., даю какую-либо вещь съ тѣмъ, чтобы ты за это отпустилъ на волю своего раба), „*facio ut des*“ (отпускаю раба съ тѣмъ, чтобы ты далъ мнѣ какую-нибудь вещь) и „*facio ut facias*“ (отпускаю на волю моего раба съ тѣмъ, чтобы ты отпустилъ своего).

Признаніемъ безымянныхъ контрактовъ римское право слѣдало большой шагъ впередъ по пути санкціонирования *всякихъ* договоровъ, по пути къ осуществленію принципа „*pacta sunt servanda*“,—однако, только при томъ условіи, *если уже къ исполненію такого нетипичнаго договора одной стороной приступлено*.

§ 69.

4. Контракты консенсуальные и т. н. *pacta vestita*.

Къ категоріи контрактовъ, возникающихъ въ силу простого безформальнаго соглашенія, относятся купля-продажа (*emptio-ventitio*), наемъ (*locatio-conductio*), договоръ товарищества (*societas*) и порученіе (*mandatum*).

1. *Emptio-venditio*. Какъ извѣстно, въ древнѣйшую эпоху купля-продажа совершалась посредствомъ *mancipatio*, которая являлась общей необходимой формой для всѣхъ вещей. Позже она сдѣлалась специальнымъ способомъ для *res mancipi*, а *res* не *mancipi* передавались или посредствомъ *in jure cessio* или посредствомъ безформальной *traditio*. Но во всѣхъ случаяхъ обязательство поглощалось вещнымъ актомъ передачи права собственности; простой договоръ о продажѣ не имѣлъ никакого значенія.

Какимъ образомъ получила признаніе простая консенсуальная купля-продажа,—вопросъ спорный *). Одна группа ученыхъ (*Voigt, Ferrini*) выводятъ ее изъ тѣхъ неюридическихъ соглашеній, которыя ставились только подъ охрану общей *fides*. Другіе (*Pernice, Huvelin, Costa*) предполагаютъ въ качествѣ предварительной стадіи куплю-продажу *реальную*, развившуюся путемъ, аналогичнымъ тому, которымъ шло развитіе *commodatum, depositum* и *pignus* (т. е. сначала *actio in factum*, потомъ *actio civilis bonae fidei*). Наиболѣе вѣроятной, однако, кажется гипотеза *третья* (*Ihering, Bekker, Girard* и др.). Для того, чтобы придать обязательную силу самому соглашенію о продажѣ, стороны облекали первоначально свои обѣщанія въ *двѣ встрѣчныя stipulationes*: продавецъ обѣщалъ передать вещь (*rem dare*), а покупатель—уплатить цѣну. Еще въ послѣдствіи мы встрѣчаемъ частое употребленіе *stipulatio* при куплѣ-продажѣ, хотя по существу это стало уже ненужнымъ. Кромѣ того, нѣкоторыя явленія лучше всего объясняются именно, какъ переживанія этихъ двухъ *stipulationes*. Но такой порядокъ не могъ дать полного удовлетворенія потребностямъ оборота, главнымъ орудіемъ котораго является купля-продажа. Не говоря уже о формальности *stipulatio*, которая исключала возможность заключенія договора на разстояніи (*inter absentes*), двѣ самостоятельныя *stipulationes* не могли передать двухстороннюю (синаллагматическую) природу купли-продажи, при которой обязательство одной стороны связано, обусловлено обязанностью другой. Мало-по-малу въ оборотѣ развивается воззрѣніе, что *bona fides* требуетъ исполненія договора и безъ *stipulatio*, что уже въ силу простого соглашения возникаетъ для сторонъ „*dare facere oportere ex fide bona*“, вслѣдствіе чего искъ, поставленный (въ *intentio*) на это *dare facere oportere*, сталъ находить *in iudicio* полное удовлетвореніе. Къ концу II столѣтія до Р. X. это развитіе совершилось: въ перечисленіи *actiones bonae fidei*, данномъ извѣстнымъ юристомъ *Кв. Муціемъ Сцеволой* (*Cicero. De off. 3. 17. 70*), *actio empti-venditi* (какъ и иски изъ другихъ консенсуальныхъ контрактовъ) уже находится.

Но и достигнувъ юридическаго признанія въ качествѣ контракта консенсуальнаго, *emptio-venditio* не сразу приобрѣла тотъ видъ, который она имѣетъ въ послѣдствіи: многое должно было еще быть выяснено юриспруденціей; многое изъ того, что впо-

*) См. литературу у *Costa. Storia del diritto romano privato*, p. 385 и сл.

слѣдствіи разумѣлось *ipso jure*, должно было первоначально прямо оговариваться сторонами.

Существенными элементами купли-продажи являются предметъ (*merx*) и цѣна (*pretium*). Что касается перваго, то объектомъ продажи можетъ быть все, что имѣетъ имущественную цѣнность—слѣд. не только вещи тѣлесныя (даже будущія, напр., урожай будущаго года), но и т. н. *res incorporeales* (сервитуты, права требованія, наслѣдство и т. д.). Цѣна должна прежде всего состоять въ извѣстной суммѣ денегъ—*pecunia numerata*; въ противномъ случаѣ договоръ будетъ не куплей-продажей, а мѣной. Нужно, впрочемъ, сказать, что среди классическихъ юристовъ были такіе, которые и мѣну желали подводить подъ понятіе купли-продажи (fr. 1. 1. D. 18. 1); но ихъ мнѣніе было отвергнуто. *Pretium*, да лѣе, должно быть *certum*, т. е. опредѣленнымъ или, по крайней мѣрѣ, опредѣлимымъ („покупаю за столько, сколько назначить такой-то“, „за столько, сколько есть въ кошелькѣ“ и т. п.). Оно должно быть *verum*—т. е. цѣна не должна быть назначена только для вида, для прикрытія даренія. Но цѣна опредѣляется свободнымъ соглашеніемъ сторонъ, и право не входитъ въ обсужденіе вопроса о томъ, справедлива-ли она или нѣтъ: не требуется, чтобы *pretium* было *justum* (fr. 22. 3. D. 19. 2: „*in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere*“). Въ позднѣйшее время, однако, появилось въ этомъ отношеніи одно исключеніе: конституція имп. Діоклетіана (с. 2. С. 4. 44) даетъ продавцу недвижимости, получившему меньше половины ея дѣйствительной стоимости, право требовать уничтоженія продажи (т. н. правило о *laesio enormis*). Указъ этотъ, во многихъ отношеніяхъ неясный, принадлежитъ къ серіи тѣхъ отмѣченныхъ выше наивныхъ мѣръ соціальной политики, при помощи которыхъ абсолютная монархія пыталась бороться съ общимъ экономическимъ разстройствомъ.

Изъ договора купли-продажи возникаетъ *обязательство двухстороннее* и притомъ *равномерно двухстороннее* (*contractus bilateralis aequalis*). Каждая изъ сторонъ *одновременно* и *непременно* (а не только случайно, какъ при *commodatum* и *depositum*) является и кредиторомъ и должникомъ. Эта двухсторонность выражается и въ разномъ наименованіи искомъ: здѣсь нѣтъ *actio directa* и *contraria*, а есть *actio empti* для покупателя и *actio venditi* для продавца; весь же договоръ въ цѣломъ называется двойнымъ именемъ *emptio-venditio*.

Эти двѣ встрѣчныя обязанности связаны другъ съ другомъ: одна существуетъ только потому, что существуетъ другая; каждая является условіемъ для другой. Въ этомъ заключается принципальная сущность всякаго двухсторонняго, т. н. *синаллагматическаго*, договора. Римское право, однако, не сразу усвоило этотъ принципъ и не провело его до конца.

Однимъ изъ важнѣйшихъ практическихъ вопросовъ въ этомъ отношеніи былъ вопросъ о томъ, можетъ-ли контрагентъ, самъ

не исполнивъ своей обязанности, предъявлять искъ противъ другого—напр., покупатель, не уплатившій покупной цѣны, требовать передачи ему вещи. Въ эпоху, когда *emptio-venditio* заключалась ввидѣ двухъ *stipulationes*, обязанность каждого контрагента, вытекающая изъ *ego sponso*, была независимой и потому подлежала выполнению, не смотря на то, выполнилъ-ли противникъ свое обязательство или нѣтъ. Съ превращеніемъ купли-продажи въ консенсуальный контрактъ это соображеніе отпало: отвѣтчикъ можетъ предъявить т. н. *exceptio non adimpleti contractus*. Истецъ, т. обр., предъявляя искъ, въ случаѣ возраженія со стороны противника, долженъ или доказать, что онъ свою обязанность выполнилъ, или же предложить исполненіе сейчасъ (fr. 13. 8. D. 19. 1: „offeri pretium ab emptore debet cum ex empto agitur“; детали, впрочемъ, спорны).

Другой вопросъ, съ этимъ тѣсно связанный, заключался въ томъ, кто несетъ рискъ за гибель вещи съ момента заключенія договора. Если вещь не была тотчасъ передана покупщику, то, какъ мы знаемъ, и право собственности на нее еще не перешло; собственникомъ остается продавецъ. Конечно, онъ отвѣчаетъ передъ покупщикомъ за всякое ухудшеніе вещи и за ея гибель, если онъ въ этомъ виновенъ (обѣ стороны при куплѣ-продажѣ отвѣчаютъ другъ передъ другомъ за *omnis culpa*). Если же вещь погибла безъ его вины, отъ чистаго случая, то онъ отъ отвѣтственности освобождается. Но римское право признаетъ сверхъ того, что онъ можетъ даже требовать отъ покупщика уплаты цѣны за вещь, которую онъ не доставилъ и доставить не можетъ. Это выражается правиломъ „*periculum est emptoris*“—рискъ за купленную вещь переносится съ момента договора на покупщика (§ 3 In. 3. 23). Въ этомъ положеніи несомнѣнно отражается еще старый порядокъ вещей, когда купля-продажа заключалась ввидѣ двухъ различныхъ *stipulationes*, порождавшихъ два другъ отъ друга независимыхъ обязательства: покупатель долженъ былъ платить, а когда онъ предъявлялъ свой искъ, продавецъ, какъ невиновный въ гибели вещи, отъ отвѣтственности освобождался.

Что касается, въ частности, обязанностей контрагентовъ, то наименѣе вопросовъ возбуждала обязанность покупателя: онъ долженъ только уплатить покупную цѣну. Гораздо сложнѣе было дѣло по отношенію къ продавцу.

Главною цѣлью купли-продажи было, конечно, перенесеніе права собственности на покупщика. Ввиду этого первой обязанностью продавца является передача вещи—*traditio* („*vacuam possessionem tradere*“); онъ обязанъ предоставить вещь покупщику—*habere licere* (fr. 30. 1. D. 19. 1). Но какъ быть, если впоследствии окажется, что продавецъ не былъ собственникомъ и вслѣдствіе этого вещь будетъ у покупщика отобрана (произойдетъ *evictio* вещи)? Мы знаемъ, что при *mancipatio* продавецъ отвѣчалъ по специальному иску—*actio auctoritatis in duplum*. Для того, чтобы гарантировать покупщика на случай *evictio* и тогда, когда купля-продажа совершалась не ввидѣ *mancipatio*, стали прибѣгать

къ особой *stipulatio duplae*, посредствомъ которой продавецъ обѣщаль покупщику возмѣщеніе двойной цѣны, если вещь будетъ отобрана. Съ теченіемъ времени отвѣтственность за *evictio* стала разсматриваться настолько неотъемлемымъ элементомъ купли-продажи, что, если она не была исключена особымъ соглашеніемъ о неотвѣтственности, покупатель даже впоследствии (по заключеніи договора) могъ посредствомъ *actio empti* потребовать заключенія этой *stipulatio*, а если вещь была уже отобрана, то и прямо возмѣщенія убытковъ.

Другой вопросъ, поставленный жизнью въ связи съ отвѣтственностью продавца, былъ вопросъ объ отвѣтственности его за недостатки проданной вещи. Старое гражданское право такой отвѣтственности вовсе не знало. Съ возникновеніемъ купли-продажи въ стипуляціонной формѣ, если стороны желали установить такую отвѣтственность, они должны были заключить объ этомъ особое соглашеніе также въ формѣ *stipulatio*. Когда купля-продажа стала консенсуальнымъ контрактомъ *bonae fidei*, постепенно выработалось предположеніе, что противно *bona fides* умолчаніе продавца о такихъ недостаткахъ, которые ему были известны: это было похоже на обманъ. Ввиду этого въ такомъ случаѣ стали давать покупщику *actio empti* о возмѣщеніи убытковъ. Но за недостатки ему неизвѣстные продавецъ не отвѣчалъ.

Это положеніе было измѣнено эдиктомъ курульныхъ эдилловъ. Наблюдая за порядкомъ на рынкахъ, эдилы предписали, чтобы продавцы рабовъ и животныхъ объявляли покупщикамъ о всѣхъ недостаткахъ выставленныхъ на продажу объектовъ. Если бы впоследствии оказались какіе-либо иные, необъявленные недостатки, то продавецъ отвѣчалъ независимо отъ того, зналъ-ли онъ о нихъ или не зналъ: онъ долженъ былъ знать. Покупщикъ при этомъ можетъ потребовать или полного расторженія договора съ возвращеніемъ вещи—*actio redhibitoria*, или же соответственнаго уменьшенія покупной цѣны—*actio quanti minoris*.

Нововведеніе эдильскаго эдикта оказалось настолько практичнымъ, что оно было распространено затѣмъ и на всѣ другіе случаи купли-продажи, ставъ нормой общаго права *).

2. Второй важный договоръ изъ категоріи консенсуальныхъ есть договоръ найма—*locatio-conductio*. Историческій процессъ его развитія также очень споренъ. И здѣсь нѣкоторые предполагаютъ сначала наемъ, какъ реальный контрактъ (*Costa*). Другіе указываютъ, какъ на прообразъ безформального найма, на различныя государственныя *locationes* (*Mommsen*). Вѣрнѣе и здѣсь предположить для древнѣйшаго времени фидуціарную *манципацию*, а затѣмъ двѣ встрѣчныя *stipulationes* (*Girard*), хотя нельзя отрицать въ нѣкоторыхъ положеніяхъ вліянія *locationes senso-giae* (обычный пятилѣтній срокъ найма и т. п.). Весьма возможно, далѣе, что не всѣ виды найма развивались одновременно. Во вся-

* См. новѣйшую работу по этому вопросу *Haymann*. Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. Bd. I. 1912.—Рецензія на нее *Partsch'a* въ *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.* Bd. XXX. 1912.

комъ случаѣ, какъ было уже упомянуто, ко времени Кв. Муция Сцеволы всѣ консенсуальные контракты снабжены цивильными исками *bonae fidei*.

Различаются *три вида найма*:

а) *Наемъ вещей—locatio-conductio rei*: одна сторона—*locator rei*—обязана предоставить вещь въ пользованіе, другая—*conductor rei*—обязана вносить условленную наемную плату (*merx*). Названія сторонъ, вѣроятно, происходятъ отъ того, что древнѣйшимъ видомъ договора былъ наемъ рабовъ и животныхъ, выводимыхъ на рынокъ: хозяинъ *locat servum*, а берущій въ наймы его уводитъ, *conducit*. Плата за пользованіе обыкновенно назначается въ деньгахъ, но—по крайней мѣрѣ, въ болѣе позднее время—встрѣчается и въ видѣ извѣстной доли земледѣльческихъ продуктовъ—т. н. *colonia partitaria* (*colonus*—спеціальное названіе мелкаго арендатора сельскаго участка, какъ *inquilinus*—названіе городского квартиронанимателя). Обѣ стороны отвѣчаютъ другъ передъ другомъ за *omnis culpa*, причемъ, однако, въ противоположность куплѣ-продажѣ, даже случайная невозможность предоставления вещи лишаетъ *locator'a* права требовать наемную плату. Искъ *locator'a*—*actio locati*, искъ *conductor'a*—*actio conducti*.

б) *Наемъ рабочей силы* свободнаго человѣка на срокъ—*locatio-conductio operarum*: одно лицо, *locator*, отдаетъ въ распоряженіе другого, *conductor'a*, свою рабочую силу, свой трудъ (*operae*) за извѣстное вознагражденіе (наемъ рабочаго, кучера и т. д.).

в) *Заказъ или подрядъ—locatio-conductio operis*: одно лицо отдаетъ другому за извѣстное вознагражденіе такое количество своего труда, какое нужно для совершенія какого-нибудь предпріятія (постройка дома, перевозка или починка вещи и т. п.). Наименованія контрагентовъ здѣсь мѣняются: заказчикъ называется *locator operis*, а берущій работу—*conductor operis*; причина заключается, вѣроятно, въ томъ, что первоначально *l.-c. operis* состояла въ мелкихъ заказахъ мастерамъ, починкахъ и т. п., причемъ эти мастера уносили вещь къ себѣ. При этомъ нужно имѣть въ виду, что для наличности *l.-c. operis* необходимо, чтобы матеріалъ былъ данъ заказчикомъ; если мастеръ долженъ сдѣлать вещь изъ собственнаго матеріала, то такой договоръ рассматривается уже какъ купля-продажа.

По поводу обоихъ послѣднихъ видовъ найма нужно сказать, что въ римскомъ правѣ они далеко не получили надлежащаго развитія. Рабскій трудъ значительно мѣшалъ распространенію найма свободной рабочей силы и вообще низводилъ личный наемъ на степень чего-то мало достойнаго. Въ особенности это отразилось на крайнемъ несовершенствѣ нормъ относительно *l.-c. operarum*. Только работы низшаго порядка могли быть объектомъ найма—*operae locari solitae*. Трудъ учителя, художника, врача и т. д.—*operae liberales*—по возрѣнію римлянъ, не можетъ быть отдаваемъ въ наймы за плату; онъ долженъ быть безвозмезднымъ. Но это возрѣніе не могло оставаться до конца ненарушимымъ, и уже въ періодъ имперіи найденъ былъ обходный

путь: вознагражденіе—*honorarium*—могло быть взыскиваемо *extra ordinem*.

Въ области морской перевозки должно быть отмѣчено довольно раннее заимствованіе изъ греческаго права ввидѣ т. н. *lex Rhodia de jactu*, Родосскаго закона объ аваріяхъ. Если для спасенія корабля и груза часть послѣдняго будетъ выброшена за бортъ (*jactus*), то убытокъ разлагается пропорціонально на всѣхъ въ спасеніи заинтересованныхъ, т. е. на хозяина корабля и прочихъ товарохозяевъ.

3. *Societas* или договоръ товарищества. Историческое развитіе его несомнѣнно пошло отъ т. н. *consortium*, т. е. соглашения между братьями послѣ смерти ихъ отца не раздѣляться и продолжать вести хозяйство сообща. Это происхожденіе отражается и въ позднѣйшемъ правѣ въ томъ, что вообще отношенія между *socii* носятъ на себѣ печать особой *fraternitas* (fr. 63 pr. D. 17. 2); такъ напр., *socii* отвѣчаютъ другъ передъ другомъ только за такую внимательность и заботливость, которую они проявляютъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ—за т. н. *culpa in concreto*, за *diligentia quam suis rebus adhibere solet* (т. обр., *socius* вообще небрежный не будетъ отвѣчать за свою обычную небрежность, хотя за ту же небрежность передъ посторонними онъ будетъ отвѣчать).

Съ теченіемъ времени развились слѣдующіе виды *societas*. Самую полную общность, общность всего имущества (даже доставшагося случайно, напр., по завѣщанію отъ посторонняго) создаетъ *societas omnium bonorum*; это непосредственное продолженіе стариннаго *consortium*. Ограниченіе *societas quaestus*: она охватываетъ только имущество, приобретаемое хозяйственной дѣятельностью (слѣд., наслѣдства остаются раздѣльными). Еще уже *societas unius negotiationis*: она составляется только для одной какой-нибудь экономической дѣятельности—напр., сообща ведется торговое дѣло (имѣнія, дома и пр. остаются отдѣльными). И, наконецъ, самую низшую ступень составляетъ *societas unius rei*, временное товарищество для одной какой-нибудь сдѣлки, напр., только для покупки сообща имѣнія.

Во всякомъ случаѣ, *societas* имѣетъ строго личный характеръ, разрушается смертью товарища, а также въ любой моментъ можетъ быть прекращена по требованію одного изъ *socii*. Искъ товарищей между собой—*actio pro socio*.

4. Наконецъ, послѣдній консенсуальный договоръ—*порученіе, mandatum*: одно лицо поручаетъ другому выполненіе какого-нибудь дѣла или цѣлаго ряда дѣлъ. *Mandatum* по своей юридической структурѣ имѣетъ много сходнаго съ *commodatum*, *depositum* и *pignus*: оно также является договоромъ двухстороннимъ, но не равностороннимъ. Поэтому, и при немъ одно лицо—дающій порученіе, *мандантъ*, имѣетъ *actio mandati directa* объ исполненіи порученія или о возмѣщеніи причиненныхъ неисполненіемъ убытковъ, а другое лицо, *mandatarius*, имѣетъ *actio mandati contraria*—напр., объ издержкахъ, понесенныхъ при исполненіи порученія.

Mandatum также должно быть непременно *безвозмезднымъ*, въ противномъ случаѣ это будетъ уже личный наемъ. Сверхъ того, *mandatum* проникнуто личнымъ характеромъ: оно уничтожается смертью манданта или мандатаря; равнымъ образомъ оно можетъ быть уничтожено свободнымъ отказомъ со стороны того или другого контрагента. По объему своему *mandatum* можетъ быть также различнымъ: порученіе можетъ касаться только совершенія какого-нибудь одного дѣла (напр., я прошу васъ отнести письмо, купить мнѣ книгу), и въ такомъ случаѣ того, кому дано порученіе, называютъ *procurator specialis*; но оно можетъ быть и болѣе общимъ (я назначаю васъ своимъ управляющимъ), и тогда говорятъ о *procurator generalis*.

Ближайшая исторія возникновенія *mandatum* неясна. Ввиду сходства въ юридической конструкціи, нѣкоторые (напр., Girard) предполагаютъ для *mandatum* тотъ же процессъ развитія, который прошли *commodatum*, *depositum* и *pignus*. Другіе (напр., Wlassak, Costa) думаютъ, что *mandatum* выработалось изъ преторскаго эдикта *de negotiis gestis*. Нужно признать, что въ нормахъ о *mandatum* нѣтъ никакихъ слѣдовъ реального характера, вслѣдствіе чего послѣднее предположеніе кажется болѣе вѣроятнымъ.

Спеціальнымъ видомъ *mandatum* является т. н. *mandatum qualificatum* или *mandatum pecuniae credendae*—порученіе дать займы или вообще открыть кредитъ третьему лицу. Въ случаѣ неуплаты долга этимъ третьимъ лицомъ давшій въ кредитъ, какъ лицо потерпѣвшее убытки при исполненіи порученія, можетъ обратиться къ автору порученія съ *actio mandati contraria* о возмѣщеніи ихъ. Вслѣдствіе этого *mandatum pecuniae credendae* является также извѣстной формой поручительства.

Pacta. Всѣ прочія соглашенія, кромѣ указанныхъ типичныхъ и т. н. *contractus inopinati*, суть, какъ извѣстно, *pacta nuda*, исковой силы не имѣющія. Однако, эти *pacta* не вовсе лишены всякаго значенія. Преторскій эдиктъ, относящійся еще къ концу второго—началу перваго столѣтія республики, обѣщалъ: „*pacta conventa... servabo*“ (fr. 7. 7. D. 2. 14). Это обѣщаніе отнюдь не обозначало дарованія исковой силы всякимъ *pacta*; оно обозначало только созданіе *exceptio pacti*—видъ *exceptio doli*. Но въ дальнѣйшей исторіи подъ вліяніемъ различныхъ обстоятельствъ нѣкоторыя изъ *pacta* приобрѣли и исковую силу, вслѣдствіе чего ихъ называютъ *pacta vestita*. При этомъ различаютъ обыкновенно три категоріи ихъ—*pacta adjecta*, *praetoria* и *legitima*.

1. *Pacta adjecta*. Это—соглашенія, присоединенныя какому-либо главному договору. При этомъ надо различать, присоединены-ли они къ этому послѣднему при самомъ его заключеніи—*in continenti*, или же лишь впоследствии—*ex intervallo*. Въ первомъ случаѣ они—часть главнаго договора и могутъ быть осуществлены искомъ изъ этого договора. Такъ, напр., при продажѣ было условлено, что въ случаѣ, если покупатель пожелаетъ въ

свою очередь продать вещь, онъ прежде всего долженъ предложить ее продавцу (право преимущественной покупки—fr. 75. D. 18. 1); при неисполненіи продавецъ можетъ предъявить *actio venditi*. Или при заключеніи *stipulatio* было условлено, что, пока должникъ платитъ проценты, долгъ не будетъ требуемъ; хотя бы даже объ этомъ не было упомянуто въ самомъ текстѣ *stipulatio*, соглашеніе будетъ имѣть силу (fr. 4. 3. D. 2. 14). Иначе будетъ обстоять дѣло, если *pactum* было присоединено *ex intervallo*. Такое *pactum* будетъ имѣть значеніе только тогда, если оно имѣетъ цѣлью облегчить положеніе должника—*ad minuendam obligationem*: напр., соглашеніе объ отсрочкѣ или о невзысканіи долга вовсе (*pactum de non petendo ad tempus* или *in perpetuum*). Если же оно мѣняетъ содержаніе обязательства или усиливаетъ обязанность должника — *ad augendam obligationem*, то оно само по себѣ значенія не имѣетъ. Если стороны желаютъ этого, они должны произвести *novatio obligationis*, т. е. уничтожить старое обязательство вовсе, замѣнивъ его новымъ.—Какъ видимъ, *pacta adjecta* въ большинствѣ случаевъ, гдѣ они имѣютъ значеніе, создаютъ только *exceptio* (которая при *actiones bonae fidei* даже подразумѣвается). Въ тѣхъ же немногихъ случаяхъ (первый примѣръ съ правомъ преимущественной покупки), гдѣ они приводятъ къ иску, они рассматриваются не какъ самостоятельная *pacta*, а какъ составная часть главнаго договора.

2. *Pacta praetoria*. Въ нѣкоторыхъ, однако, случаяхъ преторъ въ своемъ эдиктѣ снабдилъ *pacta* и самостоятельнымъ искомъ—*actio in factum*; такія *pacta* и называются *pacta praetoria*. Таковы: а) *Constitutum debiti*. Въ силу тѣхъ или другихъ причинъ долгъ уже существующій могъ быть впоследствии подтвержденъ самимъ должникомъ (*constitutum debiti proprii*) или третьимъ лицомъ (*c. d. alieni*). Такое подтвержденіе рождало новый искъ—*actio de pecunia constituta*. Особенное значеніе подобное подтвержденіе имѣло тогда, когда оно касалось долга не исковаго (я обѣщаю кредитору уплатить мою *obligatio naturalis*) или когда оно давалось третьимъ лицомъ (я обѣщаю уплатить вамъ долгъ какого-нибудь вашего должника). Послѣдній случай—*constitutum debiti alieni*—можетъ быть также способомъ установленія поручительства. б) *Receptum*, причѣмъ въ преторскомъ эдиктѣ *de recepto* имѣются въ виду три различныхъ случая: 1) *receptum argentarii*, обѣщаніе банкира уплатить чей-либо долгъ—случай, аналогичный *constitutum debiti alieni* и Юстинианомъ слитый съ послѣднимъ; 2) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*: принятіе вещей пассажировъ хозяевами кораблей, гостиницъ и постоялыхъ дворовъ возлагаетъ на нихъ повышенную отвѣтственность за ихъ сохранность; они освобождаются только при наличности т. н. непреодолимой силы (*vis maior*—стихійныхъ бѣдствій: кораблекрушенія, наводненія, пожара и т. д.); 3) *receptum arbitrii*: принявшій на себя обязанность третейскаго судьи долженъ ихъ выполнить, причѣмъ, однако, преторъ вынуждаетъ къ этому не искомъ, а мѣрами административной власти.

3. *Pacta legitima*. Нѣкоторыя изъ соглашеній получили исковую силу въ позднѣйшемъ, императорскомъ правѣ непосредственно въ силу закона. Таково установленіе приданого (*pactum dotis*), но главнѣе всего *дарственное обѣщаніе—donatio*. Donatio можетъ быть совершено самымъ различнымъ образомъ: путемъ непосредственной передачи вещи, путемъ прощенія долга, путемъ дарственного обѣщанія; послѣднее не только въ періодъ республики, но и въ правѣ классическихъ юристовъ было дѣйствительнымъ только тогда, если оно было облечено въ форму stipulatio. Простое pactum donationis юридической силы не имѣло.

Независимо отъ этого римское право уже издавна установило и прямое *ограниченіе дареній*. *Lex Cincia*, законъ 204 г. до Р. X., запретила вообще даренія свыше нѣкоторой, намъ неизвѣстной, суммы; только извѣстныя лица отъ этого запрещенія освобождались (excerptae personae—когнаты до 6-й степени, свойственники и т. д.—fr. Vat. 298 и сл.). *Lex Cincia*, однако, была *lex imperfecta*; она не устанавливала послѣдствій своего нарушенія. Ввиду этого впослѣдствіи преторъ сталъ давать *exceptio* или *replicatio legis Cinciae*; если дареніе еще не было осуществлено, а только обѣщано (посредствомъ stipulatio), то противъ иска объ исполненіи даритель имѣетъ exceptio; если же подаренное было передано, то даритель могъ потребовать обратно и на возраженіе о дареніи отвѣтить replicatio l. Cinciae. Однако, exceptio и replicatio l. Cinciae погасались смертью дарителя: если онъ умеръ, не потребовавъ назадъ, наслѣдники оспаривать даренія не могли.

Ко времени абсолютной монархіи *lex Cincia* вышла изъ употребленія, но взамѣнъ была установлена необходимость для дарственныхъ актовъ т. н. *судебной insinuatio*; всякое дареніе должно быть заявлено передъ судомъ и занесено въ реестръ. Требованіе это было введено впервые имп. Констанціемъ Хлоромъ и подтверждено Константиномъ. Юстиніанъ ограничилъ, однако, необходимость insinuatio лишь дареніями свыше 500 solidi; дарственные обѣщанія ниже этой суммы дѣйствительны и безъ этой формальности. Благодаря этому и простое *pactum donationis* получило исковую силу.

Таково было развитіе римской системы обязательствъ изъ договоровъ. Мы видимъ, что оно шло многими отдѣльными путями; каждый типъ контракта вырабатывался самостоятельно, хотя и не безъ связи съ другими. Въ концѣ концовъ, несмотря на принципиальное признаніе только типичныхъ договоровъ, римское право ко времени Юстиніана поставило обязательственную систему уже такъ широко, что почти всякое соглашеніе получало въ ней правовую охрану. Съ одной стороны, къ этому вело общее признаніе contractus innominati: если одна сторона свое обязательство исполнила, то вопросъ о соотвѣтствіи договора тому или другому типу отпадаетъ, и можно требовать исполненія договора другимъ контрагентомъ. Съ другой стороны, къ тому же вело облегченіе стипуляціонной формы: съ тѣхъ поръ какъ послѣдняя не требуетъ прежнихъ стереотипныхъ выраженій, рѣдкій

договоръ, заключаемый inter praesentes, не можетъ быть истолкованъ, какъ stipulatio. Вышеприведенныя слова преторскаго эдикта „*pacta conventa servabo*“ нашли себѣ, т. обр., если не полное, то почти полное, если не принципиальное, то практическое осуществленіе.

В. Обязательства внѣ-договорныя.

§ 70.

Обязательства изъ деликтовъ.

Обязательства изъ деликтовъ также подвергаются, начиная со второй половины республики, весьма существеннымъ измѣненіямъ. Съ одной стороны, реформируются деликты стараго цивильнаго права, съ другой стороны, преторскимъ эдиктомъ создаются новые. Отвѣтственность за деликты освобождается отъ наиболѣе острыхъ элементовъ старой мести; рядомъ съ отвѣтственностью ввидѣ штрафа (*actiones poenales*) появляется въ извѣстныхъ случаяхъ простая обязанность возмѣстить причиненный вредъ (*actiones rei persecutoriae*); иногда возмѣщеніе вреда и штрафъ комбинируются въ одномъ искѣ (*actiones mixtae*). Но старое представленіе о деликтной отвѣтственности, какъ о чисто личной, отражается еще въ томъ, что въ принципѣ и теперь наслѣдникъ деликвента отвѣчаетъ лишь въ предѣлахъ своего обогащенія отъ даннаго конкретнаго деликта (Gai. IV, 112: „Est certissima juris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere“; fr. 38. D. 50. 17). Разсмотримъ прежде всего, какія измѣненія произошли въ области деликтовъ стараго цивильнаго права.

1. *Деликты цивильнаго права*. 1) *Injuria*. Положенія законовъ XII т. объ injuria были радикально реформированы преторскимъ эдиктомъ. При этомъ эдиктъ обобщилъ казуистическія нормы этихъ законовъ (edictum generale) и тѣмъ далъ возможность юриспруденціи развивать и расширять самое понятіе injuria, распространяя его почти на всякія посягательства противъ человеческой личности. Вмѣстѣ съ тѣмъ были измѣнены самыя послѣдствія деликта. Принципъ таліона, признаваемый законами XII т. для случая *membrum ruptum*, окончательно отжилъ свой вѣкъ; неподвижныя нормы штрафовъ (300 ассовъ, 25 ассовъ) не считались съ особенностями каждаго конкретнаго случая, а съ развитіемъ богатствъ оказались и чрезмѣрно низкими (у Aullus Gellius, 20. 1. 13, сообщается о нѣкоторомъ L. Veratius, который за удовольствіе считалъ (pro delectamento habebat) ходить по улицамъ и раздавать пощечины; за нимъ шель рабъ съ мѣшкомъ, полнымъ денегъ, и тутъ же выплачивалъ каждому по 25 ассовъ). Ввиду всего этого преторскій эдиктъ, отмѣнивъ неподвижныя

таксы, установилъ *actio injuriarum aestimatoria*. При наличности *injuria atrox* преторъ самъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ опредѣлялъ ту сумму штрафа, къ которой долженъ быть приговоренъ обидчикъ; въ другихъ случаяхъ это предоставлялось судью *in judicio*.—Рядомъ съ этой гражданской отвѣтственностью съ теченіемъ времени возникаетъ и *отвѣтственность уголовная*. *Lex Cornelia de injuriis* установила такую отвѣтственность для случаевъ *pulsare, verebrare, vi domum introire*; позднѣйшее императорское законодательство распространило ее и на другіе случаи, вслѣдствіе чего въ позднѣйшемъ правѣ потерпѣвшій всегда можетъ выбирать между *actio aestimatoria* и уголовнымъ преслѣдованіемъ (§ 10 In. 4. 4: „In summa sciendum est de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel civiliter“).

2. *Furtum*. Важнѣйшею реформой въ области *furtum* была отмѣна личной отвѣтственности (*ductio* со всѣми ея послѣдствіями) во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ она по старому праву наступала—т. е. при *furtum manifestum* и при *quaestio lance et licio*; для всѣхъ этихъ случаевъ преторъ установилъ отвѣтственность *in quadruplum* (*actio furti manifesti, a. furti prohibiti u non exhibiti*). Остальные иски—*actio furti nec manifesti in duplum, a. furti concepti* и *oblati in triplum* преторомъ были сохранены. Въ періодъ имперіи, однако, частный обыскъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ связанные съ нимъ иски выходятъ изъ употребленія, такъ что въ концѣ концовъ остаются только *a. furti manifesti in quadruplum* и *a. furti nec manifesti in duplum*.

Но эти иски имѣютъ только штрафной характеръ; они—*actiones poenales*. Помимо ихъ, потерпѣвшій всегда могъ вытребовать украденную вещь посредствомъ *rei vindicatio*, а если вещи у вора уже не было, то—ея цѣнность посредствомъ особой *condictio furtiva*.

3. *Damnum injuria datum*. Отвѣтственность за уничтоженіе и поврежденіе чужихъ вещей была заново опредѣлена особымъ закономъ Аквилія, *lex Aquilia*—вѣроятно, 287 г. до Р. X. Законъ этотъ содержалъ въ себѣ три главы. Глава первая постановляла, что тотъ, кто убьетъ чужого раба или „*animalia quae residuum numero sunt*“ (т. е. животное, принадлежащее къ категоріи *rescus*—лошади, быки, овцы и т. д.), долженъ уплатить хозяину высшую цѣну, которую имѣла вещь въ теченіе послѣдняго года. Глава вторая устанавливала отвѣтственность *adstipulator'a*, причинившаго вредъ *stipulator'u* недолжнымъ прощеніемъ требованія. Глава третья снова возвращалась къ вопросу о поврежденіи вещей и говорила, что тотъ, кто ранитъ чужого раба или *rescus* или уничтожить какую-либо иную вещь, долженъ возмѣстить хозяину высшую цѣну ея въ теченіе послѣдняго мѣсяца. При этомъ *lex Aquilia* устанавливала, повидимому, указанную отвѣтственность въ формѣ *manus injectio* („*damnas esto*“; отсюда впоследствии для *actio legis Aquiliae* сохранилось правило, что въ случаѣ отрицанія отвѣтчикъ приговаривается *in duplum: lis infitiando crescit in duplum*). Возмѣщеніе высшей цѣны, которую имѣла вещь въ

теченіе послѣдняго года или мѣсяца, носило первоначально только характеръ извѣстнаго приема для опредѣленія убытковъ; но несомнѣнно, что иногда эта высшая цѣна могла оказаться для отвѣтчика и штрафомъ (въ размѣрѣ разницы между высшей цѣной и нынѣшней стоимостью). На этомъ основаніи Юстиніанъ отнесъ этотъ искъ къ *actiones mixtae*. Для отвѣтственности по *lex Aquilia* не требуется, чтобы вредъ былъ нанесенъ умышленно (*dolo*); достаточно и простой небрежности (*culpa levis*).

Lex Aquilia явилась базисомъ для дальнѣйшей работы юриспруденціи. Законъ этотъ ограничивалъ понятіе *damnum injuria datum* очень узкими рамками: согласно его тексту, для наличности отвѣтственности необходимо было *damnum corpori corpori datum*, т. е. поврежденіе *тѣлесной* вещи, совершенное *непосредственнымъ физическимъ воздѣйствіемъ* на нее виновника (*frangere, rumpere* и т. д.). Другіе случаи, напр. отравленіе ядомъ раба или замариваніе голодомъ скота, лежали уже внѣ этого понятія: здѣсь было не „*occidere*“, а только „*causam mortis praestare*“ (fr. 7. 6. D. 9. 2; Gai. III. 219).

Ввиду этого передъ юриспруденціей стоялъ вопросъ, какъ быть со случаями, не подходившими подъ букву *lex Aquilia*, и среди классическихъ юристовъ можно замѣтить два теченія *). Одни изъ нихъ полагали, что слѣдуетъ все же случаи подобнаго рода подчинять правиламъ *lex Aquilia*, и давали здѣсь *actio legis Aquiliae utilis*—искъ съ *condemnatio* на высшую стоимость вещи и съ удвоеніемъ въ случаѣ *infitiatio*. Другіе, напротивъ, предпочитали давать здѣсь преторскій искъ *actio in factum* (примыкающій къ *actio doli*) на простое возмѣщеніе убытковъ; при этомъ искъ не было удвоенія отвѣтственности, но за то не было ограниченія ея высшей стоимостью въ теченіе года или мѣсяца (ибо убытки могутъ быть выше разницы между нынѣшней и бывшей стоимостью). Ко времени Юстиніана, повидимому, эти колебанія разрѣшились тѣмъ, что во всѣхъ случаяхъ, гдѣ вредъ причиненъ самой вещи (*damnum corpori datum*), какимъ бы образомъ онъ ни былъ причиненъ (хотя бы и *ne corpore datum*), отвѣтственность опредѣляется по правиламъ *lex Aquilia*; въ другихъ же случаяхъ, гдѣ вещь физически остается неповрежденной, а только терется для ея владѣльца (напр. бросаю вашу вещь въ море), гдѣ, т. обр., нѣтъ *damnum corpori datum*,—тамъ дается *actio in factum* (§ 16. In. 4. 3).

II. *Деликты преторскаго права*. Чрезвычайная расшатанность общественнаго порядка въ послѣднемъ столѣтіи республики вызвала со стороны преторовъ оживленную дѣятельность и привела къ созданію новыхъ видовъ деликтовъ.

1. *Rapina, грабежъ*. Съ точки зрѣнія гражданского права грабежъ не выдѣлялся изъ *furtum*, и грабитель отвѣчалъ какъ *fur manifestus* или какъ *nec manifestus*, смотря по тому, былъ ли онъ захваченъ на мѣстѣ преступленія или нѣтъ. Практически это

*) *Покровский*. Право и фактъ, ч. I. § 7.

приводило къ тому, что грабитель обыкновенно отвѣчалъ, какъ *fur pes manifestus*, такъ какъ онъ обыкновенно скрывался. Для усиленія репрессіи преторъ Лукуллъ въ 76 г. до Р. X. установилъ особый искъ—*actio vi bonorum raptorum in quadruplum*. Этотъ искъ, вѣроятно, являлся первоначально искомъ чисто штрафнымъ (т. е. кромѣ него, была возможна *rei vindicatio* и *condictio furtiva*), но при Юстиніанѣ онъ уже *actio mixta* (pr. l. 4. 2: „in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit“). Во всякомъ случаѣ по истеченіи года со дня грабежа отвѣтственность понижается до простаго возмѣщенія убытковъ.

2. *Metus, угрозы*. Тотъ, кто вынудить угрозами у другого какую-либо цѣнность, согласно эдикту претора Октавія, приблизительно того же времени, подлежитъ *actio quod metus causa*, также съ отвѣтственностью *in quadruplum*. Но этотъ искъ есть *actio arbitraria*: отвѣтчикъ, выдавъ полученное по предложенію судьи добровольно, отъ отвѣтственности освобождается.

