КООПЕРАТИВНОЕ
Товарищество печатнаго и издательскаго дѣла авторов-издателей „ГОЛОСЪ“
Кіевъ, Бибиковскій-Бульваръ, № 24.

проф. Д. Д. ГРИММЪ.

ЛЕКЦІИ

ПО

ДОГМѢ РИМСКАГО ПРАВА.

ПОСОБІЕ ДЛЯ СЛУШАТЕЛЁЙ.

Изданіе шестое, исправленное и дополненное.



КІЕВЪ.
Совѣтская (бывш. Польская типографія), Крещатикъ № 38.
1919.

БИБЛІОТЕКА
Коммунистической
АКАДЕМІИ
514
36

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

СТРАН.

ВВЕДЕНІЕ . . . . . 1—15

§ 1. Объектъ юридическихъ наукъ и въ частности догмы права. § 2. Понятіе и значеніе догмы римскаго права. § 3. Рецепція римскаго права на Западѣ. § 4. Источники современнаго римскаго права. § 5. Соотношеніе между источниками современнаго римскаго права. § 6. Литература пандектнаго права.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

О лицахъ или субъектахъ правъ.

§ 7. Понятіе лица.

Глава I. Физическія лица . . . . . 16—24

А. Существованіе физическаго лица.

§ 8. Начало личности. § 9. Конецъ личности.

В. Правоспособность физическихъ лицъ.

§ 10. Римское ученіе о status и capitis deminutio и современное значеніе этого ученія. § 11. Гражданская честь. § 12. Вліяніе вѣроисповѣданія.

С. Другія юридически важныя качества и состоянія людей.

§ 13. Полъ. § 14. Возрастъ. § 15. Болѣзнь и расточительный образъ жизни. § 16. Родство и свойство. § 17. Мѣстожительство—Domicilium.

Глава II. Юридическія лица . . . . . 25—36

§ 18. Понятіе юридическаго лица. § 19. Виды юридическихъ лицъ. § 20. Исторія юридическихъ лицъ въ римскомъ правѣ. § 21. Возникновеніе частныхъ корпорацій и учрежденій. § 22. Правоспособность и организація частныхъ корпорацій и учрежденій. § 23. Представительство юридическихъ лицъ. § 24. Прекращеніе частныхъ корпорацій и учрежденій.

Объ объектахъ правъ.

Глава I. Общія положенія . . . . . 37—40

§ 25. Понятіе и виды объектовъ правъ. § 26. Понятіе и виды вещей. Universitas facti et juris.

Глава II. Юридически важныя качества вещей . . . . . 40—44

§ 27. Движимыя и недвижимыя вещи. § 28. Замѣнимыя и незамѣнимыя вещи. § 29. Потребляемыя вещи. § 30. Дѣлимость. § 31. Принадлежностныя вещи. § 32. Плоды.

СТРАН.

Глава III. Res in commercio et extra commercium . . . . . 44—47

§ 33. Res extra commercium. § 34. Res in commercio.

Пріобрѣтеніе и потеря правъ.

Глава I. Общія начала . . . . . 47—51

§ 35. Понятіе и виды права въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ. § 36. Возникновеніе, прекращеніе, переходъ и измѣненіе правъ. § 37. О юридическихъ фактахъ.

Глава II. О дѣйствіяхъ, какъ факторахъ возникновенія, измѣненія и прекращенія правъ. Общія начала . . . . . 51—56

§ 38. Понятіе и виды дѣйствій. § 39. Условія юридическихъ дѣйствій. Общая характеристика. § 40. Случаи отсутствія и ограниченія дѣеспособности. § 41. Заблужденіе и невѣдѣніе.

О юридическихъ сдѣлкахъ . . . . . 56—82

§ 42. Понятіе и главные виды сдѣлокъ. § 43. Условія юридическихъ сдѣлокъ. Общій обзоръ. § 44. Соотвѣтствіе между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея. § 45. Вліяніе мотивовъ на сдѣлку. § 46. Значеніе формы для сдѣлокъ. § 47. Causa юридическихъ сдѣлокъ. § 48. Составныя части юридическихъ сдѣлокъ. § 49. Понятіе условія. § 50. Виды условій. § 51. Предѣлы допустимости условій. § 52. Исполненіе условія. § 53. Вліяніе условія на сдѣлку. § 54. О невозможныхъ условіяхъ. § 55. О включеніи срока. § 56 О modus или наказѣ. § 57. Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ. § 58. О представительствѣ при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ. § 59. Основанія прямого представительства. § 60. Ratihabitio. § 61. О недѣйствительности и оспоримости юридическихъ сдѣлокъ. § 62. Ученіе о дареніи.

О недозволенныхъ дѣйствіяхъ . . . . . 82—84

§ 63. Общія положенія. § 64. Понятіе и виды вины. § 65. Степени culpae.

Глава III. О вліяніи времени на возникновеніе и прекращеніе правъ. . . . . 84—86

§ 66. Общій обзоръ. § 67. Раздѣленіе времени. § 68. Естественное и гражданское исчисленіе времени, computatio civilis и naturalis. § 69. Tempus continuum и utile. § 70. Незапамятная давность.

О привилегіяхъ. 86

§ 71. Понятіе, виды, возникновеніе и прекращеніе ихъ.

Осуществленіе и защита правъ.

Глава I. Осуществленіе правъ . . . . . 86—87

§ 72. Осуществленіе правъ.

Глава II. Обезпеченіе правъ, самозащита и самоуправство . . . . . 87—88

§ 73. Обезпеченіе правъ. § 74. Самозащита и самоуправство.

Глава III. Судебное осуществленіе правъ . . . . . 88—89

§ 75. Общій обзоръ.

Объ искахъ и возраженіяхъ . . . . . 89—97

§ 76. Понятіе иска. § 77. Вещные и личные иски. § 78. Иски о вознагражденіи, иски штрафные и иски смѣшанные. § 79. Односторонніе и двусторонніе иски. § 80. Исторически важныя дѣленія исковъ. § 81. О возраженіяхъ и опроверженіяхъ. § 82. Прекращеніе исковъ и эксцепцій. § 83. Прекращеніе исковъ вслѣдствіе истеченія исковой давности. Понятіе и исторія. § 84. Условія исковой давности. § 85. Препятствія для истеченія исковой давности. § 86. Послѣдствія истеченія исковой давности.

СТРАН.

О началѣ процесса, о доказательствахъ и судебномъ рѣшеніи. In integrum restitutio . . . . . 97—101

§ 87. Начало процесса. § 88. О доказательствахъ. § 89. О судебномъ рѣшеніи. § 90. In integrum restitutio. § 91. Предположенія in integrum restitutionis. § 92. Реституціонное производство. § 93. Послѣдствія реституціи.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

Вещное право.

§ 94. Общій обзоръ.

Глава I. Владѣніе. Общія положенія . . . . . 101—109

§ 95. Понятіе и общая характеристика владѣнія. § 96. Обзоръ важнѣйшихъ теорій владѣнія. § 97. Виды юридическаго владѣнія. § 98. Основанія защиты владѣнія.

Глава II. Субъекты и объекты владѣнія . . . . . 109—110

§ 99. Субъекты владѣнія. § 100. Объекты владѣнія.

Глава III. Пріобрѣтеніе владѣнія . . . . . 110—113

§ 101. Общія замѣчанія. § 102. Непосредственное пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія. § 103. Пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія чрезъ представителей.

Глава IV. Прекращеніе владѣнія . . . . . 113—115

§ 104. Общія замѣчанія. § 105. Непосредственное прекращеніе владѣнія. § 106. Прекращеніе владѣнія чрезъ представителей.

Глава V. Защита владѣнія . . . . . 115—117

§ 107. Общій обзоръ. § 108. Interdicta retinendae possessionis. § 109. Позднѣйшее развитіе этихъ интердиктовъ въ средніе вѣка. § 110. Interdicta recuperandae possessionis. § 111. Дальнѣйшее развитіе рекуператорныхъ интердиктовъ въ средніе вѣка.

Право собственности.

Глава I. Понятіе, содержаніе и виды права собственности . . . . . 117—120

§ 112. Понятіе собственности. § 113. Ограниченія собственника касательно пользованія вещью. § 114. Ограниченія собственника касательно права распоряженія вещью. § 115. Сособственность, condominium. § 116. Виды собственности.

Глава II. Способы пріобрѣтенія собственности . . . . . 120—130

§ 117. Общій обзоръ. § 118. Traditio. § 119. Adjudicatio. § 120. Пріобрѣтеніе собственности однимъ лицомъ, благодаря лишенію ея другого. § 121. Пріобрѣтеніе плодовъ. § 122. Пріобрѣтеніе никому не принадлежащихъ вещей. § 123. Пріобрѣтеніе собственности посредствомъ приращенія, accessio. § 124. Пріобрѣтеніе чужихъ движимыхъ вещей посредствомъ соединенія, смѣшенія и ссыпки ихъ съ собственными движимыми вещами. § 125. Пріобрѣтеніе чужихъ вещей на основаніи specificatio (переработки). § 126. Пріобрѣтеніе чужихъ вещей на основаніи пріобрѣтательной давности. Понятіе и исторія. § 127. Условія обыкновенной пріобрѣтательной давности. § 128. Перерывъ и пріостановка давностнаго пріобрѣтенія. § 129. Чрезвычайное давностное пріобрѣтеніе, usucapio extraordinaria.

Глава III. Прекращеніе права собственности . . . . . 130—131

§ 130. Обзоръ отдѣльныхъ случаевъ.

СТРАН.

Глава IV. Защита права собственности . . . . . 131—135

§ 131. Общій обзоръ. § 132. Rei vindicatio. Предположенія этого иска. § 133. Onus probandi собственника. § 134. Объемъ виндикаціи. § 135. Возраженія отвѣтчика. § 136. Negatoria in rem actio. § 137. Publiciana in rem actio. § 138. Личные иски собственника. Обзоръ ихъ.

Сервитутное право.

Глава I. Сущность сервитутовъ . . . . . 135—136

§ 139. Опредѣленіе и основныя положенія. § 140. Главное дѣленіе сервитутовъ.

Глава II. Отдѣльные личные сервитуты . . . . . 136—139

§ 141. Usufructus. Понятіе и главныя свойства. § 142. Права узуфруктуарія. § 143. Обязанности узуфруктуарія. § 144 Quasiusufructus. § 145. Usus. § 146. Habitatio и operae servorum.

Глава III. Реальные сервитуты. . . . . . 139—141

§ 147. Общія положенія. § 148. Виды реальныхъ сервитутовъ. § 149. Перечень отдѣльныхъ городскихъ (домовыхъ) сервитутовъ. § 150. Отдѣльные сельскіе сервитуты.

Глава IV. Возникновеніе сервитутовъ . . . . . 141—142

§ 151. На основаніи юридической сдѣлки. § 152. Остальные способы пріобрѣтенія сервитутовъ.

Глава V. Прекращеніе сервитутовъ . . . . . 142—143

§ 153. Способы прекращенія сервитутовъ, общіе всѣмъ вообще вещнымъ правамъ или всѣмъ вещнымъ правамъ на чужую вещь. § 154. Спеціальные способы прекращенія сервитутовъ.

Глава VI. Защита сервитутовъ . . . . . 143—146

§ 155. Confessoria in rem actio. § 156. Поссессорная защита сервитутовъ.

Emphyteusis и superficies.

Глава I. Emphyteusis . . . . . 146—147

§ 157. Понятіе эмфитевзиса и права эмфитевта. § 158. Обязанности эмфитевта. § 159. Возникновеніе эмфитевзиса. § 160. Переходъ существующаго эмфитевзиса отъ одного лица къ другому. § 161. Прекращеніе эмфитевзиса.

Глава II. Superficies . . . . . 147—148

§ 162. Понятіе superficies, права и обязанности суперфиціарія. § 163. Возникновеніе, прекращеніе и защита суперфиціарнаго права.

Залоговое право.

Глава I. Общія положенія . . . . . 148—150

§ 164. Понятіе залогового права. § 165. Историческое развитіе Римскаго залогового права.

Глава II. Возникновеніе залогового права . . . . . 150—151

§ 166. Условія возникновенія. Долговое требованіе. § 167. Объектъ залога. § 168. Установительный актъ. Юридическая сдѣлка. § 169. Установленіе залога на основаніи судебнаго распоряженія. § 170. Установленіе залога по спеціальному постановленію закона.

Глава III. Объемъ залогового права . . . . . 151—152

§ 171. По отношенію къ заложенному объекту. § 172. По отношенію къ обезпеченному залогомъ требованію.

СТРАН.

Глава IV. Права кредитора по залогу . . . . . 152—155

§ 173. Право на владѣніе и пользованіе заложенной вещью и jus retentionis. § 174. Право продажи заложенной вещи. Jus impetrandi dominii. § 176. Иски кредитора по залогу. § 177. Ограниченія правъ собственника заложенной вещи, вытекающія изъ залогового права кредитора.

Глава V. Множественность кредиторовъ . . . . . 155—157

§ 178. Общія начала. Порядокъ соотношенія между нѣсколькими залоговыми правами. § 179. О привилегированныхъ закладныхъ правахъ. § 180. Права старшаго и послѣдующихъ кредиторовъ. § 181. Successio hypothecaria.

Глава VI. Прекращеніе залогового права. . . . . 157—158

§ 182. Общіе способы прекращенія. § 183. Спеціальные способы прекращенія залоговыхъ правъ.

Глава VII. Залогъ правъ . . . . . 158—160

§ 184. Залогъ требованій, pignus nominis. § 185. Pignus pignoris или subpignus (перезалогъ). § 186. Залогъ сервитутовъ. § 187. Залогъ emphyteusis и superficies.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

Общая часть обязательственнаго права.

Глава I. Понятіе и содержаніе обязательствъ. . . . . 160—167

§ 188. Понятіе обязательства. § 189. Содержаніе обязательства. Общія начала. § 190. Опредѣленность содержанія. § 191. Дѣлимость содержанія. § 192. Особые случаи. Денежныя уплаты. § 193. Вознагражденіе за вредъ и убытокъ. § 194. Уплата процентовъ. § 195. Неустойка.

Глава II. Субъекты обязательства . . . . . 167—172

§ 196. Общія замѣчанія. § 197. Множественность кредиторовъ или должниковъ. § 198. О корреальныхъ и солидарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствахъ въ особенности. § 199. Теорія о природѣ корреальныхъ и солидарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствъ. § 200. О недѣлимыхъ обязательствахъ, какъ особой формѣ солидарныхъ обязательствъ.

Глава III. Натуральныя обязательства. . . . . 172—173

§ 201. Понятіе ихъ. § 202. Важнѣйшіе виды натуральныхъ обязательствъ.

Глава IV. Возникновеніе обязательствъ . . . . . 173—183

§ 203. Общій обзоръ. § 204. Юридическія сдѣлки. Общія замѣчанія. § 205. Договоры. Заключеніе договоровъ. § 206. Содержаніе договоровъ. § 207. Особые типы договоровъ. § 207а. Подтвержденіе договоровъ. § 208. Односторонніе обѣщанія. Понятіе и главные виды. § 209. Недозволенныя дѣйствія. Значеніе ихъ какъ основаній возникновенія обязательствъ. § 210. Заключеніе договоровъ черезъ третьихъ лицъ и отвѣтственность за чужіе долги. Постановка этого вопроса въ римскомъ правѣ. § 211. Современное право.

Глава V. Измѣненіе обязательствъ . . . . . 183—186

§ 212. На основаніи добровольнаго соглашенія сторонъ. § 213. По винѣ обязаннаго лица. § 214. Вслѣдствіе просрочки (mora). § 215. Вслѣдствіе отрицанія и отказа должника отъ исполненія обязательства. § 216. Вслѣдствіе дѣйствія случая.

Глава VI. Цессія обязательственныхъ требованій . . . . . 186—189

§ 217. Исторія цессіи. § 218. Условія цессіи. § 219. Послѣдствія цессіи. § 220. Ограниченія цессіи.

СТРАН.

Глава VII. Прекращеніе обязательствъ . . . . . 189—200

§ 221. Общія положенія. § 222. Исполненіе (solutio). § 223. Предметъ и порядокъ исполненія. § 224. Время исполненія. § 225. Мѣсто исполненія. § 226. Модификація исполненія. § 227. Доказательства исполненія. § 228. Зачетъ. Понятіе и условія зачета. § 229. Порядокъ предъявленія и послѣдствія зачета. § 230. Ограниченія права зачета. § 231. Отреченіе. § 232. Обновленіе. § 233. Мировая сдѣлка. § 234. Компромиссъ (третейскій договоръ). § 235. Остальные способы прекращенія обязательствъ. Обзоръ ихъ. § 236. Конкурсъ. Исторія конкурса. § 237. Порядокъ удовлетворенія кредиторовъ. § 238. Мѣры противъ злостнаго отчужденія имущества во вредъ кредиторамъ.

Договорныя обязательства и соприкасающіяся съ ними отношенія.

Глава I. Односторонніе и неравномѣрно двусторонніе договоры . . . . . 200—209

§ 239. Заемъ (mutuum). Понятіе и условія займа. § 240. Послѣдствія займа. § 241. Доказательство произведеннаго займа. § 242. Ограниченія займа. § 242а. Алеаторный заемъ. § 243. Ссуда (Commodatum). § 244. Precarium. § 245. Поклажа (depositum). Обыкновенная поклажа. § 246. Depositum irregulare. § 247. Секвестръ. § 248. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Понятіе этого отношенія. § 249. Договоръ заклада (contractus pigneraticius). § 250. Оцѣночный договоръ (contractus aestimatorius). § 251. Договоръ порученія (mandatum) и соприкасающіяся съ нимъ отношенія. § 252. Разновидности мандата. § 253. Веденіе чужихъ дѣлъ въ силу публичнаго уполномочія. § 254. Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія (negotiorum gestio).

Глава II. Равномѣрно двусторонніе договоры . . . . . 209—220

§ 255. Купля-продажа (emtio venditio). Понятіе и объектъ договора. § 256. Заключеніе договора и переходъ страха на продавца. § 257. Обязанности покупщика. § 258. Обязанности продавца. Общія начала. § 259. Отвѣтственность продавца за эвикцію. § 260. Отвѣтственность продавца за недостатки вещи. § 261. Добавочныя соглашенія при куплѣ-продажѣ. § 262. Прекращеніе купли-продажи. § 263. Договоръ мѣны (permutatio). Понятіе мѣны. § 264. Договоръ найма (locatio conductio). Общія замѣчанія. § 265. Locatio-conductio rerum. Условія договора. § 266. Обязанности отдающаго въ наемъ или аренду. § 267. Обязанности нанимателя или арендатора. § 268. Прекращеніе найма и аренды. § 269. Locatio conductio operarum. Понятіе этого договора. § 270. Locatio conductio operis. Понятіе и послѣдствія этого договора. § 271. Lex Rhodia de jactu. § 272. Договоръ товарищества. Понятіе и возникновеніе товарищества. § 273. Послѣдствія договора товарищества. § 274. Прекращеніе товарищества. § 275. Внѣдоговорная имущественная общность (communio incidens). Общія начала. § 276. Actio finium regundorum.

Обязательства, вытекающія изъ правонарушеній и соприкасающіяся съ ними отношенія.

Глава I. Общая характеристика . . . . . 220—221

§ 277. Чистое Римское право. § 278. Современное Римское право.

Глава II. Обзоръ важнѣйшихъ отдѣльныхъ случаевъ. . . . . . 221—224

§ 279. Furtum. § 280. Поврежденія. § 281. Насилія и угрозы. § 282. Обманъ. Actio doli. § 283. Injuria.

Остальные смѣшанные случаи обязательственныхъ отношеній.

Глава I. Иски о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія (кондикціи) . . . . . 224—226

§ 284. Общія начала. § 285. Condictio indebiti (искъ о возвратѣ недолжно уплаченнаго). § 285а. Condictio causa data causa non secuta (обратное требованіе исполненнаго въ предположеніи будущаго событія). § 286 Остальныя кондикціи.

Глава II. Actio ad exhibendum 226

§ 287. Понятіе этого иска.

СТРАН.

Глава III. Алиментарное обязательство 227

§ 288. Понятіе его.

Обезпеченіе обязательственныхъ требованій путемъ поручительства.

Глава I. Понятіе и формы поручительства . . . . . 227—229

§ 289. Понятіе и формы поручительства. § 290. Формы поручительства. Въ чистомъ Римскомъ правѣ. § 291. Въ современномъ Римскомъ правѣ.

Глава II. Послѣдствія поручительства . . . . . 229—230

§ 292. Отвѣтственность поручителя вообще. § 293. Особыя льготы поручителей. § 294. Регрессъ поручителя противъ главнаго должника.

Глава III. Прекращеніе поручительства 230

§ 295. Обзоръ отдѣльныхъ случаевъ.

Глава IV. Ограниченіе поручительства и Senatus-consultum Vellejanum. . . . 230—231

§ 296. Общій обзоръ.

Семейственное право.

§ 297. Вступительныя замѣчанія . . . . . 231—232

Брачное право.

Глава I. Понятіе брака, порядокъ заключенія и прекращенія его и личныя отношенія между супругами . . . . . 232—234

§ 298. Понятіе брака и порядокъ заключенія и прекращенія его. § 299. Личныя отношенія между супругами.

Глава II. Имущественныя отношенія между супругами . . . . . 234—239

§ 300. Общія положенія. § 301. Ученіе о приданомъ. Понятіе и исторія. § 302. Установленіе приданаго. § 303. Дотальныя отношенія во время брака. § 304. Судьба dos послѣ прекращенія брака. § 305. Ученіе о donatio propter nuptias. § 306. Даренія между супругами. § 307. Штрафы за разводъ и вступленіе въ повторительный бракъ.

Отношенія между родителями и дѣтьми.

Глава I. Установленіе и прекращеніе отцовской власти и личныя отношенія между родителями и дѣтьми . . . . . 239—241

§ 308. Установленіе отцовской власти. § 309. Прекращеніе отцовской власти. § 310. Личныя отношенія между родителями и дѣтьми.

Глава II. Имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми . . . . . 241—243

§ 311. Историческій обзоръ. § 312. Юридическое положеніе свободнаго и несвободнаго имущества подвластныхъ дѣтей въ Юстиніановскомъ правѣ.

Право опеки и попечительства.

Глава I. Понятіе, исторія и современная организація института . . . . . 243—246

§ 313. Понятіе и исторія опеки и попечительства. § 314. Общая организація опекунской части въ современномъ Римскомъ правѣ. § 315. Способы установленія опеки и попечительства. § 316. Способы прекращенія опеки и попечительства.

Глава II. Юридическія послѣдствія учрежденія опеки и попечительства . . . 246—247

§ 317. Забота о личности подопечнаго. § 317a. Управленіе имуществомъ подопечнаго, § 318. Иски, возникающіе изъ опекунскихъ отношеній.

СТРАН.

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

Общія положенія.

Глава I. Понятіе и главные моменты въ исторіи римскаго наслѣдственнаго права . . . . . 247—249

§ 319. Понятіе наслѣдственнаго права. § 320. Различіе между hereditas и bonorum possessio.

Глава II. Общія условія права наслѣдованія . . . . . 249—251

§ 321. Смерть лица, пользующагося имущественной правоспособностью. § 322. Основанія права наслѣдованія. § 323. Пріобрѣтеніе наслѣдства. § 324. Наслѣдственная правоспособность. § 325. Incapacitas и indignitas. § 326. Hereditas jacens.

Наслѣдованіе по завѣщанію.

Глава I. Понятіе, условія и формы завѣщаній. . . . . . 251—253

§ 327. Понятіе завѣщанія. § 328. Завѣщательная правоспособность и дѣеспособность. § 329. Формы завѣщаній. Исторія. § 330. Формы завѣщаній въ Юстиніановскомъ правѣ.

Глава II. Содержаніе завѣщаній . . . . . 253—256

§ 331. Общія положенія. § 332. Вліяніе мотивовъ. Добавочныя распоряженія при назначеніи наслѣдника. § 333. Въ частности, о назначеніи одного или нѣсколькихъ наслѣдниковъ. § 334. Субституціи.

Глава III. Недѣйствительность завѣщаній . . . . . 256—257

§ 335. Общія положенія. § 336. Clausula codicillaris.

Наслѣдованіе по закону.

Глава I. Наслѣдованіе по закону въ до-Юстиніановскомъ правѣ . . . . . 257—258

§ 337. Hereditas ab intestato по цивильному праву. § 338. Bonorum possessio ab intestato по преторскому праву.

Глава II. Юстиніановское право законнаго наслѣдованія . . . . . 258—259

§ 339. Подготовительные шаги. § 340. Законное право наслѣдованія родственниковъ по Новелламъ 118 и 127. § 341. Законное право наслѣдованія переживающаго супруга. § 342. Чрезвычайныя права наслѣдованія. § 343. Право фиска и юридическихъ лицъ на выморочныя имущества.

Глава III. Ученіе о collatio . . . . . 259—261

§ 344. Понятіе и два вида collatio. § 345. Древняя collatio emancipatorum и collatio dotis. § 346. Collatio позднѣйшаго права.

Необходимое наслѣдованіе.

Глава I. Понятіе и исторія необходимаго наслѣдованія . . . . . 261—263

§ 347. Понятіе и двѣ формы необходимаго наслѣдованія. § 348. Необходимое наслѣдованіе по цивильному праву. § 349. Необходимое наслѣдованіе по преторскому эдикту. § 350. Практика центумвиральнаго суда и появленіе новаго матерьяльнаго права необходимаго наслѣдованія.

Глава II. Необходимое наслѣдованіе въ Юстиніановскомъ правѣ . . . . . 263—265

§ 351. Положеніе дѣлъ до Novella 115. § 352. Общія начала Юстиніановскаго права необходимаго наслѣдованія по Новеллѣ 115. § 353. Inofficiosa dos и donatio. Чрезвычайное право необходимаго наслѣдованія.

СТРАН.

Пріобрѣтеніе наслѣдства.

Глава I. Нормальные способы пріобрѣтенія наслѣдства . . . . . 265—267

§ 354. Историческія замѣчанія. § 355. Пріобрѣтеніе наслѣдства со стороны extranei heredes. § 356. Пріобрѣтеніе наслѣдства со стороны подвластныхъ дѣтей. § 357. Spatium deliberandi.

Глава II. Трансмиссія . . . . . 267—268

§ 358. Понятіе трансмиссіи. § 359. Отдѣльные случаи трансмиссіи.

Глава III. Предметъ пріобрѣтенія. 268

§ 360. Общія положенія. § 361. Въ частности о правѣ приращенія (jus accrescendi).

Юридическія послѣдствія пріобрѣтенія наслѣдства.

Глава I. Юридическое положеніе наслѣдника . . . . . 268—270

§ 362. Общія положенія. § 363. Beneficium inventarii. § 364. Отношенія между сонаслѣдниками.

Глава II. Иски наслѣдника и противъ наслѣдника . . . . . 270—271

§ 365. Hereditatis petitio. § 366. Сингулярные иски наслѣдника и противъ наслѣдника.

Глава III. Провизорный вводъ во владѣніе наслѣдствомъ . . . . . 271—272

§ 367. Провизорный вводъ (презумптивнаго) наслѣдника. § 368. Остальные случаи.

Ученіе объ отказахъ и mortis causa capiones.

Глава I. Понятіе, виды, исторія и способы установленія отказовъ . . . . . 272—273

§ 369. Понятіе, виды и исторія отказовъ. § 370. Способы установленія отказовъ.

Глава II. Субъекты отказовъ . . . . . 273—274

§ 371. Общія положенія. § 372. Въ частности о прелегатахъ.

Глава III. Содержаніе отказовъ . . . . . 274—275

§ 373. Общія положенія. § 374. О субституціяхъ при отказахъ.

Глава IV. Пріобрѣтеніе и уничтоженіе отказовъ . . . . . 275—276

§ 375. Пріобрѣтеніе отказовъ. § 376. Уничтоженіе отказовъ.

Глава V. Юридическое положеніе легатарія и ограниченія свободы отказовъ . 276—277

§ 377. Юридическое положеніе легатарія. § 378. Ограниченія свободы отказовъ.

Глава VI. Универсальный фидеикомиссъ . . . . . 277—279

§ 379. Понятіе и исторія. § 380. Установленіе, субъекты и объекты универсальнаго фидеикомисса. Цѣль этого института. § 381. Юридическія отношенія до реституціи. § 382. Вступленіе универсальнаго фидеикомиссарія въ права наслѣдства. § 383. Юридическія отношенія послѣ реституціи.

Глава VII. Mortis causa capiones 279

§ 384. Понятіе и главные виды. § 385. Mortis causa donatio.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Объектъ юридическихъ наукъ и, въ частности, догмы права.

Явленія человѣческаго общежитія, составляющія предметъ изученія соціальныхъ наукъ, слагаются изъ безконечнаго ряда сосуществующихъ и смѣняющихъ другъ друга отношеній, въ которыя люди вступаютъ другъ съ другомъ и съ окружающими ихъ предметами для достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей. Эти отношенія выражаются во внѣ въ извѣстномъ, специфическомъ поведеніи заинтересованныхъ лицъ. Большинство этихъ отношеній носитъ массовый характеръ, періодически повторяется и выливается въ извѣстныя типичныя формы. Такъ, мы періодически ѣдимъ и пьемъ, работаемъ и веселимся въ той или иной области, вступаемъ въ разныя сдѣлки, воюемъ и миримся, и т. д. и т. д., причемъ все это въ общемъ совершается до мелочей весьма опредѣленнымъ, типичнымъ образомъ. Оно и понятно: одинаковыя причины всегда порождаютъ одинаковыя послѣдствія. Поскольку общее состояніе данной соціальной среды, интересы и потребности членовъ ея, съ одной стороны, способы и средства удовлетворенія ихъ, съ другой стороны, остаются неизмѣнными, постольку отдѣльныя конкретныя проявленія этой среды и, въ частности, поведеніе заинтересованныхъ лицъ будутъ имѣть тенденцію повторяться. При этомъ весьма рано уже обособляются двѣ группы повторныхъ массовыхъ отношеній: одни изъ нихъ пріобрѣтаютъ характеръ нормальныхъ, желательныхъ, соотвѣтствующее поведеніе заинтересованныхъ лицъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самыя отношенія признаются общественно-цѣлесообразными (напр., различныя типичныя формы обмѣна благъ, типичныя формы пользованія и распоряженія благами, получающія наименованіе субъективныхъ правъ); другія, напротивъ, считаются ненормальными, недопустимыми, соотвѣтствующее поведеніе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самыя отношенія признаются общественно-вредными и вызываютъ противъ себя принятіе извѣстныхъ репрессивныхъ мѣръ (напр., различные способы лишенія жизни, присвоенія «чужихъ» благъ и т. д.).

Въ связи съ этимъ, примѣнительно къ отдѣльнымъ группамъ повторно-встрѣчающихся конкретныхъ отношеній, складывается извѣстная система правилъ или нормъ, которыя, въ зависимости отъ степени развитія данной соціальной среды и степени важности, которая придается подлежащимъ отношеніямъ, либо прямо формулируются и объявляются обязательными со стороны подлежащихъ соціальныхъ авторитетовъ, либо складываются помимо участія ихъ, благодаря силѣ прецедента и привычки, съ каковыми моментами со временемъ ассоціируется сознаніе обязательности въ подлежащихъ случаяхъ извѣстнаго поведенія и регулирующихъ его правилъ.

Изъ сопоставленія этихъ правилъ или нормъ мы усматриваемъ, какія именно отношенія, при какихъ условіяхъ и въ какомъ объемѣ съ точки зрѣнія данной соціальной среды въ данное время признаются нормальными, общественно-цѣлесообразными, какія, напротивъ, считаются аномальными, общественно вредными.

Въ результатѣ создается весьма важное различіе между *реальными, конкретными жизненными отношеніями* (напр., конкретной куплей-продажей, заключенной между А и В, конкретнымъ правомъ пользованія, предоставленнымъ А относительно

даннаго объекта со стороны В и т. д.) и *абстрактными типами отношеній*, именуемыми, поскольку соотвѣтствующія отношенія пріобрѣтаютъ юридическое значеніе, признаются юридически существенными,—*юридическими институтами* (такъ, напр., мы говоримъ объ институтѣ купли-продажи, мѣны, объ институтѣ собственности, узуфрукта и т. д.).

Всякое реальное, конкретное жизненное отношеніе, какъ мы уже замѣтили, выражается во внѣ въ извѣстномъ специфическомъ поведеніи, въ совершеніи или несовершеніи извѣстныхъ дѣйствій со стороны реальныхъ субъектовъ надъ реальными объектами. Ни о чемъ подобномъ, разумѣется, не можетъ быть рѣчи въ примѣненіи къ абстрактнымъ типамъ отношеній, которые именно представляютъ собою не реальныя величины, а лишь мыслимыя комбинаціи общественныхъ элементовъ. Каждый такой абстрактный типъ и, въ частности, каждый юридическій институтъ слагается лишь изъ ряда нормъ, которыя указываютъ, при наличности какихъ условій, какихъ признаковъ извѣстнаго рода дѣятельность разрѣшается, предписывается—или возбраняется, и которыя въ частности, въ примѣненіи къ отношеніямъ, признаваемымъ общественно-цѣлесообразными, указываютъ: во-1-хъ, тѣ моменты, тѣ признаки, при которыхъ данное отношеніе признается возникшимъ (напр., купля-продажа возникаетъ съ момента соглашенія относительно товара и цѣны, право собственности возникаетъ съ момента передачи вещи и т. п.); во-2-хъ, тѣ моменты, тѣ признаки, которые опредѣляютъ объемъ и содержаніе его (напр. продавецъ можетъ требовать уплаты цѣны, покупщикъ можетъ требовать передачи товара, собственникъ имѣетъ, по общему правилу, безконтрольное право пользованія и распоряженія своей вещью, узуфруктуаръ можетъ пользоваться вещью и извлекать доходъ изъ нея, но не можетъ отчуждать и не долженъ ухудшать ее, и т. д.); наконецъ, въ 3-хъ, тѣ моменты, при наличности которыхъ данное отношеніе считается прекратившимся.

Практическое соотношеніе между конкретными жизненными отношеніями и абстрактными типами отношеній сводится къ тому, что эти абстрактные типы или, точнѣе, признаки, устанавливаемые ими, служатъ критеріями для такъ называемой юридической квалификаціи жизненныхъ отношеній: въ самомъ дѣлѣ, данное конкретное отношеніе, напр. данный договоръ, характеризуется какъ купля-продажа или наемъ и т. д. въ зависимости отъ того, признаки какого абстрактнаго типа въ немъ встрѣчаются. Это имѣетъ то практическое значеніе, что въ дальнѣйшемъ къ данному отношенію примѣняются нормы, установленныя для отношеній даннаго типа.

Различіе конкретныхъ жизненныхъ отношеній и абстрактныхъ типовъ отношеній имѣетъ не только одно практическое, но и весьма важное теоретическое значеніе. Дѣло въ томъ, что какъ тѣ, такъ и другіе могутъ служить *объектомъ самостоятельнаго научнаго изслѣдованія*. Поскольку мы изучаемъ конкретныя жизненныя отношенія, мы описываемъ и обобщаемъ реальныя жизненныя явленія и процессы, анализируемъ причины, породившія ихъ, и послѣдствія, ими вызванныя.—Поскольку мы изучаемъ абстрактные типы отношеній, мы описываемъ и анализируемъ не то, что на самомъ дѣлѣ происходитъ или произошло, а то, что *съ точки зрѣнія данной соціальной среды*, въ смыслѣ *поведенія* заинтересованныхъ частныхъ лицъ, или тѣхъ или иныхъ органовъ власти, при данныхъ условіяхъ считается нормальнымъ, что ожидается отъ этихъ лицъ, что должно или можетъ (но можетъ и не) быть совершено ими, или, наоборотъ, совершеніе чего подлежащими лицами считается ненормальнымъ, недопустимымъ, что не должно (но тѣмъ не менѣе можетъ) быть совершено этими частными лицами и оффиціальными органами.

Къ числу наукъ, изучающихъ не реальныя жизненныя явленія, а абстрактные типы, наряду съ нормативной этикой принадлежатъ и науки юридическія. Въ частности, исторія права изучаетъ смѣну правовыхъ институтовъ во времени (напр., смѣну отдѣльныхъ формъ собственности, залога и т. д. въ системѣ русскаго или римскаго или иного какого-нибудь права); догма права анализируетъ эти правовые институты въ томъ видѣ, въ какомъ они представляются при данныхъ условіяхъ мѣста и времени (напр., римское право собственности или залога временъ Юстиніана, русское право собственности или залога временъ Уложенія царя Алексѣя Михайловича). Иначе говоря—

исторія права изучаетъ правовые институты въ порядкѣ послѣдовательности, смѣны ихъ во времени, а догма права—въ порядкѣ сосуществованія.

Такимъ образомъ, какъ исторія, такъ и догма права имѣютъ своимъ непосредственнымъ объектомъ не конкретныя юридически-существенныя отношенія, а абстрактные типы ихъ, юридическіе институты. Это не значитъ, конечно, чтобы можно было игнорировать подлежащія конкретныя отношенія.

Напротивъ, съ ними нерѣдко приходится считаться уже при *описаніи* юридическихъ институтовъ. Особенно часто въ такомъ положеніи можетъ очутиться историкъ права, изучая, напр., институты, возникшіе на почвѣ обычнаго права и подлежащіе реконструкціи на основаніи нашихъ свѣдѣній о томъ, что въ данной области жизни дѣйствительно происходило, что считалось нормальнымъ, не возбуждало споровъ и сомнѣній.

Равнымъ образомъ, приходится считаться съ конкретными жизненными отношеніями и при *объясненіи* происхожденія, перемѣнъ или отпаденія данныхъ правовыхъ институтовъ, въ смыслѣ указанія, напр., на то, какія конкретныя массовыя отношенія вызвали необходимость юридической регламентаціи или напротивъ необходимость пересмотра подлежащихъ нормъ и институтовъ и отмѣны ихъ.

Наконецъ, конкретныя жизненныя отношенія должны быть приняты во вниманіе и при *оцѣнкѣ* степени значенія и цѣлесообразности, степени соотвѣтствія тѣхъ или иныхъ юридическихъ институтовъ съ реальными жизненными потребностями и интересами.

Не слѣдуетъ, однако, упускать изъ вида, что во всѣхъ указанныхъ случаяхъ конкретныя жизненныя отношенія не являются самостоятельнымъ объектомъ изслѣдованія, они берутся какъ нѣчто готовое, данное, ссылка на нихъ служитъ лишь матеріаломъ, *средствомъ* для построенія ученія о соотвѣтствующихъ юридическихъ институтахъ,— только послѣдніе составляютъ *самостоятельный* объектъ изслѣдованія юридическихъ наукъ.

Этимъ юридическія науки отличаются отъ исторіи, политической экономіи, соціологіи, которыя имѣютъ объектомъ именно конкретныя жизненныя отношенія, задаются анализомъ и обобщеніемъ этихъ послѣднихъ, пользуясь при этомъ въ свою очередь въ качествѣ матеріала данными юридическихъ наукъ.

Правда, только что названныя науки, и въ частности соціологія, тоже могутъ привести въ результатѣ изученія конкретныхъ жизненныхъ отношеній къ выработкѣ извѣстныхъ абстрактныхъ типовъ, (напр., типовъ античнаго—средневѣковаго — современнаго государства, или типовъ античнаго, средневѣковаго и т. д. міровоззрѣнія, или культуры и т. д.). Однако, добытые такимъ путемъ чисто научные, *теоретическіе* типы не имѣютъ ничего общаго съ тѣми *практическими* типами, о которыхъ мы говорили выше. Основное различіе между ними сводится къ тому, что теоретическіе типы представляютъ собою лишь попытки воспроизведенія типичныхъ чертъ тѣхъ или иныхъ группъ связанныхъ между собою проявленій общественной жизни, безотносительно къ тому, представляются ли соотвѣтствующія комбинаціи общественныхъ элементовъ желательными или нѣтъ, тогда какъ практическіе типы представляютъ собою извѣстныя, признанныя желательными (или, наоборотъ, нежелательными) комбинаціи общественныхъ элементовъ, безотносительно къ тому, существуютъ ли подобныя комбинаціи уже на практикѣ, или онѣ лишь имѣютъ быть призваны къ жизни (или, наоборотъ, имѣютъ быть недопущены), путемъ установленія соотвѣтствующихъ обязательныхъ правилъ поведенія. Въ связи съ этимъ стоитъ другое различіе: только практическіе типы являются самостоятельнымъ *объектомъ* изученія, тогда какъ теоретическіе типы, или точнѣе построеніе ихъ, составляютъ *результатъ* изученія подлежащихъ конкретныхъ явленій [1]).

Въ заключеніе остается отмѣтить, что указанная нами основная особенность юридическихъ наукъ обыкновенно упускается изъ вида или, по крайней мѣрѣ, не подчерки-

---

[1]) Это важное различіе теоретическихъ и практическихъ типовъ совершенно упускается изъ вида доктриной. Послѣдняя, по скольку она вообще касается этого вопроса, считается исключительно съ теоретическими типами. Ср., напр., Jellinek, Das Recht des modernen Staates, т. I стр. 27 и сл., стр. 31 и сл.

вается съ желательной отчетливостью. А это приводитъ на практикѣ къ постоянному смѣшенію конкретныхъ юридическихъ отношеній съ абстрактными типами такихъ отношеній, характернымъ признакомъ чего является употребленіе термина «юридическое отношеніе» то въ смыслѣ конкретнаго отношенія, то въ смыслѣ абстрактнаго типа; а это, въ свою очередь, повлекло за собою то послѣдствіе, что на каждомъ шагу абстрактнымъ типамъ приписываются свойства конкретныхъ отношеній и наоборотъ.

И такъ, мы установили объектъ юридическихъ наукъ и въ частности догмы права. Намъ необходимо установить теперь понятіе и значеніе догмы римскаго права.

§ 2. Понятіе и значеніе догмы римскаго права.

Мы видѣли, что каждая правовая система поддается двоякаго рода изученію: историческому и догматическому. При историческомъ изученіи мы изслѣдуемъ послѣдовательную смѣну правовыхъ институтовъ во времени въ зависимости отъ измѣняющихся условій жизни данной общественной среды. При догматическомъ изученіи мы беремъ и анализируемъ эти правовые институты въ томъ видѣ, въ какомъ они представляются при данныхъ условіяхъ мѣста и времени. Догматическое изученіе данной правовой системы само по себѣ можетъ быть, конечно, пріурочено къ любому моменту историческаго развитія этой системы, но чаще всего оно, какъ по теоретическимъ, такъ и по практическимъ соображеніямъ, имѣетъ своимъ предметомъ живое дѣйствующее право. Въ самомъ дѣлѣ, дѣйствующее право съ одной стороны даетъ изслѣдователю наиболѣе полный и сравнительно наиболѣе доступный матеріалъ; съ другой стороны, изученіе дѣйствующаго права имѣетъ прямое практическое значеніе, облегчая задачу судебной практики, призванной примѣнять нормы права къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ.

Переходя отъ этихъ общихъ соображеній къ вопросу о догматическомъ изученіи римскаго или, точнѣе, римскаго гражданскаго права (ибо только о немъ идетъ рѣчь), нельзя не замѣтить, что въ отношеніи этой правовой системы разрѣшеніе указаннаго вопроса нѣсколько усложняется. Такъ называемое чистое римское право въ томъ видѣ, какъ оно было кодифицировано въ VI столѣтіи нашей эры императоромъ Юстиніаномъ, разумѣется, нигдѣ уже не примѣняется, представляетъ собою явленіе историческое. Но кодификаціей Юстиніана не завершился циклъ историческаго развитія римскаго гражданскаго права. Ниже намъ придется еще ближе остановиться на историческомъ процессѣ, извѣстномъ подъ именемъ рецепціи римскаго права. Пока замѣтимъ, что кодификація Юстиніана, въ особенности съ XII вѣка, стала подвергаться серьезной научной разработкѣ въ Италіи, разработкѣ, которая со временемъ пріобрѣла характеръ переработки Юстиніановскаго права примѣнительно къ новымъ условіямъ жизни. Въ такомъ переработанномъ видѣ это право стало примѣняться въ судахъ Италіи, затѣмъ перешло во Францію, и, наконецъ, въ Германію, гдѣ римское право въ весьма значительной части этой страны сохранило значеніе дѣйствующаго права вплоть до 1900 г., когда вступило въ силу новое общегерманское гражданское уложеніе. Это римское право новой формаціи называется современнымъ римскимъ или пандектнымъ правомъ. Въ Германіи его называли также общимъ (германскимъ) правомъ римскаго происхожденія, въ противоположность мѣстнымъ національнымъ правамъ и общему (германскому) національному праву. Естественно, что въ германскихъ университетахъ предметомъ догматическаго изученія служило и продолжаетъ служить именно это современное, а не чистое римское право. Но у насъ, если не считать прибалтійской окраины, римское право никогда не было дѣйствующимъ правомъ. Поэтому естественно возникаетъ вопросъ: во-1-хъ, насколько вообще можетъ быть оправдываемо догматическое изученіе этого права, что этимъ достигается, и во-2-хъ, не слѣдуетъ ли, разъ уже догматическое изученіе этого права признается необходимымъ, избрать предметомъ изученія не такъ назыв. современное или пандектное, а именно чистое римское право въ томъ видѣ, въ какомъ оно вылилось въ Юстиніановской кодификаціи.

1) Что касается перваго вопроса, то онъ сводится къ пресловутому вопросу о значеніи римскаго права для современной и въ частности русской юриспруденціи. Взгляды по этому вопросу очень расходятся. Многіе, особенно, у насъ, думаютъ, что римское право утратило всякое значеніе и что преподаваніе его держится только, въ силу, такъ сказать, инерціи. Другіе, главнымъ образомъ присяжные романисты, превозносятъ его до небесъ и увѣряютъ, что римское право есть и всегда будетъ ratio scripta, наиболѣе законченная система гражданскаго права, которая когда-либо существовала и будетъ существовать. Римское право не заслуживаетъ ни подобнаго осужденія, ни подобной похвалы. Его дѣйствительное значеніе можетъ быть формулировано слѣдующимъ образомъ:

а) Прежде всего оно представляетъ собою несомнѣнно весьма выдающуюся во многихъ отношеніяхъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самую разработанную въ литературномъ смыслѣ систему частнаго права. Конечно, и римское право не свободно отъ недостатковъ, при томъ какъ формальныхъ, такъ и матеріальныхъ. Формальные недостатки его заключаются въ отсутствіи сколько-нибудь удовлетворительно выдержанной системы Юстиніановской кодификаціи, въ крайне казуистическомъ характерѣ отдѣльныхъ постановленій, въ массѣ противорѣчій, недомолвокъ и т. д., что все, вмѣстѣ взятое, чрезвычайно затрудняетъ пользованіе Юстиніановскими сборниками. Съ матеріальной стороны римское право проникнуто принципомъ крайняго индивидуализма. Этотъ принципъ проведенъ такъ односторонне, что нерѣдко даже обращается противъ тѣхъ, кто наиболѣе заинтересованъ въ сохраненіи его. Достаточно вспомнить, что позднѣйшее римское право при строгомъ проведеніи принципа ubi meam rem invento, ibi eam vindico не дѣлаетъ никакого различія въ способахъ пріобрѣтенія права собственности на движимыя и недвижимыя вещи: тутъ и тамъ считается достаточной простая, неформальная традиція вещи. Естественно, что полное отсутствіе публичности при пріобрѣтеніи недвижимостей лишало пріобрѣтателя всякой возможности удостовѣриться, что онъ пріобрѣлъ вещь у собственника ея, что она не будетъ отнята у него, а это должно было невыгодно повліять на оборотоспособность недвижимостей. Неудобства такого порядка усугублялись тѣмъ, что римское право допускало въ самыхъ широкихъ предѣлахъ залогъ какъ отдѣльныхъ вещей, такъ и цѣлаго имущества, путемъ простой, неформальной гипотеки, при которой залогодатель сохраняетъ собственность и владѣніе заложенной вещи и, вмѣстѣ съ тѣмъ, возможность неопредѣленное число разъ перезакладывать ее. Очевидно, ни кредиторъ, дающій деньги подъ залогъ, ни пріобрѣтатель вещи никогда не могли быть увѣрены, что она не обезцѣнена цѣлымъ рядомъ установленныхъ раньше закладныхъ правъ далеко сверхъ своей стоимости. Объясняются приведенные недостатки римскаго вещнаго права именно преобладаніемъ крайнихъ индивидуалистическихъ воззрѣній среди римскихъ юристовъ. Дѣло поставлено такъ, какъ-будто всякій переходъ правъ затрагиваетъ только непосредственно участвующихъ въ пріобрѣтеніи и отчужденіи права лицъ, — интересы оборота, интересы третьихъ лицъ отступаютъ на задній планъ. При этомъ упускается изъ виду, что эти третьи лица не сегодня, завтра могутъ сами стать непосредственно заинтересованной стороной въ дѣлѣ, что пренебреженіе ихъ интересами вредитъ обороту въ цѣломъ, обороту, въ который входятъ въ качествѣ составныхъ единицъ и тѣ, кто въ данное время участвуетъ въ пріобрѣтеніи и отчужденіи правъ. Изъ другихъ частей римскаго права несвободно отъ серьезныхъ недостатковъ въ особенности наслѣдственное право, отличающееся чрезмѣрной сложностью и запутанностью нѣкоторыхъ важныхъ институтовъ, въ особенности такъ назыв. права необходимаго наслѣдованія. Выдающимися достоинствами отличается зато договорно-обязательственное право, въ дѣлѣ разработки котораго римскіе юристы по своему времени воздвигли себѣ въ полномъ смыслѣ слова monumentum aere perenn us. Весьма здравы также принципы, лежащіе въ основаніи брачно-имущественнаго права, построеннаго на началѣ раздѣльности имущества обоихъ супруговъ.

Если, такимъ образомъ, римское право на ряду съ безспорными достоинствами страдаетъ и весьма ощутительными недостатками, то, все же, оно въ цѣломъ есть культурный памятникъ народа, стоявшаго на высокой ступени развитія; въ сравненіи же съ

правами варварскихъ племенъ, заполонившихъ Западную Европу послѣ паденія западно-римской имперіи, оно стоитъ на недосягаемой высотѣ. Естественно поэтому, что, по мѣрѣ роста гражданственности въ средѣ новыхъ западно-европейскихъ народностей, по мѣрѣ развит я гражданскаго оборота, требующаго соотвѣтствующаго развитія правовыхъ институтовъ, ограждающихъ его, взоры ученыхъ юристовъ поневолѣ должны были обращаться на римское право, которое содержало въ готовомъ видѣ все то, чего недоставало новымъ національнымъ правамъ. И вотъ, начинается ученая разработка и переработка его, приведшая къ созданію современнаго римскаго права. Эта ученая разработка не остановилась и послѣ того, какъ римское право во Франціи, въ Италіи, въ значительной части Германіи утратило значеніе дѣйствующаго права. Этому помогло то обстоятельство, что не существовало и до сихъ поръ не существуетъ общей теоріи гражданскаго права. Между тѣмъ, матеріалъ для такой общей теоріи въ смыслѣ массы вопросовъ, общихъ для всякой положительной системы гражданскаго права, все растетъ и растетъ. Нужно было какъ-нибудь справиться съ нимъ. И вотъ, благодаря центральному положенію римскаго права, начала котораго въ большей или меньшей степени легли въ основаніе новыхъ обширныхъ кодификацій, эти общіе вопросы стали разрабатываться именно примѣнительно къ римскому или, точнѣе, современному римскому праву. Въ этомъ смыслѣ нельзя не согласиться съ знаменитымъ романистомъ, проф. Берлинскаго университета Дернбургомъ, который говоритъ: «Пандекты имѣютъ цѣлью изложеніе общей теоріи гражданскаго права. Они выполняютъ эту задачу путемъ изложенія общаго права (gemeines Recht), поскольку послѣднее покоится на римскихъ юридическихъ традиціяхъ. Ибо это право (т.-е. римское) составляетъ основаніе, на которомъ покоится гражданское право нашихъ дней». (Pandecten, т. I, стр. 1). Если все это такъ, если римское право представляетъ собою самую разработанную систему гражданскаго права и, въ извѣстномъ смыслѣ, служитъ суррогатомъ несуществующей пока общей теоріи гражданскаго права, то это одно оправдываетъ уже то вниманіе, которое удѣляется ему въ университетскомъ преподаваніи, это одно объясняетъ, почему безъ римскаго права, если не юридическое вообще, то уже, во всякомъ случаѣ, цивилистическое образованіе немыслимо.

b) Независимо отъ указаннаго соображенія нельзя не указать еще и на другое въ разъясненіе важности основательнаго знакомства съ римскимъ правомъ. Дѣло въ томъ, что начала римскаго права, какъ уже нами было замѣчено, легли, въ большей или меньшей степени, въ основаніе важнѣйшихъ кодификацій частнаго права, появившихся въ свѣтъ въ концѣ XVIII и въ теченіе XIX столѣтій; достаточно указать на прусское земское право, Code Civil, Саксонское гражданское уложеніе, Сводъ мѣстн. узак. губ. прибалтійскихъ, новое гражданское уложеніе Германской Имперіи. Особенно сильно вліяніе римскаго договорно-обязательственнаго права, тогда какъ другія части римской системы подверглись весьма значительнымъ измѣненіямъ. Послѣ этого понятно, какимъ важнымъ подспорьемъ служитъ римское право для усвоенія и полнаго уразумѣнія современныхъ системъ.

c) Наконецъ, нельзя не обратить вниманіе еще на одинъ пунктъ. Русскимъ цивилистамъ приходится имѣть дѣло съ такимъ законодательнымъ сборникомъ, недостатки котораго чрезвычайно велики. Мы имѣемъ, конечно, въ виду нашъ Сводъ Законовъ Гражданскихъ, составляющій I ч. X т. Свода Законовъ. Многихъ вопросовъ первостепенной важности этотъ кодексъ вовсе не касается. Тѣмъ болѣе необходимо основательное и всестороннее знакомство съ общими вопросами гражданскаго права для лицъ, призванныхъ участвовать въ рѣшеніи гражданскихъ споровъ. А эти общіе вопросы, какъ мы уже замѣтили, до самаго послѣдняго времени разрабатывались преимущественно романистами на почвѣ современнаго римскаго права.

2) Если изложенныя соображенія убѣждаютъ въ пользѣ и необходимости подробнаго догматическаго изученія римскаго права не только для западно-европейскихъ, но и для русскихъ юристовъ, то ими вмѣстѣ съ тѣмъ предрѣшается и вопросъ о томъ, какой формаціи римское право, чистое или современное, должно быть положено въ основаніе догматическаго курса. Вопросъ несомнѣнно долженъ быть рѣшенъ въ пользу современнаго

римскаго права. Дѣйствительно, какой интересъ и какую пользу можетъ представить подробное догматическое изученіе такихъ институтовъ, которые давно отжили свой вѣкъ, какъ, напр., институтъ рабства, патроната, національно-римскія формы контрактовъ, какъ стипуляція и литтеральный контрактъ и т. п. Не имъ обязано римское право своей славой, своей живучестью. Съ другой стороны, какъ не остановиться ближе на тѣхъ новыхъ началахъ, которыя вдохнули въ Юстиніановскую кодификацію новую жизнь, приспособили ее къ новымъ потребностямъ оборота, какъ то сдѣлало признаніе обязательной силы за всѣми неформальными соглашеніями, расширеніе сферы примѣненія bona fides, дальнѣйшее развитіе тенденціи позднѣйшаго римскаго права къ замѣнѣ штрафныхъ исковъ ex delicto исками, направленными на вознагражденіе за убытокъ и т. д. Въ виду изложеннаго задачей нашего курса будетъ изложеніе современнаго римскаго или пандектнаго права. Бросимъ же теперь взглядъ на ходъ образованія этого права.

§ 3. Рецепція римскаго права на западѣ [1]).

1) Варварскія племена, образовавшія новыя государства на развалинахъ западно-римской имперіи, какъ внѣ Италіи (вестготское, бургундское, франкское), такъ и въ предѣлахъ ея (остготское и позднѣе—лангобардское), не могли не признать до извѣстной степени превосходства римской культуры, римскихъ традицій, римскихъ началъ предъ собственными. Это признаніе выразилось на первыхъ порахъ въ томъ, что римскимъ подданнымъ этихъ государствъ въ большей или меньшей степени было предоставлено право судиться по началамъ римскаго права. Для нихъ составлялись даже мѣстами особые сборники, такъ называемые leges Romanae; самый важный изъ нихъ—сборникъ, составленный для римлянъ, проживающихъ въ предѣлахъ вестготскаго королевства, при Аларихѣ II въ началѣ VI стол. (еще до Юстиніановской кодификаціи); онъ извѣстенъ подъ именемъ lex Romana Wisigothorum или Breviarum Alaricianum. Съ теченіемъ времени, и раньше всего въ Италіи, начала римскаго права стали проникать и въ среду побѣдителей Рима. Этому немало способствовало духовенство, воспитываемое поголовно въ римскомъ духѣ, ибо другого образованія, кромѣ римскаго, не откуда было взять. Церковь сама жила по римскому праву,—ecclesia vivit lege Romana,—и проводила начала его въ жизнь при помощи церковныхъ судовъ, компетенція которыхъ современемъ стала очень обширной. Дальнѣйшимъ факторомъ, подготовившимъ рецепцію римскаго права, явилась наука, особенно съ XII в., со времени появленія такъ называемой школы глоссаторовъ, зародившейся въ Болонскомъ университетѣ. Глоссаторы слѣпо преклонялись предъ римскимъ правомъ. Свою задачу они усматривали въ возможно точномъ, полномъ толкованіи Юстиніановской кодификаціи; отдѣльныя мѣста источниковъ разбирались въ томъ порядкѣ, въ какомъ они слѣдуютъ другъ за другомъ въ Corpus juris, и снабжались краткими объяснительными замѣчаніями,—glossae. Далѣе глоссаторы сопоставляли параллельныя мѣста, отмѣчали противорѣчія (такъ называемыя антиноміи) и пытались примирить ихъ между собою. Никакихъ прямыхъ практическихъ цѣлей, въ смыслѣ сближенія римскаго права съ потребностями современной имъ жизни, они не преслѣдовали. Тѣмъ не менѣе, вліяніе, оказанное ими на распространеніе знакомства съ римскимъ правомъ, было чрезвычайно велико. Благодаря славѣ, которой въ скоромъ времени сталъ пользоваться Болонскій университетъ, тутъ стекались слушатели изъ всей Италіи, изъ Франціи, Германіи. Возвращаясь на родину, они уносили съ собой сознаніе величія римскаго права и являлись проводниками и адептами его у себя дома. Уже съ конца XII в. замѣтно рѣшительное вліяніе римскаго права на практику итальянскихъ судебныхъ мѣстъ въ смыслѣ стремленія къ возведенію римскаго права на степень главнаго источника права. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, должна была все настоятельнѣе сказываться потребность въ переработкѣ римскаго права,

---

1) Муромцевъ, Рецепція римскаго права на Западѣ. Modderman, Die Reception des Römischen Rechts, нѣм. пер. Schultz'a.

въ приспособленіи его къ новымъ запросамъ жизни. Нѣкоторое начало такой переработки было уже положено каноническимъ законодательствомъ,—церковь уже рано начала модифицировать нѣкоторыя положенія римскихъ источниковъ. Дѣло, начатое ею въ скромныхъ сравнительно, размѣрахъ и въ нѣсколько одностороннемъ направленіи, было продолжено преемниками глоссаторовъ, новой школой такъ называемыхъ постглоссаторовъ, или комментаторовъ (съ начала XIV в.). У комментаторовъ, въ противоположность глоссаторамъ, преобладали практическія тенденціи. Они стремились привести въ связь римскія положенія съ постановленіями каноническаго права и правовыми взглядами окружающей ихъ среды, не останавливаясь ради достиженія этой цѣли предъ тенденціознымъ толкованіемъ римскихъ источниковъ. Въ научномъ отношеніи они далеко уступали глоссаторамъ,—характерно, между прочимъ, что они изучали и комментировали не столько самые источники, сколько глоссы къ нимъ своихъ предшественниковъ (ср. слова Sarti XV в.: scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas),—но практическое значеніе ихъ было очень велико; въ той формѣ, какую они придали римскому праву, оно окончательно привилось къ жизни.

2) Въ частности, *въ Италіи*, какъ было замѣчено, римское право начинаетъ пріобрѣтать характеръ главнаго источника права еще съ конца XII в.

Во Франціи римское право въ XVIII в. окончательно завоевало южную часть страны, получившей поэтому названіе pays du droit écrit. На сѣверѣ, напротивъ, удержалось обычное право,—это pays du droit coutumier. Мало-по-малу, однако, римское право и тамъ стало пріобрѣтать *субсидіарное значеніе*, т.-е. стало примѣняться въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ оказывались пробѣлы въ мѣстныхъ статутахъ и обычаяхъ. Главнымъ проводникомъ римскаго права во Франціи служило на ряду съ духовенствомъ сословіе легистовъ, воспитывавшихся на немъ въ юридическихъ школахъ Монпелье, Тулузы, Орлеана и т. д.; задача ихъ облегчалась поддержкой, которую они встрѣчали со стороны объединительной политики королевской власти. Какіе глубокіе корни успѣло пустить римское право въ этой странѣ, явствуетъ, между прочимъ, изъ того, что именно во Франціи въ эпоху возрожденія возникла новая, т.-н. французская историческая школа (XVI в.), произведшая цѣлый переворотъ въ наукѣ римскаго права, вернувшаяся къ изученію первоисточниковъ его и давшая цѣлый рядъ замѣчательныхъ работъ, сохранившихъ первостепенное значеніе до нашего времени. Къ сожалѣнію, она недолго продержалась.

Что касается, наконецъ, *Германіи*, то здѣсь процессъ рецепціи совершался медленнѣе; только съ половины XV в., послѣ паденія національнаго суда шеффеновъ, хранителей національныхъ обычаевъ, римское право окончательно утвердилось въ этой странѣ, ставъ «общимъ» ея правомъ (gemeines Recht), благодаря совокупнымъ усиліямъ императоровъ, духовенства, университетовъ и выпускаемыхъ ими образованныхъ и полуобразованныхъ дѣятелей. Да и то пришлось сдѣлать немалыя уступки національно-правовымъ воззрѣніямъ. Задача эта выпала на долю школы т.-н. юристовъ-практиковъ, усиліями которыхъ созданъ былъ т.-н. usus modernus pandectarum, ученіе представляющее собою своеобразную смѣсь римскихъ и германскихъ началъ. Зато римское право продержалось въ значительной степени Германіи до самаго послѣдняго времени, подъ именемъ современнаго римскаго или пандектнаго права. А это, въ свою очередь, имѣло то послѣдствіе, что германская наука пріобрѣла руководящее значеніе въ дѣлѣ разработки римскаго права. Поэтому намъ и приходится считаться съ той постановкой его, которую оно получило въ Германіи.

Указавъ, такимъ образомъ, въ общихъ чертахъ ходъ развитія современнаго римскаго права, мы обратимся теперь къ изученію источниковъ его.

§ 4. Источники современнаго римскаго права.

Римское право послѣ рецепціи его въ Германіи получило тамъ названіе общаго права (gemeines Recht). Общимъ оно стало называться потому, что оно долгое время

господствовало на всемъ протяженіи имперіи. Впрочемъ, это господство никогда не было исключительнымъ: каждая территорія сверхъ того управлялась своими мѣстными національными правами или статутами. Этимъ мѣстнымъ національнымъ правамъ въ случаѣ коллизіи отдавалось предпочтеніе предъ общимъ правомъ римскаго происхожденія. Другими словами, римское право имѣло только субсидіарное значеніе, оно примѣнялось въ каждой территоріи постольку, поскольку въ бѣдномъ по содержанію мѣстномъ правѣ оказывались пробѣлы. Мѣстныя кодификаціи гражданскаго права (какъ то: Прусское земское уложеніе, Австрійское гражданское уложеніе, Саксонское гражданское уложеніе) лишали римское право и этог значенія: оно сохранилось только въ тѣхъ областяхъ, на которыя не было распространено ихъ дѣйствіе. Съ введеніемъ новаго общегерманскаго гражданскаго уложенія 1896 г., вступившаго въ силу 1 января 1900 г., римское право окончательно утратило значеніе дѣйствующаго «общаго» права Германіи, сохранивъ лишь одно историческое значеніе.

Источниками современнаго римскаго или пандектнаго права являются, прежде всего, Corpus juris civilis, затѣмъ каноническое право и, наконецъ, германское законодательство и обычное право.

I. Corpus juris civilis[1]).

1) Corpus juris civilis состоитъ изъ Институцій, Дигестъ или Пандектъ, Кодекса и Новеллъ[2]).

а) *Институціи*—Institutiones состоятъ изъ 4 книгъ, подраздѣленныхъ на титулы. Онѣ содержатъ краткій систематическій обзоръ Юстиніановскаго права и были предназначены для ознакомленія начинающихъ юристовъ—cupida legum juventus—съ элементами права. Источниками при составленіи ихъ служили, главнымъ образомъ, Institutiones и Res cotidianae Гая, подвергшіяся мѣстами значительной переработкѣ. Система ихъ въ общемъ та же, что въ Институціяхъ Гая. Въ 1-й книгѣ излагается ученіе о лицахъ, во 2-й вещное право и наслѣдованіе по завѣщанію, въ 3-й наслѣдованіе по закону и большая часть обязательственнаго права, въ 4-й конецъ обязательственнаго права и процессъ. Способъ цитированія Институцій:

§ 1. J. de rer. div. 2, 1—§ 1 перваго титула второй книги Институцій, озаглавленнаго de rerum divisione.

b) *Digesta sen Pandectae*—представляютъ собою обширный сборникъ извлеченій изъ сочиненій 39 римскихъ юристовъ; всѣ они, за исключеніемъ трехъ, относятся къ императорскому періоду. Больше всего выписокъ сдѣлано изъ сочиненій двухъ знаменитыхъ юристовъ III в. Павла и Ульпіана, особенно изъ обширныхъ комментаріевъ ихъ по цивильному праву (ad Sabinum) и по преторскому эдикту (ad Edictum). Дигесты дѣлятся на 50 книгъ, подраздѣленныхъ (за исключеніемъ 30, 31 и 32 книги, носящихъ общее заглавіе de legatis et fideicomissis, I, II и III) на титулы. Каждый титулъ обнимаетъ рядъ фрагментовъ, съ указаніемъ имени юриста и сочиненія его, изъ котораго взятъ фрагментъ. Нѣкоторые титулы очень коротки. Такъ, напр., 3-й титулъ 6-й книги, озаглавленный si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur—состоитъ только изъ трехъ фрагментовъ, которые слѣдуютъ другъ за другомъ въ такомъ порядкѣ: 1) Paulus libro XXI ad Edictum (слѣдуетъ текстъ); 2) Ulpianus libro XVII ad Sabinum (слѣдуетъ текстъ), и 3) опять Paulus libro XXI ad Edictum (слѣдуетъ текстъ). Другіе титулы, напротивъ, включаютъ очень большое число фрагментовъ, напр., въ 1-мъ титулѣ 45 книги de verborum obligationibus 141 фрагментъ. Кромѣ указаннаго дѣленія на 50 книгъ, Дигесты дѣлятся еще на 7 частей, изъ которыхъ каждая обнимаетъ по нѣскольку книгъ. Первыя пять частей носятъ особыя названія: 1) τὰ πρῶτα—книги 1—4; 2) de judiciis—книги 5—11; 3) de rebus creditis—книги 12—19; 4) umbilicus—книги 20—27; 5) de te-

---

[1]) Названіе Corpus juris civilis встрѣчается иногда у глоссаторовъ. Окончательно оно утвердилось со времени изданія Діонисіемъ Готофредомъ Юстиніановскихъ сборниковъ вмѣстѣ съ Новеллами подъ общимъ заглавіемъ c. J. in IV partes distinctum.

[2]) Ср. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur d. Röm. Rechts. стр. 332 и сл.

stamentis—книги 28—36; 6) шестая часть обнимаетъ книги 37—43; 7) седьмая часть—книги 44—50. Система Дигестъ въ общемъ соотвѣтствуетъ системѣ преторскаго эдикта или, точнѣе, обширныхъ комментаріевъ къ нему классическихъ юристовъ. Изреченія юристовъ тамъ, гдѣ это казалось нужнымъ, подвергались измѣненіямъ и передѣлкамъ (т.-н. (emblemata Triboniani). Цѣль при этомъ преслѣдовалась двоякая: съ одной стороны, исключеніе всего того, что могло имѣть только историческое значеніе, съ другой стороны—устраненіе противорѣчій. Но ни та, ни другая цѣль не была вполнѣ достигнута, что неудивительно въ виду механическаго характера работъ комиссіи и спѣшности, съ которой велось все дѣло. (Комиссія подъ предсѣдательствомъ Трибоніана работала всего три года надъ составленіемъ Дигестъ, съ 530 по 533 г.). Способъ цитированія Дигестъ:

Fr. § 1 ad Sc. Vellejan. 16, 1—§ 2-й перваго фрагмента перваго титула 16-й книги Дигестъ, озаглавленнаго ad Senatusconcultum Vellejanum.

Вмѣсто fr.—fragmentum, l.—lex.

c) *Codex Justinianus*—представляетъ собою собраніе императорскихъ конституцій, поскольку онѣ сохранили еще значеніе для Юстиніановскаго времени. Кодексъ состоитъ изъ 12 книгъ, подраздѣленныхъ на титулы: каждый титулъ обнимаетъ большее или меньшее число конституцій, расположенныхъ въ хронологическомъ порядкѣ. Что касается системы кодекса, то книга 1 трактуетъ, главнымъ образомъ, о церковномъ правѣ и объ источникахъ права, книги 2—8 посвящены гражданскому праву, книга 9—уголовному праву, книги 10—12 административному праву. Отдѣльныя конституціи тамъ, гдѣ это казалось нужнымъ, подвергались измѣненіямъ и сокращеніямъ. Кодексъ вышелъ въ двухъ изданіяхъ. Съ составленія его началась кодификаціонная дѣятельность Юстиніана: первое изданіе Кодекса было распубликовано еще въ 529 году. Затѣмъ только было приступлено къ составленію Дигестъ, оконченному въ 533 году. Вслѣдъ за симъ были изданы Институціи, распубликованныя въ томъ же 533 году. Послѣ этого Юстиніанъ распорядился переизданіемъ кодекса. Второе изданіе, codex repetitae praelectionis, вышло въ 534 году. Вмѣстѣ съ тѣмъ первое изданіе утратило силу закона. Оно до насъ и не дошло. Способъ цитированія Кодекса: c. 12 pr. § 1 C. de usufr. 3, 33—principium [1]) (т.-е. начало) и § 1-й 12-й конституціи 33-го титула 3-й книги Кодекса, озаглавленнаго de usufructu. Вмѣсто c—constitutio пишутъ также l.—lex.

d) Изданіемъ Институцій, Дигестъ и Кодекса закончилась кодификаціонная дѣятельность Юстиніана. Послѣ этого вышелъ еще цѣлый рядъ законовъ, т.-н. Novellae, которые предполагалось также издать особымъ сборникомъ. Однако эта мысль Юстиніана не была приведена въ исполненіе. Тѣ сборники Новеллъ, которые дошли до насъ, принадлежатъ частнымъ лицамъ. Важнѣйшіе: 1) Epitome Juliani, содержащая 124 конституціи отъ 535—555 г. Только конституціи, вышедшія на латинскомъ языкѣ, приведены цѣликомъ, греческія же лишь въ сокращенномъ латинскомъ переводѣ, 2) Authenticum, сборникъ изъ 134 Новеллъ отъ 535 556 г. также на латинскомъ языкѣ. 3) Самое полное собраніе Новеллъ составлено уже послѣ смерти Юстиніана, вѣроятно, при Тиверіи, и содержитъ 168 Новеллъ. Оно издано на греческомъ языкѣ. Новеллы раздѣлены (съ XVI в.) на главы; первой главѣ каждой Новеллы предшествуетъ praefatio. Способъ цитированія Новеллъ: Nov. 89 cap. 12 § 4-й—§ 4-й 13 главы Новеллы 89-й.

2) Что касается объема рецепціи Юстиніановскаго законодательства, то надо замѣтить слѣдующее:

a) Не были рецепированы всѣ тѣ постановленія, которыя регулируютъ чисто римскіе институты, чуждые духу среднихъ вѣковъ и новаго времени, какъ-то, рабство, колонатъ, конкубинатъ, стипуляція, tutoris auctoritas, peculium profecticium и т. д.

---

[1]) Надо замѣтить что вездѣ, гдѣ фрагменты изъ Дигестъ или конституціи изъ Кодекса раздѣлены на параграфы, первый параграфъ цитируется какъ principium, и затѣмъ только начинается нумерація: §§ 1, 2 и т. д. То же слѣдуетъ сказать о подраздѣленіяхъ титуловъ Институцій: сначала principium, затѣмъ §§ 1, 2 и т. д.

b) Сверхъ того не были реципированы тѣ постановленія, которыя не были снабжены глоссами со стороны глоссаторовъ. Это положеніе выражается поговоркой: quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. Въ этомъ отношеніи надо замѣтить, что Институціи сплошь глоссированы, въ Дигестахъ не глоссированы только нѣсколько фрагментовъ изъ 48-й книги, въ Кодексѣ не глоссированы около 200 большей частью греческихъ конституцій, изъ Новеллъ не глоссированы—72 [1]).

c) Наконецъ, надо замѣтить, что глоссаторы включили въ Юстиніановскіе сборники 13 конституцій германскихъ императоровъ Фридриха I и Фридриха II, т. н. *Authenticae Fridericianae.*

Въ указанныхъ предѣлахъ Юстиніановское законодательство по господствующему мнѣнію реципировано *in complexu*, т. е. въ цѣломъ, такъ что всякій, кто ссылается въ этихъ предѣлахъ на Corpus juris, имѣетъ, какъ выражаются, fundatam intentionem in jure, пока не будетъ доказано, что то или другое постановленіе отмѣнено позднѣйшими узаконеніями или обычнымъ правомъ. Впрочемъ, нѣкоторые ученые, какъ, напр., Дернбургъ, возстаютъ противъ этого, утверждая, что *объемъ рецепціи опредѣляется обычаемъ*, такъ что то, что осталось чуждымъ практикѣ, не можетъ считаться реципированнымъ. Практическое значеніе этого спора состоитъ въ томъ, что если возникаетъ споръ, реципировано данное постановленіе или нѣтъ, то согласно первому мнѣнію положеніе in dubio считается реципированнымъ, а согласно второму фактъ рецепціи долженъ быть провѣренъ. Впрочемъ, такое сомнѣніе можетъ возникнуть только относительно рѣдко [2]).

II. Каноническое право.

1) Подъ каноническимъ правомъ въ данномъ случаѣ слѣдуетъ понимать законодательство католической церкви за средніе вѣка, вошедшее въ составъ т. н. *Corpus juris canonici clausum.* Corpus juris canonici clausum состоитъ изъ слѣдующихъ 4 частей: a) *Decretum Gratiani.* Это частная работа монаха Граціана (XII в.), которая состоитъ изъ ряда положеній, взятыхъ изъ разныхъ церковныхъ источниковъ (canones) и изъ положеній самаго Граціана (dicta Gratiani). Эти dicta имѣютъ цѣлью примирить противорѣчія, встрѣчающіяся между canones. Обязательную силу имѣютъ только каноны, а не разсужденія Граціана. Decretum дѣлится на три части (partes). b) *Decretales* Григорія IX. Это сборникъ папскихъ указовъ (decretales), составленный по приказанію папы Григорія IX въ 1234 году. Онъ дѣлится на 5-ть книгъ, съ подраздѣленіемъ на титулы. c) *Liber sextus decretalium*, дополнительный сборникъ папскихъ декреталіевъ, составленный при папѣ Бонифаціи VIII въ 1298 году. Онъ въ свою очередь дѣлится на 5-ть книгъ съ подраздѣленіемъ на титулы. d) *Clementinae* (sc. constitutiones), собраніе декреталіевъ папы Климента V и утвержденныхъ имъ постановленій церковнаго собора въ Віеннѣ (Vienne). Этотъ сборникъ обнародованъ въ 1317 году. Остальныя части Corpus juris canonici, образующія собою corpus juris canonici non clausum (а именно extravagantes папы Іоанна XXII и extravagantes communes) не были реципированы [3]).

Что касается *значенія каноническаго права* для пандектнаго права, то необходимо замѣтить, что оно внесло лишь второстепенныя измѣненія въ систему послѣдняго. Такъ, благодаря ему расширена область bona fides, внесены измѣненія въ постановленія римскаго права о защитѣ владѣнія и т. д.

III. Германское законодательство и обычное право.

1) Законодательство прежней Германской имперіи внесло лишь весьма незначительныя измѣненія въ систему римскаго права. Больше всего значенія имѣетъ преобразованіе

---

[1]) См. подробныя указанія въ пандектныхъ учебникахъ Арендтса, § 2; Вангерова, т. 1, § 6 Виндшейда, т. 1, § 3.

[2]) Ср. Дернбургъ, Pandekten, т. 1, § 4.

[3]) Подр. см. Regelsberger Pandekten, т. 1, § 4.

опекунской части на основаніи имперскаго полицейскаго устава (1530 г.) и дополнительныхъ къ нему постановленій.

2) Весьма важную роль играло зато обычное право, а также судебная практика. Цѣлый рядъ институтовъ частью преобразованъ такимъ путемъ, напр. ученіе о цессіи и представительствѣ, частью вновь созданъ, напр., постановленія о безвѣстно отсутствующихъ, о душеприказчикахъ, о наслѣдственныхъ договорахъ.

3) Что касается, наконецъ, законодательства *новой* Германской имперіи до изданія новаго общегерманскаго гражданскаго уложенія, то имъ внесенъ цѣлый рядъ важныхъ измѣненій, въ особенности въ области конкурснаго права. Мы, однако, не будемъ останавливаться на нихъ, такъ какъ подлежащія узаконенія являются не столько развитіемъ началъ римскаго права, сколько первыми этапами на пути къ полной замѣнѣ его, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣхъ мѣстныхъ правъ, мѣстныхъ кодексовъ, новымъ общимъ гражданскимъ уложеніемъ. Къ тому же, это новое «общее» право, создаваемое имперскимъ законодательствомъ, уже не имѣло, подобно прежнему «общему» праву, одно только субсидіарное значеніе по отношенію къ отдѣльнымъ мѣстнымъ правамъ, а, напротивъ, имѣло абсолютное значеніе, исключало примѣненіе послѣднихъ.

§ 5. Соотношеніе между источниками современнаго римскаго права [1]).

Основное правило толкованія, которое примѣняется въ случаѣ коллизіи между нѣсколькими постановленіями, трактующими объ одномъ и томъ же предметѣ, гласитъ: *lex posterior derogat legi priori*, позднѣйшій законъ отмѣняетъ болѣе ранній. 1) На этомъ основаніи предпочтительнымъ значеніемъ предъ остальными источниками пандектнаго права пользуется германское законодательство и обычное право, притомъ такъ, что современнымъ обычно правовымъ нормамъ отдается предпочтеніе предъ болѣе ранними обычаями и узаконеніями прежней Германской имперіи. 2) Далѣе слѣдуетъ каноническое право, постановленіямъ котораго, какъ болѣе позднимъ, въ общемъ отдается предпочтеніе предъ коллидирующими съ ними постановленіями римскаго права. Однако, это правило примѣняется не безъ исключеній. Въ нѣкоторыхъ пунктахъ, какъ напр., въ законодательствѣ о процентахъ, восторжествовало на практикѣ римское право. 3) Что касается, наконецъ, соотношенія между отдѣльными составными частями Юстиніановскаго законодательства, то Новеллы, какъ болѣе поздніе узаконенія, пользуются предпочтеніемъ предъ Институціями, Дигестами и Кодексомъ. Зато три послѣднихъ сборника, по мысли Юстиніана, должны пользоваться одинаковой силой и значеніемъ. Никакихъ противорѣчій между ними при правильномъ толкованіи не существуетъ, говоритъ онъ въ 1. 2. § 15 Cod. de vet. jure enucl. 1, 17: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet. На самомъ дѣлѣ это далеко не такъ. Противорѣчій встрѣчается не мало. Доктрина и практика много поработали надъ устраненіемъ ихъ, примѣняя то историческую, то систематическую точку зрѣнія. Дѣло въ томъ, что иногда противорѣчіе объясняется тѣмъ, что данныя постановленія относятся къ различнымъ періодамъ въ исторіи соотвѣтствующаго института; въ такомъ случаѣ принимается во вниманіе то постановленіе, которое соотвѣтствуетъ позднѣйшей стадіи развитія, а на остальныя смотрятъ какъ на историческій матеріалъ. Въ другихъ случаяхъ одно постановленіе, выражаетъ общее правило, а другое—представляетъ развитіе его или содержитъ исключеніе изъ него. Бываетъ и такъ, что какое-нибудь постановленіе, не согласное съ другими, отражаетъ субъективный взглядъ того или другого юриста, не встрѣтившій сочувствія у другихъ. Если противорѣчіе ничѣмъ не можетъ быть устранено, то противорѣчивыя постановленія оба игнорируются, и вопросъ рѣшается на основаніи общихъ правилъ о толкованіи по аналогіи.

---

[1]) Регельсбергеръ, Pandekten, т. 1, § 6.

§ 6. Литература пандектнаго права [1]).

I. Смѣна отдѣльныхъ теченій.

1) Первое серьезное начало систематической литературной разработки римскаго права на Западѣ было положено *глоссаторами*. Школа глоссаторовъ возникла въ Болоньѣ въ началѣ XII стол. и просуществовала до средины XIII в. Громкая извѣстность, которою въ скоромъ времени стала пользоваться эта школа, привлекла въ Болонскій университетъ массу слушателей со всѣхъ концовъ Западной Европы. Родоначальникомъ школы считается Irnerius. Послѣ него особымъ авторитетомъ пользовались quattuor doctores: Bulgarus, Jacobus, Martinus, Hugo, Далѣе Azo, наконецъ, Accursius старшій. Работы глоссаторовъ легли въ основаніе всей цивилистической науки. Эти работы отличаются по преимуществу *экзегетическимъ* характеромъ: онѣ состояли главнымъ образомъ въ толкованіи Corpus juris. Именно отдѣльныя мѣста источниковъ разбирались въ томъ порядкѣ, въ какомъ они слѣдуютъ другъ за другомъ въ сборникахъ, и снабжались краткими толкованіями, glossae. Далѣе глоссаторы указывали и сопоставляли свободныя или *параллельныя мѣста*, отмѣчали противорѣчія, такъ назыв. *антиноміи*, встрѣчающіяся въ источникахъ, и стремились примирить ихъ между собою. Великія заслуги глоссаторовъ въ дѣлѣ разработки римскаго права ослабляются полнымъ отсутствіемъ у нихъ историческихъ познаній: они совершенно не были знакомы съ исторіей римскаго права. Съ теченіемъ времени стали появляться сборники глоссъ. Самый обширный трудъ этого рода glossa ordinaria Аккурсія. Это сводная глосса на Юстиніановское законодательство, въ составъ которой вошли толкованія предшественниковъ Аккурсія, дополненныя его собственными толкованіями. Глосса Аккурсія вытѣснила изъ обращенія работы отдѣльныхъ глоссаторовъ и стала первостепеннымъ источникомъ дальнѣйшей литературной разработки римскаго права.

2) Школу глоссаторовъ съ конца XIII в. смѣнила школа постглоссаторовъ или комментаторовъ. Непосредственное изученіе источниковъ было замѣнено изученіемъ глоссы. Чрезъ посредство ея только и знакомились съ самими источниками. Другими словами, комментаторы писали толкованія не на Юстиніановское законодательство, какъ таковое, а на глоссу,—glossa glossae. Въ противоположность глоссаторамъ, преслѣдовавшимъ на первомъ планѣ чисто научныя цѣли, комментаторы имѣли въ виду главнымъ образомъ цѣли практическія: они стремились привести римское право въ такой видъ, чтобы оно отвѣчало потребностямъ современной имъ жизни и оборота. Съ этой цѣлью они отчасти ненамѣренно, отчасти и намѣренно извращали смыслъ римскихъ нормъ, гдѣ это казалось нужнымъ, желая сдѣлать ихъ вполнѣ пригодными для разрѣшенія споровъ новаго происхожденія. Работы комментаторовъ имѣли важное практическое значеніе. Но въ научномъ отношеніи онѣ далеко уступаютъ работамъ ихъ предшественниковъ, отличаясь схоластическимъ характеромъ и излишней пространностью. Важнѣйшіе представители этой школы: Durantis (к. XIII в. speculum juris), Bartolus de Sassoferato (половины XIV в.), Baldus de Ubaldis, Jason Mainus.

3) Подъ вліяніемъ началъ возрожденія и гуманизма во Франціи въ XVI в. сложилась французская историческая школа, которая вновь обратилась къ непосредственному изученію источниковъ. Новое направленіе не ограничивалось изученіемъ одного Юстиніановскаго законодательства, а стало обращать вниманіе и на остатки до-Юстиніановскаго права; на ряду съ догматическими вопросами стали разрабатываться и вопросы историческіе, чѣмъ былъ пролитъ совершенно новый свѣтъ на многіе вопросы римскаго права. Важнѣйшіе представители этой школы: Duarenus, Balduinus, Brissonius, Jacobus Cujacius (Jaques Cuiaz) (1522—1590) и Hugo Donellus (Hugon Doneau), далѣе Jacobus Gothofredus († 1652) и Anton Faber († 1624).—Особенно выдвигался Куяцій и Донеллъ. Куяцій былъ выдяющійся филологъ, историкъ и экзегетикъ,—его observationes содержатъ

---

[1]) Муромцевъ, Рецепція, стр. 20; Brinz, Lehrbuch der Pandecten, 3 изд. т. I, стр. 30; Regelsberger, Pandecten, т. I, стр. 33 (тамъ же дальнѣйшія литературныя указанія).

массу важныхъ историческихъ замѣчаній и до нашего времени сохранили важное значеніе. Знаменитый современникъ его Donellus былъ по преимуществу систематикомъ; важнѣйшая работа его—commentarii juris civilis Историческое направленіе просуществовало во Франціи до начала XVII вѣка. Впослѣдствіи преобладающее значеніе получила практическая юриспруденція.

4) Въ *Германіи* со времени рецепціи римскаго права до XVII вѣка преобладала школа юристовъ-практиковъ. Представителей историческаго направленія было очень немного. Важнѣйшіе изъ нихъ Haloander, Ulricus Zasius. Большинство же нѣмецкихъ юристовъ было всецѣло поглощено дѣломъ примиренія вновь реципированнаго римскаго права съ потребностями германской жизни. При этомъ они опирались на работы комментаторовъ. Особенно выдающуюся роль играли саксонскіе юристы. Саксонія съ начала XIII в. обладала сборникомъ національно-нѣмецкаго права—знаменитымъ Саксонскимъ Зерцаломъ—Sachsenspiegel. Со времени рецепціи римскаго права послѣднее стало лицомъ къ лицу съ саксонскимъ правомъ. Сочетаніе и примиреніе обоихъ выпало на долю саксонской юриспруденціи. Результатомъ этой работы явился usus modernus pandectarum, представляющій собою странную смѣсь римскихъ и германскихъ началъ. Важнѣйшіе представители этого направленія—Benedictus Carpzow, Heinrich Berger, Joh. Balthasar a Werner, Augustinus Leyser. По стопамъ саксонскихъ юристовъ пошли и другіе ученые юристы, какъ-то Mevius, Lauterbach, Stryck.

5) Въ XVIII вѣкѣ преобладающую роль стала играть школа *естественнаго права*. Системы естественнаго права стали появляться еще въ XVII вѣкѣ, но первоначально онѣ затрогивали по преимуществу государственное и международное право. Но съ конца XVII вѣка эта школа стала оказывать вліяніе и на гражданское право. Главная заслуга этой школы состоитъ въ томъ, что она привела къ выработкѣ извѣстной суммы общихъ понятій и къ систематической группировкѣ правового матеріала. Главный представитель этого направленія—Thomasius.

6) Въ XIX столѣтіи вновь было отведено подобающее мѣсто *историческому* изученію права. Въ Германіи возникла новая *историческая* школа. Основаніе ея было положено Геттингенскимъ профессоромъ Hustav Hugo († 1844). Самый талантливый ея представитель и глава—Friedrich Karl v. Savigny (1779—1861). Савиньи училъ, что право есть продуктъ исторіи, оно служитъ выраженіемъ народнаго духа. Для надлежащаго уразумѣнія его необходимо обратиться къ исторіи его. Начавшееся вслѣдъ за этимъ вновь историческое изученіе римскаго права привело къ весьма плодотворнымъ результатамъ, чему немало содѣйствовало также открытіе нѣкоторыхъ утраченныхъ было источниковъ римскаго права, въ особенности подлинныхъ Институцій Гая. Большое мѣсто было отведено *изученію чистаго римскаго права*, надъ нимъ работалъ цѣлый рядъ выдающихся умовъ, изъ которыхъ особенно выдвигается Георгъ Фридрихъ *Пухта* († 1846). Такое изученіе чистаго римскаго права само по себѣ представляетъ, конечно, явленіе крайне желательное, но для практики того времени оно было сопряжено съ опасностями. За изученіемъ прошлаго многіе изслѣдователи забывали о положеніи дѣлъ въ настоящемъ. Тщательный историческій и *критическій* анализъ источниковъ нерѣдко приводилъ ихъ къ убѣжденію, что общепринятое толкованіе тѣхъ или другихъ положеній несогласно съ истиннымъ смысломъ ихъ. И вотъ они стали заявлять и нерѣдко съ успѣхомъ претензію, чтобы практика отказалась отъ прежняго и приняла новое толкованіе. При этомъ упускалось изъ виду, что несогласное съ источниками, но освященное прежнею доктриною и долголѣтней практикою толкованіе того или другого мѣста Corpus juris нерѣдко представляло лишь внѣшнюю форму, въ которую вылились *новыя положенія*, вызванныя измѣнившимися соціальными и экономическими условіями. Впрочемъ, это антикварное направленіе, въ особенности за послѣднее время, встрѣтило серьезный отпоръ со стороны выдающихся романистовъ.

Историческая школа и въ наше время должна быть признана господствующей.

7) На ряду съ этимъ складывается рядъ новыхъ теченій. Съ одной стороны, при изученіи и формулировкѣ правовыхъ институтовъ начинаютъ обращать все большее вни-

маніе на тѣсную связь, существующую между правомъ и другими сторонами соціальной жизни, въ особенности экономіей (Іерингъ, гр. Пининскій). Съ другой стороны, изучаютъ связь права съ психологіей, точнѣе формулируютъ отношеніе между догмой и политикой права (Л. І. Петражицкій). Все это оказываетъ, конечно, вліяніе и на чисто догматическія изслѣдованія, частью содѣйствуя болѣе точному установленію задачъ и границъ догматическаго изученія права, частью видоизмѣняя рядъ ходячихъ формулъ, опредѣленій отдѣльныхъ институтовъ, проливая новый свѣтъ на истинный смыслъ и значеніе этихъ институтовъ.

II. Системы изложенія. а) До XVII в. преобладалъ *экзегетическій методъ*, при которомъ отдѣльныя положенія комментировались въ томъ порядкѣ, въ которомъ они расположены въ источникахъ.

б) Его смѣнилъ такъ называемый *легальный порядокъ* изложенія, при которомъ сохранилось принятое Пандектами дѣленіе на титулы, и о каждомъ титулѣ говорилось особо: но въ предѣлахъ даннаго титула уже не ограничивались толкованіемъ отдѣльныхъ мѣстъ, содержащихся въ немъ, а предлагали систематическое изложеніе всего ученія, о которомъ шла рѣчь въ титулѣ. Наиболѣе обширное изслѣдованіе, изложенное въ такомъ порядкѣ—Glück, Ausiührliche Erläuterung der Pandecten, 1790—1830, 34 тома; послѣ смерти Глюка, его трудъ былъ продолженъ другими юристами; съ тѣхъ поръ вышелъ еще цѣлый рядъ томовъ, но трудъ еще далеко не оконченъ.

в) Мало-по-малу стали появляться изслѣдованія, построенныя авторами *по самостоятельной системѣ*. Одной изъ наиболѣе раннихъ попытокъ этого рода является изслѣдованіе Донела—Commentarii juris civilis libri XVIII. Система, принятая въ настоящее время, впервые встрѣчается у Гуго—Gustav Hugo—въ его институціяхъ современнаго римскаго права 1789 г.; его примѣру послѣдовалъ Гейзе (Heise), и съ тѣхъ поръ эта система пріобрѣла право гражданства въ наукѣ. Отъ римской или такъ называемой институціонной системы изложенія эта система отличается кореннымъ образомъ. Римская система, какъ она вылилась въ институціяхъ Гая и Юстиніана, была построена на извѣстномъ положеніи: omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. И такъ personae, res, actiones—это тѣ три понятія, которыя легли въ основаніе римской системы. На языкѣ современной юриспруденціи этимъ терминамъ соотвѣтствуютъ понятія: права личнаго, права имущественнаго и процесса. Современная система изложенія прежде всего проводитъ рѣзкое различіе между матеріальнымъ правомъ и процессомъ. Послѣдній составляетъ предметъ самостоятельной науки гражданскаго процесса. Затѣмъ, въ составѣ матеріальнаго права различаютъ общую часть и особенную. *Въ общей части* излагается рядъ ученій, имѣющихъ болѣе или менѣе общее значеніе для всѣхъ или для большинства институтовъ гражданскаго права, подъ слѣдующими установившимися рубриками: а) ученіе о субъектахъ правъ, b) ученіе объ объектахъ правъ, с) ученіе объ общихъ условіяхъ возникновенія, измѣненія, перехода и прекращенія правъ и d) ученіе о защитѣ правъ. Иногда этому предпосылается еще общее ученіе о правѣ въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ. *Въ особенной части* разсматриваются отдѣльные институты частнаго права подъ слѣдующими общими рубриками: а) право вещное, б) право обязательственное, в) право семейственное и г) право наслѣдственное.

III. Важнѣйшія пособія. Arndts, Lehrbuch der Pandecten 13 изд. 1886 г. Точное, сжатое изложеніе, но очень сухо. Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts 3 т., 7 изд. 1891 г., 8-е, посмертное изд. Киппа—1898 г. Подробное изложеніе, богатыя литературныя указанія. Dernburg, Pandecten 3 т., 7 изд. 1903 г. Живое, увлекательное изложеніе. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten 3 т., 7 изд. 1863 г. Не учебникъ, а пособіе къ лекціямъ въ видѣ пространной программы курса съ обширными примѣчаніями, посвященными разбору важнѣйшихъ контроверзъ. Baron, Pandecten, 8 изд. 1893 г. Ясное, точное изложеніе взглядовъ автора, но почти полное отсутствіе указаній на чужія мнѣнія. Переведено на русскій языкъ Л. І. Петражицкимъ.. Accarias, Precis de droit Romain. Demangeat, precis de droit Romain. На русскомъ языкѣ имѣются курсы Митюкова, Азаревича (2 т. въ 3 частяхъ), Загурскаго, Дорна, Ефимова, Хвостова.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

О лицахъ или субъектахъ правъ.

§ 7. Понятіе лица [1]).

Лицо въ юридическомъ смыслѣ (persona) есть тотъ, кто можетъ имѣть права, можетъ быть субъектомъ правъ, напр., можетъ быть собственникомъ, кредиторомъ и т. д. Способность быть субъектомъ правъ, называется *правоспособностью*. Предѣлы правоспособности различныхъ категорій лицъ опредѣляются объективнымъ правомъ, т. е. закономъ или обычаемъ). Отъ правоспособности надо отличать *дѣеспособность*. Дѣеспособнымъ считается тотъ, за личными дѣйствіями или волеизъявленіями котораго, какъ таковыми, признается юридическое значеніе, поскольку данное дѣйствіе вообще можетъ имѣть юридическое значеніе. Лицо правоспособное можетъ быть лишено всякой дѣеспособности, напр., infans или furiosus, или же дѣеспособность его можетъ быть ограниченная, напр., у minor или prodigus. Различаются двѣ категоріи субъектовъ правъ, именно: *лица физическія и лица юридическія*. Физическія лица или люди въ современномъ правѣ всѣ обладаютъ правоспособностью, хотя и не всѣ одинаковою. Въ чистомъ Римскомъ правѣ ея были лишены рабы.

Глава I. Физическія лица.

А. СУЩЕСТВОВАНІЕ ФИЗИЧЕСКАГО ЛИЦА.

§ 8. Начало личности [2]).

Правоспособность лица начинается съ момента его рожденія. При этомъ требуется: a) чтобъ ребенокъ вполнѣ отдѣлился отъ матери, b) чтобъ онъ родился живымъ, c) чтобъ онъ имѣлъ человѣческій образъ, d) кромѣ того, нѣкоторые ученые требуютъ, чтобъ онъ былъ настолько доношенъ, чтобъ не былъ выкидышемъ Въ частности:

1) *Пока ребенокъ находится въ утробѣ матери, онъ не считается самостоятельнымъ субъектомъ права*, составляя лишь mulieris portio vel viscerum. Однако, сложилось правило: nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius agitur; въ силу этого правила за эмбріономъ сохраняются всѣ права, пріобрѣтеніе которыхъ для него пока невозможно исключительно въ виду того, что онъ еще не родился, напр., право на наслѣдство, открывшееся въ его пользу во время нахожденія его въ утробѣ матери, право на признаніе родственной связи между нимъ и кровными родственниками, умершими во время беременности его матери и т. д.; всѣ такія права онъ пріобрѣтаетъ ipso jure съ момента рожденія. Способъ отдѣленія отъ матери безразличенъ (т.-е. все равно, состоялось ли оно естественнымъ или искусственнымъ путемъ).

---

[1]) Baron, § 17 Dernburg т. I, § 49. Regelsberger т. I, §§ 56 и 57, Гриммъ, къ ученію о субъектахъ правъ, въ Вѣстникѣ права за Ноябрь и Декабрь 1904 г.

[2]) Baron, § 18, Dernburg т. I, § 50. Regelsberger т. I, § 58. Wächter, de partu vivo non vitali.

2) *Ребенокъ долженъ родиться живымъ*, хотя бы на самое короткое время; нѣкоторые римскіе юристы требовали для признанія ребенка родившимся живымъ, чтобъ онъ кричалъ: но Сабиніанцы спорили противъ этого и Юстиніанъ присоединился къ ихъ мнѣнію. Продолжительность жизни не имѣетъ значенія; другими словами, правовыя измѣненія, наступившія черезъ вступленіе ребенка въ число субъектовъ правъ, остаются въ силѣ. хотя бы онъ умеръ черезъ самое короткое время послѣ своего рожденія (это важно особенно въ области наслѣдственнаго права). Напр., вдова, оставшаяся беременной послѣ мужа, родила сына, который умеръ скоро послѣ рожденія, другихъ дѣтей нѣтъ,—наслѣдство отца по закону переходитъ къ ребенку, а послѣ его смерти къ его матери (но не къ братьямъ отца) и т. д.

3) *Ребенокъ долженъ имѣть человѣческій образъ*, не долженъ быть монстромъ. Но простыя отступленія отъ нормальнаго строенія тѣла (6 пальцевъ, сращеніе близнецовъ и т. д.) не лишаютъ родившагося правоспособности.

4) *Требуется, чтобъ ребенокъ былъ настолько доношенъ, чтобъ не представлялъ выкидыша*, т.-е. существо явно и безусловно нежизнеспособное. Выкидышъ же, хотя бы и родился живымъ, не есть лицо. Таково господствующее нынѣ мнѣніе (Арндтсъ, Виндшейдъ, Дернбургъ, Баронъ и др.). Противъ этого высказываются въ особенности Савиньи, изъ новѣйшихъ Беккеръ.

§ 9. Конецъ личности[1]).

Конецъ личности совпадаетъ съ моментомъ смерти лица. Если кто-либо на смерти другого лица основываетъ какое-нибудь право (напр., объявляетъ себя наслѣдникомъ), то онъ долженъ доказать фактъ смерти. Доказать ее не всегда легко, оно невозможно въ случаѣ продолжительнаго отсутствія лица. Римское право не даетъ указаній, какъ поступить въ такомъ случаѣ. Въ практикѣ общаго права сложилась презумпція, въ силу которой безвѣстно-отсутствующій, по достиженіи 70-ти лѣтняго возраста, долженъ считаться умершимъ. Если безвѣстно отсутствующимъ является лицо старше 70 лѣтъ, то соотвѣтствующій срокъ удлиняется до 100 лѣтъ. Заинтересованныя лица могутъ въ такомъ случаѣ ходатайствовать о судебномъ объявленіи о смерти; послѣднему предшествуютъ назначеніе особаго слѣдствія по дѣлу и публичный вызовъ безвѣстно-отсутствующаго въ судъ. По исполненіи этихъ формальностей, судъ издаетъ требуемое объявленіе. Вопросъ о томъ, съ какого момента лицо должно считаться умершимъ, съ момента ли судебнаго объявленія, или съ момента достиженія 70-ти лѣтняго возраста, или со времени безвѣстнаго отсутствія, представляется спорнымъ. Практическая важность вопроса заключается главнымъ образомъ въ томъ, что въ зависимости отъ того или другого разрѣшенія его наслѣдниками безвѣстно-отсутствующаго могутъ оказаться тѣ или другія лица. Господствующее мнѣніе высказывается нынѣ въ пользу второго предположенія (декларативное значеніе судебнаго объявленія). Равнымъ образомъ спорятъ о томъ, соотвѣтствуетъ ли презумпціи смерти безвѣстно-отсутствующаго послѣ достиженія имъ 70-ти лѣтняго возраста презумпція жизни до достиженія имъ этого возраста, въ силу которой могли бы быть пріобрѣтены для него (открывшіеся въ его пользу) наслѣдство и отказы. Большинство юристовъ высказывается противъ такой презумпціи.

При извѣстныхъ условіяхъ трудно опредѣлить, кто изъ нѣсколькихъ лицъ умеръ раньше. Иногда это почти невозможно. Наиболѣе часто встрѣчающійся случай такого рода— взаимная погибель нѣсколькихъ лицъ отъ общей опасности. По общему правилу въ такихъ случаяхъ допускается презумпція, что всѣ умерли одновременно — commorientes. Исключеніе допускается въ томъ случаѣ, если умершіе состояли между собою въ отношеніи восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ. Тогда предполагается, что малолѣтній десцендентъ умеръ раньше своего асцендента, puber позже его. Впрочемъ, изъ этого исключенія допускаются опять изъятія. Ср. fr. 26 pr. D. 23, 4, fr. 9 § fr. 4. 1. 22. fr. 23 D. 34,5.

[1]) Bruns, die Verschollenheit.

В. ПРАВОСПОБНОСТЬ ФИЗИЧЕСКИХЪ ЛИЦЪ.

§ 10. Римское ученіе о status и capitis deminutio и современное значеніе этого ученія.

Римское право различало три главные момента правоспособности: status libertatis, status civitatis и status familiae[1]). Соотвѣтственно съ этимъ различались:

1) *Liberi et servi, свободные и рабы.* Это было основное дѣленіе лицъ (summa divisio personarum). Лица свободныя всѣ въ большей или меньшей степени пользовались правоспособностью, тогда какъ рабы были лишены ея—servi pro nullis habentur (1.32 D. de reg. iur. 50,17). За рабомъ не признавались ни семейственныя, ни имущественныя права. Въ особенности въ древнемъ правѣ власть господина надъ нимъ была ничѣмъ не ограничена. Она складывалась изъ двухъ моментовъ: a) какъ всякая вещь, рабъ принадлежалъ господину на полномъ правѣ собственности; господинъ могъ продать его, заложить, отдать его въ наемъ и т. д., b) какъ существо сознательное, онъ состоялъ подъ господскою властью—dominica potestas. Въ силу своей господской власти господинъ, во-1-ыхъ, имѣлъ ius vitae ac necis по отношенію къ рабу, т.-е. могъ судить его самъ и приговорить даже къ смертной казни; во 2-ыхъ, господинъ имѣлъ право на все, что пріобрѣталъ рабъ. За обязательства же раба онъ по цивильному праву не отвѣчалъ, что выражалось поговоркой melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest (1. 133 D. de reg. iur. 50, 17). Исключеніе допускалось только въ случаѣ совершенія рабомъ деликта, напр., кражи; въ такомъ случаѣ господинъ обязанъ былъ или заплатить штрафъ, или выдать раба потерпѣвшему (noxae dedere). Въ позднѣйшемъ правѣ эти суровыя начала были нѣсколько смягчены. Такъ уже рано вошло въ обычай надѣлять рабовъ, заслужившихъ довѣріе своихъ господъ, имуществомъ (peculium). Пекулій *юридически*, конечно, разсматривался какъ имущество господина, такъ какъ рабъ не пользовался правоспособностью, но *фактически* рабъ, обладающій пекуліемъ, занималъ довольно самостоятельное положеніе, могъ свободно распоряжаться пекуліарными объектами и вслѣдствіе этого пользовался извѣстной кредитоспособностью въ глазахъ третьихъ лицъ. По цивильному праву послѣднія правда не были гарантированы на тотъ случай, когда рабъ отказывался добровольно исполнить сдѣлку, напр., заплатить за купленную вещь условленную сумму, такъ какъ не могли предъявлять иска ни къ нему, какъ лицу неправоспособному, ни къ господину, такъ какъ тотъ не отвѣчалъ за договорные долги раба. Но къ нимъ пришелъ на помощь преторъ. Именно, преторъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ призналъ отвѣтственность господина и за *договорные* долги раба. Въ частности, господинъ сталъ отвѣчать предъ третьими лицами за сдѣлки, заключенныя рабомъ, если онъ самъ приказалъ рабу заключить данную сдѣлку, или если онъ назначилъ раба своимъ замѣстителемъ (приказчикомъ своей лавки или шкиперомъ своего судна), или если онъ обогатился, извлекъ выгоду изъ сдѣлки, заключенной рабомъ. или, наконецъ, если онъ надѣлилъ раба пекуліемъ и тѣмъ сообщилъ рабу извѣстную кредитоспособность въ глазахъ постороннихъ лицъ[2]). Императорское право пошло дальше по этому пути. Съ одной стороны у господъ было отнято право подвергать рабовъ пыткѣ, истязаніямъ, смертной казни, въ связи съ чѣмъ рабы получили право возбуждать противъ своего господина, злоупотребившаго господской властью, т. н. querela de domino. Съ другой стороны рабы въ извѣстномъ смыслѣ были признаны субъектами обязательственныхъ отношеній. Такъ Ульпіанъ говоритъ: Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et *obligantur et obligant*. (1. 14 D. de obl. et act. 44, 7). Итакъ, деликтъ, совершенный рабомъ, порождаетъ право

[1]) Ср. Baron, Institutionen, стр. 13 и сл.

[2]) Подобнѣе объ условіяхъ и предѣлахъ отвѣтственности господина за договорные долги рабовъ говорится въ обязательственномъ правѣ, см. § 210.

[3]) Cr. Kuntze, die Obligationen im Römischen und heutigen Recht, стр. 186 и сл.

иска противъ самого раба, на случай отпущенія его на волю: договоръ, заключенный имъ, порождаетъ, правда, только натуральное обязательство, т.-е. обязательство, не облеченное правомъ иска; но и это уже прогрессъ: такой договоръ, по крайней мѣрѣ, не считается недѣйствительнымъ. Въ результатѣ оказывается, что позднѣйшее римское право отказалось отъ послѣдовательнаго проведенія принципа абсолютной неправоспособности рабовъ.—Что касается возникновенія и прекращенія рабства, то надо замѣтить слѣдующее: основаніями *возникновенія* рабства считались рожденіе отъ рабыни и потеря свободы; послѣдняя наступала во 1-хъ, въ случаѣ взятія свободнаго лица въ плѣнъ, и во-2-хъ, въ видѣ наказанія за совершеніе извѣстныхъ тяжкихъ преступленій. Рабство *прекращалось* въ случаѣ отпущенія лица на волю (т. н. manumissio). По древнему цивильному праву были установлены три формы манумиссіи (manumissio vindicta, censu или testamento). Позднѣе къ нимъ прибавилось еще нѣсколько формъ, которыя также при соблюденіи извѣстныхъ условій доставляли рабу свободу, но только онъ въ такомъ случаѣ не становился римскимъ гражданиномъ, а по общему праву дѣлался latinus Junianus. При Юстиніанѣ эти различія были уничтожены, и всякая манумиссія, совершенная въ присутствіи пяти свидѣтелей, сообщала вольноотпущеннику право римскаго гражданства.

2) *Cives, latini, peregrini.* Среди свободныхъ лицъ различались римскіе граждане, латины и перегрины. Полной правоспособностью пользовались только cives Romani. Латины имѣли jus commercii, т.-е. право заключать сдѣлки цивильнаго права, но не всегда имѣли jus connubii, т.-е. право вступать въ цивильный бракъ (matrimonium juris civilis), и безусловно были лишены политическихъ правъ (jus suffragii et honorum). Перегрины не имѣли ни jus commercii, ни jus connubii, и могли вступать только въ сдѣлки и отношенія juris gentium. Въ позднѣйшемъ правѣ различія въ степени правоспособности этихъ лицъ въ значительной мѣрѣ утратили свое практическое значеніе, съ одной стороны благодаря утратѣ римскими гражданами ихъ политическихъ правъ, съ другой стороны благодаря первенствующему значенію, которое стали пріобрѣтать начала juris gentium. Неудивительно поэтому, что еще Каракалла даровалъ всѣмъ наличнымъ свободнымъ жителямъ имперіи право римскаго гражданства, и что при Юстиніанѣ былъ уничтоженъ послѣдній слѣдъ былого различія между cives, latini, peregrini. Независимо отъ указаннаго дѣленія свободныя лица, будь это cives, latini или peregrini, дѣлились еще на *свободнорожденныхъ (ingenui)* и *вольноотпущенниковъ (liberti).* Юридическое положеніе послѣднихъ до Юстиніана опредѣлялось прежде всего тѣмъ, кто отпустилъ ихъ на волю. Если это былъ перегринъ или латинъ, то и либертъ становился перегриномъ или латиномъ. Если господинъ былъ римскій гражданинъ, то либертъ по общему правилу становился самъ римскимъ гражданиномъ, разъ онъ былъ отпущенъ на волю съ соблюденіемъ установленныхъ формальностей. Въ противномъ случаѣ, т.-е. если онъ былъ отпущенъ на волю неформально, онъ по lex Junia Norbana (изданной при Тиверіи), хотя и получалъ свободу, но становился latinus Janianus Особенность юридическаго положенія этихъ лицъ заключалась въ томъ, что они при жизни пользовались jus commercii, но послѣ смерти ихъ имущество поступало къ бывшему господину jure quodammodo peculii, т.-е. дѣло разсматривалось такъ, какъ будто они умирали рабами. Наконецъ, если былъ отпущенъ на волю преступный рабъ, то онъ, на основаніи lex Aelia Sentia, никоимъ образомъ не становился римскимъ гражданиномъ, а дѣлался peregrinus dediticius, т.-е. причислялся къ перегринамъ, не имѣющимъ своего автономнаго родного города. Въ Юстиніановскомъ правѣ всѣ эти различія были уничтожены, и всякій либертъ становился римскимъ гражданиномъ.—Римскій гражданинъ, отпустившій на волю своего раба, сохранялъ надъ нимъ *ius patronatus.* Въ силу этого права патроната либертъ обязанъ былъ оказывать своему патрону послушаніе, былъ подчиненъ его дисциплинарной власти, долженъ былъ приходить ему на помощь въ случаѣ обѣднѣнія патрона, не могъ привлекать его въ судъ безъ особаго дозволенія магистрата и т. д. За нарушеніе этихъ обязанностей либерту грозилъ revocatio in servitutem propter ingratitudinem. Наконецъ, въ случаѣ смерти бездѣтнаго либерта, патронъ конкурировалъ съ наслѣдниками либерта по завѣщанію, а при отсутствіи завѣщанія считался въ числѣ законныхъ его наслѣдниковъ. Постановленія о правѣ

патроната сохранились и въ Юстиніановскомъ правѣ.—Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ образовался еще особый классъ полузависимыхъ людей, такъ наз. *колоновъ*. Колоны были прикрѣплены къ землѣ, glebae adscripti. Считаясь формально свободнорожденными, они фактически мало чѣмъ отличались отъ рабовъ, состоя въ полной зависимости отъ помѣщика. Послѣдній могъ даже отчуждать ихъ, но только вмѣстѣ съ тѣмъ участкомъ, къ которому они были приписаны.

3) *Personae sui et alieni iuris.* Среди самихъ римскихъ гражданъ дѣлалось еще различіе между самостоятельными и подвластными римскими гражданами. Только первые пользовались полною правоспособностью. Въ до-Юстиніановскомъ правѣ различалось троякое отношеніе подвластности: patria potestas, manus, mancipium, и соотвѣтственно съ этимъ три категоріи свободныхъ подвластныхъ лицъ: подвластныя дѣти, uxor in manu mariti и liberum caput in mancipio.

Подвластныя дѣти (filii, filiae familias). Отцовская власть надъ подвластными дѣтьми въ древнемъ правѣ была почти неограниченная. Только политическія права подвластныхъ сыновей не затрагивались ею. Въ частности отецъ имѣлъ какъ jus vitae ac necis, такъ и право на все, что пріобрѣтали подвластный сынъ или дочь, внукъ или внучка и т. д. За деликты и договорные долги подвластныхъ дѣтей отецъ отвѣчалъ въ тѣхъ же предѣлахъ, какъ за деликты и договорные долги рабовъ. Со временъ Августа начинается рядъ серьезныхъ ограниченій отцовской власти. Подвластный сынъ получаетъ право самостоятельно распоряжаться имуществомъ, пріобрѣтеннымъ на военной службѣ (т. н. peculium castrense). Позднѣе онъ получаетъ такое же право относительно имущества, пріобрѣтеннаго на гражданской и духовной службѣ или путемъ отправленія свободной профессіи адвоката (peculium quasi castrense). При христіанскихъ императорахъ складывается принципъ, что и пріобрѣтенія, идущія отъ частныхъ лицъ (за исключеніемъ того, что получено отъ самого отца), поступаютъ въ *собственность* подвластныхъ дѣтей, а не отца; однако послѣдній сохраняетъ по общему правилу пожизненное *право узуфрукта* относительно такихъ пріобрѣтеній (получившихъ названіе bona adventicia). Такимъ образомъ, въ Юстиніановскомъ правѣ отъ древняго принципа имущественной неправоспособности подвластныхъ дѣтей сохранилось лишь одно: сынъ попрежнему не можетъ ничего пріобрѣтать отъ самого отца; такія пріобрѣтенія, т. н. peculium profecticium, юридически продолжаютъ составлять часть имущества отца, подвластный только фактически можетъ распоряжаться ими на тѣхъ же основаніяхъ, какъ рабъ пекуліемъ.

Uxor in manu mariti. Въ древнемъ правѣ жена, при вступленіи въ бракъ, попадала подъ власть мужа, manus mariti, она считалась filiae loco по отношенію къ мужу, sororis loco по отношенію къ своимъ дѣтямъ. Юридическое положеніе ея въ общемъ было такое же, какъ и подвластныхъ дѣтей. Но еще въ республиканскомъ періодѣ, на ряду со строгимъ бракомъ cum manu, сложился новый бракъ sine manu, при которомъ жена не подчинялась власти мужа. Въ императорскомъ періодѣ браки cum manu окончательно вышли изъ употребленія и въ Юстиніановскомъ правѣ они уже не встрѣчаются.

Liberum caput in mancipio. Отецъ въ древнемъ правѣ могъ продать своего подвластнаго сына или дочь. Такая продажа, совершаемая въ формѣ манципаціи, не дѣлала манципированнаго рабомъ и могла быть заключена всегда только на срокъ, съ истеченіемъ котораго подвластный возвращался опять подъ власть своего отца. Законы XII таблицъ ограничивали это право продажи, объявивъ, что послѣ третьей продажи сынъ освобождается отъ отцовской власти. На срокъ существованія mancipium'а подвластный, формально оставаясь свободнымъ, liberum caput, фактически находился въ полномъ распоряженіи своего временнаго господина, на положеніи раба. in servili conditione. Въ позднѣйшемъ правѣ mancipatio filiifamilias производилась только dicis gratia, т.-е. фиктивно, при усыновленіи и при освобожденіи сына изъ-подъ отцовской власти. Въ Юстиніановскомъ правѣ этотъ институтъ уже не встрѣчается.

Capitis deminutio. Мы видѣли, что правоспособность римскаго гражданина опредѣлялась тремя признаками: libertas, civitas, familia, совокупность которыхъ составляла его caput. Тремъ status соотвѣтствовала троякая capitis deminutio: maxima, media, minima.

a) *Утрата свободы*, влекущая за собою утрату права римскаго гражданства и семейнаго положенія, подводилась подъ понятіе *capitis deminutio maxima*. Она наступала прежде всего въ случаѣ взятія въ плѣнъ римскаго гражданина. Однако, если ему удавалось бѣжать изъ плѣна и вернуться на родину, ему въ силу т. н. jus postliminii, возвращались всѣ его права. Кромѣ того, c. d. maxima наступала какъ послѣдствіе совершенія извѣстныхъ тяжкихъ преступленій. b) *Capitis deminutio media означала утрату права римскаго гражданства*, что влекло за собою и прекращеніе прежняго семейнаго положенія. Она наступала въ случаѣ добровольной эмиграціи или перехода римскаго гражданина въ латины. Кромѣ того она полагается за совершеніе извѣстныхъ преступленій. c) Подъ понятіе *capitis deminutio minima* подводили случаи *искусственнаго*, на основаніи юридической сдѣлки, *измѣненія семейнаго положенія римскаго гражданина*. Такъ capitis deminutio minima наступала въ случаѣ усыновленія одного лица другимъ, при conventio uxoris in manum mariti, при эманципаціи подвластнаго сына или дочери. Напротивъ, смерть отца, въ силу которой подвластныя дѣти становились sui juris, не влекла за собою c. d. minima, такъ какъ здѣсь отцовская власть прекращалась естественнымъ, а не искусственнымъ путемъ.

Одно изъ послѣдствій всякой capitis deminutio по цивильному праву состояло въ томъ, что всѣ долги capite minutus прекращались. Преторъ, однако, постановилъ, что кредиторы его несмотря на это могутъ предъявить искъ противъ него самого или противъ новаго властелина его, путемъ включенія въ формулу иска фикціи: ac si capite minutus non esset. Въ Юстиніановскомъ правѣ c. d. minima утратила почти всякое практическое значеніе, тогда какъ остальные два вида capitis deminutio сохранили полное значеніе и при немъ.

Въ современномъ правѣ дѣленіе лицъ на свободныхъ и несвободныхъ за упраздненіемъ института рабства окончательно отпало. Затѣмъ въ принципѣ различіе между собственными подданными и иностранцами не оказываетъ вліянія на гражданскую правоспособность послѣднихъ. Что касается третьяго различія, то оно и въ современномъ римскомъ правѣ сохраняетъ нѣкоторое практическое значеніе, такъ какъ подвластныя дѣти и теперь ограничены въ своихъ правахъ. Но это не лишаетъ ихъ возможности имѣть собственныя права: существуютъ лишь нѣкоторыя особыя права отца, присущія ему въ силу его отцовской власти и ограничивающія права дѣтей, какъ это было при Юстиніановскомъ правѣ.

§ 11. Гражданская честь.

Римскіе юристы говорятъ: *existimatio est illaesae dignitatis status*. Гражданская честь оказываетъ вліяніе на правоспособность лица въ томъ смыслѣ, что умаленіе ея связано съ ограниченіемъ правоспособности.

Въ римскомъ правѣ различали *полное лишеніе чести—existimatio consumitur, и умаленіе ея—existimatio minuitur*. Лишеніе чести являлось результатомъ такого наказанія, которое было связано съ потерей права римскаго гражданства. Умаленіе чести проявлялось въ двухъ главныхъ формахъ: *infamia* и *turpitudo* или infamia juris и infamia facti. *Infamia* есть умаленіе чести, основанное на постановленіи закона или преторскаго эдикта. Различаютъ infamia *immediata* и *mediata*. Infamia immediata являлась непосредственнымъ результатомъ извѣстныхъ предосудительныхъ дѣйствій и состояній,— infamia mediata наступала въ случаѣ постановленія обвинительнаго судебнаго приговора по извѣстнымъ категоріямъ уголовныхъ и гражданскихъ дѣлъ. Infamia по общему правилу имѣла характеръ пожизненнаго наказанія: она могла быть устранена только въ случаѣ кассаціи инфамирующаго приговора или возвращенія лицу его честнаго имени со стороны императора (restitutio famae). Послѣдствія infamia состояли главнымъ образомъ въ томъ, что infamis не могъ занимать почетныхъ должностей, не могъ выступать ходатаемъ по чужимъ дѣламъ, наконецъ, назначеніе такого лица наслѣдникомъ давало извѣстнымъ лицамъ право оспаривать завѣщаніе.—*Turbitudo* есть умаленіе чести, являю-

щееся результатомъ презрѣннаго въ глазахъ общества поведенія или образа жизни лица. Практическое значеніе ея состоитъ главнымъ образомъ въ томъ, что назначеніе turpis personae наслѣдникомъ по завѣщанію даетъ извѣстнымъ лицамъ право оспаривать завѣщаніе.

Что касается современнаго права, то римская infamia утратила свое непосредственное практическое значеніе. Указаніе отдѣльныхъ случаевъ, въ которыхъ лицо подвергается ограниченію гражданскихъ правъ, встрѣчается въ уголовныхъ кодексахъ. Но turpitudo сохранило свое значеніе.

§ 12. Вліяніе вѣроисповѣданія [1]).

Въ республиканскомъ періодѣ религія имѣла характеръ государственный, jus sacrum составляло часть juris publici. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, римляне относились съ полной терпимостью къ религіознымъ культамъ подвластныхъ ихъ державѣ народностей, нерѣдко они реципировали даже чужихъ божествъ, пріобщали ихъ къ собственнымъ богамъ. Въ императорскомъ періодѣ національно римскій культъ постепенно сталъ утрачивать свое значеніе; со временъ Каракаллы, сообщившаго права римскаго гражданства всѣмъ жителямъ имперіи, о государственной религіи, строго говоря, не могло быть больше рѣчи. Гоненія противъ евреевъ и христіанъ, которыя встрѣчаются въ это время, объясняются не религіозной нетерпимостью, а государственными соображеніями: въ этихъ культахъ усматривали опасность для общественнаго спокойствія. При христіанскихъ императорахъ значеніе господствующей религіи было признано за христіанствомъ. Вскорѣ сложилось правило, что только православные (orthodoxi) пользуются полной правоспособностью. Имъ стали противополагаться язычники (pagani) и евреи, отступники (apostatae), еретики (haeretici). Правоспособность всѣхъ этихъ лицъ была ограничена.—Въ средніе вѣка принадлежность къ тому или другому вѣроисповѣданію также имѣла весьма важное значеніе. Особымъ ограниченіямъ подвергались евреи. Въ современномъ римскомъ правѣ всѣ эти различія утратили свое значеніе.

С. ДРУГІЯ ЮРИДИЧЕСКИ ВАЖНЫЯ КАЧЕСТВА И СОСТОЯНІЯ ЛЮДЕЙ.

§ 13. Полъ.

Въ древнемъ правѣ женщины подвергались многимъ ограниченіямъ въ частноправныхъ отношеніяхъ. Онѣ состояли либо подъ властью отца или мужа, либо, сдѣлавшись persona sui juris (напр., вслѣдствіе смерти отца), должны были состоять всю свою жизнь подъ опекой—tutela mulierum. Съ теченіемъ времени однако tutela mulierum вышла изъ употребленія, и различіе между женщинами и мужчинами въ области гражданскаго права все болѣе стало утрачиваться. Въ Юстиніановскомъ правѣ и тѣмъ болѣе въ современномъ правѣ различіе пола по общему правилу не имѣетъ значенія въ сферѣ частноправныхъ отношеній.

Римское право не признаетъ самостоятельнаго значенія за гермафродитизмомъ; гермафродитъ причисляется къ тому полу, qui in eo praevalet.

§ 14. Возрастъ.

Возрастъ лица оказываетъ важное *вліяніе на дѣеспособность* лица, равно на его вмѣняемость.

Римское право первоначально приписывало рѣшающее значеніе достиженію половой зрѣлости—pubertas. Она наступала для мальчиковъ по достиженіи 14 лѣтъ, для дѣвочекъ

[1]) Baron, Institutionen, стр. 29. Regelsberger, Pandecten, т. I, стр. 270.

по достиженіи 12 лѣтъ. Отсюда дѣленіе на puberas и impuberes. Впослѣдствіи однако на основаніи lex Plaetoria, для достиженія полной дѣеспособности стали требовать достиженія 25-лѣтняго возраста. Отсюда дѣленіе puberes на puberes minores XXV annis и pubores majores XXV annis. Относительно юридическаго положенія puberes minores не выработались, однако, однообразныя правила. Это было достигнуто лишь значительно позднѣе, на основаніи законодательства прежней Германской Имперіи (въ XVI ст.).

Современное право различаетъ 3 категоріи лицъ по возрасту: *малолѣтнихъ*, *несовершеннолѣтнихъ* и *совершеннолѣтнихъ*. Малолѣтними — impuberes — считаются мальчики, не достигшіе 14 лѣтъ, и дѣвочки, не достигшія 12 лѣтъ. Они распадаются на двѣ категоріи: a) infantes, дѣти моложе 7 лѣтъ, они въ принципѣ безусловно недѣеспособны; b) impuberes infantia majores, дѣти отъ 7 до 14 (12) лѣтъ. Они могутъ дѣлать пріобрѣтенія въ свою пользу, но не могутъ обязываться и не могутъ отчуждать своихъ вещей. Несовершеннолѣтними—puberes minores—считаются лица, не достигшія 25 лѣтъ. Положеніе ихъ мало отличается отъ положенія impuberes infantia majores, но только надъ ними, если они не состоятъ подъ отцовскою властью, не можетъ быть учреждена опека—tutela, а попечительство—cura. При наличности особо уважительныхъ причинъ несовершеннолѣтній мужчина, по достиженіи 20 лѣтъ, и несовершеннолѣтняя женщина, по достиженіи 18 лѣтъ, могутъ быть объявлены со стороны компетентныхъ учрежденій совершеннолѣтними, такъ назыв. venia aetatis. (Но и въ такомъ случаѣ они не могутъ отчуждать недвижимости безъ разрѣшенія суда). Совершеннолѣтними—puberes majores—признаются лица, достигшія 25-лѣтняго возраста. Они вполнѣ дѣеспособны.

Кромѣ этого основного дѣленія лицъ по возрасту существуютъ нѣкоторыя другія дѣленія. Среди impuberes infantia majores различаются pubert-ti proximi, и infantiae proximi, безъ указанія опредѣленныхъ предѣльныхъ границъ. Это различіе получаетъ значеніе въ томъ случаѣ, если малолѣтній совершилъ деликтъ и требуется опредѣлить, дѣйствовалъ ли онъ сознательно или нѣтъ. Разрѣшеніе вопроса о степени умственнаго развитія малолѣтняго, согласно чему онъ относится къ одной изъ указанныхъ категорій, предоставляется суду. Кромѣ того, въ извѣстныхъ случаяхъ обращаютъ вниманіе на преклонный возрастъ лица, senectus, причемъ опять не указано опредѣленныхъ границъ.

§ 15. Болѣзнь и расточительный образъ жизни.

I. *Важное значеніе имѣетъ душевная болѣзнь.* Душевно больные распадаются на умалишенныхъ (furiosi, dementes) и слабоумныхъ, идіотовъ (mente capti, fatui). Такія лица лишены всякой дѣеспособности. Впрочемъ, умалишенные становятся вновь дѣеспособными во время своихъ свѣтлыхъ промежутковъ (dilucida intervalla). И тѣлесная болѣзнь иногда пріобрѣтаетъ юридическое значеніе. Различаютъ болѣзнь въ тѣсномъ смыслѣ—morbus, въ особенности острую болѣзнь—morbus sonticus, и далѣе постоянные *недостатки*, vitia corporis, какъ-то: глухоту, нѣмоту, неспособность къ половому сожительству и т. д. Юридическое значеніе этихъ моментовъ различное: напр., нѣмые и глухіе не могутъ заключать словесныхъ договоровъ, скопцы не могутъ вступать въ бракъ и усыновлять другихъ лицъ и т. д.

II. Расточители (prodigi) уже по цивильному праву подвергались ограниченіямъ дѣеспособности. Именно надъ ихъ bona paterna avitaque, т. е. имуществомъ, доставшимся по наслѣдству отъ отца или дѣда, учреждалось попечительство—cura. Попечителями были ближайшіе агнаты. Позднѣе попечители стали назначаться магистратомъ и попеченію ихъ было ввѣрено все вообще имущество расточителя. Въ частности расточитель лишался права отчуждать принадлежащіе ему объекты и права, выдавать обязательства на свое имя, право же вступать въ выгодныя для него сдѣлки, напр., принимать даренія и отказы, не отнималось у него. Въ такомъ видѣ постановленія о расточителяхъ перешли и въ современное римское право.

§ 16. Родство и свойство [1]).

Родство имѣетъ важное значеніе въ особенности въ области семейныхъ и наслѣдственныхъ правъ. То же, хотя въ гораздо меньшей степени, слѣдуетъ сказать о свойствѣ.

Родство. *Родство въ тѣсномъ смыслѣ или кровное, естественное родство, cognatio, cognatio naturalis есть взаимная связь между лицами въ силу происхожденія одного изъ нихъ отъ другого или обоихъ отъ общаго родоначальника,* Родство можетъ быть: а) *законное или незаконное;* дѣти, родившіяся внѣ брака, состоятъ въ родственной связи только съ матерью и ея родственниками. b) Оно можетъ быть родствомъ въ *восходящей или нисходящей или боковой линіи;* соотвѣтственно этому различаютъ восходящихъ, нисходящихъ и боковыхъ родственниковъ; среди послѣднихъ братья и сестры могутъ быть полнородные или неполнородные. c) Оно можетъ быть *простое или сложное.* Близость родства между двумя лицами опредѣляется по числу рожденій, которыя отдѣляютъ обоихъ лицъ другъ отъ друга (quot generationes, tot gradus, такъ наз. computatio civilis). Отношеніе родства можетъ быть создано искусственнымъ путемъ, на основаніи юридической сдѣлки; это имѣетъ мѣсто при усыновленіи.

Римское право кромѣ кровнаго родства признавало еще такъ наз. *агнатическое родство—agnatio.* Въ основаніи агнатическаго родства лежала не общность происхожденія, а *общность отцовской власти.* Другими словами, агнатическими родственниками признавались лица, состоящія подъ общей отцовской властью (такъ наз. sui), а также лица, которыя состояли бы подъ общей властью, если бы ихъ общій родоначальникъ находился еще въ живыхъ (agnati въ тѣсномъ смыслѣ). Отъ кровнаго родства агнатическое отличается, во 1-хъ, тѣмъ, что кровное родство само по себѣ недостаточно для обоснованія агнатической связи. Такъ, напр., дѣти, эманципированныя отцомъ, остаются конечно, *когнатами* его, но перестаютъ быть агнатами его, своихъ братьевъ и т. д. Во 2-хъ, агнатическое родство можетъ возникнуть и помимо кровнаго родства. Такъ, напр., жена при бракѣ cum manu становилась агнатической родственницей своего мужа, хотя бы и не была когнаткой его. Въ древнемъ правѣ агнатическое родство имѣло преобладающее значеніе, тогда какъ когнатическое не играло почти никакой роли. Съ теченіемъ времени, однако, благодаря претору и императорскому законодательству, кровное родство стало пріобрѣтать все болѣе важное значеніе. Окончательная побѣда когнатическаго начала надъ агнатическимъ завершилась при Юстиніанѣ.

Отъ родства надо отличать *свойство, affinitas*; ето есть *связь существующая между однимъ супругомъ и родственниками другого супруга.*

Презумпція родства. Доказательство отцовства бываетъ очень затруднительно, кромѣ случаевъ признанія ребенка самимъ отцомъ. Въ виду этого въ пользу дѣтей, родившихся во время существованія брака, допускается презумпція, что мужъ есть отецъ ребенка, если послѣдній родился не раньше, чѣмъ по истеченіи 181 дня со дня заключенія брака и не позже 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака. Впрочемъ, допускается доказательство противнаго, т. е., что мужъ не могъ быть отцомъ ребенка (благодаря тому, напр., что онъ находился въ отсутствіи или былъ импотентенъ и т. д.).

§ 17. Мѣстожительство, Domicilium.

Мѣстожительствомъ лица считается то мѣсто, гдѣ находится центръ его жизни и занятій. Выборъ мѣстожительства по общему правилу предоставленъ усмотрѣнію лица—domicilium voluntarium. Но нѣкоторыя лица должны по закону жить въ опредѣленныхъ мѣстахъ, независимо отъ собственнаго ихъ желанія, domicilium necessarium. Мѣстожительство оказываетъ важное вліяніе въ особенности на подсудность лица (forum domicilii). Кромѣ того, имъ часто опредѣляется подлежащее *примѣненію* мѣстное право (lex domicilii), равно мѣсто исполненія обязательства.

[1]) Baron, Institutionen, стр. 90 и сл.

Глава II. Юридическія лица [1]).

§ 18 Понятіе юридическаго лица.

Однимъ изъ важнѣйшихъ средствъ для удовлетворенія самыхъ разнообразныхъ потребностей служатъ союзныя образованія всевозможныхъ типовъ. Союзныя образованія могутъ быть изучены съ различныхъ точекъ зрѣнія: съ точки зрѣнія чисто исторической, культурно-исторической, экономической, юридической. Въ послѣднемъ отношеніи нужно различать союзныя образованія публичнаго и частнаго характера. Къ первымъ относятся, напр., государство, городскія и сельскія общины, цехи и сословія. Ко вторымъ—многое множество союзныхъ образованій, преслѣдующихъ коммерческія, научныя, любительскія и т. п. цѣли, а также союзы семейнаго типа. Гражданское право изучаетъ всѣ эти союзныя образованія преимущественно съ точки зрѣнія имущественно-правнаго положенія ихъ. Съ этой точки зрѣнія еще римское право выработало два существенно-различные типа союзныхъ образованій: *товарищества* съ одной стороны и т. н. *юридическія лица* съ другой. Различіе между тѣми и другими заключается въ томъ, что простое товарищество есть такой союзъ, за которымъ признается значеніе только въ сферѣ внутреннихъ отношеній между самими товарищами, *но не по отношенію къ третьимъ лицамъ*. Послѣдніе имѣютъ дѣло всегда только съ отдѣльными товарищами, а не съ товариществомъ какъ цѣлымъ. Поэтому по сдѣлкамъ, заключеннымъ съ однимъ изъ товарищей, третье лицо пріобрѣтаетъ право иска только противъ самого товарища, какъ непосредственнаго своего контрагента, а не противъ товарищества, равнымъ образомъ по такимъ сдѣлкамъ можетъ искать, требовать исполненія только тотъ товарищъ, который участвовалъ въ сдѣлкѣ, а не товарищество. Другими словами, *римское товарищество есть союзъ, не обладающій собственнымъ имуществомъ, не составляющій въ этомъ смыслѣ самостоятельной хозяйственной единицы*. Наоборотъ, юридическое лицо есть такое союзное образованіе, которое именно пользуется значеніемъ самостоятельной хозяйственной единицы, имѣетъ свое самостоятельное имущество, отличное отъ имущества отдѣльныхъ участниковъ, пользуется соотвѣтствующими правами и несетъ соотвѣтствующія обязанности. Съ другой стороны, существованіе юридическаго лица не зависитъ отъ даннаго личнаго состава его: послѣдній можетъ мѣняться, а самое юридическое лицо остается все тѣмъ же. Словомъ, *юридическое лицо есть такое союзное образованіе, которое пользуется самостоятельной имущественной правоспособностью, признается субъектомъ правъ*. Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ, чтобы юридическія лица были вполнѣ приравнены къ лицамъ физическимъ, чтобы имъ можно было приписывать самостоятельную волю и дѣеспособность, какъ это иногда дѣлаютъ. Надо помнить, что, строго говоря, существуютъ не двѣ категоріи лицъ, а двѣ категоріи субъектовъ правъ, именуемыя, удобства ради, лицами физическими и лицами юридическими. А это, конечно, не одно и то же. Способность быть субъектомъ правъ или правоспособность есть не прирожденное, а соціальное качество, которое сообщается объективнымъ правомъ, притомъ качество чисто *пассивное*, не обусловливаемое опредѣленной структурой, опредѣленной организаціей. Оно поэтому можетъ отсутствовать у *лицъ физическихъ* (рабовъ), и съ другой стороны можетъ быть пожаловано союзнымъ образованіямъ. Наоборотъ, способность хотѣть и дѣйствовать, а вмѣстѣ съ тѣмъ и дѣеспособность немыслима безъ участія сознанія и соотвѣтствующаго нервнаго аппарата, отсутствующаго у союзныхъ образованій. Они поэтому лишены самостоятельной дѣеспособности. Но они въ ней и не нуждаются. Правоспособность у физическихъ лицъ не всегда связана съ дѣеспособностью, такъ, напр., послѣдняя отсутствуетъ у малолѣтнихъ и ума-

---

[1]) Savigny. System des heutigen Römischen Rechts т. II, § 85 и сл., Arndts Pandecten, § 41 и сл., Windscheid. Pandecten т. I, § 49 и 57—62. Brinz, Pandecten т. I § 59—62. Dernburg, Pandecten § 9. Regelsberger. Pandecten т. I §§ 75—93. Суворовъ. Объ юридическихъ лицахъ по римскому праву (тамъ же дальнѣйшія литературныя указанія и критическій разборъ отдѣльныхъ теорій).

лишенныхъ. Невыгодныя послѣдствія отсутствія дѣеспособности устраняются въ такомъ случаѣ допущеніемъ представительства, которое представляетъ собою частный случай примѣненія принципа раздѣленія труда. Такимъ же путемъ, т. е. при помощи представительства, восполняется и отсутствующая дѣеспособность юридическихъ лицъ, построенныхъ въ качествѣ союзныхъ образованій всецѣло на началѣ раздѣленія и сочетанія труда.

Указанное опредѣленіе юридическихъ лицъ далеко не пользуется общимъ признаніемъ. Важнѣйшія мнѣнія, высказанныя въ литературѣ по вопросу о природѣ юридическихъ лицъ, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ категоріямъ: a) Римскіе юристы не выработали цѣльной теоріи юридическихъ лицъ; у нихъ не сложилось даже опредѣленнаго термина для обозначенія того, что мы называемъ юридическимъ лицомъ. Замѣчая, что, напр., фиски или городскія общины пользуются самостоятельною правоспособностью, они просто констатируютъ, что эти учрежденія privatorum loco habentur или что данный имущественный комплексъ personae vice fungitur (1.22 D. de fidejus. 46, I), не вдаваясь въ ближайшія разъясненія. b) Въ современной литературѣ господствующее мнѣніе утверждаетъ, что юридическое лицо есть искусственный субъектъ правъ, который, какъ таковой, существуетъ лишь въ юридическомъ воображеніи, въ идеѣ, но не въ дѣйствительности, реальными же субъектами правъ могутъ быть только физическія лица. Итакъ, юридическое лицо въ смыслѣ самостоятельнаго субъекта правъ есть фикція. Все это разсужденіе покоится на неправильномъ представленіи о характерѣ правоспособности. Что каждое юридическое лицо имѣетъ извѣстный матерьяльный субстрактъ и въ этомъ смыслѣ есть вполнѣ реальная величина, этого, конечно, не могутъ отрицать и представители господствующаго мнѣнія. Вѣдь невозможно же серьезно утверждать, что государство, городъ, акціонерная компанія, гимназія, больница и т. д. существуютъ только въ нашемъ воображеніи, а не въ дѣйствительности. Почему же послѣ этого подобныя союзныя образованія не могутъ быть признаны субъектами правъ, почему такое признаніе должно носить фиктивный характеръ? Такой взглядъ былъ бы справедливъ въ томъ только случаѣ, если-бы правоспособность была прирожденнымъ качествомъ физическихъ лицъ, составляла бы такую же неразрывную принадлежность ихъ, какъ части тѣла. Но разъ мы уяснимъ себѣ, что правоспоспособность есть *соціальное* качество, жалуемое объективнымъ правомъ, то мы не найдемъ уже ничего страннаго въ томъ, что правоспособность можетъ отсутствовать у физическихъ лицъ и можетъ быть присвоена союзнымъ образованіямъ. Конечно, послѣднія отъ этого не становятся лицами, но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы они не оставались реальными величинами и чтобы они не могли быть признаны столь же реальными субъектами правъ, какъ физическія лица. c) Извѣстный ученый Brinz, вполнѣ соглашаясь съ тѣмъ, что юридическія лица суть лица фиктивныя, уклоняется отъ господствующаго мнѣнія въ томъ отношеніи, что говоритъ: нужно отбросить самое названіе: надо различать не двѣ категоріи субъектовъ правъ, т. е. физическія и юридическія лица,—какъ то дѣлаетъ господствующее мнѣніе, а *двѣ категоріи имуществъ*, именно: имущество личное (Personenvermögen) и имущество, предназначенное для какой-нибудь цѣли (Zweckvermögen); первое pertinet ad aliquem, имѣетъ въ качествѣ субъекта опредѣленное физическое лицо,—второе pertinet ad aliquid,—оно безсубъектно, но оно имѣетъ зато объектъ, именно опредѣленную цѣль. Эта теорія въ своемъ окончательномъ результатѣ приводитъ къ *отождествленію* юридическихъ лицъ съ ихъ имуществами. Это неправильно,—существуютъ корпораціи и учрежденія, не имѣющія имущества, но тоже обладающія имущественной правоспособностью. d) Весьма своеобразную теорію выставилъ *Іерингъ*. Онъ говоритъ: сущность всякаго права заключается въ пользованіи, въ извлеченіи извѣстной выгоды изъ него (Genuss). Субъектомъ права долженъ считаться тотъ, кому законъ желаетъ доставить эту пользу (дестинатаръ). Примѣняя эти положенія къ ученію о юридическихъ лицахъ, онъ приходитъ къ такому результату: юридическое лицо есть искусственный механизмъ, искусственный носитель правъ (Rechtsträger). Настоящими же субъектами тѣхъ правъ, носителемъ которыхъ по отношенію къ третьимъ лицамъ является юридическое лицо, суть отдѣльныя лица—дестинатары, ради которыхъ существуетъ юридическое лицо. Послѣдовательное проведеніе этой теоріи приводитъ къ тому, что субъектами имущества

больницы слѣдуетъ считать больныхъ, субъектами имущества острога—арестантовъ и т. д. е) Въ другую крайность впадаютъ т. н. германисты, во главѣ которыхъ въ настоящее время стоитъ Оттонъ Гирке. Эти ученые признаютъ существованіе самостоятельныхъ общественныхъ организмовъ наряду съ отдѣльными лицами: если такой организмъ будетъ признанъ правомъ въ качествѣ самостоятельнаго субъекта, то его называютъ юридическимъ лицомъ. Но они одаряютъ юридическія лица не только правоспособностью, но и *самостоятельной волей и дѣеспособностью*; этимъ вводятся лишь новыя и притомъ ненужныя фикціи, на что уже было указано выше.

§ 19. Виды юридическихъ лицъ.

Союзныя образованія, именуемыя юридическими лицами, дѣлятся на два основные типа: *корпораціи и учрежденія*. Обыкновенно различіе между тѣми и другими формулируется слѣдующимъ образомъ: юридическія лица бываютъ или *союзы лицъ*, преслѣдующіе дозволенныя цѣли, или *имущественные комплексы*, предназначенные для какой-нибудь общеполезной цѣли, поскольку тѣ или другіе пользуются значеніемъ самостоятельныхъ субъектовъ правъ. Первые именуются корпораціями, вторые—учрежденіями. Такое разграниченіе нельзя признать правильнымъ. Имущество, какъ таковое, никогда не можетъ быть субъектомъ, а всегда только объектомъ правъ. Субъектъ правъ немыслимъ тамъ, гдѣ отсутствуетъ личная организація. Это подтверждается самой жизнью: нѣтъ такого учрежденія, пользующагося самостоятельной правоспособностью, которое не обладало бы извѣстной личной организаціей. Относительно большинства учрежденій, какъ, напр., учебныхъ заведеній, публичныхъ библіотекъ, тюремъ и т. д., этого не могутъ отрицать и представители оспариваемаго нами взгляда. Болѣе осторожные изъ нихъ поэтому проводятъ различіе между учрежденіями въ тѣсномъ смыслѣ (Anstalten) и пожертвованными фондами (Stiftungen); относительно первыхъ признается существованіе наряду съ имущественнымъ элементомъ и личнаго, и только вторые характеризуются, какъ обладающія самостоятельною правоспособностью имущества, предназначенныя для общеполезной цѣли. Но и такая поп авка не можетъ быть принята. Для того, чтобы фондъ получилъ значеніе самостоятельнаго субъекта правъ, онъ непремѣнно долженъ обладать и *самостоятельной* личной организаціей. На практикѣ это не всегда бываетъ. Нерѣдко пріурочиваютъ фондъ къ существующей уже организаціи, напр., жертвуютъ капиталъ для раздачи стипендій и передаютъ его въ то учебное заведеніе, воспитанники котораго должны получать пособія. Но въ такихъ случаяхъ и не возникаетъ новое юридическое лицо, а только увеличивается имущество существующаго уже юридическаго лица. Правда, этимъ, вновь пріобрѣтеннымъ, имуществомъ юридическое лицо не можетъ распоряжаться по своему усмотрѣнію, не можетъ, напр., прибѣгать къ нему для ремонта своихъ зданій и т. д., а должно израсходовать его согласно волѣ и указаніямъ жертвователя. Но это только значитъ, что пріобрѣтенное юридическимъ лицомъ имущество пріобрѣтено имъ sub modo, т.-е. съ наказомъ употребить его на опредѣленныя, заранѣе указанныя жертвователемъ нужды [1]). Итакъ, пожертвованный для общеполезной цѣли фондъ, какъ таковой, никогда не образуетъ самостоятельнаго субъекта правъ; для этого требуется, чтобы для него была создана и самостоятельная личная организація, т.-е. чтобы онъ сталъ учрежденіемъ. Въ противномъ случаѣ, если фондъ будетъ пріуроченъ къ существующему уже юридическому лицу, онъ только увеличиваетъ имущество этого юридическаго лица, представляя собою пожертвованіе sub modo. Иногда это положеніе выражаютъ и такъ: надо различать фонды самостоятельные, т.-е. обладающіе собственною личною организаціею, и фонды несамостоятельные, пріуроченные къ существующей уже организаціи. Только первые могутъ пріобрѣсти значеніе юридическихъ лицъ, вторые представляютъ собою просто имущества. Но лучше совсѣмъ не вводить этой сбивчивой терминологіи, такъ какъ самостоятельный фондъ вполнѣ

[1]) Ср. Regelsberger, Pandecten, т. I, стр. 341 – Объ юридическомъ значеніи modus будетъ подробнѣе говориться въ ученіи объ юридическихъ сдѣлкахъ.

подходитъ подъ общее понятіе учрежденія, а несамостоятельный фондъ вообще не имѣетъ ничего общаго съ юридическими лицами.