3. *Dolus, обманъ, мошенничество*. Для случаевъ этого рода преторомъ и извѣстнымъ юристомъ *Gallus Aquilius* въ 66 г. до Р. X. былъ установленъ инфамирующий искъ—*actio doli*—на простое возмѣщеніе вреда. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, для устранения инфамирующихъ послѣдствій, *actio doli* замѣняется простою *actio in factum*. Какъ *actio doli*, такъ и примыкающая къ нему *actio in factum* были затѣмъ широко использованы классическими юристами для тѣхъ случаевъ, гдѣ они затруднялись въ подысканіи подходящаго иска. Благодаря чрезвычайно эластичному понятію *dolus*, подъ него можно было легко подвести самыя разнообразныя отношенія, вслѣдствіе чего *actio doli* и *actio in factum* въ значительной степени играли роль искомъ субсидіарныхъ.

Указанные виды исчерпывали всю деликтную систему позднѣйшаго римскаго права. Какъ видимъ, и здѣсь система строится не на какомъ-нибудь общемъ и единомъ понятіи деликта, а на отдѣльныхъ *типax* его. Для иска о возмѣщеніи вреда надо было подвести его подъ тотъ или другой изъ этихъ типовъ. Впрочемъ, и здѣсь (какъ при контрактахъ) позднѣйшее римское право, въ особенности благодаря указаннымъ *actio doli* и *actio in factum*, практически удовлетворяло почти всѣмъ запросамъ своего времени.

§ 71.

Quasi-контракты и quasi-деликты.

Контрактами и деликтами не исчерпывалось все безконечное разнообразіе обязательствъ и, какъ мы знаемъ, римская юриспруденція, а за ней и Юстиніанъ пытались свести всѣ эти внѣ-контрактныя и внѣ-деликтныя обязательства къ категоріямъ *quasi-контрактовъ* и *quasi-деликтовъ*. Выше было указано, что этотъ приемъ систематизаціи не выдерживаетъ научной критики: свести всѣ

obligationes ex lege, всѣ „*variae causarum figurae*“, къ какимъ-нибудь общимъ принципамъ едва-ли возможно. Однако нѣкоторые изъ римскихъ *quasi-контрактовъ* и *quasi-деликтовъ* заслуживаютъ здѣсь упоминанія.

1) *Obligationes quasi ex contractu* (Inst. 3. 27). Сюда относятся прежде всего: а) *иски изъ неосновательнаго обогащенія—condictiones sine causa* въ широкомъ смыслѣ слова. Вообще *condictio*, ведущая свое начало отъ *legis actio per conditionem*, есть абстрактный искъ *stricti iuris*, идущій на *dare oportere*. Искъ этотъ примѣнялся въ самыхъ разнообразныхъ отношеніяхъ; мы видѣли его примѣненіе при *mutuum*, при *литтеральныхъ* контрактахъ, при *stipulatio*. Этотъ же искъ примѣнялся юриспруденціей и къ тѣмъ случаямъ, когда кто-либо безъ основанія обогатился на чужой счетъ, когда кто-либо владѣетъ чужой цѣнностью *sine causa*. При этомъ, разумѣется, возникалъ вопросъ о томъ, *когда* можно сказать, что лицо обогатилось на чужой счетъ *безъ достаточнаго къ тому основанія—sine causa*, такъ какъ сплошь и рядомъ одно лицо дѣлается богаче на счетъ другого, и право, тѣмъ не менѣе, незаконнаго обогащенія не усматриваетъ (напр. при дареніи, безвозмездной ссудѣ и т. д.). Не давая какого-либо общаго принципа рѣшенія этого вопроса, римская юриспруденція постепенно установила слѣдующіе случаи неосновательнаго обогащенія: 1) *Condictio indebiti*—платежъ долга не существующаго: въ ошибочномъ убѣжденіи, что я вамъ долженъ, я вамъ уплачиваю; теперь я могу уплоченное потребовать обратно. 2) *Condictio ob causam datorum* или *condictio causa data causa non secuta*: я далъ вамъ что-либо съ тѣмъ, чтобы вы съ своей стороны что-либо исполнили; при неисполненіи отпадаетъ *causa* для дальнѣйшаго удержанія вами переданнаго. Мы уже видѣли эту *condictio* въ исторіи *contractus innominati*. 3) *Condictio ob injustam* или *ob turpem causam*: передано что-либо для цѣли, запрещенной закономъ (*causa injusta*—напр. уплочены проценты свѣше законной нормы) или для цѣли противной нравственности (*causa turpis*; но *turpitude* не должна быть на сторонѣ дающаго). 4) Цѣлый рядъ другихъ случаевъ, которые нельзя было подвести подъ перечисленныя *condictiones*, оставался подъ общимъ именемъ *condictiones sine causa* (напр. случай займа у малолѣтняго: заемъ, какъ договоръ, недѣйствителенъ, но взявшій все же обогатился *sine causa*). Основаніемъ для характеристики всѣхъ случаевъ въ неосновательнаго обращенія, какъ *quasi-контрактовъ*, послужило нѣкоторое общее сходство отношеній, возникающихъ здѣсь между сторонами, съ отношеніями при *mutuum*.

б) *Negotiorum gestio*—веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія: напр. я во время вашего отсутствія предпринимаю необходимый ремонтъ вашего дома. При извѣстныхъ условіяхъ (*negotium utiliter gestum*) *negotiorum gestor* имѣетъ право на возмѣщеніе произведенныхъ имъ издержекъ, для чего ему предоставляется *actio negotiorum gestorum contraria*. Въ свою очередь хозяинъ—*dominus negotii*—имѣетъ *actio negotiorum gestorum directa* по поводу при-

чиненныхъ ему убытковъ и т. п. (fr. 3 pr. D. 3. 5, fr. 5 pr. D. 44. 7). Отношенія, возникающія изъ negotiorum gestio, во многомъ аналогичны mandatum. Иски изъ negotiorum gestio были установлены первоначально преторскимъ эдиктомъ, но въ эпоху классическихъ юристовъ они уже actiones in jus и bonae fidei *).

Кромѣ исковъ изъ неосновательнаго обогащенія и negotiorum gestio, къ обязательствамъ quasi ex contractu относилась еще случайная общность имущества, т. н. *communio incidens* (напр. при сляніи винъ, принадлежавшихъ разнымъ лицамъ), гдѣ отношенія складывались аналогично *societas*; отношенія между опекуномъ и опекаемымъ—*tutela*, и отношенія между наслѣдникомъ и отказополучателемъ по поводу *legata*.

2) Изъ *obligationes quasi ex delicto* слѣдуетъ упомянуть: а) отвѣтственность судьи за небрежное выполненіе своихъ обязанностей передъ тяжущимися въ силу правила *judex litem suam facit* (см. § 25).—б) *Actio de effusis et dejectis*: если изъ дома будетъ что-либо выброшено или выброшено на площадь или улицу и этимъ будетъ причиненъ какой-либо вредъ, то хозяинъ помѣщенія отвѣчаетъ за этотъ вредъ, хотя бы и не онъ былъ непосредственнымъ виновникомъ.—в) *Actio de positis et suspensis*: преторъ даетъ всякому желающему *actio popularis* противъ хозяина дома, если у этого дома что-либо поставлено или повѣшено такъ, что можетъ упасть и тѣмъ причинить вредъ проходящимъ (плохо повѣшенная вывѣска и т. п.); искъ идетъ на штрафъ въ десять *solidi*.—г) *Искъ противъ nautae, caupoes и stabularii* за *dolus* или *furtum*, совершенные ихъ слугами на кораблѣ, въ гостинницѣ или постояломъ дворѣ по отношенію къ проезжающимъ (Inst. 4. 5).

Списокъ отношеній, которыя съ такимъ же логическимъ основаніемъ могли бы быть причислены къ quasi-контрактнымъ или quasi-деликтнымъ, можно было бы увеличить во много разъ, но такое причисленіе не имѣло бы никакой, ни теоретической ни практической, цѣнности. Всѣ внѣ-договорныя и внѣ-деликтныя обязательства лучше всего могутъ быть познаны въ связи съ тѣми основными институтами, къ которымъ они примыкаютъ (въ связи съ институтомъ опеки, завѣщанія, брачными и родственными отношеніями и т. д.).

С. Погашеніе и перенесеніе обязательствъ.

§ 72.

Погашеніе обязательствъ.

Общимъ принципомъ стараго римскаго права въ вопросѣ о погашеніи обязательствъ является *принципъ contrarius actus*. Подобно тому какъ обязательство не могло быть установлено про-

* Новѣйшее изслѣдованіе о negotiorum gestio J. Partsch. Studien zur negotiorum gestio. 1913.

стимъ соглашеніемъ или простой передачей вещи или денегъ, а необходимъ былъ формальный актъ *per aes et libram, stipulatio* и т. д.—такъ же точно и погашено обязательство не могло быть иначе, какъ при помощи такого же формальнаго акта, только противоположнаго содержанія. „*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*“, говоритъ еще юристъ классическаго времени, Помпоній (fr. 80 pr. D. 46. 3). Простое исполненіе, простой платежъ не были достаточны для уничтоженія обязательственной связи. Вслѣдствіе этого, какъ мы знаемъ, *pecuniam* должно было быть прекращено посредствомъ акта *per aes et libram*, при которомъ говорить и дѣйствуетъ уже должникъ, заявляя о своемъ освобожденіи и передавая кусокъ металла кредитору въ знакъ платежа. Вслѣдствіе же этого стипуляціонное обязательство должно было быть прекращено посредствомъ обратнаго вербальнаго акта—*acceptilatio verbis*: должникъ спрашивалъ у кредитора „*quod ego tibi debeo, habes ne acceptum?*“, на что кредиторъ отвѣчалъ „*habeo*“. Равнымъ образомъ, литтеральный, книжный долгъ погашался посредствомъ *acceptilatio litteris*, т. е. занесенія отмѣтки о полученіи въ графѣ „*acceptum*“.

Всѣ эти формальные акты погашенія обязательствъ были по существу актами *абстрактными*, способными покрывать не только дѣйствительное исполненіе обязательства, не только дѣйствительный платежъ, но и разныя другія *causae liberationis*, напр. прощеніе долга.

Съ теченіемъ времени начинаетъ получать признаніе и простой платежъ, *простая solutio*. Вѣроятно, это прежде всего и естественно случилось для обязательствъ неформальныхъ, возникающихъ *re*, т. е. раньше всего для безформальнаго *mutuum*: разъ обязательство должника покоится на томъ основаніи, что въ его имуществѣ находится цѣнность кредитора, то въ случаѣ уплаты это основаніе само собой отпадаетъ. Признаніе простой *solutio* естественно также для *obligationes bonae fidei*: требованіе вторичнаго платежа только потому, что первый платежъ не былъ облеченъ въ цивильную форму, противорѣчило *bona fides*. Но затѣмъ простой платежъ приобретаетъ погашающую силу и по отношенію къ обязательствамъ *формальнымъ* (*stipulatio* и т. п.)—первоначально, вѣроятно, посредствомъ *exceptio*, а затѣмъ (къ концу республики) и *ipso jure*.

Очень рано входитъ въ обычай удостовѣрять платежъ посредствомъ *письменныхъ расписокъ*. Усиленіе значенія письменныхъ документовъ вообще въ періодъ имперіи приводитъ къ усиленію доказательной силы и этихъ расписокъ. Въ случаѣ выдачи расписки въ ожиданіи платежа, если на самомъ дѣлѣ платежа затѣмъ не послѣдовало, кредиторъ имѣетъ также *querela non numeratae pecuniae* въ теченіе законнаго срока. Однако, необходимости удостовѣрять платежъ распиской не существовало. Только Юстиніанъ предписалъ, что обязательство, заключенное въ письменной формѣ, требуетъ или письменной расписки или платежа въ присутствіи 5 свидѣтелей (с. 18. С. 4. 20).

Съ тѣхъ поръ какъ безформальная *solutio* была признана для всѣхъ обязательствъ, формальный актъ *acceptilatio* сталъ употребляться почти исключительно въ цѣляхъ прощенья долга. Но и здѣсь рядомъ съ этимъ формальнымъ прощеньемъ появилось неформальное—ввидѣ преторскаго *pactum de non petendo*, которое даетъ должнику *exceptio pacti*. Это *pactum de non petendo* имѣетъ, кромѣ безформальности, еще и то удобство, что можетъ принимать въ себя различныя оговорки. Такъ, возможно *pactum de non petendo* подъ извѣстнымъ условіемъ, возможно *pactum de non petendo in perpetuum*, т. е. прощенье долга навсегда, и *pactum de non petendo ad tempus*, т. е. отсрочка; при обязательствахъ съ нѣсколькими соучастниками (нѣсколько должниковъ) возможно прощенье всѣмъ—*pactum de n. p. in rem*—и только отказъ взыскивать долгъ съ даннаго лица—*pactum de n. p. in personam*.

Кромѣ погашенія обязательства одностороннимъ прощеньемъ кредитора, двухсторонніе консенсуальные контракты могутъ быть уничтожены добровольнымъ соглашеніемъ обоихъ контрагентовъ—*contrarius consensus*.

Обязательство можетъ быть, далѣе, погашено путемъ обновленія—*novatio*: старое обязательство по соглашенію сторонъ замѣняется новымъ, причемъ такая *novatio* обыкновенно совершалась посредствомъ *stipulatio*. Цѣли обновленія могутъ быть различны. Прежде всего возможно, что съ обновленіемъ связывается смѣна участниковъ обязательства—*novatio inter alias personas*. Кредиторъ, напр., желаетъ передать свое требованіе другому лицу (*delegatio*): тогда это другое лицо спрашиваетъ должника: „*quod tu Titio debes, spondesne mihi dare?*“, на что должникъ отвѣчаетъ „*spondeo*“. Или должникъ желаетъ, вмѣсто себя, поставить другое лицо (*expromissio*); тогда кредиторъ спрашиваетъ новаго должника: „*quod mihi Titius debet, spondesne dare?*“, на что послѣдній отвѣчаетъ „*spondeo*“. Въ обоихъ случаяхъ старое обязательство погашается окончательно, а замѣнь его возникаетъ новое.

Возможна, однако, *novatio* и безъ смѣны лицъ—*novatio inter easdem personas*: стороны вносятъ по взаимному соглашенію тѣ или другія измѣненія въ обязательство; такъ какъ послѣдующія *pacta* (*pacta ex intervallo*) по общему правилу силы не имѣютъ, то необходима *novatio*. Или кредиторъ желаетъ, напр., давая должнику отсрочку, замѣнить имѣющийся у него искъ *bonae fidei* болѣе строгимъ искомъ изъ *stipulatio*: „*quod tu mihi ex empto debes, spondes ne dare?*—*spondeo*“ и т. д. Очень часто, наконецъ, *novatio* употреблялась въ цѣляхъ ликвидаціи цѣлаго ряда дѣловыхъ отношеній между сторонами на подобіе *transscriptio a te in personam* литеральныхъ контрактовъ: люди находившіеся между собой въ дѣловыхъ отношеніяхъ, къ концу года, напр., подводятъ итогъ и затѣмъ, ликвидируя эти старыя отношенія, на мѣсто всей суммы ихъ ставятъ одно обязательство на *saldo*. Формула такой ликвидаціонной *stipulatio* была выработана извѣстнымъ юристомъ Галломъ Аквиліемъ (*stipulatio Aquiliana*). За ликвидаціей могла послѣдовать и *acceptilatio* (fr. 18. 1. D. 46. 4).

Въ позднѣйшемъ правѣ обязательство можетъ быть погашено также посредствомъ *зачета двухъ встрѣчныхъ требованій—compensatio*; но болѣе раннему времени эта идея чужда: каждое требованіе должно было идти своимъ процессуальнымъ путемъ. Только медленно и съ большимъ трудомъ *compensatio* нашла себѣ доступъ въ римское право.

Періодъ республики и первое время имперіи знаетъ зачетъ встрѣчныхъ требованій только въ немногихъ исключительныхъ случаяхъ: а) При *обязательствахъ bonae fidei* судья могъ по своему усмотрѣнію, приговаривая отвѣтника, вычесть его встрѣчныя требованія изъ того же правоотношенія (*ex eadem causa*: напр. приговаривая покупателя къ уплатѣ покупной цѣны, вычесть изъ нея убытки, причиненные несвоевременнымъ доставленіемъ вещи). б) *Argentarius*, предъявляя искъ противъ своего кліента, долженъ былъ самъ вычесть всѣ встрѣчныя требованія послѣдняго—*cogitur cum compensatione agere*: его искъ, т. обр., будетъ въ то же время и окончательной ликвидаціей всѣхъ ихъ дѣловыхъ отношеній. в) *Bonorum emptor*, т. е. покупатель съ аукціона всего имущества несостоятельнаго должника, предъявляя искъ къ его должникамъ, обязанъ *cum deductione agere*, т. е. вычесть долги купленной имъ массы отвѣтчику.—Но все это были только исключенія.

Дѣло мѣняется со времени *имп. Марка Аврелія*: въ силу его рескрипта во всѣхъ случаяхъ отвѣтникъ можетъ потребовать принятія къ зачету его встрѣчнаго требованія хотя бы *ex alia causa*, посредствомъ *exceptio doli*, ибо „*dolo facit qui petit, quod redditurus est*“ (fr. 173. 3. D. 50. 17). Отвѣтникъ, желающій компенсировать, долженъ былъ, т. обр., заявить о своемъ требованіи еще *in iure* и потребовать внесенія въ формулу *exceptio doli*, такъ какъ безъ этого *iudex* самъ *in iudicio* его встрѣчнаго требованія во вниманіе не приметъ. Съ другой стороны, въ силу общаго значенія *exceptio*, какъ отрицательнаго условія *condemnatio*, если такая *exceptio doli* будетъ включена въ формулу, она всегда приведетъ къ полному оправданію отвѣтника—даже тогда, если встрѣчное требованіе значительно ниже требованія истца. Ввиду этого заявленіе со стороны отвѣтника *exceptio doli* обыкновенно принуждало истца тотчасъ же ограничить свой искъ только разностью, выдѣливъ остальное въ отдѣльный процессъ въ связи съ заявленнымъ встрѣчнымъ требованіемъ.

Съ переходомъ къ экстраординарному процессу, не знающему ни формулъ ни дѣленія на *jus* и *iudicium*, возраженіе о *compensatio* не связывается болѣе съ начальнымъ моментомъ процесса: оно можетъ быть заявлено въ любой стадіи его. Съ другой стороны, отпало и формальное основаніе для полнаго оправданія отвѣтника, если его встрѣчное требованіе было ниже требованія истца. Ввиду этого Юстиніанъ предписалъ въ такихъ случаяхъ судѣ, произведя зачетъ, приговаривать отвѣтника къ платежу разности (§ 30 *Inst.* 4. 6). При этомъ, разъ отвѣтникъ заявляетъ требованіе о зачетѣ, расчетъ производится такъ, какъ если бы оба встрѣчныя требованія были погашены уже съ того

момента, когда возникла ихъ встрѣчность (*compensabilitas*); это и обозначаетъ выраженіе „*ipso jure compensatur*“.

Изъ другихъ способовъ погашенія обязательствъ слѣдуетъ упомянуть о *confusio* (сліяніе въ одномъ лицѣ кредитора и должника—напр. вслѣдствіе наслѣдованія), о погашеніи нѣкоторыхъ изъ нихъ *смертью* (активно не наслѣдуемъ, напр., искъ изъ *injuria*; пассивно не наслѣдуемы, какъ было уже сказано, всѣ *actiones reoales*) и, наконецъ, о погашеніи иска вслѣдствіе *litisconfestatio* или вслѣдствіе (погасительной) *давности* его непредъявленія. Старые цивильные иски никакой давности не подлежали—были *actiones perpetuae*; напротивъ, преторскіе иски были всегда ограничены болѣе или менѣе короткимъ срокомъ (чаще всего годомъ) — *actiones temporales*; имп. Феодосій установилъ общую погасительную давность въ 30 или 40 лѣтъ. Однако, погашеніе иска давностью не влечетъ полного уничтоженія самаго обязательства: оно только низводится до степени *obligatio naturalis* (послѣднее, впрочемъ, спорно).

§ 73.

Перенесеніе обязательствъ.

Въ древнѣйшую эпоху, когда обязательство представлялось строго личной связью между двумя лицами, ни о какомъ перенесеніи требованія или долга рѣчи не могло быть. Лишь по мѣрѣ того, какъ въ обязательствѣ все болѣе и болѣе выступалъ на первый планъ имущественный элементъ, могла возникнуть потребность въ подобномъ перенесеніи и мысль о его возможности. Часто, напр., кредиторъ, нуждаясь въ наличныхъ деньгахъ и имѣя требованіе, срокъ которому еще не наступилъ, могъ бы реализовать его сейчасъ путемъ продажи другому лицу. Точно также и должникъ могъ желать передать свой долгъ въ связи съ тѣми или иными дѣловыми отношеніями. Вообще, по мѣрѣ того, какъ торговый оборотъ развивается, развивается и циркуляція требованій.

Когда потребность этого рода стала ощущаться въ Римѣ, она на первыхъ порахъ удовлетворялась обходнымъ путемъ. Древнѣйшій способъ для этой цѣли, выработанный еще въ эпоху *legis actiones*, есть описанная выше *novatio obligationis* въ видѣ *delegatio*, если дѣло шло о переуступкѣ требованія другому кредитору, и *expromissio*, если переносился долгъ на другого должника (Gai. II. 38). Но этотъ способъ имѣлъ значительныя неудобства. Первое изъ нихъ состояло въ необходимости согласія противной стороны: безъ участія должника, безъ его отвѣта на стипуляціонный вопросъ новаго кредитора *novatio* совершиться не могла. При перенесеніи долга съ одного должника на другого (*expromissio*) необходимость согласія кредитора понятна: вмѣсто одного должника, вполне надежнаго и состоятельнаго, кредиторъ

можетъ получить другого, быть можетъ, несостоятельнаго. Но при переуступкѣ требованія (*delegatio*) интересы должника не страдаютъ: ему все равно, кому платить; между тѣмъ онъ даже по своему капризу могъ помѣшать необходимой переуступкѣ.— Второе существенное неудобство состояло въ томъ, что при *novatio* не старое требованіе переходило къ новому кредитору, а взамѣнъ стараго возникало *новое*. Вслѣдствіе этого съ погашеніемъ стараго обязательства погашались ео ipso и всѣ его *accessoria*—напр. поручительство, залладное право и т. д.; если стороны желали снабдить ими и новое требованіе, они должны были установить ихъ заново, что при извѣстныхъ условіяхъ было уже нелегко (напр. поручитель уже не хотѣлъ давать своего согласія).

Ввиду всего этого, хотя *delegatio* и *expromissio* продолжали существовать и далѣе (для передачи долга *expromissio* осталась до конца почти единственной формой), но оборотъ не могъ на нихъ остановиться и искалъ новыхъ средствъ.

Такое средство было найдено въ институтѣ *процессуальнаго представительства* (Gai. II. 39): кредиторъ дѣлалъ того, кому онъ желалъ переуступить свое требованіе, своимъ *cognitor*омъ или *procurator*омъ; другими словами, онъ поручалъ ему взысканіе по своему требованію, давалъ ему *mandatum agendi*, съ тѣмъ, что взысканное онъ можетъ удержать себѣ — *procurator in rem suam*. Благодаря такому приему, недостатки *novatio* отпадали: новый кредиторъ только осуществлялъ старое требованіе, и для *mandatum agendi* согласія противной стороны не требовалось. Но взамѣнъ ихъ этотъ способъ имѣлъ другія, не менѣе существенныя неудобства. Новый кредиторъ дѣйствовалъ только на основаніи *mandatum*, а *mandatum*, какъ извѣстно, погашалось смертью каждой изъ сторонъ и могло быть въ любой моментъ взято назадъ. Съ другой стороны, старый кредиторъ все еще оставался кредиторомъ и, слѣд., могъ, не взирая на уступку, получить платежъ, простить долгъ и т. д. Положеніе новаго кредитора было, т. обр., очень непрочнымъ. Оно дѣлалось прочнымъ лишь съ момента предъявленія иска, т. е. съ момента *litiscontestatio*: право кредитора уже переходило къ его наслѣдникамъ въ случаѣ его смерти, не могло быть взято назадъ мандантомъ и т. д.; но моментъ переуступки могъ далеко отстоять отъ срока платежа и, слѣд., отъ момента возможнаго предъявленія иска.

Такимъ образомъ, жизнь выработала два способа, но оба они нуждались въ усовершенствованіи. Первый способъ — *delegatio*,—какъ способъ формальный, труднѣе поддавался измѣненіямъ, и римское право періода имперіи пошло по пути усовершенствованія второго. Необходимо было при этомъ сдѣлать положеніе новаго кредитора, съ одной стороны, независимымъ отъ стараго, а, съ другой стороны, болѣе прочнымъ по отношенію къ должнику. Это было достигнуто слѣдующимъ образомъ.

Въ первомъ направленіи, при наличности уступки требованія стали давать новому кредитору искъ уже независимо отъ

наличности действительнаго *mandatum*, слѣд. не обращая вниманія на смерть или уничтоженіе порученія; новый кредиторъ (*cessioharius*) получаетъ *actio utilis suo nomine*. Впервые это было допущено рескриптомъ имп. Антонина Пія для покупателейъ наслѣдства, какъ цѣлаго (fr. 16 pr. D. 2. 14), а затѣмъ и для пріобрѣтателей отдѣльныхъ требованій (с. 2. С. 4. 10).

Во второмъ направленіи около того же времени установилось правило, что, если должникъ будетъ увѣдомленъ о состоявшейся уступкѣ требованія, онъ обязанъ воздерживаться отъ платежа старому кредитору (цеденту, *cedens*). Сдѣлавъ такое увѣдомленіе, *denuntiatio*, цессіонарій можетъ теперь быть и въ этомъ отношеніи спокойнымъ (с. 3. С. 8. 41).

Въ такомъ видѣ и осуществляется переуступка требованій (*cessio obligationis или nominis*) въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ.

Однако, на почвѣ того общаго разстройства общественной и экономической жизни въ періодъ абсолютной монархіи, о которомъ приходилось уже неоднократно упоминать, возникли нѣкоторыя особыя *ограниченія cessio*. Такъ, указъ императоровъ Гонорія и Феодосія 422 г. (с. 2. С. 2. 13) запрещаетъ переуступку требованій лицамъ „болѣе могущественнымъ“—*potentiores*, очевидно, съ цѣлью не ухудшать фактическаго положенія должниковъ.—Еще болѣе рѣшителенъ указъ имп. Анастасія—*lex Anastasiana* 506 г. (с. 22 С. 4. 35), запрещающій покупателямъ требованій взыскивать съ должниковъ болѣе того, что они заплатили сами. Указъ этотъ имѣлъ своею цѣлью борьбу съ профессиональными скупщиками-спекуляторами, но вмѣстѣ съ тѣмъ ударилъ по всему обороту требованій. Если покупается требованіе, которому срокъ еще не наступилъ, то очевидно, что покупатель предложитъ всегда меньше номинальной цѣны обязательства, причѣмъ въ разницѣ скажется не только сумма процентовъ, которые могъ бы получить покупатель за свои уплачиваемыя теперь наличныя деньги, но и болѣшій или меньшій рискъ будущаго взысканія. Запрещая покупателямъ взыскивать болѣе того, что они заплатили сами, *lex Anastasiana* упускала совершенно изъ виду этотъ моментъ риска и, конечно, при послѣдовательномъ примѣненіи могла только привести къ полному прекращенію циркуляціи требованій. Но, разумѣется, и этотъ законъ вызвалъ разнообразныя практическія обходы, о которыхъ свидѣтельствуеетъ самъ Юстиніанъ въ указѣ, подтверждающемъ *lex Anastasiana* (с. 23. С. 4. 35).

ГЛАВА IX.

Исторія отношеній семейственныхъ.

§ 74.

Общая исторія брака.

Новѣйшими изслѣдованіями въ области социологіи неоспоримо доказано, что семья, какъ постоянный, по идеѣ своей, пожизненный, союзъ между мужчиной и женщиной, отнюдь не является и исконнымъ, т. ск. человѣчеству прирожденнымъ, институтомъ. Появленію семьи въ ея указанномъ значеніи предшествовалъ долгій періодъ иныхъ формъ отношеній между полами и, повидимому, первымъ зародышемъ семьи было *похищеніе жень* изъ чужого племени. Симуляція похищенія, играющая такую большую роль въ брачныхъ обрядахъ почти всѣхъ народовъ, а также различныя легенды служатъ тому подтвержденіемъ. Есть они и въ исторіи римскаго права—напр. извѣсная легенда о похищеніи сабинянокъ.

Какъ бы то ни было, но память римскаго народа не сохранила никакихъ слѣдовъ періода, предшествовавшаго установленію семьи. Правда, нѣкоторые изъ современныхъ изслѣдователей усматриваютъ историческую противоположность между патриціями и плебеями, между прочимъ, и въ различіи ихъ семейнаго строя: патриціи жили уже патриархальнымъ строемъ, межъ тѣмъ какъ плебеи еще оставались въ стадіи матриархата*),—но эта гипотеза отнюдь не опирается на сколько-нибудь прочныя данныя.

Съ тѣхъ поръ какъ мы знаемъ что-нибудь о римлянахъ, мы находимъ у нихъ уже прочно сложившійся *патриархальный строй*, въ основѣ котораго лежитъ *моногамическая семья* съ абсолютнымъ домовладыкой во главѣ, власть котораго (первоначально носящая общее названіе *manus*) объединяетъ всѣ элементы семьи въ одно крѣпкое цѣлое.

Эта патриархальная семья *cum manu* надъ женой устанавливалась посредствомъ *брака* въ троякой формѣ (Gai. I. 110 и сл.).

Первая изъ этихъ формъ—*confarreatio*. Это есть актъ религиозный; совершается онъ въ присутствіи 10 свидѣтелей, кото-

*) См. у Binder'a. Die Plebs.

рых считают за представителей 10 курий, при участии жрецовъ (pontifex maximus и flamen Dialis) и состоитъ въ цѣломъ рядѣ различныхъ сакральныхъ обрядовъ, сопровождаемыхъ „certis et solemnibus verbis“. Среди этихъ обрядовъ центральное мѣсто занимаетъ освященіе и вкушеніе женихомъ и невестой особаго хлѣба—*panis farreus*, откуда и самая форма получила свое названіе.

Вторая форма—*coemptio*, т. е. покупка жены у ея *paterfamilias* или у ея опекуна. Какъ и всякая покупка въ то время, она совершается въ формѣ *mancipatio*: въ присутствіи 5 свидѣтелей и *libripens*'а съ вѣсами женихъ произноситъ соответствующую формулу и затѣмъ передаетъ металлъ домовладкѣ невесты. Но, повидимому, этому акту *mancipatio* предшествовалъ обменъ вопросовъ о согласіи; сначала женихъ спрашивалъ невесту „*an tu mihi materfamilias esse velis*“ и получалъ отъ нея утвердительный отвѣтъ; затѣмъ такой же вопросъ предлагала она. Вѣроятно, эти обоюдные отвѣты о согласіи давались также въ извѣстныхъ, обрядами санкціонированныхъ, словахъ; повидимому, обычной фразой невесты было: „*ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*“. Но во всякомъ случаѣ юридическій моментъ акта лежалъ не въ этихъ брачныхъ обрядахъ, а въ актѣ *mancipatio*. Весьма возможно, что въ болѣе раннее время *coemptio* была подлинной реальной покупкой жены, но уже очень рано она стала простой формой—*imaginaria venditio*.

Историческое соотношеніе этихъ двухъ формъ между собой неясно; многие ученые (Girard, Costa и др.) считаютъ *confarreatio* формой специально патриціанской, а *coemptio* формой, возникнувшей у плебеевъ и лишь впоследствии ставшей общей. Думаютъ даже, что *confarreatio* навсегда осталась для плебеевъ недоступной.

Помимо этихъ двухъ формъ, *manus* надъ женщиной, а слѣд. и семья, могла быть установлена *usu*, т. е. фактическимъ брачнымъ сожителемъ въ теченіе года. Мы имѣемъ здѣсь примѣненіе къ семейственнымъ отношеніямъ вещно-правового института *давности*: подобно тому какъ владѣніе вещью въ теченіе двухъ лѣтъ для недвижимости и одного года для *res* превращалось въ собственность, такъ и здѣсь сожителство въ теченіе года давало мужу *manus* надъ женой. Въ древнѣйшемъ своемъ примѣненіи *usus* имѣлъ, вѣроятно, своею цѣлью санкціонировать бракъ, заключенный съ какимъ-нибудь порокомъ въ формѣ, или брачное сожителство, возникнувшее вовсе безформально, напр. путемъ похищенія.

Бракъ, возникнувшій однимъ изъ указанныхъ способовъ, есть *bracus cum manu*: жена, какъ въ личномъ, такъ и имущественномъ отношеніи подпадаетъ подъ власть мужа (или его *paterfamilias*), занимаетъ мѣсто дочери—*filiae locum optinet* (Gai. I. 111). Она входитъ всецѣло въ составъ его *familia*, дѣлается агнаткой какъ его самого, такъ и всѣхъ его родственниковъ. вмѣстѣ съ тѣмъ она окончательно порываетъ всѣ агнатическія связи со своей прежней семьей, дѣлается для своихъ родителей,

братьевъ и т. д. юридически чужой со всѣми послѣдствіями такого отчужденія (теряетъ права наследованія и т. д.). Какъ *filia*, она подлѣжитъ власти своего мужа со всѣми атрибутами ея абсолютности.

Только такой строго патриархальный бракъ *cum manu* былъ извѣстенъ римлянамъ въ древнѣйшее время. Но уже въ эпоху XII т. сталъ намѣчаться *bracus иного характера*. Законы XII т., санкціонируя установленіе *manus* посредствомъ *usus*, говорятъ въ то же время, что жена можетъ воспрепятствовать установленію *manus*, прервавъ теченіе давности удаленіемъ изъ дома мужа на три ночи—*usurpatio trinoctio*. Законы XII т. имѣютъ при этомъ въ виду, очевидно, не полный разрывъ сожителства, а только устраненіе *manus*: пробывъ три ночи внѣ дома мужа, жена снова возвращается къ нему и продолжаетъ совмѣстную жизнь; къ концу года снова уйдетъ на три ночи и т. д. Такимъ обр., брачное сожителство будетъ продолжаться всю жизнь съ тѣмъ только отличіемъ отъ обыкновеннаго брака, что жена все время будетъ свободной отъ власти мужа, будетъ юридически для него чужой, сохраняя свое прежнее положеніе въ старой семьѣ.

Конечно, съ строго юридической точки зрѣнія, такое сожителство не должно было бы считаться въ собственномъ смыслѣ бракомъ; тѣмъ не менѣе римское право уже ранней эпохи признало его за *matrimonium iustum*: дѣти отъ такого сожителства считаются не внѣбрачными дѣтьми, а дѣтьми законными; они подлежатъ власти (*patria potestas*) отца, входятъ, какъ агнаты, въ его семью и т. д. Жена, мать этихъ дѣтей, есть *uxor* своего мужа, а не наложница, но только она не подлѣжитъ *manus mariti*, стоитъ въ брачномъ сожителствѣ рядомъ съ мужемъ, какъ существо свободное и самостоятельное.

Какимъ образомъ произошло признаніе *bracus sine manu* за *matrimonium iustum* и гдѣ реальный корень его въ исторіи, мы не знаемъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ (напр. Mayr), онъ возникъ впервые въ бракахъ между патриціями и плебеями до общаго признанія между ними *jus connubii* (т. е. до *lex Canuleja*). Какъ бы то ни было, но появленіе этого новаго брака знаменуетъ собою въ римской исторіи крупнѣйшій поворотный пунктъ. Въ непроницаемомъ единствѣ старо-римской патриархальной семьи была пробита первая брешь: если прежде *paterfamilias* закрывалъ собою всѣхъ членовъ своей семьи, надъ которыми онъ властвовалъ со всею юридической неограниченностью, то теперь въ бракѣ *sine manu* жена вышла изъ этой патриархальной оболочки и стала рядомъ съ мужемъ, какъ личность самостоятельная. вмѣстѣ съ тѣмъ впервые возникъ вопросъ о юридическомъ опредѣленіи отношеній между этими двумя самостоятельными личностями. Если ранѣе, въ бракѣ *cum manu*, семейственные отношенія представляли лишь разновидность вещныхъ (*manus* принципиально равна *dominium*), то только въ бракѣ *sine manu* появились впервые отношенія особеннаго, семейственнаго характера.

Появленіе брака *sine manu* не уничтожило сразу брака *cum manu*; какъ мы уже видѣли много разъ въ исторіи римскаго

права, и здѣсь новая форма сначала стоит только рядомъ со старой и лишь постепенно выступает на первый планъ, побѣждая старую своей внутренней силой. Долгое время оба вида брака существуютъ рядомъ, но уже во второй половинѣ республики бракъ *sine manu* дѣлается преобладающимъ. Старыя формы установления *manus* постепенно вымираютъ. Ранѣе другихъ пришелъ въ забвеніе *usus*. *Confarreatio* поддерживается въ жизни дольше тѣмъ, что для занятія нѣкоторыхъ сакральныхъ должностей (напр. *flamen Dialis*) необходимо было рожденіе въ *confarreatio* бракѣ. Но уже въ началѣ имперіи въ этомъ отношеніи встрѣчаются большія затрудненія: кругъ возможныхъ кандидатовъ суживается все болѣе и болѣе; очевидно *manus mariti* отпугиваетъ женъ отъ этой формы. Въ виду этого въ 23 г. по Р. X. изданъ былъ законъ, освобождающій *confarreatio* отъ этого цивильнаго послѣдствія, и въ такомъ видѣ (безъ *manus*) *confarreatio* продолжала встрѣчаться вплоть до полного исчезновенія язычества. Наконецъ, *coemptio* сохраняется также еще въ эпоху классическихъ юристовъ (Гай говоритъ о ней, какъ о формѣ практической), но уже не какъ способъ установления настоящаго брака, а какъ *coemptio fiduciaria* въ цѣляхъ пріобрѣтенія женщиной нѣкоторыхъ льготъ—напр. для освобожденія отъ законныхъ опекуновъ и для замѣны ихъ опекуномъ по избранію (*tutela evitanda gratia*: женщина выходитъ фиктивно замужъ, вслѣдствіе чего опека агнатовъ надъ ней прекращается; вслѣдъ затѣмъ ея фиктивный мужъ реманципируетъ ее тому, кого она желала бы имѣть своимъ опекуномъ; этотъ послѣдній эманципируетъ ее въ свою очередь, но, какъ *manumissor*, остается ея опекуномъ—Gai. I. 115). Однако, съ IV ст. по Р. X. *coemptio* уже и въ этомъ искусственномъ видѣ не встрѣчается.

Т. обр. уже въ эпоху классическихъ юристовъ единственнымъ видомъ настоящаго брака является *бракъ sine manu*. Его историческое происхожденіе объясняетъ и всю его *юридическую природу*. Возникнувъ изъ простаго брачнаго сожителства для избѣжанія *manus*, новый бракъ *заключается* и въ позднѣйшее время путемъ простаго *брачнаго соглашенія* („*nuptias consensus facit*, fr. 15. D. 35. 1), за которымъ слѣдуетъ приводъ жены въ домъ мужа—*deductio in domum*,—сопровождаемый, конечно, различными бытовыми обрядами, но всѣ эти обряды юридическаго значенія не имѣютъ. Полная безформальность брака, при формальности цѣлаго ряда другихъ менѣе важныхъ юридическихъ актовъ, представляется, конечно, странностью, но эта странность объясняется именно историческимъ происхожденіемъ брака *sine manu*. Эта безформальность сохранилась въ римскомъ правѣ до самаго конца; лишь уже въ Византіи была установлена необходимость церковнаго вѣнчанія.

Какъ сожителство, зиждущееся на свободномъ соглашеніи мужа и жены, бракъ *sine manu* можетъ быть и *прекращенъ* свободнымъ желаніемъ любого изъ супруговъ. И въ этомъ отношеніи должна быть отмѣчена глубокая разница между двумя видами

брака. Бракъ *sine manu*, сущностью котораго являлась односторонняя власть мужа, могъ быть расторгнутъ только по одностороннему же рѣшенію мужа (но не по желанію жены); единственнымъ ограниченіемъ служила только необходимость соблюденія принципа *contrarius actus*: бракъ, заключенный посредствомъ *confarreatio*, могъ быть расторгнутъ посредствомъ такого же сакрального акта *diffarreatio*, бракъ коэмпціонный—посредствомъ *remancipatio*. Бракъ *sine manu*, напротивъ, могъ быть расторгнутъ не только по взаимному согласію обоихъ супруговъ (*divortium mutuo dissensu*), но и одностороннимъ заявленіемъ какъ со стороны мужа, такъ и со стороны жены (*repudium*). Какихъ-либо законныхъ причинъ для развода совершенно не требовалось.

Въ концѣ республики, подъ вліяніемъ общаго моральнаго распада, семейная жизнь пережила особенно острый кризисъ. Развратъ внѣ семьи и въ семьѣ пріобрѣлъ ужасающіе размѣры; отношенія брачныя стали сплошь и рядомъ уродливыми; супруги старались избѣгать дѣтей; свободой разводовъ стали злоупотреблять, преслѣдуя при этомъ чисто спекулятивныя цѣли. Для борьбы со всѣмъ этимъ *имп. Августъ* издалъ рядъ весьма рѣшительныхъ законовъ. Такова прежде всего *lex Julia de adulteriis*, законъ 18 г. до Р. X., устанавливающей наказанія за прелюбодѣянія (*relegatio*); наказанію подвергаются не только непосредственные виновники, но и попустители; въ качествѣ таковыхъ подлежатъ наказанію мужъ и отецъ виновной жены, если они не возбуждаютъ преслѣдованія. Въ связи съ этимъ находится другой законъ либо того же 18 г. до Р. X., либо 4 г. по Р. X. (спорно *)—*lex Julia de maritandis ordinibus*, внесшій цѣлый рядъ весьма существенныхъ положеній въ область брачнаго права. Этотъ законъ былъ дополненъ затѣмъ въ 9 г. по Р. X. по предложенію консуловъ Папія и Поппея, причемъ эти дополненія у позднѣйшихъ юристовъ объединяются съ предыдущимъ закономъ подъ общимъ именемъ *lex Julia et Papia Pappaea*.

Вся совокупность брачнаго законодательства Августа наложила свой отпечатокъ на всю дальнѣйшую исторію римскихъ семейственныхъ отношеній и вызвала къ жизни цѣлый рядъ весьма существенныхъ юридическихъ явленій.

Карая *adulterium* и *stuprum*, Августъ изъяслялъ отъ наказанія тотъ случай, когда сожителство имѣетъ внѣ-брачный характеръ вслѣдствіе препятствій, полагаемыхъ самимъ закономъ—напр. вслѣдствіе запрещенія браковъ между лицами сенаторскаго сословія и вольноотпущенниками. Сожителство при такихъ условіяхъ, если оно сопряжено съ брачными намѣреніями обѣихъ сторонъ и если ни одна изъ нихъ не состоитъ въ законномъ бракѣ, не подлежитъ наказанію—*extra poenam legis est*. Такое сожителство называется *конкубинатомъ* и отличается отъ всѣхъ прочихъ случайныхъ связей; дѣти, рожденныя отъ конкубината, хотя и не являются законными, но зато отличаются и отъ незаконныхъ (*spurii*

*) См. *Knier*. Gai Institutiones. Вып. III 1913 S 424 и сл.

или vulgo concepti); они—*liberi naturales*. Съ течениемъ времени имъ предоставляются даже известныя ограниченныя права наследованія, право быть известнымъ образомъ узаконенными и т. д. Вслѣдствіе этого на конкубинатъ начинаютъ смотрѣть, какъ на нѣкоторый суррогатъ брака, и Павелъ въ своихъ *sententiae* (II. 20. 1) говоритъ даже, что „*concubina ab iure solo dilecti separatur*“ (хотя это и далеко не точно). Такъ рядомъ съ бракомъ въ истинномъ смыслѣ слова возникло брачное сожителство т. ск. низшаго порядка—нѣкоторое *inaequale conjugium*. Но оно является, конечно, только рѣдкимъ исключениемъ.

Борясь, далѣе, съ наклонностью къ безбрачію и бездѣтности, Августъ прибѣгъ къ слѣдующей чрезвычайной мѣрѣ. *Lex Julia et Papia Poppaea* устанавливаетъ прямую обязанность для всѣхъ мужчинъ въ возрастѣ отъ 25 до 60 л. и для всѣхъ женщинъ въ возрастѣ отъ 20 до 50 л. *состоять въ бракѣ и имѣть дѣтей*. Лица, не выполняющія этой обязанности, подвергаются известнымъ и весьма существеннымъ ограниченіямъ: не состоящія въ бракѣ (*coelibes*) не могутъ вовсе ничего получать по завѣщаніямъ, а состоящія въ бракѣ, но не имѣющія дѣтей (*orbi*), могутъ получать только половину. Все то, что они получить не могутъ (*incapaces*), является *caducum* и идетъ или въ пользу другихъ лицъ, назначенныхъ въ томъ же завѣщаніи, или же въ казну. При этомъ Августъ опредѣляетъ даже количество дѣтей, которое необходимо имѣть, чтобы не считаться за бездѣтныхъ: для мужчинъ достаточно одного ребенка, а для женщинъ нужно 3 (для вольноотпущенницъ даже 4). Женщины, удовлетворяющія этому требованію, имѣющія т. н. *jus trium liberorum*, помимо неограниченнаго права получать по завѣщаніямъ, пользуются и другими преимуществами. —Но этотъ столь рѣшительный законъ, разумѣется, своей цѣли достигнуть не могъ, и если вполнѣ въ положеніе дѣла въ этомъ отношеніи улучшилось, то въ зависимости отъ нѣкотораго общаго улучшенія въ состояніи римскаго общества, а не отъ каръ закона. Своими постановленіями о *caduca* *lex Julia et Papia Poppaea* вызвала только разнообразныя средства для своего обхода и большую путаницу. Тѣмъ не менѣе, правила эти существовали въ теченіе всего классическаго періода и были отмѣнены только Константиномъ.

Наконецъ, законодательство Августа обратило вниманіе и на отношенія между супругами во время брака и на вопросъ о его расторженіи. Ниже мы познакомимся съ нѣкоторыми реформами въ области отношеній по поводу приданаго (*dos*), которыя имѣли цѣлью гарантировать жену отъ произвольныхъ распоряженій со стороны мужа. Въ вопросъ о разводѣ Августъ, не затрагивая самаго принципа свободы разводовъ, въ *lex Julia de adulteriis* предписалъ, чтобы расторженіе брака было объявлено въ присутствіи 7 свидѣтелей, причѣмъ обыкновенно это дѣлалось ввидѣ врученія разводнаго письма—*libellus repudii*. За этимъ чисто формальнымъ ограниченіемъ, свобода разводовъ сохранилась въ римскомъ правѣ до самаго конца. Правда, вопросъ о причинахъ развода не остается

вовсе безразличнымъ; разводъ безъ основательной причины (*sine justa causa*) влечетъ за собой для стороны виновной известныя имущественныя штрафы: если жена подала поводъ къ разводу своимъ поведеніемъ или если она дала разводъ безъ всякаго повода со стороны мужа, она теряетъ въ пользу послѣдняго свое приданое; если въ томъ же повиненъ мужъ, онъ теряетъ въ пользу жены т. н. *donatio propter nuptias*. Но этимъ исчерпывается все: бракъ даже при полномъ отсутствіи причинъ будетъ расторгнутъ; какой-либо провѣрки основательности причинъ со стороны суда или какого-нибудь иного учрежденія римское право до конца не знало. „*Libera matrimonia esse*“ (с. 1 С. 8. 38)—такова общая основная идея римскаго свободнаго брака отъ перваго момента его появленія въ исторіи до законодательства Юстиніана, и даже христіанская религія въ Римѣ этого принципа не уничтожила. Такимъ послѣдовательнымъ проведеніемъ принципа равенства и свободы обѣихъ сторонъ въ бракѣ римское право явило чрезвычайно любопытный примѣръ разрѣшенія трудной и острой проблемы.

Вступленіе во второй бракъ по прекращеніи перваго (хотя бы путемъ развода) въ теченіе всего республиканскаго и классическаго періода не встрѣчало никакихъ препятствій со стороны закона и не навлекало на вступающаго въ новый бракъ супруга никакихъ ограниченій. Даже напротивъ, *lex Julia et Papia Poppaea* лицъ, не вступившихъ въ новый бракъ по прошествіи известнаго времени послѣ прекращенія перваго, подвергала правиламъ *incapacitas*. Въ послѣ-классическомъ правѣ, однако, появляются уже известныя ограниченія, имѣющія своею цѣлью оградить интересы дѣтей отъ перваго брака: *parens* *vinibus* лишается права распорядиться всѣмъ тѣмъ, что онъ получилъ отъ перваго брака (т. н. *lucra nuptialia*); онъ можетъ только этимъ имуществомъ пользоваться; послѣ же его смерти оно должно во всякомъ случаѣ перейти къ его дѣтямъ отъ перваго брака. Кромѣ того, своему новому супругу онъ не можетъ ни подарить ни завѣщать болѣе того, что онъ оставляетъ каждому изъ своихъ дѣтей отъ перваго брака.

Вдова, вступающая во второй бракъ, должна сверхъ того, соблюсти т. н. *траурный годъ*, т. е. промежутокъ въ 10 мѣсяцевъ со времени прекращенія перваго. Цѣлью этого ограниченія является съ одной стороны соблюденіе известнаго *pieteta* къ покойному мужу, а съ другой стороны устраненіе т. н. *turbatio sanguinis*, т. е. затрудненій въ опредѣленіи того, кто долженъ считаться отцомъ ребенка, если таковой родится въ теченіе 10 мѣсяцевъ по прекращеніи перваго брака. Но предписаніе о траурномъ годѣ не создаетъ препятствія абсолютнаго: бракъ, заключенный вопреки ему, не будетъ ничтожнымъ; только вдова, нарушившая траурный годъ, подвергается известнымъ карамъ,—*infamia*, потерѣ *lucra nuptialia*, ограниченіямъ въ сферѣ наследованія.

Таковы основныя явленія въ общей исторіи римскаго брака. Въ ряду другихъ народовъ не только стараго, но и новаго міра

Римъ занимаетъ въ этомъ отношеніи совершенно исключительное мѣсто. Вездѣ развитіе брачныхъ отношеній начиналось съ патриархальной семьи, въ которой мужъ имѣетъ неограниченную власть надъ женой, и вездѣ это историческое развитіе сводилось къ постепенному ослабленію этой власти: идея *права* мужа надъ личностью жены смѣняется идеей *опеки* надъ нею, а эта послѣдняя идеей *главенства мужа* въ общесемейныхъ дѣлахъ. Вездѣ права жены постепенно выростали, но старья, пережитая стадія власти и опеки мужа долго оставляли и до сихъ поръ оставляютъ свои слѣды въ юридическомъ положеніи замужней женщины. Римское право, знавшее въ началѣ также только патриархальный бракъ съ *manus mariti*, созданіемъ брака безъ *manus* совершило сразу огромный историческій прыжокъ и надолго опередило другіе народы въ развитіи брачныхъ отношеній: оно сразу создало бракъ, въ которомъ ни о какихъ правахъ мужа надъ личностью жены, даже ни о какой *опекѣ* надъ нею нѣтъ рѣчи; оба супруга равны другъ другу и независимы одинъ отъ другого.

Съ другой стороны, римское право смотритъ на этотъ бракъ, какъ на союзъ совершенно свободный, зиждущійся только на продолжающемся согласіи супруговъ; по желанію каждаго онъ можетъ быть расторгнутъ. Всякій контроль государства, приводящій по необходимости—то въ большемъ, то въ меньшемъ количествѣ случаевъ (при отсутствіи законныхъ причинъ развода)—къ принудительному продолженію брака, римскому праву была противень. Какъ бы ни относиться къ этой трудной проблемѣ, во всякомъ случаѣ и здѣсь римское право далеко оставляетъ за собою всѣ, даже самыя современныя законодательства и свидѣтельствуешь о томъ, что признаніе полной свободы разводовъ отнюдь не ведетъ ни къ разрушенію семьи, ни къ гибели общества.

§ 75.

Отношенія между супругами.

Общее различіе въ юридической природѣ брака *sine manus* и *sine manus* сказывается естественно и въ различномъ построеніи какъ личныхъ, такъ и имущественныхъ отношеній между супругами.

При бракѣ *sine manus*, какъ было уже указано, жена всецѣло подчинялась власти мужа и юридически находилась въ положеніи его дочери. Вслѣдствіе этого въ личномъ отношеніи она подлежала юридически неограниченному праву мужа: онъ могъ вытребовать ее отъ всякаго третьяго лица, даже отъ родителей и даже противъ ея воли, посредствомъ *vindictio*; онъ могъ продать ее въ рабство и эксплуатировать ея рабочую силу посредствомъ отдачи *in manus mariti*; онъ имѣлъ ничѣмъ неограниченное право наказанія, доходящее до *jus vitae ac necis*. Конечно, факти-

чески мужъ ограничивался общественнымъ мнѣніемъ; право продажи жены уже въ древности (за исключеніемъ *mancipium*) вышло изъ употребленія; въ случаѣ серьезныхъ проступковъ жены было въ обычаѣ привлекать къ сужденію о наказаніи родственниковъ (*judicium domesticum*),—но юридически мужъ все же оставался полновластнымъ господиномъ надъ самой личностью жены. Тотъ же принципъ подчиненія опредѣляетъ и *имущественныя* отношенія между ними. Все, что жена имѣла до брака и что она приобрѣла послѣ брака, принадлежало мужу, какъ полному и безконтрольному собственнику. Быть можетъ, въ болѣе позднее время, когда уже рядомъ существовалъ бракъ безъ *manus* съ его особымъ имущественнымъ режимомъ, въ подражаніе ему и при бракѣ *sine manus* мужа оставляли женамъ ихъ имущество въ болѣе или менѣе свободное пользованіе, но юридическое положеніе этого имущества опредѣлялось нормами о *resilium*. Въ случаѣ несостоятельности мужа и оно шло на удовлетвореніе его кредиторовъ; равнымъ образомъ, оно могло быть отобрано самимъ мужемъ въ любой моментъ. Взамѣнъ этой имущественной несамостоятельности жена наравнѣ со своими дѣтьми имѣла наследственное право послѣ своего мужа и всѣхъ его агнатическихъ родственниковъ.

Совершенно иначе складывались отношенія при бракѣ *sine manus*, построенномъ на принципѣ самостоятельности и независимости жены по отношенію къ мужу.

Въ области *личныхъ* отношеній, какъ извѣстно, ни о какой власти мужа нѣтъ рѣчи. Жена сохраняла свое прежнее семейное положеніе: она оставалась *persona sui juris*, если была таковою до брака; она подлежала *patria potestas* своего отца, если онъ былъ живъ. Никакой дисциплинарной власти надъ женой мужъ не имѣетъ; равнымъ образомъ, онъ не имѣетъ никакого права требовать ея привода судомъ, если она ушла отъ него и не желаетъ возвращаться. Правда, мужъ имѣетъ *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*, но лишь противъ третьихъ лицъ, которыя удерживаютъ ее противъ ея воли. Разумѣется, общность супружеской жизни, единство семейныхъ дѣлъ требовали на случай несогласія между супругами признанія извѣстной рѣшающей роли за голосомъ мужа (напр. въ вопросѣ о выборѣ мѣстожительства семьи, о способѣ воспитанія дѣтей и т. д.); но это главенство въ общесемейныхъ дѣлахъ далеко отъ идеи права на самую личность жены.

Соотвѣтственно тому же общему принципу регулируются и *имущественныя отношенія* супруговъ. Въ основѣ ихъ естественно лежитъ принципъ *раздѣльности*: имущество мужа и имущество жены составляютъ двѣ совершенно независимыя другъ отъ друга массы. Все, что жена имѣла до брака и что она получила во время брака (своимъ трудомъ, путемъ наследованія отъ родственниковъ по старой семьѣ и т. д.), принадлежитъ ей (если она *persona sui juris*), составляетъ ея свободное имущество, которымъ она можетъ пользоваться и распоряжаться, не испрашивая на то

согласія мужа и не отдавая ему никакого отчета. Это имущество впоследствии стало обозначаться греческимъ терминомъ *παράφερα, parapherna*.

Для того, чтобы не только формально, но и материально, гарантировать имущественную независимость супруговъ другъ отъ друга, чтобы очистить брачное согласіе отъ всякихъ материальныхъ соображеній, римское право уже издавна („*moribus*“) дополнило эту систему раздѣльности *запрещеніемъ дареній между ними* („*ne venalicia essent matrimonia*“, „*ne mutuo amore invicem spoliarentur*“—fr. 1, 2 и 3 pr. D. 24. 1).. *Donatio inter virum et uxorem* ничтожно; подаренное первоначально могъ требовать назадъ не только самъ супругъ, но и его наслѣдники; и только *donatio Antoniniana* (Каракаллы) установила, что, если подарившій умеръ, не потребовавъ обратно, *donatio convalescit* (fr. 32 D. 24. 1).

За исключеніемъ дареній, супруги могутъ вступать другъ съ другомъ въ какія угодно юридическія отношенія—покупать, занимать и т. д.; жена можетъ даже поручить мужу управленіе всѣмъ ея собственнымъ, парафернальнымъ имуществомъ. Вслѣдствіе этого между ними могутъ быть и соотвѣтствующіе иски. Однако, особая близость между супругами отражается въ нѣкоторыхъ отступленіяхъ отъ общихъ нормъ. Такъ, супруги отвѣчаютъ другъ передъ другомъ за вину (небрежность), гдѣ такая отвѣтственность имѣетъ мѣсто, не въ ея абстрактномъ масштабѣ *diligens paterfamilias*, а за т. н. *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, т. е. за обычную для даннаго супруга внимательность, за ту, которую онъ примѣняетъ къ своимъ собственнымъ дѣламъ. Супруги, далѣе, не могутъ предъявлять другъ противъ друга инфамирующихъ исковъ; въ случаѣ необходимости имъ даются аналогичные иски, не влекущіе за собой *infamia*: напр. вмѣсто *actio furti*—*actio rerum amotarum*, вмѣсто *actio doli*—*actio in factum* и т. д. Наконецъ, при взысканіяхъ другъ противъ друга супруги имѣютъ т. н. *beneficium competentiae*: они могутъ требовать, чтобы имъ было оставлено столько, сколько необходимо, чтобы они не нуждались („*ne egeant*“).

Но эта послѣдовательно проведенная система имущественной раздѣльности модифицируется двумя параллельными институтами: *dos*—со стороны жены и *donatio propter nuptias*—со стороны мужа.

1. *Dos*. Издержки общей семейной жизни (содержаніе семьи и т. д.) лежатъ въ принципѣ на мужѣ; и жена и дѣти въ крайнемъ случаѣ могутъ требовать отъ мужа и отца выдачи имъ содержанія (*alimentatio*). Но уже издавна, съ самыхъ первыхъ моментовъ появленія брака безъ *manus*, вошло въ обычай давать мужу при самомъ заключеніи брака особое приданое, которое и носитъ названіе *dos*. Т. обр., не все имущество жены и не ея *ipso* дѣлается приданнымъ: *dos*—это только то имущество, которое специально выдѣлено мужу или самой женой, или ея *paterfamilias*, или, наконецъ лицомъ постороннимъ. Если приданое дается отцомъ жены, оно носитъ названіе *dos profecticia*; если самой женой

или постороннимъ лицомъ, оно называется *dos adventicia*. Но во всякомъ случаѣ приданое должно быть установлено какимъ-нибудь специальнымъ актомъ—„*dos aut datur aut dicitur aut promittitur*“. Первоначальнымъ назначеніемъ *dos* было вспоможеніе мужу въ несеніи обще-семейныхъ расходовъ (*ad manrimonii opera sublevanda*), но затѣмъ къ этой функціи прибавилась другая: *dos* гарантируетъ до извѣстной степени мужа отъ неосновательнаго развода со стороны жены.

Однако, *dos* имѣетъ въ римскомъ правѣ свою длинную *исторію*. Первоначально приданое переходило въ полную собственность мужа и навсегда: оно не подлежало возвращенію ни въ случаѣ смерти жены, ни даже въ случаѣ безпричиннаго развода со стороны мужа. Общеизвѣстная рѣдкость разводовъ являлась причиной того, что вопросъ о судьбѣ *dos* ни въ жизни ни въ законодательствѣ не ставился.

Но къ концу республики, когда вмѣстѣ съ общимъ паденіемъ нравовъ усилились разводы, указанное положеніе вещей обнаружилось большія неудобства; неограниченная свобода разводовъ создавала возможность различныхъ злоупотребленій со стороны мужа: вступивъ, напр., въ бракъ и получивъ *dos*, онъ могъ тотчасъ же дать женѣ разводъ; бракъ могъ стать, т. обр., средствомъ для самой низкой спекуляціи съ цѣлью полученія *dos*. Ввиду этого возникла необходимость такъ или иначе юридически обезпечить интересы жены.

Прежде всего объ этомъ стали заботиться сами заинтересованные лица. Жена или ея родители при самомъ заключеніи брака и установленіи приданнаго требовали отъ мужа въ формѣ *stipulatio* обезпеченія того, что въ случаѣ развода или смерти мужа *dos* будетъ возвращена женѣ или установителю. Это обезпеченіе носило названіе *cautio rei uxoriae*. При наступленіи предусмотрѣнныхъ въ *cautio* условій жена или иной установитель *dos* имѣли противъ мужа или противъ его наслѣдниковъ обычный строгій искъ—*actio ex stipulatu*. Часто при этомъ передаваемое мужу приданое при самомъ установленіи оцѣнивалось и какъ бы считалось мужу проданнымъ за извѣстную сумму денегъ, которую онъ и обязывался вернуть на случай развода (*dos venditionis causa aestimata*).

Обычай подобныхъ *cautiones* мало-по-малу укрѣпился настолько, что даже тогда, когда *cautio* была упущена, стало казаться несправедливымъ (противнымъ *bona fides*,—*Pernice*; деликтнымъ со стороны мужа,—*Esmein*), если мужъ, давая женѣ разводъ безъ всякаго съ ея стороны повода, удерживалъ себѣ ея приданое. Выразителемъ этого формирующагося правосозрѣнія и здѣсь прежде всего явился преторъ, который сталъ давать женѣ *actio rei uxoriae*—искъ, идущій на *id quod aequius melius erit*. Вскорѣ, однако, этотъ искъ превратился въ *actio civilis* и *bonae fidei*. При толкованіи этого иска, при обсужденіи того, чего требуетъ въ нашихъ отношеніяхъ *bona fides*, и были выработаны юриспруденціей ближайшія нормы классическаго доталаго права. Основные положенія его сводятся къ слѣдующему.

Если брак прекращался *смертью жены*, то приданое по общему правилу оставалось мужу, развѣ что оно было установлено ея отцом (*dos profecticia*) и отецъ былъ еще въ живыхъ. Если бракъ прекращался *смертью мужа*, то приданое возвращалось всегда женѣ или ей совмѣстно съ отцомъ. Оно возвращалось также тогда, если бракъ былъ прекращенъ *разводомъ* по инициативѣ мужа или по его винѣ; но оно оставалось мужу, если разводъ дала жена безъ всякихъ поводовъ со стороны мужа или если она вызвала разводъ своимъ поведениемъ. Однако, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда мужъ долженъ вернуть приданое, онъ можетъ сдѣлать при извѣстныхъ условіяхъ нѣкоторые вычеты изъ него—т. н. *retentiones* (*propter liberos*—на содержание дѣтей, которыя остаются на его попеченіи; *propter res amotas*—по поводу вещей, растраченныхъ женой; *propter mores*—по поводу какихъ-либо проступковъ жены и т. д.;—*Ulp. reg. VI*).

Т. обр. обязанность мужа возвращать *dos* въ случаѣ прекращенія брака была признана. Но мужъ все же считается собственникомъ приданого и потому можетъ растратить его во время брака; даже болѣе того—онъ можетъ отчудить его нарочно съ намѣреніемъ дать затѣмъ женѣ разводъ. Конечно, жена будетъ имѣть въ такомъ случаѣ обязательственное требованіе къ мужу; но это требованіе можетъ оказаться безрезультатнымъ (напр. въ случаѣ несостоятельности мужа). Для того, чтобы еще полнѣе гарантировать жену, *lex Julia de adulteriis*, въ особой главѣ *de fundo dotali*, воспретила мужу отчужденіе дotalныхъ недвижимостей (находящихся въ Италіи) безъ согласія жены, причемъ подъ запретъ стали подводиться не только акты прямого отчужденія, но и всѣ тѣ, которые могли привести впоследствии къ отчужденію—напр. залогъ (*Gai II. 63*). Благодаря этому запрещенію, главная составная часть *dos* была освобождена отъ указанныхъ выше возможностей. Сверхъ того, требованіе жены было снабжено *privilegium exigendi*, т. е. правомъ на преимущественное удовлетвореніе передъ другими личными кредиторами мужа.

Юстиніанъ пошелъ еще далѣе въ томъ же направленіи. Если въ классическомъ правѣ мужъ удерживалъ *dos* еще въ случаѣ смерти жены, то *Юстиніанъ* предписалъ и здѣсь возвращеніе приданного ея наслѣдникамъ. Т. обр. въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ *dos* остается мужу лишь въ случаѣ развода по винѣ жены, въ качествѣ штрафа для послѣдней. Кромѣ того, *Юстиніанъ* запретилъ отчужденіе дotalныхъ недвижимостей *даже при согласіи жены*. Наконецъ, онъ уничтожилъ различіе между *actio ex stipulatu* и *actio rei uxoriae*, предписавъ, чтобы искъ о возвращеніи приданого былъ всегда *actio ex stipulatu*, но чтобы этотъ искъ обсуждался по началамъ *bonae fidei*, причемъ прежнія правила о *restitutio dotis* были подвергнуты значительнымъ измѣненіямъ (были отмѣнены всѣ прежнія *retentiones* мужа). *Privilegium exigendi* препратилось въ подлинную законную ипотеку жены на все имущество мужа.

Благодаря обязанности возвращать приданое и запрещенію *alienatio*, уже въ классическую эпоху мужъ, хотя юридически и

оставался собственникомъ *dos*, но фактически являлся ни чѣмъ инымъ, какъ простымъ пользователемъ *dos* на время брака (*usus-fructus maritalis*). Права жены на *dos* непрерывно росли, и римскіе юристы стали говорить: „*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*“ (*fr. 75. D. 23. 3*). Тѣмъ не менѣе и въ правѣ *Юстиніана* собственникомъ *dos* въ принципѣ является мужъ.

2. *Donatio propter nuptias*. Уже издавна были въ обычаѣ предбрачные подарки женѣ со стороны мужа (*donationes ante nuptias*), но они приобрѣли особое значеніе послѣ того, какъ выяснилась вторая—штрафная—функция *dos*. Если жена на случай неосновательнаго развода съ своей стороны рискуетъ потерей приданого, то въ интересахъ равенства и справедливости было желательно, чтобы мужъ также, получая *dos*, выдѣлялъ изъ своего имущества извѣстную часть, по стоимости приблизительно равную *dos*, для подобной же гарантіи жены. Это и стало мало-по-малу если не юридической обязанностью мужа, то во всякомъ случаѣ правиломъ общественного приличія: требовать такой *donatio* ни невѣста ни ея родители не могли. Но въ силу запрещенія дареній между супругами, *donatio* эта должна была во всякомъ случаѣ совершиться до брака (*donatio ante nuptias*), иначе дареніе будетъ ничтожно. Нормы относительно *donatio ante nuptias* не получили, однако, въ эпоху классическаго права полнаго развитія; лишь законодательство самыхъ послѣднихъ императоровъ (*Юстина* и *Юстиніана*) придало этому институту болѣе законченную фязіономію (§ 3 *In. 2. 7*). Прежде всего было позволено въ интересахъ установленія указанного равенства совершать *donatio* не только до брака, но и послѣ его заключенія, вслѣдствіе чего *Юстиніанъ* предписалъ называть нашъ институтъ *donatio propter nuptias*. Но это названіе не вполне соответствуетъ дѣйствительности въ томъ отношеніи, что настоящаго даренія здѣсь нѣтъ: мужъ сохраняетъ собственность на подаренные объекты; онъ ими пользуется, какъ и раньше, и, если бракъ протечетъ безъ всякихъ потрясеній, *donatio propter nuptias* не проявитъ себя ничѣмъ. Все назначеніе *donatio propter nuptias* заключается именно только въ гарантіи жены на случай развода: тогда она не только можетъ потребовать назадъ свою *dos*, но и *donatio propter nuptias*. Въ интересахъ наилучшей гарантіи жены относительно полученія *donatio*, на выдѣленные мужемъ имѣнія было также установлено запрещеніе ихъ отчуждать.

Такъ постепенно складывалась римская система имущественныхъ отношеній между супругами. Принципъ юридической раздѣльности имуществъ, ничему не мѣшающей при бракахъ хорошихъ, но наилучшимъ образомъ гарантирующей обоимъ супругамъ при бракахъ плохихъ, принципъ, и въ настоящее время признанный еще немногими законодательствами (но въ томъ числѣ—нашимъ русскимъ), лежитъ въ основѣ этой системы. Встрѣчные институты *dos* и *donatio propter nuptias*, удовлетворяя потребности въ нѣкоторыхъ гарантіяхъ на случай развода, создаютъ въ то же время на основѣ раздѣльности нѣчто вродѣ единого общесемей-

наго имущества, служащаго экономическимъ базисомъ семьи и, притомъ,—вслѣдствіе неотчуждаемости входящихъ въ его составъ недвижимостей—базисомъ очень прочнымъ. Обѣ стороны супружескаго союза—самостоятельность супруговъ и созданное бракомъ единство семьи—приняты римскимъ правомъ одинаково во вниманіе.

§ 76.

Отношенія между родителями и дѣтьми.

Отношенія между родителями и дѣтьми на всемъ протяженіи римской исторіи опредѣлялись идеей *patria potestas*, патриархальной и односторонней власти отца. Если въ области отношеній между супругами мы видѣли въ римскомъ правѣ полный разрывъ съ принципами стараго патриархальнаго строя, то въ области отношеній къ дѣтямъ эти патриархальные принципы сохранялись съ гораздо большимъ упорствомъ, чѣмъ даже въ исторіи другихъ народовъ. По собственному признанію римскихъ юристовъ, такой власти надъ дѣтьми, какъ римляне, не зналъ ни одинъ доступный ихъ наблюденію народъ (Gai. I, 55: „Quod jus proprium civium romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus“). Конечно, съ теченіемъ времени эта власть значительно измѣнилась и ослабѣла, но многіе патриархальные завѣты сохранили свое значеніе до конца.

Такъ, прежде всего, римское право знаетъ только *patria potestas*—только власть отца, а не родителей вообще. Мать по отношенію къ своимъ дѣтямъ отъ того же брака никакихъ родительскихъ правъ не имѣетъ—не только при жизни мужа, но и послѣ его смерти. При старомъ бракѣ *cum manu* мать, какъ извѣстно, находилась въ положеніи сестры своихъ дѣтей; послѣ смерти мужа семья распадалась на новыя самостоятельныя семьи, по отношенію къ которымъ мать никакихъ правъ власти не приобрѣтала; она сама дѣлалась теперь *persona sui juris*, но попадала подъ опеку своего ближайшаго агната, чаще всего своего же собственнаго сына.—При бракѣ безъ *manus*, мать не была даже агнаткой своихъ дѣтей: юридически она была для нихъ чужой. Лишь съ теченіемъ времени, съ постепеннымъ признаніемъ родства когнатическаго, ея отношенія къ дѣтямъ получаютъ нѣкоторую юридическую физиономію: мать и дѣти получаютъ взаимныя права наслѣдованія другъ послѣ друга. Въ періодъ имперіи признается затѣмъ право на содержаніе (алименты), а также, по крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ случаяхъ, и право матери быть опекуницей надъ своими дѣтьми. Но этимъ все и исчерпывается: какихъ-либо правъ, присущихъ *patria potestas*, напр. правъ на пользованіе извѣстными имуществами дѣтей, она не имѣетъ.

Юридическія отношенія между родителями и дѣтьми мыслятся, далѣе, только на почвѣ законнаго брака и законной семьи.

Дѣти незаконныя, внѣ-брачныя въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, построеномъ исключительно на принципѣ родства агнатическаго, стояли вообще внѣ всякихъ юридическихъ связей: они были чужими не только своему естественному отцу, но и матери. Съ признаніемъ родства когнатическаго, положеніе ихъ по отношенію къ матери и ко всемъ материнскимъ родственникамъ измѣнилось: они получили права наслѣдованія наравнѣ съ дѣтьми законными, такъ какъ *cognatio*, кровное родство, по римскимъ представленіямъ, не зависитъ отъ наличности законнаго брака и „*mater semper certa est*“. Что же касается отца, то „*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*“ (fr. 5. D. 2, 4), вслѣдствіе чего юридически у дѣтей внѣбрачныхъ его нѣтъ вовсе, хотя бы даже фактически онъ былъ всемъ извѣстенъ. Ни онъ не имѣетъ, поэтому; *patria potestas*, ни дѣти не имѣютъ по отношенію къ нему никакихъ правъ. Болѣе льготное положеніе занимаютъ только *liberi naturales*, дѣти отъ конкубината: они имѣютъ право на *alimenta* и даже извѣстное ограниченное право наслѣдованія послѣ своего *pater naturalis*; но о *patria potestas* и здѣсь нѣтъ рѣчи.

Т, обр., почти вся юридическая сторона отношеній родителей къ дѣтямъ сводится къ *patria potestas*. Но эта *patria potestas* въ теченіе вѣковъ весьма существенно измѣнила свое содержаніе.

Въ древнѣйшее время это была, какъ уже неоднократно упоминалось, абсолютная власть патриархальнаго домовладыки, самодержца въ своей семьѣ. Она охватывала какъ самую личность дѣтей, такъ и всѣ ихъ имущественныя приобрѣтенія. Въ личномъ отношеніи отъ воли *paterfamilias* зависѣло, прежде всего, сохранить-ли жизнь своему новорожденному ребенку или нѣтъ: онъ могъ даже выбросить его. Отецъ имѣлъ, далѣе, право продавать своихъ дѣтей или въ полное рабство *trans Tiberim* или внутри государства *in mancipium (jus vendendi)*. Онъ имѣлъ, наконецъ, юридически неограниченное *jus vitae ac necis*. Конечно, и здѣсь фактическое положеніе дѣтей были иное, но юридически отецъ—неограниченный властелинъ самой личности дитяти. Въ имущественномъ отношеніи *filius familias*, какъ извѣстно, есть *persona alieni juris*: онъ имѣетъ гражданскую правоспособность, но только не для себя, а для своего отца. Все, что онъ приобрѣтаетъ, дѣлается *eo ipso* собственностью отца; за обязательства же дѣтей отецъ не отвѣчаетъ; только за деликты отецъ несетъ нокальную отвѣтственность: онъ обязанъ или возмѣстить причиненный дѣтьми вредъ или выдать ихъ потерпѣвшему (*poxae dedere*).

Таковъ былъ историческій отправной пунктъ; дальнѣйшее развитіе заключается въ постепенномъ ослабленіи этой абсолютной власти въ обоихъ направленіяхъ, какъ личномъ, такъ и имущественномъ.

1. Въ личномъ отношеніи. Право выбрасывать новорожденныхъ дѣтей (*jus expolendi*), по сообщенію Діонисія Галикарнасскаго, было запрещено (кромѣ *monstra*) уже Ромуломъ. Но, вѣроятно, въ этомъ сообщеніи имѣется въ виду только велѣніе

обычая и религии, а не права; *jus expromendi* существуетъ еще въ болѣе позднюю эпоху и окончательно оно было уничтожено только въ періодъ имперіи (с. 7 С. 9. 16).—*Jus vendendi* trans Tiberim исчезло уже очень рано, но даже и продажа дѣтей in mancipium (въ кабалу) въ законахъ XII т. подверглась серьезному ограниченію. Они ограничивали это право только троекратнымъ его осуществленіемъ: послѣ отдачи in mancipium въ третій разъ сынъ освобождался отъ отцовской власти—*„si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto“*. Такъ какъ законъ говорилъ только о сыновьяхъ, то interpretatio признала, что для прочихъ подвластныхъ (для дочерей, внуковъ и т. д.) достаточно однократной продажи. Однако, ограниченію подвергается только продажа посредствомъ mancipatio; простая venditio, повидимому, встрѣчалась и значительно позже: по крайней мѣрѣ, даже классическіе юристы допускаютъ ея возможность на случай безысходной крайности (*„contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia“*,—Pauli sent. 5. 1. 1.); равнымъ образомъ подтверждается эта возможность и указомъ Константина (с. 2. С. 4. 43).—Наконецъ, рядомъ императорскихъ указовъ отнимается у отца и *jus vitae ac necis*: послѣдній въ этомъ рядѣ указъ Константина (с. 1. С. 9. 17) приравниваетъ сыноубійство къ раггидіумъ вообще. Въ то же время подвергается извѣстному контролю даже дисциплинарная власть отца (*jus coercendi*): согласно указу имп. Траяна, власти могутъ принудить отца, злоупотребляющаго своими правами, освободить сына отъ patria potestas (fr. 5. D. 37. 12), и вообще въ императорское время стали возможны жалобы дѣтей магистратамъ въ порядкѣ extraordinaria cognitio. Благодаря всѣмъ этимъ ограниченіямъ patria potestas надъ личностью дѣтей къ концу развитія утратила почти всю свою патриархальную остроту.

2. Въ имущественномъ отношеніи ростъ самостоятельности дѣтей на первыхъ порахъ идетъ тѣми же путями, какіе были отмѣнены выше по поводу рабовъ. Такъ же точно, какъ и рабамъ, отцы часто выдѣляли своимъ достигшимъ возраста дѣтямъ извѣстное имущество для самостоятельнаго хозяйствованія—*peculium*; точно такъ же дѣятельность сыновей могла дать при извѣстныхъ условіяхъ основаніе для ответственности отца (т. н. *actiones adjecticiae qualitalis*: actio de peculio, institoria, exercitoria, quod jussu и de in rem verso). Здѣсь нужно повторить все то, что было сказано выше о рабахъ.

Но затѣмъ положеніе дѣтей начинаетъ все болѣе и болѣе отдѣляться отъ положенія рабовъ и идти своей собственной дорогой. Первымъ шагомъ въ этомъ смыслѣ было установленіе временъ Цезаря или Августа, въ силу котораго все то, что сынъ-воинъ (*filius familias miles*) приобрѣлъ на войнѣ (in castris) или по поводу военной службы (occasioe militiae) подлежитъ его свободному пользованію и распоряженію, какъ его собственное, независимое отъ отца, имущество. Это имущество получило названіе *peculium castrense*; оно было первымъ признаніемъ

имущественной самостоятельности дѣтей, хотя и въ узкомъ кругѣ специальныхъ отношеній. Сынъ могъ даже это имущество завѣщать, и лишь въ случаѣ его смерти безъ завѣщанія оно переходило къ отцу не въ порядкѣ наследованія, а jure peculii (fr. 11. D. 49. 17). Вообще по отношенію къ *peculium castrense* „*filii familias vice patrum familiarum funguntur*“ (fr. 2. D. 14. 6).

Когда съ переходомъ къ абсолютной монархіи всѣ виды государственной службы были уравнены, правила о *peculium castrense* были перенесены на имущество, приобретенное сыномъ на службѣ гражданской, на т. н. *peculium quasi castrense*. Это *peculium*, какъ и *peculium castrense*, составляетъ свободное имущество сына, по отношенію къ которому отецъ никакихъ правъ не имѣетъ.

Новый рядъ ограниченій имущественной стороны patria potestas открылъ указъ Константина, въ силу котораго все то, что получено дѣтьми (уже не только сыномъ) по наследству отъ матери (*bona materna*), должно считаться ихъ собственностью, которою отецъ распоряжаться не въ правѣ: онъ сохраняетъ только право пожизненнаго пользованія (с. 1. С. 6. 60). Указомъ имп. Аркадія и Гонорія (с. 2. С. 6. 60) то же положеніе было распространено на *bona materni generis*—на имущества, полученные отъ родственниковъ съ материнской стороны; указомъ Феодосія и Валентиніана—на *lucra nuptialia*. Наконецъ, Юстиніанъ всѣ эти многочисленныя исключенія обобщилъ: отцу принадлежить только то, что сынъ приобрѣтаетъ *ex re patris*, т. е. оперируя съ имуществомъ отца; все же остальное, какимъ бы образомъ оно ни досталось сыну, составляетъ его собственность; отецъ имѣетъ лишь право пожизненнаго пользованія (§ 1. In. 2. 9). Все такое имущество (въ него не входитъ *peculium castrense* и *quasi castrense*, которое остается даже внѣ пользованія отца) носитъ названіе *bona adventicia*. Но даже и при этомъ имущество въ право пожизненнаго пользованія можетъ быть исключено прямымъ постановленіемъ того, кто это имущество сыну передаетъ (кто ему даритъ или завѣщаетъ); тогда оно называется *bona adventicia irregularia*.

Т. обр. въ концѣ развитія и въ имущественномъ отношеніи отъ старой безусловности patria potestas осталась только ея тѣнь въ видѣ права пожизненнаго пользованія отца нѣкоторыми видами имущества. Правда, и эта тѣнь имѣетъ большое практическое значеніе; тѣмъ не менѣе имущественная самостоятельность дѣтей признана. вмѣстѣ съ тѣмъ, первоначальное юридическое единство семьи разрушено: семья теперь съ юридической стороны не единство, а союзъ лицъ, изъ которыхъ каждое представляетъ самостоятельнаго субъекта правъ, могущаго имѣть особое имущество, выступать стороною въ процессѣ и заключать юридическія сдѣлки.

Установленіе patria potestas. Patria potestas возникаетъ, прежде всего, естественнымъ образомъ вслѣдствіе рожденія ребенка въ законномъ бракѣ. По отношенію къ дѣтямъ незаконнымъ она можетъ быть установлена только путемъ узаконенія

legitimatio; но эта *legitimatio* появилась только въ периодъ абсолютной монархіи и только для *liberi naturales*. Постепенно возникли три способа такого узаконенія: а) Со времени Θεодосія и Валентиніана—*legitimatio per oblationem curiae*, узаконеніе посредствомъ представлення *filius naturalis* въ *ordo* мѣстныхъ декуріоновъ въ связи съ надѣленіемъ его извѣстнымъ имущественнымъ цензомъ (это одна изъ привилегій, которыми правительство желало привлечь къ несенію тяжелой въ то время повинности завѣдыванію мѣстными дѣлами). б) Со времени имп. Анастасія—*legitimatio per subsequens matrimonium*, посредствомъ послѣдующаго вступленія родителей въ законный бракъ. в) И наконецъ, со времени Юстиніана—вообще *legitimatio per rescriptum principis*, узаконеніе посредствомъ спеціальнаго императорскаго указа.

По отношенію къ дѣтямъ чужимъ возможно было установленіе *patria potestas* путемъ усыновленія, которое будетъ или *arrogatio*, если усыновляется *persona sui juris*, или *adoptio*, если усыновляется *persona alieni juris*.