Итакъ, ходячее разграниченіе между корпораціями и учрежденіями, заключающееся въ признаніи однихъ союзами лицъ, а другихъ имущественными комплексами, пользующимися самостоятельной правоспособностью, не можетъ быть признано правильнымъ. Слѣдуетъ признать, что какъ корпораціи, такъ и учрежденія суть союзныя образованія. Различіе же между ними сводится къ тому, что корпорація есть такое союзное образованіе, которое существуетъ и дѣйствуетъ въ интересахъ лицъ, непосредственно связанныхъ между собою и съ корпораціей въ качествѣ членовъ ея (напр., цехи, сословныя организаціи, акціонерныя компаніи и т. д.). Напротивъ, учрежденіе есть такое союзное образованіе, которое существуетъ и дѣйствуетъ въ интересахъ лицъ, не связанныхъ непосредственно между собою и съ учрежденіемъ въ качествѣ полноправныхъ членовъ его (напр., университеты, гимназіи, больницы, остроги и т. д.). Дѣло въ томъ, что при корпораціяхъ функціи управленія и контроля не отдѣлены принципіально отъ функціи пользованія,— одни и тѣ же лица въ качествѣ полноправныхъ членовъ цѣлаго участвуютъ въ управленіи дѣлами корпораціи, если не непосредственно, то черезъ избираемыхъ ими делегатовъ, контролируютъ дѣятельность этихъ делегатовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ пользуются выгодами, которыя доставляетъ корпорація. Напротивъ, въ учрежденіи функція пользованія совершенно обособлена отъ остальныхъ функцій,—лица, пользующіяся услугами учрежденія, т. н. дестинаторы, не участвуютъ въ управленіи ими, не имѣютъ права контроля надъ распорядителями. Въ заключеніе надо замѣтить, что на ряду съ корпораціями и учрежденіями въ чистомъ видѣ существуютъ и *смѣшанныя* формы. Такъ, съ одной стороны, встрѣчаются многія корпораціи, которыя дѣйствуютъ въ интересахъ не только членовъ своихъ, но и третьихъ лицъ, какъ, напр., городскія и сельскія общины, среди которыхъ на ряду съ полноправными членами могутъ находиться и обыватели, лишенные права участія въ городскихъ или мірскихъ дѣлахъ, но пользующіеся удобствами, доставляемыми городской или сельской администраціей, наравнѣ съ остальными. Такъ, съ другой стороны, бываютъ учрежденія, распорядительная часть которыхъ построена на корпоративныхъ началахъ, какъ, напр., духовныя братства, общества вспомоществованія бѣднымъ и т. д. Къ числу такихъ смѣшанныхъ организацій принадлежитъ и фискъ, который обыкновенно причисляется къ учрежденіямъ, но нерѣдко содержитъ и корпоративные элементы.

Нѣкоторые ученые значительно расширяютъ кругъ юридическихъ лицъ. Такъ, нерѣдко къ юридическимъ лицамъ причисляется hereditas jacens, наслѣдственная масса между открытіемъ и пріобрѣтеніемъ наслѣдства. Мотивируютъ это тѣмъ, что только такимъ путемъ можно объяснить, почему имущество послѣ смерти наслѣдодателя не распадается на свои составныя части, не можетъ быть безнаказанно расхищено, а сохраняетъ свою цѣлость и, мало того, можетъ даже увеличиться благодаря, напр., пріобрѣтеніямъ, сдѣланнымъ servi hereditarii, рабами, принадлежащими къ наслѣдственной массѣ; указываютъ также на изреченіе юриста Флорентина: hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas (1, 2 D. de fidejus. 46, I). Противъ этого нельзя не возразить слѣдующее: римскіе юристы вообще не создали сколько-нибудь законченной теоріи юридическихъ лицъ, они ограничились въ этомъ отношеніи отдѣльными отрывочными замѣчаніями, изъ которыхъ нельзя сдѣлать никакихъ выводовъ: въ виду этого изреченіе Флорентина отнюдь не предрѣшаетъ вопроса о томъ, слѣдуетъ ли признавать hereditas jacens юридическимъ лицомъ, т.-е. самостоятельнымъ субъектомъ правъ, или нѣтъ, тѣмъ болѣе, что никакихъ практическихъ выводовъ изъ этого изреченія въ смыслѣ признанія, напр., возможности заключать сдѣлки отъ имени hereditas jacens или возможности назначать ее наслѣдникомъ или легатаріемъ, въ источникахъ не встрѣчается. Обращаясь засимъ къ общимъ соображеніямъ, нельзя прежде всего не замѣтить, что имущество само по себѣ, какъ выше было разъяснено, никогда не можетъ быть субъектомъ правъ. Затѣмъ, утвержденіе, будто только признаніе hereditatis jacentis юридическимъ лицомъ объясняетъ сохраненіе такимъ имуществомъ его цѣлости, основано на явной petitio principii, на ничѣмъ недоказанномъ предположеніи, будто временное безхозяйное имущество, какъ

таковое, помимо признанія его самостоятельнымъ субъектомъ правъ, не можетъ пользоваться охраной закона. Такая охрана требуется уже въ интересахъ кредиторовъ наслѣдодателя. Она требуется сверхъ того и въ интересахъ ближайшаго, а на случай отказа его—и дальнѣйшихъ эвентуальныхъ наслѣдниковъ. Вообще, для того, чтобы данный имущественный комплексъ пользовался охраной, требуется только, чтобы на имущество вообще существовалъ претендентъ, а вовсе не требуется, чтобъ онъ въ данное время находился налицо. Иначе пришлось бы пожалуй признать самостоятельнымъ субъектомъ правъ, юридическимъ лицомъ, и имущество безвѣстно отсутствующаго или даже просто временно-отсутствующаго лица, чего, однако, никто не допускаетъ. Итакъ, слѣдуетъ признать, что hereditas jacens охраняется не въ качествѣ самостоятельнаго субъекта правъ, а *какъ имущество будущаго субъекта, т.-е. наслѣдника.* Нѣкоторые ученые, какъ, напр., Boecking, шли еще дальше, и стали признавать юридическими лицами даже имѣнія, поскольку съ имѣніемъ связаны реальные сервитуты, привилегіи и т. д. При такой постановкѣ вопроса понятіе юридическаго лица теряетъ уже всякое опредѣленное значеніе и обращается въ пустой звукъ, обнимая собою самые разнородные институты, не имѣющіе ничего общаго между собою. Неудивительно, поэтому, что взглядъ Бекинга теперь уже никѣмъ не раздѣляется.

Итакъ, окончательный выводъ, къ которому мы пришли, заключается въ томъ, что *юридическими лицами могутъ быть признаны только союзныя образованія, поскольку имъ присвоена самостоятельная правоспособность.* Въ составѣ ихъ можно различать двѣ главныя группы: *корпораціи*, т.-е. союзныя образованія, существующія и дѣйствующія въ интересахъ лицъ, непосредственно связанныхъ между собою и съ цѣлымъ въ качествѣ членовъ корпораціи, и *учрежденія*, т.-е. союзныя образованія, существующія и дѣйствующія въ интересахъ лицъ, не связанныхъ непосредственно между собою и съ учрежденіемъ; сверхъ того существуетъ рядъ переходныхъ формъ: корпораціи съ примѣсью элементовъ, свойственныхъ учрежденіямъ, и учрежденія съ примѣсью корпоративныхъ элементовъ.

§ 20. Исторія юридическихъ лицъ въ римскомъ правѣ [1]).

Само государство у римлянъ издревле пользовалось самостоятельной имущественной правоспособностью: извѣстно, что populus могъ быть назначенъ наслѣдникомъ и легатаріемъ, что въ составѣ res publicae различались res publicae, quae publico usui destinatae sunt и res publicea. quae in pecunia populi sunt: изъ нихъ только первыя причислялись къ res extra commercium, къ вещамъ, изъятымъ изъ гражданскаго оборота, вторыя же входили въ составъ гражданскаго оборота, могли быть отчуждаемы органами государства въ частныя руки и т. д. Но при всемъ томъ не сознавали ясно различія между государствомъ, какъ политическимъ союзомъ, и государствомъ, какъ самостоятельнымъ субъектомъ имущественныхъ правъ и обязанностей. Смѣшеніе это выражалось какъ въ томъ, что государственная казна, т. н. aerarium populi Romani или aerarium Saturni, не составляла самостоятельнаго учрежденія, была лишена самостоятельной организаціи, что одни и тѣ же магистраты отправляли политическія функціи и вступали отъ имени государства въ сдѣлки съ частными лицами (особенно цензоры), такъ и въ томъ, что споры, возникающіе изъ сдѣлокъ, заключенныхъ съ государствомъ, разрѣшались въ порядкѣ административномъ, не подлежали вѣдѣнію общей гражданской юрисдикціи. Въ началѣ императорскаго періода, въ связи съ раздѣленіемъ провинцій на provinciae senatoriae и provinciae Caesaris, произошло развоеніе государственной казны: на ряду съ aerarium Saturni, куда стали поступать доходы только изъ сенатскихъ провинцій, возникъ

---

[1]) Baron, Instituti onen, стр. 166 и сл. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, т. II стр. 1—69. Ельяшевичъ, юридическое лицо, его происхожденіе и функціи въ римскомъ частномъ правѣ. Mitteis, Röm. Privatrecht. т. I, стр. 339—416.

fiscus Caesaris, императорская казна, куда стекались доходы изъ императорскихъ провинцій и доменъ. Первоначально не дѣлали строгаго различія между фискомъ и личной собственностью императора; такъ еще Ульпіанъ говоритъ: res fiscales quasi propriae et privatae principis sunt (1. 2 § 4 D. si quid in loco publico 43, 8). Вѣроятно, благодаря именно этому смѣшенію сложилось правило, что споры частныхъ лицъ съ фискомъ уже не должны разбираться административнымъ порядкомъ, а подлежатъ вѣдѣнію гражданскаго суда. Съ теченіемъ времени фискъ, въ качествѣ государственной казны, совершенно поглотилъ собою aerarium Saturni, который превратился въ городскую кассу гор. Рима. Съ другой стороны завѣдываніе государственнымъ имуществомъ было отдѣлено отъ завѣдыванія личнымъ имуществомъ императора, другими словами, фискъ получилъ самостоятельную организацію, сталъ особымъ учрежденіемъ въ ряду другихъ. Итакъ, въ результатѣ оказывается, что государство въ качествѣ самостоятельнаго субъекта имущественныхъ правъ подъ именемъ фиска вполнѣ обособилось отъ государства въ смыслѣ политическаго союза, и что вмѣстѣ съ тѣмъ фискъ былъ подчиненъ общимъ нормамъ гражданскаго права и процесса, съ сохраненіемъ за нимъ лишь нѣкоторыхъ привилегій.

На ряду съ государствомъ стали пользоваться самостоятельной правоспособностью городскія общины, а также цѣлый рядъ другихъ корпорацій какъ-то жреческія коллегіи весталокъ, понтифовъ и др.: (collegia tempiorum, sodalitates) цехи (collegia fabrorum, pistorum) и др.); общества государственныхъ откупщиковъ (т. н. societates publicanorum) и мн. др. Больше всего корпоративная жизнь процвѣтала въ періодъ республики. Существуетъ даже мнѣніе, что въ этотъ періодъ образованіе корпорацій въ смыслѣ самостоятельныхъ юридическихъ лицъ не стѣснялось ничѣмъ, зависѣло вполнѣ отъ учредителей союза подъ единственнымъ условіемъ, ne quid ex publica lege corrumpant (1, 4 D. de colleg. 47,22). Однако, это мнѣніе едва ли правильно: изъ признанія свободы ассоціацій еще не слѣдуетъ, чтобы всякая ассоціація могла пріобрѣсти значеніе юридическаго лица по простому желанію учредителей ея [1]). Какъ бы тамъ ни было, фактъ тотъ, что при Цезарѣ началось обратное движеніе: Цезарь упразднилъ cuncta collegia praeter antiquitus constituta, т.-е. всѣ collegia и sodalitates, за исключеніемъ жреческихъ коллегій и древнихъ цеховъ, которые существовали съ незапамятныхъ временъ. Вскорѣ послѣ этого lex Julia de collegiis постановила, что впредь новыя вольныя корпораціи могутъ быть образованы только съ разрѣшенія сената или императора. Ср. 1. 1. pr. D. quod cuiuscunque universit. 3. 4: neque societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur, nam et legibus, et senatus consultis, et principalibus constitutionibus ea res coercetur... Paucis autem in causis concessa sunt huiusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, et salinarum. Такимъ образомъ, образованіе новыхъ корпорацій было подчинено контролю государственной власти.

Что касается второго типа юридическихъ лицъ, т.-е. учрежденій, то древнее римское право не признавало ихъ. Такъ, храмы въ республиканскомъ періодѣ не имѣли собственнаго имущества, они содержались на счетъ государственной казны, и пожертвованія въ ихъ пользу считались собственностью государства. Лишь въ императорскомъ періодѣ за храмами признана самостоятельная правоспособность, да и то лишь на основаніи особаго пожалованія ея со стороны императора или сената. Ulp. 22,6: deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consultis, constitutionibusque principum instituere concessum est. Что касается учрежденій съ благотворительной цѣлью (т. н. piae causae), то, таковыхъ, по крайней мѣрѣ въ качествѣ самостоятельныхъ субъектовъ правъ, не существовало вплоть до христіанскихъ императоровъ. Для достиженія тѣхъ цѣлей, ради которыхъ создаются такія учрежденія, приходилось прибѣгать къ окольнымъ путямъ. Такъ императоръ Траянъ задумалъ пожертвовать весьма крупныя суммы на воспитаніе бѣдныхъ дѣтей; но самостоятельной организаціи по этому поводу

---

[1]) Ср. Карлова, ук. соч т. II, стр. 64. Leonhard, Institutionen, стр. 171, пр. 2.

не было создано, суммы распредѣлялись между городами, которые отдавали ихъ землевладѣльцамъ подъ залогъ имѣній, на проценты съ этихъ денегъ и содержались дѣти [1]). Лишь при христіанскихъ императорахъ учрежденія, въ смыслѣ самостоятельной группы юридическихъ лицъ, получаютъ полное право гражданства. Такъ въ этотъ періодъ пріобрѣтаютъ значеніе юридическихъ лицъ церкви, монастыри, убѣжища для бѣдныхъ (ptochotrophia), больницы (nosocomia), пріюты для странниковъ (xenodochia), для лицъ престарѣлыхъ (gerontocomia), сиротскіе дома (orphanotrophia), и т. д. Ср. 1. 23. Cod. de sacr. eccles. 1. 2; 1. 26 eod.

Что касается современнаго римскаго права, то въ немъ всякаго рода корпораціи и учрежденія пользуются широкой распространенностью. На ряду съ политическими, церковными и благотворительными корпораціями и учрежденіями существуютъ корпораціи и учрежденія съ цѣлями коммерческими, учеными, учебными, любительскими и т. д.

§ 21. Возникновеніе частныхъ корпорацій и учрежденій.

Разсмотрѣвъ общій характеръ, главные виды и исторію развитія юридическихъ лицъ, мы обращаемся теперь къ болѣе подробному догматическому изученію частныхъ корпорацій и учрежденій, которыми гражданское право только и занимается ex professo, тогда какъ юридическія лица публичноправнаго типа изучаются другими дисциплинами, государственнымъ, церковнымъ, финансовымъ правомъ. При этомъ естественно начать съ изученія условій возникновенія частныхъ корпорацій и учрежденій.

Возникновеніе корпорацій. Вопросъ о томъ, съ какого момента можетъ считаться возникшей корпорація въ смыслѣ самостоятельнаго юридическаго лица, въ литературѣ вызвалъ споръ. Одни ученые (какъ, напр., Савиньи) полагаютъ, что для этого недостаточно, чтобъ сами участники союза желали сообщить своему соединенію характеръ юридическаго лица, а требуется сверхъ того, чтобъ союзу спеціально были пожалованы права юридическаго лица со стороны государственной власти. Въ подтвержденіе этого взгляда ссылаются на источники, въ которыхъ прямо говорится, что по общему правилу ни одинъ союзъ не можетъ образоваться безъ спеціальнаго разрѣшенія со стороны императора или сената (ср. цитированную выше 1, 1 pr. D. quod cuiuscumque univ. 3, 4).

Другіе говорятъ, что въ *современномъ римскомъ правѣ* никакого спеціальнаго разрѣшенія со стороны государственной власти для признанія даннаго союза юридическимъ лицомъ не требуется, а требуется только, чтобъ союзъ преслѣдовалъ дозволенную цѣль и чтобы сами участники пожелали придать своему соединенію именно характеръ юридическаго лица, а не простого товарищества. Этому не препятствуютъ постановленія источниковъ, требующія спеціальнаго утвержденія; эти постановленія имѣютъ чисто полицейскій характеръ, разрѣшеніе не сообщаетъ союзу самостоятельной правоспособности, а только придаетъ ему характеръ дозволеннаго соединенія. Въ качествѣ чисто полицейскихъ нормъ, эти постановленія не были рецепированы позднѣйшей практикой, которая еще со временъ постглоссаторовъ стала отказываться отъ нихъ [2]). Этотъ взглядъ въ настоящее время можетъ считаться господствующимъ, по крайней мѣрѣ, въ доктринѣ. Практически этотъ взглядъ представляетъ то неудобство, что совершенно устраняетъ весьма важный моментъ внѣшней отличимости корпорацій, въ смыслѣ юридическихъ лицъ, отъ другихъ дозволенныхъ соединеній. Въ виду этого, практика современнаго римскаго права колеблется въ своихъ взглядахъ на этотъ важный вопросъ [3]).

Въ заключеніе замѣтимъ, что одно время существовало мнѣніе, будто для образованія корпораціи требуется наличность, по крайней мѣрѣ, трехъ членовъ, въ подтвержде-

---

[1]) Ср. подробности у Карлова, ук. соч., т. I, стр. 790–794.

[2]) Ср. Regelsberger, ук. соч. т. I, стр. 310. Dernburg. Pandecten, т. I, стр. 146, пр. 2.

[3]) Ср. указанія на судебную практику у Regelsberger'a, ук. соч. т. I, стр. 311, пр. 25 и стр. 312, пр. 26 и 27.

ніе чего ссылались на изреченіе Нерація: Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hos magis sequendum est (1.85 D. de V. S. 50, 16). Въ настоящее время, однако, признаютъ, что это правило не исключаетъ возможности образованія корпораціи и изъ двухъ членовъ, такъ какъ оно не носитъ характера абсолютной нормы.

Возникновеніе учрежденій. По господствующему взляду благотворительныя и иныя частныя учрежденія возникаютъ съ того момента, когда пожертвовано имущество на общеполезную цѣль. Это неправильно. Пожертвованіе можетъ лишь послужить ближайшимъ поводомъ къ возникновенію учрежденія. Но для того, чтобы таковое дѣйствительно возникло, требуется наличность самостоятельной организаціи и притомъ не только въ проектѣ, но и на дѣлѣ, ибо только въ такомъ случаѣ имѣются на лицо условія, необходимыя для того, чтобы учрежденіе могло начать дѣйствовать. А пока нѣтъ личной организаціи, пожертвованное имущество существуетъ и охраняется какъ имущество будущаго субъекта правъ, т.-е. учрежденія.

Правда, противъ такого взгляда, не отождествляющаго моментъ возникновенія учрежденія съ моментомъ вступленія въ силу пожертвованія, возможно одно возраженіе. Чаще всего такого рода пожертвованія дѣлаются въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ: жертвователь въ завѣщаніи выражаетъ свою волю создать такое то учрежденіе (напр., больницу), и вмѣстѣ съ тѣмъ назначаетъ его своимъ наслѣдникомъ. Между тѣмъ, обыкновенно учатъ, что наслѣдникомъ можетъ быть назначено лишь лицо, существующее уже въ моментъ смерти наслѣдователя. Въ этотъ моментъ вступаетъ въ силу только самое пожертвованіе, личная организація учрежденія пока еще отсутствуетъ. Разъ она необходима для признанія учрежденія возникшимъ, то придется признать, что въ моментъ смерти наслѣдователя не существуетъ правоспособнаго субъекта, которому могло бы быть завѣщано имущество, а слѣдовательно, самое пожертвованіе придется признать недѣйствительнымъ. Противъ этого, однако, надо возразить, что самое требованіе, чтобы наслѣдникъ въ моментъ смерти наслѣдователя находился in rerum natura, сложились въ примѣненіи къ лицамъ физическимъ и не можетъ быть распространено на основаніи простой аналогіи на союзныя образованія, именуемыя юридическими лицами, такъ какъ условія возникновенія тѣхъ и другихъ вообще неодинаковы.

Въ частности, для возникновенія частнаго учрежденія требуется [1]): а) *Учредительный актъ*. Онъ долженъ содержать: 1) указаніе цѣли, которой должно служить проектируемое учрежденіе; 2) назначеніе имущества для этой цѣли; 3) изъ него должно явствовать намѣреніе создать именно самостоятельное учрежденіе, ибо само по себѣ пожертвованіе можетъ быть сдѣлано и въ пользу существующаго уже учрежденія, въ каковомъ случаѣ, какъ выше было разъяснено, не возникаетъ новое юридическое лицо. Обыкновенно указанное намѣреніе выражается въ томъ, что учредитель указываетъ подробности организаціи будущаго учрежденія, хотя это не есть ни единственный, ни безусловно необходимый признакъ для сужденія о настоящемъ намѣреніи жертвователя. Самый актъ можетъ быть совершенъ или при жизни жертвователя (negotium inter vivos) или на случай смерти (neg. mortis causa). Не только въ послѣднемъ, но и въ первомъ случаѣ онъ есть сдѣлка односторонняя, ибо договорное соглашеніе по существу дѣла немыслимо: нельзя вступать въ договоръ съ будущимъ субъектомъ правъ, какимъ представляется въ моментъ составленія учредительнаго акта имѣющее образоваться учрежденіе. b) *Созданіе самостоятельной личной организаціи*. Обыкновенно учредитель самъ указываетъ въ учредительномъ актѣ основанія организаціи будущаго учрежденія. Если онъ упустилъ сдѣлать это, то забота о созданіи личной организаціи падаетъ на государство или на мѣстную общину. Въ Римѣ при христіанскихъ императорахъ заботы о созданіи личной организаціи возлагались обыкновенно на епископа. Во всякомъ случаѣ для возникновенія учрежденія недостаточно, чтобы личный составъ учрежденія былъ только проектированъ, необходимо, чтобы онъ окончательно конституировался. c) Иногда для того, чтобы можно было пользоваться услугами учрежденія, *требуется еще наличность дополнительныхъ момен-*

[1]) Ср. Regelsberger, ук. соч. т. I, стр. 346—351.

товъ, напр., если учреждается больница, то требуется помѣщеніе подъ нее. Но *эти дополнительные моменты не составляютъ необходимыхъ условій* для возникновенія учрежденія въ смыслѣ самостоятельнаго субъекта правъ: ибо разъ существуютъ вообще матеріальныя средства и личный составъ, то учрежденіе уже считается возникшимъ, отъ его имени могутъ быть заключаемы сдѣлки и т. д. d) Весьма спорнымъ представляется вопросъ, требуется ли для признанія учрежденія самостоятельнымъ юридическимъ лицомъ, для пріобрѣтенія имъ самостоятельной правоспособности, *санкція государственной власти*. Одни ученые требуютъ такой санкціи, другіе отрицаютъ необходимость ея. Основанія, приводимыя въ пользу того или другого взгляда, аналогичны тѣмъ, которыя приводятся въ пользу и противъ особаго правительственнаго разрѣшенія для пріобрѣтенія корпораціями правъ юридическаго лица. Господствующее мнѣніе и въ данномъ случаѣ отрицаетъ необходимость такой правительственной санкціи.

§ 22. Правоспособность и организація частныхъ корпорацій и учрежденій.

Правоспособность. Юридическія лица, по крайней мѣрѣ, частноправнаго типа пользуются по общему правилу только имущественной правоспособностью. Единственное исключеніе изъ этого правила составляетъ присвоенное многимъ юридическимъ лицамъ право на особое имя (напр., больница св. Магдалины, Общество Краснаго Креста и т. д.). Предѣлы имущественной правоспособности отдѣльныхъ категорій юридическихъ лицъ и въ чистомъ римскомъ правѣ были далеко не одинаковы. Въ частности не всякое юридическое лицо пользовалось т. н. testamentifactio passiva, т.-е. правомъ пріобрѣтать наслѣдства и отказы, оставляемые въ его пользу. Такое право первоначально принадлежало только государству, позднѣе оно было присвоено и городскимъ общинамъ, а при христіанскихъ императорахъ также церковнымъ и благотворительнымъ учрежденіямъ; что же касается вольныхъ корпорацій, то онѣ по общему закону имѣли только право вступать въ такъ наз. negotia inter vivos, право же пріобрѣтать наслѣдства и отказы могло быть имъ присвоено только въ силу особаго пожалованія, въ видѣ привилегіи. Современное римское право признаетъ въ принципѣ полную имущественную правоспособность за всѣми юридическими лицами. Въ частности юридическое лицо въ качествѣ самостоятельнаго субъекта правъ существуетъ независимо отъ перемѣнъ въ своемъ личномъ составѣ, обладаетъ своимъ собственнымъ имуществомъ, отдѣльнымъ отъ имущества частныхъ лицъ, входящихъ въ составъ цѣлаго въ качествѣ членовъ его (при корпораціяхъ), или въ качествѣ распорядителей и дестинаторовъ (при учрежденіяхъ): по сдѣлкамъ, заключеннымъ отъ имени юридическаго лица, оно одно пріобрѣтаетъ права и несетъ обязанности. Эти положенія развиваются въ источникахъ, главнымъ образомъ, въ примѣненіи къ корпораціямъ (universitates), какъ потому, что учрежденія лишь въ поклассическомъ правѣ добились полнаго признанія, такъ и потому, что корпоративныя организаціи скорѣе могутъ вызвать сомнѣніе на тотъ счетъ, кто на самомъ дѣлѣ долженъ считаться субъектомъ правъ, цѣлое или члены корпораціи, кто пріобрѣтаетъ права и несетъ обязанности по сдѣлкамъ, заключеннымъ отъ имени корпораціи и т. д. Въ частности источники объясняютъ, что корпораціи существуютъ независимо отъ перемѣнъ въ личномъ составѣ ея. 1. 76 D. de jud. 5, I: populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo hunc v veret. 1. 7. § 2 D. quod cuiuscunque univers. 3,4: in decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Дальше указывается, что корпорація имѣетъ свое самостоятельное имущество, отдѣльное отъ имущества ея членовъ. 1. 6, § 1 D. de div. rer. I, 8. Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra vel stadia et si qua alia sunt communia civitatis, ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur sed universitatis. Вмѣстѣ съ тѣмъ источники подчеркиваютъ, что требованія и долги корпораціи не должны быть смѣшиваемы съ личными требованіями и долгами ея членовъ. 1. 7. § 1 D. quod cuiusc. univ. 3,4: Si quid universitati debetur singulis non debetur,

nec quod debet universitas singuli debent. Тѣ же начала должны быть, конечно, примѣнимы по аналогіи и къ учрежденіямъ.

Организація. Что касается прежде всего организаціи корпорацій, то здѣсь возможно безконечное множество комбинацій. Общую характеристику даетъ Гай въ l. 1 § 1 D. quod cuiusc. univ. 3,4, говоря, что всякая корпорація имѣетъ свое имущество, свою кассу и довѣренное лицо для веденія своихъ дѣлъ; 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 communi agi fierique opporteat, agatur fiat. Въ частности различаютъ *universitates ordinatae*, корпораціи, управляемыя на основаніи особаго статута или устава, и *universitates inordinatae*, не имѣющія особаго статута или устава.

Высшимъ корпоративнымъ органомъ является *общее собраніе* членовъ корпораціи, поскольку общій законъ или уставъ корпораціи не допускаетъ изъятій изъ этого принципа. Дѣла въ общемъ собраніи рѣшаются при тѣхъ же условіяхъ, т.-е. за отсутствіемъ спеціальныхъ ограничительныхъ постановленій, простымъ большинствомъ голосовъ. Ср. l. 160 § 1 D. de R. J. 50, 17. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.

Вопроса о томъ, какое число членовъ корпораціи должно присутствовать на общемъ собраніи для того, чтобы оно могло считаться состоявшимся, источники касаются только въ примѣненіи къ городскимъ совѣтамъ декуріоновъ, требуя присутствія двухъ третей всѣхъ декуріоновъ. Ср. l. 3. D. de decretis ab ordine 50, 9: lege autem municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis. Однако, такое требованіе не можетъ быть выставляемо въ видѣ общаго правила.

Обыкновенно на ряду съ общимъ собраніемъ существуетъ еще распорядительный комитетъ, избираемый собраніемъ и непосредственно завѣдующій дѣлами корпораціи по полномочію собранія. Нерѣдко нѣкоторые члены корпораціи предпочтительно предъ остальными пользуются особыми льготными правами—jura singulorum. Льготы эти могутъ быть имущественныя, или касаться предпочтительнаго права участія въ управленіи дѣлами корпораціи. Что касается учрежденій, то организація ихъ также можетъ быть построена на весьма различныхъ началахъ. Такъ, распорядительная часть можетъ быть ввѣрена по учредительному акту одному какому-нибудь лицу, или нѣсколькимъ лицамъ, или, наконецъ, можетъ быть организована на корпоративныхъ началахъ. Дестинаторы, т.-е. лица, въ интересахъ которыхъ дѣйствуетъ учрежденіе, по общему правилу совершенно устранены отъ участія въ управленіи дѣлами учрежденія. Что касается пользованія услугами учрежденій, то дестинаторы далеко не всегда имѣютъ право на полученіе вспомоществованій, чаще всего оказаніе имъ помощи зависитъ отъ доброй воли распорядителей. Въ послѣднемъ случаѣ отказъ отъ помощи не даетъ дестинатару права требовать таковой по суду. Наконецъ, надо замѣтить, что государство имѣетъ право надзора надъ юридическими лицами.

§ 23. Представительство юридическихъ лицъ.

Выше уже было замѣчено, что юридическія лица, какъ союзныя образованія, не обладаютъ дѣеспособностью. Да они въ этомъ и не нуждаются. Отдѣльныя функціи, изъ которыхъ складывается всякая общественная и въ частности хозяйственная дѣятельность, вовсе не связаны неразрывно между собою. Онѣ могутъ быть сосредоточены въ одномъ лицѣ, но могутъ быть распредѣлены и между многими лицами. Послѣднее обстоятельство и дѣлаетъ возможнымъ появленіе союзныхъ образованій, всецѣло построенныхъ на началѣ раздѣленія и сочетанія труда отдѣльныхъ участниковъ цѣлаго.

Съ юридической точки зрѣнія это раздѣленіе труда проявляется въ распредѣленіи функцій управленія, распоряженія, пользованія, контроля между разными лицами, причемъ возможны, конечно, различныя комбинаціи. Всѣ лица, отправляющія совмѣстно или раздѣльно функціи управленія, распоряженія и контроля, разсматриваются какъ *представители* цѣлаго, т.-е. юридическаго лица, отъ имени, въ интересахъ и за страхъ котораго

они дѣйствуютъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Кто именно долженъ быть признанъ въ данномъ конкретномъ случаѣ представителемъ юридическаго лица, опредѣляется уставомъ, учредительнымъ актомъ или, за отсутствіемъ такового, общимъ закономъ.

Изъ частныхъ вопросовъ, входящихъ въ составъ ученія о представительствѣ юридическихъ лицъ, наиболѣе важнымъ и спорнымъ представляется вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ юридическія лица отвѣчаютъ за незаконныя дѣйствія своихъ представителей.

Чистое римское право рѣшило этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что за деликты своихъ представителей юридическое лицо отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, если оно благодаря совершенію деликта обогатилось и только въ предѣлахъ обогащенія. Ср. 1. 15 § 1 D. de dolo malo 4. 3. sed an in municipes de dolo detur atio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt? *Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam.* De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.—1. 4. D. de vi 43, 16. Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit, *si quid ad eos pervenit*[1]). Ср. также 1. 9 § 1 D. quod metusc. 4. 2. Такое рѣшеніе вопроса можетъ быть объяснено только тѣмъ, что институтъ представительства вообще не получилъ надлежащаго развитія въ римскомъ правѣ. *Средневѣковая доктрина* и практика отказалась отъ римскаго принципа и высказалась за противоположный принципъ, въ силу котораго юридическія лица подлежатъ гражданской отвѣтственности за неправильныя дѣйствія своихъ представителей, совершенныя ими въ качествѣ таковыхъ, въ предѣлахъ предоставленной имъ компетенціи.

Новая историческая школа съ Савиньи во главѣ опять подняла этотъ вопросъ и многіе представители ея признали нужнымъ вернуться къ началу, провозглашенному чистымъ римскимъ правомъ. Другіе, которые въ настоящее время составляютъ большинство, основательно возражали противъ этого, доказывая, что римскій принципъ давно отмѣненъ позднѣйшей практикой, которая руководствовалась при этомъ настоятельными потребностями оборота. На это приверженцы римскаго начала возражаютъ, что принятіе этого начала составляетъ логическую необходимость, разъ исходить изъ того положенія, что юридическія лица лишены самостоятельной дѣеспособности, не могутъ сами дѣйствовать, ибо за деликты отвѣчаетъ только самъ виновный, а не третьи лица; недаромъ Ульпіанъ вопрошаетъ: quid enim municipes dolo facere possunt? На первый взглядъ это дѣйствительно сильное возраженіе, и нѣкоторые противники римскаго начала считаютъ возможнымъ устранить его только путемъ признанія самостоятельной дѣеспособности и за юридическими лицами. Это, конечно, не болѣе какъ фикція, и при томъ совершенно излишняя. Чтобы уяснить себѣ настоящіе мотивы, которые оправдываютъ допущеніе отвѣтственности юридическихъ лицъ за неправильныя дѣйствія ихъ представителей, необходимо прежде всего выяснить характеръ и условія возникновенія подобной отвѣтственности. Въ этомъ отношеніи надо замѣтить слѣдующее: во 1-хъ, отвѣтственность юридическихъ лицъ всегда только гражданская, т.-е. они при извѣстныхъ условіяхъ отвѣчаютъ предъ третьими лицами за убытокъ, причиненный неправильными дѣйствіями ихъ представителей; объ уголовной же отвѣтственности ихъ не можетъ, конечно, быть и рѣчи, а правило, что за деликтъ отвѣчаетъ только виновный, имѣетъ въ виду именно уголовную отвѣтственность. Во-2-хъ, требуется, чтобы незаконное дѣйствіе представителя было совершено имъ въ качествѣ такового, въ предѣлахъ отведенной ему сферы дѣятельности. Въ этихъ предѣлахъ гражданская отвѣтственность юридическихъ лицъ за деликты ихъ представителей вполнѣ оправдывается принципомъ: cuius commodum, eius periculum, кто получаетъ извѣстныя выгоды, тотъ несетъ и сопряженный съ ними рискъ. Въ примѣненіи къ данному случаю этотъ принципъ можетъ быть выраженъ слѣдующимъ образомъ: такъ какъ юридическія лица извлекаютъ выгоды изъ института представительства, то они должны также нести рискъ, сопряженный съ назначеніемъ представителя[2]). Если

---

[1]) Regelsberger, ук. соч. т. I, стр. 326—331.
[2]) Ср. Windscheid, Pandecten, 7 изд. т. I. стр. 150.

чистое римское право смотрѣло иначе на дѣло, то это объясняется, повторяю, тѣмъ, что институтъ представительства въ немъ вообще не получилъ должнаго развитія. Итакъ, слѣдуетъ признать, что въ современномъ римскомъ правѣ юридическія лица отвѣчаютъ предъ третьими лицами за деликты, совершенные ихъ представителями, въ томъ смыслѣ, что обязаны возмѣстить причиненный представителемъ третьему лицу убытокъ, разъ только представитель дѣйствовалъ въ предѣлахъ отведенной ему сферы дѣятельности. Такъ, напр., желѣзнодорожная компанія отвѣчаетъ за убытокъ, причиненный неправильнымъ распоряженіемъ или дѣйствіемъ служащаго, приведшимъ къ крушенію поѣзда; такъ акціонерный банкъ обязанъ возмѣстить убытокъ, причиненный третьему лицу тѣмъ, что агентъ банка, которому была поручена какая-нибудь денежная операція, не исполнилъ ее вовсе или не такъ, какъ слѣдовало, и т. д.

§ 24. Прекращеніе частныхъ корпорацій и учрежденій.

Корпорація прекращается: а) если всѣ члены ея умерли или выступили изъ нея; b) если государственная власть лишаетъ ее характера юридическаго лица или запрещаетъ ее; c) если истекъ срокъ, въ теченіе котораго корпорація должна была существовать или если достигнута цѣль, ради достиженія которой она возникла; d) на основаніи постановленія ея членовъ о прекращеніи ея. Для такого постановленія требуется *единогласіе*, если только по уставу корпораціи рѣшеніе этого вопроса не предоставлено большинству.

Благотворительныя и другія учрежденія прекращаются: а) если цѣль, ради которой они существуютъ, будетъ признана недозволенной или достиженіе ея становится невозможнымъ (напр., цѣль учрежденія состоитъ въ поддержкѣ языческаго храма); b) по истеченіи срока, въ теченіе котораго учрежденіе должно было существовать, или по наступленіи резолютивнаго условія; c) если имущество учрежденія израсходовано и не предвидится никакихъ источниковъ возобновленія его.

Что касается *судьбы имущества* упраздненной корпораціи, то прежде всего принимается во вниманіе, не имѣютъ ли опредѣленныя частныя лица права на все имущество или на часть его. Такія права третьихъ лицъ (кредиторовъ) и бывшихъ членовъ ея остаются въ силѣ и по упраздненіи корпораціи. Въ частности, члены бывшей корпораціи по закрытіи ея могутъ постановить опредѣленіе о раздѣлѣ имущества между собою. Затѣмъ въ самомъ уставѣ корпораціи можетъ быть опредѣлено, какъ быть съ имуществомъ ея на случай прекращенія корпораціи. Поскольку нѣтъ ни того, ни другого, имущество упраздненной корпораціи по господствующему взгляду разсматривается какъ выморочное и переходитъ къ фиску.

Что касается имущества упраздненнаго учрежденія, то оно переходитъ къ фиску, если въ уставѣ учрежденія не содержится какихъ-либо иныхъ указаній на этотъ предметъ. Но еще въ средніе вѣка сложился обычай, въ силу котораго фискъ обязанъ употребить такое имущество на аналогичную цѣль.

Объ объектахъ правъ.

Глава I. Общія положенія.

§ 25. Понятіе и виды объектовъ правъ [1]).

Объектомъ правъ можетъ быть все, что служитъ средствомъ для удовлетворенія человѣческихъ потребностей, поскольку данное средство считается дозволеннымъ и пользованіе имъ нуждающимся въ особой охранѣ. Однако, не всякое благо; не всякое средство удовлетворенія человѣческихъ потребностей можетъ быть объектомъ всякаго права. Въ частности, объектами имущественныхъ правъ, на которыхъ намъ и предстоитъ остановиться подробнѣе, могутъ быть только такія блага, которыя поддаются денежной оцѣнкѣ, представляютъ т. н. денежный интересъ. Ихъ можно назвать хозяйственными благами. Хозяйственныя блага обыкновенно подраздѣляются на двѣ главныя категоріи: 1) на вещи, т.-е. самостоятельные матеріальные предметы, заключенные въ опредѣленныя пространственныя границы, и 2) дѣйствія лицъ. Иногда вмѣсто термина «имущественное благо» употребляютъ терминъ «вещь въ обширномъ смыслѣ», съ подраздѣленіемъ вещей на тѣлесныя вещи (или вещи въ тѣсномъ смыслѣ) и безтѣлесныя вещи (или дѣйствія лицъ).

Послѣдняя терминологія заимствована у римскихъ юристовъ, которые также различали res corporales и res incorporales. Однако, у нихъ эти термины имѣли нѣсколько иное значеніе. Именно, они подъ res corporales и res incorporales понимаютъ не объекты имущественныхъ правъ, а составныя части имущества. Это явствуетъ, какъ изъ общаго опредѣленія res: 1. 23 D. de V. S. 50, 16. Rei appellatione et causae et jura continentur, такъ и изъ того, что на ряду съ res въ томъ же смыслѣ употребляется терминъ pecunia: 1. 222 eod. Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur, такъ, наконецъ, изъ ближайшей характеристики res corporales и incorporales, которую даютъ Гай и Юстиніанъ въ Институціяхъ: pr. J. de reb. incorpor. 2, 2. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. § 1. *Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt,* velut fundus, homo, vestis, aurum, et denique aliae res innumerabiles. § 2. *Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt,* sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. *Nam ipsum ius hereditatis, et ipsum ius utendi, fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est.* Ср. Gaii, Instit. II, § 12—14. Дѣйствительно во всѣхъ приведенныхъ фрагментахъ противопоставляются другъ другу вещи (въ смыслѣ тѣлесныхъ вещей) и права. Но если вещи могутъ служить объектами правъ, то, конечно, право не можетъ же служить само себѣ объектомъ [2]); это, конечно, понимали и римскіе юристы, которые во второй половинѣ § 2 J. cit. прямо указываютъ на то, что нужно отличать право отъ объекта его, объясняя, что только само право наслѣдованія, само право узуфрукта, само право требованія всегда есть res incorporalis, тогда какъ объектами этихъ правъ могутъ быть res corporales. Но если это такъ, то нельзя разсматривать римское дѣленіе res на res corporales и res incorporales, какъ дѣленіе объектовъ правъ. Зато это

---

[1]) Ср. Arndts, Pandecten, § 48. Unger, System des österreichischen Privatrechts, 4 изд., т. I, стр. 353 и сл., Regelsberger, Pandecten, т. I, стр. 357 и сл. Гриммъ, къ ученію объ объектахъ правъ въ Вѣстникѣ Права за сентябрь и октябрь 1905 г.

[2]) Другой, конечно, вопросъ, не могутъ ли одни права служить объектомъ другихъ правъ, напр., не можетъ ли право требованія служить объектомъ закладного права.— Вопросъ этотъ удобнѣе разсмотрѣть въ связи съ изученіемъ залогового права. Тамъ мы увидимъ, что на него слѣдуетъ дать отрицательный отвѣтъ.

дѣленіе получаетъ вполнѣ опредѣленный смыслъ, если разсматривать res corporales и incorporales, какъ составныя части имущества: нужно только исходить не изъ строго научнаго, а изъ обыденнаго представленія объ имуществѣ. Дѣйствительно, въ обиходѣ именно смотрятъ на имущество или точнѣе на активное имущество, какъ на совокупность принадлежащихъ данному лицу (на правѣ собственности, что подразумѣвается) вещей съ одной стороны и правъ на чужія вещи и дѣйствія третьихъ лицъ съ другой. Такъ смотрѣли на дѣло и римскіе юристы. Конечно, ближайшій анализъ этого обыденнаго представленія объ имуществѣ легко приводитъ къ убѣжденію въ научной несостоятельности его. Разъ вообще считать составными частями т. н. активнаго имущества не отдѣльныя хозяйственныя блага, а принадлежащія лицу имущественныя права, то къ числу этихъ правъ должно быть отнесено, конечно, и право собственности, которое можетъ быть названо res incorporalis съ такимъ же основаніемъ, какъ и jus hereditatis, ususfructus и т. д. Но въ обиходѣ *право собственности постоянно смѣшивается со своимъ объектомъ*, отождествляется съ нимъ; никто не говоритъ: на эту книгу я имѣю право собственности, а всѣ говорятъ: это моя книга. Такой взглядъ настолько укоренился, что логическая несообразность, лежащая въ основаніи его, и теперь еще многими не сознается. Неудивительно, что римскіе юристы не могли освободиться изъ подъ его вліянія: извѣстно, что они вообще не отличались способностью къ абстракціямъ.

Итакъ мы видѣли, что объекты имущественныхъ правъ или хозяйственныя блага обыкновенно подраздѣляются на двѣ главныя категоріи: на вещи и дѣйствія лицъ. Такое дѣленіе нельзя признать вполнѣ удовлетворительнымъ. Дѣйствія лица неотдѣлимы отъ данной личности: внѣ опредѣленной личности немыслимы никакія дѣйствія. Если это такъ, то объектомъ правъ слѣдовало бы признавать не дѣйствія, а самую *личность*, обязанную совершать тѣ или другія дѣйствія. И это тѣмъ болѣе, что въ случаѣ несовершенія тѣхъ или иныхъ дѣйствій, которыя данное лицо обязано совершить, можно воздѣйствовать только на самое лицо, а не непосредственно на дѣйствія его. Противъ этого возражаютъ, что лицо, если только это не рабъ, можетъ быть признано только субъектомъ, но не объектомъ правъ. Однако такое возраженіе неосновательно. Вѣрно лишь то, что съ точки зрѣнія современнаго права, не допускающаго полнаго порабощенія одной личности другою, никакое лицо не признается только объектомъ, но всегда вмѣстѣ съ тѣмъ и субъектомъ правъ. Другими словами, право пользованія или распоряженія одной личности по отношенію къ другой никогда не можетъ быть исключительнымъ, всепоглощающимъ; оно всегда въ большей или меньшей степени ограничивается встрѣчными правами противной стороны. Итакъ, слѣдуетъ различать въ качествѣ объектовъ правъ не вещи и дѣйствія, а вещи и лица; возможно также, что объектомъ права являются одновременно и тѣ и другія. Такъ, напр., при правѣ собственности объектомъ права является вещь, при договорѣ личнаго найма съ точки зрѣнія нанимателя—личность нанимающагося въ услуженіе, при договорѣ купли-продажи съ точки зрѣнія покупщика—одновременно личность продавца и покупаемая вещь.

§ 26. Понятіе и виды вещей. Universitas facti et juris.

Было уже замѣчено, что подъ вещами (или точнѣе тѣлесными вещами) слѣдуетъ понимать самостоятельные матеріальные предметы, заключенные въ опредѣленныя пространственныя границы. Вещи подраздѣлялись римскими юристами на простыя (unitum) и сложныя (connexum [1]). Простыми называются вещи, составляющія органическое цѣлое, какъ, напр., камни, деревья, животныя. Сложными называются вещи, части которыхъ соединены между собою только механическою связью, какъ напр., зданія, корабли, шкапы и т. д. Чѣмъ опредѣляется внѣшнее единство вещи?—Пространственными границами, въ которыя она заключена. При недвижимостяхъ эти границы проводятся искусственно, что

[1]) Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen.

же касается движимостей, то надо различать твердыя тѣла отъ жидкостей и газовъ. Границами первыхъ служатъ ихъ внѣшнія очертанія, вторыя получаютъ значеніе самостоятельныхъ вещей, когда собраны въ сосудахъ и т. п. До какихъ поръ сохраняется внутреннее тождество вещей? Вопросъ этотъ получаетъ практическое значеніе въ томъ случаѣ, когда произошли перемѣны въ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ ея. Римскіе юристы разрѣшаютъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что перемѣны въ отдѣльныхъ частяхъ вещи по общему правилу не разрушаютъ ея внутренняго тождества. Ср. l. 76 D. de jur. 5, 1. Evenire ut, partibus commutatis eadem res esse existimaretur... Itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem remaneret, quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari. Quodsi quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore, ut ex eius ratione nos ipsi non iidem issemus, qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae quotidie ex nostro corpore decederent, aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem existimari. Однако, этотъ принципъ не былъ проведенъ вполнѣ послѣдовательно, ср., напр. l. 10 § 7 quibus modis usufr. 7, 4. Наиболѣе осторожнымъ будетъ признать, что вопросъ о томъ, до какихъ поръ сохраняется внутреннее тождество данной вещи, разрѣшается соотвѣтственно взглядамъ оборота.

Кромѣ простыхъ и сложныхъ вещей въ качествѣ третьей категоріи вещей упоминаются еще *совокупности вещей*, объединяемыя однимъ общимъ именемъ, какъ, напр., стадо, библіотека, товарный складъ Ср l. 30 pr. D. de usurpat. 41, 3. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et graece ἑνωμενον (unitum), vocatur: ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημενον (conexum) vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomine subjecta, veluti populus legio grex. У современныхъ писателей такую совокупность вещей называютъ обыкновенно *universitas facti*. Спрашивается, составляетъ ли данная совокупность, какъ таковая, объектъ правъ или нѣтъ? Въ литературѣ по этому вопросу существуетъ споръ. Въ настоящее время большинство изслѣдователей склоняется въ пользу отрицательнаго отвѣта на этотъ вопросъ, указывая на то, что universitates facti, какъ, напр., стадо, не могутъ быть объектами владѣнія и пріобрѣтательной давности, и что если въ источникахъ допускается, напр., vindicacio gregis, то это имѣетъ лишь то значеніе, что истецъ, предъявляющій виндикацію (т. е. искъ о собственности), не обязанъ перечислить въ отдѣльности животныхъ, выдачи которыхъ онъ требуетъ, и что ему въ искѣ не отказывается, хотя во время производства дѣла выяснилось, что нѣкоторыя изъ животныхъ, входящихъ въ составъ стада, ему не принадлежатъ, но за всѣмъ тѣмъ объектомъ права собственности являются все-таки отдѣльныя животныя, а не стадо, какъ таковое, какъ это явствуетъ изъ того, что тѣ животныя, которыя оказались непринадлежащими истцу, не подлежатъ выдачѣ.

Разсмотрѣвъ отдѣльныя категоріи вещей, мы въ заключеніе должны сказать нѣсколько словъ объ имуществѣ, какъ таковомъ [1]). *Имущество опредѣляется обыкновенно какъ совокупность поддающихся денежной оцѣнкѣ правоотношеній, имѣющихъ общаго носителя.* Въ противоположность universitas facti, какъ простой совокупности вещей, совокупность имущественныхъ отношеній, слагающихся изъ правъ и обязанностей, характеризуется, какъ *universitas juris*. Въ составѣ имущества различаютъ активное имущество или совокупность принадлежащихъ данному лицу правъ, и пассивное имущество или совокупность лежащихъ на немъ обязанностей. Въ источникахъ имущество обозначается терминомъ bona; иногда употребляютъ также выраженія: patrimonium, facultates, pecunia, res. Долги обыкновенно не причислялись къ имуществу. Такъ l. 39 § 1 D. de V. S. 50, 16 говоритъ: Bona intelligentur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt, т. е. имуществомъ лица считается то, что остается за вычетомъ дол-

[1]) Ср. Birkmeyer, über das Vermogen im juristischen Sinne.

говъ. Но это не значитъ, чтобъ римскіе юристы не оперировали также съ понятіемъ имущества какъ совокупности поддающихся денежной оцѣнкѣ правъ и обязанностей. Такъ Ульпіанъ, говоря о переходѣ имущества по наслѣдству отъ одного лица къ другому, слѣдующимъ образомъ поясняетъ, въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать въ данномъ случаѣ bona: 1. 3 pr. D. de bon. poss. 37,1. Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque eius *rei commodum et incommodum*, nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona apellabuntur.

Изъ общаго состава имущества лица иногда выдѣляется большая или меньшая группа имущественныхъ отношеній въ качествѣ самостоятельнаго цѣлаго. Такое назначеніе имѣетъ, напр., приданое (по отношенію къ остальному имуществу мужа), пекулій, выдѣленный въ пользу подвластнаго сына (по отношенію къ остальному имуществу paterfamilias), при извѣстныхъ условіяхъ также наслѣдственная масса (по отношенію къ собственному имуществу наслѣдника) и т. д. Такія обособленныя имущественныя массы носятъ названіе *отдѣльнаго имущества* (въ противоположность общему имуществу), онѣ также, какъ и вообще имущество, суть universitates juris, т. е. это не простыя совокупности вещей, а совокупности правоотношеній. Можетъ ли имущество, какъ таковое, служить самостоятельнымъ объектомъ правъ? Вопросъ этотъ тоже очень спорный. Въ пользу утвердительнаго разрѣшенія этого вопроса говоритъ на первый взглядъ существованіе такихъ институтовъ, какъ ususfructus omnium bonorum (пользовладѣніе относительно цѣлаго имущества), hypotheca omnium bonorum (залогъ цѣлаго имущества), переходъ имущества отъ одного лица къ другому въ порядкѣ наслѣдованія и т. п. Однако, при ближайшемъ анализѣ этихъ явленій оказывается, что на самомъ дѣлѣ объектами узуфруктнаго и закладного права должны быть признаны отдѣльныя блага, входящія въ составъ даннаго имущества, а не самое имущество, какъ таковое. Это явствуетъ изъ того, что самое право узуфрукта или заклада принимаетъ различный характеръ въ зависимости отъ различія въ отдѣльныхъ объектахъ. Что же касается перехода имущества по наслѣдству, то и здѣсь пріобрѣтаются отдѣльные объекты, входящіе въ составъ имущества; особенность заключается лишь въ томъ, что для пріобрѣтенія ихъ не только не требуется соблюденія тѣхъ формъ, которыя установлены для перехода отдѣльныхъ объектовъ inter vivos (напр., для пріобрѣтенія права собственности на тѣлесныя вещи наслѣдодателя не требуется завладѣніе ими), но и вообще не требуется отдѣльнаго пріобрѣтенія каждаго объекта, а всѣ объекты пріобрѣтаются uno actu, путемъ принятія наслѣдства въ цѣломъ. Тоже слѣдуетъ сказать и относительно перехода долговъ. Равнымъ образомъ и послѣ принятія наслѣдства предметомъ обладанія являются на самомъ дѣлѣ только отдѣльные объекты, а не имущество, какъ таковое. Итакъ, слѣдуетъ признать, что имущество, какъ таковое, не является самостоятельнымъ объектомъ правъ.

Глава II. Юридически важныя качества вещей.

§ 27. Движимыя и недвижимыя вещи.

Недвижимыя вещи—res immobiles,—суть земельные участки, fundi, praedia, иногда говорятъ solum, res soli; составными частями ихъ считаются произрастающія на нихъ растенія и выстроенныя на нихъ зданія. Ср. 1. 40. D. de A. E. V. 19, 1.— Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus. 1. 7 § 10 D. de A R. D. 41, 1. Omne, quod inaedificatur, solo cedit. Важнѣйшій практическій результатъ этого тотъ, что собственникъ земли считается собственникомъ всѣхъ зданій, возведенныхъ имъ или другими на его землѣ, и собственникомъ растеній. Всѣ остальныя вещи *движимыя—res mobiles*. Въ наше время, подобно тому какъ различаютъ движимыя и

недвижимыя вещи, различаютъ движимое и недвижимое имущество. Въ частности одни и тѣ же вещныя права причисляются либо къ движимому, либо къ недвижимому имуществу, смотря по тому, являются ли объектомъ ихъ движимыя или недвижимыя вещи—напр., право собственности или залога на недвижимую вещь причисляется къ недвижимому имуществу, а то же право собственности на недвижимую вещь—къ движимому имуществу. Обязательственныя требованія по общему правилу причисляются всегда къ движимому имуществу.

§ 28. Замѣнимыя и незамѣнимыя вещи.

Замѣнимыми вещами—res, quae pondere, numero, mensura consistunt или, какъ иногда говорятъ, res fungibiles, *называются такія вещи, которыя настолько схожи между собой, что въ оборотѣ обыкновенно различаются только по однимъ родовымъ, но не по индивидуальнымъ признакамъ,* такъ какъ индивидуальныя различія между ними настолько незначительны, что не принимаются въ разсчетъ:—важно только количество и качество. Сюда относится зерновой хлѣбъ, мука, вино, масло, шерсть, въ особенности деньги. Напротивъ, *незамѣнимыя вещи, res non fungibiles* или species, *суть такія вещи, которыя отличаются совершенно опредѣленными индивидуальными признаками,* каковые въ оборотѣ и принимаются обыкновенно въ разсчетъ въ томъ смыслѣ, что заинтересованное лицо желаетъ пріобрѣсти или получить обратно именно данную конкретную вещь, а не другую вещь того же рода. Сюда относятся, напр., лошади, картины, дома и т. д. Впрочемъ, въ данномъ конкретномъ случаѣ, вещь, при которой обыкновенно обращается вниманіе на индивидуальные признаки, можетъ быть опредѣлена только по роду и виду, напр., поручается купить сто лошадей, безъ указанія того, какія именно, или поручается купить домъ въ такомъ то городѣ, безъ ближайшаго обозначенія, какой именно. Съ другой стороны, возможно, что вещь, которая по общему правилу считается замѣнимой, въ данномъ случаѣ не должна подлежать замѣнѣ другою, однородною. Напр., покупаютъ vinum, quod in horreo est, или передается на храненіе сумма денегъ, съ обязательствомъ вернуть именно врученную сумму. Итакъ это различіе имѣетъ лишь условное значеніе. Практически различіе между замѣнимыми и незамѣнимыми вещами имѣетъ важное значеніе въ томъ отношеніи, что только замѣнимыя вещи могутъ служить объектомъ займа.

§ 29. Потребляемыя вещи.

Потребляемыми вещами, res, quae usu consumuntur или *res usu consumptibiles, называются такія вещи, нормальное пользованіе которыми сопряжено съ уничтоженіемъ ихъ субстанціи,* напр., хлѣбъ, вино и т. д. Имъ противополагаются вещи *непотребляемыя.* Практическое значеніе этого различія состоитъ главнымъ образомъ въ томъ, что потребляемыя вещи не могутъ служить объектомъ узуфрукта. Къ потребляемымъ вещамъ причисляются и деньги въ томъ смыслѣ, что израсходованіе ихъ равносильно потребленію. Ср. § 2. D. de usufr. 2,4—*Pecunia numerata... in ipso usu* assidua permutatione quodammodo extinguitur, наконецъ, къ потребляемымъ вещамъ приравниваются тѣ вещи, которыя въ скоромъ времени отъ пользованія уничтожаются, напр., платья.

§ 30. Дѣлимость.

Фактически всѣ вещи безконечно дѣлимы. Но *юридически считаются недѣлимыми или нераздѣльными такія вещи, при которыхъ раздѣлъ равносиленъ уничтоженію вещи или приводитъ къ несоразмѣрному пониженію цѣнности ея.* Къ

недѣлимымъ вещамъ относятся, напр., лошади, картины, брильянты, зеркальныя стекла и т. д. Имъ противополагаются вещи *дѣлимыя или раздѣльныя*: res, quae sine interitu, sive sine damno dividi possunt; раздѣлъ земельныхъ участковъ производится путемъ проведенія границъ; раздѣлъ движимыхъ вещей путемъ фактическаго разложенія ихъ на составныя части (напр., отъ картины отдѣляется рамка, отъ мяса отрѣзывается кусокъ и т. д.). Практическое значеніе этого различія заключается въ томъ, что, если недѣлимая вещь принадлежитъ нѣсколькимъ собственникамъ, то нельзя требовать раздѣла ея. Наконецъ, надо замѣтить, что вещи дѣлимыя in obstracto по спеціальному закону или на основаніи юридической сдѣлки могутъ быть объявлены недѣлимыми.

Для оборота имѣютъ значеніе въ качествѣ самостоятельныхъ цѣнныхъ объектовъ не только вещи, какъ цѣльныя, и реальныя части ихъ, но и *идеальныя части вещей*. Напр., право на $^1/_4$ часть дома или на $^1/_2$ имѣнія, на $^1/_5$ ожерелья и т. д. несомнѣнно представляетъ собою самостоятельную цѣнность, оцѣнимую на деньги. Этимъ объясняется, почему относительно всякаго рода вещей, какъ дѣлимыхъ, такъ и недѣлимыхъ, допускается установленіе извѣстнаго рода правъ на идеальныя части вещи, такъ наз. *partes pro indiviso*. Такъ, напр., вещь можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ въ томъ смыслѣ, что каждое изъ нихъ имѣетъ право на идеальную часть вещи—res communis omnium pro partibus indivisis. Въ такомъ случаѣ каждый изъ собственниковъ имѣетъ право на пропорціональную часть дохода отъ вещи и можетъ распоряжаться своей идеальной частью, напр., продать ее, заложить и т. д. Кромѣ права собственности такое дѣленіе допускается и относительно цѣлаго ряда другихъ правъ. Сюда относятся emphyteusis, superficies, ususfructus, закладное право, большинство обязательственныхъ правъ и право наслѣдованія. Эти права поэтому наз. дѣлимыми. Въ противоположность имъ существуютъ и права недѣлимыя, какъ то: реальные сервитуты, нѣкоторыя обязательственныя права.

§ 31. Принадлежностныя вещи.

Принадлежностными вещами называются вещи, которыя служатъ для постояннаго пользованія другой вещью, называемой главною, и которыя поэтому въ оборотѣ разсматриваются, какъ части ея. Такъ, напр., принадлежностными вещами дома считаются оконныя рамы, замки, ключи. Практическое значеніе этого различія между главными и принадлежностными вещами состоитъ въ томъ, что сдѣлка, касающаяся главной вещи, въ особенности продажа, отказъ, залогъ, распространяется и на принадлежностныя вещи in dubio, т.-е. обнимаетъ и ихъ, если заинтересованныя лица не сдѣлали никакихъ оговорокъ относительно нихъ. Для того, чтобы одна вещь считалась принадлежностной относительно другой, требуется, чтобы она не только была предназначена обезпечить пользованіе главной вещью, но чтобъ дѣйствительно прибѣгали къ ней съ этой цѣлью. Значеніе принадлежностныхъ вещей могутъ имѣть какъ недвижимыя вещи (по отношенію къ другимъ недвижимымъ вещамъ), такъ и движимыя вещи (по отношенію къ недвижимымъ или другимъ движимымъ вещамъ). Механическая связь между двумя вещами для признанія одной изъ нихъ принадлежностной по отношенію къ другой, съ одной стороны не всегда требуется (напр., зимнія рамы могутъ быть временно выставлены), съ другой стороны не всегда достаточна (напр., кирпичи, лежащіе на участкѣ, не суть принадлежностныя вещи участка).

§ 32. Плоды.

Плодами въ собственномъ смыслѣ—fructus naturales—принято называть естественныя произведенія, извлекаемыя изъ вещи, въ особенности поскольку они представляютъ собой нормальный экономическій доходъ отъ вещи. Пока плоды не отдѣ-

лились отъ плодоносной вещи—fructus, stantes, pendentes—они составляютъ лишь *часть* ея и могутъ служить объектомъ юридическихъ сдѣлокъ лишь въ качествѣ будущихъ вещей (т.-е. относительно нихъ пока не можетъ возникнуть самостоятельное право собственности и т. д.). Лишь послѣ отдѣленія отъ главной вещи плоды получаютъ значеніе самостоятельныхъ вещей (fructus separati). Отъ отдѣленія плода (separatio) необходимо отличать завладѣніе имъ (perceptio). Плоды, которые могли бы быть извлечены, но не извлечены по нерадѣнію, называются *fructus percipiendi. Выгоды, извлекаемыя другимъ путемъ изъ вещи, въ особенности въ видѣ эквивалента за предоставленіе другому лицу пользованія ею, наз. fructus civiles.* Сюда относятся въ особенности проценты, usurae.

Противъ изложенной теоріи высказался въ послѣднее время Петражицкій (Die Lehre vom Einkommen 2 т.). Его взглядъ несомнѣнно долженъ быть признанъ правильнымъ. Онъ обращаетъ вниманіе на слѣд.: во-первыхъ, онъ отмѣчаетъ *относительность* римскаго понятія fructus. Признаніе вещи fructus, говоритъ онъ, зависитъ не отъ какихъ-либо объективныхъ качествъ вещи, а отъ субъективнаго отношенія лица къ данной вещи. Ср., напр., 1. 58 § 4 D. de adm. et per. 26,7. Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras debere curatores incipiant. Respondit: *omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur.* Сущность этого фрагмента заключается въ слѣдующемъ. Малолѣтній, дѣлами котораго завѣдывалъ опекунъ, достигъ 14-ти лѣтняго возраста, вслѣдствіе этого опека (tutela) прекратилась, и надъ нимъ было учреждено попечительство (cura). Вмѣстѣ съ тѣмъ, конечно, капиталы его и причитающіеся съ нихъ проценты должны были быть переданы опекуномъ, въ рукахъ котораго они находились, вновь назначенному попечителю. Въ связи съ этимъ и возникъ вопросъ, который разсматривается въ фрагментѣ. Положимъ, первоначальный капиталъ былъ равенъ 1.000, а проценты, причитающіеся по этому капиталу съ опекуна, равны 100. Спрашивается, должны ли проценты съ денежныхъ капиталовъ опекаемаго, которые слѣдуютъ съ опекуна, при передачѣ ихъ попечителю, быть причислены къ капиталу, такъ что попечитель обязанъ платить проценты со всей суммы (т. е., съ 1000+100), или нѣтъ. Юристъ отвѣчаетъ, что да, потому что вся сумма (съ момента передачи ея попечителю) становится капиталомъ. И такъ, мы видимъ, что въ данномъ случаѣ одна и та же сумма денегъ, которая въ рукахъ одного лица составляла проценты, въ рукахъ другого разсматривается какъ капиталъ. Это имѣетъ въ данномъ случаѣ то практическое значеніе, что попечитель отвѣчаетъ за проценты уже не съ суммы въ 1000, а съ суммы въ 100. Такихъ примѣровъ можно привести сколько угодно, но приведеннаго вполнѣ достаточно для подтвержденія правильности мысли Петражицкаго объ относительности понятія fructus. Дальше Петражицкій указываетъ, что съ юридической точки зрѣнія для признанія данной вещи fructus вообще не имѣетъ значенія то обстоятельство, представляетъ ли данная вещь органическое произведеніе другой вещи или нѣтъ. Такъ, съ одной стороны не всѣ органическія произведенія признаются fructus въ юридическомъ смыслѣ, напр., не признается таковымъ ребенокъ отъ рабыни (partus ancillae). Съ другой стороны, признаются fructus такіе доходы, которые не составляютъ органическаго произведенія вещи, напр., проценты съ капитала, наемная плата за квартиру, добываемые въ предѣлахъ даннаго участка минералы и т. д. Вслѣдствіе этого, говоритъ онъ, надо вообще отказаться отъ противоположенія между главными вещами и плодами и замѣнить его противоположеніемъ между *капиталомъ* и *доходомъ*. Ибо съ юридической точки зрѣнія важно не то, являются ли однѣ вещи плодами другихъ, а важно только то, причисляются ли данныя вещи къ доходамъ лица или къ капиталу его. Съ этой точки зрѣнія мы видимъ, что не всякія поступленія, не всякое увеличеніе имущества считается доходомъ (напр., не считается таковымъ найденный кладъ, или insula in flumina nata, переходящая въ собственность прибрежныхъ владѣльцевъ), доходомъ считаются только такія поступленія, которыя имѣютъ *тенденцію періодически возвращаться*, какъ, напр., плоды плодоносныхъ деревьевъ, дѣтеныши, шерсть, молоко, навозъ живот-

ныхъ, проценты съ капитала и т. д. Такимъ образомъ, доходъ fructus составляетъ періодическія поступленія, увеличивающія *имущество лица*. Съ этой точки зрѣнія понятно, почему однѣ и тѣ же вещи въ рукахъ одного являются доходами, а въ рукахъ другого причисляются къ капиталу. Такъ, попечитель, получая отъ выбывающаго опекуна капиталъ плюсъ причитающуюся съ послѣдняго сумму процентовъ, конечно, получаетъ эту сумму не въ качествѣ періодически повторяющейся платы съ опекуна, а разъ на всегда. Поэтому эта сумма и должна быть причислена къ капиталу и впредь подчиняется юридической судьбѣ послѣдняго, а не можетъ быть разсматриваема какъ доходъ.

Глава III. Res in commercio et extra commercium.

§ 33. Res extra commercium [1]).

Большинство тѣлесныхъ вещей способно служить объектомъ права частной собственности. Нѣкоторыя категоріи вещей, однако, лишены этой способности, т. е. не могутъ принадлежать частнымъ лицамъ на правѣ собственности; равнымъ образомъ, относительно нихъ не допускаются и другія вещныя права. Такія *вещи, изъятыя изъ гражданскаго оборота, называются res extra commercium.* Римское право различало три категоріи такихъ вещей.

Res divini juris. Сюда относились *res sacrae*—вещи, посвященныя божеству, напр., храмы, иконы, и т. д., *res religiosae*—кладбища и вообще мѣста погребенія усопшихъ, *res sanctae*—нѣкоторыя вещи, поставленныя подъ особую защиту боговъ, въ особенности городскія стѣны и ворота. Эти вещи считались res nullius. Ср. § 7 J. de R. D. 2, 1 Nullius autem sunt res sacrae, et religiosae, et sanctae; quod enim divini juris est, id nullius in bonis est. Современное право совершенно упразднило категорію res sanctae. Что касается res sacrae и religiosae, то онѣ либо принадлежатъ юридическимъ лицамъ, въ особенности церковнымъ и городскимъ общинамъ, либо состоятъ въ частной собственности, хотя, въ виду особаго ихъ характера, онѣ подлежатъ нѣкоторымъ ограничительнымъ постановленіямъ. Такъ, кладбища принадлежатъ церковнымъ или городскимъ общинамъ; частныя мѣста погребенія тоже не изъяты изъ оборота; если они помѣщаются, напр., въ имѣніи, то могутъ быть проданы вмѣстѣ съ имѣніемъ.

Res naturali jure omnium communes. Сюда относится воздухъ, проточная вода, море и морской берегъ, aer, aqua profluens, mare et litora maris. Cr. § 1 J. de rer. div. 2. 1.—Et quidem natuali jure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris. Эти вещи тоже считаются никому не принадлежащими. Однако, отдѣльныя выдѣленныя части этихъ вещей могутъ пріобрѣсти значеніе res in commercio. Такъ данный ковшъ съ водою или кусокъ льду, данное количество песку или камней, набранное у морского берега, могутъ составлять объектъ права частной собственности. Равнымъ образомъ, допускается сооруженіе временныхъ построекъ на морскомъ берегу и даже въ самомъ морѣ; такія сооруженія принадлежатъ лицу, пока не обветшаютъ; съ разрушеніемъ ихъ наступаетъ прежнее положеніе вещей. Ср. 1. 14 pr. D. de A. R. D. 41, 1. Quod in litore quis aedificaverit, eius erit... § 1. Illud videndum est, *sublato aedificio*, quod in litore positum erat, cuius conditiones is locus sit, *hoc est utrum maneat eius, cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam recidit* perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset; *quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem.*

Res publicae publico usui destinatae; это такія вещи, которыя принадлежатъ на правѣ собственности государству или городской общинѣ, но предназначены для общаго

[1]) Wappaeus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen; Eisele, über das Rechtsverhältniss der respublicae in publico usu. Regelsberger. Pandecten т. I, стр. 405—435.

пользованія, напр., публичныя дороги, площади, гавани, мосты. Сюда относятся и flumina publica—большія рѣки; точнаго критерія для опредѣленія того, какая рѣка должна считаться flumen publicum — не существуетъ; въ источникахъ съ одной стороны рѣка отличается отъ ручья (rivus), съ другой стороны требуется, чтобъ flumen perenne sit. Впрочемъ, только теченіе и русло большихъ рѣкъ принадлежатъ къ res publicae; что касается *рѣчныхъ береговъ*, то они (въ противоположность морскимъ берегамъ) могутъ принадлежать частнымъ лицамъ на правѣ собственности; но, вмѣстѣ съ тѣмъ, берегъ рѣки долженъ быть открытъ для общаго пользованія. *Riparum usus publicus, proprietas privata est* (Ср. § 4 J. de R. D. 2,1). Fluminibus publicis противополагаются *flumina privata* — мелкія рѣчки и ручьи, которые принадлежатъ частнымъ лицамъ. Нѣкоторые ученые, въ особенности Келлеръ, отрицаютъ право собственности государства на res publicae publico usui destinatae, они говорятъ, что эти вещи ничьи, что государство имѣетъ относительно ихъ только *право верховенства*. Другіе (Эйзеле) приписываютъ государству не частно-правную, а публицистическую собственность относительно такихъ вещей. Однако, въ пользу господствующаго мнѣнія, помимо другихъ соображеній, въ особенности говоритъ то, что res publicae publico usui destinatae могутъ быть лишены этого характера по рѣшенію государственной власти или подлежащей общины (напр., площадь можетъ быть упразднена и застроена, мостъ можетъ быть снесенъ и т. д.); другими словами, отъ государства или общины зависитъ, какое они желаютъ придать значеніе такой вещи. Слѣдовательно, имъ принадлежитъ право полнаго распоряженія надъ ней, т.-е. право, присущее только собственнику. Особенность этихъ вещей состоитъ лишь въ томъ, что пока онѣ сохраняютъ свое общественное назначеніе, въ отношеніи ихъ не допускаются такія распоряженія, которыя противорѣчатъ такому ихъ назначенію.— Разъ res publicae publico usui destinatae предназначены для общаго пользованія всѣхъ и каждаго, то, конечно, должны существовать особыя средства защиты спокойнаго пользованія такими вещами. Въ чистомъ римскомъ правѣ для этого служилъ рядъ интердиктовъ, которые могли быть испрошены заинтересованными лицами противъ тѣхъ, кто препятствуетъ спокойному пользованію вещами, предназначенными для общаго пользованія; такъ, напр., противъ того, кто устроилъ какое-нибудь препятствіе на общественной дорогѣ или площади, можно было испросить особый интердиктъ и требовать возстановленія прежняго положенія вещей, о чемъ упоминается въ 1.2 § 35 D. ne quid in loco publico 43, 8.

Другой интердиктъ былъ направленъ противъ разнаго рода сооруженій, устраиваемыхъ въ публичныхъ рѣкахъ: и въ этомъ случаѣ можно было требовать сноса ихъ, ср. I. 1 § 19 D. de fluminibus 43, 12. Кромѣ того, противъ лицъ, умышленно препятствующихъ другимъ пользоваться rebus publicis, могла быть предъявлена *actio iniuriarum*, къ которой прибѣгали, если нельзя было предъявить указанныхъ выше и аналогичныхъ съ ними интердиктовъ, ср. 1. 2 § 9. D. ne quid in loco p. 43,8: Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur; *sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.* Наконецъ, въ извѣстныхъ случаяхъ магистраты, которымъ была ввѣрена забота о сохраненіи въ исправномъ видѣ общественныхъ дорогъ, рѣкъ и т. д., какъ то эдилы, curatores viarum и др., непосредственно принимали мѣры противъ попытокъ, направленныхъ къ затрудненію спокойнаго пользованія такими объектами, ср., напр., I. 2 § 15. D. ne quid in I. p. 43, 8. Si viae publicae exemptus commeatus sit, vel via coartata, interveniunt magistratus. Въ современномъ римскомъ правѣ права администраціи и въ частности полиціи въ дѣлѣ обезпеченія спокойнаго пользованія rebus publicis publico usui destinatis — значительно расширены. Во всѣхъ такихъ дѣлахъ администрація можетъ выступить ex officio даже помимо просьбъ заинтересованныхъ лицъ. Послѣднія, обыкновенно, въ случаѣ нужды тоже обращаются къ ней, а не къ суду, хотя допускается и обращеніе въ судъ, разъ имѣются на лицо условія, при которыхъ въ Римѣ возникали интердикты и actio injuriarum.

§ 34. Res in commercio.

Вещи, не изъятыя изъ гражданскаго оборота, именуются res in commercio. Res in commercio въ до-Юстиніановскомъ правѣ дѣлились на *res mancipi* и *nec mancipi*. Къ первымъ причислялись: praedia in Italico solo, item jura praediorum rusticorum, item servi et quadrupedes quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini (Ulp. XIX, 1), т. е. итальянскіе участки, сельскіе сервитуты (напр., право прохода или проѣзда черезъ чужое имѣніе, право водопоя и т. п.), рабы и вьючныя домашнія животныя, какъ то, быки, мулы, лошади, ослы. Всѣ остальныя вещи, какъ то, провинціальные участки, дикіе звѣри, пернатыя и т. д., считались res nec mancipi. Первоначально это дѣленіе касалось только тѣлесныхъ вещей; этому не противорѣчитъ включеніе въ число res mancipi сельскихъ сервитутовъ, ибо по воззрѣнію древняго права объектомъ этихъ сервитутовъ считались iter, rivus и т. д. въ смыслѣ самостоятельныхъ вещей, и поэтому, напр., самое право на проходъ или проѣздъ по чужому имѣнію такъ же отождествлялось со своимъ объектомъ, iter какъ и право собственности [1]). Позднѣйшая юриспруденція, выдѣлившая сельскіе сервитуты вмѣстѣ съ другими видами сервитутныхъ правъ въ особую категорію jura in re aliena, естественно должна была отнести ихъ къ res incorporales, que in jure consistunt. Вмѣстѣ съ тѣмъ остальныя res incorporales, которыя вовсе не имѣлись въ виду при раздѣленіи вещей на res mancipi и nec mancipi, были отнесены къ res nec mancipi. Въ такомъ именно видѣ дѣло представляется у Гая, который въ своихъ Институціяхъ (II, § 15 — 17) даетъ слѣдующее примѣрное перечисленіе res nec mancipi: § 15 — 17. Item stipendiaria praedia et tributaria (т. е провинціальные участки) nec mancipi sunt. § 16. Item fere bestiae nec mancipi sunt, velut ursi, leones... § 17. Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi, sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum. Такимъ образомъ, дѣленіе вещей на res mancipi и nec mancipi, имѣвшее въ виду, по существу, только тѣлесныя вещи, стало обнимать какъ res corporales, такъ и res incorporales. Что касается практическаго значенія этого дѣленія, то оно заключается, главнымъ образомъ, въ слѣдующемъ. Для перехода полнаго квиритскаго права собственности на тѣлесныя res mancipi требовалось отчужденіе въ формѣ *mancipatio* (торжественная фиктивная продажа въ присутствіи пяти свидѣтелей и вѣсовщика libripens), или *in jure cessio* (отчужденіе въ формѣ фиктивнаго процесса о правѣ на вещь). Простая же неформальная передача (traditio) такихъ вещей по цивильному праву не имѣла никакой силы [2]). Напротивъ, для пріобрѣтенія цивильнаго права собственности на тѣлесныя res nes mancipi, считалась достаточной и неформальная традиція. На ряду съ нею можно было прибѣгнуть и къ in jure cessio, манципація же къ такимъ вещамъ была непримѣнима. Ср. Gaii Inst. II. § 18. Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi. § 19. Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. § 22. Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur, unde etiam mancipi res sunt dictae. Происхожденіе дѣленія вещей на res mancipi и nec mancipi представляется весьма темнымъ [3]). Въ настоящее время господствующее мнѣніе полагаетъ, что res mancipi суть тѣ объекты, которые представляютъ собою важнѣйшіе составные элементы древняго крестьянскаго хозяйства. Для перехода ихъ изъ рукъ въ руки поэтому и была введена особая торжественная форма отчужденія. Юстиніанъ, какъ извѣстно, *упразднилъ различіе* между res mancipi и nec mancipi.

Вещи, вообще могущія состоять въ частномъ обладаніи, въ данномъ конкретномъ случаѣ могутъ оказаться безхозяйными, res nullius, какъ, напр., брошенныя вещи (res

---

[1]) Ср. Voigt, Römische Rechtsgeschichte, т. 1, стр. 146.

[2]) Позднѣе преторъ въ такихъ случаяхъ сталъ признавать за пріобрѣтателемъ преторскую собственность, т. н. in bonis esse.

[3]) Ср. обзоръ разныхъ теорій у Danz, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts изд. 2, т. I, стр. 207 и сл. Ср. также Voigt, ук. соч., стр. 428 и сл.

derelictae), дикіе звѣри, находящіеся на свободѣ, вновь возникшій островъ и т. д. Къ такимъ вещамъ примѣняется правило res nullius primo occupanti cedit, т. е. такія вещи переходятъ въ собственность перваго, кто завладѣетъ ими. Иногда оборотоспособность вещей, которыя сами по себѣ принадлежатъ къ res in commercio, подвергается большимъ или меньшимъ ограниченіямъ по разнымъ *практическимъ соображеніямъ*. Особенно суровыя правила были установлены въ римскомъ правѣ относительно ядовъ, не отличающихся цѣлебными свойствами, и запрещенныхъ книгъ (libri improbatae lectionis): они подлежали отобранію и уничтоженію, cr. I. 4. § 1. D. fam. ercisc. 10, 2. Mala medicamenta et venena veniunt in judicium, sed iudex omniono interponere se in his non debet; boni enim et innocentis viri officio eum fungi opportet. Tantundem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magicis forte vel his similibus; haec enim omnia protinus corrumpenda sunt. Нѣкоторые ученые вслѣдствіе этого относятъ такія вещи прямо къ res extra commercium, утверждая, что относительно нихъ не допускается никакихъ частныхъ правъ. Другіе противъ этого основательно возражаютъ, что ограниченіе оборотоспособности нельзя смѣшивать съ экстракоммерціалитетомъ, что утвержденіе, будто относительно такихъ вещей не допускается никакихъ правъ, ложно; такъ, напр., тотъ, кто тайно похищаетъ запрещенную вещь у ея обладателя, несомнѣнно совершаетъ кражу, тогда какъ похищеніе res extra commercium съ точки зрѣнія римскаго права не подойдетъ подъ понятіе furtum [1]).

Тѣло живого человѣка не можетъ служить объектомъ частныхъ правъ въ томъ смыслѣ, что отдѣльныя составныя части его не могутъ быть отчуждаемы, закладываемы и т. д. Это правило распространяется и на искусственные члены; такъ напр., нельзя описать и продать за долги искусственные глаза или зубы и т. п. Но отдѣленныя отъ организма части тѣла, какъ напр., отрѣзанные волосы, выдернутые зубы и т. п. могутъ служить объектомъ права собственности и иныхъ правъ. Что касается трупа, то существуетъ споръ по вопросу о томъ, можетъ ли онъ считаться вещью, которая можетъ быть отчуждена наравнѣ съ другими вещами. Въ этомъ отношеніи прежде всего нельзя не замѣтить, что трупъ, преданный землѣ, нельзя произвольно вырыть и, напр., продать анатому на препараты. Ср. напр., l. 38 D. de religiosis 11, 7. Divi fratres edicto admonuerunt, ne justae sepulturae traditum, id est terra conditum corpus inquietetur. Но можетъ ли человѣкъ при жизни продать свой трупъ клиникѣ, и могутъ ли это сдѣлать его наслѣдники? Сдѣлки такого рода на практикѣ несомнѣнно встрѣчаются, и вопросъ сводится къ тому, можно ли признать ихъ дѣйствительными и требовать исполненія по нимъ судебнымъ порядкомъ? Въ источникахъ нѣтъ указаній по этому предмету, и практика колеблется. Наиболѣе правильнымъ представляется тотъ взглядъ, согласно которому всякій самъ при жизни можетъ распорядиться своимъ трупомъ, разъ это дѣлается въ интересахъ науки но что наслѣдники не имѣютъ права возмезднаго отчужденія трупа наслѣдователя, такъ какъ это было бы contra bonos mores.

Пріобрѣтеніе и потеря правъ.

Глава I. Общія начала.

§ 35. Понятіе и виды права въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ [2]).

Совмѣстная жизнь людей въ обществѣ приводитъ къ выработкѣ извѣстной суммы обязательныхъ правилъ или нормъ, которыми регулируются взаимныя отношенія отдѣльныхъ членовъ даннаго общественнаго союза между собою и отношенія ихъ къ цѣлому.

---

[1]) См. Дернбургъ, ук. соч. т. I, стр. 158, прим. 5.
[2]) См. мой „Курсъ римскаго права“, вып. I, стр. 77 и сл.

Совокупность этихъ нормъ составляетъ *право въ объективномъ смыслѣ*. Ближе право въ объективномъ смыслѣ можетъ быть опредѣлено слѣдующимъ образомъ: *объективное право есть совокупность нормъ, признаваемыхъ обязательными со стороны органовъ государственной власти въ силу того, что онѣ возникли въ признанной этими органами формѣ образованія обязательныхъ нормъ* (важнѣйшими такими формами являются законодательная дѣятельность, обычное право и судебная практика). Регулированныя объективнымъ правомъ конкретныя отношенія людей другъ къ другу и къ благамъ внѣшняго міра называются *юридическими отношеніями*. Имъ противополагаются отношенія юридически-безразличныя, правомъ не регулируемыя. Тѣ и другія могутъ быть подведены подъ болѣе общее понятіе *жизненныхъ или бытовыхъ отношеній*, разновидности которыхъ они представляютъ. Что же такое жизненное или бытовое отношеніе? Это болѣе или менѣе сложное спеціальное отношеніе *сосуществованія между даннымъ субъектомъ* (или данными субъектами) *и даннымъ объектомъ* (или данными объектами, каковыми могутъ быть или вещи, или лица, или одновременно и тѣ и другія). Каждое такое отношеніе даетъ субъекту возможность въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ пользоваться или распоряжаться объектомъ; поскольку объектомъ является другое лицо, или поскольку данная вещь служитъ объектомъ для нѣсколькихъ субъектовъ, мы имѣемъ дѣло не съ однимъ только отношеніемъ пользованія, а съ нѣсколькими встрѣчными отношеніями такого рода. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ такихъ случаяхъ каждый субъектъ по отношенію къ другимъ заинтересованнымъ лицамъ предъявляетъ *требованіе* не мѣшать ему спокойно пользоваться или распоряжаться объектомъ въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ. Другими словами, поскольку въ данномъ бытовомъ отношеніи замѣшаны два лица (или больше), мы должны различать: во 1-хъ, два (или больше, смотря по числу заинтересованныхъ субъектовъ) встрѣчныхъ *коренныхъ* отношенія, проявляющихся въ извѣстныхъ актахъ пользованія и распоряженія, совершаемыхъ надъ объектомъ, и во 2-хъ, соотвѣтственное число встрѣчныхъ вспомогательныхъ отношеній, выражающихся въ извѣстныхъ взаимныхъ требованіяхъ другъ къ другу заинтересованныхъ лицъ. Такъ напр., отношеніе владѣльца къ вещи, которую у него никто не оспариваетъ, есть простое коренное отношеніе, которое даетъ владѣльцу возможность такъ или иначе пользоваться или распоряжаться вещью. Но допустимъ, что вещь находится въ совладѣніи двухъ лицъ: тогда мы имѣемъ не простое коренное отношеніе, а, во-1-хъ, два встрѣчныхъ коренныхъ отношенія, ибо каждый изъ владѣльцевъ желаетъ и считаетъ себя въ правѣ совершать извѣстные акты пользованія и распоряженія надъ общей вещью; во-2-хъ, этимъ встрѣчнымъ кореннымъ отношеніямъ корреспондируютъ два встрѣчныхъ вспомогательныхъ отношенія, ибо, каждый совладѣлецъ *требуетъ* отъ другого, чтобы тотъ ему не мѣшалъ въ извѣстныхъ предѣлахъ (напр., въ извѣстные часы или дни и т. п.) пользоваться вещью. По мѣрѣ возрастанія числа заинтересованныхъ лицъ возрастаетъ и число встрѣчныхъ коренныхъ и вспомогательныхъ отношеній. Поскольку то или иное бытовое отношеніе признается юридически существеннымъ, оно регулируется юридическими нормами и тѣмъ самымъ пріобрѣтаетъ характеръ юридическаго отношенія. Въ составѣ конкретныхъ юридическихъ отношеній мы можемъ различить двѣ группы: однѣ изъ нихъ признаются *общественно-цѣлесообразными*, другія—*общественно-вредными*. Первыя называются также *субъективными правами* вторыя дилектами или *правонарушеніями*. Въ связи съ этимъ устанавливаются особыя дополнительныя отношенія заинтересованныхъ лицъ къ разнымъ административнымъ и судебнымъ органамъ, которые призваны охранять отношенія, признаваемыя *общественно-цѣлесообразными* или субъективными правами и бороться съ отношеніями, признаваемыми *общественно-вредными* или правонарушеніями. Такимъ образомъ, конкретныя субъективныя права составляютъ особую разновидность юридическихъ отношеній, именно отношенія, признаваемыя общественно-цѣлесообразными и охраняемыя при помощи особыхъ дополнительныхъ отношеній, устанавливаемыхъ къ разнымъ органамъ административнымъ и судебнымъ. Изъ нихъ могутъ быть выдѣлены конкретныя субъективныя права въ тѣсномъ или техническомъ смыслѣ. Именно, это такія отношенія, которыя охраняются непремѣнно судебнымъ порядкомъ, и

при томъ не иначе, какъ по иниціативѣ, по желанію самихъ заинтересованныхъ лицъ. *Отъ конкретныхъ субъективныхъ правъ надо отличать абстрактные типы субъективныхъ правъ*: напр., отъ конкретнаго права собственности моего на мой домъ надо отличать абстрактный типъ или институтъ права собственности, какъ онъ изложенъ въ законѣ или въ учебникѣ. Это различіе представляетъ собою частный случай общаго различія между конкретными отношеніями и абстрактными типами, о которомъ говорилось въ § 1.—Задачей нашего курса является конечно изученіе не конкретныхъ субъективныхъ правъ, а соотвѣтствующихъ абстрактныхъ типовъ или институтовъ; въ этомъ именно смыслѣ мы въ дальнѣйшемъ говоримъ о правѣ собственности, о правѣ сервитутномъ, правѣ залога, правѣ по обязательствамъ, о правахъ семейственныхъ и по наслѣдованію.

Объективное право подраздѣляется на *право публичное и право частное*, jus publicum и jus privatum. Различіе между тѣмъ и другимъ формулируется римскимъ юристомъ Ульпіаномъ слѣдующимъ образомъ: l. 1 § 2 D. de justitia et jure 1, 1: Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatum; publicum jus est, quod ad statum Rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem. Слѣдуя его примѣру, и теперь различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ характеризуютъ обыкновенно слѣд. образомъ: нормы публичнаго права суть тѣ, въ соблюденіи которыхъ заинтересовано общество какъ цѣлое; нормы частнаго права тѣ, которыя ближайшимъ образомъ затрогиваютъ интересы отдѣльныхъ частныхъ лицъ.

По этому поводу необходимо замѣтить слѣдующее. Исторически различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ возникло на почвѣ строгаго разграниченія всѣхъ отношеній, въ которыхъ участникомъ являлось государство, со включеніемъ сюда и отношеній по имуществу, отъ отношеній, въ которыхъ участвуютъ только частныя лица. Со временемъ государство, въ качествѣ фиска, т. е. въ качествѣ субъекта имущественныхъ правъ, было подчинено въ общемъ дѣйствію тѣхъ же нормъ, которыя регулируютъ и соотвѣтствующія отношенія частныхъ лицъ [1]).— Однако, самое разграниченіе публичнаго и частнаго права сохранилось. Это объясняется тѣмъ, что постепенно успѣлъ сложиться и упрочиться взглядъ на рядъ отношеній, какъ на отношенія, традиціонно причисляемыя къ отношеніямъ juris privati. Сюда вошли, съ одной стороны, отношенія семейственныя (отношенія между супругами, между отцомъ и дѣтьми, отношенія по опекѣ), съ другой стороны — имущественныя отношенія, объединяемыя подъ именемъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ, съ присоединеніемъ отношеній по наслѣдованію. Внѣшнимъ объединяющимъ всѣ эти отношенія моментомъ явился особый порядокъ защиты ихъ, — защита въ порядкѣ гражданскаго суда, по иниціативѣ самихъ заинтересованныхъ лицъ. — Всѣ эти отношенія въ силу традиціи продолжали именоваться отношеніями гражданскаго права (а субъективныя права, соотвѣтствующія имъ, частными субъективными правами), уже независимо отъ того, кто являлся субъектомъ этихъ отношеній, частныя ли лица, тѣ или иныя корпораціи и учрежденія, или само государство въ смыслѣ фиска.

Позднѣйшая доктрина и практика начали причислять къ отношеніямъ частнаго права и родственныя имъ по общей структурѣ (т. е. по преобладанію въ нихъ чисто личныхъ и имущественныхъ элемент въ), отношенія новой формаціи, неизвѣстныя чистому римскому праву, какъ напр. отношенія по авторскому и патентному праву, отношенія, вытекающія изъ новыхъ формъ сдѣлокъ, выдвинутыхъ современнымъ гражданскимъ и торговымъ оборотомъ, къ числу которыхъ относятся бумаги на предъявителя, векселя, чеки, и т. д.

Изъ сказаннаго явствуетъ, что въ основѣ различія между публичнымъ и частнымъ правомъ лежатъ не тѣ или иные принципіальные, а чисто практическіе критеріи. Отсюда понятно, что всѣ попытки найти принципіальное обоснованіе этого различія должны были потерпѣть крушеніе [2]).

---

[1]) См. выше § 20.
[2]) Подробности см. въ моемъ курсѣ римскаго права, I, § 13.

§ 36. Возникновеніе, прекращеніе, переходъ и измѣненіе правъ.

Для того, чтобы въ данномъ частномъ случаѣ возникло *конкретное* субъективное право, точнѣе, такое спеціальное отношеніе сосуществованія, которое признавалось бы субъективнымъ правомъ, требуется наличность цѣлаго ряда условій, цѣлаго ряда фактовъ. Другими словами, каждое конкретное право въ субъективномъ смыслѣ представляетъ собою результатъ сочетанія цѣлаго ряда фактовъ. Такъ напр., для возникновенія права наслѣдованія требуется: смерть наслѣдодателя, наличность извѣстной имущественной массы, извѣстная связь между наслѣдодателемъ и наслѣдникомъ, установленная по закону или на основаніи юридической сдѣлки (завѣщанія), принятіе наслѣдства со стороны даннаго лица и т. д. Какіе собственно факты необходимы для признанія существованія даннаго права, это опредѣляется объективнымъ правомъ.

Въ частности, слѣдуетъ различать факты, съ которыми связывается возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе правъ. Право считается возникшимъ, разъ оно *пріобрѣтено* даннымъ лицомъ, т. е. разъ наступили всѣ тѣ условія, при наличности которыхъ законъ признаетъ данное лицо субъектомъ даннаго права (напр., права собственности). Право считается *прекратившимся*, разъ оно утрачено даннымъ лицомъ, т.-е разъ наступили такіе факты, при наличности которыхъ законъ перестаетъ признавать данное лицо субъектомъ даннаго права. Если объектомъ права служитъ какое-нибудь матеріальное благо, то нерѣдко случается, что это благо продолжаетъ существовать и послѣ прекращенія самаго права, т. е. послѣ утраты его со стороны бывшаго его субъекта (напр., въ случаѣ дереликціи вещи, въ случаѣ передачи другому лицу и т. д.). Тогда возможно возникновеніе, въ лицѣ новаго субъекта, къ которому перешло это благо, права, одинаковаго по содержанію своему съ тѣмъ правомъ, которое имѣлъ на это благо прежній субъектъ. Если право непосредственнаго предшественника было не полное и параллельно съ нимъ существовало болѣе сильное право третьяго лица, напр., непосредственный предшественникъ не имѣлъ права собственности на данную вещь, а былъ только добросовѣстнымъ владѣльцемъ ея, то возникаетъ вопросъ, можетъ ли пріобрѣсти новый пріобрѣтатель болѣе сильное право, чѣмъ какое имѣлъ его предшественникъ относительно даннаго блага, напр., можетъ ли онъ пріобрѣсти право собственника на вещь, несмотря на то, что его предшественникъ не имѣлъ этого права. Различаютъ два случая: при извѣстныхъ условіяхъ, при наличности извѣстныхъ фактовъ, возможно возникновеніе въ лицѣ новаго пріобрѣтателя болѣе сильнаго права, чѣмъ какое имѣлъ его предшественникъ: такое болѣе сильное, болѣе полное право можетъ возникнуть *съ самаго момента пріобрѣтенія даннаго блага*, въ частности данной вещи (напр., въ случаѣ покупки чужой вещи у фиска, покупатель непосредственно пріобрѣтаетъ право собственности) *или по истеченіи опредѣленнаго срока времени* (напр., если кто-либо пріобрѣтаетъ чужую вещь въ доброй вѣрѣ, то по общему правилу, онъ, по истеченіи срока пріобрѣтательной давности, становится полнымъ собственникомъ ея, несмотря на то, что непосредственный его предшественникъ не былъ собственникомъ ея). По общему же правилу, новый пріобрѣтатель можетъ пріобрѣсти лишь то право, какое имѣлъ его непосредственный предшественникъ относительно даннаго блага; это выражается поговоркой: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Такое пріобрѣтеніе называется производнымъ. Отношеніе новаго пріобрѣтателя къ прежнему называется преемствомъ правъ, successio; пріобрѣтатель называется successor; предшественникъ его есть auctor; объектомъ сукцессіи могутъ служить отдѣльныя вещи, отдѣльныя имущественныя блага, это такъ назыв. successio in rem, частичное преемство, или же имущественный комплексъ, въ такомъ случаѣ говорятъ о *successio per universitatem*—полное преемство. Въ Римскомъ правѣ послѣднее могло состоять въ пріобрѣтеніи одного только имущественнаго актива, однихъ только правъ—acquisitio per universitatem (напр., при arrogatio personae sui juris), или же въ переходѣ всего, какъ активнаго, такъ и пассивнаго имущества, т.-е. всѣхъ правъ и обязанностей, изъ которыхъ складывается данный имущественный комплексъ, на данное лицо,

successio in universum jus, напр., defuncti. Въ современномъ правѣ всякая successio per universitatem есть successio in universum jus.

Подъ вліяніемъ различныхъ условій данное право можетъ измѣняться качественно и количественно. Въ частности право можетъ подвергнуться извѣстнымъ ограниченіямъ. Изъ числа фактовъ, влекущихъ за собою ограниченіе и прекращеніе имущественныхъ правъ, особо выдѣляются отчужденіе и отреченіе. *Отчужденіе*, *alienatio*,—въ обширномъ смыслѣ слова, есть всякое дѣйствіе субъекта права, направленное на полное или частичное прекращеніе или на ограниченіе права правомъ третьяго лица. Даже допущеніе такой потери, которую можно было бы предотвратить (хотя бы она состоялась не по волѣ лица), относится сюда. Въ тѣсномъ смыслѣ подъ отчужденіемъ понимается прекращеніе права черезъ *перенесеніе его на другое лицо*, равно установленіе новаго права, ограничивающаго прежнее право. Простой же отказъ отъ права, а равно заявленіе лица о томъ, что оно не желаетъ пріобрѣсти право, которое могло бы пріобрѣсть, называется *отреченіемъ*, renuntiatio.

§ 37. О юридическихъ фактахъ [1]).

Всѣ положительные и отрицательные факты, влекущіе за собою, одни или въ связи съ другими фактами, извѣстныя правовыя послѣдствія, называются *юридическими фактами*. Если для достиженія извѣстнаго юридическаго эффекта, напр., для возникновенія права, требуется *совпаденіе нѣсколькихъ фактовъ*, то отдѣльные факты могутъ наступить въ разное время. Напр., для пріобрѣтенія легата требуется наличность завѣщанія или кодицилла, смерть наслѣдодателя, принятіе наслѣдства со стороны наслѣдника, наконецъ, согласіе легатарія. Всѣ эти моменты распадаются во времени, произойдетъ ли надлежащее сочетаніе ихъ или нѣтъ, заранѣе неизвѣстно. Очевидно, въ данномъ конкретномъ случаѣ, нѣкоторые изъ фактовъ, необходимыхъ для наступленія извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій, могутъ уже быть на лицо, другіе могутъ еще отсутствовать. При такихъ условіяхъ, вопросъ о томъ, возникнетъ ли, или измѣнится и т. д. данное право, до поры до времени остается открытымъ. Существуетъ неопредѣленное состояніе, такъ называемое состояніе неизвѣстности права, negotium или dominium pendet, in pendenti, in suspenso est. Это состояніе само по себѣ уже можетъ породить извѣстныя юридическія послѣдствія. Въ частности, когда специфическія послѣдствія, связанныя съ возникновеніемъ новаго права, затрогиваютъ интересы не одного лица, а двухъ или нѣсколькихъ лицъ, то возникаетъ вопросъ: съ какого момента начинается вліяніе, оказываемое измѣнившимися обстоятельствами, на взаимныя отношенія этихъ лицъ. По общему правилу—съ момента окончательнаго возникновенія даннаго права, т.-е. съ момента, когда наступили всѣ требующіеся для этого факты. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣло разсматривается такъ, какъ будто право возникло не съ момента окончательнаго совпаденія всѣхъ необходимыхъ для возникновенія его фактовъ, а раньше, когда имѣлись на лицо лишь нѣкоторые изъ этихъ фактовъ. Въ такомъ случаѣ говорятъ о *ретротракціи* права. Юридическіе факты распадаются на двѣ главныя категоріи: a) юридическія дѣйствія лицъ и b) факты другого рода, напр., рожденіе, смерть лица, истеченіе срока и т. д.

Глава II. О дѣйствіяхъ, какъ факторахъ возникновенія, измѣненія и прекращенія правъ. Общія начала.

§ 18. Понятіе и виды дѣйствій [2]).

Люди, поскольку они сознательно преслѣдуютъ тѣ или другія цѣли, въ каждомъ данномъ случаѣ имѣютъ выборъ между большимъ или меньшимъ числомъ средствъ; ихъ

[1]) Fitting, Der Begriff der Rückziehung.
[2]) Д Гриммъ. Основы ученія о юридической сдѣлкѣ, стр. 93 и сл.

опытъ подсказываетъ имъ, между какими именно. Сознательная психическая дѣятельность, заключающаяся въ избраніи опредѣленнаго средства (или опредѣленнаго ряда средствъ) и въ стремленіи къ достиженію его, именуется *волею*, а внѣшняя форма проявленія ея—*дѣйствіемъ*. Итакъ, *дѣйствіе* есть *внѣшняя форма проявленія воли*. Какъ и оявленіе воли, дѣйствіе есть актъ сознательный. Этимъ дѣйствіе отличается отъ безсознательныхъ (рефлекторныхъ и инстинктивныхъ) движеній. Воля, какъ сознательная дѣятельность, въ каждомъ данномъ случаѣ предполагаетъ: a) представленіе о конечной *цѣли*, которой лицо желаетъ достигнуть, b) представленіе о возможныхъ *средствахъ* достиженія ея, и, въ частности о томъ, на которомъ лицо остановилось, къ которому оно стремится, и c) представленіе о *дѣйствіяхъ*, пригодныхъ для даннаго случая, и, въ частности, о томъ дѣйствіи, которое лицо, въ концѣ концовъ, избрало. Первое представленіе — о конечной цѣли, которую лицо себѣ намѣтило, породивъ желаніе достигнуть этой цѣли, служитъ *побудительнымъ мотивомъ* волевого акта; второе — указываетъ *объективный результатъ*, на который этотъ актъ направляется, третье — *форму*, въ которой онъ можетъ проявиться во внѣ. Итакъ, въ каждомъ данномъ случаѣ необходимо различать самое дѣйствіе, какъ форму проявленія воли во внѣ, побудительный мотивъ къ совершенію дѣйствія или *конечную* цѣль его, и объективный результатъ, на который оно направлено, и который является средствомъ для достиженія конечной цѣли. Поясникъ сказанное примѣромъ. Положимъ, у меня является стремленіе познакомиться съ какимъ-нибудь спеціальнымъ вопросомъ, напр., съ ученіемъ о юридическихъ дѣйствіяхъ (желаніе, которое, конечно, не является ex abrupto, а можетъ быть вызвано весьма разнообразными мотивами). Предс авленіе объ этомъ, интересующемъ меня, вопросѣ, въ связи съ стремленіемъ познакомиться съ нимъ ближе, составляетъ побудительный мотивъ всей дальнѣйшей моей дѣятельности, направленной на достиженіе намѣченной цѣли. Указанное представленіе вызываетъ въ моемъ умѣ представленіе о разныхъ книгахъ, могущихъ служить средствомъ для удовлетворенія моего желанія; я останавливаюсь на одной какой-нибудь изъ нихъ и рѣшаюсь добыть ее. Достать намѣченную мною книгу — вотъ объективный результатъ, къ которому я стремлюсь. Надо рѣшить, какимъ образомъ раздобыть эту книгу, какое предпринять дѣйствіе для этого. Болѣе или менѣе ясно я представляю себѣ, что могу взять ее у кого нибудь на время, могу купить ее, могу украсть и т. д. Изъ этихъ возможныхъ дѣйствій я останавливаюсь, положимъ, на покупкѣ книги, какъ наиболѣе подходящемъ. Послѣ этого остается только привести мое намѣреніе въ исполненіе, совершить то дѣйствіе (покупку книги), которое въ данномъ случаѣ избрано мною, въ качествѣ наиболѣе подходящей формы проявленія моей воли во внѣ. Конечно, это только общая схема. На самомъ дѣлѣ, пр цессъ, который мы попытались пояснить нашимъ примѣромъ, гораздо сложнѣе, выражается не въ одномъ дѣйствіи, а въ цѣломъ рядѣ дѣйствій, напр., чтобы выбрать ту книгу, которая представляется наиболѣе подходящей для моей цѣли, я обыкновенно буду вынужденъ навести справки, обратиться за совѣтомъ къ другимъ лицамъ и т. д.; чтобы пріобрѣсти книгу, на которой я послѣ этого остановился, мнѣ нужно отправиться въ книжный магазинъ и т. д. Каждое изъ этихъ подготовительныхъ дѣйствій, въ свою очередь, имѣетъ спеціальный побудительный мотивъ и направлено на опредѣленный объективный результатъ, причемъ соотношеніе между всѣми этими дѣйствіями выражается въ томъ, что представленіе о каждомъ послѣдующемъ дѣйствіи является побудительнымъ мотивомъ для совершенія предшествующаго, а результатъ, достигаемый предшествующимъ, является условіемъ для совершенія послѣдующаго. Но этимъ, конечно, дѣло по существу не измѣняется.

Установивъ общее понятіе дѣйствія и выяснивъ соотношеніе между дѣйствіемъ, побудительнымъ мотивомъ и его объективнымъ результатомъ, на который оно направлено, мы должны теперь указать *главные виды дѣйствій*. Въ этомъ отношеніи необходимо прежде всего замѣтить, что дѣйствія подраздѣляются на положительныя или отрицательныя, или дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ и упущенія. На первый взглядъ, конечно, можетъ показаться страннымъ подводить подъ понятія дѣйствій и упущенія. Вѣдь упущеніе предполагаетъ какъ разъ бездѣйствіе лица. Но, если вникнуть ближе въ дѣло, эта стран-

ность легко устраняется. Мы сказали, что дѣйствіе есть форма проявленія воли во внѣ. Ежедневный опытъ показываетъ, что люди проявляютъ свою волю не только активнымъ воздѣйствіемъ на окружающую обстановку, но и молчаливымъ протестомъ противъ предъявляемыхъ къ нимъ требованій, не дѣлая того, чего отъ нихъ, по обстоятельствамъ дѣла, считаютъ возможнымъ ожидать. *Несовершеніе того, чего можно было ожидать отъ лица, на основаніи тѣхъ или другихъ данныхъ, и есть упущеніе.* Итакъ, упущеніе не есть полное бездѣйствіе, а такое *поведеніе* лица, которое даетъ основаніе вывести заключеніе о нежеланіи его совершить *опредѣленное* дѣйствіе, и въ этомъ смыслѣ упущеніе можетъ съ такимъ же основаніемъ быть названо формой проявленія воли во внѣ, какъ и активное дѣйствіе. Затѣмъ, нужно различать дѣйствія, сами по себѣ, юридически-безразличныя, и дѣйствія, сами по себѣ, могущія пріобрѣсти опредѣленное юридическое значеніе, или, проще, дѣйствія юридическія. Юридически-безразличными называются дѣйствія, которыя, сами по себѣ, не влекутъ за собою юридическихъ послѣдствій (напр., приглашеніе на обѣдъ, обѣщаніе дружбы). Юридическими дѣйствіями называются такія, съ которыми, при нормальныхъ условіяхъ, связываются совершенно опредѣленныя юридическія послѣдствія. Они подраздѣляются въ свою очередь на двѣ главныя категоріи: на дѣйствія дозволенныя и недозволенныя.

§ 39. Условія юридическихъ дѣйствій. Общая характеристика.

Для того, чтобы въ данномъ конкретномъ случаѣ юридическое дѣйствіе повлекло за собою тѣ юридическія послѣдствія, которыя обыкновенно съ нимъ связываются, требуется наличность опредѣленныхъ условій. Прежде всего, лицо, совершающее данное дѣйствіе, должно пользоваться надлежащей дѣеспособностью, т.-е. объективное право должно признавать за нимъ способность совершать юридически обязательныя для него и для другихъ лицъ, дѣйствія. Кромѣ этого, по общему правилу, требуется соотвѣтствіе между волею и дѣйствіемъ, или, точнѣе, требуется, чтобы данное лицо желало совершить именно данное дѣйствіе и именно для достиженія того объективнаго результата, ради котораго обыкновенно прибѣгаютъ къ дѣйствіямъ такого рода. Если такого соотвѣтствія нѣтъ, если лицо не желало совершить данное дѣйствіе, или не желало достиженія того результата, который обыкновенно преслѣдуется даннымъ дѣйствіемъ, то, по общему правилу, дѣйствіе его и не влечетъ за собою, обыкновенно связанныхъ съ нимъ, юридическихъ послѣдствій. Такъ, напр., если я подписалъ подсунутую мнѣ бумагу, думая, что это дѣловой рапортъ, а на самомъ дѣлѣ это долговая росписка, я не желаю, очевидно, совершенія того дѣйствія, которое я на самомъ дѣлѣ совершилъ, т.-е. не желаю вовсе принять на себя обязательство. И вотъ, если я могу доказать, что я дѣйствовалъ подъ вліяніемъ неправильнаго, ошибочнаго представленія о совершенномъ мною дѣйствіи, это дѣйствіе не влечетъ за собою обыкновенно связанныхъ съ нимъ юридическихъ послѣдствій, т.-е я не могу быть принужденъ къ уплатѣ. Если я на сценѣ, изображая воришку, вытаскиваю у своего партнера платокъ изъ кармана, я вовсе не желаю тайно присвоить себѣ не принадлежащую мнѣ вещь, а желаю только дѣйствовать такъ, какъ мнѣ предписываетъ роль. Понятно, что при такихъ условіяхъ опять таки не наступаютъ послѣдствія, обыкновенно связанныя съ подобными поступками, т.-е. я не могу быть привлеченъ къ уголовной отвѣтственности за кражу. Что касается, наконецъ, соотношенія между дѣйствіемъ и побудительнымъ мотивомъ его, то надо замѣтить, что несоотвѣтствіе между этими двумя моментами, по общему правилу, не имѣетъ юридическаго значенія. Такъ, напр., если я купилъ какую-нибудь книгу, въ ожиданіи найти въ ней указанія по какимъ-нибудь интересующимъ меня вопросамъ, а эти ожиданія не оправдаются, такъ что цѣль, которую я преслѣдовалъ покупкой книги и которая послужила для меня побудительнымъ мотивомъ купить ее, не осуществилась, я не могу потребовать отъ книгопродавца взять назадъ книгу. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ и побудительные мотивы получаютъ юридическое значеніе, напр., если данная сдѣлка совершена подъ вліяніемъ угрозъ.

Намъ предстоитъ теперь развить указанныя нами положенія, т.-е. разсмотрѣть подробно: 1) случаи отсутствія и ограниченія дѣеспособности, 2) ученіе о соотвѣтствіи между волей и дѣйствіемъ и 3) ученіе о вліяніи мотивовъ на дѣйствія. Однако, пока мы ограничимся только изученіемъ перваго вопроса. Второй вопросъ болѣе удобно изучить спеціально въ примѣненіи къ юридическимъ сдѣлкамъ, такъ какъ онъ разработанъ римскими юристами преимущественно на этой почвѣ. То же слѣдуетъ сказать и о третьемъ. Только ученіе о заблужденіи, съ которымъ намъ придется имѣть дѣло какъ при изученіи вопроса о соотвѣтствіи между волей и дѣйствіемъ, такъ и при разсмотрѣніи вопроса о вліяніи мотивовъ на дѣйствія, должно быть очерчено уже въ настоящее время. Итакъ, мы разсмотримъ пока: 1) ученіе о дѣеспособности и 2) ученіе о юридическомъ значеніи заблужденія.

§ 40. Случаи отсутствія и ограниченія дѣеспособности.

Мы видѣли, что дѣеспособность лица составляетъ первое условіе для того, чтобы дѣйствія его могли пріобрѣсти юридическое значеніе. Объективное право признаетъ дѣеспособными далеко не всѣхъ лицъ: извѣстныя категоріи лицъ лишены этой способности совершенно, у другихъ она подвергается ограниченіямъ.

Въ частности, дѣеспособность отсутствуетъ вполнѣ: a) у юридическихъ лицъ, за которыхъ дѣйствуютъ ихъ представители; b) у infantes, дѣтей до 7 лѣтъ; c) у furiosi и dementes, за исключеніемъ dilucida intervalla, т.-е. свѣтлыхъ промежутковъ; d) у лицъ, которыя временно находятся въ безсознательномъ состояніи вслѣдствіе болѣзни, пьянства, гипноза и т. п. Впрочемъ такое состояніе не исключаетъ всякой отвѣтственности, разъ лицо по собственной винѣ пришло въ такое состояніе.

Дѣеспособность ограничена: a) у impuberes infantia majores, т.-е. дѣтей отъ 7—14 (12) лѣтъ. Такія лица могутъ самостоятельно совершать дѣйствія, выгодныя для нихъ, напр., принимать даренія; дѣйствія же, сопряженныя съ утратой или ограниченіемъ ихъ правъ, могутъ быть совершаемы ими только turote auctore, съ участіемъ опекуна; b) у puberes minores, т.-е. лицъ, не достигшихъ 25-лѣтняго возраста; такія лица могутъ вступать въ выгодныя для нихъ сдѣлки, напр., принимать даренія и отказы, а также могутъ составлять завѣщанія, но они не могутъ совершать актовъ отчужденія безъ согласія своихъ попечителей; c) у женщинъ, которыя на основаніи Senatusconsultum Vallejanum не могутъ принимать на себя обязательствъ въ чужомъ интересѣ (intercessio), напр., не могутъ выступать поручительницами; d) у лицъ, лишенныхъ возможности выражать свою волю тѣмъ или другимъ способомъ, какъ напр., у нѣмыхъ, глухихъ и т. п.; такъ, глухіе и нѣмые не могутъ заключать стипуляцій; e) у объявленныхъ расточителей; такія лица не могутъ совершать дѣйствій, ведущихъ къ умаленію ихъ имущества, и не могутъ дѣлать распоряженій на случай смерти.

§ 41. Заблужденіе и невѣдѣніе [1]).

Заблужденіе, error, есть неправильное представленіе о чемъ-нибудь; *невѣдѣніе, ignorantia, есть отсутствіе представленія о чемъ-нибудь*. Практическое значеніе обоихъ этихъ моментовъ одинаковое, почему римскіе юристы и не дѣлали строгаго различія между ними.

Заблужденіе (и невѣдѣніе) не всегда имѣетъ юридическое значеніе. Случаи, въ которыхъ оно пріобрѣтаетъ таковое, могутъ быть, сведены къ двумъ главнымъ группамъ. a) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, заблужденіе имѣетъ значеніе *положительнаго* фактора, является однимъ изъ условій для наступленія извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій.

---

[1]) Savigny. System des heutigen Römischen Rechts, т. III. Приложеніе VIII, стр. 325 и сл. Zitelmann. Irrthum und Rechtsgeschäft, стр. 319 и сл. Regelsberger, Pandecten, т. I, стр. 468 и сл.

Такъ, напр., въ случаѣ уплаты недолжнаго (solutio indebiti), право требовать возврата недолжно-уплаченнаго возникаетъ въ томъ только случаѣ, если уплатившій ошибочно предполагалъ существованіе долга; если же онъ зналъ, что никакого долга не существуетъ, и тѣмъ не менѣе, произвелъ уплату, то онъ не можетъ послѣ этого требовать возврата уплаченнаго. Слѣдовательно, заблужденіе есть одно изъ положительныхъ условій для наступленія права обратнаго требованія недолжно-уплаченнаго. Другой примѣръ: давностное пріобрѣтеніе чужихъ вещей въ собственность предполагаетъ bona fides въ лицѣ владѣльцевъ, т. е. пріобрѣтатель не долженъ знать, что онъ пріобрѣлъ вещь у несобственника, а долженъ думать, что предшественникъ его имѣлъ полное право распоряжаться вещью, переуступить ее ему, пріобрѣтателю. Напротивъ, разъ я, напр., купилъ вещь у другого, зная, что онъ вовсе не собственникъ ея, а получилъ ее только на храненіе, я никогда самъ не могу пріобрѣсти ее per usucapionem въ собственность, сколько бы времени я ни владѣлъ ею. Слѣдовательно, заблужденіе или, точнѣе, невѣдѣніе есть одно изъ положительныхъ условій института давности пріобрѣтенія чужой вещи въ собственность. б) Въ другихъ случаяхъ заблужденіе или невѣденіе играетъ роль *отрицательнаго* фактора, является однимъ изъ условій, исключающихъ возможность наступленія извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій. Это бываетъ, когда для наступленія тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій требуется знаніе какого-нибудь обстоятельства. Такъ, напр., для того, чтобы продавецъ отвѣчалъ за весь убытокъ, причиненный покупщику вещью, у которой оказались скрытые недостатки, требуется, чтобъ онъ зналъ объ этихъ недостаткахъ и умышленно (dolose) умолчалъ объ нихъ. Если же онъ самъ не зналъ о нихъ, то онъ ни въ какомъ случаѣ не отвѣчаетъ за весь убытокъ, а обязанъ только согласиться, по усмотрѣнію покупщика, или на расторженіе договора, или на соотвѣтствующее пониженіе покупной цѣны. Итакъ, въ данномъ случаѣ, невѣдѣніе торговца о скрытыхъ недостаткахъ проданной вещи исключаетъ возможность искать съ него полностью весь причиненный этимъ фактомъ убытокъ. То же самое бываетъ, напр., въ томъ случаѣ, когда начало теченія срока обусловлено знаніемъ какого-нибудь обстоятельства; невѣдѣніе о такомъ обстоятельствѣ исключаетъ возможность теченія срока.

Поскольку заблужденіе вообще имѣетъ юридическое значеніе, оно, по общему правилу, *выгодно* для заблуждающагося. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно играетъ роль положительнаго фактора, оно доставляетъ ему извѣстную *положительную выгоду*, давая заинтересованному лицу возможность пріобрѣсти что-либо, или сложить съ себя отвѣтственность за что либо (напр., если по ошибкѣ было уплочено недолжное, то эта ошибка, это заблужденіе даетъ лицу право требовать возврата недолжно-уплаченнаго; если по ошибкѣ было обѣщано уплатить недолжное, то эта ошибка даетъ возможность уклониться отъ уплаты недолжно обѣщаннаго). Съ другой стороны, тамъ, гдѣ заблужденіе играетъ роль отрицательнаго фактора, оно доставляетъ заинтересованному лицу извѣстную *отрицательную выгоду*, предохраняя его отъ извѣстныхъ невыгодныхъ послѣдствій (напр., незнаніе о скрытыхъ недостаткахъ проданной вещи освобождаетъ продавца отъ отвѣтственности за весь проистекшій отсюда для покупщика убытокъ).

Однако, для того, чтобы заблужденіе доставило означенныя положительныя или отрицательныя выгоды заблуждающемуся лицу, оно, по общему правилу, должно быть извинительное (error probabilis). Спрашивается, при какихъ условіяхъ заблужденіе можетъ считаться извинительнымъ? Принципіально римскіе юристы проводили въ этомъ отношеніи строгое различіе между *error juris* и *error facti*. Error juris называется заблужденіе, касающееся правовыхъ нормъ, error facti — заблужденіе, касающееся какихъ-нибудь фактическихъ обстоятельствъ. Error juris считался неизвинительнымъ, error facti — извинительнымъ. Ср. 1. 9 pr. D. de juris et facti ignorantia 22,6 (Paulus) — Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Это мотивировалось тѣмъ, что нормы права могутъ и должны быть установлены разъ навсегда, а потому и знанія ихъ можно требовать отъ всякаго, тогда какъ фактическія обстоятельства постоянно измѣняются, а потому нельзя и требовать всегда полнаго знакомства съ ними. Ср. 1. 2. D. eod. 22,6 (Neratius). In omni parte error in jure non eodem loco, quo

facti ignorantia, haberi debebit, quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

На дѣлѣ, однако, этотъ принципъ былъ модифицированъ ими въ двоякомъ отношеніи. Во-первыхъ, было признано, что не всякое фактическое заблужденіе должно быть признано извинительнымъ, но только такое, которое не покоится на крайней небрежности, на крайнемъ нерадѣніи лица. Ср. 1. 6. D. eod, 22,6 (Ulpianus). Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda; scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque neglegentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. 1. 9 § 2 eod. (Paulus). Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, *si non ei summa neglegentia obiciatur*; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque neglegentisimi hominis accipiendam, verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. Исключеніе было допущено только для тѣхъ случаевъ, гдѣ заблужденіе было вызвано *обманнымъ* образомъ дѣйствія противной стороны; въ такомъ случаѣ считалось извинительнымъ всякое заблужденіе, хоть бы обманутый только благодаря крайней небрежности, крайнему легковѣрію своему попался въ просакъ. Во-вторыхъ, и error juris былъ признанъ извинительнымъ при извѣстныхъ условіяхъ. Такъ, error juris прощается иногда женщинамъ, несовершеннолѣтнимъ, солдатамъ, Ср. 1. 9 pr. eod. minoribus viginti quinque annis jns ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur. 1. 9 § 1 eod. miles... per constitutiones principales jus ignorare potest. То же самое было установлено вообще по отношенію къ лицамъ неразвитымъ. Ср. 1. 9 § 3 eod. Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si juris consulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipendum est.

Итакъ, мы пришли къ слѣдующему результату. Только извинительное заблужденіе можетъ доставить заинтересованному лицу извѣстныя положительныя или отрицательныя выгоды. Извинительнымъ можетъ быть не только фактическое, но и юридическое заблужденіе. Фактическое заблужденіе по общему правилу считается извинительнымъ тогда, когда оно не является результатомъ крайней небрежности со стороны заблуждающагося. Юридическое заблужденіе неизвинительно, если человѣкъ по своему развитію, при желаніи, могъ вполнѣ ознакомиться съ касающимися его нормами права, или могъ обратиться за совѣтомъ къ свѣдущимъ лицамъ. Оно извинительно, если въ немъ повиненъ человѣкъ неразвитой, въ особенности несовершеннолѣтній, солдатъ, а также propter sexus infirmitatem и женщины.

О юридическихъ сдѣлкахъ [1]).

§ 42. Понятіе и главные виды юридическихъ сдѣлокъ.

Римскіе юристы не выработали общаго понятія юридической сдѣлки (встрѣчающіеся у нихъ термины: negotium, actus, actum, gestum не имѣютъ опредѣленнаго техническаго значенія). Выработка этого понятія составляетъ заслугу современной систематики. Обыкновенно юридическую сдѣлку опредѣляютъ, какъ частное волеизъявленіе, направленное на установленіе, измѣненіе или прекращеніе правъ. На такое опредѣленіе многіе ученые нападаютъ. Такъ, Бринцъ говоритъ, что не намѣреніе и не воля лица, а воля объективнаго права придаетъ дѣйствію характеръ юридической сдѣлки; дѣйствіе не становится юридической сдѣлкой въ силу одного того, что воля частнаго лица направлена на достиженіе юридическихъ послѣдствій; впрочемъ, онъ не отрицаетъ, что для того, чтобы возникла юридическая сдѣлка, требуется и воля лица, но только эта воля сама по себѣ

[1]) Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft. Enneccerus. Rechtsgeschäft, Bedingung und Angangstermin.

не имѣетъ рѣшающаго значенія, другими словами, она имѣетъ только значеніе одной изъ составныхъ частей юридической сдѣлки. Нѣкоторые, какъ напр., Шлоссманъ, идутъ еще дальше и утверждаютъ, что воля лица вообще не имѣетъ значенія для сдѣлки, ибо юридическія послѣдствія сдѣлки наступаютъ совершенно независимо отъ того, желаютъ или не желаютъ наступленія ихъ заинтересованныя лица. Въ этомъ смыслѣ, говоритъ Шлоссманъ, нѣтъ никакой разницы между сдѣлкой и деликтомъ, а посему лучше всего отказаться отъ употребленія этого термина, какъ совершенно безсодержательнаго. Ни съ однимъ изъ этихъ взглядовъ нельзя согласиться. Неправы какъ тѣ, которые утверждаютъ, что сдѣлка есть продуктъ автономной частной воли, такъ и тѣ, которые считаютъ ее продуктомъ объективнаго права. Чтобы уяснить себѣ истинное значеніе юридическихъ сдѣлокъ, необходимо замѣтить слѣдующее.

Взаимныя отношенія, въ которыя люди вступаютъ между собою, и отношенія ихъ къ предметамъ внѣшняго міра частью регулируются закономъ и обычаемъ помимо воли заинтересованныхъ лицъ, частью, въ особенности въ сферѣ частноправныхъ отношеній, урегулированіе этихъ отношеній предоставляется, въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ, усмотрѣнію самихъ заинтересованныхъ лицъ. Средствами для такого добровольнаго урегулированія взаимныхъ отношеній являются юридическія сдѣлки.

Необходимо различать юридическія сдѣлки въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ. *Юридическая сдѣлка въ широкомъ смыслѣ* есть *заявленіе*, служащее либо выраженіямъ воли одного лица (напр., завѣщаніе), либо согласованнымъ (съ внѣшней стороны) выраженіемъ воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ (договоръ), въ которомъ излагается *планъ* того, какъ согласно предположеніямъ заинтересованнаго лица или заинтересованныхъ лицъ, имѣютъ быть устроены (въ настоящемъ или въ будущемъ, непосредственно или подъ условіемъ наступленія тѣхъ или иныхъ дополнительныхъ моментовъ) тѣ или иныя частно-правныя отношенія, въ которыхъ состоятъ или въ которыя хотятъ или должны вступить заинтересованныя лица по отношенію другъ къ другу, или по отношенію къ другимъ лицамъ (когда заключенъ договоръ въ пользу третьяго лица), или по отношенію къ тѣмъ или инымъ предметамъ внѣшняго міра, относительно которыхъ между заинтересованными лицами возможна коллизія интересовъ, подлежащая устраненію. — Осуществленіе вытекающихъ отсюда мѣропріятій составляетъ *исполненіе* сдѣлки. Внѣшнимъ образомъ эти моменты заключенія и исполненія сдѣлки могутъ сливаться (напр., договоръ даренія или купли-продажи тутъ же приводятся во исполненіе путемъ передачи соотвѣтствующихъ вещей или денегъ), но логически ихъ необходимо строго различать.

Такое заявленіе (также какъ и учиненное на основаніи его исполненіе) само по себѣ можетъ быть согласовано или несогласовано съ соотвѣтствующими нормами права, которыя опредѣляютъ условія и предѣлы, въ которыхъ въ данной области частноправныхъ отношеній допускается самодѣятельность заинтересованныхъ лицъ. Заявленіе подобнаго рода, согласованное съ соотвѣтствующими спеціальными требованіями закона, составляетъ юридическую *сдѣлку въ тѣсномъ или техническомъ смыслѣ*.

Съ другой стороны, сопоставляя соотвѣтствующія юридическія нормы, сложившіяся въ примѣненіи къ заявленіямъ подобнаго рода, пріобрѣвшимъ въ оборотѣ массовый и типичный характеръ, мы получаемъ *абстрактные типы юридическихъ сдѣлокъ*, напр., типъ купли-продажи, займа, поручительства, завѣщанія, и т. д., подъ которые засимъ въ данномъ частномъ случаѣ подводится данная конкретная сдѣлка для рѣшенія вопроса о томъ, насколько она соотвѣтствуетъ подлежащему типу, отъ чего въ свою очередь зависитъ юридическая сила какъ самаго заявленія, такъ и учиненнаго на основаніи его исполненія.

Изъ сказаннаго явствуетъ съ одной стороны, что юридическія послѣдствія сдѣлокъ наступаютъ не потому, что этого желаютъ заинтересованныя лица: частная воля формулируетъ только желательныя для нея предположенія для достиженія намѣченнаго въ данномъ случаѣ практическаго результата, но не отъ нея зависитъ придать этимъ предположеніямъ юридически обязательную силу; съ другой стороны, объективное право не порождаетъ никакихъ реальныхъ послѣдствій, а устанавливаетъ только абстрактные кри-

теріи, на основаніи которыхъ производится оцѣнка силы и значенія конкретныхъ волевыхъ актовъ, облеченныхъ въ форму сдѣлки.

Къ сказанному надо прибавить, что юридическими сдѣлками не исчерпывается кругъ дозволенныхъ юридическихъ актовъ. Въ частности отъ сдѣлокъ надо отличать: 1) такіе реальные распорядительные акты, въ которыхъ проявляется исключительно воздѣйствіе лица на предметы внѣшняго міра (какъ, напр., occupatio rei nullius, derelictio), и 2) такія волеизъявленія, которыя служатъ проявленіемъ существующаго уже отношенія, входятъ въ содержаніе его (какъ, напр., извѣщенія, напоминанія и т. п.).

Юридическія сдѣлки распадаются на *односторонніе* и *двухсторонніе* (negotia unilateralia и bilateralia). Односторонними сдѣлками называются такія, которыя возникютъ по волѣ одного только лица (напр., распоряженія на случай смерти, обѣщаніе награды за находку потерянной вещи). Двусторонними называются такія сдѣлки, для возникновенія которыхъ требуется соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ; такія сдѣлки называются *договорами pactio*, *conventio*. Кромѣ того различаютъ возмездныя и безвозмездныя сдѣлки (negotia onerosa и lucrativa), смотря по тому, связана ли сдѣлка съ извѣстными невыгодами для лица, или она доставляетъ только однѣ выгоды. Далѣе различаютъ сдѣлки между живыми и на случай смерти (negotia inter vivos и mortis causa).

§ 43. Условія юридическихъ сдѣлокъ. Общій обзоръ.

Юридическая сдѣлка въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ составляетъ результатъ болѣе или менѣе сложнаго рода дѣйствій. Въ частности, всякая сдѣлка должна удовлетворять прежде всего общимъ условіямъ, которыя предъявляются къ юридическимъ дѣйствіямъ вообще, т. е. она предполагаетъ: a) дѣеспособность лица или лицъ, отъ которыхъ зависитъ заключеніе сдѣлки, и b) сверхъ того, по общему правилу, соотвѣтствіе между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея. Кромѣ того, юридическая сдѣлка должна удовлетворять еще спеціальнымъ условіямъ, а именно, требуется: c) дозволенность содержанія ея, и d) иногда, также соблюденіе извѣстной формы, такъ какъ не всегда безразлично, какимъ образомъ проявляется воля въ сдѣлкѣ. Намъ предстоитъ теперь ближе познакомиться съ этими условіями, и въ частности, съ ученіемъ о соотвѣтствіи между волею и внѣшнимъ проявленіемъ ея съ одной стороны и съ ученіемъ о значеніи формы при сдѣлкахъ съ другой.

§ 44. Соотвѣтствіе между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея.

Для того, чтобы данная юридическая сдѣлка получила силу и значеніе, недостаточно, чтобы лицо или лица, участвующія въ заключеніи ея, пользовались соотвѣтствующей дѣеспособностью, т.-е. имѣли вообще способность вступать въ сдѣлки даннаго типа, а требуется сверхъ того, по общему правилу, соотвѣтствіе между волею и внѣшнимъ проявленіемъ ея въ сдѣлкѣ. Такое соотвѣтствіе при одностороннихъ сдѣлкахъ имѣетъ мѣсто тогда, когда лицо желаетъ совершить именно ту сдѣлку, которую оно на самомъ дѣлѣ совершаетъ, и именно для достиженія того результата, къ которому данная конкретная сдѣлка при нормальныхъ условіяхъ должна привести. Это предполагаетъ, что лицо, съ одной стороны, имѣетъ *правильное* представленіе о совершаемой имъ сдѣлкѣ и *правильное* представленіе о достигаемомъ ею результатѣ, а съ другой стороны *серьезное* желаніе заключить ее. При двустороннихъ сдѣлкахъ, вопросъ о соотвѣтствіи между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея осложняется еще тѣмъ, что требуется не только правильное представленіе о сдѣлкѣ и результатѣ ея со стороны каждаго изъ участниковъ, но сверхъ того требуется еще, чтобы у сторонъ были *одинаковыя* представленія о томъ и другомъ, ибо только при такихъ условіяхъ возможно соглашеніе между ними. Когда же отсутствуетъ правильное представленіе о сдѣлкѣ и достигаемомъ ею результатѣ? Относя-

щіеся сюда случаи могутъ быть сведены къ двумъ главнымъ группамъ: въ однихъ случаяхъ несоотвѣтствіе между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея бываетъ преднамѣренное, въ другихъ—непреднамѣренное. 1) Случаи *преднамѣреннаго* несоотвѣтствія между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея. a) Лицо совершаетъ сдѣлку безъ серьезнаго желанія придать ей то значеніе, которое ей придается въ оборотѣ, но и безъ намѣренія ввести этимъ кого-либо въ заблужденіе, безъ обманной цѣли (напр., сдѣлка, очевидно, заключена шутки ради, или при исполненіи актеромъ его роли или съ учебной цѣлью). b) Лицо вступаетъ въ сдѣлку съ другимъ лицомъ только для виду, чтобы пустить пыль въ глаза третьимъ лицамъ, скрыть отъ нихъ истинныя намѣренія сторонъ; это такъ называемыя, *симулированныя* сдѣлки. Особенности ихъ заключаются въ томъ, что при этомъ введятся въ заблужденіе только третьи лица, а не стороны, которыя обѣ прекрасно понимаютъ, что дѣлаютъ. При этомъ возможны двѣ комбинаціи. Иногда стороны не желаютъ придать никакого юридическаго значенія сдѣлкѣ, напр., несостоятельный должникъ вступаетъ въ симулированную куплю-продажу съ своимъ добрымъ знакомымъ съ тѣмъ, чтобы кредиторы не могли описать его имущества, якобы ему уже не принадлежащаго, тогда какъ на самомъ дѣлѣ онъ его вовсе не продавалъ. Иногда стороны открыто заключаютъ одну сдѣлку, но скрываютъ подъ нею другую, т.-е. онѣ желаютъ достиженія опредѣленнаго результата, но не желаютъ того пути, который онѣ на видъ избрали для достиженія его; напр., я желаю подарить А какую-нибудь вещь, но не желаю, чтобъ объ этомъ знали другіе, и поэтому для виду заключаю съ нимъ договоръ купли-продажи. Скрытая сдѣлка называется *диссимулированной*. Чаще всего симулированныя и диссимулированныя сдѣлки, конечно, совершаются in fraudem legis, т. е. съ тѣмъ, чтобы обойти какое-нибудь запретительное постановленіе закона, хотя это и не необходимо. c) Наконецъ, встрѣчается еще и третья группа случаевъ. Это—случаи т. н. reservatio mentalis, когда лицо, вступая въ сдѣлку, на самомъ дѣлѣ не желаетъ совершенія ея, но ничѣмъ этого не даетъ понять даже своему контрагенту, такъ что не только третьи лица, но и непосредственный контрагентъ намѣренно вводятся въ заблужденіе. 2) Случаи *непреднамѣреннаго* несоотвѣтствія между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея: a) лицо дѣйствуетъ *помимо собственнаго желанія*, въ силу воздѣйствія на него внѣшней механической силы, напр., меня заставляютъ подписать договоръ, насильственно водя рукой по бумагѣ; это случай такъ называемаго vis absoluta; b) лицо, совершая сдѣлку, не имѣетъ *никакого представленія о томъ, что дѣлаетъ*, напр., я подписываю договорную росписку въ минуту разсѣянности или забытья, или я проговариваюсь, говорю «да», вмѣсто «нѣтъ», или «покупайте», вмѣсто «продавайте», и т. п.; c) наконецъ, лицо совершаетъ сдѣлку, имѣя неправильное, ошибочное представленіе о ней, или о достигаемомъ ею результатѣ. Въ примѣненіи къ двумъ послѣднимъ случаямъ возникаетъ вопросъ, всякое ли незнаніе и заблужденіе касательно того или другого пункта и, въ частности, касательно характера сдѣлки, объекта ея и личности контрагента имѣетъ одинаковое значеніе? Ближе, всякое ли незнаніе или заблужденіе касательно того или другого пункта сдѣлки имѣетъ то значеніе, что будь у лица правильное представленіе объ этомъ пунктѣ, оно воздержалось бы отъ вступленія въ сдѣлку? Очевидно, даже съ чисто психологической точки зрѣнія на этотъ вопросъ нельзя дать одинаковый для всѣхъ случаевъ отвѣтъ. Все зависитъ отъ того, какое значеніе самъ совершающій сдѣлку придаетъ данному пункту. Но положительное право не можетъ довольствоваться такимъ шаткимъ критеріемъ, ибо ему приходится считаться въ данномъ случаѣ, какъ и въ другихъ, не съ одними психологическими соображеніями, но и съ воззрѣніями и интересами оборота. Съ этой точки зрѣнія требуется, для признанія невѣдѣнія или заблужденія касательно того или другого пункта сдѣлки моментомъ, исключающимъ соотвѣтствіе между волей и дѣйствіемъ, чтобы данный пунктъ или по роду сдѣлки, или по воззрѣніямъ оборота, или по явно вытекающему изъ обстоятельствъ дѣла намѣренію сторонъ дѣйствительно долженъ быть признанъ настолько существеннымъ, чтобъ можно было съ большей вѣроятностью допустить, что будь у лица правильное представленіе объ этомъ пунктѣ, оно отказалось бы отъ совершенія сдѣлки. Какое именно значеніе имѣетъ, если не всегда, то въ громадномъ большинствѣ случаевъ,

error in negotio, т.-е. заблужденіе касательно рода сдѣлки, напр., я думаю, что подписываю договоръ купли-продажи, а на самомъ дѣлѣ подписываю договоръ аренды. Такое же значеніе можетъ получить *error in persona*, заблужденіе касательно тождества личности предполагаемаго контрагента, а также *error in corpore*, заблужденіе касательно тождества предполагаемаго и дѣйствительнаго объекта сдѣлки, напр., я думаю, что заключаю договоръ съ пѣвцомъ А, а мой контрагентъ на самомъ дѣлѣ есть пѣвецъ В, или я думаю, что покупаю участокъ, А лежащій въ городской чертѣ, а на самомъ дѣлѣ покупаю участокъ В, лежащій въ уѣздѣ. Но бываютъ и такіе случаи, гдѣ подобное заблужденіе не играетъ никакой роли съ точки зрѣнія воззрѣній оборота, напр., если я желаю купить данную книгу у книгопродавца А, а купилъ ее у книгопродавца В, котораго ошибочно принялъ за А, то я не могу требовать признанія договора недѣйствительнымъ, ибо въ данномъ случаѣ личность моего контрагента, по воззрѣніямъ оборота, не играетъ никакой роли. То же самое бываетъ въ томъ случаѣ, когда я, напр., выбралъ въ магазинѣ данный экземпляръ книги, а мнѣ послали другой экземпляръ ея, ничѣмъ не отличающійся отъ перваго; въ этомъ случаѣ моя ссылка на то, что послали мнѣ не тотъ экземпляръ, который я купилъ, не будетъ имѣть никакого значенія. Далѣе, существенное значеніе можетъ пріобрѣсти, при извѣстныхъ условіяхъ, такъ называемый *error in substantia*—заблужденіе касательно тѣхъ или другихъ качествъ вещи, именно такихъ, отъ которыхъ, по воззрѣніямъ оборота, зависитъ отнесеніе вещи къ совершенно различнымъ категоріямъ вещей, напр., я выбралъ статую, думая, что она сдѣлана изъ мрамора, а на самомъ дѣлѣ она изъ терракоты. Вотъ тѣ примѣры, которые обыкновенно приводятся въ видѣ иллюстрацій заблужденія, свидѣтельствующаго объ отсутствіи соотвѣтствія между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея. Но это именно только примѣры, ибо подобное значеніе можетъ пріобрѣсти и заблужденіе касательно другихъ пунктовъ сдѣлки, какъ-то error in jure, error in tempore, error in loco, error in conditione и т. д.

Мы разсмотрѣли отдѣльные случаи несоотвѣтствія между волей и внѣшнимъ выраженіемъ ея. Каково же юридическое значеніе такого несоотвѣтствія? На это надо дать слѣдующій отвѣтъ. Прежде всего, in dubio всегда предполагается, что тотъ, кто вступилъ въ сдѣлку, имѣлъ правильное представленіе о томъ, что дѣлаетъ, и дѣйствовалъ съ серьезнымъ намѣреніемъ. Если кто отрицаетъ въ данномъ случаѣ то или другое, онъ обязанъ это доказать. Затѣмъ имѣетъ значеніе то обстоятельство, должна ли быть сдѣлка отнесена къ оборотнымъ сдѣлкамъ въ тѣсномъ смыслѣ, или къ числу безвозмездныхъ сдѣлокъ и завѣщательныхъ распоряженій. Въ томъ случаѣ, когда сдѣлка направлена на доставленіе безвозмездной выгоды, а также при завѣщательныхъ распоряженіяхъ, доказанное несоотвѣтствіе между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея безусловно ведетъ къ признанію сдѣлки недѣйствительной. Исключеніе составляетъ только reservatio mentalis, которая никогда не имѣетъ юридическаго значенія, такъ какъ единственнымъ доказательствомъ ея могло бы служить только одно голословное утвержденіе заинтересованнаго лица, что онъ не хотѣлъ того, что сдѣлалъ. Этого же, ни въ какомъ случаѣ, недостаточно для опороченія сдѣлки. Напротивъ, при оборотныхъ сдѣлкахъ въ тѣсномъ смыслѣ, какъ-то, при куплѣ-продажѣ; наймѣ, займѣ и т. д., несоотвѣтствіе между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея влечетъ за собою недѣйствительность сдѣлки въ томъ только случаѣ, если тотъ, кто ссылается на подобное несоотвѣтствіе, самъ не виноватъ въ томъ, что его дѣйствія ввели въ заблужденіе противную сторону. Въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ это приводитъ къ слѣдующимъ положеніямъ. Сдѣлки, заключенныя ради шутки, съ учебной цѣлью и т. п., недѣйствительны, разъ онѣ были совершены при такихъ обстоятельствахъ, которыя для всякаго здравомыслящаго человѣка исключали возможность предположить, что сдѣлка совершена серьезно. Ср. 1. 3 § 2. D. de obl. et act. 44,7 (Paulus); Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur; *nec enim si per jocum puta, vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: spondes? et tu responderis: spondeo, nascetur obligatio.* Симулированныя сдѣлки, разъ симуляція была ясна для обѣихъ сторонъ, тоже недѣйствительны. Ср. 1. 36 D, de contr. emt. 18,1 (Ulpianus). Quum in venditione quis pretium rei ponit *donationis causa* non exacturus, *non videtur vendere.*

1. 55 eod. (Paulus) Nuda *et imaginaria venditio pro non facta* est, et ideo nec alienato eius rei intellegitur. Но, если подъ симулированной сдѣлкой скрывалась другая (диссимулированная), то послѣдняя остается дѣйствительной, разъ она не носитъ запрещеннаго характера, и разъ соблюдены законныя условія сдѣлокъ ея типа. Но, конечно, такіе случаи встрѣчаются рѣдко. Чаще всего прибѣгаютъ къ заключенію диссимулированныхъ сдѣлокъ именно съ тѣмъ, чтобы скрыть запрещенную сдѣлку подъ видомъ другой, дозволенной. Такъ, напр., у Римлянъ были запрещены даренія между супругами; чтобы обойти это запрещеніе, нерѣдко супруги заключали между собою фиктивную куплю-продажу, подъ которой скрывалось дареніе. Такія сдѣлки, конечно, тоже недѣйствительны. Ср. 1. 7 § 6. D. de don. inter virum et uxorem 24,1 (Ulpianus). *Si uxor a marito sua praedia... emerit, eaque emtio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti...* Imperator noster cum patre suo rescripsit. Сдѣлки, совершенныя sub reservatione mentali, какъ уже было сказано, всегда дѣйствительны. Сдѣлки, совершенныя безъ участія воли, въ силу физическаго принужденія, конечно, всегда недѣйствительны. Что касается, наконецъ, тѣхъ случаевъ, когда лицо дѣйствовало, не имѣя никакого представленія о томъ, что дѣлаетъ, или имѣя неправильное, ошибочное представленіе о сдѣлкѣ или достигаемомъ ею результатѣ, то нами уже было замѣчено, что подобное невѣдѣніе и заблужденіе можетъ быть сочтено за признакъ несоотвѣтствія между волей и внѣшнимъ выраженіемъ ея въ томъ только случаѣ, если оно коснулось пункта, *существеннаго* по роду сдѣлки, по воззрѣніямъ оборота или по явно вытекающимъ изъ конкретныхъ обстоятельствъ дѣла намѣреніямъ сторонъ. Таково первое условіе. Но въ примѣненіи къ оборотнымъ сдѣлкамъ сверхъ того требуется, чтобъ невѣдѣніе или заблужденіе было *не только существенное, но и извинительное*, въ томъ смыслѣ, чтобъ оно не явилось плодомъ крайней небрежности, заинтересованныхъ лицъ. Въ источникахъ послѣднее требованіе, правда, не выражено прямо. Но это объясняется тѣмъ, что все ученіе о несоотвѣтствіи между волей и внѣшнимъ выраженіемъ ея вообще, и ученіе объ условіяхъ такъ называемаго существеннаго заблужденія въ частности, было набросано римскими юристами лишь въ самыхъ общихъ чертахъ и подверглось серьезной разработкѣ лишь въ наше время. Правда, и теперь нѣкоторые юристы, въ особенности Савиньи, въ разбираемомъ нами случаѣ, полагаютъ излишнимъ требовать извинительности заблужденія, утверждая, что безъ воли сдѣлка немыслима, заблужденіе въ данномъ случаѣ исключаетъ волю, слѣдовательно, будетъ ли оно извинительно или нѣтъ, все равно сдѣлка должна быть признана недѣйствительной. Но при этомъ упускается изъ виду, что объективное право должно считаться не съ одними психологическими соображеніями, но и съ интересами оборота. Что касается относящихся сюда постановленій источниковъ, то вотъ нѣкоторые примѣры: Error in negotio: 1. 5. Cod. plus valere 4,22. Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis, quam fieri mandaveras subscribere, te non relecto sed fidem habente suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente, constitisse procul dubio est. Error in persona: 1. 9. pr. D. de hered. instit. 28.5. Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti: frater meus, patronus meus, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est. Error in corpore. 1. 9 § 1. D. eod. 28,5. Et si in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem reliquere, vestem leget, neutrum debebit hoc. 1. 10. Cod. de donat. 8,53. Nec ignorans, nec invitus quisque donat. Unde si de hoc fundo non cogitasti, cuius velut donationi consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente intellegis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse.

Остается сдѣлать еще одно замѣчаніе. Выше было сказано, что примѣнительно къ двустороннимъ сдѣлкамъ требуется не только, чтобы каждая изъ сторонъ имѣла *правильное* представленіе о совершаемой сдѣлкѣ и достигаемомъ ею результатѣ, но сверхъ того еще, чтобы обѣ стороны имѣли *одинаковыя* (въ существенныхъ, конечно, чертахъ) представленія о томъ или другомъ, или иначе, чтобы обѣ желали заключить именно ту самую сдѣлку, которую они заключаютъ, и ради достиженія того именно или тѣхъ имен-

но результатовъ для каждой изъ нихъ, къ которымъ сдѣлка, при нормальныхъ условіяхъ, должна привести. Разъ отсутствуетъ этотъ моментъ, соглашеніе, на самомъ дѣлѣ, не можетъ считаться достигнутымъ. Но иногда стороны не сознаютъ, что онѣ имѣютъ въ виду совершенно различныя вещи. Это случай такъ называемаго недоразумѣнія. Недоразумѣніе, разъ оно касается существеннаго пункта сдѣлки, имѣетъ такое же юридическое значеніе какъ и всякое другое существенное заблужденіе. Другими словами, оно точно такъ же, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ привести къ недѣйствительности сдѣлки, въ виду отсутствія между волей и внѣшнимъ выраженіемъ ея. Въ заключеніе приведемъ нѣсколько примѣровъ. Недоразумѣніе касательно природы сдѣлки: одинъ воображаетъ, что получаетъ деньги взаймы, а контрагентъ хочетъ подарить ихъ: 1. 18 pr. D. de reb. cred. 12,1 (Ulpianus). Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse, sed an mutua sit videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Недоразумѣніе касательно объекта сдѣлки: я думаю, что покупаю fundum Cornelianum, а продавецъ воображаетъ, что рѣчь идетъ о fundus Sempronianus. 1. 9 pr. D. de contr. emt. 18,1 (Ulpianus). In venditionibus et emtionibus consensum debere incedere palam est: ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam quum in corpore dissentiatur, apparet, nullam esse emtionem. Недоразумѣніе касательно личности контрагента: я думаю, что заключаю договоръ съ лицомъ А, заключаю же его на самомъ дѣлѣ съ В, который въ свою очередь не знаетъ, что я вовее не съ нимъ намѣренъ вступить въ договоръ.

§ 45. Вліяніе мотивовъ на сдѣлку.

Всякая сдѣлка направлена на извѣстный объективный результатъ, который по мнѣнію совершающаго сдѣлку лица является подходящимъ средствомъ для достиженія тѣхъ или другихъ цѣлей. Итакъ, нужно различать: 1) самую сдѣлку, 2) объективный результатъ, на который она направлена, и 3) конечную цѣль или конечныя цѣли, достиженіе которыхъ ожидается отъ вступленія въ сдѣлку. Желаніе достигнуть эту цѣль или эти цѣли составляетъ *побудительный мотивъ* для заключенія сдѣлки. Но всякая сдѣлка на дѣлѣ есть сложное явленіе, которое составляетъ результатъ болѣе или менѣе сложнаго ряда дѣйствій. Въ частности, такъ какъ для достиженія одной и той же цѣли нерѣдко могутъ оказаться пригодными различныя средства, то необходимо сдѣлать выборъ между ними, остановиться на какомъ-нибудь одномъ изъ нихъ. Напр., для ознакомленія съ какимъ-нибудь вопросомъ, можно обращаться къ нѣсколькимъ книгамъ. Но разъ я не могу купить всѣ, мнѣ приходится выбрать одну какую-нибудь изъ нихъ. Выборъ мой, конечно опредѣляется спеціальными мотивами; я выбираю данную книгу, потому что считаю ее наиболѣе подходящей для достиженія намѣченной мною общей цѣли. Такимъ образомъ, на ряду съ общимъ побудительнымъ мотивомъ, заставляющимъ меня вступить въ сдѣлку, конкурируетъ въ каждомъ данномъ случаѣ еще цѣлый рядъ спеціальныхъ мотивовъ, опредѣляющихъ мою дѣятельность. Всѣ эти побудительные мотивы, какъ общіе, такъ и спеціальные, по общему правилу не оказываютъ вліянія на силу сдѣлки. Напр., нашелъ ли я въ купленной мною книгѣ отвѣтъ на тѣ вопросы, которые меня волнуютъ и заставили меня купить ее, или нѣтъ, это совершенно безразлично. Или другой примѣръ: я желаю расположить къ себѣ лицо А и съ этой цѣлью дарю ему какую-нибудь вещь; удастся ли мнѣ этимъ завоевать себѣ его расположеніе (общій мотивъ моей дѣятельности) и понравится ли ему подаренная вещь (спеціальный мотивъ, почему я выбралъ именно ее), или нѣтъ, опять-таки совершенно безразлично. Изъ этого общаго правила, въ силу котораго побудительные мотивы не оказываютъ вліянія на сдѣлку, допускается, однако, рядъ исключеній. Вотъ важнѣйшія изъ нихъ.

Вліяніе заблужденія. Заблужденіе либо касается тѣхъ или иныхъ составныхъ частей сдѣлки, какъ то: личности контрагента, объекта и т. п., либо оно вызываетъ общее желаніе вступить въ данную сдѣлку, о которой лицо въ остальномъ имѣетъ вполнѣ правильное представленіе. Заблужденіе перваго рода, когда оно касается такихъ составныхъ частей сдѣлки, которыя имѣютъ *существенное* значеніе по роду сдѣлки, по воззрѣніямъ оборота или по явно выраженнымъ намѣреніямъ сторонъ, именуется *существеннымъ* во вниманіе къ тому, что оно исключаетъ наличіе соотвѣтствія между волей и внѣшнимъ выраженіемъ и, какъ мы видѣли, нормально влечетъ за собою недѣйствительность самой сдѣлки. Заблужденіе, касающееся несущественныхъ моментовъ сдѣлки или моментовъ, внѣ ея лежащихъ (напр. ожидаемыхъ отъ заключенія сдѣлки выгодъ), характеризуется какъ заблужденіе въ мотивѣ и именуется заблужденіемъ несущественнымъ. Заблужденіе въ мотивѣ или несущественное заблужденіе никоимъ образомъ не влечетъ за собою недѣйствительности сдѣлки. Даже больше: по общему правилу, оно не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Однако, при извѣстныхъ условіяхъ, и несущественное заблужденіе получаетъ юридическое значеніе въ томъ смыслѣ, что даетъ заинтересованному лицу право оспаривать сдѣлку. Это имѣетъ мѣсто, главнымъ образомъ, въ слѣдующихъ двухъ категоріяхъ случаевъ. Прежде всего, несущественное заблужденіе принимается во вниманіе, разъ оно привело къ тому, что одна сторона неправомѣрно обогатилась на счетъ другой, напр., я, подъ вліяніемъ ошибочнаго представленія о существованіи долга, произвелъ уплату; или я, не зная о тѣхъ или другихъ недостаткахъ вещи, купилъ ее за цѣну, какую не далъ бы, зная объ этомъ обстоятельствѣ. При этомъ безусловно требуется извинительность заблужденія. Второй случай тотъ, когда кто-нибудь умышленно вызвалъ во мнѣ заблужденіе или воспользовался моимъ заблужденіемъ и склонилъ меня этимъ къ заключенію убыточной для меня сдѣлки. Это случай такъ называемаго обмана—dolus, который предполагаетъ умышленное сообщеніе ложныхъ, или извращеніе, или сокрытіе дѣйствительныхъ фактовъ. Обманъ всегда даетъ потерпѣвшей сторонѣ право оспаривать убыточную для нея сдѣлку. При этомъ безразлично, было ли вызванное обманнымъ образомъ дѣйствія противной стороны заблужденіе извинительное или нѣтъ, т.-е. безразлично, могъ ли потерпѣвшій, въ случаѣ даже самой элементарной осторожности съ его стороны, понять, что его обманываютъ, или нѣтъ. Впрочемъ, не всякое умолчаніе объ извѣстныхъ лицу фактахъ или сообщеніе невѣрныхъ фактовъ можетъ быть квалифицировано какъ обманъ. И здѣсь рѣшающее значеніе имѣютъ воззрѣнія оборота. Такъ, обще-принятыя въ оборотѣ расхваливанія товара со стороны профессіональныхъ торговцевъ, рекламы и т. п. не порождаютъ для этихъ лицъ отвѣтственности, такъ какъ извѣстно всякому, что на такія вещи нельзя полагаться. Ср. 1. 16 § D. minor 4,4 (Ulpianus), Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis licere contrahentibus se circumvenire 1. 37. D. de dolo 4. 3. *Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum quasi neque dictum neque promissum est.* I. 43 pr. D. de contr. emt. 18, I. Ea, quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant venditorem non obligant, veluti, si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam; at si dixerit, hominem litteratum, vel artificem, praestare debere, nam hoc ipso pluris vendit. Что касается послѣдствій обмана, то было уже сказано, что онъ даетъ потерпѣвшему лицу право оспорить сдѣлку. При этомъ, въ однихъ случаяхъ можно требовать расторженія сдѣлки и возмѣщенія убытковъ, въ другихъ только пониженія выговоренной за данный объектъ платы. Съ этой цѣлью потерпѣвшее лицо могло или предъявить *actio ex contractu*, искъ, вытекающій изъ даннаго договора, или же, если по обстоятельствамъ дѣла нельзя было предъявить такого иска, то *actio doli*. Если потерпѣвшій не успѣлъ еще исполнить обязательства, въ которое былъ вовлеченъ обманнымъ образомъ дѣйствій другого лица, и къ нему будетъ предъявленъ искъ объ исполненіи, то иску можетъ быть противопоставлена *excepcio doli.* Въ заключеніе замѣтимъ, что искъ *ex dolo* можетъ быть предъявленъ только противъ обманщика и его наслѣдниковъ, но не противъ третьихъ лицъ.

Вліяніе психическаго принужденія (угрозъ). Необходимо различать физическое принужденіе (vis absoluta) и психическое принужденіе или угрозы (vis compulsiva).

Въ первомъ случаѣ, лицо дѣйствуетъ помимо всякаго участія его воли, и такое дѣйствіе безусловно недѣйствительно, какъ это было указано раньше. Въ второмъ случаѣ, лицо, вслѣдствіе угрозъ, побуждается совершить дѣйствіе, которое оно при другихъ условіяхъ не совершило бы. Угрозы, слѣдовательно, или точнѣе, страхъ, вызванный ими (metus), являются побудительнымъ мотивомъ для заключенія сдѣлки. Лицо, конечно, въ данномъ случаѣ могло бы и не совершить этой сдѣлки, не уступивъ угрозамъ, и въ этомъ смыслѣ можно сказать, что, хотя лицо и совершило дѣйствіе подъ вліяніемъ угрозы, оно все-таки хотѣло совершить его (et si coactus, tamen voluit); но, конечно, оно рѣшилось на это только съ тѣмъ, чтобы избѣгнуть худшаго. Поэтому сдѣлка, совершенная подъ вліяніемъ страха предъ угрозами, можетъ быть оспорена заинтересованнымъ лицомъ. Съ этой цѣлью преторъ ввелъ особый искъ, *actio quod metus causa*, который могъ быть предъявленъ не только противъ угрожавшаго и его наслѣдниковъ, но и противъ третьихъ лицъ, которымъ досталось что либо на основаніи вынужденной сдѣлки. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, напр., въ случаѣ вынужденной манумиссіи, сдѣлка считалась даже недѣйствительной. Однако, не всякая угроза даетъ право опорочить сдѣлку. Угроза должна быть дѣйствительная, исполнимая, незаконная, и наконецъ, зло, которымъ угрожаютъ на случай несовершенія сдѣлки, должно быть существенное. Напр., если угрожаютъ убить меня, или лишить меня свободы или здоровья, то сдѣлка, совершенная подъ вліяніемъ подобныхъ угрозъ, конечно, можетъ быть мною оспорена. Болѣе же мелкія угрозы, какъ, напр., угроза, что мнѣ перестанутъ кланяться, не имѣютъ юридическаго значенія. Ср. I, 3 § 1 D. quod metus c. 4, 2. Sed vim accipimus atrocem et eam, quae contra bonos mores fiat, non eam quam Magistratus recte intulit scilicet jure licito et jure honoris, quem sustinet. 1. 5 eod. Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis. I, 6. eod. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus.

§ 46. Значеніе формы для сдѣлокъ.

Съ внѣшней стороны необходимо различать формальныя и неформальныя сдѣлки. Формальными называются сдѣлки, для дѣйствительности которыхъ требуется соблюденіе *опредѣленной* формы; *неформальными*—такія, при которыхъ форма безразлична, лишь бы вообще можно было распознать волю лица. Въ древнемъ римскомъ правѣ преобладали формальныя сдѣлки. Важнѣйшими изъ нихъ были *mancipatio in jure cessio. Mancipatio* была торжественная *фиктивная продажа* въ присутствіи пяти свидѣтелей и вѣсовщика *(libripens)*. Первоначально она служила способомъ пріобрѣтенія права собственности на *res mancipi*, затѣмъ, она стала примѣняться и при пріобрѣтеніи сельскихъ сервитутовъ; далѣе, возникъ цѣлый рядъ сдѣлокъ манципаціоннаго типа, какъ-то *nexum*—торжественный заемъ въ присутствіи пяти свидѣтелей и libripens, *testamentum per aes et libram*—завѣщаніе въ присутствіи пяти свидѣтелей и libripens.

In jure cessio совершалось въ присутствіи и при участіи магистрата, представляя собою фиктивный споръ о правѣ. Первоначально она служила способомъ пріобрѣтенія права собственности, одинаково примѣнимымъ какъ къ *res mancipi*, такъ и *nec mancipi*. Стороны отправлялись къ магистрату, пріобрѣтатель въ качествѣ фиктивнаго истца утверждалъ, что данная вещь принадлежитъ ему, отчуждатель въ качествѣ фиктивнаго отвѣтчика не оспаривалъ этого заявленія, и магистратъ аддицировалъ вещь истцу-пріобрѣтателю. Затѣмъ, къ той же формѣ стали прибѣгать при установленіи сервитутныхъ правъ; наконецъ, появились и новыя сдѣлки in jure цессіоннаго типа, какъ то *manumissio vindicta* — отпущеніе на волю раба предъ магистратомъ, *in jure cessio hereditalis*—уступка наслѣдства предъ магистратомъ. Съ развитіемъ обязательственныхъ отношеній, сложилась новая форма — *stipulatio*, вербальный контрактъ, совершаемый посредствомъ произнесенія опредѣленныхъ торжественныхъ словъ: spondesne? – spondeo; promittis?—promitto и т. п. По мѣрѣ развитія оборота, на ряду съ этими и другими формальными сдѣлками, стали появляться сдѣлки и неформальныя, для дѣйствительности

которыхъ не требуется уже соблюденія разъ навсегда установленнаго опредѣленнаго ритуала, всякое уклоненіе отъ котораго приводитъ къ недѣйствительности сдѣлки, а требуется только, чтобы воля была облечена въ какую бы то ни было внѣшнюю форму и тѣмъ стала распознаваема для третьихъ лицъ; какова же форма, выражается ли воля на словахъ, или въ письмѣ, или въ дѣйствіяхъ иного рода, это безразлично. Однако, еще въ Юстиніановскомъ правѣ формѣ придавали въ принципѣ весьма важное значеніе, какъ при сдѣлкахъ mortis causa, такъ и при сдѣлкахъ между живыми. Въ частности, еще при Юстиніанѣ сохранялось общее правило, что nuda pactio non parit obligationem, и исключенія изъ этого правила были не особенно многочисленны. Средневѣковая доктрина, подъ вліяніемъ каноническаго права, сдѣлала весьма важный шагъ впередъ. Она признала въ принципѣ обязательность всѣхъ неформальныхъ соглашеній. Этотъ принципъ перешелъ и въ современное римское право. Положеніе этого вопроса въ настоящее время, въ виду изложеннаго, представляется въ слѣдующемъ видѣ. Въ области имущественнаго права для дѣйствительности сдѣлокъ не требуется по общему правилу соблюденіе опредѣленной формы. Важнѣйшія исключенія изъ этого общаго права представляютъ, съ одной стороны, даренія, превышающія извѣстный размѣръ (500 солидовъ), съ другой стороны, завѣщательныя распоряженія (завѣщанія и кодициллы). Что касается, въ частности, неформальныхъ сдѣлокъ, то при нихъ воля можетъ быть выражена по усмотрѣнію сторонъ на словахъ, или въ письмѣ, или при помощи другихъ какихъ-нибудь знаковъ (напр., посредствомъ киванія головы), или, наконецъ, въ дѣйствіяхъ. Ср 1. 6. de reb. cred. 12, 1 (Paulus). Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur. Nam et Pedius libro primo de stipulationibus *nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur*, quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent. 1. 52 § 10 D. de obl. et act. 44, 7. (Modestinus). Sed et nutu solo pleraque consistunt. Въ частности, различаютъ *прямое и косвенное выраженіе воли. Косвенное* выраженіе воли есть такое, которое выводится изъ общаго поведенія лица или изъ такихъ дѣйствій его, которыя обыкновенно служатъ показателемъ совершенно опредѣленнаго направленія воли. Такія дѣйствія называются *facta concludentia*, конклюдентными дѣйствіями. Такъ, напр., если кредиторъ возвращаетъ долговую росписку своему должнику, то возникаетъ презумпція въ пользу того, что онъ желаетъ считать долгъ погашеннымъ. Если лицо, въ пользу котораго открылось наслѣдство, начинаетъ распоряжаться наслѣдственной массой, уплачиваетъ долги наслѣдодателя, требуетъ уплаты отъ должниковъ послѣдняго и т. д., то возникаетъ презумпція въ пользу того, что это лицо дѣйствительно желаетъ считать себя наслѣдникомъ (случай такъ назыв. pro herede gestio). Конечно, такой выводъ не всегда можетъ оказаться правильнымъ. Такъ, кредиторъ въ данномъ частномъ случаѣ могъ возвратить старую росписку для обмѣна ея на новую, или лицо, въ пользу котораго открылось наслѣдство, завѣдуя наслѣдственной массой, тѣмъ не менѣе не желаетъ пріобрѣсти наслѣдства, а дѣйствія его объясняются иными мотивами, напр., желаніемъ сохранить наслѣдство въ цѣлости для другого. Вслѣдствіе этого, заинтересованному лицу въ каждомъ данномъ случаѣ должна быть предоставлена возможность выяснить истинные мотивы своихъ дѣйствій; другими словами. такому лицу должно быть предоставлено право опровергнуть ложныя заключенія, выведенныя изъ его дѣйствій. Ср. 1. 20 pr. D. de acqu. vel omit. hered. 29. 2. Pro herede gerere, videtur is, qui aliquid facit, quasi heres. Et generaliter Julianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, *pro herede autem gerere non tam esse facti, quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit si, quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres agit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse.* Кромѣ того, можно заранѣе оградить себя противъ возможнаго неправильнаго истолкованія своихъ дѣйствій, посредствомъ своевременныхъ оговорковъ и протестовъ. Какое значеніе имѣетъ *молчаніе лица*, которому сдѣланы какія нибудь предложенія другимъ лицомъ? Общее правило таково, что молчаніе *не есть знакъ согласія*. 1. 142. D. de R. J. 50, 17. *Qui ta-*

cet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Изъ этого общаго правила допускается, однако, исключеніе, и молчаніе лица принимается за изъявленіе имъ согласія на предложенную ему комбинацію, если по обстоятельствамъ дѣла отъ него можно было требовать открытаго отказа. Такъ, напр., если одно лицо въ присутствіи другого заявляетъ, что послѣдній принимаетъ на себя поручительство по долгу перваго, а лицо, на которое такимъ образомъ было указано въ качествѣ поручителя, молчитъ и позволяетъ составить актъ о принятіи имъ на себя поручительства, то оно отвѣчаетъ какъ поручитель. Ср. l. 4 § 3 D. de fidejuss. 27, 7. Fidejussoress a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.

§ 47. Causa юридическихъ сдѣлокъ.

Каждая сдѣлка, какъ всякое вообще дѣйствіе, совершается въ видахъ достиженія какого-нибудь объективнаго результата, который представляется лицу средствомъ для достиженія тѣхъ или другихъ субъективныхъ его цѣлей. Напр., когда я покупаю какую-нибудь вещь, то для меня объективный результатъ, ради котораго я вступаю въ сдѣлку и жертвую извѣстной суммой денегъ, заключается въ пріобрѣтеніи этой вещи, а субъективныя цѣли, которыя я желаю достигнуть этимъ, могутъ быть, конечно, самыя разнообразныя, напр., я могу купить вещь, чтобы воспользоваться ею, чтобы перепродать ее, чтобы подарить ее другому лицу и т. д. Въ примѣненіи къ такимъ сдѣлкамъ, при которыхъ лицо, въ видахъ достиженія извѣстнаго объективнаго результата, жертвуетъ частью своего собственнаго имущества или принимаетъ на себя извѣстныя обязательства, этотъ *ожидаемый объективный результатъ сдѣлки именуется* causa *сдѣлки*. Въ частности, объективный результатъ, преслѣдуемый такими сдѣлками, чаще всего состоитъ либо въ пріобрѣтеніи отъ противной стороны какого-нибудь эквивалента, точнѣе, съ точки зрѣнія римскихъ юристовъ, права на полученіе эквивалента взамѣнъ собственнаго пожертвованія, либо въ погашеніи существующаго обязательства лица, либо въ доставленіи противной сторонѣ безвозмездной выгоды. Соотвѣтственно съ этимъ римскіе юристы говорили, что сдѣлки могутъ быть совершаемы либо *credendi causa*, либо *solvendi causa*, либо *donandi causa*. Но эти три категоріи случаевъ далеко не исчерпываютъ всего разнообразія встрѣчающихся въ жизни комбинацій. Такъ, напр., передавая другому лицу какую-нибудь вещь, я могу сдѣлать это въ тѣхъ видахъ, чтобы эта вещь служила приданымъ его невѣсты—сдѣлка совершена dotis constituendae causa. Или, напр., если я назначенъ наслѣдникомъ подъ условіемъ, чтобъ я опредѣленному лицу заплатилъ извѣстную сумму денегъ, то я, производя эту уплату, дѣлаю это въ тѣхъ видахъ, чтобы исполнить условіе, отъ котораго зависитъ пріобрѣтеніе наслѣдства, сдѣлка совершена conditionis implendae causa.

Въ современной доктринѣ понятіе causa обыкновенно отождествляютъ съ понятіемъ цѣли, ради которой заключается сдѣлка. Однако, слѣдуетъ избѣгать подобной терминологіи, ибо разъ мы causa характеризуемъ какъ цѣль, то тотчасъ же возникаетъ вопросъ, чѣмъ же отличается эта цѣль отъ цѣлей, служащихъ побудительными мотивами для вступленія въ сдѣлку? Вопросъ этотъ имѣетъ весьма существенное практическое значеніе, ибо недостиженіе causa сдѣлки даетъ при извѣстныхъ условіяхъ право оспорить сдѣлку, тогда какъ недостиженіе цѣли, служившей побудительнымъ мотивомъ ко вступленію въ сдѣлку, по общему правилу не оказываетъ никакого вліянія на нее. Сомнѣніе разрѣшается просто, разъ мы уяснили себѣ принципіальное различіе между объективнымъ результатомъ, къ которому стремится сдѣлка, и субъективными цѣлями, которыя мы разсчитываемъ достигнуть черезъ него. Въ частности, какъ явствуетъ изъ вышеизложеннаго, этотъ объективный результатъ можетъ быть *односторонній* или *двусторонній*. Результатъ односторонній, когда онъ исчерпывается тѣмъ, что то, чѣмъ жертвуетъ изъ своего имущества одна сторона, просто должно поступить къ другой (donandi causa). Онъ — двусторонній,

слагается изъ встрѣчныхъ моментовъ, когда взамѣнъ матеріальныхъ затратъ одной стороны или должно возникнуть встрѣчное требованіе противъ другой, направленное на доставленіе того или иного эквивалента (credendi causa), или должно прекратиться требованіе противной стороны противъ даннаго лица (solvendi causa), или должна наступить какая-нибудь перемѣна въ тѣхъ или иныхъ отношеніяхъ, напр., вступленіе въ бракъ (при выдачѣ приданаго dotis constituendae causa), эманципація сына (emancipationis causa datum) и т. д.

Итакъ, римская и современная юриспруденція оперируетъ съ понятіемъ causa въ примѣненіи къ тѣмъ сдѣлкамъ, которыя съ точки зрѣнія даннаго лица, взамѣнъ достиженія извѣстнаго объективнаго результата, предполагаютъ извѣстныя имущественныя жертвы. Тотъ объективный результатъ, который долженъ быть достигнутъ этими имущественными жертвами, и составляетъ causa сдѣлки. Недостиженіе causa, недостиженіе того объективнаго результата, ради котораго лицо вступило въ сдѣлку и рѣшилось на извѣстныя имущественныя жертвы, при извѣстныхъ условіяхъ, какъ уже было сказано, даетъ право оспорить сдѣлку. При этомъ соотвѣтствующее притязаніе въ однихъ случаяхъ направлено на исполненіе противной стороной возникшихъ противъ нея встрѣчныхъ требованій (при двусторонніхъ договорахъ), въ другихъ случаяхъ—на возвратъ поступившаго къ противной сторонѣ имущества (напр., при выдачѣ приданаго, когда бракъ впослѣдствіи не состоится), въ третьихъ случаяхъ—альтернативно на исполненіе или возвратъ (при т. н. безыменныхъ договорахъ).

И въ другомъ еще отношеніи causa сдѣлки не всегда имѣетъ одинаковое юридическое значеніе. Дѣло въ томъ, что нужно различать двѣ группы сдѣлокъ: *матеріальныя и абстрактныя. Матеріальными* называются сдѣлки, которыя съ точки зрѣнія обязаннаго лица содержатъ въ себѣ указаніе на свою causa, какъ, напр., договоръ займа. По отношенію къ такимъ сдѣлкамъ недостиженіе causa сдѣлки препятствуютъ самому возникновенію сдѣлки, или иначе, чтобы доказать существованіе сдѣлки, нужно доказать, что causa сдѣлки, объективный результатъ, ради котораго лицо приняло на себя какія-нибудь обязанности, достигнутъ. Такъ, напр., если кредиторъ требуетъ исполненія по договору займа, онъ долженъ доказать, что валюта въ свое время была получена должникомъ, т.-е., что объективный результатъ, ради котораго должникъ вступилъ въ договоръ, осуществился, ибо полученіе должникомъ валюты составляетъ необходимое условіе для возникновенія договора займа. Напротивъ, *абстрактными* называются сдѣлки, которыя съ точки зрѣнія обязаннаго лица не содержатъ въ себѣ указанія на свою causa. Такъ, напр., римская стипуляція обыкновенно носила абстрактный характеръ, выражаясь формулой spondesne dare? spondeo. Эта формула, очевидно, не указываетъ сама по себѣ, ради достиженія какого результата должникъ принялъ на себя обязательство: онъ могъ это сдѣлать credendi causa, donandi causa и т. д. Такое же значеніе имѣли, напр., mancipatio и in jure cessio, на основаніи которыхъ переносилось право собственности; въ основаніи этихъ сдѣлокъ опять-таки могли лежать самыя разнообразныя causae — Особенность абстрактныхъ сдѣлокъ заключается въ томъ, что при нихъ достиженіе causa сдѣлки, достиженіе объективнаго результата, ради котораго лицо вступило въ сдѣлку, не составляетъ необходимаго условія для вступленія сдѣлки въ силу. Поэтому кредиторъ по абстрактной сдѣлкѣ и не обязанъ доказывать, что causa сдѣлки осуществилась. Напр., если я выдалъ долговую росписку такого рода, «симъ признаю, что обязанъ заплатить лицу А 1000 руб.», то А можетъ требовать уплаты, не будучи обязанъ доказывать, qua ex causa я выдалъ эту росписку. Но это не лишаетъ заитересованное лицо, принявшее на себя абстрактное обязательство, права доказывать съ своей стороны, что объективный результатъ сдѣлки, который имъ имѣлся въ виду, и ради котораго оно приняло на себя обязательство, не достигнутъ, и въ такомъ случаѣ истцу всетаки отказывается въ искѣ. Съ этой точки зрѣнія различіе между матеріальными и абстрактными сдѣлками сводится къ тому, что при матеріальныхъ сдѣлкахъ въ случаѣ спора истецъ, чтобъ добиться рѣшенія въ свою пользу, долженъ доказать, что causa сдѣлки съ точки зрѣнія противной

стороны достигнута, а при абстрактныхъ—отвѣтчикъ, если не желаетъ быть присужденъ къ уплатѣ, долженъ доказать, что causa сдѣлки недостигнута.

§ 48. Составныя части юридическихъ сдѣлокъ.

Различаютъ три составныя части юридическихъ сдѣлокъ: a) essentialia—это существенныя, необходимыя составныя части, которыя опредѣляютъ характеръ сдѣлки, и безъ которыхъ сдѣлка не можетъ существовать, напр., при куплѣ-продажѣ существеннымъ является соглашеніе о вещи и цѣнѣ; b) *naturalia*—это такія качества и послѣдствія юридической сдѣлки, которыя обыкновенно присущи ей или связаны съ ней, но которыя въ данномъ конкретномъ случаѣ могутъ и отсутствовать или быть замѣнены другими; такъ, напр., при куплѣ-продажѣ, по общему правилу, продавецъ отвѣчаетъ за скрытые недостатки вещи, но такая отвѣтственность можетъ быть исключена въ данномъ случаѣ по особому соглашенію; c) *accidentalia*—это такіе пункты, включенію которыхъ зависитъ отъ особаго усмотрѣнія сторонъ въ данномъ случаѣ. Изъ нихъ выдѣляются въ особенности conditio, tempus и modus. Кромѣ нихъ существуютъ и другіе добавочные пункты, которые обнимаются подъ общимъ названіемъ clausulae.—Въ данномъ конкретномъ случаѣ, конечно, одинаково важное практическое значеніе имѣютъ какъ тѣ пункты, которые представляются существенными по самому роду сдѣлки, такъ и тѣ, включеніе которыхъ зависитъ отъ усмотрѣнія сторонъ. Такъ, напр., если продавецъ желаетъ продать вещь подъ извѣстнымъ условіемъ, то для того, чтобы возникъ договоръ купли-продажи, требуется обоюдное соглашеніе не только относительно цѣны и вещи, но и относительно предложеннаго условія, включеніе котораго для него составляетъ ту conditio sine qua non, безъ принятія которой онъ и не желаетъ заключить сдѣлку.

§ 49. Понятіе условія[1]).

Условіями—conditiones называются такія добровольно включаемыя въ сдѣлки добавочныя распоряженія, которыя ставятъ наступленіе извѣстнаго юридическаго эффекта въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія какого-нибудь обстоятельства. Впрочемъ, слово conditio служитъ нерѣдко для обозначенія не только самого распоряженія, но и соотвѣтствующей составной части сдѣлки, а также и того обстоятельства, отъ наступленія котораго ставится въ зависимость юридическій эффектъ сдѣлки. Всякая сдѣлка, заключенная подъ такимъ ограниченіемъ, называется условной сдѣлкой, negotium conditionale. *Подъ условными сдѣлками* въ собственномъ смыслѣ разумѣютъ, однако, только такія сдѣлки, при которыхъ тотъ или другой юридическій эффектъ сдѣлки поставленъ въ зависимость отъ наступленія *будущаго неизвѣстнаго обстоятельства.* Спорятъ о томъ, что въ этихъ случаяхъ является обусловленнымъ: сама ли воля (такова точка зрѣнія Виндшейда), или сдѣлка, или послѣдствія ея (такъ смотритъ Регельсбергеръ).—Слѣдуетъ признать, что въ основѣ всякой сдѣлки, въ томъ числѣ и условной, лежитъ готовый волевой импульсъ, и что обусловленнымъ является не самый волевой актъ, какъ таковой, а то, что должно наступить, т.-е. т. н. *послѣдствія сдѣлки.*—Условнымъ сдѣлкамъ противополагаются мнимо-условныя сдѣлки. Ихъ существуетъ нѣсколько категорій.

1) Вступленіе сдѣлки въ силу поставлено въ зависимость отъ обстоятельства, которое, если вообще наступило, то успѣло уже наступить въ прошломъ или осуществилось въ настоящемъ (conditio in praesens vel in praeteritum relata), напр., si navis in portu stat, si Titius consul fuit. Въ такомъ случаѣ сдѣлка сама по себѣ съ самаго начала либо вполнѣ дѣйствительна, либо недѣйствительна: первое, если данное обстоятель-

[1]) Савиньи, System, т. III, 116—124. Regelsberger, Pandecten, I, § 151, стр. 556 и сл.

ство дѣйствительно наступило, второе, если этого не было; этому не противорѣчитъ, конечно, то, что заинтересованныя лица могутъ не знать, имѣется ли налицо данное обстоятельство или нѣтъ, такъ какъ рѣшающее значеніе имѣетъ тотъ фактъ, что въ такихъ случаяхъ не приходится ждать наступленія даннаго обстоятельства, а приходится лишь навести справку, имѣется ли оно налицо или нѣтъ. Ср. § 6 J. de verb. obl. 3, 15. Conditiones, quae ad praeteritum vel praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt veluti: „si Titus consul fuit“, vel „si Maevius vivit dare spondes?“ Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

2) Вступленіе сдѣлки въ силу поставлено въ зависимость отъ будущаго обстоятельства, но это обстоятельство безусловно должно наступить *(canditio quae omnimodo extitura est, такъ наз., неизбѣжное условіе)*; и тутъ нельзя говорить объ условной сдѣлкѣ, хотя бы заинтересованныя лица и не знали о томъ, что обстоятельство безусловно должно наступить. Ср. 1. 79 pr. D. de condit. 35, 1. „Heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato“ purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur; non potest enim conditio non existere.

3) Вступленіе сдѣлки въ силу поставлено въ зависимость отъ такого обстоятельства, которое безусловно не можетъ наступить *(c. impossibilis, невозможное условіе)*; въ такомъ случаѣ сдѣлка между живыми недѣйствительна; что же касается завѣщательныхъ распоряженій, то они остаются въ силѣ, а самое условіе разсматривается pro non scripto [1]). Во всякомъ случаѣ, здѣсь не можетъ быть рѣчи объ условной сдѣлкѣ, хотя бы заинтересованное лицо и не знало, что данное обстоятельство не можетъ наступить. Ср. § 11 J. de inutil. stipulat. 3, 19. Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat, veluti si quis ita dixerit: „Si digito coelum attigero, dare spondes?“

4) Вступленіе сдѣлки въ силу поставлено въ зависимость отъ такого обстоятельства, которое само собой разумѣется, т.-е. безъ котораго во всякомъ случаѣ сдѣлка не можетъ возникнуть (conditio tacita или conditio juris, молчаливое или безмолвное условіе); напр., si Primus heres erit, Titio decem dare damnas esto. И въ такомъ случаѣ не существуетъ условной сдѣлки въ техническомъ смыслѣ. Ср. 1, 99 D. de condit. 35, 1. Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. Указанныя четыре категоріи условій называются мнимыми условіями.

§ 50. Виды условій.

Условія могутъ быть *положительныя и отрицательныя*, смотря по тому, ставится ли юридическій эффектъ сдѣлки въ зависимость отъ наступленія извѣстнаго обстоятельства или ненаступленія его.

Они могутъ быть *произвольныя, случайныя и смѣшанныя*, potestativae, casuales и mixtae, смотря по тому, зависитъ ли исполненіе условія исключительно отъ усмотрѣнія условно-управомоченнаго лица, или совершенно не зависитъ отъ усмотрѣнія его, или же зависитъ частью отъ усмотрѣнія его, частью отъ внѣшнихъ обстоятельствъ (напр., отъ согласія третьихъ лицъ).

Суспензивныя и резолютивныя или отсрочивающія и отмѣняющія условія. Суспензивнымъ или отсрочивающимъ условіемъ называется такое, отъ котораго зависитъ, должна ли сдѣлка вообще вступить въ силу или нѣтъ. Резолютивнымъ или отмѣняющимъ условіемъ называется такое, на случай исполненія котораго разрушается сдѣлка, вступившая уже въ силу. Собственно говоря, въ послѣднемъ случаѣ имѣются двѣ сдѣлки: одна—главная, которая немедленно вступаетъ въ силу, и другая—подобная, которая заключается

[1]) См. ниже, § 54.

одновременно съ первою, и которая гласитъ, что долженъ быть возстановленъ status quo, существовавшій до заключенія первой сдѣлки, разъ исполнится условіе; эта побочная сдѣлка, очевидно, заключена подъ суспензивнымъ условіемъ, ибо отъ исполненія условія зависитъ, должна ли побочная сдѣлка вступить въ силу или нѣтъ, что въ данномъ случаѣ равносильно тому, должна ли главная сдѣлка быть разрушена или нѣтъ. Съ этой точки зрѣнія резолютивное условіе сводится къ суспензивному.

§ 51. Предѣлы допускаемости условій.

Существуютъ сдѣлки, которыя никогда не могутъ быть заключены подъ условіемъ, напр., принятіе наслѣдства, эманципація, вступленіе въ бракъ, усыновленіе. Включеніе условія влечетъ за собою недѣйствительность сдѣлки.

Существуютъ сдѣлки, которыя не допускаютъ включенія опредѣленныхъ условій. Включеніе такого условія по общему правилу влечетъ за собою недѣйствительность сдѣлки. Въ частности, не допускается включеніе условій, которыя противорѣчатъ характеру данной сдѣлки. Сюда, по господствующему мнѣнію, относятся условія, ставящія возникновеніе какой-нибудь обязанности въ зависимость отъ чистаго усмотрѣнія обязаннаго лица; впрочемъ, по этому вопросу существуетъ споръ, въ виду признанія въ Римскомъ правѣ такъ называемаго *Kauf auf Probe*—покупки вещи подъ условіемъ si placuerit [1]).

§ 52. Исполненіе условій.

Положительное условіе исполнилось, conditio existit, когда обстоятельство, которое должно было наступить, дѣйствительно наступило. Пока обстоятельство не наступило, но есть возможность, что оно наступитъ, говорятъ: conditio pendent. Когда ясно, что оно не наступитъ, то говорятъ: conditio deficit. Отрицательное условіе исполнилось, когда наступленіе обстоятельства, которое не должно было наступить, стало невозможнымъ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ условіе разсматривается какъ исполнившееся, хотя оно буквально и не исполнилось. Сюда относится прежде всего случай, когда тотъ, кому неисполненіе условія доставляетъ выгоду, намѣренно препятствуетъ исполненію его. Ср. l. 81. § 1. D. de cond. 35, 1. Tunc demum pro impleta habetur conditio, quum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat.

Далѣе, относительно нѣкоторыхъ случаевъ,гдѣ условіе состоитъ въ томъ, что требуется отъ условно-управомоченнаго лица совершить какое нибудь дѣйствіе, въ источникахъ признается, что разъ условно-управомоченное лицо съ своей стороны сдѣлало все, чтобы совершить дѣйствіе, то условіе считается исполнившимся, хотя бы условно-управомоченному лицу, по независящимъ отъ него причинамъ, и не удалось фактически совершить требуемое дѣйствіе. Другими словами, въ извѣстныхъ случаяхъ готовность къ совершенію требуемаго дѣйствія приравнивается къ совершенію его. По вопросу о томъ, въ какихъ именно случаяхъ дѣйствуетъ это правило, существуетъ споръ. Прежде всего это правило не имѣетъ безусловнаго характера, а представляетъ собою только презумпцію; именно презумируется вѣроятная воля лица, включившаго условіе. Слѣдовательно, если изъ обстоятельствъ дѣла явствуетъ, что въ данномъ конкретномъ случаѣ то лицо, по волѣ котораго включено въ сдѣлку такое условіе, не желало удовольствоваться одной готовностью условно-управомоченнаго лица совершить требуемое дѣйствіе, и придавало рѣшающее значеніе самому факту совершенія дѣйствія, то вышеизложенное правило безусловно теряетъ силу. Это ограниченіе признается всѣми. Сверхъ того, господствующее мнѣніе признаетъ, что презумпція эта дѣйствуетъ только въ такихъ случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ о распоряженіи на случай смерти,— она не распространяется на сдѣлки inter vivos. Ср.

[1]) Ср. Dernburg, Pandecten, т. I, § 108.

1. 11 D. de condit. instit. 28. 7 (Julianus). Si quis testamento hoc modo scripserit: „filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto; si non adoptaverit, ex-heres esto“, et filio parato adoptare, Titius nolit se arrogandum dare, erit filius heres, quasi expleta conditione. 1. 23. eod, plerumque enim haec conditio: „si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit“ ita accipi opportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat.

§ 53. Вліяніе условій на сдѣлку.

I. Pendente conditione. a) *Суспензивное условіе.* Пока неизвѣстно, исполнится ли или не исполнится условіе, сдѣлка находится in pendenti, т.-е. нельзя знать, вступитъ ли она въ силу или нѣтъ. Пока длится это состояніе, существуетъ только возможность наступленія того юридическаго эффекта, который свойственъ сдѣлкамъ того типа, къ которому принадлежитъ данная условная сдѣлка; другими словами, условно управомоченное лицо имѣетъ надежду, что соотвѣтствующій юридическій эффектъ наступитъ, напр., оно имѣетъ надежду пріобрѣсти денежное требованіе или надежду сдѣлаться собственникомъ вещи, стать наслѣдникомъ и т. п. Однако, несмотря на то, что эта надежда можетъ рушится, она тѣмъ не менѣе не лишена извѣстнаго юридическаго значенія, т.-е. она можетъ породить извѣстныя юридическія послѣдствія; это объясняется тѣмъ, что и одна только возможность наступленія извѣстныхъ, выгодныхъ для условно-управомоченнаго лица, юридическихъ послѣдствій представляетъ собою цѣнное благо, тѣмъ болѣе цѣнное на практикѣ, чѣмъ вѣроятнѣе, что условіе исполнится. Въ частности, сдѣлка вступаетъ въ силу, если условно обязанное лицо препятствуетъ исполненію условія (ср. § 52); далѣе, условно управомоченное лицо въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ требовать денежнаго или иного обезпеченія—cautio (напр., если нельзя положиться на условно обязанное лицо и т. д.). Затѣмъ условная сдѣлка, совершенная inter vivos, можетъ перейти къ наслѣдникамъ какъ условно-обязаннаго, такъ и условно управомоченнаго лица и т. д. d) *Резолютивное условіе.* Пока оно не наступило, но можетъ наступить, неизвѣстно, *останется* ли главная сдѣлка въ силѣ или будетъ ли она разрушена; но пока длится это состояніе, сдѣлка сохраняетъ полную силу; противная сторона сохраняетъ только надежду на то, что сдѣлка можетъ рушиться: въ извѣстныхъ случаяхъ, впрочемъ, она можетъ требовать обезпеченія со стороны условно-обязаннаго лица.

II. *Deficiente conditione*: a) Если выяснилось, что суспензивное условіе не наступитъ, то прямой результатъ тотъ, что сдѣлка считается несостоявшейся. Ср. 1. 8 pr. D. de periculo 18, 6, Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio sicuti nec stipulatio. b) Если резолютивное условіе не наступило, то столь же ясно, что сдѣлка остается въ силѣ.

III. *Existente conditione.* Если *суспензивное условіе* наступило, то сдѣлка, имѣвшая до того времени характеръ условный, *вступаетъ въ полную силу*, negotium *perficitur*, какъ говорятъ источники. Впрочемъ, при этомъ предполагается, что и остальныя предположенія, отъ которыхъ зависитъ вступленіе ея въ силу, продолжаютъ быть налицо въ моментъ наступленія условія. Такъ, напр., если была заключена условная купля-продажа, то по общему правилу требуется, чтобы купленная вещь не погибла до наступленія условія: если кто-нибудь подъ суспензивнымъ условіемъ былъ назначенъ наслѣдникомъ, то требуется, чтобъ онъ находился въ живыхъ въ моментъ наступленія условія и т. д.

Если условно-обязанное лицо въ промежуточное (между заключеніемъ сдѣлки и наступленіемъ условія) время успѣло установить относительно объекта сдѣлки какія-нибудь права въ пользу третьихъ лицъ, или извлекло какія нибудь выгоды изъ пользованія этимъ объектомъ, то возникаетъ вопросъ, остаются ли такія права въ силѣ и обязано ли условно обязанное лицо вернуть выгоду, извлеченную изъ вещи. Вопросъ этотъ очень спорный. Наиболѣе правильнымъ представляется слѣдующее разрѣшеніе этого вопроса [1]).

[1]) Ср Windscheid. Pandecten, т. I, § 91. Dernburg, т. I, § 111 и 112. Regelsberger, Pandecten, т. I, § 156.

Съ одной стороны всѣ *распоряженія* обязаннаго лица, совершенныя имъ въ промежуточное время *во вредъ* интересамъ условно-управомоченнаго лица, теряютъ всякую силу, если только исполненіе условія приводитъ къ пріобрѣтенію *вещнаго* права (напр., права собственности) со стороны условно-управомоченнаго лица, и если только стороны не условились иначе. Ср. l. 69 § 1 D. de leg. 1 (30). Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio existerit, potest nihilo minus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum. l. 11 § 1 D. quemadm. serv. amitt. 8. 6. Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes; extinguentur, si legati conditio existat. Videamus, an acquisitae sequantur legatarium. Et magis dicendum est, ut sequantur. Если же вслѣдствіе исполненія условія возникаетъ только *обязательственное* право, напр., не право собственности на вещь, а только право требовать передачи вещи въ собственность, то промежуточныя распоряженія условно-обязаннаго лица, напр., залогъ вещи, во всякомъ случаѣ остаются въ силѣ, но оно обязано вознаградить управомоченное лицо за причиненный послѣднему, благодаря этому, убытокъ. Съ другой стороны управомоченное лицо, по общему правилу, не можетъ требовать вознагражденія за выгоды, извлеченныя въ промежуточное время условно-обязаннымъ лицомъ черезъ пользованіе вещью, если только не существовало особой оговорки на этотъ счетъ.

Если наступило *резолютивное условіе*, то сдѣлка теряетъ силу, возникшее на основаніи ея правоотношеніе разрушается и въ этомъ отношеніи возстановляется status quo, существовавшій до заключенія сдѣлки. И здѣсь возникаетъ тотъ же вопросъ: какое значеніе имѣютъ промежуточные распорядительные акты условно-обязаннаго лица? И дальше, обязано ли оно вознаградить условно-уполномоченное лицо за выгоду, извлеченную изъ пользованія вещью? Наиболѣе правильнымъ представляется слѣдующее разрѣшеніе этого вопроса. Относительно распорядительныхъ актовъ, произведенныхъ условно-обязаннымъ лицомъ въ промежуточное время, дѣйствуютъ тѣ же начала, какъ и при суспензивныхъ условіяхъ. Что касается *выгодъ*, добытыхъ условно-обязаннымъ лицомъ въ промежуточное время чрезъ пользованіе вещью и извлеченіе плодовъ, то возникаетъ личное требованіе условно-управомоченнаго лица о возвратѣ или соотвѣтствующемъ вознагражденіи за эти выгоды, извлеченная условно-обязаннымъ лицомъ, если только стороны не условились иначе.

§ 54. О невозможныхъ условіяхъ.

Невозможное условіе есть такое, относительно котораго уже въ моментъ установленія его извѣстно, что оно не можетъ наступить. Причины, по которымъ это невозможно, могутъ быть физическія или юридическія, соотвѣтственно чему различаютъ физически невозможныя и юридически невозможныя условія: напр., si digito coelum attigero, centum dare spondes? si rem sacram donavero, centum dare spondes? Далѣе различаютъ абсолютно-невозможныя условія, которыя ни въ какомъ случаѣ не могутъ наступить, и относительно невозможныя, при которыхъ наступленію условія препятствуетъ случайное стеченіе обстоятельствъ. Наконецъ, различаютъ положительно-невозможныя условія, когда требуется наступленіе обстоятельства, которое не можетъ наступить, и отрицательно-невозможныя условія, когда требуется ненаступленіе обстоятельства, которое непремѣнно должно наступить.—Что касается вопроса о томъ, какое вліяніе оказываетъ на сдѣлку включеніе такого условія, то строго говоря, сдѣлка, совершенная подъ невозможнымъ суспензивнымъ условіемъ, должна была бы всегда считаться недѣйствительной. Однако, это признается только относительно договорныхъ соглашеній. Ср. l. 137 § 6 D. de verb. oblg. 45, 1. Quum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint: ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, *nullius momenti fore stipulationem*, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset. Что же касается распоряженій на случай смерти, то невозможное условіе разсматривается pro non scripto, т.-е. распоряженіе остается въ силѣ, якобы никакого

условія не было включено, притомъ безразлично, знало ли лицо, оставившее такое распоряженіе, что условіе невозможно, или нѣтъ. Ср. § 10. J. de hered instit. 2, 14. Impossibilis conditio in institutionibus et legatis nec non fideicomissis et libertatibus pro non scripta habetur. Сдѣлка, совершенная подъ невозможнымъ резолютивнымъ условіемъ, остается по общему правилу въ силѣ.

Къ невозможнымъ условіямъ приравниваются *безнравственныя*, conditiones turpes, которыя иногда называются нравственно невозможными. Къ нимъ причисляются съ одной стороны условія, которыя предполагаютъ совершеніе безнравственныхъ дѣйствій или упущеній, напр., si a viro divortisset, si quem occiderit, съ другой стороны и такія условія, гдѣ требуемое дѣйствіе, хотя и не предосудительно само по себѣ, но гдѣ включеніе его сообщаетъ сдѣлкѣ, какъ таковой, неблаговидный, безнравственный характеръ, напр., обѣщаешься ли ты уплатить мнѣ 1000 р., если ты не женишься на мнѣ? Такія условія тоже дѣлаютъ договорныя соглашенія недѣйствительными, а при завѣщательныхъ распоряженіяхъ разсматриваются pro non scriptis.

Безсмысленными условіями называются такія, которыя находятся во внутреннемъ противорѣчіи съ содержаніемъ сдѣлки; они въ качествѣ суспензивныхъ условій влекутъ за собою недѣйствительность сдѣлки. Ср. 1. 16. D. de cond. instit. 28, 7. Si Titius heres erit, Seius heres esto, si Seius heres erit, Titius heres esto. Julianus inutilem esse institutionem scribit, quum conditio existere non possit.

§ 55. О включеніи срока.

Включеніе срока въ сдѣлку можетъ имѣть цѣлью либо опредѣлить, съ какого момента должно вступить въ силу данное отношеніе, либо опредѣлить продолжительность его, т.-е. указать, когда долженъ наступить конецъ отношенію. Соотвѣтственно съ этимъ различаютъ начальный срокъ, *dies a quo* или *ex quo*, и конечный срокъ, *dies ad quem*. Срокъ можетъ быть точно указанъ, либо по календарю (напр., 30 іюня 1920 г.), либо путемъ ссылки на какое-нибудь событіе, которое уже совершилось, или относительно котораго извѣстно, когда оно наступитъ, напр., въ столѣтнюю годовщину смерти Пушкина, на Пасху черезъ годъ. Въ такихъ случаяхъ говорятъ *о dies certus*. Ему противополагается *dies incertus*, наступленіе котораго зависитъ отъ будущаго обстоятельства. При этомъ возможны различныя комбинаціи: a) извѣстно, что обстоятельство наступитъ, но неизвѣстно, когда, *dies certus an, incertus quando*, напр., въ день смерти A; b) неизвѣстно, наступитъ ли обстоятельство, но извѣстно, когда оно можетъ наступить, — dies incertus an, certus quando, напр., въ день твоего совершеннолѣтія, c) неизвѣстно, наступитъ ли вообще когда-нибудь данное событіе, и неизвѣстно когда, dies incertus an et quando, напр., въ день твоего вступленія въ бракъ, въ день рожденія твоего перваго сына.

Dies incertus an et quando всегда содержитъ на ряду со срокомъ условіе: самое возникновеніе или прекращеніе правоотношенія остается неизвѣстнымъ. Dies incertus an, certus quando, обыкновенно на ряду со срокомъ содержитъ условіе, хотя это не необходимо. Dies certus an, incertus quando и чистый dies certus an et quando, по общему правилу, не содержатъ условія, хотя и они въ связи съ опредѣленными другими обстоятельствами могутъ получить такое значеніе.

Срокомъ въ тѣсномъ смыслѣ называется только такой срокъ, который не содержитъ вмѣстѣ съ тѣмъ условія. Отличіе простого включенія срока отъ включенія условія заключается въ томъ, что не существуетъ неизвѣстности относительно возникновенія или прекращенія самаго правоотношенія; начальный срокъ лишь отодвигаетъ вступленіе въ силу вполнѣ извѣстнаго правоотношенія, конечный срокъ прекращаетъ дальнѣйшее существованіе или осуществленіе отношенія [1]).

Впрочемъ, *не при всѣхъ сдѣлкахъ допускается включеніе срока*, оно не допускается, напр., при бракѣ, усыновленіи, принятіи наслѣдства и т. д.

---

[1]) Ср. подробности у Дернбурга, Pandekten, т. I, § 114. 624.

§ 56. О modus или наказѣ.

На ряду съ главнымъ эффектомъ, ради достиженія котораго заинтересованное лицо, вступая въ сдѣлку, рѣшается на извѣстныя имущественныя жертвы, оно можетъ преслѣдовать и какой-нибудь дополнительный побочный эффектъ, возлагая въ этихъ видахъ на противную сторону извѣстныя обязанности, напр., продавая виллу съ паркомъ, продавецъ можетъ потребовать, чтобы публикѣ былъ открытъ доступъ въ паркъ, или одаривая кого-нибудь, даритель можетъ потребовать, чтобы противная сторона часть подаренаго передала третьему лицу, или ежегодно устраивала обѣдъ для нищихъ, и т. п. Такія дополнительныя оговорки встрѣчаются какъ при возмездныхъ, такъ и при безмездныхъ сдѣлкахъ. Не всегда онѣ имѣютъ одинаковое юридическое значеніе. Въ частности, поскольку мы имѣемъ дѣло съ возмездными сдѣлками, соотвѣтствующія оговорки не образуютъ особой юридической категоріи, а представляютъ собою лишь одинъ изъ элементовъ того эквивалента, который долженъ быть доставленъ противной стороной взамѣнъ того, что на основаніи сдѣлки должно поступить къ ней.

Значеніе самостоятельной юридической категоріи подъ именемъ modus или наказа такія оговорки могутъ пріобрѣсти *при дареніяхъ и завѣщательныхъ распоряженіяхъ*. Сущность modus или наказа заключается въ томъ, что на лицо, въ пользу котораго совершается дареніе или завѣщательное распоряженіе, возлагается *обязанность исполнить что-либо*. Съ точки зрѣнія дарителя или завѣщателя то, что должно быть исполнено противной стороной, является тѣмъ побочнымъ эффектомъ, который привходитъ къ главному эффекту сдѣлки, каковымъ является доставленіе дара, предоставленіе наслѣдства или отказа противной сторонѣ.

Чаще всего лицо обязывается употребить все или часть полученнаго имъ или соотвѣтствующую сумму денегъ на накую-нибудь цѣль, но на лицо мугутъ быть возложены и другія обязанности, напр., оно назначается наслѣдникомъ и обязывается принять имя наслѣдодателя. Ср. 1. 15 § 4 D de condit. 35, 1. Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti momentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur. Modus имѣетъ нѣкоторое сходство съ потестативными условіями, т.-е. съ такими условіями, исполненіе которыхъ зависитъ отъ воли условно-управомоченнаго лица; но коренное отличіе modi отъ условій заключается въ томъ, что modus въ противоположность условіямъ никогда не имѣетъ вещнаго характера, а всегда создаетъ только личное требованіе и личную обязанность.

Другими словами, неисполненіе modi, съ одной стороны, въ отличіе отъ *суспензивнаго условія* не пріостанавливаетъ юридическаго эффекта сдѣлки, который въ случаяхъ такого рода состоитъ въ пріобрѣтеніи какого-нибудь блага; напротивъ, пріобрѣтеніе блага совершается независимо и до исполненія modi; неисполненіе modi, съ другой стороны, въ отличіе отъ *резолютивнаго условія*, не прекращаетъ ipso jure юридическихъ послѣдствій сдѣлки, а создаетъ лишь личный *искъ объ исполненіи*, а при легатахъ и дареніяхъ, сверхъ того, альтернативный *личный искъ о возвратѣ дара*. Ср. 1. 17 D. de usu leg. 33,2. Требованіе объ исполненіи можетъ быть предъявлено, смотря по обстоятельствамъ, или тѣмъ лицомъ, которое доставило обязанному лицу имущественную выгоду, или его наслѣдниками, или третьимъ лицомъ, въ пользу котораго обязанное лицо должно было исполнить что-либо, или, наконецъ, органами государственной власти. Отъ modus отличается простой совѣтъ или пожеланіе, каковой не имѣетъ юридическаго значенія. Ср. 1. 71. pr. D. de condit. 35, 1. Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt; non esse cogendum Titium cavere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Въ данномъ конкретномъ случаѣ можетъ быть спорно, совершено ли распоряженіе sub modo или sub conditione; въ такомъ случаѣ in dubio слѣдуетъ допустить первое.

Виндшейдъ замѣняетъ modus гораздо болѣе общимъ понятіемъ предположенія, Voraussetzung (die Lehre v. d. Voraussetzung 1850. Pand. I § 87 ff). Предположеніе, го-

воритъ онъ, есть *неразвитое условіе*, unentwickelte Bedingung. Тотъ, кто заключаетъ сдѣлку подъ извѣстнымъ предположеніемъ, также желаетъ, чтобъ юридическій эффектъ сдѣлки сбылся лишь при извѣстномъ положеніи вещей, но отличіе предположенія отъ условія заключается въ томъ, что предположеніе не ставитъ наступленія или существованія юридическаго эффекта въ зависимость отъ наступленія желательнаго положенія вещей. Вслѣдствіе этого, сдѣлка вступаетъ въ силу и продолжаетъ существовать, хотя бы предположеніе не осуществилось. Однако, это противорѣчитъ настоящей волѣ заинтересованнаго лица, или иначе сдѣлка лишена матеріально правомѣрнаго основанія. Вслѣдствіе этого, лицо, которое терпитъ ущербъ отъ такой сдѣлки, съ одной стороны можетъ защищать противъ исковъ, возникающихъ изъ нея, путемъ *возраженій* (exceptiones), а съ другой стороны можетъ предъявить противъ того, кто пользуется выгодами отъ сдѣлки, требованіе объ уничтоженіи юридическихъ послѣдствій ея. Въ частности, modus по теоріи Виндшейда составляетъ только одинъ изъ видовъ предположенія. Противъ этой теоріи возсталъ особенно Ленель (Lenel). Онъ совершенно вѣрно замѣчаетъ, что подъ понятіе предположенія, какъ его понимаетъ Виндшейдъ, подходятъ всѣ вообще мотивы, которые въ данномъ частномъ случаѣ побудили данное лицо заключить данную сдѣлку. По крайней мѣрѣ, нѣтъ возможности указать сколько-нибудь опредѣленный критерій, которымъ бы отличалось одно изъ этихъ понятій отъ другого (предположеніе отъ обыкновеннаго побудительнаго мотива). Между тѣмъ, побудительные мотивы, приведшіе лицо къ рѣшенію заключить сдѣлку, по общему правилу не оказываютъ вліянія на силу сдѣлки, хотя бы они впослѣдствіи и не сбылись. Если же такъ, то понятіе предположенія теряетъ всякое опредѣленное юридическое значеніе, и остается только отказаться отъ него.

§ 57. Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.

Формулировка сдѣлки можетъ вызвать сомнѣніе насчетъ содержанія ея. Въ такомъ случаѣ необходимо стремиться къ выясненію настоящей воли сторонъ.

Возможно *автентическое толкованіе*, т.-е., сдѣлка можетъ быть истолкована самими заинтересованными лицами: такое толкованіе при двусторонніхъ сдѣлкахъ, конечно, не можетъ исходить отъ одной только стороны, и дальше—нельзя влагать въ сдѣлку того, чего вовсе въ ней не было выражено. Ср. 1. 21. § 1 D. qui test. facere 28,1 (Ulpianus). Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero quis in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solemnia explanari possit, quaeritur? ut puta *Stichum legaverat quum plures haberet*, nec declaravit, de quo sentiret. Titio legavit quum multos Titios amicos haberet; erraverat in nomine, vel praenomine vel cognomine quum in corpore non erresset: *poteritne postea declarare, de quo senserit? Et puto, posse, nihil enim nunc dat, sed datum significat.* 1. 12. D. de transact. 2,15 (Celsus) Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt transegerat, si postea censetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit.

Если непримѣнимо автентическое толкованіе, то обязанность истолковать, выяснить содержаніе сдѣлки выпадаетъ на долю судьи. Судья долженъ начать съ грамматическаго толкованія, причемъ обязанъ обратить вниманіе на общее и мѣстное значеніе словъ. Ср. 1. 25. § 1. D. de leg. III (32). Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. 1. 69 pr. eod. Non aliter a significatione verborum recedi opportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorem. Если этимъ не устраняются всѣ сомнѣнія, то слѣдуетъ принять такое толкованіе, при которомъ сдѣлка сохраняетъ свою силу, или которое наиболѣе соотвѣтствуетъ природѣ ея. Ср. 1. 80. D. de verb. obl. 45, 1. Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est accipi, quo res qua de agitur, in tuto sit. Далѣе in dubio слѣдуетъ принять болѣе *мягкое* толкованіе, въ частности, при односторонніхъ сдѣлкахъ такое, которое наименѣе связываетъ обязанное лицо. Ср. 1. 192 § 1 D. de R. J. 50, 17. In

re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius. При двусторонних сдѣлках слѣдуетъ in dubio высказаться противъ той изъ сторонъ, которая играла роль главнаго дѣйствующаго лица, и отъ которой, слѣдовательно, зависѣло точнѣе формулировать спорный пунктъ. Впрочемъ, существуетъ рядъ, такъ наз., *causae favorabiles*, поощряемыхъ отношеній, въ пользу которыхъ слѣдуетъ высказаться in dubio; сюда принадлежитъ dos, распоряженія на случай смерти, у римлянъ и свобода лица. Ср. 1. 85. pr. D. de R. J. 50, 17. In ambiguis pro dotibus respondere melius est. 1. 12 eod. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. 1. 179. eod. In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.

Противъ возможнаго невыгоднаго толкованія сдѣлокъ и другихъ дѣйствій лицо можетъ оградить себя путемъ *протестовъ и оговорокъ*; этимъ, однако, не могутъ быть предотвращены послѣдствія, наступающія независимо отъ воли дѣйствующаго лица, равно не могутъ быть ограничены права, пріобрѣтенныя третьими лицами.

§ 58. О представительствѣ при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ [1]).

Тотъ, кто желаетъ совершить юридическую сдѣлку, въ частности, заключить договоръ, можетъ пользоваться услугами третьихъ лицъ въ различной формѣ. Въ частности, третьи лица могутъ принять участіе въ заключеніи сдѣлки либо *въ качествѣ помощниковъ*, либо *въ качествѣ представителей. Помощникъ* считается такое *посредствующее лицо*, которому не предоставлено собственной иниціативы при совершеніи сдѣлки, въ частности—посыльный, nuntius (далѣе маклеръ). *Представителемъ*, напротивъ, считается такое посредствующее лицо, которое пользуется въ большей или меньшей степени самостоятельной иниціативой при заключеніи сдѣлокъ.

Представительство бываетъ прямое и косвенное. Прямой представитель заключаетъ сдѣлку не только за счетъ, но и *отъ имени господина сдѣлки.* Сущность прямого представительства заключается въ томъ, что сдѣлка заключается представителемъ, а юридическія послѣдствія, вытекающія изъ сдѣлки, отражаются исключительно на господинѣ сдѣлки, на принципалѣ, не затрагивая представителя. Въ частности, такъ какъ сдѣлка заключается представителемъ, то только въ его лицѣ и требуется надлежащая дѣеспособность, т. е. способность вступать въ сдѣлки даннаго типа. Съ другой стороны, такъ какъ юридическія послѣдствія сдѣлки отражаются на принципалѣ, то послѣдній обязанъ обладать надлежащей правоспособностью въ отношеніи даннаго права или данной обязанности. Если былъ заключенъ договоръ, то вопросъ о томъ, достигнуто ли соглашеніе, или же имѣется налицо несоотвѣтствіе между волей и внѣшнимъ проявленіемъ ея, разрѣшается опять таки съ той точки зрѣнія, что сдѣлка заключается представителемъ. Поэтому, напр., заблужденіе принципала само по себѣ не имѣетъ значенія. Ср. 1. 34 § 1 D. de acqu. poss. 41, 2. Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, *si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio acquiratur? Et quum placeat, ignoranti acquiri, poterit et erranti.*

Во всякомъ случаѣ для того, чтобы наступили всѣ эти послѣдствія, требуется, чтобы представитель заявилъ о томъ, что онъ заключаетъ сдѣлку отъ чужого имени, и чтобы онъ имѣлъ надлежащее полномочіе или чтобы сдѣлка была впослѣдствіи утверждена принципаломъ. Косвенный представитель заключаетъ сдѣлку *за чужой счетъ, но отъ собственнаго имени.* Въ такомъ случаѣ, представитель не только самъ заключаетъ сдѣлку, но и самъ пріобрѣтаетъ права и несетъ обязанности, вытекающія изъ сдѣлки, по отношенію къ противной сторонѣ, т. е. юридическія послѣдствія сдѣлки непосредственно отражаются на немъ, какъ будто онъ дѣйствовалъ за собственный счетъ. Поэтому, если, напр., кто-нибудь купилъ вещь въ качествѣ косвеннаго представителя другого, то только онъ можетъ требовать передачи вещи и только отъ него продавецъ можетъ требовать

[1]) Ср. Regelsberger, Pandecten, т. I. § 159—164. Schlossmann, die Lehre von der Stellvertretung, 2 тома.

уплаты. Тотъ фактъ, что въ дѣйствительности сдѣлка была совершена за чужой счетъ, получаетъ практическое значеніе лишь при *разсчетѣ* между представителемъ и самимъ лицомъ, за счетъ котораго онъ заключаетъ сдѣлку.

Различіе между прямымъ и косвеннымъ представителемъ имѣетъ важное историческое значеніе. Древнее Римское право не допускало прямого представительства. Ср. § J. per quas pers. 2, 9: per extraneam personam nihil acquiri posse. Но вмѣстѣ съ тѣмъ дѣйствовало правило, въ силу котораго все, что пріобрѣталось подвластными лицами, пріобрѣталось ими въ пользу ихъ властелина. Пріобрѣтеніе въ данномъ случаѣ имѣло мѣсто силою самого закона, помимо воли подвластнаго лица и часто даже безъ вѣдома властелина. Ср. pr. J. cod. 2, 9. Aquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus. Впослѣдствіи этотъ принципъ по отношенію къ подвластнымъ дѣтямъ подвергся значительнымъ ограниченіямъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ сложилось правило, что подвластныя дѣти всегда могутъ выступать въ качествѣ прямыхъ представителей отца. Со временемъ Римское право стало допускать и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ прямое представительство, въ особенности при пріобрѣтеніи владѣнія и собственности, но и въ Юстиніановскомъ правѣ такіе случаи считались исключительными, а общее правило гласило: per extraneam personam acquiri nobis non potest. Ср. § 5 J. per quas pers 2, 9. Et. hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod *per liberam personam* veluti per procuratorem, *placet* non solum scientibus, sed et ignorantibus, *nobis acquiri possessionem*, secundum Divi Severi constitutionem; et *per hanc possesionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit.* Въ современномъ Римскомъ правѣ принципіально допускается какъ прямое, такъ и косвенное представительство. Выборъ того или другого предоставляется усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ. Впрочемъ и теперь существуютъ сдѣлки, которыя не могутъ быть заключены черезъ представителя, какъ, напр., эманципація, усыновленіе и т. д.

Юридическая конституція понятія представительства составляетъ предметъ оживленнаго спора. Такъ нѣкоторые называютъ представительствомъ только *прямое представительство* (Іерингъ). Другіе признаютъ представительство во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ одно лицо дѣйствуетъ за другое, т. е. и въ случаѣ, гдѣ лицо дѣйствуетъ въ качествѣ простого помощника. Такъ Виндшейдъ называетъ помощника Stellvertreter in der Erklärung, а представителя Stellvertreter im Willen. Впрочемъ, и Виндшейдъ исключаетъ изъ понятія представительства въ тѣсномъ смыслѣ случаи косвеннаго представительства.

§ 59 Основанія прямого представительства.

Прямое представительство можетъ быть возложено на данное лицо: a) *по уставу юридическаго лица*; въ уставѣ можетъ быть указано, кто долженъ быть представителемъ юридическаго лица; b) *по полномочію, исходящему отъ подлежащей власти или по должности, занимаемой лицомъ;* сюда относится, напр., должность опекуна; c) *по полномочію или довѣренности, исходящей отъ самого представленнаго лица.* Въ такомъ случаѣ представитель именуется *procurator*, а лицо представленное—*dominus*. Опредѣленіе компетенціи такого представителя зависитъ отъ воли представленнаго лица, въ частности, отъ объема его довѣренности, которая можетъ быть общая или спеціальная, и отсюда различіе между *procurator generalis* и *procurator specialis*; такъ прокуратуру можетъ быть предоставлено завѣдываніе всѣмъ имуществомъ (procurator omnium bonorum) или опредѣленнымъ кругомъ имущественныхъ отношеній, напр., торговыми дѣлами принципала, или же онъ можетъ быть уполномоченъ совершить какую-нибудь одну сдѣлку или рядъ сдѣлокъ отъ имени своего принципала. Procurator omnium bonorum можетъ быть назначенъ для одного только надзора за сохранностью имущества (custodiae causa), или вмѣстѣ съ тѣмъ ему можетъ быть поручено и управленіе имуществомъ (administratio), съ извѣстными ограниченіями (напр., безъ права отчужденія отдѣльныхъ частей имущества) или безъ таковыхъ, такъ называемая *libera administratio*; но и въ послѣднемъ случаѣ онъ обязанъ считаться съ вѣроятною волей представленнаго лица.

§ 60. Ratihabitio,

Довѣренность можетъ быть замѣнена послѣдующимъ утвержденіемъ сдѣлки со стороны лица, отъ имени котораго она была совершена. Это, такъ называемая, ratihabitio. Ср. 1. 12 § 4 D. de solut 46, 3. Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habet dominus, quod solutum est, liberatio contingit, rati enim habitio mandato comparatur. Сдѣлка разсматривается такъ, якобы она съ самаго начала была заключена по волѣ лица, утвердившаго ее; въ этомъ смыслѣ ratihabitio имѣетъ обратную силу. Однако ratihabitio не влечетъ за собою ограниченіе благопріобрѣтенныхъ правъ третьихъ лицъ. Послѣдующее согласіе или утвержденіе имѣетъ обратную силу и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ. Сюда относятся всѣ тѣ случаи, гдѣ для дѣйствительности или вступленія въ полную силу юридической сдѣлки требуется согласіе третьяго лица, если только это согласіе дается при такихъ обстоятельствахъ, когда сдѣлка можетъ еще вступить въ силу. Сюда же относятся тѣ случаи, когда кто-либо, заключившій сдѣлку, которая можетъ быть имъ оспорена, по устраненіи обстоятельства, давшаго право оспорить сдѣлку, утверждаетъ ее. Но, если существовало такое препятствіе для вступленія сдѣлки въ силу, устраненіе котораго не зависитъ отъ воли лица, то и признаніе сдѣлки выраженное по устраненіи этого препятствія, не можетъ имѣть обратной силы.

§ 61. О недѣйствительности и оспоримости юридическихъ сдѣлокъ [1]).

Недѣйствительной или ничтожной—negotium nullum называется юридическая сдѣлка, которая не приводитъ къ тому объективному правовому результату, который при нормальныхъ условіяхъ связанъ съ сдѣлкой даннаго типа. Такъ недѣйствительный договоръ не порождаетъ права иска для контрагентовъ, недѣйствительное завѣщаніе не сообщаетъ указанному въ немъ наслѣднику права наслѣдованія и т. д. *Оспоримой называется сдѣлка, которая сама по себѣ хотя и приводитъ къ связанному съ сдѣлками ея типа правовому результату, но при которой этотъ результатъ по требованію той или другой стороны или третьяго заинтересованнаго лица можетъ быть опять уничтоженъ.* Разъ такое требованіе не предъявляется, разъ заинтересованное лицо не возбуждаетъ спора противъ сдѣлки или отказывается отъ своего права оспорить ее, сдѣлка сохраняетъ полную силу. Такъ, оспоримый договоръ (напр., купля-продажа, въ которую продавецъ былъ вовлеченъ обманнымъ образомъ дѣйствія покупщика), самъ по себѣ порождаетъ право требовать исполненія договора для каждой изъ сторонъ. Но продавецъ можетъ противопоставить иску покупщика exceptio doli, и въ такомъ случаѣ послѣднему будетъ отказано въ искѣ. Если оспоримая сдѣлка уже исполнена, то къ пріобрѣтателю переходятъ всѣ тѣ права, которыя вообще могутъ быть пріобрѣтены въ данномъ случаѣ; напр., если продавецъ по оспоримой куплѣ-продажѣ передалъ проданный объектъ покупщику раньше, чѣмъ узналъ объ обманѣ, то послѣдній пріобрѣтаетъ право собственности на этотъ объектъ, если только продавецъ самъ былъ собственникомъ вещи. Вслѣдствіе этого потерпѣвшій, по общему правилу, сохраняетъ *только личный искъ* о расторженіи договора или возмѣщеніи убытковъ противъ своего непосредственнаго контрагента, но не имѣетъ права иска противъ третьихъ лицъ. Напр., если покупщикъ въ приведенномъ примѣрѣ переуступилъ полученную отъ продавца вещь другому лицу, продавецъ можетъ только искать убытки съ покупщика, но не можетъ требовать возврата вещи отъ третьяго пріобрѣтателя, такъ какъ онъ, продавецъ, уже пересталъ быть собственникомъ вещи съ момента передачи ея покупщику. Впрочемъ, изъ этого правила допускаются исключенія; такъ напр., если кто-нибудь передалъ другому вещь на основаніи вынужденной сдѣлки, то, хотя право соб-

[1]) Ср. Regelsberger, Pandecten, т. I, § 174—176.

ственности на вещь переходитъ къ пріобрѣтателю, а отъ него къ третьимъ лицамъ, но, тѣмъ не менѣе, передавшій вещь посредствомъ actio quod metus causa можетъ потребовать возврата вещи не только отъ своего непосредственнаго контрагента, принудившаго его передать ему вещь, но при извѣстныхъ условіяхъ и отъ третьихъ лицъ, къ которымъ эта вещь могла перейти. Но и въ томъ, и въ другомъ случаѣ, разъ заинтересованное лицо не пожелаетъ возбудить спора противъ сдѣлки, она остается въ полной силѣ.

Абсолютная и относительная недѣйствительность. Среди недѣйствительныхъ сдѣлокъ необходимо различать абсолютно и относительно недѣйствительныя сдѣлки. *Абсолютно-недѣйствительная сдѣлка есть такая, ничтожность которой можетъ быть доказана всякимъ заинтересованнымъ въ дѣлѣ лицомъ*; даже больше, разъ судъ усмотритъ основаніе, по которому сдѣлка должна быть признана абсолютно-недѣйствительной, онъ, и помимо ходатайства заинтересованыхъ лицъ, долженъ признать ее ничтожной и отказать истцу въ искѣ. Такъ, напр., сдѣлки, совершенныя недѣеспособнымъ лицомъ или безъ соблюденія законныхъ формъ, абсолютно недѣйствительны. *Относительно-недѣйствительная сдѣлка есть такая, вопросъ о ничтожности которой можетъ быть возбужденъ только опредѣленными лицами.* Разъ эти лица не возбуждаютъ этого вопроса, то ни судъ, ни кто другой не можетъ ставить его, и сдѣлка остается въ силѣ. Сюда относятся, напр., случаи недѣйствительности, являющіеся результатомъ существеннаго заблужденія. Разъ я, напр., по ошибкѣ заключилъ не тотъ договоръ, который хотѣлъ заключить, или не съ тѣмъ лицомъ, которое я имѣлъ въ виду, и т. д., то только я и могу поднять вопросъ о признаніи заключенной мною сдѣлки недѣйствительной; если мнѣ по тѣмъ или другимъ причинамъ не хочется этого сдѣлать, ни противная сторона, ни третьи заинтересованныя лица, ни судъ не могутъ возбуждать этого вопроса. Относительно-недѣйствительныя сдѣлки имѣютъ нѣкоторое сходство съ оспоримыми сдѣлками въ томъ смыслѣ, что тутъ и тамъ вопросъ о дѣйствительности или оспоримости можетъ быть возбужденъ только опредѣленными лицами, отъ которыхъ вмѣстѣ съ тѣмъ зависитъ пользоваться или не пользоваться этимъ правомъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, между тѣми и другими существуетъ и коренное различіе. А именно, сдѣлка, признанная по ходатайству заинтересованнаго лица недѣйствительной, не порождаетъ уже никакихъ правъ, и потому, если отчуждатель до заключенія сдѣлки имѣлъ вещное право на уступленную имъ вещь, онъ, по общему правилу, сохраняетъ это право и можетъ поэтому требовать возврата вещи отъ третьихъ лицъ, къ которымъ она перешла. Напротивъ, оспоримая сдѣлка, сама по себѣ, приводитъ всегда къ тому правовому результату, который при заключеніи ея имѣлся въ виду; заинтересованное лицо можетъ только ходатайствовать объ обезсиленіи сдѣлки, о расторженіи ея, да и то такое право принадлежитъ заинтересованному лицу, по общему правилу, только по отношенію къ непосредственному контрагенту, а не по отношенію къ третьимъ лицамъ. Итакъ, по юридическимъ послѣдствіямъ своимъ относительно-недѣйствительныя сдѣлки вполнѣ приравниваются къ абсолютно-недѣйствительнымъ и рѣзко отличаются отъ оспоримыхъ.

Частичная недѣйствительность и оспоримость. Сдѣлка можетъ быть недѣйствительна или оспорима въ одной какой-нибудь части. Въ такомъ случаѣ она, по общему правилу, сохраняетъ силу въ остальныхъ своихъ частяхъ: utile non debet per inutile vitiari. Ср. 1. 1 § 5 D. V. O. 45, 1.

Исцѣленіе недѣйствительности и оспоримости. По общему правилу, абсолютно-недѣствительная съ самого начала сдѣлка никоимъ образомъ не можетъ уже стать впослѣдствіи дѣйствительной. Ср. 1. 29 D. de R. J. 50, 17. Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. Изъ этого правила существуетъ, однако, рядъ исключеній, когда negotium convalescitur. Такъ, напр., даренія между мужемъ и женой считаются недѣйствительными; но если супругъ даритель умретъ, не взявши назадъ своего дара, то на основаніи постановленія императоровъ Севера и Каракаллы дареніе вступаетъ въ силу, и, слѣдовательно, наслѣдники супруга дарителя не могутъ требовать возврата дара. Что касается относительно-недѣйствительныхъ и оспоримыхъ сдѣлокъ, то онѣ сохра-

няютъ полную силу, разъ заинтересованное лицо признаетъ сдѣлку, или откажется отъ своего права поднять вопросъ о недѣйствительности или оспоримости ея.

Превращеніе недѣйствительной сдѣлки въ другую, дѣйствительную, conversio negotti. Бываютъ случаи, когда сдѣлка, недѣйствительная сама по себѣ, содержитъ въ себѣ всѣ условія, необходимыя для дѣйствительности сдѣлки иного рода. Можетъ ли сдѣлка въ такомъ случаѣ быть сохранена въ силѣ во второмъ своемъ видѣ? На этотъ вопросъ in dubio слѣдуетъ дать утвердительный отвѣтъ, разъ объективный результатъ, имѣвшійся въ виду лицомъ, въ общемъ можетъ быть достигнутъ и вторымъ путемъ. Такъ, напр., вексель, выданный на простой бумагѣ, долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ; но онъ можетъ сохранить силу, въ качествѣ простой долговой росписки. Или, напр., акцептиляція (формальное отреченіе отъ стипуляціоннаго долга), будучи недѣйствительной какъ таковая, можетъ сохранить силу въ качествѣ неформальнаго pactum de non petendo. Ср. 1. 8, pr. D. de accept. 46,4 (Ulpianus) *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum* (sc. de non petendo), *quaeritur? et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum.* 1. 19 pr. eod. (Ulpianus), si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest.

Въ иныхъ случаяхъ такое превращеніе допускается только, если заинтересованное лицо прямо заявило, что разъ сдѣлка въ первоначальномъ своемъ видѣ не можетъ быть сохранена въ силѣ, оно желаетъ сохраненія ея въ иномъ видѣ. Такъ, напримѣръ, завѣщаніе, подписанное только пятью свидѣтелями, по Римскому праву недѣйствительно, такъ какъ требуется участіе семи свидѣтелей. Но оно можетъ быть сохранено въ силѣ въ качествѣ кодицилла, т. е. завѣщательнаго распоряженія, не содержащаго въ себѣ назначенія наслѣдника, а только отказы, такъ какъ для дѣйствительности кодицилла требуется участіе только пяти свидѣтелей. Но для того, чтобы такое завѣщаніе могло быть сохранено въ качествѣ кодицилла, требуется, чтобы завѣщатель включилъ въ него соотвѣтственную оговорку, такъ называемую clausula codicillaris.

§ 62. Ученіе о дареніи.

Вопросъ о мѣстѣ ученія о дареніи въ системѣ римскаго права до сихъ поръ разрѣшается неодинаково. Одни ученые излагаютъ это ученіе въ общей части, другіе включаютъ его въ ученіе объ обязательственныхъ правахъ. Несомнѣнно одно, что ученіе о дарованіи имѣетъ весьма общее значеніе, что самыя разнообразныя юридическія сдѣлки могутъ служить средствомъ для доставленія однимъ лицомъ безвозмездной выгоды другому, что дареніе можетъ быть совершенно не только въ формѣ дарственнаго обѣщанія, но и путемъ непосредственнаго врученія дара однимъ лицомъ другому, что дареніе встрѣчается не только inter vivos, но и mortis causa; въ виду всего этого представляется вполнѣ умѣстнымъ изложить основныя начала дарснія въ связи съ общимъ ученіемъ о юридическихъ сдѣлкахъ.

Понятіе и главные виды дарснія. Необходимо различать дареніе *въ обширномъ и тѣсномъ смыслѣ. Дареніе въ обширномъ смыслѣ называется всякое доставленіе лицомъ безвозмездной выгоды другому, разъ это совершается по доброй волѣ помимо всякой къ тому обязанности, хотя бы даже это не повлекло за собой уменьшенія имущества дарителя.* Съ этой точки зрѣнія должно быть признано дареніемъ, напримѣръ, отреченіе наслѣдника по завѣщанію отъ открывшагося въ его пользу наслѣдства, разъ это дѣлается съ тѣмъ, чтобы наслѣдство получилъ наслѣдникъ по закону или другой наслѣдникъ по завѣщанію, назначенный совмѣстно съ первымъ или на случай отказа его, хотя въ данномъ случаѣ собственное имущество дарителя очевидно, не уменьшилось: отъ только отказался отъ возможнаго увеличенія своего имущества. *Дареніемъ въ тѣсномъ смыслѣ называется только такое добровольное доставленіе безвозмездной выгоды однимъ лицомъ другому, которое предполагаетъ уменьшеніе*

собственнаго имущества дарителя. Сверхъ того требуется, по крайней мѣрѣ, по общему правилу, принятіе дара со стороны одареннаго. Различіе между дареніемъ въ обширномъ и тѣсномъ смыслѣ имѣетъ важное практическое значеніе, такъ какъ существующія *въ римскомъ правѣ ограниченія свободы даренія касаются только даренія въ тѣсномъ смыслѣ.* Такъ, напримѣръ, отказъ мужа отъ открывшагося въ его пользу наслѣдства и легата, вызванный желаніемъ доставить такимъ путемъ женѣ возможность пріобрѣсти наслѣдство или легатъ, не считается недѣйствительнымъ, ибо собственное имущество мужа вслѣдствіе этого не уменьшается, тогда какъ даренія въ тѣсномъ смыслѣ inter virum et uxorem недѣйствительны. Ср. напр. 1. 5 § 13. D. de donat. i. v. et u. 24, 1. (Ulpianus). Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Julianus scripsit... donationem valere; *neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit.* Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura. § 14. Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ говорить только о даренiи въ тѣсномъ смыслѣ. Дареніе бываетъ или дареніемъ между живыми — *donatio inter vivos,* или дареніемъ на случай смерти — *donatio mortis causa.* Послѣднее во всякомъ случаѣ теряетъ силу, если одаренное лицо умретъ раньше дарителя. Кромѣ того, donatio mortis causa отличается еще другими особенностями, которыя сближаютъ его съ другими завѣщательными распоряженіями. Въ виду этого объ этомъ видѣ даренія удобнѣе говорить при изложеніи наслѣдственнаго права. Здѣсь же мы разсмотримъ только дареніе между живыми.

Ограниченія дареній между живыми. Мы видѣли, что дареніемъ въ тѣсномъ смыслѣ называется всякое добровольное доставленіе безвозмездной выгоды однимъ лицомъ другому, сопряженное съ уменьшеніемъ имущества дарителя. Въ частности, дареніе можетъ быть совершенно *dando* (даритель непосредственно передаетъ какіе-нибудь объекты или устанавливаетъ какія нибудь вещныя права, напримѣръ, узуфруктъ въ пользу одареннаго), или *promittendo* (даритель обѣщаетъ передать въ будущемъ какую-нибудь вещь или установить какое-нибудь право въ пользу одареннаго), или *liberando* (даритель прощаетъ одаренному долгъ, или отказывается отъ какого нибудь вещнаго права и т. п.). Ко всѣмъ этимъ актамъ, разъ они совершены inter vivos, одинаково примѣняются слѣдующія правила. Всякій дарственный актъ, совершенный между супругами, недѣйствителенъ; впрочемъ, если супругъ-даритель умираетъ, не взявъ назадъ своего дара, дареніе, на основаніи особаго постановленія Севера и Каракаллы, остается въ силѣ. Въ другихъ случаяхъ свобода дареній подвергается разнымъ ограниченіямъ. Такъ, еще lex Cincia de donis et muneribus отъ 204 г. до Р. Х. постановила, что даренія, по общему правилу, не должны превышать опредѣленнаго максимума, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, ввела особыя стѣснительныя формальности, отъ соблюденія которыхъ зависѣло вступленіе даренія въ силу. Этотъ законъ въ поклассическомъ правѣ утратилъ силу. Взамѣнъ него сложилось правило, что даренія, превышающія сумму въ 500 солидовъ (solidus—золотая монета, содержащая $^1/_{72}$ фунта золота), нуждаются для дѣйствительности своей въ судебной инсинуаціи (insinuatio), т. е. даритель долженъ заявить на судѣ о предполагаемомъ имъ дареніи, о чемъ составляется протоколъ. Въ случаѣ несоблюденія этой формальности, дареніе, поскольку оно превышаетъ указанный максимумъ, считается недѣйствительнымъ. Что касается дареній на меньшую сумму, то они, по разъясненію Юстиніана, могутъ быть совершаемы неформально. Въ частности, Юстиніанъ въ этихъ предѣлахъ призналъ достаточнымъ неформальное дарственное обѣщаніе, pactum donationis, тогда какъ до него требовалось стипуляціонное обѣщаніе, promissio donationis. Дареніе, совершенное съ соблюденіемъ всѣхъ законныхъ формальностей, по общему правилу, не подлежитъ возврату. Изъ этого правила допускается исключеніе на случай грубой неблагодарности одареннаго лица, каковою считается нанесеніе дарителю грубыхъ словесныхъ оскорбленій, оскорбленія дѣйствіемъ, причиненіе значительнаго имущественнаго убытка, умышленное причиненіе опасности его жизни и неисполненіе возложеннаго на одаренное лицо modus. Во всѣхъ этихъ случаяхъ

даритель имѣетъ право требовать возврата даренія, revocatio donationis propter ingratitudinem. Впрочемъ, искъ о возвратѣ дара propter ingratitudinem можетъ быть предъявленъ только дарителемъ, но не его наслѣдниками, и только противъ одареннаго, но не противъ его наслѣдниковъ. Одаренное лицо отвѣчаетъ по этому иску въ предѣлахъ своего обогащенія. Наконецъ, надо замѣтить, что право обратнаго требованія вообще не допускается при, такъ наз., *donatio remuneratoria*, т. е. при дареніи, къ которому дарителя побудило желаніе вознаградить одаренное лицо за оказанную ему важную услугу, въ особенности, за спасеніе жизни.

Особые виды даренія между живыми. Существуетъ нѣсколько особыхъ видовъ donationes inter vivos. Сюда относятся: a) *donatio remuneratoria*, о которой уже было сказано, что къ ней не примѣняется право обратнаго требованія дара; b) *donatio sub modo*, дареніе съ возложеніемъ на одаренное лицо обязанности исполнить что либо; неисполненіе такого наказа даетъ дарителю альтернативное право требовать исполненія его или возврата дара; c) дареніе цѣлаго имущества или же части его. Такое дареніе не создаетъ универсальнаго преемства. Поэтому, для перехода правъ на отдѣльныя составныя части подареннаго имущества необходимо соблюденіе требованій, установленныхъ для сдѣлокъ между живыми; въ частности, для перехода права собственности на тѣлесныя вещи необходима традиція, для перехода обязательственныхъ требованій—цессія. Съ другой стороны, на одаренное лицо не переходитъ непосредственно и отвѣтственность за долги, лежащіе на подаренномъ имуществѣ. Отвѣтственнымъ лицомъ передъ кредиторами остается даритель, но одаренный in dubio обязанъ возмѣстить дарителю произведенныя въ погашеніе такихъ долговъ затраты.

О недозволенныхъ дѣйствіяхъ.

§ 63. Общія положенія.

Необходимо различать двѣ категоріи недозволенныхъ или неправомѣрныхъ дѣйствій: a) *абсолютно-недозволенныя дѣйствія, т. е. дѣйствія, прямо запрещенныя закономъ*; они называются *преступленіями* или *правонарушеніями*, *delicta*; поскольку ими нарушаются частныя права, они называются delicta privata и служатъ источникомъ особыхъ обязательствъ, такъ назыв. obligationes ex delicto, b) *относительно-недозволенныя дѣйствія, т. е. дѣйствія, сами по себѣ дозволенныя, но принимающія, при наличности извѣстныхъ условій, характеръ недозволенныхъ, вслѣдствіе нарушенія ими чужого права.*

Всякое неправомѣрное дѣйствіе съ точки зрѣнія гражданскаго права, по общему правилу, предполагаетъ съ объективной стороны извѣстный вредъ, а съ субъективной стороны извѣстную вину лица, culpa въ обширномъ смыслѣ, въ силу которой дѣйствіе можетъ быть вмѣнено ему. За случайный вредъ, причиненный однимъ лицомъ другому, причинившій такой вредъ, по общему правилу, не отвѣчаетъ; изъятія изъ этого принципа будутъ указаны въ своемъ мѣстѣ.

§ 64. Понятіе и виды вины [1]).

Вина, culpa въ обширномъ смыслѣ, есть неправомѣрное направленіе воли лица. Вина можетъ состоять въ томъ, что лицо сознательно совершаетъ данное дѣйствіе, сознавая его неправомѣрность. Въ такомъ случаѣ говорятъ о *dolus* или *dolus malus*, умыслѣ. Ср. 1. 1 § 2. D. de dolo 4,3. Или же вина состоитъ въ отсутствіи надлежащей осмо-

[1]) Hasse, die Culpa des Römisch. Rechts 2 изд. 1878. Jhering, das Schuldmoment im Römisch. Privat Recht. Pernice, M. A. Labeo, т. II. Mitteis, Römisches Privatrecht, I, § 17.

трительности и вниманія, въ недостаточномъ стремленіи избѣгнуть неправомѣрный эффектъ, безъ прямого намѣренія совершить зло. Въ такомъ случаѣ говорятъ о *culpa въ тѣсномъ смыслѣ, нерадѣніи.* Ср. 1. 31 D. ad leg. Aquil. 9,2. (Paulus). Mucius dixit *culpam autem esse quod, cum a diligente providere potuerit, non esset provisum*, aut tum denuntiatum esset, quum periculum evitari non possit. Подобно умыслу, и нерадѣніе можетъ проявиться либо въ дѣйствіяхъ, либо въ упущеніяхъ; соотвѣтственно съ этимъ различаютъ *culpa in faciendo и culpa in non faciendo.*

Отвѣтственность не только за dolus, но и за culpa можетъ возникнуть прежде всего во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ существуетъ особое правоотношеніе, обязывающее къ извѣстной осмотрительности; но и въ области внѣдоговорныхъ отношеній лицо, при извѣстныхъ условіяхъ, отвѣчаетъ не только при наличности dolus, но уже при наличности culpa. Въ частности, что касается поврежденія и уничтоженія чужихъ вещей, то ex lege Aquilia лицо отвѣчаетъ не только за умышленное, но и за всякое другое поврежденіе, если была хоть малѣйшая неосмотрительность съ его стороны: Ср. 1. 44 pr. D. ad leg. Aquil. 9,2. In lege Aquilia et levissima culpa venit. Въ случаяхъ, подпадающихъ подъ дѣйствіе legis Aquiliae, говорятъ о *cupla Aquiliana.* Она граничитъ съ *casus*, случаемъ. За случайный вредъ лицо, причинившее его, какъ уже было сказано, по общему правилу, не отвѣчаетъ [1]).

Но и для того, чтобы dolus и culpa могли быть вмѣнены лицу, оно должно пользоваться надлежащей дѣеспособностью. Ср. выше § 40.

§ 65. Степени culpae.

При поврежденіяхъ, подпадающихъ подъ дѣйствіе legis Aquiliae, не различаются никакія степени culpae; малѣйшая неосмотрительность имѣетъ одинаковое значеніе съ умысломъ.

Если между лицами существуетъ особое правоотношеніе, которое обязываетъ къ извѣстной осмотрительности (diligentia), то отсутствіе требующейся осмотрительности (negligentia), которое можетъ проявиться въ недостаточномъ радѣніи или въ чистомъ бездѣйствіи, вмѣняется въ вину, составляетъ culpa Не для всѣхъ правоотношеній требуется одинаковая степень осмотрительности,—соотвѣтственно этому различаютъ и различныя степени culpae; это значитъ, что въ однихъ случаяхъ не вмѣняется въ вину то, что въ другихъ вмѣняется въ таковую; то и другое зависитъ отъ большей или меньшей степени осмотрительности, какая требуется при данномъ правоотношеніи. Въ частности, общимъ абстрактнымъ критеріемъ для оцѣнки осмотрительности лица служитъ *diligentia diligentis patrisfamilias*, т. е. степень осмотрительности, которою отличается добропорядочный домохозяинъ при данныхъ условіяхъ. Отсутствіе такой осмотрительности составляетъ легкое нерадѣніе, *culpa levis;* оно граничитъ непосредственно со случаемъ, *casus*, который не можетъ быть вмѣненъ лицу. Ср. напримѣръ, 1. 14 D. de pign. act. 13,7 Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore (sc. pigneraticio) exiguntur. 1. 12 D. de peric. 18,6. Si vendita insula combusta esset, quum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? respondit... si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ считается достаточною и меньшая степень осмотрительности, именно такая, которая продиктовывается самыми элементарными правилами общежитія и совѣстливости. Отсутствіе ея свидѣтельствуетъ о поразительномъ легкомысліи и полномъ равнодушіи къ интересамъ другихъ лицъ и составляетъ грубое нерадѣніе, *culpa lata.* Оно граничитъ съ умысломъ, *culpo dola proxima*, и въ обязательственныхъ отношеніяхъ обыкновенно приравнивается къ умыслу. Ср. 1. 213 § 2

[1]) О нѣкоторыхъ исключеніяхъ изъ этого правила будетъ сказано ниже въ ученіи объ обязательственныхъ правахъ.

D. de V. S. 50, 16 Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere, quod omnes intelligunt. Старая доктрина различала еще третью степень вины, *culpa levissima*, которая противополагалась culpa levis и culpa lata. Въ настоящее время эта трихотомія окончательно оставлена. Наконецъ, бываютъ случаи, когда требуется только такая степень осмотрительности, которую лицо привыкло выказывать въ собственныхъ дѣлахъ, diligentia in concreto или diligentia, quam suis rebus adhibere solet; отсутствіе ея составляетъ culpa in concreto. Въ этихъ случаяхъ для оцѣнки culpa прилагается *конкретный* масштабъ. Въ такихъ предѣлахъ отвѣчаютъ за culpa товарищи (socii) другъ передъ другомъ, опекуны передъ опекаемымъ, мужъ передъ женой. Ср. § 9 J. de societate 3,25. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, *sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.* Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.

Глава III. О вліяніи времени на возникновеніе и прекращеніе правъ.

§ 66. Общій обзоръ.

Время оказываетъ различное вліяніе на правоотношенія. Опредѣленныя категоріи дѣйствій, въ особенности судебныя дѣйствія, не могутъ быть совершены въ извѣстные, именно въ *неприсутственные* дни.

Юридическое значеніе извѣстныхъ дѣйствій на основаніи законнаго или судебнаго постановленія обусловлено совершеніемъ ихъ въ извѣстное время или въ теченіе извѣстнаго времени (срока). При совершеніи юридическихъ сдѣлокъ возможно включеніе срока. Если извѣстное положеніе вещей продолжается въ теченіе опредѣленнаго срока времени, то по истеченіи этого срока могутъ наступить извѣстныя юридическія послѣдствія. Особо важное значеніе имѣетъ измѣненіе въ правахъ, наступающее благодаря болѣе или менѣе продолжительному осуществленію или неосуществленію ихъ. Первое при наличности извѣстныхъ условій можетъ привести къ пріобрѣтенію, второе къ прекращенію права. Соотвѣтственно съ этимъ различаютъ *пріобрѣтательную и погасительную давность*— praescriptio acquisitiva et extinctiva. Сроки и условія давности бываютъ весьма разнообразны. Общее значеніе имѣетъ одна только незапамятная давность.

§ 67. Раздѣленіе времени.

Важнѣйшее раздѣленіе времени есть дѣленіе его на годы, мѣсяцы и дни. Разъ навсегда установленное дѣленіе такого рода представляетъ календарь. Срокъ, опредѣленный по календарю, имѣетъ неподвижный начальный и конечный моменты и назыв. гражданскимъ или календарнымъ срокомъ, такъ говорятъ annus civilis, mensis civilis, dies civilis. Календарный день, раздѣленный на 24 часа, обнимаетъ срокъ времени отъ полуночи до полуночи. Обыкновенный годъ имѣетъ 365 дней, високосный 366 дней; високоснымъ днемъ—dies intercalaris считается 24 февраля (а не 29). При исчисленіи сроковъ високосный день вмѣстѣ со слѣдующимъ за нимъ днемъ считается за одинъ день (biduum pro uno die habetur).

На ряду съ календарными сроками встрѣчаются сроки времени съ подвижнымъ начальнымъ или конечнымъ моментомъ. Такъ календарному году противополагается *естественный* или *подвижной* годъ, т. е. срокъ времени, обнимающій 365 дней, причемъ счетъ времени начинается съ произвольнаго начальнаго момента; равнымъ образомъ календарному дню противополагается естественный день; сомнѣніе возбуждаетъ въ данномъ случаѣ счетъ по мѣсяцамъ, такъ какъ мѣсяцы имѣютъ не одинаковое число дней; in dubio мѣсяцъ считается въ 30 дней.

§ 68. Естественное и гражданское исчисленіе времени, computatio civilis и naturalis.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ наступленіе даннаго обстоятельства, напр., рожденіе лица или пріобрѣтеніе владѣнія, по истеченіи опредѣленнаго срока времени, влечетъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія, возникаетъ вопросъ о томъ, какъ опредѣлить начальный и конечный моменты срока.

Строго говоря, начальный моментъ срока въ такихъ случаяхъ долженъ совпадать съ тѣмъ моментомъ дня, въ который наступилъ данный фактъ, а конечный моментъ,— съ соотвѣтствующимъ моментомъ послѣдняго дня срока. Такое точное исчисленіе времени называется естественнымъ исчисленіемъ, *compulatio naturalis* или *a momento in momentum*. Оно примѣняется лишь въ видѣ исключенія, напр., при исчисленіи момента достиженія лицомъ совершеннолѣтія. Ср. 1. 3 § 3. D. de minor. 4,4. Minorem autem XXV annis natu videndum, an etiam diem natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut si captus sit restituatur? et quum nondum compleverit, ita erit *dicendum* ut *a momento in momentum tempus spectetur.*

Въ виду практическихъ неудобствъ, какія представляетъ подобный точный счетъ времени, въ большинствѣ случаевъ допускается уклоненіе; именно, по общему правилу, въ основаніе исчисленія каждаго срока кладется *счетъ времени по цѣлымъ днямъ.* Это такъ наз. гражданское исчисленіе, computatio civilis или *ad dies.* При немъ опредѣляется только день, но не моментъ, въ который наступило данное обстоятельство; этотъ день считается *первымъ*; послѣдній опредѣляется путемъ простого счета; при этомъ необходимо различать, идетъ ли рѣчь о пріобрѣтеніи какого-нибудь права, или какой-нибудь способности, или о прекращеніи какого-нибудь права. Въ первомъ случаѣ достаточно, чтобы наступилъ послѣдній день (dies certus pro completo habetur); во второмъ случаѣ требуется, чтобы весь день истекъ. Ср. 1. 15 pr. D. de div. temp. praesc 44,3. *In usucapione ita servatur, ut etam si minimo momento novissimi diei possessa sit res nihilominus repleatur usucapio* nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. 1. 6 D. de obl. et act. 44,7. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.

§ 69. Tempus continuum и utile.

По общему правилу, счетъ времени полагается непрерывный, tempus continuum. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ о совершеніи извѣстныхъ судебныхъ дѣйствій, которыя могутъ быть совершены только въ теченіе опредѣленнаго срока, не свыше одного года, допускается изъятіе въ томъ смыслѣ, что изъ общаго счета исключаются тѣ дни, въ которыхъ требуемое дѣйствіе не могло быть совершено, т. е. считаются только *dies utiles.* Такой срокъ называется tempus utile, напр., annus utilis, sex menses utiles, centum dies utiles. Препятствія, которыя принимаются въ разсчетъ, могутъ состоять: a) въ недоступности суда въ извѣстные дни; b) въ отсутствіи третьяго лица, присутствіе котораго требуется для совершенія дѣйствія; c) въ личномъ препятствіи заинтересованнаго лица, какъ то, отсутствіе или болѣзнь его, а также, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, незнаніе извѣстныхъ фактическихъ обстоятельствъ. Ср. 1. 1 D. de div. temp. praescr, 44,3. Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit res experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur exheriri. Proinde sive apud hostes sit sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo, vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet.

Plane is, qui valetudiue impeditur, ut mandare possit, in ea causa est ut experiundi habet potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habete eum, qui praetoris copiam non habuit proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit.

§ 70. Незапамятная давность.

Когда право осуществляется въ теченіе столь продолжительнаго срока времени, что никто не помнитъ, когда впервые началось осуществленіе его, то *предполагается*, что право нѣкогда было пріобрѣтено на основаніи особаго постановленія закона (lex specialis), или по какому нибудь другому правомѣрному основанію: другими словами фактъ осуществленія даннаго права съ незапямятныхъ временъ освобождаетъ отъ обязанности доказать, какимъ образомъ было пріобрѣтено право. Это, такъ называемая, *незапамятная давность*, praescripto immemorialis или indefinita. Незапамятная давность признавалась римскимъ правомъ подъ названіемъ *vetustas* въ извѣстныхъ случаяхъ, она получила дальнѣйшее развитіе въ каноническомъ правѣ и была распространена практикою на всѣ роды правъ, поскольку вообще мыслимо непрерывное осуществленіе даннаго права съ незапамятнаго времени и поскольку для пріобрѣтенія его не существуетъ болѣе краткой давности съ опредѣленнымъ срокомъ (praescriptio definitiva).

Для признанія существованія даннаго фактическаго состоянія съ незапамятныхъ временъ требуется, чтобъ никто не могъ дать показанія о томъ, когда наступило это состояніе, ни по собственному наблюденію, ни по разсказамъ предковъ. Доказательствами служатъ главнымъ образомъ, показанія лицъ, воспоминанія которыхъ обнимаютъ, по крайней мѣрѣ, послѣднія 40 лѣтъ; но и документы могутъ служить доказательствами. Сила подобныхъ доказательствъ разрушается если будетъ доказано неправомѣрное начало даннаго состоянія.

О привилегіяхъ.

§ 71. Понятіе, виды, возникновеніе и прекращеніе ихъ.

Надо различать привилегіи въ обширномъ и тѣсномъ смыслѣ. Подъ привилегіями въ обширномъ смыслѣ (jus singulare) понимаютъ правовую выгоду, предоставленную цѣлому классу лицъ, вещей или юридическихъ отношеній. Подъ привилегіями въ тѣсномъ смыслѣ понимаютъ правовую выгоду, предоставленную опредѣленному только лицу, или вещи, или юридическому отношенію. Мы имѣемъ въ виду привилегіи второго рода. Привилегіи могутъ быть публично-правовыя или частно-правовыя, положительныя и отрицательныя, постоянныя и временныя. Далѣе различаютъ *privilegia personae*, связанныя съ опредѣленнымъ лицомъ, и privilegia rei, связанныя съ опредѣленнымъ объектомъ или юридическимъ отношеніемъ.

Привилегіи возникаютъ: a) на основаніи *пожалованія* со стороны государственной власти b) на основаніи *обычнаго права* (спорно) и c) на основаніи (незапамятной) *давности*.

Привилегіи прекращаются: a) въ случаѣ *отпаденія* одного изъ объективныхъ предложеній ихъ, b) въ случаѣ *отреченія* управомоченнаго лица отъ нихъ, c) въ случаѣ *упраздненія* ихъ закономъ.

Осуществленіе и защита правъ.

Глава I.

§ 72. Осуществленіе правъ.

Всякое субъективное право даетъ возможность совершенія извѣстныхъ дѣйствій, извѣстныхъ актовъ пользованія или распоряженія. *Осуществленіе права заключается въ совершеніи тѣхъ дѣйствій, изъ которыхъ складывается данное право.*

Осуществленіе права въ большемъ или меньшемъ объемѣ зависитъ отъ усмотрѣнія управомоченнаго лица; продолжительное неосуществленіе права нерѣдко приводитъ къ потерѣ права. Права, по общему правилу, могутъ быть осуществлены черезъ представителей (другими словами, дѣйствія, входящія въ составъ даннаго права, могутъ быть совершены не только самимъ управомоченнымъ лицомъ, но и представителями его). При этомъ понятіе представительства въ правѣ толкуется источниками очень широко. Ср., напр., 1. 5. D. quemad. servit. 8,6. Servitus et per socium et fructuarium et bonae fidei possessorem nobis retinetur; 1. 6 pr. eod. nam satis est fundi nomine itum esse. Впрочемъ, существуютъ и такія права, которыя не могутъ быть осуществлены черезъ представителей (напр., нѣкоторыя семейственныя права).

Общее правило, опредѣляющее предѣлы осуществленія всякаго права, гласитъ: *qui suo jure utitur, nemini faciat injuriam*—другими словами, всякое дѣйствіе, которое входитъ въ составъ даннаго права, можетъ быть совершено даже въ томъ случаѣ, если оно приноситъ вредъ другому лицу и не приноситъ пользы управомоченному лицу. Ср. 1. 55 D. de R. J. 50,17. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. Однако, это суровое правило смягчается другимъ правиломъ: neque malitiis indulgendum est, въ силу чего не допускается такое осуществленіе права, которое *исключительно* клонится къ тому, чтобы нанести вредъ другому лицу. Ср., напр., 1. 1 § 12 D. de aqua 39,3. Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi nec de dolo actionem; et sane *non debet habere, si non animo vicino nocendi sed suum agrum meliorem faciendi id faciat.*

Нерѣдко имѣетъ мѣсто такое совпаденіе нѣсколькихъ правъ, при которомъ осуществленіе одного права исключаетъ или ограничиваетъ возможность осуществленія другого права. Это, такъ назыв., *коллизія правъ*. Въ такомъ случаѣ, по общему правилу каждому предоставляется осуществлять свое право поскольку это для него фактически возможно; слѣдовательно, тотъ, кого опередилъ другой, не можетъ осуществлять своего права согласно правилу: occupantis или possidentis melior est conditio; въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается лишь пропорціональное осуществленіе отдѣльныхъ правъ, въ особенности при конкурсѣ; иногда бросаютъ жребій.

Глава II. Обезпеченіе правъ, самозащита и самоуправство.

§ 73. Обезпеченіе правъ.

Возможность нарушенія правъ даетъ поводъ къ принятію особыхъ мѣръ, клонящихся къ обезпеченію будущаго осуществленія притязаній и исполненія соотвѣтствующихъ обязанностей. Эти *мѣры гарантіи называются cautiones* въ обширномъ смыслѣ. Такое значеніе могутъ имѣть *частныя сдѣлки*, *cautiones* въ *тѣсномъ смыслѣ*. Различаютъ *cautiones verbales et reales*. Къ первымъ относятся cautio *promissoria*, т. е. особое соглашеніе между заинтересованными лицами, которое у римлянъ заключалось въ формѣ *стипуляціи*, и cautio *iuratoria*,—клятвенное обѣщаніе обязаннаго лица. Ко вторымъ относятся: поручительство—cautio *fideiussoria*, которое даетъ управомоченному лицу возможность обратить взысканіе на другихъ лицъ, кромѣ непосредственно обязаннаго лица. Далѣе залогъ—cautio *pigneraticia*, наконецъ оставленіе вещи у третьяго, не заинтересованнаго лица—*sequestratio*. Смотря по тому, заключена ли сдѣлка такого рода добровольно, или на основаніи предписанія закона, различаютъ *cautio voluntaria* и *cautio necessaria*.

Такое же значеніе могутъ имѣть *судебныя распоряженія*, а именно, missio in possessionem—вводъ во владѣніе по судебному декрету, а также личный или имущественный арестъ, т.-е. судебное распоряженіе, въ силу котораго обязанное лицо временно лишается свободы или претерпѣваетъ ограниченія въ отношеніи права распоряженія тѣми или другими объектами, входящими въ составъ его имущества.

§ 74. Самозащита и самоуправство.

Самозащита есть самовольное отраженіе чужого неправомѣрнаго нападенія, клонящагося къ измѣненію существующихъ отношеній; при этомъ, въ случаѣ необходимости, разрѣшено употребить даже насиліе, *vim vi repellere licet.* Ср. 1. 1 § 27 D. de vi 43,16. Vim vi repellere licere Cassius scribit; idque jus natura comparatur; apparet, autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.

Самоуправство есть самовольное нападеніе съ цѣлью установленія такого положенія вещей, которое соотвѣтствовало бы дѣйствительно существующему или воображаемому праву лица, совершающаго нападеніе. Самоуправство по общему правилу считается *недозволеннымъ.* Въ частности, кредитору воспрещается, въ видахъ удовлетворенія своего требованія, завладѣть вещами должника безъ его согласія и безъ рѣшенія судебной власти; такое самоуправство на основаніи *Decretum Divi Marci* разрушаетъ самое требованіе. Ср. 1. 13. D. quod metus c. 4,2. Extat enim Decretum Divi Marci in haec verba: „Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris". Quum Marcianus diceret: „nullam vim feci", Caesar dixit: „tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est tunc, quotiens quis id, qnod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. *Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso sibi spondebatam sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse,* isque sibi jus in eam rem dixisse, *ius crediti non habebit.* Одинаковыя послѣдствія наступаютъ и въ томъ случаѣ, когда кредиторъ въ тѣхъ же видахъ принуждаетъ должника къ выдачѣ чего-нибудь, или захватываетъ дѣтей должника или вещи третьяго лица.

Далѣе на основаніи закона отъ 389 года лицо, которое самовольно завладѣваетъ вещью, которая находилась во владѣніи другого лица, обязано вернуть вещь и теряетъ свое право на нее, если оно таковое имѣло, если же оно не имѣло права на вещь, то оно не только обязано вернуть ее, но сверхъ того должно возмѣстить стоимость ея. Ср. § 1. J. de vi bon. rapt. 4,2. Divalibus constitutionibus—prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet; sed si quis contra statuta fecerit rei quidem suo dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem eius etiam aestimationem eius rei praestare. Quod non solum in mobilibus rebus, quae rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant. Исключеніе допускается въ томъ только случаѣ, если пришлось прибѣгнуть къ самоуправству за невозможностью предотвратить инымъ путемъ грозящую непоправимую потерю.

Глава III. Судебное осуществленіе правъ [1]).

§ 75. Общій обзоръ.

Нормальный порядокъ, въ которомъ осуществляются права, въ случаѣ оспариванія или нарушенія ихъ со стороны другихъ лицъ,—состоитъ, въ обращеніи въ судъ. Судъ прежде всего рѣшаетъ, существуетъ ли спорное право, а затѣмъ въ случаѣ нужды принимаетъ и принудительныя мѣры къ осуществленію его. Судъ не рѣшаетъ гражданскихъ дѣлъ ex officio,—для этого требуется предъявленіе *иска* со стороны заинтересованнаго лица; противная сторона можетъ противопоставить свои возраженія и т. д. Затѣмъ, требуется доказать тѣ *спорные факты,* которые свидѣтельствуютъ о правотѣ или неправотѣ сторонъ, послѣ чего слѣдуетъ постановленіе судебнаго рѣшенія. Изложеніе всего этого порядка производства входитъ въ составъ науки *гражданскаго процесса.* Наша наука разсматриваетъ лишь то вліяніе, которое оказываетъ спорность правъ, возможность осуществленія ихъ судебнымъ порядкомъ и самое судебное производство на отдѣльныя права.

[1]) Regelsberger. Pandekten, т. I, § 191 и сл., стр. 678 и сл.

Объ искахъ и возраженіяхъ.

§ 76. Понятіе иска.

Различаютъ ихъ въ процессуальномъ и въ матеріальномъ смыслѣ. То и другое обозначается словомъ actio. *Подъ искомъ въ процессуальномъ* смыслѣ понимаютъ то процессуальное дѣйствіе стороны, которымъ открывается судебное производство противъ другого лица. *Подъ искомъ въ матеріальномъ смыслѣ* или правомъ иска понимаютъ связанное съ даннымъ матеріальнымъ правомъ правомочіе правообладателя обратиться къ суду, дающее ему возможность путемъ установленія соотвѣтствующаго конкретнаго отношенія къ суду добиться судебной защиты своего матеріальнаго права въ случаѣ нарушенія или опасности нарушенія его. Въ послѣднемъ смыслѣ источники говорятъ: l. 51. D. de obl. et act. 44,7 (Celsus), nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. Соотношеніе между охраняемымъ правомъ и охраняющимъ его искомъ въ матеріальномъ смыслѣ таково, что только такое право считается полнымъ, которое соединено съ искомъ.

§ 77. Вещные и личные иски.

Основнымъ дѣленіемъ исковъ считается у римскихъ юристовъ дѣленіе ихъ на *иски вещные* и *иски личные—actiones in rem, actiones in personam.*

Actiones in personam—суть иски, возникающіе изъ обязательственныхъ требованій. Иски называются личными—in personam, потому что обязательственное требованіе, на основаніи котораго возникаетъ искъ, указываетъ личность должника, противъ котораго искъ предъявляется. Впрочемъ, и тѣ обязательственныя требованія, которыя не указываютъ сразу точно личность должника, порождаютъ личные иски. Сюда относится *actio quod metus causa*, на основаніи котораго отвѣчаетъ всякій, къ кому дошло что-либо на основаніи вынужденной сдѣлки; *actiones noxales*, на основаніи которыхъ отвѣчаетъ властелинъ по преступленіямъ его подвластныхъ лицъ, хотя бы въ то время, когда было совершено преступленіе, онъ еще не былъ властелиномъ виновника (напр., рабъ лица А укралъ у В вещь, и затѣмъ этого раба купилъ С, actio furti noxalis предъявляется противъ С) и нѣкоторые другіе. Такіе иски, въ отличіе отъ обыкновенныхъ личныхъ исковъ, называются *actiones in rem scriptae.*

Actiones in rem въ тѣсномъ смыслѣ называются у римскихъ юристовъ искъ о собственности (rei vindicatio) и сервитутные иски (actio negatoria и confessoria). *Въ обширномъ смыслѣ actio in rem* называется всякій *искъ, не возникающій изъ обязательственнаго отношенія.* Сюда относится *hereditatis petitio* (искъ о наслѣдствѣ), actio hypothecaria (искъ о закладномъ правѣ), actio Publiciana (искъ для защиты узукапіоннаго владѣнія), далѣе семейно-правные иски (напр., vindicatio filii). Особенность всѣхъ этихъ исковъ заключается въ томъ, что заранѣе неизвѣстна личность отвѣтчика.

Часто къ вещнымъ искамъ причисляютъ также *actiones praeiudiciales.* т.-е. иски, направленные не на присужденіе отвѣтчика къ чему-либо въ пользу истца, а лишь на *признаніе* существованія или несуществованія какого-нибудь *конкретнаго* правоотношенія. Къ числу ихъ относятся, напр., иски о состояніи (о свободѣ лица, о свободнорожденности, о семейномъ положеніи его). Ср. § 13 J. de act 4,6. Praejudicales actiones in rem esse videntur; quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. Но многіе ученые съ этимъ не согласны. Вообще юридическая квалификація преюдиціальныхъ исковъ въ современной литературѣ составляетъ предметъ оживленнаго спора[1]).

[1]) Ср. Windscheid, Pandecten, т. I, § 45. Regelsberger, Pandecten, т 1, § 191.

§ 78. Иски о вознагражденіи, иски штрафные и иски смѣшанные.

Смотря по объекту своему имущественно-правные иски распадаются на три категоріи: a) *иски о вознагражденіи, actiones persequendae causa comparatae* или *actiones rei persecutoriae;* они имѣютъ цѣлью доставить истцу то, что при нормальныхъ условіяхъ должно было поступить въ его имущество, или чего онъ при нормальныхъ условіяхъ не долженъ былъ лишиться; къ этимъ искамъ, по общему правилу, относятся вещные иски и иски по договорнымъ обязательствомъ: b) *иски штрафные, acliones poenales* или *poenae persequendae causa comparatae* даютъ истцу право требовать уплаты извѣстной денежной пени, превышающей, по общему правилу, размѣръ убытка его; эти иски предполагаютъ совершеніе правонарушенія со стороны отвѣтчика, т.-е. вытекаетъ ex delicto (сюда относится, напр., *actio furti*); c) *иски смѣшанные, actiones mixtae id est, tam rei, quam poenae causa comparatae,* — это иски, преслѣдующіе ту и другую цѣль. Сюда относятся, напр., actio vi bonorum raptorum, actio legis Aquiliae и др. Иногда штрафной элементъ примѣшивается къ нимъ въ томъ только случаѣ, если привходитъ какое-нибудь особое обстоятельство, напр., отвѣтчикъ не удовлетворяетъ истца вплоть до самого постановленія судебнаго рѣшенія, или отрицаетъ правильность притязанія истца.

Въ современномъ римскомъ правѣ большинство штрафныхъ и смѣшанныхъ исковъ отпало. Впрочемъ, съ точки зрѣнія отвѣтчика можно назвать штрафными всѣ тѣ иски, по которымъ онъ не только обязанъ выдать то, что неправильно къ нему поступило, но сверхъ того отвѣчаетъ и остальнымъ своимъ имуществомъ, хотя бы съ точки зрѣнія истца искъ имѣлъ характеръ простого иска о вознагражденіи. И такіе иски называются въ источникахъ actiones poenales. Савиньи называетъ такіе иски *односторонними штрафными исками.*

§ 79. Односторонніе и двусторонніе иски.

Большинство исковъ суть односторонніе иски, actiones simplices, т.-е. *роли истца и отвѣтчика прямо противоположныя,* истецъ требуетъ признанія своего права и присужденія отвѣтчика, отвѣтчикъ требуетъ, чтобы истцу было отказано въ искѣ. Но *въ извѣстныхъ случаяхъ обѣ стороны являются одновременно истцами и отвѣтчиками, uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet,* истецъ отличается отъ отвѣтчика лишь тѣмъ, что онъ первый обратился въ судъ. *Такіе иски называются двусторонними, actiones duplices...* Сюда относятся три раздѣльныхъ иска, *iudicia divisoria* (actio communi dividundo, actio familiae erciscundae и actio finium regundorum). Источники туда же относятъ также interdicta retinendae possessionis, но послѣдніе не всегда имѣютъ характеръ двустороннихъ исковъ.

§ 80. Исторически важныя дѣленія исковъ.

Actiones civiles и *honorariae,* т.-е. иски, основанные на цивильномъ правѣ, и иски, введенные магистратами, въ частности преторами и курульскими эдилами *(actiones praetoriae* и *actiones aedilicae).*

Actiones in ius и actiones in factum conceptae. Римская исковая формула во время дѣйствія формулярнаго процесса, какъ извѣстно, состояла изъ двухъ главныхъ частей: *intentio* и *condemnatio.* Преторъ говорилъ въ ней: если будетъ доказано истцомъ такое-то право или такой-то фактъ... *(intentio),* то слѣдуетъ кондемнировать отвѣтчика *(condemnatio),* въ противномъ случаѣ слѣдуетъ освободить его отъ отвѣтственности. Итакъ, интенція служила положительнымъ *условіемъ* кондемнаціи. Въ интенціи указы-

валось или то право, на которомъ истецъ основывалъ свой искъ, intentio in jus concepta, или рядъ фактовъ, при наличности которыхъ отвѣтчикъ долженъ быть кондемнированъ (intentio in factum concepta). Интенція перваго рода обязательно содержится во всѣхъ цивильныхъ искахъ, такъ какъ въ основаніи всѣхъ ихъ всегда лежитъ цивильное право, напр., квиритское право собственности (si paret rem Auli Agerii esse ex Jure Quiritium et rel.) или какое-нибудь сервитутное право (si paret jus eundi agendi esse et rel) и т. д. Другими словами, всѣ цивильные иски суть actiones in jus conceptae. Что же касается преторскихъ исковъ (actiones honorariae), то встрѣчались двѣ комбинаціи: въ однихъ случаяхъ преторъ создавалъ новый искъ, составлялъ совершенно новую формулу примѣнительно къ данному случаю, *перечисляя въ интенціи тѣ факты*, при наличности которыхъ дѣло должно быть рѣшено въ пользу истца (напр., si paret Aulum Agerium aqud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dola malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse et rel.). Такая intentio называется intentio in factum concepta, а соотвѣтствующій искъ—actio in factum concepta или просто actio in factum. Въ другихъ случаяхъ преторъ пользовался готовой цивильной формулой, лишь видоизмѣняя ее путемъ включенія фикціи или другихъ оговорокъ (напр., si paret Lucio Titio a Dione Hermaei filii factum furtun esse, quam ob rem eum *si civis Romanus esset*, pro fure damnum decidere opporteret et rel.). Такимъ образомъ, въ этихъ случаяхъ intentio оставалась in jus concepta. Поэтому и соотвѣтствующіе иски были actiones in jus conceptae. Итакъ, цивильные иски всегда были actiones in jus conceptae, а преторскіе иски могли быть или *in ius conceptae* или in factum conceptae.

Actiones directae и *utiles*. Это дѣленіе исковъ находится въ тѣсной связи съ только что изложеннымъ дѣленіемъ исковъ на actiones in jus и in factum conceptae. Именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ преторъ пользовался уже готовой формулой, лишь видоизмѣняя ее и приспособляя ее тѣмъ самымъ къ новымъ случаямъ, не подходившимъ подъ старую формулу, первоначальный искъ называется *actio directa*, построенный по типу его—*actio utilis*. Въ частности, всѣ преторскіе actiones in jus conceptae обязательно были actiones utiles по сравненію съ тѣми цивильными исками, изъ которыхъ они выросли, благодаря включенію въ формулы послѣднихъ разныхъ оговорокъ. Но этимъ дѣло не ограничилось. Встрѣчаются и utiles in factum actiones. Именно, преторъ могъ, создавая новый искъ примѣнительно къ существующему уже иску, избрать прототипомъ не только цивильный искъ, но и созданный имъ уже раньше преторскій искъ съ intentio in factum concepta, видоизмѣняя опять-таки эту интенцію путемъ разныхъ вставокъ и оговорокъ. Тогда получался новый искъ, *конципированный* in factum и являющійся по отношенію къ своему прототипу utilis in factum actio.

Actiones ordinariae, *extraordinarie* и *interdicta*. *Actiones ordinariae* были иски, которые, послѣ предварительнаго разбора in jure передъ магистромъ, переходили на разсмотрѣніе присяжнаго судьи или судебной коллегіи; эта вторая стадія производства называлась производствомъ in judicio. *Actiones extraordinariae* назывались иски, которые окончательно разрѣшались магистратомъ. Это различіе, имѣвшее важное значеніе при формулярномъ процессѣ, отпало вмѣстѣ съ паденіемъ этого процесса. Именно, въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ omnia judicia extraordinaria facta sunt. *Интердикты* первоначально были условные приказы претора, издаваемые въ извѣстныхъ случаяхъ по ходатайству одной изъ сторонъ; если противная сторона не желала подчиниться приказу, то онъ не приводился непосредственно въ исполненіе, а служилъ лишь основаніемъ для дальнѣйшаго производства. Съ теченіемъ времени, этотъ порядокъ испрашиванія ad hoc приказовъ у претора вышелъ изъ употребленія; вмѣсто того стали прямо предъявлять иски, ссылаясь на общія формулы интердиктовъ, изображенныя въ эдиктѣ, т. н. *interdicti actiones* (т.-е. иски, основанные на интердиктѣ); обыкновенно эти иски называются просто интердиктами.

Actiones stricti iuris et bonae fidei. Иски, возникающіе изъ *договорныхъ* обязательствъ, дѣлились у Римлянъ на actiones stricti juris и bonae fidei. Это различіе объ-

ясняется тѣмъ, что въ однихъ случаяхъ судья, при обсужденіи обстоятельствъ дѣла, долженъ былъ строго держаться буквальнаго смысла договора, а въ другихъ — допускалась болѣе свободная оцѣнка договорнаго отношенія, примѣнительно къ требованіямъ справедливости. Въ современномъ правѣ это различіе утратило всякое практическое значеніе, такъ какъ теперь во всѣхъ случаяхъ примѣняется оцѣнка ex fide bona.

Особую разновидность исковъ представляли собою *actiones arbitrariae*. Къ числу такихъ исковъ относился рядъ вещныхъ и личныхъ исковъ, направленныхъ *ad restituendum и ad exhibendum*. Причина, по которой эти иски носили характеръ actiones arbitrariae, заключалась въ томъ, что въ классическомъ римскомъ правѣ получилъ безусловное господство принципъ: omnis condemnatio pecuniaria esse debet. Для истца этотъ принципъ былъ связанъ съ большими неудобствами, разъ требованіе его было направлено не на денежную сумму, а, напр., на выдачу или передачу или предъявленіе какой-нибудь вещи. И вотъ, въ видахъ смягченія неудобствъ, связанныхъ съ pecuniaria condemnatio, для указанныхъ выше случаевъ складывается такое начало: судья, убѣдившись въ правотѣ истца, до постановленія окончательнаго рѣшенія по дѣлу, произноситъ т. н. pronuntiatio, т. е. предлагаетъ отвѣтчику непосредственно удовлетворить истца выдачею или предъявленіемъ искомой вещи, и, лишь въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ не подчиняется этому предложенію, онъ присуждаетъ его къ уплатѣ соотвѣтствующей суммы денегъ, причемъ, по общему правилу, допускается невыгодная для отвѣтчика оцѣнка убытка истца. Actiones arbitrariae тоже утратили въ настоящее время практическое значеніе, такъ какъ теперь всякое судебное рѣшеніе обязываетъ отвѣтчика къ исполненію непосредственнаго требованія истца и подлежитъ, поскольку это возможно, принудительному осуществленію.

Actiones privatae и *papulares*. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ римское право разрѣшало всякому гражданину, въ качествѣ представителя всего общества, предъявлять искъ противъ лица, нарушившаго какое-нибудь постановленіе закона или эдикта, изданнаго въ защиту общественныхъ интересовъ. Это т.-н. actiones populares, въ противоположность которымъ остальные иски назывались actiones privatae. Въ настоящее время actiones populares болѣе не встрѣчаются.

§ 81. О возраженіяхъ и опроверженіяхъ [1]).

Понятіе возраженія. Отвѣтчикъ можетъ защищаться троякимъ образомъ противъ предъявленнаго къ нему иска: а) онъ *отрицаетъ* тѣ факты, на которыхъ, якобы, основано право истца; доказать въ такомъ случаѣ наличность этихъ фактовъ составляетъ обязанность истца; b) онъ *приводитъ другіе факты*, изъ которыхъ явствуетъ, что право, несмотря на приведенные истцомъ факты, не могло возникнуть или должно было *прекратиться*, такъ что, во всякомъ случаѣ, ко времени предъявленія иска это право уже не существуетъ; onus probandi въ такихъ случаяхъ падаетъ на отвѣтчика; с) наконецъ, отвѣтчикъ, не отрицая самаго права истца, *противополагаетъ* этому праву такое обстоятельство, которое, разъ на него будетъ сдѣлана ссылка, парализуетъ судебное осуществленіе права истца навсегда или на время, напр., иску о собственности отвѣтчикъ противополагаетъ свое право узуфрукта на спорную вещь, или иску объ исполненіи договора онъ противополагаетъ ссылку на обманный образъ дѣйствія истца, допущенный имъ при заключеніи договора; въ первомъ случаѣ отвѣтчикъ ссылается на самостоятельное встрѣчное право, во второмъ—на извѣстный фактъ; и въ этихъ случаяхъ onus probandi падаетъ на отвѣтчика. Ссылка отвѣтчика на такое обстоятельство, парализующее судебное осуществленіе права истца, называется *возраженіемъ*, *exceptio* въ *тѣсномъ или матеріальномъ смыслѣ*. Итакъ, возраженіе въ матеріальномъ смыслѣ

---

[1]) Ср. Dernburg, Pandecten, т. I, § 138, Windscheid, Pandecten, т. I, 47.

есть право отвѣтчика отклонить искъ истца временно или навсегда, путемъ ссылки на обстоятельство, способное парализовать осуществленіе этого права. *Exceptio въ широкомъ или процессуальномъ смыслѣ* обнимаетъ не только случаи третьей, но и второй категоріи, т. е. вообще всѣ случаи, въ которыхъ onus probandi лежитъ на отвѣтчикѣ. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ говорить только объ эксцепціяхъ въ матеріальномъ смыслѣ.

Историческое и догматическое значеніе эксцепцій. Exceptiones играли важную роль въ исторіи римскаго права, въ качествѣ средствъ борьбы претора противъ ригоризма цивильнаго права. Во время господства формулярнаго процесса, онѣ выдѣлялись и внѣшнимъ образомъ, образуя собою составную часть формулы, которая включалась по ходатайству отвѣтчика. Съ паденіемъ формулярнаго процесса, эта внѣшняя отличимость эксцепцій отпала. Послѣднее обстоятельство, въ связи съ уничтоженіемъ различія между цивильнымъ и преторскимъ правомъ, побудило нѣкоторыхъ ученыхъ (особенно Ленеля) высказать мысль, что въ современномъ правѣ не существуетъ больше эксцепцій въ матеріальномъ смыслѣ. Другими словами, эти ученые утверждаютъ, что уже не существуетъ такихъ возраженій, которыя не уничтожаютъ права истца, а только препятствуютъ его осуществленію. Съ этимъ нельзя, однако, согласиться. Exceptio въ матеріальномъ смыслѣ имѣетъ не только историческое, но и догматическое значеніе. И въ современномъ правѣ необходимо отличать случаи, въ которыхъ истецъ не обладаетъ вовсе тѣмъ правомъ, на которомъ онъ основываетъ свой искъ, отъ случаевъ, когда онъ имѣетъ это право, но не въ состояніи осуществлять его судебнымъ порядкомъ, въ виду существованія права возраженія отвѣтчика. Практически это различіе сказывается въ слѣдующемъ: разъ судъ убѣдится въ томъ, что данное право не существуетъ, онъ обязанъ отказать истцу въ искѣ, хотя бы отвѣтчикъ вовсе не защищался. Такъ, напр., судъ долженъ поступить въ томъ случаѣ, когда онъ усмотритъ изъ объясненій самого истца, что по предъявленному ко взысканію требованію уже была произведена уплата. Напротивъ, предъявленіе возраженія въ матеріальномъ смыслѣ противъ иска истца составляетъ *право* отвѣтчика. Разъ онъ не желаетъ воспользоваться этимъ правомъ своимъ, судъ ex officio не можетъ возбуждать вопроса о томъ, не слѣдуетъ ли отказать истцу въ искѣ въ виду того, что противъ иска могло бы быть предъявлено возраженіе. Такъ, напр., отвѣтчикъ можетъ располагать встрѣчнымъ требованіемъ противъ требованія истца, которое могло бы быть предъявлено имъ къ зачету. Но, разъ онъ этого не желаетъ сдѣлать, судъ ex officio не можетъ произвести зачета, хотя бы онъ и зналъ о существованіи встрѣчнаго требованія, а долженъ присудить отвѣтчика къ уплатѣ по иску истца.

Replicatio, duplicatio и т. д. Возраженію отвѣтчика можетъ быть противопоставлено опроверженіе—*replicatio* со стороны истца; репликаціи истца можетъ быть противопоставлено въ свою очередь *duplicatio* отвѣтчика и т. д.

Основанія и виды эксцепцій. Возраженія могутъ быть основаны на постановленіяхъ матеріальнаго права (напр., exceptio impensarum противъ виндикаціи) или процесса (напр., отводъ о неподсудности дѣла). Въ частности различаютъ: a) *постоянныя* и *временныя* возраженія, *exceptiones peremtoriae* (или perpetuae) и *exceptiones dilatoriae* (или temporales); первыя навсегда разрушаютъ право истца, если только отвѣтчикъ пожелаетъ предъявить такую exceptio, вторыя лишь отсрочиваютъ возможность судебнаго осуществленія его; b) *exceptiones rei cohaerentes* и *personae cohaerentes;* exceptio перваго рода такъ связано съ даннымъ искомъ, что можетъ быть предъявлено *всякимъ*, противъ кого будетъ предъявленъ этотъ искъ; exceptio personae cohaerens составляетъ исключеніе; оно можетъ быть предъявлено только *опредѣленнымъ лицомъ*. Съ другой стороны различаются *exceptiones in rem*, которыя могутъ быть противопоставлены всякому лицу, предъявляющему данный искъ, и *exceptiones in personam*, которыя могутъ быть противопоставлены только опредѣленнымъ лицамъ. Весьма распространенной эксцепціей была *exceptio doli*. Надо различать exceptio doli generalis и exceptio doli specialis. Первое заключается въ общемъ утвержденіи, что по обстоятельствамъ дѣла истецъ въ данную минуту неправильно предъявляетъ свой искъ; за нимъ, слѣдовательно, могутъ

скрываться самыя разнообразныя спеціальныя возраженія. Exceptio doli specialis состоитъ въ ссылкѣ на обманный образъ дѣйствій истца.

§ 82. Прекращеніе исковъ и эксцепцій.

Римскіе юристы отличали прекращеніе права отъ прекращенія исковъ. Практически это различіе сказывается въ томъ, что *прекращеніе права въ матеріальномъ смыслѣ всегда ведетъ къ прекращенію связанныхъ съ нимъ исковъ, но не наоборотъ.* Прекращеніе иска не всегда влечетъ за собою полное прекращеніе охраняемаго имъ матеріальнаго права. Важнѣйшія самостоятельныя основанія прекращенія исковъ суть слѣдующія.

I. *Смерть истца или отвѣтчика.* Смерть истца или отвѣтчика, по общему правилу, не ведетъ къ прекращенію иска. Напротивъ, что касается имущественныхъ исковъ, то общее правило гласитъ: *actiones heredi et in heredem competunt.* Изъ этого правила допускается, однако, двоякаго рода исключеніе. Съ одной стороны *со смертью истца* прекращаются нѣкоторые иски, которые имѣютъ цѣлью доставить лицу имущественное удовлетвореніе за понесенное имъ личное оскорбленіе, т. н. *actiones vindictam spirantes.* Сюда относятся actio injuriarum, искъ о возвратѣ дара propter ingratitudinem одареннаго лица, querella inficiosi testamenti и нѣк. др. Съ другой стороны, *со смертью отвѣтчика* прекращаются штрафные иски ex delicto, ибо heres in poenam non succedit. Чистое римское право шло еще дальше. Именно, оно постановило, что даже въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ искъ ex delicto направленъ не на уплату штрафа, а на возмѣщеніе причиненнаго истцу убытка, наслѣдники виновнаго отвѣчаютъ только *quatenus ad eos pervenit tempore aditae hereditatis* (т.-е. они отвѣчаютъ только въ предѣлахъ обогащенія наслѣдственной массы). *Каноническое право* замѣнило этотъ принципъ какъ разъ противоположнымъ, признавъ, что поскольку искъ ex delicto преслѣдуетъ вознагражденіе за причиненный вредъ, наслѣдники виновнаго отвѣчаютъ *iuxta facultates suas*, т.-е., даже собственнымъ имуществомъ. Современная практика нѣсколько смягчила принципъ каноническаго права. Она признаетъ, что наслѣдники виновнаго должны отвѣчать только *iuxta facultates hereditatis*, т.-е. только въ предѣлахъ наслѣдственной массы. Впрочемъ, во всѣхъ разобранныхъ случаяхъ предполагаютъ, что смерть истца или отвѣтчика наступила до предъявленія иска и совершенія литисконтестаціи. Если смерть наступила позднѣе, то искъ сохраняетъ свою силу, т.-е. можетъ быть доведенъ до конца наслѣдниками истца или противъ наслѣдниковъ отвѣтчика. *Что касается эксцепцій*, то и онѣ прекращаются лишь въ видѣ исключенія со смертью управомоченнаго лица, именно однѣ только exceptiones personae cohaerentes и in personam.

II. *Въ случаѣ конкуренціи исковъ.* Нѣсколько исковъ могутъ преслѣдовать вполнѣ или отчасти тождественный объективный результатъ, напр., возвратъ вещи, или вознагражденіе за убытокъ. Въ такомъ случаѣ, поскольку этотъ результатъ достигнутъ при помощи одного изъ конкуррирующихъ исковъ, остальные иски отпадаютъ согласно правилу: *bona fides non patitur ut bis idem exigatur*, но если путемъ перваго иска получено не все, чего можетъ требовать истецъ, то остальные иски могутъ быть направлены на взысканіе недополученнаго, напр., вещь украдена,—собственникъ можетъ предъявить противъ вора rei vindicatio и condictio furtiva,—поскольку онъ получилъ удовлетвореніе посредствомъ перваго иска, отпадаетъ второй. Отъ тождества объективнаго результата нѣсколькихъ исковъ необходимо отличить *тождество заинтересованныхъ лицъ*, напр., одно лицо имѣетъ нѣсколько долговыхъ требованій противъ другого лица, равно *тождество основанія возникновенія нѣсколькихъ исковъ*, напр., изъ факта кражи вещи для собственника возникаетъ actio furti, направленная на взысканіе штрафа, и condictio furtiva, направленная на возмѣщеніе убытка. Въ такихъ случаяхъ, само по себѣ, ни о какой коллизіи рѣчи быть не можетъ. Итакъ, по общему правилу, одинъ искъ исключаетъ другой въ томъ случаѣ только, если оба иска преслѣдуютъ одинъ и

тотъ же объективный результатъ. Разъ два, или нѣсколько исковъ, которые могутъ быть предъявлены однимъ лицомъ противъ другого, расходятся въ этомъ отношеніи между собою, они по общему правилу не исключаютъ другъ друга. Однако, изъ этого послѣдняго правила допускаются и исключенія, именно, въ рядѣ случаевъ лицо имѣетъ только право выбора между нѣсколькими исками, хотя бы каждый изъ нихъ преслѣдовалъ иной результатъ, чѣмъ остальные, такъ что предъявленіе одного изъ этихъ исковъ исключаетъ возможность предъявить другіе; напр., если покупатель откроетъ какой-нибудь скрытый недостатокъ у купленной вещи, онъ можетъ предъявить къ продавцу либо actio redhibitoria, при помощи которой онъ можетъ добиться расторженія договора, либо actio quanti minoris, на основаніи которой онъ можетъ требовать пониженія покупной платы; но предъявленіе одного иска исключаетъ возможность предъявить другой. Такую конкурренцію исковъ, преслѣдующихъ различныя цѣли, называютъ *альтернативной*. Въ противоположность ей конкурренція исковъ, преслѣдующихъ одну и ту же цѣль, называется *элективной*.

83. III. Прекращеніе исковъ вслѣдствіе истеченія исковой давности. Понятіе и исторія [1]).

Сущность исковой давности состоитъ въ прекращеніи права иска, благодаря непредъявленію его въ теченіе установленнаго закономъ срока. Въ древнемъ римскомъ правѣ цивильные иски не подлежали дѣйствію исковой давности; они въ полномъ смыслѣ слова были actiones perpetuae; наоборотъ, для большинства преторскихъ исковъ и для всѣхъ эдильскихъ исковъ была установлена краткосрочная исковая давность; эти иски назывались *actiones temporales*. Съ теченіемъ времени дѣйствіе исковой давности было распространено и на нѣкоторые цивильные иски. Наконецъ, Императоръ Ѳеодосій II въ 424 г. установилъ для всѣхъ почти исковъ, для которыхъ не существовало болѣе краткаго давностнаго срока, 30-лѣтнюю исковую давность, *praescriptio trigiuta annorum;* исключенія изъ этого общаго правила были очень немногочисленны. Это постановленіе съ нѣкоторыми позднѣйшими модификаціями перешло и въ Юстиніановское право. Оно удержалось и въ современномъ римскомъ правѣ. Итакъ нормальный срокъ исковой давности—30-лѣтній. На ряду съ нимъ для цѣлаго ряда исковъ существовали болѣе короткіе сроки исковой давности. Для нѣкоторыхъ же исковъ установлены и болѣе продолжительные сроки, въ особенности 40-лѣтній срокъ. Иски, подлежащіе дѣйствію 30-лѣтней и еще болѣе продолжительной давности, называются actiones perpetuae, въ противоположность имъ остальные иски называются temporales. Не подлежитъ вовсе дѣйствію исковой давности раздѣльные иски, поскольку они направлены на прекращеніе существующей общности имущественныхъ отношеній, или на устраненіе спора о пограничныхъ межахъ. Дѣйствіе исковой давности не можетъ быть исключено по предварительному взаимному соглашенію заинтересованныхъ лицъ.

§ 84. Условія исковой давности [2]).

Моментъ, съ котораго начинается теченіе исковой давности. Теченіе исковой давности начинается съ того момента, когда actio nata est, т. е. когда имѣются на лицо всѣ условія для предъявленія иска. Въ частности *для вещныхъ исковъ* начальнымъ моментомъ считается тотъ моментъ, когда противная сторона стала въ разрѣзъ съ правомъ даннаго лица, напр., относительно иска о собственности моментъ, съ котораго лицо владѣетъ вещью помимо воли собственника; *для личныхъ исковъ* началь-

---

[1]) См. Дернбургъ, Pandekten, т. I, § 144 и 145.
[2]) Дернбургъ, ук. соч. т. I, § 126—149.

нымъ моментомъ считается тотъ, когда наступило время исполненія требованія[1]). Слѣдовательно, пока нельзя предъявить искъ объ исполненіи, будь это въ виду ненаступленія срока или усл вія, или въ виду отсутствія другихъ предположеній, не можетъ начаться теченіе иск вой давности.

Срокъ и конечный моментъ исковой давности. Срокъ исковой давности истекаетъ съ послѣднимъ моментомъ послѣдняго календарнаго дня теченія этой давности; первымъ днемъ считается тотъ, въ который впервые можетъ быть предъявленъ искъ. Нормальный срокъ исковой давности обнимаетъ непрерывный промежутокъ времени, tempus continuum въ 30 лѣтъ. Изъ этого правила допускается рядъ исключеній, а именно: съ одной стороны для нѣкоторыхъ исковъ установленъ болѣе продолжительный срокъ давности, такъ напримѣръ, для actio hypothecaria, по общему правилу, существуетъ 40-лѣтній давностный срокъ. Съ другой стороны, для цѣлаго ряда исковъ установленъ болѣе краткій давностный срокъ, напримѣръ, для исковъ о правоспособности умершихъ— 5-лѣтній срокъ, для ряда преторскихъ штрафныхъ исковъ—annus utilis и т. д.

Bona fides. Знаніе эвентуальнаго отвѣтчика о томъ, что противъ него можетъ быть предъявленъ искъ, т. е. *mala fides* его, по римскому праву не препятствовало теченію исковой давности. Но каноническое право постановило, что mala fides лица, владѣющаго чужой вещью, составляетъ препятствіе для теченія исковой давности по всѣмъ вещнымъ и личнымъ искамъ, направленнымъ на возвратъ вещи (напр., rei vindicatio, actio depositi и т. д.). Что же касается личныхъ исковъ, преслѣдующихъ другія цѣли, то для нихъ попрежнему не требуется bona fides со стороны эвентуальнаго отвѣтчика (напр., искъ о возвратѣ недолжно-полученнаго, искъ объ уплатѣ займа, и т. п.).

§ 85. Препятствія для теченія исковой давности.

Необходимо различать двѣ категоріи такихъ препятствій: въ однихъ случаяхъ теченіе исковой давности *пріостанавливается*, въ другихъ случаяхъ оно *прерывается*. Теченіе исковой давности *пріостанавливается, praescriptio dormit*: a) во время малолѣтства управомоченнаго лица; b) за время несовершеннолѣтія его, посколько давностный срокъ меньше 30 лѣтъ; c) пока существуютъ извѣстныя юридическія препятствія, которые временно исключаютъ возможность предъявлять искъ: agere non valenti non currit praescriptio; это установлено, напр., относительно исковъ противъ жены, касающихся дотальнаго ея имущества, пока она состоитъ въ бракѣ; d) пока существуютъ извѣстныя фактическія препятствія для предъявленія иска, напр., tempus hostilitatis — военныя дѣйствія. Къ числу этихъ фактическихъ препятствій не относится простое незнаніе управомоченнаго лица о существованіи права иска; такое само по себѣ не служитъ препятствіемъ для теченія исковой давности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, съ отпаденіемъ препятствія начинается или продолжается теченіе исковой давности. Теченіе исковой давности *прерывается, interruptio temporis* т. е. все истекшее время не принимается въ расчетъ, и счетъ давности можетъ быть начатъ только сызнова: a) *въ случаѣ предъявленія иска предъ компетентнымъ судомъ или предъ избраннымъ третейскимъ судьею*; если искъ не будетъ доведенъ до конца, то съ момента послѣдняго процессуальнаго дѣйствія беретъ свое начало новый давностный срокъ въ 40 лѣтъ; b) такое же дѣйствіе имѣетъ заявленіе протеста предъ судомъ или мѣстнымъ начальствомъ, или предъ тремя свидѣтелями, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ формальное предъявленіе иска по обстоятельствамъ дѣла представляется невозможнымъ или неудобнымъ; c) наконецъ, всякое признаніе права со стороны обязаннаго лица прерываетъ исковую давность; сюда относятся, напр., производство платежей въ счетъ долга, замѣна прежняго долгового документа новымъ, уплата % и т. д.

---

[1]) О нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ см. Regelsberger, уч. соч. § 183, стр. 659 и сл.

§ 86. Послѣдствія истеченія исковой давности [1]).

По истеченіи срока исковой давности отвѣтчикъ пріобрѣтаетъ особое вознагражденіе противъ истца, такъ назыв., praescriptio или exceptio temporis, какъ-то triginta annorum praescriptio или annalis praescriptio и т. д. Прекращеніе иска въ данномъ случаѣ само по себѣ не влечетъ за собою прекращеніе права, лежащаго въ основаніи иска. Это положеніе не оспаривается, поскольку рѣчь идетъ о вещныхъ искахъ; въ частности утрата виндикаціи, вслѣдствіе истеченія срока исковой давности, не прекращаетъ права собственности, если только владѣлецъ съ своей стороны не успѣлъ сдѣлаться собственникомъ ex jure usucapionis. Правда, и въ первомъ случаѣ, пока владѣлецъ продолжаетъ владѣть вещью, собственникъ противъ него безсиленъ. Но если владѣлецъ утратитъ владѣніе противъ своей воли, напр., если вещь у него будетъ украдена, къ собственнику возвращается полное право собственности, т. е. онъ можетъ предъявить противъ вора виндикацію. Что касается личныхъ исковъ, то вопросъ о вліяніи истеченія исковой давности на обязательственное требованіе, лежащее въ основаніи иска, представляется очень спорнымъ. По мнѣнію однихъ, самое обязательственное требованіе въ такомъ случаѣ прекращается; по мнѣнію другихъ, сохраняется натуральное обязательство. Это мнѣніе болѣе правильное. Другой вопросъ, въ какой мѣрѣ подлежатъ прекращенію давностью эксцепціи? Общее правило таково, что эксцепціи не прекращаются давностью, такъ какъ предъявленіе ихъ не зависитъ отъ усмотрѣнія заинтересованнаго лица, а обусловливается предъявленіемъ иска противной стороны. Но существуютъ и исключенія изъ общаго правила.

О началѣ процесса, о доказательствахъ, о судебномъ рѣшеніи [2]).