а) *Arrogatio* въ древности совершалась въ народныхъ собраніяхъ по куріямъ при участіи *pontifex maximus* и въ присутствіи какъ усыновителя, такъ и усыновляемаго. По разслѣдованіи обстоятельствъ усыновленія и по удостовѣреніи въ согласіи обоихъ заинтересованныхъ, *pontifex* предлагалъ народному собранію *rogatio* объ усыновленіи („*Velitis jubeatis Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo*“—*Gell. 5. 19. 9*). Такъ обр., *arrogatio* совершалась въ формѣ спеціальнаго закона. Ввиду этого усыновлять и быть усыновляемыми въ такой формѣ могли только лица имѣющія право участвовать въ народныхъ собраніяхъ: поэтому не могли усыновлять женщины, нельзя было усыновить женщинъ и несовершеннолѣтнихъ. Съ теченіемъ времени вмѣстѣ съ паденіемъ роли *comitia curiata* законодательный характеръ акта *arrogatio* стерся: усыновленіе превратилось въ простой, только публичный, актъ частной воли. Вмѣстѣ съ тѣмъ (со временъ имп. Антонина Пія) стало возможно и усыновленіе несовершеннолѣтнихъ. Съ окончательнымъ исчезновеніемъ *comitia curiata* *arrogatio* стала совершаться *per rescriptum principis*.

б) Усыновленіе *persona alieni juris*, *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ, совершается въ формѣ частной сдѣлки, искусственно образованной старыми юристами на основаніи указаннаго выше положенія законовъ XII т.: „*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*“. Отецъ усыновляемаго продавалъ его посредствомъ *mancipatio* какому-нибудь постороннему довѣренному человѣку; этотъ послѣдній тотчасъ же отпускалъ сына на волю посредствомъ *manumissio vindicta*. Затѣмъ опять слѣдовала вторая *mancipatio* и вторая *manumissio*. Наконецъ—третья *mancipatio*: послѣ нея сынъ уже свободенъ отъ *patria potestas*; но третья *manumissio* уже не

дѣлается, ибо тогда это была бы полная *emancipatio* (см. ниже); сынъ пока считается *in mancipio* довѣреннаго лица. Тогда выступаетъ лицо, желающее усыновить, *adoptator*, и предъявляетъ для формы противъ довѣреннаго *vindicatio in patriam potestatem* (т. е. *vindicatio filii*); довѣренный на судѣ молчитъ, вслѣдствіе чего преторъ *addicit* усыновляемаго усыновителю. Въ результатѣ этого сложнаго акта *patria potestas* кровнаго отца прекратилась и усыновленный вступаетъ въ семью усыновителя на правахъ его законнаго сына. Въ этой формѣ *adoptio* могла примѣняться и къ женщинамъ и къ несовершеннолѣтнимъ, причемъ для дочерей и внуковъ достаточно было однократной *mancipatio*. Юстиніанъ уничтожилъ необходимость всѣхъ этихъ формальностей, замѣнивъ ихъ простымъ заявленіемъ передъ судомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ значительно ослабилъ дѣйствіе *adoptio*: прежде прекращеніе старой *patria potestas* было сохранено имъ только для случаевъ усыновленія какимъ-нибудь восходящимъ родственникомъ (напр. дѣдомъ со стороны матери); во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ *patria potestas* кровнаго отца не прекращается, а усыновленный лишь получаетъ право законнаго наслѣдованія послѣ усыновителя (*adoptio minus plena*).

Кромѣ указанныхъ видовъ *arrogatio* и *adoptio*, мы встрѣчаемъ въ дошедшихъ до насъ памятникахъ конца республики—начала имперіи случаи усыновленія въ завѣщаніи, *adoptio testamentaria*, о которой юристы ничего не говорятъ. Но было-ли это подлинное въ юридическомъ смыслѣ усыновленіе или нѣтъ—это вопросъ донныиъ невыясненный.

Прекращеніе *patria potestas*. Остаткомъ стараго патриархальнаго характера *patria potestas* даже въ самомъ позднемъ римскомъ правѣ является ея *пожизненность*: она прекращается нормально только смертью отца. Ни достиженіе сыномъ совершеннолѣтія, ни основаніе имъ своего собственнаго отдѣльнаго дома и хозяйства не только не прекращаютъ отцовской власти, но даже не вліяютъ на ея ослабленіе. Лишь приобрѣтеніе сыномъ извѣстнаго званія уничтожаетъ ее; таковыми званіями въ языческомъ Римѣ является званіе *flamen Dialis*, а для дочери званіе весталки; въ позднѣйшее императорское время—званіе консула, *praefectus praetorio*, *praefectus urbi*, *magister militum* или епископа.

Но *patria potestas*, какъ право одностороннее, можетъ быть прекращена искусственнымъ путемъ—освобожденіемъ сына самимъ отцомъ, что называется *emancipatio*. Форма *emancipatio* была также образована посредствомъ искусственнаго примѣненія упомянутаго правила законовъ XII т. о троекратной продажѣ: отецъ, желавшій эманципировать сына, совершалъ троекратную *mancipatio* его довѣренному лицу, а это послѣднее три раза отпускало его на волю. Въ результатѣ сынъ дѣлался *persona sui juris*, приобреталъ хозяйственную самостоятельность, но зато утрачивалъ всякія наслѣдственные права по своей семьѣ. Послѣднее ограниченіе, впрочемъ отпало, когда наслѣдственное право было перестроено по началамъ когнатическаго родства. Въ императорское

время и здѣсь старыя формальности были отмѣнены: имп. Анастасій установилъ возможность *emancipatio per rescriptum principis* (т. н. *emancipatio Anastasiana*), а Юстинианъ предписалъ вообще для *emancipatio* заявленіе передъ судомъ (т. н. *emancipatio Justiniana*). Ввидѣ награды за добровольный отказъ отъ своихъ отцовскихъ правъ (*praemium emancipationis*) отецъ и послѣ *emancipatio* сохраняетъ право на пользование половиной имущества сына.

§ 77.

Опека и попечительство.

Во всякомъ обществѣ могутъ оказаться лица, имѣющія права (правоспособныя), но не обладающія достаточной степенью разумія и зрѣлостью воли для самостоятельнаго управленія своими дѣлами (*недѣеспособныя*). Таковы—несовершеннолѣтніе и безумные; таковыми же являются согласно старымъ воззрѣніямъ женщины: наконецъ таковыми же признаются и расточители. Если всѣ эти лица находятся подъ чьей-либо семейной властью, если они—по римской терминологіи—суть *personae alieni juris*, то особого вопроса о ихъ охранѣ не возникаетъ: они, во-первыхъ, по старому праву никакого своего имущества не имѣютъ, а во-вторыхъ, они находятъ естественную охрану въ лицѣ своего *paterfamilias*. Иное дѣло, если они такой естественной семейной охраны не имѣютъ, если они *personae sui juris*: тогда для права возникаетъ вопросъ объ организаціи для нихъ искусственной защиты, о созданіи суррогата семейной охраны. Этой цѣли и служить вездѣ институтъ опеки и попечительства. Но этотъ институтъ также имѣетъ свою длинную исторію, въ теченіе которой онъ рѣзко измѣнилъ свой характеръ.

Въ древнѣйшее время, когда еще сильны родовыя связи, опека надъ лицами недѣеспособными составляетъ дѣло родственниковъ, причемъ въ институтѣ опеки на первомъ планѣ стоитъ не забота о подопечномъ, а забота о его имуществѣ *въ интересахъ его ближайшихъ наслѣдниковъ*. Для этихъ послѣднихъ, конечно, важно, чтобы то имущество, которое можетъ къ нимъ дойти въ порядкѣ законнаго наслѣдованія, не было въ рукахъ малолѣтняго, безумнаго и т. д. растрчено или расхищено. Вслѣдствіе этого опека имѣетъ характеръ нѣкоторой предварительной охраны возможнаго въ будущемъ наслѣдства („*ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarent*“—fr. 1 pr. D. 26. 4). Эта основная идея древней опеки отражается на всемъ ея построеніи.

Прежде всего, *порядокъ призванія къ опеке совпадаетъ съ порядкомъ призванія къ наслѣдованію* („*eo tutela dedit, quo et hereditas pervenit*“,—fr. 73. pr. D. 50. 17): естественнымъ опекуномъ является ближайшій наслѣдникъ. А такъ какъ въ древнѣйшее

время наслѣдованіе опредѣлялось только порядкомъ агнатическаго родства (*hereditas legitima*), то и естественнымъ опекуномъ являлся ближайшій агнатъ. Это т. н. *tutela legitima*.

Но уже законы XII т. предоставляютъ *paterfamilias* въ своемъ завѣщаніи измѣнить этотъ законный порядокъ и назначить для своихъ малолѣтнихъ или слабоумныхъ дѣтей какого-либо иного опекуна: „*uti paterfamilias legasset super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto*“. Въ такомъ случаѣ мы имѣемъ *tutela testamentaria*. Здѣсь уже возможно несовпаденіе опекуна съ ближайшимъ наслѣдникомъ опекаемыхъ; подобно тому, какъ завѣщатель можетъ лишить своего законнаго наслѣдника ожидаемаго имъ наслѣдства, такъ же точно онъ можетъ лишить его и права опеки.

Опека, далѣе, въ это древнѣйшее время есть не обязанность, а *право* опекуна, ставящее его во властное положеніе по отношенію къ опекаемому и его имуществу. Опекунъ имѣетъ власть, подобную власти *paterfamilias*. Такъ, Ливій опеку надъ женщинами прямо называетъ *manus* (Liv. 34. 2. 11); законы XII т., говоря о попечительствѣ надъ безумными, употребляютъ выраженіе „*poteestas*“; даже еще юрисконсулъ послѣдняго столѣтія республики, Servius Sulpicius Rufus, опредѣляетъ опеку какъ „*vis ac potestas in capite libero*“, хотя онъ прибавляетъ уже—„*ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*“ (fr. 1 pr. D. 26. 1), отънося этимъ связываемую уже съ правомъ обязанность.

Мало-по-малу этотъ элементъ обязанности, заботы, все болѣе и болѣе выступаетъ на первый планъ, и положеніе опекуна кореннымъ образомъ измѣняется; самыя права его являются лишь средствомъ для выполненія лежащей на немъ обязанности. Не охраненіе своихъ возможныхъ въ будущемъ правъ, а забота о чужихъ правахъ составляетъ общую задачу его дѣятельности. Ввиду этого въ источникахъ позднѣйшаго права опека опредѣляется уже какъ нѣкоторое „*onus*“ для опекуна, какъ нѣкоторое „*munus publicum*“ (pr. In. 1. 25 и In. 1. 17).

При этомъ опека является *munus publicum*, общественной повинностью, въ двоякомъ направленіи.

Прежде всего, въ этомъ опредѣленіи заключается мысль о томъ, что опека въ смыслѣ заботы о лицахъ, которыя сами о себѣ заботиться не могутъ, есть общая *обязанность государства*. Эта мысль была совершенно чужда старой опеке: если у малолѣтняго или безумнаго не было ни опекуна по закону (вслѣдствіе отсутствія родственниковъ), ни опекуна по завѣщанію, то онъ въ старомъ правѣ вовсе оставался безъ опеки, такъ какъ не было лицъ, которыя имѣли бы на нее право. Во второй половинѣ республики точка зрѣнія государства мѣняется. *Lex Atilia*, законъ неизвѣстнаго времени, но во всякомъ случаѣ до 186 г. до Р. X. (до *senatusconsultum de Bacchanalibus*), предписала въ такихъ случаяхъ назначать опекуна магистратамъ—именно претору *cum majore parte tribunorum plebis*, т. е. при участіи народныхъ трибуновъ. Такъ какъ *lex Atilia* имѣла въ виду только Римъ и Италію, то вполнѣдствіи *Lex Julia Titia* (или два закона—*lex Julia* и *lex Ti-*

tia?) возложила въ провинціяхъ ту же обязанность на провинціаль-ныхъ правителей. Такимъ образомъ, рядомъ съ двумя старыми видами опеки, tutela legitima и testamentaria, появился третій—т. н. tutela dativa (хотя терминъ dativa примѣняется иногда и къ tutela testamentaria).

Вмѣстѣ съ тѣмъ постепенно усиливается контроль государ-ства надъ дѣятельностью опекуновъ. Во многихъ случаяхъ они должны на тѣ или другіе акты испрашивать разрѣшеніе властей. Опекунскія дѣла разрастаются настолько, что дѣлаются специаль-ной компетенціей извѣстныхъ органовъ власти; таковыми являются въ періодъ имперіи сначала консулы, потомъ особые praetores tutelares, а въ провинціяхъ провинціальныя правители при участіи органовъ муниципальнаго самоуправленія. Эти послѣдніе несутъ даже субсидіарную отвѣтственность передъ опекаемымъ за плохое управленіе рекомендованныхъ ими опекуновъ.

Съ другой стороны, опека дѣлается *in ius publicum*, об-щественной обязанностью, и для *отдѣльныхъ гражданъ*. Если раньше быть опекуномъ составляло право, отъ котораго каждый могъ свободно отказаться и которое можно было свободно пере-уступить (*in iure cessio tutelae* по отношенію къ женщинѣ засви-дѣтельствована еще классическими юристами), то теперь это—*обязанность*, освобожденія отъ которой можно просить только при наличности извѣстныхъ уважительныхъ причинъ (*excusatio-nes*) и о переуступкѣ которой путемъ частнаго соглашенія не можетъ быть рѣчи.

Однимъ словомъ, опека измѣняется въ самомъ своемъ су-ществѣ и въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ принимаетъ приблизительно тотъ видъ, который она имѣетъ въ законода-тельствахъ современныхъ.

Римское право различаетъ изстари два вида опеки: опеку въ собственномъ смыслѣ, tutela, и попечительство, cura, но прин-ципальнаго различія между обоими видами нѣтъ. Разница сводится только къ тому, что въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимо при заключеніи сдѣлки согласіе опекуна, это согласіе при tutela выражается въ формѣ *auctoritatis interpositio*, а при cura въ видѣ простаго *consensus curatoris*. *Auctoritatis interpositio* давалась не-премѣнно тотчасъ же при самомъ заключеніи сдѣлки опекаемымъ и въ видѣ отвѣта опекуна на соответствующій вопросъ контра-гента („auctor ne sis?—auctor fio“), межъ тѣмъ какъ *consensus curatoris* могъ быть данъ и не *in continente*, а ранѣе или позже волеизъявленія самого опекаемаго.

Роль tutor'a или curator'a можетъ быть различна, смотря по характеру недѣеспособности, послужившей основаніемъ для учре-жденія опеки. Иногда эта недѣеспособность будетъ полной (мало-лѣтній, безумный); тогда опекунъ или попечитель долженъ вполнѣ замѣнять подопечнаго, долженъ самостоятельно вести всѣ его дѣла. Въ другихъ же случаяхъ недѣеспособность будетъ лишь частичной (несовершеннолѣтній, расточитель); тогда акты чистаго приобрѣтенія, только улучшающіе положеніе опекаемаго (т. н.

negotia lucrativa—напр. принятіе подарка), послѣдній можетъ со-вершать и самъ; для всѣхъ же остальныхъ актовъ (отчужденіе имущества, вступленіе въ обязательство и т. д.) необходимо со-гласіе опекуна или попечителя; въ такихъ случаяхъ роль опекуна будетъ лишь ролью *прикрѣпляющей* дѣйствія опекаемаго.

Когда опекуну приходилось *замѣнять* опекаемаго и самому вести всѣ его дѣла, то для древняго права возникало затрудне-ніе въ томъ, что оно не знало *представительства* при заключе-ніи сдѣлокъ, т. е. возможности заключенія сдѣлки однимъ лицомъ отъ имени и на счетъ другого. Вслѣдствіе этого опекунъ или попечитель обыкновенно дѣйствовалъ, какъ *negotiorum gestor*: онъ заключалъ всѣ сдѣлки на свое имя и лишь уже затѣмъ (напр., по достиженіи малолѣтнимъ возраста) переносилъ всѣ приобрѣтенныя права на подопечнаго. Но это затрудненіе отпало, когда въ эпоху формулярнаго процесса преторъ сталъ давать *actiones utiles* съ *перестановкой субъектовъ*: тогда опекаемый получалъ прямо иски противъ лицъ, заключившихъ сдѣлку съ его опекуномъ.

Первоначально опекунъ, завѣдуя дѣлами опекаемаго, не былъ ничѣмъ ограниченъ въ своей дѣятельности: онъ могъ заключать всякія сдѣлки, могъ продавать вещи опекаемаго, закладывать ихъ и т. д. Средствами для защиты интересовъ опекаемаго были только или *accusatio suspecti tutoris*, возбужденіе къмъ либо уго-ловнаго преслѣдованія противъ подозрительнаго опекуна, которое можетъ повести къ его отстраненію, или же *actio rationibus distrahendis*—искъ, предъявлявшійся по окончаніи опеки и имѣвшій деликтный характеръ: опекунъ, растратившій имущество опекае-маго, отвѣчалъ *in duplum*, какъ *fur nec manifestus*; но, какъ искъ деликтный, *actio rationibus distrahendis* въ случаѣ смерти опе-куна не могла быть предъявляема противъ его наслѣдниковъ.

Эти средства съ теченіемъ времени были признаны недо-статочными, и преторскій эдиктъ еще въ концѣ республики соз-даетъ новые иски: для отношеній по поводу опеки—*actio tutelae directa* и *contraria*, а для отношеній по поводу попечительства *actio negotiorum gestorum* также *directa* и *contraria*. При помощи *actio directa* опекаемый по окончаніи опеки (или новый опекунъ при смѣнѣ) можетъ требовать отчета отъ опекуна и возмѣщенія своихъ убытковъ не только отъ него самого, но и отъ его на-слѣдниковъ, и не только въ случаѣ растраты, но и въ случаѣ нерадивости или бездѣятельности. При помощи *actio contraria* опекунъ, въ свою очередь, можетъ требовать отъ опекаемаго уплаты понесенныхъ имъ расходовъ; но вознагражденія за веде-ніе опеки римское право не знало.

Для лучшаго обезпеченія интересовъ опекаемыхъ къ этимъ искамъ присоединяются затѣмъ дополнительныя средства: во-первыхъ, входитъ въ обычай требовать отъ опекуна при са-момъ вступленіи его въ должность обезпеченія—*satisfactio rem pupilli salvam fore*, а, во-вторыхъ, въ періодъ имперіи признается *законная ипотека* опекаемаго на все имущество опекуна.

Но всё эти средства могут оказаться безрезультатными при несостоятельности опекуна. Ввиду этого усиливающаяся забота государства объ интересах опекаемых приводит мало-по-малу къ различнымъ *ограниченіямъ опекуна въ самой его дѣятельности*. Такъ, уже цивильное право запретило опекуну акты даренія. Гораздо большее значеніе имѣетъ сенатское постановленіе 195 г. по Р. X., извѣстное подъ названіемъ *oratio divi Severi* (fr. 1. D. 27. 9): оно запретило опекунамъ и попечителямъ отчужденіе сельскихъ недвижимостей опекаемаго (*praedia rustica et suburbana*), кромѣ нѣкоторыхъ случаевъ, въ которыхъ, однако, необходимо предварительное разрѣшеніе со стороны опекунскихъ властей (*decretum de alienando*) Имп. *Константинъ* распространилъ затѣмъ это запрещеніе на другія болѣе цѣнныя вещи, такъ что въ концѣ концовъ роль опекуна свелась къ роли простого хранителя имущества да къ веденію текущихъ неотложныхъ дѣлъ.

При несомнѣнномъ общемъ характерѣ опеки и попечительства во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они имѣютъ мѣсто, все же въ *отдѣльныхъ видахъ опеки* замѣчаются извѣстныя различія.

1. *Tutela impuberum* и *cura minorum*. Наиболѣе частый случай недѣеспособности—это *несовершеннолѣтіе*. Человѣкъ правоспособенъ уже съ самаго момента своего рожденія: онъ можетъ тотчасъ же оказаться обладателемъ огромнаго состоянія и участникомъ самыхъ сложныхъ юридическихъ отношеній. Но очевидно, что признать за нимъ тотчасъ же и дѣеспособность нельзя. Вслѣдствіе этого всякое право уже съ самыхъ древнихъ временъ откладываетъ дѣеспособность человѣка до достиженія имъ извѣстной степени физической и психической зрѣлости. Вопросъ заключается только въ томъ, какими признаками опредѣлить наступленіе этой зрѣлости, достиженіе *совершеннолѣтія*.

Обычный для насъ приемъ—установленіе извѣстнаго, для всѣхъ одинаковаго возраста—древнему праву чуждъ: рѣшающимъ признакомъ тамъ является обыкновенно достиженіе физической, половой зрѣлости—момента, когда ребенокъ превращается въ мужа. Моментъ этотъ не для всѣхъ людей одинаковъ, вслѣдствіе чего опредѣленіе этого момента для каждаго отдѣльнаго лица составляетъ обыкновенно дѣло его семьи, и признаніе совершеннолѣтнимъ выражается въ какихъ-либо внѣшнихъ знакахъ—смѣнѣ дѣтской одежды на одежду взрослыхъ и т. п. Также точно и римское право долгое время различіе между *puberes* и *impuberes* строило на этомъ единственномъ признакѣ половой зрѣлости. Но если съ этимъ неопредѣленнымъ признакомъ могъ мириться примитивный оборотъ, то съ развитіемъ экономической и дѣловой жизни онъ оказывался рѣшительно непригоднымъ; условія этой жизни требовали установленія какого-либо опредѣленнаго, для всѣхъ одинаковаго, возраста совершеннолѣтія. Для женщинъ этотъ вопросъ былъ фиксированъ обычаемъ нѣсколько ранѣе, чѣмъ для мужчинъ; уже въ эпоху классическихъ юристовъ совершеннолѣтіе наступаетъ для нихъ съ достиженіемъ 12 лѣтъ.

Относительно же мужчинъ мы еще среди классическихъ юристовъ встрѣчаемъ разногласіе: сабиняницы стоятъ еще всецѣло на старой точкѣ зрѣнія („*qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit*“), межъ тѣмъ какъ прокулянцы признаютъ совершеннолѣтними всѣхъ, достигшихъ 14 лѣтъ; есть рядомъ и среднее мнѣніе (Приска), въ силу котораго необходимо достиженіе 14 лѣтъ, но сверхъ того и половой зрѣлости (Ulp. reg. XI. 28). Ко времени Юстиніана перевѣсъ склонился на сторону мнѣнія прокулянцевъ, которое и было санкціонировано въ *Corpus* (pr. Jn. 1. 22).

Но между ребенкомъ только-что родившимся и юношей, приближающимся къ *pubertas*, есть масса промежуточныхъ ступеней: человѣкъ, возрастая, постепенно пріобрѣтаетъ способность ориентироваться—сначала въ вещахъ болѣе простыхъ, а потомъ и болѣе сложныхъ. Конечно, со всѣми этими переходными стадіями право считается не можетъ, но игнорировать извѣстныя крупныя различія оно не въ состояніи. Такъ и римское право различаетъ среди несовершеннолѣтнихъ двѣ группы—*infantes* и *infantiae majores*. *Infantes*—это первоначально дѣти, которыя еще не могутъ говорить,—„*qui fari non possunt*“; позже, однако, и здѣсь былъ установленъ возрастной признакъ—*достиженіе 7 лѣтъ*. Дѣти отъ 7 до 14 лѣтъ суть *infantiae majores*.

Въ зависимости отъ возраста опекаемаго различна и роль опекуна. *Infantes* никакого участія въ гражданскомъ оборотѣ не принимаютъ; всякое волеизъявленіе ихъ ничтожно, оно даже не можетъ быть основаніемъ для согласія опекуна. Вслѣдствіе этого ихъ всецѣло замѣняетъ опекунъ, который и ведетъ ихъ дѣла въ описанныхъ выше условіяхъ. За дѣтьми отъ 7 до 14 лѣтъ, напротивъ, уже признается извѣстная способность разумнѣя, вслѣдствіе чего сдѣлки чистаго пріобрѣтенія они могутъ совершать даже сами, безъ согласія опекуна; во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ они дѣйствуютъ при участіи опекуна, который даетъ свою *auctoritas*.

По достиженіи 12 или 14 лѣтъ человѣкъ считается *совершеннолѣтнимъ* (*pubes*) и, слѣдовательно, можетъ вести свои дѣла самостоятельно. Однако, этотъ возрастъ (или въ періодъ республики возрастъ половой зрѣлости), бывшій, быть можетъ, достаточноымъ въ эпоху простыхъ отношеній, уже съ половины республики сталъ обнаруживать свою недостаточность. Якобы совершеннолѣтнія дѣти 14—15 лѣтъ начали все чаще и чаще служить объектомъ для эксплуатаціи. Въ виду этого около 190 г. до Р. X. былъ изданъ особый законъ—*lex Plaetoria*,—который устанавливалъ *judicium publicum* (т. е. уголовное преслѣдованіе) противъ лицъ, которыя воспользовались неопытностью юношей, достигшихъ совершеннолѣтія, но не достигшихъ 25 лѣтъ (*minores viginti quinque annis*). Преторъ затѣмъ расширилъ примѣненіе этого закона и сталъ давать не только въ случаяхъ явнаго обмана (*circumscriptio*), но и вообще въ случаяхъ невыгодности сдѣлки, *exceptio* или *restitutio in integrum* (*propter minorem aetatem*).

Благодаря этому возникла новая категория—*minores*, которые пользуются особым покровительством закона.

Но это покровительство имело и свою обратную сторону. Дѣловые люди, зная, что *minor*, если найдетъ потомъ для себя сдѣлку невыгодной, можетъ ее уничтожить путемъ *restitutio in integrum*, естественно стремились воздерживаться отъ сношеній съ нимъ, предпочитая имѣть своимъ контрагентомъ лицо, по отношенію къ которому такая возможность не имѣетъ мѣста. Это могло существенно отзываться на самихъ *minores*, вслѣдствіе чего они стали привлекать къ участию въ своихъ сдѣлкахъ особыхъ попечителей—*curatores*. Участіе *curator'a*, его *consensus*, устраняло возможность послѣдующаго ослабления сдѣлки и гарантировало въ этомъ отношеніи контрагентовъ. Первоначально подобные *curatores* привлекались каждый разъ *ad hoc*, но затѣмъ въ періодъ имперіи (въ особенности со временъ имп. Марка Аврелія) они дѣлаются постояннымъ учрежденіемъ (fr. 1. 3. D. 4. 4)—въ томъ смыслѣ, что входитъ въ обычай испрашивать *curator'a* въ видѣ постоянного и общаго пособника при всѣхъ дѣловыхъ отношеніяхъ *minor'a*. Имп. Диоклетіанъ предписалъ даже, что, разъ *curator* испрошенъ, всякая сдѣлка (не чистаго приобрѣтенія), заключенная самимъ *minor'омъ* безъ его участія, недействительна (с. 3. С. 2. 21).

Однако, обязанности испрашивать *curator'a* для *minores* не существуетъ; это вопросъ ихъ воли. Если *curator* не испрошенъ, *minor* сохраняетъ свою дѣеспособность, какъ совершеннолѣтній; онъ можетъ заключать всѣ сдѣлки и въ случаѣ ихъ невыгодности можетъ, какъ прежде, просить о *restitutio in integrum*. Впрочемъ, такіе *minores* безъ попечителей въ позднѣйшемъ правѣ составляютъ исключеніе, и Юстиніанъ говоритъ въ своихъ Институціяхъ въ видѣ общаго правила: „*Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt*“ (fr. Jp. 1. 23). Возрастъ полнаго совершеннолѣтія т. обр. фактически отодвинулся до 25 лѣтъ, а положеніе лицъ отъ 14 до 25 лѣтъ почти сравнялось съ положеніемъ *infantiae majores*.

2. *Tutela mulierum*. Второй случай, гдѣ римское право знаетъ *tutela*, есть опека надъ женщинами. Женщина въ старое время, и не только въ римскомъ правѣ, считается неспособной даже тогда, когда она не находится ни подъ властью отца ни подъ властью мужа. Причина этого заключается не столько въ какой-нибудь грубости нравовъ, сколько въ характерѣ примитивнаго правопорядка: какъ мы знаемъ, въ древнее время обладаніе правомъ и защита его предполагали способность субъекта владѣть оружіемъ.

Женщина вслѣдствіе отсутствія такой способности всю жизнь свою должна была находиться подъ опекой своего ближайшаго агната или того лица, которое назначено ей опекуномъ въ завѣщаніи отца или мужа. Первоначально, конечно, и опека надъ женщинами имѣла реальное значеніе и безусловный характеръ *manus*, но съ теченіемъ времени, съ измѣненіемъ самыхъ

условіи правовой жизни, она все болѣе и болѣе утрачиваетъ свой смыслъ и отмираетъ. Уже въ концѣ республики она имѣетъ только формальное значеніе. Женщина сама ведетъ свои дѣла и лишь для нѣкоторыхъ актовъ, по преимуществу стараго гражданского характера, нуждается въ *auctoritas* своего опекуна (ведение *legis actio*, отчужденіе *res mancipi* и т. д.—Ulp. reg. XI. 27). При этомъ отказъ опекуна въ *auctoritas* не имѣетъ уже рѣшающаго значенія: его согласіе, по жалобѣ женщины, можетъ быть вынуждено преторомъ (Gai. 1. 190). Вслѣдствіе всего этого, такъ какъ *tutor mulieris* никакихъ дѣлъ не ведетъ, то онъ ни за что и не отвѣчаетъ: *actiones tutelae* здѣсь никакого примѣненія не имѣютъ.

Но и въ такомъ видѣ опека надъ женщинами къ началу имперіи начинаетъ казаться стѣснительной и ненужной, и Гай (Gai. 1. 190) говоритъ уже, что она не имѣетъ подъ собой основанія—*nulla pretiosa ratio*; обычное „вульгарное“ („*quae vulgo creditur*“) мнѣніе, будто женщины вслѣдствіе присущей имъ *levitas animi* дѣлаются часто жертвой обмана, по его мнѣнію, есть мысль „*magis speciosa quam vera*“. Вслѣдствіе этого *tutela mulierum* постепенно исчезаетъ изъ жизни. Уже *lex Julia et Papia Poppaea* освобождаетъ отъ опеки женщинъ, имѣющихъ *jus liberorum*. Эдиктъ имп. Клавдія отмѣняетъ вообще главный случай опеки—*tutela legitima* (Gai. 1. 157). Послѣдніе рѣдкіе случаи опеки по завѣщанію мужа или отца (*tutela dativa* къ женщинамъ никогда не примѣнялась) стали даже юридически невозможными послѣ указа имп. Гонорія и Θεодосія, который всѣмъ женщинамъ даровалъ *jus liberorum* (с. 1. С. 8. 58).

Но уничтоженіе опеки надъ женщинами отнюдь не обозначаетъ полнаго уравниенія ихъ съ мужчинами. Цѣлый рядъ юридическихъ функцій оставался до конца для женщинъ закрытымъ „*feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt*“ (fr. 2 pr. D. 50. 17.). Онѣ не могутъ занимать никакихъ должностей съ публичнымъ характеромъ, не могутъ выступать за другихъ на судѣ, не могутъ быть опекунами (кромѣ матери и бабки по отношенію къ своимъ собственнымъ дѣтямъ и внукамъ). Съ другой стороны, онѣ имѣютъ нѣкоторыя *privilegia*. Такъ напр., онѣ могутъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ ссылаться на неведѣніе закона, на *ignorantia juris*, наравнѣ съ *minores XXV annis*, солдатами и *rustici* (fr. 9 pr. D. 22. 6): это признано за ними „*propter sexus infirmitatem*“. Сюда же должно быть отнесено и *senatusconsultum Velleianum*, сенатское постановленіе времени имп. Клавдія (46 г. по Р. X.), которое объявляетъ недействительной всякую *intercessio* женщины, т. е. всякое принятіе ею на себя отвѣтственности за чужой долгъ (поручительство, предоставленіе вещи въ залогъ и т. д.). Мотивомъ этого закона является также „*imbecillitas sexus*“, слабость, излишняя довѣрчивость женщины (fr. 2. 1 и 2. D. 16. 1). Какъ видимъ, то „вульгарное“ мнѣніе, о которомъ говорилъ Гай, оказывало влияние на законодательство и до конца сохранило въ немъ свои слѣды.

3. *Cura furiosi*—попечительство надъ безумными и сумасшедшими (*furiosi, dementes, mente capti*)—известна уже законамъ XII т., которые постановляли: „*Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*“. Т. обр. попечительство и здѣсь было дѣломъ ближайшаго родственника и наследника, причемъ оно давало ему *potestas* надъ личностью и имуществомъ опекаемаго. Дальнѣйшее развитіе шло описаннымъ выше путемъ въ смыслѣ все болѣе и болѣе интенсивнаго контроля правительства, и въ правѣ Юстиніана опекунъ къ безумному обыкновенно назначается уже властью (§ 3 *In. 1. 23*). Безумный вовсе лишень дѣеспособности, вслѣдствіе чего *curator* замѣняетъ его вполнѣ, но со всѣми тѣми ограниченіями, которыя были указаны выше. Разумѣется, назначенію попечителя предшествовало разслѣдованіе психическаго состоянія больного со стороны магистрата, отъ котораго зависѣло установленіе опеки. Въ свѣтлые промежутки (*lucida intervalla*), когда къ сумасшедшимъ возвращается сознаніе, они вполнѣ дѣеспособны.

4. *Cura prodigi*—попечительство надъ расточителемъ—также известна уже законамъ XII т. (*fr. 1 pr. D. 27. 10*). По заявленію лицъ заинтересованныхъ (прежде всего, конечно, ближайшихъ родственниковъ) магистратъ, вполнѣ преторъ, производилъ разслѣдованіе и, если признавалъ наличность расточительной наклонности, налагалъ на расточителя запрещеніе—*interdictio*. Обычная формула такого запрещенія гласила: „*Quando tibi (tu?) bona paterna avitaeque pecunia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea te commercioque interdico*“ (*Paul. sent. 3. 4a. 7*). Какъ видно изъ этой формулы, запрещеніе первоначально касалось только имущества, полученнаго по наследству—„отцовскаго и дѣдовскаго“, которое должно было перейти и къ дѣтямъ расточителя; но съ теченіемъ времени запрещеніе было распространено на всякое имущество вообще. Подвергнутый *interdictio* расточитель ограничивался въ своей дѣеспособности и ставился подъ надзоръ *curator'a*. Самъ онъ могъ заключать только сдѣлки чистаго приобрѣтенія, для всѣхъ же остальныхъ онъ нуждается въ *consensus curatoris*.

Кромѣ разсмотрѣнныхъ основныхъ случаевъ попечительства, въ болѣе развитомъ римскомъ правѣ мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ другихъ, когда по тѣмъ или другимъ причинамъ преторской властью временно назначается *curator*: напр. *curator* вполнѣ несостоятельнаго должника; *curator* наследства, пока оно не будетъ принято наследниками; *curator ventris* для охраненія интересовъ имѣющаго родиться ребенка и т. д.

ГЛАВА X.

Исторія наследованія.

§ 78.

Общій ходъ развитія римскаго наследственнаго права.

Со смертью лица возникаетъ вопросъ о судьбѣ его имущества и вообще его юридическихъ отношеній—требованій, долговъ и т. д. Согласно нашимъ нынѣшнимъ представленіямъ, въ случаѣ смерти имущества покойнаго не распадается на свои составныя части, а, сохраняя свое прежнее единство, переходитъ къ известнымъ лицамъ—наследникамъ, которые и вступаютъ во всѣ правоотношенія покойнаго, дѣлаются собственниками его вещей, кредиторами и должниками по его обязательствамъ. Такой переходъ имущества въ цѣломъ, такое преемство во всей совокупности правоотношеній, мы и называемъ *наследованіемъ*.

Изложенное представленіе о наследованіи, проникающее все наше современное право, въ значительной степени обязано своей выработкой римскому праву, которое впервые сформулировало и послѣдовательно провело мысль объ *универсальномъ характерѣ* наследственнаго преемства. *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit*, говорятъ совершенно опредѣленно источники (*fr. 62. D. 50. 17*). Однако, идея наследованія, какъ универсальнаго преемства, отнюдь не является врожденной человѣчеству; она выработывалась въ долгомъ процессѣ историческаго развитія и въ самомъ римскомъ правѣ она установилась, хотя и рано, но все же, повидимому, не сразу.

Со смертью человѣка выпадаетъ субъектъ правъ; вслѣдствіе этого, съ точки зрѣнія примитивнаго правосознанія, вещи, принадлежавшія покойному, дѣлаются безхозяйными, требованія теряютъ своего кредитора, долги своего должника. Ни о какомъ наследованіи, преемствѣ не можетъ быть рѣчи: имущество покойнаго разсыпалось на свои составныя части, изъ которыхъ одни (требованія и долги) погибли, другія—матеріальныя вещи,—какъ нѣчто никому не принадлежащее, могутъ быть захвачены всякимъ желающимъ.

Даже въ римскомъ правѣ мы встрѣчаемъ отголоски этого примитивнаго представленія. Мы знаемъ уже, что даже въ позднѣйшемъ Римѣ обязательства изъ деликтовъ принципиально не переходили на наслѣдниковъ; но мы знаемъ также, что древнѣйшими обязательствами вообще были именно обязательства изъ деликтовъ. Мы знаемъ далѣе, что въ случаяхъ *capitis deminutio* требованія и долги *capite deminutus* по старому гражданскому праву прекращались, а *capitis deminutio* въ древнѣйшей своей стадіи есть не что иное, какъ гражданская смерть. Наконецъ, что касается вещей, то любопытнымъ въ этомъ отношеніи представляется общее ученіе классическихъ юристовъ о томъ, что *res hereditariae*, пока наслѣдство не принято наслѣдникомъ, суть вещи ничьи—*„nullius in bonis sunt“* (fr. 1 pr. D. 1. 8)—и что, по этому, захватъ ихъ не составляетъ *furtum*—*„rei hereditariae furtum non fit“* (fr. 6. D. 47. 19, fr. 69. D. 47. 2). Это положеніе не значитъ, однако, что захватившій наслѣдственную вещь въ эту классическую эпоху дѣлается ея собственникомъ (наслѣдникъ можетъ ее виндицировать), но важно то, что самое понятіе *furtum* здѣсь не примѣняется и захватившій не отвѣчаетъ, какъ *furtum*. Это правило можетъ быть понято только какъ переживаніе отдаленной эпохи.

Но отсутствіе наслѣдованія и расхищеніе вещей умершихъ мыслимо только въ самомъ примитивномъ социальномъ состояніи, когда общество представляетъ группу изолированныхъ индивидовъ и не имѣетъ внутри себя никакихъ болѣе тѣсныхъ ячейекъ. Положеніе мѣняется, когда возникаетъ патриархальная семья и на ея основѣ патриархальный родъ. Индивидъ окруженъ теперь концентрическими кругами лицъ, съ которыми онъ связанъ единствомъ происхожденія и родства и которая ближе къ нему, чѣмъ всѣ другіе члены общества. Семья представляетъ тѣсный союзъ лицъ, связанный общностью жизни, имущества и религіознаго культа. Самая принадлежность имущества въ значительной степени имѣетъ характеръ *семейной собственности*: мы знаемъ, что въ древнѣйшее время земля считается принадлежащей не столько отдѣльному *paterfamilias*, сколько семьѣ, какъ таковой. При такихъ условіяхъ естественно, что въ случаѣ смерти домовладыки о безхозяйности семейнаго участка и всего того, что съ нимъ связано, не можетъ быть уже рѣчи: онъ еще при жизни домовладыки принадлежалъ всѣмъ представителямъ семьи. Религія и въ частности культъ предковъ привносятъ новый мотивъ; загробное спокойствіе умершаго нуждается въ постоянной заботѣ живущихъ, въ аккуратномъ выполненіи *саеса*; кому же ближе всего благо души покойнаго, какъ не его потомкамъ, и кто имѣетъ наибольшее право на его имущество, какъ не тѣ, которые будутъ нести эту заботу?

Подъ вліяніемъ всѣхъ этихъ мотивовъ безхозяйность оставшагося имущества замѣняется переходомъ его къ ближайшимъ родственникамъ. Но, какъ показываетъ исторія, съ этимъ отнюдь еще не связанъ *переходъ обязательствъ и въ особенности дол-*

говъ *). Мы упоминали уже о случаяхъ (*capitis deminutio*—напр. *arrogatio*, *conventio in manum*), когда въ римскомъ правѣ переходъ вещей (къ *arrogatorу* и т. п.) не сопровождался *ipso jure* отвѣтственностью по долгамъ. Конечно, развитіе экономической жизни не можетъ мириться съ такимъ порядкомъ: весь гражданскій оборотъ находился бы при немъ въ зависимости отъ случайности (смерти контрагента). Необходимо, чтобы отвѣтственность по долгамъ слѣдовала за имуществомъ и переходила на наслѣдниковъ.

Римское право рано сдѣлало и этотъ послѣдній шагъ, причемъ придало наслѣдственному преемству характеръ не имущественной только отвѣтственности наслѣдствомъ, а *личной отвѣтственности самого наслѣдника*—даже его собственнымъ имуществомъ. Причиной этому явилось, повидимому, старинное, выработавшееся на почвѣ религіозныхъ вѣрованій, представленіе римлянъ о *преемствѣ личности*. „Трансцендентное представленіе о безсмертіи индивида въ его потомствѣ было отправнымъ пунктомъ римскаго наслѣдственного права“ (Миттейсъ **). Идея преемства личности не покидаетъ затѣмъ римское право до самаго конца, повторяясь въ изреченіяхъ различныхъ временъ (*Hereditas... personam defuncti sustinet*—fr. 34. D. 41. 1; „*nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit*“—praef. Nov. 48) и придавая римскому наслѣдственному переходу нѣкоторыя особая, яркія черты—напр. невозможность отреченія отъ наслѣдства для *sui heredes* и т. д.

Какъ бы то ни было, но понятіе наслѣдованія, какъ *универсальнаго преемства*, опредѣляетъ римское наслѣдственное право уже со временъ стараго *jus civile*. Рядомъ съ этимъ универсальнымъ преемствомъ, *hereditas*, то же *jus civile* знаетъ и *сингулярное преемство* на случай смерти въ видѣ *отказовъ (legata)*: наслѣдодатель можетъ въ своемъ завѣщаніи возложить на наслѣдника обязанность выдать что-либо тѣмъ или другимъ лицамъ. Такіе отказы даютъ этимъ лицамъ только извѣстныя единичныя права, не возлагая на нихъ ни правъ ни обязанностей наслѣдника.