§ 87. Начало процесса.

Съ началомъ процесса связанъ рядъ весьма важныхъ постановленій, касающихся самой сущности и объема спорнаго правоотношенія. Эти постановленія имѣютъ въ виду оградить интересы обѣихъ сторонъ, въ особенности истца. Въ частности: a) *право истца, лежащее въ основаніи его иска, къ этому времени должно быть на лицо*, т.-е. тотъ, кто предъявляетъ виндикацію, долженъ быть собственникомъ, кто предъявляетъ actio hypothecaria, долженъ быть кредиторомъ по залогу и т. д. Въ противномъ случаѣ, ему отказывается въ искѣ, хотя бы онъ впослѣдствіи и пріобрѣлъ соотвѣтствующее право. b) *Отвѣтчикъ не только обязанъ выдать всѣ тѣ выгоды, которыя онъ извлекъ за все время производства дѣла благодаря тому, что удовлетвореніе истца, въ виду необходимости предварительнаго разбора дѣла, затянулось, но сверхъ того обязанъ вознаградить истца за весь постигшій его за это время убытокъ и за всю ускользнувшую выгоду, поскольку то и другое произошло по его винѣ.* Недобросовѣстный отвѣтчикъ сверхъ того отвѣчаетъ и за случайный убытокъ, постигшій истца за время производства дѣла, если бы таковой убытокъ въ случаѣ немедленнаго удовлетворенія истца могъ быть избѣгнутъ. Добросовѣстный отвѣтчикъ ни въ какомъ случаѣ не отвѣчаетъ за такой случайный убытокъ. c) *Процессъ прерываетъ теченіе исковой давности по иску.* d) Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ искъ можетъ быть вчиненъ только самимъ управомоченнымъ лицомъ, но не наслѣдниками его, или только противъ наслѣдниковъ его, *это ограниченіе съ начальнаго момента процесса отпадаетъ* (ср. § 82), т. е. съ этого момента такой искъ на общемъ основаніи переходитъ ad heredes и in heredes. e) *Съ начальнымъ моментомъ процесса отчужденіе вещи, составляющей объектъ спора (res litigiosa), и цессія вчиненнаго иска (actio litigiosa) по общему правилу возбраняется.*

---

[1]) Дернбургъ, ук. соч., т. I, § 150.
[2]) Дернбургъ, ук. соч., т. I, § 151—164.

Въ Юстиніановскомъ правѣ большинство этихъ послѣдствій было связано съ моментомъ *литисконтестаціи*, который совпадалъ съ первымъ заявленіемъ отвѣтчика, направленнымъ противъ иска истца. Однако, нѣтоторыя послѣдствія были связаны уже съ самимъ вчиненіемъ иска, другія—съ сообщеніемъ иска о немъ (insinuatio). Въ современномъ правѣ господствующее мнѣніе склоняется къ тому, чтобы связать большинство послѣдствій съ моментомъ инсинуаціи: нѣкоторыя послѣдствія связаны съ самимъ вчиненіемъ иска.

§ 88. О доказательствахъ.

Рѣшеніе дѣла зависитъ отъ оцѣнки правильности тѣхъ данныхъ, на которыхъ основываются требованія сторонъ. Эти данныя должны быть доказаны на судѣ. Въ частности: a) доказывать приходится всегда только *факты*, ибо jura novit curia; b) факты должны быть *существенны;* т. е. отъ наличности или отсутствія ихъ должно зависѣть рѣшеніе дѣла въ томъ или иномъ смыслѣ; c) факты должны быть *неизвѣстны*, т. е. никто не обязанъ доказывать общеизвѣстные факты, равно такіе факты, которые по закону не могутъ быть оспорены, такъ называемые praesumtiones juris et de jure; d) факты должны быть *спорные*; дѣйствительно, разъ данный фактъ или рядъ фактовъ признанъ противной стороною, онъ считается безспорнымъ.

Та сторона, которая ссылается на данный фактъ въ подтвержденіе своей правоты, обязана доказать этотъ фактъ (т. н. onus probandi). Въ частности, истецъ обязанъ доказать положительные и отрицательные факты, на которыхъ основывается его искъ,—отвѣтчикъ тѣ факты, на которыхъ основываются его возраженія и т. д. Но при этомъ достаточно доказать тѣ фактическія данныя, которыя *при нормальныхъ условіяхъ* создаютъ право или возраженіе. Другими словами, если противная сторона ссылается на особыя препятствія, въ силу которыхъ въ данномъ частномъ случаѣ право или возраженіе не могло возникнуть, или на такія данныя, въ силу которыхъ право прекратилось, то она и должна представить доказательства въ подтвержденіе такихъ заявленій. То же слѣдуетъ сказать относительно такихъ данныхъ, которыя по закону принимаются на вѣру, доколѣ противное не будетъ доказано (т. н. praesumptio juris), какъ-то bona fides.

Важнѣйшими доказательствами служатъ письменные документы, показанія свидѣтелей и присяга. Присяга имѣетъ не только процессуальное, но и матеріальное значеніе. Именно, въ извѣстныхъ случаяхъ предоставляется истцу самому оцѣнить подъ присягой размѣръ причитающагося ему со стороны отвѣтчика вознагражденія за убытокъ. Такая оцѣночная присяга, ius jurandum in litem, допускается преимущественно при искахъ, направленныхъ ad restituendum или exhibendum, въ случаѣ неповиновенія (contumacia), или dolus или culpa lata со стороны отвѣтчика. Впрочемъ, въ видѣ исключенія такая присяга допускается и въ другихъ случаяхъ, если невозможно опредѣлить размѣръ убытка инымъ путемъ. Самъ судья предлагаетъ истцу принести оцѣночную присягу, онъ же можетъ заранѣе указать максимальный предѣлъ, свыше котораго убытокъ не долженъ быть оцѣненъ истцомъ, или же понизить впослѣдствіи показанный истцомъ размѣръ убытка. Особый видъ оцѣночной присяги составляетъ, такъ называемая, jus jurandum Zenonianum для опредѣленія размѣра убытка, причиненнаго насильственнымъ лишеніемъ владѣнія; эта присяга допускается только при отсутствіи всякихъ иныхъ доказательствъ и при ней всегда долженъ быть указанъ максимальный предѣлъ для оцѣнки.

§ 89. О судебномъ рѣшеніи.

Вступивши въ законную силу, судебное рѣшеніе прекращаетъ возникшій между сторонами споръ и исключаетъ вторичный разборъ того же дѣла по су-

ществу. Res judicata pro veritate accipitur, говорятъ источники, стороны должны безпрекословно подчиниться рѣшенію суда.

Если отвѣтчикъ присужденъ къ исполненію чего-либо въ пользу истца, то истецъ могъ предъявить *actio iudicati*, на основаніи котораго онъ требовалъ исполненія, ссылаясь исключительно на судебное рѣшеніе; въ современномъ правѣ вмѣсто предъявленія actio judicati онъ непосредственно проситъ о выдачѣ ему исполнительнаго листа.

Если истцу отказано въ искѣ, то въ случаѣ вторичнаго предъявленія иска, отвѣтчикъ можетъ противопоставить истцу exceptio rei judicatae, впрочемъ область дѣйствія этой эксцепціи не ограничивается указаннымъ случаемъ. Она примѣнима вообще, quotiens eadam quaestio inter easdem personas revocatur. При этомъ дѣлалось различіе между вещными и личными исками. Что касается личныхъ исковъ, то нельзя требовать idem ex eadem causa, но можно требовать ex alia causa; напр., истецъ, который заявилъ, что отвѣтчикъ долженъ ему ex donato лошадь или домъ и т. п., и получилъ отказъ, можетъ предъявить новый искъ, утверждая, что отвѣтчикъ долженъ ему тотъ же объектъ ex emto. Что касается вещныхъ исковъ, то вообще нельзя требовать idem хотя бы ex alia causa, такъ какъ вещные иски были направлены на признаніе за истцомъ даннаго права безъ указанія спеціальнаго основанія пріобрѣтенія; вслѣдствіе этого, во время производства, можно было ссылаться на всевозможныя основанія пріобрѣтенія спорнаго права, напр., истецъ могъ заявить, что онъ пріобрелъ спорную вещь ex emto ex donato, ex legato и т. д., но зато, послѣ отказа въ искѣ, нельзя было предъявить тотъ же искъ, ссылаясь на какое-нибудь такое основаніе пріобрѣтенія, которое не было упомянуто во время перваго процесса. Изъ этого правила допускаются два исключенія: прежде всего, когда основаніе пріобрѣтенія, на которое ссылается истецъ, возникло позже, послѣ постановленія судебнаго рѣшенія по прежнему дѣлу; затѣмъ, когда первый искъ былъ предъявленъ съ указаніемъ спеціальнаго основанія пріобрѣтенія даннаго права (exspressa causa). *Въ современномъ правѣ* это различіе утратило свое значеніе; вещные иски подчинены тѣмъ же началамъ, какъ и личные, т. е. можно всегда возобновить тотъ же вещный искъ, если будетъ указана *alia causa*.

Сила судебнаго рѣшенія распространяется только на стороны и ихъ правопреемниковъ (или вообще тѣхъ лицъ, которыя выводятъ свое право изъ такого права стороны, по которому состоялось судебное рѣшеніе). Лишь въ видѣ искюченія она распространяется и на другихъ лицъ; такъ, напр., судебное рѣшеніе по нѣкоторымъ искамъ о состояніи имѣетъ такое абсолютное значеніе.

§ 90. In integrum restitutio.

Подъ in integrum restitutio въ обширномъ смыслѣ понимаютъ всякое возстановленіе прежняго положенія вещей; таковое можетъ наступить прежде всего по добровольному соглашенію заинтересованныхъ лицъ, напр., стороны, заключившія договоръ купли-продажи, добровольно рѣшаются расторгнуть этотъ договоръ и обязываются возвратить другъ другу купленную вещь и плату за нее. Бываютъ также случаи, въ которыхъ одно лицо можетъ требовать отъ другого возстановленія прежняго положенія вещей въ порядкѣ обыкновеннаго суда; сюда относятся, напр., *actio redhibitoria* (при куплѣ-продажѣ). Далѣе, такое возстановленіе status quo можетъ наступить ipso jure (напр., въ случаѣ передачи вещи въ собственность подъ резолютивнымъ условіемъ—съ момента наступленія такого условія). In integrum restitutio или integri restitutio въ тѣсномъ смыслѣ имѣетъ значеніе чрезвычайнаго средства судебной защиты; судъ въ силу предоставленной ему дискреціонной власти, вопреки строгому праву постановляетъ опредѣленіе о возстановленіи прежняго правового состоянія, руководствуясь соображеніями, высшей справедливости. In integrum restitutio было выработано преторомъ. Оно служило однимъ изъ средствъ борьбы его противъ формализма цивильнаго права. Съ теченіемъ времени, для цѣлаго ряда случаевъ, гдѣ in integrum restitutio первоначально служило единствен-

нымъ средствомъ защиты потерпѣвшаго лица, на ряду съ нимъ, возникли иски и эксцепціи общаго типа, которые на практикѣ вытѣснили его. Такъ, напр., въ случаѣ обмана или насилія первоначально приходилось прибѣгать къ in integrum restitutio, впослѣдствіи возникли actio и exceptio doli и quod metus causa. Независимо отъ этого, съ теченіемъ времени сложились извѣстныя ограничительныя нормы, регулирующія ближе условія и порядокъ in integrum restitutonis, которое, вслѣдствіе этого, все болѣе стало приближаться къ типу обыкновенныхъ средствъ судебной защиты и утратило свое прежнее важное значеніе. Въ современномъ правѣ сохранились очень немногіе случаи, въ которыхъ допускается in integrum restitutio въ тѣсномъ смыслѣ. Такой ходъ развитія вполнѣ естественъ; чѣмъ болѣе разработана и закончена данная правовая система, тѣмъ менѣе встрѣчается нужды въ чрезвычайныхъ средствахъ судебной защиты.

§ 91. Предположеніе in integrum restitutionis.

In integrum restitutio предполагаетъ наличность трехъ условій: извѣстный вредъ,—laesio, признанное закономъ основаніе для реституціи и своевременное предъявленіе реституціоннаго ходатайства.

Что касается перваго условія, то вредъ долженъ быть такого рода, что не можетъ быть устраненъ путемъ обыкновенныхъ средствъ судебной защиты. Невыгодное для лица измѣненіе прежняго status можетъ явиться результатомъ или положительныхъ дѣйствій (въ особенности юридическихъ сдѣлокъ) или упущеній; если измѣненіе наступило благодаря простой случайности, casus, то реституція не имѣетъ мѣста. Вредомъ считается не только прямой убытокъ, damnum, но и ускользнувшая выгода. Впрочемъ, реституція не допускается, если вредъ, постигшій лицо, былъ вызванъ пропускомъ срока 30 или 40 лѣтней исковой давности, или если вредъ этотъ былъ вызванъ деликтомъ самого просителя, или былъ лишь незначителенъ, а также въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.

Основанія для реституціи: a) *несовершеннолѣтніе*, minor aetas; restitutio propter minorem aetatem дается всякому несовершеннолѣтнему, который понесъ непоправимый инымъ путемъ убытокъ, вслѣдствіе дѣйствій или упущеній, совершенныхъ или допущенныхъ имъ самимъ или его представителемъ. Эта привилегія несовершеннолѣтнихъ по закону была распространена на общины, церкви и благотворительныя учрежденія, а практика распространила ее и на всѣ корпораціи и фискъ; b) *отсутствіе лица и другія препятствія*: отсутствіе лица можетъ помѣшать ему своевременно принять мѣры, необходимыя для предотвращенія какой-нибудь имущественной невыгоды; при извѣстныхъ условіяхъ такое отсутствіе представляется достаточнымъ основаніемъ для реституціи; такое же значеніе можетъ имѣть рядъ другихъ препятствій, какъ то: болѣзнь, арестъ, отсутствіе противной стороны и т. д.; преторскій эдиктъ перечисляетъ рядъ такихъ препятствій, заключая этотъ перечень общей оговоркой: item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam (т. н. restitutio ex clausula generali); итакъ по общему смыслу эдикта, реституція можетъ имѣть мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда кто-либо потерпѣлъ вредъ вслѣдствіе того, что, по независящимъ отъ него причинамъ, не могъ осуществить своего права или принять мѣры, необходимыя для предотвращенія вреда; въ реституціи, между прочимъ, можетъ быть отказано, когда отсутствующій по нерадѣнію не назначилъ представителя; c) *насиліе, обманъ и заблужденіе*; въ числѣ основаній реституціи особо указываютъ *vis*, *dolus* и *error*, но насиліе и обманъ порождаютъ самостоятельные иски и возраженія, actio и exceptio doli и quod metus causa; вслѣдствіе этого существуетъ споръ о томъ, сохранилось ли въ современномъ правѣ на ряду съ послѣдними и restitutio propter metum и dolum. Что касается заблужденія, то принимается во вниманіе, конечно, одинъ только error probabilis; заблужденіе можетъ послужить основаніемъ для реституціи преимущественно въ процессуальномъ отношеніи, напр., въ случаѣ пропуска срока аппеляціи и т. д.

Наконецъ, требуется *своевременное предъявленіе ходатайства о реституціи со стороны потерпѣвшаго лица.* Срокъ для предъявленія такихъ ходатайствъ первоначально былъ annus utilis. Юстиніанъ замѣнилъ его непрерывнымъ срокомъ въ 4 года. Начальнымъ моментомъ срока считается: a) при restitutio propter minorem aetatem день достиженія совершеннолѣтія; b) при restitutio propter absentiam et aliam justam causam — тотъ день, въ который данное препятствіе отпало; c) при restitutio propter errorem, metum и dolum — тотъ день, когда прекратилось воздѣйствіе этихъ стимуловъ на лицо; d) при реституціи церквей, благотворительныхъ учрежденій и общинъ—день, въ который ихъ постигла laesio, вредъ. Право ходатайствовать о реституціи переходитъ и на наслѣдниковъ первоначально потерпѣвшаго лица. Юстиніанъ опредѣлилъ, что не только подача ходатайства о реституціи, но и разборъ этого ходатайства долженъ быть оконченъ въ 4-лѣтній срокъ. Практика, однако, не соблюдаетъ послѣдняго требованія.

§ 92. Реституціонное производство.

Стороны. Просителемъ (импетрантомъ) является самъ потерпѣвшій или его наслѣдникъ, или лицо, которому цедировано право просить о реституціи. Рѣшеніе вопроса о томъ, кто является противной стороной (импетратомъ), зависитъ отъ характера реституціоннаго ходатайства. Если должно быть возстановлено отношеніе вещнаго характера, то и реституціонный искъ принимаетъ вещный характеръ, напр., лицо утратило право собственности вслѣдствіе истеченія срока пріобрѣтательной давности и подаетъ реституціонное прошеніе; въ такомъ случаѣ отвѣтчикомъ является всякій наличный владѣлецъ вещи. Если же вопросъ касается обязательственнаго отношенія, то и реституціонный искъ имѣетъ личный характеръ, и лишь въ видѣ исключенія отвѣчаютъ и третьи лица, къ которымъ перешло то благо, котораго лишился проситель.

Производство. Прежде всего необходимо констатировать, имѣются ли на лицо тѣ предположенія, при наличности которыхъ допускается реституція. Если они на лицо, то постановляется опредѣленіе объ уничтоженіи существующаго и возстановленіи прежняго правового состоянія (judicium restindens). Въ тѣхъ случаяхъ, когда такимъ путемъ возстановлено утраченное право иска, можетъ быть начатъ новый процессъ, въ которомъ возстановленный искъ расматривается по существу (judicium rescissorium). Оба эти процесса въ настоящее время обыкновенно соединяются въ одинъ.

§ 93. Послѣдствія реституціи.

Цѣль реституціи состоитъ въ возстановленіи того положенія вещей, которое существовало до того времени, когда лицо потерпѣло laesionem. Поэтому, если laesio состояло въ утратѣ права за пропускомъ срока, то возстанавливается срокъ; если лицо приняло на себя какія-нибудь обязанности, то оно освобождается отъ нихъ. Если оно лишилось какой-нибудь вещи, то она должна быть возвращена ему и т. д.

Съ другой стороны и противная сторона должна быть возстановлена въ своихъ правахъ и, во всякомъ случаѣ, проситель не долженъ извлечь никакой выгоды изъ реституціи, какъ таковой.

Особенная часть.

ВЕЩНОЕ ПРАВО.

§ 94. Общій обзоръ.

Вещныя права обыкновенно опредѣляются какъ такія права, которыя доставляютъ лицу непосредственное господство, непосредственную власть надъ

вещью. Это опредѣленіе не даетъ представленія о внутреннемъ содержаніи вещныхъ правъ. Всякое вещное право даетъ болѣе или менѣе широкую возможность пользоваться или распоряжаться вещью, защищенною противъ вмѣшательства всякаго третьяго лица. Наиболѣе полную возможность пользоваться и распоряжаться вещью даетъ *право собственности* въ своемъ чистомъ видѣ, т. е. безъ всякаго ограниченія. Ему противополагаются всѣ остальныя вещныя права въ качествѣ, такъ назыв., *iura in re aliena*, вещныхъ правъ на чужую вещь. Очень близко къ праву собственности подходятъ *emphyteusis* и *superficies*, которыя также даютъ весьма широкую возможность не только пользоваться, но и распоряжаться чужою вещью какъ своею. Одну возможность пользоваться вещью безъ права распоряженія ею и, въ частности, безъ права отчужденія ея даютъ *сервитуты;* границы пользованія, при различныхъ сервитутахъ очень различны; онѣ наиболѣе широки при узуфруктѣ, наиболѣе узки при реальныхъ сервитутахъ. Наконецъ, одну возможность распоряжаться вещью въ смыслѣ условнаго права возмезднаго отчужденія ея даетъ *залоговое право* (право пользоваться заложенной вещью принадлежитъ кредитору по залогу лишь въ исключительныхъ случаяхъ).

Необходимо замѣтить, что на ряду съ вещными существуютъ и *личныя* права пользованія и даже распоряженія чужой вещью. Такъ, напр., договоръ найма вещей или договоръ коммодата предоставляетъ нанимателю или коммодатарію возможность пользоваться чужою вещью; такъ, по договору мандата, нерѣдко мандатарію предоставляется право отчужденія вещей своего мандата въ качествѣ представителя послѣдняго.

Основное отличіе вещныхъ правъ пользованія и распоряженія отъ таковыхъ же личныхъ заключается, однако, въ томъ, что: a) *вещныя права не могутъ быть прекращены на основаніи односторонняго распорядительнаго акта установителя* права (auctor'a), напр., если А установилъ право прохода чрезъ свое имѣніе въ пользу В и затѣмъ продаетъ свой участокъ лицу С, то право В вслѣдствіе этого не прекращается, онъ можетъ осуществлять его и при новомъ собственникѣ; b) напротивъ, *личныя права пользованія и распоряженія именно могутъ быть прекращены такимъ путемъ*; напр., если А отдалъ свой участокъ въ аренду В и потомъ продаетъ его безъ всякихъ оговорокъ лицу С, то В можетъ быть изгнанъ новымъ собственникомъ, такъ какъ, вслѣдствіе отчужденія участка, его право пользованія прекратилось, и онъ сохраняетъ только искъ объ убыткахъ противъ А; или если А поручилъ В продать свою вещь въ качествѣ представителя, онъ всегда воленъ уничтожить довѣренность и тѣмъ прекратить предоставленное лицу В право отчужденія чужой вещи.

Въ отдѣлѣ вещныхъ правъ большинство ученыхъ разсматривается и владѣніе. Впрочемъ, нѣкоторые ученые, какъ, напр., Баронъ, выдѣляютъ его въ особый отдѣлъ, другіе разсматриваютъ его въ общей части.

Глава I. Владѣніе. Общія положенія.

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

§ 95. Понятіе и общая характеристика владѣнія.

Терминъ «владѣніе» далеко не всегда употребляется въ одномъ и томъ же смыслѣ. Отсюда возникъ цѣлый рядъ недоразумѣній и споровъ; для устраненія ихъ необходимо уяснить себѣ ближе, въ какихъ смыслахъ употребляется это выраженіе и каково соотношеніе между ними. Дѣло въ томъ, что *необходимо строго различать владѣніе въ экономическомъ и владѣніе въ юридическомъ смыслѣ*.

Владѣніе въ экономическомъ смыслѣ есть фактическая возможность безпрепятственно пользоваться вещью, согласно ея назначенію, соединенная съ желаніемъ удержать за собою эту возможность. Владѣніе въ этомъ смыслѣ слагается изъ двухъ элементовъ: *объективнаго* (corpus) и *субъективнаго* (animus). Другими словами, владѣніе въ экономическомъ смыслѣ предполагаетъ наличность двухъ условій. *Съ одной стороны требуется извѣстная внѣшняя связь между лицомъ и вещью* (такъ назыв., corpus); такая внѣшняя связь существуетъ, пока вещь фактически входитъ въ составъ хозяйственной обстановки лица (напр., пока она находится у него на квартирѣ, въ его погребѣ и т. д.). Гдѣ нѣтъ этой связи, или гдѣ она нарушена, нѣтъ и владѣнія въ экономическомъ смыслѣ; такъ напр., я непосредственно не владѣю своею вещью, которую передалъ во временное пользованіе другому лицу. *Съ другой стороны требуется субъективное желаніе удержать за собою фактическую возможность пользоваться вещью,* такъ назыв. (animus). Этимъ владѣніе отличается отъ простого пространственнаго отношенія близости лица къ вещи. Таковое само по себѣ недостаточно для признанія владѣнія (напр., если я въ гостяхъ и сижу на чужомъ стулѣ, то я не владѣю имъ, ибо не имѣю соотвѣтствующаго желанія). Съ другой стороны, оно не всегда необходимо (напр., я владѣю вещью, которую во время моего отсутствія принесли ко мнѣ на квартиру).

Принимая во вниманіе, что принадлежность къ составу хозяйственной обстановки лица даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ основаніе предположить, что лицо желаетъ и впредь сохранить возможность пользоваться вещью (ибо иначе оно бы выбросило вещь и т. д.), мы можемъ опредѣлить владѣніе въ экономическомъ смыслѣ еще и такъ: *владѣніе въ экономическомъ смыслѣ есть фактическая принадлежность вещи къ хозяйственной обстановкѣ лица.*

Понятное дѣло, что владѣть вещью въ экономическомъ смыслѣ лицо можетъ какъ на правомѣрномъ основаніи, такъ и помимо такового, такъ, напр., вещь, которой я владѣю, могла быть куплена мною или получена въ даръ, или на время быть уступлена мнѣ ея собственникомъ; съ другой стороны, она могла быть украдена, насильственно отнята у ея собственника и т. д. Другими словами, фактъ нахожденія вещи у даннаго владѣльца самъ по себѣ не даетъ еще права заключить, какимъ путемъ эта вещь досталась ему. Несмотря, однако, на послѣднее обстоятельство, *Римское право допускаетъ самостоятельную защиту владѣнія, независимо отъ вопроса о томъ, владѣетъ ли лицо вещью по праву или нѣтъ* (хотя, какъ мы ниже увидимъ, этой защитой не всегда пользуется непосредственный экономическій владѣлецъ).

Самое допущеніе самостоятельной владѣльческой защиты объясняется слѣдующими соображеніями. Безъ экономическаго владѣнія вещью невозможно пользованіе ею; нарушеніе владѣнія создаетъ препятствія и для пользованія, а такъ какъ спокойное пользованіе необходимо въ хозяйственномъ интересѣ, то желательно возможно скорѣйшее возстановленіе нарушеннаго владѣнія. Между тѣмъ, если бы владѣлецъ, владѣніе котораго было нарушено или даже прекращено, могъ бы добиться возврата владѣнія только подъ условіемъ выясненія своего права на вещь, которою онъ владѣлъ, онъ нерѣдко могъ бы очутиться въ весьма затруднительномъ положеніи. Дѣло въ томъ, что доказать право на вещь часто очень трудно. Напротивъ, доказать фактъ владѣнія вещью можно сравнительно легко. Поясникъ это примѣромъ. У меня на столѣ лежитъ книга: она очевидно входитъ въ составъ моей хозяйственной обстановки, я владѣю ею въ экономическомъ смыслѣ. Во время моего отсутствія приходитъ А и беретъ эту книгу съ собой, а когда я, узнавъ объ этомъ, требую возврата ея, онъ мнѣ возражаетъ, что эта книга—его собственность, неизвѣстно какимъ образомъ попавшая ко мнѣ, а потому онъ былъ вправѣ отнять у меня. Дѣло поступаетъ въ судъ. Разъ допускается самостоятельная защита экономическаго владѣнія, судъ потребуетъ отъ меня только доказательства того, что книга дѣйствительно находилась у меня, и разъ это будетъ доказано, обяжетъ моего противника возвратить мнѣ эту книгу, не принимая вовсе его заявленія о томъ, что спорная книга—его собственная; если онъ дѣйствительно убѣжденъ въ томъ, то пусть предъявитъ самостоятель-

ный искъ о собственности ко мнѣ, впредь до разрѣшенія котораго вещь попрежнему должна оставаться у меня. Если бы самостоятельной защиты владѣнія не существовало, то судъ, конечно, не могъ бы удовольствоваться констатированіемъ того факта, что вещь прежде находилась у меня и безъ моего вѣдома взята моимъ противникомъ: онъ долженъ былъ бы потребовать сверхъ того отъ меня представленія доказательствъ, что вещь дѣйствительно была пріобрѣтена мною на правомѣрномъ основаніи, напр., куплена мною или подарена мнѣ. Очевидно, мое положеніе во второмъ случаѣ гораздо невыгоднѣе, чѣмъ въ первомъ. Доказать, что книга фактически находилась у меня, легко—достаточно сослаться на прислугу, знакомыхъ и т. п. Гораздо труднѣе и хлопотливѣе доказать правомѣрное основаніе владѣнія. Я, напр., могъ забыть, у кого купилъ эту книгу, или продавецъ можетъ не помнить, что онъ именно мнѣ продалъ эту книгу; даритель, отъ котораго я ее получилъ, могъ умереть и т. п. Такимъ образомъ, если не допускать самостоятельной защиты владѣнія, тотъ, у кого отняли вещь, часто можетъ навсегда лишиться ея за невозможностью доказать правомѣрное основаніе пріобрѣтенія ея.

Правда, допущеніе самостоятельной защиты владѣнія сопряжено съ тою опасностью, что на ряду съ правомѣрнымъ владѣльцемъ можетъ воспользоваться ею и неправомѣрный. Такъ, напр., въ вышеприведенномъ случаѣ, книга, лежавшая у меня на столѣ, могла быть украдена мною, и даже у того именно лица А, которое отобрало ее у меня. Тѣмъ не менѣе, разъ допущена самостоятельная защита владѣнія, мнѣ стоитъ только доказать, что я владѣлъ книгой, и А будетъ присужденъ къ возврату ея.

Не слѣдуетъ, однако, преувеличивать неудобства, связанныя съ такимъ порядкомъ вещей. Прежде всего, надо имѣть въ виду, что случаи неправомѣрнаго владѣнія сравнительно рѣдки, громадное большинство владѣльцевъ все-таки владѣетъ на правомѣрномъ основаніи. А мы уже видѣли, насколько всѣ они заинтересованы въ допущеніи самостоятельной защиты владѣнія. Съ другой стороны, разъ данное лицо дѣйствительно владѣетъ вещью неправомѣрно, противникъ всегда можетъ предъявить къ нему искъ о правѣ и доказывать, что хотя отвѣтчикъ и владѣетъ вещью, но владѣніе его незаконное, вещь по праву принадлежитъ ему, истцу.

Замѣтимъ, кстати, что противникъ можетъ сдѣлать это даже въ томъ случаѣ, если предварительно попытался самовольно отнять вещь у владѣльца и въ порядкѣ владѣльческаго производства проигралъ дѣло, т.-е. былъ присужденъ къ возврату вещи. Допустимъ напр., что книга, лежащая у меня на столѣ, дѣйствительно принадлежала А. Онъ ее отнялъ у меня самовольно. Я требую возврата своего владѣнія въ порядкѣ владѣльческаго (поссессорнаго) производства и оно дѣйствительно присуждается къ возврату. Но это не значитъ, чтобы вещь окончательно осталась за мной. Мой противникъ можетъ еще предъявить ко мнѣ искъ о собственности, и разъ онъ докажетъ свое право собственности на спорную вещь, она будетъ ему присуждена и я, въ концѣ концовъ, все-таки буду присужденъ къ выдачѣ ея. Слѣдовательно, неправомѣрный владѣлецъ немного выигрываетъ отъ допущенія самостоятельной защиты владѣнія. Онъ все-таки рискуетъ потерять вещь, разъ къ нему будетъ предъявленъ искъ о правѣ. Другими словами, рѣшеніе, состоявшееся по вопросу о томъ, кто долженъ считаться владѣльцемъ, не имѣетъ окончательнаго характера, а носитъ только характеръ провизорный: проигравшія дѣло лица всегда имѣютъ возможность возбудить искъ о правѣ.

Итакъ, мы видимъ, что, съ одной стороны, самостоятельная защита владѣнія удовлетворяетъ весьма серьезнымъ интересамъ оборота, и что, съ другой стороны, опасности, соединенныя съ подобнаго рода защитой, ослабляются тѣмъ, что рѣшеніе по владѣльческому спору имѣетъ лишь провизорный характеръ.

Предшествующее разсужденіе показало, что экономическій владѣлецъ (въ извѣстныхъ случаяхъ) пользуется правомъ на самостоятельную владѣльческую защиту. *Это право на самостоятельную защиту составляетъ владѣніе въ юридическомъ смыслѣ.* Итакъ, *владѣніе въ юридическомъ смыслѣ есть право на самостоятельную владѣльческую (поссессорную) защиту.* Въ Римскомъ правѣ средствами защиты, къ которымъ могъ прибѣгнуть юридическій владѣлецъ, въ случаѣ нарушенія или лише-

нія его владѣнія, были т. н. *поссессорные интердикты*. Поэтому и владѣніе въ юридическомъ смыслѣ можно опредѣлить ближе, какъ право на предъявленіе поссессорныхъ интердиктовъ.

Намъ предстоитъ теперь ближе опредѣлить соотношеніе между владѣніемъ въ экономическомъ и владѣніемъ въ юридическомъ смыслѣ. Тутъ мы прежде всего должны замѣтить, что *не всякое экономическое владѣніе пользуется вмѣстѣ съ тѣмъ самостоятельной защитой*, т.-е. считается и юридическимъ владѣніемъ: напротивъ, бываютъ случаи, въ которыхъ непосредственный экономическій владѣлецъ лишенъ такой защиты. Въ какихъ же случаяхъ допускается самостоятельная защита непосредственнаго экономическаго владѣнія?

Простѣйшій случай тотъ, когда данное лицо, владѣя въ экономическомъ смыслѣ вещью, *выдаетъ себя за собственника ея*, или, какъ принято выражаться, имѣетъ *animus domini*. Это вмѣстѣ съ тѣмъ есть, вѣроятно, и наиболѣе ранній случай, примѣнительно къ которому была допущена самостоятельная защита владѣнія. Другими словами, первоначально только тотъ экономическій владѣлецъ могъ предъявить поссессорные интердикты, который утверждалъ [1]), что онъ владѣлецъ вещью на правахъ собственника. Если же данный экономическій владѣлецъ не приписывалъ себѣ права собственности на вещь, а признавалъ себя, напр., узуфруктуаріемъ или арендаторомъ, то онъ, въ случаѣ нарушенія его владѣнія третьимъ лицомъ, не могъ предъявить къ нему поссессорныхъ интердиктовъ.

Съ теченіемъ времени, юридическими владѣльцами были признаны и нѣкоторыя лица, не приписывающія себѣ права собственности на объектъ владѣнія, а признающія собственникомъ другого, слѣд., владѣющія не suo nomine, а alieno nomine [2]). Сюда относится прежде всего: a) тотъ, кто есть или считается *кредиторомъ по залогу*; b) тотъ, кто есть или считается *прекаристомъ*, т.-е. лицомъ, которое получило вещь во владѣніе отъ третьяго лица precario, до востребованія; c) тотъ, кто есть или считается *секвестромъ*, т.-е. лицомъ, которое получило спорную вещь на храненіе впредь до разрѣшенія спора о ней; d) тотъ, кто есть или считается *emphyteuta*, т.-е. лицомъ, имѣющимъ вещное наслѣдственное и отчуждаемое право пользованія и распоряженія чужимъ земельнымъ участкомъ, или кто есть или считается *суперфиціаріемъ*, имѣющимъ такое же право на зданіе, построенное на чужой землѣ. Всѣ эти лица называются юридическими владѣльцами, *possessores*, владѣніе ихъ называется *possessio rei*. Всѣ остальныя лица, владѣющія вещью alieno nomine, какъ напр., *арендаторы* или *наниматели*, или *коммодатаріи* (получившіе вещь во временное безвозмездное пользованіе), или *депозитаріи* (получившіе вещь на храненіе) и т. д., *по общему правилу не пользовались самостоятельной владѣльческой защитой*. Слѣдовательно, если я, напр., снялъ чужой участокъ по арендному договору и третье лицо насильственно лишитъ меня участка, а не могу предъявить къ этому лицу interdictum unde vi и требовать отъ него возврата экономическаго владѣнія, ибо я не принадлежу къ числу тѣхъ лицъ, которыя имѣютъ права на поссессорную защиту. Такія лица, лишенныя самостоятельной владѣльческой защиты, назывались *detentores*, *держателями*, въ противоположность юридическимъ владѣльцамъ, *possessores*, ихъ отношеніе къ вещи называлось *detentio*, *держаніемъ*, въ противоположность юридическому владѣнію, *possessio*.

Съ другой стороны, *во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ данный экономическій владѣлецъ признавался простымъ детенторомъ, юридическимъ владѣльцемъ считался тотъ, отъ имени котораго держалъ вещь детенторъ*. Другими словами, поссессорная защита имѣла мѣсто и въ такихъ случаяхъ, но только пользоваться ею могъ не самъ экономическій владѣлецъ, а то лицо, отъ имени котораго онъ держалъ вещь. Напр., если я арендовалъ участокъ у лица A, и меня выгналъ изъ него B, я не могъ

---

[1]) Такое утвержденіе, конечно, могло быть и ложное, напр. если оно исходило отъ вора

[2]) Юридическое владѣніе такихъ лицъ принято называть производнымъ.

самъ предъявить interdictum unde vi противъ нарушителя, но я долженъ былъ извѣстить о случившемся А (отъ имени котораго я держалъ участокъ), и А уже могъ предъявить интердиктъ противъ В. Особенность этого случая заключается въ томъ, что А долженъ доказать не фактъ непосредственнаго владѣнія имъ вещью, а тотъ фактъ, что отъ его имени держу вещь я.

Итакъ, въ указанныхъ случаяхъ имѣло мѣсто полное разобщеніе между владѣніемъ въ экономическомъ и владѣніемъ въ юридическомъ смыслѣ: одно лицо экономически владѣетъ вещью, но лишено права на поссессорную защиту, а другое лицо (отъ имени котораго первое держитъ вещь) пользуется правомъ на поссессорную защиту, хотя экономически и не владѣетъ вещью. Такое положеніе при извѣстныхъ условіяхъ могло оказаться крайне невыгоднымъ для детентора, напр., въ случаѣ отсутствія лица, отъ имени котораго онъ держалъ вещь. Тутъ могло пройти довольно продолжительное время между лишеніемъ детентора экономическаго владѣнія и возстановленіемъ такового по требованію поссессора, отъ имени котораго онъ держалъ вещь.

Повидимому, изъ этого затрудненія можно бы было выйти совсѣмъ просто: стоило только предоставить самостоятельную владѣльческую защиту какъ непосредственному экономическому владѣльцу (детентору), такъ и тому, отъ имени котораго онъ держалъ вещь. Положимъ, напр., что А арендуетъ участокъ В, и его лишаетъ владѣнія С. При допущеніи совмѣстной владѣльческой защиты, А, во-1-хъ, могъ бы самостоятельно потребовать возврата владѣнія отъ С, доказывая фактъ непосредственнаго владѣнія имъ вещью, или же, во-2-хъ, за А могъ вступиться В и требовать возврата, доказавъ, что участкомъ владѣлъ А, отъ его имени. Однако, этому препятствовало старинное правило compossessio plurium in solidum esse non potest. Это правило толковалось римскими юристами въ томъ смыслѣ, что два лица не могутъ одновременно и независимо другъ отъ друга предъявлять поссессорные интердикты.

Слѣдовательно, можно было только или признать право на самостоятельную защиту за всякимъ экономическимъ владѣльцемъ, все равно, владѣетъ ли онъ suo nomine или alieno nomine: въ послѣднемъ случаѣ, тотъ, отъ имени котораго непосредственный владѣлецъ владѣетъ вещью, не могъ бы уже пользоваться такой защитой; такъ это и было сдѣлано въ рядѣ случаевъ, перечисленныхъ нами выше. Или же приходилось лицъ, владѣющихъ alieno nomine, лишать права на самостоятельную защиту, даруя таковую лицамъ, отъ имени которыхъ первыя держали вещи. Такъ и было поступлено съ арендаторами, нанимателями и т. д. Это были все больше лица малоимущія, не пользующіяся вѣсомъ и положеніемъ, почему и считали возможнымъ пренебрегать ихъ интересами.

Впрочемъ, надо замѣтить, что классическимъ правомъ былъ придуманъ очень ловкій способъ обойти правило: *compossessio plurium in solidum esse non potest.* Именно за нѣкоторыми детенторами стали признавать *possessio juris* (владѣніе правомъ), въ противоположность *possessio rei* (владѣніе вещью), которое признавалось за лицами, отъ имени которыхъ первыя детинировали вещь. Вмѣстѣ съ тѣмъ было признано, что такіе *possessores juris* могутъ предъявлять владѣльческіе интердикты, но только не въ качествѣ *interdicta directa*, а въ качествѣ *interdicta utilia.* Различіе это было чисто формальное. Практическій же результатъ достигался очень важный, а именно, что какъ непосредственный экономическій владѣлецъ, такъ и тотъ, отъ имени котораго первый владѣлъ въ экономическомъ смыслѣ, стали пользоваться владѣльческой защитой: напр., въ случаѣ лишенія possessor juris владѣнія, онъ предъявлялъ къ нарушителю interdictum unde vi utile, а possessor rei (отъ имени котораго первый держалъ вещь) могъ предъявить interdictum unde vi directum. Къ сожалѣнію, однако, такая possessio juris была признана только за двумя категоріями детенторовъ, а именно за тѣмъ, кто былъ или считался узуфрутукаріемъ (лицомъ, имѣющимъ вещное право пользованія и извлеченія плодовъ изъ чужой вещи) и за тѣмъ, кто былъ или считался узуаріемъ (лицомъ, имѣющимъ вещное право пользованія безъ права извлеченія плодовъ изъ чужой вещи) [1]).

[1]) Подробнѣе о possessio juris будетъ говорено въ ученіи о сервитутахъ. Тамъ же будетъ указано на распространеніе этого понятія на обладателей реальныхъ сервитутовъ.

Подводя итогъ сказанному, мы видимъ, что сходство между владѣніемъ въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ заключается въ томъ, что оба иногда совпадаютъ, т.-е. экономическій владѣлецъ считается въ нѣкоторыхъ случаяхъ и юридическимъ владѣльцемъ, а различіе между ними состоитъ въ томъ, что, съ одной стороны, не всякій владѣлецъ въ экономическомъ смыслѣ имѣетъ право на поссессорную защиту и что, съ другой стороны, такимъ правомъ пользуются, и, слѣдовательно, юридическими владѣльцами считаются нѣкоторыя такія лица, которыя не сами владѣютъ вещью въ экономическомъ смыслѣ, а отъ имени которыхъ владѣютъ ею другія лица. Таково соотношеніе между владѣніемъ въ экономическомъ и владѣніемъ въ юридическомъ смыслѣ по чистому Римскому праву. Дальнѣйшее развитіе стремится къ тому, чтобы сообщить поссессорную защиту и простымъ детенторамъ, по крайней мѣрѣ, тѣмъ изъ нихъ, которые имѣютъ самостоятельное право пользованія вещью (какъ то арендаторъ или коммодатарій, въ противоположность депозитарію или мандатарію). Съ этой цѣлью была введена actio spolii, которая можетъ быть предъявлена не только юридическимъ владѣльцемъ, но и простымъ детенторомъ, имѣющимъ или приписывающимъ себѣ самостоятельное право пользованія вещью и, слѣдовательно, непосредственно заинтересованнымъ въ удержаніи экономическаго владѣнія вещью. На ряду съ такими лицами право на поссессорную защиту, разумѣется, сохраняетъ и то лицо, отъ имени котораго детенторъ держитъ вещь.

§ 96. Обзоръ важнѣйшихъ теорій владѣнія.

I. Теорія господствующаго мнѣнія. Господствующее мнѣніе со временъ Савиньи опредѣляетъ владѣніе какъ *фактическое господство лица надъ вещью, соединенное съ желаніемъ считать вещь своею собственною, и не признавать никого другого собственникомъ ея* (такъ назыв. *animus domini*). Итакъ animus domini является необходимымъ составнымъ элементомъ юридическаго владѣнія. Гдѣ существуетъ только фактическая связь между лицомъ и вещью, но нѣтъ animus domini, тамъ нѣтъ и владѣнія, а есть только *простое держаніе вещи, detentio*. Слѣдовательно, владѣніе корреспондируетъ праву собственности: подобно тому, какъ собственность есть юридическое господство лица надъ вещью, владѣніе есть фактическое господство лица надъ нею.

Представители этой теоріи вынуждены, однако, признать, что выставленный ими принципъ не обнимаетъ всѣхъ случаевъ юридическаго владѣнія: a) съ одной стороны, фактическое господство лица надъ вещью иногда отсутствуетъ (это, такъ назыв., случаи владѣнія чрезъ представителей; b) съ другой стороны, и animus domini иногда можетъ отсутствовать, напр., у кредитора по залогу (это, такъ назыв., случаи производнаго владѣнія). Господствующее мнѣніе смотритъ на эти случаи какъ на *исключительные*. Это неправильно, они только свидѣтельствуютъ о томъ, что опредѣленіе господствующаго мнѣнія несостоятельно, ибо оно выдвигаетъ такіе признаки, которые вовсе не имѣютъ рѣшающаго значенія. Къ тому же, теорія господствующаго мнѣнія приводитъ къ нежелательной вовсе догматизаціи простого юридическаго явленія, именно рѣзкаго различія, какое дѣлаетъ римское право между possessio и detentio—иначе, оно объясняетъ это явленіе не исторически, а догматически, выводитъ его не изъ особыхъ условій римской жизни, а изъ природы вещей.

II. Теоріи Дернбурга и Іеринга. *Дернбургъ* въ своихъ Пандектахъ замѣчаетъ, что различіе между юридическимъ владѣніемъ и детенціей не можетъ быть объяснено внутреннимъ несходствомъ обоихъ отношеній, а объясняется историческими условіями римской жизни и оборота, именно, приниженнымъ положеніемъ арендаторовъ и квартиронанимателей, которые составляли главный контингентъ детенторовъ. Затѣмъ, онъ перечисляетъ отдѣльные случаи, въ которыхъ римское право признавало лицо юридическимъ владѣльцемъ, какъ то владѣніе suo nomine, владѣніе кредитора по залогу и т. д.

Еще дальше идетъ *Іерингъ* въ своемъ изслѣдованіи „der Besitzwille“. Онъ не перечисляетъ отдѣльныхъ случаевъ, въ которыхъ источники признаютъ данное лицо юри-

дическимъ владѣльцемъ, а говоритъ: разъ существуетъ необходимая фактическая связь между лицомъ и вещью, соединенная съ желаніемъ удержать эту связь на будущее время, то in dubio всегда возникаетъ юридическое владѣніе, если только нельзя указать на спеціальное изреченіе источниковъ, которое придаетъ такому отношенію характеръ простой детенціи (какъ это, напр., сдѣлано относительно арендаторовъ и квартиронанимателей). Онъ дальше говоритъ, что сами римскіе юристы, за исключеніемъ одного только Павла, не придавали animus domini того рѣшающаго значенія, которое признаютъ за нимъ Савиньи и его послѣдователи; теорія же Павла основана на томъ же ложномъ стремленіи, какъ и теорія Савиньи, именно на стремленіи догматизировать то, что объясняется исключительно соображеніями историческаго свойства.

Къ сожалѣнію, какъ Іерингъ, такъ и Дернбургъ недостаточно оттѣняютъ различіе между владѣніемъ въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ, и вмѣстѣ съ тѣмъ упускаютъ изъ виду случаи quasi possessio личныхъ сервитутовъ, не приведя ихъ въ связь съ своимъ ученіемъ.

§ 97. Виды юридическаго владѣнія.

Юридическое владѣніе, possessio въ противоположность detentio, дѣлится римскими юристами на *iusta* и *iniusta possessio*. Эти термины употребляются въ источникахъ въ двоякомъ смыслѣ: нерѣдко подъ justa possessio понимаютъ *матеріально правомѣрное*, а подъ injusta possessio *матеріально неправомѣрное владѣніе*, такъ, напр., владѣніе собственника—правомѣрное, владѣніе вора—неправомѣрное. Иногда, подъ justa possessio понимаютъ всякое *формально праномѣрное владѣніе* (хотя бы оно было матеріально неправомѣрное), а подъ injusta possessio—одно только *формально неправомѣрное владѣніе*. Формально неправомѣрнымъ считается владѣніе *vi, clam* или *precario ab altero*, т.-е. владѣніе, пріобрѣтенное либо путемъ *насилія* (vi), либо *тайно* (clam) отъ противной стороны, либо *до востребованія* (precario) съ момента такого востребованія. Формально неправомѣрное владѣніе всегда имѣетъ относительный характеръ, т.-е. оно является таковымъ лишь по отношенію къ тому лицу, которое лишено владѣнія vi, clam или precario. Всякое владѣніе, не пріобрѣтенное однимъ изъ указанныхъ трехъ способовъ, есть формально правомѣрное владѣніе.

Сверхъ того, различаютъ *possessio ad interdicta* и *possessio ad usucapionem*. Второе есть квалифицированный видъ перваго. Именно, всякое юридическое владѣніе есть possessio ad interdicta, такъ какъ право на поссессорную защиту составляетъ сущность юридическаго владѣнія; possessio ad usucapionem есть только такое юридическое владѣніе, которое, по истеченіи срока пріобрѣтательной давности, можетъ привести къ пріобрѣтенію полнаго права собственности на вещь. Такое владѣніе прежде всего предполагаетъ, что либо владѣетъ вещью, какъ собственною, (между тѣмъ какъ possessio ad interdicta принадлежитъ, напр., и кредитору по залогу). Сверхъ того, оно предполагаетъ, что лицо владѣетъ вещью *bona fide* (такъ напр., воръ не можетъ пріобрѣсти украденную вещь въ собственность путемъ давностнаго пріобрѣтенія); далѣе требуется *iustus titulus* и т. д.

§ 98. Основанія защиты владѣнія [1]).

Защита владѣнія какъ такового представляетъ ту опасность, что на ряду съ правомѣрнымъ владѣніемъ пользуется защитой и владѣніе неправомѣрное. Такъ, напр., поссессорной защитой пользуется на ряду съ собственникомъ и воръ, разъ онъ владѣетъ вещью. Спрашивается, почему же признали необходимымъ самостоятельную защиту владѣнія какъ такового?

[1]) Ср. также выше § 95.

Отвѣтъ на этотъ вопросъ въ сущности очень простой: *легче доказать владѣніе вещью, чѣмъ право на вещь.* Слѣдовательно, всякій правомѣрный владѣлецъ заинтересованъ въ защитѣ своего владѣнія. Съ другой стороны, случаи правомѣрнаго владѣнія представляютъ собою громадное большинство, случаи неправомѣрнаго владѣнія сравнительно исключительные. Другими словами, in dubio данное лицо владѣетъ вещью правомѣрно. Въ виду этого, законъ призналъ возможнымъ допустить самостоятельную защиту владѣнія какъ такового. Иначе, *защита владѣнія есть защита презумптивнаго права на вещь.* Положимъ, что вслѣдствіе этого въ нѣкоторыхъ случаяхъ будетъ пользоваться защитою лицо, не имѣющее права на вещь. Но, въ такомъ случаѣ, противная сторона всегда вольна предъявить искъ о правѣ и доказать, что хотя данное лицо и владѣетъ вещью, но оно не имѣетъ права на нее, и разъ это будетъ доказано, вещь отчуждается у владѣльца и присуждается противной сторонѣ, доказавшей свое право на нее.

За всѣмъ тѣмъ, въ литературѣ много спорили по этому вопросу и объясняли защиту владѣнія весьма различно. Всѣ теоріи по этому вопросу можно разбить на двѣ группы, абсолютныя и относительныя.

1) *Абсолютныя теоріи* выводятъ необходимость защиты владѣнія изъ самой природы его. *Владѣніе есть реализація воли, а потому должно быть защищаемо, независимо отъ правомѣрнаго или неправомѣрнаго характера своего,* ибо воля, какъ таковая, свободна; признаніе и обезпеченіе защиты ея составляетъ задачу всего гражданскаго права. Защитниками такого взгляда являются *Гансъ, Пухта, Брунсъ, Виндшейдъ* и другіе. Теорія эта очень туманна. Сверхъ того, если даже допустить, что владѣніе есть реализація воли, то нельзя не замѣтить, что при спорѣ о владѣніи сталкиваются двѣ воли. Почему же волѣ того, кто стремится удержать владѣніе, отдается предпочтеніе предъ волей того, кто не желаетъ признавать чужого владѣнія, а самъ желаетъ пріобрѣсти его.

2) *Относительныя теоріи* ссылаются на различныя практическія соображенія для объясненія защиты владѣнія. Такъ, *Савиньи* говоритъ, что защита владѣнія есть *защита противъ насилія.* Кто вторгается въ чужое владѣніе, тотъ совершаетъ насиліе надъ владѣльцемъ. Поссессорные интердикты, слѣдовательно, суть иски ex delicto. Это объясненіе слишкомъ узко. Не всѣ поссессорные интердикты предполагаютъ насиліе. *Іерингъ* въ своемъ изслѣдованіи „über den Grund des Besitzschutzes“ говоритъ, что *защита владѣнія, есть необходимое дополненіе защиты собственности;* само владѣніе есть не что иное, какъ видимость собственности. Въ позднѣйшемъ своемъ изслѣдованіи, „der Besitzwille“ онъ непосредственно не касается этого вопроса, но изъ всего хода его изложенія явствуетъ, что онъ принципіально смотритъ на защиту владѣнія какъ на необходимое дополненіе всякаго (вещнаго или личнаго) права пользованія вещью.

Глава II. Субъекты и объекты владѣнія.

§ 99. Субъекты владѣнія.

Субъектами владѣнія могутъ быть только лица, пользующіяся имущественной правоспособностью: дѣеспособность же не требуется безусловно. Въ виду сказаннаго, съ одной стороны, *не могутъ быть субъектами владѣнія лица, лишенныя имущественной правоспособности.* Въ Римскомъ правѣ сюда относились *рабы.* Въ современномъ правѣ это ограниченіе отпало, впрочемъ, по каноническому праву монахи не могутъ быть субъектами владѣнія. Съ другой стороны *могутъ быть субъектами владѣнія и лица недѣеспособныя, разъ они пользуются имущественною правоспособностью,* какъ-то: дѣти, умалишенные и юридическія лица. Такія лица, конечно, не могутъ пріобрѣтать владѣніе сами, ибо они не могутъ дѣйствовать сознательно; но за нихъ могутъ пріобрѣтать владѣніе ихъ представители.

§ 100. Объекты владѣнія.

Объектами юридическаго владѣнія могутъ служить не всѣ вещи, а только вещи, не изъятыя изъ гражданскаго оборота. Что касается сложныхъ вещей *то объектомъ юридическаго владѣнія является только сложная вещь, какъ таковая,* а не отдѣльныя составныя части ея, хотя съ экономической точки зрѣнія тотъ, кто владѣетъ цѣлымъ, очевидно, владѣетъ и частями цѣлаго. Что касается совокупности вещей (напр., стада или библіотеки и т. д.), то юридически *объектомъ владѣнія считается не самая совокупность вещей, а только отдѣльныя вещи, изъ которыхъ она состоитъ.* Поэтому, напр., лицо не можетъ пріобрѣсти per usucapionem стадо, а только отдѣльныхъ животныхъ, входящихъ въ составъ его, или иначе, для каждаго животнаго требуется истеченіе пріобрѣтательной давности.

Нѣсколько лицъ не могутъ одновременно владѣть одной и той же вещью такъ, чтобы каждый изъ нихъ считался владѣльцемъ цѣлой вещи (compossessio plurium in solidum esse non potest). Но *нѣсколько лицъ могутъ владѣть нераздѣльно общей вещью* такъ, что каждый считается владѣльцемъ идеальной части вещи (такъ назыв., compossessio plurium pro partibus indivisis). Первое правило безусловно правильно по отношенію къ владѣнію вещью въ экономическомъ смыслѣ: тутъ дѣйствительно невозможно одновременное владѣніе цѣлой вещью со стороны нѣсколькихъ лицъ. Но римскіе юристы, какъ уже было замѣчено выше, распространили силу этого правила и на владѣніе въ юридическомъ смыслѣ. Въ примѣненіи къ нему оно гласитъ, что нѣсколько лицъ не могутъ одновременно предъявлять поссессорные интердикты независимо другъ отъ друга. Логически, однако, очень можно себѣ представить *compossessio plurium in solidum* въ этомъ смыслѣ, и мы ниже увидимъ, что сами римскіе юристы въ нѣкоторыхъ случаяхъ обошли это правило.

Наконецъ, *въ примѣненіи къ недвижимостямъ возможно и владѣніе отдѣльными реальными частями* въ томъ смыслѣ, что каждая часть принадлежитъ другому владѣльцу. Въ примѣненіи къ *движимымъ* вещамъ это не допускается.

Глава III. Пріобрѣтеніе владѣнія.

§ 101. Общія замѣчанія.

Говоря о пріобрѣтеніи владѣнія, мы имѣемъ въ виду пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія, т.-е. права на поссессорную защиту. Пріобрѣтеніе же владѣнія въ экономическомъ смыслѣ имѣетъ для насъ значеніе лишь постольку, поскольку оно является необходимой составной частью для пріобрѣтенія юридическаго владѣнія. Въ этомъ отношеніи необходимо замѣтить слѣдующее.

Пріобрѣтеніе въ экономическомъ смыслѣ владѣнія вещью со стороны даннаго лица можетъ имѣть двоякое значеніе: а) въ однихъ случаяхъ оно влечетъ за собою вмѣстѣ съ тѣмъ и пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія; b) въ другихъ случаяхъ, оно влечетъ за собою пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія для того лица, отъ имени котораго экономическій владѣлецъ держитъ вещь. Соотвѣтственно этому, *различаютъ непосредственное пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія и пріобрѣтеніе его чрезъ представителя* (*detentor'a*).

Рѣшеніе вопроса о томъ, когда можетъ считаться пріобрѣтеннымъ юридическое владѣніе, имѣетъ двоякое практическое значеніе. Съ этого момента всякій юридическій владѣлецъ можетъ пользоваться поссессорными интердиктами. Сверхъ того, для *possessio ad usucapionem* съ этого момента начинается теченіе пріобрѣтательной давности.

§ 102. Непосредственное пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія.

Непосредственное пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія предполагаетъ, что юридическій владѣлецъ самъ пріобрѣлъ экономическое владѣніе вещью. Для послѣдняго требуется, очевидно, совпаденіе тѣхъ двухъ моментовъ, изъ которыхъ слагается всякое владѣніе въ экономическомъ смыслѣ, т.-е. *corpus* (объективный моментъ) и animus (соотвѣтствующій субъективный моментъ). Источники выражаютъ это такъ: apiscitur possessionem corpore et animo. Актъ, посредствомъ котораго установляется необходимая внѣшняя связь между лицомъ и вещью, называется завладѣніемъ, *apprehensio.* Но когда можетъ считаться достигнутымъ надлежащее соотношеніе между лицомъ и вещью? Иначе, въ чемъ состоитъ завладѣніе? Вотъ вопросы, которые возбуждаютъ до сихъ поръ оживленный споръ.

Старая доктрина до Савиньи ставила условіемъ непосредственнаго пріобрѣтенія владѣнія *тѣлесное прикосновеніе лица къ вещи или передачу ея изъ рукъ въ руки;* всѣ случаи пріобрѣтенія владѣнія, не удовлетворяющіе этому условію, она объединила подъ общимъ названіемъ *фиктивнаго* или символическаго пріобрѣтенія владѣнія.. *Савиньи* возсталъ противъ этого и заявилъ, что apprehensio не предполагаетъ физическаго прикосновенія, а предполагаетъ только, чтобъ лицо получило *физическую возможность непосредственнаго и исключительнаго господства надъ вещью.* Однако, и это опредѣленіе оказывается слишкомъ узкимъ (ср. напр., 1. 55 D. de a. r. d. 41. 1). *Іерингъ* говоритъ, что apprehensio заключается въ такомъ *обращеніи лица съ вещью, какого можно ожидать отъ собственника—omnia ut id unum gessisse oportet.* И это опредѣленіе нельзя признать удовлетворительнымъ, ибо владѣльцами могутъ быть не только собственники, но и другія лица, (напр., кредиторъ по залогу).

На *нашъ взглядъ* наиболѣе удовлетворительна слѣдующая формула: *для непосредственнаго пріобрѣтенія юридическаго владѣнія требуется наличность такихъ дѣйствій, которыя свидѣтельствуютъ о томъ, что вещь фактически вошла или, въ результатѣ предпринятыхъ дѣйствій, должна была войти въ составъ хозяйственной обстановки лица;* ни физическое прикосновеніе лица, ни возможность непосредственнаго воздѣйствія на вещь не необходимы (такъ, напр., достаточно, чтобы вещь во время отсутствія лица принесена была къ нему на домъ или въ его погребъ; чтобы какой нибудь звѣрь попался въ сѣти, разставленныя лицомъ, и т. д.). Юристъ Proculus выражаетъ эту мысль слѣдующими словами: *summam tamen hanc esse puto, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit.*

Если для перехода вещи въ новую хозяйственную обстановку требуется совершить *рядъ дѣйствій* (напр., по полученіи доступа къ даннымъ вещамъ необходимо вызвать людей или подводы, повести ихъ и т. д.), то считается достаточнымъ для перехода владѣнія, если пріобрѣтателемъ предприняты были первые шаги, которые при нормальныхъ условіяхъ въ конечномъ результатѣ должны были привести къ окончательному поступленію вещи въ новую хозяйственную обстановку [1]).

Въ частности, завладѣніе можетъ быть двухъ родовъ: a) *traditio, передача,* т. е. завладѣніе вещью съ согласія прежняго владѣльца; b) *occupatio, захватъ,* т. е. одностороннее завладѣніе вещью, совершаемое безъ согласія прежняго владѣльца, если только таковой существовалъ; очевидно, вещи, никому не принадлежащія, могутъ быть пріобрѣтены только вторымъ путемъ. Господствующая доктрина особо выдѣляетъ, такъ назыв., *longa manu traditio.* Сущность ея усматривается въ томъ, что прежній владѣлецъ указываетъ новому владѣльцу на вещь и предлагаетъ ему взять ее (напр., кладетъ деньги на столъ, ср. 1. 79 D. de solut. 46, 3). Въ примѣненіи къ недвижимостямъ longa manu traditio имѣетъ мѣсто въ той формѣ, что прежній и новый владѣлецъ, вмѣсто того,

---

[1]) Ср. подробности у Пининскаго, d. Thatbestand des Sachbesitzerwerbes, т. I, стр. 188 сл., 274, 276 сл.

чтобы отправиться на самый участокъ, довольствуются тѣмъ, что прежній владѣлецъ указываетъ новому на этотъ участокъ, стоя по близости отъ него, напр., на башнѣ (ср. l. 18 § 2 D. de a. v. a. p. 41, 2). Въ выдѣленіи longa manu traditio сказывается вліяніе старой доктрины, по которой настоящая традиція немыслима безъ физическаго прикосновенія къ вещи.

Особнякомъ стоитъ, такъ назыв., *brevi manu traditio*. Этимъ обозначается пріобрѣтеніе детенторомъ юридическаго владѣнія съ согласія прежняго владѣльца. Для этого достаточно простое соглашеніе между владѣльцемъ и детенторомъ, не требуется особый актъ завладѣнія, ибо внѣшняя связь между лицомъ и вещью существуетъ еще до пріобрѣтенія юридическаго владѣнія (напр., собственникъ продаетъ арендатору арендованный участокъ). Въ такихъ случаяхъ говорятъ о пріобрѣтеніи владѣнія *solo animo*. Помимо такого соглашенія самъ детенторъ solo animo не могъ сдѣлаться юридическимъ владѣльцемъ: *nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest.*

Впрочемъ, смыслъ послѣдняго правила очень спорный (ср. Iherin Besitzwillen, стр. 357 и слѣд.).

§ 103. Пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія чрезъ представителей.

Древнее римское право не допускало пріобрѣтенія владѣнія чрезъ представителей. Таковое стало возможнымъ въ Императорскомъ періодѣ. Сущность его заключается въ томъ, что одно лицо, *detentor*, пріобрѣтаетъ владѣніе вещью въ экономическомъ смыслѣ, а другое, отъ имени котораго detentor держитъ вещь, вслѣдствіе этого, пріобрѣтаетъ владѣніе въ юридическомъ смыслѣ.

Въ частности, для пріобрѣтенія юридическаго владѣнія чрезъ представителя требуется наличность слѣдующихъ условій: a) *представитель долженъ быть уполномоченъ* тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго имѣетъ быть пріобрѣтено юридическое владѣніе, пріобрѣтать для него вещи; впрочемъ, допускается и послѣдующая ratihabitio; b) *представитель долженъ завладѣть вещью* на общемъ основаніи, т.-е. пріобрѣсти экономическое владѣніе ею; c) *представитель долженъ имѣть желаніе пріобрѣсти вещь не для себя, а именно для перваго лица*; таковая его воля можетъ быть открыто выражена имъ, или можетъ явствовать изъ обстоятельствъ дѣла; впрочемъ, если прежній владѣлецъ передалъ вещь данному лицу именно какъ представителю третьяго лица, и посредникъ ее принялъ въ качествѣ такового (напр., я передаю книгу лакею лица A съ порученіемъ передать ее ему), то это третье лицо съ момента передачи вещи представителю пріобрѣтаетъ право на поссессорную защиту, т.-е. становится юридическимъ владѣльцемъ, независимо отъ того, желалъ ли посредникъ пріобрѣсти вещь въ его пользу или нѣтъ.

Въ двухъ категоріяхъ случаевъ допускалось пріобрѣтеніе владѣнія чрезъ представителя помимо воли пріобрѣтателя: a) *властелинъ непосредственно пріобрѣталъ юридическое владѣніе всѣми вещами, которыя были пріобрѣтены подвластными дѣтьми или рабами для ихъ пекуліума, ex peculiari causa*; этотъ случай для современнаго права, конечно, утратилъ практическое значеніе; b) *опекуны малолѣтнихъ, попечители умалишенныхъ и законные представители юридическихъ лицъ пріобрѣтаютъ владѣніе для опекаемыхъ и юридическихъ лицъ помимо воли таковыхъ.*

Особый случай *пріобрѣтенія владѣнія черезъ представителя составляетъ, такъ назыв., constitutum possessorium.* Сущность его заключается въ томъ, что юридическій владѣлецъ данной вещи уступаетъ юридическое владѣніе вещи другому лицу и удерживаетъ ее за собою въ качествѣ детентора (напр., A продаетъ свой домъ B и остается жить въ немъ въ качествѣ квартиранта). Въ такомъ случаѣ, очевидно, не требуется спеціальнаго завладѣнія вещью со стороны представителя, а переходъ юридическаго владѣнія отъ одного лица къ другому совершается на основаніи простого соглашенія между сторонами.

Глава IV. Прекращеніе владѣнія.

§ 104. Общія замѣчанія.

Смѣшеніе владѣнія въ экономическомъ смыслѣ съ владѣніемъ въ юридическомъ смыслѣ особенно неблагопріятно отразилось на ученіи о прекращеніи владѣнія. Именно, современная доктрина, все еще слѣдуя въ этомъ отношеніи римскимъ юристамъ, подъ общимъ терминомъ «прекращеніе владѣнія» обнимаетъ двѣ группы случаевъ, имѣющихъ совершенно отличное другъ отъ друга юридическое значеніе. А именно, подъ прекращеніемъ владѣнія понимаютъ: 1) въ однихъ случаяхъ, *утрату экономическаго владѣнія* съ сохраненіемъ права на предъявленіе поссессорныхъ интердиктовъ, направленныхъ на возвратъ экономическаго владѣнія (т. н., interdicta recuperandae possessionis); 2) въ другихъ случаяхъ, *утрату права на поссессорную защиту*, т.-е. полную утрату юридическаго владѣнія, каковая можетъ быть связана съ утратою экономическаго владѣнія, но можетъ наступить и помимо послѣдней.

Мы перейдемъ теперь къ разбору отдѣльныхъ случаевъ прекращенія владѣнія, слѣдуя порядку, принятому въ доктринѣ, причемъ мы относительно каждаго случая будемъ отмѣчать, какое онъ имѣетъ юридическое значеніе. При этомъ намъ придется разсмотрѣть отдѣльно непосредственное прекращеніе владѣнія и прекращеніе владѣнія чрезъ представителей.

§ 105. Непосредственное прекращеніе владѣнія.

Различаютъ пять основаній непосредственнаго прекращенія владѣнія: утрату animus, утрату corpus владѣнія, смерть владѣльца, переходъ вещи въ разрядъ res extra commercium и уничтоженіе ея.

Прекращеніе владѣнія вслѣдствіе утраты animus. Утратить animus можно, очевидно, только добровольно. Результатомъ этого является полная утрата юридическаго владѣнія, т.-е. лицо не сохраняетъ права на предъявленіе ни *interdicta retinendae possessionis*, ни *interdicta recuperandae possessionis*. Утратить владѣніе animo могутъ только лица дѣеспособныя. При этомъ необходимо различать двѣ категоріи случаевъ: а) *лицо утрачиваетъ вообще желаніе сохранить возможность пользоваться вещью*; въ такомъ случаѣ прекращается какъ юридическое, такъ и экономическое владѣніе вещью,— сохраняется только внѣшняя связь между лицомъ и вещью, которая сама по себѣ недостаточна для признанія не только юридическаго, но и экономическаго владѣнія вещью; b) *лицо уступаетъ юридическое владѣніе вещью другому лицу, сохраняя за собою экономическое владѣніе вещью*; сюда относится случай такъ называемаго *constitutum possessorium*, когда юридическій владѣлецъ превращается въ простого детентора, напримѣръ, собственникъ продаетъ свой домъ и остается жить въ немъ въ качествѣ квартиранта. Въ послѣднемъ случаѣ, лицо утрачиваетъ только тотъ квалифицированный animus, который требуется въ Римскомъ правѣ для признанія лица юридическимъ владѣльцемъ. Итакъ, утрата владѣнія animo есть полная утрата юридическаго владѣнія, т.-е. права на поссессорную защиту. Она можетъ быть связана съ утратой экономическаго владѣнія, но можетъ имѣть мѣсто и независимо отъ послѣдней. Желаніе отказаться отъ юридическаго владѣнія вещью можетъ быть *условное* въ томъ смыслѣ, что оно связано съ желаніемъ доставить владѣніе ея другому лицу; въ такомъ случаѣ для утраты юридическаго владѣнія требуется, чтобы противная сторона пріобрѣла владѣніе; если это почему либо не произошло, прежній владѣлецъ сохраняетъ право на поссессорную защиту.

Утрата владѣнія corpore всегда предполагаетъ утрату экономическаго владѣнія вещью. Послѣдняя имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда вещь окончательно вы-

была изъ хозяйства лица. При этомъ надо различать слѣдующіе случаи: a) *вещь выбыла изъ хозяйства лица по волѣ его*, напр., онъ передалъ ее другому лицу въ юридическое владѣніе; тогда наступаетъ *полная* утрата юридическаго владѣнія; b) *вещь выбыла вслѣдствіе дѣйствія случая или вслѣдствіе моей небрежности*—напр., я уронилъ кольцо въ воду или потерялъ трость въ дорогѣ, и т. д.; и тутъ наступаетъ полная утрата юридическаго владѣнія; c) *вещь взята третьимъ лицомъ*—тогда потерявшій теряетъ, по общему правилу, interdicta retinendae possessionis, но сохраняетъ interdicta recuperandae possessionis. Впрочемъ, относительно недвижимостей установлено слѣдующее исключеніе: если юридическій владѣлецъ недвижимости лишается экономическаго владѣнія ея *clam*, т.-е. тайно, безъ его вѣдома, онъ сохраняетъ юридическое владѣніе въ полномъ объемѣ и даже право самопомощи не только по отношенію къ лицу, тайно отъ него захватившему вещь, но и по отношенію къ третьимъ лицамъ, къ которымъ перешло владѣніе, пока онъ не узналъ о захватѣ и не приметъ мѣръ противъ этого, или принятыя мѣры останутся безуспѣшными. Въ послѣднемъ случаѣ, онъ все же сохраняетъ interdicta recuperandae possessionis (ср. 1. 6 § 11, 1. 7 D. 41, 2). Чтобъ уяснить практическое значеніе этого правила, приведемъ примѣръ. Допустимъ, что у меня имѣется подгородный участокъ съ дачей, въ которой я привыкъ жить лѣтомъ. Зимою я его не посѣщаю, и вдругъ я узнаю, что А въ немъ засѣлъ и хозяйничаетъ тамъ по своему усмотрѣнію. Я, въ такомъ случаѣ, могу сначала попытаться удалить его собственными силами, и это не будетъ сочтено самоуправствомъ, а будетъ разсматриваться, какъ самооборона, а, слѣдовательно, остается ненаказуемымъ. Съ этой точки зрѣнія тотъ фактъ, что я продолжаю владѣть тайно отнятымъ у меня участкомъ, имѣетъ важное практическое значеніе [1]).

Смерть владѣльца, переходъ вещи въ разрядъ res extra commercium и уничтоженіе вещи влекутъ за собою полную утрату юридическаго владѣнія.

§ 106. Прекращеніе владѣнія чрезъ представителей.

Оно прежде всего можетъ имѣть мѣсто: *вслѣдствіе утраты animus, смерти юридическаго владѣльца и уничтоженія вещи или перехода ея въ разрядъ res extra commercium.* Все это влечетъ за собою полное прекращеніе юридическаго владѣнія. Никакого значенія не имѣетъ сама по себѣ смерть дегентора, утрата имъ дѣеспособности или оставленіе имъ вещи. Другими словами, въ такихъ случаяхъ, юридическій владѣлецъ сохраняетъ юридическое владѣніе въ полномъ объемѣ. Если представитель противъ своей воли будетъ лишенъ экономическаго владѣнія вещью, то юридическій владѣлецъ сохраняетъ interdicta recuperandae possessionis. Если третье лицо завладѣетъ движимою вещью съ вѣдома представителя, то юридическій владѣлецъ равнымъ образомъ сохраняетъ только рекуператорные интердикты противъ такого лица. Относительно недвижимыхъ вещей установлено, что владѣлецъ, въ случаѣ захвата ихъ третьимъ лицомъ съ вѣдома представителя, сохраняетъ юридическое владѣніе въ полномъ объемѣ и даже право самопомощи противъ такого лица, пока онъ не узнаетъ о захватѣ и не приметъ мѣръ противъ такого лица, или принятыя мѣры останутся безуспѣшными. Въ послѣднемъ случаѣ онъ сохраняетъ только *interdicta recuperandae possessionis.*

Наконецъ, самъ представитель можетъ при извѣстныхъ условіяхъ лишить юридическаго владѣльца владѣнія въ томъ смыслѣ, что послѣдній сохраняетъ только рекуператорные интердикты: это имѣетъ мѣсто по отношенію къ недвижимостямъ, если представитель съ успѣхомъ отразитъ попытку юридическаго владѣльца завладѣть вещью въ экономическомъ смыслѣ.

---

[1]) Ср. любопытныя разсужденія объ этомъ у Пининскаго, ук. соч I, стр. 195 и сл.

Глава V. Защита владѣнія.

§ 107. Общій обзоръ [1]).

Для защиты владѣнія преторъ выработалъ особыя средства судебной защиты, т. наз., поссессорные интердикты. Они распадаются на interdicta retinendae и interdicta recuperandae possessiones. Первые имѣютъ цѣлью охрану существующаго владѣнія и преимущественно служатъ для рѣшенія вопроса о томъ, кто въ данное время долженъ считаться владѣльцемъ; нерѣдко они въ качествѣ т. наз., *possessorium* подготовляютъ споръ о собственности (т. н., *petitorium*), такъ какъ на основаніи ихъ рѣшается, кто долженъ выступить въ спорѣ о собственности истцомъ, кто отвѣтчикомъ. Interdicta recuperandae possessionis направлены на возвратъ утраченнаго уже владѣнія и предъявляются къ тому лицу, которое неправомѣрно завладѣло вещью. Необходимо замѣтить, что *возврата владѣнія или соотвѣтственнаго денежнаго вознагражденія можно требовать и посредствомъ личныхъ исковъ*, напр., посредствомъ *actio quod metus causa*, *actio furti*; въ особенности, посредствомъ, т. н., *condictio possessionis.* Но противъ нихъ допускается *exceptio dominii*, т.-е допускается возраженіе о правѣ со стороны отвѣтчика.

§ 108. Interdicta retinendae possessionis.

Для защиты наличнаго владѣнія имѣются два интердикта: interdictum uti possidetis—для недвижимыхъ вещей и interdictum utrubi—для движимыхъ вещей. Первоначально, между обоими интердиктами существовало важное различіе: только interdictum uti possidetis дѣйствительно охраняло наличное владѣніе того лица, которое въ моментъ обращенія къ претору владѣло вещью; напротивъ, interdictum utrubi давалось вообще тому, кто въ теченіе послѣдняго года владѣлъ вещью дольше другого, хотя бы въ моментъ обращенія къ претору вещью владѣлъ противникъ. Въ Юстиніановскомъ правѣ, однако, оба интердикта отличаются другъ отъ друга только по имени, такъ какъ interdictum utrubi вполнѣ сравненъ съ interdictum uti possidetis.

Поводомъ къ предъявленію интердикта можетъ послужить не только всякое физическое нарушеніе, но даже простое оспариваніе владѣнія. Цѣль интердиктовъ—признаніе владѣнія лица и возмѣщеніе причиненнаго нарушеніемъ убытка; сверхъ того, нарушитель обязывается вездерживаться впредь отъ нарушеній, въ обезпеченіе чего нерѣдко съ него требуютъ представленія особой cautio de non amplius turbando. Интердикты эти суть interdicta dublicia, т.-е. владѣльцемъ можетъ быть признанъ какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ. Выигрываетъ дѣло та сторона, которая въ моментъ предъявленія иска владѣетъ вещью, если только она не владѣетъ vi, clam или precario, т.-е. насильственно, тайно или до простого востребованія. Въ послѣднемъ случаѣ выигрываетъ дѣло прежній владѣлецъ. Другими словами, въ этомъ случаѣ названные интердикты имѣютъ рекуператорный характеръ, т. е. служатъ не для охраны существующаго владѣнія, а для возстановленія утраченнаго владѣнія. Право требовать возмѣщенія за причиненный нарушеніемъ владѣнія убытокъ погашается по истеченіи annus *utilis* со времени нарушенія, но виновное лицо продолжаетъ отвѣчать въ размѣрѣ наличнаго своего обогащенія.

§ 109. Позднѣйшее развитіе этихъ интердиктовъ въ средніе вѣка.

На ряду съ interdicta retinendae possessionis, которыя получили названіе possessorium ordinarium, средневѣковая практика выработала еще дополнительный владѣльческій

[1]) Bruns die Besitzklagen.

искъ—possessorium summariissimum. Появленіе его было вызвано тѣмъ, что разсмотрѣніе судомъ вопроса о томъ, кто долженъ считаться владѣльцемъ, можетъ затянуться, и необходимо опредѣлить, кто за это время долженъ владѣть вещью. Временнымъ владѣльцемъ вещи, впредь до окончательнаго рѣшенія вопроса о томъ, кто долженъ считаться владѣльцемъ ея, признается тотъ, кто совершитъ послѣдній спокойный актъ владѣнія (ср. подробности у Брунса, Besitzklagen стр. 180, 260, 375, 397).

§ 110. Interdicta recuperandae possessionis.

Interdictum de vi. Въ классическомъ правѣ существовало два interdicta de vi,—одно *de vi quotidiana*, другое *de vi armata*. Въ Юстиніановскомъ правѣ оба интердикта слиты воедино. Истцомъ является юридическій владѣлецъ, который самъ, или въ лицѣ своего представителя насильственно (per vim atrocem) лишенъ владѣнія недвижимою вещью—*deiectus*, а равно наслѣдники такого лица. Отвѣтчикомъ является тотъ, кто самъ насильственно лишилъ истца владѣнія или поручилъ это сдѣлать другимъ, *безотносительно къ тому, продолжаетъ ли онъ владѣть вещью или нѣтъ*; при этомъ не допускается *exceptio—vitiosae possessionis*, т.-е. отвѣтчикъ не можетъ ссылаться на то, что истецъ владѣлъ вещью vi, clam или precario по отношенію къ нему. Искъ *intra annum utilem* направленъ на возвратъ владѣнія и на возмѣщеніе всего причиненнаго изгнаніемъ убытка. *Post annum utilem* отвѣтчикъ отвѣчаетъ только in id quod ad eum pervenit, т.-е. въ размѣрѣ своего обогащенія. Съ такимъ же ограниченіемъ искъ можетъ быть предъявленъ противъ наслѣдниковъ виновника, равно противъ такого лица, подвластныя лица котораго отъ его имени, но безъ его порученія или позднѣйшаго согласія, лишили истца владѣнія. Но искъ не можетъ быть предъявленъ противъ третьихъ лицъ, къ которымъ перешло владѣніе отъ виновника. Весьма спорнымъ представляется вопросъ о томъ распространено ли interdictum de vi, со времени уравненія interdictum utrubi съ interdictum uti possidetis, и на случаи насильственнаго отнятія движимыхъ вещей. Слѣдуетъ признать, что да [1]). Посредствомъ interdictum de vi можно требовать возврата владѣнія въ томъ только случаѣ, когда владѣлецъ насильственно лишенъ владѣнія.

Нѣкоторые причисляютъ къ числу рекуператорныхъ интердиктовъ также *interdictum de precario*. Онъ возникаетъ въ томъ случаѣ, когда кто либо владѣетъ вещью до востребованія и по первому требованію не возвращаетъ вещи. Истцомъ является precario dans, отвѣтчикомъ precario accipiens и его наслѣдники; искъ направленъ на возвратъ вещи и на возмѣщеніе убытка, причиненнаго dolo или culpa lata отвѣтчика. Впрочемъ, иные ученые (Ihering, Bruns, Dernburg) исключаютъ interdictum de precario изъ числа владѣльческихъ интердиктовъ, ссылаясь между прочимъ на то, что этому интердикту могло быть противопоставлено exceptio domini, чего не допускалось при строго владѣльческихъ интердиктахъ.

§ 111. Дальнѣйшее развитіе рекуператорныхъ интердиктовъ въ средніе вѣка.

Каноническое право значительно дополнило положенія римскаго права о защитѣ владѣнія. Внѣшнимъ основаніемъ послужилъ подложный церковный законъ псевдо-Исидора, такъ назыв., canon Redintegranda, перешедшій въ Decretum Gratiani; на основаніи этого канона, епископъ, изгнанный изъ епархіи (exspoliatus s. ejectus), могъ противопоставлять всякому обвиненію, возбужденному противъ него, exceptio spolii, т.-е. могъ требовать, чтобъ до привлеченія его къ отвѣту по любому другому дѣлу ему было возвращено

[1]) Иначе Дернбургъ, ук. соч. т. I § 188.

владѣніе его епархіей. Exceptio spolii лишь косвенно приводило къ возврату владѣнія. Вскорѣ, на основаніи того же постановленія, стали давать прямой искъ о возвратѣ, который сначала носилъ названіе condictio ex canone redintegranda, а впослѣдствіи сталъ называться actio spolii. Практика расширила область примѣненія этого иска. Положенія, выработанныя ею, сводятся къ слѣдующимъ пунктамъ: a) истцомъ можетъ быть не только юридическій владѣлецъ, но и детенторъ, держащій вещь въ собственномъ интересѣ, какъ-то арендаторъ, наниматель и др.; b) искъ касается не только недвижимыхъ, но и движимыхъ вещей; c) не требуется, чтобъ истецъ былъ насильственно лишенъ владѣнія,—достаточно, если онъ лишенъ его вопреки своей воли (clam, bona fide и т. д.); d) отвѣтчикомъ является не только самъ споліантъ, но и третьи лица, которыя пріобрѣли владѣніе вещью mala fide, т.-е. зная, что прежній владѣлецъ утратилъ владѣніе ею противъ своей воли; e) искъ подлежитъ дѣйствію 30 л. исковой давности.

ПРИМѢЧАНІЕ. Необходимо, впрочемъ, замѣтить, что и въ чистомъ римскомъ правѣ детенторъ не былъ совершенно беззащитенъ, хотя онъ и не могъ предъявлять поссессорныхъ интердиктовъ. А именно, съ одной стороны ему на общемъ основаніи принадлежало *право самозащиты*, т.-е. право отражать собственными силами всякое незаконное вторженіе въ его имущественную сферу, съ другой стороны, на случай насильственнаго нарушенія или лишенія его владѣнія, онъ могъ *предъявить* actio injuriarum противъ виновнаго; правда, онъ этимъ не могъ добиться возврата владѣнія, но все-таки виновный присуждался къ уплатѣ денежнаго штрафа (ср. подроб. по этому вопросу у Ihering'a d. Besitzwille; стр. 47, 136, 433 и сл.). О квалифицированномъ видѣ детенціи, соединенномъ съ quasi possesio juris, будетъ говорено ниже.

Право собственности [1]).

Глава I. Понятіе, содержаніе и виды права собственности.

§ 112. Понятіе собственности.

Собственность, dominium или *proprietas, въ чистомъ своемъ видѣ, т.-е. безъ всякихъ ограниченій, опредѣляется обыкновенно, какъ право полнаго и исключительнаго господства лица надъ тѣлесною вещью.* Въ частности, различаютъ два составныхъ элемента права собственности—*положительный* и *отрицательный*: положительный элементъ состоитъ въ правѣ собственника распоряжаться вещью по *своему усмотрѣнію*, отрицательный элементъ состоитъ въ правѣ отражать воздѣйствіе всякаго третьяго лица на вещь. Ходячее опредѣленіе собственности, какъ права полнаго господства лица надъ вещью, страдаетъ, однако, тѣмъ недостаткомъ, что выдвигаетъ чисто формальный элементъ, ничего не говоря о содержаніи собственности. Этого недостатка избѣгаетъ слѣдующее опредѣленіе: *собственность, въ чистомъ своемъ видѣ, есть наиболѣе полное и вполнѣ безконтрольное право пользованія и распоряженія вещью, защищенное противъ всякаго вмѣшательства со стороны другихъ лицъ.* Собственникъ, съ одной стороны, можетъ пользоваться вещью, не стѣсняясь ничѣмъ и никѣмъ, онъ, слѣдовательно, можетъ пользоваться ею не только ad usum но и ad abusum и можетъ даже уничтожить ее; пользованіе вещью въ той или другой формѣ предполагаетъ, конечно, экономическое владѣніе вещью. Онъ далѣе, по своему усмотрѣнію, можетъ распоряжаться вещью, можетъ продать ее, подарить другому лицу, бросить ее и т. д. Впрочемъ, на

---

[1]) Windscheid, Pandekten I § 167 сл., Dernburg Pandekten I § 192 сл., Graf Pininski Begriff u. Grenzen d. Eig.-Rechts nach. Röm. R.

практикѣ право собственности въ своемъ чистомъ видѣ встрѣчается не особенно часто, въ особенности поскольку рѣчь идетъ о недвижимой собственности. Напротивъ, право собственности обыкновенно обставлено большими или меньшими ограниченіями. Эти ограниченія могутъ быть основаны на законѣ, на судебномъ рѣшеніи или на юридической сдѣлкѣ, и могутъ касаться либо права пользованія вещью, либо права распоряженія ею. Особенно важную категорію такихъ ограниченій составляютъ, такъ называемые, легальные сервитуты.

Объектомъ собственности служатъ *отдѣльныя тѣлесныя вещи*; что касается, въ частности, недвижимой собственности, то она обнимаетъ не только самый участокъ, но и воздушное пространство надъ нимъ и подземное пространство подъ нимъ, поскольку пользованіе тѣмъ или другимъ можетъ представлять какой-нибудь практическій интересъ для собственника.

§ 113. Ограниченія собственника касательно пользованія вещью.

Такія *ограниченія могутъ имѣть двоякій характеръ*: *положительный и отрицательный*, смотря по тому, налагаютъ ли они на собственника обязанность воздерживаться отъ извѣстныхъ актовъ пользованія, или обязываютъ его терпѣть извѣстные акты пользованія со стороны третьихъ лицъ. Эти ограниченія могутъ быть основаны *на правѣ, особо пріобрѣтенномъ со стороны третьяго лица*,—сюда относятся, между прочимъ, всякаго рода личные и реальные сервитуты, или же они основываются *на общемъ постановленіи закона*. Ограниченія послѣдняго рода касаются, главнымъ образомъ, пользованія недвижимостями и установлены частью въ общемъ интересѣ, частью въ интересахъ сосѣднихъ владѣльцевъ. Тѣ изъ нихъ, которыя установлены въ интересахъ сосѣдей, называются обыкновенно *легальными сервитутами* и составляютъ въ своей совокупности такъ называемое «право сосѣдства».

Важнѣйшія ограниченія, установленныя *въ интересахъ сосѣдей*, слѣдующія: a) собственникъ участка долженъ переносить напускаемые съ сосѣдняго участка дымъ, паръ, пыль и т. д., поскольку послѣднее связано съ нормальнымъ пользованіемъ участкомъ; b) собственникъ долженъ терпѣть выступъ на его землю стѣны сосѣда до $^1/_2$ фута; c) собственникъ обязанъ пускать каждый третій день къ себѣ сосѣда, плоды съ деревьевъ котораго падаютъ на его участокъ, для того, чтобы сосѣдъ могъ собрать эти плоды; если собственникъ оказываетъ противодѣйствіе, сосѣдъ можетъ предъявить къ нему interdictum de glande legenda; d) если дерево съ одного участка повисло надъ строеніемъ другого, то собственникъ дерева долженъ его убрать; въ противномъ случаѣ сосѣдъ можетъ это сдѣлать и удержать отрубленную часть дерева за собою; въ случаѣ спора сосѣдъ можетъ предъявить *interdictum de arboribus caedendis*. Если дерево повисло надъ чужимъ полемъ, то собственникъ обязанъ отрубить вѣтви, quindecim pedes a terra altius, въ противномъ случаѣ сосѣдъ можетъ это сдѣлать; e) собственникъ не долженъ произвольно измѣнять стокъ дождевой воды во вредъ сосѣду, въ противномъ случаѣ сосѣдъ можетъ предъявить къ нему actio aquae pluviae arcendae.

Въ общественномъ интересѣ: a) собственникъ берега публичной рѣки обязанъ предоставить пользованіе набережной полосою судоходамъ и другимъ лицамъ, насколько этого требуетъ оборотъ; b) если публичная дорога будетъ уничтожена, благодаря наводненію и т. д., то собственникъ смежнаго съ дорогой участка обязанъ уступить часть своей земли подъ публичную дорогу; c) собственникъ матеріаловъ, употребленныхъ другимъ лицомъ на постройку дома или виноградника (tignum junctum aedibus vineaeve), не можетъ ихъ виндицировать, пока эти матеріалы продолжаютъ быть застроенными; но онъ можетъ требовать отъ собственника строенія или виноградника уплаты двойной стоимости застроенныхъ матеріаловъ посредствомъ actio de tigno juncto, и сверхъ того, сохраняетъ право виндицировать ихъ на случай окончательнаго отдѣленія ихъ.

§ 114. Ограниченія собственника касательно права распоряженія вещью.

Можно различать двѣ категоріи такихъ ограниченій. *Всякое jus in re aliena, принадлежащее третьему лицу относительно данной вещи, всегда въ большей или меньшей степени ограничиваетъ право собственника распоряжаться вещью по своему усмотрѣнію* въ томъ смыслѣ, что ему приходится считаться съ этимъ правомъ третьяго лица; такъ, напр., разъ одно лицо имѣетъ право узуфрукта на вещь, то собственникъ не можетъ установить такого же права въ пользу другого лица; разъ вещь заложена одному лицу, то собственникъ, правда, можетъ заложить ее вторично, но такой актъ не имѣетъ уже той силы, какъ первый, ибо второй кредиторъ отступаетъ передъ первымъ. Другими словами, право собственника распоряжаться вещью подверглось ограниченію. Сверхъ того, *въ извѣстныхъ случаяхъ собственнику непосредственно воспрещается отчужденіе вещи или установленіе ограничивающихъ его право собственности вещныхъ правъ въ пользу третьихъ лицъ.* Такое запрещеніе можетъ быть основано на законѣ, на судебномъ опредѣленіи или на юридической сдѣлкѣ (договорномъ соглашеніи или распоряженіи на случай смерти). Отчужденіе, совершенное *вопреки* законному или судебному запрещенію, *недѣйствительно*, т.-е. право собственности не переходитъ на пріобрѣтателя, такъ что вещь можетъ быть виндицирована у всякаго владѣльца ея, даже со стороны самаго отчуждателя, которому, впрочемъ, при извѣстныхъ условіяхъ можетъ быть противопоставлена exceptio doli.

Что касается запрещеній, вытекающихъ изъ распоряженія на случай смерти, то юридическое значеніе ихъ составляетъ предметъ спора. По мнѣнію Виндшейда, такія запрещенія сами по себѣ не имѣютъ никакой обязательной силы; въ данномъ частномъ случаѣ такое запрещеніе можетъ быть установлено въ интересахъ третьяго лица, къ которому вещь согласно волѣ наслѣдователя впослѣдствіи должна перейти: въ такомъ случаѣ, отчужденіе, правда, недѣйствительно, но основаніемъ недѣйствительности его служитъ не запрещеніе, а право третьяго лица. Другіе юристы связываютъ съ такимъ запрещеніемъ, въ зависимости отъ особенностей отдѣльныхъ случаевъ, то вещныя, то личныя послѣдствія, и въ частности признаютъ, что отчужденіе, совершенное вопреки такому запрещенію, недѣйствительно, поскольку имъ нарушается вещное право, установленное въ пользу третьяго лица путемъ легата, связаннаго съ запрещеніемъ (ср. Виндш. I § 172 *a* примѣч. 3). Что же касается запрещеній, основанныхъ на договорномъ соглашеніи, то они по господствующему мнѣнію не дѣлаютъ недѣйствительнымъ отчужденіе, совершенное вопреки такому запрещенію, а создаютъ только личный искъ противъ отчуждателя, направленный на возвратъ вещи или на вознагражденіе за причиненный убытокъ или на уплату неустойки.

Въ заключеніе необходимо замѣтить, что всякое запрещеніе, даже законное, касается всегда только *добровольнаго* отчужденія вещи со стороны собственника и не исключаетъ возможности отчужденія ея со стороны третьяго лица, произведеннаго имъ на основаніи самостоятельнаго права.

§ 115. Сособственность, condominium [1]).

Вещь въ цѣломъ не можетъ принадлежать одновременно нѣсколькимъ лицамъ: duorum in solidum dominium esse non potest. Но возможно, что вещь по идеальнымъ частямъ, pro partibus indivisis, принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ. Это т. наз., condominium, сособственность.

Сособственность возникаетъ частью на основаніи договора товарищества, частью помимо такового, напр., если назначено нѣсколько наслѣдниковъ по завѣщанію или нѣ-

[1]) Dernburg, Pandekten, I, § 195 сл. v. Seeler, Lehre v. Miteigentum.

сколькимъ лицамъ отказана вещь и т. д. Особенности этого отношенія сводятся къ слѣдующему: 1) распоряжаться всей вещью или какой нибудь реальной частью можно только съ *согласія всѣхъ сособственниковъ*, между которыми по этому поводу могутъ возникнуть обязательственныя отношенія; 2) каждый сособственникъ имѣетъ право принять мѣры, необходимыя для поддержанія вещи, въ случаѣ нужды и помимо согласія остальныхъ сособственниковъ, и можетъ требовать отъ нихъ соотвѣтствующаго вознагражденія; для тѣхъ случаевъ, когда ремонтъ коснулся общаго дома, сверхъ того установлено, что тѣ изъ остальныхъ сособственниковъ, которые въ теченіе 4-хъ мѣсяцевъ не возмѣстятъ соотвѣтствующихъ расходовъ по ремонту, теряютъ свою часть въ пользу того сособственника, который позаботился о ремонтѣ; 3) каждый сособственникъ можетъ распоряжаться самостоятельно своей идеальной частью, напр., можетъ продать ее, заложить и т. д.; 4) каждый изъ сособственниковъ можетъ требовать *раздѣла;* вопросъ о томъ, путемъ какого иска можно требовать раздѣла, зависитъ отъ того, въ какихъ отношеніяхъ находятся сособственники между собою; такъ между нѣсколькими товарищами возникаетъ actio pro socio, между нѣсколькими сонаслѣдниками—actio familiae erciscundae, между пограничными владѣльцами actio finium regundorum, въ остальныхъ случаяхъ—actio communi dividundo.

§ 116. Виды собственности.

Dominium revocabile и *irrevocabile;* о dominium revocabile говорятъ въ тѣхъ случаяхъ, когда, при наступленіи извѣстнаго обстоятельства, собственникъ ipso jure теряетъ право собственности на вещь, и она переходитъ къ другому лицу.

Dominium limitatum и *illimitatum*, смотря по тому, обставлено ли право собственности лица ограниченіями или же оно представляется въ чистомъ своемъ видѣ.

Въ средніе вѣка возникло новое различіе между *dominium directum* и *utile*, послѣднее приписывалось эмфитевту и суперфиціарію (римскіе юристы не дѣлали этого различія).

ПРИМѢЧАНІЕ. *Въ до-Юстиніановскомъ правѣ важное значеніе имѣло различіе между квиритской собственностью, преторской собственностью и собственностью juris gentium.* Отличительныя особенности квиритской собственности: субъектами ея могутъ быть только римскіе граждане (но не перегрины); объектами ея могутъ служить всѣ движимыя вещи, а изъ недвижимыхъ только praedia in Italico solo (но не praedia provincialia). Кромѣ того, res mancipi могутъ быть пріобрѣтаемы только путемъ mancipatio или in jure cessio (но не путемъ неформальной традиціи) въ квиритскую собственность. Преторъ призналъ, что лица, пріобрѣтшія res mancipi путемъ неформальной традиціи, хотя и не пріобрѣтаютъ квиритское право собственности на нихъ, но пріобрѣтаютъ, такъ назыв., in bonis esse, т. е. пользуются защитой противъ прежняго собственника, если онъ вздумаетъ оттягать у нихъ вещь, и противъ всѣхъ третьихъ лицъ. Такимъ образомъ возникъ особый видъ преторской собственности на ряду съ собственностью цивильной или квиритской; цивильный собственникъ сохранялъ только nudum jus Quiritium. Впослѣдствіи было признано, что и перегрины могутъ быть собственниками, и дальше, что praedia provincialia могутъ быть пріобрѣтаемы въ полную собственность (первоначально относительно нихъ допускалось только possessio и ususfructus); этотъ видъ собственности назывался dominium juris gentium. *Юстиніанъ упразднилъ всѣ эти различія.*

Глава II. Способы пріобрѣтенія собственности.

§ 117. Общій обзоръ.

Въ Римскомъ правѣ основное дѣленіе способовъ пріобрѣтенія собственности есть дѣленіе ихъ на *первоначальные* и *производные*. Способъ пріобрѣтенія называется *первоначальнымъ—acquisitio originaria*, если право собственности пріобрѣтателя не основано

на правѣ другого лица; способъ пріобрѣтенія называется *производнымъ—acquisitio derivativa*—когда право собственности пріобрѣтателя основано на правѣ прежняго собственника, такъ что пріобрѣтатель является правопреемникомъ прежняго собственника.

Въ *до-Юстиніановскомъ правѣ* важное значеніе имѣло различеніе естественныхъ и цивильныхъ способовъ пріобрѣтенія собственности—acquisitiones naturales или juris gentium и acquisitiones civiles. Къ acquisitiones civiles причислялись mancipatio, in jure cessio, adjucatio и usucapio, они были доступны только римскимъ гражданамъ и не примѣнялись къ praedia provincialia. Къ acquisitiones naturales причислялись между прочимъ traditio и occupatio. Они были доступны и перегринамъ и примѣнялись и по отношенію къ praedia provincialia. Юстиніанъ упразднилъ это различіе.

Производные способы пріобрѣтенія собственности.

§ 118. Traditio [1]).

Для перехода права собственности отъ одного лица къ другому inter vivos недостаточно простое волеизъявленіе отчуждателя и пріобрѣтателя, а требуется сверхъ того, передача владѣнія—traditio. Источники говорятъ по этому поводу: traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Исключеніе допущено только въ пользу *церквей* и *благотворительныхъ учрежденій*, которыя пріобрѣтаютъ собственность на основаніи простого договора купли-продажи или даренія безъ традиціи (1. 23 C. de ss. ecl. 1. 2). Ср. Виндшейдъ, § 171, прим. 2.

Условія этого способа пріобрѣтенія состоятъ въ слѣдующемъ. I. *Отчуждатель* долженъ быть собственникомъ или лицомъ, дѣйствующимъ отъ имени собственника, на основаніи надлежащаго полномочія или съ его послѣдующаго согласія. Исключеніе изъ этого правила допускается: a) въ пользу *кредитора по залогу* на основаніи принадлежащаго ему jus distrahendi; b) въ пользу *фиска, императора* и *императрицы*; въ случаѣ отчужденія сими послѣдними не принадлежащихъ имъ вещей, пріобрѣтатель становится собственникомъ, и прежній собственникъ сохраняетъ только личный искъ объ убыткахъ противъ отчуждателя въ теченіе четырехъ лѣтъ. *Пріобрѣтатель* долженъ имѣть право пріобрѣсти собственность: такое право по общему правилу признается за всякимъ правоспособнымъ индивидомъ (исключеніе для иностранцевъ, евреевъ). II. Отчуждатель долженъ имѣть намѣреніе перенести право собственности на пріобрѣтателя, пріобрѣтатель—намѣреніе сдѣлаться собственникомъ,—*animus transferendi* и *acquirendi dominii*. Намѣреніе это въ большинствѣ случаевъ прямо не выражается сторонами, а его приходится выводить изъ сопутствующихъ традиціи обстоятельствъ. При этомъ необходимо различать двѣ категоріи случаевъ. Существуютъ такія сдѣлки, которыя *принципіально* направлены на передачу права собственности, напр., купля-продажа, мѣна, дареніе; разъ въ основаніи традиціи лежитъ такая сдѣлка, то in dubio предполагается, что стороны имѣли желаніе пріобрѣсти и перенести право собственности. Другими словами, если отчуждатель въ данномъ конкретномъ случаѣ при заключеніи такой сдѣлки не желаетъ безусловнаго перехода права собственности, онъ долженъ это особо оговорить, придать традиціи условный характеръ. Для этого служитъ, между прочимъ, *pactum reservati dominii*, которое особенно часто присоединяется къ договору купли-продажи, когда продавецъ кредитируетъ покупную цѣну, и гласитъ въ такомъ случаѣ, что, несмотря на то, что плата кредитирована, собственность должна считаться перешедшей къ пріобрѣтателю лишь послѣ полной уплаты. Впрочемъ, если въ основаніи традиціи лежитъ договоръ купли-продажи, то и помимо особой оговорки vi legis предполагается, что продавецъ не желаетъ перенести на покупщика право собственности раньше уплаты покупной цѣны, разъ продажа должна быть совершена на наличныя (т.-е. разъ цѣна не кредитирована,

[1]) Dernburg, Pandekten, I, § 211 сл. Windscheid, Lehrbuch d. R. R. I, § 171 сл.

§ 41 1. de rer. div. 2. 1.). Съ другой стороны, существуютъ сдѣлки, которыя, по общему правилу, не влекутъ за собою перехода права собственности, но съ которыми сторона въ данномъ конкретномъ случаѣ желаетъ связать это послѣдствіе. Сюда относятся случаи *фидуціарной* передачи права собственности при залогѣ вещи, отдачѣ ея на храненіе и т. д., гдѣ формально кредиторъ по залогу, депозитарій и т. д. дѣлается собственникомъ ради того, напр., чтобы имѣть возможность лучше блюсти интересы противъ третьихъ лицъ. Если стороны въ такихъ случаяхъ желаютъ перехода права собственности въ интересахъ той или другой изъ нихъ, онѣ должны *особо заявить* о таковомъ своемъ желаніи.

III. Спрашивается, какое значеніе имѣетъ тотъ фактъ, что вещь передана на основаніи недѣйствительной, оспоримой или ошибочно предполагаемой, но не существующей на дѣлѣ сдѣлки? Переходитъ ли въ такихъ случаяхъ право собственности на пріобрѣтателя, разъ имѣется на лицо animus transferendi и acquirendi dominii? Или иначе, есть ли традиція актъ абстрактный (т.-е. такой, сила котораго не зависитъ отъ causa traditionis) или матеріальный? Старая доктрина признавала, что традиція есть актъ матеріальный—она требовала justa causa traditionis, т. е. требовала, чтобы вещь была передана на основаніи дѣйствительной сдѣлки. Въ настоящее время *господствующее мнѣніе* высказывается въ пользу того, что и недѣйствительность сдѣлки, лежащей въ основаніи традиціи, сама по себѣ не препятствуетъ переходу права собственности, если только стороны имѣли animus transferendi и acquirendi dominii. Словомъ, традиція (при наличности animus transferendi и acquirendi dominii) имѣетъ, по общему правилу, характеръ акта абстрактнаго, а не матеріальнаго. Впрочемъ, изъ этого общаго правила допускаютъ рядъ исключеній; въ частности, традиція, совершенная вопреки законному или судебному запрещенію, недѣйствительна. Господствующее мнѣніе болѣе отвѣчаетъ интересамъ оборота и вполнѣ можетъ быть согласовано съ источниками, а посему ему слѣдуетъ отдать предпочтеніе.

Итакъ, собственность *не переходитъ*, если отсутствуетъ animus transferendi и acquirendi dominii. Таковаго нѣтъ, напр., въ случаѣ *error in persona* (если вещь передана не тому лицу, которому собственникъ желаетъ ее передать, причемъ, впрочемъ, предполагается, что собственникъ вообще придавалъ значеніе этому обстоятельству), или въ случаѣ *error in dominio* (если собственникъ считаетъ другое лицо собственникомъ и передаетъ свою вещь третьему лицу въ качествѣ представителя предполагаемаго собственника. Ср. 1. 35 D. de a. r. d. 41, 1), равно въ случаѣ error in corpore. Съ другой стороны, собственность *переходитъ* къ пріобрѣтателю, хотя бы въ основаніи традиціи лежала сдѣлка *оспоримая* (напр., вещь передана на основаніи убыточной купли-продажи, въ которую продавецъ вовлеченъ вслѣдствіе обмана покупщика), или ошибочно предполагаемая, но не существующая (уплата недолжнаго), или даже *недѣйствительная* (ср. 1. 36 D. de a. r. d. 41, 1), если только недѣйствительная сдѣлка не принадлежитъ къ разряду недозволенныхъ (напр., даренія между супругами), и если не существуетъ законнаго или судебнаго запрещенія отчуждать данную вещь.

IV. Пріобрѣтатель самъ или черезъ представителя долженъ получить *юридическое владѣніе вещью*, притомъ съ согласія отчуждателя или представителя послѣдняго. По общему правилу, *пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія связано съ пріобрѣтеніемъ экономическаго владѣнія вещью*, т. е. съ реальной передачей ея. Если пріобрѣтатель былъ уже экономическимъ владѣльцемъ вещи (напр., имѣніе покупаетъ арендаторъ), то пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія происходитъ въ силу договорнаго соглашенія между сторонами—такъ назыв., *brevi manu traditio*. Но юридическое владѣніе можетъ быть пріобрѣтено и съ оставленіемъ вещи въ экономическомъ владѣніи прежняго собственника, посредствомъ, такъ назыв. *constitutum possessorium* (напр., прежній собственникъ продаетъ свой домъ и остается жить въ немъ въ качествѣ квартиранта; въ такомъ случаѣ, онъ становится детенторомъ, а юридическое владѣніе вещью и вмѣстѣ съ тѣмъ право собственности переходитъ къ пріобрѣтателю). Это послѣдняя форма пріобрѣтенія собственности безъ реальной передачи вещи представляется очень опасной съ точки зрѣнія инте-

ресовъ оборота. Если отчуждаемой вещью владѣетъ не самъ отчуждатель, а третье лицо (напр., собственникъ продаетъ украденную вещь, которая находится еще у вора), то отчуждатель можетъ только уполномочить пріобрѣтателя завладѣть вещью и съ этой цѣлью цедировать ему виндикацію, но собственность переходитъ къ пріобрѣтателю лишь послѣ того, какъ ему удастся завладѣть вещью.

ПРИМѢЧАНІЕ. Если вещь передана не самому пріобрѣтателю, а представителю его для доставки ея тому лицу, отъ имени котораго онъ выступаетъ (напр., я передаю проданную вещь лакею покупателя), то пріобрѣтатель съ этого момента становится собственникомъ вещи, хотя бы представитель не передалъ ему вещи, а удержалъ ее за собою или передалъ ее другому лицу. Если же вещь передана *фиктивному представителю*, для доставки ея тому лицу, за представителя котораго онъ себя выдаетъ (напр., за полученіемъ купленной вещи является въ магазинъ обманщикъ, выдающій себя за лакея покупателя), то традентъ сохраняетъ право собственности на вещь.

§ 119. Adjudicatio.

При раздѣльныхъ искахъ, судъ можетъ раздѣлить вещь на реальныя части и присудить ихъ отдѣльнымъ собственникамъ, или, если это признается неудобнымъ или невозможнымъ, присудить всю вещь одному изъ сособственниковъ, съ обязательствомъ вознаградить остальныхъ бывшихъ сособственниковъ и т. д. *Право собственности переходитъ на основаніи самаго судебнаго присужденія, adiudicatio*, если только участвующія въ дѣлѣ лица были единственными сособственниками вещи. Итакъ, въ данномъ случаѣ, для перехода собственности не требуется передачи владѣнія.

§ 120. Пріобрѣтеніе собственности однимъ лицомъ благодаря лишенію ея другого.

Въ извѣстныхъ случаяхъ, собственникъ въ видѣ наказанія теряетъ свою собственность въ пользу другого лица. Такъ, собственникъ, не заплатившій за вещь должной пошлины, по общему правилу, теряетъ ее въ пользу того лица или учрежденія, которое имѣетъ право налагать пошлину; собственникъ дома, не возмѣстившій другому собственнику въ теченіе 4 мѣсяцевъ расходы на необходимый ремонтъ дома, теряетъ свое condominium въ пользу этого лица. Родитель или родительница, вступая во второй бракъ, теряетъ право собственности на lucra nuptialia въ пользу дѣтей отъ перваго брака.

ПРИМѢЧАНІЕ. *Другіе случаи производнаго пріобрѣтенія.* Кромѣ указанныхъ, существуютъ еще нѣкоторые другіе случаи производнаго пріобрѣтенія, о которыхъ рѣчь впереди. Сюда относится, напр., пріобрѣтеніе на основаніи *наслѣдованія* и *отказа*, а также *impetratio domini* со стороны кредитора по залогу.

Первоначальные способы пріобрѣтенія собственности.

§ 121. Пріобрѣтеніе плодовъ.

Органическія произведенія вещи, до отдѣленія ихъ отъ главной вещи, составляютъ части ея и не имѣютъ самостоятельнаго значенія. Съ момента отдѣленія ихъ—separatio, они становятся самостоятельными вещами и право собственности на нихъ, по общему правилу, пріобрѣтаетъ тотъ, кто въ моментъ separatio имѣетъ право собственности на

главную вещь. Изъ этого правила допускаются нѣкоторыя исключенія; въ рядѣ случаевъ, собственность на плоды пріобрѣтаетъ не собственникъ главной вещи, а другія лица, а именно: a) *emphyteutą*—пріобрѣтаетъ плоды съ момента отдѣленія ихъ—*separatio;* b) *узуфруктуарій*—пріобрѣтаетъ плоды со времени захвата, *perceptio* ихъ; c) что касается *арендатора*, то онъ пріобрѣтаетъ плоды посредствомъ perceptio, но только съ согласія собственника, другими словами, если собственникъ запрещаетъ ему присвоеніе плодовъ, то арендаторъ не пріобрѣтаетъ ихъ въ собственность; d) по господствующему мнѣнію и добросовѣстный владѣлецъ, *bonae fidei possessor*, пріобрѣтаетъ право собственности на плоды съ момента отдѣленія ихъ; однако, если собственникъ главной вещи требуетъ выдачи ея, то добросовѣстный владѣлецъ обязанъ выдать также и непотребленные плоды (fructus exstantes), но онъ не отвѣчаетъ за потребленные плоды—fructus consumtos suos facit [1]).

§ 122. Пріобрѣтеніе никому не принадлежащихъ вещей.

Occupatio. *Оккупація есть одностороннее завладѣніе вещью.* Она влечетъ за собою пріобрѣтеніе права собственности на вещь, если вещь никому не принадлежала и не входитъ въ число вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота; *res nullius primo occupanti cedit.* Важнѣйшія res nullius: a) *insula in mari nata*, вновь образовавшійся въ морѣ островъ; онъ принадлежитъ primo occupanti; b) *дикія животныя, которыя находятся въ состояніи естественной свободы*: по общему правилу, можно было охотиться не только на своей, но и на чужой землѣ; однако, собственникъ даннаго имѣнія можетъ запретить постороннимъ лицамъ охоту въ предѣлахъ своего имѣнія. Охотникъ, проникающій въ имѣніе, несмотря на такое запрещеніе, правда, становится собственникомъ оккупированныхъ звѣрей, но собственникъ имѣнія, въ такомъ случаѣ, можетъ требовать отъ него возмѣщенія убытковъ посредствомъ interdictum uti possidetis или actio negatoria; c) *выбрасываемыя моремъ вещи*, напр., раковины, кораллы и т. д.; d) *вещи, брошенныя собственникомъ—res derelictae*; *derelictio* предполагаетъ наличность *animus derelinquendi* т. е. желаніе отдѣлаться отъ вещи; нѣкоторые ученые относятъ сюда, такъ назыв., *iactus missilium*, сущность котораго заключается въ томъ, что бросаютъ деньги или другія вещи въ толпу (другіе ученые усматриваютъ въ этомъ не derelictio, а traditio in incertam personam—передачу вещи неопредѣленному лицу, т. е. тому, кто первый подберетъ вещь); *не считаются дерелинквированными* вещи, выбрасываемыя за бортъ во время бури для спасенія корабля; e) по Римскому праву сюда же относится *военная добыча.*

Находка клада. *Кладомъ признаются всѣ цѣнныя вещи, зарытыя въ землю, вдѣланныя въ стѣну или инымъ образомъ скрытыя, собственникъ которыхъ уже болѣе неизвѣстенъ, за продолжительностью истекшаго времени.* Если кладъ найденъ на собственной землѣ или на землѣ, никому не принадлежащей, то онъ переходитъ въ собственность лица, нашедшаго его. Если онъ случайно найденъ на чужой землѣ, то половина его принадлежитъ лицу, нашедшему его, а другая половина—собственнику имѣнія; если же были произведены розыски, безъ разрѣшенія собственника имѣнія или по его прямому порученію, то онъ весь принадлежитъ послѣднему.

Находка потерянныхъ вещей. *Вещь считается потерянною, когда утратившій ее не знаетъ, гдѣ ее отыскать или отъ кого потребовать, или вообще какимъ образомъ снова возвратить ее въ свои руки.* Нашедшій вещь не становится, по общему правилу, собственникомъ ея, а обязанъ вернуть ее настоящему собственнику.

---

[1]) См. подробности у Петражицкаго. Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы.

§ 123. Пріобрѣтеніе собственности посредствомъ приращенія, accessio.

Приращеніе чрезъ присоединеніе одной недвижимости къ другой. Сюда относятся случаи пріобрѣтенія insula in flumine publico nata, alveus derelictus, пріобрѣтеніе res alluvionem и per avulsionem. Въ частности, островъ, образовавшійся въ публичной рѣкѣ—insula in flumine publico nata—пріобрѣтается собственниками прибрежныхъ имѣній pro partibus divisis, границею служитъ съ одной стороны линія, проведенная по серединѣ рѣки вдоль ея теченія, съ другой—линіи, пересѣкающія первую линію подъ прямымъ угломъ и идущія отъ пограничныхъ пунктовъ отдѣльныхъ имѣній. Тѣ же начала примѣняются въ томъ случаѣ, если образуется *свободная полоса земли* вслѣдствіе того, что публичная рѣка оставила прежнее свое русло и приняла новое направленіе, *alveus derelictus*. Простое наводненіе не измѣняетъ права собственности. Земля, *постепенно* наносимая или примываемая водою къ берегу (такъ назв., *alluvio*), составляетъ собственность того, чей берегъ. Если цѣнный земляной участокъ силою теченія внезапно оторванъ отъ одного имѣнія и присталъ къ другому, такъ назыв., *avulsio*, то онъ пріобрѣтается собственникомъ послѣдняго имѣнія, если онъ *срастется* съ этимъ имѣніемъ.

Inaedificatio; строеніе, возведенное на чужой землѣ, переходитъ въ собственность того лица, которому принадлежитъ земля.

Satio и *platatio*; посѣянныя чужія сѣмена переходятъ въ собственность того, кому принадлежитъ засѣянная ими земля; деревья и другія растенія, пересаженныя на чужую землю, присвоиваются собственнику послѣдней съ того времени, какъ они пустятъ на ней корни.

§ 124. Пріобрѣтеніе чужихъ движимыхъ вещей посредствомъ соединенія, смѣшенія и ссыпки ихъ съ собственными движимыми вещами.

Смѣшеніе и ссыпка—confusio и *commixtio. Подъ confusio понимаютъ сліяніе жидкихъ или растворимыхъ веществъ и сплавленіе металловъ.* Если confusio произошло по взаимному соглашенію между собственниками отдѣльныхъ веществъ, то этимъ же соглашеніемъ опредѣляется и характеръ отношеній, возникающихъ между заинтересованными лицами послѣ смѣшенія. Если смѣшеніе произошло помимо такого соглашенія (напр., случайно), то примѣняются слѣдующія положенія: a) если *разъединеніе* веществъ практически *осуществимо*, то каждый сохраняетъ право собственности на свою вещь и можетъ требовать разъединенія ихъ; b) если разъединеніе практически *неосуществимо*, то между прежними собственниками отдѣльныхъ веществъ возникаетъ *отношеніе сособственности*, причемъ идеальная часть каждаго пропорціональна цѣнности принадлежащаго ему вещества; c) иногда confusio можетъ представлять собою видъ *спецификаціи*; въ такомъ случаѣ примѣняются постановленія о послѣдней.

Commixtio или ссыпка есть смѣшеніе твердыхъ, въ особенности сыпучихъ, веществъ, напр., зерна съ зернами, песку съ зернами и т. д. Если ссыпка произошла по доброй волѣ заинтересованныхъ лицъ, то ими же опредѣляется, какія должны возникнуть между ними отношенія послѣ ссыпки. Въ противномъ случаѣ, опять надо различать двѣ категоріи случаевъ: a) разъединеніе практически *осуществимо*—тогда каждый сохраняетъ право собственности на свою вещь и можетъ требовать разъединенія; b) разъединеніе практически *неосуществимо* (напр., смѣшаны зерна одинаковаго качества); въ теоріи и тутъ каждое изъ заинтересованныхъ лицъ сохраняетъ свое исключительное право собственности на принадлежавшія ему вещи; на практикѣ же допускается vindicatio quantitatis, т. е. каждый, можетъ требовать выдачи изъ общей массы такого количества вещей, какое соотвѣтствуетъ принадлежавшему ему раньше количеству ихъ, не имѣя права и не будучи обязанъ требовать выдачи именно тѣхъ самыхъ вещей, которыя принадлежали ему до ссыпки; другими словами, фактически и въ данномъ случаѣ возникаетъ отношеніе собственности. *Исключеніе* допущено въ томъ случаѣ, когда смѣ-

шаны чужія деньги съ собственными, и притомъ такъ, что нельзя отличить однѣ отъ другихъ; въ такомъ случаѣ не возникаетъ vindicatio quantitatis, а собственникомъ всей суммы становится тотъ, кто произвелъ смѣшеніе, и противная сторона сохраняетъ только личный искъ противъ него. Это постановленіе возникло въ интересахъ оборота.

Соединеніе однѣхъ движимыхъ вещей съ другими. При соединеніи двухъ движимыхъ вещей всегда одна вещь считается главной, а другая принадлежностной. Если соединена чужая вещь съ собственной, то спрашивается, кому принадлежитъ сложное цѣлое? Въ этомъ отношеніи тоже надо различать двѣ категоріи случаевъ. *Если разъединеніе возможно безъ поврежденія вещей, то каждое изъ заинтересованныхъ лицъ сохраняетъ право собственности на свою вещь*, можетъ требовать отъ лица, у котораго находится вещь, полученная путемъ соединенія, разложенія ея (посредствомъ actio ad exhibendum), и затѣмъ виндицировать свою вещь (напр., картина вставлена в чужую раму, брильянтъ вставленъ въ чужое кольцо и т. д.). *Если же разъединеніе невозможно безъ поврежденія вещей, то собственность на придаточную вещь переходитъ къ собственнику главной вещи* (напр., рукопись написана на чужой бумагѣ, или картина на чужомъ холстѣ). Въ послѣднемъ случаѣ весьма важное значеніе имѣетъ вопросъ о томъ, какую вещь считать главной. Источники не даютъ общаго отвѣта на этотъ вопросъ; въ однихъ случаяхъ, они считаютъ главной вещью ту, которая можетъ существовать независимо отъ другой, въ другихъ случаяхъ ту, которая больше походитъ на цѣлое, еще въ другихъ ту, которая имѣетъ большую цѣнность и т. д. Въ частности, при исписанной бумагѣ, бумага считается главной вещью; относительно картинъ установлено обратное, картина считается главной вещью, холстъ—придаточной.

§ 125. Пріобрѣтеніе чужихъ вещей на основаніи specificatio (переработки) [1].

Specificatio есть такая переработка движимой вещи, результатомъ которой является изготовленіе новой вещи, т.-е. вещи, служащей для удовлетворенія иныхъ потребностей, чѣмъ первоначальная вещь. Сюда относится, напр., превращеніе зерна въ муку, винограда въ вино, шерсти въ матерію. Наоборотъ, окраска матеріи, вымолачиваніе зеренъ не подойдетъ подъ понятіе спецификаціи, ибо тутъ не возникаетъ новой вещи. *Если собственникъ первоначальной вещи самъ изготовилъ новую вещь*, то, конечно, право собственности на новую вещь принадлежитъ ему же. То же самое слѣдуетъ допустить въ томъ случаѣ, если спецификантъ дѣйствовалъ по порученію собственника первоначальной вещи (напр., золотыхъ дѣлъ мастеру переданъ слитокъ золота съ тѣмъ, чтобы онъ изготовилъ изъ него вазу или цѣпочку и т. д.). *Если спецификантъ изготовилъ новую вещь изъ чужого матеріала безъ порученія собственника послѣдняго*, то вопросъ о томъ, кому принадлежитъ новая вещь, представляется болѣе сложнымъ. *Сабиніанцы* признавали собственникомъ новой вещи собственника матеріала. *Прокулеанцы* признавали собственникомъ новой вещи спецификанта. Верхъ одержало среднее мнѣніе, принятое и Юстиніаномъ: новая вещь принадлежитъ спецификанту, если нельзя возстановить ее въ прежнемъ видѣ (напр., вино, мука); она принадлежитъ собственнику матеріала, если это возможно (напр., золотой кубокъ). Впрочемъ, и въ послѣднемъ случаѣ собственность переходитъ къ спецификанту, если вещь изготовлена имъ лишь частью изъ чужого, а частью изъ собственнаго матеріала. Спрашивается, пріобрѣтаетъ ли спецификантъ въ указанныхъ случаяхъ безусловно новую вещь въ собственность, или только въ томъ случаѣ, когда онъ находился in bona fide, т.-е. не зналъ, что воспользовался чужимъ матеріаломъ? Господствующее мнѣніе совершенно резонно требуетъ наличность bona fides. Спецификантъ, конечно, обязанъ вознаградить собственника матеріала за понесенный имъ убытокъ; какъ добросовѣстный пріобрѣтатель онъ отвѣчаетъ, однако, лишь въ предѣлахъ своего обогащенія.

---

[1]) Sokolowski, Philosophie im Privatrecht, I, § 4, стр. 69 сл.

§ 126. Пріобрѣтеніе чужихъ вещей на основаніи пріобрѣтательной давности [1]).

Понятіе и исторія. Институтъ пріобрѣтательной давности введенъ въ интересахъ возможно полнаго обезпеченія собственности. Сущность его заключается въ томъ, что тотъ, кто владѣетъ вещью какъ собственною въ теченіе опредѣленнаго срока времени, при наличности извѣстныхъ условій пріобрѣтаетъ право собственности на нее. *Такое владѣніе, которое можетъ перейти въ собственность, называется possessio ad usucapionem и противополагается possessio ad interdicta.* Признаніемъ этого начала устраняется цѣлый рядъ сомнѣній и споровъ, и въ этомъ смыслѣ пріобрѣтательная давность установлена въ интересахъ собственника. Уже древнее римское право выработало институтъ пріобрѣтательной давности, такъ наз., *usucapio. Кто владѣлъ iusto titulo* и *bona fide* въ теченіе одного года движимой вещью и 2-хъ лѣтъ недвижимою, тотъ, по общему правилу, становился собственникомъ ея; важное неудобство состояло въ томъ, что usucapio, какъ цивильный способъ пріобрѣтенія собственности, не примѣнялась къ перегринамъ и не распространялась на argi provinciales. Въ виду ограниченной сферы примѣненія старинной usucapio, позднѣйшее время выработало дополнительный институтъ, такъ назыв., *longi temporis praescriptio*, которая примѣнялась къ провинціальнымъ участкамъ и была доступна перегринамъ. Именно, преторъ постановилъ, что тотъ, кто justo titulo и bona fide владѣетъ участкомъ 10 л. inter praesentes и 20 л. inter absentes, можетъ противопоставить виндикаціи собственника *longi temporis praescriptio* или *exceptio*, другими словами, владѣлецъ не пріобрѣталъ права собственности, которое сохранялось за прежнимъ собственникомъ, а только виндикація собственника погашалась давностью. При такомъ положеніи вещей сохранялось, однако, то неудобство, что если прескрибентъ, по истеченіи давностнаго срока, почему-либо утратилъ владѣніе вещью, и вещь поступила вновь во владѣніе собственника, прескрибентъ не могъ требовать обратной выдачи ея отъ него. Позднѣе, однако, и это было допущено, т.-е. прескрибентъ и въ случаѣ утраты владѣнія могъ требовать возврата вещи не только отъ третьихъ лицъ, но и отъ прежняго собственника. Этимъ отпало важнѣйшее различіе между usucapio и longi temporis praescriptio, но зато сохранились нѣкоторыя другія различія: такъ, longi temporis praescriptio никогда не доставляла квиритскаго права собственности. Итакъ, въ позднѣйшемъ правѣ параллельно существовало два института пріобрѣтательной давности—usucapio и longi temporis praescriptio; идея, лежащая въ ихъ основаніи, у обоихъ была одинаковая, но въ предположеніяхъ и юридическихъ послѣдствіяхъ существовали нѣкоторыя различія. Юстиніанъ слилъ оба эти института въ 531 г., онъ связалъ съ облегченными предположеніями longi temporis praescriptio болѣе сильныя юридическія послѣдствія usucapio, т.-е. полный непосредственный переходъ права собственности. Вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ упразднилъ двухлѣтнюю usucapio италійскихъ участковъ и опредѣлилъ, что для всѣхъ недвижимыхъ вещей имѣетъ силу 10-лѣтній давностный срокъ inter praesentes и 20-лѣтній—inter absentes, для движимостей же установленъ давностный срокъ въ 3 года. Весь институтъ новѣйшими юристами называется *usucapio ordinaria.*

На ряду съ *usucapio ordinaria*, Юстиніанъ создалъ еще дополнительный институтъ *usucapio extraordinaria.* Именно, онъ постановилъ, что тотъ, кто до него за истеченіемъ 30-лѣтней исковой давности могъ противопоставить виндикацію собственника *exceptio triginta* или *quadraginta annorum* или *praescriptio longissimi temporis*, пріобрѣтаетъ сверхъ того на случай утраты владѣнія actio in rem, если только онъ въ свое время пріобрѣлъ вещь bona fide. Другими словами, Юстиніанъ съ предположеніями общей исковой давности соединилъ, подъ условіемъ bona fides владѣльца, послѣдствія пріобрѣтательной давности, т.-е. переходъ права собственности. Важное различіе между обыкновенной и чрезвычайной пріобрѣтательной давностью состоитъ въ томъ, что при послѣдней вла-

[1]) Dernburg, ук. соч., I, § 219 сл.

дѣлецъ не обязанъ указывать justus titulus владѣнія, а такъ какъ bona fides предполагается, доколѣ противное не будетъ доказано, то владѣлецъ исключительно обязанъ доказать, что онъ владѣлъ вещью не меньше 30 или 40 лѣтъ.

§ 127. Условія обыкновенной пріобрѣтательной давности.

Существуетъ пять условій пріобрѣтательной давности: a) *непрерывное владѣніе*, b) *законное основаніе владѣнія*, c) *добрая вѣра*, d) *истеченіе срока*, e) *надлежащій объектъ*.

Непрерывное владѣніе, possessio. Первое условіе есть владѣніе вещью какъ собственною, такъ назыв. possessio ad usucapionem. Владѣльцемъ въ этомъ смыслѣ считается и тотъ, кто передалъ вещь во владѣніе кредитору по залогу и прекаристу, равно эмфитевту и суперфиціарію. Слѣдовательно, въ этихъ случаяхъ одно лицо possidet ad usucapionem, другое, какъ-то: кредиторъ по залогу или прекаристъ—ad interdicta (конечно, строго говоря, въ данномъ случаѣ тотъ, кто передалъ вещь, напр., кредитору по залогу или прекаристу, не владѣетъ ею вовсе, а только время нахожденія вещи у этихъ лицъ засчитывается ему въ срокъ пріобрѣтательной давности, якобы онъ владѣлъ ею). Объектомъ владѣнія можетъ служить только res in commercio, далѣе, интеллектуальная часть вещи, а относительно земельныхъ участковъ — и реальная часть, но только не совокупность вещей какъ таковая.

Законное основаніе владѣнія—iustus titulus. Владѣніе вещью должно было быть пріобрѣтено на такомъ основаніи, которое само по себѣ открывало возможность непосредственно пріобрѣсти собственность, хотя въ данномъ частномъ случаѣ, въ виду внѣшнихъ препятствій, пріобрѣтеніе владѣнія не повело за собою непосредственнаго пріобрѣтенія собственности. Къ такимъ основаніямъ относятся напр., купля-продажа, дареніе, легатъ и т. д. (въ противоположность, напр., договору заклада, найма и т. п.). Препятствіемъ для непосредственнаго пріобрѣтенія собственности въ данномъ частномъ случаѣ могло служить, напр., то обстоятельство, что даритель или продавецъ самъ не былъ собственникомъ. Число такихъ основаній, justi tituli—довольно велико; въ источникахъ упоминается отдѣльно: владѣніе pro soluto, pro emtore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, pro transactione; общее названіе для всѣхъ титуловъ, вообще, и не упоминаемыхъ особо, въ частности—pro suo. Въ данномъ частномъ случаѣ, можетъ не существовать законнаго основанія, хотя владѣлецъ и убѣжденъ въ томъ, что таковое существуетъ, — напр., владѣлецъ думаетъ, что купилъ вещь, но купля-продажа была недѣйствительна, такъ какъ вещь куплена у умалишеннаго, который казался здоровымъ; или лицо поручило представителю купить вещь, и тотъ ему доставляетъ ее, утверждая, что онъ купилъ ее; но на самомъ дѣлѣ представитель получилъ ее лишь на храненіе, или во временное пользованіе. По вопросу о томъ, въ какихъ предѣлахъ можно ссылаться на такое мнимое основаніе, или другими словами, въ какихъ случаяхъ мнимое основаніе, *titulus putativus*, можетъ замѣнить дѣйствительное, *titulus verus*. существуетъ споръ. Наиболѣе правильной представляется теорія Дернбурга (Панд. 1 § 220), который говоритъ слѣдующее: первоначально Римскіе юристы допускали только *verus titulus*. Съ теченіемъ времени, однако, въ отдѣльныхъ частныхъ случаяхъ стали допускать и *titulus putativus*, пока, наконецъ, не было признано, что мнимое основаніе равносильно дѣйствительному во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда заблужденіе владѣльца относительно существованія основанія по обстоятельствамъ дѣла представляется извинительнымъ,—probabilis error possidentis usucapioni non obstet.

Bona fides—добрая вѣра [1]). Владѣлецъ долженъ находиться in bona fide, т.-е. онъ не долженъ знать о тѣхъ препятствіяхъ, въ силу которыхъ онъ не могъ непосред-

[1]) Bruns d. Wesen der bona fides bei der Ersitzung.

ственно сдѣлаться собственникомъ. Сверхъ того, bona fides должна основываться на извинительномъ заблужденіи—error probabilis, въ частности, она, по общему правилу, не должна основываться на error juris; въ источникахъ прямо говорится: nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest (1. 31 pr. D. de usurp. 41, 3). Въ чистомъ римскомъ правѣ bona fides, по общему правилу, должна быть на лицо только въ моментъ пріобрѣтенія вещи во владѣніе, такъ что mala fides superveniens non nocet. По каноническому праву, реципированному современнымъ римскимъ правомъ, требуется bona fides за все время владѣнія вещью; слѣдовательно, теперь mala fides superveniens nocet. Владѣлецъ не обязанъ доказывать, что онъ владѣетъ вещью bona fide; напротивъ, bona fides предполагается, доколѣ противное не будетъ доказано.

Истеченіе срока пріобрѣтательной давности — tempus. Для давностнаго пріобрѣтенія движимостей требуется 3-лѣтній срокъ; для недвижимостей inter praesentes, т.-е. для лицъ, жительствующихъ въ одной и той же провинціи 10 лѣтъ, inter absentes – 20 лѣтъ. Провинцію теперь замѣняетъ судебный округъ. Если часть 10-лѣтняго срока протекла inter praesentes, то лишь для остальной части требуется двойное число лѣтъ. Вещь окончательно пріобрѣтена съ момента наступленія послѣдняго дня законнаго срока. Если вещь пріобрѣтена на основаніи деривативнаго титула, то при извѣстныхъ условіяхъ допускается accessio possessionis, т.-е. не требуется, чтобъ узукапіентъ самъ владѣлъ вещью въ теченіе всего срока пріобрѣтательной давности, а онъ можетъ причитать время нахожденія вещи у своего предшественника. При этомъ различаютъ пріобрѣтеніе titulo singulari и titulo universali, т.-е. въ качествѣ наслѣдника. Если узукапіентъ пріобрѣлъ вещь titulo singulari, то требуется, чтобы владѣніе непосредственно перешло къ нему отъ его auctor'a: сверхъ того, конечно, требуется, чтобъ предшественникъ и преемникъ оба владѣли вещью justo titulo и bona fide. Что касается наслѣдника и другихъ лицъ, пріобрѣтшихъ вещь titulo universali, то они и въ этомъ отношеніи вступаютъ въ права наслѣдодателя, т.-е. продолжаютъ начатое наслѣдодателемъ давностное пріобрѣтеніе вещи, хотя бы вещь поступила во владѣніе наслѣдника не тотчасъ послѣ смерти наслѣдодателя; другими словами, въ общій срокъ пріобрѣтательной давности включается и время, пока наслѣдственная масса представляла собою hereditas jacens, т.-е. пока наслѣдникъ еще не пріобрѣлъ открывшагося наслѣдства, если только въ это промежуточное время вещью не завладѣло третье лицо. Съ другой стороны, если наслѣдодатель находился in mala fide и слѣд., не былъ узукапіентомъ, то наслѣдникъ, несмотря на его bona fides, не можетъ сдѣлаться узукапіентомъ, ибо онъ succedit in vitium defuncti. Въ виду изложеннаго, въ данномъ случаѣ, правильнѣе говорить не объ accessio possessionis, а о successio possessionis, какъ то дѣлаетъ Дернбургъ, и ограничить понятіе accessio possessionis случаями пріобрѣтенія titulo singulari.

Res habitis — вещь, которая можетъ быть пріобрѣтена путемъ узукапіи. Нѣкоторыя вещи не подлежатъ давностному пріобрѣтенію по субъективнымъ основаніямъ, т.-е. въ виду принадлежности ихъ опредѣленнымъ лицамъ, интересы которыхъ особо охраняются, какъ то, res fiscales, res dominicae, вещи несовершеннолѣтнихъ и недвижимыя вещи церквей и благотворительныхъ учрежденій. По объективнымъ же основаніямъ не подлежатъ пріобрѣтательной давности: a) *res furtivae* краденыя вещи, еще на основаніи постановленія XII табл. и lex Atinia; b) *res vi possessae* недвижимыя вещи, насильственно отнятыя у собственника, пока онѣ не возвращены ему, на основаніи lex Julia et Plautia; c) вещи, отчужденіе которыхъ запрещено закономъ; d) спорныя межи; e) нѣкоторыя другія вещи.

§ 128. Перерывъ и пріостановка давностнаго пріобрѣтенія.

Давностное пріобрѣтеніе считается прерваннымъ (такъ назыв. usurpatio), т. е. все истекшее время исключается изъ давностнаго срока, въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) *въ случаѣ перерыва владѣнія—usurpatio naturalis*, напр., у владѣльца вещь насильственно отнята или онъ дерелинквировалъ вещь и т. д.; во всѣхъ такихъ случаяхъ, если онъ самъ или третье лицо bona fide завладѣетъ вещью, можетъ быть начатъ только новый давностный срокъ; 2) *въ случаѣ предъявленія къ узукапіенту виндикаціи*, хотя бы процессъ не былъ доведенъ до конца; впрочемъ, въ этомъ случаѣ владѣніе прерывается только по отношенію къ виндикату, а не по отношенію къ третьимъ лицамъ; 3) *въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ перестаетъ быть владѣльцемъ добросовѣстнымъ* (въ чистомъ римскомъ правѣ этого случая не существовало, такъ какъ тамъ дѣйствовало правило: mala fides superveniens non nocet).

Давностное пріобрѣтеніе пріостанавливается: 1) если вещь, давностное пріобрѣтеніе которой началось, перейдетъ въ собственность лица, по отношенію къ которому не допускается давностное пріобрѣтеніе; напр., вещь лица A, которою владѣетъ ad usucapionem Б, переходитъ въ собственность несовершеннолѣтняго наслѣдника лица A; 2) въ случаѣ наступленія извѣстныхъ юридическихъ и фактическихъ препятствій для предъявленія иска о собственности.

§ 129. Чрезвычайное давностное пріобрѣтеніе, usucapio extraordinaria.

Для него требуется владѣніе вещью какъ собственною въ теченіе 30 или 40 лѣтъ, подъ условіемъ bona fides; по римскому праву была достаточна bona fides въ моментъ пріобрѣтенія вещи, теперь требуется bona fides въ теченіе всего этого срока. Владѣлецъ не обязанъ доказывать, что онъ владѣетъ вещью bone fide, дѣло противника доказать его mala fides, онъ не обязанъ также указать justus titulus, на основаніи котораго отъ пріобрѣлъ владѣніе; въ остальномъ дѣйствуютъ тѣ же положенія, какъ и для usucapio ordinaria. Такимъ путемъ могутъ быть пріобрѣтены и вещи, относительно которыхъ не допускается обыкновенное давностное пріобрѣтеніе, т. е. res furtivae и т. д.

Глава III. Прекращеніе права собственности.

§ 130. Обзоръ отдѣльныхъ случаевъ.

Право собственности одного лица на вещь прекращается съ пріобрѣтеніемъ этого права другимъ лицомъ. Такой переходъ собственности отъ одного лица къ другому можетъ имѣть мѣсто: a) по волѣ прежняго собственника на основаніи традиціи; b) помимо его воли, на основаніи давностнаго пріобрѣтенія, или на основаніи наступленія резолютивнаго условія и т. д. Право собственности прекращается *въ случаѣ уничтоженія вещи и перехода ея въ разрядъ res extra commercium*. Оно далѣе, прекращается, если вещь становится *res nullius*; сюда относится дереликція вещи собственникомъ; она предполагаетъ animus derelinquendi и право отчужденія вещи въ лицѣ собственника; сюда же относится возвращеніе дикихъ животныхъ въ состояніе естественной свободы. При этомъ различаются неприрученыя и прирученыя животныя. Первыя становятся res nullius, разъ они сбѣжали и скрылись изъ глазъ собственника, вторыя—въ томъ только случаѣ, если они удалились и утратили animus revertendi. На домашнихъ животныхъ это правило не распространяется. Если такое животное сбѣжитъ и утратитъ animus revertendi, то это влечетъ за собою только потерю владѣнія, но не потерю собственности. Наконецъ, по римскому праву собственность прекращается *съ переходомъ вещи въ руки непріятеля*.

Глава IV. Защита права собственности.

§ 131. Общій обзоръ.

Для защиты права собственности служитъ два вещныхъ иска, *rei vindicatio* и *actio negatoria*. Rei vindicatio примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ самъ въ лицѣ своего представителя утратилъ экономическое владѣніе вещью и вещь не возвращается ему. *Actio negatoria* примѣняется во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, въ которыхъ право собственности нуждается въ защитѣ противъ другихъ неправомѣрныхъ дѣйствій третьихъ лицъ, напр., если третье лицо приписываетъ себѣ право сервитута на вещь. Кромѣ вещныхъ исковъ существуетъ и рядъ *личныхъ исковъ*, къ которымъ собственникъ, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ прибѣгнуть; сюда относятся *раздѣльные иски*, далѣе *interdictum quod vi aut clam* и др.; впрочемъ, большинство этихъ личныхъ исковъ можетъ быть предъявлено не однимъ только собственникомъ, но и извѣстными другими лицами. Наконецъ, кромѣ защиты въ порядкѣ исковомъ, возможна и защита путемъ предъявленія, такъ назыв., *exceptio dominii*; она примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда къ собственнику предъявляется искъ, противорѣчащій его праву собственности.

Вещные иски собственника.

§ 132. Rei vindicatio. Предположенія этого иска[1]).

Истцомъ является невладѣющій собственникъ. Отвѣтчикомъ является владѣющій несобственникъ, притомъ не только юридическій владѣлецъ, но и detentor; послѣдній, однако, можетъ уклониться отъ участія въ дѣлѣ путемъ указанія того лица, отъ имени котораго онъ держитъ вещь, такъ назыв., *laudatio* или *nominatio auctoris*. Источники въ двухъ случаяхъ допускаютъ виндикацію противъ *fictus possessor*, т. е. противъ лица, которое, несмотря на то, что не владѣетъ вещью, разсматривается, какъ владѣлецъ, именно: a) противъ того, кто не владѣя вещью, умышленно вступилъ въ споръ, выдавая себя за владѣльца, qui liti sese obtulit; b) противъ того, кто умышленно пересталъ быть владѣльцемъ вещи—qui dolo malo desiit possidere. Искъ противъ fictus possessor, впрочемъ, представляетъ собою скорѣе квалифицированный личный искъ объ убыткахъ, чѣмъ искъ о собственности, что явствуетъ между прочимъ, изъ того, что, получивъ вознагражденіе отъ fictus possessor, собственникъ сохраняетъ право виндицировать вещь у настоящаго владѣльца ея, *verus possessor*. Объектомъ виндикаціи можетъ служить опредѣленная отдѣльная вещь, или интелектуальная часть вещи, а при недвижимостяхъ и реальная часть участка—locus certus ex fundo, и совокупность вещей напр., стадо.

§ 133. Onus probandi собственника.

Истецъ прежде всего обязанъ доказать свое право собственности. Это весьма затруднительно, когда собственность перешла къ нему на основаніи производнаго способа пріобрѣтенія, ибо онъ тогда обязанъ доказать, что всѣ его предшественники тоже были собственниками,—такъ назыв., *probatio diabolica*. Сверхъ того, онъ обязанъ доказать что отвѣтчикъ владѣетъ вещью, или что онъ *fictus possessor*. Впрочемъ, въ одномъ случаѣ собственникъ освобождается отъ обязанности доказывать свое право собственности, именно, если отвѣтчикъ отрицаетъ, что онъ владѣетъ вещью, истецъ же это докажетъ; истецъ въ такомъ случаѣ получаетъ владѣніе вещью (посредствомъ, такъ назыв., interdictum quem fundum), и прежній отвѣтчикъ самъ уже долженъ предъявить виндикацію къ нему, если онъ считаетъ свое дѣло правымъ.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 224 сл. Windscheid, ук. соч. I, § 193 сл.

§ 134. Объемъ виндикаціи.

Виндикація направлена на признаніе права собственности и на выдачу самой вещи съ ея приращеніями (res cum omni causa). Отвѣтственность не едъ истцомъ отвѣтчика различествуетъ, смотря по тому, является ли онъ добросовѣстнымъ или недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Добросовѣстный отвѣтчикъ не отвѣчаетъ вовсе за пропажу или ухудшеніе вещи (и приращеній ея), поскольку то или другое произошло вслѣдствіе дѣйствія случая (casus), и сверхъ того онъ отвѣчаетъ за dolus и culpa только съ момента *литисконтестаціи* (ибо, какъ добросовѣстный владѣлецъ, онъ до предъявленія иска, очевидно, не могъ находиться in dolo, не зная о притязаніи противной стороны, а небрежное обращеніе съ вещью должно быть признано простительнымъ, такъ какъ владѣлецъ думалъ, что имѣетъ дѣло съ своею собственностью).

Недобросовѣстный отвѣтчикъ отвѣчаетъ не только за dolus и culpa за все время, пока онъ владѣлъ вещью mala fide, но сверхъ того съ момента литисконтестаціи и за случайную пропажу или ухудшеніе вещи, если только онъ не докажетъ, что соотвѣтствующій убытокъ постигъ бы истца даже въ томъ случаѣ, если бы вещь была ему передана при самомъ возбужденіи спора. Воръ (fur) отвѣчаетъ за casus и до литисконтестаціи. Если отвѣтчикъ (все равно, добросовѣстный ли онъ или недобросовѣстный владѣлецъ) будетъ присужденъ къ выдачѣ спорнаго объекта, и не пожелаетъ добровольно выдать его, то онъ считается contumax (строптивымъ). Въ классическомъ правѣ для такихъ случаевъ не существовало прямыхъ средствъ принудить отвѣтчика къ выдачѣ вещи. Судья могъ только постановить arbitrium de restituendo — предложеніе выдать вещь истцу; если отвѣтчикъ не соглашался, то истецъ могъ принести jus jurandum in litem, клятвенную оцѣнку своего убытка, и отвѣтчикъ присуждался къ уплатѣ соотвѣтствующей суммы денегъ (такое положеніе вещей вытекало изъ принципа: omnis condemnatio pecuniaria esse debet). Юстиніанъ опредѣлилъ, что истцу присуждается самая вещь; отъ истца же зависитъ, если отвѣтчикъ отказывается выдать вещь, добиться выдачи ея въ порядкѣ принудительнаго исполненія рѣшенія или же согласиться на переоцѣнку убытка на деньги (litis aestimatio), причемъ допускается jus jurandum in litem: въ послѣднемъ случаѣ дѣло разсматривается такъ, какъ будто вещь продана истцомъ отвѣтчику.

Кромѣ самой вещи отвѣтчикъ обязанъ выдать и *omnis causa*, т. е. плоды и другія приращенія, напр., половину клада, найденнаго въ спорномъ участкѣ, partus ancillae и т. д. Особыя постановленія регулируютъ отвѣтственность владѣльца за плоды. А именно, недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ за всѣ fructus *percepti* и *percipiendi* т. е. не только за выгоды, дѣйствительно извлеченныя имъ, но и за плоды, которые онъ могъ бы извлечь изъ вещи, притомъ не только съ момента литисконтестаціи, но и за все прежнее время; добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ за fructus percepti и percipiendi только съ момента литисконтестаціи; что касается плодовъ, извлеченныхъ имъ до этого времени, то онъ обязанъ выдать только *fructus exstantes*, т. е. тѣ плоды, которые ко времени литисконтестаціи еще имѣются у него на лицо, но не обязанъ вознаграждать за *fructus consumti*, т. е. плоды, потребленные имъ до литисконтестаціи.

§ 135. Возраженія отвѣтчика.