Зародившисъ на почвѣ семейнаго и родового строя, наслѣдованіе на первыхъ порахъ имѣетъ характеръ нѣкотораго *естественнаго и частной волей неотъемнимаго порядка*. Наслѣдниками являются естественно и необходимо тѣ лица, которые ближе къ покойному въ порядкѣ патриархальнаго родства: если покойный оставилъ дѣтей, они вступаютъ въ его имущество; если дѣтей нѣтъ, наслѣдство переходитъ къ тѣмъ лицамъ, съ которыми покойный прежде составлялъ одну семью и т. д. вплоть до исчерпанія рода. Порядокъ призванія къ наслѣдованію опредѣляется т. обр. самымъ порядкомъ родства; это послѣднее со-

*) Ср. *Kniep*. Gai Institutiones. II. 1912. S. 187. и сл.

**) *Mitteis*. Römische Privatrecht. I. S. 93.—*Kniep*. (I cit.) считаетъ преемство въ долгахъ результатомъ жреческаго обычнаго права.

ставляетъ естественный законъ наслѣдованія и въ этомъ смыслѣ можно говорить, что въ древнѣйшее время существуетъ только *наслѣдованіе по закону—hereditas legitima*. Этотъ законный порядокъ вначалѣ стоитъ выше всякой частной воли и имѣетъ характеръ неотмѣнимости. Къ этой эпохѣ въ исторіи всякаго народа можетъ быть примѣнено изреченіе, которымъ характеризуется древнее германское право: „*solus deus heredem facere potest non homo*“.

Мало-по-малу, однако, значеніе индивида растетъ, семейный характеръ собственности ослабляется, права домовладыки по распоряженію имуществомъ усиливаются. Вслѣдъ за правомъ распорядиться имуществомъ при жизни возникаетъ его право распорядиться имъ на случай смерти; другими словами, развивается *свобода завѣщанія*. Но развивается она у разныхъ народовъ разное: у однихъ процессъ развитія проходитъ быстрее, у другихъ медленнѣе. Свобода завѣщанія при этомъ часто признается ранѣе по отношенію къ однимъ имуществамъ (благопріобрѣтеннымъ) и лишь позже по отношенію къ другимъ (наслѣдственнымъ, родовымъ); завѣщаніе на первыхъ порахъ имѣетъ то характеръ отдѣльныхъ выдать изъ наслѣдства, то характеръ раздѣла наслѣдства между законными наслѣдниками, то характеръ усыновленія наслѣдника. Яркую и разностороннюю картину медленнаго и постепеннаго развитія завѣщательной свободы представляетъ, напр., исторія германскаго права. Что же касается римскаго права, то въ немъ завѣщаніе является уже институтомъ стараго *jus civile*. Законы XII т. знаютъ *testamentum*, какъ актъ, отстраняющій порядокъ законнаго наслѣдованія („*si intestato moritur*“...), и санкціонируютъ предсмертныя распоряженія *paterfamilias*: „*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*“. Хотя, какъ увидимъ ниже, вопросъ о полной свободѣ завѣщаній въ эпоху XII т. можетъ быть спорнымъ, тѣмъ не менѣе не подлежитъ сомнѣнію, что уже по законамъ XII т. завѣщаніе, по крайней мѣрѣ при извѣстныхъ условіяхъ, отстраняетъ законное наслѣдованіе, замѣняя преемника по закону преемникомъ по назначенію завѣщателя. Рядомъ съ *hereditas legitima* стоитъ уже т. обр. другой видъ наслѣдованія—*hereditas testamentaria*.

Но характерною чертой римскаго права при этомъ является правило: „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*“ (fr. 7. D. 50. 17; исключеніе только для солдатъ—fr. 6. D. 29. 1): наслѣдованіе по завѣщанію *непрѣмьно* исключаетъ наслѣдованіе по закону; оба порядка вмѣстѣ дѣйствовать не могутъ („*earum rerum naturaliter inter se pugna est*“—fr. 7. cit). Если бы, напр., завѣщатель назначилъ наслѣдника только на $\frac{1}{2}$ своего наслѣдства, другая половина пойдеть также къ нему, а не къ наслѣднику по закону. Правило это, вѣроятно, возникло на почвѣ *interpretatio* положеній законовъ XII т. („*si intestato moritur*“...), но затѣмъ настолько прочно вошло въ общее правосознаніе, что стало казаться естественнымъ.

Хотя т. обр. свобода завѣщаній установилась въ Римѣ уже очень рано, но старый принципъ семейной собственности вовсе

не исчезъ безъ слѣда. То же самое старое *jus civile*, которое предоставляетъ домовладыкѣ право передать свое имущество, кому угодно, налагаетъ на него въ то же время извѣстныя ограниченія въ пользу его подвластныхъ, членовъ его семьи. Съ теченіемъ времени эти ограниченія растутъ, причемъ невыполненіе требуемыхъ закономъ условій можетъ повести къ недѣйствительности завѣщанія, къ наслѣдованію вопреки ему, къ *hereditas contra tabulas testamenti*. Въ основѣ всѣхъ этихъ ограниченій лежитъ мысль о правѣ извѣстныхъ, близкихъ къ наслѣдодателю, лицъ на нѣкоторое обязательное, *необходимое* участіе ихъ въ наслѣдствѣ. Вслѣдствіе этого система римскаго наслѣдственнаго права дополняется третьимъ видомъ наслѣдованія—*наслѣдованіемъ необходимымъ*.

Дальнѣйшее развитіе римскаго наслѣдованія находится подъ сильнымъ вліяніемъ *преторскаго права*. Подобно тому, какъ почти во всѣхъ областяхъ гражданскаго права рядомъ съ гражданскими институтами преторъ создалъ свои особыя, преторскіе, институты, такъ же точно и въ области наслѣдованія система гражданской *hereditas* восполняется и исправляется системой преторскаго института *bonorum possessio*.

Сущность *bonorum possessio* состоитъ въ томъ, что преторъ даетъ извѣстнымъ лицамъ *вводъ во владѣніе наслѣдствомъ*, предоставляя имъ для полученія наслѣдственнаго имущества особый индиктъ—*interdictum quorum bonorum* (int. adipiscendae possessionis). При этомъ иногда этотъ вводъ во владѣніе имѣетъ только временный, предварительный характеръ: явится другое лицо—напр. гражданскій наслѣдникъ,—и владѣлецъ долженъ будетъ выдать наслѣдство ему; *bonorum possessio* окажется т. обр. *sine re* (Ulp. reg. 28. 13). Въ другихъ случаяхъ *bonorum possessio* является окончательнымъ и неотъемлемымъ владѣніемъ того, кто его испросилъ, причемъ иногда такимъ окончательнымъ владѣльцемъ будетъ тотъ, кто имѣетъ гражданское право на наслѣдованіе (*bonorum possessio* служитъ тогда *juris civilis adjuvandi gratia*), а иногда и совершенно другое лицо, которому преторъ даетъ владѣніе, восполняя или исправляя гражданскую систему (*juris civilis supplendi* или *corrigendi gratia*).

Если *bonorum possessio* дается иному лицу, чѣмъ гражданскій наслѣдникъ, если *bonorum possessio* наступаетъ *juris civilis corrigendi gratia*, тогда на почвѣ этой коллизіи возникаютъ уже извѣстныя намъ отношенія, когда одно лицо будетъ имѣть *nudum jus Quiritium*, а другое будетъ охраняться *tutitione praetoris*. Лишить гражданскаго наслѣдника его качества *heres* преторъ не можетъ, но онъ можетъ сдѣлать его положеніе, какъ наслѣдника, *sine effectu*: отказывая ему въ искахъ, онъ можетъ превратить его право въ *nudum jus*. Съ другой стороны, сдѣлать *bonorum possessor*а гражданскимъ наслѣдникомъ, дать ему *jus Quiritium*, преторъ также не можетъ, но онъ можетъ, предоставляя ему иски, какъ *actiones utiles*, создать для него положеніе, аналогичное наслѣдованію—поставить его *heredis loco, heredis vicem* (§ 2 In.

3. 9). *Bonorum possessor* будетъ имѣть, если не квинтскую, то бонитарную собственность на наследственные вещи, будетъ кредиторомъ и должникомъ по наследственнымъ обязательствамъ и т. д. Именно благодаря такой возможности преторъ и могъ оказать свое реформирующее вліяніе на всю область наследованія.

Вопросъ о происхожденіи bonorum possessio, однако, и донынѣ является вопросомъ спорнымъ. Какимъ образомъ преторъ пришелъ къ мысли о вмѣшательствѣ въ систему гражданского наследованія, какія соображенія руководили имъ? По мнѣнію однихъ (Savigny) *bonorum possessio* появилась впервые тогда, когда обнаружались особенно яркія противорѣчія гражданской системы измѣнившимся условіямъ (напр. устраненіе отъ наследованія эманципированныхъ сыновей); для исправленія этихъ противорѣчій—слѣдовательно, сразу *juris civilis corrigendi gratia*—преторъ и сталъ давать свой ввѣдъ во владѣніе. По мнѣнію другихъ (Vangerow, Dernburg, Girard и др.), *bonorum possessio* возникла сначала въ качествѣ провизорнаго ввѣда во владѣніе на время спора о наследствѣ между двумя претендентами,—подобно тому какъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, посессорные интердикты вообще возникли изъ провизорнаго владѣнія вещью по случаю *rei vindicatio*. По мнѣнію третьихъ (Huschke), *bonorum possessio* явилась вначалѣ для урегулированія давностнаго завладѣнія наследствомъ: если гражданскій наследникъ не вступалъ въ наследство, оно могло быть захвачено всякимъ, причемъ по истеченіи года захватившій пріобрѣталъ всѣ права гражданского наследника (*usucapio pro herede*); для того, чтобы устранить захватъ наследства лицами, не имѣющими къ тому никакихъ основаній, преторъ и сталъ давать ввѣдъ во владѣніе по своему усмотрѣнію. Наконецъ четвертые (Leist, Sohm и др.), опираясь на аналогичныя явленія аттическаго права, полагаютъ, что *bonorum possessio* возникла впервые въ примѣненіи къ наследникамъ, не принадлежавшимъ къ семьѣ покойнаго (*heredes extranei*) и потому не бывшихъ очевидными, безспорными наследниками: ввиду неочевидности ихъ наследственныхъ правъ („*si de hereditate ambigitur*“) они и должны были испросить себѣ предварительно у претора ввѣдъ во владѣніе.

Въ конечномъ счетѣ, ввѣдъ во владѣніе наследственной массой и осуществляющій его интердиктъ *quorum bonorum* имѣли тотъ же общій источникъ, изъ котораго вышли преторскія средства вообще, т. е. идею охраны гражданскаго мира и порядка. Если наследникъ принадлежалъ къ семьѣ покойнаго (былъ *successor*) и находился въ моментъ смерти въ его домѣ, то онъ уже *ipso* оказывался во владѣніи наследствомъ и ни въ какомъ особомъ ввѣдѣ со стороны претора не нуждался. Всякія посягательства на захватъ наследства могли быть отражены имъ при помощи обыкновенныхъ владѣльческихъ интердиктовъ. Инымъ было положеніе наследника, *suus* или *extraneus*,—все равно, если онъ не находился въ домѣ, вообще въ хозяйствѣ, покойнаго въ

моментъ его смерти: ему еще надо было овладѣть наследствомъ. Попытка къ такому овладѣнію могла встрѣтить сопротивленіе со стороны тѣхъ, кто, не имѣя никакого права, наследствомъ уже владѣлъ; примѣненіе собственной силы было для наследника средствомъ нечестнымъ, а съ точки зрѣнія общественнаго мира нежелательнымъ. Ввиду этого преторъ и общалъ свое содѣйствіе тѣмъ лицамъ, которыя явятся къ нему и въ общемъ, суммарномъ порядкѣ (*causae cognitio*) докажутъ ему (или, по крайней мѣрѣ, сдѣлаютъ для него вѣроятнымъ) свое наследственное право. Но преторъ на первыхъ порахъ преслѣдовалъ только единственную цѣль—дать ввѣдъ во владѣніе *inprobatum* гражданскому наследнику, т. е. *juris civilis adjuvandi gratia*.

Скоро, однако, различныя несовершенства гражданской системы заставили его выйти за предѣлы этой скромной роли. Одну изъ историческихъ особенностей этой системы составляло отсутствіе т. н. *successio graduum et ordinum*: если ближайшій наследникъ не принималъ наследства, то оно не переходило къ дальнѣйшему по порядку родства, а дѣлалось выморочнымъ и потому въ древнѣйшее время безхозяйнымъ. Такое положеніе естественно должно было скоро показаться ненормальнымъ, и преторъ сталъ давать *bonorum possessio* слѣдующему въ порядкѣ родственнику, дѣйствуя здѣсь уже *juris civilis supplendi gratia*.

Наконецъ, преторъ сдѣлалъ и послѣдній въ принципиальномъ отношеніи шагъ: онъ сталъ давать въ нѣкоторыхъ случаяхъ *bonorum possessio* вопреки гражданскому наследственному праву—*juris civilis corrigendi gratia*. Т. напр., въ старое время, когда патриархальная семья представляла еще подлинное реальное явленіе, было естественно, что дѣти, ушедшія изъ этой семьи, напр. *fili emancipati*, отъ наследованія устранились. Но съ теченіемъ времени это устраненіе ихъ и возможность, что вслѣдствіе этого наследство перейдетъ къ другимъ, часто очень далекимъ, родственникамъ, стало казаться несправедливостью, и преторъ даетъ эманципированнымъ сыновьямъ *bonorum possessio*, исправляя этимъ гражданскую систему соответственно измѣнившейся правосознанію среды.

На первыхъ порахъ преторъ давалъ *bonorum possessio* по предварительномъ личномъ разслѣдованіи обстоятельствъ дѣла (*causae cognitio*) посредствомъ своего личнаго конкретнаго рѣшенія (*decretum*), вслѣдствіе чего и самая *bonorum possessio*, такимъ образомъ полученная, есть *bonorum possessio decretalis*. Мало-помалу, однако, въ преторской практикѣ выработались извѣстныя опредѣленные правила относительно того, когда *bonorum possessio* слѣдуетъ давать, и преторы стали вносить эти правила въ свой эдиктъ. Для полученія *bonorum possessio* теперь было достаточно доказать только наличность тѣхъ обстоятельствъ, которыя указаны въ эдиктѣ, и *bonorum possessio* будетъ дано „согласно эдикту“—*bonorum possessio edictalis*. Благодаря этимъ все время развивающимся правиламъ преторскаго эдикта, преторская система *bonorum possessio* самымъ существеннымъ обра-

зомъ вліяла на римское наслѣдственное право, причемъ совмѣстное дѣйствіе hereditas и bonorum possessio продолжается не только въ теченіе всего классическаго періода, но и въ позднѣйшее время—вплоть до Юстиніана.

Но не одинъ преторъ приложилъ свой трудъ къ усовершенствованію наслѣдственнаго порядка. Весьма важный принципъ новѣйшаго необходимаго наслѣдованія былъ установленъ въ концѣ республики или началѣ имперіи въ практикѣ *центумвиральнаго суда*, которому подлежали споры о наслѣдованіи.

Равнымъ образомъ, не оставалось въ сторонѣ и законодательство. Уже періоду республики принадлежатъ нѣкоторые отдѣльные законы, разрѣшавшіе тѣ или другіе вопросы наслѣдованія (напр. законы объ ограниченіи свободы отказовъ). Въ періодъ принципата на мѣсто *leges* выступаютъ *senatusconsulta*, цѣлый рядъ которыхъ относится къ наслѣдственному праву. Съ усиленіемъ императорской власти и въ нашей области на первый планъ выступаютъ *императорскіе указы*.

Подъ вліяніемъ всѣхъ этихъ факторовъ римское наслѣдственное право мало-по-малу далеко отошло отъ тѣхъ основаній, на которыхъ строилась старая цѣльная система гражданского права. Въ безконечномъ количествѣ пунктовъ она была измѣнена какъ преторскимъ эдиктомъ, такъ и многочисленными отдѣльными законами, вслѣдствіе чего ко времени Юстиніана римское наслѣдственное право, особенно наслѣдованіе по закону, представляло собою систему чрезвычайно сложную и запутанную. Во время работъ по составленію *Corpus Iuris Civilis* Юстиніанъ еще не нашелъ возможнымъ произвести общее перестроеніе наслѣдованія на новыхъ началахъ, вслѣдствіе чего въ *Corpus* мы находимъ еще нагроможденіе различныхъ историческихъ слоевъ. Но онъ сдѣлалъ это своими позднѣйшими указами, *новеллами*, изъ которыхъ основное значеніе имѣютъ *новеллы 118* (543 г.) и *127* (548 г.), реформирующія наслѣдованіе по закону, и *новелла 115* (542 г.), регулирующая необходимое наслѣдованіе.

§ 79.

Исторія римскаго тестаента.

Какъ мы видѣли выше, наслѣдованіе по завѣщанію появляется въ исторіи позже наслѣдованія по закону. Но съ тѣхъ поръ какъ оно появилось, оно очень скоро заняло въ Римѣ первенствующее значеніе: уже законы XII т. начинаютъ свои положенія о наслѣдованіи по закону условіемъ: „*si intestato moritur*“, предполагая, очевидно, завѣщаніе, какъ нѣчто нормальное. Въ болѣе позднемъ правѣ это первенствующее значеніе завѣщанія еще болѣе возросло, и если извѣстная характеристика Фердинанда Лассалы*)—„для Римлянина завѣщаніе было тѣмъ же, чѣмъ для

*) F. Lassale. System der erworbenen Rechte. Bd. II. S. 21.

египтянина его надгробный памятникъ“,—представляется нѣкоторымъ преувеличеніемъ, то во всякомъ случаѣ не подлежитъ сомнѣнію, что съ точки зрѣнія общаго духа римскаго права наслѣдованіе по завѣщанію стоитъ на первомъ мѣстѣ.

Однако, *характеръ древнѣйшаго римскаго завѣщанія* является въ высокой степени спорнымъ.

По свидѣтельству Гая (II. 101), древнѣйшее римское право знало два вида завѣщаній: *testamentum calatis comitiis* и *testamentum in procinctu*.

Testamentum calatis comitiis—это завѣщаніе, совершаемое въ народныхъ собраніяхъ по куріямъ, созданныхъ и происходящихъ подъ предсѣдательствомъ pontifex maximus. По свидѣтельству Гая, comitia созывались съ этою цѣлью два раза въ году—вѣроятно, 24 марта и 24 мая. Въ присутствіи всего народа завѣщатель устно изъявлялъ свою волю, т. е. прежде всего назначалъ себѣ наслѣдника, къ чему затѣмъ могъ присоединить и разныя другія распоряженія, и обращался къ народу съ просьбой, которая, вѣроятно, гласила приблизительно такъ: *ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*“. Въ нѣсколько болѣе позднее время это обращеніе къ народу и самое участіе народа было только простою формальностью, но несомнѣнно, что въ древности это было не такъ. Но каково реальное историческое значеніе всего этого акта передъ народнымъ собраніемъ, это и есть вопросъ, вызывающій разногласія.

Значительная группа ученыхъ*), обращая вниманіе на то, что какъ testamentum, такъ и усыновленіе (arrogatio) совершались одинаково въ comitia calata, и опираясь на аналогичныя явленія въ греческомъ правѣ, думаетъ, что древнѣйшее римское завѣщаніе есть не что иное, какъ *arrogatio будущаго наслѣдника*, введеніе его въ семью наслѣдодателя и превращеніе его такимъ путемъ въ наслѣдника законнаго. Такая arrogatio допускалась, вѣроятно, первоначально только въ случаѣ бездѣтности завѣщателя и представляла искусственное восполненіе недостающихъ sui heredes. Съ точки зрѣнія этой теоріи наслѣдованіе по завѣщанію органически примыкало къ наслѣдованію по закону, являлось только его продолженіемъ.

Но эта теорія наталкивается на цѣлый рядъ возраженій съ точки зрѣнія несходствъ arrogatio и testamentum въ вызываемыхъ ими послѣдствіяхъ. Главнѣйшее несходство заключается въ томъ, что arrogatio вызываетъ capitis deminutio усыновляемаго и разрываетъ агнатическихъ связей съ прежней семьей, межъ тѣмъ какъ для лица, назначеннаго наслѣдникомъ, подобныя послѣдствія не наступаютъ. Представители теоріи arrogatio, впрочемъ, пытаются парализовать это возраженіе тѣмъ, что testamentum представляетъ уже arrogatio *въ ослабленной формѣ*.

Нельзя отрицать того, что въ формѣ arrogatio потребность имѣть избраннаго наслѣдника могла удовлетворяться и удовлет-

*) Sohm. Institutionen. S. 721, и цитированные у него.

ворялась часто; быть можетъ, даже это былъ исторически древнѣйшій *surrogatus testamentum*; весьма вѣроятно, далѣе, значительное вліяніе *arrogatio* на нѣкоторыя стороны въ положеніи наслѣдника, назначеннаго завѣщаніемъ. Но во всякомъ случаѣ *arrogatio* не есть *testamentum*, и, пока римское право знало только такой способъ назначенія преемника, оно не знало завѣщанія въ собственномъ смыслѣ.

Testamentum calatis comitiis является, однако, подлиннымъ завѣщаніемъ, отличнымъ отъ *arrogatio*, уже въ эпоху законовъ XII т.: если бы завѣщаніе было усыновленіемъ, законы XII т. не могли бы отличать наслѣдника по завѣщанію отъ sui heredes, какъ они это дѣлаютъ въ своемъ извѣстномъ положеніи о наслѣдованіи по закону „*si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*“. Очевидно, т. обр., уже къ этому времени *testamentum* представляетъ совершенно особый актъ, имѣющій своею цѣлью поставить назначеннаго наслѣдника послѣ смерти завѣщателя въ положеніе его универсальнаго преемника. Но для этого, такъ какъ такое назначеніе врывается въ общій строй семейныхъ, родовыхъ и даже общегосударственныхъ отношеній, такъ какъ оно затрагиваетъ сакральные интересы, необходима санкція всего народа въ *comitia calata*. *Testamentum calatis comitiis* есть т. обр. по своему древнѣйшему существу не что иное, какъ особый *сепаратный законъ*, подобный *arrogatio*, *cooptatio in patriciis* и т. д. Возникнувъ исторически позже *arrogatio*, *testamentum calatis comitiis* явилось прямымъ средствомъ для удовлетворенія той потребности, которой *arrogatio* ранѣе служила только косвенно.

На первыхъ порахъ участіе народа въ завѣщаніяхъ было реальностью и въ томъ смыслѣ, что народъ могъ и отклонить *arrogatio* завѣщателя; лишь съ теченіемъ времени *testamentum calatis comitiis* превратилось въ простую, только публичный, *актъ частной воли*. Съ этимъ превращеніемъ также связанъ спорный вопросъ о томъ, достигъ-ли этого пункта римскій *testamentum* уже въ эпоху XII т. или нѣтъ. Законы XII т. говорятъ: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*“. Между тѣмъ какъ сами римскіе юристы относили полную свободу завѣщательныхъ распоряженій уже къ этому положенію законовъ XII т. (fr. 120. D. 50. 16: „*Verbis legis XII tabularum his „uti legassit suae rei ita jus esto“ latissima potestas tributa videtur*“), цѣлый рядъ современныхъ ученыхъ*) думаетъ, что это положеніе имѣло болѣе узкое содержаніе. Оно обозначало только, что лишь распоряженія завѣщателя относительно опеки надъ своими дѣтьми и относительно отдѣльныхъ выдачъ изъ „*rescipia*“ должны быть непременно утверждены народнымъ собраніемъ: самое же назначеніе наслѣдника и распоряженія относительно „*familia*“ подлежатъ еще обсужденію и рѣшенію народа, причемъ народъ можетъ

*) *Jhering*. Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. S. 88. *Mitteis*. Römisches Privatrecht I. S. 82; *Schm*. Institutionen. S. 722 и др. Противъ *Girard*. Manuel. p. 804, note 3.

ихъ и отвергнуть.—Какъ бы то ни было, но если не въ законахъ XII т., то несомнѣнно довольно скоро послѣ нихъ участіе народа превратилось въ простую формальную санкцію.

Вторую форму древнѣйшаго завѣщанія представляетъ *testamentum in procinctu*, т. е. завѣщаніе передъ тѣмъ же народомъ, но только на походѣ, передъ сраженіемъ. *Procinctus*, военный строй, представляетъ естественную замѣну мирныхъ *comitia calata*, когда они невозможны.

Какъ видимъ, обѣ формы староримскаго завѣщанія представляютъ *завѣщаніе публичное и гласное*: воля завѣщателя должна быть извѣстна во всеуслышаніе передъ народомъ и потому будетъ извѣстна каждому. Это обстоятельство представляетъ, конечно, извѣстное неудобство для завѣщателей, которые часто желали бы не предавать заранѣе гласности свои посмертныя распоряженія. Кромѣ того, каждая форма имѣла свои спеціальныя неудобства: *testamentum calatis comitiis*—то, что оно могло быть совершено только въ извѣстные сроки (и именно всего два раза въ году), а *testamentum in procinctu* было недоступно для стариковъ, уже не участвующихъ въ войскѣ. Между тѣмъ именно для стариковъ и для лицъ, впавшихъ въ болѣзнь, потребность въ завѣщаніи была особенно сильна.

Въ виду этого скоро послѣ законовъ XII т., въ эпоху *interpretatio*, для удовлетворенія этой потребности было создано *testamentum per aes et libram* или *testamentum per mancipationem* (Gai. II. 102 и сл.). Здѣсь мы имѣемъ искусственное приспособленіе *mancipatio* для цѣлей завѣщательныхъ распоряженій. Завѣщатель передавалъ посредствомъ *mancipatio* все свое имущество какому-либо довѣренному лицу—*familiae emptor*’у, причемъ этотъ послѣдній бралъ на себя обязанность выполнить тѣ распоряженія, которыя будутъ сообщены тутъ же завѣщателемъ. Въ присутствіи, какъ обыкновенно, пяти свидѣтелей и *libripens*’а *familiae emptor*, держа въ рукахъ кусочекъ мѣди, произносилъ формулу *mancipatio*, приспособленную для даннаго случая: „*Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et ea quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto mihi empti*“. Произнеся формулу, онъ ударялъ мѣдью по вѣсамъ и передавалъ завѣщателю. Вслѣдъ за тѣмъ выступалъ завѣщатель и излагалъ свои распоряженія, заканчивая ихъ такимъ же обращеніемъ къ свидѣтелямъ, съ какимъ завѣщатели обыкновенно обращались къ народу: „*ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*“. Эти устные распоряженія составляли *mancipatio*, присоединенную къ *mancipatio* и дѣйствительную въ силу извѣстнаго правила XII т.: „*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto*“.

Устное изложеніе посмертныхъ распоряженій могло быть замѣнено *письмомъ*, т. е. начертаніемъ на навощеныхъ табличкахъ (*tabulae testamenti*). Завѣщатель послѣ совершенія *mancipatio* предъ-являлъ *familiae emptor*’у и свидѣтелямъ заранѣе приготовленныя

tabulae и говорилъ „*Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor*“ и т. д. Вслѣдъ затѣмъ tabulae завязывались шнуркомъ и припечатывались печатями какъ завѣщателя, такъ и всѣхъ присутствующихъ 7 лицъ (пять свидѣтелей, *libripens* и *familiae emptor*), причемъ возлѣ этихъ печатей каждый ставилъ свою надпись (*obsignatio* и *superscriptio*). Эта письменная форма *nuncupatio* давала то преимущество, что содержаніе завѣщанія могло быть теперь неизвѣстно даже свидѣтелямъ и участникамъ акта.

На первыхъ порахъ завѣщательная *nuncupatio* была только привѣскомъ *nuncupatio*, которая имѣла полное юридическое значеніе. Вслѣдствіе акта продажи все имущество завѣщателя тотчасъ же дѣлалось собственностью *familiae emptor'a*, но собственностью для извѣстной цѣли; въ этомъ отношеніи *testamentum per nuncupationem* имѣетъ тотъ же характеръ, что и *fiducia*. Послѣ смерти завѣщателя *familiae emptor* оказывался въ положеніи *heres—heredis loco*—и долженъ былъ выполнить всѣ его распоряженія. При этомъ, въ отличіе отъ обыкновенной *fiducia*, выполнение этихъ распоряженій находилось не подъ защитой только *fides*, а подъ защитой *jus strictum*—въ силу правила: „*cum nexum faciet nuncupatumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*“. Вслѣдствіе этого всѣ тѣ лица, которымъ въ завѣщаніи было что либо отказано (*legatum*)—такъ же, какъ при *testamentum calatis comitiis*,—имѣли непосредственное требованіе противъ *familiae emptor'a*.

Съ теченіемъ времени положеніе дѣла мѣняется. Роль акта *nuncupatio* все болѣе и болѣе падаетъ до степени простой формальности: теперь уже она является формальнымъ привѣскомъ *nuncupatio*. вмѣстѣ съ тѣмъ мѣняется и положеніе *familiae emptor'a*; наслѣдникомъ обыкновенно назначается въ завѣщаніи другое лицо, онъ же превращается въ простого фигуранта или, какъ говоритъ Гай (II. 103), „*dicis gratia propter veteris juris imitationem adhibetur*“. Въ такомъ видѣ и существуетъ *nuncupatio* еще въ эпоху Гая, межъ тѣмъ какъ старыя формы—*testamentum calatis comitiis* и *in procinctu*—вышли изъ употребленія уже въ концѣ республики.

Хотя *nuncupatio* могло быть попрежнему изъяснено и устно, тѣмъ не менѣе во второй половинѣ республики оно обыкновенно выражается въ письменной формѣ *tabulae*. Эта письменная форма дѣлается настолько общераспространенной, что *пректоръ въ своемъ эдиктѣ* нашель возможнымъ объявить, что онъ дастъ *bonorum possessio secundum tabulas testamenti* тому, кто представитъ письменное завѣщаніе, запечатанное столькими печатями, сколько требуетъ законъ: „*Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*“. Но сначала полученная на основаніи *tabulae bonorum possessio* имѣла только условный характеръ: если эти *tabulae* не были укрѣплены актомъ *nuncupatio*, т. е. не были выполнены формальности *nuncupatio*, и если *nuncupatio*

нѣтъ, наслѣдникъ (обыкновенно наслѣдникъ по закону) предъявить искъ о наслѣдствѣ, то *bonorum possessio* окажется *sine re*: наслѣдство должно быть возвращено. Въ періодъ принципата, однако, *nuncupatio* формальности настолько уже утратили свой смыслъ, что рескриптомъ Антонина Пія было предписано давать *bonorum possessor'u* противъ *hereditatis petitio* *nuncupatio* наслѣдника *exceptio doli*; *bonorum possessio* стало, такимъ обр., *cum re*. вмѣстѣ съ этимъ приобрѣло въ качествѣ *пректорскаго тестаментна* полную юридическую силу простое письменное завѣщаніе, предъявленное 7 свидѣтелямъ (Gai. II. 119—120).

Этотъ письменный тестаментъ былъ подтвержденъ затѣмъ (и вмѣстѣ съ тѣмъ превращенъ въ *nuncupatio*) указомъ имп. Θεодосія II и Валентиніана III (439 г.), причемъ въ связи въ измѣненіемъ писчаго матеріала (вмѣсто *tabulae*—пергаментъ или папирусъ) центр тяжести былъ перенесенъ съ печатей на подпись: для дѣйствительности завѣщанія необходимо теперь, чтобы документъ былъ подписанъ самимъ завѣщателемъ и 7 свидѣтелями (с. 21. С. 6. 23). Это и есть нормальное частное завѣщаніе позднѣйшаго римскаго права.

Но и *nuncupatio* не исчезло. Пока не вышла изъ употребленія *nuncupatio*, завѣщаніе могло попрежнему совершаться въ формѣ устной *nuncupatio* послѣ мнимой продажи наслѣдства. Въ періодъ абсолютной монархіи, когда *nuncupatio* отпала, было въ цѣломъ рядъ указовъ (с. 21. 4. С. 6. 23. § 14 In. 2. 10) признано, что имѣетъ полную силу завѣщаніе, объявленное устно въ присутствіи тѣхъ же 7 свидѣтелей.

Т. обр. *nuncupatio* не исчезло. Пока не вышла изъ употребленія *nuncupatio*, завѣщаніе могло попрежнему совершаться въ формѣ устной *nuncupatio* послѣ мнимой продажи наслѣдства. Въ періодъ абсолютной монархіи, когда *nuncupatio* отпала, было въ цѣломъ рядъ указовъ (с. 21. 4. С. 6. 23. § 14 In. 2. 10) признано, что имѣетъ полную силу завѣщаніе, объявленное устно въ присутствіи тѣхъ же 7 свидѣтелей.

Т. обр. *nuncupatio* не исчезло. Пока не вышла изъ употребленія *nuncupatio*, завѣщаніе могло попрежнему совершаться въ формѣ устной *nuncupatio* послѣ мнимой продажи наслѣдства. Въ періодъ абсолютной монархіи, когда *nuncupatio* отпала, было въ цѣломъ рядъ указовъ (с. 21. 4. С. 6. 23. § 14 In. 2. 10) признано, что имѣетъ полную силу завѣщаніе, объявленное устно въ присутствіи тѣхъ же 7 свидѣтелей.

Т. обр. *nuncupatio* не исчезло. Пока не вышла изъ употребленія *nuncupatio*, завѣщаніе могло попрежнему совершаться въ формѣ устной *nuncupatio* послѣ мнимой продажи наслѣдства. Въ періодъ абсолютной монархіи, когда *nuncupatio* отпала, было въ цѣломъ рядъ указовъ (с. 21. 4. С. 6. 23. § 14 In. 2. 10) признано, что имѣетъ полную силу завѣщаніе, объявленное устно въ присутствіи тѣхъ же 7 свидѣтелей.

Но, кромѣ соблюденія формы, римское завѣщаніе должно было удовлетворять цѣлому ряду другихъ—*матеріальныхъ условий*. Нѣкоторыя изъ этихъ условий на протяженіи исторіи мѣнялись; другія оставались неизмѣнными отъ начала до конца.

Неизмѣннымъ оставалось прежде всего требованіе особой завѣщательной правоспособности—т. н. *testamentifactio*—какъ для завѣщателя (*testamentifactio activa*), такъ и для назначаемого наследника (*testamentifactio passiva*). Но условія этой *testamentifactio* мѣнялись. Упомянемъ лишь о нѣкоторыхъ изъ нихъ. Такъ напр., женщины, даже *sui juris* и даже *tutore auctore*, долгое время вовсе не могли совершать завѣщанія—вѣроятно, потому, что въ древнее время для нихъ была недоступна ни форма *calatis comitiis* ни форма *in procinctu*. Но и послѣ того, какъ появилась форма *per mancipationem*, женщины, находящаяся подъ опекой, долго еще не могли совершать завѣщанія даже *tutore auctore*, и лишь имп. Адрианъ далъ имъ эту возможность. Съ исчезновеніемъ опеки надъ ними онѣ приобрѣли полную *testamentifactio activa*. Съ другой стороны, одинъ изъ республиканскихъ законовъ—*lex Voconia* 169 г. до Р. X.—запретилъ гражданамъ перваго класса (т. е. съ цензомъ выше 100 т. сестерцій) назначать женщинъ наследницами, чѣмъ въ этихъ предѣлахъ (т. е. только по отношенію къ гражданамъ перваго класса) лишилъ ихъ *testamentifactio passiva*. Но этотъ законъ въ періодъ имперіи вышелъ изъ употребленія, и т. обр. женщина въ правѣ Юстиніана по отношенію къ завѣщаніямъ уравнилась съ мужчиной.—Далѣе, старое право требовало, чтобы личность назначаемого наследника была *persona certa* для завѣщателя: завѣщаніе въ пользу *persona incerta* было недействительно. Вслѣдствіе этого долгое время было невозможно назначеніе наследникомъ лица, еще имѣющаго родиться—т. н. *postumus*. Но затѣмъ такое назначеніе было допущено—сначала для собственныхъ имѣющихъ родиться дѣтей завѣщателя (*postumi sui*), а потомъ и для всѣхъ вообще (*postumi alieni*). На томъ же основаніи было невозможно назначеніе *юридическихъ лицъ*, и лишь позднѣйшее право допустило здѣсь рядъ исключеній.

Неизмѣнную историческую особенность римскаго тестаента составляетъ также требованіе, чтобы онъ заключалъ въ себѣ непременно *institutio heredis*, т. е. назначеніе наследника. Это послѣднее есть „*caput et fundamentum testamenti*“. (Gai. II. 229): безъ него все завѣщаніе будетъ недействительно*). Если, поэтому, завѣщатель желалъ, предоставивъ наследство законному наследнику, только установить извѣстныя отдѣльныя выдачи тѣмъ или другимъ лицамъ, онъ долженъ былъ для этого все же назначить

*) Иначе Кипер. Gai Institutiones. Вып II. 1912. S. 191 и сл., Вып. III 1913. S. 368. и сл. По его мнѣнію, *institutio heredis* вообще была чужда древнѣйшему манципационному завѣщанію, которое знало только отдѣльныя выдачи изъ наследства—*legata*. Необходимость *institutio* установилась лишь мало-по-малу въ связи съ стараніемъ древняго права связать съ наследованіемъ переходъ долговъ: въ отличіе отъ легатаровъ *institutio heredis* должна была дать плательщика этихъ долговъ—*Schuldenzahler*.

въ завѣщаніи законнаго наследника, иначе и отдѣльныя выдачи были бы недействительны.

Но мало того,—не только въ старомъ правѣ, но еще въ эпоху классическихъ юристовъ *institutio heredis* должна была быть выражена „*solemni more*“, т. е. извѣстными торжественными словами, ведущими свое начало, вѣроятно, еще отъ эпохи *testamentum comitiis calatis*: „*Titius heres mihi esto*“. Кромѣ этой формулы, по свидѣтельству Гая (II. 116—117), въ его эпоху признавалось еще только „*Titium heredem esse jubeo*“; всякія же другія выраженія—напр.: „*Titium heredem instituo*“ или „*heredem facio*“—считались недостаточными и вели съ собой ничтожность всего завѣщанія. Лишь указъ 339 г. отмѣнилъ „*solemniū sermonem necessitas*“ и предоставилъ завѣщателямъ назначать наследниковъ „*quibuscumque verbis*“ (с. 15. С. 6. 23).

Рядомъ съ простой *institutio* уже, повидимому, изстари допускалась и *substitutio*, т. е. назначеніе второго наследника на случай, если первый наследникомъ почему-либо не станетъ (напр. умереть раньше завѣщателя): напр. „*Titius heres mihi esto. Si Titius heres non erit, Seius heres esto*“. Кромѣ этой обыкновенной субституціи (*substitutio vulgaris*), родители могли назначить наследника своему малолѣтнему или безумному нисходящему даже на тотъ случай, если онъ *станетъ* наследникомъ (переживетъ завѣщателя), но умереть, не достигнувъ совершеннолѣтія или выздоровленія (*substitutio pupillaris* и *quasi-pupillaris*).

Хотя завѣщаніе даже въ позднѣйшемъ правѣ сохранило значительныя черты формализма, тѣмъ не менѣе должно быть отмѣчено, что, начиная съ эпохи классическихъ юристовъ, обнаруживается тенденція путемъ разныхъ благопріятныхъ толкованій, насколько возможно, способствовать сохраненію силы за завѣщаніями—т. н. *favor testamentorum*. Такъ напр., если кто-либо былъ назначенъ наследникомъ подъ невозможнымъ условіемъ, не все завѣщаніе объявлялось недействительнымъ, а лишь невозможное условіе считалось какъ бы не написаннымъ (*pro non scripto habetur*).

Какихъ-либо особыхъ предписаній относительно *храненія завѣщаній* не существовало. Равнымъ образомъ, не существовало ихъ первоначально и относительно *вскрытія завѣщаній*. Но законъ Августа 6 г. по Р. X., введшій 5%-ную пошлину съ наследства (*vicesima hereditatum*), въ цѣляхъ фискальнаго контроля предписалъ подъ угрозой штрафа въ теченіе извѣстнаго срока послѣ смерти завѣщателя (5 дней) предъявлять завѣщаніе магистратамъ, въ присутствіи которыхъ и происходила затѣмъ торжественная процедура вскрытія завѣщанія. *Tabulae testamenti* предъявлялись лицамъ, которыя были свидѣтелями, для опознанія своихъ печатей и надписей. По удостовѣреніи ими подлинности печатей, шнуръ разрѣзывался, завѣщаніе раскрывалось и прочитывалось. (Pauli sent. 4. 6). Любопытный протоколъ такого вскрытія дошелъ до насъ отъ 474 г. по Р. X. (Girard. Textes. p. 775).

Наслѣдованіе ab intestato.

Если умершій не оставил завѣщанія или оставленное завѣщаніе не возымѣло дѣйствія (напр. назначенный въ завѣщаніи наслѣдникъ умеръ раньше завѣщателя или не пожелалъ принять наслѣдство), то наступаетъ наслѣдованіе по закону. Порядокъ призванія къ законному наслѣдованію подвергался, однако, въ римской исторіи измѣненіямъ въ связи съ общимъ постепеннымъ перестроеніемъ семьи и родства: общей тенденціей этой эволюціи является замѣна стараго агнатическаго принципа принципомъ когнатическимъ.