Въ извѣстныхъ случаяхъ владѣлецъ можетъ противопоставить виндикаціи собственника *exceptio doli*; другими словами, онъ имѣетъ *право удержанія вещи*, jus retentionis. Такъ, отвѣтчикъ можетъ удержать вещь впредь до полученія возвражденія за извѣстные расходы, сдѣланные имъ на вещь. Различаютъ *impensae necessariae*, *utiles* и *v luptuariae*. Всякій владѣлецъ, кромѣ вора, имѣетъ jus retentionis, разъ имъ были произведены *необходимые* расходы (impensae necessariae), т. е. расходы связанные съ нормальнымъ пользованіемъ вещью. Добросовѣстный владѣлецъ имѣетъ такое же право отно-

сительно *полезныхъ* расходовъ (impensae utiles), т. е. такихъ расходовъ, благодаря которымъ доходность вещи увеличилась. Что касается *ненужныхъ* расходовъ (impensae voluptuariae), то относительно нихъ всякій владѣлецъ имѣетъ только jus tollendi, т. е. онъ не можетъ требовать возмѣщенія такихъ расходовъ, а можетъ только снять тѣ ненужныя приспособленія, изъ-за которыхъ были произведены такіе расходы, поскольку это сопряжено съ выгодой для него и не ведетъ къ ухудшенію главной вещи. Недобросовѣстный владѣлецъ имѣетъ и относительно impensae utiles только jus tollendi на одинаковыхъ основаніяхъ. Далѣе, jus retentionis для отвѣтчика можетъ вытекать изъ принадлежащаго ему *вещнаго* права на вещь, напр., онъ узуфруктуарій или кредиторъ по залогу. Равнымъ образомъ jus retentionis можетъ быть основано на обязательственномъ отношеніи, существующемъ между истцомъ и отвѣтчикомъ, въ силу котораго собственникъ обязанъ предоставить отвѣтчику пользованіе вещью, напр., вещь сдана въ наемъ или въ аренду отвѣтчику. За то добросовѣстный владѣлецъ, пріобрѣвшій вещь отъ третьяго лица *на возмездномъ основаніи*, по общему правилу, не имѣетъ права требовать отъ виндицирующаго собственника возмѣщенія уплаченной имъ за вещь суммы.

§ 136. Negatoria in rem actio [1]).

Искъ этотъ служитъ для защиты собственника противъ такихъ нарушеній его права собственности со стороны третьихъ лицъ, которыя не связаны съ утратою владѣнія вещью. Такія нарушенія могутъ носить двоякій характеръ, положительный или отрицательный, смотря по тому, оказываетъ ли третье лицо противъ воли собственника прямое воздѣйствіе на его вещь, или же оно мѣшаетъ ему въ томъ или другомъ отношеніи свободно пользоваться или распоряжаться вещью. Одно изъ наиболѣе часто встрѣчающихся нарушеній состоитъ въ томъ, что третье лицо приписываетъ себѣ право сервитута на вещь собственника. Въ частности, истцомъ является собственникъ, право собственности котораго подверглось неправомѣрному нарушенію; таковымъ считается между прочимъ и простое утвержденіе третьяго лица, что ему принадлежитъ право, ограничивающее право собственности истца. Отвѣтчикомъ является третье лицо, которое позволило себѣ нарушить право собственности истца. Собственникъ обязанъ доказать свое право собственности на вещь и то, что отвѣтчикъ покушался на его право собственности. Особый споръ существуетъ относительно тѣхъ случаевъ, когда третье лицо утверждаетъ, что оно имѣло право совершить данное дѣйствіе; именно, спрашивается, обязанъ ли собственникъ доказывать, что отвѣтчикъ не имѣетъ никакого права, или же отвѣтчикъ съ своей стороны долженъ доказать существованіе такого ограничивающаго собственность истца права. Господствующее мнѣніе высказывается въ пользу второго предположенія; другими словами, собственникъ не обязанъ доказывать, что его право собственности свободно отъ тѣхъ ограниченій, которыя приписываетъ ему отвѣтчикъ; нѣкоторые ученые, напротивъ, возлагаютъ на собственника такую обязанность. Наконецъ, нѣкоторые ученые признаютъ такую обязанность собственника только въ извѣстныхъ случаяхъ, какъ то: когда отвѣтчикъ долженъ быть признанъ quasi-владѣльцемъ сервитута.

Искъ направленъ на признаніе свободы собственности отъ ограниченій, разъ отвѣтчикъ ссылается на существованіе такового, далѣе на устраненіе нарушенія, возстановленіе прежняго состоянія и вознагражденіе за причиненный убытокъ; при извѣстныхъ условіяхъ истецъ можетъ требовать и cautio de non amplius turbando, т. е. отвѣтчикъ долженъ предоставить обезпеченіе, что онъ впредь не возобновитъ своихъ неправомѣрныхъ дѣйствій.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 256. Windscheid, ук. соч. I, § 198.

§ 137. Publiciana in rem actio [1]).

Искъ этотъ былъ введенъ преторомъ *для защиты узукапіоннаго владѣнія*. Истцомъ является тотъ, кто началъ владѣть вещью ad usucapionem и утратилъ владѣніе до истеченія срока пріобрѣтательной давности; слѣдовательно, истецъ долженъ былъ пріобрѣсти владѣніе justo titulo и bona fide; объектомъ владѣнія можетъ быть только res habilis. Истцу отказывается въ искѣ, если отвѣтчикъ владѣетъ вещью на лучшемъ или на равномъ правѣ. Въ частности, на лучшемъ правѣ владѣетъ собственникъ, который можетъ противопоставить истцу exceptio dominii; на равномъ правѣ владѣетъ тотъ, кто добросовѣстно пріобрѣлъ вещь отъ того-же auctor'a, какъ и истецъ, но раньше послѣдняго; на равномъ же правѣ владѣетъ тотъ, кто пріобрѣлъ вещь отъ другого auctor'a, чѣмъ истецъ, хотя бы даже позже послѣдняго. Въ остальномъ, т.-е. касательно объекта, повода, послѣдствій Publiciana сходится съ виндикаціей.

Actio Publiciana можетъ быть предъявлена не только въ случаѣ утраты владѣнія, но и въ случаѣ совершенія третьими лицами другихъ неправомѣрныхъ дѣйствій, нарушающихъ спокойное пользованіе вещью. Другими словами, этотъ искъ соединяетъ въ себѣ функціи виндикаціи и actio negatoria. Къ этому иску можетъ прибѣгнуть и собственникъ, который освобождается этимъ отъ обязанности доказывать свое право собственности. Въ до-Юстиніановскомъ правѣ actio Publiciana имѣла еще другую функцію: она служила для защиты бонитарнаго собственника, т. е. такого лица, которое пріобрѣло res mancipi на основаніи неформальной традиціи. Въ Юстиніановскомъ правѣ съ уничтоженіемъ различія между квиритской и бонитарной собственностью эта функція иска отпала.

§ 138. Личные иски собственника. Обзоръ ихъ.

На ряду съ вещными исками въ распоряженіи собственника недвижимости находятся и нѣкоторые личные иски, которыми охраняется фактически существующее въ данное время въ его имѣніи положеніе вещей противъ извѣстныхъ нарушеній его со стороны третьихъ лицъ, главнымъ образомъ сосѣдей. Впрочемъ, большинство этихъ исковъ можетъ быть предъявлено не только собственникомъ, но и другими лицами, имѣющими вещное (а въ извѣстныхъ случаяхъ и личное) право на имѣніе [2]). Сюда относятся: 1) *Interdictum quod vi aut clam*. Этотъ интердиктъ можетъ быть предъявленъ противъ третьихъ лицъ, которыя вопреки запрещенію (vi) или за спиной (clam) заинтересованнаго лица произвели какую-нибудь перемѣну въ имѣніи, напр., соорудили зданіе въ его предѣлахъ. Интердиктъ направленъ на возстановленіе status quo и возмѣщеніе всего причиненнаго убытка. Онъ можетъ быть предъявленъ въ теченіе annus utilis. 2) *Operis novi nuntiatio*. Если въ имѣніи или по сосѣдству съ нимъ воздвигается строеніе, грозящее опасностью этому имѣнію, opus novum in solo factum, то собственникъ (также другія лица, имѣющія вещное право на имѣніе,) могутъ протестовать противъ продолженія работъ. Съ этой цѣлью они отправляются на мѣсто работъ и требуютъ тутъ пріостановленія ихъ: слѣд., этотъ протестъ, который и носилъ названіе operis novi nuntiatio, носитъ *внѣсудебный* характеръ. Если работы послѣ этого не будутъ пріостановлены, то нунціантъ можетъ требовать сноса постройки посредствомъ, т. н., interdictum demolitorium. Но противная сторона, конечно, можетъ ходатайствовать предъ судомъ о кассаціи наложеннаго на ея постройку запрещенія, доказывая, напр., что никакой опасности отъ постройки нунціанту не грозитъ и т. п. Судъ, во всякомъ случаѣ,

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 228. Windscheid, ук. соч. I, § 199

[2]) Въ виду того, что эти иски могутъ быть предъявлены не только собственникомъ, но и нѣкоторыми другими лицами, многіе ученые исключаютъ ихъ изъ числа средствъ защиты права собственности. Однако, на практикѣ они чаще всего служатъ именно средствами защиты собственника, а посему представляется вполнѣ естественнымъ разсматривать ихъ именно въ связи съ защитой собственности вообще. Ср. Dernburg, ук. соч. I, § 229—234.

обязанъ удовлетворить подобное ходатайство, разъ проситель представляетъ обезпеченіе на случай могущаго произойти отъ постройки убытка.

3) *Aquae pluviae arcendae actio.* Этотъ искъ преслѣдуетъ произвольное измѣненіе стоковъ воды въ одномъ имѣніи, поскольку таковое грозитъ опасностью другому имѣнію. Искъ направленъ на возстановленіе прежняго состоянія. 4) *Cautio damni infecti.* Cautio damni infecti есть обезпеченіе, которое можно было требовать отъ сосѣда по имѣнію или дому, который или *проектируетъ* какое-нибудь опасное сооруженіе, или на землѣ котораго уже *находится* таковое (напр., домъ, грозящій обрушиться). Съ этою цѣлью заинтересованное лицо могло обратиться къ претору, который и приглашалъ противную сторону выдать подобное обезпеченіе въ формѣ обѣщанія вознаградить просителя за весь могущій произойти отъ строенія убытокъ. Если противная сторона отказывалась отъ этого, то преторъ декретомъ вводилъ просителя во временное владѣніе грозящимъ опасностью строеніемъ (missio in possessionem damni infecti nomine); если противникъ и послѣ этого продолжалъ упорствовать, то преторъ, по истеченіи опредѣленнаго срока времени, издавалъ второй декретъ, коимъ окончательно лишалъ строптиваго его права на сооруженіе въ пользу просителя (missio in possessionem ex secundo decreto).

Сервитутное право.

Глава I. Сущность сервитутовъ.

§ 139. Опредѣленіе и основныя положенія [1]).

Сервитуты суть вещныя права пользованія чужою вещью, они устанавливаются либо въ пользу опредѣленныхъ лицъ, либо въ пользу собственника опредѣленнаго имѣнія. Они состоятъ либо въ правѣ лица непосредственно пользоваться чужою вещью въ томъ или другомъ отношеніи, либо въ правѣ возбранять собственнику извѣстное пользованіе вещью. Основныя положенія сервитутнаго права: a) *servitus in faciendo consistere non potest*, т.-е. содержаніе сервитутовъ не можетъ быть таково, чтобъ собственникъ былъ самъ обязанъ исполнить что-либо, facere; оно можетъ заключаться лишь въ томъ, что онъ обязанъ терпѣть (pati) извѣстные акты пользованія со стороны другого лица или воздерживаться самъ (non facere) отъ извѣстныхъ актовъ пользованія своею вещью: исключеніе составляетъ только servitus oneris ferendi; b) *nulli res sua servit*—никто не можетъ имѣть сервитутнаго права на собственную вещь, ибо собственность, какъ болѣе полное право, поглощаетъ сервитутъ: вслѣдствіе этого, сервитутъ относительно данной вещи прекращается, если управомоченное лицо пріобрѣтаетъ право собственности на нее; c) *servitus servitutis esse non potest*, т.-е. сервитутъ не можетъ служить объектомъ новаго сервитута, напр., нельзя сдѣлать кого-нибудь узуфруктуаріемъ дорожнаго права, jus itineris; впрочемъ, этотъ принципъ нынѣ обходился; d) *сервитутъ* долженъ представлять какую-нибудь *выгоду* для уполномоченнаго лица, это лицо должно быть заинтересовано въ существованіи сервитута; вслѣдствіе этого, не допускается установленіе сервитута ради одного каприза, напр., ut spatiari et ut coenare in alieno possimus; e) *сервитуты*, кромѣ usufructus, суть права *недѣлимыя*.

§ 140. Главное дѣленіе сервитутовъ.

Основное дѣленіе сервитутовъ есть дѣленіе ихъ на *servitutes personarum* и *servitutes rerum* или *jura praediorum*, *личные и реальные сервитуты*, смотря по тому,

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 235 сл. Windscheid, ук. соч. I, § 200 сл.

установленъ ли сервитутъ въ пользу опредѣленнаго лица или въ интересахъ опредѣленнаго имѣнія. Реальные сервитуты отличаются крайнимъ разнообразіемъ; что же касается личныхъ сервитутовъ, то число ихъ ограниченное; главные виды ихъ—usus, ususfructus. Впрочемъ, возможно придать реальному сервитуту характеръ личнаго, установивъ его въ пользу опредѣленнаго только лица, напр., даннаго собственника имѣнія. Такого рода сервитуты обыкновенно выдѣляются въ особую категорію иррегулярныхъ сервитутовъ,— строго говоря, они представляютъ собою ограниченный ususfructus или usus.

Глава II. Отдѣльные личные сервитуты.

§ 141. Ususfructus. Понятіе и главныя свойства [1]).

Узуфруктъ есть принадлежащее опредѣленному лицу вещное право пользованія чужою непотребляемою вещью и извлеченія изъ нея плодовъ подъ условіемъ сохранности самой вещи. Ususfructus est jus alienis rebus utendi, fruendi salva rerum substantia. Управомоченное лицо называется узуфруктуаріемъ или фруктуаріемъ. Пока существуетъ право узуфрукта на вещь, собственникъ имѣетъ относительно нея только nuda proprietas. Узуфруктъ, какъ личный сервитутъ, есть право, принадлежащее только данному лицу: онъ не можетъ быть распространенъ на наслѣдниковъ перваго узуфруктуарія. Впрочемъ, позднѣйшее римское право уклонилось отъ этого принципа; если спеціально было постановлено, что узуфруктъ долженъ перейти и къ наслѣдникамъ узуфруктуарія, то такое распоряженіе не считалось недѣйствительнымъ: однако, каждый наслѣдникъ долженъ представить новую cautio usufructuaria, другими словами, формально дѣло разсматривалось такъ, какъ будто наслѣдникъ не продолжаетъ узуфруктъ своего наслѣдодателя, а пріобрѣтаетъ новый узуфруктъ. Узуфруктъ по теоріи римскихъ юристовъ есть неотчуждаемое право,—цессія его недѣйствительна, но осуществленіе его стало отчуждаемымъ. Узуфруктуарій можетъ уступить, цедировать третьему лицу осуществленіе своего права на возмездномъ или безвозмездномъ основаніи, на время или на весь срокъ существованія своего права узуфрукта. Неотчуждаемость самого права, при отчуждаемости осуществленія его, имѣетъ то практическое значеніе, что узуфруктъ остается связаннымъ съ личностью первоначальнаго узуфруктуарія въ томъ смыслѣ, что со смертью его онъ прекращается, тогда какъ смерть цессіонарія не оказываетъ вліянія на узуфруктъ, напротивъ, осуществленіе его переходитъ къ его наслѣдникамъ. Равнымъ образомъ, первоначальный узуфруктуарій продолжаетъ отвѣчать предъ собственникомъ за всѣ дѣйствія цессіонарія, какъ за свои собственныя. Впрочемъ, цессіонарій пріобрѣтаетъ не только личное требованіе противъ первоначальнаго узуфруктуарія, а пользуется и вещной защитой, предъявляя иски первоначальнаго узуфруктуарія, въ качествѣ actiones utiles, какъ противъ него самого, такъ и противъ третьихъ лицъ. Сверхъ того, отреченіе первоначальнаго узуфруктуарія отъ уступленнаго имъ права узуфрукта въ пользу собственника недѣйствительно. Узуфруктъ есть дѣлимое право, онъ далѣе можетъ быть установленъ относительно интеллектуальной части вещи, равно онъ можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ pro partibus indivisis.

§ 142. Права узуфруктуарія.

Узуфруктуарій имѣетъ право пользоваться вещью съ устраненіемъ собственника отъ пользованія ею, но онъ долженъ пользоваться ею *boni vivi arbitratu*, постоянно помня,

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 246 сл. Windscheid, ук. соч. I, § 203 сл.

что вещь должна быть возвращена впослѣдствіи собственнику. Право пользованія его распространяется и на приращеніе вещи, но лишь постольку, поскольку таковыя не представляютъ отдѣльной вещи, поэтому оно не распространяется на insula in flumine nata и на partus ancillae. Онъ имѣетъ право извлекать изъ вещи плоды, какъ естественные, такъ и цивильные. Естественные плоды онъ пріобрѣтаетъ per perceptionem; плоды, которыми онъ не успѣлъ завладѣть ко времени прекращенія своего права, переходятъ къ собственнику. Что касается цивильныхъ плодовъ, то они распредѣляются между собственникомъ и узуфруктуаріемъ пропорціонально времени существованія узуфрукта. Для осуществленія своего права пользованія и извлеченія плодовъ узуфруктуарій имѣетъ квалифицированную detentio вещи, пользуясь поссессорной защитой въ качествѣ quasi-владѣльца.

Предѣлы полномочій узуфруктуарія: a) узуфруктуарій не долженъ безъ согласія собственника ухудшать вещь своимъ пользованіемъ, *fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest;* равно онъ не имѣетъ права предпринимать такія существенныя измѣненія, вслѣдствіе которыхъ вещь получаетъ новое назначеніе, напр., онъ не имѣетъ права обратить паркъ въ огородъ, или замокъ въ фабрику и т. д.; критеріемъ для рѣшенія вопроса о томъ, какія измѣненія могутъ быть сдѣланы узуфруктуаріемъ, и здѣсь служитъ boni viri arbitratus; b) онъ не можетъ отчуждать своего права узуфрукта, хотя онъ можетъ предоставить третьему лицу осуществленіе своего права, равнымъ образомъ онъ не можетъ обременять вещь сервитутами; c) съ другой стороны, собственникъ, proprietarius, хотя и сохраняетъ право отчуждать и закладывать свою nuda proprietas, но безъ согласія узуфруктуарія не можетъ предпринимать никакихъ дѣйствій, способныхъ ограничить права послѣдняго.

§ 143. Обязанности узуфруктуарія.

Узуфруктуарій не только обязанъ пользоваться вещью осмотрительно, boni viri arbitratu, но какъ bonus paterfamilias долженъ принять всѣ мѣры къ тому, чтобы сохранить ее въ исправномъ видѣ, поскольку время и умѣренное пользованіе сами по себѣ не влекутъ за собою уменьшенія стоимости ея; поэтому онъ несетъ обыкновенные расходы по ремонту зданій, долженъ заботиться о кормѣ животныхъ, о пополненіи стада и т. д. Онъ отвѣчаетъ за omnis culpa, но онъ не обязанъ принимать на себя особыхъ расходовъ, вызванныхъ помимо его воли, какъ то, расходовъ по капитальному ремонту зданія и т. д. Онъ несетъ подати и повинности, лежащія на вещи. По прекращеніи узуфрукта, онъ обязанъ выдать вещь и вознаградить собственника за всякій убытокъ, причиненный имъ, въ извѣстныхъ случаяхъ къ нему можетъ быть предъявленъ искъ и въ то время, пока продолжается узуфруктъ. Онъ обязанъ представить особое обезпеченіе, cautio usufructuaria, обыкновенно въ формѣ поручительства; въ случаѣ непредставленія его, онъ можетъ быть принужденъ къ этому, какъ исковымъ путемъ, такъ и путемъ невыдачи вещи. Впрочемъ, онъ можетъ быть освобожденъ отъ представленія такого обезпеченія на основаніи особаго соглашенія, а въ извѣстныхъ случаяхъ и на основаніи закона.

§ 144. Quasiususfructus [1]).

Объектомъ узуфрукта могутъ служить только тѣлесныя непотребляемыя вещи. Однако, въ концѣ республики или въ началѣ имперіи состоялся сенатусконсультъ, опредѣлившій, что узуфруктъ можетъ быть установленъ относительно всякаго рода вещей. Это послужило поводомъ для выработки особаго института quasiususfructus, который преслѣдуетъ тѣ же экономическія цѣли, какъ и verus ususfructus, но имѣетъ совер-

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 249; Windscheid, ук. соч. I, § 206.

шенно иную юридическую форму. Quasiususfructus примѣняется въ двухъ категоріяхъ случаевъ. *Во-первыхъ*, онъ можетъ быть установленъ относительно *потребляемыхъ вещей*, какъ то: денегъ, хлѣба, вина. Въ такомъ случаѣ, quasi-узуфруктуарій пріобрѣтаетъ право собственности на эти вещи, съ обязательствомъ вернуть, по наступленіи такого обстоятельства, которое повлекло бы за собою прекращеніе настоящаго узуфрукта, tantundem ejusdem qualitatis или соотвѣтственную сумму денегъ тому лицу, которому при настоящемъ узуфруктѣ пришлось бы вернуть самую вещь. Для обезпеченія этого онъ долженъ представить *cautio quasi usufructuaria*. Что касается платьевъ, то они сами по себѣ не суть потребляемыя вещи, однако, если носить ихъ, они обыкновенно въ скоромъ времени изнашиваются; поэтому допускается устанавливать на нихъ не только verus, но и quasiususfructus. *Во-вторыхъ*, онъ можетъ быть установленъ относительно обязательственныхъ требованій, такъ называемый ususfructus nominum. Если онъ установленъ въ пользу самого должника, то сущность его заключается въ томъ, что должникъ за соотвѣтствующее время не обязанъ платить % по своему долгу и не обязанъ произвести платежъ по нему. Если онъ установленъ въ пользу третьяго лица, то это третье лицо за соотвѣтствующее время имѣетъ право получать % по долгу; in dubio оно имѣетъ также право требовать исполненія отъ должника, пріобрѣтая въ такомъ случаѣ относительно объекта обязательственнаго требованія, смотря по природѣ послѣдняго, либо verus, либо quasiususfructus. Конечно, и здѣсь требуется представленіе обезпеченія. Наконецъ, ususfructus можетъ быть установленъ относительно цѣлаго имущества, такъ назыв., ususfructus omnium rerum. Въ такомъ случаѣ лицо пріобрѣтаетъ относительно однѣхъ вещей verus ususfructus, относительно другихъ—quasi ususfructus.

§ 145. Usus [1]).

Usus, по буквальному своему смыслу, есть вещное право пользованія безъ права извлеченія плодовъ. Источники говорятъ: constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu. Узуарій не имѣетъ права пользоваться вещью, какъ источникомъ доходовъ, поэтому не можетъ присваивать себѣ плоды вещи и можетъ пользоваться ею только самъ, но не долженъ извлекать выгоды изъ нея путемъ возмезднаго предоставленія пользованія ею третьимъ лицамъ; даже безвозмездное предоставленіе другому лицу пользованія всею вещью не допускается. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, въ зависимости отъ природы данной вещи и во вниманіе къ вѣроятной волѣ установителя, права узуарія нѣсколько расширяются и, въ частности, за нимъ признается ограниченное право извлеченія плодовъ, поскольку послѣдніе идутъ на удовлетвореніе его личныхъ нуждъ; напр., если установленъ usus относительно дома съ фруктовымъ садомъ, то узуарій можетъ срывать столько плодовъ, сколько требуется для его обѣда, и т. п. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по тѣмъ же соображеніямъ, usus даже прямо уподобляется узуфрукту или квазиузуфрукту, именно, если онъ установленъ относительно такихъ вещей, которыми нельзя непосредственно пользоваться, а изъ которыхъ только и можно извлекать плоды; сюда относятся usus silvae, usus pecuniae. Въ остальномъ, къ usus примѣняются тѣ же правила, какъ и къ ususfructus; въ частности, узуарій обязанъ тоже представить cautio usuaria. Въ современномъ правѣ usus хотя и возможенъ, но встрѣчается очень рѣдко, такъ какъ не существуетъ даже опредѣленнаго термина для выраженія римскаго понятія usus. Вслѣдствіе этого, вопросъ о томъ, установленъ ли въ частномъ данномъ случаѣ usus или какое-нибудь другое ограниченное вещное право пользованія, можетъ быть разрѣшенъ только путемъ толкованія установительнаго акта.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 250. Windscheid, ук. соч. I, § 207.

§ 146. Habitatio и operae servorum.

Кромѣ ususfructus и usus въ Римскомъ правѣ встрѣчались еще два личныхъ сервитута: а) *habitatio*, т. е. вещное право жительства въ чужомъ помѣщеніи; b) *operae servorum*, т. е. вещное право на трудъ чужого раба. Оба эти сервитута въ Римскомъ правѣ носили алиментарный характеръ, т. е. разсматривались какъ формы оказанія матеріальной поддержки неимущимъ лицамъ, а поэтому пользовались извѣстными привилегіями, напр., они не прекращались въ случаѣ non usus.

Глава III. Реальные сервитуты.

§ 147. Общія положенія [1]).

Реальные сервитуты суть вещныя права ограниченнаго пользованія однимъ участкомъ, связанныя съ другимъ участкомъ. Они предполагаютъ господствующій и служащій участокъ, *praedium dominans и praedium serviens.* Реальные сервитуты находятся въ распоряженіи каждаго даннаго собственника господствующаго участка. Они переходятъ на каждаго преемника первоначальнаго ихъ пріобрѣтателя, независимо отъ того, какимъ образомъ онъ сталъ собственникомъ участка; римскіе юристы поэтому и смотрятъ на нихъ какъ на особые дополнительные атрибуты господствующаго мнѣнія. Существуютъ нѣкоторыя общія положенія, касающіяся всѣхъ реальныхъ сервитутовъ.

Сервитутъ долженъ быть praedio (dominanti) utilis, т. е. онъ долженъ либо облегчить эксплоатацію господствующаго участка, какъ, напр., servitus itineris, либо сдѣлать пользованіе имъ болѣе пріятнымъ, какъ, напр., servitus altius non tollendi. Господствующій и служащій участокъ должны быть сосѣдніе, praedia vicina, т. е. находиться въ такомъ пространственномъ соотношеніи, что обремененіе одного дѣйствительно можетъ принести пользу другому. Объемъ правомочій, предоставляемыхъ даннымъ сервитутомъ, не идетъ дальше того, что необходимо въ интересахъ господствующаго участка; поэтому собственникъ господствующаго участка не можетъ пользоваться своимъ сервитутнымъ правомъ въ интересахъ третьихъ лицъ (напр., не можетъ поить чужой скотъ). Объемъ правомочій, предоставляемыхъ даннымъ сервитутомъ, можетъ быть ближе нормированъ или ограниченъ относительно срока или мѣста осуществленія сервитута; во всякомъ случаѣ, сервитутъ долженъ быть осуществляемъ *civiliter*, т. е. сообразуясь съ интересами собственника служащаго участка. Собственникъ служащаго участка можетъ и самъ совершать тѣ дѣйствія, на которыя имѣетъ право собственникъ господствующаго, равно предоставить и другимъ сосѣдямъ тѣ же права, поскольку это допускается природою вещей и не приводитъ къ умаленію существующихъ уже сервитутныхъ правъ; съ другой стороны, онъ долженъ воздерживаться отъ всѣхъ дѣйствій, ограничивающихъ права собственника господствующаго участка. Выгода, доставляемая господствующему участку служащимъ, не должна быть преходящая, а должна быть постоянная—servitus perpetuam causam habere debet.

Реальные сервитуты суть недѣлимыя права. Они лежатъ на всемъ служащемъ участкѣ и связаны со всѣмъ господствующимъ участкомъ и не могутъ быть пріобрѣтены или утрачены въ примѣненіи къ интеллектуальной части того или другого участка; въ случаѣ реальнаго раздѣла того или другого участка, они продолжаютъ обнимать всѣ отдѣльныя части бывшаго цѣлаго, поскольку дѣйствіе ихъ само по себѣ не ограничивается какой-нибудь отдѣльной мѣстностью того или другого. По той же причинѣ, одинъ изъ нѣсколькихъ сособственниковъ не можетъ обремѣнять сервитутомъ общій участокъ или пріобрѣсти таковой въ пользу общаго участка.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. § 238 сл. Windscheid, ук. соч. I, § 290 сл.

§ 148. Виды реальныхъ сервитутовъ.

Реальные сервитуты распадаются на: a) *положительные* и *отрицательные*, *servitutes affirmativae u negativae*, смотря по тому, доставляютъ ли они управомоченному лицу право совершать самому извѣстныя дѣйствія или только право не допускать извѣстныхъ дѣйствій со стороны собственника служащаго участка, другими словами, обязываютъ ли они собственника служащаго участка ut aliquid patiatur aut non faciat; b) *непрерывные* и *періодическіе*, *continuae* и *discontinuae*, смотря по тому, создаютъ ли они непрерывно продолжающееся состояніе вещей или они состоятъ изъ ряда періодически повторяющихся дѣйствій со стороны управомоченнаго лица; c) *городскіе* (или домовые) и *сельскіе*, *servitutes praediorum urbanorum* и *servitutes praediorum rusticorum*, смотря по тому, установлены ли они въ пользу зданія, urbanum praedium, или въ пользу незастроеннаго участка, rusticum praedium. Послѣднее дѣленіе считается римскими юристами наиболѣе важнымъ.

§ 149. Перечень отдѣльныхъ городскихъ (домовыхъ) сервитутовъ.

Отдѣльные городскіе сервитуты, упоминаемые въ источникахъ, суть *частью положительные*, *частью отрицательные*. 1) Что касается положительныхъ сервитутовъ, то одни изъ нихъ даютъ право пользованія служащимъ строеніемъ, въ качествѣ подпоры для господствующаго строенія; сюда относятся servitus tigni immittendi, право вколачивать концы брусковъ въ стѣну сосѣда servitus oneris ferendi, право пользованія чужою стѣною или колонной и т. п., въ качествѣ подпорки для собственнаго зданія. Послѣдній сервитутъ замѣчателенъ тѣмъ, что собственникъ служащаго строенія обязывается содержать его въ исправномъ видѣ, такъ чтобы оно могло вынести покоящуюся на немъ тяжесть, т. е. собственникъ служащаго строенія въ видѣ исключенія, принуждается не къ простому pati или non facere, а именно къ facere. Другіе сервитуты даютъ право снабдить господствующее строеніе такими пристройками, которыя заходятъ въ пространство, находящееся надъ служащимъ строеніемъ; сюда относятся *servitus proiiciendi*, право перекинуть балконъ и другіе выступы въ чужое пространство; servitus protegendi, право захватить крышей чужое пространство. Третья категорія обнимаетъ *случаи такъ назыв. immissiones*; сюда относятся *servitus stillicidii*, *fluminis*, право направить стокъ дождевой воды на служащій участокъ; *servitus fumi immittendi*— право выпускать дымъ и паръ свыше обыкновеннаго на служащій участокъ; *servitus cloacae immitten dae*—право провести клоаку чрезъ чужой участокъ или въ чужой участокъ. 2) Отрицательные сервитуты имѣютъ цѣлью не допускать такихъ измѣненій на служащемъ участкѣ, которыя сдѣлали бы пользованіе господствующимъ участкомъ менѣе удобнымъ или менѣе пріятнымъ. Сюда относятся *servitus altius non tollendi*, право требовать, чтобы сосѣдъ не застраивалъ своего участка или строилъ не выше опредѣленныхъ размѣровъ; *servitus ne luminibus officiatur* и *servitus ne prospectui officiatur*, право требовать, чтобы сосѣдъ не лишилъ бы участокъ свѣта или вида.

§ 150. Отдѣльные сельскіе сервитуты.

Они имѣютъ цѣлью либо обезпечить или облегчить доступъ къ господствующему участку, либо облегчить пользованіе имъ или увеличить его доходность. Въ частности, на первомъ планѣ стоятъ *дорожные сервитуты*. Различаютъ три типа ихъ: *iter*— право прохода и проѣзда верхомъ, *actus*—право прогона скота, соединенное обыкновенно съ правомъ прохода, via—право проѣзда во всякомъ видѣ, соединенное обыкновенно съ правомъ прохода и прогона скота и провоза всякаго рода матеріаловъ. Далѣе идутъ

водные сервитуты: a) *servitus aquaeductus*—право устройства водопроводовъ чрезъ служащій участокъ; это право можетъ быть ограничено извѣстнымъ временемъ года, соотвѣтственно чему противополагается aqua hiberna и aestiva—aquae cotidianae; b) *servitus aquaehaustus*—право доставать воду; c) *servitus pecoris ad aquam appulsus*—право водопоя скота. *Полевые, лѣсные и др. сервитуты*: a) *servitus pascendi*, право пасти свой скотъ на чужомъ участкѣ; b) *servitus silvae caeduae*—право рубить чужой лѣсъ и др.

Глава IV. Возникновеніе сервитутовъ [1]).

§ 151. На основаніи юридической сдѣлки.

Сервитутъ прежде всего можетъ быть установленъ на основаніи *договорнаго соглашенія* или *распоряженія на случай смерти*. Неограниченно обременять вещь сервитутами можетъ только собственникъ ея; нѣсколько сособственниковъ должны дѣйствовать съ общаго согласія. Личные сервитуты могутъ быть пріобрѣтены какъ физическимъ, такъ и юридическимъ лицомъ. Реальные сервитуты могутъ быть пріобрѣтены только собственникомъ того участка, въ пользу котораго уступается сервитутъ; нѣсколько сособственниковъ могутъ пріобрѣсти его только совмѣстно.

Сервитутъ можетъ быть установленъ на основаніи самостоятельнаго распоряженія или на основаніи особой дополнительной оговорки при отчужденіи вещи, напр., вещь отказывается deducto usufructu или имѣніе продается deducto itineris. Въ частности, сервитутъ можетъ быть установленъ на основаніи распоряженія на случай смерти; это наиболѣе частая форма установленія *личныхъ* сервитутовъ. Кромѣ того, сервитутъ можетъ быть установленъ на *основаніи неформальнаго договорнаго соглашенія*, которое предполагаетъ наличность animus acquirendi и transferendi servitutis. До послѣдняго времени спорили о томъ, достаточно ли одного соглашенія, или требуется сверхъ того quasitraditio сервитута, т.-е. должно ли было управомоченное лицо приступить къ осуществленію своего сервитутнаго права съ открытаго или молчаливаго разрѣшенія собственника обремененной вещи. Господствующее мнѣніе теперь высказывается въ пользу перваго предположенія. Споръ возникъ вслѣдствіе того, что въ до-Юстиніановскомъ правѣ для пріобрѣтенія сервитута неформальное соглашеніе не считалось достаточнымъ. По древнему цивильному праву, сервитуты въ Италіи устанавливались посредствомъ mancipatio и in jure cessio. In jure cessio была общая форма, mancipatio примѣнялась только къ сельскимъ сервитутамъ. Эти способы установленія сервитутовъ не были примѣнимы *провинціальнымъ участкамъ;* по отношенію къ нимъ сложилась особая форма установленія сервитутовъ посредствомъ *pactiones et stipulationes*. *Pactio* есть неформальное соглашеніе; *stipulatio*, содержавшая обѣщаніе неустойки, присоединялась для подтвержденія pactionis. Въ Императорскомъ періодѣ довольствовались, нерѣдко, простой *traditio servitutis sive patientia*, при томъ не только въ провинціяхъ, но и въ Италіи, желая избѣгнуть обременительныхъ формальностей. Эта послѣдняя форма была тоже признана претор скимъ правомъ, т. е. сервитуты, установленные такимъ путемъ, стали пользоваться судебной защитой. Въ Юстиніановскомъ правѣ in jure cessio и mancipatio отпали; вслѣдствіе этого, въ качествѣ способовъ установленія сервитутовъ упоминаются только, съ одной стороны, pactiones и stipulat ones, съ другой стороны, quasitraditio servitutis. Въ дальнѣйшемъ развитіи отпала и стипуляція. Вслѣдствіе этого, нѣкоторые ученые и утверждаютъ, что за отпаденіемъ ея сервитуты могутъ быть установлены только путемъ quasitraditio. Гораздо естественнѣе, однако, то заключеніе, что за отпаденіемъ стипуляціи представляется достаточнымъ простое неформальное соглашеніе, которое можетъ быть выражено открыто или молчаливо.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. § 251—253. Windscheid, ук. соч. § 212 сл.

§ 152. Остальные способы пріобрѣтенія сервитутовъ.

I. *На основаніи судебнаго рѣшенія.* Судья можетъ установить сервитутъ посредствомъ *adiudicatio* въ раздѣльномъ процессѣ напр., онъ можетъ присудить одному лицу право собственности на вещь, а въ пользу другого установить право узуфрукта на нее. Сервитуты возникаютъ съ момента вступленія судебнаго рѣшенія въ законную силу.

II. *На основаніи давностнаго пріобрѣтенія.* Въ древнемъ римскомъ правѣ допускались usucapio сервитутовъ, срокъ которой былъ годичный. Этотъ порядокъ представлялъ такія неудобства, что онъ былъ уничтоженъ на основаніи lex Scribonia. Съ теченіемъ времени убѣдились, однако, въ невозможности обходиться безъ всякаго давностнаго пріобрѣтенія сервитутовъ; поэтому въ Императорскомъ періодѣ былъ созданъ новый способъ давностнаго пріобрѣтенія ихъ, такъ назыв., *longa quasi possessio.* Этотъ способъ давностнаго пріобрѣтенія сервитутовъ не имѣетъ ничего общаго съ давностнымъ пріобрѣтеніемъ собственности, напротивъ, для него были выработаны гораздо менѣе стѣснительныя начала. Именно, для давностнаго пріобрѣтенія какъ личныхъ, такъ и реальныхъ сервитутовъ, требовалось только: a) чтобъ лицо фактически осуществляло тѣ дѣйствія, изъ которыхъ слагается данный сервитутъ, въ теченіе 10 лѣтъ inter praesentes и 20 л. inter absentes; b) чтобъ оно приписывало себѣ право совершить эти дѣйствія и, наконецъ, c) чтобъ оно совершало ихъ *nec vi, nec clam, nec precario по отношенію къ собственнику служащей вещи;* d) ничего другого въ частности, ни *iustus titulus*, ни *bona fides* не требовалось; въ настоящее время, подъ вліяніемъ каноническаго права, требуется bona fides.

III. *На основаніи закона.* Одинъ только сервитутъ, именно, узуфруктъ, въ извѣстныхъ случаяхъ возникаетъ непосредственно на основаніи законнаго постановленія, такъ называемый, *ususfructus legalis.* Именно, таковой признается между прочимъ: a) за отцомъ, относительно bona adventicia его дѣтей, b) за parens binubus, относительно lucra nuptialia отъ перваго брака, право собственности на которыя, вслѣдствіе вступленія во второй бракъ, отходитъ къ дѣтямъ отъ перваго брака.

Глава V. Прекращеніе сервитутовъ [1]).

§ 153. Способы прекращенія сервитутовъ, общіе всѣмъ вообще вещнымъ правамъ или всѣмъ вещнымъ правамъ на чужую вещь.

Подобно всѣмъ вещнымъ правамъ вообще, сервитуты прекращаются: a) *въ случаѣ уничтоженія служащей вещи или перехода ея въ разрядъ res exsra commercium*; для личныхъ сервитутовъ одинаковое значеніе съ уничтоженіемъ служащей вещи имѣетъ и такое измѣненіе ея, которое исключаетъ возможность пользоваться ею на прежнемъ основаніи, такъ, напр., право узуфрукта на фруктовый садъ прекращается съ возведеніемъ на мѣстѣ его дома и т. д. Далѣе, b) *сервитуты прекращаются въ случаѣ отчужденія* служащей вещи со стороны фиска или главы государства безъ упоминанія о сервитутѣ. Наконецъ, c) *въ случаѣ наступленія срока или резолютивнаго условія и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вступаетъ въ силу правило: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum.*

Подобно всѣмъ вещнымъ правамъ на чужія вещи сервитуты прекращаются: a) *посредствомъ confusio*, или какъ говорятъ *при узуфруктѣ consolidatio*, т.-е. посредствомъ соединенія сервитутнаго права и права собственности на вещь въ одномъ лицѣ, напр., узуфруктуарій пріобрѣтаетъ право собственности на вещь, служащую объектомъ узуфрукта; сервитутъ самъ по себѣ не возникаетъ вновь, если это соединеніе

[1]) Dernburg. ук. соч. I, § 254. Windscheid, ук. соч. I, § 215—216.

впослѣдствіи прекратится,—возможно лишь установить его вновь; b) *посредствомъ неформальнаго отреченія со стороны управомоченнаго лица*; отреченіе можетъ быть выражено въ распоряженіи на случай смерти или въ договорномъ соглашеніи; оно можетъ быть открытое или молчаливое; послѣднее усматривается, напр., въ томъ, что узуфруктуарій безъ оговорокъ соглашается на отчужденіе служащей вещи, или управомоченное лицо допускаетъ такое измѣненіе служащей вещи, которое дѣлаетъ невозможнымъ дальнѣйшее осуществленіе сервитутнаго права.

§ 154. Спеціальные способы прекращенія сервитутовъ.

Кромѣ общихъ способовъ существуютъ еще способы прекращенія, спеціально свойственные только сервитутамъ. *Личные сервитуты прекращаются со смертью управомоченнаго лица;* если личный сервитутъ установленъ въ пользу юридическаго лица, то онъ прекращается по истеченіи *100 лѣтъ*. Впрочемъ относительно узуфрукта, съ теченіемъ времени, было допущено изъятіе въ томъ смыслѣ, что онъ можетъ вновь возникнуть въ лицѣ наслѣдниковъ перваго узуфруктурія. Въ до-Юстиніановскомъ правѣ личные сервитуты, кромѣ habitatio и operae servorum, сверхъ того прекращались въ случаѣ всякой capitis deminutio обладателя сервитута; въ Юстиніановскомъ правѣ такой эффектъ имѣли только capitis deminutio maxima и media, въ современномъ правѣ этотъ способъ прекращенія личныхъ сервитутовъ совершенно отпалъ.

Ко всѣмъ сервитутамъ примѣняется *своеобразное давностное прекращеніе*. Давностное прекращеніе сервитутовъ встрѣчается въ двухъ формахъ: a) *non usus, простое неосуществленіе сервитута*. Такимъ путемъ прекращаются всѣ личные сервитуты и тѣ реальные, которые даютъ право на совершеніе ряда повторяющихся дѣйствій. Давностный срокъ по общему правилу 10 лѣтъ inter praesentes и 20 лѣтъ inter absentes. Для сохраненія сервитутнаго права не требуется, впрочемъ, чтобъ обладатель самъ осуществлялъ свое сервитутное право; по отношенію къ личнымъ сервитутамъ достаточно, если ихъ осуществляли представители его; по отношенію къ реальнымъ сервитутамъ даже достаточно, если они будутъ осуществлены добросовѣстнымъ или недобросовѣстнымъ владѣльцемъ господствующаго участка. b) *Usucapio libertatis*, т.-е. совершеніе обязаннымъ лицомъ такихъ дѣйствій, которыя идутъ въ разрѣзъ съ сервитутнымъ правомъ противной стороны. *Usucapio libertatis* требуется для прекращенія такихъ реальныхъ сервитутовъ, которые заключаются въ извѣстномъ неизмѣнномъ состояніи господствующаго или служащаго участка (напр., servitus altius non tollendi). Именно, такіе сервитуты не прекращаются вслѣдствіе простого non usus, а требуется, чтобы владѣлецъ служащей вещи нарушилъ сервитутное право противной стороны и владѣлецъ вещью въ такомъ видѣ nec vi, nec clam, nec precario въ теченіе 10 лѣтъ inter praesentes или 20 лѣтъ inter absentes (titulus и bona fides не требуется). Впрочемъ, многія детали спорны. Ср. Виндшейдъ т. I, § 216.

Глава VI. Защита сервитутовъ [1]).

§ 155. Confessoria in rem actio.

Обладатель сервитута пользуется защитой противъ всякаго рода нарушеній его сервитутнаго права, независимо отъ характера нарушенія и личности нарушителя. Соотвѣтствующій искъ называется *confessoria in rem actio* или *vindicatio servitutis*. Въ частности, *истцомъ* является обладатель сервитута; при реальныхъ сервитутахъ, таковымъ считается всякій собственникъ господствующаго участка. *Отвѣтчикомъ*

---

1) Dernburg, ук. соч. I, § 255. 257. Windscheid, ук. соч. I, § 217, 163—164.

является всякое третье лицо, которое препятствуетъ истцу осуществлять свое сервитутное право или оспаривать это право. Истецъ долженъ доказать: a) свое сервитутное право; b) фактъ нарушенія его со стороны отвѣтчика. Искъ направленъ на признаніе сервитутнаго права истца (если отвѣтчикъ отрицаетъ его); далѣе, на устраненіе нарушенія, вознагражденіе за понесенный убытокъ и наложеніе cautio de non amplius turbando. Actio confessoria можетъ быть предъявлена и въ качествѣ *quasi Publiciana actio*.

§ 156. Поссессорная защита сервитутовъ.

При извѣстныхъ условіяхъ, пользуется самостоятельной судебной защитой не только тотъ, кто доказалъ свое сервитутное право (именно въ формѣ confessoria in rem actio), но и тотъ, кто только фактически занимаетъ положеніе сервитутнаго обладателя, но не доказалъ своего сервитутнаго права. Другими словами, на ряду съ петиторной защитой сервитутовъ, существуетъ и поссессорная защита ихъ. Надо строго отличать поссессорную защиту личныхъ сервитутовъ отъ таковой же реальныхъ сервитутовъ. Осуществленіе личныхъ сервитутовъ (напр., ususfructus или usus) предполагаетъ экономическое владѣніе вещью, служащей объектомъ сервитутнаго права; поэтому естественно, что поссессорная защита этихъ сервитутовъ заключается въ охранѣ нарушеннаго и возвратѣ утраченнаго экономическаго владѣнія вещью. Наоборотъ, осуществленіе реальнаго сервитута (напр., права прохода) не только не предполагаетъ экономическаго владѣнія служащимъ участкомъ со стороны обладателя такого сервитута, а, напротивъ, предполагаетъ, что служащимъ участкомъ владѣетъ другое лицо; дѣйствительно, разъ данное лицо приписываетъ себѣ только реальный сервитутъ относительно чужого участка (напр., право прохода), оно, очевидно, тѣмъ самымъ признаетъ, что оно не владѣетъ въ экономическомъ смыслѣ этимъ участкомъ, а что имъ владѣетъ другое лицо. Соотвѣтственно съ этимъ и поссессорная защита реальныхъ сервитутовъ имѣетъ въ виду не предоставленіе служащаго участка во владѣніе, а лишь охрану извѣстнаго приспособленія или предоставленіе свободы извѣстныхъ дѣйствій въ предѣлахъ чужого участка.

Поссессорная защита личныхъ интересовъ. Для защиты личныхъ сервитутовъ служатъ обыкновенные поссессорные интердикты uti possidetis и unde vi, которые могутъ быть предъявлены презумптивнымъ обладателемъ личнаго сервитута, въ качествѣ interdicta utilia (въ отличіе отъ презумптивнаго собственника, кредитора по залогу и т. д., которые предъявляютъ эти интердикты въ качествѣ interdicta directa). Это различіе между сервитутнымъ обладателемъ и другими юридическими владѣльцами чисто формальное,— матеріально, обладатель личнаго сервитута пользуется поссессорной защитой при тѣхъ же условіяхъ и въ тѣхъ же предѣлахъ, какъ всякій другой юридическій владѣлецъ (напр., собственникъ, кредиторъ по залогу, прекаристъ и т. д.). На ряду съ сервитутнымъ обладателемъ, сохраняетъ право предъявлять поссессорные интердикты и собственникъ вещи, служащей объектомъ сервитутнаго права; послѣдній предъявляетъ ихъ въ качествѣ interdicta directa. Другими словами, въ данномъ случаѣ два лица могутъ одновременно и независимо другъ отъ друга предъявлять поссессорные интердикты: собственникъ съ одной стороны, обладатель личнаго сервитута—съ другой. Итакъ, обладатель личнаго сервитута не есть простой детенторъ (т.-е. экономическій владѣлецъ, не пользующійся поссессорной защитой). Однако, римскіе юристы не признаютъ его и юридическимъ владѣльцемъ stricto sensu (какъ, напр., собственника или кредитора по залогу), они не признаютъ за нимъ possessio rei, владѣніе вещью, а только quasi possessio juris или possessio juris, владѣніе (сервитутнымъ) правомъ. Вотъ почему онъ и не могъ предъявлять поссессорные интердикты въ качествѣ interdicta utilia. Спрашивается, почему же дѣлалось это субтильное различіе между обладателями личныхъ сервитутовъ и другими юридическими владѣльцами? Вѣдь мы видимъ, что экономически обладатель личнаго сервитута такъ же владѣетъ вещью, какъ собственникъ или кредиторъ по залогу, и юридически онъ пользуется такой же поссессорной защитой, какъ и они. Почему же различіе въ названіи? На это надо

дать такой отвѣтъ: причина, по которой римскіе юристы создали для владѣнія обладателей личныхъ сервитутовъ особый терминъ—juris possessio,—противополагая ему юридическое владѣніе въ тѣсномъ смыслѣ или rei possessio—заключается просто въ стремленіи ихъ обойти старинное правило compossessio plurium in solidum esse non potest. Дѣло въ томъ, что первоначально обладатели личныхъ сервитутовъ не пользовались поссессорной защитой, считались простыми детенторами, такъ что, на случай нарушенія ихъ экономическаго владѣнія вещью, не они могли предъявить поссессорные интердикты противъ нарушителя, а только тотъ, отъ имени котораго они держали ее. Но послѣдній могъ быть въ отсутствіи или по нерадѣнію не принять своевременно мѣръ къ преслѣдованію нарушителя, а это могло оказаться крайне убыточнымъ для узуфруктуарія и другихъ сервитутныхъ обладателей. Въ виду этого, съ теченіемъ времени признали необходимымъ распространить поссессорную защиту и на обладателей личныхъ сервитутовъ. Но если бы за этими лицами было признано юридическое владѣніе на общемъ основаніи, то это при сохраненіи правила: compossessio plurium in solidum esse non potest, привело бы къ тому, что собственникъ утратилъ бы право предъявлять поссессорные интердикты и это право принадлежало бы исключительно обладателю личнаго сервитута. Между тѣмъ представлялось желательнымъ сохранить это право и за собственникомъ, на случай, если бы обладатель личнаго сервитута не принялъ своевременно мѣръ противъ нарушенія его правъ. Чтобы достигнуть этого, не нарушая указанной формулы о compossessio, римскіе юристы и придумали такой исходъ, что провели искусственное различіе между corporis и juris possessio: собственникъ сохраняетъ possessio corporis, а обладатель личнаго сервитута получаетъ possessio juris. На дѣлѣ это означаетъ только, что два лица—собственникъ вещи, служащей объектомъ сервитутнаго права и обладатель этого сервитутнаго права могутъ одновременно и независимо другъ отъ друга пользоваться поссессорными интердиктами.

Защита реальныхъ сервитутовъ. Для защиты нѣкоторыхъ реальныхъ сервитутовъ были введены особые интердикты. Сюда относятся между прочимъ: a) *interdictum de itinere actuque privato*—для защиты дорожныхъ сервитутовъ; истецъ долженъ доказать, что онъ не менѣе 30 разъ въ теченіе послѣдняго года, предшествующаго предъявленію иска, осуществлялъ дорожный сервитутъ nec vi, nec clam, nec precario ab adversario; b) *interdictum de aqua*—для защиты сервитута водопровода; истецъ долженъ доказать, что онъ, по крайней мѣрѣ, одинъ разъ въ теченіе послѣдняго года пользовался водопроводомъ, притомъ не только nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, но и bona fide; если водопроводъ таковъ, что имъ можно пользоваться только лѣтомъ или зимою, то достаточно, если истецъ докажетъ, что онъ пользовался имъ одинъ разъ въ теченіе послѣднихъ двухъ лѣтъ; c) *interdictum de fonte*—для защиты сервитута добыванія воды; предположенія этого иска тождественны съ предположеніями interdictum de aqua; d) *interdictum de cloacis*—для защиты того, кому мѣшаютъ чистить и исправлять клоаку; истецъ обязанъ только доказать существованіе клоаки.

Для защиты реальныхъ сервитутовъ, сущность которыхъ состоитъ въ постоянномъ приспособленіи при господствующемъ участкѣ, прибѣгаютъ къ *interdictum uti possidetis*, такъ какъ поврежденіе такого приспособленія разсматривается какъ нарушеніе владѣнія господствующимъ участкомъ. Что касается остальныхъ реальныхъ сервитутовъ, и въ частности, отрицательныхъ сервитутовъ, то въ источникахъ не встрѣчается указаній на существованіе поссессорной защиты ихъ. Но въ современномъ правѣ и по отношенію къ нимъ допускается поссессорная защита. Въ заключеніе надо замѣтить, что римскіе юристы, во вниманіе къ тому обстоятельству, что была допущена поссессорная защита реальныхъ сервитутовъ, стали приписывать и обладателямъ такихъ сервитутовъ *juris possessio*. Эта терминологія способна породить одни только недоразумѣнія. На дѣлѣ, въ данномъ случаѣ, охраняется не владѣніе, а фактическое осуществленіе реальныхъ сервитутовъ. Дѣйствительно, *экономически* обладатель реальнаго сервитута не владѣетъ служащимъ участкомъ, а *юридически* поссессорныя средства защиты его направлены не на предоставленіе этого участка во владѣніе, а лишь на охрану извѣстнаго приспособленія или на предоставленіе свободы извѣстныхъ дѣйствій въ предѣлахъ такого участка, слѣдовательно, терминъ «владѣніе» къ данному отношенію совершенно не примѣнимъ.

Emphyteusis и superficies [1]).

Глава I. Emphyteusis.

§ 157. Понятіе эмфитевзиса и права эмфитевта.

Emphyteusis есть *наслѣдственная аренда римскаго права.* Древнее цивильное право не признавало вещнаго характера наслѣдственной аренды. Этотъ шагъ былъ сдѣланъ только преторомъ. Окончательная отдѣлка этого института относится уже ко времени абсолютной монархіи. Emphyteusis есть вещное, наслѣдственное и отчуждаемое право пользованія чужимъ земельнымъ участкомъ,—emphyteuta можетъ пользоваться участкомъ на правахъ собственника подъ единственнымъ условіемъ не ухудшать участка и вносить ежегодную плату—canon за пользованіе. Управомоченное лицо называется emphyteuta или emphyteuticarius, собственникъ участка называется dominus emphyteuseos; различаютъ мірскія и церковныя emphyteuses, смотря по тому, является ли собственникомъ участка мірянинъ или церковь. Въ частности, emphyteuta пользуется вещью съ приращеніями ея на правахъ собственника и пріобрѣтаетъ плоды ея per separationem, онъ даже можетъ измѣнять основное назначеніе участка подъ условіемъ не ухудшать его. Онъ имѣетъ полное право распоряженія надъ вещью, можетъ отчуждать ее inter vivos и mortis causa, закладывать ее и обременять сервитутами на срокъ существованія эмфитевзиса. Для защиты своего права, эмфитевтъ можетъ прибѣгнуть ко всѣмъ искамъ, присвоеннымъ собственнику, въ качествѣ actiones utiles; въ частности, онъ имѣетъ utilis rei vindicatio, называемую vectigalis in rem actio, Publiciana, confessoria и negatoria utilis. Кромѣ того, онъ считается юридическимъ владѣльцемъ вещи (впрочемъ, нѣкоторые ученые признаютъ за нимъ только quasi possessio juris). Вслѣдствіе такого его положенія, въ средніе вѣка возникла неправильная теорія о dominium utile эмфитевта, противополагаемое dominio directo собственника. Emphyteusis можетъ принадлежать совмѣстно нѣсколькимъ лицамъ, но они не имѣютъ права реальнаго раздѣла участка безъ согласія собственника.

§ 158. Обязанности эмфитевта.

Онъ не долженъ ухудшать участка; въ противномъ случаѣ онъ можетъ быть лишенъ его со стороны собственника. Онъ обязанъ нести всѣ лежащія на вещи подати и повинности; въ случаѣ неплатежа ихъ въ теченіе 3-хъ лѣтъ собственникъ можетъ лишить его эмфитевзиса. Онъ обязанъ платить собственнику ежегодную плату, canon, pensio, vectigal, размѣръ которой опредѣляется при установленіи emphyteuseos. Въ случаѣ неплатежа канона, въ теченіе 2-хъ лѣтъ при церковныхъ, въ теченіе 3-хъ лѣтъ при мірскихъ эмфитевзисахъ, онъ можетъ быть лишенъ эмфитевзиса. При всякомъ отчужденіи участка inter vivos, онъ обязанъ испрашивать согласіе собственника, который, впрочемъ, можетъ отказывать въ немъ только при наличности уважительныхъ причинъ; для изъявленія своего согласія собственнику предоставляется 2-хъ мѣсячный срокъ. Въ частности, при продажѣ участка, собственникъ въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ имѣетъ предпочтительное право на покупку его; если онъ соглашается на продажу участка въ третьи руки, онъ получаетъ два процента съ покупной платы, quinquagesima pars, въ качествѣ, такъ наз., laudemium, отступного. Если отчужденіе было произведено безъ оповѣщенія собственника или до истеченія 2-хъ мѣсячнаго срока, собственникъ можетъ лишить эмфитевта своего права. Всѣ эти постановленія могутъ быть дополнены или модифицированы на основаніи особыхъ соглашеній между сторонами.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 258 сл. Windscheid, ук. соч. I, § 218 сл.

§ 159. Возникновеніе эмфитевзиса.

Главный способъ установленія эмфитевзиса — *договоръ между собственникомъ и эмфитевтомъ* О природѣ этого договора между римскими юристами существовалъ споръ; одни усматривали въ немъ договоръ купли-продажи, другіе договоръ аренды; императоръ Зенонъ присвоилъ этому договору самостоятельное значеніе и назвалъ его contractus emphyteuticarius; на основаніи его, эмфитевтъ не несетъ всего periculum (въ отличіе отъ купли-продажи), но несетъ periculum, связанное съ ухудшеніемъ или умаленіемъ участка (въ отличіе отъ договора аренды). Эмфитевзисъ возникаетъ на основаніи простого договора—не требуется традиціи участка; впрочемъ, объ этомъ существуетъ споръ. Далѣе, возможно установленіе эмфитевзиса на основаніи исходящаго отъ собственника распоряженія на случай смерти, на основаніи судебнаго опредѣленія и на основаніи давностнаго пріобрѣтенія (впрочемъ, объ этомъ существуетъ споръ).

§ 160. Переходъ существующаго эмфитевзиса отъ одного лица къ другому.

Существующій эмфитевзисъ можетъ перейти отъ одного лица къ другому: a) *на основаніи традиціи участка* со стороны эмфитевта; b) на основаніи *права наслѣдованія и отказа* со стороны эмфитевта; c) на основаніи *судебнаго опредѣленія* (въ особенности при раздѣльныхъ искахъ); d) на основаніи *давностнаго пріобрѣтенія* существующаго эмфитевзиса со стороны третьяго лица.

§ 161. Прекращеніе эмфитевзиса.

Къ эмфитевзису примѣняются всѣ способы прекращенія вещныхъ правъ вообще, какъ то: уничтоженіе участка, переходъ его въ разрядъ res extra commercium и т. д., и всѣ способы прекращенія вещныхъ правъ на чужую вещь, какъ то: confusio и отказъ со стороны эмфитевта. Кромѣ того, эмфитевзисъ прекращается: a) *путемъ давностнаго пріобрѣтенія полнаго права собственности на участокъ со стороны третьихъ лицъ*; b) *путемъ лишенія эмфитевта его права* — вслѣдствіе нарушенія имъ своихъ обязанностей, какъ то: ухудшенія участка, неплатежа canon'a въ теченіе 2 или 3 лѣтъ, неплатежа лежащихъ на вещи повинностей, нарушенія законныхъ постановленій о порядкѣ отчужденія. Собственникъ въ такомъ случаѣ можетъ предъявить къ нему искъ объ *устраненіи эфитевта*, Privationsklage; въ случаѣ предъявленія иска эмфитевзисъ считается прекратившимся съ момента нарушенія эмфитевтомъ его обязанностей,—плоды съ этого времени слѣдуетъ выдать собственнику.

Глава II. Superficies.

§ 162. Понятіе superficies, права и обязанности суперфиціарія.

Superficies есть вещное, наслѣдственное и отчуждаемое право полнаго пользованія зданіемъ, выстроеннымъ на чужой землѣ и, вслѣдствіе этого, принадлежащимъ собственнику земли; это право можетъ касаться и какой-нибудь отдѣльной части зданія, напр., одного какого-нибудь этажа. Этотъ институтъ тоже пріобрѣлъ вещный характеръ лишь благодаря претору. Суперфиціарій можетъ пользоваться и распоряжаться зданіемъ на правахъ собственника, можетъ отчуждать и закладывать и обременять его сервитутами на срокъ существованія своего права. Онъ несетъ лежащія на

зданіи подати и повинности и обязанъ платить собственнику опредѣленную ренту—*solarium, pensio*; впрочемъ, отъ послѣдней обязанности онъ, по обоюдному соглашенію, можетъ быть освобожденъ. Никакихъ дальнѣйшихъ ограниченій не существуетъ, такъ что онъ можетъ даже ухудшать вещь; собственникъ не имѣетъ ни права предпочтительной покупки, ни права laudemium при отчужденіи зданія.

§ 163. Возникновеніе, прекращеніе и защита суперфиціарнаго права.

Суперфиціарное право возникаетъ: a) на основаніи *договора* съ собственникомъ; традиціи не требуется (спорно); b) на основаніи распоряженія на случай смерти, исходящаго отъ собственника; c) на основаніи судебнаго распоряженія; d) на основаніи давностнаго пріобрѣтенія (спорно).

Что касается *перехода суперфиціарнаго права* отъ одного лица къ другому и прекращенія его, то примѣняются тѣ же положенія, какъ и относительно эмфитевзиса; но спорятъ о томъ, можетъ ли собственникъ лишить суперфиціарія его права въ случаѣ нарушенія послѣднимъ его обязанностей; господствующее мнѣніе признаетъ за собственникомъ такое право въ томъ случаѣ, когда суперфиціарій обязанъ платить ренту и не платитъ ея въ теченіе 2-хъ лѣтъ.

Защита суперфиціарія. Суперфиціарій можетъ прибѣгнуть ко всѣмъ искамъ собственника въ качествѣ actiones utiles—въ частности онъ имѣетъ rei vindicatio, Publiciana, negatoria и confessoria utilis. Вслѣдствіе этого, въ средніе вѣка ему ошибочно приписывали, такъ наз., *dominium utile*. Кромѣ того, онъ считается юридическимъ владѣльцемъ зданія и въ качествѣ такового имѣетъ, на ряду съ обыкновенными рекуператорными интердиктами (unde vi и de precario), еще interdictum de superficiebus, соотвѣтствующій interdicto uti possidetis. Впрочемъ, нѣкоторые ученые признаютъ за нимъ только juris quasi possessio.

Залоговое право [1]).

Глава I. Общія положенія.

§ 164. Понятіе залогового права.

Общимъ изъ важнѣйшихъ факторовъ оборота является кредитъ. Къ нему прибѣгаютъ на каждомъ шагу. Не говоря уже о займѣ, этой кредитной сдѣлкѣ par excellence, стоитъ только указать на то, какъ часто покупаютъ, нанимаютъ и т. п. въ кредитъ. Различаютъ *личный и реальный* кредитъ. Личный кредитъ обыкновенно открывается только такимъ лицамъ, платежная способность которыхъ не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній у кредитора. Въ противномъ случаѣ, кредиторъ требуетъ представленія надежнаго обезпеченія въ формѣ поручительства или залога. Слѣдуетъ различать залоговое право въ *обширномъ и тѣсномъ смыслѣ*.

Залоговымъ правомъ въ обширномъ смыслѣ можетъ быть названо всякое право на имущественное благо, установленное въ пользу кредитора въ видахъ обезпеченія его на тотъ случай, если онъ не получитъ своевременно удовлетворенія въ счетъ своего обязательственнаго требованія. Формы проявленія залогового права въ обширномъ смыслѣ могутъ быть весьма разнообразны. Оно можетъ быть установлено путемъ фидуціарной передачи кредитору права собственности на вещь должника, путемъ установленія другихъ вещныхъ правъ на вещь должника, напр., права узуфрукта. Объектъ его могутъ слу-

[1]) Dernburg, d. Pfandrecht nach Grundsätzen des heutigen R. R. 2 т. 1860—1864. Windscheid, ук. соч. I, § 224 сл.

жить не только тѣлесныя вещи, но всѣ имущественныя блага, имѣющія денежную цѣнность; сюда относится залогъ обязательственныхъ требованій, принадлежащихъ должнику противъ третьихъ лицъ, залогъ сервитутовъ, принадлежащихъ должнику.

Залоговое право въ тѣсномъ смыслѣ есть вещное право на чужую тѣлесную вещь, служащее для обезпеченія обязательственнаго требованія и дающее кредитору возможность продать эту вещь и тѣмъ получить удовлетвореніе. Нѣкоторые ученые выражаютъ эту мысль такъ: залоговое право, говорятъ они, есть *право на цѣнность* вещи. Залоговое право въ этомъ смыслѣ отличается *двумя особенностями*: a) оно, какъ и право поручительства, есть *акцессорное право*, т. е. оно существуетъ ради обязательственнаго требованія и прекращается съ момента прекращенія этого требованія; впрочемъ, въ послѣднемъ отношеніи позднѣе было допущено уклоненіе; b) оно есть *вещное право*. Отъ прочихъ вещныхъ правъ оно отличается тѣмъ, что не даетъ, по общему правилу, права пользованія вещью и извлеченія изъ нея плодовъ, но зато оно даетъ непосредственное право распоряженія надъ вещью, въ смыслѣ права возмезднаго отчужденія ея. Послѣдствія такого вещнаго характера залогового права сказываются въ томъ, что вещь остается заложенной, хотя бы она перешла изъ собственности одного лица въ собственность двугого лица, и дальше— разъ установленное закладное право, по общему правилу, имѣетъ пріоритетъ предъ позднѣйшимъ закладнымъ правомъ на ту же вещь. Впрочемъ, нѣкоторые ученые отрицаютъ вещный характеръ залового права и считаютъ его *обязательственнымъ правомъ*, причемъ одни говорятъ, что должникомъ въ данномъ случаѣ является самая заложенная вещь (Büchel, Sintenis, Vangerow), а другіе, что должникомъ является каждый собственникъ вещи. Обѣ эти конструкціи неудовлетворительны и лишь затемняютъ дѣло. Въ подтвержденіе такого взгляда ссылаются на источники, которые говорятъ о pignoris obligatio, въ противоположность personalis obligatio; но тѣ же источники называютъ залоговое право *jus in re aliena*.

§ 165. Историческое развитіе Римскаго залогового права.

Древнѣйшая форма залога въ Римскомъ правѣ была fiducia. Сущность ея заключается въ томъ, что вещь посредствомъ mancipatio или in jure cessio переходила въ собственность кредитора, который, однако, на основаніи дополнительнаго соглашенія— *pactum fiduciae* — обязывался вернуть вещь должнику по полученіи удовлетворенія въ счетъ своего обязательственнаго требованія. Итакъ, кредиторъ становился собственникомъ вещи, должникъ сохранялъ противъ него только личный искъ о возвратѣ вещи — *actio fiduciae*. Слѣдовательно, хотя и можно говорить о залоговомъ правѣ въ обширномъ смыслѣ, но нельзя говорить о залоговомъ правѣ въ тѣсномъ смыслѣ.

Съ теченіемъ времени, на ряду съ fiducia, появился ручной залогъ, *pignus*. Первоначально кредиторъ по ручному залогу имѣлъ только право удержать за собой владѣніе вещью, впредь до полученія удовлетворенія, но продавать ее могъ только въ томъ случаѣ, если выговорилъ себѣ это право на основаніи особаго *pactum de vendendo pignore;* позднѣе, это право продажи было признано за нимъ и помимо особаго о томъ соглашенія, а еще позднѣе, отреченіе отъ этого права уже признавалось недѣйствительнымъ.

Наконецъ сложилась еще и третья форма залога (заимствованная изъ греческаго права), т. н. *hypotheca*. Сущность гипотеки заключается въ томъ, что должникъ сохраняетъ не только право собственности на вещь, но и владѣніе ею. Кредиторъ имѣетъ право требовать выдачи вещи во владѣніе лишь послѣ того, какъ наступилъ срокъ обезпеченному залогомъ требованію и должникъ не уплатилъ своего долга. Древнѣйшій случай гипотеки слѣдующій: арендаторы нерѣдко закладывали свои invecta и illata, т. е. движимыя вещи, которыя они привезли съ собою въ имѣніе, въ той формѣ, что предоставляли хозяину, у котораго они арендовали землю, право удержать эти вещи въ случаѣ несвоевременнаго платежа арендной платы. Преторъ въ этихъ случаяхъ сталъ давать хозяевамъ особый interdictum adipiscendae possessionis, такъ называемый *interdictum Salvianum*,

на основаніи котораго арендатору возбранялось оказывать препятствія хозяину, при завладѣніи заложенныхъ вещей. Впослѣдствіи къ этому интердикту присоединился еще особый вещный искъ, actio Serviana, на основаніи котораго можно было требовать выдачи вещи отъ всякаго третьяго лица.

Въ скоромъ времени гипотека была допущена и въ другихъ случаяхъ: соотвѣтствующій искъ получилъ названіе actio quasi Serviana или hypothecaria in rem actio. Результатъ развитія въ Юстиніановскомъ правѣ: fiducia вышла изъ употребленія, pignus и hypotheca настолько сблизились между собою, что между ними сохранилось только одно, правда очень важное, различіе: при pignus кредиторъ *тотчасъ же* получаетъ владѣніе вещью, при hypotheca лишь *позднѣе*.

ПРИМѢЧАНІЕ. Широкое развитіе неформальной гипотеки, достигшее своего апогея въ появленіи, такъ назыв., генеральной гипотеки, на основаніи которой должникъ могъ закладывать все свое имущество, настоящее и будущее,—отразилось крайне невыгодно на интересахъ оборота, ибо никто, пріобрѣтая вещь на правѣ собственности или на другомъ вещномъ правѣ, не могъ знать, не обезцѣнена ли она наложенными на нее гипотеками. Вслѣдствіе этого, Римское залоговое право, при рецепціи его въ Германіи, подвергалось весьма значительнымъ модификаціямъ; именно почти всюду, гдѣ современное Римское право, вообще, продолжало дѣйствовать, римскій институтъ залога былъ видоизмѣненъ въ томъ смыслѣ, что a) для залога недвижимостей требуется запись о залогѣ въ поземельной книгѣ; b) залогъ движимостей допускается только въ формѣ ручного залога, а не гипотеки.

Глава II. Возникновеніе залогового права.

§ 166. Условія возникновенія. Долговое требованіе.

Для возникновенія залогового права требуется наличность трехъ факторовъ: 1) долговое требованіе, подлежащее обезпеченію путемъ залога, 2) объектъ, подлежащій залогу, и 3) установительный актъ. Итакъ, для возникновенія залогового права требуется, прежде всего, существованіе обязательственнаго требованія, ради обезпеченія котораго и устанавливается залогъ; достаточно, если требованіе существуетъ въ качествѣ obligatio naturalis. Возможно также установленіе залога въ обезпеченіе будущихъ и условныхъ требованій. Не допускается установленіе залога въ обезпеченіе недѣйствительныхъ требованій.

§ 167. Объектъ залога.

Объектомъ залогового права въ обширномъ смыслѣ могутъ служить всѣ имущественныя блага, имѣющія денежную цѣнность: quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest. Но объектомъ залогового права *въ тѣсномъ смыслѣ* могутъ служить *только тѣлесныя вещи*, движимыя и недвижимыя, состоящія in commercio. Въ частности, объектомъ залога можетъ служить и интеллектуальная часть вещи. Далѣе, совокупность вещей, напр., товарный складъ, библіотека, наконецъ, и будущія вещи.

§ 168. Установительный актъ. Юридическая сдѣлка.

Залоговое право можетъ возникнуть на основаніи юридической сдѣлки, т.-е. по волѣ лица, которому принадлежитъ закладываемая вещь, pignus voluntarium, или помимо воли этого лица, на основаніи судебнаго распоряженія или спеціальнаго постановленія закона, pignus necessarium.

Различаютъ двоякое установленіе залогового права на основаніи юридической сдѣлки: *pignus testamentarium* и *pignus conventionale*. Что касается послѣдняго, то достаточно одно неформальное соглашеніе. При этомъ, по общему правилу, объектомъ залога могутъ служить только *собственныя вещи залогодателя*; сособственникъ можетъ заложить только принадлежащую ему идеальную часть вещи. Однако, залогъ чужой вещи дѣйствителенъ, если онъ состоялся съ *согласія* собственника ея. Кромѣ того, недѣйствительное само по себѣ соглашеніе о залогѣ чужой вещи можетъ конвалесцировать, т.-е. сдѣлаться дѣйствительнымъ, если залогодатель впослѣдствіи сдѣлается собственникомъ ея; тѣ же послѣдствія наступаютъ въ томъ случаѣ, когда собственникъ вещи станетъ наслѣдникомъ залогодателя.

§ 169. Установленіе залога на основаніи судебнаго распоряженія.

Судебное распоряженіе можетъ служить основаніемъ залогового права въ трехъ категоріяхъ случаевъ: a) при вводѣ во владѣніе, missio in possessionem, разъ онъ совершается въ видахъ обезпеченія извѣстнаго притязанія (а не въ видахъ осуществленія его); право залога возникаетъ тутъ съ момента окончательнаго завладѣнія вещью, это такъ назыв., *pignus praetorium;* b) въ случаѣ изданія судебнаго распоряженія объ отнятіи вещи, въ видахъ исполненія судебнаго рѣшенія; право залога возникаетъ тутъ съ момента отнятія вещи, *pignus in causa judicati captum* или *pignus judiciale*, напр., судебный приставъ является на домъ къ отвѣтчику и забираетъ цѣнныя вещи для удовлетворенія требованія истца; c) въ раздѣльныхъ процессахъ: судъ можетъ, напр., одному лицу присудить вещь въ собственность, а въ пользу другого установить залоговое право на нее. Впрочемъ, источники объ этомъ случаѣ не упоминаютъ.

§ 170. Установленіе залога по спеціальному постановленію закона.

Цѣлый рядъ требованій обезпеченъ залогами на основаніи спеціальнаго постановленія закона; право залога возникаетъ въ этихъ случаяхъ ipso jure, разъ возникло требованіе и существуетъ соотвѣтствующій объектъ, подлежащій залогу. Такія залоговыя права носятъ названіе *законныхъ залоговыхъ правъ*, *pignus legale*. Иногда ихъ называютъ и *pignus tacitum*, что объясняется тѣмъ, что впервые законные залоги стали возникать въ такихъ случаяхъ, гдѣ заключеніе залогового договора до того вошло въ обычай, что стало подразумѣваться. При позднѣйшихъ императорахъ законные залоги получили широкое развитіе. Различаютъ генеральные и спеціальные законные залоги. *Законное залоговое право на все имущество должника имѣютъ между прочимъ*: a) *фискъ*, для обезпеченія уплаты прямыхъ налоговъ и договорныхъ требованій; b) *несовершеннолѣтніе* и *умалишенные* на имущество опекуновъ и попечителей, для обезпеченія требованій ex tutela vel cura; c) *жена* на имущество мужа, для обезпеченія возвращенія приданаго и bona parapherna. *Спеціальное законное залоговое право имѣютъ* между прочимъ: a) отдавшій въ наемъ строеніе или городской участокъ, на invecta и illata квартиранта или нанимателя, для обезпеченія требованій, возникающихъ изъ договора найма; b) отдавшіе въ аренду сельскій участокъ, на *плоды*, извлеченные арендаторомъ, для обезпеченія требованій, возникающихъ изъ договора аренды; c) тотъ, кто далъ взаймы деньги съ тѣмъ, чтобы на нихъ было вновь сооружено разрушенное зданіе, на это зданіе.

Глава III. Объемъ залогового права.

§ 171. По отношенію къ заложенному объекту.

I. *Залоговое право на данную вещь обнимаетъ собою и всѣ приращенія ея, не имѣющія самостоятельнаго значенія*, напр., строенія, возведенныя на заложенномъ

участьѣ. Далѣе залоговое право на участокъ обнимаетъ и связанные съ участкомъ сервитуты. Что касается *плодовъ*, то залоговое право распространяется и на нихъ, если только они, послѣ отдѣленія ихъ отъ главной вещи, переходятъ въ собственность залогодателя. II. Что касается *залога совокупности вещей*, напр., стада или библіотеки, или товарнаго склада, то возникаетъ вопросъ о томъ, освобождаются ли отъ залога отдѣльныя вещи, если онѣ впослѣдствіи будутъ отчуждены залогодателемъ, и распространяется ли залоговое право на вещи, впослѣдствіи пріобрѣтенныя и вошедшія въ составъ цѣлаго. Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть данъ различный, смотря по характеру цѣлаго. Поскольку рѣчь идетъ о такой совокупности, составъ которой при нормальныхъ условіяхъ постоянно измѣняется и возобновляется, какъ то происходитъ со стадомъ и въ особенности съ товарами, входящими въ составъ открытой лавки или магазина,—слѣдуетъ предположить, что залогъ цѣлаго былъ установленъ съ тѣмъ, что отдѣльныя вещи, впослѣдствіи отчужденныя, освобождаются отъ залога, а вещи, впослѣдствіи пріобрѣтенныя, подлежатъ залогу, ср. I. 34 pr. D. de pign. 20, I (Scaevola). Наоборотъ, въ другихъ случаяхъ залоговое право распространяется только на тѣ вещи, которыя входили въ составъ цѣлаго во время установленія залога, но зато оно распространяется на нихъ безусловно; сюда относится, напр., залогъ ученой библіотеки, залогъ картинной галлереи. III. Касательно залога всего имущества Юстиніанъ постановилъ, что онъ распространяется на все настоящее и будущее имущество должника, за исключеніемъ нѣкоторыхъ вещей, какъ-то: платья и домашней утвари; залогъ сохраняетъ силу относительно отдѣльныхъ вещей и въ случаѣ позднѣйшаго отчужденія ихъ. IV. Что касается замѣнимыхъ вещей, въ особенности денегъ, то онѣ могутъ служить объектомъ обыкновеннаго залога. Но, нерѣдко, такія вещи передаются кредитору съ тѣмъ, что онъ, по прекращеніи существующаго между нимъ и должникомъ обязательственнаго отношенія, обязывается лишь выдать tantundem ejusdem qualitatis. Это, такъ назыв., *pignus irregulare*. При немъ кредиторъ становится собственникомъ денегъ и противъ него возникаетъ лишь личный искъ, именно actio pigneraticia in personam.

§ 172. По отношенію къ обезпеченному залогомъ требованію.

Заложенная вещь отвѣчаетъ нераздѣльно за все обезпеченное залогомъ требованіе, pignoris causa indivisa est. Это положеніе имѣетъ двоякое практическое значеніе: a) заложенная вещь служитъ для обезпеченія какъ всего требованія, такъ и каждой части его; поэтому, хотя бы должникъ уплатилъ часть своего долга, вещь попрежнему остается заложенной и можетъ быть продана въ случаѣ несвоевременной уплаты остальной части долга; b) вся заложенная вещь служитъ для обезпеченія требованія; поэтому въ случаѣ реальнаго раздѣла вещи, напр., заложеннаго имѣнія, каждый участокъ бывшаго цѣлаго отвѣчаетъ за весь долгъ, а не только за пропорціональную часть его. Заложенная вещь служитъ для обезпеченія не только главнаго требованія, но и *прироста* его, поскольку таковой произошелъ помимо особаго о томъ соглашенія между сторонами, какъ то имѣетъ мѣсто, напр., относительно процентовъ за просрочку.

Глава IV. Права кредитора по залогу.

§ 173. Право на владѣніе и пользованіе заложенной вещью и jus retentionis.

Кредиторъ по ручному залогу при самомъ совершеніи залога получаетъ вещь во владѣніе; онъ считается юридическимъ владѣльцемъ. Кредиторъ по ипотечному залогу имѣетъ право требовать передачи вещи во владѣніе съ того

момента, когда обезпеченному залогомъ требованію наступилъ срокъ и онъ не получилъ удовлетворенія. Разъ кредиторъ владѣетъ вещью, то возникаетъ вопросъ о томъ, можетъ ли онъ пользоваться ею. Необходимо различать двѣ категоріи случаевъ: a) если были заложены вещи, которыя служили только для удовлетворенія личныхъ нуждъ и потребностей залогодателя, а не служили источникомъ доходовъ, какъ-то: платья, книги, серебро, драгоцѣнныя вещи и т. п., то кредиторъ, помимо спеціальнаго разрѣшенія залогодателя, не имѣетъ права ни пользоваться ими, ни уступать пользованіе ими третьимъ лицамъ; въ противномъ случаѣ онъ совершаетъ *furtum usus*; b) если были заложены вещи, которыя служили источникомъ дохода для залогодателя, напр., домъ, фруктовый садъ и т. д., то кредиторъ, вступивши во владѣніе вещью, не только можетъ, но даже обязанъ извлекать изъ нея доходъ: плоды онъ пріобрѣтаетъ *per perceptionem*. Извлеченный изъ вещи доходъ идетъ прежде всего на погашеніе %, затѣмъ и на погашеніе капитала, свободный остатокъ долженъ быть возвращенъ должнику. Стороны могутъ даже прямо условиться между собою, что кредиторъ, взамѣнъ полученія процентовъ, можетъ пользоваться заложенной вещью, это, такъ назыв., *antichresis*. Отъ обыкновенной antichresis надо отличать еще, такъ назыв., antichresis tacita; сущность ея заключается въ томъ, что кредиторъ по безпроцентному займу, получившій въ залогъ плодоносную вещь, можетъ удержать за собою плоды въ размѣрѣ, соотвѣтствующемъ ходячему % за долгъ.

Кредиторъ имѣетъ право удержать за собою заложенную вещь, во владѣніе которою онъ вступилъ, несмотря на полученіе полнаго удовлетворенія по обезпеченному залогомъ требованію, ссылаясь на существованіе другихъ, необезпеченныхъ залогомъ, требованій противъ залогодателя, впредь до полученія удовлетворенія и по нимъ. Это важное jus retentionis было введено императоромъ Гордіаномъ.

§ 174. Право продажи заложенной вещи.

Исторія вопроса. Это право есть наиболѣе важное изъ всѣхъ. Оно отличаетъ залоговое право отъ простого jus retentionis. Первоначально кредиторъ по залогу имѣлъ это право только, если было заключено особое *pactum de vendendo pignore*. Впослѣдствіи, это право стало подразумѣваться и, наконецъ, даже отреченіе отъ него считалось недѣйствительнымъ и лишь обязывало кредитора до продажи трижды напоминать должнику объ уплатѣ долга. Въ связи съ этимъ было признано, что кредиторъ по залогу при продажѣ вещи не выступаетъ въ качествѣ простого довѣреннаго лица должника, а имѣетъ самостоятельное право на продажу, не дѣйствуетъ procuratoris jure, а *jus suum exsequitur*. Съ другой стороны при Константинѣ было объявлено недѣйствительнымъ заключеніе *lex commissoria* при залогѣ; сущность ея состояла въ томъ, что кредиторъ, съ момента просрочки по уплатѣ обезпеченнаго залогомъ требованія, пріобрѣталъ право собственности на заложенную вещь, а прежнее его требованіе прекращалось, если онъ не предпочиталъ отказаться отъ lex commissoria. Такой порядокъ былъ крайне опасенъ для должника, почему Константинъ и запретилъ его.

Условія и порядокъ продажи. Кредиторъ самъ имѣетъ право продать заложенную вещь, не будучи обязанъ прибѣгать къ помощи суда въ этомъ дѣлѣ. Онъ можетъ продать вещь обыкновеннымъ порядкомъ или съ аукціона. При этомъ, однако, должны быть соблюдены слѣдующія условія: a) обезпеченному залогомъ требованію долженъ былъ наступить *срокъ*; b) требуется *напоминаніе* объ уплатѣ долга, обращенное со стороны кредитора къ должнику; его не требуется въ томъ случаѣ, когда должникъ былъ присужденъ къ уплатѣ долга; c) вещь можетъ быть продана только *по истеченіи 2-хъ лѣтъ* послѣ того, какъ должникъ получилъ напоминаніе объ уплатѣ долга, или послѣ того, какъ онъ присужденъ къ уплатѣ его (впрочемъ, pignus in causa judicati captum могло быть продано уже по истеченіи 2-хъ мѣсяцевъ со времени отнятія вещи у должника); d) кредиторъ обязанъ дѣйствовать при продажѣ bona fide и, въ частности,

долженъ стараться выручить возможно большую покупную цѣну; въ противномъ случаѣ должникъ можетъ требовать отъ него вознагражденія за причиненный ему убытокъ посредствомъ actio pigneraticia directa; e) заложенная вещь не можетъ быть куплена ея собственникомъ, равно не можетъ пріобрѣсти ее кредиторъ по залогу ни самъ, ни чрезъ подставное лицо.

Послѣдствія продажи. Кредиторъ по залогу обязанъ передать вещь покупщику, а покупщикъ обязанъ уплатить покупную плату. Кредиторъ не отвѣчаетъ предъ покупщикомъ въ случаѣ *эвикціи* вещи (то есть въ томъ случаѣ, если должникъ заложилъ чужую вещь и настоящій собственникъ вещи предъявитъ виндикацію къ покупщику, который, вслѣдствіе этого, теряетъ вещь). При этомъ, однако, предполагается, что кредиторъ заявилъ покупщику о томъ, что онъ продаетъ вещь не какъ собственникъ, а какъ кредиторъ по залогу, и далѣе, что онъ не находится in dolo и не заключилъ pactum de praestanda evictione. Покупщикъ, впрочемъ, въ такомъ случаѣ можетъ требовать отъ залогодателя возврата уплаченной имъ (то есть покупщикомъ) кредитору покупной платы. Вырученная отъ продажи плата идетъ на погашеніе обезпеченнаго залогомъ требованія. Если выручка превышаетъ цѣнность требованія, то остатокъ—hyperocha—долженъ быть выданъ залогодателю. Поскольку выручка не покрываетъ всего требованія, послѣднее продолжаетъ существовать, но уже въ качествѣ простого, не обезпеченнаго залогомъ, требованія.

§ 175. Jus impetrandi dominii.

Если не найдется никого, желающаго купить вещь, и новое напоминаніе объ уплатѣ долга останется тщетнымъ, то кредиторъ можетъ обратиться къ правителю страны, а нынѣ къ суду, съ просьбой присудить ему вещь по предварительной судебной оцѣнкѣ ея стоимости, такъ называемые impetratio dominii. Должникъ въ теченіе 2-хъ лѣтъ послѣ этого сохраняетъ право выкупить вещь, взамѣнъ уплаты своего долга съ наросшими процентами.

§ 176. Иски кредитора по залогу.

Actio hypothecaria in rem. Actio hypothecaria или quasi Serviana или pigneraticia in rem есть pignoris vindicatio. Истцомъ является не владѣющій кредиторъ по залогу, отвѣтчикомъ тотъ, кто владѣетъ вещью, причемъ detentor можетъ уклониться отъ вступленія въ дѣло посредствомъ nominatio auctoris; сверхъ того искъ можетъ быть предъявленъ и къ fictus possessor въ тѣхъ же случаяхъ, въ которыхъ это допускается при rei vindicatio. Вопросъ о томъ, когда можетъ быть предъявлена actio hypothecaria, разрѣшается различно, смотря по тому, идетъ ли рѣчь о pignus или hypotheca. Именно, кредиторъ по ручному залогу можетъ предъявить искъ и до наступленія срока своему требованію, а кредиторъ по гипотекѣ, по общему правилу, можетъ предъявить его только по наступленіи срока требованію. Истецъ долженъ доказать: a) что онъ имѣетъ залоговое право на вещь; b) что отвѣтчикъ владѣетъ вещью или есть fictus possessor; c) при гипотекѣ онъ, сверхъ того, долженъ доказать, что требованію его наступилъ срокъ. Цѣль иска состоитъ въ признаніи залогового права кредитора и въ передачѣ вещи во владѣніе. Сверхъ того должны быть выданы fructus exstantes и fructus percepti и percipiendi, послѣдніе со времени литисконтестаціи, но только, если цѣнность самой вещи не покрываетъ всего требованія. Отвѣтчикъ можетъ предъявить слѣдующія возраженія: a) прежде всего, онъ можетъ избѣгнуть отчужденія вещи путемъ уплаты обезпеченнаго залогомъ требованія; это право принадлежитъ даже malae fide possessori; b) если вещью владѣетъ не самъ должникъ, а третье лицо, то онъ можетъ противопоставить иску истца exceptio impensarum, причемъ дѣлается такое же различіе между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣльцемъ, какъ и при виндикаціи; c) третій владѣлецъ вещи можетъ предъ-

явить, сверхъ того, exceptio excussionis. Различаютъ *exceptio excussionis personalis*, на основаніи которой третій владѣлецъ можетъ требовать, чтобы кредиторъ предварительно обратилъ взысканіе на самого должника и поручителей, и *exceptio excussionis realis*, которая предполагаетъ, что для обезпеченія долга заложено нѣсколько вещей, и на основаніи которой владѣлецъ при извѣстныхъ условіяхъ можетъ требовать, чтобъ кредиторъ сначала искалъ удовлетворенія путемъ продажи другой заложенной вещи, а не той, какою владѣетъ отвѣтчикъ. Наконецъ, можетъ быть предъявлено возраженіе о томъ, что отвѣтчикъ имѣетъ одинаковое или лучшее залоговое право на вещь. Кромѣ actio hypothecaria, кредиторъ можетъ предъявлять большинство другихъ исковъ, принадлежащихъ собственнику, въ качествѣ actiones utiles, какъ-то: actio negatoria и confessoria, actio legis Aquiliae, actio finium regundorum и т. д.

Interdictum Salvianum. Положенія Римскаго права объ interdictum Salvianum представляются очень спорными. Несомнѣнно, что интердиктъ первоначально былъ введенъ для защиты хозяевъ, отдавшихъ свои земли въ арендное содержаніе и пріобрѣтшихъ залоговое право на invecta и illata арендатора. Несомнѣнно также, что достаточно было доказать фактъ залога этихъ вещей, не доказывая, что онѣ составляютъ собственность арендатора. Но спорятъ о томъ, можетъ ли быть предъявленъ этотъ интердиктъ только противъ самого арендатора или также противъ третьихъ владѣльцевъ, и дальше, примѣняется ли онъ и въ другихъ случаяхъ, кромѣ случая залога invecta и illata со стороны арендатора. *Средневѣковая практика* установила, что искъ этотъ принадлежитъ всякому, кто prima facie представляется кредиторомъ по залогу, и можетъ быть предъявленъ противъ всякаго владѣльца спорной вещи. Основное отличіе этого иска отъ actio hypothecaria заключается въ томъ, что кредиторъ не обязанъ доказывать своего залогового права, а долженъ только доказать фактъ залога.

Наконецъ, между кредиторомъ по залогу и должникомъ, заложившимъ вещь, возникаетъ и личный искъ, *actio pigneraticia in personam* directa (со стороны залогодателя) и contraria (со стороны кредитора по залогу).

§ 177. Ограниченія правъ собственника заложенной вещи, вытекающія изъ залогового права кредитора.

Право собственности ограничивается правомъ залога лишь постольку, поскольку это необходимо въ интересахъ кредитора по залогу. При гипотекѣ собственникъ сохраняетъ право пользованія вещью, можетъ даже измѣнять ея назначеніе и т. д., однако, лишь постольку, поскольку отъ этого не умаляется цѣнность вещи. Въ случаѣ ухудшенія ея, кредиторъ можетъ предъявить actio hypothecaria и до наступленія срока его требованію. Собственникъ заложенной вещи сохраняетъ по общему правилу право отчужденія заложенной вещи. Но собственникъ, конечно, можетъ вступить съ кредиторомъ въ соглашеніе, въ силу котораго онъ обязывается не отчуждать заложенныхъ вещей. Отчужденіе, совершенное вопреки такому соглашенію, считается недѣйствительнымъ (спорно). Отреченіе собственника отъ тѣхъ или другихъ правъ, связанныхъ съ заложенной вещью, напр., отреченіе отъ сервитута, установленнаго въ пользу заложеннаго участка, не можетъ быть противопоставлено кредитору по залогу.

Глава V. Множественность кредиторовъ.

§ 178. Общія начала. Порядокъ соотношенія между нѣсколькими залоговыми правами.

Одна и та же вещь можетъ быть обременена нѣсколькими залоговыми правами; другими словами, вещь служитъ для обезпеченія нѣсколькихъ требованій, принадлежащихъ

разнымъ лицамъ. Между кредиторами въ такомъ случаѣ возникаетъ коллизія, которая разрѣшается на основаніи слѣдующихъ положеній.

Вещь можетъ быть заложена разнымъ лицамъ со стороны разныхъ лицъ, напр., собственникъ установилъ право залога въ пользу одного лица, а добросовѣстный владѣлецъ вещи—въ пользу другого лица. Въ такомъ случаѣ отдается предпочтеніе тому кредитору, *auctor* котораго имѣетъ лучшее право на вещь, независимо отъ времени установленія залогового права. Если оба auctor'a имѣли одинаковое право на вещь (напр., сначала заложилъ ее одинъ добросовѣстный владѣлецъ, а за тѣмъ другой, который пріобрѣлъ вещь, но, конечно, не въ качествѣ правопреемника перваго залогодателя), то предпочтеніе отдается тому кредитору, который раньше завладѣваетъ вещью.

Вещи заложены разнымъ лицамъ со стороны одного и того же лица или его правопреемниковъ. Тутъ необходимо различать нѣсколько категорій случаевъ: а) отдѣльныя залоговыя права могутъ быть установлены одновременно или, по крайней мѣрѣ, неизвѣстно, какое изъ нихъ было установлено раньше; въ такомъ случаѣ отдается предпочтеніе тому кредитору, который раньше завладѣетъ вещью; b) отдѣльныя залоговыя права установлены въ разное время; въ такомъ случаѣ старѣйшее залоговое право имѣетъ предпочтеніе предъ всѣми остальными—*qui prior tempore potior jure.* Таковъ нормальный порядокъ, но изъ него допущены исключенія въ двоякомъ направленіи. Съ одной стороны, императоръ Левъ постановилъ, что залоговыя права, въ подтвержденіе которыхъ будетъ представленъ письменный документъ, совершенный предъ нотаріусомъ или въ присутствіи трехъ свидѣтелей, такъ называемыя *pignora publica* и *quasi publica*, должны пользоваться предпочтеніемъ предъ всякимъ другимъ залоговымъ правомъ, установленнымъ хотя бы и раньше, но безъ соблюденія этихъ формальностей. Поводомъ къ изданію этого постановленія послужили частые подлоги закладныхъ, заключавшіеся въ томъ, что на нихъ выставлялся не настоящій день выдачи ихъ, а какой нибудь болѣе ранній срокъ.

Съ другой стороны, за опредѣленными залоговыми правами былъ признанъ *пріоритетъ* предъ другими залоговыми правами, несмотря на болѣе позднее время установленія ихъ,—они составляютъ категорію, такъ называемыхъ, *привилегированныхъ закладныхъ правъ.*

§ 179. О привилегированныхъ закладныхъ правахъ.

Безусловной привилегіей предъ всѣми остальными залоговыми правами пользуется *генеральная ипотека фиска* на имущество плательщиковъ податей, установленная для обезпеченія податныхъ платежей. Кромѣ того, привилегіей пользуется залоговое правo, возникшее вслѣдствіе *versio in rem*, т. е. такое залоговое право, которое служитъ для обезпеченія долга, заключеннаго съ цѣлью поддержанія, возстановленія или доставленія возможности пріобрѣтенія вещи, раньше уже заложенной у другого лица. Одинъ изъ наиболѣе характерныхъ случаевъ этого рода — залогъ корабля (заложеннаго уже раньше у другого лица), служащій для обезпеченія займа, потребовавшагося для ремонта и экипировки корабля. Наконецъ, Юстиніанъ установилъ привилегію въ пользу дотальной ипотеки жены на имущество мужа, служащей для обезпеченія возврата ея приданаго.

§ 180 Права старшаго и послѣдующихъ кредиторовъ.

Одинъ только первый кредиторъ по залогу имѣетъ неограниченное закладное право на вещь. Въ частности, онъ одинъ имѣетъ *право продажи заложенной вещи.* Остальные кредиторы имѣютъ только ограниченное право залога. Въ частности они имѣютъ: а) право на *hyperocha*, т. е. на излишекъ отъ суммы, вырученной путемъ продажи вещи, какой можетъ остаться послѣ удовлетворенія перваго кредитора; b) *jus offerendi et succedendi*, т. е. право удовлетворить перваго кредитора и занять его мѣсто относительно

пріобрѣтеннаго, такимъ образомъ, добавочнаго требованія противъ должника; выгода для послѣдующаго кредитора въ такомъ случаѣ заключается въ томъ, что онъ можетъ разсчитывать продать вещь при такихъ условіяхъ и по такой цѣнѣ, чтобъ путемъ продажи было покрыто не только добавочное, но и коренное его требованіе противъ должника; с) послѣдующіе кредиторы пользуются тѣми же исками, какъ и старшій, и могутъ требовать передачи вещи во владѣніе отъ третьихъ лицъ, но, конечно, не отъ старшаго кредитора.

§ 181. Successio hypothecaria.

Характеръ этого института представляется очень спорнымъ. По опредѣленію *Дернбурга залоговое преемство—successio hypothecaria есть вступленіе послѣдующаго кредитора по залогу въ положеніе удовлетвореннаго имъ предшествующаго кредитора;* пріобрѣтенное такимъ образомъ залоговое право служитъ для обезпеченія суммы, пошедшей на удовлетвореніе предшествующаго кредитора. Сюда относятся слѣдующіе отдѣльные случаи: 1) третье лицо даетъ деньги, для удовлетворенія предшествующаго кредитора, подъ залогъ той же вещи: оно становится, въ такомъ случаѣ, на мѣсто удовлетвореннаго имъ кредитора; 2) требованіе предшествующаго кредитора подвергается *новаціи*, т. е. оно прекращается и замѣняется новымъ требованіемъ, которое съ своей стороны обезпечивается залогомъ той же вещи; установленное такимъ образомъ новое залоговое право сохраняетъ силу стараго; 3) сюда же относится *jus offerendi et succedendi* послѣдующихъ кредиторовъ по залогу; 4) къ случаямъ successio hypothecaria примыкаетъ случай удовлетворенія предшествующаго кредитора по залогу со стороны покупателя вещи; именно, третье лицо можетъ купить заложенную вещь у собственника ея съ тѣмъ, чтобы покупная плата пошла на удовлетвореніе перваго кредитора. Вслѣдствіе этого, второй кредиторъ по залогу, строго говоря, долженъ былъ бы стать первымъ и могъ бы отнять вещь у покупщика и продать ее; но это было бы несправедливо, такъ какъ первый кредиторъ получилъ удовлетвореніе изъ средствъ покупателя, безъ всякаго участія второго кредитора. Поэтому покупщикъ, по отношенію ко второму кредитору, сталъ разсматриваться какъ бы ставшимъ на мѣсто прежняго перваго кредитора.

Глава VI. Прекращеніе залогового права.

§ 182. Общіе способы прекращенія.

Прежде всего залоговыя права прекращаются по основаніямъ, общимъ всѣмъ вещнымъ правамъ,—сюда относится уничтоженіе заложенной вещи, переходъ ея въ разрядъ res extra commercium и т. д. Далѣе, они прекращаются по основаніямъ, общимъ всѣмъ вещнымъ правамъ на чужія вещи, сюда относятся: а) неформальное отреченіе,—*remissio pignoris*, оно должно быть принято собственникомъ заложенной вещи; отреченіе можетъ быть не только открытое, но и *молчаливое*; особенно важенъ тотъ случай, когда заложенный участокъ продается собственникомъ его и кредиторы по залогу приглашаются при этомъ заявить о своихъ залоговыхъ правахъ; въ такомъ случаѣ кредиторы, не отсутствующіе въ это время и не предъявившіе своихъ правъ, считаются отказавшимися отъ нихъ; b) *confusio*; залоговое право прекращается, по общему правилу, разъ кредиторъ становится собственникомъ заложенной вещи, напр., пріобрѣтаетъ ее въ порядкѣ наслѣдованія, ибо *pignus suae rei consistere non potest.* Изъ этого правила, однако, допущено исключеніе въ томъ случаѣ, когда вещь обременена нѣсколькими залоговыми правами и право собственности на нее переходитъ къ старшему кредитору; послѣдній сохраняетъ, въ такомъ случаѣ, по отношенію къ послѣдующимъ кредиторамъ тѣ права, какія принадлежали ему въ качествѣ старшаго кредитора до перехода къ нему права

собственности на вещь (другими словами, послѣдующіе кредиторы имѣютъ по отношенію къ нему только право на *hyperocha* и *jus offerendi* и *succedendi*). Все это очень спорно. Ср. Дернбургъ II, § 291 и слѣд. Hartmann, Rechte an eigener Sache, 1877.

§ 183. Спеціальные способы прекращенія залоговыхъ правъ.

Прекращеніе обезпеченнаго залогомъ требованія влечетъ за собою и прекращеніе соотвѣтствующаго залогового права, если только требованіе прекратилось окончательно. Но залоговое право остается въ силѣ, если утрачено одно только право иска по требованію, само же требованіе продолжаетъ существовать въ качествѣ *obligatio naturalis*.

Продажа заложенной вещи со стороны старшаго кредитора по залогу прекращаетъ какъ его собственное залоговое право на вещь, такъ и залоговыя права всѣхъ послѣдующихъ кредиторовъ. Поскольку вырученная отъ продажи сумма недостаточна для удовлетворенія требованій, которыя были обезпечены залогомъ, они продолжаютъ существовать въ качествѣ простыхъ необезпеченныхъ залогомъ требованій.

Давность. Необходимо различать двѣ категоріи случаевъ: а) если кто либо пріобрѣлъ заложенную вещь *bona fide*, не зная о существованіи обременяющаго ее залога, и притомъ не въ качествѣ наслѣдника залогодателя, а затѣмъ владѣлъ ею въ теченіе 10 лѣтъ inter praesentes или 20 лѣтъ inter absentes, тотъ пріобрѣтаетъ longi temporis praescriptio противъ иска кредитора по залогу; сверхъ того, онъ, въ случаѣ утраты владѣнія, по истеченіи этого срока, можетъ успѣшно предъявить и виндикацію противъ кредитора по залогу; вслѣдствіе этого нѣкоторые усматриваютъ въ этой давности «Ersitzung der Pfandfreiheit» т. е. давностное пріобрѣтеніе свободы отъ залога вещи, другими словами, прекращеніе самаго права залога, а не только actio hypothecaria; b) во всякомъ случаѣ actio hypothecaria прекращается за истеченіемъ 40-лѣтней давности (въ нѣкоторыхъ случаяхъ уже за истеченіемъ 30-лѣтняго давностнаго срока).

Глава VII. Залогъ правъ [1]).

§ 184. Залогъ требованій, pignus nominis.

Нерѣдко, для обезпеченія требованія, пріобрѣтеннаго кредиторомъ противъ должника, прибѣгаютъ къ залогу требованій, принадлежащихъ должнику противъ третьяго лица. Напримѣръ, А имѣетъ заемное требованіе противъ В и, нуждаясь самъ до наступленія срока этого требованія въ деньгахъ, занимаетъ ихъ у С и въ видѣ обезпеченія закладываетъ свое требованіе противъ В. Юридическая природа этого вида залога, такъ называемаго *pignus nominis*, представляется спорной. Одни усматриваютъ въ немъ обыкновенное залоговое право, отличающееся въ принципѣ отъ всякаго другого залога лишь тѣмъ, что объектомъ его служитъ не тѣлесная вещь, а обязательственное требованіе. Для осуществленія этого права кредиторъ можетъ прибѣгнуть на общемъ основаніи къ actio hypothecaria. Другіе, въ томъ числѣ *Дернбургъ*, указываютъ на то, что, въ концѣ-концовъ, кредиторъ, которому заложено требованіе должника противъ третьяго лица, пріобрѣтаетъ просто право требовать отъ этого третьяго лица исполненія принятаго симъ послѣднимъ на себя обязательства. Въ этомъ заключается сущность залога требованій. Поэтому, онъ и есть не что иное, какъ *своеобразная, ограниченная цессія*. Залогъ требованій возникаетъ по тѣмъ же основаніямъ, какъ и всякое другое залоговое право. Лицо, которому заложено требованіе, извѣщаетъ объ этомъ должника по требованію,— denuntiatio. Право лица, которому заложено требованіе, двояко: а) оно имѣетъ право

[1]) Дернбургъ, ук. соч. I, § 292.

предъявить заложенное требованіе ко взысканію по наступленіи срока этому требованію, *jus exigendi* (для чего ему дается actio utilis); при этомъ различаютъ двѣ категоріи случаевъ: во-первыхъ, если объектомъ заложеннаго требованія служили деньги, то онѣ переходятъ въ собственность истца; если его собственное требованіе тоже было денежное, то истецъ, ни въ какомъ случаѣ, не можетъ требовать уплаты большей суммы, чѣмъ какая необходима для удовлетворенія его собственнаго требованія; во-вторыхъ, если объектомъ заложеннаго требованія служила другая вещь, напримѣръ, участокъ, то истецъ пріобрѣтаетъ только обыкновенное залоговое право на него, собственникомъ же становится лицо, заложившее такое требованіе (спорно); b) далѣе, лицо, которому заложено требованіе, имѣетъ право продажи его, съ тѣмъ, чтобы получить удовлетвореніе изъ вырученной суммы (спорно); покупщикъ вслѣдствіе этого становится полнымъ цессіонаріемъ по требованію. Это право не связано съ особыми неудобствами для закладчика, если была заложена цѣнная бумага, имѣющая установившійся курсъ; въ другихъ случаяхъ результатъ такой продажи обыкновенно долженъ оказаться невыгоднымъ для закладчика. Вслѣдствіе этого, слѣдуетъ признать, сообразуясь съ вѣроятной волей сторонъ, что лицо, которому заложено требованіе, можетъ продать его *только въ крайнемъ случаѣ*, именно, если должникъ по заложенному требованію не платитъ добровольно, и предъявленіе требованія ко взысканію сопряженно съ затрудненіями.

§ 185. Pignus pignoris или subpignus (перезалогъ) [1].

Нерѣдко кредиторъ по залогу закладываетъ заложенную вещь третьему лицу. Это отношеніе называется pignus pignoris или subpignus. Юридическая природа этого отношенія очень спорная. Многіе усматриваютъ въ этомъ установленіе новаго закладного права на вещь со стороны первоначальнаго кредитора по залогу. Другими словами, объектомъ перезалога, какъ и залога, служитъ сама вещь. Но, разумѣется, кредиторъ по перезалогу не можетъ пріобрѣсти большихъ правъ, чѣмъ сколько имѣлъ первоначальный кредиторъ, согласно правилу nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Поэтому resoluto jure concedentis resolvitur et jus concessum. Это мнѣніе наиболѣе правильное. Другіе признаютъ въ данномъ случаѣ залогъ залогового права, а не вещи. Эта конструкція очень искусственная. Наконецъ, третьи подводятъ этотъ случай подъ залогъ требованій, утверждая, что закладывается не вещь и не залоговое право на нее, а самое требованіе, обезпеченное залогомъ, со стороны первоначальнаго кредитора; слѣдовательно, залогопріниматель, въ такомъ случаѣ, имѣетъ право предъявить заложенное требованіе ко взысканію и, въ случаѣ неплатежа въ срокъ, можетъ прибѣгнуть къ продажѣ вещи, служащей для обезпеченія заложеннаго ему требованія [2].

§ 186. Залогъ сервитутовъ.

Слѣдуетъ различать залогъ существующихъ уже сервитутовъ со стороны управомоченнаго лица и залогъ сервитутовъ, вновь установляемыхъ въ этихъ видахъ со стороны собственника. I. Залогъ существующихъ сервитутовъ со стороны управомоченнаго лица допускается при узуфруктѣ, ибо хотя узуфруктъ, какъ таковой, считается неотчуждаемымъ правомъ, но осуществленіе его можетъ быть уступлено другому лицу. Вслѣдствіе этого, сталъ возможенъ и залогъ его. Кредиторъ по такому залогу получаетъ право осуществленія узуфрукта; онъ пріобрѣтаетъ плоды per perceptionem; извлекаемая имъ выгода идетъ на погашеніе процентовъ и капитала. По наступленіи

---

[1]) Sohm, d Lehre v. Subpignus. 1864.
[2]) Виндшейдъ I., § 239, прим. 16.

срока своему требованію, обезпеченному залогомъ узуфрукта, онъ можетъ продать осуществленіе узуфрукта на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и всякій другой кредиторъ по залогу. II. *Залогъ вновь установленныхъ сервитутовъ со стороны собственника вещи;* важнѣйшій случай этого рода—установленіе узуфрукта въ пользу кредитора, требованіе котораго такимъ путемъ должно быть обезпечено. При этомъ, по мнѣнію однихъ (Дернбургъ), кредиторъ самъ становится узуфруктуаріемъ; въ качествѣ такового онъ имѣетъ право пользованія и извлеченія плодовъ, причемъ въ соотвѣтствующей мѣрѣ погашается его требованіе, и сверхъ того, по наступленіи срока своему требованію, можетъ продать осуществленіе узуфрукта третьему лицу. По этой теоріи узуфруктъ прекращается со смертью кредитора. Другіе напротивъ, утверждаютъ, что самъ кредиторъ не становится узуфруктуаріемъ, хотя онъ фактически и пользуется правами такового, а узуфруктъ возникаетъ лишь въ лицѣ того, кому кредиторъ продаетъ право узуфрукта. По этой теоріи узуфруктъ прекращается, конечно, только со смертью покупщика. Съ теченіемъ времени стали допускать и залогъ вновь установленныхъ дорожныхъ и водныхъ сервитутовъ. Въ случаяхъ этого рода, дорожный или водный сервитутъ устанавливается въ пользу сосѣдняго имѣнія кредитора и послѣдній имѣетъ право, по наступленіи срока своему требованію, продать этотъ сервитутъ другому сосѣду.

§ 187. Залогъ emphyteusis и superficies.

Emphyteuta и суперфиціарій имѣетъ право залога вещи, принадлежащей ему на эмфитевтическомъ или суперфиціарномъ правѣ, на срокъ существованія своего права. Но, сверхъ того, возможенъ и залогъ вновь установляемаго эмфитевзиса или superficies со стороны собственника вещи.

Обязательственное право.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННАГО ПРАВА.

Глава I. Понятіе и содержаніе обязательствъ.

§ 188. Понятіе обязательства.

Savigny. d. Obligationenrecht, 2 т.; Unterholtzner, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des R.R. von den Schuldverhältnissen 2 т.; Molitor, les obligations en droit Rommain, 3 т.

Въ источникахъ встрѣчаются два опредѣленія обязательства: pr. J. de Oblig. 3. 13. *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura;* 1. 3. D. pr. de Obl. et A. 44. 7. *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obtsringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel praestandum.*

Въ современной доктринѣ существуетъ оживленный споръ по вопросу о томъ, какъ опредѣлить обязательство (ср. Ryck. die Obligation 1878 г., гдѣ помѣщенъ перечень опредѣленій со временъ глоссы). Обыкновенно *обязательство опредѣляютъ какъ такое юридическое отношеніе, которое даетъ одному лицу (кредитору) право на дѣйствіе опредѣленнаго другого лица (должника), и при томъ на такое дѣйствіе, которое имѣетъ имущественную цѣнность.* Короче—*обязательство есть право на чужое дѣйствіе.* Иногда это выражаютъ и такъ: *обязательство есть юридическое отношеніе, которое даетъ кредитору право требовать отъ должника доставленія какого-нибудь блага, имѣющаго имущественную цѣнность.* Съ этой точки зрѣнія,

основное различіе между вещными и обязательственными правами состоитъ въ томъ, что обязательственное право никогда не подчиняетъ непосредственно данную вещь власти даннаго лица, а всегда только устанавливаетъ отношеніе между двумя лицами, подчиняетъ только волю должника волѣ кредитора.

Изъ другихъ опредѣленій заслуживаетъ вниманія опредѣленіе *Бринца*[1]): *сущность обязательства*, говоритъ онъ, *заключается въ томъ, что что-нибудь, лицо или вещь, предназначено служить удовлетвореніемъ для кредитора*, отвѣчаетъ передъ нимъ. Обязательство есть *отвѣтственность* (Haftung) *лица или вещи предъ кредиторомъ*. Соотвѣтственно съ этимъ онъ различаетъ: a) Personenhaftung, obligatio personae; тутъ объектомъ удовлетворенія служитъ должникъ въ качествѣ имущественнаго субъекта, и b) Sachenhaftung—obligatio rei, тутъ объектомъ удовлетворенія служитъ вещь. Это бываетъ при залогѣ. Итакъ Бринцъ расширяетъ понятіе обязательственнаго права, подводя подъ обязательство и право залога. Особенность obligatio personae по сравненію съ obligatio rei, независимо отъ различія въ объектѣ удовлетворенія, заключается по его мнѣнію въ томъ, что то, за что отвѣчаетъ лицо, принципіально должно быть нѣчто, имѣющее быть доставленнымъ *самимъ* этимъ лицомъ. Дальнѣйшимъ послѣдствіемъ того, что 1) отвѣчаетъ лицо, и что 2) оно отвѣчаетъ только за то, что оно само должно доставить, есть „ein Müssen“, долженствованіе. Этотъ моментъ долженствованія отсутствуетъ при obligatio rei.

Обращаясь къ критической оцѣнкѣ приведенныхъ опредѣленій, нельзя не замѣтить, что они страдаютъ однимъ общимъ недостаткомъ. Они выдвигаютъ чисто формальный элементъ, мало разъясняющій сущность дѣла. Къ тому же они имѣютъ въ виду только одну сторону обязательства, первое—активную (право кредитора), второе—пассивную (обязанность должника), и не даютъ представленія объ обязательствѣ какъ цѣломъ. Наконецъ, они либо прямо отрицаютъ, либо игнорируютъ тотъ фактъ, что *различіе между вещными и обязательственными правами вообще не имѣетъ абсолютный, а лишь относительный характеръ*. Въ частности, это различіе никоимъ образомъ не можетъ быть сведено къ различію въ объектахъ тѣхъ и другихъ правъ.

Не трудно убѣдиться, что одни и тѣ же отношенія подводятся то подъ понятіе вещныхъ, то подъ понятіе обязательственныхъ правъ, въ зависимости отъ того, въ какихъ предѣлахъ, въ какомъ объемѣ данная положительная система права признаетъ данную категорію правоотношеній заслуживающей самостоятельной судебной защиты. Такъ, напр., имущественный наемъ однѣми правовыми системами (напр. римскимъ правомъ) разсматривается какъ чисто личное отношеніе, и наниматель не пользуется защитой противъ третьихъ лицъ, а только противъ своего контрагента, отдавшаго ему вещь въ наемъ, а другія системы (напр. прусское право) придаютъ этому отношенію характеръ вещнаго права, такъ что наниматель на срокъ существованія своего права пользуется защитой противъ всѣхъ и каждаго, въ томъ числѣ и противъ третьяго пріобрѣтателя вещи, къ которому она перешла отъ непосредственнаго контрагента на основаніи купли-продажи, даренія и т. п. Другой поучительный примѣръ представляетъ исторія римской наслѣдственной аренды: будучи сначала чисто обязательственнымъ отношеніемъ, она засимъ пріобрѣтаетъ, благодаря введенію преторомъ actio in rem vectigalis, характеръ вещнаго права.

И такъ, *различіе между вещными и обязательственными правами сводится къ различію въ объемѣ самостоятельной судебной защиты тѣхъ и другихъ.*

Иначе говоря, обязательственными отношеніями мы называемъ тѣ частноправовыя отношенія, которыя съ точки зрѣнія субъекта отношенія пользуются защитой только противъ опредѣленныхъ категорій лицъ, а не противъ всѣхъ и каждаго. По содержанію своему эти отношенія могутъ быть весьма разнообразныя; предполагая наличность не менѣе двухъ субъектовъ, они могутъ имѣть своимъ объектомъ какъ лицъ, такъ сверхъ того и иные предметы внѣшняго міра.

---

[1]) Brinz, Lehrbuch d. Pandekten, II², § 206—217.

Примѣчаніе. При изложеніи обязательственнаго права, сначала описываются начала, общія всѣмъ или большинству обязательствъ (общая часть обязательственнаго права), а затѣмъ уже переходятъ къ разбору важнѣйшихъ отдѣльныхъ типовъ обязательственныхъ отношеній (особенная часть обязательственнаго права). Эти общія начала, о которыхъ теперь будетъ говорено, выработаны главнымъ образомъ *юриспруденціей императорскаго Рима.* Они были ближе развиты и систематизированы позднѣйшей, въ особенности современной доктриной.

§ 189. Содержаніе обязательства. Общія начала.

Обязательство должно быть направлено на нѣчто физически и юридически возможное. Impossibilium nulla est obligatio, говорятъ источники. Физически невозможнымъ является, напр., доставленіе несуществующей вещи, юридически невозможнымъ, напр., продажа res extra commercium или свободнаго человѣка. Невозможность исполнить обязательство можетъ существовать съ самаго начала или наступить впослѣдствіи.

При *первоначальной невозможности*, различаютъ объективную невозможность (напр., обѣщана несуществующая вещь) и субъективную невозможность (напр., А обѣщаетъ подарить чужую вещь). За объективную невозможность должникъ въ принципѣ не отвѣчаетъ вовсе, за субъективную онъ отвѣчаетъ въ томъ смыслѣ, что обязанъ возмѣстить денежную стоимость обѣщаннаго. При *послѣдующей невозможности* различаютъ, наступила ли она по винѣ должника или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ, онъ отвѣчаетъ за причиненный истцу убытокъ, во второмъ, онъ въ принципѣ освобождается отъ отвѣтственности.

Обязательство должно быть направлено на нѣчто дозволенное.

Обязательство должно представлять имущественный интересъ для кредитора. Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

Это положеніе въ настоящее время сильно поколеблено. При изученіи этого вопроса необходимо имѣть въ виду слѣдующее. 1) Прежде всего, внѣ сомнѣнія, римское право сравнительно рано, несмотря на принципъ классическаго процесса: omnis condemnatio pecuniaria esse debet, въ цѣломъ рядѣ случаевъ (преимущественно въ сферѣ вещнаго права, а также права семейственнаго и наслѣдственнаго [1]), стало допускать огражденіе неимущественнаго или не поддающагося объективной денежной оцѣнкѣ интереса. Въ связи съ этимъ, указанное теченіе захватило и сферу обязательственныхъ отношеній; сюда относятся нѣкоторые деликтные иски, какъ то actio injuriarum aestimatoria, interdictum quod vi aut clam и др.; изъ области договорно-обязательственныхъ отношеній можно указать, между прочимъ, на mandatum aliena gratia. 2) Въ виду сказаннаго, вопросъ сводится къ тому, можно ли *обобщить* эти отдѣльные случаи и въ частности признать, что римское право въ сферѣ обязательственныхъ отношеній принципіально отказалось отъ требованія наличности имущественнаго интереса.—На этотъ вопросъ, поскольку рѣчь идетъ о *чистомъ* римскомъ правѣ, слѣдуетъ дать отрицательный отвѣтъ. Цѣлый рядъ фрагментовъ убѣждаетъ въ томъ, что по общему правилу для дѣйствительности обязательства вообще и договорнаго обязательства въ частности требовалось чтобы оно представляло имущественный интересъ; при отсутствіи его необходимо было обезпечить себя неустойкой, установленіемъ lex commissoria, и т. п. — Другой вопросъ, сохранилось ли требованіе имущественнаго интереса въ *современномъ* римскомъ правѣ. Доктрина колеблется, а практика скорѣе въ

[1]) Сюда относятся, напр. охрана собственника противъ чрезмѣрнаго шума, творимаго сосѣдомъ, искъ узуфруктуара по поводу вырубки аллеи изъ arbores non frugiferae; далѣе, изъ области семейственнаго права—interdictum de uxore exhibenda et. ducenda, int de liberis exhibendis et ducendis, a de servo corrupto utilis; изъ области права наслѣдованія—допущеніе принужденія (extraordinaria cognitione при помощи арбитрарныхъ штрафовъ) къ выполненію такихъ завѣщательныхъ распоряженій, какъ назначеніе наслѣдника съ возложеніемъ на него обязанности эманципировать своихъ дѣтей, возносить періодически молитвы у гробницы наслѣдодателя, и т. д.

пользу допущенія неимущественнаго интереса, разумѣется, при условіи, что стороны имѣли серьезное намѣреніе связать себя юридически (т. наз. Rechtsabsicht), и что самый интересъ признается заслуживающимъ охраны; установленіе этихъ моментовъ зависитъ отъ справедливаго усмотрѣнія суда [1]).

§ 190. Опредѣленность содержанія.

Содержаніе обязательства можетъ быть опредѣлено болѣе или менѣе точно, оно не должно быть совершенно неопредѣленное. Такъ, недѣйствительно обязательство, объемъ котораго зависитъ вполнѣ отъ личнаго усмотрѣнія обязаннаго лица, напр., А даетъ В обѣщаніе подарить ему «когда-нибудь что-нибудь». Съ другой стороны, обязательство сохраняетъ свою силу, хотя объемъ его прямо не указанъ, коль скоро опредѣленіе объема его предоставлено справедливому усмотрѣнію кредитора, должника или третьяго лица (arbitrium boni viri), такъ какъ въ такомъ случаѣ существуетъ извѣстный объективный критерій для оцѣнки правильности принятаго рѣшенія (напр., А обѣщаетъ зятю В дать за своей дочерью такое приданное, какое находится въ соотвѣтствіи съ его средствами). Возможно даже поставить объемъ обязательства въ зависимость не отъ добросовѣстнаго усмотрѣнія, а отъ личнаго желанія *третьяго лица*, въ такомъ случаѣ, возникаетъ только условное обязательство; напр., А обѣщаетъ В уплатить ему такую сумму денегъ, какую укажетъ С: если послѣдній уклонится отъ этого, никакого обязательства не возникаетъ.

Особую категорію неопредѣленныхъ обязательствъ составляютъ *обязательства альтернативныя*. Альтернативнымъ называется такое обязательство, при которомъ долженъ быть доставленъ одинъ изъ нѣсколькихъ объектовъ, по выбору опредѣленнаго лица, напр. А обѣщаетъ В подарить лошадь или корову. Въ такихъ случаяхъ, право выбора in dubio принадлежитъ должнику, притомъ онъ имѣетъ и jus variandi (право измѣнять свой выборъ) впредь до постановленія судебнаго рѣшенія; если онъ и послѣ этого не воспользуется своимъ правомъ выбора, таковое переходитъ къ кредитору. Помимо послѣдняго случая, кредиторъ имѣетъ право выбора только, если оно особо будетъ ему предоставлено, притомъ онъ послѣ предъявленія иска уже не можетъ mutare voluntatem. Наконецъ, право выбора можетъ быть предоставлено и третьему лицу; въ такомъ случаѣ, вступленіе обязательства въ силу обусловлено тѣмъ, что это третье лицо дѣйствительно укажетъ, какая вещь должна быть выдана кредитору.

Тутъ возникаетъ еще вопросъ: какое вліяніе на судьбу обязательства оказываетъ то обстоятельство, что доставленіе одного изъ объектовъ становится невозможнымъ, напр., А обѣщалъ подарить В лошадь или корову, и до исполненія обязательства лошадь околѣла. По общему правилу, въ такихъ случаяхъ альтернативное обязательство переходитъ въ простое, т. е. выдачѣ подлежитъ оставшійся предметъ. Но если такая невозможность наступила по винѣ должника, и кредиторъ имѣлъ право выбора, то послѣдній можетъ требовать либо передачи оставшагося объекта, либо возмѣщенія стоимости погибшаго объекта.

§ 191. Дѣлимость содержанія.

То, что должно быть доставлено, можетъ быть благо дѣлимое или недѣлимое, и соотвѣтственно съ этимъ различаютъ *дѣлимыя* и *недѣлимыя обязательства* (obligationes dividuae и individuae).

Дѣлимыя считаются обязательства, направленныя на передачу въ собственность опредѣленнаго количества незамѣнимыхъ вещей, обозначенныхъ только родовыми призна-

---

[1]) Ср. Windscheid, ук. соч. II, § 250, прим. 3. Пассекъ, неимущественный интересъ въ обязательствѣ.

ками (напр., обязательство доставить 10 воловъ такой то породы), и въ особенности всѣ обязательства, направленныя на доставленіе опредѣленнаго количества замѣнимыхъ вещей, обѣщаніе заплатить 100 рублей. Но сверхъ того признается дѣлимымъ и обязательство, направленное на передачу въ собственность или въ узуфруктъ какой-нибудь индивидуально опредѣленной вещи, напр.. обязанность доставить данную лошадь, или данный домъ; однако, здѣсь имѣется въ виду не реальный раздѣлъ, а только раздѣлъ pro partibus indivisis (напр., если вещь должна быть выдана нѣсколькимъ кредиторамъ, то должникъ можетъ уступить каждому отдѣльно причитающуюся ему идеальную часть права собственности на вещь).

Недѣлимыми считаются обязательства, направленныя на передачу остальныхъ личныхъ и всѣхъ реальныхъ сервитутовъ (напр., обязательство установить jus itineris), далѣе всѣ обязательства, при которыхъ требуется непосредственно какое-нибудь единичное личное дѣйствіе должника или рядъ такихъ дѣйствій, которыя лишь въ своей совокупности представляютъ законченное цѣлое, напр., обѣщаніе выстроить домъ, вырыть яму и т. д. Сверхъ того, считаются недѣлимыми альтернативныя обязательства, направленныя на доставленіе незамѣнимой вещи, обозначенной лишь родовыми признаками (напр., обѣщаніе доставить не данную лошадь, а вообще какую-нибудь лошадь), ибо въ такихъ случаяхъ признаніе дѣлимости обязательства могло бы повлечь за собою измѣненіе самаго содержанія обязательства.

Юридическое значеніе этого различія между дѣлимыми и недѣлимыми обязательствами заключается въ томъ, что дѣлимыя обязательства могутъ быть исполнены и погашены по частямъ; сверхъ того, если умираетъ кредиторъ или должникъ, съ оставленіемъ не одного, а нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то первоначальное единое обязательство распадается на столько частныхъ обязательствъ, сколько наслѣдниковъ съ той или другой стороны. Напротивъ, недѣлимыя обязательства не могутъ быть исполнены по частямъ, т.-е. пока не исполнено все обязательство, дѣло разсматривается такъ, какъ будто совсѣмъ еще не было приступлено къ исполненію; и дальше, если послѣ кредитора или должника останется нѣсколько наслѣдниковъ, къ которымъ переходитъ обязательство, то каждый изъ нѣсколькихъ кредиторовъ можетъ требовать исполненія всего обязательства, и каждый изъ нѣсколькихъ должниковъ обязанъ исполнить все обязательство. Впрочемъ, разъ рѣчь заходитъ не объ исполненіи недѣлимаго обязательства, а о вознагражденіи за неисполненіе его, каждый изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ можетъ требовать только возмѣщенія той части убытка, которая постигаетъ его лично, и наоборотъ, каждый изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ должника отвѣчаетъ только въ слѣдующей съ него части убытка.

§ 192. Особые случаи. Денежныя уплаты.

Денежные долги встрѣчаются на практикѣ очень часто и имѣютъ тѣмъ болѣе важное значеніе, что всякое обязательство, направленное на доставленіе какого-нибудь иного блага, на случай неисполненія его можетъ быть превращено въ *денежный долгъ*.

Денежнымъ долгомъ въ тѣсномъ смыслѣ называется такое обязательство, при которомъ кредиторъ имѣетъ получить извѣстную сумму денегъ in abstracto, напр., занято 100 рублей съ обязательствомъ вернуть столько же. Въ такихъ случаяхъ платежъ, по общему правилу, можетъ быть произведенъ всякой монетой, пользующейся въ данномъ мѣстѣ офиціальнымъ признаніемъ, съ тѣмъ, однако, ограниченіемъ, что кредиторъ не обязанъ принимать размѣнную монету свыше опредѣленной суммы. Если при заключеніи денежнаго долга была включена спеціальная оговорка, что уплата должна быть произведена монетами опредѣленнаго образца, напр. золотыми рублями, луидорами и т. д., то возникаетъ вопросъ о томъ, какое вліяніе на судьбу обязательства оказываетъ послѣдующее изъятіе изъ обращенія выговоренной монеты. Дѣло въ томъ, что вслѣдствіе этого, доставленіе такихъ монетъ можетъ быть сопряжено съ большими жертвами для

должника или даже стать совершенно невозможнымъ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть данъ различный, смотря по тому, какое *значеніе сами стороны желали придать такой оговоркѣ:* a) если она имѣла только второстепенное значеніе, если у кредитора на первомъ планѣ стоитъ желаніе получить деньги, и лишь на второмъ—желаніе получить ихъ монетами опредѣленнаго образца, то въ такомъ случаѣ, при изъятіи выговоренныхъ денегъ изъ оборота, такая оговорка считается pro non scripto, т.-е. должникъ можетъ произвести платежъ и другою монетою; b) если же эта оговорка имѣла основное значеніе, если для кредитора было важно получить не деньги вообще, а именно монеты установленнаго образца (напр., онъ преслѣдовалъ любительскія цѣли), то тогда послѣдующая невозможность доставленія выговоренныхъ монетъ прекращаетъ обязательство. Но за то въ послѣднемъ случаѣ нельзя уже говорить о денежномъ долгѣ въ тѣсномъ смыслѣ. Тѣмъ менѣе можетъ быть рѣчи о таковомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство направлено на доставленіе отдѣльныхъ монетъ in specie (напр., A даетъ обѣщаніе подарить B коллекцію римскихъ монетъ временъ Цезаря). Если послѣ заключенія денежнаго долга наступили перемѣны въ денежной системѣ (напр., долгъ заключенъ въ такое время, когда монетной единицей былъ гульденъ, а ко времени платежа монетной единицей является крона), то, при переоцѣнкѣ суммы долга, слѣдуетъ принять во вниманіе сравнительную цѣнность прежней и новой монетной единицы (ср. подробности съ указаніемъ литературы у Виндшейда, Pand. т. II, § 256). На ряду съ металлическими деньгами существуютъ бумажныя деньги (кредитные билеты). Никто не можетъ быть принужденъ къ принятію въ счетъ долга бумажныхъ денегъ, если только это не предписано закономъ.

§ 193. Вознагражденіе за вредъ и убытокъ [1]).

Вредомъ или убыткомъ называется всякое невыгодное для даннаго лица измѣненіе его имущественнаго положенія. Вредъ можетъ быть либо положительный (damnum emergens), когда непосредственно уменьшилось наличное имущество даннаго лица, либо можетъ заключаться въ потерѣ прибыли (lucrum cessans), когда данное дѣйствіе или событіе воспрепятствовало положительно ожидавшемуся приращенію имущества.

Далѣе, вредъ можетъ быть *прямой* или *косвенный*. Вредъ называется *прямымъ*, поскольку онъ составляетъ естественное и необходимое послѣдствіе вредоноснаго дѣйствія или событія (напр., околѣла лошадь,—прямой вредъ отъ этого состоитъ въ утратѣ той цѣнности, какую представляла лошадь). Вредъ называется *косвеннымъ*, поскольку онъ возникъ отъ стеченія особыхъ обстоятельствъ или соотношеній (напр., разбита чашка, входящая въ составъ дорогого сервиза,—косвенный вредъ заключается въ обезцѣненіи всего сервиза).

Очевидно, если бы не наступило данное вредоносное дѣйствіе или событіе, имущественное положеніе лица было бы болѣе выгоднымъ, чѣмъ какимъ оно представляется послѣ наступленія такого дѣйствія или событія. Разница между тѣмъ положеніемъ, въ какомъ имущество находится, и тѣмъ, въ какомъ бы оно находилось, если бъ не произошло вреда, составляетъ интересъ потерпѣвшаго (id quod interest). Юридическое значеніе вреда заключается въ томъ, что, при наличности извѣстныхъ условій, одно лицо обязано вознаградить другое за понесенный послѣднимъ убытокъ. Такая обязанность можетъ возникнуть *по закону* (напр., кто по своей винѣ повредилъ чужую вещь, обязанъ возмѣстить потерпѣвшему убытокъ), или на основаніи *договора* (напр., страховыя общества возмѣщаютъ своимъ кліентамъ понесенный ими отъ пожара, градобитія, падежа скота и т. д. убытокъ).

Обязанность вознаградить за убытокъ можетъ составлять *непосредственное* содержаніе обязательства (напр., при договорѣ страхованія или въ случаѣ внѣдоговорнаго по-

---

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 44—45. Windscheid, ук. соч. II, § 257—258.

врежденія чужихъ вещей) или же только *эвентуальное* содержаніе его (когда оно наступаетъ вслѣдствіе неисполненія договора по винѣ должника). Въ послѣднемъ случаѣ, эта обязанность либо прямо замѣняетъ первоначальное обязательство (напр., А продалъ В вещь, которая погибла до передачи по винѣ А; въ такомъ случаѣ, остается только обязанность вознаградить за понесенный убытокъ), либо *привходитъ* къ нему (напр., въ случаѣ просрочки по винѣ должника, онъ долженъ исполнить свое обязательство и, кромѣ того, обязанъ вознаградить кредитора за просрочку).

Размѣръ, въ которомъ одно лицо *отвѣчаетъ* за убытокъ, понесенный другимъ лицомъ, не всегда совпадаетъ съ размѣромъ самаго убытка. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, должникъ обязанъ возмѣстить только объективную цѣнность утраченной вещи—vera rei aestimatio. Въ другихъ случаяхъ, онъ отвѣчаетъ за весь прямой и косвенный убытокъ, причиненный потерпѣвшему. Но и въ такомъ случаѣ, возмѣщенію подлежитъ только дѣйствительно доказанный вредъ, поэтому при исчисленіи ускользнувшей выгоды (lucrum cessans) принимается во вниманіе только такая выгода, такая прибыль, которую лицу несомнѣнно удалось бы извлечь изъ вещи, а не такая выгода, которую лицо только надѣялось извлечь изъ нея, но на поступленіе которой нельзя было положительно разсчитывать (напр., птицеловъ разставилъ сѣти и посторонній по неосторожности разорвалъ ихъ; тутъ птицеловъ не можетъ требовать вознагражденія за то, что не поймалъ птицъ, ибо неизвѣстно, попались ли бы вообще птицы въ его сѣти). Сверхъ того при исчисленіи убытка не принимается во вниманіе и такъ назыв. affectus ratio, т.-е. личныя чувства потерпѣвшаго, такъ какъ это элементъ, не поддающійся объективной оцѣнкѣ (напр., лицо А затеряло крестикъ лица В, который былъ подаренъ послѣднему близкимъ родственникомъ; хотя этотъ крестикъ лично для В былъ гораздо дороже его номинальной стоимости, онъ тѣмъ не менѣе не можетъ требовать отъ А вознагражденія свыше объективной цѣны крестика).

Императоръ Юстиніанъ постановилъ, что когда обыкновенная стоимость вещи можетъ быть опредѣлена, то вознагражденіе за весь убытокъ не должно превышать *двойной стоимости* вещи. Но если сущность, количество и величина предмета не опредѣлены въ точности, то вредъ оцѣнивается по справедливому усмотрѣнію суда.

§ 194. Уплата процентовъ.

Подъ процентами или ростомъ (usurae) разумѣется то вознагражденіе, которое устанавливается за пользованіе деньгами или другими замѣнимыми вещами, и опредѣляется соразмѣрно съ ихъ количествомъ и съ временемъ пользованія. Для начисленія процентовъ всегда предполагается существованіе главнаго или капитальнаго долга (caput, sors), безъ котораго и самые проценты немыслимы (этимъ проценты отличаются отъ *ренты*, т.-е. отъ дохода съ вѣчнаго вклада, въ которомъ не существуетъ права требованія выдачи самаго вклада). Проценты должны быть вносимы вещами того же рода, изъ какихъ состоитъ и главный долгъ. Обязанность платить проценты можетъ возникнуть на основаніи юридической сдѣлки (договора или завѣщательнаго распоряженія) или по закону. Такая обязанность можетъ быть неразрывно связана съ главнымъ долгомъ, и въ такомъ случаѣ можно требовать платежа процентовъ лишь пока существуетъ право иска по главному долгу; или же она установлена на основаніи особаго соглашенія, привходящаго къ главному долгу, и въ такомъ случаѣ существуетъ самостоятельный искъ о процентахъ. Размѣръ договорныхъ процентовъ въ предѣлахъ, въ какихъ по закону допускается взиманіе таковыхъ, зависитъ отъ усмотрѣнія сторонъ: размѣръ законныхъ процентовъ обыкновенно указывается въ соотвѣтствующемъ постановленіи закона.

Въ римскомъ правѣ существовалъ цѣлый рядъ ограниченій касательно размѣра договорныхъ процентовъ. А именно: а) размѣръ процентнаго вознагражденія при денежныхъ долгахъ, по общему правилу, не долженъ былъ превышать 6% (въ до-юстиніанов-

скомъ правѣ—12%, centesimae usurae); b) не допускался начетъ процентовъ на проценты (anatocismus); c) сумма недоплаченныхъ процентовъ (по Юстиніановскому праву сумма какъ недоплаченныхъ, такъ и уплаченныхъ процентовъ) не должна превышать alterum tantum, т. е. не должна быть больше суммы капитальнаго долга. Нарушеніе этихъ постановленій считалось ростовщичествомъ и соотвѣтствующія сдѣлки признавались недѣйствительными. Каноническое право совсѣмъ было запретило взиманіе процентовъ, но позднѣйшая практика снова вернулась къ началамъ Римскаго права. Ср. Петражицкій Lehre vom Einkommen, т. II, § 10 и сл.

§ 195. Неустойка.

Неустойка есть договоръ, въ силу котораго одна сторона обязуется передъ другой уплатить штрафъ или вообще подвергнуться имущественной невыгодѣ на случай совершенія или несовершенія какого-нибудь дѣйствія, или неисполненія или несвоевременнаго исполненія какого-нибудь обязательства. Неустойка есть условное обѣщаніе—цѣль ея заключается въ томъ, чтобы произвести давленіе на должника, обезпечить своевременное и точное исполненіе того обязательства, которое подало поводъ къ заключенію ея. Но при этомъ, конечно, предполагается, что должникъ, вообще, былъ въ состояніи исполнить коренное свое обѣщаніе. Поэтому, разъ главное обязательство не могло быть исполнено по причинамъ, не зависящимъ отъ должника, кредиторъ не можетъ требовать и уплаты неустойки (напр., А обѣщался выстроить В домъ въ теченіе года и на случай несвоевременнаго исполненія обязательства обязался уплатить 10.000 руб.; затѣмъ онъ приступаетъ къ работѣ, но до окончанія ея произошло землетрясеніе и начатая постройка рухнула—очевидно В не можетъ требовать уплаты условленныхъ 10.000 руб.). Неустойка можетъ быть присоединена къ такому обязательству, которое, само по себѣ, уже порождаетъ право иска на случай неисполненія его; но, нерѣдко она служитъ и для обезпеченія надлежащаго исполненія или неисполненія такого дѣйствія, которое само по себѣ, по смыслу соглашенія между сторонами или по характеру своему, не даетъ заинтересованному лицу права иска.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ неустойка присоединена къ такому обязательству, которое само по себѣ порождаетъ право иска, возможны двѣ комбинаціи: a) неустойка имѣетъ исключительно характеръ штрафа, такъ что главное обязательство остается въ полной силѣ; b) неустойка можетъ имѣть цѣлью заранѣе опредѣлить размѣръ вѣроятнаго убытка отъ неисполненія или неполнаго исполненія главнаго обязательства; въ такомъ случаѣ кредиторъ не можетъ искать сверхъ неустойки еще и убытки, если только послѣдніе не превышаютъ размѣра неустойки; въ послѣднемъ случаѣ онъ можетъ требовать доплаты соотвѣтствующей суммы. In dubio, слѣдуетъ предположить, что стороны желали установить неустойку въ послѣднемъ смыслѣ.

Отъ неустойки слѣдуетъ отличать *отступное*, т. е. такое побочное соглашеніе, по которому одной сторонѣ предоставляется отступиться отъ договора безъ спроса другой, взносомъ или потерею извѣстной суммы. Ср. М. Пергаментъ, договорная неустойка и интересъ, изд. 2, 1905, стр. 3—170.

Глава II. Субъекты обязательства[1]).

§ 196. Общія замѣчаніе.

Каждое обязательство предполагаетъ наличность двухъ сторонъ—кредитора и должника. При этомъ возможны разныя комбинаціи: 1) иногда, существующее между

[1]) Windscheid, ук. соч. II, § 290 сл.

сторонами обязательственное отношеніе такого рода, что одна сторона пользуется всѣми правами, другая несетъ только обязанности (напр., обѣщаніе дарить, въ Римскомъ правѣ стипуляція); такое обязательство называется *одностороннимъ*, obligatio unilateralis; 2) иногда, обязательственное отношеніе бываетъ такого рода, что пріобрѣтеніе извѣстныхъ правъ неразрывно связано съ принятіемъ на себя извѣстныхъ обязанностей (напр., купля-продажа, наемъ и т. д.); такое обязательство называется *двустороннимъ*, obligatio bilateralis; 3) наконецъ, бываютъ и такіе случаи, когда въ принципѣ должникъ несетъ только однѣ обязанности, но при извѣстныхъ условіяхъ, у него можетъ возникнуть и встрѣчное требованіе противъ кредитора (напр., при мандатѣ, мандатарій, по общему правилу, обязанъ только исполнить данное ему порученіе и не имѣетъ никакихъ правъ противъ мандата; но если онъ вслѣдствіе этого былъ вовлеченъ въ расходы, то можетъ требовать возмѣщенія ихъ отъ мандата). Такія обязательства называются *неравномѣрными двусторонними обязательствами*, obligationes bilaterales inaequales.

§ 197. Множественность кредиторовъ или должниковъ [1]).

Простѣйшій случай обязательственнаго отношенія есть тотъ, когда существуетъ одинъ кредиторъ и одинъ должникъ. Но *число кредиторовъ или должниковъ можетъ быть и больше* (напр., A и B вмѣстѣ покупаютъ вещь или нанимаютъ квартиру у C, или наоборотъ C покупаетъ вещь или нанимаетъ квартиру у A и B; или M и N вмѣстѣ украли вещь у P, или наоборотъ P укралъ вещь, принадлежащую M и N). Спрашивается, какое это оказываетъ вліяніе на право требованія или обязанность исполненія каждаго изъ нихъ?

Надо различать двѣ категоріи случаевъ. По общему правилу, разъ само обязательство дѣлимо, то, при наличности нѣсколькихъ кредитовъ или должниковъ, каждый имѣетъ право требовать или обязанъ исполнить только часть цѣлаго (напр., если A желаетъ сдать комнату за 20 р., а нанимаютъ ее B и C., то каждый обязанъ платить только 10 р.). Однако это не всегда удобно для кредитора, къ тому же, это начало непримѣнимо къ недѣлимымъ обязательствамъ. Въ виду практическихъ неудобствъ, какія иногда можетъ представить указанное правило, въ примѣненіи къ извѣстнымъ случаямъ былъ допущенъ иной принципъ. А именно, въ извѣстныхъ случаяхъ, каждый изъ нѣсколькихъ кредиторовъ имѣетъ право требовать исполненія всего обязательства, равно каждый изъ нѣсколькихъ должниковъ обязанъ исполнить все обязательство, но, разумѣется, разъ воспослѣдовало полное исполненіе, то прекращаются права всѣхъ остальныхъ кредиторовъ или освобождаются отъ отвѣтственности всѣ остальные должники. Такія обязательства называются *солидарными* въ обширномъ смыслѣ. Смотря потому, существуютъ ли нѣсколько сокредиторовъ или нѣсколько содолжниковъ, различаютъ активныя и пассивныя солидарныя обязательства.

Солидарныя обязательства въ обширномъ смыслѣ распадаются на корреальныя и солидарныя въ тѣсномъ смыслѣ обязательства. Внѣшнее различіе между тѣми и другими слѣдующее: 1) корреальныя обязательства возникаютъ преимущественно (хотя и не исключительно) на основаніи юридической сдѣлки. Въ Римѣ главной формой заключенія корреальныхъ обязательствъ служила *стипуляція* (нѣсколько кредиторовъ одновременно спрашивали должника: spondesne dare, и онъ всѣмъ заразъ отвѣчалъ spondeo, или кредиторъ спрашивалъ подъ рядъ нѣсколькихъ должниковъ: spondesne dare, и послѣ этого всѣ вмѣстѣ отвѣчали spondeo). Вслѣдствіе этого, сокредиторы назывались duo или plures rei stipulandi, а содолжники — duo или plures rei promittendi. Но кромѣ того допускалось установленіи корреальнаго обязательства и при другихъ договорныхъ соглашеніяхъ, и, даже на основаніи завѣщательныхъ распоряженій (напр., завѣщатель отказываетъ тремъ лицамъ вмѣстѣ извѣстную сумму денегъ и прибавляетъ, что каждый изъ нихъ можетъ требовать

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 69—75. Windscheid, ук. соч. II, § 292—300.

отъ наслѣдника уплаты всей суммы, или онъ оставляетъ нѣсколько наслѣдниковъ и обязываетъ каждаго изъ нихъ отвѣчать полностью за уплату легатовъ). При этомъ, по отношенію къ отдѣльнымъ участникамъ, допускалось включеніе извѣстныхъ *модификацій* общей ихъ отвѣтственности (напр., изъ двухъ корреальныхъ должниковъ одинъ отвѣчаетъ безусловно, а другой только на извѣстный срокъ или подъ извѣстнымъ условіемъ и т. д.). 2) Солидарныя, въ тѣсномъ смыслѣ, обязательства возникаютъ на основаніи спеціальнаго постановленія закона. Именно, законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, помимо особаго соглашенія, придаетъ данному отношенію характеръ солидарнаго, т.-е. даетъ каждому изъ нѣсколькихъ кредиторовъ право требовать исполненія всего обязательства или обязываетъ каждаго изъ нѣсколькихъ должниковъ исполнить все обязательство. Чаще всего возникаетъ солидарное въ тѣсномъ смыслѣ обязательство въ случаѣ совершенія нѣсколькими лицами сообща имущественнаго преступленія; такія лица отвѣчаютъ in solidum за причиненный убытокъ, т.-е. потерпѣвшій можетъ требовать возмѣщенія всего убытка съ каждаго изъ нихъ; разумѣется, разъ одинъ удовлетворилъ потерпѣвшаго, остальные освобождаются. Другой примѣръ: нѣсколько повѣренныхъ въ дѣлахъ отвѣчаютъ солидарно за убытокъ, причиненный неправильными дѣйствіями каждаго изъ нихъ, предъ общимъ ихъ довѣрителемъ (особый случай солидарнаго обязательства есть тотъ, когда нѣсколько лицъ имѣютъ право требовать или обязаны исполнить недѣлимое обязательство; о немъ будетъ сказано ниже).

Различіе между корреальными и солидарными, въ тѣсномъ смыслѣ, обязательствами не лишено практическаго значенія; между тѣми и другими существуютъ нѣкоторыя различія въ юридическихъ послѣдствіяхъ, сущность которыхъ сводится къ тому, что корреальное обязательство, въ общемъ, менѣе отяготительно для должника (или должниковъ), чѣмъ солидарное, въ тѣсномъ смыслѣ, обязательство. На этихъ различіяхъ и надо теперь остановиться подробнѣе.

§ 198. О корреальныхъ и солидарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствахъ въ особенности.