Система наслѣдованія ab intestato стараго цивильнаго права опредѣлялась положеніемъ законовъ XII т.: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*. Согласно этому положенію, призваніе къ наслѣдованію слагается изъ слѣдующихъ трехъ классовъ:

а) Прежде всего къ наслѣдованію призываются *sui heredes*, т. е. лица, находившіяся въ семьѣ и подъ непосредственной властью умершаго и вслѣдствіе его смерти сдѣлавшіяся *personae sui juris*, т. е. *fili familias* и *filiae familias*, дѣти отъ раньше умершихъ сыновей или дочерей, жена при бракѣ *cum manu*, усыновленные. Наслѣдство дѣлится при этомъ *in stirpes* (поколѣнно): внуки отъ раньше умершаго сына получаютъ все вмѣстѣ, сколько бы ихъ ни было, ту часть, которую получилъ бы ихъ отецъ, если бы былъ живъ (т. н. *jus repraesentationis*). Наслѣдованіе *sui heredes*, съ точки зрѣнія стараго права, есть даже не наслѣдованіе, а просто вступленіе въ самостоятельное управленіе тѣмъ имуществомъ, которое еще при жизни *paterfamilias* принадлежало имъ на правахъ семейной общей собственности. Этимъ объясняется и то обстоятельство, что приведенное положеніе законовъ XII т. говорить о *sui heredes* только косвенно („*cui suus heres nec escit*“). Мысль объ участіи ихъ въ семейной собственности еще при жизни отца жива даже въ эпоху классическихъ юристовъ: Гай (II. 157) говорить, что *sui heredes* „*vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*“. Еще опредѣленнѣе выражается Павелъ: „*In suis heredibus evidentiis apparet continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur*“ (fr 11. D. 28. 2).

б) Если нѣтъ *sui heredes*, то призывается *agnatus proximus* или *agnati proximi*, если есть нѣсколько агнатовъ, стоящихъ къ умершему въ одинаково близкой степени родства. Т. обр., при отсутствіи собственной семьи у умершаго, призываются его братья

и сестры, а также мать, если она состояла съ отцомъ покойнаго въ бракѣ *cum manu*,—т. е. лица, находящаяся во 2-й степени агнатическаго бокового родства съ покойнымъ. Если нѣтъ родственниковъ 2-й степени, призывается третья степень и т. д.—съ тѣмъ, однако, ограниченіемъ, что женщины далѣе *soror consanguinea* (далѣе сестры) уже исключаются отъ наслѣдованія *Voconiana ratione*, т. е. по духу *lex Voconia*, о которой было упомянуто выше. Все наслѣдники одинаковой степени дѣлятъ между собой наслѣдство *in capita* (поголовно): *jus repraesentationis* здѣсь уже нѣтъ, такъ какъ дѣти наслѣдника будутъ уже принадлежать къ дальнѣйшей степени, которая устраняется ближайшею.

в) Если нѣтъ никакихъ агнатовъ, то наслѣдство переходитъ къ *gentiles*: первоначально, вѣроятно, имущество шло въ родъ (gens), какъ таковой, причемъ отъ рода зависѣло распорядиться имъ, какъ угодно; позже наслѣдство, повидимому, раздѣлялось между отдѣльными *gentiles*. Но уже къ концу республики, вмѣстѣ съ окончательнымъ паденіемъ патриціанской родовой организации, этотъ классъ наслѣдниковъ исчезъ (Gai III. 17: „*totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse*“).

При этомъ, какъ было уже упомянуто, наслѣдованіе по *jus civile* имѣетъ ту особенность, что призываются къ наслѣдованію только тѣ лица, которыя оказываются ближайшими къ умершему въ моментъ его смерти. Если эти лица не принимаютъ наслѣдства или умираютъ до его принятія, то наслѣдство не переходитъ къ слѣдующимъ по порядку, а считается выморочнымъ, а потому въ древнѣйшее время безхозяйнымъ. Это выражается правиломъ: „*in legitimis hereditibus successio non est*“.

Такова была простая и цѣльная система цивильнаго наслѣдованія, вполне согласная съ патриархальнымъ агнатическимъ укладомъ всей тогдашней жизни. Но во второй половинѣ республики этотъ патриархальный укладъ былъ уже расшатанъ: въ систему старыхъ началъ стали проникать новыя, и все вмѣстѣ стало представлять довольно сложное сочетаніе разнороднаго. Такимъ сочетаніемъ разнороднаго представляется и преторская система *bonorum possessio intestati* въ ея окончательномъ видѣ, т. е. въ томъ, въ какомъ она выразилась въ *edictum perpetuum* Адриана. Преторскій эдиктъ устанавливаетъ 4 класса лицъ, призываемыхъ къ полученію *bonorum possessio ad intestato*:

а) Классъ „*unde liberi*“. Сюда причисляются, во-первыхъ, все цивильные *sui*, а во-вторыхъ—*emancipati*, т. е. эманципированныя дѣти покойнаго, а также *in adoptionem dati*, отданныя имъ въ усыновленіе, если ко времени смерти наслѣдодателя они уже отпущены усыновителемъ изъ своей patria potestas. Так. обр. здѣсь въ наслѣдованіе вводятся уже рядомъ съ агнатами и *когнаты*, хотя и не все (in *adoptionem dati*, остающіяся въ семьѣ усыновителя, не призываются). Дѣленіе наслѣдства и здѣсь происходитъ *in stirpes*. Призваніе эманципированныхъ рядомъ съ дѣтьми, оставшимися подъ властью, создавало нѣкоторыя особыя затрудненія. Такъ, во-первыхъ, это призваніе могло въ зна-

чительной степени оказаться несправедливымъ по отношенію къ неэманципированнымъ братьямъ и сестрамъ призываемаго: въ то время какъ они все время работали на отца и добытое ихъ трудомъ находится въ общей наслѣдственной массѣ, эманципированный братъ обыкновенно уже при самой *emancipatio* получалъ извѣстный выдѣлъ, а во всякомъ случаѣ затѣмъ работала на себя. Простое уравненіе всѣхъ могло бы привести къ несправедливому ухудшенію положенія дѣтей, оставшихся подъ властью. Ввиду этого преторъ постановилъ, что онъ дастъ *bonorum possessio* эманципированному лишь подъ условіемъ, если онъ преимущественно внесетъ въ счетъ наслѣдственной массы все свое имущество (*collatio bonorum emancipati*).—Второе затрудненіе возникало въ томъ случаѣ, если при *emancipatio* сына его дѣти остались подъ властью *paterfamilias*—дѣда. Пока ихъ эманципированный отецъ не призывался къ наслѣдованію, они послѣ смерти дѣда получали часть, которую получилъ бы ихъ отецъ; но разъ онъ теперь призывается къ наслѣдованію несмотря на *emancipatio*, дѣти снова устраняются имъ отъ наслѣдованія. Между тѣмъ ихъ трудъ есть также въ общей наслѣдственной массѣ. Ввиду этого Юліанъ при пересмотрѣ преторскаго эдикта включилъ туда статью—*nova clausula juliani* или *edictum de conjungendis cum emancipato liberis*,—въ силу которой *filius emancipatus* долженъ раздѣлить получаемую имъ долю пополамъ со своими дѣтьми.

b) Второй классъ—*„unde legitimi“*. Если нѣтъ упомянутыхъ въ первомъ классѣ лицъ или если никто изъ нихъ не испросилъ себѣ *bonorum possessio* въ теченіе законнаго срока, то *bonorum possessio* дается *legitimi heredes*, т. е. лицамъ, призывающимся къ наслѣдованію по цивильному порядку—именно *sui* и *agnati* (*gentiles*, какъ сказано, уже отпали). Слѣдовательно, *sui* (но уже безъ эманципированныхъ) призываются во второй разъ: быть можетъ, теперь ввиду отпаденія *emancipati* они согласятся вступить въ наслѣдство. Если же нѣтъ или ихъ вовсе не существуетъ, то *bonorum possessio* дается ближайшимъ по степени агнатамъ.

c) Въ третьемъ классѣ—*„unde cognati“*—призываются кровные родственники умершаго по порядку степеней вплоть до 6-й степени включительно (изъ 7-й только *sobrino* и *sobrīna patī*, т. е. дѣти троюродныхъ братьевъ и сестеръ). Вслѣдствіе кровнаго родства *sui* призываются здѣсь въ третій разъ, *emancipati* во второй разъ, *in adoptionem dati* даже *durante adoptione*; далѣе, всѣ боковые когнаты безъ всякаго ограниченія для женщинъ, причемъ ближайшая степень устраняетъ дальнѣйшую, а родственники одной степени дѣлятъ наслѣдство *in capita*. Въ этомъ классѣ наслѣдуютъ также дѣти, какъ законныя, такъ и незаконныя послѣ матери и мать послѣ дѣтей.

d) Наконецъ, четвертый классъ—*„unde vir aut uxor“*: если нѣтъ никого изъ родственниковъ предыдущихъ классовъ, то къ наслѣдованію призывается пережившій супругъ—мужъ въ случаѣ смерти жены, жена въ случаѣ смерти мужа.

Т. обр. преторскій эдиктъ, хотя и даетъ еще въ общемъ предпочтеніе агнатскому родству, тѣмъ не менѣ впервые призываетъ къ наслѣдованію и *когнатовъ*, какъ таковыхъ. Кромѣ того, въ отличіе отъ *legitima hereditas*, преторскій эдиктъ установилъ *successio graduum et ordinum* (*edictum successorium*), т. е. послѣдовательное наступленіе слѣдующихъ степеней и слѣдующихъ классовъ. Въ этихъ двухъ чертахъ и состоитъ, главнымъ образомъ, прогрессъ преторскаго наслѣдственнаго права по сравненію съ цивильнымъ.

Въ періодъ *imперіи* дальнѣйшее усиленіе когнатическаго родства заставляеть законодательство идти далѣе по пути, намѣченному преторскимъ эдиктомъ. Цѣлый рядъ отдѣльныхъ законовъ осуществляетъ эту тенденцію, усиливая наслѣдственные права тѣхъ или другихъ когнатовъ на счетъ агнатовъ. Первый шагъ въ этомъ направленіи былъ сдѣланъ *senatusconsultum Tertullianum* (при Адрианѣ), въ силу котораго женщинѣ, имѣющей *jus liberorum*, было предоставлено цивильное наслѣдственное право послѣ ея дѣтей. Вслѣдствіе этого мать призывается теперь не въ классѣ *unde cognati*, т. е. не послѣ всѣхъ агнатическихъ родственниковъ, а въ классѣ *unde legitimi*: ее исключаютъ отъ наслѣдованія только собственныя дѣти умершаго, его отецъ и братья; съ сестрой покойнаго мать дѣлитъ наслѣдство пополамъ. Принципиальное значеніе *scutum Tertullianum* состоитъ въ томъ, что имъ впервые была признана возможность *цивильнаго* наслѣдованія на основаніи простой *cognatio*.—Слѣдующій затѣмъ шагъ представляетъ *scutum Orphitianum* 178 г. при Маркѣ Авреліи и Коммодѣ, которымъ было предоставлено такое же наслѣдственное право въ классѣ *legitimi* дѣтямъ послѣ матери.—Законъ Валентиніана, Θεодосія и Аркадія расширяетъ права дѣтей на наслѣдованіе послѣ родственниковъ съ материнской стороны. Самому Юстиніану принадлежитъ нѣсколько указовъ въ томъ же духѣ (уничтоженіе для наслѣдованія матери необходимости *jus liberorum*; уничтоженіе ограниченія женщинъ *Vocipiana ratione* и н. др.). Въ концѣ концовъ, благодаря этимъ многочисленнымъ, но частичнымъ поправкамъ принципъ агнатическаго родства былъ значительно отодвинутъ, но вся система наслѣдованія по закону приобрѣла чрезвычайно сложный и запутанный видъ. Упростить эту систему, построивъ все наслѣдованіе исключительно на кровномъ, когнатическомъ родствѣ, и составило задачу Юстиніановскихъ новеллъ—новеллы 118 (543 г.), незначительно дополненной затѣмъ новеллой 127 (548 г.).

Основнымъ принципомъ Юстиніановской системы является наслѣдованіе когнатовъ безъ различія пола по порядку ихъ близости къ умершему и съ соблюденіемъ *successio graduum et ordinum*. Порядокъ призванія опредѣляется слѣдующими *четырьмя* классами.

1. Первый классъ составляютъ *десценденты*, т. е. нисходящіе умершаго—сыновья и дочери, внуки отъ раньше умершихъ сыновей и дочерей и т. д. Раздѣлъ наслѣдства происходитъ *in*

stirpes: дѣти раньше умершаго отца получаютъ всё вмѣстѣ ту часть, которую получилъ бы ихъ родитель.

2. Если нѣтъ десцендентовъ, то призывается второй классъ, состоящій изъ ближайшихъ по степени асцендентовъ, т. е. восходящихъ родныхъ покойнаго (отецъ, мать, дѣдъ бабка и т. д.; если есть отецъ и дѣдъ, то призывается только отецъ), а также полнородныхъ (т. е. происходящихъ отъ тѣхъ же отца и матери) братьевъ и сестеръ его и дѣтей отъ раньше умершихъ полнородныхъ братьевъ и сестеръ (призваніе племянниковъ вмѣстѣ съ дядьями и есть нововведеніе новеллы 127-й). Раздѣлъ *in capita*, причѣмъ только дѣти раньше умершаго брата получаютъ всё вмѣстѣ часть, слѣдовавшую ихъ отцу. Если наследуютъ только одни асценденты (безъ братьевъ и т. д.), то наследство дѣлится *in lineas*, т. е. одна половина идетъ асцендентамъ съ отцовской стороны, другая—асцендентамъ съ материнской стороны.

3. Третій классъ, призываемый при отсутствіи первыхъ двухъ, составляютъ неполнородные (т. е. происходящіе отъ одного отца, но отъ разныхъ матерей—*consanguinei*, или отъ одной матери, но отъ разныхъ отцовъ—*uterini*) братья и сестры покойнаго и ихъ дѣти, причѣмъ послѣднія получаютъ также всё вмѣстѣ часть, слѣдовавшую ихъ *parens praedefunctus*.

4. Если и этихъ нѣтъ, то призываются остальные боковые родственники по порядку близости степеней безъ всякаго ограниченія—*ad infinitum*, лишь бы только можно было доказать родство. Ближайшая степень, конечно, отстраняетъ дальнѣйшую; равно близкіе дѣлятъ между собой *in capita*.

О наследованіи пережившаго супруга новеллы ничего не говорятъ; думаютъ, поэтому, что остается въ дѣйствиіи правило преторскаго эдикта, въ силу котораго пережившій супругъ призывается къ наследованію въ послѣднемъ классѣ „*unde vir aut uxor*“. При новой Юстиніановской системѣ это обозначаетъ, что мужъ послѣ жены или жена послѣ мужа наследуютъ только въ томъ случаѣ, если нѣтъ никакихъ, даже самыхъ отдаленныхъ, родственниковъ. Впрочемъ, внѣ этого общаго порядка, Юстиніанъ установилъ особенное право наследованія для бѣдной вдовы—*uxor indotata*: если вдова ничего своего не имѣетъ (ни *dos*, ни *parapherna*), то она конкурируетъ со всѣми наследниками, причѣмъ получаетъ часть, равную съ ними, однако не болѣе $\frac{1}{4}$ наследства или не болѣе 100 фунтовъ золотомъ. Если она конкурируетъ съ собственными дѣтьми отъ брака съ покойнымъ, то получаетъ слѣдующую ей часть только въ *ususfructus*.

Мыслимо, наконецъ, что никого изъ перечисленныхъ лицъ (ни родственниковъ, ни супруга) нѣтъ; тогда имущество является выморочнымъ—*bonum vacant*. Въ старое время оно дѣлалось безхозяйнымъ; всякій могъ овладѣть имъ и путемъ *usucapio pro herede* приобрѣсти его на правѣ наследника въ собственность. *Lex Julia et Papia Poppaea* устранила эту безхозяйность, объявивъ, что *bona vacantia* принадлежатъ фиску (Gai. II. 159). Впослѣдствіи въ нѣкоторыхъ случаяхъ право на *bona vacantia* было предоста-

влено другимъ учрежденіямъ—напр. церквямъ на вымороченное имущество состоявшихъ при нихъ лицъ и т. п.

Упорядоченіе системы наследованія по закону, отказъ отъ совершенно устарѣвшаго агнатическаго принципа и построеніе наследованія на началахъ кровнаго родства безъ всякихъ ограниченій для женщинъ составляютъ безспорную и крупную заслугу Юстиніановской реформы. Всѣ эти черты придаютъ ей характеръ системы современной (иногда даже болѣе современной, чѣмъ нѣкоторыя изъ дѣйствующихъ). Но въ то же время она не свободна и отъ нѣкоторыхъ недостатковъ. Самымъ крупнымъ изъ нихъ является призваніе къ наследованію родственниковъ до бесконечности (*ad infinitum*), въ чемъ Юстиніанъ сдѣлалъ даже шагъ назадъ по сравненію съ преторскимъ эдиктомъ, который, какъ извѣстно, ограничивалъ призваніе когнатовъ только 6-й степенью. Благодаря такому безграничному призванію, наследство сплошь и рядомъ попадаетъ въ руки лицъ, которыя, кромѣ официальнаго родства, ни въ какихъ отношеніяхъ къ покойному не состояли и для которыхъ смерть наследодателя и открытіе наследства являются пріятнымъ сюрпризомъ („*lachende Erben*“). Въ оправданіе Юстиніана нужно, однако, сказать, что вопросъ объ ограниченіи наследованія боковыхъ родственниковъ возникъ только въ недавнее время и что указанный недостатокъ римской системы раздѣляется нѣкоторыми даже самыми новѣйшими кодификаціями (напр. новымъ обще-германскимъ гражданскимъ уложеніемъ 1896 г.).

§ 81.

Необходимое наследованіе.

Признаніе свободы завѣщательныхъ распоряженій ставитъ на очередь вопросъ о томъ, можетъ-ли эта свобода быть безграничной. Дѣло въ томъ, что часто послѣ завѣщателя остаются лица, которыя были особенно близки къ нему (напр. дѣти, родители), которыя, быть можетъ, принимали участіе въ созданіи его благосостоянія и которыя даже при жизни имѣли право требовать отъ него извѣстной поддержки (содержанія, *alimentatio*). Полное забвеніе этихъ лицъ въ завѣщаніи и предоставленіе наследства помимо нихъ какому-нибудь лицу совершенно постороннему можетъ казаться несправедливостью. Вслѣдствіе этого многія законодательства, допуская свободу завѣщаній, устанавливаютъ въ тоже время извѣстныя ограниченія въ интересахъ такихъ особенно близкихъ къ завѣщателю лицъ. Право этихъ лицъ на извѣстное непрѣмѣнное участіе въ наследованіи и носитъ названіе *необходимаго наследованія*.

Въ исторіи римскаго права такое необходимое наследованіе извѣстно уже отъ самыхъ древнихъ временъ и проходитъ черезъ всю исторію, выливаясь въ два различныхъ типа.

1. Старѣйшимъ типомъ является необходимое наследованіе *формальное*. Общая сущность его состоитъ въ томъ, что, совершая завѣщаніе, лицо, у котораго есть *sui heredes*, т. е. лица, подчиненныя его *patria potestas*, должно или назначить ихъ наследниками или опредѣленно лишить ихъ наследства—*aut instituere aut exheredare*.

Правило это является безспорнымъ отголоскомъ глубокой старины. Мы говорили выше о томъ, что въ древнѣйшее время члены *familia* еще при жизни отца считались какъ бы собственниками общесемейнаго имущества и потому въ случаѣ его смерти не столько получали наследство, сколько приобрѣтали свободу распоряженія имуществомъ, которое уже раньше принадлежало имъ. Весьма вѣроятно, что и въ Римѣ, какъ у другихъ народовъ, завѣщаніе допускалось сначала (т. е. разрѣшалось народнымъ собраніемъ) лишь при отсутствіи собственныхъ дѣтей. Если же дѣти были, то назначеніе наследникомъ лица посторонняго могло быть оправдано передъ *comitia calata* только такою или иною негодностью ихъ (предосудительнымъ поведеніемъ и т. д.). Въ случаѣ наличности уважительныхъ причинъ устраненіе ихъ отъ наследства являлось лишеніемъ принадлежащихъ имъ правъ, для чего необходимо было получить опредѣленную санкцію народнаго собранія въ видѣ *exhereditio*. Назначеніе посторонняго наследника безъ такой *exhereditio*, при молчаніи закона на этотъ счетъ (*praeteritio*), было немислимо: молчаніемъ нельзя лишить правъ.

Съ теченіемъ времени, по мѣрѣ того какъ подлинная законодательная роль народныхъ собраній въ дѣлѣ завѣщаній падала и превращалась въ простую формальность, описанное реальное значеніе *exhereditio* стиралось. Но она все же сохранилась, какъ нѣкоторое формальное требованіе, обращенное къ завѣщателю. Никакого реального контроля надъ *exhereditio* уже не существуетъ, особенно съ того момента, когда появилось *testamentum per aes et libram*, но все же требуется, чтобы *paterfamilias*, назначая наследникомъ постороннее лицо, предварительно и опредѣленно лишилъ *sui heredes* наследства. Сохраненію этого формальнаго требованія, вѣроятно, способствовало соображеніе психологическаго характера: поставленный передъ необходимостью опредѣленно заявить, что онъ лишаетъ своихъ дѣтей наследства, завѣщатель серьезнѣе отнесется къ вопросу и, быть можетъ, еще разъ его передумаетъ.

Какъ *institutio heredis*, такъ и *exhereditio* должна быть выражена въ опредѣленной *повелительной формѣ*: „*Titius, filius meus, exheres esto*“. Вѣроятно, и здѣсь эта форма является остаткомъ старой и повелительной формы, употреблявшейся въ народныхъ собраніяхъ. При этомъ требовалось, далѣе, чтобы *filii familias* были исключены всѣ поименно—*nominatim*, прочіе же члены семьи—дочери, внуки—могли быть исключены и общей фразой—*inter ceteros* („*Ceteri ceteraque exheredes sunt*“—*Gai. II. 127—128*). Если это выполнено не было, если имѣла мѣсто *praeteritio*, то завѣщаніе недѣйствительно вполнѣ или отчасти. Оно не-

дѣйствительно вполнѣ, если *praeteritio* касается *filii familias*: тогда завѣщаніе отпадаетъ и открывается наследованіе *ab intestato*. Оно недѣйствительно отчасти, если *praeteritio* касается прочихъ *sui* (внуковъ, дочерей): обойденные „*scriptis heredibus in partem ad crescunt*“, т. е. наследуютъ рядомъ съ назначенными въ завѣщаніи, причемъ, если назначены также *sui* (напр. сынъ назначенъ, дочь обойдена), то *praeteritus* получаетъ *pars virilis* (ту часть, которая ему слѣдовала бы по закону); если же назначены посторонніе, то *praeteriti* получаютъ половину наследства.

Къ *sui heredes* относятся не только тѣ, которые существовали при жизни наследодателя, но и тѣ, которые родятся послѣ совершенія завѣщанія и даже послѣ смерти завѣщателя—*postumi*. Рожденіе такого *postumus suus* уничтожаетъ завѣщаніе наследодателя, такъ какъ *postumus* въ завѣщаніи не упомянутъ—*testamentum rumpitur agnitione postumi*. Чтобы обезпечить завѣщаніе отъ такихъ случайностей, вполнѣ была выработана (при участіи юриста *Aquilius Gallus*) особая формула для назначенія или *exhereditio postumi* заранѣе на тотъ случай, если они появятся (*postumi Aquiliani*).

Преторскій эдиктъ не только воспринялъ, но даже расширилъ формальное необходимое наследованіе, причемъ онъ и здѣсь понятіе *sui* замѣнилъ понятіемъ *liberi*: эксгередируются должны быть и *emascipati*. При этомъ для всѣхъ *liberi* мужскаго пола нужна *exhereditio nominatim*, и только для женщинъ достаточна *exhereditio inter ceteros*. Если въ завѣщаніи не исполнено одно изъ этихъ условій, то хотя завѣщаніе и не считается недѣйствительнымъ, но преторъ даетъ *bonorum possessio contra tabulas testamenti*. *Liberi* получаютъ свои законныя доли, однако, кромѣ тѣхъ, которые были эксгередированы (въ этомъ отношеніи завѣщаніе сохраняетъ свою силу). Побочныя распоряженія въ завѣщаніи (назначеніе опеки, отдѣльныя выдачи въ пользу родителей или дѣтей завѣщателя) остаются дѣйствительными.

Наконецъ *Юстиніанъ*, еще болѣе усилилъ требованія къ завѣщаніямъ этой стороны: установивъ, что *exhereditio* можетъ быть, какъ и *institutio*, совершена въ любыхъ выраженіяхъ, онъ предписалъ, однако, чтобы всѣ нисходящія безъ различія пола были эксгередированы *nominatim*.

2. *Матеріальное необходимое наследованіе*. Но всѣ эти формальныя ограниченія не давали реальныхъ гарантій даже тѣмъ, въ чьихъ интересахъ они были установлены: достаточно было соблюсти требованіе объ *exhereditio*, чтобы можно было лишить наследства безъ всякихъ основаній, по чистому капризу. Между тѣмъ, въ концѣ республики—началѣ имперіи, быть можетъ, именно тогда, когда такія неосновательныя *exhereditationes* стали встрѣчаться особенно часто, въ общественномъ сознаніи зародилась и окрѣпла та мысль, о которой сказано выше,—мысль о правѣ близкихъ лицъ на дѣйствительное участіе въ наследованіи, о необходимомъ наследованіи *матеріальномъ*.

Первое осуществление свое нашла эта мысль в *практике центумвирального суда*, ввиду которого подлежали дѣла о наслѣдствахъ. Разбирая эти дѣла, судъ, быть можетъ, подъ вліяніемъ греческой практики (съ ея *δίκη πτωχίας*), сталъ признавать, что завѣщаніе, въ которомъ, хотя и исполнено требованіе объ *exheredatio*, но безъ основательныхъ причинъ близкимъ наслѣдникамъ ничего не оставлено (не исполнено естественное *officium pietatis*),—такое завѣщаніе, очевидно, совершенно не совѣмъ въ здоровомъ умѣ („*quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent*“—fr. 2. D. 5. 2) и потому должно быть лишено силы. Вслѣдствіе этого обойденные въ завѣщаніи наслѣдники могли предъявлять обычный искъ о наслѣдствѣ—*hereditatis petitio*, а возраженіе лицъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, о правѣ ихъ *ex testamento* признавалось судомъ несущественнымъ.

Но это средство было не всегда возможно: *hereditatis petitio* могли предъявлять только тѣ изъ близкихъ лицъ, которыя являлись гражданскими наслѣдниками; она была недоступна, напр., для дѣтей эманципированныхъ. Въ виду этого рядомъ съ центумвиральнымъ порядкомъ въ періодъ имперіи возникъ другой: лица обойденныя могли жаловаться магистратамъ *extra ordinem*, причемъ жалоба эта носила названіе *querela inofficiosi testamenti*. Когда впоследствии центумвиральный судъ исчезъ и весь процессъ приобрѣлъ характеръ *extraordinaria cognitio*, *querela inofficiosi testamenti* сдѣлалась единственнымъ средствомъ для осуществленія матеріальнаго необходимаго наслѣдованія, но она сама впитала въ себя многія правила, выработавшіяся ранѣе въ центумвиральномъ судѣ.

Такъ установилось въ римскомъ правѣ матеріальное необходимое наслѣдованіе, причемъ ближайшія нормы его были долгое время недостаточно ясными и опредѣленными: многое рѣшалось свободнымъ усмотрѣніемъ судовъ. Лишь постепенно это наслѣдованіе приобрѣло болѣе опредѣленныя юридическія очертанія.

Тѣми близкими лицами, которыя могли претендовать на непремѣнное полученіе изъ наслѣдства, были признаны *десценденты* и *асценденты* завѣщателя, а также его *братья и сестры*, однако, послѣдніе лишь при томъ условіи, если въ завѣщаніи имъ была предпочтена *persona turpis*. Право на *querela inofficiosi testamenti* принадлежитъ, впрочемъ, не всѣмъ этимъ лицамъ, а только тѣмъ изъ нихъ, которыя были бы *in concreto* наслѣдниками по закону: слѣд., напримѣръ, если есть десценденты и асценденты одновременно, право на необходимое наслѣдованіе имѣютъ только первые.

Что должно быть оставлено въ завѣщаніи этимъ необходимымъ наслѣдникамъ для того, чтобы нельзя было сдѣлать упрека въ невыполненіи *officium pietatis*,—этотъ вопросъ также первоначально зависѣлъ отъ свободной оцѣнки суда. Но затѣмъ, по аналогіи съ *lex Falcidia* (см. ниже, въ ученіи объ отказахъ), установилось требованіе, чтобы каждому изъ необходимыхъ наслѣдниковъ была оставлена по крайней мѣрѣ $\frac{1}{4}$ его законной доли:

напр., при двухъ сыновьяхъ каждому должна быть оставлена $\frac{1}{8}$ всего наслѣдства. Но эта непремѣнная доля (*portio debita*) могла быть оставлена въ любомъ видѣ—въ видѣ назначенія наслѣдникомъ на нее, въ видѣ отказа и т. д.

Если это требованіе не выполнено, если необходимому наслѣднику ничего не оставлено или оставлено менѣе, онъ можетъ требовать уничтоженія завѣщанія по отношенію къ нему, т. е. выдачи ему его полной законной доли (въ нашемъ примѣрѣ каждый можетъ требовать уже не *portio debita* въ видѣ $\frac{1}{8}$, а *portio ab intestato*—т. е. $\frac{1}{2}$ наслѣдства). Но право на предъявленіе *querela* имѣетъ особый характеръ: оно погашается смертью необходимаго наслѣдника, а также короткимъ срокомъ—сначала 2 г., потомъ 5 лѣтъ.

Права необходимыхъ наслѣдниковъ и требованіе, чтобы имъ была оставлена по крайней мѣрѣ *portio debita*, могли быть обойдены наслѣдодателемъ при жизни—путемъ даренія постороннимъ лицамъ, путемъ установленія для кого-нибудь приданого и т. п. Въ виду этого по аналогіи съ *querela inofficiosi testamenti* стали давать затѣмъ *querela inofficiosae donationis, inofficiosae dotis*.

Юстиніанъ внесъ и сюда нѣсколько измѣненій. Такъ, онъ прежде всего въ своей новеллѣ 18 повысилъ размѣры *portio debita* до $\frac{1}{2}$ законной доли, если эта послѣдняя составляетъ менѣе $\frac{1}{4}$ всего наслѣдства, и до $\frac{1}{3}$, если—болѣе. Далѣе, онъ постановилъ, что *querela inofficiosi testamenti* должна имѣть мѣсто только тогда, если необходимымъ наслѣдникамъ вовсе ничего не оставлено; напротивъ, если имъ оставлено, но только менѣе *portio debita*, то они могутъ требовать не полного уничтоженія завѣщанія, а только дополненія ихъ непремѣнной доли—*actio ad supplendam legitimam* или *actio suppletoria*.

3. *Реформа Юстиніана—Novella 115*. Какъ видимъ, оба типа необходимаго наслѣдованія—формальный и матеріальный—въ позднѣйшемъ правѣ дѣйствовали рядомъ, но отдѣльно другъ отъ друга, что не могло не создавать затрудненій на практикѣ. Ввиду этого Юстиніанъ указомъ 542 г.—новелла 115—сдѣлалъ попытку слить оба вида необходимаго наслѣдованія воедино. Съ этою цѣлью онъ предписалъ, что *десценденты* и *асценденты* завѣщателя имѣютъ не только право на полученіе въ какомъ угодно видѣ *portio debita*, но, кромѣ того, они должны быть *назначены наслѣдниками*; завѣщатель долженъ оказать имъ *honor institutionis*,—по крайней мѣрѣ, въ размѣрахъ ихъ *portio debita*. Нужно сказать, что этотъ *honor institutionis* имѣетъ болѣе, чѣмъ просто почетное значеніе: въ случаѣ отпаденія другихъ назначенныхъ въ завѣщаніи лицъ эти необходимые наслѣдники, какъ *heredes instituti*, будутъ имѣть т. н. *jus accrescendi* (см. ниже).

Кромѣ того, *exheredatio* и лишеніе *portio debita* могутъ быть сдѣланы теперь завѣщателемъ только при наличности уважительныхъ причинъ, которыя законодатель и перечисляетъ. Такихъ причинъ для десцендентовъ 14 (различныя преступленія или про-

ступки против завѣщателя, предосудительный образъ жизни и т. д.), а для асцендентовъ 8 (въ общемъ,—то же самое).

О братьяхъ и сестрахъ Nov. 115 не упоминаетъ, и потому относительно ихъ остается въ дѣйствиі старое право: если имя не оставлена *portio debita* и вмѣсто нихъ наслѣдникомъ назначена *persona turpis*, они имѣютъ *querela inofficiosi testamenti*.

Несмотря на то, что формальное необходимое наслѣдованіе протянулось черезъ всю исторію римскаго права и влилось въ новеллу 115, оно, какъ чисто формальное ограниченіе завѣщателя, не привилось въ правѣ новѣйшихъ народовъ. Напротивъ, идея матеріальнаго необходимаго наслѣдованія, дающаго извѣстныя реальныя гарантіи близкимъ лицамъ и тѣмъ сглаживающаго острые углы завѣщательной свободы,—эта идея была воспринята и нашла себѣ мѣсто въ современныхъ законодательствахъ, хотя и съ нѣкоторыми модификаціями.

§ 82.

Приобрѣтеніе наслѣдства.

Въ моментъ смерти наслѣдодателя наслѣдованіе только открывается для наслѣдниковъ, только предлагается имъ—*defertur*, вслѣдствіе чего этотъ моментъ представляетъ лишь первую стадію въ процессѣ наслѣдственнаго перехода и носитъ названіе *delatio hereditatis*. Но далеко не всегда съ этимъ моментомъ связанъ уже и дѣйствительный переходъ наслѣдства къ наслѣдникамъ: наслѣдство должно еще быть *приобрѣтено* наслѣдникомъ, вслѣдствіе чего приобрѣтеніе наслѣдства—*acquisitio hereditatis*—составляетъ вторую стадію наслѣдственнаго перехода, всегда логически, а очень часто и практически, отличную, отъ первой—*delatio hereditatis*.

Въ этомъ отношеніи римское право отъ самаго начала различало *два вида* наслѣдниковъ.

а) Первую категорію составляли *domestici heredes*, т. е. тѣ, которые входили въ составъ *familia* покойнаго, его дома. Сюда относятся, прежде всего, *sui heredes*, т. е. дѣти, состоявшія подъ властью *paterfamilias* и съ его смертью дѣлающіяся *personae sui juris*. Они приобрѣтаютъ наслѣдство *ipso jure*—тотчасъ же въ моментъ *delatio*, безъ всякаго акта съ ихъ стороны; наслѣдство само переходитъ къ нимъ, даже безъ ихъ вѣдома: сынъ покойнаго, находящійся гдѣ-нибудь во время путешествія вдали отъ дома, въ самый моментъ смерти своего *paterfamilias*, еще ничего не зная о ней, дѣлается *ipso jure* наслѣдникомъ. Въ этомъ сказывается снова отмѣченное выше представленіе о *sui heredes*, какъ о лицахъ, бывшихъ еще при жизни *paterfamilias* собственниками семейнаго имущества. Но болѣе того,—*sui heredes* дѣлаются наслѣдниками даже противъ своей воли: отказаться отъ наслѣдства по цивильному праву они не могутъ, какъ не могутъ

перестать быть дѣтьми покойнаго, членами его семьи, участниками семейнаго сакральнаго союза. Вслѣдствіе этого они не только *sui*, но *sui et necessarii heredes*.

Кромѣ *sui*, въ такомъ же положеніи находится и *рабъ* завѣщателя, который въ завѣщаніи отпускается на волю и назначается наслѣдникомъ: онъ также есть *heres domesticus*, ибо принадлежалъ къ дому покойнаго; онъ также есть *heres necessarius*, такъ какъ дѣлается наслѣдникомъ *ipso jure* безъ возможности отказа отъ наслѣдства: такой отказъ обозначалъ бы и отказъ отъ свободы, что недопустимо.

Domestici heredes дѣлаются, т. обр., наслѣдниками помимо своей воли. Но съ наслѣдствомъ связана и отвѣтственность по долгамъ, причѣмъ эта отвѣтственность можетъ быть иногда чрезвычайно невыгодной, если долги превышаютъ имущество, если наслѣдство есть *hereditas damnosa*. По старому цивильному праву никакого средства для того, чтобы избавиться отъ такого наслѣдства, не существовало, но преторъ ввелъ здѣсь слѣдующія льготы. Для лицъ, которыя относились къ категоріи *sui et necessarii heredes*, онъ далъ т. н. *beneficium abstinendi*—т. е. право воздержаться отъ наслѣдства посредствомъ невмѣшательства въ его дѣла (*non immiscere*). *Jure civili* они продолжали считаться за *heredes* (ибо преторъ *jus tollere non potest*), но преторъ отказывалъ въ искахъ противъ нихъ и предлагалъ *bonorum possessio* слѣдующимъ за ними лицамъ, а если никто не желалъ получать эту *bonorum possessio*, то открывалъ конкурсъ въ пользу кредиторовъ. Для раба, назначеннаго *cum libertate*, *beneficium abstinendi* не существовало, но взамѣнъ преторъ давалъ ему *beneficium separandi*, т. е. право отдѣлить собственное имущество отъ наслѣдства, предоставивъ послѣднее кредиторамъ.

б) Всѣ остальные наслѣдники, не принадлежащіе къ *familia* умершаго, были *extranei heredes*. Для приобрѣтенія наслѣдства ими необходимъ актъ ихъ воли, необходимо принятіе наслѣдства—*aditio hereditatis*, вслѣдствіе чего они суть *heredes voluntarii*. Въ древнѣйшее время такое вступленіе въ наслѣдство должно было совершаться въ формѣ особаго торжественнаго акта, называемаго *cretio*. Наслѣдникъ въ присутствіи свидѣтелей и, вѣроятно, въ самомъ домѣ наслѣдодателя заявлялъ о принятіи наслѣдства извѣстными торжественными словами, напр.: „*quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*“ (*Ulp. reg. 22. 28*). Вслѣдствіи *cretio* осталась необходимою только въ томъ случаѣ, если завѣщатель прямо предписалъ ее въ своемъ завѣщаніи (*institutio cum cretione*), что обыкновенно бываетъ связано съ субституціей (напр. „*Titius heres esto cernitoque in diebus proximis centum, quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto. Tunc Maevius heres esto*“.—*Ulp. reg. 22. 32*). Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ достаточно простого фактическаго вступленія въ дѣла наслѣдства—*pro herede gestio*, или же безформальнаго волеизъявленія о принятіи. Срока для принятія наслѣдства по *jus civile* не существовало. Сколько бы наслѣд-

никъ ни молчалъ, наслѣдство не переходило далѣе, а оставалось въ неопредѣленномъ положеніи. Только завѣщатель при назначеніи наслѣдника cum cretione могъ предписать совершить эту cretio въ извѣстный срокъ (обыкновенно, 100 дней), по истеченіи котораго наслѣдникомъ дѣлался heres substitutus. Но неопредѣленность положенія могла быть вредна для наслѣдственныхъ кредиторовъ. Въ такомъ случаѣ они могли посредствомъ *interrogatio in jure* потребовать отъ наслѣдника отвѣта „*an heres sit*“, т. е. принимаетъ-ли онъ наслѣдство или нѣтъ. Если наслѣдникъ еще колеблется, онъ можетъ испросить себѣ время на размышленіе, *spatium deliberandi*, по истеченіи котораго онъ долженъ или *adire hereditatem* или *repudiare*. Если онъ не дастъ ни того ни другого отвѣта, то первоначально его молчаніе считалось за отказъ отъ наслѣдства, а въ правѣ Юстиніана за принятіе. Во всякомъ случаѣ *aditio hereditatis* есть актъ воли, связанный притомъ съ отвѣтственностью за долги; вслѣдствіе этого для принятія наслѣдства подвластнымъ необходимъ *jussus patris*, а для принятія наслѣдства несовершеннолѣтнимъ необходима *auctoritas tutoris*. Какъ мы уже упоминали, *lex Julia et Papia Poppaea* объявила нѣкоторыхъ лицъ (*coelibes* и *orbi*) неспособными принимать наслѣдство—*incapaces*. Эту *incapacitas*, однако, надо отличать отъ отсутствія *testamentifactio passiva*: назначеніе наслѣдникомъ лица, не имѣющаго *testamentifactio passiva*, дѣлаетъ все завѣщаніе ничтожнымъ; напротивъ, *incapax* можетъ быть назначенъ въ завѣщаніи, но не можетъ пріобрѣсти на основаніи этого завѣщанія: часть, назначенная ему, дѣлается *caducum* и переходитъ къ другимъ лицамъ. Положенія объ *incapacitas* были отмѣнены, впрочемъ, впоследствии и въ правѣ Юстиніана не существуютъ.

Пріобрѣтеніе bonorum possessio обставлено совершенно иначе. *Ipso jure* оно не наступаетъ никогда; для *bonorum possessio* нѣтъ различія между *domestici* и *extranei heredes*: всякій преторскій наслѣдникъ долженъ испросить себѣ *bonorum possessio* у претора—*agnitio bonorum possessionis*; слѣд. необходимымъ со стороны наслѣдника актъ его воли, а потому въ соответствующихъ случаяхъ *jussus patris* и *auctoritas tutoris*. Испрошеніе *bonorum possessio*, далѣе, связано всегда съ извѣстными сроками: для *descendentovъ* и *ascendentovъ* наслѣдодателя—1 годъ (*annus utilis*), а для прочихъ наслѣдниковъ—100 дней. Если наслѣдникъ пропуститъ этотъ срокъ, не испросивъ *bonorum possessio*, она переходитъ къ слѣдующему въ порядкѣ *successio graduum et ordinum*.

Изъ сказаннаго о пріобрѣтеніи наслѣдства ясно, что сплошь и рядомъ между моментомъ смерти наслѣдодателя (*delatio hereditatis*) и пріобрѣтеніемъ наслѣдства наслѣдникомъ (*acquisitio hereditatis*) можетъ пройти нѣкоторое, быть можетъ даже довольно значительное, время. Наслѣдство въ это промежуточное время „лежитъ“—*hereditas jacens*. Съ точки зрѣнія древняго правосознанія оно не имѣетъ хозяина, и потому, какъ мы уже говорили, завладѣніе наслѣдственными вещами не есть *furtum*. Всякій мо-

жетъ овладѣть наслѣдствомъ и по истеченіи года пріобрѣтеть его въ собственность—*usucapio pro herede*. Съ этой *usucapio* въ старомъ правѣ связывалось даже пріобрѣтеніе самаго качества наслѣдника, т. е. на него же возлагалась обязанность выполнения семейныхъ *sacra* и уплата наслѣдственныхъ долговъ. Позже, однако, характеръ *usucapio pro herede* существенно измѣнился: объектомъ ея стали считать не всю *hereditas*, какъ совокупность, а только отдѣльныя наслѣдственные вещи; лицо, завладѣвшее ими, не дѣлалось теперь наслѣдникомъ, а только пріобрѣтало ихъ въ отдѣльности въ собственность, хотя по прежнему было для этого достаточно всегда одного года (хотя бы вещь была недвижимой) безъ *bona fides* и *justus titulus*. Такія облегченныя условія для древняго времени оправдывались, быть можетъ, тѣмъ, что возможность *usucapio pro herede* служила побудительнымъ средствомъ для наслѣдника скорѣе принять наслѣдство; но со введеніемъ *bonorum possessio* и этотъ смыслъ для *usucapio* отпалъ. Она кажется уже *improba et lucrativa*, и одно сенатское постановленіе времени Адриана уничтожило ея силу: по требованію наслѣдника вещи должны быть возвращены (*Gai. II. 52—58*). Сверхъ того М. Аврелій призналъ всякое расхищеніе наслѣдства особымъ преступленіемъ—*crimen expilatae hereditatis*, вслѣдствіе чего послѣдніе остатки прежней безхозяйности *hereditas jacens* исчезли.

Тѣмъ не менѣе положеніе наслѣдства въ это промежуточное время страдаетъ юридическою неопредѣленностью. Оно сохраняетъ свое единство; можетъ не только уменьшаться, но даже и увеличиваться, напр., благодаря сдѣлкамъ рабовъ. Вслѣдствіе этого передъ классическими юристами возникалъ вопросъ о юридической конструкціи этого явленія: но онъ вызывалъ между ними только разногласія. Въ то время какъ одни изъ нихъ усматривали въ *hereditas jacens* какъ бы нѣкоторое предвареніе личности будущаго наслѣдника (*Pomponius* въ fr. 24. D. 46. 2: „*transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*“), другіе видѣли въ ней продолженіе личности прежняго хозяина (*Ulpianus* въ fr. 34. D. 41. 1: „*hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet*“); третьи даже приравнивали *hereditas jacens* къ *municipia*—т. е. къ юридическимъ лицамъ (*Florentinus* въ fr. 22. D. 46. 1: *quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas*“). Нужно сказать, впрочемъ, что разногласіе это тянется и до настоящаго времени. Во всякомъ случаѣ послѣ принятія наслѣдства наслѣдникомъ наступаетъ *retrotractio*: все разсматривается такъ, какъ если бы онъ вступилъ въ наслѣдство въ самый моментъ смерти наслѣдодателя (тотъ же *Florentinus* въ fr. 54. D. 29. 2: „*heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*“).

За исключеніемъ случаевъ наслѣдованія *domestici heredes*, когда пріобрѣтеніе наслѣдства совпадаетъ съ его открытіемъ, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ *delatio hereditatis* даетъ призываемому наслѣднику только одно право—принять наслѣдство или отказаться отъ него. Это право въ принципѣ есть право строго лич-

ное. Если лицо, призываемое къ наслѣдованію, умереть до принятія наслѣдства, то право на принятіе не переходитъ къ его наслѣдникамъ; наслѣдство предлагается теперь дальнѣйшимъ наслѣдникамъ перваго наслѣдодателя. Если, напр., наслѣдникъ, назначенный въ завѣщаніи, умереть, не принявъ наслѣдства, наслѣдство пойдетъ не къ его наслѣдникамъ, а къ законнымъ наслѣдникамъ завѣщателя.

Изъ этого правила существуютъ, однако, нѣкоторыя *исключенія*. Прежде всего, по цивильному праву наслѣдникъ *ab intestato* еще до принятія наслѣдства могъ уступить свое право на открывшееся наслѣдство посредствомъ *in jure cessio hereditatis*—т. е. въ мнимомъ спорѣ о *hereditas*. Въ такомъ случаѣ тотъ, кому онъ уступилъ свое право, дѣлался наслѣдникомъ вмѣсто него. Отъ этого случая надо отличать уступку или продажу (тоже посредствомъ *in jure cessio*) наслѣдства *уже принятаго*. Такую *cessio hereditatis* можетъ совершить всякій наслѣдникъ, какъ *ab intestato*, такъ и *testamentarius*; но онъ все-таки остается *heres* и отвѣчаетъ по наслѣдственнымъ долгамъ, если приобрѣтшій наслѣдство не взялъ ихъ на себя специальными актами. Съ исчезновеніемъ *in jure cessio* вообще исчезла и *in jure cessio hereditatis* въ обоихъ видахъ. Правда, еще въ правѣ Юстиніана возможна продажа всего наслѣдства, но эта продажа нуждается для своего осуществленія въ отдѣльныхъ актахъ относительно каждаго наслѣдственного объекта: каждая отдѣльная вещь должна быть передана, каждое требованіе цедировано, каждый долгъ взятъ на себя приобретателемъ. Для обезпеченія взаимныхъ притязаній стороны имѣли обыкновеніе въ такихъ случаяхъ заключать особыя *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.

Съ другой стороны, въ позднѣйшемъ правѣ появились случаи, когда право на принятіе наслѣдства переходитъ къ наслѣдникамъ—т. н. *transmissio delationis*. Прежде всего, преторъ установилъ, что если призываемый наслѣдникъ безъ всякой вины съ своей стороны не успѣлъ принять наслѣдства и умереть, то по разслѣдованіи дѣла (*causa cognita*) право на принятіе наслѣдства можетъ быть предоставлено и его наслѣдникамъ въ порядкѣ *restitutio in integrum (transmissio ex capite in integrum restitutionis)*. Юстиніанъ это правило обобщилъ: если призванный къ наслѣдованію вообще умереть раньше года съ того времени, какъ онъ узналъ объ открывшемся въ его пользу наслѣдствѣ, или до истеченія испрошеннаго имъ *spatium deliberandi*, то наслѣдники его могутъ воспользоваться остающимся временемъ и вступить за него въ наслѣдственные права (т. н. *transmissio Justiniana*).

Наконецъ, необходимо отмѣтить еще слѣдующее явленіе, которое можетъ произойти до принятія наслѣдства. Если къ наслѣдованію *ab intestato* или *ex testamento* призываются одновременно нѣсколько лицъ (напр. наслѣдниками назначены А, В и С), то въ случаѣ отпаденія одного изъ нихъ (смерть, отказъ) его часть *прирастаетъ* къ частямъ другихъ (умереть А; его часть не пойдетъ ни къ его наслѣдникамъ—если разумѣется, не было *transmissio*—

ни къ законнымъ наслѣдникамъ завѣщателя, такъ какъ *peto pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, а пропорціонально раздѣлится между оставшимися В и С). Это прирастаніе носитъ техническое названіе *jus accrescendi*, хотя правильнѣе было бы говорить о *jus non decrescendi*: всѣ наслѣдники, съ точки зрѣнія римскаго права, призываются къ наслѣдованію *in universum jus defuncti*, дѣленіе же наслѣдства между ними на части является только результатомъ ихъ конкуренціи (*fr. 80. D. 32: „totam hereditatem... singulis datam esse, partes autem concursu fieri“*).

§ 83.

Положеніе наслѣдника послѣ принятія.

Вслѣдствіе принятія наслѣдства прекращается переходное состояніе, какъ наслѣдства, такъ и наслѣдника. Принявшій наслѣдство дѣлается *heres*, а если онъ преторскій наслѣдникъ, то *heredis loco*. Наслѣдникъ какъ бы продолжаетъ личность наслѣдодателя: къ нему переходятъ семейныя *sacra*, а вмѣстѣ съ тѣмъ переходятъ и всѣ права покойнаго за исключеніемъ немногихъ строго личныхъ (т. н. *jura personalissima*—напр. право предъявлять *actio injuriarum* и т. д.). Наслѣдство во всѣхъ своихъ составныхъ частяхъ сливается съ собственнымъ имуществомъ наслѣдника въ одну безраздѣльную массу; наслѣдникъ дѣлается собственникомъ наслѣдственныхъ вещей, кредиторомъ наслѣдственныхъ требованій и должникомъ по наслѣдственнымъ долгамъ. Если между нимъ и наслѣдодателемъ существовали раньше какія-либо обязательства, то они погашаются теперь посредствомъ слиянія (*confusio*).

Но это слияніе наслѣдства въ одну безразличную массу съ собственнымъ имуществомъ наслѣдника могло оказаться невыгоднымъ для разныхъ лицъ.

Прежде всего, оно могло оказаться невыгоднымъ для *кредиторовъ покойнаго наслѣдодателя*: при жизни послѣдняго они могли получить полное удовлетвореніе изъ его имущества; теперь вслѣдствіе его смерти наслѣдство попадаетъ въ руки наслѣдника, быть можетъ обремененнаго чрезмѣрно долгами, вслѣдствіе чего кредиторы покойнаго, смѣшавшись съ многочисленными кредиторами наслѣдника, рискуютъ по своимъ требованіямъ получить лишь незначительный процентъ. Ввиду этого преторъ предоставилъ кредиторамъ наслѣдства особую льготу—т. н. *beneficium separationis*. Они могутъ испросить у претора отдѣленія наслѣдственной массы отъ личнаго имущества наслѣдника и обращенія ея на преимущественное удовлетвореніе только ихъ требованій. Если послѣ ихъ полнаго удовлетворенія еще что-либо останется, то остатокъ поступитъ въ имущество наслѣдника и т. обр. пойдетъ на удовлетвореніе его личныхъ кредиторовъ; но, съ другой стороны, если наслѣдства не хватало, то наслѣдственные кредиторы не могли уже участвовать въ конкурсѣ надъ наслѣдникомъ.

Подобное же невыгодное положение могло возникнуть и для кредиторов наследника, если он примет обремененное долгами наследство. Однако, для них претор *beneficium separati-onis* не дает—на том основании, что вообще должнику не запрещается дѣлать новые долги, чѣмъ, конечно, всегда положение прежних кредиторов ухудшается (fr. 1 pr. 1 и 2. D. 42. 6).

Сліяніе массъ могло, наконецъ, оказаться невыгоднымъ и для самого наследника, когда, вопреки всѣмъ его расчетамъ, въ наследствѣ оказалось гораздо больше долговъ, чѣмъ имущества, и ему придется теперь отвѣчать за наследственные долги изъ своего собственного кармана. Принципиально римское право до конца сохранило начало безусловной ответственности наследника, хотя постепенно значительно его ослабило. Уже преторъ сталъ давать *restitutio in integrum* лицамъ не достигшимъ 25 лѣтъ (*minores*); имп. Адрианъ предоставилъ возможность испрашивать такую *restitutio* и лицамъ старше 25-лѣтняго возраста. Но это *restitutio in integrum* представляла экстраординарное средство, даваемое только въ особыхъ случаяхъ *causa cognita* и приво-дившее къ полному уничтоженію самаго принятія наследства. Въ видѣ особой привилегіи для солдатъ имп. Гордіаномъ было установлено, что они всегда отвѣчаютъ только въ предѣлахъ полученнаго наследства. Наконецъ, послѣ этихъ частичныхъ опытовъ имп. Юстиніаномъ въ указѣ 531 г. (с. 22. С. 6. 30) была введена общая льгота—т. н. *beneficium inventarii*. Если наследникъ (*inventarium*) наследства при участіи свидѣтелей и нотаріуса и въ течение слѣдующихъ 60 дней доведетъ ее до конца, то онъ отвѣчаетъ за наследственные долги только въ размѣрахъ описаннаго наследства—*intra vires hereditatis*.

Для защиты своихъ наследственныхъ правъ наследникъ имѣетъ различныя средства. Во главѣ этихъ средствъ стоитъ общій искъ о наследствѣ, искъ, которымъ отыскивается все наследство, какъ *universum jus defuncti*,—*hereditatis petitio*. Въ старину она осуществлялась посредствомъ *legis actio*, и, какъ было уже упомянуто, въ такомъ видѣ процессъ о наследствѣ сохранялся еще долго передъ судомъ центумвировъ—даже послѣ того, какъ вообще *legis actiones* были замѣнены производствомъ формулярнымъ. Позже *hereditatis petitio* стала осуществляться посредствомъ *formula petitoria* („*Si paret hereditatem L. Titii ex jure Quiritium Ai Ai esse*“). Искъ этотъ идетъ противъ всякаго, кто или оспариваетъ наследственное право истца, выдавая себя за наследника (*qui pro herede possidet*), или же просто удерживаетъ у себя наследственные вещи, не указывая въ свое оправданіе никакого титула (*qui pro possessore possidet*). Отвѣтственность по этому иску была точнѣе опредѣлена въ *senatusconsultum Juventianum* 129 г. по Р. X. На основаніи этого *senatusconsultum bonae fidei possessor* (т. е. отвѣтчикъ, добросовѣстно вѣрившій въ свое право) обязанъ выдать только то, что у него еще изъ наследства осталось; напротивъ, *malae fidei possessor* обязанъ возвратить наследство

такимъ, какимъ оно къ нему поступило, а также всѣ плоды и доходы отъ него за время владѣнія.

Преторскій наследникъ, т. е. *bonorum possessor*, вмѣсто *hereditatis petitio*, имѣлъ *interdictum quorum bonorum*, который въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ подлежалъ тѣмъ же правиламъ, что и *hereditatis petitio*. Но такъ какъ этотъ интердиктъ имѣлъ своею цѣлью только полученіе владѣнія наследственными вещами и не имѣлъ мѣста относительно наследственныхъ требованій, то въ позднѣйшемъ правѣ *bonorum possessor* стали давать искъ, вполне аналогичный *hereditatis petitio*—т. н. *hereditatis petitio possessoria*. Съ переходомъ къ процессу экстраординарному различіе между обоими видами *hereditatis petitio* окончательно стерлось, а *int. quorum bonorum* сталъ средствомъ для скорѣйшаго полученія провизорнаго владѣнія наследствомъ.

Противъ лицъ, которыя не оспариваютъ наследственнаго права наследника, а только по другимъ основаніямъ не желаютъ возвращать наследственныхъ вещей или платить по наследственнымъ требованіямъ, наследникъ имѣетъ *сингулярные иски*—тѣ самые, которые имѣлъ бы и самъ наследодатель, т. е. *rei vindicatio*, *actio empti* и т. д. Если бы наследникъ вмѣсто *hereditatis petitio* противъ того, кто оспариваетъ самое наследственное право, пожелалъ бы дѣйствовать сингулярными исками, чѣмъ конечно, осложнилъ бы положеніе отвѣтчика, то послѣдній можетъ отклонить эти иски посредствомъ *exceptio ne praejudicium hereditati fiat*.

Если наследникъ не одинъ, а *нѣсколько*, тогда между ними сначала возникаетъ общность на наследственное имущество—*communio incidens*: всѣ являются *condomini* въ размѣрѣ своихъ наследственныхъ долей. Что касается наследственныхъ требованій и долговъ, то они—если, разумѣется, ихъ содержаніемъ является что-либо дѣлимое (напр., денежная сумма)—уже въ силу правила законовъ XII т. *ipso jure* распадается на соответственныя доли: „*nomina sunt ipso jure divisa*“. Напротивъ, требованія и долги недѣлимые создаютъ солидарныя права и солидарную отвѣтственность всѣхъ наследниковъ вмѣстѣ. Но каждый наследникъ въ любой моментъ можетъ потребовать раздѣла наследства посредствомъ *actio familiae erciscundae*.

При наследованіи нѣсколькихъ *coheredes* въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣетъ мѣсто т. н. *collatio bonorum*, т. е. обязанность причислать (*conferre*) къ подлежащей раздѣлу наследственной массѣ нѣкоторые виды своего собственнаго имущества. Древнѣйшій случай такой *collatio* мы уже видѣли при наследованіи *fillus emancipatus* рядомъ съ его братьями, остававшимися подъ властью наследодателя. Другой случай есть *collatio dotis*: дочь, получившая при выходѣ замужъ приданое, если желаетъ затѣмъ участвовать въ наследствѣ послѣ своего отца рядомъ съ другими дѣтьми его, должна внести въ раздѣлъ свою *dos*. Законодательство императорскаго времени (въ особ., законъ имп. Льва 472 г.) обобщило идею *collatio*, установивъ, что вообще при наследованіи

послѣ восходящихъ наследующіе должны внести въ наследственную массу то, что каждый изъ нихъ получилъ отъ наследодателя въ видѣ *dos, donatio propter nuptias* или для самостоятельнаго устройства (напр. для занятія какой-нибудь должности); это т. н. *collatio descendens*.

Lex Julia et Papia Poppaea, рядомъ съ извѣстными положеніями объ *incapacitas* и *caducum*, установила также, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ наследство, уже принятое наследникомъ, можетъ быть отнято у него, какъ у недостойнаго — *indignus*. Отнимаемое т. обр. наследство — *ereptorium* — передается или другимъ наследникамъ или въ казну, причемъ казна функционируетъ *heredis loco*, выполняетъ всѣ назначенные въ завѣщаніи отказы, уплачиваетъ наследственные долги и т. д. Случаи такой *indignitas* наследника довольно многочисленны — тѣмъ болѣе, что въ позднѣйшихъ императорскихъ указахъ число ихъ было значительно увеличено. Важнѣйшими изъ нихъ являются преступленія противъ наследодателя: умерщвленіе его, уничтоженіе составленнаго имъ завѣщанія, умышленное воспрепятствованіе составить завѣщаніе, неосновательное предъявленіе *querela inofficiosi testamenti* и т. д.

§ 84.

Legata и fideicommissa.

Кромѣ назначенія наследника, наследодатель можетъ сдѣлать и другія распоряженія на случай смерти. Важнѣйшее мѣсто между ними занимаютъ распоряженія о выдачѣ наследникомъ извѣстныхъ суммъ или извѣстныхъ вещей тѣмъ или другимъ определеннымъ лицамъ — *отказы*. Отказъ не дѣлаетъ это третье лицо наследникомъ въ настоящемъ смыслѣ: оно является не универсальнымъ, а только *сингулярнымъ* преемникомъ наследодателя и не отвѣчаетъ вслѣдствіе этого за его долги. Зато, съ другой стороны, отказъ дѣйствителенъ только тогда, если наследственные долги покрыты. Вслѣдствіе этого отказъ является только нѣкоторымъ ослабленіемъ наследства — *„delibatio hereditatis“* (fr. 116 pr. D. 30).

Первой исторической формой отказовъ, извѣстной еще старому *jus civile* и возникнувшей, вѣроятно, одновременно съ возникновеніемъ *testamentum*, были *legata*; они санкціонированы уже въ извѣстномъ положеніи законовъ XII т.: „*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*“. Но въ старомъ гражданскомъ правѣ легаты неотдѣлимы отъ завѣщанія: они могли быть установлены только въ тестаментѣ и возложены только на назначеннаго въ немъ наследника. Оставить такое завѣщаніе, въ которомъ устанавливались бы только легаты, возлагаемые на наследника *ab intestato*, было нельзя; если завѣщатель хотѣлъ этого, то онъ долженъ былъ непременно превратить наследника *ab intestato* въ *heres testamentarius*, т. е. назначить его же наследникомъ въ тестаментѣ.

По своей формѣ и по своему дѣйствию легаты гражданского права распались на *четыре вида* (Gai. II. 192 и сл.) а) *Legatum per vindicationem*. Этотъ легатъ устанавливался обыкновенно посредствомъ словъ: „*do lego*“ — напр.: „*Lucio Titio hominem Stichum do lego*“. Въ такой формѣ могла быть отказана извѣстная вещь или сервитутъ (напр. *L. Titio usumfructum de lego*): лицо, которому отказано — *legatarius*, — получало въ моментъ принятія наследства наследникомъ сразу право собственности на отказанную вещь или право на сервитутъ и могло въ случаѣ невыдачи предъявить прямо *rei vindicatio* (или *actio confessoria*), отчего и самый легатъ получилъ свое наименованіе. — б) *Legatum per damnationem*, при установленіи котораго употреблялась формула: „*heres meus L. Titio centum dare damnas esto*“. Вслѣдствіе этого „*damnas esto*“ на наследника возлагалось обязательство исполнить то, что отказано, — обязательство, осуществлявшееся въ древнѣйшее время въ формѣ *manus injectio*, а послѣдствіемъ посредствомъ *actio ex testamento* (однако, съ примѣненіемъ правила „*lis infitando crescit in duplum*“). — в) *Legatum sinendi modo* — напр.: „*Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*“; наследникъ обязывался только позволить (не мѣшать) легатарію взять отказанную вещь; вѣроятно, это лишь нѣкоторая модификація *legatum per damnationem*, д) *Legatum per praecipionem*: „*L. Titius hominem Stichum praecipito*“. Точный смыслъ этого легата былъ споренъ уже въ средѣ римскихъ классическихъ юристовъ: сабиньянцы думали, что *legatum per praecipionem* возможно только въ пользу одного изъ сонаследниковъ — одному изъ нихъ отдается какая-либо вещь не въ счетъ его наследственной доли; прокулянцы, напротивъ, полагали, что этотъ легатъ возможенъ и въ пользу третьихъ лицъ, причемъ эти лица имѣютъ тѣ же права, что при *l. per vindicationem*. Для болѣе ранняго времени во всякомъ случаѣ вѣрнѣе мнѣніе сабиньянцевъ, а по своему характеру *legatum per praecipionem* представляетъ, очевидно, лишь разновидность *l. per vindicationem*.

Какъ видно уже изъ этого обзорѣнія, легаты подчинялись такому же формализму, какъ и завѣщаніе вообще. Малѣйшая ошибка въ выборѣ надлежащей формы легата (напр. отказана *per vindicationem* вещь, не принадлежащая завѣщателю, которую — по мысли завѣщателя — наследникъ долженъ еще купить) вела къ полной его ничтожности. Въ императорское время, однако, этотъ формализмъ ослабляется, а затѣмъ и вовсе исчезаетъ. *Senatusconsultum Neronianum* (изъ времени Нерона) установило, что въ случаѣ ошибки въ формѣ легатъ долженъ имѣть силу *legatum per damnationem*, т. е. давать легатарію только обязательственное требованіе противъ наследника. Наконецъ, послѣ того какъ была отмѣнена необходимость извѣстныхъ стереотипныхъ выраженій для *institutio heredis*, она была отмѣнена и для легатовъ *закономъ имп. Констанція* (339 г. — с. 21. С. 6. 37).

Рядомъ съ легатами въ императорское время получила юридическую силу другая форма отказовъ — *fideicommissa*. Зароды-

шемъ этой формы явились разнообразныя неформальныя, словесныя или письменныя, просьбы со стороны умирающаго къ наследнику исполнить что-либо или выдать что-либо тому или другому лицу. Всѣ такія просьбы съ юридической точки зрѣнія были для наследника сначала не обязательны; исполнение ихъ ввѣрялось только его *fides* (отсюда *fidei-commissum*.) Но со времени Августа императоры поручаютъ магистратамъ— сначала консуламъ, а впоследствии особымъ *praetores fideicommissarii*— заботиться о томъ, чтобы такія *fideicommissa* были исполняемы. Вслѣдствіе этого для лица, которому что-либо было такимъ образомъ отказано— для *fideicommissarius*— возникло право не на обыкновенный гражданскій искъ, *actio*, а на жалобу въ экстраординарномъ порядкѣ— *fideicommissi persecutio*. Но мало-по-малу эта *persecutio* все болѣе и болѣе приближалась къ обыкновенному гражданскому иску и съ установленіемъ экстраординарнаго процесса вообще почти перестала отличаться отъ *actio ex testamento*.

Въ отличіе отъ легатовъ, фидеикоммиссы могъ быть возложенъ не только на наследника по завѣщанію, но и на наследника по закону (это даже и есть главный случай фидеикоммисса); онъ могъ быть далѣе установленъ и ранѣе и позже завѣщанія ввидѣ дополненія къ нему; установленный ранѣе, онъ могъ быть затѣмъ утверждёнъ въ послѣдующемъ завѣщаніи (*testamento confirmatum*). Какой-либо формы для фидеикоммиссовъ первоначально совершенно не требовалась: они могли быть установлены даже простымъ кивкомъ головы (*nutu*). Обыкновенно же фидеикоммиссы оставались въ видѣ письма на имя наследника— *codicillus*. Ввиду строгой формальности завѣщаній, при которой завѣщаніе легко могло оказаться вовсе недѣйствительнымъ, было также въ обычаѣ къ завѣщанію прибавлять т. н. *clausula codicillaris*, т. е. просьбу, на случай недѣйствительности документа какъ *testamentum*, разсматривать его какъ кодициллъ, обращенный къ наследнику по закону.

Различіе между легатами и фидеикоммиссами въ теченіе послѣ—классическаго времени постепенно сглаживалось. Съ одной стороны, упомянутый законъ Констанція облегчилъ формальности для легатовъ, а съ другой стороны, фидеикоммиссы были подвергнуты важнѣйшимъ матеріальнымъ ограниченіямъ, которыя существовали для этихъ послѣднихъ. Этотъ процессъ сліянія обѣихъ историческихъ формъ былъ законченъ Юстиніаномъ. Указомъ 529 г. (с. 1. С. 6. 43) Юстиніанъ установилъ, что какъ всякій легатъ, такъ и всякій фидеикоммиссъ рождаетъ для лица, въ пользу котораго они установлены, обязательственное требованіе противъ наследника, снабженное законной ипотекой на наследственное имущество. Сверхъ того, если объектомъ отказа является вещь, находящаяся въ составѣ наследственной массы, то легатарій или фидеикоммиссарій имѣетъ на нее и *rei vindicatio*. Указъ 531 г. (с. 2. С. 6. 43) подтвердилъ окончательно безразличіе легатовъ и фидеикоммиссовъ.

Но, уравниваясь съ легатами въ силѣ, фидеикоммиссы подвергаются извѣстнымъ ограниченіямъ въ формѣ. Въ особенности, когда кодициллъ сталъ часто замѣнять самое завѣщаніе, въ позднѣйшемъ императорскомъ законодательствѣ обнаруживается тенденція подчинить его такимъ же формамъ, какимъ подчинено и *testamentum*, въ частности, требовать такое же количество свидѣтелей. Юстиніанъ, однако, установилъ для кодицилловъ облегченіе: въ то время какъ для завѣщанія необходимо 7 свидѣтелей кодициллъ можетъ быть совершенъ письменно или устно при участіи 5 свидѣтелей. Т. обр. въ Юстиніановскомъ правѣ, кодициллою называется всякое распоряженіе послѣдней воли, совершенное при участіи 5 свидѣтелей и отличающееся отъ *testamentum* только тѣмъ, что не содержитъ въ себѣ *institutio heredis*. Фидеикоммиссъ, лишенный этой формы, дѣйствителенъ только тогда, если фидеикоммиссарій, предъявляя искъ, присягнетъ, что онъ имѣетъ основаніе требовать, и если наследникъ не *отвѣтитъ встрыпной присягой*, что онъ никакого порученія отъ покойнаго не получалъ (т. н. *fideicommissum orale*—с. 32. С. 6. 42).

По существу первоначально наследодатель имѣлъ полную свободу относительно отказовъ: онъ могъ назначить ихъ въ такомъ количествѣ, что все наследство могло быть исчерпано ими и наследнику могло остаться только „*inane nomen heredis*“. Но въ такомъ случаѣ наследнику не было никакой выгоды принимать наследство со всеми его хлопотами; естественно, что онъ часто предпочиталъ вовсе отъ него отказаться. Однако, вслѣдствіе его отказа отпадала и всѣ легаты (такъ какъ самое завѣщаніе отпадало). Для того, чтобы содѣйствовать сохраненію силы за завѣщаніями и для противодѣйствія расточительству въ періодъ республики издается рядъ законовъ, направленныхъ на ограниченіе размѣровъ легатовъ. Первымъ закономъ этого рода была *lex Furia testamentaria*, законъ неизвѣстнаго времени, который запрещалъ принимать по отказамъ болѣе 1000 ассовъ: полученіе большей суммы каралось обязанностью вернуть вчетверо. Но этотъ законъ не достигалъ своей цѣли: можно было исчерпать наследство и отказами ниже 1000 ассовъ. Нѣкоторое время спустя, другой законъ, уже упоминавшійся выше— *lex Voconia* 169 г. до Р. X.—установилъ, что никому не можетъ быть отказано больше той суммы, которая остается наследнику. Но и этотъ законъ былъ недостаточенъ по той же причинѣ. Наконецъ, *lex Falcidia*—законъ 40 г. до Р. X.—предписала, что наследнику, назначенному въ завѣщаніи, должна всегда оставаться свободной по крайней мѣрѣ $\frac{1}{4}$ наследства; эта четвертая часть и называется поэтому *quarta Falcidia*. Ее не нужно смѣшивать съ *portio debita* при необходимомъ наследованіи: *portio debita* гарантируетъ извѣстную долю наследства (въ классическомъ правѣ также четвертую часть) необходимому наследнику отъ завѣщанія, *quarta Falcidia* гарантируетъ наследника по завѣщанію (даже совершенно посторонняго) отъ отказовъ. Вслѣдствіи это ограниченіе было распространено и на фидеикоммиссы: *senatusconsultum Pegasianum* перенесло *quarta Falcidia* на наследниковъ по завѣщанію, а указъ имп. Антонина

Пія, на наслѣдниковъ *ab intestato* (Gai. II. 224—227, 254; fr. 18. pr. D. 35. 2).

Предметомъ отказовъ обыкновенно бываютъ отдѣльные имущественные объекты—вещи или требованія, но возможенъ отказъ и опредѣленной количественной доли наслѣдства: напр., трети, четверти его.

Старѣйшій видъ такого отказа представляетъ т. н. *legatum partitionis* (напр.: „Heres meus cum Titio hereditatem partitor“—Ulp. leg. 24. 25). Лицо, въ пользу котораго оставляется такой отказъ, *legatarius partiaris*, не дѣлалось сонаслѣдникомъ и универсальнымъ преемникомъ,—оно получало только обязательственное право требовать отъ наслѣдника выдачи ему назначенной части наслѣдства (*actio ex testamento*). За наслѣдственные долги отвѣчалъ только наслѣдникъ; поэтому онъ, выдавая отказанную часть наслѣдства легатарію, удерживаетъ пропорциональную долю ея для покрытія наслѣдственныхъ долговъ. Выполненіе отказа совершается посредствомъ отдѣльныхъ актовъ на каждый отдѣльный имущественный объектъ: посредствомъ *traditio* вещей, *cessio* требованій и т. д. Въ заключеніе этихъ отдѣльныхъ актовъ наслѣдникъ и легатарій даютъ другъ другу *stipulationes partis et pro parte*: наслѣдникъ общается на тотъ случай, если окажется потомъ еще какое-нибудь наслѣдственное имущество, выдать соответствующую часть (*stipulatio partis*), а легатарій въ свою очередь общается наслѣднику принять на себя въ соответственной долѣ уплату наслѣдственныхъ долговъ (*stipulatio pro parte*).

Съ появленіемъ *фидеикоммиссовъ* въ ихъ формѣ стало возможнымъ отказать не только часть наслѣдства, но и все наслѣдство. Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ *fideicommissum hereditatis* или *универсальный фидеикоммиссъ*. Обычной формой его было: „L. Titius heres esto. Rogo te, L. Titi, petoque a te, ut cum primis possis hereditatem meam adire, Seio eam reddas restituas“ (Gai II 250). Цѣли, въ виду которыхъ завѣщатель прибѣгалъ къ такому универсальному фидеикоммиссу, могли быть различны: оставляя напр., послѣ себя въ качествѣ законнаго наслѣдника какое-нибудь лицо съ неустановившимся характеромъ, завѣщатель предпочиталъ назначить наслѣдникомъ своего друга—съ тѣмъ, чтобы онъ затѣмъ при извѣстныхъ условіяхъ выдалъ наслѣдство первому.

Первоначально универсальный фидеикоммиссъ такъ же, какъ и *legatum partitionis*, давалъ фидеикоммиссарію только обязательственное право требовать отъ наслѣдника (фидуціарія) выдачи наслѣдства. Фидуціарій оставался наслѣдникомъ и, слѣдовательно, отвѣчалъ по наслѣдственнымъ долгамъ. Выдача наслѣдства совершалась посредствомъ *venditio hereditatis*: фидуціарій продавалъ наслѣдство фидеикоммиссарію *nummo uno*, т. е. за фиктивную цѣну, и затѣмъ передавалъ каждую вещь и каждое требованіе изъ наслѣдства особымъ соответствующимъ актомъ. Взамѣнъ этого фидеикоммиссарій обязана была дать фидуціарію *stipulatio*, что онъ удовлетворитъ всѣхъ наслѣдственныхъ кредиторовъ (*stipulatio emptae et venditae hereditatis*).

Эта сложная процедура была упрощена сенатскимъ постановленіемъ въ царствованіе Нерона, вѣроятно 56 г.,—*senatusconsultum Trebellianum*. Это сенатское постановленіе узаконило возможность *restitutio hereditatis* простымъ заявленіемъ фидуціарія; послѣ такого заявленія онъ сохраняетъ только званіе наслѣдника (подобно *vidum jus* гражданского наслѣдника при *bonorum possessio*), собственникомъ же (бонитарнымъ) наслѣдственныхъ вещей, кредиторомъ по наслѣдственнымъ требованіямъ и должникомъ по наслѣдственнымъ долгамъ дѣлается сразу фидеикоммиссарій: всѣ иски даются ему и противъ него, какъ *actiones utiles*. Вслѣдствіе этого фидеикоммиссарій превратился въ универсальнаго преемника *heredis loco*, а *stipulationes emptae et venditae hereditatis* стали излишними.

Но и теперь фидеикоммиссарій зависитъ отъ фидуціарія въ томъ отношеніи, что послѣдній можетъ разрушить все право фидеикоммиссарія: стоитъ ему только отказать отъ принятія наслѣдства, и вмѣстѣ съ отпаденіемъ завѣщанія отпадетъ и фидеикоммиссъ. Навстрѣчу этой опасности идетъ другое сенатское постановленіе изъ временъ Веспасіана (69—79 г. по Р. X.)—*senatusconsultum Pegasianum*. Съ одной стороны, желая создать для фидуціаріевъ интересъ къ принятію наслѣдствъ, это *senatusconsultum* переноситъ на всѣ фидеикоммиссы правило о *quarta Falcidia*. Съ другой стороны, если бы этотъ интересъ все же оказался недостаточно сильнымъ, то по просьбѣ фидеикоммиссарія фидуціарій можетъ быть принужденъ къ принятію наслѣдства *extra ordinem*, причѣмъ онъ лишается тогда права на *quarta Falcidia*. Въ связи съ этимъ, *senatusconsultum Pegasianum* устанавливаетъ довольно сложныя правила о порядкѣ выдачи *hereditas* фидеикоммиссарію, причѣмъ для нѣкоторыхъ случаевъ (если фидуціарій осуществляетъ свое право на *quarta Falcidia*) возвращается къ старому, до-Требеллиановскому, порядку единичныхъ актовъ со *stipulationes emptae et venditae hereditatis* или *stipulationes partis et pro parte*.

Но всѣ эти сложныя правила были отмѣнены Юстиніаномъ, который объединилъ оба эти *senatusconsulta*. Изъ *scutum Pegasianum* Юстиніанъ удержалъ положеніе, что фидуціарій имѣетъ право на *quarta Falcidia* и что онъ можетъ быть принужденъ къ принятію наслѣдства, что же касается порядка *restitutio* и ея послѣдствій, то Юстиніанъ для всѣхъ случаевъ, даже для фидеикоммисса на часть наслѣдства, предписалъ примѣненіе правилъ *scutum Trebellianum*: съ момента заявленія фидуціарія о *restitutio*, фидеикоммиссарій дѣлается *uno actu heredis loco* на все наслѣдство или на его часть.

Т. обр. Юстиніановское право, кромѣ непосредственнаго универсальнаго преемства въ видѣ наслѣдованія по закону, или по завѣщанію, знаетъ и *посредственное*—въ видѣ универсальнаго фидеикоммисса.

Съ отказомъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ соприкасаются два другіе вида распоряженій на случай смерти—именно *mortis causa donatio* и *mortis causa capio*.

Donatio mortis causa есть дареніе однимъ лицомъ другому на тотъ случай, если даритель умретъ раньше одаряемаго. Первоначальный случай этого рода есть дареніе въ минуту опасности. Пока даритель не умретъ или если одаренный умретъ раньше дарителя, послѣдній можетъ потребовать подаренное назадъ; но если даритель умретъ раньше, то наслѣдники его уже не имѣютъ права на обратное требованіе. Въ этомъ отношеніи *donatio mortis causa* имѣетъ извѣстное сходство съ отказами: она также является отягощеніемъ наслѣдства. Поэтому нѣкоторыя правила объ отказахъ были перенесены и на *donatio mortis causa*—именно правило о quarta Falcidia и положеніе, что *donatio mortis causa* дѣйствительна только тогда, если наслѣдство достаточно для покрытія наслѣдственныхъ долговъ. Но несмотря на это, *donatio mortis causa* существенно отличается отъ отказовъ: она, какъ и всякое дареніе, есть *не односторонній* актъ послѣдней воли, а *договоръ*, нуждающійся въ согласіи со стороны одаряемаго.

Помимо отказовъ и *donatio mortis causa* могутъ быть другіе случаи, когда кто-либо косвеннымъ путемъ получаетъ что-либо изъ наслѣдства. Такъ, напр, завѣщатель назначаетъ кого-либо наслѣдникомъ, но подъ условіемъ, если онъ выдастъ извѣстную сумму такому-то: „P. Maevius heres mihi esto, si Titio centum dederit“. Юридическое значеніе такого распоряженія заключается въ томъ, что назначенный въ завѣщаніи станетъ наслѣдникомъ только тогда, если онъ выполнитъ условіе. Если онъ это сдѣлаетъ, Titius получитъ указанную сумму, но права требовать выполненія условія Titius не имѣетъ, —и въ этомъ существенное отличіе этого случая отъ отказовъ. Случаи подобнаго косвеннаго полученія изъ наслѣдства объединяются подъ общимъ именемъ *mortis causa capio*.

АЛФАВИТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

АЛФАВИТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

Цифры обозначают страницы.