Правоотношенія, вытекающія изъ тѣхъ и другихъ, и различія въ юридическихъ послѣдствіяхъ между тѣми и другими. Какъ корреальное, такъ и солидарное въ тѣсномъ смыслѣ обязательство даетъ каждому сокредитору право требовать исполненія всего обязательства и обязываетъ каждаго содолжника исполнить все обязательство, но съ тѣмъ, что разъ оно будетъ исполнено въ пользу одного кредитора или со стороны одного должника, оно прекращается и по отношенію къ остальнымъ участникамъ. Одинаковое значеніе съ исполненіемъ (solutio) имѣютъ и всѣ другіе способы прекращенія, которые ведутъ къ полному матеріальному удовлетворенію кредитора, какъ-то: *datio in solutum* (передача вмѣсто денегъ другихъ цѣнныхъ вещей въ счетъ уплаты по денежному долгу), *судебная депозиція* объекта обязательства, наконецъ, полный *зачетъ*.

Но корреальное обязательство прекращается кромѣ того: a) посредствомъ *новаціи* (т. е. замѣны прежняго обязательства новымъ) и *отреченія* кредитора отъ своего права, хотя бы новація или отреченіе были произведены не всѣми кредиторами, а только однимъ, и не со всѣми должниками, а только съ однимъ, если только id specialiter agitur; b) въ до Юстиніановскомъ правѣ—въ случаѣ предъявленія иска однимъ изъ кредиторовъ или противъ одного изъ должниковъ, разъ дѣло доведено до *литисконтестаціи*, хотя бы кредиторъ впослѣдствіи и не получилъ полнаго удовлетворенія (напр., вслѣдствіе проигрыша дѣла или несостоятельности должника); c) наконецъ, активное корреальное обязательство прекращается еще въ силу constitutum (т.-е. такой сдѣлки, на основаніи которой должникъ даетъ одному изъ кредиторовъ обѣщаніе уплатить весь долгъ ему).

Напротивъ, солидарное въ тѣсномъ смыслѣ обязательство не прекращается по отношенію къ остальнымъ участникамъ вслѣдствіе новаціи или отреченія, произведен-

нымъ однимъ только кредиторомъ или по отношенію къ одному только должнику; равно и предъявленіе иска однимъ кредиторомъ или противъ одного должника не разрушаетъ обязательства по отношенію къ остальнымъ участникамъ. Юстиніанъ ввелъ нѣкоторыя измѣненія въ эти отношенія. Важнѣйшее изъ нихъ заключается въ томъ, что онъ уничтожилъ разрушительную силу литисконтестаціи по отношенію къ пассивнымъ корреальнымъ обязательствамъ, постановивъ, что предъявленіе иска противъ одного изъ нѣсколькихъ корреальныхъ должниковъ само по себѣ не должно лишать кредитора права, на случай не полученія полнаго удовлетворенія съ него, предъявлять иски и къ остальнымъ. Другими словами, онъ сравнилъ въ этомъ отношеніи пассивныя корреальныя обязательства съ солидарными въ тѣсномъ смыслѣ обязательствами.

При пассивныхъ корреальныхъ и солидарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствахъ кредиторъ, конечно, можетъ по доброй волѣ не требовать уплаты всего долга съ даннаго должника, а только пропорціональной части. Но, въ извѣстныхъ случаяхъ, онъ даже прямо могъ быть принужденъ къ этому, именно въ нѣкоторыхъ случаяхъ должникъ пользовался такъ назыв. beneficium divisionis, въ силу котораго онъ могъ требовать, чтобы кредиторъ обратилъ взысканіе не только на него, но равномѣрно на всѣхъ остальныхъ *оплатныхъ* корреальныхъ должниковъ.

Раньше другихъ такимъ правомъ стали пользоваться *сопоручители* (confidejussores), затѣмъ оно было распространено на нѣкоторые другіе случаи; наконецъ, Юстиніанъ въ новеллѣ 99 распространилъ силу этого бенефиція на всѣ случаи корреальныхъ обязательствъ, установленныхъ по договорному соглашенію. Съ этихъ поръ, всѣ договорныя корреальныя обязательства и цѣлый рядъ солидарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствъ, конечно, въ значительной степени было подорвано (ибо какая польза для кредитора отъ такого обязательства, разъ обращеніе взысканія полностью на любого изъ корреальныхъ должниковъ въ большинствѣ случаевъ зависитъ отъ доброй воли послѣдняго).

Beneficium divisionis не допускается: a) если должникъ отказался отъ него, b) относительно корреальныхъ обязательствъ, установленныхъ на основаніи завѣщательнаго распоряженія (а не договорнаго соглашенія), c) относительно солидарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствъ, возникшихъ ex delicto (т.-е. если нѣсколько лицъ сообща совершили имущественное правонарушеніе, то всегда каждый отвѣчаетъ in solidum и не можетъ предъявлять beneficium divisionis).

Остается еще одинъ вопросъ: какое соотношеніе возникаетъ между соучастниками въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ одинъ кредиторъ получилъ все, или одинъ должникъ уплатилъ все, другими словами, обязанъ ли такой кредиторъ подѣлиться съ другими и имѣетъ ли такой должникъ право регресса противъ остальныхъ должниковъ. Общаго отвѣта на этотъ вопросъ нельзя дать; въ частности: a) корреальный кредиторъ не всегда обязанъ подѣлить полученное съ остальными кредиторами,—это зависитъ отъ соглашенія между ними; b) корреальный или солидарный въ тѣсномъ смыслѣ должникъ, по общему правилу, имѣетъ право регресса по отношенію къ остальнымъ, но и тутъ бываютъ исключенія.

§ 199. Теоріи о природѣ корреальныхъ и солидарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствъ.

Мы видѣли, что существуютъ нѣкоторыя различія въ юридическихъ послѣдствіяхъ между корреальными и солидарными въ тѣсномъ смыслѣ обязательствами. Спрашивается, имѣютъ ли они догматическое значеніе, или это случайное историческое явленіе, которое не оправдывается теоретическими соображеніями. *Господствующее мнѣніе* до сихъ поръ высказывается въ пользу первой альтернативы, утверждая, что корреальныя и солидарныя въ тѣсномъ смыслѣ обязательства суть два совершенно отличные другъ отъ друга типа обязательственныхъ отношеній. А именно, по господствующему мнѣнію, *корреальное обязательство есть объективно единое обязательство съ множествен-*

ностью субъективныхъ отношеній; напротивъ, солидарное обязательство состоитъ изъ ряда самостоятельныхъ обязательствъ, которыя находятся лишь въ такомъ соотношеніи между собою, что полное исполненіе со стороны одного должника освобождаетъ остальныхъ. Эта теорія впервые была высказана Келлеромъ и подробно обоснована Риббентропомъ.

Другіе ученые, тоже признавая догматическое различіе между корреальными и солидарными въ тѣсномъ смыслѣ обязательствами, нѣсколько иначе формулируютъ это различіе. Мы укажемъ на теоріи Фиттинга, Беккера и Бринца. Фиттингъ говоритъ, что корреальное обязательство есть субъективно альтернативное обязательство; при немъ сначала существуетъ неопредѣленность въ отношеніи субъекта обязательства, которая разрѣшается лишь впослѣдствіи, преимущественно посредствомъ предъявленія иска. Беккеръ признаетъ, что корреальное обязательство есть матеріально единое обязательство съ множественностью исковъ. Бринцъ находитъ, что не только корреальное, но и солидарное въ тѣсномъ смыслѣ обязательство есть единое, но въ корреальномъ привходитъ одинъ моментъ, котораго нѣтъ въ солидарномъ, а именно при корреальномъ обязательствѣ каждый изъ нѣсколькихъ сокредиторовъ или содолжниковъ дѣйствуетъ не только за себя, но и въ качествѣ представителя остальныхъ,—существуетъ взаимное представительство всѣхъ ихъ.

Наконецъ, есть и такіе ученые, которые отрицаютъ существованіе *догматическаго различія* въ природѣ между тѣми и другими обязательствами (Синтенисъ, Дернбургъ). Въ частности, Синтенисъ находитъ, что всѣ существующія различія не оправдываются общими соображеніями, а основаны на положительномъ предписаніи закона. Дернбургъ идетъ дальше и пытается дать историческое объясненіе этому различію (ср. Dernburg, Pandecten, т. II, § 72). Онъ выводитъ его изъ нѣкоторыхъ особенностей древняго гражданскаго процесса, въ частности, изъ недостаточной упругости его. Послѣдняя теорія единственно правильная. Но она сама по себѣ оставляетъ еще открытымъ вопросъ о томъ, есть ли корреальное и солидарное въ тѣсномъ смыслѣ обязательство одно единое обязательство, или же подъ тѣмъ или другимъ названіемъ объединяется рядъ самостоятельныхъ обязательствъ?

Наиболѣе правильнымъ представляется такой отвѣтъ: *съ экономической* точки зрѣнія какъ при корреальномъ, такъ и при солидарномъ въ тѣсномъ смыслѣ обязательствѣ слѣдуетъ признать существованіе одного обязательства, съ *юридической же* точки зрѣнія въ обоихъ случаяхъ возникаетъ столько обязательствъ, сколько кредиторовъ или должниковъ.

§ 200. О недѣлимыхъ обязательствахъ, какъ особой формѣ солидарныхъ обязательствъ.

Если нѣсколько лицъ пріобрѣли *недѣлимое требованіе* непосредственно, или въ качествѣ наслѣдниковъ первоначальнаго кредитора, то каждый имѣетъ право требовать исполненія всего требованія. Но, поскольку рѣчь идетъ не объ исполненіи первоначальнаго обязательства, а о возмѣщеніи убытка, причиненнаго неисполненіемъ или просрочкой и т. д., каждый кредиторъ можетъ требовать только возмѣщенія пропорціональной части всего убытка. Сверхъ того, если исполненія недѣлимаго требованія требуетъ только одинъ кредиторъ, должникъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, можетъ потребовать отъ него представленія обезпеченія на случай повторительнаго требованія объ исполненіи со стороны остальныхъ кредиторовъ.

Если нѣсколько лицъ обязаны исполнить недѣлимое обязательство (непосредственно или въ качествѣ наслѣдниковъ первоначальнаго должника), то каждый отвѣчаетъ in solidum; сверхъ того, *каждый отвѣчаетъ и за весь убытокъ*, если исполненіе стало невозможнымъ по винѣ одного изъ нихъ, но имѣетъ по общему правилу beneficium di-

visionis и право регресса противъ остальныхъ. Если исполненіе стало невозможнымъ по винѣ наслѣдодателя, то каждый отвѣчаетъ только за пророторную часть убытка.

Глава III. Натуральныя обязательства.

§ 201. Понятіе ихъ [1]).

Для того, чтобы обязательство имѣло полную силу, оно должно быть связано съ правомъ иска. Однако, существуютъ и такія обязательства, которыя, не будучи облечены правомъ иска, тѣмъ не менѣе не лишены всякаго юридическаго значенія. Они называются натуральными обязательствами. Дѣло въ томъ, что возможность принудительнаго осуществленія обязательства судебнымъ порядкомъ составляетъ только одну сторону всякаго обязательственнаго отношенія. Столь же возможно и добровольное исполненіе обязательства. Далѣе, обязательство, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ послужить объектомъ зачета и т. д. И вотъ, нерѣдко, законъ, отказывая данному обязательственному требованію въ прямой судебной защитѣ, не лишаетъ его юридическаго значенія въ другихъ отношеніяхъ. Такимъ путемъ возникаетъ особая категорія *неполныхъ или натуральныхъ обязательствъ*.

Въ частности, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ признается существованіе натуральнаго обязательства, добровольное исполненіе обязательства со стороны должника разсматривается не какъ дареніе, а какъ solutio debiti naturalis, а посему онъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ требовать возврата уплаченнаго подъ тѣмъ предлогомъ, что кредиторъ не имѣлъ права иска. Далѣе въ извѣстныхъ случаяхъ допускается предъявленіе натуральнаго обязательства къ зачету. Затѣмъ, натуральное обязательство при извѣстныхъ условіяхъ можетъ послужить основаніемъ для новаціи (т.-е. для замѣны его другимъ обязательствомъ) и для конститута (т.-е. признанія со стороны должника), благодаря чему кредиторъ пріобрѣтаетъ право иска по новому обязательству, замѣнившему старое или ставшему наряду съ нимъ. Наконецъ, исполненіе натуральнаго обязательства можетъ быть обезпечено представленіемъ поручителей или залогомъ. Впрочемъ, не всегда натуральное обязательство влечетъ за собой всѣ эти послѣдствія, въ особенности, предъявленіе такого обязательства къ зачету не всегда допускается.

По вопросу о томъ, чѣмъ объяснить появленіе натуральныхъ обязательствъ, существуетъ споръ. Обыкновенно корень ихъ усматривается въ справедливости (aequitas), или естественномъ чувствѣ (naturalis ratio). Это объясненіе нѣсколько туманно. Нѣкоторые ученые приводятъ появленіе натуральныхъ обязательствъ въ связь съ историческимъ различіемъ между jus civile и jus gentium, утверждая, что натуральныя обязательства суть обязательства juris gentium. Но противъ этого слѣдуетъ возразить, что большинство обязательствъ juris gentium пользуется правомъ иска.—Почему же для нѣкоторыхъ было допущено исключеніе?—И дальше, эта теорія послѣдовательно проводитъ къ отрицанію всякаго догматическаго значенія этихъ обязательствъ, что безусловно неправильно.

Натуральныя обязательства встрѣчаются и въ современномъ правѣ, какъ они встрѣчались въ Римскомъ. Появленіе ихъ объясняется проще всего слѣдующимъ образомъ. Во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ признается существованіе натуральнаго обязательства, наблюдается одна общая черта: это все такіе случаи, въ которыхъ кредиторъ не получилъ отъ должника полнаго *матеріальнаго* удовлетворенія. Вслѣдствіе этого онъ терпитъ, конечно, извѣстный экономическій убытокъ. Вполнѣ отрицательное отношеніе закона къ послѣднему обстоятельству на столько же предполагаетъ наличность особыхъ квалифицированныхъ условій, какъ и признаніе за даннымъ отношеніемъ полной силы. Разъ нѣтъ ни тѣхъ ни другихъ, законъ считаетъ интересы должника достаточно ограж-

---

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 4. Windscheid, ук. соч. II, § 287 сл.

деннымм, отказывая кредитору въ прямой судебной защитѣ; но если должникъ или третье лицо подъ вліяніемъ сложившихся въ общественномъ мнѣніи взглядовъ или изъ опасѣнія подорвать свой кредитъ и т. п. добровольно приметъ мѣры къ исполненію или обезпеченію такого отношенія, законъ въ интересахъ кредитора не лишаетъ этихъ актовъ юридической силы.

§ 202. Важнѣйшіе виды натуральныхъ обязательствъ.

Къ числу натуральныхъ обязательствъ относились между прочимъ: 1) обязательства, рабовъ, не возникшія ex delicto, 2) обязательства, возникшія между paterfamilias и подвластными ему лицами, а равно взаимныя обязательства лицъ, состоящихъ подъ одной властью, 3) обязательства лицъ, состоящихъ подъ опекой, и обязательства объявленныхъ расточителей, заключенныя безъ участія опекуна или попечителя, имѣютъ юридическое значеніе въ томъ смыслѣ, что третьи дѣеспособныя лица могутъ добровольно исполнять такія обязательства, или принять ихъ на себя и т. д., 4) заемныя обязательства подвластныхъ дѣтей ex Senatusconsulto Macedoniano (см. ниже—въ ученіи о займѣ), 5) обязательства, при которыхъ утрата права иска вызвана истеченіемъ исковой давности и т. д.

Глава IV. Возникновеніе обязательствъ.

§ 203. Общій обзоръ.

Гай въ своихъ институціяхъ говоритъ: omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Въ другомъ мѣстѣ онъ прибавляетъ еще третью категорію обезательствъ—obligationes ex variis causarum figuris, которыя онъ затѣмъ подраздѣляетъ на obligationes quasi ex contractu и quasi ex delicto. Послѣднее дѣленіе принято институціями Юстиніана, въ которыхъ различаются obligationes ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio и quasi ex maleficio.

Современная систематика нѣсколько видоизмѣнила это дѣленіе, выработанное римскими юристами. Главными способами возникновенія обязательствъ считаются юридическія сдѣлки и правонарушенія. На нихъ нужно остановиться ближе. Сверхъ того, обязательства могутъ возникнуть: на основаніи спеціальнаго постановленія закона (напр., алиментарное обязательство), на основаніи судебнаго опредѣленія (въ особенности при раздѣльныхъ процессахъ), на основаніи дѣйствія случая (напр., communio incidens).

§ 204. Юридическія сдѣлки. Общія замѣчанія.

Юридическія сдѣлки, какъ способы возникновенія обязательственныхъ требованій, подчиняются общимъ началамъ, опредѣляющимъ силу и значеніе юридическихъ сдѣлокъ вообще (ср. выше § 42 и слѣд.). Въ частности, слѣдуетъ разсмотрѣть отдѣльно односторонніе и двусторонніе юридическія сдѣлки.

Примѣчаніе. Разсмотрѣнію будутъ подлежать только сдѣлки между живыми. О сдѣлкахъ на случай смерти, поскольку онѣ порождаютъ обязательственныя отношенія, будетъ сказано въ наслѣдственномъ правѣ.

§ 205. Договоры [1]). Заключеніе договоровъ.

Договоры встрѣчаются какъ въ сферѣ частнаго, такъ и въ сферѣ публичнаго права. Въ сферѣ частнаго права они играютъ роль одинаково какъ въ отношеніяхъ вещнаго и

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 6—11, Windscheid, ук. соч. II, § 305 сл.

обязательственнаго, такъ и въ отношеніяхъ семейственнаго и наслѣдственнаго права: соотвѣтственно съ этимъ можно различать вещные, обязательственные, семейноправные и наслѣдственные договоры. Въ частности, *обязательственный договоръ есть такое, основанное на взаимномъ соглашеніи двухъ или нѣсколькихъ лицъ, заявленіе, которое имѣетъ цѣлью установить между данными лицами непосредственно или по отношенію къ третьимъ лицамъ такія конкретныя отношенія, которыя подходятъ подъ типъ обязательственныхъ отношеній.* Существенно необходимымъ для возникновенія договора является дача обѣщанія съ одной стороны, принятіе обѣщанія (акцептація) съ другой стороны (при одностороннѐмъ договорѣ), или взаимная дача и принятіе обѣщанія съ обѣихъ сторонъ (при двустороннѐмъ договорѣ).

Договоръ считается заключеннымъ: a) *разъ стороны пришли къ окончательному соглашенію касательно всѣхъ пунктовъ, существенныхъ по роду сдѣлки и по намѣреніямъ сторонъ*, и b) *разъ воля ихъ надлежащимъ образомъ выражена.* Мы разсмотримъ отдѣльно оба эти условія.

Мы видѣли, что прежде всего для вступленія договора въ силу требуется, чтобы стороны пришли къ окончательному соглашенію касательно всѣхъ пунктовъ, существенныхъ по роду сдѣлки и по намѣреніямъ сторонъ. Поэтому не имѣютъ обязательной силы: a) *односторонніе предложенія (пропозиціи)*, хотя бы имѣющія видъ формальнаго обѣщанія, пока они не приняты противной стороной; до этого момента лицо, сдѣлавшее предложеніе, всегда можетъ отказаться отъ него (напр., А предлагаетъ В купить опредѣленную вещь, тотъ медлитъ отвѣтомъ, а А за это время раздумалъ и отказывается отъ своего предложенія, если В послѣ этого и пожелаетъ купить вещь, онъ не можетъ настаивать на томъ, что А раньше готовъ былъ продать ее, такъ какъ онъ самъ не сразу изъявилъ свое согласіе; b) *предварительные переговоры* (такъ называемые, трактаты), предшествующіе заключенію договора, пока не состоялось и не заявлено окончательное соглашеніе (напр., А заявляетъ В, что онъ не прочь купить у него такую-то вещь, В даетъ справки о цѣнѣ, о качествахъ вещи и т. д.); c) отъ такихъ предварительныхъ переговоровъ, ни къ чему не обязывающихъ, надо отличать *предварительный договоръ*, pactum de contrahendo, который можетъ предшествовать главному договору и въ силу котораго стороны даютъ и принимаютъ обѣщаніе заключить главный договоръ (напр., А желаетъ обезпечить за собою возможность передать В вещь на храненіе и поэтому заключаетъ съ нимъ предварительный договоръ, въ силу котораго В даетъ обѣщаніе по первому желанію А взять его вещь на храненіе); такой предварительный договоръ на общемъ основаніи даетъ кредитору право требовать исполненія его, т.-е. заключенія главнаго договора; d) нерѣдко стороны составляютъ, такъ называемыя, *пунктаціи*, т.-е. формулируютъ на письмѣ существенные пункты сдѣлки, относительно которыхъ достигнуто между ними соглашеніе, притомъ раньше, чѣмъ договоръ по закону или по мысли сторонъ можетъ считаться окончательно заключеннымъ; такія пунктаціи могутъ имѣть различное значеніе; иногда они имѣютъ значеніе простой справки,—иногда, значеніе pactum de contrahendo, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ то, что стороны считаютъ пунктаціей, въ дѣйствительности представляетъ собою самый договоръ.

Мы разсмотрѣли тѣ случаи, въ которыхъ договоръ не можетъ еще считаться законченнымъ. Теперь приходится ставить обратный вопросъ: когда же окончательное соглашеніе должно считаться достигнутымъ. Отвѣтить на него не всегда легко. Въ частности, надо замѣтить слѣдующее: a) заявленіе о готовности принять предложеніе можетъ предшествовать самому предложенію (какъ, напр., при римской стипуляціи, гдѣ кредиторъ спрашивалъ должника: spondense dare); b) между предложеніемъ и принятіемъ обѣщанія можетъ пройти нѣкоторое время; отъ обстоятельствъ дѣла зависитъ, можетъ ли предложеніе еще считаться сохранившимъ свою силу; c) при заключеніи договора *между присутствующими* во всякомъ случаѣ предложеніе одной стороны не имѣетъ обязательной силы, т.-е. можетъ быть взято обратно, пока другая сторона не успѣла уразумѣть его (напр., къ А обращается глухой В и спрашиваетъ его, желаетъ ли онъ ему уступить такую то вещь, А отвѣчаетъ утвердительно; В проситъ его дать письменный отвѣтъ,

такъ какъ онъ его не разслышалъ; А можетъ еще раздумать и отвѣтить отрицательно); d) очень спорнымъ представляется вопросъ о томъ, съ какого времени можетъ считаться окончательно заключеннымъ договоръ *между отсутствующими*, которые сносятся чрезъ посыльныхъ или на письмѣ; источники не даютъ матеріала для разрѣшенія его. Въ современной доктринѣ существуютъ двѣ главныя теоріи: одни думаютъ, что договоръ можетъ считаться заключеннымъ лишь съ того момента, когда лицо, предложившее его, получитъ отвѣтъ отъ противной стороны, такъ что до этого времени иниціаторъ сохраняетъ еще возможность отказаться отъ договора (т. назыв., Vernehmungstheorie); другіе считаютъ достаточнымъ, если лицо, получившее предложеніе, дало свое согласіе, хотя бы противная сторона еще не узнала объ этомъ (такъ наз., Aeusserungstheorie). Но тутъ спрашивается: какой же моментъ долженъ имѣть рѣшающее значеніе, моментъ ли, когда лицо мысленно отончательно рѣшилось принять предложеніе, или моментъ писанія отвѣта, или отправленія на почту, или принятія почтою и т. д. А что, если лицо, отправивъ письмо съ утвердительнымъ отвѣтомъ, потребуетъ его назадъ съ почты. Всѣ эти соображенія заставляютъ высказаться въ пользу первой теоріи.

Пока договоръ окончательно не заключенъ, нельзя требовать исполненія его. Значитъ ли это, что стороны до этого времени вовсе не отвѣчаютъ другъ предъ другомъ? А что, если сторона, предложившая вступить въ договоръ, тѣмъ самымъ вовлекла въ расходы противную сторону, а потомъ до окончательнаго заключенія договора отступается отъ него? Вопросъ этотъ очень спорный. Несомнѣнно, что если сторона дѣйствовала dolose, т.-е. умышленно причинила своимъ предложеніемъ вредъ противной сторонѣ, она должна вознаградить ее за этотъ вредъ (напр., А узналъ, что его конкурентъ В собирается вступить въ выгодное предпріятіе съ С; чтобы помѣшать ему, А предлагаетъ В вступить въ это предпріятіе съ нимъ, предлагая еще болѣе выгодныя условія. В, вслѣдствіе этого, бросаетъ переговоры съ С и начинаетъ вести ихъ съ А, который затѣмъ отказывается отъ вступленія въ договоръ. Очевидно, В, вслѣдствіе этого, терпитъ убытки, которые А и обязанъ возмѣстить ему). Для этого служитъ actio doli. Не возбуждаетъ сомнѣнія и тотъ случай, когда предложеніе такого рода, что побуждаетъ лицо, которому оно сдѣлано, тотчасъ же предпринять извѣстные шаги, напр., А предлагаетъ В принять участіе въ выгодномъ подрядѣ и просить для окончательнаго скрѣпленія договора пріѣхать или послать одного изъ его служащихъ; въ такомъ случаѣ иниціаторъ, хотя и можетъ отступиться отъ вступленія въ договоръ, но обязанъ возмѣстить противной сторонѣ убытки, которые она могла понести вслѣдствіе совершенныхъ ею дѣйствій (ср. l 15. D. mandati 17, I. Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum). *Современная доктрина*, однако, склонна идти дальше и признать отвѣтственность иниціатора предъ противной стороной и въ другихъ случаяхъ, когда была вызвана полная увѣренность, что договоръ состоится. *Предѣлъ* этой *отвѣтственности* опредѣляется, такъ назыв., *отрицательнымъ договорнымъ интересомъ* противной стороны. Другими словами, возмѣщенію подлежатъ убытки, которые причинены противной сторонѣ тѣмъ самымъ, что въ ней была возбуждена основательная надежда на заключеніе договора, (напр., А хотѣлъ запастись дровами на зиму у В, но тутъ онъ получаетъ письмо отъ С, который предлагаетъ ему дрова по болѣе выгодной цѣнѣ, А соглашается и шлетъ утвердительный отвѣтъ С, но тотъ до полученія отвѣта раздумалъ и отказывается отъ своего предложенія; согласно принятой нами Vernehmungstheorie, договоръ между сторонами еще не былъ заключенъ, и заключеніе его за отказомъ С стало невозможнымъ. А, вслѣдствіе этого, можетъ очутиться въ непріятномъ положеніи, онъ опять обращается къ В, но тотъ требуетъ теперь большую цѣну противъ прежней и т. д. Разница между прежней цѣной и той, какую В требуетъ отъ А въ настоящее время, составляетъ отрицательный договорный интересъ А по отношенію къ С. Что касается *условій отвѣтственности*, то по этому вопросу существуетъ споръ. Одни ставятъ непремѣннымъ условіемъ наличность вины со стороны иниціа-

тора (так. наз., culpa in contrahendo) [1]). Другіе распространяютъ дѣйствіе этого принципа на всѣ случаи, въ которыхъ договоръ не могъ быть заключенъ или оказался недѣйствительнымъ по причинѣ, которую противная сторона не знала и не была обязана знать.

Особую форму вступленія въ договоръ составляютъ публичные торги, сущность которыхъ заключается въ томъ, что одна сторона предлагаетъ вступить въ сдѣлку съ тѣмъ, кто предложитъ наиболѣе выгодныя условія, напр., готовъ заплатить наибольшую цѣну или исполнить подрядъ дешевле другихъ и т. д. Впрочемъ юридическая конструкція этого отношенія очень спорная. (Ср. Виндшейдъ, ук. соч. II, § 308).

Кромѣ согласія сторонъ для возникновенія договора требуется еще надлежащее выраженіе воли ихъ. Въ Римскомъ правѣ на этотъ счетъ существовали очень подробныя правила. Неформальное соглашеніе, по общему правилу, не порождало права иска, а требовалось соблюденіе извѣстныхъ формальностей. Въ частности, различали contractus и pacta.

Контрактами назывались договорныя соглашенія, признанныя цивильнымъ правомъ. Существовали 4 основанія для возникновенія контрактовъ (такъ наз., causae civiles), а именно: одни контракты возникали re, т.-е. въ силу исполненія одною изъ сторонъ своихъ обязанностей, это такъ наз. *реальные* контракты, къ числу которыхъ принадлежатъ mutuum (заемъ),—commodatum (ссуда), depositum (поклажа) и pignus (договоръ заклада), наконецъ, такъ наз. contractus innominati (безыменные контракты). Далѣе, контрактъ могъ возникнуть verbis, т.-е. черезъ произнесеніе опредѣленныхъ словъ. Такіе контракты назывались *вербальными*. Важнѣйшій вербальный контрактъ—stipulatio (spondesne dare centum? spondeo, или promittis dare centum? promitto и т. д.). Стипуляція имѣла очень важное практическое значеніе, такъ какъ всякій договоръ могъ быть облеченъ въ форму стипуляціи. Затѣмъ контрактъ могъ возникнуть litteris, посредствомъ записи суммы долга въ особыя приходо-расходныя книжки. Такой контрактъ назывался *литтеральнымъ*. Въ Юстиніановскомъ правѣ онъ вышелъ изъ употребленія. Наконецъ, въ видѣ исключенія въ четырехъ случаяхъ контрактъ возникалъ consensu, на основаніи неформальнаго соглашенія сторонъ. Это, такъ наз., *консенсуальные* контракты: emtio-venditio (купля-продажа), locatio conductio (наемъ), mandatum (договоръ порученія) и societas (договоръ товарищества).

Pactum называлось всякое неформальное соглашеніе, не признанное цивильнымъ правомъ въ качествѣ контракта. Pacta, по общему правилу, не порождали права иска: nuda pactio non parit obligationem, sed parit exceptionem. Позднѣе стали допускать исключенія изъ этого правила: такъ, нѣкоторыя pacta стали порождать право иска на основаніи преторскаго эдикта и позднѣйшихъ императорскихъ постановленій (напр., pactum dotis—неформальное обѣщаніе дать приданое). Такія pacta назывались pacta vestita (въ противоположность pacta nuda). Однако, еще въ Юстиніановскомъ правѣ неформальное соглашеніе, по общему правилу, недостаточно для возникновенія договора, облеченнаго правомъ иска.

Дальнѣйшее развитіе привело къ уничтоженію этихъ ограниченій. Въ настоящее время общее правило таково, что всякое неформальное соглашеніе порождаетъ вполнѣ дѣйствительное обязательство. Другими словами, выборъ формы, способъ выраженія воли, вполнѣ зависитъ отъ сторонъ. Исключенія изъ этого правила сравнительно рѣдки. Въ частности, если сами стороны желали заключить договоръ въ опредѣленной формѣ, напр., въ письмѣ то вступленіе договора въ силу in dubio обусловлено соблюденіемъ этой формы,—пока договоръ не облеченъ въ нее, онъ считается несуществующимъ.

§ 206. Содержаніе договоровъ [2]).

Цѣль договора—установленіе обязательства. Слѣдовательно, содержаніе его должно быть таково, что возможно возникновеніе обязательства. Поэтому договоръ долженъ быть

[1]) Ср. статью Іеринга „Culpa in contrahendo“ въ Jahrbücher für Dogmatik, т. IV.
[2]) Windscheid, ук соч. II, § 314—317, Dernburg, ук. соч II, § 18

направленъ на нѣчто возможное, дозволенное, не долженъ быть вполнѣ неопредѣленный и т. д. Въ частности, тутъ возникаетъ слѣдующій вопросъ: возможны ли договоры въ пользу третьихъ лицъ? Подъ договорами въ пользу третьихъ лицъ мы разумѣемъ договоры, при которыхъ имѣется въ виду предоставить *третьему лицу* самостоятельное право требовать исполненія того, что составляетъ содержаніе договорнаго соглашенія между непосредственными контрагентами; напр., А страхуетъ свою жизнь въ страховомъ обществѣ (В) съ тѣмъ, чтобы право требовать уплаты страховой суммы послѣ его (А) смерти принадлежало лицу С.—Такіе договоры не слѣдуетъ смѣшивать съ договорами, заключаемыми черезъ представителей: отъ прямого представителя тотъ, кто заключаетъ договоръ въ пользу третьяго лица, отличается, кореннымъ образомъ тѣмъ, что онъ дѣйствуетъ не отъ чужого, а отъ собственнаго имени; отъ косвеннаго представителя такое лицо отличается тѣмъ, что третье лицо пріобрѣтаетъ самостоятельное право требовать исполненія отъ должника. — *Римское право* въ принципѣ не допускало такіе договоры: neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo, nomine recte agat, possimus (1. 11, D. de O. et. A. 44, 7). Первоначально всѣ договоры такого рода считались безусловно недѣйствительными. Однако, изъ этого общаго правила съ теченіемъ времени былъ допущенъ рядъ исключеній. Прежде всего было признано, что самъ контрагентъ, которому было дано обѣщаніе исполнить что-либо въ пользу третьяго лица, можетъ требовать исполненія, если онъ самъ заинтересованъ въ этомъ (напр., А взялъ съ В обѣщаніе уплатить С тѣ деньги, которыя послѣднему долженъ А). Далѣе въ рядѣ случаевъ за самимъ третьимъ лицомъ, въ пользу котораго дано обѣщаніе, было признано право требовать исполненія этого обѣщанія посредствомъ actio utilis; сюда относится, напр., случай, когда кто-либо (А) передавалъ другому (В) чужую вещь въ пользованіе или храненіе съ тѣмъ, чтобы получившій (В) по миновании надобности вернулъ ее собственнику (С).

Современная доктрина и практика обобщили этотъ принципъ и, хотя не безъ колебаній, признали за третьимъ лицомъ право иска во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ это согласно съ волей непосредственныхъ контрагентовъ, заключившихъ договоръ. На ряду съ третьимъ лицомъ право требовать исполненія договора принадлежитъ и непосредственному контрагенту, принявшему обѣщаніе, если это имѣетъ какой-нибудь интересъ для него (хотя бы и неденежный) (напр., А продаетъ В свою фирму и отбираетъ у него обѣщаніе уплатить всѣ долги А; исполненія могутъ требовать съ одной стороны кредиторы А, съ другой—самъ А; или А заключаетъ съ страховымъ обществомъ договоръ объ уплатѣ своему сыну по достиженіи имъ извѣстнаго возраста 1000 руб.; по наступленіи срока и онъ, и сынъ могутъ требовать исполненія). Итакъ, современная доктрина склонна признать безусловно дѣйствительными договоры въ пользу третьихъ лицъ. Прежняя доктрина требовала для пріобрѣтенія права иска третьимъ лицомъ, чтобъ оно приступило къ договору; теперь и этого, по крайней мѣрѣ въ видѣ общаго правила, не требуется: все зависитъ отъ характера и содержанія договорнаго соглашенія.— Другой вопросъ—могутъ ли непосредственные контрагенты, заключившіе договоръ въ пользу третьяго лица, отказаться отъ договора или отмѣнить его дѣйствіе по отношенію къ первоначальному дестинатору безъ участія послѣдняго? И этотъ вопросъ рѣшается различно, въ зависимости отъ природы договора.

Въ связи съ этимъ находится другой вопросъ: допускаются ли договоры, коими налагаются обязательства на третьихъ лицъ? Такіе договоры ни по римскому, ни по современному праву не порождаютъ обязательства для третьяго лица, если это только не наслѣдникъ того лица, которое дало за него обѣщаніе. Но непосредственный контрагентъ при извѣстныхъ условіяхъ отвѣчаетъ по такому договору.

§ 207. Особые типы договоровъ.

Двусторонніе или синаллагматическіе договоры[1]). Подъ двусторонними, обоюдными или синаллагматическими договорами понимаютъ тѣ договоры, при которыхъ пріобрѣтеніе правъ для каждой стороны неразрывно связано съ принятіемъ на себя извѣстныхъ обязанностей, при которыхъ, слѣдовательно, каждая сторона одновременно является кредиторомъ и должникомъ (напр., при куплѣ-продажѣ, наймѣ и т. д.).

Тутъ и возникаетъ вопросъ: какъ быть въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ контрагентовъ требуетъ исполненія отъ другого раньше, нежели самъ исполнилъ договоръ съ своей стороны. Римское право даетъ въ такихъ случаяхъ отвѣтчику право противопоставить иску истца exceptio non adimpleti (или non rite adimpleti) contractus. Другими словами, сторона не можетъ требовать исполненія отъ противной стороны, пока сама не исполнила договора или не выразила готовности исполнить его, если только по роду договора или по особому соглашенію сторонъ одной изъ нихъ не представлено права исполнить договоръ не одновременно, а вслѣдъ за другой (напр., при куплѣ-продажѣ продавецъ могъ продать товаръ въ кредитъ; тогда, конечно, онъ не можетъ противопоставить иску покупщика exceptio non adimpleti contractus).

Независимо отъ этого возникаетъ еще вопросъ: на кого падаетъ onus probandi въ случаѣ предъявленія этого возраженія? на истца или на отвѣтчика? Римское право возлагаетъ onus probandi на *истца* (напр., А купилъ у В вещь и требуетъ передачи ея. В противопоставляетъ иску exceptio non adimpleti contractus, т. е. заявляетъ, что А не уплатилъ ему условленной платы; тогда А долженъ доказать, что уплата произведена, или что онъ готовъ вручить деньги В).

Бываютъ случаи, въ которыхъ двусторонній договоръ, по тѣмъ или другимъ причинамъ, связываетъ только одну изъ сторонъ (напр., si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. 1. 13 § 29 D. de A. E. V. 19, 1). Такія сдѣлки называются negotia claudicantia. Въ такихъ случаяхъ, право требовать исполненія договора пріобрѣтаетъ только контрагентъ, не связанный договоромъ. Но, съ другой стороны, онъ можетъ требовать исполненія не иначе, какъ признавъ договоръ обязательнымъ и для себя.

Такое же отношеніе возникаетъ въ такомъ случаѣ, когда при заключеніи двусторонняго договора одна изъ сторонъ сохраняетъ за собою право дать окончательный отвѣтъ черезъ нѣкоторое время и здѣсь, конечно, нельзя требовать исполненія, не признавъ договора обязательнымъ и для самого себя.

Договоры безъименные и именные. Еще въ Римскомъ правѣ различались именные и безъименные контракты. Послѣдніе составляли особую разновидность реальныхъ контрактовъ, т.-е. тѣхъ договоровъ, которые вступали въ полную силу лишь послѣ того, какъ одна изъ сторонъ исполнила лежащія на ней обязанности по договору. Притомъ, по господствующему мнѣнію, сторона, исполнившая такой договоръ, имѣла право требовать либо исполненія отъ другой стороны, либо возврата исполненнаго, посредствомъ condictio causa data causa non secuta (такъ наз. jus poenitendi).

Это дѣленіе договоровъ на именные и безъименные сохраняетъ и нынѣ свое значеніе. Дѣло въ томъ, что при разнообразіи договорныхъ отношеній немыслимо и ненужно присваивать каждому договору особое названіе,— только наиболѣе часто встрѣчающіяся договорныя отношенія съ специфическимъ содержаніемъ обозначаются особымъ терминомъ, какъ, напр., договоръ купли-продажи, найма, товарищества и т. п. Для другихъ же особаго названія не существуетъ.

Всѣ безъименные договоры, по примѣру Римскаго права, подводятся подъ 4 рубрики: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias (напр., А за квартиру и столъ обязывается обучать дѣтей В; это не есть договоръ личнаго найма,

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 20, 21. Windscheid, ук. соч. II, § 321.

ибо при договорѣ найма нанимающій получаетъ уплату деньгами, а это и есть безъименный договоръ).

Важное отличіе современныхъ безъименныхъ договоровъ отъ римскихъ заключается въ томъ, что они получаютъ полную силу уже съ момента состоявшагося между сторонами соглашенія; *не требуется, чтобъ одна сторона исполнила договоръ*. Это потому, что теперь, по общему правилу, для возникновенія всякаго договора достаточно неформальное соглашеніе сторонъ.

Рискованные или алеаторные договоры. Рискованными или алеаторными называются такіе договоры, при которыхъ заранѣе неизвѣстно, которой изъ сторонъ договоръ принесетъ выгоду, которой убытокъ,—то или другое зависитъ отъ случая. Сюда относится, между прочимъ, emtio spei, или rei speratae (напр., А покупаетъ у В право на печатаніе его будущаго сочиненія, или на постановку его будущей пьесы и т. д.), лотерейные договоры, страховые договоры, наконецъ, договоры пари (sponsiones) и игры (ludi aleatorii).

Что касается въ частности договоровъ игры и пари, то надо замѣтить слѣдующее: а) договоръ пари считается дѣйствительнымъ, если только онъ не содержитъ въ себѣ ничего безнравственнаго или не служитъ для прикрытія недозволенной сдѣлки; b) договоръ игры, по общему правилу, считается недѣйствительнымъ.

§ 207ª. Потвержденіе договоровъ [1]).

I. *Присяга*. По чистому римскому праву присяга не сообщала договору большей силы, чѣмъ онъ имѣлъ и безъ нея, и въ частности недѣйствительный договоръ вслѣдствіе этого не становится дѣйствительнымъ.

Но подъ вліяніемъ канонического права современная доктрина склонна признать, что всѣ сдѣлки, которыя сами по себѣ не безнравственны, а считаются недѣйствительными только въ силу положительнаго предписанія закона, могутъ получить полную силу въ случаѣ клятвеннаго подтвержденія ихъ тою стороною, въ интересахъ которой сдѣлка признается недѣйствительной.

II. *Представленіе задатка* (*arrha*). Задатокъ можетъ имѣть двоякое юридическое значеніе: 1) онъ можетъ быть данъ въ знакъ или доказательство дѣйствительнаго заключенія договора, arrha confirmatoria (ср. J. 3,23 argumentum emtionis et venditionis contractae), въ такомъ случаѣ задатокъ долженъ быть возвращенъ не только въ случаѣ исполненія договора, но и въ томъ случаѣ, если договоръ впослѣдствіи почему либо не будетъ исполненъ. Но, конечно, стороны могутъ условиться и иначе, напр., получающій задатокъ можетъ выговорить себѣ право удержать его на случай, если договоръ впослѣдствіи не будетъ исполненъ; въ частности такое право удержанія задатка подразумѣвается, если получатель выговорилъ себѣ на случай неисполненія договора право отступиться отъ него: въ такомъ случаѣ онъ *вмѣсто* требованія исполненія договора или возмѣщенія убытка можетъ удержать *arrha*.

2) Задатокъ можетъ быть данъ въ обезпеченіе будущаго заключенія договора (arrha contractu imperfecto data).

Если въ такомъ случаѣ сторона, выдавшая задатокъ, отказывается отъ вступленія въ договоръ, она теряетъ свой задатокъ; если отказывается сторона, получившая задатокъ, она должна вернуть задатокъ въ удвоенномъ размѣрѣ (duplum). Задатокъ въ этомъ случаѣ имѣетъ штрафной характеръ (arrha poenitentialis).

III. *Обѣщаніе неустойки* (ср. выше, § 195).

IV. *Обѣщаніе исполнить существующее обязательство* (constitutum, Erfüllungsversprechen). Сущность этого договора заключается въ томъ, что должникъ *вторично*

---

[1]) Windscheid, ук. соч. I. I, 324, 325.

даетъ обѣщаніе исполнить существующее обязательство. Вслѣдствіе этого, кредиторъ пріобрѣтаетъ дополнительное право требованія противъ него, причемъ, конечно, исполненіе, произведенное по одному изъ этихъ требованій (основному или дополнительному), прекращаетъ и другое. Constitutum было неформальное соглашеніе, которое получило признаніе въ преторскомъ эдиктѣ; оно порождало actio de pecunia constituta или constitutoria. Первоначально конститутъ допускался только относительно денежныхъ долговъ; затѣмъ онъ былъ распространенъ и на замѣнимыя вещи иного рода, а при Юстиніанѣ онъ допущенъ для всякаго рода долговъ. Выгоды для кредитора заключаются въ томъ, что основное право требованія можетъ быть утрачено имъ (напр., вслѣдствіе истеченія исковой давности), и онъ все-таки сохраняетъ дополнительное право требованія противъ должника; впрочемъ, не всегда въ такихъ случаяхъ послѣднее сохраняется (ср. подробности у Windscheid, Pand., т. II, § 284). Для дѣйствительности такого вторичнаго обѣщанія исполненія требуется, чтобъ дѣйствительно существовалъ основной долгъ, хотя бы въ видѣ натуральнаго. Впрочемъ, обѣщаніе исполненія можетъ заключать въ себѣ и признаніе основного долга; но это не необходимо.

§ 208. Одностороннія обѣщанія. Понятіе и главные виды.

Сущность односторонняго обѣщанія (pollicitatio) заключается въ томъ, что оно порождаетъ обязательство и безъ принятія (акцептаціи) его противной стороной. Этимъ одностороннее обѣщаніе отличается отъ договора. Одностороннее обѣщаніе получаетъ юридическое значеніе лишь въ видѣ исключенія. Въ частности, сюда относятся слѣдующіе случаи:

1) *Одностороннее обѣщаніе въ пользу городской общины,* разъ оно вызвано какими-нибудь уважительными мотивами (justa causa). Но если отсутствуетъ такой уважительный мотивъ, то обѣщаніе сохраняетъ полную силу, если приступленно къ исполненію его (opus coeptum).

2) *Одностороннее обѣщаніе въ пользу церкви или для благотворительной цѣли,* votum.

3) Далѣе, по современному праву сюда же должно быть отнесено *публичное объявленіе, въ силу котораго данное лицо обѣщаетъ за совершеніе какого-либо дѣйствія извѣстное вознагражденіе* (премію). Такое обѣщаніе не можетъ быть взято обратно, если кто-либо исполнилъ требуемое или приступилъ къ исполненію его.

4) Наконецъ, сюда же должны быть отнесены *бумаги на предъявителя,* институтъ, котораго не существовало въ Римскомъ правѣ, но который получилъ широкое развитіе въ современномъ правѣ. Впрочемъ, юридическая конструкція его очень спорная.

§ 209. Недозволенныя дѣйствія. Значеніе ихъ какъ основаній возникновенія обязательствъ.

Недозволенныя дѣйствія могутъ породить двоякаго рода обязательственныя требованія: обязательство можетъ быть направлено либо на возмѣщеніе причиненнаго убытка, либо на уплату извѣстнаго штрафа, либо одновременно на то и другое. Такъ, напр., кража порождаетъ два иска—condictio furtiva, направленный на возмѣщеніе убытка, и actio furti, направленный на уплату duplum или quadruplum. Противъ лица, виновнаго въ поврежденіи чужой вещи, возникаетъ actio legis Aquiliae; этотъ искъ направленъ на возмѣщеніе причиненнаго убытка, но включаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и штрафныя функціи, такъ какъ допускается невыгодный для отвѣтчика масштабъ при исчисленіи размѣра убытка.

Въ современномъ римскомъ правѣ штрафные иски впрочемъ всѣ почти вышли изъ употребленія.

§ 210. Заключеніе договоровъ черезъ третьихъ лицъ и отвѣтственность за чужіе долги. Постановка этого вопроса въ римскомъ правѣ.

Римское право первоначально вовсе не допускало прямого представительства при заключеніи сдѣлокъ и, въ частности, договоровъ, а допускало только косвенное представительство. Но за то въ древнемъ римскомъ правѣ существовали нѣкоторые суррогаты прямого представительства, а позднѣйшее императорское право *въ видѣ исключенія* въ нѣкоторыхъ случаяхъ стало допускать и самое прямое представительство. Надо разсматривать особо пріобрѣтеніе требованій чрезъ третьихъ лицъ и отвѣтственность за чужіе долги.

Пріобрѣтеніе обязательственныхъ требованій чрезъ третьихъ лицъ. Надо различать двѣ категоріи случаевъ: пріобрѣтеніе чрезъ подвластныхъ лицъ и чрезъ лицъ свободныхъ, самостоятельныхъ.

Чрезъ подвластныхъ лицъ. Институтъ пріобрѣтенія обязательственныхъ требованій чрезъ лицъ подвластныхъ существовалъ издревле. Корень его - тотъ принципъ древняго права, въ силу котораго подвластныя лица не могутъ имѣть собственнаго имущества, а все, что они пріобрѣтаютъ, они пріобрѣтаютъ въ пользу своего властелина. Что касается *рабовъ*, то этотъ принципъ удержался и въ Юстиніановскомъ правѣ. Что же касается *подвластныхъ дѣтей*, то за ними съ теченіемъ времени была признана самостоятельная активная имущественная правоспособность въ весьма широкихъ предѣлахъ. Вслѣдствіе этого, въ позднѣйшемъ правѣ далеко не всякое обязательственное требованіе, пріобрѣтенное подвластнымъ сыномъ, ipso jure считалось пріобрѣтеннымъ въ пользу отца. Но, во вниманіе къ прежнему порядку, было признано, что подвластныя дѣти и впредь могутъ пріобрѣтать любое обязательственное требованіе въ пользу отца, если сами того пожелаютъ.

Чрезъ лицъ самостоятельныхъ. Первоначально непосредственное пріобрѣтеніе требованій чрезъ лицъ, несостоящихъ подъ властью даннаго лица, не допускалось вовсе. Допускалось только косвенное представительство, т. е. представитель самъ пріобрѣталъ право требованія и затѣмъ уступалъ свое право иска тому лицу, въ интересахъ котораго онъ вступилъ въ договоръ (такъ наз. cessio actionis). Если представитель имѣлъ прямое порученіе отъ другого лица вступить въ договоръ, довѣритель могъ требовать отъ него уступки иска по требованію. Наконецъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, за тѣмъ лицомъ, за котораго дѣйствовалъ представитель, было признано право требовать исполненія помимо цессіи, на основаніи actio utilis. Другими словами, въ извѣстныхъ случаяхъ на дѣлѣ было признано прямое представительство. Такимъ правомъ стали пользоваться *опекаемыя, юридическія лица и солдаты* по отношенію къ обязательственнымъ требованіямъ, пріобрѣтеннымъ въ ихъ пользу опекунами, представителями юридическихъ лицъ и уполномоченными солдатъ. Напр., если опекунъ купилъ вещь въ пользу опекаемаго, послѣдній пріобрѣталъ utilis actio ex emto, если онъ отдалъ вещь опекаемаго на храненіе, тотъ пріобрѣталъ utilis actio depositi и т. д. Такой порядокъ удержался въ Юстиніановскомъ правѣ. Другими словами, и въ *Юстиніановскомъ правѣ* прямое представительство допускается только въ исключительныхъ случаяхъ.

Отвѣтственность за чужіе долги. И здѣсь надо различать отвѣтственность за долги подвластныхъ лицъ и лицъ самостоятельныхъ.

Отвѣтственность за долги подвластныхъ лицъ. По цивильному праву властелинъ ни въ какомъ случаѣ не отвѣчалъ за *договорныя* обязательства подвластныхъ лицъ. Только въ случаѣ совершенія подвластнымъ лицомъ *деликта*, онъ отвѣчалъ посредствомъ actio noxalis, на основаніи которой онъ обязанъ былъ либо возмѣстить убытокъ или уплатить штрафъ, слѣдующій за данное правонарушеніе, либо выдать провинившагося потерпѣвшему лицу—noxae dare. *Преторъ*, однако, въ извѣстныхъ случаяхъ признавалъ отвѣтственнымъ властелина и за договорныя обязательства подвластныхъ лицъ. Соотвѣтствующіе иски называются actiones adjecticiae qualitatis. На ряду съ властелиномъ продолжаетъ отвѣчать и подвластное лицо, какъ непосредственный контрагентъ по договору. Если это рабъ, то возникаетъ только naturalis obligatio, если же это filius familias, то возникаетъ и право иска; но, конечно, практическое зна-

ченіе для третьяго лица, вступившаго въ договоръ съ подвластнымъ лицомъ, имѣлъ только искъ противъ властелина, ибо съ подвластнаго лица въ виду того, что оно не имѣло своего имущества, нечего было взять.

Къ числу actiones adjecticiae qualitatis относятся: a) Actio quod jussu. Если властелинъ приказалъ подвластному лицу заключить сдѣлку съ третьимъ лицомъ, то онъ въ силу отданнаго приказа (jussus) отвѣчаетъ предъ третьимъ контрагентомъ за надлежащее исполненіе обязательства, принятаго подвластнымъ лицомъ, in solidum, т. е. безъ всякихъ ограниченій, посредствомъ actio quod jussu. Напр., господинъ приказалъ рабу купить вещь; продавецъ можетъ предъявить къ господину actio venditi quod jussu, требуя уплаты покупной цѣны; или рабъ по приказанію господина нанялъ для него квартиру; противъ господина можетъ быть предъявлена actio locati quod jussu объ уплатѣ квартирныхъ денегъ, и т. д.

b) Actio exercitoria. Если властелинъ въ качествѣ хозяина корабля (exercitor navis) назначилъ подвластное лицо капитаномъ (magister navis), то онъ отвѣчаетъ предъ третьими лицами за надлежащее исполненіе всѣхъ обязательствъ, заключенныхъ подвластнымъ лицомъ въ качествѣ капитана, и притомъ тоже in solidum.

c) Actio institoria. Тоже слѣдуетъ сказать въ томъ случаѣ, если властелинъ въ качествѣ хозяина лавки назначилъ подвластное лицо своимъ приказчикомъ (institor). Напр., если рабъ-приказчикъ продалъ какую-нибудь вещь входящую въ составъ товарнаго склада его господина, покупщикъ можетъ требовать выдачи вещи отъ господина посредствомъ actio emti institoria.

d) Actio de peculio. Если властелинъ выдѣлилъ подвластному лицу peculium (напр., отецъ фактически уступалъ подвластному сыну часть своего имущества), то онъ отвѣчалъ за всѣ договорныя обязательства послѣдняго въ предѣлахъ пекулія, peculio tenus (напр., отецъ выдалъ подвластному сыну или господинъ рабу 10,000 ассовъ въ качествѣ пекулія; сынъ или рабъ надѣлали долговъ до 15,000 ассовъ; отецъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ пекулія, т. е. не свыше 10,000 ассовъ). Если подвластное лицо задолжало не только третьимъ лицамъ, но и властелину, то послѣдній имѣетъ право на предпочтительное удовлетвореніе предъ остальными кредиторами.

e) Actio tributoria. Если сынъ съ вѣдома отца на пекуліарныя средства открылъ торговлю, то властелинъ опять-таки отвѣчалъ за его долги по торговлѣ въ предѣлахъ пекулія. Но только властелинъ въ такихъ случаяхъ не имѣлъ права на предпочтительное удовлетвореніе, а всѣ кредиторы имѣли одинаковое право на удовлетвореніе изъ пекулія. Вотъ почему въ данномъ случаѣ возникала не actio de peculio, а самостоятельный искъ, actio tributoria.

f) Actio de in rem verso. Если властелинъ обогатился на счетъ третьяго лица благодаря договору, заключенному симъ послѣднимъ съ подвластнымъ лицомъ, онъ отвѣчалъ въ предѣлахъ своего обогащенія (напр., рабъ безъ приказа своего господина купилъ хлѣбъ для собственнаго употребленія или пропитанія господина, благодаря чему послѣдній очевидно сберегъ соотвѣтствующую сумму денегъ: въ этихъ предѣлахъ къ нему можетъ быть предъявлена actio venditi de in rem verso).

Отвѣтственность за обязательства, заключенныя лицами самостоятельными. Еще преторскій эдиктъ распространилъ actio exercitoria и institoria на такіе случаи, въ которыхъ капитаномъ или приказчикомъ былъ назначенъ свободный человѣкъ, не состоящій подъ властью того лица, которое сдѣлало его капитаномъ или приказчикомъ. Классическіе юристы пошли гораздо дальше и признали, что во всѣхъ случаяхъ, гдѣ одно лицо дѣйствовало при принятіи обязательства по порученію другого, къ послѣднему можетъ быть предъявленъ искъ, подчиненный началамъ actio institoria. Этотъ искъ названъ actio quasi institoria или utilis actio ad exemplum institoriae. На равнѣ съ довѣрителемъ отвѣчаетъ и довѣренный въ качествѣ непосредственнаго контрагента по договору. Напр., A по порученію B купилъ у C вещь. C можетъ требовать не только уплаты отъ A посредствомъ обыкновенной actio venditi, но также отъ B, давшаго порученіе, посредствомъ utilis venditi actio ad exemplum institoriae.

Впрочемъ, въ извѣстныхъ случахъ довѣренное лицо могло уклониться отъ исполненія; въ частности было признано, что *опекуны и представители юридическихъ лицъ* не отвѣчаютъ по обязательствамъ, заключеннымъ ими отъ имени опекаемыхъ и юридическихъ лицъ. Въ этомъ слѣдуетъ усмотрѣть признаніе прямого представительства. Наконецъ, и actio de in rem verso (въ качествѣ actio utilis) была распространена на случай, въ которыхъ одно лицо обогатилось на счетъ другого лица чрезъ посредство третьяго лица, не состоявшаго подъ властью обогатившагося (спорно). Ср. Гриммъ. Очерки по ученію объ обогащеніи, вып. III.

§ 211. Современное право.

Современное право подъ вліяніемъ каноническаго права и судебной практики пришло къ открытому признанію прямого представительства. Теперь вполнѣ зависитъ отъ сторонъ, желаютъ ли онѣ прибѣгнуть къ прямому или косвенному представительству. Если лицо выступаетъ въ качествѣ прямого представителя, то всѣ права и обязанности по договору переходятъ къ тому лицу, отъ имени котораго вступлено въ сдѣлку, прямой же представитель не пріобрѣтаетъ никакихъ правъ и не несетъ никакихъ обязанностей. Вмѣстѣ съ тѣмъ, сложныя постановленія римскаго права объ actiones adjecticiae qualitatis (за исключеніемъ только actio de in rem verso) утратили практическое значеніе (иного мнѣнія Windscheid, Pand., т. II, § 482, 484). Actio de in rem verso (directa и utilis) и теперь сохраняетъ свое значеніе. Впрочемъ, о томъ, въ какихъ предѣлахъ допустимъ этотъ искъ, существуетъ споръ.

Глава V. Измѣненіе обязательствъ.

§ 212. На основаніи добровольнаго соглашенія сторонъ.

Содержаніе обязательственнаго отношенія, въ частности договора, можетъ подвергнуться разнаго рода модификаціямъ, не мѣняющимъ основного характера даннаго договора, на основаніи дополнительныхъ соглашеній сторонъ (pacta adjecta). Перечислить всѣ возможныя дополнительныя соглашенія сторонъ представляется немыслимымъ, и излишнимъ. Достаточно упомянуть о наиболѣе часто встрѣчающихся дополнительныхъ соглашеніяхъ такого рода.

Сюда относятся нѣкоторыя соглашенія, въ силу которыхъ сторона можетъ требовать уничтоженія главнаго договора со всѣми его послѣдствіями, а именно:

a) Pactum displicentiae, соглашеніе, въ силу котораго уничтоженіе сдѣлки предоставляется свободному усмотрѣнію стороны (напр., А купилъ вещь и притомъ выговариваетъ себѣ право вернуть ее, если ему вздумается). Если не установлено особаго срока, такое соглашеніе имѣетъ силу въ теченіе 60 дней.

b) In diem addictio, соглашеніе, въ силу котораго одинъ изъ контрагентовъ, въ частности при куплѣ-продажѣ продавецъ, сохраняетъ право расторгнуть договоръ, если въ теченіе опредѣленнаго срока времени найдется лицо, которое пожелаетъ заключить съ нимъ тотъ же договоръ на болѣе выгодныхъ условіяхъ. Тутъ требуется, чтобы дѣйствительно нашлось такое лицо и чтобы управомоченное лицо дѣйствительно приняло его предложеніе; сверхъ того, первоначальный контрагентъ по общему правилу можетъ сохранить договоръ въ силѣ, если согласится принять тѣ же условія.

c) Lex commissoria, соглашеніе, въ силу котораго контрагентъ можетъ отступиться отъ сдѣлки, если противная сторона не исполнитъ своевременно принятое на себя обязательство. Только тотъ, кто выговорилъ себѣ такое право, можетъ расторгнуть сдѣлку; онъ считается отказавшимся отъ своего права, если онъ, несмотря на то, что обязатель-

ство своевременно не было исполнено, впослѣдствіи требуетъ исполненія или принимаетъ что-либо въ счетъ исполненія.

О юридическомъ значеніи упомянутыхъ соглашеній, которыя разработаны у римскихъ юристовъ спеціально въ примѣненіи къ куплѣ-продажѣ, существуетъ споръ. Господствующее мнѣніе признаетъ за ними in dubio *характеръ резолютивныхъ условій*.

§ 213. По винѣ обязаннаго лица.

1. Если должникъ умышленно или вслѣдствіе своего нерадѣнія дѣлаетъ невозможнымъ исполненіе обязательства въ цѣломъ или въ какой-нибудь части, то онъ за это отвѣчаетъ предъ кредиторомъ. Послѣдній можетъ требовать отъ него вознагражденія за причиненный этимъ убытокъ. При этомъ надо замѣтить слѣдующее: должникъ безусловно отвѣчаетъ за dolus (умыселъ); даже если было заключено особое pactum de non praestando dolo, онъ не освобождается отъ своей обязанности, ибо такое соглашеніе считается недѣйствительнымъ. Одинаковое значеніе съ умысломъ имѣетъ по общему правилу грубое нерадѣнія (culpa lata). Что касается отвѣтственности за culpa levis, легкое нерадѣніе, то общій принципъ таковъ: лицо не отвѣчаетъ за culpa levis если оно неимѣетъ никакой выгоды отъ сдѣлки; въ противномъ случаѣ оно отвѣчаетъ, и за нее.

Впрочемъ, изъ этого принципа допускаются нѣкоторыя исключенія: съ одной стороны, лицо отвѣчаетъ за culpa levis, хотя и не имѣетъ выгоды отъ сдѣлки, если оно *само предложило* свои услуги, или если обязательство его направлено *на веденіе чужихъ дѣлъ*. Съ другой стороны, лицо въ нѣкоторыхъ случаяхъ не отвѣчаетъ за culpa levis, хотя оно и имѣетъ выгоду отъ сдѣлки, напр., прекаристъ. Наконецъ, въ извѣстныхъ случаяхъ отъ лица требуется лишь такая степень осмотрительности, которую оно привыкло выказывать въ собственныхъ дѣлахъ—diligentia quam suis rebus adhibere solet. Отсутствіе такой осмотрительности называется culpa in concreto. Такая степень осмотрительности требуется, напр., при договорѣ товарищества, при опекѣ и т. д.

Таковы общія правила. Затѣмъ въ каждомъ данномъ случаѣ нормальная степень отвѣтственности лица за culpa на основаніи особыхъ соглашеній между сторонами или вслѣдствіе просрочки можетъ быть съужена или расширена и даже доведена до отвѣтственности за простой casus (случай).

Если обѣ стороны находятся in culpa, то притязаніе каждой изъ нихъ на возмѣщеніе убытковъ въ соотвѣтствующей мѣрѣ понижается. Равнымъ образомъ, отвѣтственность лица за причиненный по винѣ его убытокъ уменьшается, если вредоносныя послѣдствія неправильныхъ его дѣйствій будутъ косвенно увеличены или вызваны по винѣ противной стороны.

Что касается onus probandi, то надо замѣтить, что его несетъ должникъ, если онъ утверждаетъ, что онъ не въ состояніи исполнить обязательство по независящимъ отъ него причинамъ. Напротивъ, onus probandi падаетъ на кредитора, если онъ на винѣ должника основываетъ новое притязаніе, непокоющееся само по себѣ на существующемъ обязательственномъ отношеніи.

II. Въ какихъ предѣлахъ лицо отвѣчаетъ за чужую вину? По общему правилу каждый отвѣчаетъ только за собственную вину, а за вину другихъ, въ частности своихъ служащихъ и помощниковъ, лишь постольку, поскольку на него самого косвенно падаетъ вина за неудачный выборъ—culpa in eligendo, за недостаточный надзоръ—culpa in custodiendo, и т. п. — Особыя правила дѣйствуютъ относительно содержателей гостинницъ и постоялыхъ дворовъ, и относительно судохозяевъ, ср. ниже § 248. — Впрочемъ, здѣсь многое спорно, ср. Дернбургъ, Pandecten, II, § 38.

§ 214. Вслѣдствіе просрочки (mora).

Просрочка можетъ быть двухъ родовъ: mora solvendi, просрочка со стороны должника, и mora accipiendi, просрочка со стороны кредитора.

Просрочка со стороны должника. Она имѣетъ мѣсто, разъ должникъ пропустилъ срокъ для исполненія обязательства при такихъ условіяхъ, что это ему вмѣняется въ вину. Прежде всего, со времени просрочки должникъ отвѣчаетъ предъ кредиторомъ даже въ томъ случаѣ, если исполненіе обязательства станетъ невозможнымъ помимо его вины, вслѣдствіе дѣйствія случая,—perpetuatur obligatio (если только онъ не въ состояніи доказать, что вредъ постигъ бы кредитора даже въ случаѣ своевременнаго исполненія). Далѣе, онъ со времени просрочки отвѣчаетъ за omnis culpa даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ до этого времени отвѣчалъ только за culpa lata. Наконецъ, при исчисленіи стоимости объекта долга, принимается во вниманіе высшая стоимость, какую этотъ объектъ имѣлъ со времени просрочки.

Для признанія просрочки необходимо: a) чтобы требованію наступилъ срокъ; b) чтобъ кредиторъ *напомнилъ* должнику о его обязанности (interpellatio): лишь въ видѣ исключенія не требуется такого напоминанія; въ частности, современная практика толкуетъ включеніе сторонами срока въ сдѣлку въ томъ смыслѣ, что in dubio простой пропускъ условленнаго срока безъ напоминанія достаточенъ для признанія просрочки (dies interpellat pro homine); c) сверхъ того, послѣдствія просрочки не наступаютъ, если просрочка оправдывается *уважительными причинами*; таковыми являются, напр., внѣшнія препятствія, какъ-то: наводненіе, война и т. п.; такой уважительной причиной, однако, ни въ какомъ случаѣ не считается неоплатность должника, хотя бы она наступила не по его винѣ.

Просрочка со стороны кредитора. Должникъ съ момента просрочки отвѣчаетъ только за такую невозможность исполненія, которая вызвана умышленно или по грубому нерадѣнію и, сверхъ того, можетъ требовать отъ кредитора возмѣщенія убытка, причиненнаго ему непринятіемъ исполненія въ срокъ.

Для признанія просрочки со стороны кредитора требуется:

a) чтобъ кредиторъ отказался отъ принятія безъ достаточнаго основанія или чтобъ онъ воспрепятствовалъ принятію; b) чтобъ должникъ сдѣлалъ все необходимое для исполненія обязательства.

Устраненіе послѣдствій просрочки. Просрочка со стороны кредитора или должника можетъ быть устранена, mora purgatur, если просрочившій изъявляетъ готовность сдѣлать все, что отъ него требуется, и между прочимъ, готовъ вознаградить противную сторону за понесенный вредъ. Далѣе прекращеніе обязательства устраняетъ и просрочку, послѣдствія которой могутъ быть устранены сверхъ того на основаніи соглашенія.

§ 215. Вслѣдствіе отрицанія и отказа должника отъ исполненія обязательства.

Въ извѣстныхъ случаяхъ должникъ, отрицавшій существованіе обязательства или отказавшійся добровольно исполнить его, въ видѣ наказанія, принуждался къ уплатѣ двойной, тройной и четверной стоимости объекта спора. Въ современномъ правѣ эти случаи вышли изъ употребленія.

§ 216. Вслѣдствіе дѣйствія случая.

Случай (casus) можетъ привести къ полному прекращенію обязательства, дѣлая невозможнымъ исполненіе; онъ можетъ далѣе *уменьшить* объемъ его. Наконецъ, объемъ обязательства можетъ и увеличиться вслѣдствіе дѣйствія случая, т.-е. вслѣдствіе причинъ, независящихъ отъ воли сторонъ. А именно, вещь, составляющая объектъ обязательственнаго требованія, можетъ увеличиться приращеніями, causa rei или commodum rei. Спрашивается: имѣетъ ли кредиторъ право на приращенія главной вещи?

Такое право, несомнѣнно, принадлежитъ ему относительно такихъ приращеній, которыя имѣютъ характеръ новыхъ составныхъ частей главной вещи (какъ, напр., alluvio или avulsio). Что же касается приращеній, имѣющихъ самостоятельное значеніе (какъ, напр., плоды, insula in flumine nata и т. д.), то разрѣшеніе вопроса о томъ, имѣетъ ли кредиторъ право на нихъ, зависитъ отъ характера его обязательственнаго требованія (напр., покупщикъ имѣетъ право на такія приращенія, одаренный или легатарій—нѣтъ). Въ извѣстныхъ случаяхъ должникъ, хотя и обязанъ выдать приращенія вмѣстѣ съ главной вещью, имѣетъ право требовать возмѣщенія расходовъ, которые были сопряжены съ этимъ.

Независимо отъ этого, возникаетъ слѣдующій вопросъ: если исполненіе обязательства стало невозможнымъ въ цѣломъ или въ части по причинамъ, не зависящимъ отъ воли должника, но должникъ именно благодаря этому пріобрѣлъ какія-нибудь требованія противъ третьихъ лицъ, то не имѣетъ ли кредиторъ право на эти выгоды? Напр., A продалъ B вещь, которую до передачи покупщику украло лицо C; A, очевидно, можетъ предъявить къ C actio furti. Вотъ и спрашивается: не долженъ ли онъ уступить свое право иска B?

Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, несетъ ли кредиторъ въ данномъ отношеніи, напр., въ случаѣ уничтоженія вещи на основаніи деликта третьяго лица, periculum по сдѣлкѣ, или нѣтъ (т.-е. освобождается ли онъ отъ своихъ договорныхъ обязанностей въ томъ случаѣ, когда исполненіе для противной стороны стало невозможнымъ по независящимъ отъ нея причинамъ, или нѣтъ). Поскольку онъ несетъ periculum, т.-е. не освобождается самъ отъ своихъ обязанностей, онъ имѣетъ право на такія выгоды, въ противномъ случаѣ—нѣтъ.

Глава VI. Цессія обязательственныхъ требованій[1]).

§ 217. Исторія цессіи.

Древнее римское право не допускало уступки кредиторамъ его обязательственнаго требованія другому лицу. Суррогатомъ ея служила *новація*, т.-е. замѣна прежняго обязательственнаго требованія новымъ; она предполагала участіе должника и происходила въ такой формѣ, что кредиторъ делегировалъ должника другому лицу (т.-е. предлагалъ этому лицу заключить съ должникомъ стипуляцію, которая должна была поглотить прежнее обязательство должника и создать новое, однородное по содержанію съ прежнимъ, въ пользу новаго кредитора). Напр., A имѣетъ право требовать отъ B уплаты 100 руб. по займу; если A желалъ отказаться отъ своего права въ пользу C, онъ не могъ этого сдѣлать прямо, а долженъ былъ предложить послѣднему заключить съ B такую стипуляцію: spondesne centum dare? spondeo; очевидно, если B не желалъ промиттировать C, новація не могла быть совершена.

По мѣрѣ развитія оборота становилось все болѣе желательнымъ имѣть возможность переуступать обязательственныя требованія и помимо участія должника. За отсутствіемъ прямого пути къ удовлетворенію, избрали путь косвенный. Со времени появленія формулярнаго процесса сталъ пускать корни *институтъ судебнаго представительства*, въ видѣ когнитуры и прокуратуры. Cognitor былъ формальный, procurator—неформальный представитель стороны на судѣ, который былъ уполномоченъ вести дѣло ея на судѣ. И вотъ тому, кому кредиторъ хотѣлъ уступить свое требованіе, онъ сталъ выдавать mandatum egendi, т.-е. онъ дѣлалъ его своимъ представителемъ на судѣ, уполномочивая его, вмѣстѣ съ тѣмъ, удержать за собою то, что онъ получитъ отъ должника. Такой прокураторъ, выступающій въ собственномъ интересѣ, получилъ названіе procurator

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 48—52. Windscheid, ук. соч. II, § 329—337.

in rem suam. Какъ procurator, онъ предъявляетъ не собственный искъ, а искъ своего довѣрителя, actio mandata или cessa, а отсюда и самое отношеніе, возникающее между нимъ и первоначальнымъ кредиторомъ, стало называться cessio actionis.

Первоначально положеніе procurator in rem suam ничѣмъ не отличалось отъ положенія всякаго другого уполномоченнаго, а подчинялось общимъ началамъ договора мандата. Вслѣдствіе этого, выданное ему полномочіе прекращалось со смертью его или его довѣрителя, а равно въ случаѣ односторонняго лишенія его полномочія со стороны послѣдняго. Слѣдовательно, не доставало гарантій, что онъ дѣйствительно получитъ возможность взыскать съ должника долгъ. Онъ могъ быть спокоенъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ успѣлъ предъявить искъ противъ должника и довелъ дѣло до литисконтестаціи, ибо съ этого момента прежнее обязательственное отношеніе прекращалось и возникало новое процессуальное обязательство, въ которомъ кредиторомъ выступалъ уже онъ.

Такой порядокъ, очевидно, могъ подать поводъ къ разнаго рода злоупотребленіямъ со стороны прежняго кредитора. Въ виду этого, съ теченіемъ времени сложилось правило, что mandatum agendi получаетъ полную силу и не подлежитъ прекращенію уже не только съ момента литисконтестаціи, а съ момента оповѣщенія должника (denuntiatio) о томъ, что такое-то лицо стало procurator in rem suam. Съ этого момента только послѣдній можетъ требовать исполненія отъ должника, должникъ обязанъ платить только ему.

Послѣ этой реформы сохранилось только одно практическое неудобство, заключающееся въ томъ, что для дѣйствительности цессіи недостаточно одного неформальнаго соглашенія между заинтересованными лицами, а требуется выдача mandatum agendi, въ силу котораго цессіонарій только и пріобрѣталъ право иска противъ должника. Классическіе юристы съумѣли обойти и это неудобство. А именно, они признали, что первоначальный кредиторъ (цедентъ) уступаетъ не свое право иска, а вообще *осуществленіе* своего права требованія другому лицу (цессіонарію). Въ силу акта цессіи, который можетъ быть произведенъ неформально, цессіонарій пріобрѣтаетъ самостоятельный искъ— utilis actio suo nomine противъ должника (debitor cessus). Слѣдовательно, онъ уже не нуждается въ actio cessa, въ спеціальной уступкѣ иска со стороны цедента, поэтому онъ можетъ обойтись и безъ mandatum agendi.

Современная доктрина, наконецъ, сдѣлала послѣдній шагъ: она признала, что на основаніи цессіи къ цессіонарію переходитъ не только *осуществленіе* обязательственнаго требованія первоначальнаго кредитора, но самое это требованіе. Она, поэтому, и опредѣляетъ цессію, какъ переходъ обязательственнаго требованія отъ одного кредитора къ другому. Правда есть еще и теперь ученые, которые стоятъ на точкѣ зрѣнія классическихъ римскихъ юристовъ и утверждаютъ, что кредиторъ не можетъ перенести самое право требованія на другое лицо, а только переноситъ осуществленіе этого права. Но они упускаютъ при этомъ изъ виду, что реальнаго различія между тѣмъ и другимъ не существуетъ, и что для насъ необязательны конструкціи римскихъ юристовъ, поскольку онѣ вызваны исключительно желаніемъ сохранить pro forma отжившіе принципы, лишенные, благодаря этимъ же конструкціямъ, всякаго содержанія.

§ 218. Условія цессіи.

Цессія въ тѣсномъ смыслѣ есть волеизъявленіе кредитора, въ силу котораго онъ переноситъ свое обязательственное требованіе на другое лицо. Цессія можетъ быть выражена въ завѣщательномъ распоряженіи (legatum nominis) или въ договорномъ соглашеніи. Цессія по общему правилу есть *актъ неформальный*. Для дѣйствительности ея не требуется согласіе должника.

Отъ акта цессіи (т.-е. самой передачи требованія) надо отличать основаніе ея, causa cessionis. Основаніемъ цессіи можетъ служить прежде всего юридическая сдѣлка, напр., продажа требованія, обмѣнъ его, дареніе и т. д. Нерѣдко, благодаря неформальному характеру цессіи, оба эти момента съ внѣшней стороны совпадаютъ. Такъ, напр., если

А заявляетъ В, что онъ даритъ ему свое требованіе противъ С, и В изъявляетъ свое согласіе на принятіе дара, требованіе тѣмъ самымъ должно быть признано цедированнымъ, ибо А, дѣлая такое заявленіе, тѣмъ самымъ, очевидно, желалъ перенести всѣ свои права изъ требованія на В. То же самое слѣдуетъ сказать въ случаѣ продажи, обмѣна требованія и т. д.

Но, конечно, такое совпаденіе обоихъ моментовъ (акта цессіи съ основаніемъ ея) не всегда встрѣчается. Такъ, самой цессіи можетъ предшествовать особое pactum de cedendo, которое въ такомъ случаѣ и служитъ основаніемъ ея и даетъ право требовать совершенія самой цессіи (напр., А даетъ В обѣщаніе подарить ему свое требованіе противъ С,—тутъ В можетъ требовать исполненія этого обѣщанія, т.-е. цессіи требованія). Сверхъ того, основаніемъ цессіи можетъ служить и *спеціальное предписаніе закона*, въ силу котораго кредиторъ обязывается уступить свое требованіе другому лицу. Въ такомъ случаѣ, соотвѣтствующая законная обязанность и даетъ право требовать совершенія цессіи.

Отношеніе между актомъ цессіи и основаніемъ цессіи такое же, какъ отношеніе между традиціей и causa traditionis (ср. § 118). Подобно традиціи и цессія есть *абстрактный* актъ, т.-е. дѣйствительность акта цессіи не зависитъ отъ дѣйствительности или неоспоримости основанія цессіи. Ср. Дернбургъ, Pandekten II, § 49.

Иногда, переходъ требованія совершается помимо особаго волеизъявленія кредитора на основаніи судебнаго приговора или спеціальнаго постановленія закона. Въ случаяхъ такого рода нельзя собственно говорить о цессіи въ тѣсномъ смыслѣ, судебное опредѣленіе и спеціальное постановленіе только *замѣняютъ* цессію. Иногда, такой переходъ обязательственныхъ требованій называютъ cessio necessaria, въ противоположность чему цессія въ тѣсномъ смыслѣ называется cessio voluntaria.

§ 219. Послѣдствія цессіи.

Вопросъ о юридическихъ послѣдствіяхъ цессіи можетъ быть разбитъ на нѣсколько частныхъ вопросовъ:

I. *Соотношеніе между цессіей и денунціаціей.* 1) *Пока должникъ* (debitor cessus) *не поставленъ въ извѣстность о переходѣ обязательственнаго требованія къ другому лицу, онъ можетъ освободиться отъ своего обязательства путемъ уплаты долга первоначальному кредитору.* Тутъ и возникаетъ вопросъ: какое же положеніе существуетъ до denuntiatio, т.-е. до оповѣщенія должника о переходѣ требованія къ цессіонарію? Продолжаетъ ли до этого времени цедентъ быть кредиторомъ или нѣтъ? Вопросъ этотъ очень спорный. Правильнѣе отвѣтить на него отрицательно и признать, какъ то дѣлаютъ Беръ и Дернбургъ, что съ момента цессіи кредиторомъ является единственно только цессіонарій; denuntiatio служитъ для него лишь средствомъ обезпеченія цессіи. Иного мнѣнія Виндшейдъ и др.; они полагаютъ, что до оповѣщенія должника существуютъ два кредитора, цедентъ и цессіонарій. 2) Другой вопросъ: кѣмъ должна быть произведена denuntiatio—цедентомъ или цессіонаріемъ—можетъ ли она быть произведена и третьими лицами? По мнѣнію Виндшейда и его сторонниковъ, оповѣщеніе должника необходимо должно исходить отъ цессіонарія. По мнѣнію Дернбурга, она можетъ быть совершена какъ цедентомъ, такъ и цессіонаріемъ. По мнѣнію Бера, достаточно, если должникъ получитъ достовѣрныя свѣдѣнія со стороны, чрезъ третьихъ лицъ, о томъ, что состоялась цессія. Послѣднее мнѣніе представляется наиболѣе правильнымъ, ибо разъ должникъ достовѣрно знаетъ, что цессія состоялась, онъ поступилъ бы неправильно, производя уплату цеденту, переставшему быть кредиторомъ. 3) Наконецъ, что происходитъ въ томъ случаѣ, если до оповѣщенія кредиторъ переуступитъ уступленное уже разъ требованіе другому лицу, и послѣднее оповѣститъ должника раньше о цессіи, чѣмъ первый цессіонарій? Опять вопросъ очень спорный. Слѣдуетъ признать, что кредиторомъ можетъ считаться только первый цессіонарій, такъ что если должникъ успѣлъ

заплатить долгъ другому, первый можетъ требовать отъ него выдачи полученныхъ денегъ. Въ случаѣ спора между нѣсколькими цессіонаріями должникъ можетъ освободиться отъ всякой отвѣтственности путемъ судебной депозиціи долга.

II. *Предѣлы отвѣтственности должника предъ цессіонаріемъ. Цедированное требованіе переходитъ къ цессіонарію въ томъ же самомъ объемѣ, въ какомъ оно принадлежало цеденту*, слѣдовательно, со всѣми тѣми выгодами и акцессорными правами, вытекающими, напр., изъ поручительства или залога, которыя до цессіи были связаны съ нимъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и со всѣми ограниченіями, которыя лежали на немъ. Поэтому должникъ можетъ противопоставлять цессіонарію всѣ тѣ возраженія, которыя онъ могъ предъявлять и противъ цедента.

III. *Отношенія между цедентомъ и цессіонаріемъ. Права и обязанности цедента и цессіонарія опредѣляются характеромъ и содержаніемъ сдѣлки, лежащей въ основаніи цессіи.* Отъ нея зависитъ, отвѣчаетъ ли цедентъ за вѣрность уступленнаго требованія, verum nomen esse, а, быть можетъ, и за надежность его, bonum nomen esse. In dubio цедентъ отвѣчаетъ только за verum nomen, но не за bonum nomen, да и первое признано въ качествѣ общаго правила только относительно тѣхъ цессіонныхъ сдѣлокъ, при которыхъ цедентъ получаетъ встрѣчную выгоду отъ цессіонарія.

Независимо отъ этого, цессія, во всякомъ случаѣ, имѣетъ то послѣдствіе, что цедентъ не можетъ препятствовать цессіонарію требовать исполненія отъ должника; сверхъ того, онъ по общему правилу обязанъ сдать цессіонарію все, что служитъ доказательствомъ требованія или что можетъ способствовать взысканію по оному, равно какъ и все то, что онъ получитъ отъ должника послѣ цессіи.

§ 220. Ограниченія цессіи.

I. *По отношенію къ объекту ея. Объектомъ цессіи могутъ служить не только обязательственныя требованія, но и вещныя притязанія*, за нижеслѣдующими исключеніями: не могутъ быть цедированы: 1) требованія, объемъ которыхъ зависитъ отъ личности кредитора, такъ какъ въ такихъ случаяхъ замѣна одного кредитора другимъ равносильна измѣненію самого требованія (напр., требованіе, направленное на установленіе servitus usus); 2) требованія, которыя преслѣдуютъ личное удовлетвореніе кредитора, каковой характеръ они должны утратить съ замѣной его другимъ лицомъ (напр., actiones vindictam spirantes); 3) кромѣ того, нѣкоторыя требованія не могутъ быть цедированы на основаніи позитивнаго предписанія закона (напр., спорныя требованія, такъ называемыя actiones litigiosae; далѣе нельзя цедировать опекунамъ требованія противъ опекаемыхъ).

II. *По отношенію къ послѣдствіямъ ея.* Императоръ Анастасій издалъ особое постановленіе (lex Anastasiana), въ силу котораго *цессіонарій, пріобрѣтшій требованіе на основаніи купли-продажи, не можетъ требовать отъ должника уплаты большей суммы, чѣмъ какую онъ самъ заплатилъ цеденту, съ начетомъ лишь законныхъ процентовъ* (напр., если А купилъ требованіе В противъ С, номинальная стоимость котораго равна 1000 руб., за 500 руб., онъ и не можетъ требовать отъ С уплаты больше 500 руб. плюсъ проценты съ нихъ). Впрочемъ, это ограниченіе касается только покупки денежныхъ требованій, и изъ него были допущены нѣкоторыя изъятія.

Глава VII. Прекращеніе обязательствъ.

§ 221. Общія положенія.

Нормальнымъ способомъ прекращенія обязательства слѣдуетъ признать исполненіе его. Сверхъ того, существуетъ еще рядъ способовъ прекращенія обязательствъ,

изъ которыхъ одни прекращаютъ обязательство ipso jure, а другіе ope exceptionis,— различіе, которое и въ современномъ правѣ не утратило своего значенія.

§ 222. Исполненіе (solutio) [1]).

Исполненіе есть доставленіе должнаго.

Кто имѣетъ право принимать исполненіе и кто можетъ доставить исполненіе. Исполненіе обязательства непосредственно прекращаетъ его; исполненіе можетъ принять: a) самъ *кредиторъ*, разъ онъ пользуется соотвѣтствующей дѣеспособностью; b) его законный или иной *представитель*, облеченный надлежащими полномочіями; c) тотъ, на кого при самомъ заключеніи обязательства было указано должнику, какъ на лицо, которому онъ можетъ произвести уплату вмѣсто самого кредитора, salutionis causa adjectus.

Не требуется, по общему правилу, чтобы самъ должникъ исполнилъ обязательство; за него это можетъ сдѣлать и другое лицо, даже помимо и противъ его воли. Исключеніе составляетъ только такія обязательства, при которыхъ требуется, такъ называемое, личное дѣйствіе должника (напр., художникъ взялся написать портретъ).

Если даже исполненіе не удовлетворяетъ указаннымъ условіямъ, т.-е. доставлено не тому лицу, которому должно было быть доставлено, оно тѣмъ не менѣе приводитъ къ прекращенію обязательственнаго отношенія, разъ кредиторъ въ концѣ концовъ получаетъ свое. Сюда относится, напр., тотъ случай, когда уплата будетъ доставлена недѣеспособному кредитору, или наслѣдодателю кредитора, или negotiorum gestor'у кредитора (т.-е. лицу, которое управляетъ его дѣлами, не имѣя на то полномочія), если онъ передастъ полученное кредитору.

§ 223. Предметъ и порядокъ исполненія.

Предметъ исполненія опредѣляется предметомъ требованія. Кредиторъ, по общему правилу, не можетъ быть принужденъ къ принятію ни части уплаты, ни иного предмета взамѣнъ того, который онъ въ правѣ требовать. Если существуетъ нѣсколько однородныхъ требованій между одними и тѣми же лицами, въ особенности нѣсколько денежныхъ долговъ, возникшихъ въ разное время, и должникъ производитъ уплату въ счетъ ихъ, то отъ него же зависитъ указать, какое изъ этихъ требованій должно быть погашено произведенной уплатой. Когда онъ этого не опредѣлилъ, то выборъ предоставляется кредитору съ тѣмъ, однако, что онъ долженъ имѣть въ виду при этомъ интересы должника. Поэтому, онъ долженъ зачесть полученную уплату въ тотъ изъ числа долговъ, который наиболѣе обременителенъ, т.-е. въ процентный, или обезпеченный залогомъ, или поручительствомъ и т. д. Если должникъ встрѣчаетъ препятствія къ исполненію, и, въ частности, если кредиторъ находится in mora accipiendi, должникъ можетъ освободиться отъ своей обязанности посредствомъ *судебной депозиціи*, а при извѣстныхъ условіяхъ отдѣлаться отъ вещи, составляющей объектъ требованія, и инымъ путемъ, напр., посредствомъ продажи ея за счетъ кредитора.

§ 224. Время исполненія.

По общему правилу, кредиторъ можетъ требовать исполненія, а должникъ обязанъ исполнить обязательство тотчасъ же по возникновеніи его во всякое, не неудобное къ

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 55. Windscheid, ук. соч. II, § 342 сл.

тому время. Нерѣдко, однако, необходимость нѣкоторой отсрочки вытекаетъ уже изъ самой сущности обязательства (напр., А взялся доставить вещи В изъ другого города). Наконецъ, возможно прямое соглашеніе относительно срока исполненія. Указаніе срока можетъ быть сдѣлано какъ въ интересахъ кредитора, такъ и въ интересахъ должника; in dubio предполагается послѣднее (diei adjectio pro reo est); это значитъ, что in dubio должникъ не обязанъ исполнить его раньше, но можетъ это сдѣлать, если пожелаетъ.

Преждевременное исполненіе обязательства со стороны должника можетъ доставить кредитору непредусмотрѣнную выгоду въ томъ смыслѣ, что онъ раньше, чѣмъ имѣлъ право, вступаетъ въ обладаніе объектомъ обязательственнаго отношенія. Въ частности, если должникъ исполняетъ до срока безпроцентный долгъ, то кредиторъ выигриваетъ, а должникъ теряетъ проценты за промежуточное время, такъ назыв., interusurium. Тѣмъ не менѣе, должникъ, по общему правилу, не въ правѣ сдѣлать изъ суммы долга соотвѣтствующій вычетъ, если не существовало особаго соглашенія на этотъ счетъ между сторонами.

§ 225. Мѣсто исполненія.

Мѣсто исполненія нерѣдко вытекаетъ изъ самаго характера и содержанія обязательственнаго отношенія (напр., обязательство направлено на передачу какого-нибудь опредѣленнаго участка). Нерѣдко существуетъ особое соглашеніе между сторонами о мѣстѣ исполненія,—возможно и альтернативное указаніе на то или другое мѣсто исполненія. Въ такихъ случаяхъ кредиторъ по общему правилу не обязанъ принимать исполненія въ другомъ мѣстѣ, должникъ не обязанъ исполнить въ другомъ мѣстѣ. Впрочемъ, кредиторъ можетъ предъявить искъ объ исполненіи и въ другомъ мѣстѣ, требуя, чтобъ должникъ исполнилъ обязательство либо въ условленномъ мѣстѣ, либо въ мѣстѣ предъявленія иска, съ принятіемъ въ расчетъ въ послѣднемъ случаѣ возможнаго убытка, который можетъ быть связанъ для той или другой стороны съ тѣмъ обстоятельствомъ, что обязательство исполняется не въ томъ мѣстѣ, какое первоначально имѣлось въ виду. У римлянъ для этой цѣли былъ введенъ особый искъ actio de eo, quod certo loco dari oportet. Ср. Дернбургъ, Pandekten, II, § 33. Если мѣсто исполненія не явствуетъ изъ самаго содержанія сдѣлки, и на этотъ счетъ ничего не было условлено сторонами, то судъ въ случаѣ спора о томъ, гдѣ обязательство должно быть исполнено, долженъ принять во вниманіе вѣроятную волю сторонъ и особенности существующаго между ними обязательственнаго отношенія. Если не существуетъ какихъ-нибудь особыхъ соображеній на этотъ счетъ, должникъ можетъ исполнить обязательство въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ застанетъ кредитора, и обязанъ исполнить его въ томъ мѣстѣ, гдѣ къ нему будетъ предъявленъ искъ.

§ 226. Модификаціи исполненія.

I. *Модификаціи предмета исполненія.*

Aestimatio. Иногда кредиторъ, вмѣсто полученія настоящаго объекта обязательственнаго требованія, долженъ довольствоваться денежнымъ вознагражденіемъ въ размѣрѣ нормальной стоимости предмета (такъ назыв., aestimatio). Это бываетъ въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда первоначальный объектъ не можетъ быть доставленъ, при чемъ предполагается, что самое требованіе вслѣдствіе этого не прекратилось и что нѣтъ налицо вины должника, порождающей иныя притязанія. Сюда относится, напр., отказъ со стороны наслѣдодателя завѣдомо чужой вещи. Наслѣдникъ въ такомъ случаѣ обязанъ возмѣстить легатару только объективную стоимость вещи, разъ онъ не могъ пріобрѣсти ее по сходной цѣнѣ, ср. 1. 14 § 2 D. de leg. III (32).

Datio in solutum. По общему правилу, кредиторъ не можетъ быть принужденъ противъ воли къ принятію въ счетъ долгового требованія чего-либо иного, чѣмъ то, что составляетъ предметъ этого требованія: aliud pro alio invito creditori solvi non protest.

Но *съ согласія* его такая замѣна непосредственнаго предмета требованія какими-либо иными благами можетъ имѣть мѣсто. Это и есть datio in solutum. — Въ одномъ случаѣ римское право, впрочемъ, идетъ дальше, а именно при обязательствахъ денежныхъ, если кредиторъ будетъ настаивать на уплатѣ, а должникъ денегъ достать не можетъ, то кредиторъ обязанъ довольствоваться (когда должникъ предлагаетъ въ качествѣ уплаты свою недвижимость), принятіемъ вмѣсто денегъ такой недвижимости. Это такъ нааыв. beneficium dationis in solutum. Однако, кредиторъ обязанъ принять въ такихъ случаяхъ только наиболѣе цѣнныя недвижимости должника, причемъ оцѣнка ихъ стоимости производится судомъ. Datio in solutum уподобляется куплѣ-продажѣ, т.-е. дѣло разсматривается такъ, какъ будто вещь продана за цѣну, соотвѣтствующую первоначальному долгу должника. Если окажется, что со стороны должника кредитору были переданы въ уплату чужія вещи, то кредиторъ въ случаѣ эвикціи этихъ вещей можетъ потребовать возмѣщенія соотвѣтствующаго убытка; альтернативно онъ имѣетъ право предъявить ко взысканію и первоначальное свое требованіе, которое на этотъ случай считается какъ бы непогашеннымъ.

II. *Модификаціи относительно времени исполненія. Moratorium.* Должникъ при извѣстныхъ условіяхъ можетъ получить отсрочку по исполненію обязательства противъ воли кредитора, т.-е. можетъ быть установленъ срокъ, въ теченіе котораго онъ не можетъ быть принужденъ къ исполненію. На соотвѣтствующій срокъ пріостанавливается теченіе исковой давности по искамъ кредиторовъ. Это допускается: а) по постановленію большинства кредиторовъ на срокъ не выше 5 лѣтъ; большинство опредѣляется величиною требованій; b) на основаніи особой грамоты правителя страны, обыкновенно тоже на 5 лѣтъ.

Cessio bonorum. Въ случаѣ несчастной несостоятельности должникъ по римскому праву могъ уклониться отъ судебнаго преслѣдованія со стороны своихъ кредиторовъ уступкой имъ всего своего имущества. Сдѣлавъ это, онъ могъ противопоставить всѣмъ искамъ по обязательственнымъ отношеніямъ, возникшимъ до цессіи имущества, соотвѣтствующее возраженіе. Однако, если кредиторы не получали полнаго удовлетворенія, они сохраняли право требовать дополнительныхъ уплатъ на тотъ случай, если имущественное положеніе должника вновь поправится. Слѣдовательно, cessio bonorum не влекла за собою прекращенія обязательствъ должника, а только лишала кредиторовъ возможности получить тотчасъ же полное удовлетвореніе.

Beneficium competentiae (ср. Ефимовъ. Посильная отвѣтственность должника). Преторскій эдиктъ въ извѣстныхъ случаяхъ призналъ, что неоплатный должникъ долженъ быть присужденъ лишь in quantum facere potest. Первоначально это означало только, что должникъ въ соотвѣтствующихъ случаяхъ освобождается отъ личной отвѣтственности, не подлежитъ личному задержанію за долги, а отвѣтственность ограничивается его имуществомъ. Въ императорскомъ правѣ этой льготѣ постепенно стали придавать тотъ смыслъ, что non totum, quod habet, ei extorquendum, т.-е. должнику при взысканіи соотвѣтствующихъ долговыхъ требованій изъ его имущества должны быть оставлены средства, необходимыя для дальнѣйшаго существованія его: actio danda est, ut ipsi *aliquid sufficiens* relinquatur.—Въ частности, этой льготой могли воспользоваться: 1) солдаты, 2) восходящіе по отношенію къ нисходящимъ родственникамъ, 3) супруги по отношенію другъ къ другу, 4) бывшія подвластныя дѣти, которыя недавно выбыли изъ-подъ отцовской власти, не получивъ сколько-нибудь значительной части отцовскаго имущества, по поводу долговыхъ обязательствъ, возникшихъ во время состоянія ихъ подъ отцовской властью, 5) даритель, отъ котораго требуютъ исполненія даренія, 6) товарищи противъ требованій, возникающихъ изъ товарищескихъ отношеній, и т. д.—Beneficium competentiae могъ быть предъявленъ не только во время разбора дѣла, но даже въ стадіи исполнительнаго производства. Однако, въ случаѣ послѣдующаго улучшенія имущественнаго положенія должника, кредиторъ можетъ требовать доплаты остальной части долга. Beneficium competentiae не допускается, поскольку данное требованіе возникло ex delicto должника, или вызвано недобросовѣстностью его (dolus), и отпадаетъ по общему правилу въ случаѣ добровольнаго отреченія отъ него со стороны должника.

§ 227. Доказательства исполненія.

Доказать исполненіе долженъ тотъ, кто на него ссылается. Чтобъ имѣть доказательство произведеннаго исполненія, должникъ можетъ требовать выдачи квитанціи, apocha. Однако, на основаніи постановленія Юстиніана, квитанція получаетъ полную силу только по истеченіи 30 дней со дня выдачи ея, до этого времени она можетъ быть устранена путемъ предъявленія querela non numeratae pecuniae. При срочныхъ платежахъ, выдача квитанціи за послѣдніе три платежа создаетъ презумпцію въ пользу того, что и всѣ прежніе платежи были произведены своевременно. Презумпція въ пользу погашенія долга возникаетъ и вслѣдствіе возврата или надорванія и т. д. долговой росписки должника.

§ 228. Зачетъ.[1]) Понятіе и условія зачета.

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio, говорятъ источники, т.-е. *зачетъ есть погашеніе одного требованія другимъ встрѣчнымъ*. Зачетъ всегда можетъ имѣть мѣсто по добровольному соглашенію между сторонами. Но должникъ при извѣстныхъ условіяхъ можетъ предъявить къ зачету свое встрѣчное требованіе и противъ воли кредитора, хотя бы это встрѣчное требованіе возникло изъ другого правоотношенія, чѣмъ требованіе кредитора (ex dispari causa). 2) Въ частности, для зачета требуется: a) *Существованіе встрѣчнаго требованія*, не обезсиленнаго возраженіемъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается даже предъявленіе къ зачету натуральныхъ требованій, однако далеко не всѣ натуральныя требованія могутъ быть предъявлены къ зачету. b) Встрѣчное требованіе должно принадлежать самому должнику, непосредственно или въ качествѣ цессіонарія (впрочемъ, поручитель можетъ предъявить къ зачету встрѣчныя требованія должника, за котораго онъ поручился). c) Первоначальное и встрѣчное требованіе должны быть *однородны* по содержанію (in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est, veluti pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino). b) Встрѣчному требованію долженъ былъ *наступить срокъ*. e) Сверхъ того, если встрѣчное требованіе вытекаетъ non ex eadem causa, т.-е. изъ другого правоотношенія, чѣмъ первоначальное, оно должно быть *безспорное* или, по крайней мѣрѣ, оно не должно быть сопряжено съ многосложнымъ производствомъ, которое могло бы замедлить разборъ требованія истца.

§ 229. Порядокъ предъявленія и послѣдствія зачета.

Одновременное существованіе прямого и встрѣчнаго требованія само по себѣ не уничтожаетъ ни того, ни другого. Съ одной стороны, кредиторъ по своему усмотрѣнію можетъ предъявить ко взысканію либо все свое требованіе цѣликомъ, либо за вычетомъ изъ него встрѣчнаго требованія должника; съ другой стороны, должникъ, когда къ нему предъявляется требованіе кредитора въ цѣломъ объемѣ, можетъ либо предъявить свое требованіе къ зачету, либо предъявить впослѣдствіи самостоятельный искъ.

Если должникъ воспользуется своимъ правомъ предъявленія встрѣчнаго требованія къ кредитору, то требованіе кредитора въ соотвѣтствующей степени признается погашеннымъ, и притомъ не съ момента только предъявленія зачета, а уже съ того момента, когда оба требованія вообще могли быть предъявлены къ зачету другъ противъ друга; съ этого именно момента считается прекратившейся обязанность должника платить проценты, какъ равно съ этого времени немыслима просрочка. Если зачетъ будетъ устра-

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 62 сл. Windscheid, ук. соч. II, § 348 сл.

ненъ судебнымъ опредѣленіемъ, то принимается во вниманіе, сдѣлано ли это вслѣдствіе признанія самаго требованія неосновательнымъ, или же вслѣдствіе того, что представлялись затрудненія къ зачету; въ первомъ случаѣ самостоятельное осуществленіе такого требованія по вступленіи судебнаго опредѣленія въ законную силу не можетъ имѣть уже мѣста, во второмъ оно допускается.

§ 230. Ограниченія права зачета.

На основаніи ряда спеціальныхъ постановленій *противъ нѣкоторыхъ требованій не допускается предъявленіе къ зачету встрѣчныхъ требованій.* А именно, зачетъ не допускается: 1) въ случаѣ заявленнаго должникомъ отказа отъ права зачета; 2) по отношенію къ требованіямъ, вытекающимъ изъ договора поклажи, ср. 1. 11 pr. Cod. depos. 4,34: si quis pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei, qui deposuerit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat; 3) по отношенію къ требованіямъ, вытекающимъ изъ неправомѣрнаго присвоенія чужого владѣнія; 4) по отношенію къ требованіямъ объ алиментахъ; 5) по отношенію къ нѣкоторымъ требованіямъ фиска и городскихъ общинъ.

§ 231. Отреченіе [1]).

Всякое обязательство можетъ быть прекращено по взаимному соглашенію между сторонами, т.-е. кредиторъ отказывается отъ своего требованія, а должникъ принимаетъ его отреченіе.

Въ чистомъ римскомъ правѣ существовало нѣсколько формъ отреченія. Исходной точкой въ этомъ отношеніи служилъ принципъ, что форма отреченія должна соотвѣтствовать формѣ заключенія обязательства. Поэтому, напр., для прекращенія консенсуальныхъ контрактовъ, пока не было еще приступлено къ исполненію ихъ, считалось достаточнымъ неформальное отреченіе (contrarius consensus или mutuus dissensus), такъ какъ и для заключенія такихъ договоровъ требовалось только неформальное соглашеніе между сторонами. Напротивъ, для прекращенія стипуляціи требовалось формальное отреченіе, такъ наз., acceptilatio (должникъ спрашивалъ кредитора: habesne acceptum?—и тотъ отвѣчалъ: habeo). Нерѣдко нестипуляціонное обязательство превращалось въ стипуляцію (посредствомъ новаціи, т.-е. замѣны прежняго обязательства новымъ, стипуляціоннымъ), которая затѣмъ прекращалась посредствомъ acceptilatio. Съ теченіемъ времени, однако, было признано достаточнымъ для всякаго рода обязательствъ неформальное отреченіе, pactum de non petendo, правда, только до извѣстной степени. Именно, такое неформальное отреченіе по общему правилу не прекращало обязательства ipso jure, а только ope exceptionis, т.-е. обязательство формально продолжало существовать, но могло быть обезсилено противопоставленіемъ иску—возраженія, такъ назыв., exceptio pacti de non petendo.

Въ современномъ правѣ акцептиляція отпала, и сохранилось только *неформальное отреченіе*, открытое или безмолвное. Неформальное отреченіе по общему правилу прекращаетъ обязательство. Но, конечно, если существуетъ нѣсколько кредиторовъ или нѣсколько должниковъ по требованію, то возможно отреченіе въ пользу одного только изъ должниковъ или со стороны одного только изъ кредиторовъ. Равнымъ образомъ возможно частичное отреченіе въ томъ смыслѣ, что кредиторъ прощаетъ только часть долга. Causa отреченія можетъ быть самая разнообразная, такъ, напр., отреченіе можетъ быть совершено donationis causa или transactionis causa, (т.-е. въ основаніи его лежитъ мировая сдѣлка; кредиторъ отказывается, напр., отъ части своего требованія, съ тѣмъ,

[1]) Dernburg, ук соч. II, § 65—66. Windscheid, ук. соч. II. § 357—358.

чтобы обезпечить себѣ этимъ уплату остальной части), и т. д. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается, на основаніи спеціальнаго предписанія закона, *вынужденное отреченіе отъ части обязательственнаго требованія*, по постановленію большинства кредиторовъ, вопреки волѣ меньшинства. Въ чистомъ римскомъ правѣ это допускалось только, если открывалось наслѣдство, переобремененное долгами, и наслѣдникъ не соглашался на принятіе наслѣдства безъ предварительнаго отреченія кредиторовъ наслѣдодателя отъ части ихъ претензій, причемъ, разъ нельзя было достигнуть единогласія, нужно было испросить судебный декретъ. Позднѣйшая практика стала допускать такой принудительный отказъ во всѣхъ случаяхъ несостоятельности должника во избѣжаніе открытія конкурса.

§ 232. Обновленіе (novatio) [1]).

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur, говорятъ источники. Итакъ, *обновленіе есть прекращеніе одного обязательства путемъ замѣны его новымъ*. Обновлять можно и натуральныя обязательства, но не недѣйствительныя. Въ римскомъ правѣ novatio могла быть совершена только посредствомъ стипуляціи, въ современномъ правѣ достаточно неформальнаго соглашенія между сторонами на этотъ счетъ. Необходимымъ условіемъ для новаціи является animus novandi, т.-е. стороны должны именно желать, чтобы новое обязательство вполнѣ замѣнило собою старое, а не только стало на ряду съ нимъ. Впрочемъ, не требуется, чтобы animus novandi былъ прямо выраженъ, достаточно, если онъ явствуетъ изъ обстоятельствъ дѣла.

Новація можетъ быть двухъ родовъ: a) она можетъ быть заключена *тѣми же лицами*, которыя участвовали и въ прежнемъ обязательствѣ; въ такомъ случаѣ, новое обязательство не должно быть вполнѣ тождественно съ прежнимъ, ибо тогда бы новація была безцѣльна,—измѣненіе можетъ заключаться, напр,, во включеніи или исключеніи срока или условія, или въ освобожденіи должника отъ залога или поручительства и т. д.; b) при новаціи можетъ имѣть мѣсто *замѣна* прежняго кредитора—новымъ, или прежняго должника—новымъ. Замѣна одного кредитора другимъ непремѣнно предполагаетъ согласіе прежняго кредитора. Она происходитъ въ формѣ, такъ назыв., delegatio nominis, т.-е. прежній кредиторъ, делегантъ, направляетъ новаго кредитора, делегатарія, къ должнику, делегату, который даетъ новому кредитору соотвѣтствующее обѣщаніе. Напротивъ, замѣна одного должника другимъ можетъ произойти и помимо воли прежняго должника, посредствомъ простой expromissio. Но, конечно, такая замѣна прежняго должника новымъ можетъ произойти и по желанію, и при участіи прежняго должника, въ формѣ, такъ назыв., delegatio debiti; въ такомъ случаѣ, делегантомъ является прежній должникъ, делегатаріемъ—кредиторъ, а делегатомъ—новый должникъ.

Новація ведетъ къ полному прекращенію прежняго обязательственнаго отношенія со всѣми акцессорными правами.

§ 223. Мировая сдѣлка (transactio) [2]).

1) *Подъ мировой сдѣлкой разумѣется такой договоръ, которымъ юридическое отношеніе, существующее между двумя сторонами, изъ спорнаго или возбуждающаго какое-либо иное сомнѣніе, обращается, посредствомъ взаимныхъ, со стороны участвующихъ лицъ, уступокъ, въ безспорное и несомнѣнное*. Въ частности, предметомъ мировой сдѣлки могутъ служить не только обязательственныя требованія и

---

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 59—60. Windscheid, ук. соч. II, § 353 сл.
[2]) Dernburg, ук. соч. II, § 109. Windscheid, ук. соч. II, § 413—414.

вещныя притязанія, но и права семейственныя и по наслѣдованію. Поводомъ къ совершенію мировой сдѣлки можетъ явиться какъ спорный характеръ отношенія, такъ и неизвѣстность относительно размѣра его, (напр., въ случаѣ назначенія пожизненной ренты), равно неувѣренность относительно фактической возможности реализаціи даннаго притязанія (напр., въ случаѣ грозящей несостоятельности должника).—Съ другой стороны разъ нѣтъ сомнѣній или неизвѣстности, то нѣтъ мѣста и для мировой сдѣлки. Поэтому, дѣло, оконченное вошедшимъ въ силу судебнымъ рѣшеніемъ, не можетъ быть объектомъ мировой сдѣлки. 2) Содержаніе мировой сдѣлки можетъ быть самое разнообразное. Мировая сдѣлка можетъ содержать полное или частичное признаніе или отреченіе отъ извѣстныхъ правъ; напр., А за извѣстную сумму денегъ вовсе отказывается отъ права оспаривать завѣщаніе, или лицо отказывается отъ части своего требованія взамѣнъ признанія его безспорнымъ въ остальныхъ частяхъ. Съ другой стороны, контрагенты на основаніи ея могутъ принять на себя новыя обязанности. Въ послѣднемъ случаѣ на основаніи мировой сдѣлки возникаетъ искъ объ исполненіи соотвѣтствующаго обязательства. Такимъ искомъ въ чистомъ римскомъ правѣ (поскольку соотвѣтствующія обѣщанія не были облечены въ форму стипуляціи) служила *actio praescriptis verbis*: этотъ искъ предполагалъ, что сторона, предъявляющая его, сама уже исполнила то, что отъ нея требовалось на основаніи мировой сдѣлки. Въ современномъ римскомъ правѣ, конечно, можно требовать исполненія, основываясь просто на фактѣ заключенія мировой сдѣлки.—3) Мировая сдѣлка можетъ быть оспорена на общемъ основаніи въ случаѣ принужденія, въ случаѣ обмана и въ томъ случаѣ, если обстоятельства, принятыя сторонами за вѣрныя при заключеніи мировой, окажутся невѣрными. Но послѣдующее устраненіе неизвѣстности, побудившей стороны—вступить въ мировую сдѣлку, не считается поводомъ для оспариванія ея. Мировая сдѣлка, на основаніи которой установленная по завѣщательному распоряженію обязанность лица содержать (алиментировать) другое лицо прекращается на будущее время вполнѣ или отчасти, взамѣнъ уплаты опредѣленной суммы денегъ или доставленія какого-нибудь опредѣленнаго блага, становится дѣйствительной лишь по *судебномъ утвержденіи ея*.

Особый видъ мировой сдѣлки представляетъ *соглашеніе*, въ силу котораго предоставляется рѣшить вопросъ о существованіи или объемѣ спорнаго отношенія посредствомъ присяги, приносимой одною изъ сторонъ. Тотъ, кто предлагаетъ принести присягу, тѣмъ самымъ подчиняется тому, что подъ клятвою будетъ заявлено противной стороной. Клятва порождала actio и exceptio jurisjurandi.

§ 234. Компромиссъ (третейскій договоръ) [1]).

Компромиссомъ (compromissum) *называется соглашеніе, въ силу котораго стороны представляютъ рѣшеніе своего дѣла избранному ими въ качествѣ третейскаго судьи частному лицу*. Компромиссъ обыкновенно у римлянъ совершался въ той формѣ, что стороны заключали между собою, въ видахъ обезпеченія явки и подчиненія рѣшенію третейскаго суда, взаимныя stipulationes poenae (обѣщанія неустойки)—такъ назыв., poena или pecunia compromissa, откуда и самое названіе этого договора. Компромиссъ влечетъ за собою одинаковыя съ мировой сдѣлкой послѣдствія; стороны обязаны подчиниться рѣшенію третейскаго судьи (arbiter); если третейскій судья откажетъ сторонѣ въ части или во всемъ ея требованіи, послѣднее тѣмъ самымъ прекращается.

2) Для дѣйствительности компромисса требуется: a) надлежащая право- и дѣеспособность избраннаго сторонами третейскаго судьи; b) принятіе имъ этой обязанности, recepium; c) надлежащее выполненіе имъ своей обязанности. Рѣшеніе (arbitrium) предполагаетъ предварительный разборъ дѣла; если избрано нѣсколько лицъ въ третейскіе судьи, то дѣло рѣшается по большинству голосовъ, а если голоса подѣлятся поровну, то сто-

[1]) Dernburg, ук. соч. I, § 165. Windscheid, ук. соч. II, § 415 сл.

роны или сами третейскіе судьи избираютъ старшину (superarbiter), который постановляетъ окончательное рѣшеніе. Разъ постановленное рѣшеніе не можетъ уже быть измѣняемо. Но самое соглашеніе о рѣшеніи дѣла третейскимъ судомъ можетъ быть отмѣнено по взаимному соглашенію между сторонами и по нѣкоторымъ другимъ причинамъ.

3) Что касается *юридической силы* компромисса, то въ римскомъ правѣ компромиссъ самъ по себѣ не лишалъ истца возможности обратиться въ обыкновенный судъ; но если онъ это дѣлалъ, онъ обязанъ былъ уплатить условленную неустойку въ виду невыполненія третейскаго договора. То же самое имѣло мѣсто, если сторона не желала подчиниться состоявшемуся рѣшенію третейскаго суда: само по себѣ это рѣшеніе не имѣло силы судебнаго рѣшенія и не порождало actio judicati; но отказъ подчиниться sententia arbitri давалъ противной сторонѣ право взыскать poenam compromissam.

Остальные способы прекращенія обязательствъ.

§ 235. Обзоръ ихъ.

I. *Судебное рѣшеніе.* Требованіе, въ которомъ отказано кредитору судебнымъ рѣшеніемъ, вошедшимъ въ законную силу, не можетъ быть впредь уже осуществлено; признанное требованіе можетъ быть осуществлено лишь въ предѣлахъ, установленныхъ судебнымъ рѣшеніемъ. Впрочемъ, въ этомъ слѣдуетъ усмотрѣть не столько прекращеніе или измѣненіе требованія, сколько окончательное рѣшеніе о сущности и содержаніи его.

II. *Наступленіе срока или условія.* Если обязательство заключено подъ резолютивнымъ условіемъ, то съ наступленіемъ его оно теряетъ силу и можно требовать возстановленія прежняго состоянія. Если продолжительность обязательства ограничена извѣстнымъ срокомъ, то съ истеченіемъ его обязательство прекращается.

III. *Отпаденіе субъекта обязательства. Смерть кредитора или должника,* по общему правилу, не приводитъ къ прекращенію обязательственнаго требованія, которое переходитъ въ такомъ случаѣ къ наслѣдникамъ того или другого. Впрочемъ, встрѣчаются и уклоненія. Соединеніе въ одномъ лицѣ кредитора и должника, такъ назыв., совпаденіе требованія и обязательства (confusio) безусловно прекращаетъ его. Главный случай такого рода есть тотъ, когда кредиторъ становится наслѣдникомъ должника или наоборотъ.

IV. *Отпаденіе содержанія обязательства.* 1) *Вслѣдствіе невозможности исполненія.* Обязательство, по общему правилу, прекращается, поскольку исполненіе его стало невозможнымъ вслѣдствіе дѣйствія случая, если только не наступила просрочка, или если сторона по особому соглашенію или на основаніи закона въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ не несетъ отвѣтственности и за casus. Въ примѣненіи къ двустороннимъ договорамъ это значитъ, что разъ одна изъ сторонъ случаемъ поставлена въ невозможность исполненія принятой на себя обязанности, противная сторона не можетъ требовать отъ нея вознагражденія за это. Но спрашивается, можетъ ли сторона, освобожденная отъ своихъ обязанностей, требовать исполненія отъ противной стороны (напр., если А купилъ вещь у В, и вещь до передачи случайно погибаетъ, то можетъ ли В тѣмъ не менѣе требовать отъ А уплаты денегъ). Источники даютъ утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ въ примѣненіи къ куплѣ-продажѣ; по аналогіи слѣдуетъ допустить то же во всѣхъ случаяхъ, гдѣ договоръ направленъ на полное отчужденіе какой-нибудь вещи. Обратное начало дѣйствуетъ тогда, когда договоръ направленъ только на предоставленіе *пользованія* вещью (какъ, напр., договоръ найма); съ случайнымъ прекращеніемъ возможности пользоваться вещью прекращается и право требовать условленныхъ за пользованіе выгодъ. Послѣднее начало очевидно единственно справедливое. О причинахъ, по которымъ для купли-продажи и аналогичныхъ случаевъ принято иное начало, существуетъ споръ (ср. сводъ различныхъ мнѣній у Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, стр. 5 и слѣд.).

2) *По другимъ причинамъ:* a) если для кредитора не представляетъ больше никакого интереса, будетъ ли исполнено обязательство или нѣтъ, послѣднее прекращается, b) если кредиторъ получитъ то благо, которое должно было достаться ему по безвозмездному основанію (ex causa lucrativa), какимъ-нибудь инымъ путемъ, но тоже безвозмездно, то требованіе отпадаетъ (т. н. concursus duarum causarum lucrativarum); ср. § 6. I. de legat. 2,20. Si res aliena legata fuerit et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest, nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse; c) прекращеніе главнаго обязательства прекращаетъ и акцессорное обязательство поручителя.

V. *Истеченіе исковой давности.* Съ истеченіемъ исковой давности прекращается право иска для кредитора. Спорятъ о томъ, не сохраняется ли послѣ этого натуральное требованіе.

VI. *Лишеніе кредитора его права требованія.* Въ нѣкоторыхъ случаяхъ кредиторъ въ видѣ наказанія лишается своего права требованія, напр., въ случаѣ недозволеннаго самоуправства съ его стороны.

§ 236. Конкурсъ. Исторія конкурса.

Нерѣдко, между нѣсколькими кредиторами одного и того же лица возникаетъ коллизія въ томъ смыслѣ, что имущества должника не хватаетъ для полнаго удовлетворенія всѣхъ ихъ; должникъ въ такомъ случаѣ считается несостоятельнымъ. Вслѣдствіе этого, *возникаетъ особое конкурсное производство, направленное на прораторное вознагражденіе всѣхъ кредиторовъ изъ имущества должника.*

Древнее Римское право не знало конкурснаго производства. Это объясняется тѣмъ, что первоначально господствовала система личнаго, а не имущественнаго взысканія. Если состоялось судебное рѣшеніе въ пользу истца, и отвѣтчикъ не удовлетворялъ его, то истецъ могъ прибѣгнуть къ legis actio per manus injectionem, на основаніи которой отвѣтчикъ аддицировался ему. Затѣмъ, по истеченіи опредѣленнаго срока времени, въ теченіе котораго addictus содержался подъ стражей въ домѣ истца, послѣдній могъ убить его или продать въ рабство trans Tiberim. Съ теченіемъ времени, однако, суровая система личнаго взысканія была замѣнена системой общаго имущественнаго взысканія, а вмѣстѣ съ тѣмъ зародился и конкурсъ. Это важное нововведеніе ведетъ свое начало отъ lex Poetelia (326 или 313 до Р. Х.). Ближайшее развитіе началъ конкурснаго производства выпало на долю преторскаго эдикта.

Во времена классическихъ юристовъ главными основаніями для открытія конкурса служили: a) неудовлетвореніе истца, требующаго исполненія судебнаго рѣшенія; всякій такой истецъ могъ требовать ввода во владѣніе имуществомъ отвѣтчика; вмѣстѣ съ тѣмъ привлекались и остальные кредиторы и открывался конкурсъ (это основаніе для открытія конкурса въ Юстиніановскомъ правѣ отпало); b) бѣгство должника — fraudationis causa latitatio; c) уступка имущества кредиторамъ—cessio bonorum; d) смерть должника безъ оставленія наслѣдниковъ. Самое конкурсное производство въ это время распадалось на *3 стадіи*: 1) Missio in posessionem—вводъ кредиторовъ во владѣніе имуществомъ должника. 2) По истеченіи 30 дней должникъ становился infamis и кредиторы стали принимать мѣры для продажи его имущества; кредиторы избирали изъ своей среды magister bonorum vendendorum, который опредѣлялъ условія продажи и по принятіи ихъ кредиторами назначалъ день для публичной продажи. 3) Наконецъ, третью стадію составляетъ venditio bonorum, продажа имущества должника съ публичнаго торга. Имущество должника продавалось какъ одно цѣлое, покупатель, bonorum emtor, предлагалъ кредиторамъ извѣстный валовой процентъ, взамѣнъ чего все активное имущество должника переходило къ нему. Конечно, имущество аддицировалось тому, кто предлагалъ кредиторамъ большій процентъ.

На ряду съ этимъ сложнымъ порядкомъ, съ теченіемъ времени сложился другой упрощенный порядокъ, который и перешелъ въ Юстиніановское право. Онъ слагается изъ двухъ стадій: 1) Missio in bona. 2) Непосредственная distractio bonorum, т.-е. продажа активнаго имущества несостоятельнаго уже не въ качествѣ одного цѣлаго, а по частямъ, чрезъ curator bonorum, который избирался кредиторами изъ ихъ среды.

Въ современномъ римскомъ правѣ сложился слѣдующій порядокъ. Конкурсъ открывается по опредѣленію суда. Основаніемъ для открытія конкурса служитъ собственное заявленіе должника о своей несостоятельности, или предложеніе кредиторовъ, мотивированное явной неоплатностью должника. Одновременно съ открытіемъ конкурса должникъ теряетъ право распоряженія своимъ имуществомъ, которое становится конкурсной массой. Для управленія этимъ имуществомъ назначается curator bonorum. Кредиторы съ этого времени могутъ получить удовлетвореніе изъ конкурсной массы только подъ условіемъ своевременнаго заявленія своихъ претензій (хотя требованія ихъ, если они не будутъ своевременно заявлены, не погашаются). Цѣль всего производства: выясненіе имущественнаго актива и распродажа имущества, съ одной стороны; выясненіе пассива и прораторное удовлетвореніе кредиторовъ—съ другой.

§ 237. Порядокъ удовлетворенія кредиторовъ.

Въ современномъ римскомъ правѣ выработались слѣдующія общія начала на этотъ счетъ. Прежде всего, выдѣлу изъ общей массы подлежатъ: a) Вещи, входящія лишь фактически въ составъ массы, но принадлежащія другимъ лицамъ (напр., вещи и документы, отданные на храненіе). Такія лица, которыя могутъ требовать выдѣла своихъ вещей, называются separatistae ex jure dominii. b) Сумма, необходимая для покрытія расходовъ по управленію конкурсной массы и судебныхъ издержекъ, а равно для удовлетворенія кредиторовъ самой массы. Затѣмъ, все остальное служитъ объектомъ для удовлетворенія конкурирующихъ кредиторовъ. Общее правило гласитъ, что всѣ кредиторы имѣютъ одинаковое право на прораторное удовлетвореніе, независимо отъ времени возникновенія ихъ требованій. Въ видѣ исключенія, однако, нѣкоторыя требованія имѣютъ право на предпочительное предъ остальными удовлетвортніе (privilegium exigendi): различаютъ privilegia personae (т.-е. претензія пользуется предпочтеніемъ во вниманіе къ личности кредитора,—сюда относятся привилегіи фикса, городскихъ общинъ и церквей и т. д.), и privilegia causae (т.-е. претензія пользуется предпочтеніемъ, какъ таковая, напр., расходы по погребенію или болѣзни должника). Среди этихъ привилегированныхъ требованій, нѣкоторыя опять выдвигаются предъ остальными. Особый видъ привилегированныхъ требованій представляютъ требованія, обезпеченныя залогомъ.—Въ чистомъ римскомъ правѣ кредиторы по залогу не обязаны были участвовать въ конкурсѣ; въ современномъ римскомъ правѣ они участвуютъ въ немъ, пользуясь привилегированнымъ положеніемъ по сравненію съ другими кредиторами. Имъ предшествуютъ только, такъ назыв., абсолютно-привилегированныя требованія.

Въ результатѣ слѣдуетъ различать *пять классовъ кредиторовъ*: a) *абсолютно-привилегированные кредиторы* (къ числу абсолютно-привилегированныхъ требованій относятся расходы по погребенію и болѣзни должника, жалованье прислугѣ, публичныя недоимки), b) привилегированные кредиторы по залогу, c) непривилегированные кредиторы по залогу, d) остальные привилегированные и e) непривилегированные кредиторы.

Иногда часть кредиторовъ находится въ особомъ положеніи въ томъ смыслѣ, что можетъ требовать выдѣла опредѣленной части всего имущества несостоятельнаго и открытія особаго конкурса надъ этой частью (т. наз., separatistae ex jure crediti). Главный относящійся сюда случай тотъ, когда должникъ сдѣлался наслѣдникомъ другого лица; въ такомъ случаѣ, кредиторы наслѣдственной массы въ силу представленнаго имъ beneficium separationis могутъ требовать выдѣла наслѣдства.

§ 238. Мѣры противъ злостнаго отчужденія имущества во вредъ кредиторамъ.

Пока конкурсъ не открытъ, должникъ сохраняетъ свободу распоряженія своимъ имуществомъ и можетъ удовлетворять отдѣльныхъ своихъ кредиторовъ сполна, хотя бы на дѣлѣ онъ былъ уже несостоятельнымъ, ср. I, 5 § 7. D. quae in fraud. cred. 42,8. Sciendum Iulianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit.—Со времени открытія конкурса это уже не допускается. Въ современномъ римскомъ правѣ должникъ съ этого времени даже прямо лишается права распоряжаться своимъ имуществомъ.—Если должникъ до открытія конкурса злостно, съ намѣреніемъ причинить этимъ вредъ своимъ кредиторамъ, переуступилъ что-либо изъ своего имущества третьему лицу, то кредиторы при извѣстныхъ условіяхъ могутъ оспорить такое отчужденіе, какъ alienatio in fraudem creditorum facta. Подъ отчужденіе въ этомъ смыслѣ подходитъ не только перенесеніе на другое лицо права собственности или иного какого-нибудь вещнаго права на данную вещь, но и принятіе должникомъ на себя новыхъ обязательствъ, равно отреченіе отъ ранѣе пріобрѣтенныхъ правъ.—Съ субъективной стороны требуется намѣреніе должника причинить вредъ кредиторамъ—consilium fraudandi.—Искъ, возникающій при указанныхъ условіяхъ, можетъ быть предъявленъ какъ противъ самаго должника, такъ и противъ третьяго контрагента его по сдѣлкѣ. Въ послѣднемъ отношеніи надо различать двѣ категоріи случаевъ: a) если злостное отчужденіе состоялось съ вѣдома третьяго лица (consciens fraudis), то кредиторы могутъ требовать выдачи полученнаго со всѣми приращеніями, независимо отъ того, состоялось ли отчужденіе на основаніи возмездной или безвозмездной сдѣлки, и сами не обязаны возмѣстить встрѣчную выгоду, которая могла быть доставлена такимъ третьимъ пріобрѣтателемъ должнику, если только эта встрѣчая выгода не продолжаетъ входить въ составъ имущества должника; соотвѣтствующій искъ называется actio Pauliana; (на ряду съ нимъ существовали еще два иска—interdictum fraudatorium и rescissoria in rem actio; соотношеніе, въ какомъ находились эти три иска, неясно); такое право принадлежитъ кредиторамъ въ теченіе annus utilis ex die venditionis bonorum; по истеченіи этого срока пріобрѣтатель отвѣчаетъ только въ размѣрѣ своего обогащенія; наслѣдники его всегда отвѣчаютъ только въ этихъ предѣлахъ; b) если злостное отчужденіе состоялось безъ вѣдома третьяго лица, то послѣднее отвѣчаетъ въ томъ только случаѣ, если отчужденіе произошло по безвозмездному основанію, и при томъ отвѣтственность пріобрѣтателя ограничивается размѣромъ наличнаго его обогащенія; соотвѣтствующій искъ называется actio Pauliana utilis. Ср. подробности по этому вопросу у Дернбурга ук. соч. II, § 144—145.

Договорныя обязательства и соприкасающіяся съ ними отношенія.

Глава I. Односторонніе и неравномѣрные двусторонніе договоры.

§ 239. Заемъ. (Mutuum) [1]). Понятіе и условія займа.

Договоръ займа (mutuum) есть реальный договоръ (отличный отъ простого pactum de mutuo dando)и заключается *въ передачѣ однимъ лицомъ другому лицу опредѣленнаго количества замѣнимыхъ вещей въ собственность, съ обязатель-*

[1]) Dernburg, ук. соч II, § 85—89. Windscheid, ук. соч. II, § 370—373.

ствомъ вернуть tantundem ejusdem qualitatis. Главный (но не единственный) случай займа есть *заемъ денежный*. Исками возникающими изъ договора займа, служили: въ случаѣ заключенія денежнаго займа—condictio certae creditae pecuniae, въ остальныхъ случаяхъ, когда объектами займа служили иныя замѣнимыя вещи, напр., хлѣбъ, вино, и т. д.—condictio triticaria.

Для дѣйствительности займа по общему правилу требуется, чтобы заимодавецъ былъ собственникомъ отданныхъ въ заемъ вещей. Впрочемъ, заемъ возникаетъ и въ томъ случаѣ, если были отданы *чужія* замѣнимыя вещи, разъ занятое будетъ употреблено заемщикомъ въ доброй вѣрѣ (изъ такого отношенія возникаетъ, такъ назыв., condictio de bene depensis). То же слѣдуетъ сказать въ томъ случаѣ, если были переданы *чужія деньги*, и заемщикъ *смѣшаетъ* полученное съ собственными деньгами такимъ образомъ, что разъединеніе ихъ станетъ невозможнымъ. Съ другой стороны, заемъ возникаетъ и въ томъ случаѣ, если должнику будетъ дозволено удержать въ качествѣ займа то, что онъ долженъ кредитору ex alia causa, (напр., А продалъ В вещь и слѣдующую съ него плату оставляетъ у него въ качествѣ займа). Сверхъ того, заемъ возникаетъ и въ томъ случаѣ, когда заимодавецъ, не имѣя свободныхъ денегъ, передаетъ заемщику какую-нибудь индивидуально—опредѣленную вещь (напр., золотой кубокъ), съ тѣмъ, чтобы тотъ продалъ эту вещь и удержалъ вырученныя деньги въ видѣ займа (такъ назыв., contractus mohatrae).

Если заемщикомъ было лицо, не пользующееся надлежащей дѣеспособностью (напр., малолѣтній), то оно отвѣчаетъ только въ предѣлахъ своего обогащенія. По римскому праву, между прочимъ, и городскія общины, церкви и piae causae отвѣчаютъ по займамъ, заключеннымъ ихъ представителями, лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ занятое употреблено въ пользу заемщика.

Отъ займа надо отличать простое обѣщаніе дать деньги взаймы, pactum de mutuo dando. Въ чистомъ римскомъ правѣ такое обѣщаніе должно было быть облечено въ форму стипуляціи: pecuniam te mihi crediturum spondes? spondeo. Относительно юридическихъ послѣдствій такого соглашенія существуетъ споръ. По мнѣнію однихъ, такой договоръ даетъ право требовать исполненія его на общемъ основаніи. По мнѣнію другихъ, неисполненіе его порождаетъ только искъ объ убыткахъ. Дернбургъ (Pandekten, II, § 85) правильно указываетъ, что первое, т.-е. требованіе исполненія, имѣетъ мѣсто, поскольку лицо, обѣщавшее *дать* деньги взаймы, отказывается отъ исполненія своего обѣщанія, а второе, т.-е. требованіе возмѣщенія интереса, — поскольку сторона, обѣщавшая *взять* деньги въ займы, отказывается отъ принятія ихъ.

§ 240. Послѣдствія займа.

Заемщикъ обязанъ возвратить сумму или количество, равныя тѣмъ, которыя имъ получены, и несетъ in dubio periculum. Обязанность платить проценты не подразумѣвается сама собою, а должна быть особо выговорена. Въ чистомъ римскомъ правѣ для этого требовалось заключеніе особой stipulatio usurarum. Помимо этого, кредиторъ не могъ даже требовать процентовъ за просрочку, ибо mutuum принадлежало къ числу negotia stricti juris. Въ современномъ правѣ эти ограниченія отпали.

Особую практическую важность имѣетъ то положеніе, что когда между договаривающимися не было открытаго или молчаливаго условія о времени уплаты, то кредиторъ можетъ требовать возврата *во всякое время*.

§ 241. Доказательства произведеннаго займа.

Въ подтвержденіе произведеннаго займа заимодавецъ нерѣдко требуетъ отъ заемщика выдачи *заемной расписки*. Въ императорскомъ періодѣ доказательная сила такихъ заем-

ныхъ расписокъ подвергласъ однако весьма существеннымъ ограниченіямъ. А именно, заемщику было предоставлено право сначала въ теченіе 1 года, затѣмъ 5 лѣтъ, наконецъ, въ теченіе 2-хъ лѣтъ лишить такую расписку всякаго значенія путемъ простого утвержденія, что валюта не была имъ получена (такъ наз., querela non numeratae pecuniae). Кредиторъ въ такомъ случаѣ обязанъ былъ доказать выдачу имъ валюты инымъ путемъ, напримѣръ, свидѣтельскими показаніями; зато, если ему это удавалось, онъ по общему правилу могъ требовать возврата двойной стоимости уплаченнаго имъ. Однако, по истеченіи двухъ лѣтъ такая расписка получала значеніе неопровержимаго доказательства произведеннаго займа, т.-е. должникъ не только не могъ голословно отрицать полученія валюты, но не могъ даже представлять доказательства того, что онъ валюты не получалъ.

§ 242. Ограниченія займа.

На основаніи Senatusconsultum Macedonianum, *денежные займы, заключенные подвластными дѣтьми въ качествѣ заемщиковъ, не порождаютъ права иска ни противъ самого подвластнаго сына, ни противъ его наслѣдника или отца;* заимодавецъ сохраняетъ *только* obligatio naturalis.

Въ видѣ исключенія, такіе займы имѣютъ полную силу, если подвластный сынъ дѣйствовалъ по порученію или съ послѣдующаго согласія отца, или если заемъ былъ употребленъ на пользу отца, или былъ сдѣланъ для удовлетворенія неотложныхъ потребностей сына и т. п. Разумѣется, запретительное постановленіе Senatusconsultum Macedonianum отпадаетъ также, если подвластный сынъ въ моментъ заключенія займа имѣлъ peculium castrense или quasi castrense (т.-е. имущество, пріобрѣтенное на военной или гражданской службѣ, каковое составляло его личную собственность и не принадлежало отцу).

§ 242a. Алеаторный заемъ: foenus nauticum и quasi nauticum.

Особый видъ займа, въ частности процентнаго займа, есть тотъ, когда кредиторъ, давая деньги въ займы, соглашается на то, что онъ сохраняетъ право требовать возврата валюты только при извѣстныхъ условіяхъ; въ случаѣ ненаступленія ихъ онъ теряетъ означенное право. Принимая на себя, такимъ образомъ, въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ рискъ, periculum, кредиторъ, взамѣнъ этого, въ качествѣ преміи, periculi pretium, имѣетъ право выговорить себѣ процентъ выше нормальнаго. Въ доюстиніановскомъ правѣ для этихъ случаевъ не существовало никакого законнаго максимума, Юстиніанъ установилъ для нихъ законный максимумъ въ 12%.

Наиболѣе раннюю форму этого рискованнаго, алеаторнаго займа составляетъ морской заемъ, pecunia trajecticia или foenus nauticum, заимствованный изъ греческаго права. Сущность его заключается въ томъ, что деньги даются лицу въ связи съ отправкой корабля, подъ условіемъ, что онѣ подлежатъ возврату только въ случаѣ благополучнаго прибытія корабля къ мѣсту назначенія его. Въ частности, тутъ возможны различныя комбинаціи: въ однихъ случаяхъ деньги сами перевозились на кораблѣ съ тѣмъ, что по прибытіи его въ мѣсто назначенія на эти деньги покупался товаръ, который засимъ отвозился обратно на родину; въ другихъ случаяхъ деньги давались съ тѣмъ, что на нихъ пріобрѣтали товаръ въ мѣстѣ отправки корабля, каковой товаръ засимъ вывозился на кораблѣ въ то мѣсто, куда корабль направлялся; позднѣе заемъ на правахъ foenus nauticum совершался и въ такой формѣ, что деньги давались непосредственно на предметъ ремонта корабля или на вознагражденіе экипажа, съ тѣмъ, опять-таки, что онѣ подлежатъ возврату только въ случаѣ прибытія корабля въ мѣсто назначенія его.— При этомъ допускались точныя оговорки относительно времени и направленія рейса, на случай несоблюденія каковыхъ рискъ снимался съ кредитора.

Позднѣйшая юриспруденція стала допускать подобные алеаторные займы и въ другихъ случаяхъ, напр., кто-либо даетъ рыбаку деньги взаймы на предметъ улова рыбы и

отказывается отъ обратнаго полученія денегъ, если рыбакъ не поймаетъ ничего; или кто-либо даетъ деньги взаймы атлету на предметъ усовершенствованія его въ атлетическомъ искусствѣ и отказывается отъ обратнаго полученія денегъ на случай, если тотъ при состязаніи не получитъ приза, и т. д. Это, такъ назыв., foenus quasi nauticum.

§ 243. Ссуда (Commodatum) [1]).

Ссуда есть реальный договоръ (отличный отъ простого pactum de commodando), *который заключается въ томъ, что одно лицо* (коммодантъ) *передаетъ другому лицу* (коммодатарію) *движимую или недвижимую вещь во временное безвозмездное пользованіе, съ сохраненіемъ за коммодантомъ юридическаго владѣнія вещью и съ обязанностью коммодатарія вернуть ту же вещь.* Объектомъ коммодата могутъ служить не только собственныя вещи коммоданта, но и чужія, напр., вещи, полученныя въ наемъ, и т. д. Коммодатарій долженъ пользоваться вещью согласно условію и отвѣчаетъ по общему правилу за omnis culpa (но не за casus), на основаніи actio commodati directa. Онъ простой детенторъ, т.-е. имѣетъ только экономическое владѣніе вещью, но не можетъ предъявлять поссессорныхъ интердиктовъ. *Коммодантъ* не имѣетъ права требовать возврата вещи до срока. Онъ отвѣчаетъ за убытокъ, причиненный коммодатарію вслѣдствіе его dolus или culpa lata, и обязанъ возмѣстить расходы (кромѣ текущихъ), которые понесъ коммодатарій отъ вещи, поскольку таковые оправдываются обстоятельствами дѣла. Въ этихъ предѣлахъ къ нему можетъ быть предъявлена actio commodati contraria.

§ 244. Precarium.

Precarium есть безвозмездное предоставленіе однимъ лицомъ другому вещи или сервитутнаго права до востребованія. Precarium издревле имѣло важное соціальное значеніе; этотъ институтъ возникъ, по всей вѣроятности, въ отношеніяхъ между патронами и кіентами, позднѣе къ нему стали прибѣгать вообще *люди* зажиточные и богатые, желающіе оказать одолженіе неимущимъ лицамъ. Precarium считалось отношеніемъ *фактическимъ*, оно собственно не было основано на договорѣ; тотъ, кто отдалъ вещь въ прекарное пользованіе, могъ во всякое время потребовать ее обратно и не принималъ на себя никакихъ обязанностей. *Прекаристъ*, по общему правилу, считался юридическимъ владѣльцемъ и отвѣчалъ за dolus и culpa lata (но не за culpa levis, несмотря на то, что вся выгода отъ precarium'а лежитъ на его сторонѣ). Противъ него можетъ быть предъявленъ interdictum de precario, въ позднѣйшемъ правѣ сверхъ того actio praescriptus verbis.

§ 245. Поклажа (depositum) [2]). Обыкновенная поклажа.

Договоръ храненія или поклажи есть реальный договоръ, отличный отъ простого pactum de deponendo, *и заключается въ томъ, что кому-либо ввѣряется движимая вещь, съ цѣлью безмезднаго ея сбереженія и подъ условіемъ возврата ея во всякое время.* Итакъ, объектомъ договора храненія могутъ быть только *движимыя* вещи. Не требуется, чтобъ депонентъ (тотъ, кто передалъ вещь на храненіе) былъ собственникомъ депонированной вещи, если только депозитарій (тотъ, кто принялъ вещь на

---

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 90. Windscheid, ук. соч. II, § 374 сл.
[2]) Dernburg, ук. соч. II, § 92—93. Windscheid, ук. соч II, § 377 сл.

храненіе) не есть собственникъ ея. Депонентъ можетъ предъявлять противъ депозитарія actio depositi directa, на основаніи которой онъ требуетъ возврата вещи и вознагражденія за убытокъ, причиненный умысломъ или грубымъ нерадѣніемъ депозитарія (dolus и culpa lata). Противъ этого иска не допускается ни предъявленіе къ зачету встрѣчныхъ требованій, ни ссылка на jus retentionis. Съ другой стороны, депозитарій можетъ предъявлять противъ депонента actio depositi contraria и требовать вознагражденія за расходы на вещи и за убытокъ, причиненный по винѣ депонента. Если крайняя нужда побудила депонента отдать вещи на храненіе (такъ назыв., depositum miserabile), то депозитарій за причиненный имъ умышленно вредъ отвѣчаетъ in duplum.

§ 246. Depositum irregulare.

Депозитарій, по общему правилу, не становится собственникомъ депонированной вещи и не имѣетъ права пользоваться ею. Однако, *замѣнимыя вещи и въ особенности деньги могутъ быть отданы на храненіе въ той формѣ, что получатель только обязанъ вернуть такую же сумму или такое же количество ихъ, какое получилъ;* существованіе такого уговора между сторонами предполагается въ особенности въ томъ случаѣ, когда депонирована извѣстная сумма денегъ не подъ замкомъ и за печатью. Въ такихъ случаяхъ, депозитарій становится собственникомъ полученнаго и вмѣстѣ съ тѣмъ несетъ periculum, но въ остальномъ такая сдѣлка согласно намѣренію сторонъ разсматривается какъ depositum (такъ назыв., depositum irregulare), а не какъ заемъ, такъ что депозитарій не можетъ предъявлять къ зачету встрѣчныхъ требованій противъ депонента и не имѣетъ jus retentionis.

Возможно также, что стороны при передачѣ замѣнимыхъ вещей на храненіе желали заключить prima facie обыкновенный договоръ храненія, такъ что возврату подлежатъ сами переданныя вещи, но вмѣстѣ съ тѣмъ депонентъ согласился довольствоваться и полученіемъ tantundem, такъ что депозитарію предоставлено на выборъ выдать либо сами переданныя вещи, либо tantundem. Въ такомъ случаѣ, если депозитарій воспользовался такимъ разрѣшеніемъ, между сторонами in dubio возникаетъ не depositum irregulare, а заемъ.

§ 247. Секвестръ.

Секвестръ есть передача на храненіе третьему лицу такого предмета, на который предъявляютъ требованія два или болѣе лица. Секвестръ устанавливается на основаніи взаимнаго соглашенія между заинтересованными лицами, отъ нихъ же зависитъ, желаютъ ли они предоставить хранителю и юридическое владѣніе вещью. Искъ о выдачѣ переданной на храненіе вещи называется depositi sequestraria actio. Вопросъ о томъ, кѣмъ и когда таковой можетъ быть предъявленъ, зависитъ отъ той цѣли, ради которой стороны обратились къ секвестраціи. Впрочемъ, сдѣлка съ секвестромъ можетъ носить не только характеръ поклажи, но и договора о наймѣ личныхъ услугъ или договора порученія, ср. 1. 9 § 3 D. de dol. 4,3.

§ 248. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Понятіе этого отношенія.

Содержатели гостиницъ, постоялыхъ дворовъ и судовщики, какъ лица, принимающія у себя постоянно пріѣзжающихъ и путешественниковъ, *отвѣчаютъ предъ остановившимися у нихъ лицами, помимо особаго о томъ уговора, за сохранность*

вещей послѣднихъ, поскольку утрата таковыхъ не произошла по собственной винѣ пріѣзжихъ или вслѣдствіе непреодолимой силы (vis major). Отвѣтственность этихъ лицъ была установлена преторскимъ эдиктомъ и ближе фиксирована классической юриспруденціей, ср. 1. 3 § 9 D. nautae caup. 4,9: hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit. Предѣлъ отвѣтственности такихъ лицъ слѣдовательно очень широкій; они не только отвѣчаютъ за собственную вину и за вину своихъ служащихъ, но и за случайную пропажу, если только при надлежащей организаціи надзора таковая могла быть избѣгнута. Искъ, который возникаетъ въ такихъ случаяхъ, назыв. in factum actio de recepto. Но, конечно, въ каждомъ данномъ случаѣ возможно спеціальное соглашеніе, въ силу котораго эти лица заранѣе отказываются принимать на себя такую отвѣтственность.

Въ частности, вопросъ о томъ, что слѣдуетъ понимать подъ непреодолимой силой (vis major), представляется очень спорнымъ. Одни утверждаютъ, что подъ непреодолимой силой слѣдуетъ подразумѣвать все то, что имѣетъ мѣсто, несмотря на самый бдительный надзоръ и самыя изысканныя мѣры предосторожности, какихъ только можно требовать отъ даннаго лица. Въ основаніи этой теоріи лежитъ субъективный критерій; обращается вниманіе на поведеніе лица. Другіе выдвигаютъ объективный критерій: по ихъ мнѣнію, непреодолимая сила начинается лишь тамъ, гдѣ убытокъ причиненъ дѣйствіемъ такихъ *внѣшнихъ событій*, которыя явно выходятъ за предѣлы тѣхъ случайностей, съ которыми можно считаться въ жизни (напр. землетрясенія, наводненія, вторженіе непріятеля и т. д.). Первой теоріи слѣдуетъ отдать предпочтеніе; вторая приводитъ къ чрезмѣрному расширенію отвѣтственности заинтересованныхъ лицъ (см. литературу у Виндшейда, ук. соч. II, § 384).

§ 249. Договоръ заклада (contractus pigneraticius).

Когда одно лицо передаетъ другому какую-нибудь вещь въ ручной закладъ, то получатель обязанъ выдать самую вещь съ ея приращеніями, буде обезпеченное залогомъ требованіе будетъ погашено или отпадаетъ; въ случаѣ же правомѣрной продажи заложенной вещи онъ обязанъ выдать закладчику *hyperocha*. Притомъ кредиторъ по залогу отвѣчаетъ за omnis culpa. Искъ, возникающій противъ него, есть actio pigneraticia in personam directa.

Съ другой стороны, закладчикъ обязанъ возмѣстить закладопринимателю понесенныя имъ издержки и также отвѣчаетъ за omnis culpa. Противъ него можетъ быть предъявлена actio pigneraticia in personam contraria. Тѣ же иски примѣняются и къ ипотечнымъ закладнымъ правамъ, поскольку ипотека порождаетъ аналогичныя отношенія между заинтересованными лицами.

§ 250. Оцѣночный договоръ (contractus aestimatorius).

Когда одно лицо передаетъ другому какой-нибудь товаръ на предметъ продажи его, то сдѣлка, на основаніи которой совершается передача, можетъ имѣть весьма различный характеръ. Это можетъ быть договоръ порученія (разъ продажа совершается только въ интересахъ передающаго вещь и получатель за свой трудъ не получаетъ вознагражденія), или договоръ личнаго найма (разъ получатель выговариваетъ себѣ вознагражденіе), или договоръ товарищества, (разъ эта операція составляетъ общее дѣло обоихъ контрагентовъ, ср. 1. 44 D. pro soc. 17.2 si animo contrahendae societatis id actum sit.)— Самостоятельную разновидность подобнаго рода соглашеній составляетъ оцѣночный договоръ, con-

tractus aestimatorius. *Contractus aestimatorius есть договоръ, въ силу котораго одно лицо ввѣряетъ другому вещь на предметъ продажи ея за извѣстную цѣну, съ тѣмъ, чтобы принимателъ или внесъ означенную цѣну, или возвратилъ самую вещь*, ср. 1. 1 § 1 D. de aestimat. 19,3: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. Если онъ выручитъ больше условленной цѣны, то излишекъ принадлежитъ ему. Сверхъ того, ему можетъ быть обѣщано еще особое вознагражденіе за его трудъ по сбыту вещи. Если принимателъ самъ предложилъ свои услуги, то предполагается, что онъ несетъ и periculum. Собственникомъ остается тотъ, кто передалъ ему вещь (спорно). Оцѣночный договоръ разсматривался римскими юристами какъ безыменный реальный контрактъ. Искъ, возникающій изъ даннаго отношенія, называется actio aestimatoria praescriptis verbis.

§ 251. Договоръ порученія (mandatum) и соприкасающіяся съ нимъ отношенія [1]).

Договоръ порученія. Порученіемъ (mandatum) называется договоръ, на основаніи котораго одно лицо (mandatorius) обязывается заключить какую-нибудь сдѣлку или исполнить что-либо согласно волѣ другого лица (mandans), не требуя при томъ никакого вознагражденія. Объектомъ мандата могутъ служить только дозволенныя, имѣющія быть совершенными, сдѣлки или дѣйствія. На мандатарія можетъ быть возложено либо заключеніе одной какой-нибудь сдѣлки, либо цѣлаго ряда ихъ, либо завѣдываніе всѣми дѣлами манданта. Въ современномъ правѣ договоръ порученія нерѣдко связанъ съ выдачею довѣренности. *Довѣренность* есть одностороннее волеизъявленіе довѣрителя, на основаніи котораго повѣренному даются полномочія на совершеніе извѣстныхъ юридическихъ актовъ съ такимъ эффектомъ, какъ будто эти акты совершилъ самъ довѣритель. Въ такомъ случаѣ мандатарій по отношенію къ третьимъ лицамъ, съ которыми онъ заключаетъ сдѣлки на основаніи выданной ему довѣренности, выступаетъ въ качествѣ прямого представителя. — Однако, порученіе возможно и безъ выдачи довѣренности; съ другой стороны, довѣренность можетъ быть выдана и безъ дачи опредѣленнаго порученія.— Римляне различали mandatum mea, tua и aliena gratia. Обыкновенно порученіе дается въ интересахъ манданта, т.-е. лица, дающаго порученіе,—это и есть mandatum mea gratia. Но, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ могутъ быть заинтересованы въ немъ мандатарій и третьи лица. Далѣе, порученіе можетъ быть дано въ интересахъ третьяго лица — mandatum aliena gratia, такъ что самъ мандантъ не заинтересованъ въ исполненіи даннаго имъ порученія (напр., А поручаетъ В купить вещь для С). И такой мандатъ признается вполнѣ дѣйствительнымъ. Наконецъ, римскіе юристы упоминаютъ и о mandatum tua gratia — это есть порученіе, въ исполненіи котораго заинтересованъ исключительно самъ мандатарій (напр., А поручаетъ В купить акціи не для себя, а для самого В). Объ этомъ видѣ мандата источники говорятъ: quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo actio oritur. И дальше говорится: cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur. Итакъ, римскіе юристы не признаютъ за этимъ видомъ мандата самостоятельнаго юридическаго значенія, а уподобляютъ его простому совѣту, а совѣтъ по общему правилу не порождаетъ обязательственныхъ отношеній между давшимъ и послушавшимся совѣта. Поэтому, правильнѣе совсѣмъ отказаться отъ римской трихотоміи и признать, что предметомъ мандата могутъ служить только такія сдѣлки, въ совершеніи которыхъ мандатарій или вовсе не заинтересованъ, или въ которыхъ, по крайней мѣрѣ,

1) Dernburg, ук. соч. II, 115 сл. Windscheid, ук. соч. II, § 409 сл. 624.

на ряду съ нимъ заинтересованъ и мандантъ или третье лицо. Если же недостаетъ этихъ критеріевъ, то не можетъ быть и рѣчи о мандатѣ, а можетъ быть только рѣчь о совѣтѣ (consilium). Простой же совѣтъ, по общему правилу, не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Исключеніе допускается только въ томъ случаѣ, если давшій совѣтъ дѣйствовалъ dolose или принялъ на себя гарантію за благополучный исходъ дѣла (напр., А совѣтуетъ В купить акціи съ обязательствомъ отвѣчать за тотъ убытокъ, который можетъ быть причиненъ В, если онъ послѣдуетъ данному ему совѣту), или если онъ поступалъ въ качествѣ эксперта.—Мандатарій, какъ сказано, не получаетъ платы за принятіе на себя порученія, ср. l. 1 § 4 D. mand. 17,1: mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit. Этимъ мандатъ отличается отъ договора личнаго найма.—Впрочемъ, это не исключало возможности обѣщанія мандатарію *гонорара*, который разсматривался римскими юристами не какъ плата за трудъ, а частью какъ выраженіе признательности за оказанныя услуги, частью какъ способъ возмѣщенія падающихъ на мандатарія расходовъ, связанныхъ съ исполненіемъ мандата и не поддающихся точному учету. Гонораръ могъ быть взысканъ только въ порядкѣ extraordinaria cognitio.

Юридическія отношенія, вытекающія изъ договора порученія. Обязанности мандатарія. Къ нему можетъ быть предъявлена actio mandati directa. Въ частности: a) онъ обязанъ точно исполнить возложенное на него порученіе, слѣдуя указаніямъ своего довѣрителя и сообразуясь, сверхъ того, съ вѣроятной волей послѣдняго; b) онъ обязанъ доставить манданту все то, что поступило къ нему благодаря исполненію порученія, и, между прочимъ, представить ему *отчетъ*; c) онъ отвѣчаетъ за omnis culpa; d) мандатарій по общему правилу можетъ возложить исполненіе порученія на другое лицо (субститута), если только это не противорѣчитъ характеру порученія или не запрещено мандантомъ.

Обязанности манданта. Къ манданту можетъ быть предъявлена actio mandati contraria. Въ частности: a) мандантъ обязанъ возмѣстить мандатарію всѣ расходы по приведенію въ исполненіе порученія и освободить его отъ принятыхъ послѣднимъ на себя обязательствъ; b) онъ отвѣчаетъ за omnis culpa. Если мандатарій превысилъ свои полномочія, онъ можетъ требовать отъ манданта признанія сдѣлки лишь подъ условіемъ устраненія невыгодъ, причиненныхъ манданту превышеніемъ полномочій.

Прекращеніе мандата. Договоръ порученія прекращается: a) въ случаѣ исполненія мандатаріемъ возложеннаго на него порученія; b) въ случаѣ истеченія срока, на который была выдана довѣренность; c) въ случаѣ отмѣны полномочія со стороны манданта или отказа отъ исполненія со стороны мантарія; d) въ случаѣ смерти того или другого; впрочемъ, какъ отмѣна уполномочія, такъ и смерть манданта прекращаютъ мандатъ только съ того времени, когда мандатарій будетъ о томъ увѣдомленъ. Разумѣется, во всякомъ случаѣ договоръ порученія прекращается только на будущее время; всѣ возникшія раньше изъ него правоотношенія остаются въ силѣ.

§ 252. Разновидности мандата.

1. *Mandatum qualificatum—порученіе открыть третьему лицу кредитъ.* Такое порученіе есть видъ поручительства (ср. ниже, въ ученіи о поручительствѣ).

II. *Ассигнаціонный приказъ—(jussus, Assignation).* Приказъ, данный однимъ лицомъ (А) другому лицу (В) получить деньги или иныя цѣнности отъ третьяго лица (С) за счетъ перваго (А), самъ по себѣ не есть порученіе, а содержитъ только съ одной стороны *полномочіе*, данное первымъ лицомъ (А) второму (В) получить что-либо отъ третьяго (С) (схема: получи вмѣсто меня съ такого-то), а съ другой стороны *предложеніе* перваго (А) по адресу третьяго (С) доставить что-либо второму (В); (схема: плати или обѣщай, вмѣсто того, чтобы платить или обѣщать мнѣ, такому-то). — Но такъ какъ весьма часто такіе приказы вмѣстѣ съ тѣмъ являются порученіемъ (особенно часто по адресу того, кому предлагается произвести уплату или вообще доставить что-либо дру-

гому лицу), то ученіе объ ассигнаціонномъ приказѣ традиціонно излагается въ связи съ ученіемъ о договорѣ порученія. У римлянъ такіе приказы носили названіе jussus или delegatio. Въ настоящее время употребляютъ терминъ ассигнація, ассигнировать, а участниковъ называютъ: 1) лицо, дающее приказъ, (A)—ассигнатомъ, 2) лицо, черезъ которое передается приказъ и которое уполномочивается на полученіе, (B) — ассигнатаромъ, 3) лицо, которому предлагается произвести уплату или доставить что-либо, (C)—ассигнатомъ. Ассигнатъ можетъ быть должникомъ ассигната и послѣдній—должникомъ ассигнатарія, такъ что ассигнація можетъ имѣть цѣлью доставить ассигнатарію удовлетвореніе въ счетъ его долга; но, конечно, это не единственная возможная комбинація. Ассигнація сама по себѣ не прекращаетъ обязательственнаго отношенія, которое могло существовать до этого времени между ассигнатомъ и ассигнатаріемъ; первый продолжаетъ отвѣчать предъ вторымъ, если послѣдній не получитъ уплаты отъ ассигната (ср. подробности у Дернбурга, ук. соч. т. II, § 19).

§ 253. Веденіе чужихъ дѣлъ въ силу публичнаго уполномочія.

Нерѣдко на то или другое лицо возлагается завѣдываніе данной имущественной массой при участіи, или подъ контролемъ высшаго начальства; такое лицо называется *curator bonorum*. Сюда относится, напр., cura bonorum absentis (управленіе имуществомъ отсутствующаго лица), cura hereditatis jacentis (управленіе наслѣдственной массой до вступленія наслѣдника въ права наслѣдства) и т. д. Такой curator bonorum по общему правилу долженъ только заботиться о сохранности ввѣреннаго ему имущества (custodia bonorum), но не имѣетъ права отчужденія.

§ 254. Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія (negotiorum gestio).

Если кто-либо безъ порученія завѣдываетъ дѣлами другого лица, то такое лицо (negotiorum gestor) *отвѣчаетъ предъ противной стороной* (dominus negotii) *на подобіе мандатарія*; искъ, возникающій въ такомъ случаѣ, называется actio negotiorum gestorum directa. *Negotiorum gestor* отвѣчаетъ за omnis culpa, а сверхъ того и за casus, если онъ предпринялъ что-либо такое, чего не сталъ бы предпринимать dominus negotii. Онъ отвѣчаетъ только за dolus и culpa lata, если онъ взялъ на себя попеченіе объ имуществѣ другого лица при такихъ условіяхъ, когда безъ него данное благо погибло бы (напр., A во время пожара выноситъ вещи B изъ квартиры). Если negotiorum gestor былъ лишенъ надлежащей дѣеспособности, онъ отвѣчаетъ только въ размѣрѣ своего обогащенія.

Съ другой стороны, negotiorem gestor при извѣстныхъ условіяхъ можетъ требовать, подобно мандатарію, возмѣщенія понесенныхъ расходовъ и освобожденія отъ принятыхъ имъ на себя обязательствъ посредствомъ actio negotiorum gestorum contraria. Для этого, по общему правилу, требуется: a) negotium utiliter gestum, т.-е. требуется, чтобы онъ дѣйствовалъ съ надлежащей осмотрительностью, сообразуясь съ дѣйствительными интересами противной стороны и не дѣйствуя вопреки воли послѣдняго, такъ, чтобы было полное основаніе думать, что послѣдній, если бы могъ выразить свою волю, остался бы доволенъ дѣйствіями negotiorum gestor'a; разъ эти условія налицо, то не требуется, чтобъ желаемый результатъ непремѣнно былъ достигнутъ, если только нѣтъ вины со стороны negotiorum gestor'a (напр., A добровольно лечилъ B во время его болѣзни, послѣдній однако умираетъ,—A тѣмъ не менѣе можетъ требовать отъ наслѣдниковъ B возмѣщенія расходовъ по леченію); b) animus negotia alius gerendi, т.-е. требуется, чтобы лицо дѣйствительно желало дѣйствовать за другого, а не только дѣйствовало въ исполненіе какой-нибудь обязанности или donandi animo или ради собственной выгоды (sui lucri causa). Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ actio negotiorum

gestorum directa и contraria допускается и тогда, когда лицо вело чужія дѣла въ собственномъ интересѣ, а не въ интересахъ хозяина дѣла. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о *ненастоящей* negotiorum gestio. Ср. объ этомъ у Дернбурга, Пандекты, т. II, § 123.— Въ случаѣ послѣдующаго утвержденія дѣйствій negotiorum gestor'a со стороны dominus negotii все отношеніе разсматривается такъ, какъ будто negotiorum gestor сразу дѣйствовалъ въ качествѣ мандатарія.

Глава II. Равномѣрно двусторонніе договоры.

§ 255. Купля-продажа (emtio venditio) [1]). Понятіе и объектъ договора.

Договоръ купли-продажи заключается въ томъ, что одна сторона—продавецъ, venditor—обязывается доставить другой сторонѣ—покупщику, emtor—извѣстное имущественное благо (таваръ), а покупщикъ обѣщаетъ уплатить взамѣнъ этого извѣстную сумму денегъ. Въ частности, объектомъ, подлежащимъ продажѣ, могутъ служить: a) отдѣльныя вещи, движимыя и недвижимыя, d) другія матеріальныя блага, которыя могутъ быть отчуждены, какъ-то jura in re aliena, обязательственныя требованія и т. д.; c) имущественныя массы; b) совокупности однородныхъ или разнородныхъ вещей (напр., товарный складъ, библіотека, домашняя утварь и земледѣльческія машины и т. д.); покупка цѣлой совокупности вещей за одну общую, валовую цѣну называется emtio per aversionem; e) будущія вещи (напр., вещи, которыя должны быть изготовлены), даже такія, относительно которыхъ совсѣмъ еще неизвѣстно, появятся ли онѣ вообще (такъ назыв. emtio spei и emtio rei speratae); f) современная практика знаетъ сверхъ того еще куплю-продажу вещей, опредѣленныхъ одними *родовыми* признаками, напр., покупаютъ опредѣленное количество сахару, керосину и т. д.—Чистое римское право не выработало этой разновидности договора купли-продажи: тамъ, гдѣ въ источникахъ упоминается о покупкѣ вещей, опредѣляемыхъ качествомъ и количествомъ, всегда имѣется въ виду, что эти вещи подлежатъ выдѣленію изъ данной *конкретной* массы соотвѣтствующаго рода вещей, а не изъ любой массы, напр., покупается 10 бутылокъ вина изъ даннаго боченка, 10 фунтовъ муки изъ даннаго мѣшка и т. д.—Заключеніе же договора о поставкѣ опредѣленнаго количества муки или опредѣленнаго количества зерна или вина и т. д. вообще, внѣ наличности опредѣленной конкретной массы, возможно было только въ формѣ стипуляціи.

Объектомъ продажи могутъ служить какъ собственныя вещи продавца, такъ и вещи чужія; другими словами, *продажа чужой вещи, по общему правилу, не признается недѣйствительной*, продавецъ обязанъ доставить ее покупщику, а если онъ этого не можетъ—вознаградить послѣдняго за причиненный ему вредъ. Недѣйствительной считается, однако, *продажа краденой вещи*, если обѣ стороны знали объ этомъ. Далѣе, признается недѣйствительной продажа *res extra commercium*, равно продажа вещи, которую *запрещено продать* или купить вообще или даннымъ лицомъ. Равнымъ образомъ считается недѣйствительной *покупка собственной вещи* (suae rei emtio non valet); покупщикъ поэтому можетъ требовать возврата уплаченныхъ за нее денегъ.

Что касается покупной *цѣны*, то она должна быть опредѣлена деньгами (въ противномъ случаѣ договоръ составляетъ не куплю, а мѣну). Впрочемъ, сущность договора не измѣняется, если покупщикъ обяжется, сверхъ уплаты покупной цѣны, къ исполненію еще чего-либо другого. Старая доктрина утверждала, что pretium должно быть certum, justum et verum, т.-е. что покупная плата должна быть точно опредѣлена, соотвѣтствовать цѣнности купленнаго объекта и не должна быть фиктивная. Однако, это положеніе нуждается въ весьма существенныхъ поправкахъ. Прежде всего, размѣръ покупной платы можетъ быть поставленъ въ зависимость отъ будущаго неизвѣстнаго обстоятель-

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 94 сл. Windscheid, ук. соч. II, § 385 сл.

ства, въ частности, отъ усмотрѣнія опредѣленнаго третьяго лица или отъ справедливой оцѣнки вообще безпристрастнаго эксперта. Спорять о томъ, можетъ ли быть поставленъ размѣръ покупной платы въ зависимость отъ усмотрѣнія одной изъ сторонъ. Римское право не признавало дѣйствительной такую продажу, но современная практика допускаетъ такую комбинацію. Далѣе, не требуется, чтобы покупная плата находилась въ соотвѣтствіи съ цѣнностью предмета. Такимъ образомъ остается только одно положеніе—pretium должно быть verum, т.-е. плата не должна быть фиктивная, иначе придется признать въ данномъ случаѣ договоръ не купли, а даренія.

§ 256. Заключеніе договора и переходъ страха на продавца.

Договоръ купли-продажи считается заключеннымъ, разъ состоялось соглашеніе о товарѣ и цѣнѣ. При этомъ, по общему правилу, не требуется соблюденія опредѣленной формы. Вмѣстѣ съ тѣмъ, по общему правилу съ этого момента (т.-е. съ момента заключенія договора) покупщикъ несетъ страхъ за случайную погибель или ухудшеніе вещи: periculum est emtoris. Другими словами, покупщикъ съ этого момента обязанъ уплатить продавцу покупную цѣну, хотя бы купленная вещь случайно погибла или подверглась ухудшенію и вслѣдствіе этого не могла быть доставлена ему или могла быть доставлена только въ поврежденномъ видѣ. (Вопросъ о томъ, чѣмъ объяснить это положеніе, представляется очень спорнымъ; вѣрнѣе всего объяснить это вліяніемъ историческихъ причинъ, какъ то дѣлаетъ Дернбургъ, Pandecten. т. II, 20 и 96). Итакъ, покупщикъ, по общему правилу, несетъ страхъ съ момента заключенія купли-продажи. Однако, въ извѣстныхъ случаяхъ требуется еще наличность нѣкоторыхъ другихъ условій, кромѣ соглашенія о товарѣ и цѣнѣ, а именно: a) если договоръ былъ заключенъ *подъ суспензивнымъ условіемъ*, то покупщикъ до наступленія условія не несетъ страха за случайную погибель вещи, а несетъ только страхъ за ухудшеніе ея; b) когда вещи, входящія въ составъ *данной* массы, проданы *счетомъ, мѣрою или вѣсомъ*, то отвѣтственность за страхъ переходитъ на покупщика только послѣ того, какъ онѣ будутъ перечтены, отмѣрены или отвѣшены; c) если вещь куплена подъ условіемъ предварительнаго осмотра или испытанія ея, то до заявленія покупщика, что онъ согласенъ ее принять, страхъ лежитъ на продавцѣ; d) споръ существуетъ относительно тѣхъ случаевъ, встрѣчающихся въ современной практикѣ, когда куплены вещи, обозначенныя одними только родовыми признаками, напр., 10 фунтовъ сахару, 20 боченковъ вина и т. д. (этотъ случай надо строго отличать отъ случая, приведеннаго въ n. b., ибо тамъ предполагалось, что куплены вещи, входящія въ составъ *данной* массы, тогда какъ здѣсь вообще покупаются вещи даннаго рода и качества, откуда бы онѣ не были взяты). Спрашивается, съ какого момента тутъ переходитъ страхъ на покупщика.

Существуютъ двѣ главныхъ теоріи. Одни находятъ, что въ данномъ случаѣ страхъ переходитъ на покупщика, когда продавецъ выдѣлилъ изъ любой массы соотвѣтствующее количество вещей и далъ знать объ этомъ покупщику (такъ назыв. Ausscheidungstheorie, теорія выдѣленія). Другіе признаютъ, что въ такихъ случаяхъ страхъ переходитъ на покупщика только съ момента исполненія договора, т. е., по общему правилу, съ момента доставленія (при продажѣ на разстояніе—Distancekauf—уже съ момента отсылки) товара покупщику (такъ назыв. Lieferungs или Erfüllungstheorie, теорія исполненія). Ср. Дернбургъ, Pandekten. т. II, § 96. примѣч. 9).

§ 257. Обязанности покупщика.

Покупщикъ отвѣчаетъ предъ продавцомъ на основаніи actio venditi. Онъ обязанъ прежде всего внести условленную плату; если вещь будетъ передана ему раньше, чѣмъ онъ успѣетъ заплатить за нее, онъ съ момента традиціи обязанъ платить и проценты

съ покупной платы, если стороны не условились иначе. Сверхъ того, онъ обязанъ возмѣстить продавцу всѣ необходимыя и полезныя затраты, которыя тотъ сдѣлалъ на вещь со времени заключенія купли-продажи. Онъ отвѣчаетъ за omnis culpa. Въ связи съ этимъ необходимо замѣтить, что покупщикъ не пріобрѣтаетъ переданной вещи въ собственность, пока онъ не внесъ платы за нее, если только онъ не представилъ поручителей или не купилъ вещи въ кредитъ.

§ 258. Обязанности продавца. Общія начала.

Продавецъ отвѣчаетъ предъ покупщикомъ на основаніи actio emti. Онъ обязанъ передать самую вещь со всѣми приращеніями. Онъ отвѣчаетъ до передачи вещи за omnis culpa. Онъ отвѣчаетъ за эвикцію вещи. Онъ отвѣчаетъ за скрытые недостатки и за отсутствіе обѣщанныхъ достоинствъ вещи.

§ 259. Отвѣтственность продавца за эвикцію.

Продавецъ не только обязанъ передать вещь,—онъ отвѣчаетъ, сверхъ того, ut emtori rem habere liceat, т.-е., вещь должна быть передана въ безпрепятственное владѣніе покупщика, такъ чтобы онъ имѣлъ и право и возможность ею распоряжаться. Вслѣдствіе этого, продавецъ отвѣчаетъ предъ покупщикомъ, если вещь будетъ отсуждена у послѣдняго третьимъ лицомъ. Итакъ, продавецъ отвѣчаетъ за эвикцію вещи. Условія отвѣтственности за эвикцію: a) вещь должна быть отсуждена у покупщика въ пользу третьяго лица, вполнѣ или отчасти, установленнымъ судебнымъ порядкомъ, и при томъ не иначе какъ на основаніи права, существовавшаго еще во время продажи; b) покупщикъ, противъ котораго будетъ предъявленъ искъ объ эвикціи, долженъ сообщить объ этомъ продавцу и тѣмъ дать послѣднему возможность принять участіе въ тяжбѣ (litem denunciare). Отъ этой обязанности покупщикъ освобождается, если продавецъ заранѣе отказался отъ нея, не можетъ быть разысканъ или умышленно скрывается.

Объемъ отвѣтственности за эвикцію. Объемъ отвѣтственности за эвикцію опредѣляется интересомъ покупщика, т.-е. продавецъ обязанъ вознаградить истца за весь убытокъ, постигшій послѣдняго вслѣдствіе отнятія у него вещи. Въ Римѣ обыкновенно заключались особыя stipulationes duplae, въ силу которыхъ продавецъ обязывался возмѣстить покупщику, на случай эвикціи, двойную стоимость эвинцированной вещи. Юстиніанъ постановилъ, что и въ остальныхъ случаяхъ продавецъ не отвѣчаетъ свыше duplum. Конечно, и теперь стороны могутъ выговорить себѣ на случай эвикціи уплату заранѣе опредѣленной суммы денегъ. Возможна и *частичная эвикція* (напр., отчуждается реальная или идеальная часть вещи, или покупщикъ теряетъ владѣніе вещью вслѣдствіе того, что на нее существуетъ эмфитевтическое или суперфиціарное право или правзалога или узуфрукта другого лица); въ такомъ случаѣ онъ можетъ требовать соотвѣтственнаго вознагражденія за причиненный этимъ ущербъ.

Отвѣтственность за эвикцію отпадаетъ, если: a) покупщикъ зналъ о томъ, что вещь можетъ быть отсуждена у него, и b) если было заключено особое pactum de non praestanda evictione.

§ 260. Отвѣтственность продавца за недостатки вещи.

Само собою разумѣется, что продавецъ отвѣчаетъ за отсутствіе *обѣщанныхъ* качествъ и достоинствъ вещи (dicta и promissa), и за недостатки ея, *намѣренно скрытые* имъ. Этимъ, однако, его отвѣтственность не ограничивается. Она была значительно расширена курульскими эдилами (aediles curules), въ рукахъ которыхъ сосредоточивалась

въ Римѣ торговая юрисдикція. Постановленія эдикта курульскихъ эдиловъ, которыя касались первоначально только торговли рабами и скотомъ, были развиты дальше классической юриспруденціи и распространены на другіе виды торговли. Сущность этихъ постановленій сводится къ слѣдующему. Продавецъ обязанъ указать покупщику на всѣ вообще недостатки вещи, за исключеніемъ только тѣхъ, которые очевидны, для всѣхъ видимы; впрочемъ, маловажные недостатки не принимаются во вниманіе. Если онъ этого не сдѣлалъ, онъ отвѣчаетъ предъ покупщикомъ, *хотя бы онъ самъ не зналъ о существованіи недостатка* во время продажи (напр., продана больная лошадь, о болѣзни которой самъ продавецъ не зналъ, такъ какъ она не успѣла еще ясно обнаружиться). При этомъ, конечно, предполагается, что недостатокъ существовалъ еще до продажи (напр., если лошадь заболѣла только послѣ продажи, то продавецъ, конечно, не отвѣчаетъ за болѣзнь, ибо съ момента продажи periculum ложится на покупщика).

Что касается *предѣловъ отвѣтственности* продавца за недостатки вещи, то надо замѣтить слѣдующее: поскольку рѣчь идетъ о недостаткахъ, намѣренно скрытыхъ, или объ отсутствіи обѣщанныхъ достоинствъ, продавецъ отвѣчаетъ за *весь интересъ* покупщика, т.-е. обязанъ возмѣстить послѣднему весь убытокъ, причиненный его недобросовѣстностью. Иное дѣло, поскольку рѣчь идетъ о такихъ скрытыхъ недостаткахъ, о существованіи которыхъ продавецъ самъ не зналъ. Въ такихъ случаяхъ покупщикъ не можетъ требовать вознагражденія за весь причиненный ему убытокъ, а можетъ только требовать либо расторженія договора, либо соотвѣтствующаго пониженія покупной платы. Въ частности, покупщикъ можетъ требовать въ теченіе sex menses utiles—расторженія договора посредствомъ actio redhibitoria. Цѣль этого иска — возстановленіе имущественнаго status quo, существовавшаго до продажи, т.-е. покупщикъ возвращаетъ вещь и получаетъ обратно деньги. Если покупщикъ этого не пожелалъ или пропустилъ шестимѣсячный срокъ, онъ въ теченіе года (intra annum utilem) можетъ предъявить противъ продавца actio quanti minoris, направленную на соотвѣтствующее пониженіе покупной цѣны. Ср. Дернбургъ, Пандекты, т. II, § 101.

§ 261. Добавочныя соглашенія при куплѣ-продажѣ.

Нормальныя послѣдствія купли-продажи могутъ быть измѣнены на основаніи спеціальныхъ соглашеній между сторонами (pacta adjecta), напр., продавецъ отказывается отъ отвѣтственности за эвикцію, отъ отвѣтственности за недостатки вещи и т. д.; при этомъ конечно, предполагается, что онъ не находится in dolo. Особенно часто встрѣчаются: a) addictio in diem, соглашеніе въ силу котораго продавецъ сохраняетъ за собой право отступиться отъ договора, если ему будутъ предложены болѣе выгодныя условія; однако, покупщикъ можетъ сохранить договоръ въ силѣ, если онъ со своей стороны соглашается на эти новыя условія; b) lex commissoria, соглашеніе, въ силу котораго сторона сохраняетъ за собою право отступиться отъ договора, если противная сторона не исполнитъ своевременно принятыхъ на себя обязательствъ; c) pactum reservati dominii и pactum hypothecae, соглашеніе, въ силу котораго продавецъ удерживаетъ за собой право собственности или устанавливаетъ залоговое право на вещь впредь до полученія полной уплаты; d) pactum de retrovendendo, въ силу котораго покупщикъ обязывается продать вещь обратно продавцу, и pactum de retroemendo, въ силу котораго продавецъ обязывается обратно купить вещь у покупщика; e) pactum protimiseos, соглашеніе, въ силу котораго продавецъ предоставляетъ себѣ, въ случаѣ перепродажи вещи, предпочтительное на покупку оной право.

§ 262. Прекращеніе купли-продажи.

Купля-продажа можетъ быть расторгнута, прежде всего на основаніи *взаимнаго соглашенія между сторонами*. Но такое расторженіе допускается *въ извѣстныхъ слу-*

чаяхъ и помимо воли той или другой изъ сторонъ, какъ-то: въ случаѣ обнаруженія скрытыхъ недостатковъ: (посредствомъ actio redhibitoria), въ случаѣ обманнаго образа дѣйствія, или въ томъ случаѣ, когда одна изъ сторонъ была принужлена другою вступить въ договоръ. Сверхъ того, продавецъ на основаніи постановленія имп. Діоклеціана (1. 2 Cod. de rescind. vend. 44,4) имѣетъ право требовать расторженія договора, если онъ получилъ за вещь меньше половины стоимости ея, такъ наз. laesio enormis или ultra dimidium, если только покупщикъ не изъявитъ готовности увеличить въ соотвѣтствующей мѣрѣ покупную плату.

263. Договоръ мѣны (permutatio).

Договоръ мѣны состоитъ въ обоюдномъ обѣщаніи двухъ лицъ обмѣнять одинъ предметъ на другой, за исключеніемъ только денегъ. По чистому римскому праву договоръ мѣны принадлежалъ къ *реальнымъ* контрактамъ, т.-е. для признанія полной силы за этимъ договоромъ не считалось достаточнымъ соотвѣтствующее неформальное соглашеніе, а требовалось, чтобъ одна изъ сторонъ исполнила свои договорныя обязанности; только послѣ этого она могла требовать исполненія отъ противной стороны на основаніи actio praescriptis verbis. По современному праву, какъ явствуетъ изъ вышеприведеннаго опредѣленія договора, договоръ возникаетъ уже на основаніи простого неформальнаго соглашенія между сторонами. Каждая изъ сторонъ отвѣчаетъ въ случаѣ эвикціи переданной ею вещи, а равно за недостатки вещи въ тѣхъ же предѣлахъ, какіе были указаны примѣнительно къ договору купли-продажи.

§ 264. Договоръ найма (locatio-conductio) [1]). Общія замѣчанія.

Римское право подводитъ подъ понятіе найма, locatio conductio, троякаго рода отношенія: a) *Locatio conductio rerum*, имущественный наемъ. Сущность этого договора заключается въ томъ, что одно лицо, за извѣстное денежное вознагражденіе, предоставляетъ другому лицу пользоваться какой-нибудь вещью. Этотъ договоръ обыкновенно подраздѣляется еще на имущественный наемъ въ тѣсномъ смыслѣ и аренду. О *наймѣ* въ тѣсномъ смыслѣ мы говоримъ, когда предоставляется *простое пользованіе* вещью (напр., квартирой, лошадью и т. д.), объ *арендѣ* — когда предоставляется *доходъ* съ вещи, въ особенности въ формѣ извлеченія естественныхъ плодовъ изъ нея (напр., аренда сельскохозяйственнаго участка, фруктоваго сада и т. д.). Дальнѣйшая особенность аренды заключается въ томъ, что вмѣсто денежной платы можетъ быть выговорено и вознагражденіе плодами. b) *Locatio conductio operarum*, личный наемъ или наемъ услугъ. Сущность этого договора заключается въ томъ, что одно лицо, за извѣстное денежное вознагражденіе обязывается исполнить извѣстныя работы. Объектомъ договора служитъ самая работа, трудъ лица, какъ таковой. c) *Locatio conductio operis*,—договоръ подряда, заказа и перевозки кладей. Отличіе этого договора отъ договора личнаго найма заключается въ томъ, что объектомъ договора является не трудъ лица, какъ таковой, а тотъ результатъ, который долженъ быть достигнутъ лицомъ.

Итакъ, подъ общее понятіе найма подводятся весьма различныя группы случаевъ. Общія имъ всѣмъ черты заключаются въ слѣдующемъ: во всѣхъ этихъ случаяхъ, уже по чистому римскому праву, договоръ возникаетъ на основаніи простого, неформальнаго соглашенія; далѣе—вездѣ обязанность одного контрагента заключается въ уплатѣ извѣстной суммы денегъ (только при арендѣ вознагражденіе можетъ быть произведено и плодами); наконецъ, обѣ стороны, по общему правилу, отвѣчаютъ за omnis culpa.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 110 сл. Windscheid, ук. соч. II, § 399 сл.

§ 265. Locatio conductio rerum. Условія договора.

Объектомъ договора найма или аренды можетъ служить все, чѣмъ можно пользоваться. Не требуется, чтобъ отдающій вещь въ аренду или наемъ непремѣнно былъ собственникомъ ея. Съ другой стороны, самъ собственникъ можетъ нанять или арендовать свою же вещь, у такого лица, которое имѣетъ на нее вещное право, болѣе или менѣе парализующее права собственника (напр., лицо А имѣетъ право узуфрукта на мой участокъ,—я могу заключить съ нимъ въ такомъ случаѣ договоръ объ отдачѣ мнѣ этого участка въ арендное содержаніе). Наниматель или арендаторъ можетъ сдать вещь въ наемъ или аренду третьему лицу, такъ назыв. sublocatio. Вслѣдствіе этого, однако, не измѣняется его отношеніе къ лицу, отъ котораго онъ самъ получилъ вещь въ наемъ. Плата должна быть выговорена *деньгами* (при арендѣ она можетъ быть выговорена и плодами). Требованіе, чтобъ pretium было verum, certum и justum, имѣетъ такое же значеніе, какъ при куплѣ-продажѣ.

§ 266. Обязанности отдающаго въ аренду или наемъ.

Отдающій въ наемъ или аренду называется locator. Противъ него предъявляется actio conducti. Locator обязанъ своевременно передать нанимателю или арендатору вещь съ ея принадлежностями и предоставить ему безпрепятственную возможность пользоваться ею въ теченіе установленнаго срока. Онъ обязанъ содержать вещь въ исправномъ видѣ и нести расходы по ремонту ея, а также лежащія на ней подати и повинности. Если наниматель тратится на вещь, locator обязанъ возмѣстить ему эти расходы, поскольку они были необходимы или увеличили доходность вещи. Онъ отвѣчаетъ за omnis culpa и въ частности за эвикцію вещи и недостатки ея, препятствующіе надлежащему пользованію ею.

§ 267. Обязанности нанимателя или арендатора.

Наниматель или арендаторъ называется conductor. Противъ него можетъ быть предъявлена actio locati. Наниматель обязанъ уплатить выговоренную наемную плату по истеченіи срока пользованія или въ установленные для сего сроки. Эта обязанность лежитъ на немъ даже въ томъ случаѣ, если онъ по какимъ-нибудь субъективнымъ основаніямъ не пользовался вещью, разъ пользованіе ею вообще было возможно. Но если пользованіе вещью стало невозможнымъ по винѣ противной стороны или вслѣдствіе случая, (напр., домъ сгорѣлъ), то онъ въ соотвѣтствующей степени освобождается отъ своей обязанности. Другими словами, наниматель и арендаторъ не несетъ periculum, онъ платитъ только за то время, за которое онъ имѣлъ объективную возможность пользоваться вещью. Сверхъ того, арендаторъ, по общему правилу, пользуется еще слѣдующей особой льготою: если онъ въ данномъ году понесъ значительную утрату въ плодахъ отъ чрезвычайныхъ происшествій, какъ-то наводненія, града, мороза, бури, пожара и т. д., онъ можетъ требовать соотвѣтствующей скидки съ арендной платы (такъ назыв. remissio mercedis); при этомъ, однако, предполагается, что недополученный въ данномъ году доходъ съ аренды, заключенной на нѣсколько лѣтъ, не покрывается значительнымъ избыткомъ отъ дохода прежнихъ лѣтъ. Сверхъ того, наниматель или арендаторъ по прекращеніи договора обязанъ возвратить полученную вещь и вознаградить противную сторону за весь убытокъ, причиненный по его винѣ; онъ отвѣчаетъ за omnis culpa. За случайныя поврежденія и погибель вещи онъ, по общему правилу, не отвѣчаетъ. Впрочемъ, иногда наниматель или арендаторъ обязанъ возмѣстить и случайныя потери, а именно, если на этотъ счетъ состоялось особое соглашеніе между сторонами. Въ частности, если извѣстная

вещь или принадлежащая къ ней другая побочная (напр., инвентарь усадьбы или извѣстное число головъ скота) переданы нанимателю или арендатору съ установленіемъ опредѣленной цѣны, съ тѣмъ, что онъ долженъ вернуть либо эти вещи, либо ихъ цѣну, то онъ несетъ periculum относительно такихъ вещей, и въ случаѣ пропажи ихъ, обязанъ вознаградить противную сторону по установленной цѣнѣ (такъ назыв., locatio conductio irregularis).—По отношенію къ вещи, служащей объектомъ locatio conductio, наниматель или арендаторъ является только *детенторомъ*, а не юридическимъ владѣльцемъ ея.

§ 268. Прекращеніе найма и аренды.

Договоръ найма и аренды прекращаются: a) вслѣдствіе уничтоженія отданной въ наемъ или аренду вещи; b) въ случаѣ истеченія срока, на который былъ заключенъ договоръ; срокъ можетъ быть опредѣленный или неопредѣленный; въ послѣднемъ случаѣ договоръ прекращается, какъ только та или другая изъ сторонъ пожелаютъ этого; впрочемъ, срокъ можетъ быть продолженъ на основаніи не только открытаго, но и безмолвнаго соглашенія сторонъ, такъ назыв. relocatio tacita; c) вслѣдствіе односторонняго отступленія отъ договора той или другой изъ сторонъ; таковое допускается не иначе, какъ по законнымъ причинамъ. Такъ, напр., отдавшій въ наемъ можетъ устранить нанимателя, если послѣдній въ теченіе 2 лѣтъ не вносилъ наемной платы, или пользовался вещью противно уговору, и т. д. Съ другой стороны, наниматель можетъ отступиться отъ договора, если вещь страдаетъ такими недостатками, которые затрудняютъ пользованіе ею. Конечно, по всѣмъ такимъ причинамъ договорное отношеніе, существовавшее между сторонами, прекращается только на будущее время. Возникшія до того времени требованія сохраняютъ свою силу. Отчужденіе вещи со стороны лица, отдавшаго ее въ наемъ или аренду, не прекращаетъ обязательственнаго отношенія между нимъ и нанимателемъ. Поэтому, если новый пріобрѣтатель не признаетъ договора найма или аренды, заключеннаго его предшественникомъ, обязательнымъ для себя, наниматель (или арендаторъ) можетъ искать убытки съ своего непосредственнаго контрагента.

§ 269. Locatio conductio operarum. Понятіе этого договора.

Договоръ личнаго найма заключается въ томъ, что одно лицо, locator, за извѣстное денежное вознагражденіе обѣщаетъ противной сторонѣ, conductor, работать на нее. Объектомъ договора личнаго найма съ точки зрѣнія чистаго римскаго права служитъ только обыкновенная, ремесленная работа (а не духовная работа или вообще работа, какою занимаются представители свободныхъ профессій), такъ назыв. operae illiberales, locari solitae (въ противоположность operae liberales). Въ современномъ римскомъ правѣ рамки договора раздвинуты гораздо шире, ср. Windscheid, II, § 404, прим. 3 и 4. Къ договору личнаго найма примѣняются по аналогіи положенія, регулирующія договоръ имущественнаго найма, поскольку это позволяетъ природа этого договора. Нанявшійся въ услуженіе, locator имѣетъ actio locati, посредствомъ которой онъ можетъ требовать уплаты выговореннаго вознагражденія; онъ сохраняетъ право требовать выдачи условленнаго вознагражденія, хотя бы противная сторона по субъективнымъ причинамъ не воспользовалась его услугами, если только онъ не успѣлъ поступить въ услуженіе къ другому лицу на одинаковыхъ или болѣе выгодныхъ условіяхъ. Но, конечно, онъ теряетъ это право, если противная сторона по его винѣ или вслѣдствіе дѣйствія случая не могла воспользоваться его услугами. Взявшій лицо въ услуженіе (conductor) имѣетъ actio conducti и можетъ требовать дѣйствительнаго исполненія обѣщанной работы и возмѣщенія убытка, причиненнаго неправильными дѣйствіями противной стороны.

Договоръ личнаго найма прекращается, помимо случаевъ смерти лица, взявшаго на себя тѣ или иныя работы (locator'a) и неспособности его къ выполненію взятыхъ имъ на себя работъ, и въ случаѣ истеченія срока, а разъ опредѣленнаго срока не установлено, то на основаніи заявленія той или другой стороны о желаніи ея прекратить отношеніе по найму на будущее время. Смерть работодателя, по общему правилу, не прекращаетъ отношенія по личному найму, ср. 1. 19 § 9 D. loc. I. 9,2.

§ 270. Locatio conductio operis. Понятіе и послѣдствія этого договора.

1) Подъ общимъ именемъ locatio conductio operis римское право обнимаетъ рядъ весьма разнообразныхъ случаевъ, которые имѣютъ ту общую черту, что *одно лицо (conductor или redemptor operis) за извѣстное вознагражденіе берется доставить другому лицу (locator operis) готовый результатъ своей работы.* Слѣдовательно, объектомъ договора служитъ не работа, не личный трудъ, какъ таковой, а тотъ результатъ, который долженъ быть достигнутъ. Подъ locatio conductio operis подходятъ между прочимъ: договоръ подряда, заказа, обработки или переработки какихъ-нибудь вещей, транспортированія кладей, договоръ обученія ученика какому-нибудь ремеслу и т. д.

Лицо, взявшееся за работу (conductor), можетъ требовать *уплаты выговоренныхъ денегъ* по исполненіи заказа, подряда и т. д. въ спеціально условленные сроки, а равно можетъ требовать вознагражденія за убытокъ, причиненный виною противной стороны.

Лицо, давшее заказъ, и т. д. можетъ требовать исполненія заказа или возмѣщенія убытка. Заказъ долженъ быть исполненъ своевременно и согласно заключенному между сторонами условію: ita ut probari debeat. Разъ заказчикъ призналъ годнымъ исполненный заказъ, противная сторона освобождается отъ отвѣтственности, если только она не дѣйствовала dolose. Въ такомъ признаніи не можетъ быть отказано безъ достаточныхъ основаній, ср. 1. 24 pr. Dig. loc. 19,2: si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset; idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit; nam *fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.*

2) Работа, по общему правилу, можетъ быть выполнена conductor'омъ либо самолично, либо чрезъ посредство третьихъ, привлеченныхъ имъ, въ качествѣ предпринимателя, лицъ (его служащихъ, рабочихъ). Спрашивается, въ какихъ предѣлахъ онъ отвѣчаетъ за убытокъ, причиненный locator'у такими лицами. Вопросъ спорный: одни (напр., Дернбургъ) утверждаютъ, что предприниматель въ такихъ случаяхъ отвѣчаетъ безусловно за всякую вину своихъ подчиненныхъ, другіе (Виндшейдтъ, Вендтъ) находятъ, что онъ отвѣчаетъ лишь постольку, поскольку ему самому можетъ быть вмѣнена culpa in eligendo (небрежность въ выборѣ соотвѣтствующихъ лицъ), или culpa in custodiendo (недостатокъ руководства или надзора). Послѣднее мнѣніе de lege lata заслуживаетъ предпочтенія, ср. въ особенности 1. 25, § 7 D. loc. 19,2: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Ср. Виндшейдтъ, ук. соч. II, § 401, пр. 5.

3) Дальнѣйшій споръ существуетъ по вопросу о томъ, несетъ ли conductor periculum, въ частности, можетъ ли онъ требовать условленнаго вознагражденія въ случаѣ казуальной гибели или порчи тѣхъ объектовъ, надъ которыми онъ производитъ свою работу. Господствующее мнѣніе признаетъ, что *за случайный вредъ* предприниматель, по общему правилу, не отвѣчаетъ: при случайной гибели вещи, онъ можетъ требовать вознагражденія за то, что успѣлъ сдѣлать для исполненія заказа. Впрочемъ, предприниматель иногда по особому соглашенію беретъ на себя periculum — такъ назыв., locatio conductio operis irregularis: это бываетъ въ томъ случаѣ, когда замѣнимыя вещи передаются однимъ лицомъ другому для перевозки или переработки съ тѣмъ, что могутъ быть

возвращены или пущены въ переработку другія вещи одинаковаго съ первыми рода и качества. Conductor въ такихъ случаяхъ пріобрѣтаетъ право собственности на переданныя ему вещи, но зато несетъ и страхъ за случайную пропажу ихъ, ср. l. 31 D. loc. 19,2, l. 34 pr. D. de auro 34,2.

4) Особыя правила дѣйствуютъ на тотъ случай, когда заказъ такого рода, что conductor долженъ изъ *собственнаго* матеріала сдѣлать что-либо, напр., сшить платье, отлить изъ собственнаго золота кубокъ, и т. п. Такого рода отношенія подводятся римскими источниками подъ понятіе *emptio venditio*, а не locatio conductio operis, § 4 J. de locat. 3,24. Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi.

§ 271. Lex Rhodia de jactu.

Если для спасенія корабля отъ грозившей опасности пришлось выбросить чьи-нибудь вещи или принести какія-нибудь иныя жертвы (напр., обрубить мачты), то происшедшій вслѣдствіе этого убытокъ долженъ быть понесенъ совмѣстно съ собственниками этихъ вещей еще собственниками спасенныхъ вещей, корабля и груза. Между указанными лицами возникаетъ своеобразная *общность страха* (Gefahrgemeinschaft), причемъ каждый отвѣчаетъ въ размѣрѣ, соотвѣтствующемъ стоимости его вещей. Въ частности, вознагражденіе лицъ, лишенныхъ своихъ вещей, происходитъ въ такой формѣ, что: a) они предъявляютъ *къ корабельщику* actio locati, требуя отъ него слѣдующее имъ вознагражденіе; b) съ своей стороны, корабельщикъ требуетъ соотвѣтствующихъ приплатъ отъ собственниковъ спасенныхъ вещей посредствомъ actio conducti и имѣетъ и jus retentionis по отношенію къ этимъ вещамъ.

Эти постановленія сложились на островѣ Родосѣ и оттуда перешли въ римское право. Существуетъ споръ о томъ, возможно ли примѣненіе по аналогіи этихъ положеній въ случаѣ пожара, наводненій и военныхъ бѣдствій, и въ какихъ предѣлахъ. Ср. Windscheid, Pandecten, т. II, § 403, примѣчаніе 13.

§ 272. Договоръ товарищества [1]). Понятіе и возникновеніе товарищества.

Товариществомъ называется основанное на взаимномъ соглашеніи соединеніе нѣсколькихъ лицъ, приводящее къ частичной или полной имущественной общности. Короче, товарищество есть договорная имущественная общность. Смотря по объему этой общности различаютъ: a) *societas omnium bonorum*, объектомъ которой служитъ все настоящее и будущее имущество товарищей (socii); b) *societas quaestus* (или quaestus et lucri), объектомъ которой служитъ все то, что впредь должно быть пріобрѣтено общимъ трудомъ товарищей, но не то, что они пріобрѣтаютъ инымъ путемъ, какъ, напр., наслѣдства или даренія, ср. l. 8 D. pro soc. 17,2: quaestus enim intellegitur, qui ex opera cujus descendit; c) торговыя, ремесленныя и иныя товарищества, объектомъ которыхъ служитъ одно какое-нибудь предпріятіе; d) сюда же относятся скоропреходящія товарищества, при которыхъ имѣется въ виду достиженіе на общій счетъ какой-нибудь спеціальной цѣли, напр., путешествія. Надо замѣтить, что товарищества учреждаются не только для цѣли наживы, но и для другихъ цѣлей, какъ-то, любительскихъ, научныхъ и т. д., но для гражданскаго права такія товарищества имѣютъ значеніе лишь постольку, поскольку они порождаютъ имущественныя правоотношенія.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 124 сл. Windscheid, ук. соч. II, § 405 сл.

Товарищество возникаетъ на основаніи неформальнаго соглашенія между сторонами, именуемаго договоромъ товарищества; соглашеніе можетъ быть выражено открыто или безмолвно, оно можетъ быть совершено подъ извѣстнымъ условіемъ или съ присоединеніемъ срока и т. п. Что касается участія товарищей въ прибыляхъ и убыткахъ, то размѣръ ихъ паевъ зависитъ отъ нихъ же самихъ; in dubio предполагается, что они участвуютъ въ равныхъ частяхъ. Возможно и такъ, что одинъ вноситъ свой личный трудъ, другой участвуетъ капиталомъ и т. д. Съ другой стороны, считается недѣйствительной, такъ назыв., societas leonina, при которой одна сторона должна получить всю ожидаемую выгоду, а другая несетъ весь возможный убытокъ (1. 29, § 2, D. pro socio 17,2).

§ 273. Послѣдствія договора товарищества.

Договоръ товарищества обязываетъ всѣхъ товарищей *къ добросовѣстному исполненію всего того, чего отъ нихъ по смыслу и цѣли договора можно требовать.* Такъ, каждый изъ товарищей обязанъ внести свой пай или исполнить возложенную на него работу,—обязанъ отчетностью предъ остальными. Отъ него требуется diligentia quam suis rebus adhibere solet, т.-е., онъ долженъ прилагать къ общему дѣлу ту степень старанія, которую онъ привыкъ прилагать въ собственныхъ дѣлахъ. Каждый товарищъ обязанъ выдать то, что онъ пріобрѣлъ при веденіи общаго дѣла (commune negotium) или изъ общаго имущества; съ другой стороны, онъ можетъ требовать пропорціональнаго возмѣщенія расходовъ, сдѣланныхъ имъ въ интересахъ общаго дѣла, а равно возмѣщенія даже *случайнаго* убытка, понесеннаго имъ при веденіи общаго дѣла, ср. 1. 52 § 4 D. pro soc. 17,2.—Наконецъ, товарищи по отношенію другъ къ другу пользуются льготой посильной отвѣтственности, ср. § 38 J. de act. 4,6: ... item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest.

Что касается *отношеній товарищей къ третьимъ лицамъ*, то надо имѣть въ виду, что товарищество, въ противоположность корпораціи, не есть самостоятельный субъектъ правъ, не есть юридическое лицо. Слѣдовательно, носителями правъ и обязанностей по отношенію къ третьимъ лицамъ являются отдѣльные товарищи (напр., если одинъ изъ товарищей заключилъ въ общемъ интересѣ сдѣлку съ третьимъ лицомъ, послѣднее, по общему правилу, можетъ требовать исполненія только отъ него и само можетъ быть принуждено къ исполненію только имъ). Искъ, посредствомъ котораго регулируются отношенія между товарищами, называется actio pro socio. Третьи лица, конечно, не могутъ предъявлять этого иска.

§ 274. Прекращеніе товарищества.

Товарищество прекращается не только вслѣдствіе единогласнаго постановленія всѣхъ товарищей, но и вслѣдствіе односторонняго заявленія о выходѣ одного изъ товарищей; впрочемъ, не запрещается установлять заранѣе, что выбытіе того или другого изъ числа товарищей не разрушаетъ товарищества; оно можетъ также продолжать свое существованіе и по возобновленному между прочими соучастниками соглашенію. Другими словами, односторонній выходъ одного изъ товарищей прекращаетъ товарищество въ томъ только случаѣ, если не было установлено противнаго. Сверхъ того, несвоевременный или преждевременный выходъ во всякомъ случаѣ возлагаетъ на выбывшаго обязанность возмѣстить причиненный этимъ остальнымъ участникамъ убытокъ. Въ частности, выбывшій при такихъ условіяхъ товарищъ по общимъ дѣламъ, начатымъ до заявленія о выходѣ его, продолжаетъ отвѣчать за возможный убытокъ, лишаясь вмѣстѣ съ тѣмъ права на возможную прибыль; ср. 1. 65 § 6. D. pro soc. 17,2. Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando *socium a se, non se a socio li-*

berat itaque, si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert, at si dispendium, aeque praestabit portionem.

Далѣе, *товарищество прекращается вслѣдствіе смерти одного изъ товарищей*, если не было условлено противнаго. Наслѣдники товарища не вступаютъ сами по себѣ въ товарищество, хотя бы то и было заранѣе условлено,—они должны быть особо приняты.

Далѣе, основаніями для прекращенія товарищества служатъ: a) конкурсъ или конфискація имущества одного изъ товарищей; b) невозможность исполненія или неисполненіе той сдѣлки, ради которой было заключено товарищество; c) истеченіе срока, на который оно было заключено. Разумѣется, во всѣхъ указанныхъ случаяхъ прекращается только существованіе товарищества на будущее время. Возникшія до того времени требованія остаются въ силѣ.

§ 275. Внѣдоговорная имущественная общность (communio incidens). Общія начала.

Имущественная общность, какъ таковая, и независимо отъ того, основана ли она на договорѣ или нѣтъ, порождаетъ взаимныя обязательственныя отношенія между заинтересованными лицами. Если имущественная общность существуетъ между сонаслѣдниками, она порождаетъ acto familiae erciscundae, въ другихъ случаяхъ общности права собственности или другихъ вещныхъ правъ возникаетъ actio communi dividundo. Путемъ этихъ исковъ участники могутъ требовать: a) раздѣла общаго объекта или, иначе говоря, прекращенія существующей общности; b) возмѣщенія расходовъ, сдѣланныхъ ими на общую вещь, и возмѣщенія убытка, причиненнаго по винѣ другихъ участниковъ; участники, поскольку они завѣдуютъ общей вещью, отвѣчаютъ другъ передъ другомъ за culpa in concreto, т.-е. должны прилагать diligentiam, quam suis rebus adhibere solent; c) сверхъ того, *пока длится общность*, участники могутъ требовать предоставленія имъ такого пользованія общими вещами, на какое они имѣютъ право въ качествѣ соучастниковъ или въ силу особаго соглашенія, а равно воздержанія остальныхъ отъ такихъ дѣйствій, которыя идутъ въ разрѣзъ съ правомъ даннаго соучастника или воспрещены соотвѣтствующимъ соглашеніемъ. Судъ, въ который предъявленъ искъ о раздѣлѣ, обязанъ считаться съ взаимными притязаніями сторонъ и примѣнительно къ нимъ произвести самый раздѣлъ. При этомъ, ему предоставляется присудить однѣ вещи—одному, другія—другому участнику, или раздѣлить вещь, или присудить ее цѣликомъ одному, съ установленіемъ вещныхъ или личныхъ правъ въ пользу другого и т. д.

§ 276. Actio finium regundorum.

На случай спорности и вытекающей отсюда неизвѣстности пограничной межи, раздѣляющей смежные сельскіе участки, заинтересованныя лица могутъ предъявлять actio finium regundorum. Искъ можетъ быть предъявленъ какъ собственникомъ участка, такъ и другими лицами, имѣющими вещное на него право. Ближайшая цѣль иска—выясненіе настоящихъ границъ. Если, однако, этимъ не можетъ быть устранена неизвѣстность, то искъ принимаетъ характеръ иска о раздѣлѣ; а именно, спорная пограничная полоса разсматривается какъ общая, и судъ долженъ раздѣлить эту общую полосу между заинтересованными лицами; въ случаѣ необходимости, судъ при этомъ можетъ отодвинуть и настоящую границу. Онъ можетъ также принять мѣры къ охранѣ неприкосновенности границы въ будущемъ. Наконецъ, онъ можетъ присудить, въ случаѣ предъявленія заинтересованными лицами соотвѣтствующихъ требованій, эквивалентъ какъ за извлеченныя выгоды, такъ равно и за понесенные убытки или расходы.

Обязательства, вытекающія изъ правонарушеній, и соприкасающіяся съ ними отношенія.

Глава I. Общая характеристика.

§ 277. Чистое Римское право.

Частные штрафные иски появились у римлянъ очень рано. Цѣлый рядъ такихъ исковъ встрѣчается еще въ законодательствѣ XII таблицъ. Основаніемъ ихъ служатъ опредѣленныя, грубыя правонарушенія, которыя могутъ быть подведены подъ три главныя группы: furtum (кража), damnum injuria datum (поврежденіе чужихъ вещей) и injuria (оскорбленія словомъ и дѣйствіемъ). Казуистическія постановленія XII таблицъ о damnum injuria datum впослѣдствіи были замѣнены новыми, болѣе общими, изложенными въ lex Aquilia. Дальнѣйшее развитіе штрафные иски получили въ преторской практикѣ. Преторы въ своихъ эдиктахъ выставили цѣлый рядъ новыхъ штрафныхъ исковъ (actio vi bonorum raptorum, quod metus causa, actio servi corrupti и т. д.). Штрафные иски имѣли двоякую функцію. Съ одной стороны, они составляли особый видъ частныхъ правъ, они предъявлялись въ порядкѣ гражданскаго процесса и находились въ полномъ распоряженіи кредитора, штрафъ шелъ въ его пользу. Съ другой стороны, они имѣли и публичную функцію, служили формой наказанія, и въ этомъ смыслѣ восполняли пробѣлы публичнаго уголовнаго права римлянъ. (Дѣло въ томъ, что многія преступленія, такъ назыв. delicta privata, вовсе не карались уголовнымъ закономъ, а только порождали штрафной искъ въ пользу потерпѣвшаго лица). Итакъ, штрафные иски должны были удовлетворять двойной цѣли: правонарушитель долженъ быть наказанъ, потерпѣвшій долженъ получить вознагражденіе.

Съ теченіемъ времени, римляне должны были придти къ убѣжденію, что вторая цѣль достигается штрафными исками далеко не въ достаточной степени. И вотъ наряду съ чистыми штрафными исками начинаютъ появляться иски смѣшанные (прототипомъ ихъ является actio legis Aquiliae), при которыхъ на первомъ планѣ стоитъ вознагражденіе потерпѣвшаго. Наконецъ, появились и такіе иски ex delicto, которые исключительно только преслѣдовали вознагражденіе потерпѣвшаго лица (какъ, напр., condictio furtiva). Въ связи съ этимъ подверглось видоизмѣненію и начало древняго права, которое гласило: in poenam heres non succedit.

Это начало возникло несомнѣнно въ такую эпоху, когда преобладающее значеніе имѣла функція наказанія, когда, слѣдовательно, существовали одни только чистые штрафные иски. Оно подверглось значительной модификаціи, какъ только стали выдвигать функцію вознагражденія потерпѣвшаго. Именно, преторъ постановилъ, что наслѣдники правонарушителя продолжаютъ отвѣчать предъ потерпѣвшимъ, in quantum locupletiores facti sunt, т.-е. въ размѣрѣ своего обогащенія. А классическіе юристы опредѣлили, что достаточно, если обогащеніе имѣется налицо въ моментъ пріобрѣтенія наслѣдства, не требуется, чтобъ оно продолжало существовать до предъявленія иска со стороны потерпѣвшаго.

Въ виду вышеизложеннаго, можно установить слѣдующія общія начала для Юстиніановскаго права. Существуютъ три категоріи исковъ ex delicto: иски штрафные, смѣшанные, и иски, направленные только на вознагражденіе за убытокъ. Каждый изъ этихъ исковъ обнимаетъ опредѣленную группу случаевъ, имѣетъ свои спеціальныя субъективныя и объективныя предположенія: напр., actio legis Aquiliae преслѣдуетъ только тѣлесныя поврежденія и поврежденіе чужихъ вещей; требовать возмѣщенія убытка за поврежденіе вещи посредствомъ этого иска могутъ, кромѣ собственника, только лица, имѣющія вещныя права на нее, но не лица, имѣющія только личныя на нее права, и т. д. Субсидіарное значеніе по отношенію къ остальнымъ искамъ ex delicto имѣетъ actio doli: этотъ

искъ служитъ средствомъ защиты противъ всякаго *умышленнаго* нанесенія вреда, поскольку непримѣнимы другіе, болѣе спеціальные, иски. Наслѣдники правонарушителя какъ по чисто штрафнымъ, такъ и по смѣшаннымъ искамъ отвѣчаютъ только in quantum locupletiores facti sunt, причемъ обогащеніе должно быть налицо въ моментъ пріобрѣтенія наслѣдства.

§ 278. Современное римское право.

Современное римское право подъ вліяніемъ частью каноническаго права, частью судебной практики внесло въ ученіе объ obligationes ex delicto слѣдующія измѣненія: a) оно упразднило категорію штрафныхъ исковъ и b) признало отвѣтственность наслѣдника за obligationes ex delicto наслѣдодателя въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ римское право, а именно, наслѣдникъ отвѣчаетъ за такія обязательства juxta facultates hereditatis. Къ сказанному надо прибавить, что если въ совершеніи деликта участвовало нѣсколько лицъ, то всѣ они отвѣчаютъ въ качествѣ *солидарныхъ* должниковъ.

Глава II. Обзоръ важнѣйшихъ отдѣльныхъ случаевъ.

§ 279. Furtum.

Furtum по римскому праву означаетъ всякое неправомѣрное присвоеніе движимой вещи, вызванное желаніемъ извлечь изъ нея выгоду. Римское понятіе furtum, слѣдовательно, гораздо обширнѣе понятія кражи: кража есть только одинъ изъ видовъ furtum: подъ это понятіе, сверхъ того, подходитъ растрата, утайка находки, неравномѣрное пользованіе чужою вещью и даже завѣдомое принятіе уплаты въ счетъ несуществующаго долга.—Въ частности, римскіе юристы различали: 1) furtum rei—полное присвоеніе чужой вещи, какъ это имѣетъ, напр., мѣсто при кражѣ въ современномъ смыслѣ, при растратѣ, при утайкѣ находки: 2) furtum usus — присвоеніе *пользованія* вещью, пользоваться которой лицо не имѣетъ права, какъ это имѣетъ мѣсто, напр., когда депозиторъ пользуется отданною на храненіе вещью, или наниматель пользуется ею иначе, чѣмъ это было условлено; 3) furtum possessionis—присвоеніе простого *владѣнія* вещью со стороны собственника, поскольку онъ лишенъ права владѣть ею, какъ это имѣетъ мѣсто, напр., при залогѣ вещи на правѣ ручного заклада. Ср. 1. I. § 3 D. de furt. 47,2.—Furtum порождало въ древнемъ правѣ рядъ штрафныхъ исковъ: a) *actio furti manifesti*—in quadruplum, этотъ искъ предъявлялся къ вору, пойманному съ поличнымъ; b) *actio furti nec manifesti*—in duplum, противъ всякаго похитителя, не пойманнаго съ поличнымъ; c) *actio furti concepti*—in triplum, противъ того, у кого при обыскѣ найдена краденая вещь, хотя бы онъ и не былъ воромъ; d) *actio furti oblati*—in triplum, этотъ искъ могъ быть предъявленъ тѣмъ, у кого вещь нашли при обыскѣ, противъ того, кто подкинулъ ее. Преторъ еще увеличилъ число этихъ исковъ. Сверхъ того, онъ выдѣлилъ изъ общаго понятія furtum—понятіе rapina - грабежа, который обнимаетъ насильственное отнятіе чужой вещи; грабитель отвѣчаетъ на основаніи actio vi bonorum raptorum въ теченіе annus utilis in quadruplum.

Въ Юстиніановскомъ правѣ изъ actiones furti сохранились только actio furti manifesti и nec manifesti; эти иски могутъ быть предъявлены не только собственникомъ, но *всякимъ лицомъ, чей интересъ затронутъ* присвоеніемъ вещи, противъ похитителя и пособниковъ его. На ряду съ этими штрафными исками, существуетъ еще искъ, направленный на возмѣщеніе всего понесеннаго потерпѣвшимъ лицомъ убытка, такъ называемая *condictio furtiva*. Этотъ искъ можетъ быть предъявленъ только собственникомъ. Кромѣ того, Юстиніанъ оставилъ въ силѣ и actio vi bonorum raptorum, а равно введенный преторомъ особый искъ, предусматривающій похищеніе

вещей во время пожара и другихъ бѣдствій, который, какъ и actio vi bonorum raptorum, направленъ intra annum utilem in quadruplum, post annum in simplum (1. 1 pr. Dig. de incendio, ruina 47,9).

Въ современномъ правѣ всѣ эти различія уничтожены и взамѣнъ того признано, что всякій, кто имѣетъ интересъ въ удержаніи вещи, можетъ предъявить искъ объ убыткахъ къ лицу, присвоившему себѣ вещь, и пособникамъ его.

§ 280. Поврежденія.

I. *Отвѣтственность за поврежденія* ex lege Aquilia. На основаніи закона Аквилія и согласно распространительному толкованію этого закона, всякій отвѣчаетъ за свои умышленныя и неосторожныя дѣйствія и упущенія (послѣднее спорно), поскольку таковыя привели къ поврежденію или уничтоженію чужой вещи или къ утратѣ ея, или поскольку ими причинено тѣлесное поврежденіе другому лицу. 1) Искъ, возникающій изъ такого поврежденія, называется actio legis Aquiliae. Въ частности, различали actio legis Aquiliae directa, utilis и in factum actio accommodata legi Aquiliae, ср. 1. 11 D. de praescr. verb. 19,5 § 16 J. de leg. Aquil. 4,3. Истцомъ является, если была повреждена вещь, собственникъ ея и другія лица, имѣющія вещное на нее право (напримѣръ, узуфруктуатрій, кредиторъ по залогу и т. д.). Въ случаѣ тѣлеснаго поврежденія истцомъ является потерпѣвшій и его властелинъ. 2) Искъ направленъ на вознагражденіе за причиненный убытокъ. По римскому праву, actio legis Aquiliae принадлежала къ смѣшаннымъ искамъ, т.-е. искъ имѣлъ и штрафную функцію. Штрафной элементъ заключался въ томъ, что при оцѣнкѣ стоимости вещи принималась во вниманіе *высшая* стоимость, какую она имѣла въ теченіе послѣдняго года (въ случаѣ убіенія раба или четвероногихъ животныхъ), или въ теченіе послѣднихъ 30 дней (при поврежденіяхъ другого рода). Теперь этотъ штрафной элементъ отпалъ. 3) Что касается въ частности тѣлесныхъ поврежденій и лишенія жизни лицъ *свободныхъ*, то въ этихъ случаяхъ возникала actio legis Aquiliae utilis, ср. 1. 13 pr. D. ad leg. Aquil. 9,2: liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem. Искъ направленъ въ чистомъ римскомъ правѣ прежде всего на возмѣщеніе расходовъ по леченію, а равно (въ случаѣ смерти потерпѣвшаго), на возмѣщеніе расходовъ по погребенію; кромѣ того можетъ быть потребовано вознагражденіе за утраченный заработокъ, а равно за утрату или пониженіе работоспособности, ср. l. 7 D. de his qui effud. 9,3: cum liberi hominis corpus... laesum fuerit, judex computat (1) mercedes medicis praestitas (2) ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, (3) praeterea operarum, quibus caruit aut (4) carituras est ob id, quod inutilis factus est.—Современная практика признала сверхъ того за потерпѣвшимъ еще право на полученіе извѣстнаго удовлетворенія за перенесенныя боли (т. н. Schmerzensgeld). 4) Въ заключеніе надо отмѣтить, что въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ причиненія поврежденій вмѣсто actio legis Aquiliae прибѣгали къ спеціальнымъ штрафнымъ искамъ, которые были направлены частью на уплату duplum, частью на уплату quadruplum, частью на уплату штрафа въ размѣрѣ по усмотрѣнію суда. Сюда относились случаи умышленнаго причиненія поврежденій во время большого скопленія народа—damnum in turba datum, а также во время пожара и другихъ бѣдствій; сюда же относятся: actio arborum furtim caesarum — искъ, преслѣдующій тайную порубку деревьевъ, a. sepulcri violati—искъ, преслѣдующій умышленное поврежденіе мѣста погребенія, a. de servo corrupto — искъ, противъ того, кто совратилъ чужого раба, и нѣк. др.—Въ современномъ правѣ и въ этихъ случаяхъ штрафной элементъ, конечно, отпалъ.

II. *Отвѣтственность за поврежденія, причиненныя третьими лицами.* Сюда относятся случаи, при которыхъ *живущій въ помѣщеніи*, изъ котораго вылито или выброшено что-либо на улицу или на другое мѣсто, по которому обыкновенно ходятъ люди, *отвѣчаетъ за причиненный этимъ убытокъ на основаніи actio de effusis et dejectis in duplum.* Теперь онъ просто обязанъ возмѣстить ущербъ. Сверхъ того, въ

римскомъ правѣ существовалъ еще особый искъ — *actio de posito et suspenso*. Этотъ искъ можетъ быть предъявленъ всякимъ гражданиномъ противъ того, кто выставилъ или вывѣсилъ что-либо въ такомъ мѣстѣ и такимъ образомъ, что этимъ грозила опасность для проходящихъ мимо. Искъ былъ направленъ на уплату 10 золотыхъ. Въ современномъ правѣ этотъ искъ отпалъ.

III. Независимо отъ указанныхъ случаевъ, римское право установило, что властелинъ отвѣчаетъ не только за повреждения, но и вообще за деликты, совершенные подвластными ему лицами (рабами и подвластными дѣтьми), въ томъ смыслѣ, что онъ обязанъ либо возмѣстить причиненный вредъ, либо выдать провинившагося потерпѣвшему, noxae dedere, у котораго онъ оставался, пока не отрабатывалъ свой долгъ. Соотвѣтствующіе иски называются *actiones noxales*. Искъ предъявляется противъ того, кто ко времени предъявленія его будетъ властелиномъ провинившагося лица. Въ современномъ правѣ эти иски больше не встрѣчаются.

IV. *Отвѣтственность за повреждения, причиненныя животными.* По общему правилу собственникъ животнаго отвѣчаетъ за вредъ, причиненный его животнымъ третьимъ лицамъ, на основаніи actio legis Aquiliae, т.-е. онъ обязанъ, на общемъ основаніи, возмѣстить соотвѣтствующій вредъ, не пользуясь никакими льготами. Изъ этого правила допускается, однако, исключеніе въ слѣдующемъ случаѣ: если животное ранитъ или убьетъ человѣка или нанесетъ какой-нибудь другой вредъ въ порывѣ дикости, не свойственной данному роду животныхъ (contra naturam sui generis), то потерпѣвшій можетъ требовать отъ собственника животнаго посредствомъ actio de pauperie только или возмѣщенія убытка или выдачи животнаго (noxae deditio). Искъ предъявляется противъ того, кто во время предъявленія его будетъ собственникомъ животнаго. Въ случаѣ смерти или потери животнаго, не по винѣ собственника, прежде предъявленія иска, право на искъ отпадаетъ.

§ 281. Насиліе и угрозы.

Насиліе порождаетъ различные иски, смотря по особенностямъ отдѣльныхъ случаевъ. Такъ, напр., насильственное отнятіе движимой вещи создаетъ actio vi bonorum raptorum, насильственный захватъ во владѣніе недвижимости—interdictum unde vi, и т. д.

Если лицо подъ вліяніемъ *угрозъ* совершило невыгодную для его имущества сдѣлку (или иное дѣйствіе), то сдѣлка хотя и не считается недѣйствительной, но можетъ быть предъявленъ искъ—actio quod metus causa прежде всего противъ лица, угрозы котораго заставили истца совершить невыгодную сдѣлку или дѣйствіе. Виновный присуждался къ уплатѣ quadruplum, если онъ по предложенію судьи не возвращалъ полученнаго. Въ настоящее время искъ направленъ на расторженіе сдѣлки и вознагражденіе за причиненный вредъ. Сверхъ того, по иску отвѣчаютъ наслѣдники виновнаго лица (въ римскомъ правѣ in quantum locupletiores facti sunt, теперь juxta facultates hereditatis), и, наконецъ, и третьи лица, поскольку они обогатились на основаніи такой сдѣлки. Въ виду послѣдняго обстоятельства, искъ этотъ и причисляется къ actiones in rem scriptae.

§ 282. Обманъ. Actio doli.

Кто путемъ обмана, или инымъ образомъ, умышленно причинилъ имущественный вредъ другому лицу, тотъ отвѣчаетъ, поскольку непримѣнимъ другой искъ, посредствомъ actio doli. При этомъ предполагается, что потерпѣвшій самъ не находится тоже in dolo. Искъ направленъ—въ теченіе двухъ лѣтъ—на вознагражденіе за весь причиненный вредъ. По истеченіи двухъ лѣтъ можно только требовать выдачи обогащенія.

§ 283. Injuria.

Injuria въ обширномъ смыслѣ означаетъ вообще всякое умышленное нарушеніе чужого права, направленное съ точки зрѣнія нарушителя преимущественно противъ личности противника и вытекающее изъ неуваженія къ его личности. Самыя разнообразныя правонарушенія съ этой точки зрѣнія могутъ принять характеръ injuria и породить actio injuriarum ex generali edicto. Такъ, напр., лишеніе детентора экономическаго владѣнія вещью подводилось подъ понятіе injuria въ обширномъ смыслѣ. *Injuria въ тѣсномъ смыслѣ есть дѣйствіе, оскорбительное для чести другого лица*; оскорбленіе можетъ заключаться въ словахъ или дѣйствіяхъ, или въ знакахъ. Оскорбленіе можетъ быть нанесено лицу прямо или косвенно; косвеннымъ оскорбленіемъ, по отношенію къ данному лицу, признается оскорбленіе близкихъ родственниковъ. Для наличности injuria всегда требуется animus injuriandi. Обиженный можетъ предъявить *actio injuriarum aestimatoria* (въ теченіе 1 года) и требовать денежнаго вознагражденія, соотвѣтствующаго тяжести оскорбленія. Истецъ указываетъ размѣръ требуемой суммы, судья можетъ понизить его. Искъ не переходитъ къ наслѣдникамъ обиженнаго лица.

Остальные смѣшанные случаи обязательственныхъ отношеній.

Глава I. Иски о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія (кондикціи) [1].

§ 284. Общія начала.

1) Подъ обогащеніемъ одного лица насчетъ другого мы понимаемъ всякое полученіе однимъ лицомъ какой-нибудь имущественной выгоды за счетъ имущества другого лица. Обогащеніе можетъ состоять: а) въ прямомъ увеличеніи имущества, выражающемся, напр., въ пріобрѣтеніи права собственности, или какого-нибудь jus in re aliena, или обязательственнаго требованія, или въ сложеніи долга, уничтоженіи какого-нибудь права, ограничивающаго право собственности, и т. п., и в) въ неуменьшеніи имущества, выражающемся, напр., въ сохраненіи вещи, въ непроизводствѣ извѣстнаго расхода, и т. п. 2) Обогащеніе такого рода можетъ произойти какъ по правомѣрному основанію, такъ и безъ правомѣрнаго (съ точки зрѣнія данной правовой системы) основанія. Въ послѣднемъ случаѣ со стороны лица, потерпѣвшаго отъ измѣненія имущественнаго status quo, возникаетъ право иска противъ обогатившагося. Въ римскомъ правѣ такими исками служили т. н. *кондикціи*: эти иски возникли первоначально на почвѣ договорныхъ кредитныхъ отношеній, но засимъ были перенесены на случаи неправомѣрнаго обогащенія. 3) Въ какихъ случаяхъ признается налицо неправомѣрное основаніе или отсутствіе или отпаденіе правомѣрнаго основанія,—это зависитъ, конечно, отъ конкретныхъ указаній данной правовой системы. Въ частности, римское право выработало рядъ спеціальныхъ исковъ, предусматривающихъ отдѣльные типичные случаи неправомѣрнаго обогащенія, и общій субсидіарный искъ—condictio sine causa.

§ 285. Condictio indebiti (искъ о возвратѣ недолжно уплаченнаго).

Condictio indebiti можетъ быть предъявлена тѣмъ, кто въ ошибочномъ предположеніи, что онъ къ тому обязанъ, доставитъ другому лицу какое-нибудь

[1] Dernburg, ук. соч. II, § 138—143. Windscheid, ук. соч. II, § 412–429.

благо, подлежащее денежной оцѣнкѣ. Цѣль иска—въ однихъ случаяхъ возвратъ всего, поступившаго къ противной сторонѣ, въ другихъ—возвратъ одного только наличнаго обогащенія послѣдняго.

Условія иска. a) Требуется, чтобъ въ исполненіе предполагаемой обязанности (solvendi causa) отвѣтчику было доставлено какое-нибудь благо, имѣющее денежную цѣнность, напр., отвѣтчику была передана вещь, или въ его пользу было установлено jus in re aliena, или цедировано обязательственное требованіе, или прощенъ долгъ и т. п. b) Предполагаемой обязанности по отношенію къ данному лицу не должно было существовать на самомъ дѣлѣ. Искъ не имѣетъ мѣста, если существовало хотя бы натуральное обязательство, или даже простое требованіе приличія. c) Наконецъ, требуется наличность извинительнаго заблужденія. Извинительнымъ, по общему правилу, считается только error facti, но не error juris.

Onus probandi. Истецъ долженъ доказать фактъ уплаты. Если даже послѣдній не подлежитъ сомнѣнію, то онъ долженъ доказать тѣ обстоятельства, которыя вызвали въ немъ ошибочное предположеніе о существованіи долга.

Предѣлы отвѣтственности отвѣтчика. Если отвѣтчикъ находился въ *доброй вѣрѣ*, онъ обязанъ вернуть только свое *наличное обогащеніе*, т.-е. ту имущественную выгоду, которая у него осталась ко времени предъявленія иска; напр., если онъ недолжно получилъ вещь и продалъ ее за незначительныя деньги, онъ обязанъ вернуть только quod ex pretio habet; если вещь погибла, или онъ подарилъ ее третьему лицу, онъ освобождается отъ всякой отвѣтственности, такъ какъ никакой выгоды у него не осталось, и т. д. (впрочемъ, по этому вопросу существуетъ споръ). Если отвѣтчикъ находится in mala fide, т.-е. зналъ о несуществованіи долга, онъ обязанъ вернуть все, что ему досталось отъ истца, независимо отъ того, продолжаетъ ли оно находиться налицо или нѣтъ. Иначе, онъ обязанъ вернуть вещь со всѣми приращеніями и плодами, или, поскольку это стало невозможнымъ, возмѣстить убытокъ деньгами (къ нему въ такомъ случаѣ предъявляется condictio furtiva). Condictio indebiti, между прочимъ, не допускается, если уплата была произведена *ex causa judicati*, т.-е. въ исполненіе судебнаго рѣшенія.

§ 285a. Condictio causa data causa non secuta. (Обратное требованіе исполненнаго въ предположеніи будущаго событія).

Кто доставилъ что-либо другому лицу въ предположеніи, что наступитъ извѣстное событіе, тотъ можетъ, если его предположеніе не сбудется, требовать отъ принимателя возврата выданнаго ему.

Условія иска. a) Требуется, чтобъ истецъ прямо заявилъ, или чтобъ явствовало изъ обстоятельствъ дѣла, что данная имущественная выгода доставляется только въ извѣстномъ предположеніи, ob causam futuram non inhonestam; ожидаемое событіе можетъ состоять въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ противной стороны или въ чемъ-либо иномъ (напр., A передаетъ B сумму денегъ въ томъ, явно выраженномъ, предположеніи, что B на эти деньги эмигрируетъ). b) Требуется, чтобъ предположеніе не сбылось—causa non secuta; при этомъ, по общему правилу, безразлично, произошло ли это по винѣ принимателя или вслѣдствіе дѣйствія случая.

Предметъ иска. Приниматель обязанъ выдать всю выгоду, которую онъ непосредственно или косвенно извлекъ изъ доставшагося ему, поскольку онъ не успѣлъ израсходовать все или часть полученнаго согласно волѣ истца, или не потерпѣлъ отъ сдѣлки помимо собственной вины какого-нибудь убытка, или поскольку возвратъ полученнаго помимо собственной вины сталъ для него невозможнымъ.

§ 286. Остальныя кондикціи.

Condictio ob turpem causam (обратное требованіе выданнаго по безнравственному основанію). Принятое для достиженія безнравственной цѣли выдавшій можетъ, если только

и выдача не была сама по себѣ безнравственна, требовать обратно отъ принимателя или его наслѣдниковъ, независимо отъ того, будетъ ли предназначенная цѣль достигнута или нѣтъ. Приниматель признается дѣйствующимъ безнравственно, если онъ что-либо взялъ съ тѣмъ, чтобы воздержаться, напримѣръ, отъ преступленія, или же сдѣлать то, къ чему онъ и такъ по закону обязанъ. Ср. 1. I § 2. de cond. ob turp. c. 12,5. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. 1. 2 pr. eod. utputa dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne hominem occidas.

Condictio ob injustam causam (обратное требованіе выданнаго по противозаконному основанію). Тотъ, изъ чьего имущества другой получитъ что-либо, вслѣдствіе противозаконнаго своего дѣйствія или сдѣлки (напр., на основаніи незаконнаго даренія— ex non concessa donatione 1. 6. D. de don. inter virum et uxorem 24, 1), можетъ требовать обратно полученное.

Condictio sine causa въ обширномъ смыслѣ обнимаетъ всѣ вообще случаи неправомѣрнаго обогащенія. *Condictio sine causa въ тѣсномъ* смыслѣ обнимаетъ тѣ случаи неправомѣрнаго обогащенія, которые не подходятъ подъ болѣе спеціальныя кондикціи. Кругъ ихъ весьма обширный. Въ видѣ примѣра можно указать на случай т. н. causa finita, когда первоначально существовавшее правомѣрное основаніе впослѣдствіи отпало, res ad non justam causam rediit; на этомъ основаніи можно, напр., потребовать *возврата задатка* по окончательномъ исполненіи договора, или *возврата уплаченнаго* за потерянныя по винѣ даннаго лица вещи (напр., потеряны отданныя въ чистку платья), если эти вещи впослѣдствіи будутъ найдены, —ср. 1. 2. D. de cond. sine c. 12,7: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

Глава II. Actio exhibendum.

§ 287. Понятіе этого иска.

Кто въ видахъ осуществленія какого-нибудь вещнаго или личнаго притязанія на вещь заинтересованъ въ предъявленіи ему вещи, тотъ можетъ обратиться къ лицу, у котораго находится эта вещь, съ искомъ actio ad exhibendum. 1) Этотъ искъ предполагаетъ существованіе какого-нибудь другого притязанія, по отношенію къ которому онъ имѣетъ *подготовительный* характеръ, облегчая осуществленіе соотвѣтствующаго главнаго притязанія; напр., лицо требуетъ предъявленія вещи, чтобы удостовѣриться путемъ осмотра ея въ томъ, что это именно та вещь, по поводу которой оно хочетъ предъявить виндикацію. Главное притязаніе можетъ быть вещное или личное (послѣднее спорно), ср. 1. 3 § 1. D. ad. exhib. 10,4: qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi. 2) Со стороны истца требуется, чтобы онъ имѣлъ юридическій интересъ въ предъявленіи ему вещи. Этотъ интересъ имѣется всюду налицо, гдѣ безъ осмотра вещи встрѣчается затрудненіе въ осуществленіи другого притязанія. Наличность интереса устанавливается судомъ въ суммарномъ порядкѣ, ср. 1. 3 § 9. D. ad axhib. 10,4: *judex* igitur *summatim debebit cognoscere, an ejus intersit*, non an ejus res sit, et sic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest. 3) Отвѣтчикомъ является какъ юридическій владѣлецъ, такъ и detentor, равно fictus possessor. 4) Искъ направленъ на предъявленіе вещи, эвентуально (если она соединена съ другой вещью), на предварительное отдѣленіе ея. Въ случаѣ отказа въ предъявленіи вещи со стороны отвѣтчика, допускалась оцѣнка причиняемаго этимъ убытка на основаніи jus jurandum in litem, такъ какъ искъ принадлежалъ къ actiones arbitrariae. 5) Къ числу объектовъ, предъявленія которыхъ можно требовать на основаніи этого иска, относятся и *документы*. Впрочемъ, если рѣчь шла о предъявленіи завѣщательныхъ распоряженій, то предъявлялась не actio ad exhibendum, а особый искъ, именно interdictum de tabulis exhibendis, который можетъ быть предъявленъ всѣми, qui quid in testamento adscriptum habent.

Глава III. Алиментарное обязательство.

§ 288. Понятіе его.

Обязанность одного лица содержать другое называется алиментарнымъ обязательствомъ. Алиментарное обязательство существуетъ въ силу закона между близкими родственниками. Соотвѣтствующая обязанность лежитъ прежде всего на отцѣ, затѣмъ на матери, наконецъ, и на восходящихъ родственникахъ по прямой линіи со стороны отца и матери, по отношенію къ дѣтямъ; съ другой стороны, и дѣти несутъ ту же обязанность по отношенію къ отцу, матери и восходящимъ родственникамъ. Впрочемъ, такой обязанности не существуетъ по чистому римскому праву между отцомъ и внѣбрачными его дѣтьми; судебная практика, подъ вліяніемъ каноническаго права, признала, однако, такую обязанность отца по отношенію къ его внѣбрачнымъ дѣтямъ. Для того, чтобы возникло алиментарное обязательство, требуется отсутствіе достаточныхъ средствъ для жизни съ одной стороны, наличность таковыхъ съ другой стороны. Размѣръ обязательства опредѣляется судомъ сообразно съ общественнымъ положеніемъ и имуществомъ заинтересованныхъ лицъ. Право на полученіе алиментовъ утрачивается въ случаѣ неблаговиднаго поведенія заинтересованнаго лица, въ смыслѣ нарушенія имъ родственныхъ обязанностей его. Независимо отъ указаннаго случая, алиментарное обязательство можетъ возникнуть также на основаніи договорнаго соглашенія, завѣщательнаго распоряженія и какъ послѣдствіе правонарушенія.

Обезпеченіе обязательственныхъ требованій путемъ поручительства [1]).

Глава I. Понятіе и формы поручительства.

§ 289. Понятіе и формы поручительства.

Сущность поручительства заключается въ томъ, что, на ряду съ главнымъ должникомъ, третье лицо принимаетъ на себя отвѣтственность за его долгъ на случай, если первый не удовлетворитъ кредитора. Поручительство отличается отъ подтвержденія долга со стороны самого должника тѣмъ, что кредиторъ можетъ обратить взысканіе сверхъ должника и на это третье лицо. Отъ корреальнаго обязательства поручительство отличается тѣмъ, что обязательство поручителя есть *акцессорное* по отношенію къ обязательству главнаго должника и предполагаетъ существованіе послѣдняго.

§ 290. Формы поручительства. Въ чистомъ римскомъ правѣ.

Поручительство въ формѣ стипуляціи. Первоначально поручительство можно было заключать только въ формѣ стипуляціи. Различали три формы стипуляціоннаго поручительства: самою древнею была *sponsio* (idem dare spondes? spondeo), доступная только римскимъ гражданамъ, затѣмъ—*fidepromissio* (idem fide promittis? fide promitto), доступная и перегринамъ, наконецъ—*fidejussio* (idem fide tua esse jubes? fide mea jubeo). Sponsio и fidepromissio подчинялись одинаковымъ нормамъ и противополагались позднѣйшей fidejussio. Такъ sponsio и fidepromissio допускались только въ обезпеченіе стипуляціонныхъ долговъ и не переходили къ наслѣдникамъ поручителя; sponsor и fedepromissor отвѣчали передъ кредиторомъ только въ теченіе двухъ лѣтъ и т. д. Напротивъ, fidejussio представляла гораздо большія гарантіи для кредитора, чѣмъ двѣ остальныя формы стипуляціоннаго поручительства. Поэтому неудивительно, что въ Юстиніановскомъ

[1]) Dernburg, ук. соч. II § 76, сл. Windscheid, ук. соч. II, § 476 сл.

правѣ sponsio и fidepromissio вышли изъ употребленія и сохранилась только fidejussio. Fidejussio есть наиболѣе употребительная форма поручительства Юстиніановскаго права. Въ качествѣ акцессорнаго обязательства, fidejussio предполагаетъ существованіе главнаго долга; возможно установленіе поручительства въ счетъ будущаго долга, не требуется также, чтобъ главный долгъ порождалъ право иска, достаточно, если онъ существуетъ въ качествѣ obligatio naturalis. Но поручительство недѣйствительно, если главный долгъ недѣйствителенъ или его не существуетъ вовсе. Отвѣтственность fidejussoris не должна быть болѣе тяжелая, чѣмъ отвѣтственность главнаго должника. Иначе—fidejussio in duriorem causam считается недѣйствительной. Такъ, fidejussio недѣйствительна, если она заключена безъ всякой оговорки, ради обезпеченія условнаго долга, или если она направлена на нѣчто большее или иное, чѣмъ главный долгъ, и т. д. Зато допускается fidejussio in leviorem causam (напр., условное поручительство за безусловный долгъ). Дѣйствительная fidejussio порождаетъ actio ex stipulatu противъ поручителя.

Constitutum debiti alieni и *mandatum qualificatum*. Въ позднѣйшемъ правѣ, на ряду съ fidejussio или стипуляціоннымъ поручительствомъ, сложились еще двѣ новыя формы поручительства.

Constitutum debiti alieni. На основаніи преторскаго эдикта, въ извѣстныхъ случаяхъ неформальное обѣщаніе уплатить существующій долгъ, чужой или собственный, порождало actio pecuniae constitutae или constitutoria. Въ Юстиніановскомъ правѣ конститутъ допускался относительно всякаго рода долговъ. Въ частности обѣщаніе уплатить чужой долгъ, constitutum debiti alieni, можетъ быть дано для достиженія разныхъ цѣлей; такъ конституентъ можетъ пожелать освободить отъ отвѣтственности главнаго должника, становясь на его мѣсто, такъ что взысканіе должно быть обращено прежде всего на него самого; между прочимъ, въ такой формѣ можно было принять на себя и поручительство. Отличіе поручительства въ формѣ constitutum debiti alieni отъ поручительства въ формѣ fidejussio заключается главнымъ образомъ въ томъ, что конститутъ совершается *неформально*, и что constitutum in duriorem causam не считается безусловно недѣйствительнымъ, а только соотвѣтственно модифицируется (напр., если конституентъ поручился безъ оговорокъ за условный долгъ, то дѣло разсматривается такъ, какъ будто въ конститутъ было включено соотвѣтствующее условіе).

Mandatum qualificatum. Если одно лицо поручаетъ другому открыть кредитъ въ пользу третьяго лица (напр., дать ему деньги взаймы, или разрѣшить отсрочку по уплатѣ), то лицо, давшее такое порученіе, отвѣчаетъ за уплату долга со стороны третьяго лица. Такимъ образомъ, поручительство можетъ быть принято и въ формѣ мандата. Искъ, возникающій противъ такого поручителя со стороны кредитора, есть actio mandati contraria. Условія и размѣръ отвѣтственности поручителя въ данномъ случаѣ обсуждаются на основаніи правилъ, установленныхъ для мандата; онъ отвѣчаетъ ex fide bona и, при извѣстныхъ условіяхъ, самъ можетъ предъявить къ кредитору actio mandati directa. Со смертью поручителя mandatum qualificatum, какъ всякій мандатъ, прекращается, такъ что, если кредиторъ до этого времени не исполнилъ порученія, т.-е. не открылъ кредита указанному третьему лицу, онъ не можетъ уже, если впослѣдствіи откроетъ кредитъ, ссылаться на порученіе умершаго манданта и привлекать наслѣдниковъ его къ отвѣту въ качествѣ поручителей.

§ 291. Въ современномъ Римскомъ правѣ.

Въ современномъ Римскомъ правѣ формальное различіе между fidejussio и constitutum debiti alieni *отпало*. Правда, и теперь обѣщаніе уплатить чужой долгъ, при одновременномъ сохраненіи въ силѣ обязанности главнаго должника, можетъ быть дано не только съ цѣлью сдѣлаться поручителемъ, но и съ другой какой-нибудь цѣлью, напр., donandi animo. Но это уже quaestio facti, какой смыслъ имѣло заявленіе лица уплатить чужой долгъ. Поскольку судъ призналъ въ немъ поручительство, оно должно под-

лежать тѣмъ же нормамъ, какъ всякое другое поручительство. Съ другой стороны, и mandatum qualificatum въ современномъ правѣ лишь тѣмъ отличается отъ всякаго другого поручительства, что порученіе мандата открыть на его страхъ кредитъ третьему лицу прекращается со смертью этого манданта. Въ остальномъ, всякое поручительство имѣетъ одинаковыя предположенія и влечетъ за собою одинаковыя послѣдствія. Значитъ ли это, что ко всякому поручительству должны быть примѣнены начала, установленныя въ Римскомъ правѣ для fidejussio, какъ нормальной съ римской точки зрѣнія формы поручительства? Конечно, нѣтъ; римская fidejussio была формальнымъ договоромъ съ характеромъ negotium stricti juris, между тѣмъ теперь для поручительства не требуется особой формы и оно, за упраздненіемъ различія между negotia stricti juris и bonae fidei, должно быть обсуждаемо ex fide bona. Поэтому, формальныя ограниченія римской fidejussio теперь отпали.

Глава II. Послѣдствія поручительства.

§ 292. Отвѣтственность поручителя вообще.

Поручитель отвѣчаетъ предъ кредиторомъ, по общему правилу (т.-е. если не было условлено ничего иного), *въ томъ же объемѣ, какъ и главный должникъ*. Онъ поэтому отвѣчаетъ и за приращенія, и за измѣненіе содержанія долга, явившееся результатомъ вины или просрочки со стороны главнаго должника. Онъ отвѣчаетъ далѣе и въ томъ случаѣ, если главный долгъ существуетъ только въ качествѣ obligatio naturalis. Равнымъ образомъ допускается поручительство въ обезпеченіе *будущаго* долга. Но, конечно, поручительство какъ акцессорное отношеніе не можетъ быть установлено въ обезпеченіе недѣйствительнаго долга. Съ другой стороны, поручитель отвѣчаетъ, по общему правилу, только съ тѣми же ограниченіями, какъ и главный должникъ (напр., если главный долгъ условный, то и поручитель отвѣчаетъ только условно и т. д.). Если кто-нибудь поручился за поручителя (fidejussor fidejussoris или fidejussor succedaneus), то для такого лица обязательство поручителя является главнымъ.

§ 293. Особыя льготы поручителей.

Поручитель при самомъ принятіи поручительства можетъ заявить, что онъ желаетъ отвѣчать только въ случаѣ неполученія кредиторомъ полной уплаты отъ главнаго должника (такъ назыв., fidejussor indemnitatis). Но, и помимо такой оговорки, поручитель пользуется слѣдующими льготами: 1) *beneficium excussionis*, которое было введено Юстиніаномъ и состоитъ въ правѣ требовать, чтобы кредиторъ предварительно обратилъ взысканіе на главнаго должника; впрочемъ, бываютъ случаи, когда поручитель не пользуется этой льготой, какъ-то: a) въ случаѣ отсутствія главнаго должника, b) въ случаѣ открытія конкурса надъ имуществомъ главнаго должника, c) если поручитель злостно отрицаетъ существованіе поручительства, d) если онъ добровольно отказался отъ этой льготы; 2) *beneficium divisionis;* оно предполагаетъ наличность нѣсколькихъ поручителей (confidejussores) и заключается въ томъ, что каждый сопоручитель можетъ требовать, чтобъ взысканіе pro rata parte было обращено на всѣхъ остальныхъ сопоручителей, разъ только они ко времени предъявленія иска не являются неоплатными должниками,—qui modo solvendo sint litis contestatae tempore; эта льгота тоже отпадаетъ въ случаѣ отреченія поручителя отъ нея: 3) *beneficium cedendarum actionum*, право поручителя требовать, чтобъ кредиторъ цедировалъ ему свои иски противъ главнаго должника и остальныхъ сопоручителей.

§ 294. Регрессъ поручителя противъ главнаго должника.

Поручительство само по себѣ не порождаетъ особаго обязательственнаго отношенія между поручителемъ и главнымъ должникомъ. Вопросъ о томъ, имѣетъ ли поручитель право регресса противъ главнаго должника, разрѣшается различно, смотря по основанію, изъ-за котораго было принято поручательство. Такъ, напр., поручитель не имѣетъ права регресса, если онъ принялъ поручительство на дѣлѣ только въ собственномъ интересѣ (fidejussor in rem suam), или если онъ поручился donandi animo. Однако, это все-таки исключительные случаи. По общему правилу, принятіе лицомъ поручительства совершается или по порученію главнаго должника, въ каковомъ случаѣ поручитель можетъ предъявить къ главному должнику actio mandati contraria; или же въ этомъ актѣ должна быть усмотрѣна negotiorum gestio, и тогда возникаетъ actio negotiorum gestorum contraria. Въ частности, разъ признано право регресса, поручитель можетъ требовать возмѣщенія всего того, что ему пришлось уплатить кредитору, поскольку онъ этимъ по своей винѣ не причинилъ убытка главному должнику.

Глава III. Прекращеніе поручительства.

§ 295. Обзоръ отдѣльныхъ случаевъ.

Обязательство поручителя прекращается прежде всего по всѣмъ тѣмъ основаніямъ, по которымъ прекращается вообще всякое обязательство. Сверхъ того существуютъ слѣдующіе спеціальные способы прекращенія его: 1) *погашеніе главнаго долга;* 2) *confusio,* т.-е. совпаденіе въ одномъ лицѣ поручителя и главнаго должника; 3) поручитель освобождается отъ своего обязательства *вслѣдствіе небрежныхъ дѣйствій кредитора* относительно взысканія съ должника и допущенной имъ неизвинительной медленности, разъ вслѣдствіе этого поручитель въ практическомъ результатѣ лишается возможности воспользоваться beneficium excussionis или cedendarum actionum.

Глава IV. Ограниченія поручительства и Senatus-consultum Vellejanum.

§ 296. Общій обзоръ.

Въ Римскомъ правѣ рядъ лицъ былъ лишенъ права выступать поручителями вообще или по извѣстнымъ дѣламъ. Наиболѣе важное ограниченіе такого рода заключается въ томъ, что женщины на основаніи Senatusconsultum Vellejanum не могли выступать поручительницами. Римскіе юристы значительно расширили сферу примѣненія этого закона. Согласно ихъ толкованію, получившему обязательную силу, *женщинамъ воспрещается вообще всякаго рода intercessio,* т.-е. принятіе обязательства за другое лицо, будь это на ряду съ послѣднимъ (т. н. *кумулятивная* интерцессія) или вмѣсто него (т. н. *привативная* интерцессія). Сюда относится поручительство, представленіе залога въ обезпеченіе чужого долга, новація чужого долга и т. д. Въ частности, дѣйствуютъ слѣдующіе правила: 1) интерцессія имѣется на лицо, разъ принятіе обязательства со стороны женщины совершенно *animo intercedendi,* т.-е. съ намѣреніемъ доставить этимъ путемъ третьему лицу кредитъ, которымъ оно иначе не могло бы воспользоваться, каковъ бы ни былъ внѣшній характеръ соотвѣтствующаго обязательства, ср. 1. 1 pr. D. ad S. C. Vellej. 16.1: Vellejano senatus consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent. 2) Не считается интерцессіей, если принятіе на себя чужихъ обязательствъ со стороны женщины совершено ею на самомъ дѣлѣ въ собственномъ интересѣ, если она suum negotium gessit, ср. 1. 13 pr.

D. h. t. 16,1: aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adjuvatur hoc senatusconsulto; quod tum accidit, cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat, какъ это имѣетъ мѣсто, напр., при вступленіи въ чужія долговыя отношенія въ связи съ покупкой наслѣдства, или въ связи съ пріобрѣтеніемъ какого-нибудь торговаго предпріятія, и т. д. 3) Во всякомъ случаѣ возбраняется только принятіе женщиною на себя *обязательствъ*, но не возбраняются реальныя имущественныя жертвы, которыя какъ таковыя непосредственно сознаются, въ частности, непосредственное производство уплаты по чужому долгу, отказъ отъ привилегированнаго закладного права и т. д.,—hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat, какъ говорятъ источники (1. 4 § 1. D. h. t. 16,1). Если женщина вопреки закону интерцедировала, она могла предъявить exceptio Senatusconsulti Vellejani. Въ случаѣ предъявленія этого возраженія не сохраняется даже naturalis obligatio. Это имѣетъ значеніе въ томъ смыслѣ, что если, напр., за интерцедентку въ свою очередь поручилось какое-нибудь третье лицо, то и оно освобождалось отъ своего обязательства. 5) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ интересахъ оборота и bona fides римская юриспруденція въ видѣ исключенія не допускала предъявленія exceptio SC. Vellejani и признавала отвѣтственность женщины интерцедентки; главные случаи: если женщина умышленно ввела въ заблужденіе кредитора, или если онъ находился въ извинительномъ заблужденіи относительно характера сдѣлки; если женщина что-либо получила за интерцессію или вообще ничего отъ этого не потеряла; если она по истеченіи 2 лѣтъ подтвердила свою интерцессію.

6) Юстиніанъ еще усилилъ изложенныя постановленія классическаго права, установивъ для интерцессіонныхъ сдѣлокъ требованіе опредѣленныхъ формальностей (совершеніе ихъ въ публичномъ документѣ за подписью трехъ свидѣтелей), съ тѣмъ, что въ случаѣ несоблюденія ихъ интерцессія признается абсолютно-недѣйствительной, такъ что не требуется предъявленія exceptio SC. Vellej. Сверхъ того онъ безусловно запретилъ интерцессію замужнихъ женщинъ въ пользу мужей. 7) Современная практика значительно смягчила всѣ эти строгости и въ частности ввела нѣсколько новыхъ случаевъ дѣйствительности интерцессій, какъ-то въ случаѣ клятвеннаго отказа женщины отъ привилегій ex. SC. Vellejano и по отношенію къ женщинамъ, ведущимъ самостоятельно какое-нибудь ремесленное или торговое дѣло.

СЕМЕЙСТВЕННОЕ ПРАВО.

§ 287. Вступительныя замѣчанія.

Подъ общимъ именемъ семейственнаго права обыкновенно обнимаютъ брачное право, право отцовской власти и право опеки и попечительства. Указанныя правоотношенія отличаются двойственнымъ характеромъ, слагаются изъ двухъ элементовъ—строго личнаго и имущественнаго. Соотвѣтственно съ этимъ можно различать *чисто семейственное* (или личное семейственное) *право* и *семейно-имущественное право*. Мы въ дальнѣйшемъ будемъ останавливаться главнымъ образомъ на семейно-имущественныхъ правоотношеніяхъ. которыя одни регулируются строго гражданскими нормами, тогда какъ личное семейное право въ весьма значительной степени пропитано элементами публичнаго права.

Что касается общаго хода развитія римскаго семейственнаго права, то необходимо имѣть въ виду слѣдующее. Древнеримская семья (familia) въ тѣсномъ смыслѣ была семьей *агнатической*: она состояла изъ совокупности лицъ, подчиненныхъ общей отцовской власти домовладыки, paterfamilias. Эти лица назывались *sui* или *sui heredes*. Итакъ, основаніемъ семьи служила не кровная связь, а общность отцовской власти, patria potestas. По объему своему, власть отца надъ дѣтьми (patria potestas) и корреспондирующая ей власть мужа надъ женой (manus) была настолько всеобъемлюща, что ее можно поставить въ параллель съ правомъ собственности. Отецъ и мужъ былъ само-

державнымъ господиномъ своихъ дѣтей и своей жены, вся организація древнѣйшей семьи по мѣткому выраженію Дернбурга была патріархально-автократическая.

Съ теченіемъ времени, безграничная почти власть patris familias подверглась ряду серьезныхъ ограниченій. Прежде всего вышелъ изъ употребленія строгій бракъ cum manu. Въ Юстиніановскомъ правѣ эта форма брака, при которой жена подпадала подъ власть мужа и считалась filiae loco, совсѣмъ уже не встрѣчается. Напротивъ, тутъ дѣйствуетъ какъ разъ обратный принципъ: мужъ и жена, по общему правилу, вполнѣ равноправны. Власть отца надъ дѣтьми удержалась въ принципѣ и въ Юстиніановскомъ правѣ. Но и она значительно была смягчена, и, въ частности, за подвластными дѣтьми была признана активная имущественная правоспособность, каковая первоначально совершенно отсутствовала. Позднѣйшая средневѣковая практика пошла еще значительно дальше по пути смягченія отцовской власти.

Агнатическое начало опредѣляло не только характеръ древней семьи въ тѣсномъ смыслѣ, но и весь кругъ родственныхъ отношеній. Другими словами, юридическое значеніе имѣло первоначально только (или почти только) одно *агнатическое* родство. Въ частности, различали sui agnati и gentiles. *Sui суть лица, непосредственно состоящія подъ отцовской властью даннаго paterfamilias.* Къ нимъ причислялись: 1) *uxor in manu mariti* въ древнемъ правѣ, 2) собственныя *законныя* и *узаконенныя* дѣти и (по общему правилу) чужія *усыновленныя* дѣти (кромѣ тѣхъ изъ нихъ, которыя вслѣдствіе эманципаціи и т. п. выбыли изъ подъ отцовской власти), и 3) дальнѣйшіе нисходящіе *по мужскому колѣну*, т.-е. дѣти, внуки и т. д. подвластныхъ сыновей на тѣхъ же основаніяхъ (но не дѣти, внуки, и т. д. дочерей). *Агнатами въ тѣсномъ смыслѣ назывались лица, которыя состояли бы подъ общей отцовской властью, если бы ихъ paterfamilias продолжалъ находиться налицо.* Въ частности, къ составу агнатовъ причислялись: a) съ одной стороны—*бывшіе sui*, т.-е. лица, которыя до смерти или capitis deminutio ихъ paterfamilias состояли подъ его властью; b) съ другой стороны—*потомство этихъ лицъ по мужскому колѣну*, т.-е. дѣти сыновей, внуковъ отъ сыновей и т. д. перваго paterfamilias, родившіяся послѣ отпаденія послѣдняго; потомство же по женскому колѣну, т.-е. дѣти, внуки и т. д. дочерей перваго paterfamilias не состояли въ агнатическомъ родствѣ между собою и съ paterfamilias своей родоначальницы ни при жизни этого paterfamilias, ни послѣ смерти или capitis deminutio его. Наконецъ,—*гентилами называются лица, родственная связь которыхъ выражается въ томъ, что они носятъ общее родовое имя*, nomen gentilicium.

Съ теченіемъ времени, однако, юридическое значеніе агнатическаго родства стало подвергаться умаленію, и вмѣстѣ съ тѣмъ все больше стало выдвигаться *когнатическое* родство, т.-е. родство кровное, основанное на общности происхожденія отъ одного родоначальника. Въ Юстиніановскомъ правѣ, когнатическое начало окончательно взяло верхъ надъ агнатическимъ. Въ частности, это отразилось на правѣ опеки и на правѣ наслѣдованія по закону. Первоначально опекунами и наслѣдниками по закону были агнаты (и гентилы), въ Юстиніановскомъ же правѣ тѣ и другіе выходятъ изъ среды когнатовъ.

БРАЧНОЕ ПРАВО.

Глава I. Понятіе брака, порядокъ заключенія и прекращенія его и личныя отношенія между супругами [1]).

§ 298. Понятіе брака и порядокъ заключенія и прекращенія его.

Римскій юристъ *Модестинъ* такъ опредѣляетъ бракъ: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 5 сл. Windscheid, ук. соч. II, 489—490.

(1. 1 D. de rit. nupt. 23,2). Римскій бракъ, за исключеніемъ древняго брака *per confarreationem*, былъ институтомъ свѣтскаго права. Въ древнемъ правѣ, какъ извѣстно, различался бракъ *cum manu*, при которомъ жена переходила подъ власть мужа, и бракъ *sine manu*, при которомъ она не мѣняла своего юридическаго положенія, существовавшаго до брака. Въ позднѣйшемъ правѣ бракъ cum manu вышелъ изъ употребленія.

I. *Условія вступленія въ бракъ.* Для вступленія въ бракъ требовались: 1) согласіе брачущихся. 2) Сверхъ того—для подвластныхъ дѣтей—согласіе властелина (consensus parentis); несовершеннолѣтнія дочери нуждаются въ согласіи отца даже въ томъ случаѣ, если онѣ не состоятъ подъ его властью. Въ случаѣ смерти отца право давать согласіе переходитъ къ опекуну, матери и ближайшимъ родственникамъ. Однако, при отсутствіи достаточныхъ основаній къ отказу въ согласіи со стороны отца, онъ могъ быть принужденъ магистратомъ дать свое согласіе (coguntur in martimonium collocare et dotare, 1. 19 D. de rit. nupt. 23,2). 3) Способность брачущихся ко взаимному вступленію въ бракъ. Съ этой точки зрѣнія главными препятствіями для вступленія въ бракъ являлись: a) недостиженіе 14 лѣтъ для мужчины и 12 лѣтъ для женщины; b) извѣстныя степени родства и свойства; c) состояніе въ бракѣ, такъ какъ римскій бракъ былъ моногамическій. Кромѣ того, существовалъ рядъ другихъ препятствій, ср. Baron, Institutionen. § 28.

II. *Обрученіе, sponsalia.* Вступленію въ бракъ обыкновенно предшествуетъ обрученіе, т.-е. обѣщаніе вступленія въ бракъ въ будущемъ, ср. 1. 1. D. de spons 23,1: Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.—Обрученіе въ классическомъ правѣ совершалось неформально и не давало права иска, напротивъ, каждая сторона могла свободно расторгнуть обрученіе. Даже обѣщаніе неустойки на случай отказа отъ обрученія считается недѣйствительнымъ. Однако, допускалось подтвержденіе договора объ обрученіи въ формѣ задатка: въ случаѣ послѣдующаго отказа давшій задатокъ терялъ его, принявшій долженъ былъ вернуть его въ двойномъ размѣрѣ.

III. Форма заключенія брака. Бракъ cum manu заключался *per confarreationem* (въ присутствіи свидѣтелей и жрецовъ), *per coemptionem* (фиктивная самопродажа жены въ присутствіи 5 свидѣтелей и libripens), наконецъ, *per usum* (т.-е. если бракъ былъ заключенъ неформально и жена въ теченіе года безвыѣздно жила въ домѣ мужа, то она veluti annua possessione usucapiebatur; если она желала избѣгнуть этого, она должна была проводить ежегодно 3 ночи внѣ дома мужа, т. н. usurpatio trinoctio). Бракъ sine manu заключался *неформально.*

IV. Основанія прекращенія брака. Основаніями прекращенія брака служили: 1) *смерть* или *capitis deminutio maxima* одного изъ супруговъ; 2) *разводъ.* При бракѣ cum manu разводъ требовалъ соблюденія извѣстныхъ формальностей: если бракъ былъ заключенъ per coemptionem, то требовалось diffarreatio; если же онъ былъ заключенъ per coemptionem или usum, то требовалась remancipatio и manumissio, т.-е. жена манципировалась третьему лицу, которое манумиттировало ее. При бракѣ sine manu считался достаточнымъ неформальный разводъ, который могъ имѣть мѣсто какъ по взаимному соглашенію (divortium), такъ и въ силу односторонняго заявленія одного изъ супруговъ (repudium). Въ императорскомъ періодѣ требовалось, однако, чтобъ разводъ былъ совершенъ въ присутствіи семи свидѣтелей. Итакъ, при бракѣ sine manu въ принципѣ существовала полная *свобода развода.* Она сохранилась и въ императорскомъ правѣ, однако, разводъ для виновнаго супруга сталъ влечь за собою извѣстныя имущественныя невыгоды.

Изъ изложеннаго явствуетъ, что римскій бракъ на практикѣ былъ крайне *неустойчивымъ* учрежденіемъ. Этимъ онъ сильно отличается отъ современнаго брака.

§ 299. Личныя отношенія между супругами.

При бракѣ cum manu жена состояла подъ властью мужа—manus—и считалась filiae loco. Въ позднѣйшемъ правѣ супруги въ принципѣ равноправны. Однако,

мужъ играетъ все-таки руководящую роль. Жена принимаетъ имя мужа, раздѣляетъ его положеніе и имѣетъ одно съ нимъ мѣстожительство. Она должна слѣдовать за нимъ; поэтому мужъ противъ всякаго, кто удерживаетъ ее отъ этого, можетъ предъявить interdictum de uxore exhibenda ac ducenda. Мужъ обязанъ содержать ее. Онъ считается защитникомъ жены и поэтому можетъ выступать въ процессахъ въ качествѣ презумптивнаго ея представителя.

Глава II. Имущественныя отношенія между супругами [1]).

§ 300. Общія положенія.

При бракѣ сит тапи жена была лишена активной имущественной правоспособности: все, что она пріобрѣтала, переходило къ мужу. Въ позднѣйшемъ правѣ восторжествовалъ принципъ имущественной равноправности супруговъ, выражающійся въ раздѣльности ихъ имуществъ. Каждый изъ супруговъ самостоятельно распоряжается своимъ имуществомъ, они на общемъ основаніи могутъ вступать въ сдѣлки между собою. При этомъ, однако, наблюдаются три особенности: 1) даренія между супругами не дѣйствительны; 2) супруги не могутъ предъявлять другъ противъ друга информирующіе иски; поэтому, если одинъ изъ нихъ присвоилъ себѣ незаконно вещь другого (укралъ ее, растратилъ деньги супруга и т. п.), то потерпѣвшій не можетъ предъявить къ виновному actio furti; взамѣнъ этого ему дается особый искъ, направленный на возвратъ присвоеннаго и вознагражденіе за убытокъ, такъ назыв., actio rerum amotarum, который не влекъ за собою infamia; но и этотъ искъ могъ быть предъявленъ къ виновному или наслѣдникамъ его только послѣ прекращенія брака; 3) въ случаѣ спора всѣ объекты, находящіеся въ рукахъ того или другого изъ супруговъ, считаются собственностью мужа, поскольку жена не можетъ доказать противнаго (такъ назыв. praesumptio Muciana).

Строгая раздѣльность имуществъ могла быть смягчена тѣмъ, что мужъ получалъ со стороны жены приданое (dos), предназначенное ad onere matrimonii sublevanda. Въ такомъ случаѣ дѣлалось различіе между приданымъ и собственнымъ имуществомъ жены; послѣднее носило названіе *paraphernа* или *bona paraphernalia*. Относительно такихъ bona paraphernalia слѣдуетъ замѣтить, что жена, конечно, могла предоставить управленіе ими мужу; въ такомъ случаѣ мужъ считался ея мандатаріемъ; въ отличіе отъ обыкновеннаго мандатарія, онъ отвѣчалъ, однако, передъ нею не за omnis culpa, а только за culpa in concreto, т.-е. отъ него требовалось только diligentia, quam suis rebus adhibere solet.

§ 301. Ученіе о приданомъ [2]). Понятіе и исторія.

Приданымъ—dos—называется имущество, которое доставляется мужу самою женой или третьимъ лицомъ за нее съ тѣмъ, чтобы служить для покрытія части расходовъ по веденію общаго хозяйства (ad onera matrimonii sublevanda). Первоначально приданое поступало въ безповоротную собственность мужа, который нисколько не былъ стѣсненъ въ распоряженіи дотальными объектами. Если приданое, тѣмъ не менѣе, и тогда отличалось отъ обыкновеннаго даренія, то это объясняется тѣмъ, что обыкновенно мужъ, умирая, въ завѣщаніи отказывалъ женѣ приданое или какой-нибудь равноцѣнный эквивалентъ. Съ теченіемъ времени, права мужа на приданое подверглись значительному ограниченію. Съ одной стороны, жены, при вступленіи въ бракъ, нерѣдко стали заключать особыя стипуляціи съ мужемъ, такъ назыв., cautiones rei uxoriae,

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 11 сл. Windscheid, ук. соч. II, § 491 сл.
[2]) Dernburg, ук. соч. III, § 13—23. Windscheid, ук. соч. II, 492—506.

на основаніи которыхъ мужья обязывались къ возврату приданаго на случай прекращенія брака разводомъ. Съ другой стороны, преторъ ввелъ особый искъ, такъ назыв. actio rei uxoriae, при помощи котораго жена даже въ томъ случаѣ, когда не была заключена особая cautio rei uxoriae, могла требовать возврата приданаго, если бракъ прекращался *разводомъ* или *смертью мужа*. Искъ этотъ былъ *строго личнымъ*, т.-е. онъ могъ быть предъявленъ только самой женой, но не ея наслѣдниками. Поэтому, онъ не имѣлъ мѣста, если бракъ прекращался за смертью жены, или если жена послѣ развода или смерти мужа сама не пожелала предъявить этотъ искъ. Введеніе actionis rei uxoriae значительно улучшило положеніе жены. Однако, пока мужъ имѣлъ право безконтрольнаго распоряженія надъ дотальными объектами, интересы жены не были въ достаточной степени обезпечены; онъ могъ, напр., распродать отдѣльные объекты, входящіе въ составъ dos, и затѣмъ развестись съ женой или умереть; тогда она оставалась ни съ чѣмъ, по крайней мѣрѣ, если мужъ не имѣлъ собственнаго имущества, которое и могло бы служить для покрытія убытковъ. Въ виду этого, императоръ Августъ запретилъ мужу отчуждать fundi dotales italici. Отчужденіе ихъ, совершенное вопреки законному запрещенію, было объявлено недѣйствительнымъ, такъ что жена могла предъявить къ третьимъ лицамъ, которыя пріобрѣли дотальные участки, виндикацію. Позднѣе, такой же запретъ былъ наложенъ и на провинціальные участки, входящіе въ составъ приданаго. Развитіе это было завершено *Юстиніаномъ*. Онъ призналъ, что *приданое всегда подлежитъ возврату, если только бракъ не былъ прекращенъ разводомъ по винѣ жены*. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ призналъ, что право требовать возврата приданаго послѣ прекращенія брака имѣетъ *не только сама жена, но и ея наслѣдники*. Съ этой цѣлью онъ замѣнилъ прежнюю строго личную actio rei uxoriae другимъ искомъ, такъ назыв., actio tacita ex stipulatu или actio de dote. Итакъ, въ Юстиніановскомъ правѣ приданое представляетъ собою имущество: 1) доставленное мужу женой, или третьимъ лицомъ за нее, ad onera matrimonii sublevanda, и 2) подлежащее, по общему правилу, возврату женѣ или ея наслѣдникамъ по прекращеніи брака, если только не состоялся разводъ по винѣ жены.

§ 302. Установленіе приданаго.

I. Кто обязанъ доставить приданое. *Мужъ не имѣлъ по закону права требовать отъ жены приданаго;* однако, вообще, считалось неприличнымъ, если жена имѣя средства, не принесла приданаго. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что на зажиточной женѣ лежало *натуральное обязательство* къ доставленію мужу приданаго. Съ другой стороны, въ императорскомъ правѣ *жена*, не имѣющая собственныхъ средствъ, *прямо могла требовать* назначенія приданаго *отъ отца или дѣда со стороны отца, въ извѣстныхъ случаяхъ и отъ матери*. Кромѣ того, приданое могло быть выдано, конечно, и другими лицами, напр., братомъ, сестрой и т. д., но только это зависѣло уже отъ ихъ доброй воли, принудить ихъ жена не могла.

II. Порядокъ установленія приданаго. Приданое выдается *мужу*. Назначить приданое можетъ всякій, пользующійся надлежащей право- и дѣеспособностью. При этомъ дѣлалось такое различіе: а) приданое, выданное отцомъ жены или дѣдомъ со стороны отца, называлось *dos profecticia;* b) приданое, установленное другими лицами, называлось *dos adventicia*; при этомъ установитель могъ выговорить, чтобы по прекращеніи брака приданое было возвращено не женѣ, а ему самому,—тогда приданое называлось *dos recepticia. Объектомъ* приданаго могло служить *всякое цѣнное благо*. Такъ, напр., установитель можетъ перенести право собственности или тѣ или иныя ограниченныя вещныя права на данные объекты, онъ можетъ dotis causa цедировать обязательственное требованіе или простить долгъ, и т. д.—*Способъ* установленія приданаго могъ быть двоякій: а) *dotis datio*—непосредственная передача извѣстныхъ объектовъ; b) *обѣщаніе* дать въ будущемъ такіе-то объекты въ приданое; первоначально такое обѣщаніе

должно было быть облечено въ форму стипуляціи,—такъ назыв., *dotis promissio*: лишь въ видѣ исключенія допускалось неформальное обѣщаніе—такъ назыв., dotis dictio. Въ позднѣйшемъ правѣ было признано достаточнымъ неформальное обѣщаніе—pollicitatio rerum dotalium: оно не есть односторонній актъ, а предполагаетъ взаимное соглашеніе; приданое считается окончательно установленнымъ съ момента обѣщанія, самое доставленіе обѣщаннаго разсматривается уже какъ исполненіе принятаго установителемъ на себя обязательства.

III. Время установленія приданаго. Приданое фактически можетъ быть устан,влено не только при самомъ вступленіи въ бракъ или во время существованія брака но и до вступленія въ бракъ, однако, въ послѣднемъ случаѣ, пока нѣтъ еще брака, нельзя говорить о приданомъ въ техническомъ смыслѣ,—neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.—Когда установленіе приданаго предшествуетъ заключенію брака, то возможны двѣ комбинаціи: 1) установитель сразу доставляетъ извѣстную имущественную выгоду будущему мужу; въ такомъ случаѣ, если бракъ впослѣдствіи не будетъ заключенъ, къ получателю предъявляется condictio causa data causa non secuta; или 2) при установленіи приданаго имѣлось въ виду, что соотвѣтствующее увеличеніе имущества получателя молчаливо должно считаться обусловленнымъ послѣдующимъ вступленіемъ въ бракъ. Первое in dubio предполагается при dotis datio, поскольку переданы безъ особыхъ оговорокъ тѣлесные объекты,—второе, при dotis pollicitatio, ср. 1. 7 § 3. 1. 21 D. de jure dot. 23, 3.

IV. Дополнительныя дотальныя соглашенія. Въ связи съ установленіемъ приданаго заинтересованныя лица могли вступать въ дополнительныя соглашенія, регулирующія порядокъ пользованія дотальными объектами, опредѣляющія условія возврата приданаго и т. д. При этомъ, однако, требовалось въ интересахъ мужа, чтобы дополнительныя соглашенія не шли въ разрѣзъ съ основными началами дотальнаго права; съ этой точки зрѣнія объявлялись недѣйствительными соглашенія, въ силу которыхъ мужъ обязывался къ возврату не только субстанціи приданаго, но и плодовъ, извлеченныхъ за время существованія брака, ибо при такихъ условіяхъ приданое носило, очевидно, чисто фиктивный характеръ. Въ интересахъ же жены было установлено, чтобъ дополнительныя соглашенія не ухудшали чрезмѣрно положенія ея. Такъ были объявлены недѣйствительными соглашенія, въ силу которыхъ она безусловно отказывалась отъ своего права обратнаго требованія приданаго.

§ 303. Дотальныя отношенія во время брака.

I. *Права мужа. Пока продолжается бракъ, мужъ формально считается собственникомъ тѣлесныхъ вещей, входящихъ въ составъ приданаго.* Онъ, поэтому, пріобрѣтаетъ плоды и приращенія этихъ вещей въ собственность и можетъ предъявлять всѣ иски, присвоенные собственнику, какъ-то: rei vindicatio, actio negatoria и т. д. На дѣлѣ, однако, его право собственности до нельзя стѣснено. Еще Августъ объявилъ недѣйствительнымъ отчужденіе и залогъ fundi dotales Italici; позднѣе это запрещеніе было распространено на всѣ вообще недвижимости и подъ него стали подводить установленіе всякихъ вообще, ограничивающихъ право собственности, jura in re aliena. Наконецъ, было признано, что и движимыя вещи (за исключеніемъ вещей замѣнимыхъ и подверженныхъ быстрой порчѣ) мужъ не долженъ отчуждать безъ согласія жены; въ противномъ случаѣ, жена послѣ прекращенія брака при помощи rei vindicatio utilis можетъ требовать возврата ихъ не только отъ мужа, но и отъ третьихъ лицъ, къ которымъ они дошли (спорно). Далѣе, мужъ по прекращеніи брака окончательно удерживаетъ за собою только извлеченные изъ дотальныхъ вещей плоды, самыя же вещи съ приращеніями обязанъ вернуть. Въ виду изложеннаго, нельзя не признать, что *фактически* мужъ занимаетъ не положеніе собственника, а скорѣе *узуфруктуарія*. Тѣмъ не менѣе, онъ *формально* считается собственникомъ дотальныхъ объектовъ. Правда, нѣкоторые ученые

отрицаютъ даже формальное право собственности мужа и квалифицируютъ его отношеніе къ дотальнымъ вещамъ какъ usus fructus maritalis. Но это неправильно; въ источникахъ прямо выражено, что за все время брака мужу принадлежитъ право собственности на эти вещи, ср. въ особенности pr. J. quib. alien. 2, 8; *accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit*, et contra qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, *quamvis ipsius sit* dotis causa ei datum; 1. 7 § 3 D. de I. D. 23, 2: si res in dote dentur, puto *in bonis mariti fieri*. Такая точка зрѣнія вполнѣ объясняется историческимъ ходомъ развитія института: сначала мужъ былъ полный собственникъ приданаго, затѣмъ сочли нужнымъ все больше и больше ограничить его право собственности, но лишить его формально этого права не рѣшился даже Юстиніанъ. Столь же неосновательно утвержденіе нѣкоторыхъ другихъ ученыхъ, будто право собственности на dos раздѣлено между мужемъ и женой, будто мужу принадлежитъ только, такъ назыв., прокураторное право собственности, тогда какъ ex jure naturali собственницей считается жена. Поводомъ къ построенію этой и аналогичныхъ теорій послужило, главнымъ образомъ, неосторожное выраженіе Юстиніана, который въ 1. 30 Cod. de I. D. 5, 12 говоритъ: *eaedem res* (sc. res dotales) et ab initio uxoris fuerant et *naturaliter in ejus permanserunt dominio*. Non enim quod *legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri*, ideo rei veritas deleta vel confusa est: вѣдь и здѣсь мужъ (legum subtilitate) признается *формально* собственникомъ дотальныхъ вещей, и лишь оттѣняется, что эта форма не соотвѣтствуетъ *реальному* содержанію его правъ на приданое. Ср. Дернбургъ, Pandecten, т. III, § 18, 19.

II. *Права жены.* Пока продолжается бракъ, жена можетъ только требовать, чтобъ мужъ содержалъ ее на счетъ приданаго. Возврата приданаго до прекращенія брака она, по общему правилу, можетъ требовать только въ томъ случаѣ, если мужъ становится несостоятельнымъ должникомъ или расточаетъ приданое.

§ 304. Судьба dos послѣ прекращенія брака.

I. *Кто можетъ требовать возврата приданаго.* По общему правилу, *приданое послѣ прекращенія брака подлежитъ возврату.* Право требовать возврата dotis имѣетъ: 1) по общему правилу—жена и ея наслѣдники. 2) Исключенія установлены: a) въ отношеніи dos recepticia, которая, разумѣется, возвращается установителю; b) въ отношеніи какъ dos adventicia, такъ и dos profecticia, *если жена была filia familias*, тогда при жизни ея право обратнаго требованія приданаго принадлежитъ *ея paterfamilias совмѣстно съ ней*, dos fit communis patri et filiae; c) спеціально въ отношеніи dos profecticia, если бракъ прекратился вслѣдствіе смерти жены, тогда право обратнаго требованія приданаго принадлежитъ отцу-установителю (а не наслѣдникамъ жены), если только жена при установленіи приданаго была подъ его властью. Современная практика въ послѣднемъ случаѣ отдаетъ, однако, предпочтеніе наслѣдникамъ жены передъ отцомъ ея, если наслѣдниками ея являются ея нисходящіе.

II. *Дотальные иски.* Надо различать два иска: 1) *Личный дотальный искъ*—actio de dote, замѣнившій старую actio rei uxoriae. На основаніи этого иска, можно требовать отчетности и возврата всего дотальнаго имущества. Въ связи съ нимъ, Юстиніанъ установилъ привилегированную законную гипотеку жены на все имущество мужа; другими словами, жена по дотальному иску пользовались по закону предпочтительнымъ правомъ на удовлетвореніе предъ остальными кредиторами мужа, правомъ, обезпеченнымъ залогомъ имущества его. 2) Кромѣ того, Юстиніанъ ввелъ особый *вещный искъ*,—rei vindicatio utilis,—при помощи котораго жена могла требовать возврата дотальныхъ *движимостей*, отчужденныхъ мужемъ безъ ея согласія, какъ отъ него, такъ и отъ третьихъ пріобрѣтателей (спорно). Что касается отчужденныхъ мужемъ *недвижимостей*, то таковыя и до Юстиніана могли быть виндицированы женой на общемъ основаніи,

т.-е. при помощи обыкновенной rei vindicatio, такъ какъ такое отчужденіе прямо было объявлено недѣйствительнымъ.

III. *Объектъ личнаго дотальнаго иска (actio de dote).* 1) Объектомъ личнаго дотальнаго иска служитъ все дотальное имущество въ томъ видѣ, въ какомъ оно представляется въ данное время. Недвижимости подлежатъ возврату тотчасъ же, движимыя вещи—по истеченіи года. Мужъ отвѣчаетъ не за omnis culpa, а за culpa in concreto, т.-е. за отсутствіе осмотрительности, которую онъ привыкъ выказывать въ собственныхъ дѣлахъ. 2) Что касается вліянія расходовъ, произведенныхъ мужемъ по поводу приданаго, то impensae necessariae, *необходимые расходы*, ipso jure уменьшаютъ размѣръ приданаго, и мужъ, во всякомъ случаѣ, можетъ требовать возмѣщенія ихъ до возврата приданаго. Что касается impensae utiles, *полезныхъ расходовъ*, то мужъ по поводу ихъ не имѣлъ ретенціоннаго права противъ дотальнаго иска, но могъ впослѣдствіи требовать возмѣщенія ихъ при помощи actio mandati или negotiorum gestorum contraria. Impensae voluptuariae, ненужные расходы, даютъ ему только jus tollendi. 3) Иногда, при установленіи приданаго заключается такое условіе, что мужъ обязанъ вернуть *не* отдѣльные дотальные объекты, а стоимость ихъ, заранѣе опредѣленную путемъ особой оцѣнки. Такое приданое называлось dos venditionis causa aestimata. Въ такомъ случаѣ мужъ, конечно, только и можетъ быть присужденъ къ уплатѣ соотвѣтствующей суммы денегъ; но зато онъ несетъ и periculum, т.-е. даже случайная пропажа дотальныхъ объектовъ не уменьшаетъ его денежной отвѣтственности предъ женой и ея наслѣдниками. Съ другой стороны, мужъ въ такихъ случаяхъ сохраняетъ право отчужденія переданныхъ ему dotis causa вещей, такъ какъ возврату подлежатъ не онѣ, а условленная сумма денегъ.

IV. *Onus probandi.* Тотъ, кто предъявляетъ дотальный искъ, долженъ доказать: 1) что была установлена dos и 2) что наступилъ моментъ обратнаго требованія ея. При этомъ Юстиніанъ постановилъ, что письменное удостовѣреніе мужа о полученіи приданаго въ теченіе опредѣленнаго срока времени (не свыше 10 лѣтъ послѣ заключенія брака, если бракъ продолжался дольше) не имѣетъ доказательнаго значенія и можетъ быть оспорено мужемъ путемъ exceptio или querela non numeratae dotis; въ такомъ случаѣ, фактъ выдачи приданаго долженъ быть подтвержденъ еще другими доказательствами.

§ 305. Ученіе о donatio propter nuptias.

Donatio propter nuptias есть встрѣчная dos. Этотъ институтъ окончательно сложился лишь въ позднѣйшемъ, по-Константиновскомъ правѣ. Исходной точкой развитія послужилъ обычай жениха одаривать свою невѣсту. Такое дареніе называлось donatio ante nuptias, и для дѣйствительности его требовалось, чтобъ оно было совершено до вступленія въ бракъ, такъ какъ дареніе между супругами считались недѣйствительными. Съ теченіемъ времени, однако, укрѣпилось сознаніе, что donatio ante nuptias преслѣдуетъ совершенно спеціальныя цѣли, отдаляющія его отъ обыкновеннаго дареніе. Именно, такая donatio должна была служить обезпеченіемъ жены на случай прекращенія брака разводомъ по винѣ мужа. Въ виду этого, въ позднѣйшемъ правѣ стали допускать установленіе такихъ donationes ante nuptias не только до брака, но и во время его. Окончательную отдѣлку этотъ институтъ получилъ при Юстиніанѣ, который, между прочимъ, перемѣнилъ и самое названіе его. Вмѣсто donatio ante nuptias, его стали называть donatio propter nuptias.

Юридическій характеръ donatio propter nuptias *въ Юстиніановскомъ правѣ.* Donatio propter nuptias доставляется со стороны мужа, подобно dos служитъ для покрытія расходовъ по веденію общаго хозяйства, но послѣ прекращенія брака подлежитъ выдачѣ женѣ въ томъ только случаѣ, если состоялся разводъ по винѣ мужа. Въ частности: 1) donatio по размѣру своему должна соотвѣтствовать dos; 2) отецъ *мужа* обязанъ дать donatio propter nuptias, подобно тому, какъ отецъ *жены* обязанъ дать ей

приданое: *недвижимости*, входящія въ составъ donatio, подобно дотальнымъ недвижимостямъ, *неотчуждаемы;* 3) во время брака жена, по общему правилу, не можетъ требовать выдачи donatio; исключеніе, какъ при dos, допускалось въ случаѣ несостоятельности мужа; 4) по прекращеніи брака жена, по общему правилу, могла требовать выдачи donatio только въ томъ случаѣ, когда бракъ прекращался разводомъ по винѣ мужа.

§ 306. Дареніе между супругами.

Даренія между супругами считались недѣйствительными. Но для этого конечно требовалось, чтобъ данныя лица состояли въ законномъ бракѣ между собою. Запрещеніе касается только дареній въ тѣсномъ смыслѣ (ср. § 62) и не распространяется на общепринятыя мелкія даренія ко дню рожденія и т. п.; равнымъ образомъ, допускаются даренія *mortis causa*, такъ какъ они всегда могутъ быть взяты назадъ дарителемъ.—Сверхъ того, на основаніи постановленія Севера и Каракаллы, было признано, что такое недѣйствительное дареніе вступаетъ въ полную силу (конвалесцируетъ), если супругъ даритель умретъ въ бракѣ, не взявъ назадъ своего дарственнаго распоряженія.

§ 307. Штрафы за разводъ и вступленіе въ повторительный бракъ.

I. Штрафы за разводъ. Если разводъ состоялся по винѣ одного изъ супруговъ, то виновный теряетъ: если это жена—право требовать возврата приданаго; если это мужъ—право на удержаніе donatio propter nuptias. Если не были установлены dos или donatio, то виновный присуждался къ уплатѣ извѣстнаго денежнаго штрафа. Кромѣ того, разводъ влекъ за собою еще и нѣкоторыя другія имущественныя невыгоды. Ср. Dernburg, Pandekten. T. III, § 26.

II. Послѣдствія вступленія въ повторительный бракъ. При христіанскихъ императорахъ сложилось убѣжденіе въ нежелательности вступленія во второй бракъ, если остались дѣти отъ перваго брака. Именно, въ такомъ случаѣ parens binubus—родитель или родительница, вступившіе во второй бракъ, теряли право собственности на такъ назыв. lucra nuptialia, т.-е. всѣ выгоды, доставшіеся отъ перваго супруга (напр., приданое, даренія и т. д.) *въ пользу дѣтей отъ перваго брака*, сохраняя только узуфруктъ относительно этихъ lucra. Сверхъ того, parens binubus не могъ оставить новому супругу mortis causa больше того, что имъ было оставлено тому изъ дѣтей отъ перваго брака, кто получилъ меньше всего (cui *minor pars* ultima voluntate derelicta vel data fuerit vel donata). Кромѣ того существовали и нѣкоторыя другія невыгоды, ср. Dernburg, ук. соч., III, § 27.

Отношенія между родителями и дѣтьми [1]).

Глава I. Установленіе и прекращеніе отцовской власти и личныя отношенія между родителями и дѣтьми.

§ 308. Установленіе отцовской власти.

Надо различать три способа установленія отцовской власти: законнорожденность, узаконеніе и усыновленіе.

I. Законнорожденность. Вопросъ о законности рожденія всегда обращалъ на себя особое вниманіе законодателя. Тутъ сталкиваются самые разнообразные интересы.

[1]) Dernburg, ук. соч. II, § 28 сл. Windscheid, ук. соч. II, 513 сл.

Общая формула, конечно, никогда не возбуждала сомнѣній: *законорожденными признаются in dubio всѣ дѣти, родившіяся во время существованія законнаго брака между ихъ матерью и мужемъ ея.* Pater est is, quem nuptiae demonstrant. Но мужъ не всегда склоненъ признать родившихся во время брака дѣтей своими. То же слѣдуетъ сказать о лицахъ, являющихся претендентами на могущее остаться послѣ него наслѣдство. Спрашивается, кто можетъ возбудить споръ о законности рожденія, на кого ложится onus probandi и т. п.

При разрѣшеніи этой проблемы, законъ устанавливаетъ, съ одной стороны, извѣстныя *презумпціи* законности рожденія, съ другой стороны по возможности съуживаетъ кругъ лицъ, могущихъ возбудить споръ и законности рожденія.

Въ частности законнорожденными считаются всѣ дѣти, родившіяся *по истеченіи 181 дня* послѣ заключенія брака. Чтобы опровергнуть эту презумпцію, необходимо обратиться съ надлежащими доказательствами въ *судъ*, который въ такомъ случаѣ постановляетъ окончательное рѣшеніе по вопросу; простое же непризнаніе ребенка со стороны презумптивнаго отца само по себѣ не имѣетъ никакого значенія. Важнѣйшими доказательствами незаконнорожденности служатъ, съ одной стороны, продолжительное отсутствіе мужа, съ другой—неспособность его къ брачному сожительству. Сверхъ того, законнорожденными считаются также дѣти, родившіяся *не позже 300 дней* послѣ прекращенія брака. И тутъ допускается судебное опроверженіе этой презумпціи. Что касается дѣтей, родившихся въ бракѣ раньше истеченія 181 дня, то они считаются законными, *если будутъ признаны* мужемъ ихъ матери за собственныхъ дѣтей.

Что касается, наконецъ, вопроса о томъ, кто можетъ оспорить законность рожденія ребенка, то при жизни мужа это право принадлежитъ только ему. Послѣ его смерти споръ можетъ быть возбужденъ и третьими заинтересованными лицами, но только въ томъ случаѣ, *когда мужъ не призналъ законности рожденія.*

II. Узаконеніе. *Внѣбрачныя дѣти могутъ пріобрѣсти права законныхъ путемъ узаконенія—legitimatio.* Классическое римское право не знало этого института. Онъ составляетъ продуктъ позднѣйшаго императорскаго права. Узаконеніе допускалось въ двухъ главныхъ формахъ: a) *legitimatio per subsequens matrimonium*, черезъ послѣдующее вступленіе родителей въ бракъ, встрѣчается со временъ Константина Великаго; однако, такимъ путемъ могли быть узаконяемы не всѣ внѣбрачныя дѣти, а только тѣ, которыя происходили отъ конкубината; каноническое право и позднѣйшая практика распространила это правило на всѣхъ внѣбрачныхъ дѣтей; b) *legitimatio per rescriptum principis*, узаконеніе на основаніи особой грамоты императора, по ходатайству отца ребенка, введено Юстиніаномъ; такое узаконеніе допускалось только, если женитьба представлялось невозможной или неумѣстной; притомъ требовалось, чтобъ отецъ не имѣлъ законныхъ дѣтей. Результатомъ узаконенія является пріобрѣтеніе узаконеннымъ всѣхъ правъ законнорожденнаго. Однако, patria potestas устанавливается только съ согласія самого узаконяемаго.

III. Усыновленіе. Римское право различаетъ двѣ формы усыновленія: *arrogatio* или усыновленіе personae sui juris и *adoptio* или усыновленіе подвластныхъ дѣтей. 1) Arrogatio въ древнемъ правѣ происходила въ народномъ собраніи, въ позднѣйшемъ правѣ per rescriptum principis; рескриптъ издавался по ходатайству усыновителя и съ согласія усыновляемаго. Въ древнемъ правѣ не допускалось arrogatio малолѣтнихъ и женщинъ. Въ императорскомъ правѣ она возможна. При этомъ было установлено, что для усыновленія малолѣтняго требуется предварительная causae cognitio, въ частности справки относительно личности и образа жизни pater arrogator (cujus vitae sit); arrogator долженъ предъявить особое обезпеченіе (satisdatio), и наконецъ за impubes arrogatus при извѣстныхъ условіяхъ признается право на полученіе четвертой части имущества pater arrogator (такъ назыв. quarta Divi Pii).—2) Для adoptio въ древнемъ правѣ существовала очень сложная и искусственная форма: относительно подвластныхъ сыновей требовалась сначала троекратная манципація (приводящая къ прекращенію существующей отцовской власти), а затѣмъ реманципація отцу и наконецъ in jure cessio (отецъ и

усыновитель являлись къ претору и тутъ усыновитель утверждалъ, что усыновляемый—его сынъ, отецъ не возражалъ и преторъ аддицировалъ усыновляемаго усыновителю); по отношенію къ подвластнымъ дочерямъ и внукамъ довольствовались одной манципаціей, за которой слѣдовала реманципація и in jure cessio. Въ Юстиніановскомъ правѣ, вмѣсто этихъ сложныхъ формальностей, требовалось только соотвѣтствующее *личное заявленіе* роднаго отца и усыновителя предъ судомъ въ присутствіи усыновляемаго, который не долженъ возражать противъ усыновленія.

Условія усыновленія. По общему правилу, *усыновлять могли только мужчины*, а женщины только ad solatium liberorum amissorum. Усыновитель долженъ быть 18-годами старше усыновляемаго, а если усыновляется самостоятельный человѣкъ, то усыновитель долженъ имѣть по крайней мѣрѣ 60 лѣтъ отъ роду. Не допускалось включеніе условій и сроковъ.

Послѣдствія усыновленія. Въ древнемъ правѣ всякое усыновленіе влекло за собою переходъ усыновляемаго подъ отцовскую власть усыновителя и, вмѣстѣ съ тѣмъ, между ними установлялось агнатическое родство. Въ Юстиніановскомъ правѣ это правило сохраняется относительно arrogatio; что же касается adoptio, то только усыновленіе даннаго лица *роднымъ асцендентомъ* (напр., дѣдомъ, прадѣдомъ) влекло за собою эти послѣдствія, такъ назыв., adoptio plena. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, усыновляемый становился только законнымъ наслѣдникомъ усыновителя, такъ назыв., adoptio minus plena.

§ 309. Прекращеніе отцовской власти.

Въ чистомъ Римскомъ правѣ нормальной формой прекращенія отцовской власти считалась *смерть отца*. *Эманципація* же допускалась *только по волѣ и съ согласія отца*. Первоначально, она была обставлена весьма сложными формальностями: для сыновей требовалась *троекратная* манципація сына, затѣмъ реманципація его отцу и manumissio со стороны послѣдняго; для дочерей и внуковъ—одна манципація, затѣмъ реманципація и манумиссія. Въ императорскомъ правѣ выработались двѣ упрощенныя формы: emancipatio Anastasiana или per rescriptum principis по ходатайству отца, и emancipatio Justinianea—путемъ заявленія отца предъ судомъ въ присутствіи ребенка. При этомъ отецъ въ качествѣ эквивалента за отказъ отъ отцовской власти (такъ наз. praemium emancipationis), сохраняетъ относительно bona adventicia бывшаго подвластнаго ребенка право узуфрукта въ половинномъ размѣрѣ. Въ позднѣйшей германской практикѣ эманципація была допущена и помимо воли отца: a) *для сыновей*, разъ они заводятъ собственное хозяйство (separata oeconomia); b) *для дочерей*—если онѣ выходятъ замужъ.

§ 310. Личныя отношенія между родителями и дѣтьми.

Въ древнемъ правѣ *отецъ имѣлъ jus vitae ac necis по отношенію къ своимъ подвластнымъ дѣтямъ*. Въ позднѣйшемъ правѣ сохранилось только *право подвергать дѣтей мелкимъ наказаніямъ*; сверхъ того, за родителями было признано право продажи въ рабство *новорожденныхъ*, но только въ случаяхъ крайней нужды. Отецъ имѣлъ особый interdictum de liberis exhibendis et ducendis, который могъ быть предъявленъ противъ всякаго, кто удерживаетъ ребенка противъ воли отца.

Глава II. Имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми.

§ 311. Историческій обзоръ.

Въ древнемъ правѣ подвластныя дѣти не могли имѣть собственнаго имущества. Все, что они пріобрѣтали, поступало къ отцу. Позднѣе установился обычай на-

дѣлять дѣтей, подобно рабамъ, *пекуліемъ*. Peculium юридически принадлежало отцу, фактически же имъ распоряжались и пользовались дѣти—обладатели пекулія. Въ связи съ этимъ было признано, что отецъ отвѣчаетъ за договорные долги подвластнаго въ предѣлахъ предоставленнаго ему пекулія. Съ этой цѣлью была введена actio de peculio.

Въ императорскомъ періодѣ имущественное положеніе подвластныхъ дѣтей значительно улучшилось. Рядомъ постановленій было признано, что все, что пріобрѣтаетъ подвластный сынъ на *военной службѣ*, переходитъ въ его полную собственность. Это, такъ назыв. peculium castrense. Позднѣе, начиная съ Константина Великаго, то же самое постепенно было признано относительно того, что подвластный сынъ пріобрѣлъ на гражданской службѣ, въ качествѣ духовнаго лица и адвоката, такъ назыв., peculium quasi castrense. Наконецъ, сложилось правило, что все имущество, пріобрѣтенное подвластнымъ сыномъ или дочерью не со стороны отца, а *со стороны матери или со стороны третьихъ лицъ*, становится собственностью не отца, а подвластнаго сына или дочери, причемъ, однако, отецъ сохраняетъ право узуфрукта на такое имущество. Это, такъ назыв., *bona adventicia*.

Такимъ образомъ, въ Юстиніановскомъ правѣ только объекты, доставшіеся подвластнымъ дѣтямъ непосредственно отъ отца, такъ назыв., peculium profecticium по прежнему остаются юридически собственностью отца и только фактически переходятъ въ распоряженіе подвластныхъ дѣтей. Всѣ остальныя пріобрѣтенія переходятъ въ собственность дѣтей. При этомъ, однако, надо различать: a) *свободное имущество дѣтей*—это peculium castrense и quasi castrense, а также, такъ назыв., bona adventicia irregularia (ср. § 312): на это имущество отецъ не имѣетъ никакихъ правъ; b) *несвободное имущество подвластныхъ дѣтей*—это bona adventicia (regularia); по отношенію къ нимъ отецъ сохраняетъ право узуфрукта, такъ что, пока длится его отцовская власть, дѣти не могутъ пользоваться доходами отъ этого имущества.

§ 312. Юридическое положеніе свободнаго и несвободнаго имущества подвластныхъ дѣтей въ Юстиніановскомъ правѣ.

Свободное имущество дѣтей. Свободнымъ имуществомъ подвластныхъ дѣтей называется то имущество ихъ, относительно котораго отецъ не имѣетъ права узуфрукта и управленія. Къ составу свободнаго имущества причисляется въ Юстиніановскомъ правѣ: a) *peculium castrense* и *quasi castrense*—все, что пріобрѣтено на военной, гражданской и духовной службѣ, и въ качествѣ адвоката, и сверхъ того, что подарено императоромъ или императрицей; b) такъ назыв., *bona adventicia irregularia*,—то, что пріобрѣтено на безвозмездномъ основаніи отъ третьихъ лицъ, если при этомъ *прямо оговорено*, что отцу не предоставляется право узуфрукта и управленія или если отецъ отказался отъ своего права узуфрукта и управленія. Ср. Nov. 117. cap. 1, § 1. Sancimus igitur, ut matri aviaeque reliquisque parentibus filio vel filia vel nepoti, vel nepti, vel deinceps descendentibus donare vel etiam ultima voluntate relinquere liceat, hac lege et conditione, ut si velint, pater vel quicunque eos in potestate habet, in his rebus neque usumfructum, nec ullam omnino partem habeat. Jubemus autem, ut hoc non solum parentibus, sed omni personae liceat. При этомъ, однако, сохранилось такое различіе: a) по отношенію къ peculium castrense и quasi castrense, подвластныя дѣти пользуются не только свободой распоряженій inter vivos, но и mortis causa, т.-е.: они могутъ не только при жизни отчуждать отдѣльныя составныя части этого имущества на какомъ угодно основаніи, но могутъ также *оставить это имущество по завѣщанію, кому пожелаютъ*; b) по отношенію же къ bona agventicia irregularia, подвластныя дѣти не пользовались правомъ оставлять завѣщаніе.