- Absentes 286
Absentia 124
Acceptilatio 317, 343, 344
Accessio temporis 286
Accessorium 282, 313, 347
Accusatio 126, suspecti tutoris 371
Accursus 196
Acquisitio civilis, naturalis 257; hereditatis 402
Actio adjecticiae qualitatis 220, 229, 364
 aquae pluviae arcendae 252, 265
 arbitraria 108, 340
 arborum furtim caesarum 295
 auctoritatis 254, 330
 bonae fidei 106, 324, 328
 civilis 111, civilis in factum 112
 civilis incerti 327
 commodati 324
 conducti 332
 confessoria 264, c. utilis 276
 doli 340
 de effusis et dejectis 342
 de in rem verso 222
 de modo agri 254
 de pauperie 220
 de peculio 221
 de pecunia constituta 335
 de positis et suspensis 342
 de rupitiis sarcientiis 295
 depensi 102, 315
 depositi 325
 empti 329
 ex stipulatu 309, 360
 exercitoria 221
 familiae eriscundae 409
 famosa 234
 ficticia 111, 273
 fiduciae 260, 278, 303, 322
 finium regundorum 264
 hypothecaria 280
 in factum 111—112, 123, 323, 326
 339, 340,
 injuriarum 338
 in jus concepta 111
 in personam 41, 106, 244
 in rem 41, 106, 244
 institoria 221
 judicati 102, 119
 jurisjurandi 115
 legis Aquiliae 338, 339
 locati 332
 mandati 333
 metus 340
 mixta 337, 339
 negatoria 264
 negotiorum gestorum 341, 371
 pigneraticia 281, 325
 poenalis 337
 popularis 342
 perpetua 346
 praejudicialis 107
 praescriptis verbis 327
 praetoria 111
 pro socio 333
 prodita 113
 prohibitoria 264
 Publiciana 273—274
 quantum minoris 331
 quod jussu 221
 rationibus distrahendis 371
 redhibitoria 331
 rei persecutoria 337
 rei uxoriae 359
 rerum amotarum 358
 Serviana и quasi Serviana 280
 stricti juris 106
 suppletoria 401.
 temporalis 346
 tributoria 221
 tutelaе 371
 utilis 339, 348, 371
 venditi 329
 vi bonorum raptorum 340
 vulgaris 113.
Actor (municipii) 239
Actus 258
Addictio 46, 119, 256, 293
Aditio hereditatis 403
Adjudicatio 106

- Adoptio 366—367
 Adpromissio 314
 Adscripti (glabae) 163, 164
 Adsidui 51, 67
 Adstipulatio 313
 Adulterium 353,
 Aediles (эдилы) плебейские 61, куруль-
 ные 63, 82, 140
 Aelius (Sextus Paetus) 100
 Aequitas 99, 191, 194, 195
 Aerarii 67
 Aerarium 189, 237
 Aes rude 32, equestre 52, hordearium 52
 aes et libra 32, 253, 298, 343
 Aestimatio 108
 Aetas (minor) 124
 Africanus 152
 Ager publicus 29, 82, 131, adsignatus
 82; desertus 162; limitatus 82;
 occupatorius 82, 267; quaestor-
 ius 82; vectigalis 82, 277, 287
 Agere 100
 Agerius (Aulus) 104
 Agrimensores 6
 Agnatio, agnatus 229
 Agnitio honorum possessionis 404
 Alba Longa 14
 Albericus 196
 Album iudicium 126, senatorium 70
 Alciatus 200
 Alfenus Varus 101
 Alimenta 225, 358, 362
 Ambitus 77, 126, 252
 Amicitia 56
 Anatocismus 322
 Anatolius 176
 Animus possidendi 270
 Anquirere capite, pecunia 69, 125
 Antichresis 282
 Antitribonian 199
 Apparitores 76, 159, 238
 Appellatio 118, 167
 Appius Claudius 86, Caecus 67, 90
 Aquaeductus 258
 Aquae et ignis interdictio 127, 170
 231, 233
 Aquilius Gallus 101, 340, 344
 Arbiter 117
 Arbitrium litis aestimandae 114, recep-
 tum arbitrii 335.
 Arbitratus iudicis 108
 Argentarii 130, 316—317, 335, 345
 Aricia 14
 Арменополь 186
 Arrogatio 366
 Artes liberales 189
 Arx 13
 As 33, 130
 Ассценденты 396
 Assertor in libertatem 223, 235
 Assessor 158
 Auctoritas 254, 256, 298; patrum 23, 72,
 tutoris 370
 Auditor 100
 Auditorium 148, principis 158
 Augures 26
 Augusti 157
 Aulus Agerius 104
 Aulus Gellius 43
 Aulus Offilius 101
 Aurifodinae 82
 Auspicia 26
 Authenticum 181
 Azo 196
 Baldus 199
 Bantia 92
 Bartolus 198
 Basilica 186
 Bassianus 196
 Beneficium abstinendi 403
 competentiae 358
 cedendarum actionum 315
 divisionis 316
 exsussionis 315
 inventarii 408
 separationis 403, 407
 Воарий 162
 Вöhmer 201
 Болонский университет 192—196
 Бомануарь 206
 Bona adventicia 365
 materna 365
 vacantia 396
 Bonorum possessio 381—384
 Бонитарная собственность 271—274
 Brachylogus 191
 Брактонъ 206
 Breviarium Alaricianum 174, 188, 205
 Brocarda 196
 Budaeus 200
 Bulgarus 193, 195
 Caduca 354
 Caesares 157
 Canon 162, 185; 287
 Capitatio humana 283; terrena 164, 283
 Capite censi 51, 67
 Capitis deminutio 230—233
 Capito (Cn. Atejus) 150
 Caput 215
 Carmen famosum 37
 Carpzow 201
 Cassiani 150
 Cassius (Longinus) 150
 Casus 169
 Cato (Катонъ) 101
 Caupones 335, 342
 Causa сдѣлки 254, 309
 possessionis 266
 justa c. restitutionis 124
 Causae cognitio 93, 121

- Cautio, какъ письменный документъ
 —310, 318, 321
 damni infecti 123, 265
 de non amplius turbando 264
 de rato 114
 iudicatum solvi 114, 119
 iudicio sisti 168
 rem pupilli salvam fore 371
 rei uxoriae 359
 Cavere 100
 Celsus (Juventius) 151
 Censor (цензоръ, цензура) 62, 80—82,
 140
 Censorii 70
 Census (цензь) 51, 81
 Centumviri (центумвиральный судъ)
 117, 400
 Centuria 51, 67
 Cessio (in iure) 255—256, 284
 bonorum 120
 nominis 348
 Chirographum 318
 Circumscriptio minorum 373
 Civitates 13, 159; liberae или foedera-
 tae 56; sine suffragio 56
 Clarissimi 158, 160, 165
 Classici 51
 Clausula codicillaris 412
 nova Juliani 146, 394
 Clientes (клиенты) 18—20
 Codex accepti et expensi 316
 Gregorianus 173
 Hermogenianus 173
 Justinianus 176, 181
 Maximilianus Bavaricus 208
 Наполеона 206
 repetitae praelectionis 177
 Theodosianus 174
 Codi (Lo) 205
 Codicillus 412
 Coelibes 354
 Coemptio 350, 352
 Coercitio 37, 124
 Cognatio 230; servilis 218
 Cognitio extraordinaria 165—168
 Cognitor 113
 Collatio bonorum 409
 legum Mosaicarum et romana-
 rum 171
 Collegia 238, 240
 publicanorum 64
 Colonatus (колонатъ) 162—165
 Colonia 55; partiaria 163
 Colonus 163
 Comes largitionum 158
 rei privatae 158
 Comitia 65, 138
 calata 23
 centuriata 52, 66—68
 curiata 23, 66
 tributa 68
 Comitatus maximus 67
 Commentarii 148
 pontificum 26, 90
 Комментарь 196—199
 Commercium 55, 226
 Commodatum 324
 Communio incidens 342
 Compendium juris 190
 Compensatio 345
 Concilia provinciarum 141, 159
 Concilium plebis 62, 68
 Concubinatus 353
 Condemnatio 105, 107, 299
 Conditio: legis actio per conditionem
 44, 309, 341
 causa data causa non secuta 326,
 341,
 certae pecuniae 309, 320
 furtiva 338
 indebiti 341
 ob causam datorum 341
 ob turpem, ob injustam causam
 341
 sine causa 341
 triticaria 309, 320
 Conditores juris 148
 Conductio 331—332
 Conductores 163
 Confarreatio 349, 352
 Confessio 114, 256
 Confusio 346, 259
 Connubium 19, 62
 Consanguinei 396
 Consensus 305
 curatoris 370
 Consiliarius 193
 Consilium magistratovъ 76
 principis 140
 Consistorium principis 158
 Consortium 333
 Constitutio principis 146, 170
 Antoniniana 142
 Антонина Пия 219
 Constitutum 335
 debiti alieni 316, 335
 Consulares 70
 Consules (консулы) 77—78, 140, 157
 Consultatio veteris cuiusdam juriscon-
 sulti 171
 Contio 65
 Contractus 305—306
 aestimatorius 326
 innominati 326—327
 pigneraticius 325
 Contrarius actus 299, 342
 Contravindicatio 41
 Controversia de fine et de loco 265
 status 235—236
 Contumacia 108
 Conventio in manum 233
 Conventus 85, 193

- Corfinium 58
 Cornicines 51
 Corpus Juris Civilis 177, 183,
 inscriptionum Latinarum 6
 possessionis 270
 Correi 312
 Coruncanus (Tiberius) 99
 Coutume de Beauvaisis 206
 Кратинъ 176
 Cretio 403
 Crimen legitimum, extraordinarium 169
 laesae majestatis 65, 73
 expilatae hereditatis 405
 Cubiculum (sacrum) 158
 Cujacius (Кюажиа) 200
 Culpa 169, 324, 325, 330, 333, 339
 Cura 370
 annonae, ludorum, urbis 82
 Curatores 141, 158; rei publicae 141, 159
 minorum, furiosi, prodigi 372,
 376
 Curia 17, 84
 Curio 66
 Custodia urbis 79

 Damnas, damnatio 299, 300, 302, 338
 Damnum infectum 104, 123, 165
 injuria datum 295, 338
 Datio actionis 110
 in adoptionem 233
 Decemviri legibus scribundis 86
 stilitibus judicandis 84, 117
 Decretum претора 121, principis 146, 170
 судьи 167, de alienando 372
 Decuma 81
 Decuriones 84, 141, 159, 162
 Dediticii 57, 142
 Deditio 57, in fidem 21
 Deductio, видъ compensatio 345
 in domum 352
 servitutis 259
 Defensor civitatis 159
 Definitiones 148
 Delatio hereditatis 402
 Delegatio 344, 346
 Delicta publica 36, 124
 privata 37, 291—296, 337—340

 Dementes 376
 Demonstratio 105
 Демосфень 171
 Denarius 130
 Denuntiatio 44, 348
 Deportatio in insulam 170
 Depositum 325.
 Десценденты 395
 Detentio 270
 Диархия 139
 Dictator 78—79
 Dies fasti, nefasti 16
 Diffarreatio 353

 Digesta 149; Юстиниана 176, 178—181
 Digestum novum, vetus 182
 Dignitates 158
 Diligentia quam suis 358
 Дионезы 158
 Disputatio 100, 149
 Distractio bonorum 120
 Divortium 353
 Dolus 124, 169, 339, 340
 Dominium 247, 283
 eminens 29
 populi Romani 29, 237
 Домниъ 171
 Donatio 336
 inter virum et uxorem 358
 mortis causa 416
 propter nuptias 361
 Donellus 200
 Dorotheus 176
 Dos 358—361
 Дуализмъ jus civile и jus honorarium
 97, 147
 Duarenus 200
 Ductio 46
 Duoviri jure dicundo 84
 perduellionis 22, 37
 vis purgandis 84

 Ecclesiae 243
 Эклога 185
 Edictum 75
 aedilicium 82, 94, 331
 Claudianum 219, 223, 225, 232, 375
 Диоклетiana de pretiis 161
 perpetuum 94, 146
 praetoris 93, 145,
 principis 146, 171
 provinciale 59
 Publicianum 273
 successorium 395
 Theodorici 174
 tralatitium 94
 Emancipatio 367—368
 Emblemata Triboniani 179
 Emphyteusis 287
 Emptio-venditio 328—331
 Emptor bonorum 120, 345
 familiae 387—388
 Enchyridion (Помпония) 5
 Епископы 160
 Epistula 149
 Eritome Gai 153
 Juliani 181
 exactis regibus 190
 Equites 51, 64, 143
 Ereptoria 410
 Error 124
 Evictio 330
 Exceptio 107
 doli 311, 345
 jurisjurandi 115

- justi dominii 274
 legis Cinciae 336
 legis Plaetoriae 373
 ne praejudicium hereditati fiat 409
 non adimpleti contractus 330
 non numeratae pecuniae 311
 pacti 334, 344
 rei judicatae vel in iudicium
 deductae 116, 119
 rei venditae et traditae 272
 vitiosae possessionis 268
 Exceptiones legum romanarum (Petri)
 191
 Excusatio 370
 Exercitor 221
 Exhereditio 398—399
 Exilium 127
 Expensilatio 316
 Expiatio 25,
 Expromissio 344, 346

 Fabri 51
 Falsum 126
 Familia 16, 227, 349—368
 и pecunia 250
 Fas 34
 Favor libertatis 218
 testamenti 391

 Ferrarii 51
 Fetiales 27
 Festuca 41
 Fictio 111
 legis Corneliae 232
 Fictus possessor 263
 Fideicommissa 411—415
 Fidejussio 315
 Fidepromissio 314
 Fides 255
 bona 257, 272, 303, 323, 328
 mala 257, 274
 Fiducia 255, 260, 277, 288, 298
 Figere (legem) 91
 Filii familias 229
 Fiscus 139, 241—242
 Flaminius 68
 Flavius (Снеjus) 90
 Флорентина 182
 Foedus 56
 Cassianum 54
 Foeneratores 131
 Foenus 131, 301, 307
 nauticum 322
 unciarium 131
 Formula 104—113
 arbitraria 108, 263, 340
 sensualis 164
 in jus concepta 111—112
 in factum 111—112
 ficticia 111
 съ перестановкой субъектов 112
 petitoria 262, 408

 Fragmenta Vaticana 171
 Fraternalitas 333
 Frumentatio 133
 Functio 161, 162
 Fundus 30, 249
 dotalis 360
 patrimonialis 287
 Furiosus 376
 Furtum manifestum, nec manifestum
 293, 338
 conceptum, oblatum 295, 338
 usus 282
 уголовныя наказанія 170

 Gail 201
 Gaius 152
 Gens 16
 Gentes minores 49
 Gentiles 16, 393
 Gestio negotiorum 341
 pro herede 403
 Гленвилль (Glanvilla) 206
 Глоссы 190, 195
 Glossa ordinaria 196
 Глоссогоры 192—196
 Гоббсъ 202
 Gothofredus 183
 Гракхи 132
 Грамматики 5
 Granius Flaccus 34
 Gromatici 6
 Grotius (Hugo) 202

 Habitatio 258
 Haloander 182
 Haruspices 27
 Hereditas 375, 381
 damnosa 403
 jacens 404—405
 Hereditatis petitio 408
 possessoria 409
 Heredium 28, 29
 Heres 381, 407
 domesticus 402—403
 extraneus 403
 necessarius 403
 suus 392
 voluntarius 403
 Гермодоръ Эфесскій 88
 Hermogenianus 173
 Herus 228
 Homo sacer 61
 Honor 73
 institutionis 401
 Honorarium 333
 Hospitium privatum 20
 publicum 56
 Hotman (Hotomanus) 199
 Hugo 193
 Гуманисты 199—201
 Нурегоча 282
 Hypotheca 279—282, 288—289

- Iacobus 193
 Iactus 333
 Iason de Maino 199
 Iavolenus 151
 Ignominia 234
 Illata, invecata, inducta 280
 Illustres 158
 Immissiones 252
 Imperator (императоръ) 139
 Imperium 23, 74
 domi, militiae 75
 merum, mixtum 80
 proconsulare 140
 Impuberes 372—374
 Inauguratio 22
 Incapacitas 354, 404
 Incensus 232
 Indignitas 410
 Infamia 234
 Infantes 373
 Infantiae majores 373
 Infortiatum 182
 Ingenui 225
 Injuria 292, 337—338
 Insinuatio 336
 Instititor 221
 Institutio 100, 148
 heredis 390
 Institutiones 148
 Gaii 153
 Юстиниана 176, 177
 Instructio 100, 148
 Instrumentum, какъ писъм. документъ 288
 vocale 219
 Intentio 106
 Intercessio магистратовъ 74
 женщинъ 375
 Interdicta 121—122
 duplicia 122
 exhibitoria 122
 popularia 122
 possessoria 122, 268—269
 prohibitoria 122
 restitutoria 122
 Interdictio 376
 Interdictum de clandestina possessione 269
 de liberis exhibendis, ducendis 236
 demolitorium 265
 de migrando 280
 de precario 269
 de superficie 276
 de uxore exhibenda, ducenda 357
 de vi 269
 ne quid in loco publico fiat 267
 quem fundum 262
 quorum bonorum 381, 409
 Salvianum 280
 unde vi 269
 uti possidetis 268
 utrubi 268
 Интерполяция 179—180
 Interpretatio 89
 Interregnum 22, 72
 Interrogatio in iure 115
 Intestabilitas 234
 Intestatus 392
 Introductio (solemnis locorum) 285
 Inventarium 408
 Irnerius (Ирнерій) 192
 Iter 257
 Iudex 117,
 datus, pedaneus 166
 litem suam facit 119, 342
 Iudicis postulatio 43—44
 Iudicium 42, 116—118
 domesticum 357
 publicum 373
 Jugerum 28
 Julianus 181
 Julianus (Salvius) 145, 151
 Juniores 51
 Jurare in leges 77
 Jurisdictio 80
 Jus, какъ стадія процесса 42, 45
 Jus abutendi 245
 accrescendi 407
 agendi cum patribus, cum populo 75
 aedilicium 94
 Aelianum 100
 antiquum 171
 civile 88—92
 coercitionis 22, 364
 cogens 213
 commercii 19, 56, 226
 connubii 19, 56, 62, 226
 disponendi 245
 dispositivum 213
 divinum 25
 edicendi 75
 exponendi 363
 extraordinarium 222
 exulandi 127
 Flavianum 90
 gentium 97—98
 honorarium 92—97
 honorum 56
 humanum 25
 imaginum 64
 in agro vectigali 277, 287
 in personam 244
 in rem 244
 in re aliena 245
 intercessionis 74
 italicum 142
 latii 226
 latinum 142
 liberorum 354, 375
 naturale 98, 191, 198, 201
 Papirianum 34
 pontificium 26
 possidendi 266

- postliminii 232
 praetorium 94
 prendendi 75
 privationis 288
 privatum 214
 protimiseos 288
 publicum 214
 Quiritium 89, 249, 283
 repraesentationis 392
 respondendi 147
 sacrum 26
 sententiae dicendae, ferendae 70
 strictum 106
 suffragii 56
 utendi 245
 vendendi 281, 363, 364
 vetus 171
 vitae ac necis 219, 356, 363, 364
 Jusjurandum 108
 in iure delatum 115
 Labeo (M. Antistius) 150
 Laesio 124
 enormis 329
 Лангобарды 187
 Largitiones 158
 Latifundia 129
 Latini 13, 142
 coloniari 226
 Juniani 224, 226
 prisci, veteres 226
 Латинскій союзъ 13, 21, 54
 Latium majus, minus 142
 Laudatio auctoris 263
 Laudemium 288
 Lectio senatus 69
 Vulgata 182
 Legata 301, 410—411
 Legatarius 411
 partiarius 414
 Legati pro praetore 76, 85
 Caesaris 141
 Leges agrariae 132
 datae 92
 de ambitu 77
 XII tabularum 85—88
 geminatae 179
 mancipii 255
 regiae 34
 sacratae 61
 saturae 91
 tabellariae 69
 Legis actio 39—48, 101—104
 Легислы 204
 Legitimitas 366
 Лейбницъ 202
 Lex 23, 91, 145, 170
 Acilia repetundarum 92
 Aebutia 103
 Aelia Sentia 224
 Aemilia 80

- Allegatoria 172
 Anastasiana 348
 annua 94
 Apuleja 314
 Aquilia 296, 313, 338—339
 Aternia Tarpeja 60
 Atilia 369
 Atinia 256
 Caecilia Didia 91
 Calpurnia (o legis actio per con-
 dictionem) 44, 101, 309
 Calpurnia (quaestio de repetun-
 dis) 126
 Cantuleja 62
 centuriata de potestate censo-
 ria 81
 censoria 82
 Cicereja 315
 Cincia 336
 Claudia 64
 commissoria 281
 Cornelia de magistratibus 77
 — o претор. эдиктъ 94
 — o попавшихъ въ плѣнь 232
 — de injuriis 338
 curiata de imperio 22, 66
 Dei 171
 de imperio principis 147
 Falcidia 413
 Fufia Caninia 225
 Furia de sponsu 315
 Furia testamentaria 413
 Gabinia 69
 Genucia 131
 Hortensia 68
 imperfecta 91
 Julia o правъ гражданства 58
 — municipalis 58, 84
 — judicialia 103
 — de cessione bonorum 120
 — de collegiis 241
 — de adulteriis 353, 360
 — de maritandis ordinibus 353
 — et Papia Poppaea 353, 396, 410
 — et Titia 369
 Junia Norbana 224, 226
 Licinia Junia 91
 Licinia Sextia 63, 132
 Manlia 81
 minus quam perfecta 92
 Ogulnia 63
 Ovinia 70
 Papiria
 — tabellaria 69
 perfecta 92
 Petronia 219
 Plaetoria 373
 Plautia (o res vi possessae) 257
 — Papiria 58
 Poetelia 102, 119, 301
 provinciae 59, 85

Publlia de sponsu 315
 — Philonis 63, 68
 — Voleronis 62
 Rhodia de jactu 333
 rogata 34
 romana Wisigothorum 174
 romana Burgundiorum 174
 Scribonia 259
 semiunciararia 131
 Silia 44, 101, 309
 Thoria agraria 92
 Valeria de provocacione 60
 — et Horatia 62, 68
 Vallia 102, 301
 Villia annalis 76
 Voconia 390, 393, 413
 Libellus въ процессъ 168
 — repudii 354
 Liberatio nexi 299
 Liberi 393
 — naturales 354, 366,
 Libertini 225
 Libri 149
 censuales 285
 Libripens 253
 Lictores 76
 Litiscontestatio 42, 115, 167
 Litis denuntiatio 167
 Litterae 306, 316
 Locatio-conductio 331—332
 Locus religiosus 218
 Локкъ 202
 Luceres 14
 Lucida intervalla 376
 Лукулль 340
 Lucra nuptialia 355, 365
 Lullus (Raimundus) 196
 Lustratio, lustrum 51
 Magister bonorum 120
 officiorum 158
 Магистратуры 72—84, 140, 157
 Magistratus cum imperio, sine imperio 76
 maiores, minores 76
 curules (курульные) 76
 Majestas populi Romani 65
 Maleficium 305
 Mancipatio 253—255, 284, 297, 350
 Mancipium 231
 Mandata principis 146, 170
 Mandatum 333
 agendi 347
 qualificatum 334
 Manum consertio 41
 Manumissio 223—224
 Manus 228, 349—350, 356
 Manus injectio 42—43, 46, 102
 Martinus 193, 195
 Масса Сабина, адикта, Папиньяна 178

Matrimonium 315
 Membrum ruptum 292
 Merx 329
 Metalla 82, 170
 Metus 340
 Minores (XXV annis) 373
 Missio in possessionem 120, 123
 Modestinus 154
 Monstra 363
 Morari in libertate 224
 Mores majorum 34
 Mortis causa capio 416
 Mos gallicus, italicus 200
 Mucius (Q. M. Scaevola) 101
 Mulieres 374—375, 393
 Multae dictio 75
 Municipium 56, 239—240
 Munus 56, 369
 Mutuum 319—321
 Mynsinger 201
 Nationes 189, 193
 Nautae 335, 342
 Navicularii 162
 Negotia lucrativa 371
 per aes et libram 32, 253, 298
 Negotiatio 333
 Negotiorum gestio 341
 Neratius Priscus 151
 Nerva 151
 Nexi 301
 Nexum 298—301
 Nobiles 63
 Nomen gentilicium 16
 — какъ obligatio 348, 409
 Nomina arcaria 316
 Nominatio auctoris 263
 judicis 105
 Номоканоны 185
 Noodt 201
 Nota censoria 81
 Notae 149
 Notio 165
 Novatio 344, 346
 necessaria 116
 Novellae leges 174
 Новеллы 177, 181
 Noxa 220, 229
 Nuda proprietas 245
 Nudum jus Quiritium 95
 Numerius Negidius 104
 Nuncupatio 255, 301, 387
 Obaerati 301
 Obligatio 290—291
 naturalis 220, 229, 306, 321
 Obsignatio 388
 Occidens 156
 Occupatio 257
 bellica 57
 Одофредъ 182, 190, 196

Officiales 159
 Officium 149, 158
 pietatis 400
 Operae officiales, fabriles 225
 liberales 332
 locari solitae 332
 servorum vel animalium 258
 Operis novi nuntiatio 265
 Opiniones 149
 Oratio principis 145
 Antoniniana 358
 divi Severi 372
 Orbi 354
 Ordo decurionum 84, 159
 equester 64, 143
 judiciorum privatorum 113
 magistratum 76
 senatorius 143, 160
 Ординарный процессъ 113
 Otiens 156
 Орлеанъ 190
 Os fractum 292
 Pacta nuda, vestita 306, 334—336
 Pactio 276
 Pactum de contrahendo 319
 de non petendo 344
 de vendendo 281
 donationis 336
 dotis 336
 fiduciae 298, 303, 322
 Paetus (S. Aelius) 100
 Pagina accepti, expensi 316
 Palatium (sacrum) 158
 Pandectae 176, 178
 Panis farreus 350
 Papias 175
 Papinianus (Aemilius) 153
 Papius 34
 Justus 173
 Папирусы (папирология) 143
 Parapherna 358
 Парафразъ Теофила 185
 Parens binubus 355
 Paterfamilias 17, 228
 Patres 22, 70
 Патриции 18, 59—63
 Патрикий 171
 Патронатъ 225
 Paulus (Julius) 154
 Павля 190
 Pays de droit écrit 188
 de droit coutumier 188
 Peculatus 126
 Peculium 221, 229, 364
 castrense, quasi castrense 364, 365
 Pecunia 32
 forma publica signata 33
 et familia 250
 Pedarii (senatores) 71
 Pegasus 151
 Pepo 192
 Peregrini 57, 59, 227
 Periculum (rei) 336
 въ процессъ 122
 Permutatio rerum 326
 Perorare causam 117
 Persona 215
 incerta 390
 servi 218
 sui et alieni juris 228
 turpis 400
 Pia corpora 243
 Piae causae 243
 Pignoris capio (legis actio per) 43, 46
 магистратовъ 75, 261
 Pignus 278, 281, 288, 325
 in causa judicati captum 120
 Pillius 196
 Pistorii 162
 Placentinus 196
 Plebs 18—21, 49, 52, 59—63, 144
 Plebiscitum 68
 Пльнь 232
 Pluspetitio 109
 Poena capitalis 170
 Pollicitatio 306
 Pomerium 75
 Pomponius (Sextus) 152
 Pons (ad pontem) 41
 Понтифики 26, 48, 89
 Populiscitum 68
 Portio debita 401
 Portoria 81
 Possessio 251, 265—271
 Постглюссаторы 196
 Postliminium 232
 Postulatio judicis arbitrive 43—44, 48, 102
 Postumi 390
 Potentiores 348
 Potestas magistratovъ 74
 императоровъ 140
 dominica 218, 228
 patria 228, 362—368
 Praedes 279, 296, 314
 litis et vindictarum 42
 Praedia italica 251
 Praediatura (предиатура) 279
 Praedium dominans, serviens 246
 Praedictio 315
 Префектуры 158
 Praefectus annonae 141, 158
 jure dicundo 56
 praetorio 140, 158
 urbi 22, 141, 158
 vigilum 141, 158
 Praepositus (sacri cubiculi) 158
 Praescriptio въ законъ 91
 въ формулѣ 105, 108
 longi temporis 285
 ordinaria, extraordinaria 286
 Praeses provinciae 158

Praestationes personales 263
 Praeteritio 398—399
 Praetor (прегоръ) 63, 77, 79
 peregrinus 79, 97
 tutelarıs 370
 Praetores quaesitores 126
 Praetorii 70
 Praecarium 269, 270, 278, 324
 Praecones 76
 Pretium 329
 Princeps 139
 senatus 70
 Присяга 25, 48
 Privilegium exigendi 360
 Prochiron (прохиронъ) 186
 Prociuctus 387
 Проконсулы 76, 85
 Proculus 150
 Прокуляницы 150
 Procurator въ процессъ 113
 въ сдѣлакахъ 334
 in rem suam 347
 Prodigı 376
 Professio nominis 77
 Proletarii 51, 67
 Промагистратуры 76
 Promissio 307
 jurata operarum 307
 Promotio 193
 Promulgare legem 91
 Pronuntiatio 107
 Пропреторы 76, 85
 Proprietas 247
 Provincia 58, 85, 141, 158
 Provocatio ad populum 60, 125
 sacramento 41
 Psellus 186
 Puberes 372
 Publicani 64
 Pulsatio 292, 338

 Quadrivium 189
 Quaestio lance et licio 294
 Quaestiones (литературныя) 149
 ac monita 190
 extraordinariae 125
 perpetuae 126, 168
 Quaestor (квесторы) 63, 83
 parricidii 22, 83
 sacri palatii 158
 Quaestus (societas) 333
 Quarta Falcidia 413
 Quasi-деликты 305, 342
 Quasi-контракты 305, 341
 Quattuorviri jure dicundo 84
 viis purgandis 84
 Querela inofficiosae donationis 401
 inofficiosi testamenti 400
 non numeratae pecuniae 311, 318
 Quinquaginta decisiones 177

Рабы 128, 130, 216—225
 Ramnes 14
 Rapina 339
 Raudusculum 32
 Ravanis (Jacobus de) 196
 Равенна 190
 Решенія римскаго права 204—209
 Rescriptum 335
 Rector provinciae 158
 студенчества 193
 Recuperatores 117
 Regifugium 21
 Regimen morum 81
 Regulae 148
 Relatio 71
 Relegatio 170
 Remancipatio 255, 353
 Remissio mercedis 288
 Repetundae 92, 126
 Repromissio 123
 Repudiatio 404
 Repudium 353, 354
 Res censui censendo 251
 divini juris 238
 extra commercium 237
 furtivae 257
 hereditariae 378
 judicata 118
 mancipi, nec mancipi 250, 253, 283
 publicae 237
 religiosae 237
 sacrae 237
 sanctae 238
 vi possessae 257
 Rescriptum principis 146, 170
 Respondere 100
 Responsa 147, 149
 Resipulatio 103, 122
 Restitutio in integrum 124
 Retentiones 360
 Revocatio in duplum 118
 in servitutem 225
 Rex 21
 sacrificulus 21
 Римско-сирійская законная книга 171
 Rogatio 65, 91
 Rogerius 196
 Rufus (Servius Sulpicius) 101
 Rupitiae 295
 Руссо 202

 Sabinus (Masurius) 150
 (Caelius) 151
 Сабиньянцы 150
 Sacer esto 25
 Sacra 25
 Sacramentum 40, 47
 legis actio per sacramentum
 40—42, 47
 Sacrosancti 61
 Salinae 82

Sanctio въ законѣ 91
 pragmatica 171
 Satisfactio 123
 pro praede litis et vindictarum 262
 rem pupilli salvam fore 371
 Scaevola (Quintus Mucius) 101
 Scribae 76
 Scriptura 318
 Secessio (плебеевъ) 60
 Secretarium 168
 Sella curulis 71
 Сенать 22, 69—72, 139, 157
 Senatusconsultum 22, 71, 92, 145
 de Bacchanalibus 241
 Iuventianum 408
 Macedonianum 321
 Neronianum 411
 Orphitianum 395
 Pegasianum 413, 415
 Tertullianum 395
 Trellianum 415
 ultimum 71
 Velleianum 375
 Seniores 51
 Sententia iudicis 118, 168
 Sententiae юристовъ 149
 Pauli 154, 172, 173
 Sequestratio 325
 Servi—см. рабы
 nullus 218
 poenae 170, 223
 publici 222
 vicarii 222
 Сервитутъ 245—246, 257—259, 275
 Servius Sulpicius Rufus 101
 Sesterlius 130
 Sextus Aelius Paetus 100
 Схоластика 197
 Схолія 186
 Sicarii 126
 Societas 333
 Socii 57, 333
 Sodales 238
 Sodalitates 238, 241
 Solarium 276
 Solum Italicum 59, 251
 provinciale 59
 Solutio 343
 Spatium deliberandi 404
 Specificatio 287
 Spectabiles 158
 Sponsio 307, 314—315
 процессъ per sponsiones 102
 въ интердиктномъ процессъ 121
 Sportulae 168
 Spuri 353
 Stabularii 335, 342
 Stationes jus docentium 148
 Status 215
 civitatis 226—227
 controversia 235—236

familiae 227—230
 inlaesae dignitatis 233
 libertatis 216—226
 Стефанъ 185
 Stellationatus 169
 Stipendium 81
 Stipulatio 307—316
 Aquiliana 344
 duplae 331
 emptae et venditae hereditatis 406
 partis et pro parte 414
 praetoria 123
 Stirpes 392
 Stryck 201
 Stuprum 353
 Substitutio 391
 Successio graduum et ordinum 383, 395
 Suffragium 56
 Summae 195
 Superficies 276
 Superscriptio 388
 Syndicus 193
 Synallagma 327, 329
 Syngrapha 318

 Tabula Bantina 92
 Tabulae novae 131
 testamenti 387
 Tabularius 389
 Talio (талъонъ) 38, 292
 Taxatio 107
 Теодорихъ 174, 187
 Теофиль 176, 185
 Терентилій Арса 85
 Termini motio 37
 Tertullianus 154
 Testamentifacio 390
 Testamentum 380, 384—391
 Testes 42, 254, 298
 Thesaurus 287
 Tiberius Coruncanus 99
 Tibicines 51
 Тибо 203
 Tignarii 51
 Tirones 162
 Tittus 14
 Titulus въ Corpus Juris Civilis 177, 178
 justus 257
 Томасиъ 202
 Traditio 253, 257, 284
 quasi—traditio 276
 Translatio possessionis 262
 Transmissio 406
 Transscriptio 316—317
 Tres libri кодекса 182
 Tresviri capitales или nocturni 84
 monetales 84
 Трибоніанъ 175, 176
 Трибы старья родовыя 14
 территориальныя 50
 Tribules 51

Tribuni aerarii 50
 celerum 22
 militum 22, 78
 —consulari potestate 62
 plebis 61, 83
 Tributum (tributus) 52, 81
 Trinundinum 91
 Tripertita 100
 Trivium 189
 Turbatio sanguinis 355
 Туринская рукопись Институцій 182
 глосса 190
 Turpitude 234
 Tutela 368—376

Ulpianus (Domitius) 154
 Unitas actus 389
 Universitas 193
 Urbs 13
 Usucapio 256, 286
 pro herede 382, 405
 Usurae 321—322
 Usureceptio 257
 Usurpatio trinoctio 351
 Usus 256, 258
 форма брака 350, 351
 Usus modernus Pandectarum 208
 Usufructus 258
 maritalis 361
 Uterini 396
 Uxor 351
 indotata 396

Vacarius 196, 206
 Vades 296, 308, 314
 Vadimonium 40, 113, 308
 Valerius Probus 44

Variae causarum figurae 305
 Vectigal 82, 277
 Venditio см. emptio
 bonorum 120
 hereditatis 406, 414
 imaginaria 254
 nummo uno 254, 414
 trans Tiberim 43, 232, 363, 364

Veneficii 126
 Verberatio 292, 338
 Весталки 27
 Veteres jurisconsulti 100
 Vi domum introire 338
 Via 258
 Viatores 76
 Vicarius 158
 servus 222
 Vicesima hereditatum 142, 391
 manumissionum 81
 Vigintisexviri 84
 Vindex 43, 102
 Vindicatio 41
 filii 236
 in libertatem 235
 in servitutem 235
 rei 248, 261—264
 servitutis 264
 Vindictae 42, 235
 Vindicta 41, 235, 262
 Vis major 335
 Vocatio (in jus) 40, 75, 113
 Voconiana ratio 393
 Voet 201
 Votum 306
 Vulgata 182
 Vulgo concepti 354
 Zasius (Ulrich) 200

Важнѣйшія печатки.

<i>Стр.</i>	<i>Строка.</i>	<i>Напечатано.</i>	<i>Слѣдуетъ читать.</i>
116	13 сверху	обвинить	обвинить
123	15 снизу	вводить	вводить
141	2 сверху	vigilum	vigilum
158	6 снизу	restores	rectores
181	23 сверху	postes	potes
208	5 снизу	осужденію	обсужденію
223	23 сверху	охраняемую	охраняемую
245	1 "	передаетъ	передаетъ
262	5 "	in judico	in judicio
270	7 "	amino	animo
280	4 снизу	acto	actio
291	4—5 сверху	„обязательство“	„обязательство“
313	1 "	stipulati	stipulatio
315	3 снизу	beneficim	beneficium
317	17—18 сверху	отдѣльнымъ	отдѣльныхъ
323	22 снизу	деликатные	деликтные
335	22 сверху	самостоятельная	самостоятельныя
353	16 снизу	Papraea	Porraea
394	21 сверху	Juliani	Iuliani
404	16 снизу	необходимымъ	необходимъ

- Исаченко, В. Л.** Гражданский процесс. Практич. комментарий на П. кн. Уст. Гр. Суд. т. I. Изд. 3-ое. 1916 г. Ц. 6 р. 50 к. Т. т. III—V. Ц. 27 р. 50 к. (т. II и VI—печат.).
- Русское гражданское судопроизв. Практич. руководство. Т. I. Судопроизв. исковое. Изд. 4-ое. 1915 г. Ц. 2 р. 25 к. Т. II. Судопроизв. охранительное и конкурсное. Изд. 4-ое. 1917 г. (печат.).
- Вопросы права и процесса. Т. I. Материальное право. Подъ ред. и съ прим. В. В. Исаченко. 1917. Ц. 5 р. Т. II. Профессуальное право (печат.).
- Исаченко, В. В.** Законы гражданские; съ разъяснениями по рѣшениямъ сената (по тезисамъ сен. В. Л. Исаченко) и съ подр. предм. указ. 1916. Ц. 5 р., 75 к. въ пер.
- Каминка, А. И.** Очерки торгов. права. Вып. I. Изд. 2-ое, 1912 г. Ц. 2 р. 50 к. (въ пер.).
- Уставъ о векселяхъ. Изд. 3-е, дополн. 1913 г. Ц. 2 р. 25 к. (въ перепл.)
- Канторовичъ, Я.** Законы о состоянiяхъ, съ разъясн. Изд. 2-ое, доп. 1911 г. Ц. 5 р. 50 к.
- Красикъ, А. и Элькинъ, Б.** Положенiе о казен. подрядахъ и поставкахъ, съ разъясн., приложен. и предм. указат. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к. (въ перепл.) 3 р.
- Крыжановскiй, Б. Д.** Акты и договоры по имуществ. сдѣлкамъ. Настольн. книга для нотарiусовъ, повѣренныхъ и др. 1915 г. 2 р. 50 к.
- Лазаревскiй, Н. И.** Русское государственное право. Т. I. Изд. 4-ое. 1917. (заканч. печат.).
- Ливинъ, Я. и Ранскiй, Г.** Уст. о воинск. повинности, со всѣми измѣн., дополн., разъясн. и предм. указат. 1913 г., съ дополненiемъ 1915 г. Ц. 2 р. 50 к., въ перепл. 3 р. Дополненiе отдѣльной продажѣ—75 к.
- Мельниковъ, А. П.** Таблицы высшихъ и низшихъ наказанiй, налаг. по закону и при дачѣ снисхожденiя и др. 1913 г. Ц. 1 р. 25 к.
- Могилевъ, М. С.** Гражданское судопроизводство. Настольн. книга, для членовъ окр. судовъ и миров. судей. 1914 г. Ц. 3 р., въ перепл. 3 р. 50 к.
- Мочульскiй, В. Д.** Юридическая природа исковъ о нарушенiи права участiя частнаго. 1916 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Нолькенъ, А. М. бар.** Уставъ гражданскаго судопроизводства. Практическое руководство, въ 6 выпускахъ. Подп. цѣна 15 р. (2 р. 50 к. при подп. и по 2 р. 50 к. за каждый изъ первыхъ 5 вып.). (Къ 1 янв. 1917 г. вышли вып. I—III; все изданiе будетъ законч. въ 1917 г.).
- Сводъ гражданскихъ узаконенiй губерн. Прибалтiйскихъ, съ разъясн. и предм. указателемъ. Изд. 2-е. 1915 г. Ц. 7 р., въ пер. 7 р. 50 к.
- Уставъ о векселяхъ. Практич. руковод. Изд. 6-ое. 1913 г. Ц. 2 р. 50 к. (въ пер.).
- Законъ о страхов. рабочихъ отъ несчаст. случаевъ. Практич. руководство. 1913 г. Ц. 2 р. 75 к. (въ перепл.).
- Законъ объ обезп. раб. на случай болѣзни. Практич. руков. 1914 г. Ц. 2 р. (въ пер.).
- Объединенное зак-ство о векселяхъ въ примѣн. къ Россiи. 1913 г. Ц. 1 р. 50 к.
- Пеньковскiй, М. И.** Кассационная практика. Не вошедшiя въ официалный сборникъ рѣшенiя Гражд. Кассац. Деп. Пр. Сената съ 1897 г. по 1914 г., съ постановк. и предметн. указателями. Ц. 6 р., въ перепл. 6 р. 50 к.
- Плеханъ, И. С.** Уставъ о герб. сборѣ, съ разъясн. инструкцiями, перечнями бумагъ, общимъ и специальными: банковымъ и жел.-дорожнымъ—съ алфав. и хронолог. указателями. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к., въ пер. 3 р.
- Общiй уставъ счетный, съ разъясн. Изд. 2-ое. 1917 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Прессъ, Г. С.** Страхование. Изд. 2-ое. 1914 г. Ц. 1 р. 50 к., въ пер. 1 р. 75 к.
- Рабиновичъ, И. М.** Общiй уставъ Россiйскихъ жел. дор. по разъясненiямъ Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената и его отдѣленiй. 1914 г. Ц. 3 р. 50 к. (въ перепл.).
- Равичъ, М. С.** Уголовная отвѣтствен. за уклон. отъ воинск. повинности. 1917 г. Ц. 2 р.
- Розень, Я. С.** Товарные знаки. Практич. руков. 1913 г. Ц. 1 р. 25 к., въ перепл. 1 р. 50 к.
- Розинъ, Н. Н.** Уголовное судопроизводство. Изд. 3-ье. 1916 г. Ц. 4 р. (въ перепл.).
- Сергѣвичъ, П. (П. П.-въ).** Искусство рѣчи на судѣ. 1913 г. Ц. 3 р.
- Уголовная защита. Изд. 2-е. 1913 г. Ц. 1 р. 25 к.
- Славинъ, И. Б.** Новый квартирный законъ. Зак. о воспрещ. повышать цѣны на жилия помѣшенiя. Практич. руководство. 1917. Ц. 1 р.
- Спасовичъ, В. Д.** Собранiе сочиненiй, въ 10 т. Изд. 2-ое. 1913 г. Ц. 12 р. 50 к.
- Туганъ-Барановскiй, М. И.** Бумажныя деньги и металл. 1917 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Основы политической экономiи. Изд. 3-ье. 1915 г. Ц. 3 р.
- Очерки изъ новѣйш. исторiи полит. экон. и социализма. Изд. 5-е. 1913 г. Ц. 1 р.
- Трегубовъ, С. Н.** Основы уголовной техники. Научно-техническiе приемы разсыѣдованiя преступленiй. Практич. руковод. для судебн. дѣателей. 1915 г. Ц. 3 р.
- Шефтель, Я. М.** Право морской войны. Положенiе о морск. призахъ (изд. 1914 г.) съ разъясн., прилож., конвенцiями и предм. указателемъ. 1915 г. Ц. 1 р. 25 к.
- Штильманъ, Г.** Печать и уголовный законъ. 1914 г. Ц. 1 р.
- Яблочковъ, Т. М.** Практическiй комментарий на Уст. Гражд. Судопр. Т. I. Основы гражд. процесса. 1913 г. Ц. 2 р. 85 к.

Складъ высылаетъ—наложеннымъ платеномъ—всѣ книги, имѣющiяся въ продажѣ. Каталоги—бесплатно.