Несвободное имущество подвластныхъ дѣтей. Несвободнымъ имуществомъ подвластныхъ дѣтей называлось то имущество ихъ, относительно котораго отецъ

сохранялъ право узуфрукта и управленія. Сюда относятся, такъ назыв., bona adventicia regularia, т.-е. пріобрѣтенія, поступившія къ подвластному сыну или дочери со стороны матери или третьихъ лицъ, поскольку не было оговорено, что отцу *не* предоставляется право узуфрукта и управленія, или поскольку отецъ не отказался отъ этого права. Въ частности, право узуфрукта отца *шире* обыкновеннаго права узуфрукта, и отецъ не обязанъ представить cautio usufructuaria. Что касается права управленія отца, то онъ въ этомъ отношеніи дѣйствуетъ болѣе свободно, чѣмъ обыкновенный procurator. Такъ онъ *не* обязанъ представлять отчеты по управленію, хотя и отвѣчаетъ за доказанную вину. Отчужденіе отдѣльныхъ вещей допускается, однако, только съ согласія подвластнаго.

Въ заключеніе надо сказать два слова о такъ назыв., peculium profecticium. Такъ называлось то имущество, которое доставалось подвластнымъ дѣтямъ непосредственно *отъ отца*. Это имущество и въ Юстиніановскомъ правѣ юридически принадлежитъ отцу, подвластныя дѣти лишь фактически пользуются и распоряжаются имъ.

Право опеки и попечительства [1]).

Глава I. Понятіе, исторія и современная организація института.

§ 313. Понятіе и исторія опеки и попечительства.

Опека, tutela. *Опека есть суррогатъ недостающей отцовской власти.* Въ древнемъ правѣ различали два вида опеки: *tutela impuberum—опека надъ малолѣтними*, и *tutela mulierum—опека надъ женщинами*, не состоящими подъ властью отца или мужа. Послѣдняя въ императорскомъ періодѣ вышла изъ употребленія.

Первоначально опека разсматривалась какъ дѣло семейное. Опекунами первоначально были ближайшіе *агнатическіе родственники*, такъ назыв., *tutores legitimi*. Позднѣе, *отецъ въ завѣщаніи могъ назначить опекуна*, *tutor testamentarius*. Государственная власть не вмѣшивалась въ этотъ вопросъ. Въ связи съ этимъ, существовалъ взглядъ на опеку какъ на *право*, а не какъ на обязанность опекуна. Опекунъ въ собственномъ интересѣ, какъ родичъ опекаемаго, заботился о сохранности имущества послѣдняго, управлялъ этимъ имуществомъ по свободному усмотрѣнію, не подвергаясь никакимъ ограничительнымъ постановленіямъ. Наконецъ, не существовало никакого контроля надъ дѣйствіями опекуна, государственная власть относилась совершенно безучастно къ тому, какъ ведетъ опекунъ дѣла подопечнаго, предоставляя лишь послѣднему, по прекращеніи опеки, требовать отчетности и возмѣщенія убытка отъ опекуна.

Съ теченіемъ времени все это измѣнилось. На ряду съ законными опекунами и опекунами по завѣщанію, появляется третій видъ опекуновъ—*по назначенію отъ претора или провинціальнаго намѣстника*, такъ назыв., *tutores dativi*. Опека перестаетъ быть правомъ опекуна, а напротивъ, на него возлагаются весьма тяжелыя обязанности. Такъ какъ, вслѣдствіе этого, часто стали уклоняться отъ принятія опеки, то сложилось правило, что отказъ отъ опеки допускается только по особо уважительнымъ причинамъ. Наконецъ, опекуны были подчинены бдительному контролю государственной власти. Такъ болѣе важные акты по управленію стали нуждаться въ предварительномъ согласіи претора.

Попечительство—cura. Съ теченіемъ времени, наряду съ опекой сложился новый институтъ, преслѣдующій сходныя цѣли, *попечительство или cura furiosi—надъ умалишенными*, и *cura prodigi—надъ объявленными расточителями*. Затѣмъ, послѣдовательно появляются: *cura minorum—надъ несовершеннолѣтними; cura debilium personarum—надъ лицами, страдающими такими пороками, которые дѣлаютъ*

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 39 сл. Windscheid, ук. соч. II, § 432 сл.

для нихъ желательнымъ имѣть заступника (нѣмые, глухіе, глухонѣмые, слѣпые и т. п.); наконецъ, такъ назыв., *cura bonorum—надъ имуществомъ, лишеннымъ въ данное время своего хозяина (напр. cura bonorum absentis, cura hereditatis jacentis).* Впрочемъ два послѣднихъ вида попечительства имѣютъ лишь весьма ограниченное значеніе. Что касается юридическаго положенія попечителя, *curator*, то онъ никогда не пользовался столь широкими полномочіями, какими располагалъ опекунъ. *Cura* не порождала никакихъ особыхъ правъ, а съ самаго начала возлагала на curator'а только однѣ болѣе или менѣе сложныя обязанности. Съ этимъ вполнѣ гармонируетъ и то, что curator, по общему правилу, назначался преторомъ.

Съ теченіемъ времени, первоначальное рѣзкое различіе между опекой и попечительствомъ въ значительной степени сгладилось, такъ какъ и опека утратила характеръ чисто семейнаго института. Въ позднѣйшемъ правѣ, между опекой съ одной стороны и главнымъ видомъ попечительства (cura minorum) съ другой, сохранилось въ сущности, только *формальное* различіе. Именно, tutor имѣлъ право *auctoritatis interpositio*, т.-е. право формальнаго участія и торжественнаго утвержденія сдѣлокъ, совершаемыхъ подопечнымъ. *Curator не имѣлъ этого права.* Но и онъ долженъ былъ давать свой consensus, свое согласіе для того, чтобы сдѣлка, заключенная его кліентомъ, получила полную силу. Это согласіе могло быть дано неформально, до или послѣ заключенія сдѣлки. Такимъ образомъ, это различіе не имѣло реальнаго значенія. Позднѣйшая практика стремилась окончательно объединить tutela impuberum и cura minorum и усилить моментъ государственнаго вмѣшательства. Въ Германіи это было достигнуто Имперскимъ Полицейскимъ Уставомъ 1548 года (Reichspolizeiordnung).

§ 314. Общая организація опекунской части въ современномъ Римскомъ правѣ.

I. Главныя основанія учрежденія опеки и попечительства: 1) *несовершеннолѣтіе*, т.-е. недостиженіе 25 лѣтняго возраста (tutela impuberum и cura minorum); 2) *душевная болѣзнь* (cura furiosi); 3) признаніе лица *расточителемъ* (cura prodigi); 4) *наличность тѣлесныхъ недостатковъ*, затрудняющихъ собственное завѣдываніе имуществомъ, какъ-то: глухота, нѣмота, слѣпота, и т. п. (cura debilium personarum); 5) *временное отсутствіе* хозяина даннаго имущества (cura bonorum absentis, cura hereditatis jacentis).

II. Личность опекуна. *Не всякій способенъ быть опекуномъ*: Различаютъ абсолютную и относительную неспособность. *Абсолютно неспособными признаются*: a) *женщины, кромѣ родной матери и бабушки*; b) *несовершеннолѣтніе*, c) *духовныя лица и лица, состоящія на дѣйствительной военной службѣ.* Всякій актъ, совершенный такимъ лицомъ, хотя бы оно было формально назначено опекуномъ, считается *недѣйствительнымъ*.—Къ перечисленнымъ категоріямъ лицъ близко примыкаютъ въ практическомъ результатѣ *умалишенные, объявленные расточители и лица, страдающія* такими *тѣлесными недостатками*, которые фактически лишаютъ ихъ возможности исполнять опекунскія обязанности, хотя эти лица и занимаютъ, благодаря вліянію историческихъ причинъ, нѣсколько особое положеніе. Эти лица не только въ до-Юстиніановскомъ правѣ (когда къ нимъ причислялись и несовершеннолѣтніе), но и въ Юстиніановскомъ правѣ сами по себѣ не считались абсолютно неспособными, но они вмѣстѣ съ тѣмъ не должны были допускаться къ исполненію какихъ-бы то ни было опекунскихъ обязанностей, а буде они приступили къ нимъ, они должны были быть устранены отъ нихъ органами опекунскаго надзора, съ замѣною ихъ другими лицами.

Относительно-неспособными признаются лица, которыя (не будучи устранены вообще отъ исполненія опекунскихъ обязанностей) не должны быть допущены къ исполненію этихъ обязанностей въ извѣстныхъ, особо квалифицированныхъ случаяхъ.

Сюда относятся, между прочимъ, *кредиторы и должники опекаемаго*, далѣе лица, устраненныя отъ опеки въ силу запрещенія родителей опекаемаго, наконецъ мужъ по отношенію къ женѣ. Акты, совершенные такими лицами въ бытность ихъ опекунами, остаются въ силѣ, но органы опекунскаго надзора, узнавъ о назначеніи такого лица, должны устранить его отъ опекунства.

Обыкновенно назначается *одинъ* опекунъ. Но иногда бываетъ ихъ нѣсколько. Тогда возможны разныя комбинаціи. Одному изъ соопекуновъ поручается дѣйствительное веденіе дѣлъ подопечнаго, а остальные являются *почетными опекунами*, tutores honorarii, которые только наблюдаютъ за своимъ товарищемъ. Или же завѣдываніе дѣлами подопечнаго распредѣляется между соопекунами *по-районно* или по другимъ признакамъ (напр., одинъ завѣдуетъ заводами, другой имѣніями, третій—торговыми оборотами и т. д.). Если подобнаго распредѣленія ролей не произошло, то всѣ соопекуны имѣютъ одинаковое право на управленіе имущественной массой. При этомъ каждый изъ нихъ является полнымъ представителемъ подопечнаго, не нуждаясь въ согласіи другихъ, съ тѣмъ однако, что остальные имѣютъ право пріостанавливать его дѣйствія (ius intercessionis).

II. Высшій опекунскій надзоръ. Высшій опекунскій надзоръ за назначеніемъ и дѣятельностью опекуновъ въ современномъ Римскомъ правѣ сосредоточивается *въ судѣ первой инстанціи* по мѣстожительству подопечнаго. Важнѣйшія функціи этого органа суть: 1) назначеніе, увольненіе и устраненіе опекуна, 2) разрѣшеніе отчужденій, 3) повѣрка отчетовъ.

§ 315. Способы установленія опеки и попечительства.

Въ Римскомъ правѣ существовали три способа установленія опеки: 1) *завѣщаніе*—tutor testamentarius; если завѣщаніе было составлено отцомъ, то не требовалось утвержденіе претора, въ остальныхъ случаяхъ назначенный по завѣщанію опекунъ долженъ быть утвержденъ преторомъ—tutor confirmatus; 2) *законъ*—tutor legitimus; если не былъ назначенъ опекунъ по завѣщанію, то опекунами являются въ древнемъ правѣ ближайшіе агнаты, въ Юстиніановскомъ правѣ—ближайшіе законные наслѣдники по Новелѣ 118; 3) *назначеніе со стороны начальства*—tutor dativus. Что касается *кураторовъ*, то они обыкновенно назначались начальствомъ, причемъ, однако, по возможности старались сообразоваться съ желаніями родителей. Въ современномъ правѣ всякій опекунъ и попечитель нуждается въ утвержденіи со стороны начальства. Отъ него отбирается присяга и ему выдается письменное удостовѣреніе. *Отказъ отъ принятія опекунства* допускается только по особо уважительнымъ причинамъ, напр., по бѣдности, болѣзни, неграмотности, занятію государственной должности и т. п.

§ 316. Способы прекращенія опеки и попечительства.

Надо различать прекращеніе самой опеки и выбытіе даннаго опекуна, съ замѣной его новымъ. Опека и попечительство прекращаются вполнѣ, когда *отпадаетъ основаніе*, по которому они были учреждены. Въ частности, опека надъ малолѣтними и попечительство надъ несовершеннолѣтними прекращаются въ случаѣ *смерти* подопечнаго или *достиженія* имъ *совершеннолѣтія*. Выбытіе опекуна съ замѣной его новымъ имѣетъ мѣсто: 1) въ случаѣ *смерти* его, или когда онъ становится абсолютно-неспособнымъ; 2) въ случаѣ *отказа* его, который допускается, однако, только по особо уважительнымъ причинамъ; 3) вслѣдствіе *низложенія* его со стороны начальства. Въ Римѣ всякій, кто интересовался подопечными, могъ возбудить вопросъ объ устраненіи негоднаго опекуна путемъ предъявленія accusatio suspecti tutoris. Въ настоящее время этотъ вопросъ возбуждается опекунскимъ учрежденіемъ ex officio.

Глава II. Юридическія послѣдствія учрежденія опеки и попечительства.

§ 317. Забота о личности подопечнаго.

Опекунъ обязанъ заботиться о личности опекаемаго, поскольку послѣдній нуждается въ этомъ. Что касается въ частности воспитанія малолѣтнихъ, то ближайшія заботы объ этомъ возлагаются на мать, но и опекунъ съ своей стороны во всякомъ случаѣ обязанъ заботиться о воспитаніи, отпускать средства на это изъ имущества подопечнаго, и т. д. Аналогичныя заботы въ отношеніи надзора, леченія и т. д. возлагаются на попечителя надъ умалишеннымъ.

§ 317a. Управленіе имуществомъ подопечнаго.

Опекунъ долженъ заботиться о сохранности и возможномъ увеличеніи имущества подопечнаго, не вдаваясь при этомъ въ спекуляціи. Первоначально онъ пользовался при этомъ полной свободой и могъ отчуждать отдѣльные объекты по своему усмотрѣнію. Императоръ *Северъ* запретилъ отчужденіе сельскихъ недвижимостей подопечнаго, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда это разрѣшено наслѣдодателемъ, или когда это необходимо для покрытія долговъ, по предварительномъ испрошеніи на сіе декрета претора. Позднѣе этотъ запретъ былъ распространенъ на всѣ вообще недвижимости, а за симъ и на цѣнныя движимости; равнымъ образомъ опекунамъ было запрещено и взысканіе по долговымъ требованіямъ опекаемыхъ sine interpositione decreti. Опекунъ отвѣчаетъ за отсутствіе diligentia, quam suis rebus adhibere solet. Въ интересахъ возможно полнаго обезпеченія подопечнаго, отъ опекуна требуется при вступленіи въ должность присяга и представленіе денежнаго или иного обезпеченія; онъ обязанъ составить опись имущества и представлять періодическіе отчеты высшему опекунскому учрежденію.

§ 318. Иски, возникающіе изъ опекунскихъ отношеній.

Въ чистомъ Римскомъ правѣ возникали два иска изъ опеки: 1) *actio de rationibus distrahendis*, это былъ деликтный искъ, который предъявлялся противъ опекуна, расхитившаго ввѣренное ему имущество; искъ былъ направленъ на уплату duplum; 2) *actio tutelae directa* и *contraria*. Въ современномъ правѣ сохранился только послѣдній искъ: actio tutelae directa есть искъ подчиненнаго противъ опекуна; онъ возникаетъ, по общему правилу, послѣ прекращенія опеки; на основаніи его можно требовать представленія отчета, возврата имущества и возмѣщенія за причиненный убытокъ. Actio tutelae contraria есть искъ опекуна противъ опекаемаго, при помощи его можно требовать возврата издержекъ и уплаты гонорара.

Что касается попечительства, то для него не былъ выработанъ спеціальный искъ. Вмѣсто этого прибѣгали къ *actio negotiorum gestorum directa* (со стороны куранда) и *actio negotiorum contraria* (со стороны куратора).

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

Общія положенія [1]).

Глава I. Понятіе и главные моменты въ исторіи римскаго наслѣдственнаго права.

§ 319. Понятіе наслѣдственнаго права.

Наслѣдственное право обнимаетъ совокупность нормъ, регулирующихъ судьбу имущества лицъ умершихъ. Задача законодателя въ данной области очень сложна и трудна, такъ какъ ему приходится считаться съ весьма серьезными и нерѣдко діаметрально противоположными общими интересами оборота, съ одной стороны, личными интересами и стремленіями наслѣдодателя и лицъ, связанныхъ съ нимъ узами родства, съ другой стороны. Интересы оборота, и въ частности кредиторовъ покойнаго наслѣдодателя, настоятельно требуютъ, чтобъ и послѣ смерти его сохранилась полная возможность получить удовлетвореніе по долгамъ наслѣдодателя. Это требованіе привело къ знаменитой формулѣ Юліана: hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit (1. 62 D. de reg. jur. 50, 17). Другими словами, наслѣдникъ становится универсальнымъ преемникомъ наслѣдодателя, онъ какъ бы воплощаетъ въ себѣ имущественную личность послѣдняго.

Къ наслѣднику, съ одной стороны, переходитъ весь имущественный *активъ* наслѣдодателя, состоящій изъ отдѣльныхъ реальныхъ объектовъ и обязательственныхъ требованій; притомъ, этотъ переходъ совершается въ силу самаго акта пріобрѣтенія наслѣдства, не требуется спеціальнаго пріобрѣтенія отдѣльныхъ объектовъ, какое необходимо inter vivos. Съ другой стороны, къ наслѣднику переходитъ и весь имущественный пассивъ, онъ становится должникомъ кредиторовъ своего наслѣдодателя. Притомъ, онъ, по общему правилу, отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя не только въ предѣлахъ дошедшаго къ нему имущественнаго актива, но in solidum, т.-е. и собственнымъ имуществомъ.

Наряду съ стремленіемъ обезпечить интересы оборота, и параллельно съ нимъ, идетъ стремленіе примирить интересы наслѣдодателя съ интересами его родственниковъ. Оно привело къ выработкѣ слѣдующихъ началъ. Наслѣдодатель въ принципѣ пользуется свободой завѣщать свое имущество, кому пожелаетъ. Онъ можетъ назначить и нѣсколько наслѣдниковъ по завѣщанію, въ такомъ случаѣ имущество дѣлится между ними въ такой пропорціи, какую укажетъ наслѣдодатель; in dubio каждый получаетъ по равной части. Если по тѣмъ или другимъ причинамъ не будетъ назначенъ наслѣдникъ по завѣщанію, то имущество поступаетъ къ наслѣдникамъ по закону. Таковыми признаются лица, связанныя съ наслѣдодателемъ узами родства или брака. Эти лица призываются въ извѣстномъ, разъ навсегда установленномъ порядкѣ (сначала тѣ, которыхъ законъ считаетъ ближайшими родственниками; если таковыхъ не окажется или они не пожелаютъ пріобрѣсти наслѣдство, дальнѣйшіе). Сверхъ того, сама свобода завѣщаній ограничивается въ пользу опредѣленнаго круга ближайшихъ родственниковъ. Такъ, напр., если у завѣщателя имѣются дѣти, онъ обязанъ выдѣлить въ ихъ пользу извѣстную часть своего имущества въ качествѣ, такъ назыв., обязательной доли, въ противномъ случаѣ дѣти могутъ оспорить силу завѣщанія. Такія лица называются наслѣдственной массы—правомъ необходимаго наслѣдованія.

Наслѣдодатель, наряду съ назначеніемъ наслѣдника или помимо такового, можетъ пожелать доставить опредѣленнымъ третьимъ лицамъ извѣстныя выгоды, не обременяя ихъ отвѣтственностью за долги наслѣдственной массы. И это для него возможно. Чаще

---

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 54—65. Windscheid, ук. соч. III, § 527 сл.

всего доставленіе извѣстныхъ выгодъ третьимъ лицамъ въ ущербъ наслѣднику совершается *въ формѣ отказовъ*. При этомъ, однако, въ интересахъ кредиторовъ, съ одной стороны, и наслѣдниковъ, съ другой, дѣйствуютъ слѣдующія два правила: a) отказы имѣютъ силу лишь постольку, поскольку активъ наслѣдства превышаетъ его пассивъ; b) наслѣдникъ сверхъ того по *lex Falcidia* имѣетъ право требовать, чтобъ одна четвертая часть наслѣдственной массы (за вычетомъ, конечно, долговъ), осталась ему свободной отъ отказовъ. Поскольку отказы превышаютъ эту норму, они считаются недѣйствительными.

§ 320. Различіе между hereditas и bonorum possessio.

Римское право въ послѣдовательномъ ходѣ своего развитія выработало двѣ системы наслѣдственнаго права: *наслѣдованіе по цивильному праву или hereditas въ тѣсномъ смыслѣ и наслѣдованіе по преторскому эдикту или bonorum possessio*. Въ основаніи обѣихъ системъ лежатъ одни и тѣ же основныя начала: какъ цивильный наслѣдникъ (heres), такъ и преторскій (bonorum possessor) есть универсальный преемникъ наслѣдодателя; тутъ и тамъ наслѣдованіе по закону играетъ вторую роль и т. д. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, обѣ системы въ цѣломъ рядѣ пунктовъ кореннымъ образомъ расходятся между собою. Такъ, цивильное наслѣдованіе по закону было построено всецѣло на началѣ агнатическаго родства. Напротивъ, преторскій эдиктъ сталъ призывать на ряду съ агнатическими родственниками, а отчасти и предпочтительно передъ ними, *когнатическихъ* родственниковъ. Въ связи съ этимъ находится другое различіе. Цивильное право законнаго наслѣдованія покоилось на принципѣ: in legitimis hereditatibus successio non est, т.-е., если ближайшій агнатическій родственникъ отказывался отъ пріобрѣтенія наслѣдства, то уже не призывались дальнѣйшіе, а наслѣдство становилось выморочнымъ. Преторъ, напротивъ, ввелъ successorium edictum, такъ что если ближайшіе законные наслѣдники отказывались отъ наслѣдства, то призывались дальнѣйшіе. Что касается наслѣдованія по завѣщанію, то цивильное завѣщаніе требовало соблюденія гораздо большихъ формальностей, чѣмъ преторское. Далѣе, существовало весьма важное различіе въ способѣ пріобрѣтенія наслѣдства по цивильному и преторскому праву. Hereditas, по общему правилу, пріобрѣталась на основаніи *частнаго* волеизъявленія, а bonorum possesio—на основаніи *судебнаго акта*. Вмѣстѣ съ тѣмъ, для пріобрѣтенія наслѣдства по цивильному праву не были установлены законные сроки, для пріобрѣтенія наслѣдства по преторскому праву были установлены таковые. Наконецъ, bonorum possessor сверхъ исковъ, къ которымъ могъ прибѣгнуть heres, имѣлъ въ своемъ распоряженіи еще одинъ дополнительный искъ, interdictum quorum bonorum. При помощи этого интердикта, онъ могъ требовать выдачи тѣлесныхъ объектовъ, входящихъ въ составъ наслѣдственной массы, будучи обязанъ доказать только то, что онъ prima facie является наслѣдникомъ. Вслѣдствіе этого даже для лицъ, призываемыхъ по цивильному праву, было важно испросить у претора bonorum possessio, такъ какъ тогда они пріобрѣтали право на предъявленіе упомянутаго интердикта.

Указавъ главные пункты различія между цивильнымъ и преторскимъ правомъ наслѣдованія, мы должны вкратцѣ отмѣтить *соотношеніе* между обѣими системами на практикѣ. Оно можетъ быть формулировано слѣдующимъ образомъ: преторская система отчасти являлась *juris civilis adjuvandi gratia*, отчасти *juris civilis supplendi gratia*, отчасти *juris civilis corrigendi gratia*. На первыхъ порахъ преторъ, вѣроятно, просто желалъ *облегчить* положеніе цивильнаго наслѣдника; въ этихъ видахъ онъ объявилъ, что если цивильный наслѣдникъ по завѣщанію или по закону испроситъ у него вводъ во владѣніе, онъ уважитъ такое ходатайство и представитъ въ его распоряженіе interdictum quorum bonorum. Другими словами, первоначальная bonorum possessio была bonorum possessio juris civilis adjuvandi gratia. Вскорѣ, однако, сложилась и новая функція bonorum possessio. Именно, преторъ выработалъ особыя правила на тотъ случай, *если не оказывалось* цивильнаго наслѣдника или онъ *отказывался* отъ пріобрѣтенія.

обрѣтенія наслѣдства: тогда преторъ призывалъ къ наслѣдству другихъ лицъ, не имѣющихъ права на него ex jure civili; сюда относятся когнаты и переживающій супругъ. Такимъ путемъ явилась bonorum possessio juris civilis supplendi gratia. Наконецъ, bonorum possessio пріобрѣла и *корректорную* функцію, т.-е. преторъ въ извѣстныхъ случаяхъ сталъ предпочитать цивильнымъ наслѣдникамъ такихъ лицъ, которыя ex jure civili не имѣли права на наслѣдство. Такъ, напр., онъ сталъ призывать въ качествѣ законныхъ наслѣдниковъ на ряду съ подвластными дѣтьми и аманципированныхъ дѣтей, оказывая имъ предпочтеніе не только предъ всѣми остальными когнатами, призываемыми въ классѣ unde cognati, но и передъ остальными агнатами, призываемыми въ классѣ unde legitimi.

Въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ рѣзкое противоположеніе между цивильной и преторской системой наслѣдованія постепенно стало сглаживаться; при Юстиніанѣ было достигнуто почти полное сліяніе обѣихъ системъ, такъ что bonorum possessio утратила почти всякое самостоятельное значеніе.

Глава II. Общія условія права наслѣдованія.

§ 321. Смерть лица, пользующагося имущественной правоспособностью.

Оставить наслѣдство или, иначе говоря, имѣть наслѣдниковъ можетъ всякое лицо, обладающее имущественной правоспособностью. Таковою по Римскому праву не пользовались: 1) рабы, 2) въ древности также подвластныя дѣти; въ Юстиніановскомъ правѣ они, по общему правилу, могутъ имѣть наслѣдниковъ, и лишь ограничены въ отношеніи testamenti factio activa (ср. § 328); 3) что касается *перегриновъ*, то ихъ способность оставлять наслѣдства опредѣлялась *по законамъ ихъ родины* (secundum leges civitatis suae), а не по началамъ римскаго права; съ распространеніемъ права римскаго гражданства на всѣхъ свободныхъ жителей имперіи соотвѣтствующія правила въ принципѣ утратили свою силу; 4) наконецъ, не могли имѣть наслѣдниковъ лица, лишенныя права римскаго гражданства въ видѣ наказанія; имущество такихъ лицъ поступало въ пользу фиска.—Въ современномъ правѣ ея лишены (на основаніи каноническихъ постановленій) лица монашествующія. За этимъ единственнымъ исключеніемъ, всякій человѣкъ теперь можетъ оставить наслѣдство.

Пока данный индивидъ въ живыхъ, не можетъ быть рѣчи о правѣ наслѣдованія въ его имуществѣ: *hereditas viventis non datur.* Только *послѣ смерти* лица можетъ возникнуть вопросъ о томъ, къ кому должно перейти его имущество. Что касается *юридическихъ лицъ*, то они не могутъ оставлять наслѣдниковъ. Въ случаѣ прекращенія юридическаго лица имущество его, если не существуетъ на этотъ счетъ особыхъ законныхъ или статурныхъ постановленій, переходитъ, въ качествѣ выморочнаго имущества, къ фиску.

§ 322. Основанія права наслѣдованія.

Римское право признавало только два основанія права наслѣдованія: *завѣщаніе* и *законъ*.

Конкуренція между ними, по общему правилу, не допускалась: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Отсюда вытекали такія положенія: a) хотя бы наслѣдникамъ по завѣщанію была оставлена только *часть имущества*, они все таки пріобрѣтаютъ *все*, а наслѣдники по закону совсѣмъ отстраняются отъ наслѣдства; b) если назначены *нѣсколько наслѣдниковъ* по завѣщанію и *тотъ или другой изъ нихъ отказывается* отъ принятія своей части или, вообще, выбываетъ

изъ числа другихъ, то *части остальныхъ въ соотвѣтствующей мѣрѣ увеличиваются* (jus accrescendi). При этомъ, конечно, предполагается, что завѣщаніе вполнѣ дѣйствительно и, въ частности, что необходимые наслѣдники получили полное удовлетвореніе. Впрочемъ, принципъ nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest не примѣнялся къ солдатскимъ завѣщаніямъ; поэтому, если, напр., солдатъ назначилъ себѣ наслѣдника по завѣщанію въ половинной части имущества, то остальная половина отходила къ его законнымъ наслѣдникамъ.

Современное Римское право выработало еще третье основаніе права наслѣдованія, *наслѣдственный договоръ* (Erbvertrag). Основное отличіе наслѣдственнаго договора отъ завѣщанія заключается въ томъ, что первый—сдѣлка двусторонняя, не подлежащая уничтоженію по одностороннему желанію наслѣдодателя, а завѣщаніе—сдѣлка односторонняя, которая при жизни завѣщателя всегда можетъ быть уничтожена имъ.

§ 323. Пріобрѣтеніе наслѣдства.

Надо различать *открытіе* и *пріобрѣтеніе* наслѣдства. Подъ *открытіемъ* наслѣдства или призывомъ къ наслѣдству, *delatio hereditatis*, мы понимаемъ *совокупность тѣхъ объективныхъ моментовъ, которые даютъ данному лицу возможность сдѣлаться наслѣдникомъ*. Сюда относится, прежде всего, *смерть наслѣдодателя*. Далѣе—*наличность завѣщанія*, или *связь между наслѣдникомъ или даннымъ лицомъ*, въ силу которой это лицо является ближайшимъ законнымъ наслѣдникомъ умершаго. Иногда привходятъ еще другіе факты. Такъ, напр., данное лицо можетъ быть назначено наслѣдникомъ по завѣщанію не безусловно, а подъ извѣстнымъ условіемъ (напр., я назначаю своимъ наслѣдникомъ лицо А, если онъ уплатитъ извѣстную сумму денегъ лицу В). Тогда наслѣдство открывается только въ случаѣ и послѣ наступленія условія.

Окончательное *пріобрѣтеніе* наслѣдства, acquisitio hereditatis, совершается, по общему правилу, на основаніи особаго *волеизъявленія*. Исключеніе было установлено для подвластныхъ дѣтей, (а также для рабовъ наслѣдодателя, назначенныхъ наслѣдниками съ отпущеніемъ на волю), которыя пріобрѣтали цивильное наслѣдство ipso jure, помимо особаго волеизъявленія съ ихъ стороны. Другими словами, для этихъ двухъ категорій лицъ моментъ открытія и пріобрѣтенія наслѣдства совпадаютъ. Впрочемъ, преторъ призналъ за подвластными дѣтьми право *воздержаться* отъ эффективнаго вступленія въ права наслѣдства—beneficium abstinendi, такъ что въ концѣ концовъ и тутъ все сводилось къ волевому акту (Ср. § 356).

§ 324. Наслѣдственная правоспособность.

Въ чистомъ Римскомъ правѣ не всякое лицо обладало способностью быть наслѣдникомъ. Ею пользовались, по общему правилу, только римскіе граждане. Въ частности были лишены этой способности: 1) перегрины и рабы; послѣдніе могли пріобрѣтать наслѣдства только въ пользу своихъ господъ; 2) извѣстная категорія преступниковъ (rei capitalis damnati), 3) вѣроотступники и еретики, 4) сыновья государственныхъ измѣнниковъ (по lex Quisquis—1. 5 Cod. ad leg. Jul. 9, 8).—Изъ юридическихъ лицъ наслѣдственную правоспособность имѣли *фискъ, общины, церковь, благотворительныя учрежденія*; остальныя юридическія лица пріобрѣтали ее только въ видѣ привилегіи, на основаніи особаго акта пожалованія.

Въ современномъ Римскомъ правѣ право быть наслѣдникомъ признается за всякимъ физическимъ и юриоическимъ лицомъ. Требуется только, чтобы лицо въ моментъ смерти наслѣдодателя существовало, по крайней мѣрѣ, въ качествѣ эмбріона.

§ 325. Incapacitas и indignitas.

Incapacitas. Наряду съ общей наслѣдственной правоспособностью существуетъ еще спеціальная, такъ назыв., capacitas. Можно вообще пользоваться наслѣдственной правоспособностью и все-таки не имѣть права пріобрѣсти что-либо изъ даннаго наслѣдства. Такъ, напр., въ до-Юстиніановскомъ правѣ *caelibes, холостые*, не могли ничего пріобрѣтать по завѣщанію, хотя они могли быть законными наслѣдниками; *orbi, бездѣтные*, могли пріобрѣтать ex testamento не больше *половины* того, что имъ было предназначено завѣщателемъ. Нѣкоторые случаи ограниченной capacitas встрѣчаются и въ современномъ правѣ (ср. Windscheid, Lehrbuch, т. III, § 550).

Indignitas. Въ римскомъ правѣ въ цѣломъ рядѣ случаевъ наслѣдникъ или легатарій лишался наслѣдства или отказа какъ indignus, недостойный. Такъ, напр., считались недостойными лица, которыя проявили особое *недоброжелательство* къ наслѣдодателю или памяти его, напр., умышленно содѣйствовали его смерти, или бросили умалишеннаго наслѣдодателя на произволъ судьбы и т. д.; лица, неосновательно оспорившія завѣщаніе какъ подложное и т. д. Все, что отнималось отъ такихъ лицъ, называлось ereptorium или erepticium и обыкновенно поступало въ *фискъ*. Въ современномъ правѣ мѣсто фиска занимаетъ тотъ, кто бы былъ призванъ, еслибъ недостойнаго не существовало.

§ 326. Hereditas jacens.

Съ момента открытія до пріобрѣтенія наслѣдства можетъ пройти довольно много времени (напр., презумптивный наслѣдникъ находится въ отсутствіи или колеблется, принять ли ему наслѣдство или нѣтъ). Такое *временно безхозяйственное наслѣдство называется hereditas jacens.* Въ древнемъ правѣ hereditas jacens разсматривалась какъ *res nullius.* Захватъ отдѣльныхъ наслѣдственныхъ вещей не составлялъ furtum и оставался безнаказаннымъ. При этомъ, конечно, предполагалось, что захватъ состоялся до пріобрѣтенія наслѣдства наслѣдникомъ. По истеченіи года, завладѣвшій чужими наслѣдственными вещами самъ становился наслѣдникомъ. Этотъ своеобразный институтъ назывался *usucapio pro herede.* Позднѣе было признано, что захватившій наслѣдственные объекты по истеченіи года пріобрѣтаетъ ихъ въ полную собственность, но уже не становится наслѣдникомъ.

Въ началѣ императорскаго періода usucapio pro herede подверглась значительнымъ измѣненіямъ. Гадріанъ объявилъ usucapio pro herede *недѣйствительной по отношенію къ наслѣднику.* Вскорѣ послѣ этого *разграбленіе наслѣдственной массы было признано уголовнымъ преступленіемъ*, crimen expilatae hereditatis. Въ Юстиніановскомъ правѣ usucapio pro herede, конечно, уже не встрѣчается.

Юридическая конструкція понятія hereditatis jacentis составляетъ предметъ оживленнаго спора. Но такъ какъ объ этомъ приходилось уже говорить въ общей части, въ ученіи о юридическихъ лицахъ, то мы здѣсь не будемъ останавливаться на этомъ вопросѣ (ср. § 19).

Наслѣдованіе по завѣщанію.

Глава I. Понятіе, условія и формы завѣщаній [1]).

§ 327. Понятіе завѣщанія.

Завѣщаніе есть одностороннее распоряженіе на случай смерти, въ которомъ назначается наслѣдникъ. Назначеніе наслѣдника составляетъ essentiale, су-

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 66 сл. Windscheid, ук. соч. III § 538 сл.

щественную часть завѣщанія. Кромѣ того, оно можетъ заключать и другія предписанія, напр., назначеніе отказовъ, назначеніе опекуновъ, манумиссіи; но все это можетъ и отсутствовать. Зато, разъ не назначенъ наслѣдникъ, то нѣтъ и завѣщанія. Этимъ завѣщаніе отличается отъ другого вида распоряженій mortis causa, такъ назыв., *кодициллa*.

Кодициллъ тоже есть одностороннее распоряженіе mortis causa, не содержащее, однако, назначенія наслѣдника, а только отказы и т. д. Кодициллъ можетъ либо служить дополненіемъ завѣщанія—*codicilli testamentarii*,—либо быть обращенъ къ наслѣдникамъ по закону, *codicilli ab intestato*.

Завѣщаніе есть *односторонняя* сдѣлка, выражающая волю завѣщателя. Этимъ оно отличается отъ *наслѣдственнаго договора*, который представляетъ продуктъ соглашенія между завѣщателемъ и наслѣдникомъ. Впрочемъ, какъ уже было замѣчено выше, наслѣдственные договоры въ чистомъ *Римскомъ правѣ* не допускались.

§ 328. Завѣщательная правоспособность и дѣеспособность.

1) *Завѣщательную правоспособность—testamenti factio activa, т.-е. право оставить завѣщаніе, имѣли только cives Romani sui juris*. Ея были совершенно лишены рабы и извѣстныя категоріи преступниковъ. Что касается перегриновъ, то завѣщательная правоспособность ихъ такъ же, какъ и способность ихъ вообще имѣть наслѣдниковъ, опредѣлялась по законамъ ихъ civitates. Что касается наконецъ подвластныхъ дѣтей, то они въ позднѣйшемъ правѣ пользуются testamenti factio activa относительно peculium castrense и quasi castrense, но лишены ея относительно bona adventicia. Послѣднее ограниченіе сохранилось и въ современномъ римскомъ правѣ. 2) Что касается завѣщательной *дѣеспособности*, то она отсутствуетъ: a) у *impuberes*, т.-е. дѣтей моложе 14 (для дѣвочекъ 12 лѣтъ); b) у умалишенныхъ (за исключеніемъ dilucida intervalla); c) у объявленныхъ расточителей; d) у лицъ, которыя по болѣзни или по какимъ нибудь постояннымъ недугамъ (глухонѣмота) не могутъ изложить своей воли ни устно, ни письменно.

§ 329. Формы завѣщаній. Исторія.

Древнѣйшія формы завѣщаній были *testamentum in comitiis calatis—составленіе завѣщанія предъ народнымъ собраніемъ* (2 раза въ году), и *testamentum in procinctu—завѣщаніе предъ фронтомъ арміи*. Обѣ эти формы завѣщанія—публичныя. Позднѣе, сложилась новая частная форма завѣщанія—*testamentum per aes et libram*. Оно совершалось въ присутствіи 5 свидѣтелей и libripens и имѣло характеръ фиктивной продажи имущества. Именно, имущество *манципировалось* такъ называемому *familiae emtor*, который считался *heredis loco*; съ манципаціей была связана *nuncupatio*, т.-е. особое дополнительное заявленіе завѣщателя, въ которомъ онъ подробно излагалъ свою послѣднюю волю, указывалъ, какъ распредѣлить свое имущество и т. п. Съ теченіемъ времени, манципаціонное завѣщаніе подверглось двумъ весьма существеннымъ измѣненіямъ. Во-первыхъ,—familiae emtor пересталъ считаться heredis loco, вмѣсто этого назначались наслѣдниками другія лица; вслѣдствіе этого, роль familiae emtor стала чисто формальною, онъ фактически былъ низведенъ до положенія простого свидѣтеля. Во-вторыхъ—вошло въ обычай составлять письменное завѣщаніе, которое подписывалось 5 свидѣтелями, вѣсовщикомъ и familiae emtor, всего 7 лицами; вмѣстѣ съ тѣмъ, прежняя подробная nuncupatio—перечисленіе отдѣльныхъ распоряженій завѣщателя—была замѣнена общей формулой: завѣщатель послѣ манципаціи бралъ въ руки письменное завѣщаніе и, показывая его присутствующимъ, говорилъ: ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Вслѣдствіе этого, центръ тяжести, конечно, былъ перенесенъ на письменное завѣщаніе, снабженное подписями указанныхъ выше 7 лицъ; все

остальное стало пустой формальностью. Этимъ воспользовался преторъ. Онъ объявилъ, что дастъ bonorum possessio всякому, кто представитъ ему tabulae testamenti septem signis testium obsignatae, не требуя доказательства того, что были соблюдены остальныя формальности (mancipatio и nuncupatio). Однако, первоначально все-таки *предполагалось*, что эти формальности были соблюдены, и если это не имѣло мѣста, то цивильный наслѣдникъ по завѣщанію могъ оспорить силу завѣщанія. Лишь при Антонинѣ Піи было признано, что несоблюденіе этихъ формальностей не подрываетъ силы завѣщанія. Поэтому, только съ этихъ поръ окончательно сложилось особое *преторское завѣщаніе*. Ѳеодосій II окончательно слилъ преторское и цивильное завѣщаніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ, появились и новыя формы публичнаго завѣщанія.

§ 330. Формы завѣщаній въ Юстиніановскомъ правѣ.

I. Нормальное частное завѣщаніе. Оно совершается въ присутствіи 7 свидѣтелей, *устно* (testamentum nuncupativum) или *письменно*. Свидѣтелями могутъ быть только *лица мужского пола, достигшія* pubertas; они должны быть особо приглашены присутствовать въ качествѣ свидѣтелей; наконецъ требуется unitas actus, т.-е. единство акта по мѣсту и времени. Письменное завѣщаніе должно быть подписано не только свидѣтелями, но и самимъ завѣщателемъ; впрочемъ, подпись послѣдняго не требуется, если завѣщаніе собственноручно написано имъ (testamentum holographum); если онъ неграмотный, то за него росписывается особое лицо, такъ назыв., octavus subscriptor.

II. Публичныя формы завѣщаній: 1) *testamentum principi ablatum*—завѣщаніе, переданное на храненіе правителю страны; 2) *testamentum apud acta conditum*—завѣщаніе, совершаемое предъ судомъ.

III. Особые виды завѣщаній: 1) *завѣщаніе слѣпого*; при немъ требуется участіе 8 свидѣтелей; 2) завѣщаніе, составленное во время эпидеміи—testamentum pestis tempore conditum; при немъ допускается послабленіе въ томъ смыслѣ, что свидѣтели могутъ не находиться въ одной комнатѣ съ завѣщателемъ; 3) *завѣщаніе составленное въ отдаленіи отъ города*—testamentum ruri conditum; оно дѣйствительно при наличности всего 5 свидѣтелей. 4) Особыми льготами пользовались далѣе *солдатское завѣщаніе* (testamentum militare); для него не было предписано никакой обязательной формы и вмѣстѣ съ тѣмъ оно было свободно отъ всякихъ ограниченій по содержанію; такъ къ нему не примѣнялось ни правило nemo pro parte testatus, ни запрещеніе назначенія наслѣдника на срокъ и т. д., словомъ солдаты могли testari, quomodo velint, quomodo possint (1. 44 D. de test. mil. 29, 1.).— Солдатское завѣщаніе теряетъ силу съ момента ухода съ военной службы, а въ случаѣ почетной отставки—по истеченіи одного года. Юстиніанъ къ этому прибавилъ, что составленіе такихъ упрощенныхъ завѣщаній допускается только во время похода (cum in expeditionibus occupati sunt, pr. J. de milit. test. 2, 11). 5) Особыя правила установлены также для такъ наз. *testamentum parentum inter liberos*, т.-е. для завѣщаній восходящихъ въ пользу нисходящихъ: здѣсь считается достаточнымъ собственноручно написанный перечень именъ дѣтей, назначенныхъ наслѣдниками, указаніе ихъ наслѣдственныхъ долей и дата; ни подписи завѣщателя, ни участія свидѣтелей не требуется. Если такое завѣщаніе составляется устно, то достаточно участіе двухъ свидѣтелей.

Глава II. Содержаніе завѣщаній [1]).

§ 331. Общія положенія.

I. *Завѣщаніе должно быть актомъ собственной воли завѣщателя.* Поэтому *нельзя предоставить цѣликомъ назначеніе наслѣдника третьему лицу:* Illa insti-

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 76 сд. Windscheid, ук. соч. III, § 546 сл.

tutio „quos Titius voluerit“ ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est. Другой вопросъ, можетъ ли назначеніе наслѣдника быть поставленнымъ въ зависимость отъ *согласія* третьяго лица (напр., «я назначаю наслѣдникомъ А, если В согласенъ съ этимъ»). Вопросъ этотъ вызвалъ сначала колебанія среди римскихъ юристовъ (ср. 1. 69 D. de her. inst. 28, 5), но за симъ былъ разрѣшенъ имъ въ утвердительномъ смыслѣ (ср. 1. 1 pr. D. de leg. II (30), Дернбургъ, Pandecten, т. III, § 76). II. Первоначально требовалось соблюденіе особой формы при назначеніи наслѣдника: heres esto, heredem esse jubeo. Константинъ II отмѣнилъ это требованіе, признавъ достаточнымъ неформальные обороты, разъ только изъ нихъ явствуетъ, что данное лицо именно должно быть назначено наслѣдникомъ.

Это послабленіе было подготовлено сложившейся еще въ классическомъ правѣ практикой, установившей слѣдующія правила: 1) можно было указать наслѣдника не по имени, а ограничиваться описательными оборотами, indubitabili signo demonstrare, quod paene nihil a nomine distat, напр., «мой старшій племянникъ», «жена моего второго брата» и т. п.; 2) можно было даже вовсе не указывать наслѣдника въ самомъ завѣщаніи, а ограничиваться ссылкой на другой документъ, въ которомъ наслѣдникъ долженъ быть указанъ,—такъ назыв., testamentum mysticum, ср. 1. 78 D. de her inst. 28,5.

§ 332. Вліяніе мотивовъ. Добавочныя распоряженія при назначеніи наслѣдника.

I. Вліяніе мотивовъ. 1) *Заблужденіе завѣщателя.* Нечего говорить, что, поскольку имѣется налицо существенное заблужденіе, въ частности заблужденіе относительно личности наслѣдника, завѣщаніе недѣйствительно, ср. 1. 9 pr. D. de her. inst. 28,5: quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans... placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quia scriptus non est.—Но весьма спорнымъ представляется вопросъ о значеніи, которое имѣетъ такъ наз. *заблужденіе въ мотивѣ*, т.-е. тотъ случай, когда назначеніе даннаго лица состоялось подъ вліяніемъ ошибочныхъ соображеній. Общее правило гласитъ: falsa causa non nocet, т.-е. завѣщаніе, не смотря на ошибку въ мотивахъ, остается въ силѣ. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ были допущены исключенія; сюда относится тотъ случай, когда завѣщатель ошибочно считалъ лицо, назначенное имъ наслѣдникомъ, своимъ сыномъ (quasi filium heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset), или когда завѣщатель составилъ новое завѣщаніе въ пользу другого лица, ошибочно думая, что лицо, назначенное въ прежнемъ завѣщаніи, умерло. Обыкновенно говорятъ, обобщая эти случаи, что заблужденіе въ мотивахъ вообще инвалидируетъ завѣщаніе, разъ можетъ быть установлено, что, не будь его, назначеніе даннаго лица наслѣдникомъ не имѣло бы мѣста (si probetur alias instituturus non fuisse).—Во всякомъ случаѣ завѣщаніе не становится ipso jure недѣйствительнымъ. Въ остальномъ, послѣдствія въ чистомъ римскомъ правѣ бываютъ различныя: такъ, въ однихъ случаяхъ за фискомъ признается право отобрать наслѣдство у лица, подъ вліяніемъ ошибки назначеннаго наслѣдникомъ, какъ у indignus, въ другихъ случаяхъ—право оспариванія завѣщанія признается за тѣмъ, кто получилъ бы наслѣдство, не будь назначеннаго по ошибкѣ лица.—2) *Психическое принужденіе.* Если завѣщатель составилъ завѣщаніе подъ вліяніемъ чьихъ либо угрозъ, то завѣщаніе можетъ быть оспорено тѣми лицами, которыя являлись бы наслѣдниками, не будь этого завѣщанія. Впрочемъ, вопросъ этотъ очень спорный (ср. подробности у Дернбурга. Pandecten, III, § 80). Если кто-либо угрозами или какими-нибудь иными мѣрами умышленно воспрепятствовалъ составленію завѣщанія, то такое лицо, поскольку оно является наслѣдникомъ, теряетъ наслѣдство въ пользу фиска какъ indignus.—3) Подъ угломъ зрѣнія неблаговиднаго характера мотивовъ, руководившихъ завѣщателемъ, объявляются недѣйствительными такъ наз. *institutiones captatoriae*, quorum condicio confertur ad secre-

tum alienae voluntatis, т.-е. такія завѣщательныя распоряженія, въ которыхъ одно лицо назначаетъ другого наслѣдникомъ или оставляетъ ему легатъ и т. п. подъ условіемъ, чтобы тотъ въ свою очередь оставилъ что-либо въ пользу перваго или спеціально указаннаго третьяго лица.

II. Добавочныя распоряженія при назначеніи наслѣдника.

1) Не допускается назначеніе наслѣдника *на срокъ подъ резолютивнымъ условіемъ*, такъ какъ подобныя назначенія противорѣчатъ принципу: semel heres, semper heres. (Исключеніе допущено только относительно testamentum militare). Однако, завѣщаніе въ этихъ случаяхъ не теряетъ силы, а соотвѣтствующая оговорка считается pro non scripto: vitio sublato manet institutio.—2) Назначеніе наслѣдника *подъ суспензивнымъ условіемъ* допускается. До наступленія условія наслѣдство еще не считается открывшимся (hereditas nondum delata est), но условно призванный могъ просить претора о *провизорномъ вводѣ* во владѣніе наслѣдствомъ, подъ условіемъ представленія обезпеченія, cautis.—Въ одномъ случаѣ представленіе обезпеченія приравнивается даже къ наступленію условія; это бываетъ тогда, когда назначеніе состоялось подъ *отрицательнымъ потестативнымъ условіемъ* (напр., si Titio non nupserit, si a liberis non discessisset): именно условно призванное лицо, представивъ обезпеченіе, немедленно вступаетъ во всѣ права наслѣдника, и притомъ не провизорно только, а окончательно, ср. Windscheid Lehrbuch, т. III, § 554, прим. 7. Это обезпеченіе носитъ названіе cautio Muciana.

§ 333. Въ частности, о назначеніи одного или нѣсколькихъ наслѣдниковъ.

1) Наслѣдникомъ можетъ быть назначено одно лицо (такъ наз., heres ex asse) или нѣсколько лицъ.

Въ послѣднемъ случаѣ завѣщатель можетъ прямо указать, въ какихъ именно доляхъ каждый считается наслѣдникомъ,—такъ наз. heredes cum partibus scripti, или же нѣсколько лицъ назначены наслѣдниками безъ подобнаго указанія,—такъ наз. heredes sine partibus scripti; такія лица считаются in dubio назначенными въ равныхъ частяхъ.—Возможно также назначеніе нѣсколькихъ лицъ совмѣстно (conjunctim) наслѣдниками въ одной какой-нибудь части, напр., Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunto. Такіе heredes conjuncti по отношенію къ остальнымъ наслѣдникамъ разсматриваются какъ одно лицо, и каждый изъ нихъ пользуется только долевымъ участіемъ въ отведенной имъ всѣмъ части наслѣдства. Подобное намѣреніе можетъ быть выражено expressis verbis, или же вытекать изъ контекста. (См. подробности у Dernburg, Pandecten, III, § 86).

2) Предназначенныя отдѣльнымъ сонаслѣдникамъ наслѣдственныя доли соотвѣтственно увеличиваются, если онѣ въ совокупности не исчерпываютъ всей наслѣдственной массы (напр., назначены три наслѣдника, каждый въ $^1/_4$ части), и соотвѣтственно уменьшаются, если онѣ въ совокупности превышаютъ всю массу (напр., назначены пять наслѣдниковъ, каждый въ $^1/_4$ части), ср. § 7 J. de her. inst. 2, 14. Таково общее правило. (О нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ ср. Dernburg, Pandecten, III, § 86, 2 с.).

3) Особо трактуется въ источникахъ случай такъ наз. institutio heredis ex re certa, т.-е. назначеніе лица наслѣдникомъ въ отношеніи опредѣленныхъ объектовъ, или на опредѣленную сумму денегъ. Общее правило таково, что такое назначеніе сохраняетъ силу detracta rei mentione, т.-е. ссылка на res certa отбрасывается, ср. 1. 1 § 4 D, de her inst. 28,5: si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. Осложненія возникаютъ въ томъ случаѣ, когда съ наслѣдникомъ ex re certa конкурируютъ другіе наслѣдники, или когда соотвѣтствующая оговорка сдѣлана въ интересахъ третьихъ лицъ, ср. подробности у Dernburg, Pandecten, т. III, § 87.

§ 334. Субституціи.

I. Substitutio vulgaris. *Субституціей называется назначеніе эвентуальнаго наслѣдника (субститута) на тотъ случай, если лицо, имѣвшееся въ виду на первомъ планѣ (институтъ), почему-либо не сдѣлается наслѣдникомъ*, напр., Titus heres esto; si Titus heres non erit, Gaius heres esto. Итакъ, субституція есть условное назначеніе второго наслѣдника. Субститутъ обязанъ исполнить всѣ отказы, возложенные на institutus.

II. Substitutio pupillaris. Наряду съ обыкновенной субституціей былъ выработанъ еще своеобразный институтъ substitutio pupillaris. Сущность его заключается въ томъ, что отецъ, оставляющій *малолѣтняго подвластнаго* ребенка, можетъ назначить ему наслѣдника на тотъ случай, если ребенокъ хотя и переживетъ отца, но умретъ раньше достиженія pubertas. Особенность, слѣдовательно, заключается въ томъ, что отецъ въ этомъ отношеніи назначаетъ наслѣдника *не себѣ*, а *ребенку*. Вмѣстѣ съ тѣмъ, такая substitutio pupillaris разсматривалась какъ составная часть отцовскаго завѣщанія. Слѣдовательно, отецъ обязательно долженъ назначить наслѣдника и себѣ, если онъ пожелаетъ воспользоваться своимъ правомъ назначать эвентуальнаго наслѣдника своему малолѣтнему ребенку. Въ этомъ смыслѣ источники говорятъ: duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum (§ 2 J. de vulg. et pup. subst. 2, 16). Этимъ (ближайшимъ) наслѣдникомъ отца можетъ быть назначенъ какъ самъ малолѣтній, такъ и третье лицо (что предполагаетъ exheredatio impuberis, ср. § 347 и сл.), ср. § 4 I. h. t. 2, 16.—Такая substitutio pupillaris теряла силу, если ребенокъ при жизни отца выбывалъ изъ подъ его власти, или если этотъ ребенокъ умиралъ *послѣ* достиженія имъ pubertas. Если ни того, ни другого не было, то субститутъ пріобрѣталъ наслѣдство ребенка въ томъ объемѣ, какой оно имѣло въ моментъ смерти ребенка.

III. Substitutio quasi pupillaris. Юстиніанъ опредѣлилъ, что всякій вообще *асцендентъ* можетъ назначать наслѣдника своимъ *умалишеннымъ* десцендентамъ, разъ онъ оставляетъ имъ обязательную долю. Если нисходящій выздоравливаетъ или оставляетъ законныхъ дѣтей, то такая субституція теряетъ силу.

Глава III. Недѣйствительность завѣщаній [1]).

§ 335. Общія положенія.

Завѣщанія могутъ быть недѣйствительны съ самаго начала или стать таковыми впослѣдствіи. Въ частности: 1) Завѣщаніе сразу недѣйствительно—testamentum nullum, если завѣщатель не обладалъ завѣщательной право- или дѣеспособностью, или если не были соблюдены всѣ необходимыя формальности. 2) Завѣщаніе ex post становится недѣйствительнымъ, между прочимъ: a) если завѣщатель утратитъ право оставлять завѣщанія—testamentum irritum (напр., вслѣдствіе arrogatio); b) если никто изъ назначенныхъ въ завѣщаніи лицъ не сдѣлается наслѣдникомъ,—testamentum destitutum; c) или завѣщатель самъ уничтожитъ завѣщаніе—testamentum ruptum; неформальное заявленіе объ уничтоженіи завѣщанія, однако, не считается достаточнымъ; для этого требуется: либо составленіе новаго завѣщанія, либо реальное уничтоженіе письменнаго завѣщанія, либо формальное заявленіе объ уничтоженіи завѣщанія, сдѣланное предъ судомъ или предъ тремя свидѣтелями, если со времени составленія завѣщанія протекло болѣе 10 лѣтъ.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 93 сл. Windscheid, ук. соч. III, § 563 сл.

§ 336. Clausula codicillaris.

Завѣщатель можетъ включить въ завѣщаніе оговорку, чтобы завѣщаніе, если оно, какъ таковое, должно быть признано недѣйствительнымъ, все таки было сохранено въ качествѣ кодицилла. Это, такъ называемая, *clausula codicillaris.* Для этого требуется: 1) чтобъ завѣщатель непосредственно оговорилъ таковое свое желаніе въ завѣщаніи; другими словами clausula codicillaris *не* подразумѣвается; 2) чтобъ были налицо условія дѣйствительности кодицилла; для дѣйствительности кодицилла требовалось, чтобъ онъ былъ составленъ въ присутствіи 5 свидѣтелей; слѣдовательно, если при составленіи акта, именующагося завѣщаніемъ, присутствовало меньше 5 свидѣтелей, то такой актъ не только не могъ быть признанъ завѣщаніемъ, но не могъ сойти и за кодициллъ; 3) чтобъ лицо, назначенное наслѣдникомъ, выразило свое желаніе воспользоваться тѣми выгодами, которыя даетъ clausula codicillaris.

Разъ эти условія налицо, то изъ всего завѣщанія теряетъ силу только та часть его, въ которой содержится назначеніе наслѣдника. Отказы же и прочія распоряженія остаются въ силѣ. Назначенный наслѣдникомъ разсматривается какъ универсальный фидеикомиссарій.

Наслѣдованіе по закону [1]).

Глава I. Наслѣдованіе по закону въ до-Юстиніановскомъ правѣ.

§ 337. Hereditas ab intestato по цивильному праву.

Древнее цивильное право различало три класса законныхъ наслѣдниковъ: *sui, agnati, gentiles.* На первомъ планѣ стоятъ sui, т.-е. *подвластныя дѣти* наслѣдодателя и потомство ихъ по мужской линіи, а также uxor in manu. Сверхъ того, къ sui причислялись и чужія лица, *усыновленныя* наслѣдодателемъ и тѣмъ самымъ подпавшія подъ его власть. Sui одной степени (напр., сыновья и дочери) получали по равной части изъ наслѣдственной массы. Sui дальнѣйшихъ степеней (внуки, правнуки) призывались въ томъ только случаѣ, если отецъ ихъ умеръ раньше дѣда. Они въ такомъ случаѣ вмѣстѣ получали столько, сколько бы получилъ ихъ родитель, еслибъ остался въ живыхъ. Если не имѣлись налицо sui, то призывался ближайшій агнатъ—proximus agnatus. Ближайшими агнатами являются прежде всего consanguinei, т.-е. агнатическіе братья и сестры умершаго. Если таковыхъ не имѣется налицо, то proximi считаются агнаты мужчины дальнѣйшихъ степеней, напр., агнатическіе племянники, двоюродные братья и т. д. (но не женщины агнатки, ср. § 3 J. de leg. agn. succ. 3, 2). Нѣсколько агнатовъ одной степени наслѣдуютъ in capita.

Если не было агнатовъ, то призывались гентилы. Итакъ *когнаты были вполнѣ устранены отъ наслѣдованія по закону.* Иначе—они могли быть назначены наслѣдниками только по завѣщанію. Другая особенность этого цивильнаго права законнаго наслѣдованія выражалась формулою: in legitimis hereditatibus successio non est, т.-е. законные наслѣдники призывались только разъ. Поэтому, если ближайшій агнатъ отказался отъ наслѣдства, то дальнѣйшіе уже не призывались, а наслѣдство прямо становилось выморочнымъ.

§ 338. Bonorum possessio ab intestato по преторскому праву.

Преторъ значительно модифицировалъ суровыя постановленія цивильнаго права. Прежде всего, онъ, наряду съ агнатами, сталъ привлекать въ качествѣ законныхъ на-

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 128—141. Windscheid, ук. соч. III, § 569 сл.

слѣдниковъ и *когнатовъ*. Съ этой цѣлью онъ установилъ 4 новыхъ класса такихъ наслѣдниковъ: 1) *Unde liberi.* Въ этомъ классѣ призывались наряду съ подвластными дѣтьми (sui) также и дѣти *эманципированныя.* 2) *Unde legitimi.* Въ этомъ классѣ призывались тѣ лица, которыя считались законными наслѣдниками по цивильному праву, т.-е. еще разъ sui, затѣмъ agnati и gentiles. 3) *Unde cognati.* Здѣсь призывались кровные родственники наслѣдодателя до шестой степени включительно, а изъ родственниковъ 7 степени внуки двоюродныхъ братьевъ и сестеръ (sobrino et sobrina nati). 4) *Unde vir et uxor.* Здѣсь призывался переживающій супругъ. Далѣе, преторъ ввелъ successio ordinum, т.-е. если ближайшій законный наслѣдникъ отказывался отъ принятія наслѣдства, то оно не становилось выморочнымъ, а призывались далѣе слѣдующіе

Глава II. Юстиніановское право законнаго наслѣдованія.

339. Подготовительные шаги.

Императорское право стало придавать все большее значеніе когнатическому принципу. Такъ, *Senatusconsultum Tertullianum*, при Гадріанѣ, даровалъ *матери*, имѣющей jus liberorum, право законнаго наслѣдованія въ имуществѣ дѣтей при отсутствіи у нихъ нисходящихъ предпочтительно предъ агнатическими ихъ родственниками (кромѣ отца и агнатическихъ братьевъ). *Senatusconsultum Orphitianum*, при Маркѣ Аврелiи, даровалъ *дѣтямъ* право законнаго наслѣдованія въ имуществѣ матери предпочтительно предъ ея агнатическими родственниками. Позднѣйшіе императоры развили эти постановленія. Ихъ примѣру послѣдовалъ и Юстиніанъ, ср. подробности у Vangerow, Lehrbuch, 7 изд., т. II, § 408—410. Наконецъ, онъ реорганизовалъ все право законнаго наслѣдованія въ Новеллахъ 118 и 127.

§ 340. Законное право наслѣдованія родственниковъ по Новелламъ 118 и 127.

I. Юстиніанъ установилъ 4 класса законныхъ наслѣдниковъ. 1) *Первый классъ* обнимаетъ всѣхъ *нисходящихъ* родственниковъ умершаго. Нисходящіе дальнѣйшихъ степеней призываются наряду съ нисходящими болѣе близкой степени, разъ выбылъ ихъ родитель. Они вмѣстѣ получаютъ столько, сколько бы получилъ ихъ родитель, еслибъ остался въ живыхъ. Нисходящіе одной степени получаютъ по равной части. Напримѣръ, у А сынъ и дочь и два внука отъ умершей дочери. Наслѣдство слѣд. дѣлится на три части, сынъ и дочь получаютъ по $^1/_3$, а оба внука по $^1/_6$. 2) *Второй классъ* обнимаетъ восходящихъ родственниковъ, полнородныхъ братьевъ и сестеръ и дѣтей умершихъ полнородныхъ братьевъ и сестеръ. Что касается правилъ раздѣла наслѣдства въ этомъ классѣ, то слѣдуетъ замѣтить: a) если наслѣдуютъ только восходящіе, то примѣняется полинейный раздѣлъ—in lineas, такъ что половину получаютъ восходящіе родственники со стороны отца, а другую—восходящіе родственники со стороны матери; b) если съ восходящими конкурируютъ полнородные братья и сестры, а равно, если наслѣдуютъ только братья и сестры, то примѣняется поголовный раздѣлъ—in capita; c) если сверхъ того конкурируютъ и дѣти умершихъ полнородныхъ братьевъ и сестеръ, то послѣдніе получаютъ вмѣстѣ столько, сколько бы получилъ ихъ умершій родитель (такъ наз., поколѣнный раздѣлъ—in stirpes). 3) *Третій классъ* обнимаетъ неполнородныхъ братьевъ и сестеръ (единокровныхъ и единоутробныхъ) и дѣтей умершихъ неполнородныхъ братьевъ и сестеръ. 4) *Четвертый классъ* состоитъ изъ всѣхъ остальныхъ родственниковъ, безъ ограниченія степеней, причемъ родственники ближайшей степени исключаютъ болѣе отдаленныхъ.

II. Вмѣстѣ съ тѣмъ допускается преемство классовъ и степеней—successio ordinum et graduum, т.-е. сначала призываются родственники ближайшаго класса и ближайшей степени; въ случаѣ отказа ихъ—родственники дальнѣйшей степени, того же класса; если классъ исчерпанъ, то призывались, въ томъ же порядкѣ, родственники слѣдующаго класса и т. д.

III. Особыя правила существуютъ относительно внѣбрачныхъ и усыновленныхъ: 1) *Внѣбрачныя* дѣти, по общему правилу, наслѣдуютъ въ имуществѣ своей матери и ея родственниковъ на одинаковыхъ основаніяхъ съ законнорождсенными, но пользуются правомъ наслѣдованія по закону въ имуществѣ отца только въ видѣ исключенія (ср. § 342). 2) *Усыновленныя* въ Юстиніановскомъ правѣ не теряютъ права наслѣдованія по закону послѣ своихъ кровныхъ родственниковъ. Что касается ихъ отношенія къ новой семьѣ, то adoptio plena (равно какъ arrogatio) создаетъ всѣ права кровнаго родства между усыновителемъ и усыновляемымъ; adoptio minus plena сообщаетъ только одностороннее право законнаго наслѣдованія усыновляемаго въ имуществѣ усыновителя (но не наоборотъ).

§ 341. Законное право наслѣдованія переживающаго супруга.

Юстиніанъ не коснулся этого вопроса. Поэтому сохранила силу преторская bonorum possessio unde vir et uxor, т.-е. если не было вовсе родственниковъ или всѣ они отказались отъ наслѣдства, то призывался пережившій супругъ. При этомъ предполагается, что бракъ продолжался до самой смерти, ср. 1. 1 § 1 D. unde vir et uxor 37, 11. Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore.

§ 342. Чрезвычайныя права наслѣдованія.

Бѣдствующая вдова при Юстиніанѣ получила законное право наслѣдованія въ $^1/_4$ части имущества (но не свыше 100 фунтовъ золота) своего умершаго *зажиточнаго* мужа. Бѣдствующей признавалась главнымъ образомъ mulier indotata, т.-е. жена, не имѣющая приданаго. Если она конкурируетъ болѣе чѣмъ съ 3 дѣтьми, то она получаетъ только portio virilis.—Далѣе, дѣти, родившіяся отъ конкубината, вмѣстѣ съ ихъ матерью были признаны законными наслѣдниками въ $^1/_6$ части имущества своего отца, если тотъ не оставилъ ни законныхъ дѣтей, ни жены. Наконецъ, impubes arrogatus, эманципированный отцомъ усыновителемъ безъ достаточнаго основанія, имѣетъ право на $^1/_4$ часть имущества своего pater arrogator, разъ тотъ умеръ до достиженія имъ pubertas; это такъ назыв. quarta Divi Pii.

§ 343. Право фиска и юридическихъ лицъ на выморочныя имущества.

На основаніи *Lex Julia et Papia Poppaea* было признано законное право наслѣдованія фиска относительно выморочныхъ имуществъ. Фискъ, въ качествѣ правопреемника наслѣдодателя, отвѣчалъ за долги послѣдняго только въ предѣлахъ наслѣдственнаго актива. Въ позднѣйшемъ правѣ, за извѣстными юридическими лицами было признано предпочтительное предъ фискомъ право на выморочныя имущества. Такъ, напр., выморочное имущество духовныхъ лицъ поступало въ пользу церкви, выморочное имущество солдатъ въ пользу полка и т. д.

Глава III. Ученіе о collatio.

§ 344. Понятіе и два вида collatio.

Институтъ *collationis* возникъ въ качествѣ *дополненія* законнаго права наслѣдованія нисходящихъ. Въ основаніи законнаго права наслѣдованія этихъ лицъ лежитъ идея,

что всѣ нисходящіе одной степени имѣютъ одинаковое право на наслѣдство. Въ этихъ видахъ наслѣдство и дѣлится поровну между ними. Однако, это не всегда приводитъ къ торжеству идеи равенства.

Въ древнемъ правѣ существовало важное различіе въ имущественныхъ правахъ между подвластными и эманципированными дѣтьми. Первыя не могли имѣть собственнаго имущества; все пріобрѣтенное ими поступало въ пользу отца; вторыя, напротивъ, могли имѣть собственное имущество. Отсюда, какъ только преторъ сталъ призывать по эдикту unde liberi наряду съ подвластными и эманципированныхъ дѣтей, то долженъ былъ всплыть такой вопросъ: при общемъ раздѣлѣ все то, что было пріобрѣтено при жизни отца его подвластными дѣтьми, поступаетъ въ общую массу; не слѣдуетъ ли поэтому потребовать и отъ эманципированныхъ дѣтей, чтобъ они, въ свою очередь, внесли, конферировали, въ эту массу то, что они успѣли пріобрѣсти на свободѣ. Преторъ призналъ это требованіе вполнѣ справедливымъ, и такимъ путемъ сложилась collatio bonorum *со стороны* liberi emancipati. Итакъ, основаніемъ этого древнѣйшаго вида collationis служитъ *различіе въ имущественной правоспособности* между подвластными и эманципированными нисходящими. Въ позднѣйшемъ правѣ это различіе все болѣе стало сглаживаться. Но зато явилось соображеніе иного рода, которое заставило удержать collatio въ измѣненномъ видѣ. Отецъ при жизни могъ выдѣлить въ пользу какого-нибудь изъ своихъ дѣтей болѣе или менѣе крупную часть своего имущества, напр., въ формѣ выдачи приданаго, или donatio propter nuptias. Если не принимать въ разсчетъ этого при общемъ раздѣлѣ, то очевидно равенство между дѣтьми будетъ нарушено. И вотъ, дѣйствительно, признали нужнымъ считаться съ такими приношеніями, зачитывать ихъ въ счетъ причитающейся сыну (или дочери и т. д.) законной части. Такимъ путемъ возникла collatio *новаго типа*, основаніемъ которой служитъ уже не различіе въ правоспособности дѣтей, а фактъ полученія одними изъ нихъ извѣстныхъ выгодъ изъ имущества отца при жизни послѣдняго, выгодъ, которыми не воспользовались остальныя дѣти.

§ 345. Древняя collatio emancipatorum и collatio dotis.

Сущность этой collatio заключалась въ томъ, что *эманципированныя дѣти, разъ они желали воспользоваться своимъ правомъ законнаго наслѣдованія на ряду съ sui, должны были внести въ общую массу* (конферировать) *все свое имущество, которое они имѣли въ моментъ смерти отца.* Съ этой цѣлью отъ нихъ при испрошеніи bonorum possessio ab intestato требовалось представленіе особой cautio, особаго обѣщанія, на основаніи котораго они обязывались конферировать свое имущество. Подобныя же правила были установлены и по отношенію къ подвластной дочери, получившей при выходѣ замужъ *приданое.* И это приданое подлежало конферированію, разъ она желала выступить въ качествѣ законной наслѣдницы своего отца. Первоначально это было установлено только на случай испрошенія ею преторскаго наслѣдованія—bonorum possessio, впослѣдствіи (при Антонинѣ Піи) это было распространено и на тотъ случай, когда она пріобрѣтаетъ цивильную hereditas, притомъ безотносительно къ тому, идетъ ли рѣчь о dos profecticia или adventicia. Наконецъ, было признано, что dos profecticia должно быть конферировано и въ томъ случаѣ, если съ дочерью конкурируютъ эманципированные братья или сестры ея.

§ 346. Collatio позднѣйшаго права.

Сущность этой collatio заключается въ томъ, что *извѣстныя выгоды, полученныя сыномъ (или дочерью и т. д.) при жизни отца, не въ примѣръ другимъ, должны быть приняты во вниманіе при опредѣленіи размѣра причитающейся такому лицу законной части. Объектомъ* collatio являются прежде всего полу-

ченная даннымъ субъектомъ dos, donatio propter nuptias и, такъ назыв., militia (т.-е. сумма, уплаченная за полученіе извѣстной должности, что въ Римѣ, при продажности многихъ должностей, не составляло ничего предосудительнаго). Что касается *дареній* inter vivos, то они подлежатъ конферированію, по общему правилу, только тогда, когда наслѣдодатель прямо предписалъ зачесть ихъ. Итакъ, не всякая выгода, а только опредѣленныя выгоды составляли объектъ collationis.

Форма колляціи тоже измѣнилась. Теперь уже не требовалось представленіе cautio, а просто стоимость полученнаго принималась въ разсчетъ при исчисленіи слѣдующей данному лицу законной части. Юстиніанъ предписалъ, что обязанность конферировать имѣетъ мѣсто и въ случаѣ назначенія нисходящихъ *наслѣдниками по завѣщанію*, если только они назначены таковыми въ равныхъ частяхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ постановилъ, что наслѣдодатель можетъ и освободить данное лицо отъ обязанности конферированія.

Необходимое наслѣдованіе [1]).

Глава I. Понятіе и исторія необходимаго наслѣдованія.

§ 347. Понятіе и двѣ формы необходимаго наслѣдованія.

Законныя ограниченія свободы завѣщаній, установленныя въ интересахъ ближайшихъ родственниковъ завѣщателя, въ совокупности своей составляютъ, такъ наз., *право необходимаго наслѣдованія*.

Эти ограниченія могутъ быть двухъ родовъ: формальныя и матеріальныя. Въ древнемъ правѣ преобладала система *формальныхъ* ограниченій свободы завѣщаній. Сущность ихъ заключалась въ томъ, что *завѣщатель ближайшихъ своихъ законныхъ защитниковъ* (по цивильному праву—sui, по преторскому—liberi) *долженъ былъ либо прямо назначить наслѣдниками* (instituere), *либо прямо лишить наслѣдства* (exheredare), *но не могъ обойти ихъ просто молчаніемъ* (praeterire), подъ угрозой полной или частичной инвалидаціи завѣщанія. Эта система очевидно ограждала интересы ближайшихъ родственниковъ завѣщателя лишь въ весьма условной мѣрѣ, ибо разъ форма была соблюдена и они были прямо лишены наслѣдства, то они не могли предъявить уже никакихъ дальнѣйшихъ претензій.

Вслѣдствіе этого въ позднѣйшемъ правѣ стала складываться новая система *матеріальныхъ* ограниченій свободы завѣщаній. Сущность ея заключается въ томъ, что извѣстная группа ближайшихъ родственниковъ можетъ требовать, чтобы завѣщатель оставилъ имъ *опредѣленную долю изъ той части наслѣдства, которую они получили бы въ качествѣ законныхъ наслѣдниковъ*, еслибъ завѣщаніе не существовало вовсе.

Право на выдѣленіе обязательной доли указанныя лица теряютъ только, если на то имѣется какая-нибудь уважительная причина (напр., неблагодарность, оскорбленіе ими завѣщателя и т. п.). Съ другой стороны, по общему правилу, безразлично, будетъ ли оставлена имъ обязательная доля въ формѣ назначенія ихъ наслѣдниками, или же въ формѣ оставленія *отказа*, mortis causa donatio и т. п.; важно только, чтобъ они такъ или иначе получили *матеріальное удовлетвореніе*.

§ 348. Необходимое наслѣдованіе по цивильному праву.

Необходимыми наслѣдниками считались sui, т.-е. подвластныя дѣти и ихъ потомство по мужской линіи, притомъ какъ родившіяся до составленія завѣщанія, такъ

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 142—156. Windscheid, ук. соч. III, § 575 сл.

и тѣ, которыя родились лишь послѣ этого, если только они были зачаты при жизни завѣщателя (послѣднія назывались postumi sui). Эти лица должны быть или прямо назначены наслѣдниками (instituere) или прямо лишены наслѣдства (exheredare), но не могутъ быть обойдены молчаніемъ (praeteritio). Въ случаѣ нарушенія этого правила, т.-е. если suus былъ обойденъ молчаніемъ, возникали различныя юридическія послѣдствія, смотря по тому, былъ ли обойденъ сынъ (filius familias), или дочь, внукъ, внучка и т. д. *Подвластные сыновья* должны быть лишены наслѣдства nominatim (Titius filius meus exheres esto). Если сынъ былъ обойденъ молчаніемъ, то *все завѣщаніе считается недѣйствительнымъ*, и призываются законные наслѣдники. Что касается *дочерей, внуковъ* и т. д., то они могутъ быть лишены наслѣдства inter ceteros, безъ спеціальнаго упоминанія каждаго (Titius filius meus, itaque filiae meae nepotes neptesque exheredes sunto). Если такія лица обойдены молчаніемъ, то завѣщаніе не становится недѣйствительнымъ, а эти лица становятся наслѣдниками наряду съ лицами, назначенными наслѣдниками въ завѣщаніи (accrescunt), т.-е. наслѣдство дѣлится между наслѣдниками по завѣщанію и этими лицами (впрочемъ, не всегда въ одинаковой пропорціи).

§ 349. Необходимое наслѣдованіе по преторскому эдикту.

Преторъ удержалъ основной характеръ цивильной системы, т.-е. и преторская система необходимаго наслѣдованія отличается чисто *формальнымъ* характеромъ. Но онъ расширилъ кругъ необходимыхъ наслѣдниковъ и внесъ нѣкоторыя модификаціи въ юридическія послѣдствія praeteritio. *Необходимыми наслѣдниками по преторскому эдикту являются не только sui, но всѣ вообще liberi*, т.-е. *и эманципированныя дѣти.* Лица эти тоже должны быть или назначены наслѣдниками, или лишены наслѣдства, но не могутъ быть обойдены молчаніемъ. Кто изъ этихъ лицъ былъ обойденъ молчаніемъ, тотъ могъ испросить у претора bonorum possessio contra tabulas (т.-е. утвержденіе въ правахъ наслѣдства вопреки завѣщанія—contra tabulas testamenti). Обойденный въ такомъ случаѣ получалъ всю законную часть, т.-е. всю ту часть на которую онъ имѣлъ бы право въ качествѣ законнаго наслѣдника, еслибъ завѣщанія не существовало вовсе. Если былъ пропущенъ annus utilis, законный срокъ, въ теченіе котораго можно испросить bonorum possessio, то завѣщаніе оставалось въ полной силѣ.

§ 350. Практика центумвиральнаго суда и появленіе новаго матеріальнаго права необходимаго наслѣдованія.

Споры о наслѣдствѣ вѣдались *судомъ центумвировъ*. Въ практикѣ этого судебнаго мѣста сложилось убѣжденіе, что одни формальныя ограниченія свободы завѣщаній не достигаютъ цѣли, и что необходимо создать болѣе дѣйствительную защиту интересовъ ближайшихъ родственниковъ. На завѣщателѣ несомнѣнно лежала нравственная обязанность не лишать этихъ лицъ, безъ достаточнаго основанія, путемъ exheredatio, всякой доли участія въ остающемся послѣ него имуществѣ. Но какъ было оформить эту нравственную обязанность, сообщить ей юридическое значеніе, разъ ни цивильное право, ни преторскій эдиктъ не содержали никакихъ постановленій на этотъ счетъ? Судъ сталъ прибѣгать къ весьма любопытной *фикціи*. Онъ сталъ разсуждать такъ: разъ завѣщатель sine justa causa прямо лишилъ наслѣдства (путемъ exheredatio) ближайшихъ своихъ родственниковъ, то въ этомъ слѣдуетъ усмотрѣть ничѣмъ незаслуженное *оскорбленіе* этихъ лицъ, которое, въ свою очередь, можетъ быть объяснено только тѣмъ, что завѣщатель при составленіи завѣщанія былъ не въ своемъ умѣ, дѣйствовалъ sub colore insaniae. А разъ это такъ, то сила завѣщанія можетъ быть оспорена оскорбленными ближайшими родственниками, ибо умалишенные не могутъ оставлять завѣщаній. Въ результатѣ всего этого сложилось новое средство судебной защиты, такъ назыв., querella

inofficiosi testamenti. Въ связи съ появленіемъ этого средства судебной защиты возникъ рядъ новыхъ вопросовъ, какъ-то: не слѣдуетъ ли увеличить кругъ необходимыхъ наслѣдниковъ? какъ велика должна быть обязательная доля, которую долженъ имъ выдѣлить завѣщатель, чтобъ избѣгнуть оспариванія завѣщанія? въ какой формѣ должна быть оставлена обязательная доля? и т. д. Вотъ какія положенія выработались на практикѣ. *Кругъ необходимыхъ наслѣдниковъ* былъ расширенъ включеніемъ въ него сверхъ нисходящихъ—восходящихъ родственниковъ, а также, при извѣстныхъ условіяхъ,—братьевъ и сестеръ завѣщателя. *Размѣръ обязательной доли,* которая должна быть оставлена (такъ назыв., portio legitima), былъ опредѣленъ такъ: обязательная доля (portio legitima) составляетъ *одну четвертую законной части* (portio ab intestato), т.-е. той части, на которую данное лицо имѣло бы право въ качествѣ законнаго наслѣдника, еслибъ завѣщанія не существовало. Напримѣръ, у отца пять дѣтей. Еслибъ не было завѣщанія, каждый ребенокъ получилъ бы $^1/_5$ часть наслѣдства; при наличности завѣщанія каждый все-таки долженъ получить $^1/_5$. $^1/_4 = ^1/_{20}$ наслѣдства. *Обязательная доля* можетъ быть оставлена либо въ формѣ назначенія лица наслѣдникомъ въ соотвѣтствующей части, либо въ формѣ отказа или mortis causa donatio и т. д., если только стоимость объекта отказа или даренія mortis causa равна обязательной долѣ. Если завѣщатель не оставилъ обязательной доли необходимому наслѣднику, то тотъ можетъ предъявить къ наслѣдникамъ по завѣщанію querella inofficiosi testamenti и, въ такомъ случаѣ, получаетъ уже не одну только обязательную долю, а всю *законную часть*. Этотъ искъ, однако, можетъ быть предъявленъ только въ теченіе 5 лѣтъ и не переходитъ къ наслѣдникамъ необходимаго наслѣдника, т.-е. это искъ *строго личный* (онъ причислялся къ actiones vindictam spirantes). Право на обязательную долю утрачивается ex justa causa, напр., въ случаѣ грубой неблагодарности и непочтительности необходимаго наслѣдника, въ случаѣ покушенія на жизнь завѣщателя и т. д.

Глава II. Необходимое наслѣдованіе въ Юстиніановскомъ правѣ.

§ 351. Положеніе дѣлъ до Novella 115.

Юстиніанъ засталъ право необходимаго наслѣдованія въ хаотическомъ состояніи. Дѣло въ томъ, что новая система матеріальныхъ ограниченій свободы завѣщаній не вытѣснила болѣе древнюю систему формальныхъ ограниченій, а уживалась рядомъ съ ней. Другими словами, если кто-нибудь изъ необходимыхъ наслѣдниковъ былъ просто обойденъ молчаніемъ, то онъ, смотря по тому, былъ ли это suus или emancipatus, могъ требовать инвалидаціи завѣщанія ex jure civili или jure praetorio. Если же онъ былъ прямо лишенъ наслѣдства путемъ exheredatio, то онъ могъ прибѣгнуть къ предъявленію querella inofficiosi testamenti.

Первое время этотъ сложный порядокъ вещей удержался и при Юстиніанѣ. Онъ даже обострилъ систему формальныхъ ограниченій; такъ, онъ сталъ требовать, чтобъ всѣ вообще необходимые наслѣдники, безъ различія пола, были лишены наслѣдства nominatim, и объявилъ, что praeteritio кого-либо изъ нихъ всегда влечетъ за собою полную недѣйствительность завѣщанія. Въ такомъ видѣ право необходимаго наслѣдованія было кодифицировано въ Институціяхъ, Дигестахъ и Кодексѣ. Позднѣе, однако, Юстиніанъ рѣшился реорганизовать все право необходимаго наслѣдованія, что и было исполнено имъ въ Новеллѣ 18 и 115. Вмѣстѣ съ тѣмъ, старое формальное право необходимаго наслѣдованія подверглось отмѣнѣ.

§ 352. Общія начала Юстиніановскаго права необходимаго наслѣдованія по Новеллѣ 115.

Кругъ необходимыхъ наслѣдниковъ. Необходимыми наслѣдниками считаются: a) *нисходящіе,* безъ ограниченія степеней; b) при отсутствіи ихъ—*восходящіе,*

а также полнородные и единокровные *братья* и *сестры;* послѣдніе, однако, лишь въ томъ случаѣ, если въ завѣщаніи имъ предпочтена persona turpis.

Размѣръ обязательной доли. Онъ былъ увеличенъ Юстиніаномъ, причемъ имъ установлено слѣдующее различіе: а) если законная часть, причитающаяся необходимому наслѣднику, составляетъ *не меньше одной четверти* всего наслѣдства, то обязательная доля равна *одной трети законной части* (напр., у отца трое дѣтей; размѣръ законной части каждаго равенъ $^1/_3$ всего наслѣдства, а слѣдовательно размѣръ обязательной доли равенъ $^1/_3$. $^1/_3=^1/_9$ части наслѣдства); b) если законная часть *меньше одной четверти* всего наслѣдства, то обязательная доля равна *половинѣ законной части*, напр., у отца 6 дѣтей; размѣръ законной части каждаго равенъ $^1/_6$, а размѣръ обязательной доли $^1/_6$. $^1/_2=^1/_{12}$ наслѣдства. Вмѣстѣ съ тѣмъ было постановлено, что если полученіе обязательной доли обставлено какими-нибудь ограниченіями (срокомъ, условіями и т. п.), соотвѣтствующія оговорки должны считаться недѣйствительными (ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et *ila res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset* 1. 32 Cod. de inoff. test. 3,28).

Формы назначенія обязательной доли. Обязательная доля можетъ быть оставлена: а) въ формѣ назначенія лица наслѣдникомъ въ соотвѣтствующей части; b) въ формѣ отказа или даренія на случай смерти; c) въ формѣ назначенія приданаго (dos) или donatio propter nuptias; d) въ формѣ обыкновеннаго даренія inter vivos, если завѣщатель изъявитъ при этомъ желаніе, чтобъ дареніе было зачтено въ качествѣ обязательной доли. Сверхъ того, завѣщатель обязанъ «почтить» своихъ нисходящихъ и восходящихъ назначеніемъ ихъ наслѣдниками по завѣщанію, хотя бы въ самой минимальной части, если только вообще обязательная доля оставлена имъ сполна (напримѣръ, у завѣщателя два сына; обязательная доля каждаго равна $^1/_2$. $^1/_3=^1/_6$; эта шестая часть можетъ быть оставлена имъ, напримѣръ, въ формѣ отказа, но все таки для виду они должны быть назначены наслѣдниками, хотя бы въ $^1/_{10.000}$ части наслѣдства).

Основанія лишенія необходимыхъ наслѣдниковъ права на обязательную долю. Завѣщатель ex justa causa можетъ лишить необходимыхъ наслѣдниковъ права на обязательную долю; по отношенію къ восходящимъ и нисходящимъ основанія лишенія были точно перечислены въ законѣ.

Послѣдствія неоставленія обязательной доли безъ достаточнаго къ тому основанія. Если завѣщатель не оставилъ обязательной доли необходимому наслѣднику, то тотъ можетъ предъявить къ наслѣднику по завѣщанію querella inofficiosi testamenti и въ такомъ случаѣ получаетъ всю свою законную часть. Искъ этотъ и при Юстиніанѣ сохранилъ *строго личный характеръ* и погашался краткой 5 лѣтней давностью. Впрочемъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, если было нарушено право на обязательную долю восходящихъ или нисходящихъ родственниковъ, то завѣщаніе становилось *недѣйствительнымъ*, такъ что эти лица прямо могли предъявить обыкновенный искъ о наслѣдствѣ, hereditatis petitio; къ querella inofficiosi testamenti же приходилось прибѣгать только братьямъ и сестрамъ, поскольку таковые являются необходимыми наслѣдниками.

Послѣдствія частичнаго нарушенія права на обязательную долю. Необходимый наслѣдникъ, право котораго нарушено лишь въ томъ смыслѣ, что онъ не получилъ всей обязательной доли, а только часть ея, по постановленію Юстиніана, не можетъ предъявить querella inofficiosi testamenti и требовать выдачи своей законной части, а можетъ только требовать *пополненія обязательной доли* до полнаго ея размѣра при помощи особаго иска—actio ad supplendam legitimam.

§ 353. Inofficiosa dos и donatio. Чрезвычайное право необходимаго наслѣдованія.

I. Inofficiosa dos и donatio.

Интересы необходимыхъ наслѣдниковъ могутъ быть нарушены не только завѣщательными распоряженіями, но и сдѣлками inter vivos, въ частности дареніями и назначеніемъ приданаго, поскольку подобные акты ведутъ къ прямому уменьшенію той обязательной доли, которую необходимые наслѣдники при иныхъ условіяхъ (не будь соотвѣтствующей dos или donatio) должны были бы получить. Напр., А имѣетъ имущество въ 36,000; у него трое дѣтей. Законная часть каждаго равна 12,000, а обязательная доля — $\frac{12{,}000}{3}$ = 4,000, а на всѣхъ трехъ—12,000. Отецъ при жизни даритъ третьему лицу 30,000 р., остается всего 6,000; слѣдов., каждый изъ необходимыхъ наслѣдниковъ въ лучшемъ случаѣ можетъ получить только 2,000 (вмѣсто 4,000). Въ такихъ случаяхъ говорятъ объ immodica donatio (или dos), которая порождаетъ особый искъ—*querella inofficiosae danationis (vel dotis).*—Истцомъ является необходимый наслѣдникъ, отвѣтчикомъ — лицо, одаренное наслѣдодателемъ, и его наслѣдники; искъ направленъ всегда только на пополненіе обязательной доли. Въ остальномъ примѣняются правила, установленныя для querella inofficiosi testamenti.

II. Чрезвычайное право необходимаго наслѣдованія.

Такое право признается за бѣдствующей вдовой и за impubes arrogatus въ томъ самомъ размѣрѣ и при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ за ними признается право наслѣдованія по закону.

Пріобрѣтеніе наслѣдства [1]).

Глава I. Нормальные способы пріобрѣтенія наслѣдства.

§ 354. Историческія замѣчанія.

Во время классическихъ юристовъ существовало коренное различіе между пріобрѣтеніемъ цивильной hereditas и преторской bonorum possessio. Что касается *наслѣдованія по цивильному праву*, то различались двѣ категоріи наслѣдниковъ: a) подвластныя дѣти (sui heredes) и рабы, назначенные наслѣдниками, вмѣстѣ съ отчужденіемъ ихъ на волю (sui et necessarii heredes) пріобрѣтали наслѣдство ipso jure, помимо собственной воли; b) всѣ остальныя лица (heredes extranei sive voluntarii) пріобрѣтали наслѣдство *на основаніи особаго волеизъявленія*, слѣдовательно на основаніи частнаго акта. Что касается *наслѣдованія по преторскому праву*, то наслѣдство могло быть пріобрѣтено только на *основаніи судебнаго акта*; желающій долженъ былъ обратиться къ претору и испросить у него bonorum possessio. Впрочемъ, въ поконстантиновскомъ правѣ достаточно было заявленія передъ любымъ судебнымъ мѣстомъ (apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros, 1. 9. Cod. qui admitti 6, 9).

Это различіе до извѣстной степени сохранилось и въ Юстиніановскомъ правѣ. Въ позднѣйшей практикѣ, однако, bonorum possessio окончательно была вытѣснена, такъ что не требуется уже судебнаго утвержденія въ правахъ наслѣдства. Зато сохранилось различіе между пріобрѣтеніемъ наслѣдства со стороны подвластныхъ дѣтей и со стороны другихъ лицъ,—первыя, попрежнему, пріобрѣтаютъ наслѣдство ipso jure, а вторыя на основаніи частнаго волеизъявленія.

---

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 160 сл. Windscheid. ук. соч. III, § 594.

§ 355. Пріобрѣтеніе наслѣдства со стороны extranei heredes.

1) *Лица, не состоящія подъ властью наслѣдодателя, пріобрѣтаютъ наслѣдство не иначе, какъ по особому волеизъявленію*, для дѣйствительности котораго требуется: a) чтобы наслѣдство дѣйствительно открылось; b) чтобы призванный былъ вполнѣ точно освѣдомленъ о фактѣ своего призыва и объ основаніи его, т.-е. онъ долженъ знать, призванъ ли онъ по завѣщанію или по закону).—2) Въ древнемъ Римскомъ правѣ такое заявленіе могло быть сдѣлано только *самолично*, а не чрезъ представителей. Изъ этого правила не допускалось исключеній даже для умалишенныхъ; попечитель умалишеннаго могъ только испросить временный вводъ во владѣніе наслѣдствомъ, такъ наз., bonorum possessio furiosi nomine; если умалишенный впослѣдствіи выздоравливалъ, то отъ него зависѣло окончательно принять наслѣдство или отказаться отъ него; если онъ умиралъ сумасшедшимъ, то наслѣдство отходило къ наслѣдникамъ наслѣдодателя, а не къ его собственнымъ наслѣдникамъ. Впрочемъ, со временемъ были допущены нѣкоторыя отступленія. Въ частности, было признано: a) за юридическихъ лицъ могутъ пріобрѣтать наслѣдства ихъ представители, b) за infantes—ихъ patresfamilias или опекуны. Что касается impuberes infantia majores и puberes minores, то они, по общему правилу, могутъ только сами пріобрѣтать наслѣдства при участіи опекуна или съ согласія попечителя; наконецъ, установилось правило, что bonorum possessio можетъ быть испрошена вообще черезъ представителя, ср. 1. 3, § 7 D. de bon. poss. 37,1: adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium.—Въ современномъ Римскомъ правѣ благодаря всеобщему допущенію представительства возможно пріобрѣтеніе наслѣдства чрезъ представителя. 3) Для заявленій о принятіи наслѣдства не установлено особой формы. Можно прямо заявить о своемъ желаніи принять наслѣдство (aditio hereditatis въ тѣсномъ смыслѣ); но такое желаніе можетъ вытекать и изъ другихъ дѣйствій наслѣдника (pro herede gestio), напримѣръ наслѣдникъ начинаетъ уплачивать долги наслѣдодателя, требуетъ уплаты отъ должниковъ его и т. п.

§ 356. Пріобрѣтеніе наслѣдства со стороны подвластныхъ дѣтей.

Подвластныя дѣти пріобрѣтаютъ наслѣдство ipso jure, помимо ихъ желанія. Это не всегда для нихъ выгодно, такъ какъ пассивъ наслѣдства можетъ превышать активъ. Поэтому, преторъ даровалъ имъ *beneficium abstinendi*, т.-е. призналъ за ними право воздержаться отъ фактическаго вступленія въ права наслѣдства. Если они желали воспользоваться этимъ правомъ, то дѣло разсматривалось такъ, какъ будто они не стали наслѣдниками, а призывались другія лица, имѣющія послѣ нихъ право на наслѣдство. Фактически, такимъ образомъ, различіе въ пріобрѣтеніи наслѣдства между подвластными дѣтьми и другими лицами сводится къ тому, что подвластныя дѣти считаются пріобрѣвшими наслѣдство, если не отказались отъ него, а отъ остальныхъ требуется, напротивъ, чтобы они прямо выразили желаніе принять наслѣдство. Но тутъ и тамъ конечный исходъ дѣла зависитъ отъ воли заинтересованныхъ лицъ. Въ чистомъ Римскомъ правѣ кромѣ подвластныхъ дѣтей, еще и рабы наслѣдодателя, назначенные наслѣдниками одновременно съ отпущеніемъ ихъ на волю, пріобрѣтали наслѣдство ipso jure. Эти лица не имѣли и beneficium abstinendi. Но, за то, преторъ даровалъ имъ beneficium separationis, т.-е. они могли ходатайствовать о томъ, чтобы имущество, пріобрѣтенное ими на свободѣ, не было обращено на удовлетвореніе кредиторовъ наслѣдственной массы. Въ современномъ правѣ такіе наслѣдники, конечно, уже не встрѣчаются.

§ 357. Spatium deliberandi.

Цивильное право не установило *законнаго срока*, въ теченіе котораго наслѣдникъ долженъ рѣшить, принимаетъ ли онъ наслѣдство или онъ (если это подвластный ребе-

нокъ) воздерживается отъ вступленія въ права наслѣдства. Законный срокъ былъ установленъ только для пріобрѣтенія преторскаго наслѣдства—100 дней, а въ извѣстныхъ случаяхъ—1 годъ. Но *кредиторы* наслѣдственной массы могли испросить у претора назначеніе срока,—такъ назыв., spatium deliberandi,—въ теченіе котораго цивильный наслѣдникъ долженъ дать рѣшительный отвѣтъ. Такое же право просить о назначеніи времени для размышленія имѣлъ и самъ наслѣдникъ.

Глава II. Трансмиссія.

§ 358. Понятіе трансмиссіи.

По общему правилу, *призывъ даннаго лица къ наслѣдству сообщаетъ ему строго личное право на принятіе наслѣдства.* Другими словами, онъ самъ только можетъ рѣшить, принимаетъ ли онъ наслѣдство или нѣтъ; если онъ умираетъ, не выразивъ своей воли, то его наслѣдники уже теряютъ всякое право на такое наслѣдство (напр., если А назначилъ В наслѣдникомъ, то только самъ В, а не наслѣдникъ его, могутъ рѣшить, приметъ ли онъ наслѣдство или нѣтъ). Однако, на практикѣ это приводило нерѣдко къ неудобствамъ, и вотъ, съ теченіемъ времени сложился рядъ случаевъ, въ которыхъ была допущена, такъ назыв., *трансмиссія*, т.-е. переходъ права на принятіе наслѣдства къ наслѣдникамъ перваго призваннаго лица.

§ 359. Отдѣльные случаи трансмиссіи.

I. Transmissio ex capite in integrum restitutionis: Если первый призванный утратилъ право на принятіе наслѣдства благодаря такому обстоятельству, которое при жизни дало бы ему право просить объ in integrum restitutio, то право ходатайствовать о реституціи переходитъ къ его наслѣдникамъ, а, вмѣстѣ съ тѣмъ, къ нимъ же косвенно переходитъ и право на принятіе открывшагося въ пользу ихъ наслѣдодателя наслѣдства. То же самое установлено и на тотъ случай, когда призванное лицо не утратило до момента смерти возможности принять наслѣдство (напр., завѣщатель установилъ для этого 3 мѣсячный срокъ, а призванное лицо умерло, не принявъ наслѣдства, не послѣ, а *до* истеченіи этого срока), разъ только это лицо при жизни не сдѣлало заявленія о принятіи наслѣдства благодаря такому обстоятельству, которое само по себѣ можетъ служить основаніемъ для реституціи (напр., оно не узнало о своемъ призывѣ вслѣдствіе absentia rei publicae causa).

II. Transmissio Theodosiana. Ѳеодосій II постановилъ, что если въ завѣщаніи наслѣдникомъ назначенъ нисходящій родственникъ, то, хотя бы онъ умеръ до вскрытія завѣщанія, право на принятіе наслѣдства должно перейти къ его нисходящимъ, дабы послѣдніе не были лишены наслѣдства своего дѣда.

III. Transmissio Justinianea. Юстиніанъ вообще постановилъ, что, если призванный по наслѣдству умретъ *раньше истеченія года* съ того времени, когда онъ узналъ объ открытіи наслѣдства,—право на принятіе наслѣдства переходитъ (въ предѣлахъ этого срока) къ его наслѣдникамъ. Напр., А назначилъ наслѣдникомъ В, тотъ умираетъ черезъ 6 мѣсяцевъ послѣ того, какъ узналъ объ открытіи наслѣдства, тогда наслѣдники этого В въ теченіе 6 мѣсяцевъ могутъ еще изъявить желаніе пріобрѣсти открывшееся въ пользу В наслѣдство. Если призванное лицо не узнало вовсе о своемъ призывѣ, то годичный срокъ считается со дня смерти его (спорно, ср. Виндшейдъ, ук. соч., III § 600).

IV. Особнякомъ стоитъ такъ наз. transmissio ex capite infantiae. Сущность ея заключается въ томъ, что если наслѣдникомъ назначенъ infans, который умретъ раньше,

чѣмъ наслѣдство будетъ пріобрѣтено, то право на принятіе такого наслѣдства переходитъ къ отцу малолѣтняго, безотносительно къ тому, состоялъ ли ребенокъ подъ его властью или нѣтъ.

Глава III. Предметъ пріобрѣтенія.

§ 360. Общія положенія.

Можно только принимать или отклонять наслѣдство въ полномъ объемѣ, въ которомъ данное лицо является призваннымъ, дробленіе не допускается. Отсюда источники дѣлаютъ тотъ выводъ, что кто принялъ часть того, что ему предназначено, считается принявшимъ все, къ чему онъ былъ призванъ, ср. 1. 10 D. de acqu. her. 29, 2: si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.— То же самое имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если кто-нибудь самостоятельно имѣетъ получить нѣсколько долей изъ даннаго наслѣдства, напр., лицо назначено въ одной части наслѣдникомъ прямо, а въ другой—въ качествѣ субститута, ср. 1. 80, § 1. D. eod. 29, 2:.... adeundo unam portionem omnes adquiro, si tamen delatae sint.—Съ другой стороны отказъ отъ части равносиленъ отказу отъ всего.

§ 361. Въ частности о правѣ приращенія (jus accrescendi).

I. Въ основѣ права приращенія лежитъ тотъ принципъ, что тотъ, кто призванъ быть наслѣдникомъ хотя бы въ части, считается eventualiter призваннымъ получить все наслѣдство.

Сущность права приращенія заключается въ томъ, что тотъ, кто въ части сталъ наслѣдникомъ, ipso jure пріобрѣтаетъ и тѣ наслѣдственныя доли, которыя освободились вслѣдствіе отпаденія другихъ лицъ, призванныхъ на ряду съ нимъ въ качествѣ наслѣдниковъ по закону или завѣщанію.—При этомъ предполагается, что никто другой не сталъ на мѣсто выбывшаго ни въ силу трансмиссіи, ни въ силу субституціи, ни по началамъ индигнитета.

Право приращенія не зависитъ отъ воли ни наслѣдодателя, ни наслѣдниковъ, а наступаетъ, разъ условія его налицо, ipso jure. Поэтому наслѣдникъ, разъ онъ принялъ основную, причитающуюся ему часть наслѣдства, по общему правилу, не можетъ отказаться отъ полученія дополнительныхъ долей, переходящихъ къ нему jure accrescendi. Съ другой стороны, въ случаѣ смерти его, право приращенія въ соотвѣтствующемъ объемѣ переходитъ къ его наслѣдникамъ (portio portioni accrescit).

II. Что касается подробностей, то слѣдуетъ замѣтить, что приращеніе происходитъ пропорціонально размѣру отдѣльныхъ наслѣдственныхъ долей. - Для лицъ, которыя вмѣстѣ призваны получить одну какую-нибудь часть наслѣдства, установлено спеціальное право приращенія; при наслѣдованіи по завѣщанію въ такомъ положеніи находятся heredes conjuncti, при наслѣдованіи по закону—лица, наслѣдующія вмѣстѣ одну часть по началамъ поколѣннаго или полинейнаго раздѣла (in stirpes или in lineas).

Юридическія послѣдствія пріобрѣтенія наслѣдства [1]).

Глава I. Юридическое положеніе наслѣдника.

§ 362. Общія положенія.

Наслѣдникъ съ момента пріобрѣтенія наслѣдства становится на мѣсто наслѣдодателя. Къ нему непосредственно переходятъ всѣ права послѣдняго, не имѣющія

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 167 сл., Windscheid, ук. соч. III, § 605 сл.

строго личнаго характера. Владѣніе, однако, не переходитъ къ нему, а должно быть заново пріобрѣтено имъ. Онъ несетъ отвѣтственность за долги наслѣдодателя. Существовавшія до того времени обязательственныя отношенія между наслѣдникомъ и наслѣдодателемъ погашаются per confusionem. За всѣмъ тѣмъ, тотъ фактъ, что нѣкогда наслѣдственная масса составляла одно самостоятельное цѣлое, можетъ оказать, при извѣстныхъ условіяхъ, вліяніе и на послѣдующую судьбу этой массы. Такъ, кредиторы наслѣдственной массы, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ требовать выдѣленія этой массы изъ собственнаго имущества наслѣдника, такъ назыв., beneficium separationis. Дѣло въ томъ, что наслѣдникомъ можетъ быть несостоятельный должникъ, и въ такомъ случаѣ кредиторы наслѣдственной массы рискуютъ не получить полнаго удовлетворенія, разъ съ ними стали бы конкурировать кредиторы самого наслѣдника. Поэтому имъ и предоставляется просить о сепараціи, съ тѣмъ, чтобы получить предпочтительное удовлетвореніе изъ наслѣдственной массы. Такая просьба можетъ быть заявлена каждымъ изъ кредиторовъ наслѣдственной массы, въ теченіе 5 лѣтъ со времени пріобрѣтенія ея наслѣдникомъ. Сепарація имѣетъ мѣсто на основаніи судебнаго декрета. Наслѣдственная масса сохраняетъ далѣе извѣстное самостоятельное значеніе и въ томъ случаѣ, когда наслѣдникъ воспользуется, такъ назыв., beneficium inventarii. Этотъ бенефиціи былъ введенъ только Юстиніаномъ.

§ 363. Beneficium inventarii.

До Юстиніана наслѣдникъ безусловно отвѣчалъ за долги наслѣдодателя, не только въ предѣлахъ наслѣдственнаго актива, но и собственнымъ имуществомъ. Юстиніанъ постановилъ, что если наслѣдникъ своевременно составитъ опись наслѣдственной массѣ, то онъ отвѣчаетъ за долги ея лишь въ предѣлахъ актива наслѣдства.

Это льгота и называется beneficium inventarii.

Въ частности требуется, чтобы наслѣдникъ приступилъ къ составленію описи *не позже 30 дней послѣ* того, какъ онъ узналъ объ открытіи наслѣдства, и окончилъ опись въ теченіе слѣдующихъ за этимъ 60 дней. При составленіи описи должны присутствовать проживающіе на мѣстѣ кредиторы наслѣдственной массы или легатаріи, а при отсутствіи ихъ 3 свидѣтеля. При этомъ возникаетъ такой вопросъ. Отвѣчаетъ ли наслѣдникъ только одними наслѣдственными объектами предъ кредиторами наслѣдственной массы (cum viribus hereditatis), или же взысканіе можетъ быть обращено и на его собственное имущество, съ тѣмъ, однако, чтобы общая сумма, которая можетъ быть взыскана съ него, не превышала стоимости наслѣдственнаго актива (pro viribus hereditatis)? Юстиніанъ принялъ послѣдній принципъ. Современная практика, однако, высказывается за первый принципъ, конечно, гораздо болѣе удобный для наслѣдника.

Далѣе спрашивается, обязанъ ли наслѣдникъ при удовлетвореніи кредиторовъ наслѣдственной массы обращать вниманіе на привилегированное положеніе кредитора (напр., заботиться сначала объ удовлетвореніи кредиторовъ по залогу, затѣмъ хирографическихъ, наконецъ, легатаріевъ), или же нѣтъ? Юстиніанъ освободилъ наслѣдника отъ такой обязанности провѣрки предъявляемыхъ требованій: наслѣдникъ можетъ удовлетворять кредиторовъ въ томъ порядкѣ, въ какомъ они являются къ нему: et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores. Но, если онъ удовлетворилъ вслѣдствіе этого легатаріевъ раньше кредиторовъ наслѣдственной массы, послѣдніе могутъ кондицировать полученное у первыхъ.

§ 364. Отношеніе между сонаслѣдниками.

Общія положенія. При наличности нѣсколькихъ сонаслѣдниковъ отдѣльные реальные объекты пріобрѣтаются ими pro partibus indivisis. Слѣдовательно, въ

этомъ отношеніи между ними возникаетъ *имущественная общность*. Это примѣняется не только къ тѣмъ случаямъ, когда эти объекты переходятъ къ нимъ на правѣ собственности, но и въ томъ, когда на эти объекты существуетъ другое дѣлимое вещное право, какъ-то superficies или emphyteusis. Въ первомъ случаѣ возникаетъ condominium pro partibus indivisis, во второмъ—consuperficies pro partibus indivisis и т. д. Каждый изъ сонаслѣдниковъ можетъ самостоятельно распоряжаться своей идеальной частью и можетъ требовать раздѣла. Что касается *наслѣдственныхъ требованій и долговъ*, то эти nomina ipso jure divisa sunt, если только требованіе или долгъ сами по себѣ способны къ раздѣлу; въ противномъ случаѣ (если имѣется недѣлимое требованіе или долгъ) возникаетъ солидарное требованіе или солидарный долгъ сонаслѣдниковъ.

Раздѣлъ наслѣдства. *Раздѣлъ наслѣдства можетъ имѣть мѣсто по договорному соглашенію между сонаслѣдниками.* Если таковое не состоится, то каждый изъ сонаслѣдниковъ можетъ требовать раздѣла судебнымъ порядкомъ. Для этого существуетъ actio familiae erciscundae. Если возникаетъ споръ по вопросу о томъ, состоитъ ли истецъ сонаслѣдникомъ, то прежде всего долженъ быть выясненъ этотъ пунктъ. При раздѣлѣ судъ долженъ стремиться къ возможному улаженію конфликтовъ и провести id, quod omnibus utilissimum erit. Судъ при этомъ можетъ прибѣгнуть къ adjudicationes, т.-е. онъ можетъ присудить, напр., данный объектъ одному изъ наслѣдниковъ, обязавъ его вознаградить остальныхъ извѣстной суммой денегъ и т. д.

Глава II. Иски наслѣдника и противъ наслѣдника.

§ 365. Hereditatis petitio.

Искъ о наслѣдствѣ или hereditatis petitio есть виндикація наслѣдства со стороны наслѣдника. Истцомъ является *наслѣдникъ* или тотъ, кто занимаетъ положеніе наслѣдника (напр., фискъ по отношенію къ выморочному имуществу). *Отвѣтчикомъ* является тотъ, *кто владѣетъ наслѣдствомъ pro herede* или *pro possessore*. Pro herede владѣетъ тотъ, кто самъ себѣ приписываетъ право наслѣдства. Pro possessore владѣетъ тотъ, кто владѣетъ, не указывая ни на какое основаніе своего владѣнія. Если же кто-нибудь указываетъ на какой-нибудь сингулярный титулъ своего владѣнія, напр., утверждаетъ, что онъ купилъ вещь у наслѣдодателя, или получилъ ее въ даръ, то къ нему долженъ быть предъявленъ соотвѣтствующій *сингулярный* искъ, напр., виндикація, actio negatoria и т. п. Кромѣ того, отвѣчаютъ еще въ качествѣ отвѣтчиковъ, такъ назыв., ficti possessores, невладѣльцы, которые умышленно выдали себя за владѣльцевъ или умышленно перестали быть владѣльцами (qui liti sese obtulit и qui dolo malo desiit possidere).

Истецъ долженъ доказать: a) свое право наслѣдованія; b) владѣніе противника pro herede или pro possessore, или наличность условій ficta possessio. Объектомъ иска является *наслѣдство, поскольку таковымъ владѣетъ отвѣтчикъ. Владѣніе при этомъ понимается въ самомъ широкомъ смыслѣ*, обнимая всѣ вообще случаи, въ которыхъ кто-либо наслѣднику не выдаетъ или отказывается выдать то, что принадлежитъ наслѣднику. Соотвѣтственно съ этимъ подлежатъ выдачѣ не только тѣлесные объекты, входящіе въ составъ наслѣдственной массы на правѣ собственности или иномъ какомъ-нибудь правѣ (ср. 1. 18 § 2 D. de H. P. 5, 3: . . . placuit universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sint), но и то, что отвѣтчикъ въ качествѣ должника наслѣдственной массы обязанъ доставить (ср. 1. 13 § 15 eod.: item *a debitore hereditario quasi a juris possessore* (sc. hereditas peti potest), далѣе то, что пріобрѣтено на капиталы наслѣдственной массы (ср. 1. 20 pr. eod.: . . . ea, quae hereditatis causa comparata sunt), а также то, что выручено отъ продажи наслѣдствен-

ныхъ объектовъ и отъ аналогичныхъ операцій (ср. 1. 16 § 1 eod.—pretia rerum hereditariarum), наконецъ выгоды, извлеченныя изъ наслѣдственныхъ вещей.

Senatusconsultum Iuventianum установило важное различіе въ предѣлахъ отвѣтственности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго наслѣдовладѣльца. *Недобросовѣстные* наслѣдовладѣльцы отвѣчаютъ за все, что они получили и чего недостаетъ по ихъ dolus и culpa со времени завладѣнія ими наслѣдственными объектами. *Добросовѣстный* наслѣдовладѣлецъ отвѣчаетъ только въ предѣлахъ своего обогащенія и лишь со времени начала иска за dolus и culpa (недобросовѣстный отвѣтчикъ съ этого времени отвѣчаетъ и за casus).—Что касается jus retentionis propter impensas, то добросовѣстный отвѣтчикъ имѣетъ право удержанія: по поводу *всѣхъ* издержекъ, произведенныхъ до предъявленія иска, а со времени предъявленія иска—по поводу необходимыхъ и полезныхъ издержекъ; недобросовѣстный отвѣтчикъ—по поводу необходимыхъ и полезныхъ издержекъ, однако, non aliter quam si res melior sit.

§ 366. Сингулярные иски наслѣдника и противъ наслѣдника.

Наслѣдникъ можетъ предъявить соотвѣтствующіе сингулярные иски въ качествѣ собственника, кредитора и т. д. противъ лицъ, ссылающихся на titulus singularis. Кредиторы наслѣдственной массы въ случаѣ спора о наслѣдствѣ между нѣсколькими претендентами могутъ обратить взысканіе на любого изъ нихъ. Если присужденному къ уплатѣ впослѣдствіи будетъ отказано въ признаніи его наслѣдникомъ, то онъ можетъ требовать возмѣщенія уплаченнаго отъ настоящаго наслѣдника.

Глава III. Провизорный вводъ во владѣніе наслѣдствомъ.

§ 367. Провизорный вводъ (презумтивнаго) наслѣдника.

Въ чистомъ римскомъ правѣ для этой цѣли служили два средства: 1) *interdictum quorum bonorum*. Этотъ искъ могъ быть предъявленъ только преторскимъ наслѣдникомъ, по предварительномъ испрошеніи bonorum possessio. Онъ носитъ, по крайней мѣрѣ въ Юстиніановскомъ правѣ, суммарный характеръ въ томъ смыслѣ, что отъ истца требуется только доказать факты, которые prima facie дѣлаютъ вѣроятнымъ его утвержденіе, что онъ наслѣдникъ; въ такомъ случаѣ онъ можетъ требовать выдачи тѣлесныхъ объектовъ изъ наслѣдственной массы, находящихся во владѣніи отвѣтчика,—possessor pro herede или pro possessore; однако послѣдній этимъ не лишается возможности въ свою очередь предъявить къ своему противнику петиторный искъ—hereditatis petitio. 2) Т. н. *missio Hadriana* (или remedium ex lege ultima de edicto Divi Hadriani tollendo, 1. 3. Cod. 6, 33). На основаніи этого постановленія допускался временный вводъ въ владѣніе лица, представившаго безукоризненное съ внѣшняго вида завѣщаніе,—testamentum quod prima figura sine omni vituperatione appareat.—Въ практикѣ современнаго римскаго права оба эти средства слились въ одинъ институтъ, ср. Виндшейдъ, ук. соч., III, § 617.

§ 368. Остальные случаи.

1) *Bonorum possessio ventris nomine*, вводъ не родившагося наслѣдника. Отъ имени не родившагося еще наслѣдника, находящагося въ утробѣ, мать его можетъ потребовать провизорнаго ввода во владѣніе эвентуальнымъ наслѣдствомъ, съ тѣмъ, чтобы получать изъ наслѣдства алименты впредь до разрѣшенія ея отъ бремени. Для управленія наслѣдственной массой назначается обыкновенно особый curator. 2) *Bonorum pos-*

sessio ex edicto Carboniano. Указанный эдиктъ имѣетъ въ виду тотъ случай, когда малолѣтній (impubes) отыскиваетъ наслѣдство въ качествѣ ребенка наслѣдодателя и когда существуетъ споръ о томъ, происходитъ ли онъ отъ наслѣдодателя. Въ такомъ случаѣ, разъ только утвержденіе, что малолѣтній происходитъ отъ наслѣдодателя, не представляется безусловно неправдоподобнымъ, споръ о происхожденіи его откладывается до достиженія имъ pubertas, и онъ до этого времени, подъ условіемъ представленія обезпеченія, провизорно вводится во владѣніе наслѣдствомъ. 3) *Bonorum possessio furiosi nomine*, ср. выше § 355. 4) Наконецъ, лицо, условно назначенное наслѣдникомъ, можетъ добиться до наступленія условія провизорнаго ввода во владѣніе наслѣдствомъ, ср. выше § 332, II.

Ученіе объ отказахъ и mortis causa capiones[1]).

Глава I. Понятіе, виды, исторія и способы установленія отказовъ.

§ 369. Понятіе, виды и исторія отказовъ.

1) *Отказъ есть одностороннее распоряженіе на случай смерти, которое доставляетъ третьему лицу право на извѣстную имущественную выгоду на счетъ наслѣдственной массы.* Объектомъ отказа могутъ служить не только отдѣльныя имущественныя блага, но и вся наслѣдственная масса или часть ея. Въ зависимости отъ этого различаютъ отказы въ тѣсномъ смыслѣ, или сингулярные отказы, и такъ назыв., универсальные фидеикомиссы. О послѣднихъ мы поговоримъ отдѣльно, а пока разсмотримъ только отказы въ тѣсномъ смыслѣ. Отказы возникаютъ *исключительно* по доброй волѣ наслѣдодателя; не существуетъ отказовъ по закону (въ параллель наслѣдованію по закону). *Сингулярные отказы сами по себѣ* доставляютъ *только выгоды*, не обременяя пріобрѣтателя никакими опредѣленными обязанностями. Впрочемъ, наслѣдодатель можетъ возложить на лицо, которому онъ предназначилъ отказъ, извѣстныя обязанности, напр., можетъ обязать его передать объектъ отказа по истеченіи опредѣленнаго срока другому лицу, и т. д.—2) Отказъ всегда сообщаетъ пріобрѣтателю его *непосредственное* вещное или личное *право* на отказанное благо. Поэтому нельзя считать отказомъ, такъ назыв., conditionis implendae causa datum. Напр., А назначаетъ наслѣдникомъ В, *если* онъ уплатитъ С 1.000 р. Это не есть отказъ въ пользу С, ибо С не имѣетъ права требовать уплаты отъ В, напротивъ отъ В зависитъ или уплатить эту сумму С и принять наслѣдство, или не уплатить ее и тѣмъ отказаться отъ наслѣдства. Равнымъ образомъ, нельзя считать получателемъ отказа лицо, которое, хотя и извлекаетъ выгоду изъ него, но не имѣлось въ виду наслѣдодателемъ. Напр., А поручаетъ наслѣднику В уплатить долги С; очевидно, кредиторъ лица С не можетъ быть признанъ получателемъ отказа, ибо А имѣлъ въ виду не его, а именно С.

Въ Римскомъ правѣ послѣдовательно сложились двѣ формы отказовъ: древнѣйшую форму отказовъ составляютъ *легаты.* Легаты устанавливались verbis imperativis и могли быть установлены только въ завѣщаніи; различались четыре вида легатовъ: *legatum per vindicationem, per praeceptionem, per damnationem* и *sinendi modo.* Первыя двѣ формы легата сообщили легатарію непосредственное *вещное право* на отказанный объектъ; остальныя двѣ формы сообщали легатарію только личное *право требованія* противъ наслѣдника. Наиболѣе выгодной формой считался legatum per damnationem, ибо хотя легатарій и пріобрѣталъ только личное право, но зато объектомъ такого отказа

[1]) Dernburg, ук. соч. III, § 98 сл. Windscheid, ук. соч. III, § 623 сл.

могло служить всякое имущественное благо. При Неронѣ даже вышелъ особый сенатусконсультъ, S. C. Neronianum, въ которомъ предписывалось, чтобы всякій отказъ, недѣйствительный въ качествѣ legatum per vindicationem, per praeceptionem или sinendi modo, былъ разсматриваемъ какъ legatum per damnationem.

Въ началѣ Императорскаго періода получила признаніе новая форма отказовъ—*fideicomissa*. Это были неформальные отказы, которые устанавливались verbis precativis и могли быть установлены не только въ завѣщаніи, но и въ кодицилѣ; первоначально исполненіе такого отказа составляло только нравственную обязанность наслѣдника, но при Августѣ за ними было признано и юридическое значеніе. Однако, фидеикомиссы, въ отличіе отъ легатовъ, всегда порождали только *личное* притязаніе противъ обязаннаго лица. Юстиніанъ слилъ оба вида отказовъ, такъ что въ Юстиніановскомъ правѣ существуетъ только одинъ типъ сингулярныхъ отказовъ.

§ 370 Способы установленія отказовъ.

Въ Юстиніановскомъ и позднѣйшемъ правѣ всякій отказъ можетъ быть установленъ: 1) въ *завѣщаніи;* 2) въ *кодицилѣ*. 3) въ формѣ, такъ назыв., просительнаго фидеикомисса. Именно, наслѣдодатель можетъ *непосредственно сообщить* наслѣднику или вообще тому, на кого онъ возлагаетъ исполненіе отказа, что онъ желаетъ оставить такому-то такой-то отказъ. Такое неформальное назначеніе отказа можетъ быть доказано заинтересованнымъ лицомъ только однимъ путемъ,—такое лицо должно принести присягу, что оно убѣждено въ правотѣ своего дѣла (iuramentum calumniae); отвѣтчикъ можетъ добиться отказа въ искѣ, если въ свою очередь подтвердитъ *присягой*, что наслѣдодатель ничего ему о такомъ отказѣ не говорилъ, ср. 1. 32 Cod. de fideic. 6, 42, § 12 J. de fid. her. 2, 23.

Глава II. Субъекты отказовъ.

§ 371. Общія положенія.

Каждый отказъ предполагаетъ наличность трехъ субъектовъ: *наслѣдодателя*, который назначаетъ отказъ, *получателя* отказа и, наконецъ, *обязаннаго лица*. 1) Оставлять отказы можетъ *всякій, кто имѣетъ завѣщательную право-и дѣеспособность*. 2) *Получателемъ* отказа можетъ быть *всякій, даже будущее лицо* на случай его появленія, а также юридическія лица безъ спеціальныхъ ограниченій. Въ частности, отказъ можетъ быть оставленъ и наслѣднику. Такой отказъ называется *прелегатомъ* (напр., А назначаетъ наслѣдниками В и С и, кромѣ того, отказываетъ В свой домъ), ср. ниже § 372. Далѣе, одинъ и тотъ же объектъ можетъ быть отказанъ *нѣсколькимъ* лицамъ (я отказываю свой домъ В и С). Въ такомъ случаѣ in dubio предполагается, что такіе коллегаторы имѣютъ право на равныя части. 3) Что касается *обязаннаго лица*, то таковымъ можетъ быть всякій, *кто что-либо получилъ отъ наслѣдодателя, чего тотъ могъ и не оставлять ему*. Въ частности обязанными лицами могутъ быть наслѣдники по завѣщанію и по закону; фискъ, поскольку онъ занимаетъ положеніе наслѣдника; легатаріи; лица, одаренныя mortis causa и получившія что-либо conditionis implendae causa, а также наслѣдники всѣхъ этихъ лицъ (такъ, напр., наслѣдодатель можетъ отказать свой домъ лицу А. вмѣстѣ съ тѣмъ обязавъ его по истеченіи 10 лѣтъ переуступить этотъ домъ лицу В; очевидно, А въ данномъ случаѣ, съ одной стороны, является получателемъ отказа, а съ другой—обязаннымъ лицомъ). Если наслѣдодатель оставилъ отказъ, не указавъ спеціально, кто долженъ его исполнить, то in dubio *обязаннымъ лицомъ считается наслѣдникъ*. При наличности нѣсколькихъ сонаслѣдниковъ каждый in dubio считается обязаннымъ лицомъ pro rata parte.

§ 372. Въ частности о прелегатахъ.

О прелегатѣ говорятъ тогда, когда отказъ оставленъ наслѣднику. Различаютъ прелегаты въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ. 1) Подъ прелегатами въ широкомъ смыслѣ понимаютъ такіе отказы въ пользу даннаго наслѣдника, которые возложены лично на сонаслѣдниковъ его или на какое-нибудь третье лицо (напр., я назначаю наслѣдниками сына и дочь, съ тѣмъ, чтобы сынъ выдалъ дочери сверхъ того, что ей причитается, какъ наслѣдницѣ, фамильные бриллианты). Юридически этотъ видъ прелегата ничѣмъ не отличается отъ обыкновеннаго отказа. 2) Прелегатъ въ тѣсномъ смыслѣ есть такой отказъ въ пользу даннаго сонаслѣдника, который возлагается на всѣхъ сонаслѣдниковъ, какъ таковыхъ (напр., я назначаю А, В, С наслѣдниками и вмѣстѣ съ тѣмъ отказываю А мой домъ). Его особенность заключается въ томъ, что въ числѣ обязанныхъ лицъ въ качествѣ одного изъ сонаслѣдниковъ состоитъ то лицо, въ пользу котораго состоялся отказъ. Въ этихъ предѣлахъ прелегатъ считается недѣйствительнымъ, ибо heredi a semet ipso legari non potest, и прелегатаръ получаетъ соотвѣтствующую долю отказа (напр., въ данномъ примѣрѣ $^1/_3$ часть его) уже не jure legati, a jure hereditario. Это имѣетъ въ различныхъ отношеніяхъ практическое значеніе, въ частности, напр., въ дѣлѣ исчисленія quarta Falcidia, ср. подробности у Дернбурга, Pandekten, т. III, § 115—116.

Глава Ш. Содержаніе отказовъ.

§ 373. Общія положенія.

1) *Предметомъ отказа можетъ служить всякое имущественное благо*, напр., тѣлесныя вещи, сервитутныя и иныя вещныя права, обязательственныя требованія всякаго рода. Недѣйствительными считаются лишь отказы, направленные на нѣчто безнравственное или недозволенное, равнымъ образомъ, по общему правилу, отказы, направленные на нѣчто объективно невозможное. 2) Что касается условій дѣйствительности отказовъ, то въ общемъ дѣйствуютъ тѣ же начала, которыя установлены и для назначенія наслѣдника. Въ частности, что касается *вліянія мотивовъ*, въ особенности заблужденія, то наличность этого момента дѣлаетъ отказъ оспоримымъ, разъ можетъ быть установлено, что alias legaturus non fuisse, ср. 1. 72, § 6 D. de cond. 35, 1: falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse; то же слѣдуетъ сказать относительно принужденія.—Изъ-за предосудительнаго характера мотивовъ считаются недѣйствительными каптаторные отказы. 3) *Добавочныя распоряженія* допускаются при отказахъ безъ ограниченій; постановленія о cautio Muciana примѣнимы и къ нимъ; невозможныя и безнравственныя условія и здѣсь считаются pro non scripto. 4) Недѣйствительный съ самаго начала отказъ не становится дѣйствительнымъ въ случаѣ послѣдующаго отпаденія основанія недѣйствительности. Это правило (т. н. regula Catoniana) не распространяется на условные отказы.

§ 374. О субституціяхъ при отказахъ.

При отказахъ встрѣчается какъ прямая, такъ и фидеикомиссарная субституція. 1) *Прямая субституція* есть условное назначеніе отказа другому лицу на случай, если бы первый, которому предназначенъ отказъ, не пріобрѣлъ его, ср. 1. 50 pr. D. de leg. II, 31: ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis. 2) *Фидеикомиссарная*

субституція или т. н. substitutio precaria состоитъ въ томъ, что на первоначальнаго отказополучателя, въ свою очередь, возлагается обязанность передать полученное или часть его, безусловно или подъ извѣстнымъ условіемъ или по истеченіи извѣстнаго срока и т. п., третьему лицу, отъ котораго отказъ и дальше можетъ опять перейти къ новому лицу и т. д. (ср., напр., 1. 36 § 1 D. de cond. 35, 1). Такіе отказы называются преемственными (successive Vermächtnisse).—Особую разновидность ихъ составляютъ т. н. *семейные фидеикомиссы* (fideicomissa familiae relicta), имѣющіе цѣлью сохранить данный объектъ (напр., участокъ или домъ) навсегда за данной семьей; въ этихъ видахъ устанавливается, что объектъ отказа преемственно переходитъ отъ одного лица къ другому съ тѣмъ, что каждый новый преемственный получатель отказа непремѣнно долженъ быть членомъ данной семьи. (Ср. подробности у Виндшейда, ук. соч., т. III, § 637).

Глава IV. Пріобрѣтеніе и уничтоженіе отказовъ.

§ 375. Пріобрѣтеніе отказовъ.

I. *Окончательное пріобрѣтеніе отказа обусловливается пріобрѣтеніемъ наслѣдства со стороны наслѣдника.* Но между смертью наслѣдователя и пріобрѣтеніемъ наслѣдства со стороны наслѣдника можетъ пройти довольно много времени. Требовать, чтобъ получатель отказа непремѣнно самъ дожилъ до послѣдняго момента, представлялось не вполнѣ удобнымъ, ибо наслѣдникъ, въ такомъ случаѣ, намѣренно могъ бы оттягивать пріобрѣтеніе наслѣдства, чтобъ освободиться отъ обязанности исполнить отказъ. Въ виду этого, признали нужнымъ различать два момента: dies legati cedens и dies legati veniens. *Первый моментъ:* dies legati cedit совпадаетъ, по общему правилу, съ моментомъ смерти наслѣдователя. Съ этого момента возникаетъ надежда на пріобрѣтеніе легата въ будущемъ, если только самое наслѣдство будетъ пріобрѣтено наслѣдникомъ. Отъ легатарія требуется только, чтобъ онъ *дожилъ до этого момента.* Съ этого времени его эвентуальное право на полученіе отказаннаго объекта переходитъ къ его собственнымъ наслѣдникамъ. Другими словами, не требуется, чтобы самъ легатарій дожилъ до момента пріобрѣтенія наслѣдства наслѣдникомъ, а требуется только, чтобъ онъ пережилъ своего наслѣдователя. Изъ этого правила установлены два исключенія: a) первое касается тѣхъ случаевъ, когда имѣется налицо *строго личный отказъ*, напр., отказъ права узуфрукта или другого личнаго сервитута; b) второе имѣетъ мѣсто, если оставленъ *условный отказъ*; въ такомъ случаѣ требуется, чтобъ легатарій дожилъ до момента наступленія условія. *Второй моментъ*: dies legati venit совпадаетъ съ моментомъ пріобрѣтенія наслѣдства наслѣдникомъ. Съ этого момента простая надежда на пріобрѣтеніе отказа переходитъ въ дѣйствительность, становится неоспоримымъ фактомъ.

II. Въ связи съ этимъ возникаетъ такой вопросъ: пріобрѣтаетъ ли легатарій отказъ съ момента пріобрѣтенія наслѣдства наслѣдникомъ ipso jure, или же отъ него требуется еще особое заявленіе о принятіи отказа? *Сабиніанцы* высказывались въ пользу первой альтернативы, *а прокуліанцы*—въ пользу второй. *Юстиніанъ сталъ на сторону сабиніанцевъ.* Итакъ, въ Юстиніановскомъ правѣ отказъ пріобрѣтается ipso jure. Но, конечно, легатарій имѣетъ jus repudiationis, т.-е. право отказаться отъ принятія легата. Въ послѣднемъ случаѣ дѣло разсматривается такъ, какъ будто отказъ никогда не былъ пріобрѣтенъ имъ.

III. Если нѣсколькимъ лицамъ отказанъ одинъ и тотъ же объектъ, то въ случаѣ отпаденія одного изъ нихъ возникаетъ вопросъ, пріобрѣтаютъ ли остальные коллегатары освободившуюся часть *jure accrescendi?* Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ истолкованія воли наслѣдователя, причемъ были установлены нѣкоторыя презумпціи, ср. подробности у Arndts, Pandekten[12], § 556.

§ 376. Уничтоженіе отказовъ.

Отказъ прежде всего теряетъ силу, если отпадаетъ завѣщаніе или кодициллъ, въ которомъ онъ установленъ. Впрочемъ, если даже завѣщаніе, какъ таковое, должно быть признано недѣйствительнымъ, то отказы все-таки остаются въ силѣ, если завѣщатель включилъ въ завѣщаніе clausula codicillaris и если имѣются налицо условія дѣйствительности кодицилла. То же самое имѣетъ мѣсто въ конечномъ результатѣ и тогда, когда отпаденіе завѣщанія вызвано бманнымъ образомъ дѣйствія наслѣдника, отказывающагося отъ наслѣдства съ тѣмъ, чтобы доставить его себѣ или другимъ свободнымъ отъ отказовъ. Кромѣ того, отказъ теряетъ силу: 1) если лицо, которому предназначался отказъ, *умретъ* до наступленія dies cedens; 2) если *отпадаетъ обязанное лицо* (напр., наслѣдникъ), безъ замѣны его другимъ, т.-е. безъ возложенія его обязанностей по выдачѣ отказовъ на слѣдующаго за нимъ; такая замѣна, по общему правилу, имѣетъ мѣсто, когда на мѣсто первоначальнаго наслѣдника становится трансмиссаръ, субституть или сонаслѣдникъ, пріобрѣтающій jure accrescendi, тоже имѣетъ мѣсто и въ случаѣ перехода наслѣдства къ фиску; тоже примѣняется по аналогіи и къ тѣмъ случаямъ, когда обязаннымъ лицомъ является не наслѣдникъ, а легатаръ: 3) если *уничтожится объектъ отказа;* 4) если *наслѣдодатель объявитъ отказъ уничтоженнымъ.* Такое заявленіе можетъ быть сдѣлано неформально.

Глава V. Юридическое положеніе легатарія и ограниченія свободы отказовъ.

§ 377. Юридическое положенія легатарія.

1) Въ до-Юстиніановскомъ правѣ получатель отказа въ зависимости отъ формы отказа *пріобрѣталъ либо вещное, либо личное право на отказанный объектъ. Юстиніанъ установилъ, что легатарій во всѣхъ случаяхъ пріобрѣтаетъ одновременно и вещное, и личное право на оставленные ему объекты.* При этомъ, конечно, предполагается, что отказана тѣлесная вещь, принадлежавшая самому наслѣдодателю на правѣ собственности, ибо, если была отказана чужая вещь или обязательственное требованіе (nomen), то, понятное дѣло, легатарій не могъ пріобрѣсти вещнаго права. 2) Обязанное лицо въ качествѣ должника отвѣчаетъ передъ отказопринимателемъ за omnis culpa, если же оно не сохраняетъ никакой выгоды послѣ исполненія распоряженія, то только за dolus и culpa lata, ср. 1. 108 § 12 D. de leg. I, 30. 3) Если данный объектъ отказанъ условно или со включеніемъ срока или если по другимъ причинамъ легатарій не можетъ получить его сразу, то онъ можетъ требовать представленія *обезпеченія— cautio.* Если наслѣдникъ не представлялъ обезпеченія, то легатарій могъ испросить у претора вводъ во владѣніе наслѣдственной массой, такъ назыв., missio in bona legatorum servandorum causa. Въ современномъ правѣ вмѣсто missio практикуется наложеніе секвестра на наслѣдственную массу. Въ заключеніе надо замѣтить, что легаты, конечно, дѣйствительны лишь постольку, поскольку активъ наслѣдства превышаетъ его пассивъ.

§ 378. Ограниченія свободы отказовъ.

Первоначально наслѣдодатель пользовался безграничной свободой отказовъ. Съ теченіемъ времени, однако, былъ установленъ рядъ ограниченій въ интересахъ наслѣдника. Сначала *lex Furia testamentaria* опредѣлила, что отдѣльные отказы не должны превышать суммы въ 1000 ассовъ. *Lex Voconia* видоизмѣнила этотъ принципъ; въ ней постановлено, что ни одинъ легатарій не долженъ получать больше того, что получитъ

наслѣдникъ. Наконецъ, была издана *lex Falcidia*. По этому закону наслѣдникъ имѣетъ право удержать *четвертую* часть *своей наслѣдственной доли свободной отъ отказовъ* (такъ назыв., quarta Falcidia). Поскольку отказы нарушаютъ эту норму, они считаются недѣйствительными. Правило это, установленное сначала только по отношенію къ легатамъ, впослѣдствіи было распространено и на фидеикомиссы, и другіе виды сингулярныхъ распоряженій на случай смерти, какъ-то mortis causa donationes и conditionis implendae causa imposita. Ср. подробности исчисленія quarta у Дернбурга, Pandekten, т. III, § 101.

Въ этомъ видѣ эти постановленія перешли въ Юстиніановское право. Юстиніанъ, однако, въ Новеллѣ I лишилъ постановленія quarta Falcidia характера обязательныхъ нормъ и сохранилъ за ними только значеніе диспозитивныхъ нормъ. Именно, онъ предоставилъ наслѣдодателю право постановить, что установленные имъ отказы не должны подлежать редукціи.

Глава VI. Универсальный фидеикомиссъ.

§ 379. Понятіе и исторія.

Выше было замѣчено, что объектомъ фидеикомисса могли служить не только отдѣльные объекты, но и вся наслѣдственная масса или часть ея. Другими словами, *наслѣдодатель могъ поручить наслѣднику выдать все наслѣдство или часть его* (тотчасъ же, или по истеченіи опредѣленнаго срока времени или, въ случаѣ наступленія извѣстнаго условія), *третьему лицу*. Первоначально такой универсальный фидеикомиссъ подчинялся тѣмъ же началамъ, какъ и обыкновенные отказы. Это приводило на практикѣ къ весьма серьезнымъ затрудненіямъ. Наслѣдникъ обязанъ былъ передавать и цедировать универсальному фидеикомиссарію весь наслѣдственный активъ, а, между тѣмъ, продолжалъ отвѣчать предъ кредиторами наслѣдственной массы, такъ какъ онъ все-таки оставался формально наслѣдникомъ. Конечно, онъ имѣлъ право регресса противъ универсальнаго фидеикомиссарія; съ этой цѣлью, между тѣмъ и другимъ заключались даже особыя stipulationes quasi emptae venditae hereditatis, (если выдачѣ подлежало все наслѣдство), или stipulationes partis et pro parte (если выдачѣ подлежала часть наслѣдства), но все это не ограждало его въ достаточной степени.

Положеніе дѣлъ кореннымъ образомъ измѣнилось при Неронѣ благодаря изданію *Senatusconsultum Trebellianum*. Этотъ сенатусконсультъ предписывалъ, что разъ наслѣдникъ (heres fiduciarius) переуступилъ наслѣдство фидеикомиссарію, то онъ, съ этого времени, уже не отвѣчаетъ за долги наслѣдственной массы и не можетъ требовать уплаты отъ должниковъ ея, а то и другое право переходитъ къ фидеикомиссарію, который, такимъ образомъ, былъ обличенъ правами наслѣдника. Эти постановленія были дополнены другимъ сенатусконсультомъ—*SC. Pegasianum*. Въ немъ было поставлено: a) что если непосредственный наслѣдникъ добровольно приметъ наслѣдство, то онъ имѣетъ право *удержать* $^1/_4$ *часть наслѣдства*; b) если онъ не пожелаетъ пріобрѣсти наслѣдства, съ тѣмъ, чтобъ такимъ путемъ лишить такового и фидеикомиссарія, то онъ можетъ быть *принужденъ* къ принятію наслѣдства (чего до тѣхъ поръ нельзя было сдѣлать); онъ, въ такомъ случаѣ, теряетъ право на удержаніе $^1/_4$ части наслѣдства, и всѣ права и обязанности наслѣдника переходятъ къ универсальному фидеикомиссарію. Юстиніанъ слилъ постановленія обоихъ сенатусконсультовъ.

§ 380. Установленіе, субъекты и объекты универсальнаго фидеикомисса. Цѣль этого института.

Универсальный фидеикомиссъ установляется подобно всякому отказу: a) либо въ *завѣщаніи*; b) либо въ *кодицилѣ*; c) либо въ формѣ просительнаго фидеикомисса.

Субъектами его являются, какъ и при другихъ отказахъ, три лица: наслѣдодатель, лицо, которому предназначенъ универсальный фидеикомиссъ, и лицо, на которое возложено исполненіе его. Но только (въ отличіе отъ обыкновенныхъ отказовъ) обязаннымъ лицомъ можетъ явиться исключительно универсальный преемникъ наслѣдодателя, слѣд., главнымъ образомъ, наслѣдники по завѣщанію и наслѣдники по закону. Равнымъ образомъ, можно обязать и самого универсальнаго фидеикомиссарія передать наслѣдство другому лицу; другими словами, возможно установленіе послѣдовательнаго ряда универсальныхъ фидеикомиссовъ. Напримѣръ, я назначаю наслѣдникомъ А и обязываю его передать наслѣдство черезъ 3 года В, а В обязываю передать его черезъ новыя 5 лѣтъ С и т. д. *Объектомъ* универсальнаго фидеикомисса является все наслѣдство или часть его. *Цѣль* установленія универсальныхъ фидеикомиссовъ обыкновенно заключается въ томъ, что наслѣдодатель желаетъ доставить одному лицу (фидуціарному наслѣднику) *доходъ* отъ наслѣдственной массы въ теченіе опредѣленнаго срока времени, а другому (фидеикомиссарному наслѣднику) самую субстанцію наслѣдства. Фактически допущеніемъ универсальныхъ фидеикомиссовъ было упразднено старинное правило: semel heres, semper heres, въ силу котораго не допускалось назначеніе наслѣдника на срокъ.

§ 381. Юридическія отношенія до реституціи.

До реституціи наслѣдника дѣйствуютъ въ общемъ тѣ же правила, какъ и по отношенію къ обыкновеннымъ отказамъ. Это относится въ особенности къ способу пріобрѣтенія универсальнаго фидеикомиса. И тутъ различается dies cedens и dies veniens, или иначе, отъ универсальнаго фидеикомиссарія требуется только, чтобъ онъ дожилъ до dies cedens, т.-е. до момента смерти наслѣдодателя или до наступленія условія,—съ этого времени право на пріобрѣтеніе универсальнаго фидеикомисса переходитъ къ его наслѣдникамъ. Что касается второго момента, dies veniens, то особенность здѣсь въ томъ, что heres fideicomissarius при извѣстныхъ условіяхъ можетъ судебнымъ порядкомъ принудить heres fiduciarius къ принятію наслѣдства.—Засимъ, фидеикомиссаръ во всякомъ случаѣ до реституціи пріобрѣтаетъ только *личное право требовать* реституціи наслѣдства, но онъ не пріобрѣтаетъ до этого момента соотвѣтствующихъ вещныхъ правъ, и въ частности права собственности на отдѣльныя тѣлесныя вещи, входящія въ составъ наслѣдства. Напротивъ, до реституціи, heres fiduciarius одинъ считается наслѣдникомъ и пользуется всѣми правами такового. Однако, онъ *не имѣетъ права отчуждать* наслѣдственные объекты безъ согласія фидеикомиссарія, если наслѣдодатель прямо не далъ ему этого права. Съ другой стороны, jura in re aliena, равно какъ обязательственныя отношенія, существовавшія между фидуціаромъ и наслѣдодателемъ, прекращаются на общемъ основаніи per confusionem; однако, съ момента реституціи наслѣдства эти отношенія возстанавливаются вновь.—Фидуціаръ отвѣчаетъ предъ фидеикомиссаріемъ только за diligentia, quam suis rebus adhibere solet.

§ 382. Вступленіе универсальнаго фидеикомиссарія въ права наслѣдства.

Обыкновенно фидеикомиссарій вступаетъ въ права наслѣдника на основаніи добровольной реституціи наслѣдства со стороны фидуціарія. Такая реституція происходитъ на основаніи *договора*, заключаемаго между фидуціаріемъ и фидеикомиссаріемъ. Для этого достаточно *простое заявленіе* фидуціара о томъ, что онъ переноситъ наслѣдство; реальная передача необязательна, ср. 1. 38 pr. D. ad Sc. Treb. 36, 1. Restituta hereditas videtur aut re ipsa... sed *et si verbo dixit se restituere*, vel per epistolam vel per nuntium restituat, audietur. Если фидуціарій добровольно не выдаетъ наслѣдства, онъ можетъ быть принужденъ къ этому *судебнымъ порядкомъ*. Иногда не-

переходъ совершается прямо по *закону*, напр., въ случаѣ злостнаго отсутствія фидуціарія; далѣе, въ случаѣ если фидуціаръ умретъ, не оставивъ наслѣдника, наконецъ, если первый фидеикомиссаръ обязанъ реституировать наслѣдство второму, ср. 1. 7 § 1 Cod. ad Sc. Treb. 6, 49.

§ 383 Юридическія отношенія послѣ реституціи.

Съ момента выдачи наслѣдства универсальный фидеикомиссарій пріобрѣтаетъ всѣ права наслѣдства, становится heres fideicomissarius. Вмѣстѣ съ тѣмъ, *фидуціарій* въ соотвѣтствующей части *перестаетъ быть наслѣдникомъ*. Утраченныя имъ per confusionem вещныя и обязательственныя правоотношенія возстанавливаются, ср. 1. 75 (73) § 1 D. ad Sc. Treb. 36, 1.

Если фидуціарій добровольно пріобрѣлъ наслѣдство, то онъ имѣетъ право удержать при реституціи $^1/_4$ часть наслѣдства за собой (такъ назыв., quarta Trebellianica). Если же его пришлось заставить пріобрѣсти наслѣдство, то онъ этого права не имѣетъ, и все наслѣдство переходитъ къ фидеикомиссарію. Универсальный фидеикомиссарій обязанъ исполнить легаты, лежавшіе до того времени на фидуціаріи.

Глава VII. Mortis causa capiones.

§ 384. Понятіе и главные виды.

Подъ mortis causa capiones понимаютъ такія распоряженія на случай смерти, которыя не заключаются ни въ назначеніи наслѣдника, ни въ оставленіи отказовъ. Главнѣйшіе виды: *conditionis implendae causa impositum*, о чемъ было уже говорено, и *mortis causa donatio*, дареніе на случай смерти.

§ 385. Mortis causa donatio.

Даренія на случай смерти суть даренія, которыя дѣлаются въ томъ предположеніи, что одаренное лицо переживаетъ своего дарителя. До этого времени такое дареніе всегда можетъ быть взято назадъ дарителемъ. Дареніе mortis causa, какъ и обыкновенное дареніе, совершается на основаніи *договорнаго соглашенія* между заинтересованными лицами. Даренія свыше 500 солидовъ нуждаются въ судебной инсинуаціи. Наряду съ этимъ, mortis causa donatio можетъ быть облечена и въ форму кодицилла; но и здѣсь требуется принятіе дара со стороны одареннаго. Даренія такого рода подчиняются многимъ изъ тѣхъ ограниченій, которыя установлены для отказовъ, въ интересахъ кредиторовъ наслѣдственной массы, наслѣдниковъ и необходимыхъ наслѣдниковъ. Съ другой стороны, на нихъ распространяются правила о правѣ приращенія, cautio Muciana, и т. д. Юстиніанъ даже выставилъ принципъ, что всѣ вообще постановленія о легатахъ распространяются и на mortis causa donationes. Но это не совсѣмъ такъ; напр., эти даренія заключаются inter vivos, поэтому, отъ дарителя требовалась только обыкновенная право-и дѣеспособность, необходимая для сдѣлокъ между живыми, а не testamenti factio activa. Кромѣ того, при дареніи mortis causa не существуетъ обязаннаго лица; поэтому для вступленія такого даренія въ силу не требуется, чтобы наслѣдство было пріобрѣтено наслѣдникомъ.